

REVISTA ELETRÔNICA



CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE

Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região

V.11 - n.113 - Set/22

REVISTA ELETRÔNICA DO TRT-PR

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DO PARANÁ

PRESIDENTE

Desembargadora
ANA CAROLINA ZAINA

VICE-PRESIDENTE

Desembargador
ARION MAZURKEVIC

CORREGEDORA REGIONAL

Desembargador
MARCO ANTÔNIO VIANNA MANSUR

COORDENAÇÃO

Seção de Editoração e Divulgação
Científica

EDITOR CHEFE

Desembargador
Luiz Eduardo Gunther

EDITOR ASSISTENTE

Patrícia Eliza Dvorak

COLABORADORES

Secretaria Geral da Presidência
Assessoria da Direção Geral

FOTOGRAFIAS E IMAGENS

Assessoria de Comunicação
Acervos digitais (Creative Commons)
iStockphoto LP

Catálogo: Sônia Regina Locatelli - Analista Judiciário - CRB9/546

R454 Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho do Paraná [recurso eletrônico]. / Tribunal Regional do Trabalho do Paraná. - n. 1 (out. 2011)-
. - Dados eletrônicos. - Curitiba, 2019-

Mensal

ISSN 2238-6114

Modo de acesso: <http://www.mflip.com.br/pub/escolajudicial/>

1. Direito do trabalho - periódicos. 2. Processo do trabalho - periódicos.

I. Título

CDU: 331:347.9(05)

Edição temática - Periodicidade Mensal
Ano XI - 2022 - n.113

EDITORIAL

A edição deste mês da Revista trata do Controle de Convencionalidade.

Ricardo José das Mercês Carneiro e Giovanna Montalvão Oliveira da Rosa trazem estudo, sobre a aplicação do controle de convencionalidade como instrumento de proteção ao direito fundamental do trabalho, bem como a concretização do princípio da vedação ao retrocesso social, tendo como objeto de pesquisa a Convenção nº 155 da OIT e o art. 611-A, XII da CLT.

Érica Ribeiro Guimarães Amorim propõe uma reflexão sobre o controle de convencionalidade da Lei nº 13.467/17, concedendo especial atenção às convenções e recomendações da Organização Internacional do Trabalho.

Natália Simões Bentes e Vanessa Rocha Ferreira discutem a violação do direito de acesso à justiça a partir da análise da atual redação dos art. 790-B, 791-A e 844 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), introduzidos no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei nº 13.467/17, conhecida com a alcunha de Reforma Trabalhista.

Também estão disponíveis Acórdãos proferidos pelo Tribunal Superior do Trabalho sobre o tema bem como ementas.

Desejamos a todos boa leitura!

SUMÁRIO

Artigos

- 6 | Controle de Convencionalidade da Reforma Trabalhista: análise da Convenção nº 155 OIT e Artigo 611-A da CLT - Ricardo José Das Mercês Carneiro e Giovanna Montalvão Oliveira Da Rosa
- 21 | O Controle de Convencionalidade da Reforma Trabalhista de 2017 - Érica Ribeiro Guimarães Amorim
- 46 | Controle de convencionalidade e acesso à justiça: uma análise do beneficiário da justiça gratuita a luz da Reforma Trabalhista - Natália Simões Bentes e Vanessa Rocha Ferreira

Acórdãos

- 65 | Acórdão - Processo Nº TST-RR - 1001941-75.2018.5.02.0609 - 3ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho - Relator José Roberto Freire Pimenta
- 95 | Acórdão - Processo Nº TST-RR-1871-87.2013.5.12.0022 - 7ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho da 9ª Região - Relator Cláudio Brandão
- 118 | Acórdão - Processo Nº TST-RR-1076-13.2012.5.02.0049 - 7ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho - Relator Cláudio Brandão

EMENTAS

- 166 | Ementas

CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE DA REFORMA TRABALHISTA: ANÁLISE DA CONVENÇÃO Nº 155 OIT E ARTIGO 611-A DA CLT

Ricardo José das Mercês Carneiro
Giovanna Montalvão Oliveira da Rosa

RESUMO

Este artigo tem como pano de fundo a efetivação do controle de convencionalidade voltado à proteção ao direito do trabalho no contexto internacional e seu respectivo diálogo com o direito interno. Verifica a condição do direito do trabalho como um direito humano, fundamental e social, com proteção constitucional e também internacional, através dos tratados internacionais. Analisa o *status* normativo das Convenções da Organização Internacional do Trabalho no Brasil, para então fazer o exame específico da Convenção nº 155 da OIT, sob a perspectiva da Lei nº 13.467/2017, a qual instituiu a Reforma Trabalhista, que autoriza, em seu artigo 611-A, XII, a possibilidade de flexibilização do enquadramento do grau de insalubridade por meio de negociação coletiva, indicando a não convencionalidade da norma.

Palavras-chave: Controle de Convencionalidade. Normas da OIT. Reforma Trabalhista. Lei 13.467/2017.

Ricardo José das Mercês Carneiro

Procurador do trabalho. Coordenador de ensino da ESMPU. Coordenador da Pós-graduação em Direito, Professor Titular I e integrante do NDE e do Colegiado da UNIT (Universidade Tiradentes), Doutor em Direito pela Universidade de Sevilha (revalidado pela UFPE), ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9762-4383>. Email: rjmcarneiro@hotmail.com

Giovanna Montalvão Oliveira da Rosa

Advogada no escritório Fernandes Advogados Associados. Pós-graduanda em Direito Digital e Proteção de Dados no Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP). Pós-graduanda em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho na Universidade Tiradentes (UNIT). Membro do Grupo de Pesquisa em Migração e Direito Internacional do Trabalho - GEMDIT, da Faculdade de Direito da USP. E-mail: giovannamontalvao@outlook.com

ABSTRACT

This article is about the effectiveness of conventionality control aimed at protecting labor law in the international context and its respective dialogue with domestic law. It verifies the condition of labor law as a fundamental and social human right, with Constitutional and also international protection, through international treaties. It analyzes the normative status of the Conventions of the International Labor Organization in Brazil, to then make the specific examination of ILO Convention 155 from the perspective of Law No. 13.467 / 2017, which instituted the Labor Reform, which authorizes, in its Article 611- A, XII, the possibility of easing the framing of the degree of unhealthiness through collective bargaining, indicating the unconventionality of the norm.

Keywords: Conventionality Control. ILO norms. Labor reform. Law 13.467/2017.

1 INTRODUÇÃO

Nos últimos anos a revolução tecnológica tem gerado profundas alterações nas relações laborais. A variação das necessidades do mercado consumidor, em uma economia globalizada, exige do empresário frequentes câmbios no objeto do empreendimento, que se refletem nas exigências feitas ao trabalhador, de quem se exige uma capacidade cada vez maior de adaptação a novas condições de trabalho. Como consequência, os contratos de duração indeterminada de trabalho, que antes eram a regra, vêm se tornando cada vez mais raros diante da sazonalidade das demandas exigidas. Também o sindicato, e o chamado direito coletivo do trabalho passam por um processo de reengenharia diante da dificuldade que as entidades sindicais têm de estabelecer o liame comum entre obreiros de uma mesma categoria que desempenham seus trabalhos em condições tão heterogêneas e que não se sentem minimamente ligados entre si. Essa fragmentação de interesses que, para muitos, tem como resultado um novo reforço da individualização das relações de trabalho e no contrato individual, tem causado enormes dificuldades para negociação coletiva de condições de trabalho, resvalando, não raro, em normas cada vez mais pejorativas em relação aos direitos dos trabalhadores ou numa padronização de comportamentos absolutamente dissociada da realidade do trabalho e das perspectivas do trabalhador.

Por sua vez, a situação das nações soberanas não é muito mais confortável,

diante da maior mobilidade e volatilidade do capital. Os agentes econômicos transnacionais buscam uma completa libertação das amarras do direito interno de cada país, reforçando a ideia de que os países do globo se tornaram reféns dos interesses do capital internacional.

De fato, a cosmovisão neoliberal, expressada no pensamento de economistas como Von Hayek, consagra a premissa de uma “ordem espontânea”, na qual haveria uma superioridade das leis de mercado em relação ao planejamento humano. Em outras palavras, defende-se que a intervenção do Estado oprimiria a liberdade individual. Portanto, nessa perspectiva, que retrata o pensamento do consenso de Washington, direitos fundamentais são direitos que simplesmente pretendem proteger a liberdade individual.¹

Assim, não são poucos os agentes econômicos que, amparados na relevância que desempenham para a economia dos países, defendem uma adaptação do princípio da reserva do possível, teoria alemã voltada a estudar as ações prestacionais do Estado no campo dos direitos sociais, para uma pretensão de “reserva do possível econômico”, que justificaria a inadequação ou adequação tão somente parcial às normas trabalhistas dos países onde estão sediadas, em especial as que envolvam custos para implementação de soluções voltadas à melhoria das condições de saúde e segurança no trabalho. Sempre sob a ameaça de fecharem suas unidades para abri-las em outras localidades...

Sob essa circunstância de crise e pressão de agentes econômicos, no Brasil, foi aprovada a Lei 13.467, de 13 de julho de 2017, apresentada como um instrumento normativo de modernização das relações de trabalho e que prestigiaria a norma coletiva em detrimento do direito trabalhista posto, de caráter estatal e tutelar. Entre as novidades, destaca-se a autorização, em seu art. 611-A, XII, para que a norma coletiva defina o enquadramento do grau de insalubridade, fazendo com que a autonomia coletiva privada pudesse adentrar no campo das matérias de ordem pública, tidas, até então, como imunes a sua influência.

Nesse contexto desfavorável, marcado por certo esvaziamento do papel

1 Uma das críticas principais a este pensamento está no fato de que a exclusão, no contexto do neoliberalismo globalizado, seria ainda mais cruel do que o Estado liberal, pois naquele as forças produtivas necessitavam de mão de obra para produção da mais valia. Hoje, com os avanços da automação, o trabalhador desqualificado não tem mais nenhuma utilidade para o capital, e torna-se simplesmente descartável.

protetivo que, até então, era reconhecido como inerente ao legislador trabalhista em nosso país, o controle de convencionalidade assume destaque como um importante mecanismo do direito internacional, possuidor de eficácia direta no que diz respeito à efetivação dos direitos humanos e fundamentais. Um verdadeiro antídoto contra a crise de tutela do direito do trabalhador brasileiro.

O presente estudo, nessa toada, traz como pano de fundo a aplicação do controle de convencionalidade como instrumento de proteção ao direito fundamental do trabalho, bem como a concretização do princípio da vedação ao retrocesso social, tendo como objeto de pesquisa a Convenção nº 155 da OIT e o art. 611-A, XII da CLT.

Para tanto, a primeira aproximação residirá na análise da possibilidade de aplicação do controle de convencionalidade no direito do trabalho, tomando este como um direito humano, fundamental e social, com proteção na Constituição Federal e também por tratados internacionais.

Ato contínuo, será feita uma abordagem sobre a recepção dos tratados internacionais no direito brasileiro e a possibilidade de constituírem verdadeiros parâmetros de controle das normas trabalhistas, conforme os predominantes entendimentos da doutrina científica e jurisprudencial.

Por fim, a Convenção nº 155 da OIT, ratificada e em vigor no Brasil, será analisada enquanto instrumento de contenção dos efeitos da Lei nº 13.467/2017, que alterou a Consolidação das Leis Trabalhistas para, entre outros aspectos precarizantes, autorizar a flexibilização do enquadramento do grau de insalubridade por meio de negociações coletivas.

2 O TRABALHO COMO UM DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL

PAMPLONA FILHO (2018, p. 213) sustenta que os Direitos Humanos são aqueles mais inerentes ao ser humano, sendo condição *sine qua non* para a efetivação da sua dignidade, descritos, na maioria das vezes, no âmbito de documentos internacionais, os quais atuam como mecanismos de garantia de sua concretização.

É possível identificar, no campo doutrinário do Direito Internacional, a existência de uma Carta Internacional de Direitos Humanos, a qual consagra uma série de declarações e Pactos Internacionais voltados à sistematização de vertentes normativas de proteção ao ser humano.

Nesse contexto, a Carta Internacional de Direitos Humanos é integrada pelo catálogo de direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, tornando-se inequívoco afirmar que o Direito do Trabalho é uma das vertentes dos Direitos Humanos, cuja dimensão reúne os conceitos de dignidade, cidadania e justiça social.

O entendimento de DELGADO (2017, p.167) ratifica a presente discussão:

(...) os direitos individuais e sociais trabalhistas, na qualidade de direitos humanos sociais, econômicos e culturais, acham-se também encorajados pela proteção mais ampla do Direito Internacional dos Direitos Humanos, estruturado ao longo do século XX. (...)

Nessa linha de pensamento, necessário elucidar o importante papel da Organização Internacional do Trabalho (OIT) – fundada em 1919 pelo Tratado de Versalhes – em direção à promoção do exercício do direito ao trabalho da melhor forma possível, através do reconhecimento, da declaração e institucionalização de documentos normativos internacionais de direitos humanos trabalhistas.

No largo grupo de documentos e convenções lançadas pela OIT ao longo desse um século de existência, destaca-se a Declaração da Filadélfia (1944) e a Declaração sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho (1998).

A Declaração da Filadélfia arrola os princípios fundamentais do Direito Internacional do Trabalho. A título exemplificativo, destaca-se o primeiro de seus princípios, o qual reforça a necessidade de afirmação do trabalho digno e de todo um sistema de proteção ao trabalhador com regras superiores aos simples imperativos do mercado, aduzindo que *“o trabalho não é uma mercadoria”*.

A Declaração sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho define direitos humanos básicos dos trabalhadores, a exemplo, o direito à eliminação de todas as formas de trabalho forçado ou compulsório (Convenções nº 29 e nº 105 da OIT, ambas ratificadas pelo Brasil), o direito à eliminação da discriminação no que diz respeito ao emprego e à ocupação (Convenções nº 100 e nº 111 da OIT, ambas ratificadas pelo Brasil), entre outros.

Registre-se, enfim, que a Carta Internacional dos Direitos Humanos Trabalhistas deve ser identificada como uma plataforma aberta à incorporação de outros documentos normativos internacionais de Direitos Humanos que tenham como finalidade a progressão humanista e civilizatória se proteção ao trabalho.

3 FONTES NORMATIVAS INTERNACIONAIS E O SEU *STATUS* JURÍDICO NO BRASIL

Os diplomas internacionais – tratados e convenções internacionais – integram o ordenamento jurídico brasileiro por meio da ratificação de seu conteúdo normativo, podendo ter *status* de norma constitucional ou infraconstitucional.

A Emenda Constitucional nº 45, ao acrescentar o § 3º ao art. 5 da Constituição Federal, passou a determinar o valor hierárquico dos tratados internacionais no Brasil, estabelecendo que as convenções internacionais sobre direitos humanos ratificadas com observância do rito e do quórum previstos para a aprovação de emendas constitucionais, serão integradas no ordenamento jurídico brasileiro com *status* de norma constitucional:

“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.”

Entretanto, existiam controvérsias acerca do *status* das normas internacionais sobre direitos humanos que não foram ratificadas com observância do quórum previsto no artigo da Constituição Federal acima transcrito. Nesse toar, em dezembro de 2008, o Supremo Tribunal Federal, a partir do julgamento do Recurso Extraordinário 466.343-1-SP, firmou entendimento no sentido de que a posição hierárquica dos tratados internacionais no ordenamento jurídico brasileiro deve respeitar a seguinte orientação: tratados internacionais de direitos humanos aprovados com quórum especial das emendas constitucionais terão *status* de emenda constitucional; os tratados internacionais de direitos humanos aprovados sem o quórum especial das emendas constitucionais ostentarão *status* de norma supralegal; e, por fim, os tratados internacionais que não versem sobre direitos humanos ingressam no ordenamento jurídico pátrio com *status* de lei ordinária.

Assim, somente quando a norma internacional estiver de acordo com o disposto no art. 5, § 3º da Constituição Federal, terá valor constitucional. Os demais tratados e convenções sobre direitos humanos vigentes no Brasil terão, então, valor supralegal.

Destaca-se que o Congresso Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho –

CONAMAT, em sua 19ª edição, pôs esse tema em discussão, adotando, em consonância ao acima exposto, a seguinte ementa:

“Reforma Trabalhista. Lei 13.467/2017. Incompatibilidade vertical com as Convenções da OIT. Ausência de consulta tripartite. Ofensa às Convenções 122, 144 e 154 da OIT, bem como aos verbetes 1075, 1081 e 1082 do Comitê de Liberdade Sindical do Conselho de Administração da OIT. Ausência de consulta prévia às organizações de trabalhadores. Controle de convencionalidade na reforma trabalhista. Possibilidade. Natureza jurídica das normas internacionais do trabalho. Supralegalidade. Ainda que não se reconheça a inconvenção de toda a Reforma Trabalhista, há de se fazer pontualmente o controle de convencionalidade dos dispositivos por ela alterados. O Supremo Tribunal Federal reconheceu o caráter supralegal das convenções internacionais, devendo as leis ordinárias estar em consonância com a normatividade internacional, no que se refere aos direitos humanos ”

Ademais, é evidente que, em respeito ao princípio da norma mais favorável e ao princípio da vedação ao retrocesso – ambos vetores dos Direitos Humanos –, havendo conflito entre normas internacionais ratificadas pelo Brasil e o Direito interno deve prevalecer a norma e a interpretação mais favoráveis à pessoa humana a quem se destina a tutela.

A este respeito, seguindo o escólio de MAZZUOLI (2018) a norma de direitos humanos que melhor proteger a pessoa deverá prevalecer sobre outra norma de hierarquia inferior, igual ou até mesmo superior. Neste caso, não haveria campo para se falar em ilegalidade, já que a própria Constituição determina que quando se tratar de direito do ser humano a norma mais benéfica é que deverá prevalecer.

Nessa mesma trilha, colhem-se os ensinamentos de CORTEZ (2019), ao reconhecer que, se houver conflito entre o tratado internacional de direitos humanos e a lei ordinária, sempre valerá o primeiro, não importando se a lei é precedente ou posterior, prevalecendo a hierarquia sobre o critério cronológico para solução de eventuais antinomias.

Registre-se, por fim, que as Declarações Internacionais sobre Direitos Humanos, inclusive trabalhistas, firmam um patamar civilizatório mínimo imperativo, na medida em que são protegidos pelos princípios da progressividade dos direitos humanos, da vedação ao retrocesso social e da norma mais favorável à pessoa humana envolvida, o que remete, em qualquer hipótese, à exigência de leis ordinárias estarem

em consonância e harmonia com a normatividade internacional.

4 O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NO ÂMBITO DO DIREITO DO TRABALHO: Compatibilidade Vertical entre as Normas de Direito Interno e as Convenções da Organização Internacional do Trabalho

Conforme leciona PORTELA (2017), a comunidade internacional, no panorama jurídico e social da atualidade, procura promover a efetivação dos direitos humanos fundamentais aos indivíduos da melhor forma possível. Nesse sentido, verifica-se que o mecanismo do controle de convencionalidade serve como importante ferramenta no que diz respeito a efetivação do papel do Estado de ser instituição garantidora de justiça.

Tal circunstância significa abandonar a ideia do agir em prol do Estado, ao passo em que prioriza a proteção dos direitos e garantias dos homens livres e iguais.

Dito isso, conclui-se que, uma vez incorporados determinados direitos humanos ao ordenamento pátrio, por meio dos tratados e convenções internacionais, o bloco de constitucionalidade e parametricidade dos mecanismos de controle de convencionalidade do ordenamento ganha maior dimensão: surge a necessidade de compatibilizar vertical, material e formalmente a produção de normas de direito interno, na medida em que estas devem ser compatíveis não só com a Constituição Federal, mas também com as convenções e tratados internacionais.

Para ROCHA (2019) o mecanismo do controle de convencionalidade serve como importante instrumento para que os ordenamentos jurídicos dos Estados possam, em conjunto, fortalecer o quadro de direitos humanos.

O controle de convencionalidade pode ser conceituado como a compatibilização das normas de direito interno com os tratados de direitos humanos ratificados pelo governo e em vigor no país. A partir disso, tem-se que possível a aplicação do mecanismo em debate tendo como parâmetro qualquer tratado internacional que verse sobre direitos humanos, inclusive no que se refere às Convenções Internacionais da Organização Internacional do Trabalho, o qual deve ser promovido por qualquer Juiz ou Tribunal integrante da Justiça do Trabalho.

Verifica-se que o mecanismo já é discutido e aplicado no ordenamento pátrio, sendo importante destacar a existência de precedentes, na própria Justiça do Trabalho,

nos quais o Tribunal Superior do Trabalho aplicou o controle de convencionalidade difuso ao estabelecer, unanimemente, a inconvenção do art. 193, §2º, da CLT, que previa que “*o empregado poderá optar pelo adicional de insalubridade que porventura lhe seja devido*” por violar as Convenções nº 148 e nº 155 da Organização Internacional do Trabalho. Abaixo, trecho do voto do Ministro Cláudio Brandão:

“Se tais argumentos não fossem suficientes, outro fator que sustenta a inaplicabilidade dos preceitos analisados é a introdução no sistema jurídico interno das Convenções Internacionais nos 148 e 155. As normas internacionais incorporadas passaram a admitir a hipótese de cumulação dos adicionais e estabelecem critérios e limites dos riscos profissionais em face da exposição simultânea a vários fatores nocivos. (...)”

Partindo do caso concreto acima transcrito, fácil evidenciar a importância do mecanismo em debate, de modo que, ao proceder com a aplicação do controle de convencionalidade difuso, o Tribunal Superior do Trabalho promoveu a efetivação dos direitos humanos fundamentais.

5 APLICAÇÃO DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NO ÂMBITO DA REFORMA TRABALHISTA: Possibilidade de Flexibilização do Enquadramento do Grau de Insalubridade por meio de Negociação Coletiva e a Convenção Internacional do Trabalho nº 155

Conforme bem explana PAMPLONA FILHO (2018), a Organização Internacional do Trabalho já elaborou mais de 188 Convenções Internacionais, sendo que 96 já foram ratificadas pelo Brasil, não estando mais em vigor 16 destas, sendo certo, portanto, que o controle das legislações trabalhistas no ordenamento jurídico brasileiro possui, como parâmetro, 80 convenções internacionais da OIT que atuam com a finalidade de proteger o trabalhador e o direito ao trabalho.

Nesse sentido, e conforme demonstrado alhures, todos os juízes e/ou tribunais do trabalho têm o dever de aplicar a legislação trabalhista interna em conformidade com o disposto nas Convenções Internacionais da Organização Internacional do Trabalho, as quais, reforça-se, possuem caráter de norma supralegal.

No que tange, de forma específica, à Lei nº 13.467, a Reforma Trabalhista, é importante que se verifique se suas disposições estão em conformidade com o

firmado nas Convenções Internacionais da OIT ratificadas pelo Brasil.

É certo que a Reforma Trabalhista trouxe diversas possibilidades de flexibilização e, por via transversa, desregulamentação de direitos sociais.

Uma das matérias afetadas pela referida lei é aquela que trata da proteção da saúde e da segurança do trabalhador no ambiente de trabalho. É público e notório que tal bem jurídico é tutelado pelo Direito do Trabalho, com proteção em nosso ordenamento jurídico e no plano internacional.

Entretanto, em sentido contrário ao disposto nas normas de proteção trabalhista, o novo art. 611-A da CLT apresenta, em seus quinze incisos, assuntos que podem ser objeto de normatização pela negociação coletiva, indicando aquilo que ficou conhecido como “a prevalência do negociado sobre o legislado”.

Eis o texto do artigo examinado, *ipsis litteris*:

Art. 611-A. A convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre a lei quando, entre outros, dispuserem sobre:

I - pacto quanto à jornada de trabalho, observados os limites constitucionais;

II - banco de horas anual;

III - intervalo intrajornada, respeitado o limite mínimo de trinta minutos para jornadas superiores a seis horas;

IV - adesão ao Programa Seguro-Emprego (PSE), de que trata a Lei no 13.189, de 19 de novembro de 2015;

V - plano de cargos, salários e funções compatíveis com a condição pessoal do empregado, bem como identificação dos cargos que se enquadram como funções de confiança;

VI - regulamento empresarial;

VII - representante dos trabalhadores no local de trabalho;

VIII - teletrabalho, regime de sobreaviso, e trabalho intermitente;

IX - remuneração por produtividade, incluídas as gorjetas percebidas pelo empregado, e remuneração por desempenho individual;

X - modalidade de registro de jornada de trabalho;

XI - troca do dia de feriado;

XII - enquadramento do grau de insalubridade;

XIII - prorrogação de jornada em ambientes insalubres, sem licença prévia das autoridades competentes do Ministério do Trabalho;

XIV - prêmios de incentivo em bens ou serviços, eventualmente concedidos em programas de incentivo;

XV - participação nos lucros ou resultados da empresa.

Nota-se que o artigo da CLT acima transcrito autoriza ampla prevalência das

regras coletivas negociadas em relação às normas imperativas estatais existentes.

Entretanto, há de se destacar a flexibilização inconveniente inserida no inciso XII, do art. 611-A, da CLT, na medida em que este desrespeita o padrão internacional de proteção à saúde e segurança do trabalho, ocasionando a ruptura do direito fundamental ao trabalho digno.

Na hipótese de aplicação do controle de convencionalidade no âmbito da possibilidade de flexibilização do enquadramento do grau de insalubridade por meio de negociação coletiva, vislumbra-se que essa entra em choque frontal com o quanto disposto na Convenção nº 155 da OIT.

A respeito da Convenção nº 155 da OIT, sabe-se que esta, ratificada pelo Brasil no ano de 1992 e em vigor no país, trata da segurança e da saúde dos trabalhadores, tendo como objetivo primordial a orientação dos países signatários quanto à adoção de políticas para a prevenção de acidentes e danos à saúde relacionados com a atividade laboral ou que sobrevenham durante o trabalho.

Estabelece em seu artigo 4º, apartados 1 e 2:

Art. 4 — 1. Todo Membro deverá, em consulta com as organizações mais representativas de empregadores e de trabalhadores, e levando em conta as condições e as práticas nacionais, formular, pôr em prática e reexaminar periodicamente uma política nacional coerente em matéria de segurança e saúde dos trabalhadores e o meio-ambiente de trabalho.

2. Essa política terá como objetivo prevenir os acidentes e os danos à saúde que forem consequência do trabalho tenham relação com a atividade de trabalho, ou se apresentarem durante o trabalho, reduzindo ao mínimo, na medida que for razoável e possível, as causas dos riscos inerentes ao meio-ambiente de trabalho.

Percebe-se, que a pauta que norteia a norma parte da premissa de que se deve priorizar soluções baseadas na prevenção dos riscos e proteção do ser humano trabalhador. Para tanto, a OIT apresenta, na própria norma, uma ordem de preferência, segundo a qual a prioridade está na eliminação do risco à saúde do trabalhador. Não sendo este objetivo atingido, busca-se, sucessivamente, a eliminação da exposição da pessoa ao risco (quando não é possível eliminar o risco ou reduzi-lo a níveis suportáveis), o isolamento do risco (criação de barreira entre a fonte de risco e as pessoas expostas e ele) e, por último, a proteção da pessoa que se expõe ao risco (através de EPI e EPC).

Assim, levando em consideração o *status* supralegal das Convenções Internacionais da Organização Internacional do Trabalho, é certo que essa serve de parâmetro para aplicação de outras normas infraconstitucionais que versem sobre a matéria.

In casu, verifica-se que o art. 611-A, XII da CLT não se encontra em conformidade com o estabelecido na Convenção 155 da OIT. Isto porque o enquadramento do grau de insalubridade não é uma questão pactuável, que possa ficar à disposição da negociação coletiva. Ao contrário disso, o grau de insalubridade deve ser aferido por avaliação técnica especializada.

Ademais, estabelece o artigo 11, a), da mesma Convenção, que:

Art. 11 — Com a finalidade de tornar efetiva a política referida no artigo 4 da presente Convenção, a autoridade ou as autoridades competentes deverá garantir a realização progressiva das seguintes tarefas:
determinação, quando a natureza e o grau de risco assim o requererem, das condições que regem a concepção, a construção e o acondicionamento das empresas, sua colocação em funcionamento, as transformações mais importantes que forem necessárias e toda modificação dos seus fins iniciais, assim como a segurança do equipamento técnico utilizado no trabalho e a aplicação de procedimentos definidos pelas autoridades competentes;

Verifica-se que o dispositivo da Convenção da OIT transcrito acima faz remissão à observância das determinações fixadas pelas autoridades competentes, quando a natureza e o grau de risco da atividade assim o requererem.

É certo que o assunto diz respeito à saúde e à vida digna do trabalhador. Por óbvio, as políticas adotadas visam prevenir os acidentes e os danos decorrentes do trabalho, reduzindo ao mínimo as suas causas e riscos.

Portanto, verifica-se que, ao autorizar a possibilidade de flexibilização quanto ao enquadramento do grau de insalubridade através de negociações coletivas, a reforma trabalhista, além de configurar verdadeiro retrocesso social, vai de encontro ao quanto pontua a Convenção 155 da OIT que exige que os parâmetros de risco das atividades desempenhadas no trabalho recaiam sobre as autoridades competentes na matéria, o que, até o advento da norma, sempre significou, no caso brasileiro, que a classificação e a categorização da insalubridade deveria ser estabelecida em consonância com as normas editadas pelo então denominado Ministério do Trabalho (hoje, Ministério da

Economia), sendo necessária a apuração da insalubridade por perícia realizada por profissional competente.

A norma da OIT, como se vê, está pautada na premissa de que os direitos relativos à saúde e segurança do trabalho são indisponíveis, ou seja, não podem ser objeto de transação mediante negociação de qualquer tipo, ainda que coletiva.

Assim, diante da perspectiva protetiva contida na Convenção nº 155 da OIT, ao trazer a possibilidade de negociação quanto ao enquadramento do grau de insalubridade, a Lei 13.467/2017 foi de encontro à doutrina judicial sedimentada pelo Supremo Tribunal Federal que reconheceu o caráter supralegal das convenções internacionais, devendo a lei ordinária estar em consonância com a normatividade internacional, no que se refere aos direitos humanos.

Nesse sentido, é necessário que o texto previsto no artigo 611-A, XII da CLT seja interpretado conforme a Convenção Internacional nº 155 da OIT, sendo vedada qualquer possibilidade de negociação sobre o enquadramento e o grau da insalubridade para que, dessa forma, seja efetivado o direito humano e fundamental ao trabalho.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por tudo quanto o exposto, conclui-se que o Controle de Convencionalidade é um mecanismo de suma importância na medida em que promove a adequação das leis trabalhistas ao que dispõem as Convenções Internacionais da OIT.

Reconhecido o direito do trabalho como um direito humano, fundamental e social em constante evolução, este deve ser tido como um valor básico da vida humana, protegido não só pela Constituição Federal, mas também pelos diplomas internacionais ratificados pelo Brasil.

Considerando a hierarquia das fontes normativas internacionais, as Convenções Internacionais da OIT, por terem *status* de norma supralegal, configuram verdadeiros parâmetros de controle do convencionalidade. Nesse viés, reconhece-se como imperativa a adequação das leis trabalhistas ao seu teor.

No caso específico da flexibilização do enquadramento do grau de insalubridade através de negociação coletiva, prevista no art. 611-A, XII da CLT, mostrou-se evidente a sua inadequação aos termos da Convenção nº 155 da OIT, posto que esta,

com enfoque francamente preventivo, em matéria de saúde e segurança do trabalho, exige que o grau de insalubridade seja aferido por avaliação técnica especializada, não sendo, portanto, matéria passível de transação, ainda que envolva sindicato de classe.

Por conseguinte, tem-se, então, que a concretização dos ditames da Convenção nº 155 da OIT há de ser feita por meio do controle de convencionalidade, a ser exercido, sobretudo, por meio da atividade do Poder Judiciário a quem caberá, no exame de cada caso concreto, reconhecer nula toda tentativa de negociação sobre o enquadramento e o grau da insalubridade.

REFERÊNCIAS

ANAMATRA. Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (Anamatra). **2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho: Reforma Trabalhista**. Brasília, 2018. Disponível em: https://www.anamatra.org.br/attachments/article/27175/livreto_RT_Jornada_19_Conamat_site.pdf. acesso em: 03 de novembro de 2019.

BRASIL. Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. **Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em 20 de outubro de 2019.

BRASIL. Decreto 1254, de 29 de setembro de 1994. **Promulga a Convenção número 155, da Organização Internacional do Trabalho, sobre Segurança e Saúde dos Trabalhadores e o Meio Ambiente de Trabalho**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D1254.htm

BRASIL. Lei 13.467, de 13 de julho de 2017. **Altera a Consolidação das Leis do Trabalho, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm

CARNEIRO, Ricardo José das Mercês. Sobre a possibilidade de enquadramento do grau de insalubridade por meio de negociação coletiva: análise crítica da previsão contida no art. 611-A, XII da CLT. In: MIESSA Élisson; CORREIA, Henrique. **A reforma trabalhista e seus impactos**. Salvador: Jus Podivm, 2017. p. 757-776. CORTEZ, Rita. A Aplicação

das Convenções e Tratados Internacionais em face da Interpretação Sistemática e Finalística da Lei 13.467/17 e a Importância do Controle de Convencionalidade. **Revista da Associação Brasileira de Advogados Trabalhistas**, Belo Horizonte, MG, n. 6, p. 191-207, jan./dez. 2019.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 16. ed. São Paulo: Ltr, 2017. p. 167-168.

LINS ROCHA, M.; VIANNA ALVES FERREIRA, O. A.; VIDOTTE BLANCO TARREGA, M. C. O controle de convencionalidade difuso de ofício e a vedação das decisões-surpresas. **Espaço Jurídico Journal of Law [EJLL]**, p. 1-20, 4 out. 2019.

MAZZUOLI, V. D. O. **Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis**. 5. ed. Rio de Janeiro: FORENSE, 2018.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo; ROCHA, Matheus Lins. O controle de convencionalidade como mecanismo efetivador do direito humano fundamental ao trabalho: a sua aplicação no âmbito da reforma trabalhista. **Revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da Bahia**, Salvador, BA, v. 7, n. 10, p. 210-236, out. 2018.

PORTELA, P. H. G. **Direito Internacional Público e Privado: Incluindo Noções de Direitos Humanos e de Direito Comunitário**. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

Supremo Tribunal Federal. Gilmar Mendes. **Voto Vogal do Acórdão do Recurso Extraordinário 466.343-1-SP**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re466343.pdf>> acesso em: 03 de nov. de 2019.

Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista RR-1072-72.2011.5.02.0384**, data de 24 de setembro de 2014. Voto do Ministro Cláudio Mascarenhas Brandão. Tribunal Regional do Trabalho 17ª Região. Disponível em: <http://www.trt17.jus.br/principal/comunicacao/noticias/conteudo/934-trt-es-suspende-efeitos-da-sumula-42> acesso em: 20 de outubro de 2019.

Publicado originalmente na Revista Ciências Humanas e Sociais | Aracaju | v. 6 | n.2 | p. 145-158 | Setembro 2020

O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE DA REFORMA TRABALHISTA DE 2017

Érica Ribeiro Guimarães Amorim

Resumo

Este artigo propõe uma reflexão sobre o controle de convencionalidade da Lei nº 13.467/17, concedendo especial atenção às convenções e recomendações da Organização Internacional do Trabalho. Por meio de uma pesquisa descritiva e propositiva, procurou-se discutir as alterações introduzidas na Consolidação das Leis do Trabalho pela Reforma Trabalhista que direta ou indiretamente colidem com a Constituição brasileira e as normas internacionais. O interesse no desenvolvimento desta pesquisa se revelou pelo caráter social que o tema apresenta. Trata-se, assim, de uma investigação bibliográfica e documental, eminentemente qualitativa, sustentada em referenciais teórico-conceituais. Ao final, algumas soluções foram apresentadas para as possíveis inconformidades existentes na referida lei.

Palavras-chave: Reforma Trabalhista. Tratados Internacionais. Controle de Convencionalidade. Decisões.

Abstract

This article proposes a reflection on the control of conventionality of Law 13.467/17, with special attention to the conventions and recommendations of the International Labor Organization. Through descriptive and purposeful, we sought to discuss the changes introduced in the Consolidation of Labor Laws by Labor Reform that directly or indirectly conflict with the Brazilian Constitution and international standards. The

Érica Ribeiro Guimarães Amorim

Mestre em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA), Salvador – BA, Brasil. Graduada pela UFBA, Salvador – BA, Brasil. Advogada, atuante em Salvador – BA e Brasília – DF, Brasil. E-mail: ericaufba3@gmail.com

interest in the development of this article was revealed by the social character that the theme presents. It is a bibliographical and documentary investigation, eminently qualitative, supported by theoretical references. In the end, some solutions were exposed for the possible non-conformities existing in that law.

Keywords: Labor Reform. International Treaties. Conventionality Control. Decisions.

1 Introdução

A Reforma Trabalhista (Lei nº 13.467/17) alterou drasticamente a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), com diversos dispositivos parcialmente ou totalmente reformados, alguns deixaram até de existir, *e. g.*, trabalho *in itinere* (§ 2º do art. 58 da CLT). Essa foi a mais significativa transformação na legislação trabalhista desde o advento da Consolidação em 1943, modificando toda a estrutura do direito do trabalho.

Entretanto, importa notar que a Constituição Federal e os Tratados Internacionais não sofreram alterações e, portanto, não podem ser simplesmente ignorados. Desse modo, todas as modificações realizadas na CLT devem se submeter ao crivo do controle de constitucionalidade e convencionalidade, uma vez que quaisquer leis ou atos normativos devem ser compatíveis com a Carta de 1988 e também com as normas internacionais — notadamente as que tratam de direitos humanos — como é o caso daquelas sobre relações de trabalho.

Em razão do recorte temático deste artigo, apenas o controle de convencionalidade será abordado. Tem-se levantado a discussão acerca da possibilidade ou não desse tipo de controle, uma vez que inexistente um regramento específico no ordenamento jurídico brasileiro disciplinando o assunto.

Nas linhas abaixo, será averiguada a viabilidade de um controle de convencionalidade que possa analisar as leis e atos normativos internos (especialmente a Lei nº 13.467/17) à luz das convenções e recomendações internacionais. Antes disso, porém, *mister* fazer um breve estudo acerca da Organização Internacional do Trabalho (OIT), assim como das suas principais normas internacionais — que confrontam direta ou indiretamente a Reforma Trabalhista — e seu papel para o desenvolvimento do direito do trabalho no Brasil. Além disso, este estudo se propõe ainda a delinear alguns

dos institutos que foram alvo de revisão mediante a Lei nº 13.467.

2 **Noções basilares da Organização Internacional do Trabalho**

A Organização Internacional do Trabalho (OIT) surgiu em 1919, como parte do Tratado de Versalhes, assinado em Paris, que pôs fim à Primeira Guerra Mundial. Em 1946, a OIT tornou-se o primeiro organismo especializado da Sociedade das Nações. Na Carta das Nações Unidas, de 1945, notadamente em seu art. 2º, estão dispostos os princípios do direito internacional do trabalho, bem como na Declaração referente aos fins e objetivos da OIT, também chamada Declaração de Filadélfia, em que se encontram os princípios específicos e fundamentais do direito internacional do trabalho (VILLATORE, 2009, p. 62-63).

Compete a OIT prever padrões mínimos de proteção ao trabalhador na relação empregatícia, tendo em vista que tal relação, por sua própria natureza, é desigual. Desta forma, imperioso se fez a criação de um organismo internacional que fosse responsável por fixar e fiscalizar o cumprimento de normas garantidoras trabalhistas. Vale lembrar que com a Primeira Revolução Industrial e o liberalismo econômico no continente europeu, a classe trabalhadora (que outrora vivia no campo) foi forçada a se deslocar para os grandes centros urbanos, passando a laborar nas fábricas; com jornadas exaustivas, degradantes e ambientes de trabalho insalubres (VILLATORE, 2009, p. 62-63).

Após a Segunda Grande Guerra e anos de reivindicações dos sindicatos de operários, os Estados-Nação decidiram dialogar sobre a necessidade de regulamentar a relação de trabalho no plano do direito internacional — evitando, assim, que as normas protetivas ao trabalhador prejudicassem a competitividade dos produtos fabricados nos países integrantes da OIT — porquanto se todos obedecessem às mesmas regras não haveria prejuízo à livre concorrência.

Luciano Martinez (2016, p. 102) destaca que “A Organização Internacional do Trabalho é um órgão das Nações Unidas que procura fomentar a Justiça Social e os direitos humanos e laborais mundialmente reconhecidos”. A OIT é um organismo tripartite, isso significa que é formada por representantes de entidades de trabalhadores, empregadores e governo, os três principais atores do mercado de trabalho.

Em Genebra, na Suíça, está o escritório central da OIT, onde trabalham os

administradores da Organização e ocorrem as reuniões tripartites setoriais, das Comissões e Comitês. Contudo, não existe apenas o órgão permanente em Genebra; pois há também uma ampla estrutura regional, com uma rede de escritórios regionais, abrangendo todos os continentes. Destarte, a OIT pode realizar a execução e administração dos programas, projetos e atividades de cooperação técnica e de reuniões regionais, sub-regionais e nacionais; conseguindo ainda manter contato direto com representantes do governo, dos empregadores e dos trabalhadores em diferentes localidades do globo terrestre.

A OIT é dirigida por um Conselho de Administração, responsável pela elaboração e controle de execução de políticas e programas do direito internacional do trabalho. Todos os anos, no mês de junho, ocorre a Conferência Internacional do Trabalho, que funciona como uma Assembleia Geral. Nela, cada Estado-Membro tem direito a enviar quatro delegados à Conferência, que são acompanhados por conselheiros técnicos: dois representantes do governo, um dos trabalhadores e um dos empregadores; todos com direito a voto independente. Por meio dessas conferências é que se originam as convenções, recomendações e resoluções as quais tratam das relações de trabalho.

Dentre as várias atribuições da OIT, as atuações de maior destaque são: i) *política*, no sentido de assegurar bases sólidas para a paz mundial; ii) *econômica*, ao garantir a concorrência mundial; iii) *humanitária*, fiscalizando e denunciando os abusos e irregularidades relativas às condições de trabalho, sempre no intuito de diminuir as injustiças (VILLATORE, 2009, p. 63). As normas internacionais produzidas pela OIT buscam definir padrões mínimos de respeito à classe trabalhadora que possam ser aceitos e praticados pelos países signatários.

Em síntese, podem ser consideradas fontes gerais do direito internacional do trabalho: a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1948, na cidade de Paris; o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (PIDCP) e o Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) acatados na 21ª Sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966.

Em relação às fontes específicas, as mais significativas são: a) Constituição da OIT de 1919; b) Declaração Relativa aos Fins e Objetivos da OIT, aprovada na Conferência de Filadélfia em maio de 1944 e incorporada à Constituição da OIT como anexo na revisão geral empreendida pela Conferência de Montreal de outubro de 1946; c) Declaração

sobre Direitos e Princípios Fundamentais no Trabalho de 1988; d) Declaração Tripartite de Princípios sobre Empresas Multinacionais e Política Social de 2000; e) Declaração da OIT sobre justiça social para uma globalização equitativa de 2008. Por fim, têm-se como fontes do direito internacional do trabalho as Convenções, Recomendações e Resoluções da OIT. Nas linhas a seguir, com mais vagar, serão analisadas as normas da OIT que possuem maior pertinência temática com a Reforma Trabalhista de 2017.

3 Convenções nº 98, 131, 151 e 154, a Recomendação nº 159, dentre outras da Organização Internacional do Trabalho.

Necessário distinguir Convenção — também denominado convênio — da Recomendação, isso porque o primeiro se trata de um tratado internacional, de caráter normativo, que demanda ratificação pelos países signatários para fins de exigibilidade. Já a Recomendação, por não ser ratificada internamente pelos Estados subscritores, apenas complementa a interpretação das convenções, orientando a prática laboral, contudo, não cria qualquer direito ou obrigação, trata-se de norma facultativa (MARTINEZ, 2016, p. 103).

Nos termos do inciso V do art. 19, da Constituição da OIT, após a convalidação interna a ratificação das convenções ocasiona dupla obrigação aos países signatários, quais sejam: i) cumprir e aplicar o conteúdo das normas internacionais; ii) aceitar os mecanismos de supervisão e de controle internacional, conforme procedimentos disciplinados pela própria Organização.

Há de se perceber a importância da Convenção nº 98 da OIT (1951), na medida em que dispõe sobre o direito de sindicalização e de negociação coletiva dos trabalhadores. A citada convenção foi aprovada na 32ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho no ano de 1949, em Genebra; porém, sua vigência no plano internacional iniciou-se somente em 18 de julho de 1951. No Brasil, foi ratificada em 1952, definindo que nenhum trabalhador pode ser prejudicado ou dispensado em decorrência da participação em atividades sindicais em suas horas livres ou durante o trabalho, quando há o consentimento do empregador. Essa norma internacional ainda combate a ingerência nas organizações de trabalhadores, porquanto determina aos sindicatos não dependerem financeiramente de um empregador.

A Convenção nº 131 da aludida Organização (OIT, 1970), por sua vez, nasce da 54ª sessão da Conferência Geral, realizada em 22 de junho de 1970, em Genebra. Todavia,

entrou em vigor no plano internacional em 29 de março de 1972, sendo inserido no ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto nº 89.686/1984. Em suma, dispõe sobre a fixação de salários mínimos, exigindo que os Estados signatários, em especial, os países em desenvolvimento econômico, estabeleçam um sistema de fixação de salários mínimos e que ajustem esse patamar mínimo periodicamente, de sorte a garantir o poder de compra e a dignidade do trabalhador assalariado.

Já a Convenção nº 151 (1978) e a Recomendação nº 159 (1978) — ambas da Organização Internacional do Trabalho, incorporadas ao ordenamento jurídico pátrio em 2010, mediante o Decreto Legislativo nº 206 — trazem diretrizes para a negociação coletiva dos trabalhadores do serviço público, dispondo ainda sobre as garantias da organização sindical que tenha por fim defender os interesses dos servidores e empregados públicos. Entre as principais garantias apresentadas pela Convenção está a proteção contra os atos de discriminação que acarretem violação da liberdade sindical. O documento também veda atos de ingerência das autoridades públicas na formação, funcionamento e administração das organizações de trabalhadores. Além disso, possibilita a instauração de processos para a negociação das condições de trabalho entre as autoridades públicas e as organizações de trabalhadores, determinando a concessão de facilidades aos representantes das organizações sindicais reconhecidas dos trabalhadores do serviço público, com permissão para cumprir suas atividades durante as horas de trabalho ou fora delas.

Especificamente quanto à Recomendação nº 159 (OIT, 1978), esta aconselha a adoção de procedimentos acerca dos critérios objetivos e pré-estabelecidos a respeito do caráter representativo das organizações sindicais. Ao promulgá-las, o Congresso Nacional brasileiro trouxe dois esclarecimentos, quais sejam: 1º - que a Convenção nº 151 se aplica para servidores públicos federais (regidos pela Lei nº 8.112/90 ou pela CLT), bem como para os servidores estaduais e municipais disciplinados pela legislação particular de cada um; 2º - instituiu que as organizações de trabalhadores abrangidas pela citada norma internacional são exclusivamente aquelas organizações “constituídas nos termos do artigo 8º da Constituição Federal” (BRASIL, 2013).

Ainda sobre direito coletivo do trabalho, tem-se a Convenção nº 154 (OIT, 1981), firmada em Genebra durante a 67ª Reunião da Conferência Internacional. Ela foi ratificada pelo Brasil através do Decreto Legislativo nº 22, de 12 de maio de 1992. A norma prevê que a negociação coletiva compreende a interação entre trabalhadores e empregadores, ou organizações que representem estes atores, para regular as condições de trabalho. Nesse sentido, a Convenção determina que devam ser adotadas medidas

adequadas às condições nacionais no estímulo ao acordo coletivo, destacando que a negociação coletiva seja possibilitada a todos os empregadores e a todas as categorias de trabalhadores dos ramos de atividade a que se aplique a norma internacional e que os órgãos e procedimentos de resolução dos conflitos trabalhistas sejam concedidos de modo que possam contribuir para o estímulo ao acordo coletivo.

Pela análise dessas convenções, infere-se que o Brasil tem mantido representação na OIT desde 1950, incorporando as normas internacionais ao ordenamento jurídico nacional. Apesar disso, a Reforma Trabalhista de 2017 contraria uma sequência de avanços nos direitos trabalhistas e sociais, notadamente por privilegiar o negociado sobre o legislado, obstar o acesso à justiça e por prever retrocessos sociais em vários aspectos do direito individual e coletivo do trabalho.

Diferentemente do que ocorre com a Organização Mundial do Comércio (OMC), a Constituição da OIT não previu sanções para os Estados-membros em caso de descumprimento de alguma norma. Significa dizer que, no âmbito internacional, não existem mecanismos sancionatórios para forçar os países signatários das convenções e recomendações da OIT a cumpri-las.

Conquanto a Organização Internacional do Trabalho não possa impor coercitivamente suas decisões, é amplamente cabível ao Poder Judiciário — tanto no controle difuso quanto no controle abstrato de constitucionalidade — fazer prevalecer os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988 e também os direitos humanos consagrados na Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), os pactos internacionais e as Convenções da OIT ratificados pelo Congresso Nacional brasileiro, uma vez que ostentam superior grau hierárquico quando em cotejo com a Lei nº 13.467/17. Para tanto, os magistrados, advogados, procuradores do trabalho, dentre outros operadores do direito, devem fundamentar de modo robusto e racional suas decisões e petições, no intuito de preservar os direitos sociais ainda existentes na legislação trabalhista pátria.

4 **A Reforma Trabalhista de 2017 e o controle de convencionalidade**

De logo, há de se informar que não se pretende, mediante este artigo, esgotar todas as reformas na legislação trabalhista realizadas pela Lei nº 13.467, desse modo, os temas serão abordados apenas para um melhor esclarecimento do objeto principal em discussão, qual seja: o controle de convencionalidade da Reforma Trabalhista

e a relevância das convenções e recomendações da Organização Internacional do Trabalho.

Não obstante isso, importa discorrer noções essenciais do direito do trabalho, as quais foram alvo de alteração legislativa por meio da Lei nº 13.467/17, como se demonstrará doravante.

4.1 Breve Reflexão acerca de algumas alterações introduzidas por meio da Lei nº 13.467/17 à Consolidação das Leis do Trabalho que contrariam normas internacionais

Para se compreender a viabilidade do controle de convencionalidade é imprescindível conhecer as mais importantes alterações efetuadas pela Reforma Trabalhista que, direta ou indiretamente, confrontam os tratados, convenções e recomendações internacionais de direitos humanos. Merecem destaque o direito sindical e os novos regramentos que obstam o acesso à justiça, os quais serão abordados nas linhas a seguir.

4.0.1 Direito coletivo do trabalho

A Reforma Trabalhista modificou diversos dispositivos que disciplinavam os direitos coletivos dos trabalhadores, dentre eles, importa destacar: 1º - o término da contribuição sindical obrigatória (disciplinada pelos artigos 578 até 610, da CLT) e 2º - prevalência do negociado sobre o legislado (art. 611-A, da CLT).

Primeiro, os dispositivos 578 e seguintes, da Consolidação reformada, passaram a dispor que apenas mediante prévia e expressa autorização do empregado será possível o desconto da contribuição sindical, extinguindo a obrigatoriedade do recolhimento. Até mesmo os sindicalistas mais tradicionais concordavam que era preciso uma reforma no direito sindical brasileiro; contudo, a maneira que algumas questões foram tratadas pela Lei nº 13.467/17 surpreendeu a todos.

Ora, após quase três anos da vigência da reforma, já se percebe que a receita dos sindicatos caiu bruscamente com a facultatividade da referida contribuição, afetando uma série de serviços ofertados aos trabalhadores da categoria representada. Demais disso, a força organizacional do movimento sindical também tem sido seriamente

comprometida, já que as entidades representativas necessitam de recursos financeiros para manter sua estrutura física e de pessoal.

Maurício Godinho Delgado e Gabriela Neves Delgado (2017, p. 244) sobre esta questão ressaltam que os sindicatos devem se utilizar da contribuição assistencial ou negocial (ou ainda cota de solidariedade) e das mensalidades dos trabalhadores associados, concedidas voluntariamente. Neste último caso, porém, os autores asseveram:

[...] somente sindicatos muito bem estruturados, de categorias profissionais muito bem organizadas, ostentando elevado número de trabalhadores filiados, é que tendem a obter um montante substancial de arrecadação econômico-financeira por intermédio do veículo das mensalidades associativas.

Sucedeu que, em 01 de março de 2019, o Presidente da República editou a Medida Provisória nº 873/19 (também chamada de MP da Contribuição Sindical) — no intuito de regulamentar sobre todas as formas de financiamento sindical — vedando o desconto em folha de pagamento pelo empregador e impondo que a quitação fosse efetivada mediante boleto bancário, após autorização individual expressa do trabalhador.

Essa MP foi editada porque, com a nova redação do art. 579 da CLT reformada¹, surgiram questionamentos acerca da possibilidade de os sindicatos obterem a autorização prévia para o desconto da contribuição sindical via assembleia geral. Isso já era feito para a cota de solidariedade e, após a entrada em vigor da Lei nº 13.467/17, passou a ser utilizado também, por alguns sindicatos, para legitimar o desconto anual da contribuição dos trabalhadores.

Em face do alto risco de inviabilizar a existência das entidades sindicais, a MP nº 873/19 não foi convertida em lei pelo Congresso Nacional no prazo determinado pela Constituição de 1988, perdendo a sua validade jurídica no dia 28 de junho de 2019.

No mesmo dia, nos autos da Reclamação Constitucional nº 35.540, o ministro Luís Roberto Barroso prolatou decisão deferindo pleito liminar para suspender uma decisão de primeira instância que havia concedido autorização judicial para que fosse realizado o desconto em folha de pagamento da contribuição sindical, após a

¹ Art. 579. O desconto da contribuição sindical está condicionado à autorização prévia e expressa dos que participarem de uma determinada categoria econômica ou profissional, ou de uma profissão liberal, em favor do sindicato representativo da mesma categoria ou profissão ou, inexistindo este, na conformidade do disposto no art. 591 desta Consolidação. (Redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017)

convocação da assembleia geral da categoria de trabalhadores que votou a favor do recolhimento anual. Segundo o ministro:

A leitura dos dispositivos declarados constitucionais pelo Supremo Tribunal Federal apontam ser inerente ao novo regime das contribuições sindicais a autorização prévia e expressa do sujeito passivo da cobrança. Tal ponto foi analisado na ADI 5.794, tendo a maioria do Plenário concluído pela extinção da compulsoriedade da contribuição. (STF - MC Rcl: 35540 RJ - RIO DE JANEIRO, Relator: Min. ROBERTO BARROSO, Data de Julgamento: 25/06/2019, Data de Publicação: DJe-140 28/06/2019).

Ao conceder o pedido liminar, no que se refere à contribuição anual, o aludido ministro ressaltou a imprescindibilidade da prévia e expressa autorização do empregado, que não pode ser substituída pela deliberação da assembleia geral. Todavia, em relação à contribuição assistencial (aprovada em assembleia por ocasião da negociação coletiva) a Suprema Corte não se manifestou e, em razão da caducidade da MP nº 873/19, é possível a sua fixação após decisão da maioria dos membros da categoria. Afinal, trata-se de uma forma legítima de custeio, pois os benefícios do acordo coletivo se estendem a todos os trabalhadores.

Com efeito, a retirada da contribuição sindical obrigatória de modo repentino e sem permitir um planejamento organizacional para os sindicatos tem como escopo o enfraquecimento do direito sindical e coletivo do trabalho, uma vez que as citadas entidades representativas necessitam de meios para prover o financiamento de suas atividades.

Em relação às novas possibilidades de negociação coletiva em detrimento da lei, importa notar que o art. 611-A, da CLT reformada, expõe um rol não taxativo de hipóteses em que a Convenção Coletiva de Trabalho (CCT) e/ou o Acordo Coletivo de Trabalho (ACT) têm prevalência sobre o texto legislado. Em seu *caput*, o dispositivo traz a expressão “entre outros”, indicando que os quinze incisos não esgotam as possibilidades de preponderância do negociado sobre o legislado.

Alguns incisos chamam a atenção pela sua extrema relevância na vida dos trabalhadores, destacam-se: a redução do intervalo intrajornada, respeitado o mínimo de 30 (trinta) minutos para jornadas acima de seis horas diárias (inc. III); enquadramento do grau de insalubridade (inc. XII) e a prorrogação de jornada em ambientes insalubres, sem licença prévia das autoridades competentes do Ministério

do Trabalho (inc. XIII)².

Não que os demais sejam irrelevantes, mas esses mencionados causam espanto por sua audácia, alargando, em demasia, as hipóteses de sobreposição das CCT e ACT sobre as disposições de lei. Luciano Martinez (2016, p.184) coaduna deste entendimento, esclarecendo que a Reforma Trabalhista de 2017 “realmente ousou e inovou ao permitir que a negociação coletiva prevalecesse sobre a lei no tocante ao enquadramento do grau de insalubridade, podendo até mesmo, teoricamente, dizer mínima a insalubridade de grau máximo”.

Os parágrafos do art. 611-A, da CLT, igualmente merecem nota, porquanto tratam de questões até então inéditas ao processo do trabalho. O § 1º restringe a atuação do Poder Judiciário ao exame da conformidade legal dos elementos essenciais do negócio jurídico³, reportando-se ao § 3º, do art. 8º, da Consolidação. Este dispositivo, ao seu turno⁴, dispõe que a Justiça do Trabalho somente poderá efetuar o controle de legalidade das negociações coletivas, observando o princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade entre as partes e, ainda, nos restritos termos do art. 104, do Código Civil de 2002⁵.

Ora, ao mesmo tempo em que se tem o alargamento das hipóteses legais nas quais o negociado pode prevalecer sobre o legislado, também são constatáveis tentativas de enfraquecimento das entidades sindicais, de modo que há de se refletir quais interesses estão por trás dessas recentes alterações legislativas.

.....
2 Art. 611-A. A convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre a lei quando, entre outros, dispuserem sobre: (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

[...]

III - intervalo intrajornada, respeitado o limite mínimo de trinta minutos para jornadas superiores a seis horas; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

[...]

XII - enquadramento do grau de insalubridade; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

XIII - prorrogação de jornada em ambientes insalubres, sem licença prévia das autoridades competentes do Ministério do Trabalho; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

3 § 1º No exame da convenção coletiva ou do acordo coletivo de trabalho, a Justiça do Trabalho observará o disposto no § 3º do art. 8º desta Consolidação. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

4 Art. 8º - [...]

§ 3º No exame de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, a Justiça do Trabalho analisará exclusivamente a conformidade dos elementos essenciais do negócio jurídico, respeitado o disposto no art. 104 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), e balizará sua atuação pelo princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017) (Vigência).

5 Art. 104. A validade do negócio jurídico requer:

I - agente capaz;

II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável;

III - forma prescrita ou não defesa em lei.

Diante o exposto, resta notável que o enxugamento dos meios de financiamento dos sindicatos torna-os mais frágeis, sem condições de manter sua organização e, portanto, susceptíveis ao total desfalecimento. Noutra ponta, encontra-se a classe patronal que continua dispondo de uma vasta quantidade de pessoas à procura de trabalho, tendo em vista os altos índices de profissionais desempregados. Não é difícil perceber o resultado desta equação, afinal, o Brasil tem alcançado recordes de violações às convenções e recomendações da OIT; além do crescente aumento da precarização das condições de trabalho em todo o território nacional.

4.0.2 Novos obstáculos ao acesso à Justiça do Trabalho

Várias foram as alterações na CLT relativas ao processo do trabalho, dentre elas, as que merecem maior destaque, em se tratando de acesso à justiça, são: reforma no modelo de concessão da gratuidade de justiça, incidência de honorários sucumbenciais (advocatícios e periciais) e das custas processuais para o reclamante.

Até a data que a Lei nº 13.467 passou a vigorar (11 de novembro de 2017), a redação do § 3º do art. 790 da Consolidação dispunha que, a requerimento ou de ofício, era facultado aos juízes, órgãos julgadores e presidentes dos tribunais concederem a gratuidade de justiça para aqueles que possuíssem renda de, no máximo, dois salários mínimos ou declarassem sua impossibilidade de custear as despesas processuais, sem prejuízo do próprio sustento ou de sua família. Logo, bastava a simples declaração de hipossuficiência financeira para a concessão do benefício na Justiça do Trabalho.

Com a Reforma Trabalhista, o § 3º do art. 790 da CLT foi modificado, estabelecendo o novo patamar de até 40% (quarenta por cento) do maior benefício do Regime Geral de Previdência Social. Na redação anterior, o patamar para concessão de ofício era menor (dois salários mínimos), mas bastava a declaração de hipossuficiência financeira para a pessoa física obter a gratuidade. Acerca desta novidade na legislação, Manoel Antônio Teixeira Filho (2017, p. 77) assevera:

A norma cria, portanto, um ônus formal — e, conseqüentemente, uma dificuldade — para a pessoa que desejar ser beneficiária da justiça gratuita, ao substituir a sua informal declaração de próprio punho pela comprovação de insuficiência de recursos financeiros para o pagamento de custas processuais. Cumpre-nos destacar que o CPC não exige essa comprovação, admitindo, por força de presunção, ser verdadeira a mera *alegação* feita por pessoa física (grifo do autor).

Ocorre que a Constituição pátria, em seu inciso LXXIV do art. 5º faz menção à “insuficiência de recursos”, não impondo a exigência de miserabilidade para a concessão da benesse. Wilson Alves de Souza (2011, p. 35) também compartilha desse entendimento, esclarecendo que “[...] não se exige que o postulante esteja a depender de terceiros para sobreviver, como também não é o caso de exigir alienação de pequeno patrimônio que dispõe ou colocar em dificuldade sua sobrevivência pessoal ou da sua família”.

Cumprir notar que a não concessão do benefício pode ocasionar uma litigiosidade reprimida. Noutras palavras, as pessoas detentoras de uma pretensão jurídica podem ser desencorajadas a buscar o Poder Judiciário ao saberem dos custos do processo e que talvez o resultado da reclamatória trabalhista não compense os dispêndios de dinheiro e tempo.

Por que aplicar regras mais rigorosas às demandas trabalhistas do que aquelas encontradas nas ações cíveis? Ora, a CLT reformada impõe uma exigência maior do que a observada no Código de Processo Civil (CPC), pois o § 3º do art. 99 do CPC⁶ reza que a pessoa natural possui presunção relativa de veracidade de suas alegações quanto ao direito à gratuidade de justiça. A referida lei assegura que a presunção é relativa, sendo passível de prova em contrário.

A despeito de o Código de Processo ter sido amplamente modificado em 2015, a lei processual civil dispôs de amplo debate jurídico e acadêmico, de sorte que o instituto da justiça gratuita foi disciplinado de modo ajustado com a Constituição vigente. Noutra ponta, a reforma na CLT foi realizada às pressas, sem a necessária discussão acerca dos temas que seriam objeto de mudanças.

Há de se notar que a relação jurídica cível é caracterizada pelo princípio da igualdade entre as partes, enquanto que a relação empregatícia é marcada pela desigualdade entre o trabalhador e o detentor do capital. Dessa percepção, é que surgiu o princípio da proteção (*in dubio pro operário*), consagrado em vários dispositivos, jurisprudências e doutrinas do direito do trabalho.

Nisto, soa contraditório se imputar ao autor de uma reclamatória trabalhista um ônus maior para a concessão da gratuidade de justiça do que aqueles observáveis nas

6 Art. 99. O pedido de gratuidade da justiça pode ser formulado na petição inicial, na contestação, na petição para ingresso de terceiro no processo ou em recurso.

[...]

§ 3º Presume-se verdadeira a alegação de insuficiência deduzida exclusivamente por pessoa natural.

relações cíveis. Coaduna com esse pensamento Escosteguy Castro (2018, *online*), ao afirmar que “O caráter protetivo do Direito do Trabalho não pode permitir amparo inferior ao trabalhador que aquele alcançado ao cidadão no direito comum. Seria reconhecer uma *'capitis diminutio'* pelo fato de ser trabalhador, o que contraria o básico princípio constitucional da isonomia”.

Até mesmo os que conseguirem o benefício da gratuidade poderão ser condenados a pagar honorários sucumbenciais (advocatícios e periciais), isso porque a Lei nº 13.467 alterou o *caput* do art. 790-B e também acrescentou parágrafos ao citado artigo. O novo dispositivo e o seu § 4º estabeleceram como responsabilidade do beneficiário da gratuidade o dever de custear a perícia, nas situações em que for vencido no objeto do exame, podendo, inclusive, o valor ser deduzido dos créditos do reclamante, mesmo que em outro processo⁷.

Com isso, somente nos casos em que o beneficiário da justiça gratuita não tiver obtido em juízo créditos suficientes para arcar com os honorários periciais é que a responsabilidade do custeio sucederá para a União. No que se refere à expressão “ainda que em outro processo”, contida do § 4º do art. 790-B, somente podem ser alvo de retenção valores a serem adimplidos, uma vez que se tais valores já houverem sido percebidos pelo reclamante, a coisa julgada e o direito adquirido impedirão quaisquer cobranças (CASTRO, 2018, *online*).

Impõe-se relatar também as modificações introduzidas pela Reforma Trabalhista aos honorários advocatícios sucumbenciais, os quais, salvo as exceções que constavam na Súmula nº 219 do TST, não eram aplicáveis na Justiça do Trabalho. Nela prevalecia o *jus postulandi*, sendo opcional a presença de advogado nas demandas trabalhistas. Em decorrência da facultatividade, defendia-se que não se poderia onerar o vencido com despesas que a lei dispunha como dispensáveis.

Até o advento da Reforma, tinha-se o entendimento consolidado no direito processual do trabalho de que o princípio da proteção ao hipossuficiente obstava a imposição do ônus da sucumbência ao reclamante, não sendo imputados os honorários

7 Art. 790-B. A responsabilidade pelo pagamento dos honorários periciais é da parte sucumbente na pretensão objeto da perícia, ainda que beneficiária da justiça gratuita. (Redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017);

[...]

§ 4º Somente no caso em que o beneficiário da justiça gratuita não tenha obtido em juízo créditos capazes de suportar a despesa referida no caput, ainda que em outro processo, a União responderá pelo encargo. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

advocatícios sucumbenciais ao autor da reclamatória vencido. A Lei nº 5.584/70 — que disciplinava a concessão, a prestação da assistência judiciária e da gratuidade de justiça no processo do trabalho — estabelecia que as despesas processuais fossem devidas integralmente pelo reclamado, por menor que fosse a sua sucumbência.

Contudo, a Lei 13.467/17 acrescentou o art. 791-A e seus parágrafos à CLT, estabelecendo honorários advocatícios sucumbenciais em todas as ações trabalhistas, inclusive, nas reconvenções⁸. Acerca desta novidade legislativa, Mauro Schiavi destaca que “[...] de nossa parte, a sucumbência recíproca deverá ser vista com muita sensibilidade pelo Judiciário Trabalhista de modo a não obstar a missão histórica da Justiça Trabalhista que é facilitar o acesso à Justiça ao trabalhador” (2017, p. 85).

Vale ressaltar que, nos termos do § 4º do art. 791-A, o beneficiário da gratuidade de justiça somente estará dispensado do pagamento dos honorários quando não obtiver em juízo (ainda que em outro processo) créditos capazes de suportar a despesa, de sorte que o valor da sucumbência ficará sob condição suspensiva de exigibilidade⁹. O mesmo se aplica aos honorários periciais, consoante § 4º do art. 790-B, da Consolidação reformada.

Se o beneficiário da gratuidade de justiça ficar vencido, as obrigações oriundas de sua sucumbência permanecerão sob condição suspensiva de exigibilidade até dois anos após o trânsito em julgado da decisão — tendo em vista que dentro desse prazo — o credor pode comprovar que cessou a situação de hipossuficiência financeira, porém, passados os dois anos, extingue-se a exigibilidade do crédito.

Por fim, nos casos de sucumbência em parte mínima de uma das partes, é admissível a aplicação da regra prevista no parágrafo único, do art. 86, do CPC¹⁰, uma vez que a Consolidação e as demais leis trabalhistas são omissas nesse aspecto.

8 § 5º São devidos honorários de sucumbência na reconvenção. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

9 Art. 791-A. [...]

§ 4º Vencido o beneficiário da justiça gratuita, desde que não tenha obtido em juízo, ainda que em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa, as obrigações decorrentes de sua sucumbência ficarão sob condição suspensiva de exigibilidade e somente poderão ser executadas se, nos dois anos subsequentes ao trânsito em julgado da decisão que as certificou, o credor demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade, extinguindo-se, passado esse prazo, tais obrigações do beneficiário. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

10 Art. 86. Se cada litigante for, em parte, vencedor e vencido, serão proporcionalmente distribuídas entre eles as despesas.

Parágrafo único. Se um litigante sucumbir em parte mínima do pedido, o outro responderá, por inteiro, pelas despesas e pelos honorários.

Em face dessas alterações, tem-se questionado a compatibilidade da Lei nº 13.467/17 com a Constituição Federal brasileira e também com as normas internacionais sobre direitos humanos, em especial as que tratam de relação de trabalho. Devido ao recorte temático, não será possível tratar do controle de constitucionalidade neste ensaio, o que poderá ser feito em outra oportunidade. No tópico a seguir, será analisada a possibilidade de um controle de convencionalidade da Reforma Trabalhista e suas principais implicações.

4.1 **Controle de Convencionalidade da Lei nº 13.467/17**

Segundo Valério de Oliveira Mazzuoli (2009, p. 128), o controle jurisdicional de convencionalidade é a condição de que as normas domésticas de um país — além de guardarem compatibilidade com a sua Constituição — devem estar conforme os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos ratificados pelo Estado e em vigência no ordenamento jurídico nacional. Em outros termos, é salutar que as normas internas de uma nação estejam em harmonia com os tratados internacionais aprovados pelo Estado. Para essa fiscalização, utiliza-se o controle de convencionalidade, normalmente efetuado pelo Poder Judiciário.

Existem diversas normas internacionais que foram incorporadas no sistema jurídico brasileiro. As mais conhecidas e que dispõem sobre direitos humanos são: Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948; Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966; Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969 (Pacto de San José da Costa Rica); Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo de 2007; Convenções e Recomendações da Organização Internacional do Trabalho (OIT), dentre outros. Todos esses tratados e convenções externos compõem o chamado “bloco de constitucionalidade”, isto é, o conjunto de normas que servem como parâmetro de aferição de constitucionalidade das leis e atos normativos internos estatais (MAZZUOLI, 2011, p. 25).

No caso do Brasil, os §§ 2º e 3º do art. 5º, da Constituição Federal de 1988, determinam que os tratados e convenções internacionais integram o ordenamento jurídico pátrio. Aqueles relativos aos direitos humanos aprovados em dois turnos, em cada casa do Congresso Nacional, por três quintos dos votos, equivalem às emendas

constitucionais¹¹.

Por meio da sua tese de doutoramento, em 2008, Valério Mazzuoli foi considerado o primeiro jurista nacional a desenvolver a teoria do controle de convencionalidade aplicada ao sistema jurídico brasileiro¹². Ele defendeu que o controle jurisdicional de convencionalidade é cabível tanto para os tratados internacionais sobre direitos humanos ratificados nos termos do § 3º do art. 5º, da CF/88, como para os tratados e convenções internacionais que, embora não tenham sido aprovados na forma do § 3º do art. 5º, disponham sobre direitos humanos.

Na primeira hipótese (normas externas ratificadas em dois turnos, em cada casa do Congresso Nacional, por três quintos dos votos), não pairam dúvidas que é possível o controle de constitucionalidade e convencionalidade, haja vista que a Carta de 1988 assegurou caráter de emenda constitucional a esses tratados internacionais que disciplinam questões acerca dos direitos humanos¹³.

Com isso, a jurisdição constitucional pode ser exercida através do controle difuso-concreto (*inter partes*) ou abstrato-principal. Sob esse prisma, elucida o mencionado autor que, “assim, à medida que esses tratados passam a ser *equivalentes às emendas constitucionais*, fica autorizada a propositura (no STF) de todas as *ações constitucionais* existentes para garantir a estabilidade da Constituição e das normas a ela equiparadas” (MAZZUOLI, 2009, p. 132-133, grifos do autor).

Na segunda conjectura (normas internacionais sobre direitos humanos não

11 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.

§ 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. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) (Atos aprovados na forma deste parágrafo: DLG nº 186, de 2008, DEC 6.949, de 2009, DLG 261, de 2015, DEC 9.522, de 2018).

12 A expressão “controle de convencionalidade” já havia sido referida por André de Carvalho Ramos, professor da Universidade de São Paulo. Contudo, Mazzuoli foi o primeiro a desenvolver uma teoria completa sobre o tema. Em suas próprias palavras, “[...] os autores que, antes de nós, fizeram referência à expressão ‘controle de convencionalidade’, versaram o assunto sob outro ângulo, notadamente o da responsabilidade internacional do Estado por violação de direitos humanos em razão de atos do Poder Legislativo. Nesse sentido, o controle de convencionalidade seria o método a impedir o Parlamento local de adotar uma lei que viole (mesmo que abstratamente) direitos humanos previstos em tratados internacionais já ratificados pelo Estado”. (MAZZUOLI, 2011, p. 76).

13 A título exemplificativo vale citar a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinado em Nova York, em 30 de março de 2007.

ratificados pelo Congresso Nacional), Mazzuoli (2011, p. 28) sustentou que, ainda assim, é admissível o controle de convencionalidade e constitucionalidade (apenas pelo meio difuso-incidental), com base no § 2º do art. 5º, da CF/88. Isso porque a Constituição está apta a aderir outros direitos e garantias fundamentais provenientes de normas externas, desde que ratificados pelo governo brasileiro. Em suas próprias palavras:

É dizer, se os direitos e garantias expressos no texto constitucional “não excluem” outros provenientes dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte, é porque, pela lógica, na medida em que tais instrumentos passam a assegurar outros direitos e garantias, a Constituição “os inclui” no seu catálogo de direitos protegidos, ampliando o seu ‘bloco de constitucionalidade’.

Desta forma, consoante Mazzuoli (2011, p. 28), os tratados e convenções sobre direitos humanos internalizados no ordenamento pátrio com *quórum* qualificado (§ 3º art. 5º, CF/88) são normas materialmente constitucionais, malgrado não formalmente. Por esse motivo, é plenamente cabível o controle de convencionalidade ou constitucionalidade.

Sem embargo, em face da ausência de constitucionalidade formal, somente o controle difuso é possível, porquanto qualquer juiz ou tribunal pode incidentalmente aplicar as normas internacionais acerca dos direitos humanos em desfavor de leis ou atos normativos internos proferidos pelo Estado.

Ao concluir, o mencionado autor esclarece que os tratados e convenções internacionais não relacionados aos direitos humanos estão em nível infraconstitucional, ou seja, abaixo da Constituição e acima das leis. Em decorrência disso, tem-se aqui um controle de legalidade entre as normas internas e os tratados e convenções externos ratificados pelo Brasil. De tal modo que “não se trata de controle de *convencionalidade* pelo fato de se reservar esta última expressão à compatibilidade vertical que devem ter as normas infraconstitucionais com os tratados *de direitos humanos*, que têm índole e nível constitucionais” (MAZZUOLI, 2009, p. 132-133, grifos do autor).

Apesar da relevância da teoria do controle de convencionalidade desenvolvida por Valério de Oliveira Mazzuoli, o Supremo Tribunal Federal concordou apenas na primeira hipótese, em que os tratados internacionais ratificados nos termos do § 3º do art. 5º, da CF/88, possuem força de emenda constitucional, suscetíveis ao controle concentrado e difuso de constitucionalidade.

No que se refere à segunda possibilidade (tratados internacionais relativos a direitos humanos não aprovados com *quórum* qualificado), a Excelsa Corte brasileira decidiu, por cinco votos a quatro, que essas normas externas merecem *status* de “supralegalidade” (HC nº 87.585-TO e RE nº 466.343-SP, julgamento em 03/12/2008). Isso significa afirmar que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos estão acima das leis e atos normativos internos, porém, abaixo da Constituição.

Essa tese prevalecente foi pensada pelo Ministro Gilmar Mendes, em face do entendimento do Min. Celso de Mello — que conferiu valor constitucional às normas externas sobre direitos humanos — conquanto não ratificadas na forma do § 3º do art. 5º, da CF/88¹⁴. Consolidou-se, assim, no sistema jurídico brasileiro a teoria da “supralegalidade” dos tratados internacionais relativos a direitos humanos não aprovados com *quórum* qualificado.

Com efeito, a pirâmide jurídica de Kelsen passa a ter uma nova camada, composta pelas normas internacionais de direitos humanos não inseridas pelo ordenamento brasileiro nos termos do § 3º do art. 5º, da CF/88. A partir desse julgamento, passou-se a exigir a dupla compatibilidade vertical material das leis e atos normativos internos, pois, além do controle de constitucionalidade, há de ser examinada a conformidade entre as normas expedidas pelo Poder Público e os tratados sobre direitos humanos incorporados pelo Brasil.

Nessa oportunidade, o STF também esclareceu o seu posicionamento no sentido de que os tratados e convenções externos acolhidos pelo ordenamento pátrio não relacionados aos direitos humanos ingressam no sistema jurídico nacional como lei ordinária ou complementar, a depender da matéria. Com isso, o conflito entre normas jurídicas deve ser solucionado mediante a utilização dos critérios: cronológico e especialidade (RAMOS, 2009, p. 242).

Embora passível de críticas, essa decisão da Suprema Corte reconheceu o valor do direito internacional, notadamente as normas relativas aos direitos humanos. Destarte, André Ramos destaca que o Brasil “já reconheceu a jurisdição obrigatória de órgãos internacionais, como a Corte Interamericana de Direitos Humanos, que têm como tarefa fixar a interpretação do alcance das obrigações internacionais de Direitos Humanos contraídas pelo Estado” (RAMOS, 2009, p. 242). O que é um avanço em termos de internacionalização das normas jurídicas.

Cumprir refletir ainda acerca do princípio da norma mais favorável, tendo em

14 Voto do Ministro Celso de Mello no HC nº 87.585-TO.

vista o diálogo entre as fontes normativas internas e externas, sendo que, em caso de antinomia jurídica, deve preponderar a fonte que contém a norma mais favorável aos direitos humanos (princípio internacional *pro homine*), porquanto “[...] o que se visa é a otimização e a maximização dos sistemas (interno e internacional) de proteção dos direitos e garantias individuais” (MAZZUOLI, 2011, p. 30). Consequentemente, o ordenamento jurídico interno precisa estar compatível com o direito internacional, especialmente em relação aos tratados e convenções de direitos humanos.

Victor Abramovich e Christian Courtis (2002, p. 92-94) ressaltam que o sistema de proteção internacional instituiu a progressiva concretização dos direitos humanos por parte dos países signatários dos tratados e convenções, de maneira que, implicitamente, não se pode conceber o retrocesso dos direitos sociais. Os referidos autores aclaram que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969 (Pacto de San José da Costa Rica) assegura a impossibilidade de retrocesso em matéria de direitos humanos. Nessa esteira, o princípio da dignidade da pessoa humana atua como ponto de encontro entre o sistema jurídico interno dos Estados-Nação e o direito internacional.

Infere-se, desse modo, que o controle jurisdicional de convencionalidade pode ser utilizado na averiguação da conformidade da Reforma Trabalhista com os tratados e convenções internacionais. Por conseguinte, havendo violação às cláusulas constantes nas normas internacionais introduzidas pelo ordenamento jurídico pátrio (sejam elas consideradas emendas constitucionais ou supralegais), tais normas não de prevalecer em detrimento da Lei nº 13.467/17, na medida em que possuem superioridade hierárquica na pirâmide kelseniana. Além disso, o Supremo Tribunal Federal já consolidou o entendimento de que os tratados e convenções internacionais ratificados pelo Estado brasileiro servem de paradigma, tanto para o controle de constitucionalidade como para o de convencionalidade.

5 Considerações finais

Consoante demonstrado, a Lei nº 13.467/17 — assim como qualquer outra lei ou ato normativo expedido pelo Poder Público — precisa ser interpretada à luz da ordem constitucional e também dos tratados internacionais incorporados pelo ordenamento jurídico pátrio.

O Brasil incorporou vários tratados e convenções internacionais relacionados à proteção da dignidade da pessoa humana ao seu sistema jurídico, de modo que

essas normas possuem força cogente, servindo como paradigmas no controle de convencionalidade das leis e atos normativos internos.

Convém lembrar que os tratados e convenções internacionais que tratam de direitos humanos, desde que aprovados pelo *quórum* qualificado previsto no § 3º do art. 5º da CF/88 (em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros), equivalem às emendas constitucionais. Em decorrência disso, indubitável é a sua superioridade hierárquica frente às leis e quaisquer atos normativos nacionais.

Para o STF, as normas externas sobre direitos humanos não ratificadas pelo Estado brasileiro na forma do § 3º do art. 5º, da CF/88, possuem *status* de “supralegalidade”. Noutras palavras, significa dizer que estão em um nível inferior à Constituição, porém, acima das leis e atos normativos internos proferidos pelo Estado.

De toda sorte, os tratados e convenções internacionais que disciplinem questões sobre direitos humanos recepcionados pelo ordenamento jurídico pátrio — seja pelo *quórum* qualificado ou não — estão em posição mais elevada na pirâmide kelseniana do que a legislação comum interna. Por esse motivo, quaisquer leis ou atos normativos estatais devem estar em conformidade com essas normas internacionais, além de, necessariamente, terem que guardar coerência com os preceitos constitucionais.

Nisso, percebe-se que as normas externas incorporadas pelo Brasil relativas à proteção de direitos humanos (como é o caso das Convenções nºs 98, 151 e 154 e ainda da Recomendação nº 159, da OIT) merecem ser obedecidas, tendo em vista sua superioridade hierárquica no ordenamento jurídico nacional. Por conseguinte, os operadores do direito não podem desfalecer diante dos retrocessos sociais observáveis na Lei nº 13.467/17, podendo se utilizar dos instrumentos jurídicos disponíveis. Nesse ínterim, não se pode olvidar que todas as alterações trazidas pela Reforma Trabalhista de 2017 que direta ou indiretamente colidem com as normas internacionais e a Constituição brasileira devem ser submetidas à verificação de convencionalidade (e também de constitucionalidade), sob pena de incoerência sistêmica grave.

Referências

ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. **Los Derechos Sociales como Derechos Exigibles**. Madrid: Trotta, 2002.

BRASIL, Lei n. 13.467, de 13 de Julho de 2017. **Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nºs 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm. Acesso em: 26 jun. 2020.

BRASIL, Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. **Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 26 jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **ADI 5766 - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE.** Após o voto do Ministro Roberto Barroso (Relator), julgando parcialmente procedente a ação direta de inconstitucionalidade, para assentar interpretação conforme a Constituição, consubstanciada nas seguintes teses [...]. Demandante: Procurador-Geral da República. Demandados: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator do acórdão: Ministro Roberto Barroso. Processo instaurado em: 25/08/17. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=5766&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 26 ago. 2020.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **MC Rcl: 35540 RJ**, Relator: Min. ROBERTO BARROSO, Data de Julgamento: 25/06/2019. Data de Publicação: DJe-140 28/06/2019. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5312066&numeroProcesso=1093605&classeProcesso=RE&numeroTema=997>. Acesso em 27 jun. 2020.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm. Acesso em: 26 nov. 2019.

BRASIL. Decreto nº 7.944, de 06 de março de 2013. **Promulga a Convenção nº 151 e a Recomendação nº 159 da Organização Internacional do Trabalho sobre as**

Relações de Trabalho na Administração Pública, firmadas em 1978. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/decreto/d7944.htm. Acesso em: 27 jun. 2020.

CASTRO, Antônio Escosteguy. **O acesso à Justiça e as alterações trazidas pela Lei 13.467/17:** a reforma trabalhista e os seus impactos no processo do trabalho. Disponível em: <https://www.sul21.com.br/jornal/restricao-ao-acesso-justica-na-lei-13-46717/>. Acesso em 21 jan. 2020.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça.** Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1988.

CONVENÇÃO N. 98. **Direito de Sindicalização e de Negociação Coletiva. 18 julho 1951.** Disponível em: <https://www.diap.org.br/images/stories/OIT/convencao098.pdf>. Acesso em 29 nov. 2019.

CONVENÇÃO N. 131. **Fixação de Salários Mínimos, especialmente nos Países em Desenvolvimento. 29 abril 1972.** Disponível em: <http://www.diap.org.br/images/stories/OIT/convencao131.pdf>. Acesso em 29 nov. 2019.

CONVENÇÃO N. 151. **Relações de Trabalho na Administração Pública.** 07 junho 1978. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Decreto/D7944.htm. Acesso em 30 nov. 2019.

CONVENÇÃO N. 154. **Incentiva à Negociação Coletiva.** 19 junho de 1981. Disponível em: <https://www.diap.org.br/images/stories/OIT/convencao154.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2019.

DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **A reforma trabalhista no Brasil:** com os comentários à Lei nº 13.467/2017. São Paulo: LTr, 2017.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica.** Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2014.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Recomendação nº 159** – sobre os procedimentos para a definição das condições de emprego no serviço público. Disponível em: https://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_242736/lang--pt/index.htm. Acesso em 30 nov. 2019.

ORGANIZACAO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **A aplicação e a promoção das normas internacionais do trabalho**. 3. ed. rev. Genebra, Suíça: 2018. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/--americas/---ro-lima/---ilo-brasilia/documents/publication/wcms_633821.pdf. Acesso em 27 nov. 2019.

VILLATORE, Marco Antônio César. **Direito Internacional do Trabalho**. 3. ed. Curitiba: IESDE Brasil S.A, 2009, p. 62-63.

MAIOR, Jorge Luiz Souto; SEVERO, Valdete Souto. Acesso à justiça sob a mira da reforma trabalhista – ou como garantir o acesso à justiça diante da reforma trabalhista. **Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**, Curitiba, v. 6, n. 61, p. 57-92, jul. – ago. 2017.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 30.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. **Revista de informação legislativa**, Brasília, v. 46, n. 181, p. 128, jan – mar. 2009.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

RAMOS, André de Carvalho. Supremo Tribunal Federal brasileiro e o controle de convencionalidade: levando a sério os tratados de direitos humanos. **Revista da**

Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 104, jan. – dez. 2009, p. 242.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. **O processo do trabalho e a reforma trabalhista**: as alterações introduzidas no processo do trabalho pela Lei n. 13.467/2017. São Paulo: LTr Editora, 2017.

SCHIAVI, Mauro. **A reforma trabalhista e o processo do trabalho**: aspectos processuais da Lei nº 13.467/17. São Paulo: LTr, 2017.

SARLET, I. W. A. **A Eficácia dos Direitos fundamentais** - Uma teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SOUZA, Wilson Alves de. **Acesso à justiça**. Salvador: Editora Dois de Julho, 2011.

Publicado originalmente na RIL Brasília a. 58 n. 231 p. 133-150 jul./set. 2021

CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE E ACESSO À JUSTIÇA: UMA ANÁLISE DO BENEFICIÁRIO DA JUSTIÇA GRATUITA A LUZ DA REFORMA TRABALHISTA

Natália Simões Bentes

Vanessa Rocha Ferreira

RESUMO

Texto tem por objetivo discutir a violação do direito de acesso à justiça a partir da análise da atual redação dos art. 790-B, 791-A e 844 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), introduzidos no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei nº 13.467/17, conhecida com a alcunha de Reforma Trabalhista. Tais dispositivos permitem que ocorra, em algumas situações, a condenação do beneficiário da justiça gratuita em despesas processuais - dentre as quais custas processuais e honorários advocatícios sucumbenciais e periciais. Por meio de um estudo teórico-normativo, discute-se, a inconveniência desses novos dispositivos na medida em que violam frontalmente, não só a Constituição da República Federativa do Brasil, mas também as Convenções Internacionais de Direitos Humanos. Para tanto, utilizou-se o método dedutivo, de análise qualitativa, a partir de pesquisa bibliográfica e documental, que busca suporte na legislação interna e internacional sobre o tema proposto.

PALAVRAS-CHAVE: Acesso à justiça; Controle de convencionalidade; Honorários advocatícios; Justiça Gratuita.

Natália Simões Bentes

Doutora em Direito Público pela Universidade de Coimbra (Portugal). Coordenadora Adjunta do Curso de Direito (CESUPA). Coordenadora da Clínica de Direitos Humanos (CESUPA). Membro do grupo de pesquisa MinAmazônia - Políticas Públicas e Objetivos do Desenvolvimento Sustentável (ODS) na Amazônia.

Vanessa Rocha Ferreira

Doutora em Direitos Humanos pela Universidade de Salamanca (USAL/Espanha). Mestre em Direitos Fundamentais pela Universidade da Amazônia (UNAMA/PA). Professora da graduação e Mestrado do Curso de Direito do Centro Universitário do Pará (CESUPA). Coordenadora do Grupo de Pesquisa em Trabalho Decente do CESUPA (CNPq/Lattes). Auditora do Tribunal de Contas do Estado do Pará (TCE/PA).

ABSTRACT

Text that aims to discuss the violation of the right of access to justice based on the analysis of the current wording of art. 790-B, 791-A and 844 of the Consolidation of Labor Laws (CLT), introduced in the Brazilian legal system by Law No. 13,467 / 17, known as the Labor Reform. Such provisions allow the beneficiary of free justice to be convicted in some situations in procedural expenses - including court costs and legal fees for succumbence and forensics. Through a theoretical-normative study, it is discussed, the unconventionality of these new devices to the extent that they directly violate, not only the Constitution of the Federative Republic of Brazil, but also International Human Rights Conventions. For that, we used the deductive method, of qualitative analysis, based on bibliographic and documentary research, which seeks support in domestic and international legislation on the proposed theme.

KEYWORDS: Access to justice; Conventionality control; Advocative hours; Free Justice.

INTRODUÇÃO

Diversas foram as modificações introduzidas no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei nº 13.467/2017, a chamada Reforma Trabalhista. Algumas dessas modificações são bastante polêmicas, especialmente por restringir, de certa maneira, o direito fundamental de acesso à Justiça, previsto no art. 5º, LXXXV da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB/88)

O presente estudo tem como objetivo central discutir a inconveniência de alguns dispositivos que foram introduzidos na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) com a Reforma Trabalhista, especificamente os art. 790-B; 791-A, § 4º e 844, § 2º que tratam da possibilidade da condenação do beneficiário da justiça gratuita em despesas processuais, dentre as quais custas processuais e honorários advocatícios sucumbenciais e periciais.

Portanto, questiona-se, por meio de estudo teórico-normativo, se os novos artigos 790-B; 791-A, § 4º e 844, § 2º da CLT, que introduziram mudanças no ordenamento jurídico brasileiro, são incompatíveis com tratados internacionais de Direitos Humanos, em especial, a Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969, e com a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Para a elaboração deste artigo utilizou-se o método dedutivo, de análise qualitativa, a partir da realização de pesquisa bibliográfica e documental, que busca suporte na legislação interna, a exemplo da CRFB/88 e da Consolidação das Leis Trabalhistas, e internacional, em especial nos tratados internacionais de direitos humanos, bem como na doutrina sobre o tema proposto, cujos principais referenciais teóricos são Cappelletti, Souto Maior e Severo, e Mazzuoli.

O artigo encontra-se dividido em quatro itens, além da introdução e da conclusão. O primeiro item trata do acesso à justiça como um direito fundamental constitucionalmente consagrado. Na sequência, o segundo item aborda a possível relativização do direito de acesso à justiça, especialmente para os beneficiários da justiça gratuita, ocasionado com a Reforma Trabalhista. O terceiro item discute, por meio de um estudo interdisciplinar, o controle de convencionalidade dos dispositivos analisados nesse artigo. O quarto e último item volta-se ao objeto central desse texto, destacando a inconveniência dos artigos 790-B, 791-A e 844, § 2º da CLT. Ao final, apresenta-se algumas considerações sobre o estudo proposto.

1 O DIREITO DE ACESSO À JUSTIÇA COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL

Essencial para garantir a eficácia de outros direitos fundamentais, o direito de acesso à justiça é extraído basicamente do princípio da inafastabilidade da jurisdição, previsto no art. 5º, XXXV da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB/88) como um direito fundamental, quando prevê que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Dessa forma, o Estado é incumbido da responsabilidade de solucionar eventuais demandas, fruto de litígios levados à sua apreciação, com a finalidade de pacificar demandas sociais. Assim, é assegurado a todo aquele que têm direitos violados, ou ameaça de lesão a direitos, a possibilidade de buscar a reparação por intermédio do Poder Judiciário.

Na verdade, considerando a vedação à autotutela, o direito de acesso à justiça não é conferido apenas quando a pretensão postulada em juízo é julgada procedente. Basta que o indivíduo se sinta lesado em um direito seu que já lhe é conferida a prerrogativa para instaurar processo judicial, ainda que, ao final, seu pedido seja rejeitado, o que, por si só, não lhe acarretará nenhuma penalidade, a não

ser em casos de má-fé.

Fora isso, é importante mencionar que o acesso à justiça conta com outros dispositivos constitucionais que lhe complementam, como por exemplo dos direitos previstos no artigo 5º da CRFB/88, como o direito de petição (inciso XXXIV, alínea “a”) e o direito à assistência jurídica (inciso LXXIV).

No plano internacional, esse direito também encontra guarida no Artigo VIII, da Declaração Universal de Direitos Humanos (DUDH/1948), que prevê que todos “têm direito de receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei”.

Assim, é possível perceber que se trata de uma garantia essencial para o exercício da cidadania, reconhecida não só no plano interno, mas também no plano internacional, e por isso, não pode ter a sua observância dificultada, especialmente em um Estado Democrático de Direito, como se declara o Brasil.

Acerca do conceito de acesso à justiça, Cappelletti reconhece que se trata de expressão de difícil definição, porém evidencia que ele serve para determinar duas finalidades básicas do ordenamento jurídico: a acessibilidade de todos e a justiça do resultado. Acompanhe:

A expressão “acesso à justiça” é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos. (CAPPELLETTI, 1988, p. 8)

Note-se que o que o supracitado doutrinador propõe é que o acesso à justiça seja efetivo para poder minimizar o desequilíbrio socioeconômico existente. Ou seja, é preciso que, além de se assegurar ao indivíduo o direito de ingressar em juízo quando sofre violação ou ameaça de violação a seus direitos, se assegurem condições concretas de efetivação de decisões socialmente justas.

Acerca do tema, Watanabe, Dinamarco e Grinover (1988, p.135) afirmam que para que o acesso à ordem jurídica seja justo é necessário que se observem quatro elementos:

- 1) o direito à informação e perfeito conhecimento do direito substancial orientada à aferição constante da adequação entre a ordem jurídica e a realidade socioeconômica do país;
- 2) direito de acesso à justiça adequadamente organizada e formada por juízes inseridos na realidade social e comprometidos com o objetivo de realização da ordem jurídica justa;
- 3) direito à preordenação dos instrumentos processuais capazes de promover a efetiva tutela de direitos; e, por derradeiro,
- 4) direito à remoção de todos os obstáculos que se anteponham ao acesso efetivo à Justiça com tais características.

Dessa forma, o acesso à justiça engloba vários aspectos processuais para sua efetiva concretização, como o direito à informação, a duração razoável do processo, etc.

Na Justiça do Trabalho Brasileira, o direito de acesso à justiça é elevado a um patamar bastante significativo. Nesta seara do judiciário, a estrutura institucional normativa criada prestigia o amplo acesso à ordem jurídica. Essa justiça especializada, que tem como finalidade precípua manter a relação laboral equilibrada, reconhecendo, para tanto, a hipossuficiência do trabalhador, possui princípios próprios voltados para a proteção desse litigante.

Para atingir a sua finalidade, alguns institutos também foram consagrados legalmente como por exemplo *jus postulandi*, que permite às partes, empregador e empregado, demandarem sem a necessidade de constituir advogado nos autos, nos termos do art. 791, da CLT. Também prevê, nos §§ 3º e 4º do art. 790, da CLT, o benefício da justiça gratuita, concedido a pedido ou de ofício, àqueles que não tiverem condições financeiras para arcar com custas processuais.

Essas ferramentas, adotadas na justiça do trabalho visam minimizar os empecilhos existentes ao acesso à justiça, eliminando uma das principais barreiras para que ele ocorra, que é justamente, como já mencionado, o desequilíbrio socioeconômico existente entre as partes, que muitas vezes impede que o indivíduo busque a tutela jurisdicional por causa dos altos custos que a demanda impõe para resguardar os seus direitos envolvidos.

Assim, por ser o direito de acesso à justiça uma garantia constitucional, o Estado não pode criar qualquer obstáculo que inviabilize a sua efetivação.

Perceba-se, portanto, que o direito de acesso efetivo e real à justiça engloba uma série de premissas, dentre elas, a garantia de poder postular em juízo sem a

presença de um advogado, quando o empregado não tem condições de arcar com esse ônus, o direito de ser representado judicialmente pelo sindicato da categoria profissional (art. 592-A, II, a, da CLT), a inexigibilidade do pagamento de custas processuais quando impossível de ser arcado pela parte, e o direito de produzir os meios de prova necessários para comprovar suas alegações, como por exemplo, a prova pericial.

Desta forma, entende-se que o Estado deve criar mecanismos para assegurar o direito de acesso à justiça, não podendo impedir a correta efetivação.

2 A REFORMA TRABALHISTA E A RELATIVIZAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA

Como já mencionado anteriormente a Justiça do Trabalho tem por função institucional assegurar, dentre outras coisas, o pleno acesso ao judiciário, inclusive daquele que é hipossuficiente dentro de uma relação jurídica. Exatamente por isso que a justiça do trabalho sempre contou com institutos próprios, como por exemplo o jus postulandi, voltado a assegurar o acesso à justiça daquele que não tem condições de contratar um advogado.

Fato é que, historicamente, essa área do judiciário sempre tentou minimizar os empecilhos existentes ao acesso à justiça, eliminando uma das principais barreiras para que ele ocorra, que é justamente o desequilíbrio socioeconômico existente entre as partes, que muitas vezes impede que o indivíduo busque a tutela jurisdicional por causa dos altos custos que a demanda impõe para resguardar os seus direitos envolvidos.

A Lei nº 13.467/17, usualmente conhecida como a Reforma Trabalhista, realizou diversas modificações no ordenamento jurídico brasileiro. Algumas dessas alterações causaram bastante polêmica e já foram, inclusive, questionadas judicialmente quanto a sua constitucionalidade, como por exemplo os artigos 790-B, 791-A e 844, § 2º da CLT, que elevaram o custo do processo para as partes, pois passaram a prever novas regras que dificultam a concessão do benefício da justiça gratuita (como por exemplo, exigir a comprovação de hipossuficiência) e possibilitam a condenação do beneficiário da justiça gratuita ao pagamento de custas processuais quando o trabalhador faltar a audiência inaugural (Art. 791-A, § 4º, CLT), e também a condenação em honorários periciais (Art. 790-B, CLT) e sucumbenciais (Art. 844, § 2º, CLT).

Tamanha a relevância constitucional acerca desse tema que a Procuradoria

Geral da República (PGR), ajuizou perante o Supremo Tribunal Federal (STF) a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 5766, em 25 de agosto de 2017, a fim de questionar a constitucionalidade desses dispositivos.

Anteriormente às alterações feitas na CLT, o beneficiário da justiça gratuita gozava de uma situação bastante diferenciada, pois não tinha que arcar com custas e despesas processuais, o que, de certo modo, estava em consonância com o que dispõe a Constituição Federal, no art. 5º, LXXIV, ao prever que “O Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos” (BRASIL, 1988).

Note-se que tais modificações podem inviabilizar o acesso à justiça, na medida em que elevam os riscos econômicos do processo judicial trabalhista, fazendo com que o autor da demanda pondere os possíveis riscos de ajuizá-la, uma vez que poderá ser condenado a arcar com custas e despesas processuais.

Acerca do que dispõe o art. 791-A da CLT, em seu §4º, ao prever a possibilidade de condenação do reclamante beneficiário da justiça gratuita aos honorários sucumbenciais, Maior e Valdete (2017, p. 81) destacam que:

Aqui talvez se esteja diante de uma das mais nefastas previsões da Lei n.º 13.467/17, pois a sucumbência recíproca é a antítese da razão de existência mesma de um processo do trabalho, ao menos nos moldes propostos, isto é, sem o reconhecimento da gratuidade como princípio do acesso à justiça e sem a concessão dos benefícios da assistência judiciária gratuita, ou seja, impondo custos a quem não tem como pagar. A Justiça do Trabalho tem por pressuposto a facilitação do acesso à justiça, o que inclui a noção de *jus postulandi* e de assistência gratuita.

Para Silva (2018, p. 1101) essas modificações são uma “inibição processual da fruição dos demais direitos sociais do trabalhador, por não permitir aos necessitados o acesso à justiça”.

Notadamente, essa previsão cerceia ainda mais o acesso à justiça daquele que não tem condições de arcar com as despesas processuais. Assim, entende-se que essas inovações legislativas violam a ideia de efetivo direito de acesso à justiça, na medida em que dificultam a busca pela proteção aos direitos sociais trabalhistas.

3 CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE

A expressão “controle de convencionalidade” historicamente foi desenvolvida pelo Conselho Constitucional Francês na Decisão 74-54 DC, de 15 de janeiro de 1975, que tratava da análise de constitucionalidade de uma lei que versava sobre a interrupção voluntária da gestação que violava o direito à vida assegurado no art. 2º da Convenção Europeia de Direitos do Homem, ratificada e reconhecida pelo Estado Francês. O art. 61 da Constituição Francesa dispõe que as leis ordinárias, antes de sua aplicação, devem ser submetidas ao Conselho Constitucional, para verificação de adequação com o texto constitucional – controle de constitucionalidade. Bem como, o art. 55 da Constituição francesa afirma que os tratados e acordos ratificados têm, a partir de sua publicação, hierarquia superior às leis ordinárias, restando, desse modo, ao Conselho Constitucional Francês, a análise de dois tipos de controle normativo: a adequação da lei com a Constituição e a adequação da lei com os tratados e acordos internacionais, de hierarquia superior. Nessa oportunidade, o Conselho francês reconheceu a existência de dois modos distintos de controle normativo: o controle de constitucionalidade e o controle de convencionalidade. (CHAVES; SOUSA. 2016)

No âmbito do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos, o controle de convencionalidade consiste em:

Verificar la compatibilidad de las normas y demás prácticas internas con la CADH, la jurisprudencia de la Corte IDH y los demás tratados interamericanos de los cuales el Estado sea parte; b) Es una obligación que corresponde a toda autoridad pública en el ámbito de sus competencias; c) Para efectos de determinar la compatibilidad con la CADH, no sólo se debe tomar en consideración el tratado, sino que también la jurisprudencia de la Corte IDH y los demás tratados interamericanos de los cuales el Estado sea parte; d) Es un control que debe ser realizado ex officio por toda autoridad pública; y e) Su ejecución puede implicar la supresión de normas contrarias a la CADH o bien su interpretación conforme a la CADH, dependiendo de las facultades de cada autoridad pública. (CORTEIDH, 2019)

A Corte Interamericana entende que juízes e tribunais internos estão sujeitos ao Estado de Direito e, portanto, são obrigados a aplicar as disposições em vigor no sistema jurídico. Mas quando um Estado ratifica um tratado internacional como a Convenção Americana, seus juízes, como parte do aparato estatal, também ficam sujeitos a ela, o que os obriga a garantir que os efeitos das disposições da Convenção não sejam

diminuídos por a aplicação de leis contrárias ao seu objeto e finalidade, e que desde o início não têm efeitos legais. Em outras palavras, o Judiciário deve exercer uma espécie de controle da convencionalidade entre as normas legais internas que se aplicam em casos específicos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Nessa tarefa, o Judiciário deve levar em conta não apenas o tratado, mas também a interpretação que a Corte Interamericana, o último intérprete da Convenção Americana, fez dele. (CORTEIDH, 2006)

Vale ressaltar que o controle de convencionalidade, assim como o controle de constitucionalidade, diz respeito às violações que ultrapassam o delimitado por leis e atos normativos. No controle de constitucionalidade, estes são analisados em face da Constituição Federal, ao passo que no controle de convencionalidade há um processo de compatibilização vertical das normas internas por Tratados Internacionais de Direitos Humanos.

Na jurisprudência da Corte Interamericana (Corte IDH) surgiu o conceito de controle de convencionalidade “para nomear a ferramenta que permite aos Estados especificar a obrigação de garantir os direitos humanos na esfera doméstica, através da verificação da conformidade das normas e práticas nacionais, com a Convenção Americana do Direito do Homem (CADH) e sua jurisprudência. (CIDH, 2019).

O controle de convencionalidade tem aplicação no âmbito nacional e internacional. No âmbito internacional, essa função é desempenhada pela Corte Interamericana e consiste na expulsão de regras contrárias à CADH, com base nos casos específicos submetidos ao conhecimento do Tribunal. Isso aconteceu, por exemplo, com a declaração de incompatibilidade de leis de anistia com as obrigações impostas pela CADH. Esta função tem sido a principal da Corte Interamericana desde a sua entrada em operação, uma vez que a Corte Interamericana é responsável por interpretar a Convenção e revisar que os atos e atos dos Estados que tenham reconhecida sua competência, em conformidade com as disposições da CADH.

Contudo, importante ressaltar o entendimento da tese de Mazzuoli (2016, p.423), que se mostra diverso do entendimento do STF. O mesmo defende que os tratados de Direitos Humanos possuem um nível constitucional, independente de sua aprovação como Emenda Constitucional, por observância do princípio *pro homine*, o qual preza pela aplicação da norma mais favorável ao ser humano independentemente da aprovação legislativa por maioria qualificada.

No caso *Almonacid Arellano y Otros versus Chile* de 2006 (CORTEIDH,2006) o juiz Cançado Trindade ao analisar sobre a lei de Anistia, responsável por perdoar crimes cometido no período da ditadura militar chilena, fixou que as verdadeiras leis não podem ser arbitrárias nem considerar uma lei como sendo superior a outras – devem ser abstratas e incorporar princípios que as informem e conformem. As leis devem ser inspiradas pela ideia de Direito e pela busca do bem comum. Por descumprir todos esses quesitos, um ato que institui uma autoanistia não é verdadeiramente uma lei, ou seja, os Estados não podem emitir leis para conceder a anistia de crimes internacionais, como tortura, homicídios e desaparecimentos forçados.

A Corte reconhece a importância dos tribunais nacionais como protetores de Direitos constitucionais e fundamentais, mas a Convenção Americana não impõe um modelo específico para o controle da constitucionalidade e da convencionalidade. Nesse sentido, a Corte recorda que a obrigação de exercer um controle de convencionalidade entre normas internas e a Convenção Americana é de responsabilidade de todos os órgãos do Estado, inclusive de seus juízes e outros órgãos relacionados à administração da justiça em todos os níveis (CORTEIDH, 2014).

O controle de convencionalidade decorre dos princípios do direito internacional público, a exemplo do princípio da *pacta sunt servanda*, consagrado na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969 (artigo 26), que reflete a obrigação de os Estados cumprirem os tratados dos quais fazem parte e o compromisso que os Estados que assinaram a Convenção Americana de Direitos Humanos têm que realizar um controle de convencionalidade para cumprir o mandato de proteção dos direitos fundamentais. Esse imperativo do direito internacional público deve ser cumprido de boa fé pelos Estados. A Convenção de Viena no artigo 27 explicita que os Estados não podem invocar disposições do direito interno para o não cumprimento de compromissos internacionais. Nesse sentido, a Corte Interamericana reafirmou que a obrigação de tomar todas as medidas necessárias para usufruir plena e efetivamente os direitos e liberdades consagrados na Convenção inclui a de adaptar os regulamentos não convencionais existentes. Nesse sentido, o controle da convencionalidade tem sólidos fundamentos jurídicos nas normas convencionais e nas normas e princípios do direito internacional público (CORTEIDH,2019).

Os principais entendimentos sobre o controle de convencionalidade consiste na verificação da compatibilidade das normas e outras práticas internas com

a Convenção Americana (CADH), com a jurisprudência da Corte Interamericana e os demais tratados interamericanos dos quais o Estado é parte. Deve ser realizado de ofício por todas as autoridades públicas. O seu exercício é realizado no âmbito de cada autoridade, portanto, sua execução pode implicar a supressão de normas contrárias ao CADH ou sua interpretação de acordo com o CADH. (CORTEIDH, 2019)

Portanto, vale salientar que todo e qualquer tratado de Direitos Humanos é paradigma para o controle de convencionalidade, conforme redação dada ao artigo 64, §1º da Convenção Americana (MAZZUOLI, 2016, p. 424).

No Brasil, temos duas modalidades de controle de convencionalidade: o controle concentrado e o controle difuso. O controle concentrado de convencionalidade visa solucionar o modo de operacionalização perante o STF, além de buscar uma base jurídica para exercê-lo perante a Corte. Sendo assim, entende-se que apenas os instrumentos de direitos humanos equivalentes a emendas constitucionais, ou seja, os aprovados pela maioria em três quintos dos votos dos membros de cada casa do Congresso Nacional — podem ser paradigma a esse modo de controle de convencionalidade perante o STF, pois possuem status material e formal de norma constitucional (MAZZUOLI, 2016, p. 430).

Já no controle difuso de convencionalidade o objeto de controle serão os Tratados de Direitos Humanos que não foram internalizados como emendas constitucionais, mas que são ratificados e estão em vigor no plano interno. Conforme o artigo 5º, §2º, da CRFB/88, eles já possuem status material de norma constitucional. Esse controle pode ser exercido por todos os juízes e tribunais do país, a requerimento das partes ou *ex officio*. Uma vez que todos os tratados de Direitos Humanos em vigor no Brasil guardam nível materialmente constitucional (MAZZUOLI, 2016, p. 430).

Também, segundo a CORTEIDH, a obrigação que está sempre presente após o controle da convencionalidade é realizar um exercício hermenêutico que compatibilize as obrigações do Estado com seus regulamentos internos. Importante ressaltar que os regulamentos internacionais e a jurisprudência da Corte Interamericana, tanto contenciosos quanto consultivos, são uma escala de convencionalidade. Por fim, a obrigação de realizar o controle deriva dos princípios do direito internacional público e das obrigações internacionais do próprio Estado assumidas no momento de fazer parte da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. (CORTEIDH, 2019).

Cançado Trindade, seguindo Gustav Radbruch e confrontando os efeitos

maléficos do positivismo, defende a existência de princípios fundamentais do direito que são mais fortes que todo e qualquer preceito jurídico positivo, as normas imperativas de direito internacional, *jus cogens*. Assim, a lei que os violem fica desprovida de validade. As autoanistias negam o Direito, por negarem o acesso à justiça, à igualdade perante a lei e o direito ao juiz natural. No citado caso, Trindade reconhece o caráter de direito *jus cogens* ao “acesso à justiça” para a responsabilidade internacional de crimes no período da ditadura e, por via consequencial, dessas normas de anistia que violam o Estado de Direito. O juiz expõe que os Estados não podem usar de artifícios para violar o *jus cogens* (como as “leis” de autoanistia), pois essas normas não dependem do consentimento estatal para obrigarem. E mais, o *jus cogens* ultrapassa o direito dos tratados, englobando o Direito Internacional em geral.

Outros casos reforçam a ideia de que o acesso à justiça constitui um direito *jus cogens*, ou seja, uma norma imperativa de direito internacional, em particular à necessidade de avançar na construção jurisprudencial do Tribunal, no sentido de expansão do conteúdo material do *jus cogens* (de modo a cobrir também o direito de acesso à justiça *lato sensu*), bem como o reconhecimento das obrigações de resultado e não apenas de meio, como no “Caso Baldeón García versus Perú”, “Goiburú y Otros versus Paraguay” e “Masacre de Pueblo Bello versus Colombia” (CORTEIDH, 2006).

No âmbito de abrangência das normas imperativas de direito internacional vem sendo ampliado progressivamente. A Corte Interamericana de Direitos Humanos, direta e indiretamente vem prevendo diversos direitos como vinculantes, independentemente do consentimento estatal, em especial o acesso à justiça. Assim, Cançado Trindade defende que o direito emana da consciência comum do que é juridicamente necessário e a consciência jurídica universal é o reconhecimento das normas de direito internacional como caráter de *jus cogens* (TRINDADE, 2006).

É bem verdade que, por um lado, a noção de uma “ordem pública internacional”, formada por normas dispositivas e imperativas (*jus cogens*), ainda é embrionária e imperfeita, dependendo do desenvolvimento de uma teoria das normas de Direito Internacional, contudo, é inegável a força imperativa do acesso à justiça no âmbito mundial.

Contudo, os avanços trazidos na promoção dos Direitos Humanos e na sua proteção por meio da responsabilização internacional dos Estados demonstram o anseio e a necessidade da Comunidade Internacional na confirmação do caráter

impositivo de determinadas normas e direitos. O entendimento de que o acesso à justiça são normas *jus cogens* reforça a estruturação do controle de convencionalidade e da responsabilidade internacional do Estado que não adegue seu ordenamento interno ao ordenamento internacional. As normas *jus cogens*, então, servem como pauta axiológica, oferecendo substrato ético para a atuação dos Estados e, ao mesmo tempo, servindo de instrumento de controle da ação estatal e de responsabilização internacional.

Também, diante da aceitação do princípio da indivisibilidade dos Direitos Humanos consagrado na Conferência Mundial de Viena sobre Direitos Humanos de 1993, houve o alargamento do conceito de obrigação internacional erga omnes no campo dos direitos humanos. Dessa forma, deixa mais evidente o interesse jurídico da comunidade internacional na proteção de todos os direitos humanos internacionalmente reconhecidos, dentre eles, o acesso à justiça, inclusive aos mais vulneráveis.

4 A INCONVENCIONALIDADE DOS ARTS. 790-B, 791-A, § 4º e 884, § 2º da CLT

Como já mencionado, a Reforma Trabalhista passou a prever novas regras para os beneficiários da Justiça Gratuita na seara laboral. Antes de adentrarmos na inconvencionalidade das mudanças, convém mencioná-las para que o objetivo do presente texto seja alcançado.

Primeiramente o novo art. 790-B, da CLT passou a prever a possibilidade de o beneficiário da justiça gratuita pagar honorários periciais quando sucumbente na pretensão objeto da perícia. Observe-se que esse dispositivo pode inibir o requerimento para a produção de prova pericial, violando o acesso à jurisdição e afrontando diretamente o art. 5º, LXXIV da CRFB/88 que prevê que o estado deve conceder assistência jurídica gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos (KOURY, 2018, 1060).

O art. 791-A da CLT passou a prever o cabimento de honorários advocatícios sucumbenciais na justiça do trabalho, que serão fixados entre o “mínimo de 5% (cinco por cento) e o máximo de 15% (quinze por cento) sobre o valor que resultar da liquidação da sentença, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa”. (CLT, 1943).

Esses honorários serão devidos ao advogado da parte reclamante que tem seus pedidos procedentes ou, ao advogado da reclamada que tenha obtido êxito em algum ou em todos os pedidos feitos pela parte reclamante, independentemente de serem beneficiários da justiça gratuita. A legislação atual admite, ainda, que o valor devido pelo reclamante possa ser buscado inclusive em outro processo em que ele tenha verbas a receber, nos termos do § 4º do art. 791-A, CLT.

O art. 844, § 2º da CLT que também trouxe uma inovação prejudicial ao reclamante beneficiário da justiça gratuita ao prever que caso ele falte na audiência inaugural, será condenado ao pagamento de custas processuais, sendo esse pagamento condição indispensável para a propositura de nova demanda.

Todas essas previsões limitam o direito de acesso à justiça daquele que não tem condições de arcar com as custas e despesas processuais, na medida em que dificultam a busca pela proteção aos direitos sociais trabalhistas. E, por conseguinte, violam diretamente a previsão constitucional do acesso à justiça e da assistência jurídica gratuita e integral.

No que tange ao controle de convencionalidade, é possível a propositura de ação que questione a inconstitucionalidade e inconveniência do art. 790-B, pois está em desacordo com art. 5º § 2º da CRFB/88 que dispõe que 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. No âmbito da inconveniência, dentre as convenções que o Brasil é parte e trata sobre o acesso à justiça, podemos citar a Declaração Universal dos Direitos Humanos, no artigo 8º que define que toda a pessoa tem direito a recurso efetivo para as jurisdições nacionais competentes contra os atos que violem os direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição ou pela lei. Bem como o artigo 10º, em que toda a pessoa tem direito, em plena igualdade, a que a sua causa seja equitativa e publicamente julgada por um tribunal independente e imparcial que decida dos seus direitos e obrigações ou das razões de qualquer acusação em matéria penal que contra ela seja deduzida.

Bem como o artigo 14 do Pacto de Direitos Civis e Políticos de 1966, ratificado pelo Decreto nº 592 de 1992, dispõe que todas as pessoas são iguais perante os tribunais e as cortes de justiça, assim, toda pessoa terá o direito de ser ouvida publicamente e com as devidas garantias por um tribunal competente, independente

e imparcial, estabelecido por lei, na apuração de qualquer acusação de caráter penal formulada contra ela ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil.

Por fim, o artigo 8 da Convenção Americana de Direitos Humanos que define as garantias judiciais:

Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, **trabalhista**, fiscal ou de qualquer outra natureza.

Bem como, o artigo 25 da Convenção Americana que trata sobre proteção judicial dispõe:

Toda pessoa tem **direito a um recurso simples** e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais.

Em sendo assim, esses tratados internacionais sobre direitos humanos, ratificados e vigentes no Brasil, não sendo aprovados por um quórum qualificado, possuem um status normativo supralegal, servindo como paradigma para o controle difuso de convencionalidade, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal, no RE de número 466.343-SP (STF, 2010). Isto quer dizer que tais tratados e convenções estão abaixo da Constituição Federal e acima das leis ordinárias e complementares, ou seja, podem servir de parâmetro para declaração de inconstitucionalidade e inconvencionalidade dos artigos 790-B, 791-A, § 4º e 884, § 2º da CLT.

CONCLUSÃO

Conforme demonstrado acima, o direito de acesso à justiça é um direito fundamental, motivo pelo qual não pode sofrer maiores obstáculos para a sua efetivação.

A esse respeito, atribuir ao beneficiário da justiça gratuita um elevado ônus

processual, ao possibilitar, por exemplo a condenação em honorários advocatícios de sucumbência e honorários periciais, a Lei nº 13.467/2017 incorreu ao mesmo tempo em inconstitucionalidade, ao afrontar o que dispõe o art. 5º, incisos LXXIV e LXXXV da CRFB/88, e em inconveniência ao afrontar a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, Pacto de Direitos Cívicos e Políticos de 1966 e a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969.

É evidente que na medida em que a legislação trabalhista prevê a possibilidade de despesas processuais aos beneficiários da justiça gratuita, cria nele o temor em judicializar uma demanda, ante os riscos de sair devedor de seu ex-empregador, tendo que arcar com uma despesa incompatível com sua condição financeira.

Até mesmo porque, em toda a ação judicial existe a possibilidade de vitória ou derrota, e o pagamento da verba honorária de sucumbência deve ser imposta somente àqueles que possuem condições financeiras de arcar com esta despesa sem prejuízo do sustento próprio ou de sua família.

Na hipótese de o trabalhador ser considerado pobre na forma da lei, não se mostra razoável a possibilidade de sua condenação ao pagamento de despesas processuais. O temor a essa condenação constituiu um obstáculo desarrazoado para concretização do direito fundamental de acesso à justiça, motivo pelo qual se defende a inconveniência das modificações introduzidas no ordenamento jurídico brasileiro com o advento da Lei nº 13.467/17.

Dessa forma, conclui-se que apesar de imprescindível na aplicação de normas de Direitos Humanos, o controle de convencionalidade no Brasil mostra-se coadjuvante frente ao controle interno já oferecido pela Constituição Federal de 1988.

O princípio do acesso à justiça deve fundamentar todas as ações do poder estatal, em qualquer uma de suas manifestações, inclusive, do poder legislativo, pois estão relacionados ao respeito e à garantia dos Direitos Humanos. Evidencia-se que esse princípio pode efetivamente ser considerado um imperativo do direito internacional geral por se aplicar a qualquer Estado, independentemente de ser ou não parte do tratado internacional, além de gerar efeitos em relação a terceiros, inclusive indivíduos.

Dessa forma, isso implica no fato de que o Estado, em seu sistema interno, por atos de qualquer de seus poderes ou de terceiros agindo sob sua tolerância, aquiescência ou negligência, não pode agir contra o princípio do acesso à justiça. Portanto, entende-se serem inconstitucionais e inconvenientes os artigos 790-B, 791-A, § 4º e 884, § 2º da CLT.

REFERÊNCIAS

CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Graie Northfleet. Porto Alegre. Fabris. 1988.

CHAVES, Denisson Gonçalves; SOUSA, Mônica Teresa Costa. *O Controle de Convencionalidade e a Autoanálise do Poder Judiciário Brasileiro*. In: **Revista da Faculdade de Direito – UFPR**, Curitiba, vol. 61, n. 1, jan./abr. 2016, p. 87-113.

CORTE IDH. **Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos nº 7**, 2019. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/>. Acesso em: 14 abr. 2020.

CORTE IDH. **Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/>. Acesso em: 12 abr. 2020.

CORTE IDH. **Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/>. Acesso em: 08 abr. 2020.

CORTE IDH. **Caso Baldeón García Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas**. Sentencia de 6 de abril de 2006. Corte IDH. *Caso Goiburú y otros Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C No. 153. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/>. Acesso em: 14 abr. 2020.

CORTEIDH. **Caso La Cantuta Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006, párr.1732**. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/>. Acesso em: 15 de abril de 2020.

CORTEIDH. **Caso Liakat Ali Alibux Vs. Suriname**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de enero de 2014. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/>.

corteidh.or.cr/. Acesso em: 12 abr. 2020.

KOURY, Luiz Ronan Neves; ASSUNÇÃO, Carolina Silva Silvino. *A gratuidade da justiça no processo do trabalho: reflexões à luz do CPC e da Lei nº 13.467/17*. In: **A Reforma trabalhista e seus impactos**. Salvador: Editora Jus Podivm, 2018, p. 1057-1074.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. V.10. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

SILVA, Sandoval Alves. *O (in)acesso à Justiça social com a demolidora reforma trabalhista*. In: **A Reforma trabalhista e seus impactos**. Salvador: Editora Jus Podivm, 2018, p. 1075-1103.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz; SEVERO, Valdete Souto. *O acesso à justiça sob a mira da reforma trabalhista: ou como garantir o acesso à justiça diante da reforma trabalhista*. In: **Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**. Curitiba, PR, v. 6, n. 61, 2017, p. 57-92.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **RECURSO EXTRAORDINÁRIO: 466343 SP**, Relator: Min. CEZAR PELUSO, Data de Julgamento: 03/12/2008, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-104 DIVULG 04-06-2009 PUBLIC 05-06-2009 EMENT VOL-02363-06 PP-01106 RDECTRAB v. 17, n. 186, 2010, p. 29-165.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A Humanização do Direito Internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 87-89.

LEGISLAÇÃO CONSULTADA

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado, 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 02 abr. 2020.

BRASIL. **Decreto-Lei n.º 5.452, de 1 maio 1943**. Aprova as Consolidação das Leis do Trabalho. Diário Oficial [da] União, Rio de Janeiro, 1 mai. 1943. Disponível em: <http://>

www.planalto.gov.br. Acesso em: 02 abr. 2020.

BRASIL. **Lei n.º 13.105, de 16 março 2015**. Código de Processo Civil. Diário Oficial [da] União, Brasília, DF, 16 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 09 abr. 2020.

BRASIL. **Lei n.º 13.467/2017**. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis n.º 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Diário Oficial [da] União, Brasília, DF, 13 jul. 2017.

STF. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5766**. Inteiro teor disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5250582>. Acesso em: 04 jul. 2019.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2020.

Publicado originalmente na Revista Videre, Dourados, v.!12, n. 25,Set/Dez.,2020 – ISSN:217727837

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DE SUCUMBÊNCIA. BENEFICIÁRIO DA JUSTIÇA GRATUITA. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E DE CONVENCIONALIDADE DO § 4º DO ARTIGO 791-A DA CLT. AÇÃO AJUIZADA POSTERIORMENTE AO INÍCIO DE VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.467/2017.

1. A proteção jurídica e judiciária dos indivíduos representa um dos pilares centrais do Estado de Direito, não podendo tal sistema institucional e jurídico limitar-se ao reconhecimento dos direitos fundamentais da pessoa humana, cabendo-lhe mais e, sobretudo, torná-los efetivos, não só em face do próprio poder estatal, diante de sua eficácia vertical, mas também dos particulares, em sintonia com a doutrina moderna das eficácias horizontal e diagonal dos direitos fundamentais, aplicáveis de forma direta e imediata (art. 5º, § 1º, da Constituição Federal). **2.** Nesse passo, deve ser assegurado um conjunto de garantias processuais e procedimentais, seja de natureza judiciária, seja de natureza administrativa, como é o caso da criação e da organização de um **sistema de acesso à Justiça efetivo**, entre os quais se destacam, no ordenamento jurídico, as garantias de acesso ao Poder Judiciário e de prestação, pelo Estado, da “assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”, insculpidas, respectivamente, nos incs. XXXV e LXXIV do art. 5º da CF. **3.** É cediço que um dos principais obstáculos comumente associados ao acesso à Justiça é o de ordem econômica, conforme já apregoavam Mauro Cappelletti e Bryant Garth em sua clássica obra “Acesso à justiça”, desenvolvida a partir de pesquisas que demonstraram que uma das primeiras barreiras à sua efetivação são os gastos econômicos do processo, relativos ao alto custo das despesas processuais sucumbenciais, como custas judiciais e honorários. Isso acarretou a primeira onda dos movimentos renovatórios do acesso à Justiça no curso do século XX, caracterizada pela assistência jurídica integral e gratuita aos pobres. Com isso, percebe-se que o benefício da gratuidade da Justiça visa dar máxima efetividade ao

próprio direito de acesso à Justiça, ao viabilizar a sua concretização aos necessitados. **4.** O direito de acesso à Justiça também é reconhecido na ordem jurídica internacional como direito humano, sendo garantido pelos arts. 8 e 25 da Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 (CADH), conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, em especial pelo seu art. 8.1. Disposições similares são encontradas nos arts. 8 e 10 da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 (DUDH) e no art. 14.1 do Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos de 1966 (PIDCP). **5.** É preciso, ainda, salientar que, conforme aponta a doutrina, o art. 5º, LXXIV, da CF dispõe sobre três institutos distintos, quais sejam: a Justiça gratuita, a assistência judiciária e a assistência jurídica. Enquanto a **assistência judiciária** implica a gratuidade da representação técnica para a defesa em Juízo do assistido, a **Justiça gratuita** refere-se às despesas do processo, significando a isenção de toda e qualquer despesa necessária ao pleno exercício das faculdades processuais, ainda que a parte esteja assistida por advogado particular. Oportuna, nessa perspectiva, a lição de Pontes de Miranda. Já a **assistência jurídica integral e gratuita**, de caráter mais amplo, compreende não só a Justiça e a assistência judiciária gratuitas, já mencionadas, mas também o assessoramento jurídico extrajudicial. Nesse sentido são os ensinamentos de José Carlos Barbosa Moreira. **6.** A par das assinaladas diferenças entre tais institutos, registra-se que a concessão dos benefícios da Justiça gratuita tem fulcro unicamente no pressuposto do estado de miserabilidade da parte, garantindo-lhe a isenção de todas as despesas processuais, como custas, honorários periciais e **honorários advocatícios sucumbenciais**. **7.** Depreende-se, no entanto, do § 4º do art. 791-A da CLT, introduzido pela Lei nº 13.467/2017, que ele estende a aplicação da regra da sucumbência ao beneficiário da Justiça gratuita, determinando a compensação de créditos capazes de suportar a despesa no processo em comento com aqueles obtidos nele mesmo ou em outro processo, sendo que, na hipótese de inexistência de créditos suficientes para compensar o ônus da sucumbência, as obrigações dela decorrentes

ficarão sob condição suspensiva de exigibilidade. **8.** Ocorre que a mera existência de créditos judiciais, obtidos em processos trabalhistas ou de outra natureza, não é suficiente para afastar a situação de pobreza em que se encontrava a parte autora, no momento em que foram reconhecidas as condições para o exercício do seu direito fundamental à gratuidade da Justiça, constituindo a medida imposta pelo mencionado dispositivo celetista verdadeira inibição processual à fruição, pelo trabalhador, de seus direitos sociais assegurados pela ordem jurídica, sobretudo considerando que a Justiça do Trabalho ampara, em grande parte, a classe dos trabalhadores que justamente estão em situação de desemprego. **9.** Portanto, a imposição ao beneficiário da Justiça gratuita do pagamento de despesas processuais de sucumbência, inclusive com empenho de créditos auferidos no feito ou em outro processo trabalhista, sem que esteja descartada a condição de pobreza que justificou a concessão do benefício, resulta em flagrante ofensa aos **direitos fundamentais** e aos **princípios do acesso à Justiça e da assistência jurídica integral e gratuita**, inculpidos nos incs. XXXV e LXXIV do art. 5º da CF, e aos direitos humanos sufragados nas normas internacionais já mencionadas. **10.** De igual modo, a norma do § 4º do art. 791-A da CLT viola os **princípios da isonomia e da não discriminação**, consagrados nos arts. 3º, III e IV, e 5º, *caput*, da CF, e também em diversos diplomas internacionais (arts. 1, 2 e 7 da DUDH; arts. 2.1, 3 e 26 do PIDCP; arts. 2.2 e 3 do PIDESC - Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos; art. 2 da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem; arts. 1.1 e 24 da CADH; art. 3 do Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1988 - Protocolo de São Salvador), ao conferir um tratamento desigual, de caráter infundado ou baseado em um critério injustamente desqualificante, ao beneficiário da Justiça gratuita que busca a prestação jurisdicional na Justiça do Trabalho em contraposição àqueles que acessam a Justiça comum. **11.** Nas palavras de Helder Santos Amorim, as disposições trazidas pelo § 4º do art. 791-A da CLT, ao restringirem o acesso à Justiça dos

trabalhadores beneficiários da Justiça gratuita, violam ainda o seu **direito ao mínimo existencial**, núcleo irreduzível do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF) e consubstanciado na satisfação de prestações materiais essenciais e imprescindíveis à sobrevivência do trabalhador e de sua família. **12.** Ademais, malgrado a maior parte da doutrina sufrague a tese de que, no Estado Democrático de Direito, não há direitos de natureza absoluta, pelo que os direitos fundamentais são suscetíveis de restrições nas hipóteses de reserva constitucional expressa, de reserva legal fundamentada em valor constitucional ou de colisão de direitos fundamentais, o certo é que o princípio da proporcionalidade, do qual emana a proibição de excesso, constitui vetor axiológico para a identificação da legitimidade dessas restrições. **13.** Isso à luz da **teoria dos limites dos limites**, que visa precipuamente controlar e identificar os obstáculos da relativização pelo Poder Público de direitos fundamentais, a fim de que não se elimine ou se restrinja seu núcleo essencial intangível, de forma que qualquer limitação de direitos fundamentais decorrente da atividade legislativa do Estado deve obedecer aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, sob pena de inconstitucionalidade, em virtude de constituírem um **limite constitucional à liberdade de conformação do legislador**. **14.** Todavia, a justificativa do Poder Legiferante, para a imposição das restrições contidas no § 4º do artigo 791-A da CLT, introduzido pela Lei nº 13.467/2017, de assegurar uma maior responsabilidade na litigância para a defesa dos direitos trabalhistas não passa pelo crivo do **princípio da proporcionalidade**, especialmente à luz de seus subprincípios da necessidade (na medida em que já existem no ordenamento jurídico meios menos restritivos ou gravosos para alcançar a finalidade proposta, como as sanções jurídicas ou penalidades em casos de litigância de má-fé) e da proporcionalidade em sentido estrito (visto que não se sustenta a relação de custo-benefício, diante da constatação de que o referido dispositivo gera uma imposição de barreiras que inviabilizam a acessibilidade e a concretização de direitos fundamentais dos trabalhadores). **15.**

Assim, deve ser afastada qualquer interpretação que implique vulneração ou esvaziamento dos princípios fundamentais insculpidos no *caput* e incs. XXXV e LXXIV do art. 5º da CF, que, como direitos e garantias individuais, integram as chamadas cláusulas pétreas da Constituição, as quais são insuscetíveis de modificação até mesmo mediante emenda constitucional (art. 60, § 4º, IV, da CF). **16.** Também não se pode admitir um resultado flagrantemente inconstitucional na interpretação do dispositivo da Reforma Trabalhista à luz de todas as normas constitucionais já mencionadas, em decorrência da chamada **“Eficácia Objetiva das Normas Constitucionais”**, pela qual essas têm um efeito irradiante, projetando-se sobre todo o ordenamento jurídico e estabelecem, em sua dimensão objetiva, diretrizes para a atuação não apenas dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, mas também dos próprios particulares. A aplicabilidade imediata desses dispositivos constitucionais, principalmente aqueles que definem direitos fundamentais, além de decorrer diretamente do que estabelece o § 1º do art. 5º da CF, tem como base o **princípio da máxima efetividade dos preceitos constitucionais**, de modo que sejam atendidos em sua máxima extensão possível. **17.** Com relação ao exame da compatibilidade do aludido dispositivo celetista com os tratados e convenções internacionais de direitos humanos incorporados ao nosso ordenamento jurídico com *status* supralegal (art. 5º, § 2º, da CF e Recurso Extraordinário 466.343 do STF), registra-se que a **Corte Interamericana de Direitos Humanos**, órgão jurisdicional ao qual compete aplicar as disposições da Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969 aos Estados-Partes, incluindo o Brasil (que expressamente reconheceu sua jurisdição), passou a exigir, a partir de 2006, por ocasião do julgamento do Caso *Almonacid Arellano* e outros *versus Chile*, que o Poder Judiciário dos Estados-partes da Convenção Americana sobre Direitos Humanos exerça o **controle de convencionalidade** das normas jurídicas internas aplicáveis aos casos concretos submetidos à sua jurisdição, sob pena de responsabilização internacional do Estado. Esse dever, a propósito, é incumbido de

forma ampla a todas as instâncias e agentes estatais (Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, Ministério Público, Defensoria Pública, entre outros) e, ao contrário do controle de constitucionalidade, não se aplica a cláusula de reserva de plenário.

18. Sobre o tema em debate, o Pleno do STF, em 20/10/2021, nos autos da ADI nº 5766, julgou, por 6 votos a 4, parcialmente procedente o pedido formulado na ação direta para declarar inconstitucional o artigo 791-A, § 4º, da CLT. No julgamento dos embargos de declaração então interpostos contra essa decisão, o STF, em 21/6/2022, explicitou que os termos da declaração de inconstitucionalidade do citado dispositivo deveria ser interpretada em congruência com o pedido formulado na petição inicial pelo Procurador-Geral da República, na qual se postulou a inconstitucionalidade da expressão “desde que não tenha obtido em juízo, ainda que em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa”. **19.** Significa afirmar que a excelsa Corte vedou apenas a compensação automática de créditos prevista na redação original do referido dispositivo, prevalecendo, no entanto, a possibilidade de que, no prazo da suspensão de exigibilidade de dois anos a que se refere o § 4º artigo 791-A da CLT, o credor demonstre a alteração do estado de insuficiência de recursos do devedor, por qualquer meio lícito, circunstância que autorizará a execução das obrigações decorrentes da sucumbência. Nesse sentido decidiu esta 3ª Turma, no julgamento do Processo nº TST-RR-97-59.2021.5.12.0016, de relatoria do Ministro Alberto Bastos Balazeiro, em 22 de junho de 2022.

Recurso de revista **conhecido e parcialmente provido.**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista nº **TST-RR-1001941-75.2018.5.02.0609**, em que é Recorrente **L. P. R. D. S.** e é Recorrido **M. C. V. D. A. LTDA.**

O Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região, pelo acórdão de fls. 280-285, manteve a imposição à reclamante do pagamento de honorários advocatícios sucumbenciais.

Inconformada, a reclamante interpõe recurso de revista, com esteio nas alíneas **a** e **c** do art. 896 da CLT (fls. 298-312).

O recurso foi recebido por meio do despacho às fls. 313-316.

Contrarrazões às fls. 321-327.

Desnecessária a remessa dos autos ao Ministério Público do Trabalho, nos termos do artigo 95 do Regimento Interno do TST.

É o relatório.

V O T O

HORAS EXTRAS

(...)

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DE SUCUMBÊNCIA. BENEFICIÁRIO DA JUSTIÇA GRATUITA. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E DE CONVENCIONALIDADE DO § 4º DO ARTIGO 791-A DA CLT. AÇÃO AJUIZADA POSTERIORMENTE AO INÍCIO DE VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.467/2017

I - CONHECIMENTO

O Tribunal Regional condenou a reclamante ao pagamento dos honorários advocatícios sucumbenciais em benefício do patrono da reclamada, no montante de 5% do valor atualizado da causa, em que pese seja beneficiária da justiça gratuita, observados os termos do § 4º do artigo 791-A da CLT com relação à condição suspensiva de exigibilidade da obrigação, externando, para tanto, os seguintes fundamentos:

III - DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS SUCUMBENCIAIS

12 - A demandante alegou que a condenação em honorários sucumbenciais seria incompatível com a garantia de inafastabilidade da jurisdição, prevista no inciso XXXV do artigo 5º da Constituição de 1988.

13 - Sem razão.

14 - A inafastabilidade da jurisdição assegura que nenhuma Lei poderá impedir o Judiciário de examinar alguma lesão ou ameaça a direito (art. 5º, XXXV, da CF/1988). De forma alguma, portanto, obstar que o legislador estabeleça responsabilidades ao litigante por aquilo que o Juízo, após a apreciação de sua demanda, declarar infundado e julgar improcedente.

15 - O caso se assemelha ao aparente conflito entre a liberdade de expressão e a

responsabilidade por danos material, moral e à imagem, ambas também garantidas pela Carta Magna (art. 5º, IV e V). A solução exsurge cristalina quando se compreende que a liberdade não implica em irresponsabilidade; ao contrário, todos são livres para expressar suas ideias justamente porque eventuais danos e excessos que cometerem serão por eles próprios suportados.

16 - *Mutatis mutandis*, o mesmo ocorre aqui. O acesso ao Judiciário é livre e assegurado a todos. Isso não quer dizer, contudo, que inexistirá responsabilização pela postulação infundada e temerária.

17 - Aliás, entendo ser mais danoso ao acesso à Justiça permitir a litigância excessiva e irresponsável, sem quaisquer consequências. Esta consome tempo e recursos do Judiciário, gerando atrasos e demora na apreciação de outros feitos, e como Rui Barbosa advertiu há décadas, “justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta”.

18 - Fosse insuficiente o exposto, o que admito apenas em caráter *ad argumentandum tantum*, os princípios e garantias constitucionais não são regras jurídicas, mas mandamentos de otimização. Em outras palavras, admitem sopesamento com outros princípios, de forma que nem toda limitação caracterizará violação e, muito menos, ensejará uma inconstitucionalidade.

19 - Esta circunstância possui especial relevo no caso em exame porque ao mesmo tempo que estabeleceu as garantias citadas pela recorrente, o Constituinte também assegurou a todos “a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação” (art. 5º, LXXVIII). Estabelecer responsabilidades ao litigante que provocar a manifestação do Judiciário sem ter razão (caso no qual haverá a improcedência de sua pretensão) se justifica, portanto, como um compromisso equânime e razoável entre as garantias de assistência integral e de celeridade processual.

20 - Registro ainda que o legislador já estabeleceu salvaguardas para o comprovadamente hipossuficiente, suspendendo a exigibilidade de eventual condenação em honorários assistenciais caso o beneficiário da Justiça Gratuita não tenha obtido em Juízo créditos suficientes para satisfazê-los.

21 - Por fim, assinalo que a presente demanda foi ajuizada em dezembro de 2018, um ano após o início da vigência do citado artigo 791-A da CLT.

22 - Dessarte, mantenho a condenação da obreira em honorários sucumbenciais no importe de 5% do valor atualizado da causa.

23 - Determino, contudo, a suspensão da exigibilidade da condenação, nos termos do § 4º do art. 791- A da CLT, tendo em vista a ausência de créditos a receber nestes autos, bem como o desconhecimento por este Juízo da existência de valores a perceber em outros processos (fls. 282-284).

A recorrente, em suas razões de recurso de revista, alega que não deve arcar com tais honorários por ser beneficiário da Justiça Gratuita.

Indica violação dos artigos 5º, *caput*, IV, V, XXXV, XXXVI, LXXIV e LXXVIII, da Constituição Federal de 1988, 8º, § 1º, da CLT, 85 a 90 e 95, § 3º, do CPC de 2015, além de contrariedade às Súmulas nºs 219 e 329 do TST. Transcreve aresto para cotejo.

Como se sabe, em 13 de julho de 2017, sobreveio a denominada “Reforma Trabalhista” por meio da Lei nº 13.467, com vigência a partir de 11 de novembro de 2017, que alterou profundamente expressivo número de dispositivos da CLT e de outras leis extravagantes. Um dos pontos mais significativos dessa reforma foi a introdução do artigo 791-A da CLT, que generalizou a aplicação do princípio da sucumbência em tema de honorários advocatícios no âmbito da Justiça do Trabalho, alterando todo o regime jurídico que vigorava até então nesta Justiça especializada acerca da matéria.

Nos termos do artigo 791-A, *caput* e parágrafos, da CLT:

“Art. 791-A. Ao advogado, ainda que atue em causa própria, serão devidos honorários de sucumbência, fixados entre o mínimo de 5% (cinco por cento) e o máximo de 15% (quinze por cento) sobre o valor que resultar da liquidação da sentença, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa.

§ 1º Os honorários são devidos também nas ações contra a Fazenda Pública e nas ações em que a parte estiver assistida ou substituída pelo sindicato de sua categoria.

§ 2º Ao fixar os honorários, o juízo observará:

I - o grau de zelo do profissional;

II - o lugar de prestação do serviço;

III - a natureza e a importância da causa;

IV - o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

§ 3º Na hipótese de procedência parcial, o juízo arbitrarará honorários de sucumbência recíproca, vedada a compensação entre os honorários.

§ 4º Vencido o beneficiário da justiça gratuita, desde que não tenha obtido em juízo, ainda que em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa, as obrigações decorrentes de sua sucumbência ficarão sob condição suspensiva de exigibilidade e somente poderão ser executadas se, nos dois anos subsequentes ao trânsito em julgado da decisão que as certificou, o credor demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de

gratuidade, extinguindo-se, passado esse prazo, tais obrigações do beneficiário.

§ 5º São devidos honorários de sucumbência na reconvenção.”

Enfrentando o problema da aplicação da lei no tempo e as respectivas implicações de direito intertemporal decorrentes da introdução do artigo 791-A da CLT pela Lei nº 13.467/2017, principalmente em relação aos processos que já se encontravam em curso na Justiça do Trabalho à época da sua entrada em vigor, o Pleno do Tribunal Superior do Trabalho, no julgamento do Incidente de Recursos Repetitivos TST-IRR-341-06.2013.5.04.0011, de minha relatoria, fixou de forma unânime, com força obrigatória (artigos 896-C da CLT, 927, inciso III, do CPC e 3º, inciso XXIII, da Instrução Normativa nº 39/2015 do TST), as teses jurídicas a seguir enunciadas:

“TESES JURÍDICAS FIRMADAS:

1. Nas lides decorrentes da relação de emprego, os honorários advocatícios, com relação às ações ajuizadas no período anterior ao início de vigência da Lei nº 13.467/2017, somente são cabíveis na hipótese prevista no artigo 14 da Lei nº 5.584/70 e na Súmula nº 219, item I, do TST, tendo por destinatário o sindicato assistente, conforme disposto no artigo 16 do referido diploma legal, até então vigente (revogado expressamente pela Lei nº 13.725/2018) e no caso de assistência judiciária prestada pela Defensoria Pública da União ao beneficiário da justiça gratuita, consoante artigos 17 da Lei nº 5.584/70 e 14 da Lei Complementar nº 80/94, revelando-se incabível a condenação da parte vencida ao pagamento dessa verba honorária seja pela mera sucumbência, seja a título de indenização por perdas e danos, seja pela simples circunstância de a parte ser beneficiária da Justiça gratuita;
2. A ampliação da competência da Justiça do Trabalho pela Emenda Constitucional nº 45/2004 acarretou o pagamento de honorários advocatícios com base unicamente no critério da sucumbência apenas com relação às lides não decorrentes da relação de emprego, conforme

sedimentado nos itens III e IV da Súmula nº 219 do TST, por meio, respectivamente, das Resoluções nºs 174, de 24 de maio de 2011, e 204, de 15 de março de 2016, e no item 5 da Instrução Normativa nº 27, de 16 de fevereiro de 2005;

3. Às demandas não decorrentes da relação de emprego, mas que já tramitavam na Justiça do Trabalho por força de norma legal expressa, relativas aos trabalhadores avulsos e portuários, *ex vi* dos artigos 643, *caput*, e 652, letra “a”, inciso V, da CLT, são inaplicáveis o item 5 da Instrução Normativa nº 27/2005 do Tribunal Superior do Trabalho e o item III da Súmula nº 219 desta Corte, porquanto a Constituição Federal, em seu artigo 7º, inciso XXXIV, equipara o avulso ao trabalhador com vínculo empregatício, sendo-lhe aplicável, portanto, o entendimento previsto no item I da Súmula nº 219 desta Corte;

4. Às lides decorrentes da relação de emprego, objeto de ações propostas antes do início da vigência da Lei nº 13.467/2017, não se aplica a Súmula nº 234 do STF, segundo a qual ‘são devidos honorários de advogado em ação de acidente de trabalho julgada procedente’.

5. Não houve derrogação tácita do artigo 14 da Lei nº 5.584/1970 em virtude do advento da Lei nº 10.288/2001, que adicionou o § 10 ao artigo 789 da CLT, reportando-se à assistência judiciária gratuita prestada pelos sindicatos, e a superveniente revogação expressa desse dispositivo da CLT pela Lei nº 10.537/2002 sem que esta disciplinasse novamente a matéria, pelo que a assistência judiciária prestada pela entidade sindical, no âmbito da Justiça do Trabalho, ainda permanece regulamentada pela referida lei especial;

6. São inaplicáveis os artigos 389, 395 e 404 do Código Civil ao Processo do Trabalho para fins de condenação ao pagamento de honorários advocatícios, nas lides decorrentes da relação de emprego, objeto de ações ajuizadas antes do início da vigência da Lei nº 13.467/2017,

visto que, no âmbito da Justiça do Trabalho, essa condenação não se resolve pela ótica da responsabilidade civil, mas sim da sua legislação específica, notadamente a Lei nº 5.584/70;

7. A condenação em honorários advocatícios sucumbenciais prevista no artigo 791-A, caput e parágrafos, da CLT será aplicável apenas às ações propostas na Justiça do Trabalho a partir de 11 de novembro de 2017, data do início da vigência da Lei nº 13.467/2017, promulgada em 13 de julho de 2017, conforme já decidiu este Pleno, de forma unânime, por ocasião da aprovação do artigo 6º da Instrução Normativa nº 41/2018;

8. A deliberação neste incidente a respeito da Lei nº 13.467/2017 limita-se estritamente aos efeitos de direito intertemporal decorrentes das alterações introduzidas pela citada lei, que generalizou a aplicação do princípio da sucumbência em tema de honorários advocatícios no âmbito da Justiça do Trabalho, não havendo emissão de tese jurídica sobre o conteúdo em si e as demais peculiaridades da nova disposição legislativa, tampouco acerca da inconstitucionalidade do artigo 791-A, caput e § 4º, da CLT.”

No Processo do Trabalho, ao contrário do processo comum em que já vigorava o regime de sucumbência recíproca na condenação ao pagamento de verba honorária mesmo antes do CPC de 2015, passou-se de um regime de absoluta ausência de sucumbência recíproca nas lides trabalhistas típicas para outro de generalização dos honorários advocatícios sucumbenciais, caracterizando-se, portanto, a Lei nº 13.467/2017 em inovação legislativa introdutória de mudança substancial de paradigma quanto aos honorários advocatícios no Processo do Trabalho.

Firmou-se, portanto, no referido Incidente, a tese de que, em relação às reclamações trabalhistas típicas, deve ser aplicada a regra da sucumbência aos honorários advocatícios, nos termos do artigo 791-A, caput e parágrafos, da CLT, acrescido pelo artigo 1º da Lei nº 13.467/2017, somente às ações ajuizadas a partir de 11 de novembro de 2017, não cabendo sua aplicação àquelas propostas anteriormente, mesmo que a sentença tenha sido prolatada sob a égide da nova lei.

No caso dos autos, esta ação foi ajuizada em 10/12/2018, posteriormente, portanto, ao início de vigência do artigo 791-A, *caput* e parágrafos, da CLT, introduzido pela Lei nº 13.467/2017.

Contudo, no julgamento do Incidente TST-IRR-341-06.2013.5.04.0011, não houve emissão de tese jurídica acerca da inconstitucionalidade do § 4º do artigo 791-A da CLT, tendo em vista que a questão se encontrava pendente de julgamento tanto no âmbito do Pleno do Tribunal Superior do Trabalho, por meio do Processo nº TST-ArgInc-10378-28.2018.5.03.0114, de relatoria do Exmo. Ministro Augusto César Leite de Carvalho, quanto do Supremo Tribunal Federal, mediante a ADI nº 5766, na qual se questionava a constitucionalidade do pagamento de honorários periciais e advocatícios de sucumbência pelo beneficiário da Justiça gratuita e a utilização de créditos obtidos, ainda que em outro processo, para esse fim, bem como a constitucionalidade do pagamento de custas processuais pelo reclamante, ainda que beneficiário da Justiça gratuita, em caso de ausência injustificada à audiência (artigos 790-B, *caput* e § 4º, 791-A, § 4º, e 844, § 2º, da CLT).

O cerne da controvérsia destes autos, portanto, cinge-se à possibilidade de condenação do beneficiário da justiça gratuita ao pagamento dos honorários advocatícios sucumbenciais e à utilização de créditos obtidos, ainda que em outro processo, para esse fim, nos termos do disposto no § 4º do artigo 791-A da CLT, introduzido pela Lei nº 13.467/2017.

A proteção jurídica e judiciária dos indivíduos representa um dos pilares centrais do Estado de Direito, não podendo, portanto, tal sistema institucional e jurídico limitar-se ao reconhecimento dos direitos fundamentais da pessoa humana, cabendo-lhe mais e, sobretudo, torná-los efetivos, não só em face do próprio poder estatal, diante de sua eficácia vertical, mas também dos particulares, em sintonia com a doutrina moderna das eficácias horizontal e diagonal dos direitos fundamentais, aplicáveis de forma direta e imediata (artigo 5º, parágrafo 1º, da CF).

Nesse passo, deve ser assegurado um conjunto de garantias processuais e procedimentais, seja de natureza judiciária, seja de natureza administrativa, como é o caso da criação e da organização de um sistema de acesso à Justiça efetivo, entre os quais se destacam, no ordenamento jurídico, as garantias de acesso ao Poder Judiciário e de prestação, pelo Estado, da “assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”, insculpidas, respectivamente, nos incisos XXXV e LXXIV do artigo 5º da Constituição Federal.

É cediço que um dos principais obstáculos comumente associados ao

acesso à Justiça é o de ordem econômica, conforme já apregoavam Mauro Cappelletti e Bryant Garth em sua clássica obra “Acesso à justiça”, desenvolvida a partir de pesquisas que demonstraram que uma das primeiras barreiras à sua efetivação são os gastos econômicos do processo, relativos ao alto custo das despesas processuais sucumbenciais, como custas judiciais e honorários. Isso acarretou a primeira onda dos movimentos renovatórios do acesso à justiça no curso do século XX, caracterizada pela assistência jurídica integral e gratuita para os pobres (CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à justiça. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988, págs. 15-31). Com isso, percebe-se que o benefício da gratuidade da Justiça visa dar máxima efetividade ao próprio direito de acesso à Justiça, ao viabilizar a sua concretização aos necessitados.

O direito de acesso à Justiça também é reconhecido na ordem jurídica internacional como direito humano, sendo garantido pelos artigos 8 e 25 da Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 (CADH), conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, em especial pelo seu artigo 8.1, segundo o qual toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, **trabalhista**, fiscal ou de qualquer outra natureza. Disposições similares são encontradas nos artigos 8 e 10 da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 (DUDH) e no artigo 14.1 do Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos de 1966 (PIDCP), a serem transcritos:

CADH

“Artigo 8.º: Garantias judiciais 1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

(...)

Artigo 25: Proteção judicial 1. Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais”.

DUDH

“Artigo 8. Todo homem tem direito a receber, dos tribunais nacionais competentes, remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei.

(....)

Artigo 10. Todo o homem tem direito, em plena igualdade, a uma justa e pública audiência por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir de seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra si.”

PIDCP

“Artigo 14.1. Todas as pessoas são iguais perante os tribunais e as cortes de justiça. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida publicamente e com devidas garantias por um tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido por lei, na apuração de qualquer acusação de caráter penal formulada contra ela ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil”.

Por sua vez, Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero, em sua obra coletiva “Curso de Direito Constitucional”, aprofundando a análise do direito à assistência jurídica integral, tecem as seguintes considerações acerca do seu âmbito de proteção:

“O direito fundamental à assistência jurídica integral e gratuita é direito fundamental à prestação estatal. Compreende direito à informação jurídica e direito à tutela jurisdicional adequada e efetiva mediante processo justo. O direito à assistência jurídica integral outorga a todos os necessitados direito à orientação jurídica e ao benefício da gratuidade judiciária, que compreende isenções das taxas judiciárias, dos emolumentos e custas, das despesas com publicações indispensáveis no jornal encarregado da divulgação dos atos oficiais, das indenizações devidas às testemunhas, dos honorários de advogado e perito, das despesas com a realização do exame de código genético – DNA que for requisitado pela autoridade judiciária nas ações de investigação de paternidade ou maternidade e dos depósitos para interposição de recurso, ajuizamento de ação e demais atos processuais (art. 3.º da Lei 1.060/1950). Ainda, implica obviamente direito ao patrocínio judiciário, elemento inerente ao nosso processo justo. Nossa Constituição confia à Defensoria Pública “a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5.º, LXXIV” (art. 134 da CF). Nada obsta, contudo, a que a parte menos favorecida economicamente litigue com o benefício da gratuidade judiciária com o patrocínio de um advogado privado de sua confiança.

O direito fundamental à assistência jurídica integral e gratuita é multifuncional. Entre outras funções, assume a de promover a igualdade, com o que se liga imediatamente ao intento constitucional de construir uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3.º, I, da CF) e de reduzir as desigualdades sociais (art. 3.º, III, in fine, da CF). Possibilita, ainda, um efetivo acesso à justiça mediante a organização de um processo justo que leve em consideração as reais diferenças sociais entre as pessoas. Nessa linha, assume as funções de prestação estatal e de não discriminação.

Todas as pessoas físicas e jurídicas têm direito à assistência jurídica integral e gratuita. Pouco importa se nacionais ou estrangeiras (arts. 5.º da CF e 98 do CPC de 2015). Igualmente, mesmo os entes despersonalizados no plano do direito material, a que o processo reconhece personalidade judiciária, têm direito à assistência jurídica integral e gratuita.

Tem direito ao benefício da gratuidade judiciária quem afirma ou afirma e prova a sua necessidade. Considera-se necessitado, para os fins legais, todo aquele cuja situação econômica não lhe permita pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo do sustento próprio ou da família (art. 98 do CPC de 2015). As pessoas físicas têm direito ao benefício da gratuidade judiciária mediante a simples afirmação de necessidade do benefício. Essa afirmação goza de presunção *juris tantum* de veracidade (art. 99, § 3.º, do CPC de 2015). A jurisprudência é tranquila a respeito do ponto. Entretanto, no que tange às pessoas jurídicas, não basta afirmar a necessidade do benefício, tendo a parte que provar a sua alegação. Não há discrepância na jurisprudência sobre o assunto. O pedido de benefício da gratuidade judiciária poderá ser formulado na petição inicial ou na contestação (art. 99 do CPC de 2015). Nada obsta a que seja requerido posteriormente no curso do processo (art. 99 do CPC de 2015). A parte contrária poderá, em qualquer fase do processo, requerer a revogação do benefício, desde que prove a inexistência ou o desaparecimento dos requisitos essenciais à sua concessão (art. 100 do CPC de 2015). O juiz pode igualmente revogar de ofício o benefício nesses mesmos casos, atendido o direito fundamental ao contraditório (arts. 5.º, LV, da CF e 8.º da Lei 1.060/1950 – que permanece em vigor, art. 1.072, III, do CPC de 2015).” (in Curso de Direito Constitucional. Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero. São Paulo, Saraiva. 6ª edição revista e atualizada, 2017. págs. 920-922)

É preciso, no entanto, salientar que, conforme aponta a doutrina, o artigo 5º, inciso LXXIV, da Constituição Federal, segundo o qual “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”, dispõe sobre três institutos distintos, quais sejam: a Justiça gratuita, a assistência judiciária e a assistência jurídica.

A **Justiça gratuita** refere-se às despesas do processo, significando a isenção de toda e qualquer despesa necessária ao pleno exercício das faculdades processuais, ainda que a parte esteja assistida por advogado particular, tendo sido consagrada, inicialmente, no País, pelo artigo 3º da Lei nº 1.060, de 5 de fevereiro de 1950, que foi o primeiro diploma a disciplinar a gratuidade dos custos da demanda, não obstante a imprecisão terminológica de que se valera, ao utilizar-se da expressão “assistência judiciária”, o que até hoje tem ensejado confusões acerca dos referidos institutos.

Com efeito, a Lei nº 1.060/1950, em seu artigo 3º, estabeleceu as seguintes isenções relativas à gratuidade da Justiça:

“Art. 3º. A assistência judiciária compreende as seguintes isenções:

I - das taxas judiciárias e dos selos;

II - dos emolumentos e custas devidos aos Juízes, órgãos do Ministério Público e serventuários da justiça;

III - das despesas com as publicações indispensáveis no jornal encarregado da

divulgação dos atos oficiais;

IV - das indenizações devidas às testemunhas que, quando empregados, receberão do empregador salário integral, como se em serviço estivessem, ressalvado o direito regressivo contra o poder público federal, no Distrito Federal e nos Territórios; ou contra o poder público estadual, nos Estados;

V - dos honorários de advogado e peritos;

VI – das despesas com a realização do exame de código genético – DNA que for requisitado pela autoridade judiciária nas ações de investigação de paternidade ou maternidade; (Incluído pela Lei nº 10.317, de 2001)

VII – dos depósitos previstos em lei para interposição de recurso, ajuizamento de ação e demais atos processuais inerentes ao exercício da ampla defesa e do contraditório. (Incluído pela Lei Complementar nº 132, de 2009).”

Depreende-se desse preceito legal que, não obstante se utilize o vocábulo “assistência judiciária”, não há referência ao dever estatal de propiciar aos necessitados o patrocínio de suas demandas por meio de defensores ou entes criados para esse fim, imprecisão terminológica que se repetiu em vários outros dispositivos da referida lei, os quais se referem, na realidade, exclusivamente à gratuidade da Justiça, e não à assistência judiciária, consoante se verifica, por exemplo, no artigo 4º, *in verbis*:

“Art. 4º. A parte gozará dos benefícios da assistência judiciária, mediante simples afirmação, na própria petição inicial, de que não está em condições de pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo próprio ou de sua família. (Redação dada pela Lei nº 7.510, de 1986).

§ 1º. Presume-se pobre, até prova em contrário, quem afirmar essa condição nos termos desta lei, sob pena de pagamento até o décuplo das custas judiciais. (Redação dada pela Lei nº 7.510, de 1986)

§ 2º. A impugnação do direito à assistência judiciária não suspende o curso do processo e será feita em autos apartados.

§ 3º A apresentação da carteira de trabalho e previdência social, devidamente legalizada, onde o juiz verificará a necessidade da parte, substituirá os atestados exigidos nos §§ 1º e 2º deste artigo. (Incluído pela Lei nº 6.654, de 1979)”

Por sua vez, a **assistência judiciária** implica a gratuidade da representação técnica, tratando-se de um serviço público prestado para a defesa em Juízo do assistido que não dispõe de condições financeiras para tanto, a ser oferecido, em regra, pelo Estado, mas que, na Justiça do Trabalho, é, em princípio, de responsabilidade das entidades sindicais representativas das categorias dos assistidos e da Defensoria Pública da União, consoante dispõem os artigos 17 da Lei nº 5.584/1970 e 14 da Lei Complementar nº 80/1994. Esse preciso conteúdo da assistência judiciária manifesta-se na Lei nº 1.060/1950 apenas em seus artigos 1º e 5º, §§ 1º a 5º, *in verbis*:

“Art. 1º. Os poderes públicos federal e estadual, independente da colaboração que possam receber dos municípios e da Ordem dos Advogados do Brasil, - OAB, concederão assistência judiciária aos necessitados nos termos da presente Lei. (Redação dada pela Lei nº 7.510, de 1986)

[...]

Art. 5º. O juiz, se não tiver fundadas razões para indeferir o pedido, deverá julgá-lo de plano, motivando ou não o deferimento dentro do prazo de setenta e duas horas.

§ 1º. Deferido o pedido, o juiz determinará que o serviço de assistência judiciária, organizado e mantido pelo Estado, onde houver, indique, no prazo de dois dias úteis o advogado que patrocinará a causa do necessitado.

§ 2º. Se no Estado não houver serviço de assistência judiciária, por ele mantido, caberá a indicação à Ordem dos Advogados, por suas Seções Estaduais, ou Subseções Municipais.

§ 3º. Nos municípios em que não existirem subseções da Ordem dos Advogados do Brasil, o próprio juiz fará a nomeação do advogado que patrocinará a causa do necessitado.

§ 4º. Será preferido para a defesa da causa o advogado que o interessado indicar e que declare aceitar o encargo.

§ 5º. Nos Estados onde a Assistência Judiciária seja organizada e por eles mantida, o Defensor Público, ou quem exerça cargo equivalente, será intimado pessoalmente de todos os atos do processo, em ambas as Instâncias, contando-se-lhes em dobro todos os prazos. (Incluído pela Lei nº 7.871, de 1989)”

Oportuna, nesse aspecto, a lição de Pontes de Miranda, ao apontar essa distinção entre a assistência judiciária e o benefício da Justiça gratuita:

“Assistência judiciária e benefício da justiça gratuita não são a mesma coisa. O benefício da justiça gratuita é direito à dispensa provisória de despesas, exercível em relação jurídica processual, perante o juiz que promete prestação jurisdicional. É instituto de direito pré-processual. A assistência judiciária é a organização estatal ou paraestatal, que tem por fim, ao lado da dispensa provisória das despesas, a indicação de advogado. É instituto de direito administrativo” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Comentários à Constituição de 1967: com Emenda n. 1, de 1969. tomo IV. Rio de Janeiro: Forense).

Nessa perspectiva também é a doutrina de Fredie Didier Júnior e Rafael Oliveira: “justiça gratuita, ou benefício da gratuidade, ou ainda gratuidade judiciária, consiste na dispensa da parte do adiantamento de todas as despesas, judiciais ou não, diretamente vinculadas ao processo, bem assim na dispensa do pagamento dos honorários do advogado. Assistência judiciária é o patrocínio gratuito da causa por advogado público ou particular” (DIDIER, Fredie; OLIVEIRA, Rafael. Benefício da Justiça Gratuita. Aspectos Processuais da Lei de Assistência Judiciária (Lei Federal nº 1060/50).

2ª ed. Salvador: JusPODIVUM, 2005, págs. 6-7).

Já a **assistência jurídica integral e gratuita**, de caráter mais amplo, compreende não só a Justiça e a assistência judiciária gratuitas, já mencionadas, mas também o assessoramento jurídico extrajudicial. Equivale a afirmar que a assistência jurídica integral e gratuita é o gênero, que abrange as espécies “Justiça gratuita” e “assistência judiciária”.

Nesse sentido, cabe trazer os ensinamentos de José Carlos Barbosa Moreira, com a notória acuidade que sempre lhe foi peculiar:

“A grande novidade trazida pela Carta de 1988 consiste em que, para ambas as ordens de providências, o campo de atuação já não se delimita em função do atributo “judiciário”, mas passa a compreender tudo que seja “jurídico”. A mudança do adjetivo qualificador da assistência, reforçada pelo acréscimo “integral”, importa notável ampliação do universo que se quer cobrir. Os necessitados fazem jus agora à dispensa de pagamentos e à prestação de serviços não apenas na esfera judicial, mas em todo o campo dos atos jurídicos. Incluem-se também na franquia: a instauração e movimentação de processos administrativos, perante quaisquer órgãos públicos, em todos os níveis; os atos notariais e quaisquer outros de natureza jurídica, praticados extrajudicialmente; a prestação de serviços de consultoria, ou seja, de informação e aconselhamento em assuntos jurídicos.” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. O direito à assistência jurídica: evolução no ordenamento brasileiro de nosso tempo. RePro 67/130 apud LENZA, Pedro. Direito constitucional esquematizado. 12. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 548).

Com isso, a par da já assinalada diferença entre Justiça gratuita e assistência judiciária (em que essa, repita-se, refere-se à gratuidade da representação técnica que, na Justiça do Trabalho, é, em princípio, de responsabilidade das entidades sindicais e da Defensoria Pública da União, ao passo que aquela remonta às despesas do processo, ainda que a assistência tenha sido prestada por advogado particular), conclui-se que **a concessão dos benefícios da Justiça gratuita tem fulcro unicamente no pressuposto do estado de miserabilidade da parte, garantindo-lhe a isenção de todas as despesas processuais, como custas, honorários periciais e honorários advocatícios sucumbenciais** (constituídos em decorrência de condenação aplicada pelo magistrado na sentença sobre a parte vencida, levando-se em consideração os critérios legais estabelecidos na legislação – artigos 22 da Lei nº 8.906/1994, 85 do CPC e 791-A da CLT).

Sobre o conceito técnico-processual de sucumbência, vale transcrever a lição de Cândido Rangel Dinamarco:

“O art. 20 do Código de Processo Civil estatui que *‘a sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios’*. Isso quer dizer que, chegado o processo ao fim e superados os momentos em que as partes tiveram o ônus de antecipar despesas, agora o juiz pronuncia-se sobre duas obrigações a cargo da parte que dera causa ao processo. Embora a lei fale na condenação do vencido por essas obrigações e nos usos forenses se dê extraordinário valor à sucumbência como critério para a atribuição do custo do processo a uma das partes, a boa doutrina vem há muito tempo dizendo e os tribunais já compreenderam que o verdadeiro princípio, aí, é o da causalidade: responde pelas despesas e honorários aquela parte que, com sua pretensão infundada ou resistência sem razão, haja criado para a outra a necessidade de gastar e para o Estado o dever de movimentar a dispendiosa máquina judiciária. Quase sempre, o vencido é que está nessa situação (e por isso a sucumbência é um excelente indicador de causalidade)” (*in* Fundamentos do Processo Civil Moderno. 4ª edição. Editora Malheiros, São Paulo – SP, 2001. Pág. 658).

Depreende-se, no entanto, do § 4º do artigo 791-A da CLT que ele estende a aplicação da regra da sucumbência ao beneficiário da Justiça gratuita, determinando a compensação de créditos capazes de suportar a despesa no processo em comento com aqueles obtidos nele ou em outro processo, sendo que, na hipótese de inexistência de créditos suficientes para compensar o ônus da sucumbência, as obrigações dela decorrentes ficarão sob condição suspensiva de exigibilidade e somente poderão ser executadas se, nos dois anos subsequentes ao trânsito em julgado da decisão que as certificou, o credor demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade, extinguindo-se, passado esse prazo, tais obrigações do beneficiário.

Ocorre que a mera existência de créditos judiciais, obtidos em processos trabalhistas ou de outra natureza, não é suficiente para afastar a situação de pobreza em que se encontrava a parte autora, no momento em que foram reconhecidas as condições para o exercício do seu direito fundamental à gratuidade da Justiça, constituindo a medida imposta pelo mencionado dispositivo celetista verdadeira inibição processual à fruição, pelo trabalhador, de seus direitos sociais assegurados pela ordem jurídica, sobretudo considerando que a Justiça do Trabalho ampara, em grande parte, a classe dos trabalhadores que justamente estão em situação de desemprego.

Portanto, a imposição ao beneficiário da Justiça gratuita do pagamento de despesas processuais de sucumbência, inclusive com empenho de créditos auferidos no feito ou em outro processo trabalhista, sem que esteja descartada a condição de pobreza que justificou a concessão do benefício, resulta em flagrante ofensa aos **direitos fundamentais e princípios do Acesso à Justiça e da Assistência Jurídica integral e**

gratuita, insculpidos nos incisos XXXV e LXXIV do artigo 5º da Constituição Federal, e aos direitos humanos sufragados nos artigos 8 e 25 da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), em especial o artigo 8.1, nos artigos 8 e 10 da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 (DUDH) e no artigo 14.1 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966 (PIDCP).

De igual modo, a norma do § 4º do artigo 791-A da CLT viola os **princípios da isonomia e da não discriminação**, consagrados nos artigos 3º, inciso III, e 5º, *caput*, da Constituição Federal, e também em diversos diplomas internacionais (artigos 1, 2 e 7 da DUDH; artigos 2.1, 3 e 26 do PIDCP; artigos 2.2 e 3 do PIDESC - Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos; artigo 2 da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem; artigos 1.1 e 24 da CADH; artigo 3 do Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1988 - Protocolo de São Salvador), ao conferir um tratamento desigual, de caráter infundado ou baseado em um critério injustamente desqualificante, ao beneficiário da Justiça gratuita que busca a prestação jurisdicional na Justiça do Trabalho em contraposição àqueles que acessam a Justiça comum.

Com efeito, é o que ensina com acuidade Helder Santos Amorim, ao examinar os artigos 790-B, *caput* e § 4º, 791-A, § 4º, e 844, § 2º, da CLT, trazidos pela Reforma Trabalhista e que imprimiram restrições aos beneficiários da Justiça gratuita:

“As normas violam o princípio constitucional da isonomia, tanto no plano institucional, ao criar restrições maiores à gratuidade judiciária na Justiça do Trabalho do que na Justiça Comum, quanto no plano das garantias processuais, ao submeter o trabalhador carecedor de recursos a condição de profunda inferioridade de armas processuais, em face do empregador, para assumir os riscos da demanda trabalhista.

Ao tempo em que os cidadãos carecedores de recursos encontram na Justiça Comum amplo caminho de acesso para defesa de seus direitos fundamentais, especialmente os direitos prestacionais inerentes ao mínimo existencial (verbas alimentares, benefícios previdenciários e assistenciais, medicamentos, serviços básicos de saúde e assistência social etc.), o trabalhador carecedor de recursos é compelido a utilizar verbas marcadamente alimentares e indispensáveis ao seu sustento, auferidas no feito trabalhista, para pagamento de custas e despesas processuais de sucumbência. A ruptura isonômica mais se acentua quando comparado esse novo cenário trabalhista com o dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, disciplinados pela Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. (...)

Diferentemente da Justiça do Trabalho, no entanto, nos Juizados a norma ordinária concede gratuidade judiciária em primeiro grau de jurisdição, somente admitindo condenação em custas e honorários de sucumbência em grau recursal (Lei 9.099/1995, art. 54)251, salvo em caso de litigância de má-fé (art. 55).

(....)

As normas impõem ao tratamento da gratuidade judiciária entre órgãos do Poder Judiciário com estreita identidade institucional, criando entre eles discrimen de acesso que não encontra justificativa constitucionalmente legítima, sob o ponto de vista da natureza dos direitos passíveis de tutela. Impõe-se obstáculo econômico muito superior à tutela de direitos sociais trabalhistas, comparativamente à tutela de direitos sociais passíveis de defesa na Justiça Comum e, especialmente, nos Juizados Especiais Cíveis, a exemplo dos benefícios previdenciários e assistenciais. Essa discriminação viola o necessário equilíbrio constitucional de tratamento entre os diferentes meios jurisdicionais de tutela de direitos fundamentais com idêntica natureza de prestações materiais básicas inerentes ao mínimo existencial.” (AMORIM, Helder Santos. *Temas Processuais na Reforma Trabalhista. In Em defesa da Constituição : primeiras impressões do MPT sobre a “reforma trabalhista” / organizadores: Cláudia Honório e Paulo Joarês Vieira; autores: Cristiano Otávio Paixão Araújo Pinto ... [et al.]. — Brasília: Gráfica Movimento, 2018, págs. 190-191*)

Nas palavras ainda do mencionado autor, as disposições trazidas pelos referidos dispositivos, ao restringirem o acesso à Justiça dos trabalhadores beneficiários da Justiça gratuita, violam ainda o seu **direito ao mínimo existencial**, núcleo irreduzível do princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III, da CF) e consubstanciado na satisfação de prestações materiais essenciais e imprescindíveis à sobrevivência do trabalhador e de sua família:

“Ao pleitear na Justiça do Trabalho o cumprimento de direitos trabalhistas inadimplidos, o trabalhador carecedor de recursos, com baixo padrão salarial, busca satisfação de prestações materiais indispensáveis à sua sobrevivência e de sua família. O trabalho constitui direito fundamental social (CRFB/1988, arts. 1º, inc. IV, 5º, inc. XIII e 6º), e seus rendimentos, para o trabalhador pobre destinatário de gratuidade judiciária, integram a noção do mínimo existencial, como núcleo irreduzível do princípio da dignidade da pessoa humana (CRFB/1988, art. 1º, inc. III), porque essenciais ao seu sustento material básico. Esse sustento, na noção constitucional do salário mínimo (CRFB/1988, art. 7º, inc. IV), compreende amplo rol de prestações essenciais à dignidade do trabalhador. Diz a norma que o salário deve ser “capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social”.

Para MARIA ELISA VILLAS-BÔAS, ainda que não haja consenso acerca da noção do mínimo existencial, alguns elementos são inafastáveis de seu conceito, como “vida, saúde, identidade, alimentação regular, vestuário básico, moradia, nível basal de educação, direitos trabalhistas essenciais à não escravização, bem como o acesso à justiça apto a garantir isso”.

Densa doutrina dos direitos fundamentais reconhece o mínimo existencial como pressuposto para o exercício (real) da liberdade, tanto na esfera privada quanto em âmbito público. Acolhem esse fundamento, com vieses específicos, JOHN RAWLS,

FRIEDRICH HAYEK, AMARTYA SEM, ROBERT ALEXY e CARLOS SANTIAGO NINO. No Brasil, citam-se exemplificativamente RICARDO LOBO TORRES e FERNANDO FACURY SCAFF.

É sólida a jurisprudência da Corte em reconhecer a inconstitucionalidade por omissão de comportamento estatal que frustra a implementação de direitos fundamentais de segunda geração, identificados com as liberdades positivas, inclusive com superação da reserva do financeiramente possível, quando constatado arbítrio estatal aniquilador do direito ao mínimo existencial. Decisões nesse sentido amparam pedidos de implementação dos direitos sociais fundamentais à saúde (ADPF 45/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO; ARE 727.864/PR, Rel. Min. CELSO DE MELLO; RE 642.536/AP, Rel. Min. LUIZ FUX; RE 745.745/MG, Rel. Min. CELSO DE MELLO), ao atendimento de gestantes em maternidades estaduais (ARE 581.352/AM, Rel. Min. CELSO DE MELLO), à instalação de rede de esgoto (ARE 949.214/RJ, Rel. Min. EDSON FACHIN), à implementação de serviço de educação básica (RE 878.400/RS, Rel. Min. LUIZ FUX; ARE 761.127/AP, Rel. Min. ROBERTO BARROSO) e de segurança pública (ARE 723.578/RN, Rel. Min. ROSA WEBER), atendimento infantil em creche e em pré-escola (RE 410.715/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO; ARE 639.337-AgR/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO; ARE 698.258/SP, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI), dentre outros. Também sólida é a **jurisprudência do STF que reconhece no serviço de assistência judiciária gratuita aos necessitados, prestada pela Defensoria Pública, (CRFB/1988, art. 5º, inc. LXXIV) caráter essencial, como direito a ter direitos** (ADI 2.903-7/PB, Relator o Ministro CELSO DE MELLO).” (AMORIM, Helder Santos. *Temas Processuais na Reforma Trabalhista. In Em defesa da Constituição : primeiras impressões do MPT sobre a “reforma trabalhista” / organizadores: Cláudia Honório e Paulo Joarês Vieira; autores: Cristiano Otávio Paixão Araújo Pinto ... [et al.]. — Brasília: Gráfica Movimento, 2018, págs. 187-188)*

Ademais, malgrado a maior parte da doutrina sufrague a tese de que, no Estado Democrático de Direito, não há direitos de natureza absoluta, pelo que os direitos fundamentais são suscetíveis de restrições nas hipóteses de reserva constitucional expressa, de reserva legal fundamentada em valor constitucional ou de colisão de direitos fundamentais, o certo é que o princípio da proporcionalidade, do qual emana a proibição de excesso, constitui vetor axiológico para a identificação da legitimidade dessas restrições.

Isso à luz da **teoria dos limites dos limites**, que visa precipuamente controlar e identificar os obstáculos da relativização pelo Poder Público de direitos fundamentais, a fim de que não se elimine ou se restrinja seu núcleo essencial intangível, de forma que qualquer limitação de direitos fundamentais decorrentes da atividade legislativa do Estado deve obedecer aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, sob pena de inconstitucionalidade, em virtude constituírem um limite constitucional à **liberdade de conformação do legislador**.

No caso, a justificativa do Poder Legiferante, para a imposição das restrições contidas no § 4º do artigo 791-A da CLT, introduzido pela Lei nº 13.467/2017, de assegurar uma maior responsabilidade na litigância para a defesa dos direitos trabalhistas não passa pelo crivo do **princípio da proporcionalidade**, especialmente à luz de seus subprincípios da necessidade (na medida em que já existem em nosso ordenamento jurídico meios menos restritivos ou gravosos para alcançar a finalidade proposta, como as sanções jurídicas ou penalidades em casos de litigância de má-fé), e da proporcionalidade em sentido estrito (visto que não se sustenta a relação de custo-benefício, diante da constatação de que o referido dispositivo gera uma imposição de barreiras que inviabilizam a acessibilidade e a concretização de direitos fundamentais dos trabalhadores).

Assim, deve ser afastada qualquer interpretação que implique vulneração ou esvaziamento dos princípios fundamentais insculpidos no *caput* e incisos XXXV e LXXIV do artigo 5º da Constituição Federal, que, como direitos e garantias individuais, integram as chamadas cláusulas pétreas da Constituição, que são insuscetíveis de modificação até mesmo mediante emenda constitucional (artigo 60, § 4º, inciso IV, da Carta Fundamental).

Também não se pode admitir um resultado flagrantemente inconstitucional na interpretação do dispositivo da Reforma Trabalhista à luz de todas as normas constitucionais já mencionadas, em decorrência da chamada **EFICÁCIA OBJETIVA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS**, pela qual essas têm um efeito irradiante, projetando-se sobre todo o ordenamento jurídico para o intérprete, para o legislador e também, do mesmo modo, para as partes privadas que celebram negócios jurídicos. Significa afirmar que as normas constitucionais, sobretudo as de direitos fundamentais, em sua dimensão objetiva, estabelecem diretrizes para a atuação não apenas dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, mas também dos próprios particulares, devendo ser aplicadas diretamente a estes independentemente da existência de normas infraconstitucionais com esse objeto.

A aplicabilidade imediata desses dispositivos constitucionais, principalmente aqueles que definem direitos fundamentais, além de decorrer diretamente do que estabelece expressamente o § 1º do artigo 5º da Constituição da República (que dispõe que “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”), tem como base o **princípio da máxima efetividade dos preceitos constitucionais**, o qual apregoa que as normas constitucionais devem ser interpretadas de tal modo que a eficácia da Lei Maior seja plena, devendo, portanto, esses preceitos serem atendidos

em sua máxima extensão possível.

Portanto, qualquer medida do Poder Legislativo tendente a onerar, dificultar ou impedir o acesso à jurisdição trabalhista pelos trabalhadores, criando obstáculos à materialização da Justiça gratuita e à concretização de direitos sociais, revela-se, à luz do arcabouço normativo interno e internacional já mencionado, inconstitucional e contrária a normas convencionais.

Registra-se que o **controle de convencionalidade** das leis no âmbito interno ou nacional, segundo doutrina de Valério Mazzuoli, consubstancia-se na aferição da “compatibilidade vertical material das normas do direito interno com as convenções internacionais de direitos humanos em vigor no Estado e especialmente em técnica judicial (tanto internacional como interna) de compatibilização vertical das leis com tais preceitos internacionais”.

Para o renomado jurista, há “dois modelos de controle de convencionalidade possíveis: um internacional (levado a efeito, de modo coadjuvante ou complementar, pelas cortes internacionais) e um interno (manejado especialmente, mas não exclusivamente, pelos juízes e tribunais nacionais, em primeiro plano)”. Arremata, ainda, o referido autor que o critério hermenêutico deve seguir “sempre o princípio *pro homine* ou *pro persona* de solução de antinomias entre as normas internacionais e internas (ou seja, aplicando a norma que, no caso concreto, for mais benéfica ou mais protetiva ao ser humano sujeito de direitos)” (Mazzuoli, Valério de Oliveira. Controle jurisdicional da convencionalidade das leis. 5ª ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2018, págs. 29 e 30).

Com relação ao exame da compatibilidade do artigo 791-A, § 4º, da CLT com os tratados e convenções internacionais de direitos humanos incorporados ao nosso ordenamento jurídico com *status* supralegal (art. 5º, § 2º, da CF e Recurso Extraordinário 466.343 do STF), convém ressaltar que a **Corte Interamericana de Direitos Humanos**, órgão jurisdicional ao qual compete aplicar as disposições da Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969 aos Estados-Partes, incluindo o Brasil, que expressamente reconheceu sua jurisdição, passou a exigir, a partir de 2006, por ocasião do julgamento do Caso *Almonacid Arellano e outros versus Chile*, que o Poder Judiciário dos Estados-partes da Convenção Americana sobre Direitos Humanos exerça o controle de convencionalidade das normas jurídicas internas aplicáveis aos casos concretos submetidos a sua jurisdição, sob pena de responsabilização internacional do Estado:

“Quando um Estado ratifica um tratado internacional como a Convenção Americana, seus juízes, como parte do aparato do Estado, também estão submetidos a ela, o que

lhes obriga a zelar para que os efeitos dos dispositivos da Convenção não se vejam mitigados pela aplicação de leis contrárias a seu objeto (...) o Poder Judiciário deve exercer uma espécie de 'controle da convencionalidade das leis' entre as normas internas que aplicam nos casos concretos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Nesta tarefa, o Poder Judiciário deve ter em conta não somente o tratado, mas também a interpretação que do mesmo tem feito a Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana" (Corte Interamericana de Direitos Humanos, caso Almonacid Arellano e outros vs. Chile, sentença de 26 de setembro de 2006).

Esse dever, a propósito, é incumbido de forma ampla a todas as instâncias e agentes estatais (Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, Ministério Público, Defensoria Pública, entre outros) e, ao contrário do controle de constitucionalidade, não se aplica a cláusula de reserva de plenário, cabendo trazer à colação os seguintes trechos de decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos:

"Com fundamento no artigo 1.1 CADH [Convenção Americana sobre Direitos Humanos], o Estado é obrigado a respeitar os direitos e liberdades reconhecidos na Convenção e a organizar o poder público para garantir às pessoas sob sua jurisdição o livre e pleno exercício dos direitos humanos. De acordo com as regras do direito da responsabilidade internacional do Estado, aplicáveis ao Direito Internacional dos Direitos Humanos, a ação ou omissão de qualquer autoridade pública, independentemente de sua hierarquia, constitui um fato imputável ao Estado (...)" (Caso Tribunal Constitucional Vs. Perú. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 31 de janeiro de 2001. Série C. Nº 71; Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala. Mérito. Sentença de 25 de novembro de 2000. Série C. Nº 70)

Mencionada obrigação jurídica pode ser extraída ainda do artigo 5º, § 2º, da Constituição Federal e de tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil (artigo 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados; artigo 2.2 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966; artigos 1 e 2 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969; e artigo 2 do Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1988).

Sobre o tema em debate, o Pleno do Supremo Tribunal Federal, em 20/10/2021, nos autos da já mencionada ADI nº 5766, julgou, por 6 votos a 4, parcialmente procedente o pedido formulado na ação direta para declarar inconstitucional o artigo 791-A, § 4º, da CLT, que dispõe sobre o pagamento de honorários advocatícios de sucumbência pelo beneficiário da Justiça gratuita e a utilização de créditos obtidos, ainda que em outro processo, para esse fim.

Interpostos embargos de declaração pelo Advogado-Geral da União, no qual se apontava contradição no acórdão embargado em virtude de o seu dispositivo declarar inconstitucional a integralidade do § 4º do artigo 791-A da CLT em contraposição ao pedido formulado na petição inicial da ação de reconhecimento da inconstitucionalidade apenas de trecho do mencionado preceito, o Supremo Tribunal Federal, em 21/6/2022, embora tenha rejeitado os referidos embargos de declaração, explicitou que os termos da declaração de inconstitucionalidade do citado dispositivo deveria ser interpretada em congruência com a postulação feita na exordial pelo Procurador-Geral da República, *in verbis*:

“Requer que, ao final, seja julgado procedente o pedido, para declarar a inconstitucionalidade das seguintes normas, todas introduzidas pela Lei 13.467, de 13 de julho de 2017:

- a) da expressão “ainda que beneficiária da justiça gratuita”, do caput, e do § 4o do art. 790-B da CLT;
- b) da expressão “desde que não tenha obtido em juízo, ainda que em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa,” do § 4o do art. 791-A da CLT;”

Desse modo, julgados inconstitucionais apenas os excertos indicados, os dispositivos em comento permanecem em vigor com a seguinte redação:

“Art. 790-B. A responsabilidade pelo pagamento dos honorários periciais é da parte sucumbente na pretensão objeto da perícia (...).

(...)

Art. 791-A. Ao advogado, ainda que atue em causa própria, serão devidos honorários de sucumbência, fixados entre o mínimo de 5% e o máximo de 15% sobre o valor que resultar da liquidação da sentença, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa.

(...) § 4º Vencido o beneficiário da justiça gratuita, (...), as obrigações decorrentes de sua sucumbência ficarão sob condição suspensiva de exigibilidade e somente poderão ser executadas se, nos dois anos subsequentes ao trânsito em julgado da decisão que as certificou, o credor demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade, extinguindo-se, passado esse prazo, tais obrigações do beneficiário.

Significa afirmar que o Supremo Tribunal Federal vedou apenas a compensação automática de créditos prevista na redação original dos referidos preceitos, prevalecendo, no entanto, a possibilidade de que, no prazo da suspensão de exigibilidade de dois anos a que se refere § 4º artigo 791-A da CLT, o credor demonstre a alteração do estado de insuficiência de recursos do devedor, por qualquer meio lícito,

circunstância que autorizará a execução das obrigações decorrentes da sucumbência, ao passo que, com relação aos honorários periciais previstos no artigo 790-B da CLT, a supressão indica que a União deve arcar com a obrigação, quando o beneficiário da justiça gratuita seja sucumbente, não mais se cogitando do aproveitamento de créditos.

Nesse sentido decidiu esta 3ª Turma, no julgamento do Processo nº TST-RR-97-59.2021.5.12.0016, de relatoria do Ministro Alberto Bastos Balazeiro, em 22 de junho de 2022, cuja decisão encontra-se enriquecida pela seguinte ementa:

“RECURSO DE REVISTA. REGÊNCIA DA LEI Nº 13.467/2017. HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS. HONORÁRIOS PERICIAIS. JUSTIÇA GRATUITA. ARTS. 791-A, § 4º, E 790-B DA CLT. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 5.766/DF. TRANSCENDÊNCIA JURÍDICA RECONHECIDA.

1. Este Relator vinha entendendo pela inconstitucionalidade integral dos dispositivos relativos à cobrança de honorários advocatícios do beneficiário da gratuidade judiciária, com base na certidão de julgamento da ADI 5.766/DF, julgada em 20/10/2021.

2. Contudo, advinda a publicação do acórdão, em 03/05/2022, restou claro que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da referida ação, declarou a inconstitucionalidade do trecho “desde que não tenha obtido em juízo, ainda que em outro processo” do art. 791-A, § 4º, e do trecho “ainda que beneficiária da justiça gratuita”, constante do caput do art. 790-B, e da integralidade do § 4º do mesmo dispositivo, todos da CLT.

3. Em sede de embargos de declaração o Supremo Tribunal Federal reafirmou a extensão da declaração de inconstitucionalidade desses dispositivos, nos termos em que fixada no acórdão embargado, em razão da existência de congruência com o pedido formulado pelo Procurador-Geral da República.

4. A inteligência do precedente firmado pelo Supremo Tribunal Federal não autoriza a exclusão da possibilidade de que, na Justiça do Trabalho, com o advento da Lei nº 13.467/17, o beneficiário da justiça gratuita tenha obrigações decorrentes da sucumbência que restem sob condição suspensiva de exigibilidade; o que o Supremo Tribunal Federal reputou inconstitucional foi a presunção legal, iure et de iure, de que a obtenção de créditos na mesma ou em outra ação, por si só, exclua a condição de hipossuficiente do devedor.

5. Vedada, pois, é a compensação automática inculpada na redação original dos dispositivos; prevalece, contudo, a possibilidade de que, no prazo de suspensão de exigibilidade, o credor demonstre a alteração do estado de insuficiência de recursos do devedor, por qualquer meio lícito, circunstância que autorizará a execução das obrigações decorrentes da sucumbência.

6. Assim, os honorários de advogado sucumbenciais devidos pela parte reclamante ficam sob condição suspensiva de exigibilidade e somente poderão ser executados se, nos dois anos subsequentes ao trânsito em julgado da decisão que os certificou, o credor demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos do devedor, que, contudo, não poderá decorrer da mera obtenção de outros créditos na presente ação ou em outras. Passado esse prazo, extingue-se essa obrigação do

beneficiário.

7. Em relação aos honorários periciais, a seu turno, a supressão resulta em que a União arque com a obrigação, quando sucumbente o beneficiário da justiça gratuita, não mais se cogitando do aproveitamento de créditos.

8. A Corte de origem, ao aplicar a literalidade dos arts. 791-A, § 4º, e 791-B, da CLT, decidiu em desconformidade com o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal.

Recurso de revista conhecido e parcialmente provido.”

Diante de todo o exposto, constatada a condição de hipossuficiência econômica da parte reclamante, com a respectiva concessão dos benefícios da Justiça gratuita, sua condenação ao pagamento dos honorários advocatícios com a aplicação da literalidade do art. 791-A, § 4º, da CLT, em desconformidade com o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, implica ofensa ao artigo 5º, incisos XXXV e LXXIV, da Constituição Federal.

Do exposto, **conheço** do recurso de revista do reclamante por violação do artigo 5º, incisos XXXV e LXXIV, da Constituição Federal.

II - MÉRITO

Como consequência lógica do conhecimento do recurso por violação do artigo 5º, incisos XXXV e LXXIV, da Constituição Federal, **dou-lhe parcial provimento** para, nos termos da jurisprudência firmada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI nº 5766, determinar que os honorários advocatícios sucumbenciais devidos pela parte reclamante ficam sob condição suspensiva de exigibilidade e somente poderão ser executados se, nos dois anos subsequentes ao trânsito em julgado da decisão que os certificou, o credor demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos do devedor, que, contudo, não poderá decorrer da mera obtenção de outros créditos na presente ação ou em outras. Transcorrido esse prazo, extingue-se essa obrigação do beneficiário.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Terceira Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, conhecer do recurso de revista do reclamante, apenas quanto ao tema dos honorários advocatícios sucumbenciais, por violação do artigo 5º, incisos XXXV e LXXIV, da Constituição Federal e, no mérito, dar-lhe parcial provimento para,

nos termos da jurisprudência firmada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI nº 5766, determinar que os honorários advocatícios sucumbenciais devidos pela parte reclamante ficam sob condição suspensiva de exigibilidade e somente poderão ser executados se, nos dois anos subsequentes ao trânsito em julgado da decisão que os certificou, o credor demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos do devedor, que, contudo, não poderá decorrer da mera obtenção de outros créditos na presente ação ou em outras. Transcorrido esse prazo, extingue-se essa obrigação do beneficiário.

Brasília, 13 de outubro de 2022.

Firmado por assinatura digital (MP 2.200-2/2001)

JOSÉ ROBERTO FREIRE PIMENTA
Ministro Relator

PROCESSO Nº TST-RR-1871-87.2013.5.12.0022

RECURSO DE REVISTA EM FACE DE DECISÃO PUBLICADA ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. 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 DIREITOS 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 penosidade, 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.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista nº **TST-RR-1871-87.2013.5.12.0022**, em que é Recorrente **AMC T. LTDA .** e Recorrido **A. L. B. .**

A reclamada, não se conformando com o acórdão do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região (fls. 420/433), interpõe o presente recurso de revista (fls. 436/441) no qual aponta violação de dispositivos de lei e da Constituição Federal, bem como indica dissenso pretoriano.

Despacho de admissibilidade às fls. 445/446.

Contrarrazões ausentes, conforme certidão à fl. 448.

Dispensada a remessa dos autos ao Ministério Público do Trabalho, nos termos do artigo 83, § 2º, II, do Regimento Interno do TST.

É o relatório.

VOTO

Inicialmente, destaco que o presente apelo será apreciado à luz da Consolidação das Leis do Trabalho, sem as alterações promovidas pela Lei nº 13.015/2014, uma vez que se aplica apenas aos recursos interpostos em face de decisão publicada já na sua vigência, o que não é a hipótese dos autos.

Presentes os pressupostos extrínsecos de admissibilidade, passo à análise dos pressupostos recursais intrínsecos.

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

CONHECIMENTO

A recorrente defende a impossibilidade de percepção simultânea dos adicionais de insalubridade e periculosidade. Aponta violação dos artigos 193, § 2º, da CLT e 7º, XXII e XXIII, da Constituição Federal. Transcreve arestos para o confronto de teses.

Eis a decisão recorrida:

“Como visto, foi atestada a presença de agentes insalutíferos e perigosos no ambiente de trabalho da parte demandante, acarretando-lhe o direito ao recebimento de adicional de insalubridade e de periculosidade.

Os adicionais de insalubridade e de periculosidade são verbas distintas que visam finalidades distintas, uma vez que o objeto tutelado por um deles em nada se confunde com o do outro. Enquanto o primeiro confere um plus salarial ao trabalhador devido à exposição a agentes nocivos à sua saúde, em face da potencialidade de deflagrarem doenças, o segundo é motivado pelo perigo ou risco à integridade física, ocasionados por elementos suscetíveis de lhe afetarem a vida. Dessa forma, diante da diversidade dos respectivos fatos geradores, não é possível proceder-se à compensação de um com o pagamento do outro.

A previsão contida no § 2º do art. 193 da CLT, merece uma reinterpretação objetivando a acumulação de parcelas diferentes, tendo por base o disposto no art. 7º, XXII e XXIII da CRFB, combinado com o art. 11-b, da Convenção 155 da OIT. Consequentemente, não se pode admitir que a legislação infraconstitucional restrinja o alcance do referido dispositivo constitucional porque isso prejudicaria sua máxima efetividade. Vale lembrar que, consoante o inciso III do art. 1º da CRFB, a dignidade da pessoa humana é um dos princípios da República Federativa do Brasil. Logo, a atuação da legislação infraconstitucional deve prezar pela maximização da proteção da saúde e segurança do trabalhador.

Além disso, o inciso XXII do art. 7º da CRFB não pode ser conceituado como norma constitucional de eficácia contida porque ele não abriu ao legislador infraconstitucional a possibilidade de restringir o seu alcance, pois não fez nenhuma menção à impossibilidade de coexistência de adicionais (de insalubridade e de periculosidade). A ausência dessa previsão, ressalte-se, não se assemelha a uma omissão (lacuna) que requer uma medida integrativa. Partindo-se das técnicas de interpretação sistemática, que se caracteriza pela busca da harmonia da norma ao ordenamento jurídico, e teleológica (finalística), que leva em conta a finalidade visada pela legislação, exsurge que a CRFB intencionalmente não previu a limitação dos direitos inerentes à saúde, higiene e segurança porque elegeu a dignidade da pessoa humana como epicentro axiológico do ordenamento jurídico, o que revela sua acentuada preocupação com a integridade do trabalhador.

Essas conclusões são reforçadas pela disposição do art. 196 da CRFB, segundo o qual a saúde é direito de todos e devem ser implementadas políticas destinadas à redução dos riscos de doenças.

Da mesma forma, o inciso VI do art. 170 da CRFB estatuiu que o exercício de qualquer atividade econômica deve zelar pela defesa do meio ambiente, o que compreende também o ambiente laboral:

(...) A ATIVIDADE ECONÔMICA NÃO PODE SER EXERCIDA EM DESARMONIA COM OS PRINCÍPIOS DESTINADOS A TORNAR EFETIVA A PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE. - A incolumidade do meio ambiente não pode ser comprometida por interesses empresariais nem ficar dependente de motivações de índole meramente econômica, ainda mais se se tiver presente que a atividade econômica, considerada a disciplina constitucional que a rege, está subordinada, dentre outros princípios gerais, àquele que privilegia a 'defesa do meio ambiente' (CF, art. 170, VI), que traduz conceito amplo e abrangente das noções de meio ambiente natural, de meio ambiente cultural, de meio ambiente artificial (espaço urbano) e de meio ambiente laboral. Doutrina. Os instrumentos jurídicos de caráter legal e de natureza constitucional objetivam viabilizar a tutela efetiva do meio ambiente, para que não se alterem as propriedades e os atributos que lhe são inerentes, o que provocaria inaceitável comprometimento da saúde, segurança, cultura, trabalho e bem-estar da população, além de causar graves danos ecológicos ao patrimônio ambiental, considerado este em seu aspecto físico ou natural. (...) (STF. ADI 3540 MC, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 01/09/2005, DJ 03-02-2006 PP-00014 EMENT VOL-02219-03 PP-00528).

Por último, o caput do art. 7º da CRFB frisou que a finalidade da norma deve ser a melhoria da condição social do trabalhador.

Essa linha ideológica incorporada pela CRFB, de máxima proteção da vida e saúde

do trabalhador, harmoniza-se aos preceitos adotados pela OIT, cuja Convenção n. 155, que dispõe sobre a segurança e saúde dos trabalhadores e o meio ambiente de trabalho, estabeleceu, em seu art. 11.b2, que as medidas referentes às operações sob condições inadequadas devem observar as diversas substâncias ou agentes que colocam em risco a saúde dos trabalhadores.

Portanto, diante da reinterpretação do § 2º do art. 193 da CLT, entendo que a exposição simultânea do trabalhador a agentes insalubres e perigosos enseja a cumulação dos respectivos adicionais, de insalubridade e de periculosidade.

Essa diretriz vem sendo defendida no TST por Maurício Godinho Delgado, embora vencido, lançou a seguinte ressalva em seu voto nos autos do RR-611700-64.2009.5.12.0028, 3ª Turma, publicado no DEJT 01-07-2013: o entendimento deste Relator no sentido de que o adicional de insalubridade e o adicional de periculosidade são parcelas sumamente diferentes, que não se compensam, nem se substituem, não podendo ser deduzidas. Desse modo, por força do texto normativo do art. 7º, XXII e XXIII da CF, combinado com o art. 11-b, da Convenção 155 da OIT, o sentido do art. 193, §2º, CLT, tem de ser reinterpretado para permitir a acumulação das parcelas diferentes, porém não a duplicidade de pagamento da mesma verba pela ocorrência de duplo fator agressivo. Ou seja, não se pagam, é óbvio, dois adicionais de insalubridade em vista da existência de dois agentes insalubres, pois a verba é a mesma; porém pagam-se as duas verbas distintas (insalubridade e periculosidade), caso existam seus fatores específicos de incidência.

Destarte, nego provimento ao recurso.” (fls. 428/432)

Pois bem.

A Corte de origem reconheceu, como visto, a possibilidade de cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade. O aresto transcrito às fls. 438/439, oriundo do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região e publicado no DJ/MG de 30/06/2000, consagra tese diametralmente oposta e enseja o conhecimento do recurso de revista, nos moldes do artigo 896, “a”, da CLT.

MÉRITO

O exame da controvérsia exige, antes, a análise da estrutura do ordenamento jurídico pátrio que, como de todos sabido, é regido pela Constituição Federal, que servirá de norte para as demais normas buscarem o seu fundamento de validade. Com isso, as disposições infraconstitucionais devem observar os princípios e regras contidos na Lei Maior, sob pena de padecerem do vício da inconstitucionalidade.

Em se tratando de direito ordinário pré-constitucional, com conteúdo contrário às normas advindas de uma nova Constituição, a consequência será distinta: ocorrerá a não-recepção de tal regramento, hipótese que prescindirá da manifestação

plenária (cláusula “reserva de plenário” – artigo 97 da *Lex Fundamentalis*), ou seja, as normas anteriormente editadas perdem condição de sustentabilidade em função do novo regramento introduzido e, com isso, deixam de ter o que se pode denominar de “aderência constitucional”, condição imprescindível para que possam continuar a produzir seus efeitos.

Sobre o fenômeno da não recepção de normas do ordenamento anterior à nova Carta Constitucional, já se manifestou o STF:

“CONSTITUCIONAL. CIVIL. DANO MORAL: OFENSA PRATICADA PELA IMPRENSA. INDENIZAÇÃO: TARIFAÇÃO. Lei 5.250/67 - Lei de Imprensa, art. 52: NÃO-RECEPÇÃO PELA CF/88, artigo 5º, incisos V e X. RE INTERPOSTO COM FUNDAMENTO NAS ALÍNEAS a e b. I. - O acórdão recorrido decidiu que o art. 52 da Lei 5.250, de 1967 - Lei de Imprensa - não foi recebido pela CF/88. RE interposto com base nas alíneas a e b (CF, art. 102, III, a e b). Não-conhecimento do RE com base na alínea b, por isso que o acórdão não declarou a inconstitucionalidade do art. 52 da Lei 5.250/67. É que não há falar em inconstitucionalidade superveniente. Tem-se, em tal caso, a aplicação da conhecida doutrina de Kelsen: as normas infraconstitucionais anteriores à Constituição, com esta incompatíveis, não são por ela recebidas. Noutras palavras, ocorre derrogação, pela Constituição nova, de normas infraconstitucionais com esta incompatíveis. II. - A Constituição de 1988 emprestou à reparação decorrente do dano moral tratamento especial - C.F., art. 5º, V e X - desejando que a indenização decorrente desse dano fosse a mais ampla. Posta a questão nesses termos, não seria possível sujeitá-la aos limites estreitos da lei de imprensa. Se o fizéssemos, estaríamos interpretando a Constituição no rumo da lei ordinária, quando é de sabença comum que as leis devem ser interpretadas no rumo da Constituição. III. - Não-recepção, pela CF/88, do art. 52 da Lei 5.250/67 - Lei de Imprensa. IV. - Precedentes do STF relativamente ao art. 56 da Lei 5.250/67: RE 348.827/RJ e 420.784/SP, Velloso, 2ª Turma, 1º.6.2004. V. - RE conhecido - alínea a -, mas improvido. RE - alínea b - não conhecido. (RE 396386/SP - SÃO PAULO RECURSO EXTRAORDINÁRIO, Relator: Min. CARLOS VELLOSO, Julgamento: 29/06/2004, Órgão Julgador: Segunda Turma, Publicação DJ 13-08-2004).

Significa, nessa linha, afirmar da desnecessidade de pronunciamento do plenário desta Corte sobre o tema ora enfrentado, em face do regramento constitucional, cuja principal indagação consiste em saber da possibilidade de percepção cumulativa dos adicionais de periculosidade e insalubridade, cujo direito encontra-se previsto, respectivamente, nos artigos 192 e 193, § 1º, da CLT, e também é garantido no artigo 7º, XXIII, da Constituição Federal, norma última cujo inteiro teor transcreve-se:

“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.” (destaquei).

Da interpretação do preceito constitucional referido, extrai-se a conclusão no sentido de que o legislador constituinte assegurou de forma plena o direito ao recebimento dos adicionais de penosidade, insalubridade e periculosidade, sem qualquer ressalva no que tange à cumulação, ainda que tenha remetido sua regulação à lei ordinária, o que ocorre por intermédio de dispositivos da CLT e de Normas Regulamentadoras.

Ao caso, interessa o disposto no artigo 193, § 2º, da CLT, incluído pela Lei nº 6.514, de 22/12/1977, ainda em vigor, e o item 16.2.1 da NR-16 da Portaria nº 3.214/78 do Ministério do Trabalho e Emprego, que preveem a possibilidade de opção, em caso de cumulação. Dispõem as citadas normas:

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

“16.2.1. O empregado poderá optar pelo adicional de insalubridade que porventura lhe seja devido.”

A análise conjunta desses dispositivos poderia conduzir à ilação de que a regência por lei ordinária mencionada no dispositivo constitucional autorizaria o acolhimento da restrição nelas imposta, no sentido da impossibilidade de percepção conjunta de ambos os acréscimos.

Contudo, a meu sentir, outra é a interpretação, a partir da afirmação de que **não há como se sustentar a recepção das normas acima citadas pela Constituição Federal de 1988.**

A possibilidade da cumulação dos adicionais se justifica em virtude da origem 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.

São bens jurídicos diversos e com tratamento normativo distinto, seja quanto às hipóteses de cabimento, seja quanto aos percentuais, seja quanto à base de cálculo.

Não é outro o pensamento do professor José Augusto Rodrigues Pinto:

“Com efeito, a insalubridade é insidiosa e lenta nos seus resultados. O risco

provocado pela periculosidade é de impacto e instantâneo, quando se consuma. Daí um deles dirigir-se à saúde, o outro, à integridade física ou à própria vida da vítima de sua ação.

[...]

Os adicionais legais são cumuláveis, sob a única condição de que o trabalho seja prestado de acordo com os pressupostos de cada um deles.

O direito à cumulação é de uma lógica irresponsável: se a situação de desconforto pessoal tem correspondência numa indenização, o valor desta deve abranger tantos percentuais quantas sejam as circunstâncias causadoras do desconforto, que traz um dano efetivo ao trabalhador, ou do risco a que ele é exposto.

Por isso mesmo, causa profunda espécie que o artigo 193, §2º, da CLT, herdando restrição levantada desde a Lei nº. 2.573/55, que instituiu o adicional de periculosidade, tenha aberto ao empregado submetido às duas condições mais severas de serviço, simultaneamente, o dilema de ‘optar (?) pelo adicional de insalubridade que porventura lhe seja devido’ quando comprovado pericialmente que também trabalhou em condição perigosa. Não encontramos explicação jurídica para isso, daí entendemos ter havido uma recaída do legislador em favor do poder econômico. E recaída amargamente irônica, além de tudo, ao deixar ao empregado escolher a melhor entre duas desgraças: ficar doente ou morrer, simplesmente”. (*Tratado de direito material do trabalho*. São Paulo: LTr, 2007. p. 425-427).

Desse modo, apesar da necessidade de regulamentação da norma constitucional, não poderia a legislação infraconstitucional ultrapassar o limite por ela imposto e instituir norma menos benéfica ao trabalhador em detrimento da garantia insculpida no artigo 7º, caput, da Constituição Federal, de estipulação de outros direitos que visem à melhoria de sua condição social e, especialmente, em desrespeito ao princípio de proteção da dignidade da pessoa humana do obreiro.

Na hipótese, o legislador infraconstitucional estaria apto a tratar de detalhes necessários à efetivação do direito aos adicionais, como, por exemplo, regular as situações que caracterizam a insalubridade ou periculosidade no meio ambiente de trabalho, contudo, sem a permissão de alterar o núcleo essencial da aludida regra. A regulamentação complementar prevista no artigo 7º, XXIII, deve-se pautar pelos princípios e valores insculpidos no texto constitucional, como forma de alcançar, efetivamente, a finalidade da norma.

O eminente Ministro desta Corte, Augusto César Leite de Carvalho, em sua obra “Direito do Trabalho: Curso e Discurso” (Aracaju: Evocati, 2011, pp. 200-201), com precisão cirúrgica, enfatiza:

“A Consolidação das Leis do Trabalho, em seu artigo 193, §2º, prevê que ‘o empregado poderá optar pelo adicional de insalubridade que porventura lhe seja devido’. À parte o desvio de ótica, pois não pode ser uma ventura laborar em condições insalubres,

é certo que o citado dispositivo sempre foi interpretado como uma proibição a que o empregado pudesse exigir os dois adicionais, quando ambos os agentes, insalubre e perigoso, estiverem presentes.

Na esteira dessa compreensão, o item 15.3 da Norma Regulamentadora 15 do Ministério do Trabalho estabelece: 'No caso de incidência de mais de um fator de insalubridade, será apenas considerado o de grau mais elevado, para efeito de acréscimo salarial, sendo vedada a percepção cumulativa'. Interpretando-se assim o art. 193, §2º da CLT, bem se vê que se cuida de regra injusta, pois permite que o empregado labore em situação de risco à sua integridade física sem que receba o adicional correspondente, pois estaria recebendo adicional relativo a agente nocivo à sua saúde, ou vice-versa.

Ao versar sobre essa impossibilidade legal de acumulação dos dois adicionais, Rodrigues Pinto lembra que tal norma proibitiva é um legado da Lei 2.573/55, que instituiu o adicional de periculosidade, mas é enfático: 'Explicação jurídica não encontramos para isso, daí entendermos ter havido uma recaída do legislador em favor do poder econômico'. A orientação jurisprudencial que tem prevalecido é, entretanto, a de que os adicionais de insalubridade e de periculosidade são inacumuláveis.

Como quer que seja, é hora de se questionar a validade dessa norma frente ao que preceitua o artigo 7º, XXIII, da Constituição, que diz ser direito do trabalhador o 'adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei'. Ante o postulado da norma mais favorável, consagrado no caput desse dispositivo constitucional, a norma legal está autorizada a regular os casos em que são devidos os adicionais de penosidade, insalubridade ou periculosidade e a fixar os respectivos percentuais. A conjunção ou estaria presente, no texto do inciso sob análise, pois o uso da conjunção aditiva (e) faria concluir que toda atividade penosa também seria insalubre e, por igual, necessariamente perigosa.

A nosso entendimento, não estaria o legislador infraconstitucional autorizado a suprimir o direito ao adicional de periculosidade, em hipótese que a lei enumera como de risco. E como o suprime sem qualquer justificativa, o artigo 193, §2º da CLT se apresenta, pura e simplesmente, como a negação de um direito fundado na Constituição.

Ademais, o art. 8, item 3, da Convenção 148 da OIT preconiza: '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'. O Estado brasileiro novamente se comprometeu, ao ratificar a Convenção 155 da OIT, a implementar o que recomenda o seu art. 11, b: 'deverão ser levados em consideração os riscos para a saúde decorrentes da exposição simultânea a diversas substâncias ou agentes'.

Portanto, a orientação jurisprudencial que predomina, no sentido de que são inacumuláveis os adicionais de insalubridade e de periculosidade, frustra, a nosso ver, o desígnio constitucional e também o compromisso assumido pelo Brasil quando ratificou as convenções 148 e 155 da OIT; em rigor, essa orientação relativiza o direito fundamental à compensação monetária pela exposição a agentes nocivos à saúde ou à integridade física do trabalhador."

Diante dos argumentos expostos, percebe-se claramente que o artigo 193, § 2º, da CLT e o item 16.2.1 da NR-16 da Portaria nº 3.214/78 do Ministério do Trabalho e Emprego não foram recebidos pela atual Constituição, uma vez que os seus conteúdos não se coadunam com os princípios e regras trazidos no texto constitucional. Trata-se da chamada **incompatibilidade material**.

O papel do intérprete é atribuir à interpretação constitucional a máxima efetividade, a fim de que possa, de imediato, produzir as consequências desejadas pelo constituinte e, assim, conformar o comportamento social ao quanto por ela desejado. Nas palavras do Ministro Luís Roberto Barroso,

Efetividade significa a realização do Direito, a atuação prática da norma, fazendo prevalecer no mundo dos fatos os valores e interesses por ela tutelados. Simboliza, portanto, a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o *dever-ser* normativo e o *ser* da realização social. O intérprete constitucional deve ter compromisso com a efetividade da Constituição: entre interpretações alternativas e plausíveis, deverá prestigiar aquela que permita atuação da vontade constitucional, evitando, no limite do possível, soluções que se refugiem no argumento da não autoaplicabilidade da norma ou na ocorrência de omissões do legislador (grifos postos). (CANOTILHO, J. J. Gomes; et all. Comentários à constituição do brasil. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 94.

E outra não me parece haver sido a “vontade constitucional”, no que toca à hipótese de percepção simultânea e cumulativa, em sendo diversos, agentes agressivos à saúde (insalubridade) e risco de vida, em face do contato com substância inflamáveis ou explosivas em condições de risco acentuado (periculosidade).

Se tais argumentos não fossem suficientes, outro fator que sustenta a inaplicabilidade dos preceitos analisados é a introdução no sistema jurídico interno das Convenções Internacionais nos 148, promulgada pelo Decreto nº 93.413 de 15/10/86, com vigência nacional a partir de 14 de janeiro de 1983, e 155, promulgada pelo Decreto nº 1.254 de 29/09/94, com vigência nacional a partir de 18 de maio de 1993.

As normas internacionais incorporadas passaram a admitir a hipótese de cumulação dos adicionais e estabelecem critérios e limites dos riscos profissionais em face da exposição simultânea a vários fatores nocivos. É o que se extrai dos trechos abaixo citados:

“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.” (Convenção nº 148 da OIT - destaquei);

“Artigo 11. Com a finalidade de tornar efetiva a política referida no artigo 4 da presente 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.” (Convenção nº 155 da OIT - destaquei).

Sendo diferentes os fatores de risco à saúde, cada um dos adicionais de periculosidade e insalubridade busca compensar o trabalhador pela exposição particularizada a cada um deles e, caso ocorra simultaneamente, a regra internacional autoriza sejam considerados, de igual modo, também de modo cumulativo, como assinalado nas conclusões lançadas acima.

Poder-se-ia argumentar pela prevalência do direito interno invocado e, no particular, Flávia Piovesan, in *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional* (10 ed., São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 68-72), ensina:

“Em suma, a hierarquia constitucional dos tratados de proteção dos direitos humanos decorre da previsão constitucional do art. 5º, § 2º, à luz de uma interpretação sistemática e teleológica da Carta, particularmente da prioridade que atribui aos direitos fundamentais e ao princípio da dignidade da pessoa humana. Essa opção do constituinte de 1988 se justifica em face do caráter especial dos tratados de direitos humanos e, no entender de parte da doutrina, da superioridade desses tratados no plano internacional.

Acrescente-se que, além da concepção que confere aos tratados de direitos humanos natureza constitucional (concepção defendida por este trabalho) e da concepção, que, ao revés, confere aos tratados *status* paritário ao da lei federal (posição majoritária do STF), destacam-se outras duas correntes doutrinárias. Uma delas sustenta que os tratados de direitos humanos têm hierarquia supraconstitucional, enquanto a outra corrente defende a hierarquia infraconstitucional, mas supralegal, dos tratados de direitos humanos.

(...)

Ao realçar a supremacia do Direito Internacional em relação ao ordenamento jurídico nacional, argumenta ainda Hildebrando Accioly: ‘É lícito sustentar-se, de acordo, aliás, com a opinião da maioria dos internacionalistas contemporâneos, que o Direito Internacional é superior ao Estado, tem supremacia sobre o direito interno, por isto que deriva de um princípio superior à vontade dos Estados. Não se dirá que o poder do Estado seja uma delegação do direito internacional; mas parece

incontestável que este constitui um limite jurídico ao dito poder. (...) Realmente, se é verdade que uma lei interna revoga outra ou outras anteriores, contrárias à primeira, o mesmo não se poderá dizer quando a lei anterior representa direito convencional transformado em direito interno, porque o Estado tem o dever de respeitar suas obrigações contratuais e não as pode revogar unilateralmente. Daí poder dizer-se que, na legislação interna, os tratados ou convenções a ela incorporados forma um direito especial que a lei interna, comum, não pode revogar. Daí também a razão por que a Corte permanente de Justiça Internacional, em parecer consultivo proferido a 31 de julho de 1930, declarou: 'É princípio geralmente reconhecido, do Direito Internacional, que, nas relações entre potências contratantes de um tratado, as disposições de uma lei interna não podem prevalecer sobre as do tratado'.

No mesmo sentido, leciona Marotta Rangel: 'A superioridade do tratado em relação às normas do Direito Interno é consagrada pela jurisprudência internacional e tem por fundamento a noção de unidade e solidariedade do gênero humano e deflui normalmente de princípios jurídicos fundamentais, tal como o *pacta sunt servanda* e o *voluntas civitatis maximae est servanda*'.

Destaca-se, ainda, a corrente doutrinária que defende a hierarquia infraconstitucional, mas supralegal, dos tratados de direitos humanos. A respeito, merece menção o entendimento do Ministro Sepúlveda Pertence por ocasião do julgamento do RHC n. 79.785-RJ, no Supremo Tribunal Federal, em maio de 2000, que envolvia o alcance interpretativo do princípio do duplo grau de jurisdição, previsto pela Convenção Americana de Direitos Humanos. Ressaltou, em seu voto, o referido Ministro: 'Desde logo, participo do entendimento unânime do Tribunal que recusa a prevalência sobre a Constituição de qualquer convenção internacional (cf. decisão preliminar sobre o cabimento da ADIn 1.480, cit., Inf. STF 48)'. E prossegui: 'Na ordem interna, direitos e garantias fundamentais o são, com grande freqüência, precisamente porque – alçados ao texto constitucional – se erigem em limitações positivas ou negativas ao conteúdo das leis futuras, assim como à recepção das anteriores à Constituição (Hans Kelsen, *Teoria Geral do Direito e do Estado*, trad. M. Fontes, UnB, 1990, p. 255). Se assim é, à primeira vista, parificar às leis ordinárias os tratados a que alude o art. 5º § 2º, da Constituição, seria esvaziar de muito do seu sentido útil a inovação, que, malgrado os termos equívocos do seu enunciado, traduziu uma abertura significativa ao movimento de internacionalização de direitos humanos. Ainda sem certezas suficientemente amadurecidas, tendo assim – aproximando-me, creio, da linha desenvolvida no Brasil por Cançado Trindade (Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção de direitos humanos nos planos internacional e nacional em *Arquivos de Direitos Humanos*, 2000, 1/3, 43) e pela ilustrada Flávia Piovesan (A Constituição Brasileira de 1988 e os Tratados Internacionais de Proteção dos *Direitos Humanos*, em E. Boucault e N. Araújo (org.), *Os Direitos Humanos e o Direito Interno*) – a aceitar a outorga de força supralegal às convenções de direitos humanos, de modo a dar aplicação direta às suas normas – até, se necessário, contra a lei ordinária – sempre que, sem ferir a Constituição, a complementem, especificando ou ampliando os direitos e garantias dela constantes'.

Esse entendimento consagra a hierarquia infraconstitucional, mas supralegal, dos tratados internacionais de direitos humanos, distinguindo-os dos tratados tradicionais. Divorcia-se, dessa forma, da tese majoritária do STF a respeito da paridade entre tratados internacionais e leis federais.

Em síntese, há quatro correntes acerca da hierarquia dos tratados de proteção dos direitos humanos, que sustentam: a) a hierarquia supraconstitucional de tais tratados; b) a hierarquia constitucional; c) a hierarquia infraconstitucional, mas supralegal e d) a paridade hierárquica entre tratado e lei federal.

No sentido de responder à polêmica doutrinária e jurisprudencial concernente à hierarquia dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, a Emenda Constitucional n. 45, de 8 dezembro de 2004, introduziu um § 3º no art. 5º, dispendo: ‘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 à Constituição’.

Em face de todos argumentos já expostos, sustenta-se que hierarquia constitucional já se extrai de interpretação conferida ao próprio art. 5º, § 2º, da Constituição de 1988. Vale dizer, seria mais adequado que a redação do aludido § 3º do art. 5º endossasse a hierarquia formalmente constitucional de todos os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos ratificados, afirmando – tal como o fez o texto argentino – que os tratados internacionais de proteção de direitos humanos ratificados pelo Estado brasileiro têm hierarquia constitucional.

No entanto, estabelece o § 3º do art. 5º que os tratados internacionais de direitos humanos aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas à Constituição.

(...)

Reitere-se que, por força do art. 5º, § 2º, todos os tratados de direitos humanos, independentemente do *quórum* de sua aprovação, são materialmente constitucionais, compondo o bloco de constitucionalidade. O *quórum* qualificado está tão-somente a reforçar tal natureza, ao adicionar um lastro formalmente constitucional aos tratados ratificados, propiciando a ‘constitucionalização formal’ dos tratados de direitos humanos no âmbito jurídico interno. Como já defendido por este trabalho, na hermenêutica emancipatória dos direitos há que imperar uma lógica material e não formal, orientada por valores, a celebrar o valor fundante da prevalência da dignidade humana. À hierarquia de valores deve corresponder uma hierarquia de normas, e não o oposto. Vale dizer, a preponderância material de um bem jurídico, como é o caso de um direito fundamental, deve condicionar a forma no plano jurídico-normativo, e não ser condicionado por ela.”

Ainda que, a meu sentir, procedam de modo integral os argumentos sustentados pela doutrinadora, no que é seguida por outros autores como Cançado Trindade e Valério Mazzuoli, o posicionamento adotado no STF é no sentido de que os tratados e convenções internacionais que versem sobre direitos humanos e que tenham ingressado no ordenamento jurídico antes da Emenda Constitucional nº 45/2004 e, por essa razão, sem o quórum qualificado exigido (art. 5º, § 3º), **possuem status de norma supralegal**, como reconhecido no voto prevaiente do Ministro Gilmar Mendes no Recurso Extraordinário nº 466.343-1-SP (destaques postos), ao afirmar o

anacronismo da tese da legalidade ordinária dos tratados de direitos humanos frente ao texto constitucional, mesmo antes da reforma produzida pela EC-45/04, com apoio na doutrina de Cançado Trindade, dentre outros:

“Em termos práticos, trata-se de uma declaração eloquente de que os tratados já ratificados pelo Brasil, anteriormente à mudança constitucional, e não submetidos ao processo legislativo especial de aprovação no Congresso Nacional, não podem ser comparados às normas constitucionais.

Não se pode negar, por outro lado, que a reforma também acabou por ressaltar o caráter especial dos tratados de direitos humanos em relação aos demais tratados de reciprocidade entre os Estados pactuantes, conferindo-lhes lugar privilegiado no ordenamento jurídico.

[...]

Importante deixar claro, também, que a tese da legalidade ordinária, na medida em que permite ao Estado brasileiro, ao fim e ao cabo, o descumprimento unilateral de um acordo internacional, vai de encontro aos princípios internacionais fixados pela Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969, a qual, em seu art. 27, determina que nenhum Estado pactuante ‘pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado’.

Por conseguinte, parece mais consistente a interpretação que atribui a característica de supralegalidade aos tratados e convenções de direitos humanos. Essa tese pugna pelo argumento de que os tratados sobre direitos humanos seriam infraconstitucionais, porém, diante de seu caráter especial em relação aos demais atos normativos internacionais, também seriam dotados de um atributo de supralegalidade.

Em outros termos, os tratados sobre direitos humanos não poderiam afrontar a supremacia da Constituição, mas teriam lugar especial reservado no ordenamento jurídico. Equipará-los à legislação ordinária seria subestimar o seu valor especial no contexto do sistema de proteção dos direitos da pessoa humana.

[...]

Portanto, diante do inequívoco caráter especial dos tratados internacionais que cuidam da proteção dos direitos humanos, não é difícil entender que a sua internalização no ordenamento jurídico, por meio do procedimento de ratificação previsto na Constituição, tem o condão de paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com ela conflitante.” (RE n.º 466.343-1/SP. Relator: Ministro César Peluso).

Destaque-se, em virtude de sua importância, ainda nas palavras do Ministro Gilmar Mendes, “o **efeito paralisante** de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional” conflitante com os tratados internacionais ratificados pelo Brasil, em face do procedimento de ratificação previsto na Carta Magna.

Paralisar, portanto, é deixar de produzir efeitos, perder “sustentação constitucional”, não mais encontrar “aconchego no colo da Constituição”.

Uma conclusão emerge de maneira inquestionável na jurisprudência do STF: o reconhecimento de que os tratados de direitos humanos não possuem eficácia normativa apenas equivalente à lei ordinária e há de produzir efeito no direito interno.

Merece assinalar que, embora tenha sedimentado tal posicionamento em 03/12/2008 (data da conclusão do julgamento do precedente mencionado), a jurisprudência do STF vinha se manifestando sobre o tema desde 2000, inicialmente por meio do RHC nº 79.785/RJ, da relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, no qual reconheceu a tese da suprallegalidade dos tratados de direitos humanos (julgamento em 29/03/2000), e, mais tarde, em afirmação ainda mais abrangente, quando proclamou a índole e nível constitucional dessas normas, desta feita em julgado da lavra do Ministro Celso de Mello (HC 87.585/TO).

Observe-se, então, que **desde o ano de 2000 a discussão no Supremo residia em saber se estavam apenas acima da lei ordinária ou se estavam no mesmo plano constitucional; não mais se discutia, pelo menos a partir de então, se equivaliam à lei ordinária.**

Em face da decisão do STF, o sistema jurídico inaugurou nova forma de verificação da compatibilidade das normas dele integrantes, pois, além de vigentes e eficazes, devem estar em conformidade com os tratados ratificados pelo Brasil, cabendo ao Judiciário, quando provocado, promover o denominado “controle de convencionalidade” que nada mais é do que “o processo de compatibilidade vertical (sobretudo material) das normas de Direito interno com os comandos encontrados nas convenções internacionais de direitos humanos” (MAZZUOLI, Valério. Curso de *direito internacional público*. 4a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p.346).

O mesmo autor, em outra passagem de trabalho a respeito, enfatiza não apenas a necessidade de que seja efetuado tal controle, como também destaca a autorização conferida aos tribunais para o exercício do controle difuso de adequação das normas internas aos tratados internacionais:

Tal controle passa, doravante, a ter também caráter difuso, a exemplo do controle difuso de constitucionalidade, pelo qual qualquer juiz ou tribunal pode-se manifestar a respeito. À medida que os tratados forem sendo incorporados ao direito pátrio, os tribunais locais – estando tais tratados em vigor no plano internacional – podem, desde já e independentemente de qualquer condição ulterior, compatibilizar as leis domésticas com o conteúdo dos tratados (de direitos humanos ou comuns) vigentes no país.

Em outras palavras, os tratados internacionais incorporados ao direito brasileiro

passam a ter eficácia paralisante (para além de derogatória) das demais espécies normativas domésticas, cabendo ao juiz coordenar essas fontes (internacionais e internas) e escutar o que elas dizem. (Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/194897/000861730.pdf?sequence=3>>).

Arrematou (obra mencionada, p. 128):

Do exposto, vê-se que a produção normativa doméstica depende, para sua validade e consequente eficácia, de estar de acordo tanto com a Constituição como com os tratados internacionais (de direitos humanos ou não) ratificados pelo governo.

[...]

A contrario sensu, não basta a norma infraconstitucional ser compatível com a Constituição e incompatível com um tratado ratificado pelo Brasil (seja de direitos humanos, que tem a mesma hierarquia do texto constitucional, seja um tratado comum, cujo *status* é de norma supralegal), pois, nesse caso, operar-se-á de imediato a terminação da validade da norma (que, no entanto, continuará vigente, por não ter sido expressamente revogada por outro diploma congênere de direito interno). A compatibilidade do direito doméstico com os tratados internacionais de direitos humanos em vigor no país faz-se por meio do controle de convencionalidade, que é complementar e coadjuvante do conhecido controle de constitucionalidade.

Embora afirme ser, tal modalidade, nova no Brasil, aponta haver sido inaugurada no Continente Americano em 2006 em julgamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos do qual extraio expressiva transcrição que, embora se refira à Convenção Americana, se aplica a todo e qualquer tratado de direitos humanos, também como afirmado pelo citado autor:

Quando um Estado ratifica um tratado internacional como a Convenção Americana, seus juízes também estão submetidos a ela, o que os obriga a velar para que o efeito útil da Convenção não se veja diminuído ou anulado pela aplicação de leis contrárias às suas disposições, objeto e fim. Em outras palavras, os órgãos do Poder Judiciário devem exercer não somente um controle de constitucionalidade, senão também ‘de convencionalidade’ ex officio entre as normas internas e a Convenção Americana, evidentemente no âmbito de suas respectivas competências e dos regulamentos processuais correspondentes. Esta função não se deve limitar exclusivamente às manifestações ou atos dos postulantes em cada caso concreto ...” MAZZUOLI, Valério. *Curso de direito internacional público*. 4a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p.393)

Por sua vez, em virtude desse conteúdo e não terem ingressado no ordenamento pelo quórum qualificado, as convenções mencionadas possuem *status*

supralegal – portanto acima da lei interna e abaixo da Constituição – e torna inaplicável a legislação infraconstitucional com elas conflitante, pois, nas palavras de Flávia Piovesan, ao serem ratificados,

“[...] inovam significativamente o universo dos direitos nacionalmente consagrados – ora reforçando sua imperatividade jurídica, ora adicionando novos direitos, ora suspendendo preceitos que sejam menos favoráveis à proteção dos direitos humanos. Em todas estas três hipóteses, os direitos internacionais constantes dos tratados de direitos humanos apenas vêm aprimorar e fortalecer, nunca a restringir ou debilitar, o grau de proteção dos direitos consagrados no plano normativo interno”. (GOMES, Luiz Flávio; PIOVESAN, Flávia (coord.). *O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 179).

É certo que, mesmo que se considerassem de idêntica hierarquia - as normas oriundas das convenções mencionadas e da CLT -, essa conclusão entraria em rota de colisão com o quanto anteriormente decidido pelo STF em casos nos quais reconhecia a **paridade normativa** entre tratados internacionais e leis internas e o critério cronológico como determinante para a vigência e eficácia e, com isso, admitir a possibilidade de a norma posterior revogar a anterior ou se for específica, como exemplifica o precedente que transcrevo, com destaques postos, embora afirme **haver sido superado tal posicionamento jurisprudencial posteriormente**:

“[...] PARIDADE NORMATIVA ENTRE LEIS ORDINÁRIAS BRASILEIRAS E TRATADOS INTERNACIONAIS - Tratados e convenções internacionais - tendo-se presente o sistema jurídico existente no Brasil (RTJ 83/809) - guardam estrita relação de paridade normativa com as leis ordinárias editadas pelo Estado brasileiro. A normatividade emergente dos tratados internacionais, dentro do sistema jurídico brasileiro, permite situar esses atos de direito internacional público, no que concerne à hierarquia das fontes, no mesmo plano e no mesmo grau de eficácia em que se posicionam as leis internas do Brasil. A eventual precedência dos atos internacionais sobre as normas infraconstitucionais de direito interno brasileiro somente ocorrerá - presente o contexto de eventual situação de antinomia com o ordenamento doméstico -, não em virtude de uma inexistente primazia hierárquica, mas, sempre, em face da aplicação do critério cronológico (*lex posterior derogat priori*) ou, quando cabível, do critério da especialidade. Precedentes. EXTRADIÇÃO E PRESCRIÇÃO PENAL - Não se concederá a extradição quando estiver extinta a punibilidade do extraditando pela consumação da prescrição penal, seja nos termos da lei brasileira, seja segundo o ordenamento positivo do Estado requerente. A satisfação da exigência concernente à dupla punibilidade constitui requisito essencial ao deferimento do pedido extradicional. Com a consumação da prescrição penal extraordinária pertinente ao delito de corrupção passiva, reconhecida nos termos da legislação criminal peruana,

inviabilizou-se - no que concerne a essa específica modalidade de crime contra a Administração Pública - a possibilidade de deferimento da postulação extradicional.” (Ext 662, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 28/11/1996, DJ 30-05-1997 PP-23176 EMENT VOL-01871-01 PP-00015)

Sendo, portanto, normas de hierarquia idêntica – se assim fosse possível se concluir, repito -, **o advento das convenções firmadas pelo Brasil, incorporadas ao direito interno, provocaria a derrogação daquelas que se, com elas, se mostrassem incompatíveis, a exemplo do art. 193, § 2º, da CLT**, já referido.

Poderia ainda remanescer uma última controvérsia em torno da equivalência das convenções oriundas da OIT, se teriam equivalência aos tratados internacionais de direitos humanos e, nesse aspecto, inequívoca é a resposta diante do conteúdo de direitos sociais que ostentam, reconhecidos, há muito, como *direitos fundamentais de segunda geração*, desde a clássica lição de Norberto Bobbio (A era dos direitos. Rio de Janeiro: Campus, 1992), até a expressa referência no art. 6º, caput, da Constituição, no que se refere ao trabalho. Ressalta, mais uma vez, Valério Mazzuoli, ainda que as eleve ao patamar de conteúdo constitucional:

Não se pode esquecer que, sendo as convenções internacionais do trabalho tratados internacionais que versam sobre direitos humanos (notadamente direitos sociais), sua integração ao direito brasileiro dá-se com o *status* de norma materialmente constitucional ... (Obra citada, p. 923).

Dúvidas não subsistem quanto ao fato de as aludidas Convenções nºs 148 e 155 serem normas de direitos humanos, considerando a peculiar circunstância de versarem, a primeira, sobre Meio Ambiente do Trabalho (Ruído e Vibrações) e Segurança e Saúde dos Trabalhadores, a segunda.

Significa afirmar que, antes da manifestação da Excelsa Corte, poderia até ser sustentada a tese de ocorrência de conflitos de norma de hierarquia equivalente e, por isso mesmo, a prevalência do argumento da incompatibilidade entre ambas. Contudo, a partir de então, **se as Convenções mencionadas situam-se acima da legislação consolidada, as suas disposições não de prevalecer**, tal como ocorreu com a autorização da prisão civil decorrente da condição de depositário infiel, afastada do ordenamento jurídico pátrio por decisão do STF.

Ademais, por se tratarem de normas posteriores, especiais e, ainda, mais benéficas ao trabalhador, devem prevalecer sobre as disposições contidas no artigo 193, § 2º, da CLT e no item 16.2.1 da NR-16 da Portaria nº 3.214 do Ministério do Trabalho

e Emprego.

É como pensa Gabriela Neves Delgado, ao se referir ao julgamento em foco, em trabalho publicado na revista desta Casa:

Como os diversos jurídicos de proteção devem interagir em benefício dos indivíduos protegidos, e o que importa é o grau de eficácia dessa proteção, deve-se aplicar, em cada caso concreto, “a norma que ofereça melhor proteção à vítima”, adotando-se o valor humano, orientado pelo postulado da dignidade da pessoa humana, como referência maior para o cotejo da norma. (*Direitos humanos dos trabalhadores: perspectiva de análise a partir dos princípios internacionais do direito do trabalho e do direito previdenciário*. Revista do TST. Vol. 77, n. 3, jul/set-2011, p. 65).

Exceção haveria se as convenções mencionadas consagrassem normas menos favoráveis ao trabalhador, o que autorizaria o seu afastamento, diante da regra contida no § 8o do art. 19 da Constituição da OIT:

8. Em caso algum, a adoção, pela Conferência, de uma convenção ou recomendação, ou a ratificação, por um Estado-Membro, de uma convenção, deverão ser consideradas como afetando qualquer lei, sentença, costumes ou acordos que assegurem aos trabalhadores interessados condições mais favoráveis que as previstas pela convenção ou recomendação.

Finalmente, embora despiciendo, incumbe salientar a imposição ao Judiciário para, em sua atuação, tornar efetivas as aludidas normas, mais do que apenas reconhecer a sua existência e efetividade, diante da obrigatoriedade também a ele imposta, em face da vinculação de todo Estado brasileiro, e não apenas do Poder Executivo que a subscreveu.

Precisas são, nesse aspecto, as palavras de Mirtô Fraga, com destaques da transcrição:

O tratado, regularmente concluído – inclusive com aprovação do Congresso – não obriga, apenas, o Executivo; vincula todo o Estado, todos os Poderes, devendo cada um cumprir sua parte: o Legislativo, aprovando as leis necessárias e abstendo-se de votar as que lhe sejam contrárias; o Executivo, regulamentando-as e tudo fazendo para sua fiel execução; o **Judiciário, aplicando o tratado e as normas que o regulamentam, dando a um e outras eficácia, inclusive contra regra interna que lhes seja contrária**. (FRAGA, Mirtô. *O conflito entre tratado internacional e norma de direito interno*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 84).

Em idêntico sentido, Antônio Augusto Cançado Trindade, que destaca

objetivos, alcance e destinatários dessa obrigação:

No presente contexto de proteção, já não mais se justifica que o direito internacional e o direito interno continuem sendo abordados de forma estanque ou compartimentalizada, como o foram no passado. Ao criarem obrigações para os Estados vis-à-vis os seres humanos sob sua jurisdição, as normas dos tratados de direitos humanos aplicam-se não só na ação conjunta (exercício da garantia coletiva) dos Estados Partes na realização do propósito comum de proteção, mas também e sobretudo no âmbito do ordenamento jurídico interno de cada um deles. **O cumprimento das obrigações internacionais de proteção requer o concurso dos órgãos internos dos Estados, e estes são chamados a aplicar as normas internacionais. É este o traço distintivo e um dos mais marcantes dos tratados de direitos humanos, dotados de especificidade própria. Com a interação entre o direito internacional e o direito interno no presente contexto, os grandes beneficiários são as pessoas protegidas.** (TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. v. I. 2ª ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2003. p. 547-548).

Cabe, portanto, a este Tribunal proclamar a superação da norma interna em face de outra, de origem internacional, mais benéfica, papel, aliás, próprio do Judiciário, como Alessandro Santos de Miranda:

Concluindo afirmativamente o debate sobre a possibilidade de se requerer judicialmente a satisfação dos direitos sociais fundamentais, cabe ressaltar que não existe direito social fundamental que não apresente ao menos uma alguma característica ou faceta que permita sua judicialidade no caso de violação. (MIRANDA, Alessandro Santos de. *Ativismo judicial na promoção dos direitos sociais*. São Paulo: LTr, 2013. p. 98).

Em síntese conclusiva, afirmo:

a) o direito aos adicionais de insalubridade e periculosidade é assegurado no artigo 7º, XXIII, da Constituição Federal, de forma plena, sem qualquer ressalva no que tange à cumulação;

b) a possibilidade de regulação por lei ordinária, mencionada no citado dispositivo, não autoriza a redução do alcance do preceito constitucional, em interpretação restritiva, sob pena de atingir, frontalmente, o princípio da máxima efetividade da Constituição;

c) mesmo que não se reconheça a natureza de normas materialmente constitucionais dos tratados internacionais sobre direitos humanos, **a jurisprudência consolidada do STF lhes reconhece status de supralegalidade, o que significa**

afirmar estarem em patamar de hierarquia superior à CLT;

d) em virtude de constituírem instrumentos consagradores de direitos sociais, as convenções da OIT correspondem a tratados de direitos humanos e, por conseguinte, possuem tal hierarquia normativa, além de conteúdo mais favorável;

e) as Convenções nº 148 e 155 determinam sejam levados em consideração os riscos para a saúde, decorrentes da exposição simultânea a diversas substâncias ou agentes, o que é representado, no Brasil, no caso em tela, pela compensação propiciada pela percepção dos adicionais de insalubridade e periculosidade;

f) tais convenções derogaram a regra prevista no art. 193, § 2º, da CLT e o item 16.2.1 da NR-16 da Portaria nº 3.214/78 do Ministério do Trabalho e Emprego, no que se refere à percepção de apenas um adicional, em caso de estar o empregado sujeito a condições insalubres e perigosas no trabalho executado.

Outra não é a conclusão de Carolina Plácido Corrêa Bastos em trabalho monográfico, no qual promove aprofundado estudo sobre o tema e conclui:

“Contudo, embora não haja um entendimento unívoco acerca da matéria, o STF já fixou entendimento de que, diferentemente dos tratados comuns, essas normas detêm um caráter especial de proteção ao ser humano.

Estão inseridas nesse contexto as Convenções Internacionais do Trabalho nº 148 e nº 155, as quais, apesar de inseridas nesta celeuma, foram incorporadas ao direito nacional, cumprindo todas as formalidades exigíveis, quais sejam: ratificação, decreto legislativo e decreto presidencial.

Outrossim, por se tratarem de tratados internacionais de direitos humanos, notadamente direitos sociais, não há dúvidas de que possuem *status* especial frente as demais normas ordinárias, como a Consolidação das Leis do Trabalho, mesmo que seu iter procedimental tenha ocorrido antes da Emenda Constitucional nº 45.

Portanto, é de concluir que as Convenções Internacionais do Trabalho nº 148 e nº 155 são tratados internacionais de direitos humanos que vieram ampliar o espectro de proteção ao trabalhador no ordenamento jurídico interno, conferindo-lhe a possibilidade de cumular os adicionais de risco, tantos quantos forem os agentes nocivos presentes no ambiente de trabalho.

Outra não deve ser a conclusão senão a de que a recepção dessas normas internacionais paralisou os efeitos das normas de direito interno em situação de incompatibilidade com o direito internacional, notadamente aquela insculpida no art. 193, §2º da CLT, que veda a percepção cumulativa dos adicionais de risco.

É de ressaltar ainda que, à luz do princípio da prevalência da norma mais favorável, as Convenções nº 148 e nº 155 da OIT, por melhor protegerem os direitos da pessoa humana, permitindo a percepção cumulativa dos adicionais, devem prevalecer sobre o preceito legal interno que expressamente veda esta cumulação.

Acrescente-se que o artigo celetista, ao vedar a cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade, por suprimir direito assegurado a todo trabalhador no artigo 7º, inciso XXIII, da Constituição Federal, revela sua incompatibilidade com

os princípios constitucionais de proteção à vida, à saúde e segurança do trabalhador e, sobretudo, com o princípio da dignidade da pessoa humana.

O entendimento pela aplicação das disposições contidas nas Convenções Internacionais do Trabalho nº 148 e nº 155, portanto, celebra também a aplicação da norma mais favorável ao trabalhador e a afirmação da dignidade da pessoa humana.” (BASTOS, Carolina Plácido Corrêa. *Da cumulação de adicionais de risco à saúde ocupacional: uma análise feita à luz da Constituição Federal de 1988 e das normas internacionais*. Monografia (Pós-graduação), Fundação Faculdade de Direito da Bahia, 2013. p. 1090).

Cumprido, por fim, destacar que em recente decisão esta Turma reconheceu a possibilidade de cumulação dos referidos adicionais, conforme se verifica da ementa abaixo transcrita:

“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 penosidade, 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.” (RR - 1072-72.2011.5.02.0384 , Relator Ministro: Cláudio Mascarenhas Brandão, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 03/10/2014).

Destarte, irretocável a decisão regional que reconheceu a possibilidade de cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade.

Nego provimento ao recurso de revista.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Sétima Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, conhecer do recurso de revista, por divergência jurisprudencial, e, no mérito, negar-lhe provimento.

Brasília, 12 de Agosto de 2015.

Firmado por assinatura digital (MP 2.200-2/2001)

CLÁUDIO BRANDÃO
Ministro Relator

PROCESSO Nº TST-RR-1076-13.2012.5.02.0049

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA EM FACE DE DECISÃO PUBLICADA NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. PROTEÇÃO JURÍDICA E ACESSO AO TRABALHO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA. DIREITO ÀS ADAPTAÇÕES RAZOÁVEIS. OBRIGAÇÕES DO ESTADO BRASILEIRO PERANTE A SOCIEDADE INTERNACIONAL. SISTEMAS DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS E INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS. DECLARAÇÃO SOCIOLABORAL DO MERCOSUL. EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. APLICAÇÃO ÀS RELAÇÕES PRIVADAS. PERSPECTIVA CONSOLIDADA PELA CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA, DE 2007, APROVADA NO ÂMBITO INTERNO COM EQUIVALÊNCIA A EMENDA CONSTITUCIONAL, E PELA LEI Nº 13.146/2015 – LEI BRASILEIRA DE INCLUSÃO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA (ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA). RESPONSABILIDADE E FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA. Agravo de instrumento a que se dá provimento para determinar o processamento do recurso de revista, em face de haver sido demonstrada possível afronta aos artigos 2 e 27, 1, “i”, da Convenção das Nações Unidas Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.

RECURSO DE REVISTA EM FACE DE DECISÃO PUBLICADA NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. PROTEÇÃO JURÍDICA E ACESSO AO TRABALHO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA. DIREITO ÀS ADAPTAÇÕES RAZOÁVEIS. OBRIGAÇÕES DO ESTADO BRASILEIRO PERANTE A SOCIEDADE INTERNACIONAL. SISTEMAS DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS E INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS. DECLARAÇÃO SOCIOLABORAL DO MERCOSUL. EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. APLICAÇÃO ÀS RELAÇÕES PRIVADAS. PERSPECTIVA CONSOLIDADA PELA CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA, DE 2007, APROVADA NO ÂMBITO INTERNO COM EQUIVALÊNCIA

A EMENDA CONSTITUCIONAL E PELA LEI Nº 13.146/2015 – LEI BRASILEIRA DE INCLUSÃO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA (ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA). RESPONSABILIDADE E FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA. DISCRIMINAÇÃO POR IMPACTO ADVERSO. A proteção das pessoas com deficiência na realidade hodierna segue padrões diferenciados daqueles vigentes no passado. Incorporados pelo **Decreto nº 6.949, de 25/08/2009**, a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo compreendem **normas material e formalmente constitucionais**, na medida em que aprovados pelo quórum previsto no § 3º do artigo 5º da Constituição Federal e, por conseguinte, são equivalentes a Emenda à Constituição, consoante a clara dicção do citado dispositivo constitucional. **Tal norma constitucional altera a perspectiva acerca do tema**, na medida em que evidencia o papel determinante das barreiras impostas pela sociedade a esses cidadãos e releva sua responsabilidade pela extirpação desses empecilhos. Estabelece, assim, o **dever de promover adaptações razoáveis** e fixa que **a recusa implica discriminação por motivo de deficiência**, o que se coaduna com os princípios que lhe são inerentes, em especial, os da **não discriminação, da plena e efetiva participação e inclusão na sociedade, do respeito pela diferença e pela aceitação das pessoas com deficiência como parte da diversidade humana e da humanidade, da igualdade de oportunidades e da acessibilidade** (artigo 3, itens “b”, “c”, “d”, “e” e “f”). Ainda no âmbito da ONU, destaca-se **a Convenção nº 159 da Organização Internacional do Trabalho**. As obrigações assumidas pelo Estado brasileiro quanto ao tema, perante a sociedade internacional, não se esgotam no sistema das Nações Unidas. Com efeito, no âmbito do **sistema Interamericano**, a preocupação com questões trabalhistas já exsurge na **Carta da Organização dos Estados Americanos**. Na **Carta Democrática Interamericana**, de 2001, fixa-se que a garantia do exercício pleno e eficaz dos direitos dos trabalhadores, tal qual consagrado na Declaração da OIT relativa aos Princípios e Direitos Fundamentais

no Trabalho (1998), é elemento primacial para a promoção e fortalecimento da **democracia** (artigo 10). Somam-se a esses instrumentos as previsões do **Pacto de San José da Costa Rica** (1966) e do **Protocolo de San Salvador** (1988). Neste, reitera-se a obrigação de não discriminação (artigo 3) e, em relação às pessoas com deficiência, destaca-se, em seu artigo 18, que têm “[...] direito a receber atenção especial, a fim de alcançar o máximo desenvolvimento de sua personalidade”. Na seara da integração latino-americana, erigida a norma constitucional (artigo 4º, parágrafo único, da CRFB), a **Declaração Sociolaboral do Mercosul** garante a não discriminação como direito individual (artigo 1º) e, acerca das pessoas com deficiência, consigna que “[...] serão tratadas de forma digna e não discriminatória, favorecendo-se sua inserção social e no mercado de trabalho” (artigo 2º). **Atento às obrigações assumidas perante a sociedade internacional, o Estado brasileiro adotou as medidas legislativas necessárias** para concretizar os direitos humanos das pessoas com deficiência. Ratificou a **Convenção das Nações Unidas Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, de 2007**, e lhe atribui natureza jurídica **equivalente às emendas constitucionais** (artigo 5º, §3º, da Constituição Republicana) e **altera a leitura que se deve fazer do artigo 93 da Lei nº 8.213/91 e do Decreto que a regulamenta, diretriz que veio a ser ratificada posteriormente** pela **Lei nº 13.146/2015 - Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência), a qual absorve suas concepções. Reclama-se, agora, a atuação do Estado-juiz no sentido de concretizá-las.** A mencionada Convenção da ONU inova sobremaneira o sistema internacional dos direitos humanos ao alterar substancialmente o conceito de discriminação, para nele incluir “a recusa de adaptação razoável”. Adaptações razoáveis são compreendidas como “as modificações e os ajustes necessários e adequados que não acarretem ônus desproporcional ou indevido, quando requeridos em cada caso, a fim de assegurar que as pessoas com deficiência possam gozar ou exercer, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas,

todos os direitos humanos e liberdades fundamentais”. Tais mudanças objetivam densificar os princípios da inclusão e da igualdade, da não discriminação e da dignidade inerente. Na hipótese dos autos, o Tribunal Regional consignou: “Em que pese a suficiência de provas nos autos quanto a grande dificuldade de deambulação da reclamante (limitada a pequenas distâncias e com o uso de muletas), restou igualmente comprovado que a mesma pode e faz uso de cadeira de rodas” e “o equipamento em questão, embora não resolva por completo os problemas de locomoção da autora, certamente os ameniza sobremaneira, a ponto de evitar alguns dos possíveis incidentes”. Nesse passo, fixou a tese de que “inexiste no ordenamento jurídico, e mesmo no plexo das normas tuitivas do deficiente, qualquer previsão que obrigue a distribuição geográfica dos postos de trabalho” e “a mudança de local de trabalho, desde que não implique alteração do domicílio do empregado, está inserida no poder diretivo do empregador, conforme se infere do art. 469 da CLT, não configurando alteração contratual lesiva.” E concluiu: “As dificuldades relatadas pela obreira para o deslocamento da sua casa ao novo local de trabalho, e vice e versa, decorrem de condições pessoais suas, quais sejam, limitações físicas pré-existentes ao contrato de trabalho e perda do auxílio até certo momento prestado pela sua genitora, e não por culpa do reclamado”. Com o devido respeito à Corte de origem, depreende-se da leitura das citadas normas que compõem o direito internacional e também o direito interno a conclusão no sentido de que **não mais se admite postura passiva das empresas no Brasil, em face do direito às adaptações razoáveis fixado no instrumento internacional ratificado e na Lei interna. Não lhes cabe apenas oferecer vagas para pessoas com deficiência ou reabilitadas e esperar que se adequem ao perfil exigido.** Para que cumpram sua **função social** (artigos 1º, IV, e 170, *caput* e III, da CF) e o **dever de inclusão pelo trabalho** previsto no artigo 27, inclusive quanto ao direito do trabalhador com deficiência às adaptações razoáveis no posto de trabalho (artigo 27, 1, “i”, da Convenção de Nova Iorque), precisam comprovar, de forma

patente, que, de fato, adotaram ações eficazes com o fito de viabilizar a efetiva inserção dos trabalhadores com deficiência às atividades empresariais. Cabe-lhes, não apenas introduzir medidas aptas a possibilitar a criação dos postos de trabalho, mas também modificar o ambiente de trabalho para que as pessoas com deficiência possam exercer o direito à manutenção de “um trabalho de sua livre escolha ou aceitação no mercado laboral, em ambiente de trabalho que seja aberto, inclusivo e acessível ...” (artigo 27, 1), tornar efetiva a proibição de “discriminação baseada na deficiência com respeito a todas as questões relacionadas com as formas de emprego, inclusive condições de recrutamento, contratação e admissão, permanência no emprego, ascensão profissional e condições seguras e salubres de trabalho” (artigo 27, 1, “a”) e até mesmo implementar programas internos de conscientização dos demais trabalhadores a receberem os seus colegas com deficiência. No caso, o Banco réu, sabidamente uma das maiores instituições financeiras do país, com agências espalhadas por todo o território nacional, **ao optar por concentrar todos os empregados com deficiência em um local dotado de rampas e outros elementos propiciadores da acessibilidade, conquanto positiva e satisfatória para muitos (embora também possa até ser compreendida como modalidade sutil de segregação, por não viabilizar a convivência entre iguais)**, não se demonstrou suficiente e eficaz para a autora, que, de acordo com o acórdão regional, “possui severa dificuldade de deambulação em razão de ser portadora de paralisia cerebral.” Com efeito, as barreiras enfrentadas pela pessoa com deficiência não são apenas físicas, mas também culturais e atitudinais, estas, aliás, não raras vezes, muito maiores. E, no caso da recorrente, **não é aceitável que, de muletas ou mesmo de cadeira de rodas, tenha que percorrer, de ônibus ou metrô, cerca de quarenta quilômetros por dia nos trajetos de ida e volta para o local de trabalho oferecido pelo réu**, distância essa reconhecida pela Corte de origem. Como dito, constitui dever do empregador a implementação de meios eficazes e razoáveis que propiciem não apenas a inserção, mas

precipuaente, a manutenção do empregado com deficiência no emprego, de acordo com as particularidades de cada caso (conceito previsto nos artigos 2 e 27, 1, "i", da Convenção de Nova Iorque e 2º, VI, da LBI). Na situação em análise, **a autora apresentou alternativas que seriam razoáveis para o adequado retorno ao trabalho e que não acarretariam ônus excessivo ao empregador**, quais sejam: sua transferência para uma das agências bancárias indicadas e localizadas próximas à sua residência; reativação do contrato de trabalho em regime de teletrabalho; ou a disponibilização de transporte especial para ida e vinda do trabalho. Tal atitude do empregador, ao realocar a empregada de maneira a facilitar o acesso ao trabalho, não representa favor, gesto piedoso ou caridade; muito ao contrário, revela cumprimento do compromisso de inclusão social que decorre do já citado artigo 170 da Constituição, o qual, nas palavras de José Afonso da Silva, constitui um dos "princípios políticos constitucionalmente conformadores ou princípios constitucionais fundamentais" da ordem econômica e social¹, além de viabilizar o direito fundamental à igualdade de oportunidades das pessoas com deficiência, expressamente reconhecido pelo Estado brasileiro, em face da previsão contida no artigo 27, I, "a", da Convenção mencionada. Decisão regional que merece reforma. Recurso de revista conhecido e provido.

RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR. DANOS MORAIS CAUSADOS AO EMPREGADO. CARACTERIZAÇÃO. PESSOA COM DEFICIÊNCIA. RECUSA DO EMPREGADOR À PROMOÇÃO DE ADAPTAÇÕES RAZOÁVEIS. A responsabilidade civil do empregador pela reparação decorrente de danos morais causados ao empregado pressupõe a existência de três requisitos, quais sejam: a conduta (culposa, em regra), o dano propriamente dito (violação aos atributos da personalidade) e o nexo causal entre esses dois elementos. O primeiro é a ação ou omissão de alguém que produz consequências às quais o sistema jurídico reconhece relevância. É certo que esse agir de modo consciente é ainda caracterizado por ser contrário ao Direito, daí falar-se que, em princípio, a

1 SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 93.

responsabilidade exige a presença da conduta culposa do agente, o que significa ação inicialmente de forma ilícita e que se distancia dos padrões socialmente adequados, muito embora possa haver o dever de ressarcimento dos danos, mesmo nos casos de conduta lícita. O segundo elemento é o dano que, nas palavras de Sérgio Cavalieri Filho, consiste na “[...] subtração ou diminuição de um bem jurídico, qualquer que seja a sua natureza, quer se trate de um bem patrimonial, quer se trate de um bem integrante da própria personalidade da vítima, como a sua honra, a imagem, a liberdade etc. Em suma, dano é lesão de um bem jurídico, tanto patrimonial como moral, vindo daí a conhecida divisão do dano em patrimonial e moral”. Finalmente, o último elemento é o nexo causal, a consequência que se afirma existir e a causa que a provocou; é o encadeamento dos acontecimentos derivados da ação humana e os efeitos por ela gerados. Conforme amplamente dirimido no tópico anterior, a empresa, ao ignorar a sua responsabilidade e função social, que a impede de ser apenas fonte geradora de lucro, perdeu uma grande oportunidade de valorizar-se não apenas junto à autora, como também na comunidade interna e, sobretudo, junto à sociedade. Com efeito, ao se recusar a implementar condições de trabalho adequadas à empregada com sérias restrições de locomoção, decorrentes de uma paralisia cerebral, o Banco réu não exerceu seu direito potestativo de acordo com a finalidade social que deveria ser respeitada, cometendo verdadeiro abuso. Como se constata na hipótese, o dano sofrido corresponde ao desgaste e frustração da autora diante da incerteza e da ausência do trabalho. Além da privação do sustento e do exercício de atividade produtiva e remunerada. Tal situação de aflição psicológica é o sofrimento humano experimentado no presente caso. Evidenciado o dano, assim como a conduta culposa do empregador e o nexo causal entre ambos, deve ser reformado o acórdão regional que, a despeito de reconhecer a ocorrência da situação fática acima descrita, excluiu da condenação a reparação por danos morais. Outrossim, levando-se em conta a proporcionalidade, a razoabilidade e os comandos resultantes das normas jurídicas, os quais devem ser interpretados

segundo critérios que ponderem equilíbrio entre meios e fins a elas vinculados, e, ainda, de acordo com um juízo de verossimilhança e ponderação, majoro o valor da indenização por danos morais arbitrados na origem para R\$ 100.000,00 (cem mil reais), com base na extensão do dano, observando-se, para tanto, que a autora se encontra afastada do trabalho, por culpa do réu, desde agosto de 2011; foi privada do convívio social; no ambiente de trabalho e da possibilidade de demonstrar o seu potencial, como profissional, e na necessidade de se imprimir caráter pedagógico à pena. Recurso de revista conhecido e provido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista nº **TST-RR-1076-13.2012.5.02.0049**, em que é Recorrente **JULIANA APARECIDA TANSO SPIANDON** e Recorrido **ITAÚ UNIBANCO S.A.**.

A parte autora, não se conformando com a decisão do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, que negou seguimento ao recurso de revista, interpõe o presente agravo de instrumento. Sustenta que foram preenchidos todos os pressupostos legais para o regular processamento daquele recurso.

Contraminuta e contrarrazões presentes.

O Ministério Público do Trabalho opinou pelo não conhecimento do agravo de instrumento.

É o relatório.

V O T O

PROVIDÊNCIA PRELIMINAR - EXAME DA PETIÇÃO Nº 94.214/2019-2, PROTOCOLIZADA EM 23/04/2019

Por meio da petição epigrafada, o banco recorrido requer **a extinção do processo, sem resolução do mérito, alegando “perda superveniente do objeto”**. Afirma que a dispensa da autora, no curso do processo, prejudicou a pretensão.

Sem razão.

O artigo 493 do CPC de 2015 consagra o entendimento de que, sobrevindo à propositura da demanda algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito,

capaz de influir no julgamento de mérito, deverá ser aquele considerado, a fim de que o julgamento reflita exatamente o estado de fato da lide no momento da decisão.

Trata-se de arguição de “fato novo”, instituto que mereceu reforço pela nova ordem processual, de modo a prever, inclusive, sua aplicabilidade de ofício pelo Julgador. Traduz, com isso, circunstância cuja observância se impõe, quando evidenciada a relevância para o deslinde da controvérsia.

No mesmo sentido, a Súmula nº 394 do TST, já atualizada pela sistemática do CPC de 2015:

“SUM - 394 FATO SUPERVENIENTE. ART. 493 do CPC de 2015. ART. 462 DO CPC de 1973 (atualizada em decorrência do CPC de 2015) - Res. 208/2016, DEJT divulgado em 22, 25 e 26.04.2016.

O art. 493 do CPC de 2015 (art. 462 do CPC de 1973), **que admite a invocação de fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito**, superveniente à propositura da ação, **é aplicável de ofício aos processos em curso em qualquer instância trabalhista**. Cumpre ao juiz ou tribunal ouvir as partes sobre o fato novo antes de decidir.”

Todavia, no presente caso, o fato suscitado na petição – **dispensa da empregada em 16/07/2014 - não é “superveniente”**, considerando que antecedeu a interposição do recurso de revista e até mesmo o julgamento do recurso ordinário, ocorrido em 05 de maio de 2015.

Como se vê, o processo transcorreu normalmente após o citado fato e o réu teve inúmeras oportunidades para veicular sua inusitada tese de perda do objeto, sem, contudo, fazê-lo. Apenas a título de exemplo, nada mencionou a esse respeito na audiência de tentativa de conciliação realizada em 16/12/2014 (fl. 471), nas contrarrazões ao recurso de revista (fls. 608/616), nem na contraminuta ao agravo de instrumento (fls. 618/629), vindo a fazê-lo somente agora, às vésperas do julgamento do recurso de revista.

Cabe esclarecer, ainda, que **o conceito de oportunidade para alegar “fato novo”, tido como essencial ao deslinde da controvérsia, não se relaciona à ocorrência de prejuízo ou sucumbência**. Assim, é irrelevante que o acórdão regional tenha sido favorável ao réu.

Por outro lado, é certo que não se há de cogitar a perda de objeto em razão da dispensa da autora no curso de processo em que se discute, justamente, a necessidade de o banco modificar as condições de trabalho para que a empregada possa retomar a prestação de serviços.

Ora, se desde a inicial ela **admitiu que deixou de trabalhar, sem estar afastada e sem perceber salários**, exatamente porque não teria condições de se deslocar até a agência em que foi lotada e requereu “Ordem judicial para que a reclamada reative imediatamente o contrato de trabalho da reclamante, combinada à sua transferência para uma das agências bancárias arroladas abaixo (...)”, é óbvio que a rescisão do contrato de trabalho, enquanto a questão ainda está *sub judice*, não resolve a lide, tampouco lhe retira o objeto – pelo contrário, apenas confirma a pretensão resistida trazida à apreciação do Judiciário.

Eis o breve relato da causa da pedir, extraído da peça inaugural:

“Laborou normalmente até nov./2008, quando após sentir fortes dores no joelho esquerdo, foi afastada pelo INSS mediante o recebimento de auxílio doença. Em mai./2010, deu à luz seu primeiro e único filho, recebendo salário maternidade até nov./2010. Passado esse período, foi diagnosticada com condromalácea patelar e tendinite no ombro esquerdo, recebendo novo afastamento previdenciário por doença incapacitante. (doe. 5 e 13) Permaneceu afastada até ago./2011, quando seu quadro de saúde melhorou, recebendo alta previdenciária. (doc. 18) Não obstante, a reclamada se recusou a reativar o contrato de trabalho da reclamante, instruindo-a a requerer a prorrogação do benefício previdenciário junto ao INSS. Enquanto a reclamante recorria administrativamente, a reclamada adiantou os salários de ago./2011, set./2011 e out./2011. O INSS manteve o indeferimento do benefício, recusando o pedido de reconsideração por três vezes consecutivas. Segundo os médicos da autarquia, a reclamante está em perfeitas condições para trabalhar, devendo o empregador realocá-la em função compatível com suas limitações físicas. (doc. 19, 20, 21) Entretanto, mesmo tendo ciência da manutenção do indeferimento do benefício previdenciário, a reclamada se recusa a dar um trabalho compatível às limitações físicas da reclamante, inviabilizando a continuidade da prestação de serviços, (doc. 27)

Consequentemente não há pagamento de salários, sendo que a empresa já descontou da conta corrente da reclamante os salários que foram adiantados em ago./2011, set./2011 e out./2011, deixando a obreira em difícil situação financeira. Injustificável a posição da reclamada, a qual não deixa outra opção à obreira, senão valer-se da presente ação trabalhista para concretizar seus direitos.”

Por tudo isso, o pedido formulado na petição em exame merece ser integralmente rejeitado, não só por carecer de amparo jurídico, mas até por beirar a má-fé e a deslealdade processual.

Rejeito.

Apelo submetido ao CPC de 1973, exceto quanto às normas procedimentais, que serão aquelas do Diploma atual (Lei nº 13.105/2015), por terem aplicação imediata,

inclusive aos processos em curso (artigo 1046).

AGRAVO DE INSTRUMENTO

CONHECIMENTO

Conheço do agravo de instrumento, visto que presentes os pressupostos legais de admissibilidade.

MÉRITO

PROTEÇÃO JURÍDICA E ACESSO AO TRABALHO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA - DIREITO ÀS ADAPTAÇÕES RAZOÁVEIS - OBRIGAÇÕES DO ESTADO BRASILEIRO PERANTE A SOCIEDADE INTERNACIONAL - SISTEMAS DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS E INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS - DECLARAÇÃO SOCIOLABORAL DO MERCOSUL - EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS - PERSPECTIVA CONSOLIDADA PELA CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE PESSOAS COM DEFICIÊNCIA, DE 2007, APROVADA NO ÂMBITO INTERNO COM EQUIVALÊNCIA A EMENDA CONSTITUCIONAL, E PELA LEI Nº 13.146, DE 2015 - LEI BRASILEIRA DE INCLUSÃO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA (ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA). DISCRIMINAÇÃO POR IMPACTO ADVERSO.

A agravante pretende o processamento do recurso de revista às fls. 520/552. Sustenta que “sofreu paralisia cerebral na infância, doença que a deixou com graves e permanentes sequelas que provocam um mau funcionamento dos membros inferiores” e “possui um longo histórico de doenças musculares incapacitantes, todas provocadas ou agravadas pelo uso contínuo de muletas (ou cadeiras de rodas), sem as quais ela não consegue se locomover.” Aduz que, admitida em julho/2008, laborou normalmente até novembro/2008 e, em decorrência de doença incapacitante (condromalácea patelar e tendinite no ombro esquerdo), ficou afastada em benefício previdenciário até agosto/2011.

Diz que, após a alta previdenciária, “o Banco se recusou a dar um trabalho compatível às suas limitações físicas, inviabilizando a continuidade da prestação de serviços”, tendo em vista que “queria alocar a Recorrente - pessoa com graves limitações locomotivas e com longo histórico de doenças musculares - em um local extremamente

distante da sua casa, quando poderia, sem grandes custos, adaptar as condições de trabalho pré-existentes às necessidades especiais dela.”.

Alega que o local de trabalho oferecido pelo banco dista cerca de vinte quilômetros da sua residência, exigindo um deslocamento diário de quarenta quilômetros nos trajetos de ida e volta. Invoca o direito à adaptação razoável e nega que tenha se recusado a trabalhar.

Pugna para que seja restabelecida a sentença que “acolheu o pedido, determinando o Banco oferecesse um posto de trabalho em alguma das três agências localizadas próximas à residência da autora. Entendendo que a ausência de prestação de serviços ocorreu por culpa do Recorrido, determinou o pagamento dos salários e demais direitos trabalhistas durante o período de afastamento”.

Aponta violação dos artigos 1º, III, 3º, I, 4º, II, 5º, XXIII, 6º, 7º, XXII, e 170, *caput*, e III, todos da Constituição Federal; artigos 3º, VI e 37 da Lei nº 13.146/2015; 187 e 476 do Código Civil; 1º, § 2º, da Lei nº 7.853/89; 2 e 27, 1, “i”, da Convenção das Nações Unidas Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.

Eis a decisão recorrida:

“Retorno da Reclamante ao Trabalho

Postula a reclamada a reforma da r. sentença de origem para que seja absolvida da condenação consistente em oferecer posto de trabalho à reclamante em uma das agências bancárias por ela indicadas às fls. 14 dos autos e em atividade compatível com o seu estado físico. Aduz, em síntese, que a r. sentença viola o princípio da legalidade; interfere indevidamente no exercício do seu poder diretivo; e cria verdadeiro privilégio para a reclamante, em flagrante discriminação aos demais trabalhadores com deficiência física.

A reclamante, por seu turno, caso seja provido o recurso da reclamada, postula sejam julgados procedentes os pedidos subsidiários: reativar o contrato de trabalho em regime de teletrabalho ou fornecer transporte especial da sua residência ao trabalho e vice-versa.

A razão está com a reclamada, senão vejamos.

Em razão da peculiaridade do objeto da demanda, faz-se necessário um pequeno retrospecto das questões e fundamentos discutidos ao longo do processo.

A reclamante, que possui severa dificuldade de deambulação em razão de ser portadora de paralisia cerebral, ingressou com a presente reclamatória alegando que, após alta previdenciária em agosto de 2011, a reclamada não permitiu sua volta ao trabalho, apesar do INSS atestar sua aptidão para o exercício de suas atividades. Alegou, ainda, que quando da sua alta previdenciária, além das dificuldades por ela já enfrentadas para o exercício do seu trabalho, outras foram acrescidas: maior dificuldade de locomoção em razão do agravamento da sua doença e das limitações físicas dela decorrentes; sua mãe deixou de levá-la ao trabalho de carro, como ocorria até o seu afastamento; a sua equipe de trabalho foi transferida do

edifício localizado na Avenida do Estado para o Centro Empresarial do banco réu, no Jabaquara, local mais distante e de difícil acesso. Em consequência, postulou fosse o reclamado condenado a fornecer posto de trabalho em uma das agências bancárias por ela indicadas (mais próximas de sua residência); alternativamente, postulou fosse permitido realizasse suas funções em regime de teletrabalho, ou que a reclamada lhe fornecesse transporte especial, indo buscá-la em sua residência e levando-a novamente à casa ao termino do expediente.

O reclamado, por seu turno, alegou em sua defesa que a reclamante é que não quis mais retornar ao trabalho após a alta previdenciária, recusando-se a trabalhar no novo endereço da sua equipe. Aduziu, em síntese, que o novo edifício é de fácil acesso, por ser ao lado de uma estação de metrô, além de atender plenamente à exigências legais de acessibilidade, conforme certificado expedido pela Prefeitura Municipal desta Capital, razão pela qual lá trabalham 459 empregados com algum tipo de deficiência física. Sustentou, ademais, que não há amparo legal para os pedidos da reclamante.

Por meio de r. decisão de fls. 201/204, o MM. Juízo de origem concedeu a antecipação dos efeitos da tutela pretendida, determinando que o reclamado oferecesse posto de trabalho a autora, em algumas das agências por ela relacionadas na petição inicial, com o restabelecimento do pagamento de salários. A decisão antecipatória, entretanto, restou cassada por meio do mandado de segurança concedido nos autos do processo 0009393-50.2012.5.02.0000 (fls. 235/237).

Na decisão final de mérito, o juízo a quo, julgando parcialmente procedente a ação, condenou o reclamado nos mesmos termos da decisão antecipatória revogada, sob o fundamento de que as ações que visem a inserção dos deficientes físicos na sociedade e em especial no mercado de trabalho são de atribuição não só do Poder Público, mas também dos particulares, e, sendo o reclamado uma dos maiores bancos do país, seria “justo e razoável” que fosse compelido a oferecer à reclamante local de trabalho mais próximo de sua residência.

Pois bem.

Não se discute que a Constituição Federal, como forma de materializar o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF) e o objetivo fundamental da República de assegurar o bem de todos, sem qualquer discriminação (art. 3º, VI), assegura às pessoas com deficiência proteção especial destinada à sua inserção na sociedade (art. 23, II e art. 203, IV).

Dentre as medidas destinadas à inserção das pessoas com deficiência no mercado de trabalho, destaque-se a vedação à discriminação quanto a salários e critérios de admissão do trabalhador com deficiência (art. 7º, XXI, CF); a habilitação e reabilitação profissional (art. 89, Lei 8.213/91); e a reserva legal de postos de trabalho (art. 93, Lei 8.213/91).

Não se olvida, ademais, que, embora as ações que visem à inserção das pessoas com deficiência na sociedade e, em especial, no mercado de trabalho, sejam de responsabilidade prioritária do Poder Público, nos termos do art. 23, II, da Constituição Federal, do art. 4º, 1, “a”, do Decreto 6.949/2009 (Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência), e dos artigos 2º da Lei 7.853/89 e do Decreto 3.298/99, compete à sociedade, nela compreendida a iniciativa privada, papel de colaboração em tal mister. Nesse sentido, o art. 194, caput, da CF; o § 2º do art. 1º da Lei 7.853/89 e art. 5º, I, do Decreto 3.298/99.

Todavia, conforme bem observado pelo Ministério Público do Trabalho em seu abalizado parecer exarado em primeira instância (fls. 225/232) – o qual, destaque-se, posicionou contra as pretensões obreiras – em razão do princípio constitucional da legalidade (art. 5º, II, CF), basilar do Estado Democrático de Direito, os particulares somente são obrigados a adotar as medidas que lhe sejam determinadas pela lei. Posiciono-me do mesmo modo, inclusive em relação à inexistência no ordenamento jurídico, e mesmo no plexo das normas tuitivas do deficiente, qualquer previsão que obrigue a distribuição geográfica dos postos de trabalho, a adoção do regime de teletrabalho e fornecimento de transporte, a não ser, quanto a este, na forma da Lei 7.418/85. No atual cenário jurídico, cabe ao empregador avaliar a oportunidade e a conveniência de implementá-las. Decorrencia natural do seu poder diretivo, tal como se extrai do art. 2º da CLT e ainda do princípio da livre iniciativa (art. 170, CF). De se ressaltar, conforme bem posto pelo membro do MPT no seu parecer, a excessiva tutela dos trabalhadores com deficiência, para além do quanto determinado na legislação, pode, inclusive, ter o efeito inverso, de ampliar a discriminação em face destes, que passariam a ser preteridos no preenchimento dos postos de trabalho a partir de critérios tais como a distância em relação ao local de trabalho.

Nesse contexto, forçoso concluir que a questão assim posta, em termos unicamente de Direito, é suficiente para a improcedência das preensões da reclamante retro descritas (formuladas nos itens “a”, “c” e “d” da exordial). A r. sentença prolatada, nesse particular, obedeceu mais ao senso particular de justiça do n. magistrado prolator da decisão (certamente comovido pela triste situação particular da reclamante, é verdade) e menos ao direito vigente.

Noutro passo, mirando-se nas questões fáticas do vertente caso, melhor sorte não socorre a autora.

É fato incontroverso nos autos que todo o setor de trabalho da reclamante foi transferido de um prédio localizado na Avenida do Estado (nesta capital) para outro localizado no Bairro do Jabaquara. O fato, ademais, restou confirmado pelo depoimento da única testemunha patronal ouvida (fl. 167).

Ocorre que, na linha do quanto já se afirmou alhures, a mudança de local de trabalho, desde que não implique alteração do domicílio do empregado, está inserida no poder diretivo do empregador, conforme se infere do art. 469 da CLT, não configurando alteração contratual lesiva. Ademais, de se destacar que, conforme certificado expedido pela Prefeitura de São Paulo (doc. 31 da defesa – autos apartados), o edifício para o qual foi transferido o setor da reclamante atende as normas de acessibilidade, razão pela qual lá trabalham aproximadamente 460 empregados com algum tipo de deficiência.

E da leitura da exordial evidencia-se que não é a reclamada que impede o retorno da reclamante ao trabalho; antes, é esta que se recusa a trabalhar no novo local, alegando que, em razão das suas limitações físicas, o itinerário entre sua casa e o trabalho é “impossível de ser vencido” (fl. 06). Os documentos de fls. 151/152, consistente em e-mail trocados pela autora e representante do reclamado, ao contrário do quanto alegado, não demonstram a recusa do réu, mas antes sua disposição em encontrar uma solução para o impasse.

Em que pese a suficiência de provas nos autos quanto a grande dificuldade de deambulação da reclamante (limitada a pequenas distâncias e com o uso de muletas), restou igualmente comprovado que a mesma pode e faz uso de cadeira

de rodas, conforme depoimento da testemunha do réu, a qual afirmou “(...) *que a reclamante trabalhava mais de cadeiras de rodas do que de muleta(...)*”. Ora, o equipamento em questão, embora não resolva por completo os problemas de locomoção da autor, certamente os ameniza sobremaneira, a ponto de evitar alguns dos possíveis incidentes previstos pela sua testemunha (médico ortopedista) em depoimento, tais como “*bater a cabeça ao subir ou descer de um ônibus*” (fl. 166). Evidente que a vida de um cadeirante é permeada por dificuldades, especialmente na cidade de São Paulo, onde os problemas de deslocamento afetam a todos. O uso da cadeira de rodas, entretanto, tornaria ao menos “possível” o caminho de ida e volta ao trabalho.

Nada obstante, conforme bem observado pelo Ministério Público no seu já mencionado parecer de fls. 225/232, a Prefeitura de São Paulo dispõe de um sistema especial de transporte destinado exclusivamente a pessoas com deficiências físicas severas, chamado “ATENDE”, o qual foi criado em 1996 e continua em pleno funcionamento, conforme se constata da página da empresa de transportes públicos da cidade na internet (www.sptrans.com.br/passageiroespeciais/atende.aspx, acessado em 27.03.2015), e do qual a reclamante poderia se valer para o trajeto em questão. A existência do serviço especial de transporte, por si só, comprova, embora seja de todo evidente, que as dificuldades de transportes relatadas pela reclamante, longe de representar circunstância particular sua, são vivenciadas por inúmeras outras pessoas com deficiência.

Ademais, não restou comprovado de forma satisfatória nos autos o quanto mais longe é o novo local de trabalho da autora e nem o acréscimo e/ou alteração dos meios de transporte em relação àqueles que eram utilizados para o deslocamento ao endereço antigo. Ao contrário, a própria reclamante confessa em sua peça de ingresso que, até o seu afastamento previdenciário, era sua mãe é que a levava de carro até o trabalho, o que não mais ocorre em virtude desta ter conseguido um emprego, *in verbis*:

“A mãe da reclamante, Sra. Soraya, que até o afastamento levava a filha ao trabalho de carro, se empregou, não podendo mais ajudá-la no percurso” (fl. 06, § 4º).

Forçoso concluir, portanto, que as dificuldades relatadas pela obreira para o deslocamento da sua casa ao novo local de trabalho, e vice e versa, decorrem de condições pessoais suas, quais sejam, limitações físicas pré-existentes ao contrato de trabalho e perda do auxílio da até certo momento prestado pela sua genitora, e não por culpa do reclamado.

Não há, pois, conduta ilícita imputável ao banco réu, pelo que improcedem os pedidos de que o reclamado reative o contrato de trabalho por meio de oferta de posto de trabalho em uma das agências relacionadas às fls. 14 dos autos (item “a” do rol de pedidos da inicial) ou em regime de teletrabalho (item “b’), ou de fornecimento de transporte especial que busque a reclamante em casa, levando-a de volta ao final do expediente (item “c”), bem como

Nesse contexto, improcede, ainda, o pedido de pagamento dos salários de agosto de 2011 até a data de retorno ao trabalho (item “j” do rol de pedidos da exordial), já que, repita-se, é a reclamante que se recusa retornar ao trabalho no novo endereço, descumprindo a sua principal obrigação no contrato de trabalho, pelo que não faz jus à contraprestação patronal de pagar salários.

De outro lado, conforme admitido na peça de ingresso, a reclamante foi considerada

apta ao trabalho pelo INSS, não havendo determinação de reabilitação profissional por parte da autarquia previdenciária, pelo que improcede o pedido de readaptação em função compatível com as suas restrições físicas (pedido de letra “b” da inicial). Nestes termos, nego provimento ao recurso do reclamante e dou provimento ao recurso do banco réu, no particular, para: I) excluir da condenação a determinação de que o reclamado ofereça posto de trabalho à reclamante em uma das agências relacionada às fls. 14 dos autos, em atividade compatível com o estado físico da reclamante e que não exija deambulação constante; II) excluir da condenação o pagamento de salários de agosto de 2011 até o efetivo retorno ao trabalho; e III) julgar improcedentes os pedidos subsidiários de letras “c” e “d” da exordial.” (fls. 166)”

Ao exame.

A proteção das pessoas com deficiência na realidade hodierna segue padrões diferenciados daqueles vigentes no passado. Para a composição do paradigma atual, somam-se, além das normas gerais do direito internacional dos direitos humanos dos sistemas das Nações Unidas e Interamericano, a Convenção das Nações Unidas Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, de 2007; a Convenção nº 159 da OIT, de 1983; a Declaração Sociolaboral do Mercosul; a Constituição Federal de 1988; a CLT; e as Leis nºs 8.213, de 1991 e 13.146, de 2015. Tais normas devem ser lidas de forma sistêmica, observando-se a nova perspectiva acerca da tutela especial das pessoas com deficiência.

Incorporados pelo **Decreto nº 6.949, de 25/08/2009**, a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo compreendem **normas material e formalmente constitucionais**, na medida em que aprovados pelo quórum disposto no § 3º do artigo 5º da Constituição Federal.

Referido dispositivo fixa:

“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.”

Tal Diploma Normativo Internacional representou o ápice de uma série de ações desenvolvidas pela ONU voltadas ao reconhecimento e proteção dos direitos das pessoas com deficiência, a exemplo da Declaração dos Direitos das Pessoas com Deficiência Mentais, de 1971; da segunda Declaração sobre os Direitos das Pessoas deficientes, de 1982; da consagração do ano de 1981 como o Ano Internacional das pessoas deficientes; dos anos de 1983 a 1992 como a Década das Nações Unidas para

as Pessoas deficientes; e do Programa Mundial para as Pessoas Deficientes, de 1982.

A sua aprovação no âmbito interno, com base no rito procedimental previsto no citado dispositivo constitucional, tornou-a equivalente a emenda constitucional, o que significa concluir que tem o poder de **reformular a Constituição** em tudo aquilo em que, até então, com ela se mostra incompatível.

A **Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência** reitera os fundamentos da Declaração Universal dos Direitos Humanos e dos Pactos de Direitos Humanos firmados no âmbito do sistema universal das Nações Unidas. Reafirma, no particular, “[...] a universalidade, a indivisibilidade, a interdependência e a inter-relação de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais, bem como a necessidade de garantir que todas as pessoas com deficiência os exerçam plenamente, sem discriminação”. Na mesma oportunidade, reconhece “[...] que a deficiência é um conceito em evolução e [...] resulta da interação entre pessoas com deficiência e as barreiras devidas às atitudes e ao ambiente que impedem a plena e efetiva participação dessas pessoas na sociedade em igualdade de oportunidades com as demais pessoas”.

Voltada para a garantia de exercício pleno e equitativo dos direitos humanos e das liberdades fundamentais das pessoas com deficiência, define-as como “[...] aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, **em interação com diversas barreiras**, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas” (artigo 1).

Consagra de maneira ampla o direito ao trabalho e emprego “em igualdade de oportunidades com as demais pessoas”, o qual “abrange o direito à oportunidade de se manter com um trabalho de sua livre escolha ou aceitação no mercado laboral, em ambiente de trabalho que seja aberto, inclusivo e acessível a pessoas com deficiência”, e o concretiza ao prever uma série de medidas exemplificativamente enumeradas adiante.

Nesse passo, **tal norma constitucional altera a perspectiva acerca do tema**, na medida em que evidencia o papel determinante das barreiras impostas pela sociedade a esses cidadãos e revela sua responsabilidade pela extirpação desses empecilhos.

Por outro lado, também estabelece o dever de promover as adaptações razoáveis, consistentes em “[...] **modificações e os ajustes necessários e adequados** que não acarretem ônus desproporcional ou indevido, quando requeridos em cada caso, a fim de assegurar que as pessoas com deficiência possam gozar ou exercer, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, todos os direitos humanos

e liberdades fundamentais” (artigo 2; destaquei). No particular, fixa que **a recusa à promoção da adaptação razoável implica discriminação por motivo de deficiência**, o que se coaduna com os princípios que lhe são inerentes, em especial, os da não **discriminação, da plena e efetiva participação e inclusão na sociedade, do respeito pela diferença e pela aceitação das pessoas com deficiência como parte da diversidade humana e da humanidade, da igualdade de oportunidades e da acessibilidade** (artigo 3, itens “b”, “c”, “d”, “e” e “f”).

Sobredito tratado internacional de direitos humanos estabelece a obrigação dos Estados Partes de adotarem “[...] todas as medidas apropriadas para eliminar a discriminação baseada em deficiência, **por parte de qualquer pessoa, organização ou empresa privada**” (artigo 4, item “e”; destaquei). Também, determina que se promova a habilitação e reabilitação das pessoas com deficiência, começando pelo estágio mais precoce possível (artigo 26). Especificamente acerca do trabalho e emprego, explicita em seu artigo 27:

“Artigo 27 - Trabalho e emprego

1. Os Estados Partes reconhecem o direito das pessoas com deficiência ao trabalho, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas. Esse direito abrange o direito à oportunidade de se manter com um trabalho de sua livre escolha ou aceitação no mercado laboral, em ambiente de trabalho que seja aberto, inclusivo e acessível a pessoas com deficiência. Os Estados Partes salvaguardarão e promoverão a realização do direito ao trabalho, inclusive daqueles que tiverem adquirido uma deficiência no emprego, adotando medidas apropriadas, incluídas na legislação, com o fim de, entre outros:

- a) Proibir a discriminação baseada na deficiência com respeito a todas as questões relacionadas com as formas de emprego, inclusive condições de recrutamento, contratação e admissão, permanência no emprego, ascensão profissional e condições seguras e salubres de trabalho;
- b) Proteger os direitos das pessoas com deficiência, em condições de igualdade com as demais pessoas, às condições justas e favoráveis de trabalho, incluindo iguais oportunidades e igual remuneração por trabalho de igual valor, condições seguras e salubres de trabalho, além de reparação de injustiças e proteção contra o assédio no trabalho;
- c) Assegurar que as pessoas com deficiência possam exercer seus direitos trabalhistas e sindicais, em condições de igualdade com as demais pessoas;
- d) Possibilitar às pessoas com deficiência o acesso efetivo a programas de orientação técnica e profissional e a serviços de colocação no trabalho e de treinamento profissional e continuado;
- e) Promover oportunidades de emprego e ascensão profissional para pessoas com deficiência no mercado de trabalho, bem como assistência na procura, obtenção e manutenção do emprego e no retorno ao emprego;
- f) Promover oportunidades de trabalho autônomo, empreendedorismo,

- desenvolvimento de cooperativas e estabelecimento de negócio próprio;
- g) Empregar pessoas com deficiência no setor público;
- h) Promover o emprego de pessoas com deficiência no setor privado, mediante políticas e medidas apropriadas, que poderão incluir programas de ação afirmativa, incentivos e outras medidas;
- i) Assegurar que adaptações razoáveis sejam feitas para pessoas com deficiência no local de trabalho;
- j) Promover a aquisição de experiência de trabalho por pessoas com deficiência no mercado aberto de trabalho;
- k) Promover reabilitação profissional, manutenção do emprego e programas de retorno ao trabalho para pessoas com deficiência.
2. Os Estados Partes assegurarão que as pessoas com deficiência não serão mantidas em escravidão ou servidão e que serão protegidas, em igualdade de condições com as demais pessoas, contra o trabalho forçado ou compulsório.” (destaquei)

A referência ao Estado, contido no referido dispositivo, por óbvio não se limita ao Poder Executivo e leva à compreensão de que o dever atinge também o Poder Judiciário.

Ainda no âmbito internacional, destaca-se a **Convenção nº 159 da Organização Internacional do Trabalho** – OIT -, promulgada no Brasil pelo Decreto nº 129, de 22/05/1991, a qual trata especificamente da reabilitação profissional e emprego das pessoas com deficiência, atentando para a necessidade de atuação dos Estados Membros para a promoção da sua inserção profissional.

As obrigações assumidas pelo Estado brasileiro quanto ao tema, perante a sociedade internacional, não se esgotam no sistema da Organização das Nações Unidas (ONU). Com efeito, no **sistema Interamericano**, a preocupação com questões trabalhistas já exsurge na **Carta da Organização dos Estados Americanos**², a qual fixa em seu artigo 34:

“Artigo 34

Os Estados membros convêm em que a igualdade de oportunidades, a eliminação da pobreza crítica e a distribuição equitativa da riqueza e da renda, bem como a plena participação de seus povos nas decisões relativas a seu próprio desenvolvimento, são, entre outros, objetivos básicos do desenvolvimento integral. Para alcançá-los convém, da mesma forma, em dedicar seus maiores esforços à consecução das seguintes metas básicas:

[...]

- g) Salários justos, oportunidades de emprego e condições de trabalho aceitáveis

2 Carta da Organização dos Estados Americanos. Disponível em: http://www.oas.org/dil/port/tratados_A-41_Carta_da_Organiza%C3%A7%C3%A3o_dos_Estados_Americanos.htm. Acesso em: 14 nov. 2018.

para todos;”

Ademais, referida Carta define o trabalho como “[...] um direito e um dever social”, que “[...] confere dignidade a quem o realiza e deve ser exercido em condições que, compreendendo um regime de salários justos, assegurem a vida, a saúde e um nível econômico digno ao trabalhador e sua família, tanto durante os anos de atividade como na velhice, ou quando qualquer circunstância o prive da possibilidade de trabalhar” (artigo 45). Reitera, ainda, a obrigação dos Estados membros com a habilitação para o trabalho, em seu artigo 50.

Na **Carta Democrática Interamericana**³, de 2001, estabelece-se que a garantia do exercício pleno e eficaz dos direitos dos trabalhadores, tal qual consagrado na Declaração da OIT relativa aos Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho (1998), é elemento primacial para a promoção e fortalecimento da democracia (artigo 10).

Por seu turno, o **Pacto de San José da Costa Rica** (1966), incorporado ao ordenamento interno por meio do Decreto nº 678, de 06/11/1992, garante o respeito aos direitos e liberdades fundamentais sem qualquer tipo de discriminação (artigo 1), oportunidade em que estabelece a obrigação estatal de promover o desenvolvimento progressivo dos direitos econômicos, sociais e culturais:

“Artigo 26

Desenvolvimento Progressivo

Os Estados-Partes comprometem-se a adotar providências, tanto no âmbito interno como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados.”

O **Protocolo de San Salvador** (1988), incorporado ao sistema jurídico brasileiro por meio do Decreto nº 3.321, de 30/12/1999, reitera a obrigação de não discriminação (artigo 3) e positiva o direito ao trabalho, “[...] o que inclui a oportunidade de obter os meios para levar uma vida digna e decorosa por meio do desempenho de uma atividade lícita, livremente escolhida ou aceita” (artigo 6). Em relação às pessoas com deficiência, fixa:

3 Carta Democrática Interamericana. Disponível em: http://www.oas.org/OASpage/port/Documents/Democractic_Charter.htm. Acesso em: 14 nov. 2018.

“Os Estados Partes comprometem-se a adotar medidas que garantam plena efetividade do direito ao trabalho, especialmente as referentes à consecução do pleno emprego, à orientação vocacional e ao desenvolvimento de projetos de treinamento técnico-profissional, particularmente os destinados aos deficientes. Os Estados Partes comprometem-se também a executar e a fortalecer programas que coadjuvem um adequado atendimento da família, a fim de que a mulher tenha real possibilidade de exercer o direito ao trabalho.” (artigo 6, item 2)

Ainda, destaca em seu artigo 18 que as pessoas com deficiência têm “[...] direito a receber atenção especial, a fim de alcançar o máximo desenvolvimento de sua personalidade”, razão por que estabelece que os Estados Partes comprometem-se a:

- a. Executar programas específicos destinados a proporcionar aos deficientes os recursos e o ambiente necessário para alcançar esse objetivo, inclusive programas trabalhistas adequados a suas possibilidades e que deverão ser livremente aceitos por eles ou, se for o caso, por seus representantes legais;
- b. Proporcionar formação especial às famílias dos deficientes, a fim de ajudá-los a resolver os problemas de convivência e convertê-los em elementos atuantes no desenvolvimento físico, mental e emocional destes;
- c. Incluir, de maneira prioritária, em seus planos de desenvolvimento urbano a consideração de soluções para os requisitos específicos decorrentes das necessidades deste grupo;
- d. Promover a formação de organizações sociais nas quais os deficientes possam desenvolver uma vida plena.” (destaquei)

Na seara da integração latino-americana, erigida a norma constitucional (artigo 4º, parágrafo único, da CRFB), a **Declaração Sociolaboral do Mercosul**⁴ garante a não discriminação como direito individual (artigo 1º) e, acerca das pessoas com deficiência, consigna que “[...] serão tratadas de forma digna e não discriminatória, favorecendo-se sua inserção social e no mercado de trabalho” (artigo 2º). Nesse passo, celebra o comprometimento dos Estados Partes em:

“[...] adotar medidas efetivas, especialmente no que se refere à educação, formação, readaptação e orientação profissional, à adequação dos ambientes de trabalho e ao acesso aos bens e serviços coletivos, a fim de assegurar que as pessoas portadoras de necessidades especiais tenham a possibilidade de desempenhar uma atividade produtiva.” (artigo 2º)

4 Declaração Sociolaboral do Mercosul. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/deconu/a_pdf/dec_sociolaboral_mercosul.pdf. Acesso em: 14 nov. 2018.

Atento às obrigações assumidas perante a sociedade internacional, o Estado brasileiro adotou as medidas legislativas necessárias para concretizar os direitos humanos das pessoas com deficiência. Ratificou a **Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, de 2007**, mediante quórum qualificado, de forma a incorporá-la no ordenamento interno como **equivalente às emendas constitucionais** (artigo 5º, § 3º, da Constituição Republicana) e **altera a leitura que se deve fazer do artigo 93 da Lei nº 8.213/91 e do Decreto que a regulamenta, diretriz que veio a ser ratificada posteriormente pela Lei nº 13.146/2015 - Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência)**, que absorve suas concepções. **Reclama-se, agora, a atuação do Estado-juiz no sentido de concretizá-las.**

A mencionada Convenção da ONU inova sobremaneira o sistema internacional dos direitos humanos ao alterar substancialmente o conceito de discriminação para nele incluir “a recusa de adaptação razoável” (artigo 2), e conceituar as **adaptações razoáveis** como “as modificações e os ajustes necessários e adequados que não acarretem ônus desproporcional ou indevido, quando requeridos em cada caso, a fim de assegurar que as pessoas com deficiência possam gozar ou exercer, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, todos os direitos humanos e liberdades fundamentais”. Tais mudanças objetivam densificar os **princípios da inclusão e da igualdade, da não discriminação e da dignidade inerente.**

Por outro lado, a promulgação da citada **Lei nº 13.146/2015** “foi consequência direta das obrigações impostas ao Brasil pela Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, que equivalem, no direito interno brasileiro, às emendas constitucionais formais, por força de sua aprovação nos moldes previstos no § 3.º do art. 5.º da Constituição.”⁵

Reitera na legislação nacional as concepções que norteiam a Convenção da ONU e pauta-se por princípios inerentes às pessoas com deficiência. Dentre eles, os princípios da inclusão⁶ e da igualdade (entre outros, artigos 3º e 5º da Convenção da ONU sobre pessoas com deficiência, de 2007; e 3º, 24, 25, 28, XIII, XIV, XVI, 30, II, 31, 44 e 55 do Estatuto da pessoa com deficiência) e da não discriminação (entre outros, artigos 3º e 5º da Convenção da ONU sobre pessoas com deficiência, de 2007; e 4º, § 1º, 23, 44, § 1º, 51, § 1º, da Lei nº 13.146/2015).

5 MAZZUOLI, Valério. Curso de Direitos Humanos. 6.ª ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019. p. 374.

6 Entre outros, artigos 2º, 3º, 18, 27 e 34 da Lei nº 13.146/2015; e artigos 3º, 19 e 20 da Convenção da ONU sobre pessoas com deficiência, de 2007.

Nesse contexto, o **princípio da inclusão ou efetiva participação** é compreendido como aquele que

“[...] visa a garantir a eliminação das barreiras que podem obstruir a participação plena e efetiva da pessoa com deficiência na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas, seja por meio de medidas de acessibilidade de todos os tipos (física, arquitetônica, atitudinal, tecnológica, de comunicação), nas searas do trabalho, da educação inclusiva etc., ou seja, esse princípio visa que a PCD tenha plena e efetiva participação em todas as facetas da vida em sociedade.”⁷

Já o **princípio da igualdade**, “[...] reconhece que todas as pessoas são iguais perante e sob a lei e que fazem jus, sem qualquer discriminação, à igual proteção, igual benefício da lei e igualdade de oportunidades, ou seja, ele tem uma feição de obrigação de fazer [...]”⁸.

O **princípio da não discriminação**, por seu turno, possui natureza de obrigação de não fazer, na medida em que

“[...] proíbe qualquer distinção, restrição ou exclusão, por ação ou omissão, que tenha o propósito ou o efeito de prejudicar, impedir ou anular o reconhecimento ou exercício dos direitos e das liberdades fundamentais de pessoa com deficiência, incluindo a recusa de adaptações razoáveis e de fornecimento de tecnologias assistidas [...]”⁹.

No contexto normativo da inclusão pelo trabalho, a Lei nº 8.213/91, no seu artigo 93, impõe às empresas com 100 ou mais empregados o preenchimento de determinado percentual dos seus cargos, conforme tabela que apresenta (até 200

7 LORENTZ, Lutiana Nancur. A norma da igualdade e o trabalho das pessoas com deficiência À luz da Convenção sobre Direitos das pessoas com deficiência da ONU, de 2006 e do Estatuto das pessoas com deficiência – Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015. São Paulo: LTr, 2016, p. 28.

8 LORENTZ, Lutiana Nancur. A norma da igualdade e o trabalho das pessoas com deficiência À luz da Convenção sobre Direitos das pessoas com deficiência da ONU, de 2006 e do Estatuto das pessoas com deficiência – Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015. São Paulo: LTr, 2016, p. 28-29.

9 LORENTZ, Lutiana Nancur. A norma da igualdade e o trabalho das pessoas com deficiência À luz da Convenção sobre Direitos das pessoas com deficiência da ONU, de 2006 e do Estatuto das pessoas com deficiência – Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015. São Paulo: LTr, 2016, p. 29.

empregados - 2%; de 201 a 500 empregados - 3%; de 501 a 1.000 empregados - 4%; e de 1.001 empregados em diante - 5%), com beneficiários reabilitados ou pessoas portadoras de deficiência, habilitadas.

Pois bem.

Na hipótese dos autos, o Tribunal Regional consignou: “Em que pese a suficiência de provas nos autos quanto a grande dificuldade de deambulação da reclamante (limitada a pequenas distâncias e com o uso de muletas), restou igualmente comprovado que a mesma pode e faz uso de cadeira de rodas” e “o equipamento em questão, embora não resolva por completo os problemas de locomoção da autor, certamente os ameniza sobremaneira, a ponto de evitar alguns dos possíveis incidentes”.

Nesse passo, fixou a tese de que “inexiste no ordenamento jurídico, e mesmo no plexo das normas tuitivas do deficiente, qualquer previsão que obrigue a distribuição geográfica dos postos de trabalho” e “a mudança de local de trabalho, desde que não implique alteração do domicílio do empregado, está inserida no poder diretivo do empregador, conforme se infere do art. 469 da CLT, não configurando alteração contratual lesiva.”

E concluiu: “As dificuldades relatadas pela obreira para o deslocamento da sua casa ao novo local de trabalho, e vice e versa, decorrem de condições pessoais suas, quais sejam, limitações físicas pré-existentes ao contrato de trabalho e perda do auxílio da até certo momento prestado pela sua genitora, e não por culpa do reclamado”

Com o devido respeito à Corte de origem, depreende-se da leitura das citadas normas que compõem o direito internacional e também o direito interno que **não mais se admite postura passiva das empresas no Brasil, em face do direito às adaptações razoáveis fixado no instrumento internacional ratificado e na Lei interna. Não lhes cabe apenas oferecer vagas para pessoas com deficiência ou reabilitadas e esperar que se adequem ao perfil exigido.** Para que cumpram sua **função social** (artigos 1º, IV, e 170, *caput* e III, da CF) e o dever de inclusão pelo trabalho previsto no artigo 27, inclusive quanto ao direito do trabalhador com deficiência às adaptações razoáveis no posto de trabalho (artigo 27, 1, “i”, da Convenção de Nova Iorque), precisam comprovar, de forma patente, que, de fato, adotaram ações eficazes com o fito de viabilizar a efetiva inserção dos trabalhadores com deficiência às atividades empresariais.

Cabe-lhes, não apenas introduzir medidas aptas a possibilitar a criação dos postos de trabalho, mas também modificar o ambiente de trabalho para que as pessoas com deficiência possam exercer o direito à manutenção de “um trabalho de sua livre escolha ou aceitação no mercado laboral, em ambiente de trabalho que seja

aberto, inclusivo e acessível..." (artigo 27, 1); tornar efetiva a proibição de "discriminação baseada na deficiência com respeito a todas as questões relacionadas com as formas de emprego, inclusive condições de recrutamento, contratação e admissão, permanência no emprego, ascensão profissional e condições seguras e salubres de trabalho" (artigo 27, 1, "a") e **até mesmo implementar programas internos de conscientização dos demais trabalhadores a receberem os seus colegas com deficiência.**

A propósito, veja-se a lição de Lauro Luiz Gomes Ribeiro:

"Dentro deste contexto, fica claro que o processo de inclusão social não pode se limitar a incorporar os excluídos a um padrão básico de vida, preparando-o para sobreviver nesta sociedade e sim proceder a mudanças estruturais que permitam a todos viverem em igualdade de condições, com equiparação de oportunidades em todas as áreas, ou seja, é necessário instrumentalizar as pessoas com deficiência para que possam usufruir com independência, autonomia e liberdade as mesmas oportunidades oferecidas aos demais cidadãos, compensando-lhes alguns prejuízos, mas não e nunca pretendendo estabelecer os limites de até onde podem chegar; tal tarefa é exclusiva dela."¹⁰

Ao lado desses deveres, também lhes é devido implementar as modificações específicas no posto de trabalho, em cada caso, direcionadas ao pleno exercício do direito ao trabalho e ao emprego (artigo 27, 1, "i").

Trata-se de cumprir o correlato dever, posteriormente ratificado no artigo 3º, VI, da LBI, consistente em promover as adaptações razoáveis, assim definidas:

"VI - adaptações razoáveis: adaptações, modificações e ajustes necessários e adequados que não acarretem ônus desproporcional e indevido, **quando requeridos em cada caso**, a fim de assegurar que a pessoa com deficiência possa gozar ou exercer, em igualdade de condições e oportunidades com as demais pessoas, todos os direitos e liberdades fundamentais;"

Observa-se que o citado dispositivo particulariza as mudanças necessárias em virtude da condição peculiar de cada pessoa, ao valer-se da expressão "quando requeridos em cada caso".

Tem-se, assim, nova realidade normativa incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro, a partir da ratificação da multicitada Convenção de Nova Iorque, a qual provocou radical alteração na doutrina e certamente o fará na jurisprudência, em virtude dos novos conceitos que introduziu.

Um deles diz respeito exatamente às obrigações decorrentes da aplicação

10 MUNIZ, Lauro Luiz Gomes. Manual dos direitos das pessoas com deficiência. São Paulo: Verbatim, 2010. p. 38.

do direito às adaptações razoáveis, este já mencionado, como também por introduzir a denominada “discriminação por impacto adverso”.

Em relação ao primeiro – **direito fundamental à adaptação razoável** -, convém ressaltar a sua origem no direito americano, a partir da aprovação do *Equal Employment Opportunity Act* de 1972, cuja finalidade consistiu no combate à discriminação no mercado de trabalho e se difundiu em demandas voltadas ao campo da discriminação religiosa, mais tarde ampliada no *Americans with Disabilities Act* – ADA, em 1990, e também disseminada no Canadá, precisamente a partir de 1970, mediante construção jurisprudencial, como assinala Letícia de Campos Velho Martel¹¹.

Por isso, mostra-se conveniente recorrer, ainda que como alternativa de suporte à interpretação do tema, às luzes advindas da doutrina e da jurisprudência formadas nesses países e, no mesmo trabalho citado, a autora discorre longamente sobre julgados da Suprema Corte dos dois países e do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, para, ao final, propor o que denomina de “**hermenêutica constitucional inclusiva**” fundada na premissa segundo a qual, com a incorporação no direito brasileiro da citada Convenção e equivalência a emenda constitucional, “todos os enunciados normativos prévios e futuros sobre deficiência carecem de redação e interpretação conforme o texto magno”¹².

Mais precisamente quanto à adaptação razoável e atuação do Judiciário, diz:

“A adaptação razoável, como exhibe a casuística estrangeira e internacional, acontece normalmente para excepcionar um ato normativo geral, ou regras gerais entre particulares, acomodando-os às necessidades de uma pessoa, na singularidade dos obstáculos que um corpo ou uma mente enfrentam. Portanto, é um espaço no qual o órgão judicante poderá ser chamado a atuar sem problemas marcantes, seja pela ausência de previsões na seara legislativa ou na administrativa, seja exatamente para excepcionar os enunciados gerais oriundos destas funções estatais”¹³.

Ao se referir à titularidade desse “**direito fundamental à adaptação razoável**”, diz pertencer a todas as pessoas com deficiência, “desde que possuam as competências, qualificações, títulos, etc., necessários ao cargo, função ou atividade para a qual pleiteiam a adaptação”¹⁴.

11 MARTEL, Letícia de Campos Velho – Adaptação Razoável: o novo conceito sob as lentes de uma gramática constitucional inclusiva. SUR Revista Internacional de Direitos Humanos. ISSN 1806-6445. V. 8, n.º 14 (Dez 2011), p. 89-113.

12 Autora e obra citadas, p. 103.

13 Autora e obra citadas, p. 104.

14 Autora e obra citadas, p. 105.

De referência ao alcance do conceito, claramente assevera não se limitar ao **ambiente físico de trabalho**, como à primeira vista pode parecer. Muito ao contrário:

“A respeito dos componentes da locução adaptação razoável, entende-se que adaptação se refere a todas as modificações, ajustes, amoldamentos e mesmo flexibilizações a serem efetuados no ambiente material e normativo no qual é pleiteada, mediante emprego dos mais diversos mecanismos, **desde técnicas, tecnologias, revisão de procedimentos, até exceções no horário e local de trabalho, realização de tarefas, atividades acadêmicas, etc.**”¹⁵.

Quanto à compreensão do que seja razoável, propõe seja interpretado à luz do que possa ser compreendido como ônus indevido, considerando ser exceção prevista na própria norma:

“Recomenda-se que o termo razoável seja interpretado como o que é *eficaz* para adaptar o ambiente material e normativo às necessidades da pessoa com deficiência com o mínimo de segregação e estigma possível, com atenção às particularidades que tornam permissível excepcionar ou flexibilizar enunciados e práticas gerais. *Eficaz* não se restringe apenas a aspectos práticos, pelo contrário, é extensível a aspectos menos palpáveis, como evitar o estigma, a humilhação, o constrangimento.”¹⁶

Atento à possibilidade de não ser atendido esse dever que, ao mesmo tempo, constitui direito fundamental assegurado às pessoas com deficiência, o legislador particularizou o **conceito de discriminação, para nele incluir a recusa em promovê-las**, como se constata no artigo 4º, 1º, da LBI:

“§ 1º Considera-se discriminação em razão da deficiência toda forma de distinção, restrição ou exclusão, por ação ou omissão, que tenha o propósito ou o efeito de prejudicar, impedir ou anular o reconhecimento ou o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais de pessoa com deficiência, incluindo a recusa de adaptações razoáveis e de fornecimento de tecnologias assistivas.”

Ao fazê-lo, concretizou e detalhou (embora sequer fosse necessário, considerando a natureza jurídica da norma internacional), o conceito de “**discriminação por motivo de deficiência**” previsto na Convenção de Nova Iorque (artigo 2):

15 Autora e obra citadas, p. 105 – grifos postos.

16 Autora e obra citadas, p. 106.

“Discriminação por motivo de deficiência” significa qualquer diferenciação, exclusão ou restrição baseada em deficiência, com o propósito ou efeito de impedir ou impossibilitar o reconhecimento, o desfrute ou o exercício, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais nos âmbitos político, econômico, social, cultural, civil ou qualquer outro. Abrange todas as formas de discriminação, inclusive a recusa de adaptação razoável;”

A esse respeito, convém destacar trabalho elaborado pelo Desembargador do Trabalho, Ricardo Tadeu Marques da Fonseca, a respeito da evolução conceitual tratada na norma internacional:

“Quero destacar apenas alguns aspectos para reforçar a minha argumentação. A Convenção esclarece que os mecanismos criados pelas pessoas com deficiência para que possam comunicar-se, movimentar-se, participar da vida social não devem ser tidos como meras curiosidades, mas como expressões legítimas da sua condição e absorvidas pela sociedade, para que as barreiras que a própria sociedade as impõe sejam afastadas. Atribui-se, ademais, à própria sociedade a missão de criar instrumentos a partir do conceito de ‘desenho universal’, que a capacitem a vencer as próprias deficiências em face dos cidadãos, cujos impedimentos pessoais são atendidos pela presente norma constitucional e internacional. Trata-se, portanto, de se estabelecer uma via de mão dupla entre o cidadão com deficiência e o seu meio. Outro ponto relevantíssimo é a definição de discriminação. Nesse passo, a Convenção repreende tanto a intenção de excluir, diferenciar ou restringir direitos de pessoas com deficiência, quanto a constatação objetiva de que tal se opera em determinada sociedade. É o que se revela na expressão ‘que resulte em’, presente no citado artigo 2. Essa constatação dá-se pela mera análise estatística da realidade de cada povo. A falta de participação ou inserção de pessoas com deficiência em clubes, empresas, escolas ou em atividades como lazer, turismo, esporte, entre outras, já evidencia a discriminação. Mas não só isso. Quando se opera a ‘recusa’ em se providenciarem as adaptações necessárias, também aí evidenciar-se-á a discriminação. Nisso a Convenção inova e já é possível verificar um efeito imediato na legislação pátria. Se a deficiência é tida como algo inerente à diversidade humana, é possível afirmar, sem qualquer jogo de palavras, que as pessoas cegas, surdas, paraplégicas, tetraplégicas, etc, apresentam atributos, como já disse, que devem ser equiparados aos demais atributos humanos, como gênero, raça, idade, orientação sexual, origem, classe social, entre outros. Tais atributos, porém, não contêm qualquer deficiência. A deficiência está, doravante, nas barreiras sociais que excluem essas pessoas do acesso aos direitos humanos básicos. Trocando em miúdos, quero dizer que a deficiência não está na pessoa, e sim na sociedade, que deve, como determinam todos os demais dispositivos da Convenção da ONU, buscar políticas públicas para que os detentores daqueles atributos outrora impeditivos emancipem-se.¹⁷”

17 FONSECA, R. T. M. . O novo conceito constitucional de pessoa com deficiência: um ato de coragem. In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, George Salomão; LEITE, Glauber Salomão; LEITE, Glauco Salomão. (Org.). Manual dos direitos da pessoa com deficiência. São Paulo: Saraiva, 2012 , p. 19-32.

(destaquei)

Retomo a doutrina de Letícia de Campos Velho Martel, ao assinalar, como dito acima, que a Convenção também introduziu no direito brasileiro a “discriminação por impacto adverso”, a qual

“ocorre quando medidas públicas ou privadas que não são discriminatórias em sua origem nem estão imbuídas de intuito discriminatório, acabam por ensejar manifesto prejuízo, normalmente em sua aplicação, a alguns grupos minoritários, cujas características físicas, psíquicas ou modos de vida escapam ao da generalidade das pessoas a quem as políticas se destinam”¹⁸.

Solução, portanto, há e haverá de ser encontrada. A empresa, hoje, não mais pode ser apenas fonte – legítima, friso - de lucro. **Ao contrário, o artigo 170 da Constituição Federal, ao consagrar o direito ao exercício de atividade econômica, deixa claro o seu condicionamento aos princípios nele fincados, entre os quais se encontra o valor social do trabalho.**

Significa, portanto, dizer que o dispositivo legal objeto de impugnação consagra **verdadeira ação afirmativa** em benefício de pessoas que são excluídas do mercado de trabalho e muitas vezes sem **condições de provar o seu potencial**, a sua adaptabilidade e a possibilidade de convivência com a rotina da empresa. Simplesmente o acesso lhes é negado.

Não se trata de determinar o frio cumprimento da lei ou de criação de empregos de caráter subalterno apenas para pessoas com deficiência. **Os empregos deverão ser dignos**, como, aliás, são todas as pessoas, com deficiência ou não, merecedoras da chance de poder mostrar o seu valor e o seu potencial.

Ressalte-se que a jurisprudência desta Corte Superior tem adotado entendimento consonante com o que ora se defende, conforme se infere dos precedentes abaixo transcritos. Embora alguns deles tratem de temas transversais, encampam, na essência, o **direito fundamental à inclusão das pessoas com deficiência**:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. AÇÃO ANULATÓRIA. AUTO DE INFRAÇÃO. NÃO PREENCHIMENTO DAS VAGAS DESTINADAS A PESSOAS COM DEFICIÊNCIA OU REABILITADAS PELA PREVIDÊNCIA SOCIAL. CUMULAÇÃO COM A CONTRATAÇÃO DE APRENDIZES EM PERCENTUAL AQUÉM DO PREVISTO EM LEI. EVIDÊNCIA DE OMISSÃO DA EMPRESA AUTORA NA OBSERVÂNCIA ÀS OBRIGAÇÕES SOCIAIS LEGALMENTE IMPOSTAS. MULTA ADMINISTRATIVA. CABIMENTO.

18
Autora e obra citadas, p. 106.

Demonstrado no agravo de instrumento que o recurso de revista preenchia os requisitos do art. 896 da CLT, quanto ao tema em epígrafe, dá-se provimento ao agravo de instrumento, para melhor análise da arguição de violação aos arts. 628 da CLT e 93 da Lei nº 8.213/91, suscitada no recurso de revista. Agravo de instrumento provido. RECURSO DE REVISTA. AÇÃO ANULATÓRIA. AUTO DE INFRAÇÃO. NÃO PREENCHIMENTO DAS VAGAS DESTINADAS A PESSOAS COM DEFICIÊNCIA OU REABILITADAS PELA PREVIDÊNCIA SOCIAL. CUMULAÇÃO COM A CONTRATAÇÃO DE APRENDIZES EM PERCENTUAL AQUÉM DO PREVISTO EM LEI. EVIDÊNCIA DE OMISSÃO DA EMPRESA AUTORA NA OBSERVÂNCIA ÀS OBRIGAÇÕES SOCIAIS LEGALMENTE IMPOSTAS. MULTA ADMINISTRATIVA. CABIMENTO. A Constituição Federal de 1988, em seus princípios e regras essenciais, estabelece enfática direção normativa inclusiva e antidiscriminatória. Ao fixar como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), o Texto Máximo destaca, entre os objetivos da República, promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, IV). A situação jurídica do obreiro com deficiência encontrou, também, expressa e significativa matiz constitucional, que, em seu artigo 7º, XXXI, da CF, estabelece a 'proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência'. Acrescenta-se que, a partir do disposto no art. 5º, § 2º, da Lei Maior, o amparo normativo assecuratório dos direitos das pessoas com deficiência não se exaure nas normas positivadas expressa e formalmente no texto constitucional, porquanto ele deixa claro que os direitos e garantias nele contidos não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ele adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. Nesse sentido, tem-se que o disposto na Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência - primeiro instrumento internacional incorporado formalmente à Constituição brasileira, mediante o rito diferenciado previsto no art. 5º, § 3º, da Lei Maior - evidencia que a proteção para os direitos dos portadores de deficiência também se encontra alçada ao patamar normativo internacional. Resta patente, portanto, a relevância da proteção normativa conferida às pessoas com deficiência, alçada no âmbito internacional, incorporada pela Constituição Federal e que deve ser observada pela legislação infraconstitucional. Nesse sentido, depreende-se que tais preceitos inspiraram a instituição da Lei nº 13.146/2015 - Estatuto da Pessoa com Deficiência - que apresenta, no Capítulo II, tutela específica voltada a disciplinar o direito à habilitação e reabilitação da pessoa com deficiência, e, em consequência, também integra, no Capítulo VI, tratamento normativo para o direito ao trabalho para a pessoa com deficiência. Por outro lado, a legislação previdenciária, desde 1991, em teleologia normativa reafirmada no posterior Estatuto da Pessoa com Deficiência, já instituía o sistema de cotas para obreiros beneficiários reabilitados ou pessoas com deficiência (caput do art. 93 da Lei n. 8213/91), que é incidente para as empresas que tenham 100 (cem) ou mais empregados. Em suma, a ordem jurídica repele o esvaziamento precarizante do trabalho prestado pelas pessoas com deficiência, determinando a sua contratação de acordo com o número total de empregados e percentuais determinados, bem como fixando espécie de garantia de emprego indireta, consistente no fato de que a dispensa desse trabalhador '... só poderá ocorrer após a contratação de substituto de condição semelhante' (parágrafo primeiro, in fine, do art. 93, Lei n. 8213/91).

No caso dos autos, consta no acórdão regional que a empresa Autora da presente ação anulatória possui cerca de 3.723 empregados, o que lhe impõe a obrigação de ter, em seu quadro funcional, 5% desse número preenchido com trabalhadores beneficiários reabilitados ou pessoas com deficiência (art. 93, IV, da Lei nº 8.213/91), ou seja, deveria ter pelo menos 186 dos seus empregados nessa condição. Todavia, está incontroverso que, na fiscalização realizada em 2008, a empresa apenas mantinha 64 trabalhadores com deficiência, sendo certo que, ao tempo da lavratura do auto de infração impugnado, em março de 2010, apenas possuía 52 empregados, o que totaliza aproximadamente 1,4% - percentual bastante aquém do legalmente previsto. Por outro lado, há de se ponderar que, conforme se extrai do acórdão recorrido, a empresa Autora também descumpria o percentual mínimo de contratação de aprendizes, uma vez que, dos 3.723 empregados, apenas 38 eram aprendizes, o que perfaz aproximadamente 1% do número de seus empregados -, concluindo-se que a empresa também não cumpria a obrigação imposta no art. 429 da CLT. Vale dizer, do cenário fático delineado, evidencia-se que a empresa vinha se descuidando progressivamente do cumprimento das obrigações sociais que lhe são legalmente impostas, em cumulativa afronta aos comandos normativos que emanam dos arts. 93 da Lei nº 8.213/91 e 429 da CLT. Assim, diante de todo o substancial tratamento que o ordenamento jurídico nacional e internacional apresenta para a tutela dos direitos dos trabalhadores com deficiência e reabilitados, nos moldes exaustivamente expostos, chega-se à ilação de que não se pode prestigiar condutas empresariais que notadamente descumprem tais comandos e que demonstram uma postura de descaso com o reiterado inadimplemento das obrigações sociais. Logo, considerando que, com base no art. 628 da CLT, a toda verificação em que o Auditor-Fiscal do Trabalho aferir a existência de violação de preceito legal deve corresponder a lavratura de auto de infração, conclui-se que deve ser julgado improcedente o pedido veiculado na presente ação anulatória de débito fiscal. Recurso de revista conhecido e provido.” (RR-798-17.2013.5.04.0018, Relator Ministro: Mauricio Godinho Delgado, 3ª Turma, DEJT 03/06/2016);

“AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. EMPREGADOS BENEFICIÁRIOS REABILITADOS OU PESSOAS COM DEFICIÊNCIA. CUMPRIMENTO DE PERCENTUAL LEGAL. ART. 93 DA LEI N.º 8.213/91. IMPOSSIBILIDADE. MATÉRIA FÁTICA. SÚMULA N.º 126 DO TST. INCIDÊNCIA. Hipótese em que o Regional, na esteira na sentença, reconheceu a validade de Auto de Infração por constatar que a Autora deixou de atender às disposições contidas no art. 93 da Lei n.º 8.213/1991, não tendo sequer demonstrado ter envidado esforços suficientes para fazê-lo. A par disso, a reforma do julgado somente seria possível por meio de novo exame de fatos e provas, o que é vedado na atual fase recursal, nos termos da Súmula n.º 126 do TST. Neste sentido, seguem precedentes desta Casa, inclusive originário desta 4.ª Turma (AIRR - 1041-34.2012.5.03.0111, Relator: Ministro João Oreste Dalazen, 4.ª Turma, DEJT 14/8/2015). Agravo de Instrumento conhecido e não provido.” (AIRR-1361-95.2013.5.02.0008, Relatora Ministra: Maria de Assis Calsing, 4ª Turma, DEJT 20/11/2015);

“AGRAVO DE INSTRUMENTO - RECURSO DE REVISTA - NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL - NÃO CONFIGURAÇÃO - EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS

E TELÉGRAFOS (ECT) - EMPREGADA PORTADORA DE NECESSIDADES ESPECIAIS - DESPEDIDA - MOTIVO VÁLIDO - NECESSIDADE - DEVER DE IMPLEMENTAR ADAPTAÇÕES RAZOÁVEIS A PROPICIAR MANUTENÇÃO NO EMPREGO - DIREITOS HUMANOS - NORMAS INTERNACIONAIS, CONSTITUCIONAIS E LEGAIS 1 - Hipótese em que o TRT nega provimento ao recurso ordinário da Reclamada (ECT), mantendo a determinação de reintegração da Reclamante, pessoa portadora de necessidades especiais, despedida antes do término do período de experiência, com base em parecer de equipe avaliadora. Apelo fundado em alegações de nulidade por negativa de prestação jurisdicional, ausência de necessidade de motivação do ato, inexistência de estabilidade e ausência do dever de adaptação do local de trabalho. 2 - Se o TRT reputou inválida a despedida da Reclamante, porquanto a própria Agravante limitou seu poder diretivo ao criar normas em Edital de concurso que asseguram a aplicação da legislação protetiva ao portador de necessidades especiais, não há como reconhecer a ausência de jurisdição em relação à aplicabilidade, ou não, da Súmula n.º 390, I, do TST ao caso. Não violados os arts. 93, IX, da Constituição da República e 832 da CLT. 3 - A validade do ato de despedida da Reclamante pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT) estava condicionada à explicitação de motivo válido, expondo de maneira circunstanciada as causas e as particularidades que ensejaram a decisão. Não se dispensava parecer de equipe multiprofissional, a ser formada de acordo com o que determina o art. 43 do Decreto n.º 3.298/99 (que regulamenta a Lei n.º 7.853/89, que, por sua vez, dispõe sobre a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, consolida as normas de proteção, e dá outras providências). Precedentes do STF e inteligência da Orientação Jurisprudencial n.º 247, II, da SBDI-1 do TST. 4 - Também constitui dever da Reclamada a implementação razoável de meio eficaz que propicie a manutenção da Reclamante no emprego. Em realidade, é dever de todos os órgãos e entidades da Administração direta e indireta tratamento prioritário e adequado aos assuntos objetos desta Lei n.º 7.853/89, tendente a viabilizar medidas de promoção de ações eficazes que propiciem a inserção, nos setores público e privado, de pessoas portadoras de deficiência (art. 2.º, parágrafo único e III, 'c', da Lei n.º 7.853/89). Mas não é só: trata-se também de respeitar direitos humanos, protegidos constitucionalmente nas regras e princípios que emanam dos arts. 1.º, III e IV, 3.º, IV, 24, XIV, 203, IV, 227, § 2.º, e 244 da Constituição da República. Nas relações privadas de emprego, há de se observar a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, decorrente do princípio da dignidade da pessoa humana. Assim, considerando que os direitos fundamentais refletem o norte axiológico da sociedade, então sua observância, respeito e efetividade não devem se restringir ao Estado, mas a toda e qualquer relação jurídica, seja ela de direito público ou de direito privado. No plano internacional, há de se recordar que o Brasil é signatário, desde 30/3/2007, da Convenção da Organização das Nações Unidas - ONU sobre os Direitos de Pessoas com Deficiência. Este é, em realidade, o primeiro - e até agora o único - tratado internacional com estatuto de norma constitucional da história do nosso País, por força de sua aprovação, pelo rito de emenda à Constituição (art. 5.º, § 3.º), resultante no Decreto n.º 6.949, de 26/8/2009. Não custa recordar, ainda, que 'negar, sem justa causa, a alguém, por motivos derivados de sua deficiência, emprego ou trabalho' constitui tipo penal descrito no art. 8.º, III, da Lei n.º 7.853/89. Agravado de instrumento a que se nega provimento." (AIRR-142140-04.2004.5.03.0036, Relator Juiz Convocado: Douglas

Alencar Rodrigues, 6ª Turma, DEJT 11/12/2009);

“AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA DA RÉ - CONTRATAÇÃO DE PORTADORES DE NECESSIDADES ESPECIAIS OU REABILITADOS - PREENCHIMENTO DAS VAGAS - RESPONSABILIDADE DA RECLAMADA. Nos termos do art. 93 da Lei nº 8.213/91, as empresas com mais de 100 empregados devem reservar vagas para os portadores de necessidades especiais e os reabilitados. O injustificado descumprimento da referida norma legal autoriza a imposição da obrigação de contratar pessoas com deficiência ou reabilitados para o preenchimento da quota legal. Na hipótese, o Tribunal Regional, com base nos fatos e provas da causa, deixou claro que o descumprimento da cota ocorreu por culpa da reclamada, pois exigia formação, experiência e requisitos além dos necessários para o desempenho da função e limitava o acesso às vagas apenas a determinado grupo de deficientes. É inadmissível o recurso de revista quando necessário o reexame dos fatos e provas da causa para o acolhimento da pretensão recursal. Incide a Súmula nº 126 do TST. Agravo de instrumento da ré desprovido. RECURSO DE REVISTA DO PARQUET - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - DANO IMATERIAL COLETIVO - NÃO PREENCHIMENTO DAS VAGAS RESERVADAS PARA PESSOAS COM DEFICIÊNCIA - OFENSA A DIREITO DIFUSO - DIREITO FUNDAMENTAL À IGUALDADE MATERIAL - EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. A Constituição Federal de 1988 reconhece a necessidade de reparação da coletividade, quando atingidos, por meio de conduta ilícita, valores assentados na Carta de 1988 e que detém titularidade transindividual. É imperativa a afirmação do direito à reparação por dano imaterial coletivo, que, de forma tecnicamente inadequada, vem sendo denominado dano moral coletivo. Os pressupostos para o reconhecimento da responsabilidade em razão dessa espécie de dano são diversos da reparação moral individual. Nesse contexto, incabível perquirir, na conduta da ré no caso concreto, a existência de incômodo moral com gravidade suficiente a atingir não apenas o patrimônio jurídico dos trabalhadores envolvidos, mas o patrimônio de toda a coletividade. A coletividade é tida por ofendida, imaterialmente, a partir da gravidade do fato objetivo da violação da ordem jurídica. Assim, verificado nos autos que a ré resistiu em cumprir a cota de portadores de deficiência prevista no art. 93 da Lei nº 8.213/91, descumprindo, injustificadamente, norma garantidora do princípio da igualdade material e da não discriminação das pessoas portadoras de necessidades especiais e, por conseguinte, furtando-se à concretização de sua função social, é devida a reparação da coletividade pela ofensa aos valores constitucionais fundamentais. Recurso de revista do Ministério Público do Trabalho conhecido e provido.” (ARR-125-67.2011.5.03.0003, Relator Ministro: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, 7ª Turma, DEJT 29/04/2016);

“AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. AÇÃO ANULATÓRIA. AUTO DE INFRAÇÃO. MULTA ADMINISTRATIVA. COTAS DESTINADAS A PESSOAS PORTADORAS DE NECESSIDADES ESPECIAIS. DESCUMPRIMENTO DO ART. 93 DA LEI Nº 8.213/91. O Regional declarou a validade do auto de infração e, assim, manteve a multa imposta à recorrente, em razão do descumprimento do disposto no art. 93 da Lei nº 8.213/91, consignando que, apesar de todos os prazos concedidos para a regularização da cota de 5% de empregados portadores de deficiência e/ou reabilitados, a autora não alcançou o percentual imposto por lei. O acórdão recorrido

destaca que a determinação de observância da cota de deficientes e/ou reabilitados é endereçada a toda empresa com mais de 100 empregados, não havendo nenhuma exceção. Nesse contexto, não prospera a irresignação da recorrente, pois o art. 93 da Lei nº 8.213/91 não estabeleceu nenhuma ressalva ou exceção acerca das funções compatíveis existentes na empresa para compor o percentual dos cargos destinados à contratação de pessoas com deficiência, sendo certo, ainda, que a imposição de contratação de percentual de pessoas com deficiências habilitadas ou reabilitadas decorre de uma combinação de esforços, visando inibir a discriminação e satisfazer plenamente o princípio maior do respeito à dignidade humana. Assim, não se vislumbra a indigitada ofensa aos dispositivos constitucionais e legais invocados no presente recurso. Arestos inespecíficos. Agravo de instrumento conhecido e não provido.” (AIRR-191700-28.2008.5.02.0059, Relatora Ministra: Dora Maria da Costa, 8ª Turma, DEJT 10/05/2013).

Como se não bastassem tais argumentos, estudo feito pelo Sindicato da Indústria da Construção do Estado de São Paulo (Sinduscon-SP) – digno de elogios, friso - identificou diversas medidas médicas e técnicas para a viabilidade de inclusão segura de pessoas com deficiência nos canteiros de obra. Além disso, mostrou que 92% das pessoas com deficiência empregadas no setor têm desempenho e produtividade igual ou superior à média dos demais empregados, de acordo com seus superiores. Também segundo os gestores, 85% das pessoas com deficiência trabalhando na construção têm um relacionamento interpessoal de bom a ótimo¹⁹. Destaque-se que o estudo demonstra a possibilidade de inclusão de forma segura de pessoas com deficiência no setor da construção civil, em relação ao qual, a princípio, se poderia pensar não existirem condições de extirpar as barreiras à sua inclusão.

O direito positivo, assim, atenta para o compromisso social das empresas, na capacitação das pessoas com deficiência para o desempenho das atividades laborativas no âmbito do contrato de emprego em geral.

Trata-se, ainda, de hipótese de **eficácia horizontal dos direitos fundamentais entre particulares**, diretriz fixada pelo constituinte e a ser perseguida pelos Poderes Constituídos, inclusive pelo Poder Judiciário, e, de igual modo, aplicável nas relações privadas: tornar esses princípios efetivos, concretos, realizados, implementados, elevados que foram à condição de direitos fundamentais, na clássica linha evolutiva traçada por Karel Vasak e difundida por Norberto Bobbio.

Afirma-se, por conseguinte, a necessidade de atrelamento, mesmo nas relações privadas, dos direitos maiores assegurados pela Constituição à pessoa, como

19 Disponível em: <<http://passofirme.wordpress.com/2012/04/10/pessoas-com-deficiencia-tem-desempenho-igual-ou-superior-a-media-revela-estudo/>>. Acesso em: 01 Nov. 2014.

tive oportunidade de ressaltar em trabalho publicado sobre o tema, inserido em obra coordenada pelo Professor Gustavo Tepedino, Professoras Ana Frazão e Gabriela Neves Delgado e pelo Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, integrante desta Turma (TEPEDINO Gustavo, et all (org). *Diálogos entre o direito do trabalho e o direito civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 39-40):

“A Carta de 1988 apontou um novo rumo ao encimar os princípios fundamentais no portal de suas disposições, seguindo a trilha deixada pelas constituições de países como a Itália, que reconhece o trabalho como um dos seus fundamentos, assegura o dever de torná-lo efetivo e proclama a sua função social (artigos 1º e 4º), como salientado.

Não se tratou de mera alteração de natureza topológica. Ao contrário, a mudança na disposição introdutória do texto constitucional fincou de modo definitivo a opção política em estabelecer tratamento privilegiado ao trabalho como elemento integrante do próprio conceito de dignidade humana e fundamentador do desenvolvimento da atividade econômica, o que representou um compromisso inafastável com a valorização do ser humano e a legitimação do Estado Democrático de Direito, no qual se inserem, como destacado, o trabalho enquanto valor social, a busca pela justiça social, a existência digna, a função social da propriedade e a redução das desigualdades sociais, entre outros princípios (art. 170).²⁰

Estabeleceu, por conseguinte, diretriz a ser perseguida pelos poderes constituídos, inclusive pelo Poder Judiciário, e, de igual modo, aplicável nas relações privadas: tornar esses princípios efetivos, concretos, realizados, implementados, elevados que foram à condição de direitos fundamentais, na clássica linha evolutiva traçada por Bobbio.²¹

Em outras palavras, corresponde a um compromisso de atuação, um dever mesmo, de todos os Poderes da República e dos sujeitos titulares de relações privadas fazer com que rompam a linha meramente teórica e se projetem na vida”.

O tema, aliás, não passou ao largo da jurisprudência do **Supremo Tribunal Federal**, que firmou a tese no tocante ao respeito aos direitos e às liberdades fundamentais, mesmo nas relações privadas, como se vê no RE nº 201.819, redator para o acórdão o Min. Gilmar Mendes, assim ementado:

“EMENTA: SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES

20 Apenas para recordar: "Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] III - função social da propriedade; VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII - redução das desigualdades regionais e sociais;"

21 BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. 18ª t. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 49-66.

PRIVADAS. RECURSO DESPROVIDO. I. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados. II. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO LIMITES À AUTONOMIA PRIVADA DAS ASSOCIAÇÕES. A ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais. O espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais. III. SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. ENTIDADE QUE INTEGRA ESPAÇO PÚBLICO, AINDA QUE NÃO-ESTATAL. ATIVIDADE DE CARÁTER PÚBLICO. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. APLICAÇÃO DIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO. As associações privadas que exercem função predominante em determinado âmbito econômico e/ou social, mantendo seus associados em relações de dependência econômica e/ou social, integram o que se pode denominar de espaço público, ainda que não-estatal. A União Brasileira de Compositores - UBC, sociedade civil sem fins lucrativos, integra a estrutura do ECAD e, portanto, assume posição privilegiada para determinar a extensão do gozo e fruição dos direitos autorais de seus associados. A exclusão de sócio do quadro social da UBC, sem qualquer garantia de ampla defesa, do contraditório, ou do devido processo constitucional, onera consideravelmente o recorrido, o qual fica impossibilitado de perceber os direitos autorais relativos à execução de suas obras. A vedação das garantias constitucionais do devido processo legal acaba por restringir a própria liberdade de exercício profissional do sócio. O caráter público da atividade exercida pela sociedade e a dependência do vínculo associativo para o exercício profissional de seus sócios legitimam, no caso concreto, a aplicação direta dos direitos fundamentais concernentes ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, CF/88). IV. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO. (RE 201819, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 11/10/2005, DJ 27-10-2006 PP-00064 EMENT VOL-02253-04 PP-00577 RTJ VOL-00209-02 PP-00821)”.

No caso, o Banco réu, sabidamente uma das maiores instituições financeiras do país, com agências espalhadas por todo o território nacional, ao optar por concentrar

todos os empregados com deficiência em um local dotado de rampas e outros elementos propiciadores da acessibilidade, **conquanto positiva e satisfatória para muitos (embora também possa até ser compreendida como modalidade sutil de segregação, por não viabilizar a convivência entre iguais)**, não se demonstrou suficiente e eficaz para a autora, que, de acordo com o acórdão regional, “possui severa dificuldade de deambulação em razão de ser portadora de paralisia cerebral.”

Com efeito, as barreiras enfrentadas pela pessoa com deficiência não são apenas físicas, mas também culturais e atitudinais, estas, aliás, não raras vezes, muito maiores. E, no caso da recorrente, não é aceitável – ou, na expressão do legislador, **não é razoável – que, de muletas ou mesmo de cadeira de rodas, tenha que percorrer, de ônibus ou metrô, cerca de quarenta quilômetros por dia nos trajetos de ida e volta para o local de trabalho oferecido pelo réu**, distância essa reconhecida pela Corte de origem.

Como dito, constitui dever do empregador a implementação de meios eficazes e razoáveis que propiciem não apenas a inserção, mas precipuamente, a manutenção do empregado com deficiência no emprego, de acordo com as particularidades de cada caso (conceito previsto nos artigos 2 e 27, 1, “i”, da Convenção de Nova Iorque e 2º, VI, da LBI).

Na situação em análise, a autora **apresentou alternativas que seriam razoáveis para o adequado retorno ao trabalho e que não acarretariam ônus excessivo ao empregador**, quais sejam: sua transferência para uma das agências bancárias indicadas, localizadas próximas à sua residência; reativação do contrato de trabalho em regime de teletrabalho; ou a disponibilização de transporte especial para ida e vinda do trabalho. Não há registro de que todas elas acarretassem ônus desproporcional e indevido ao reclamado, de maneira a eximi-lo do cumprimento da obrigação, a qual lhe proporcionará, ao contrário do que possa parecer à primeira vista, ganhos muito maiores do que as despesas que eventualmente suportará, inclusive de responsabilidade social e de marketing.

Tal atitude do empregador, ao realocar a empregada de maneira a facilitar o acesso ao trabalho, não representa favor, gesto piedoso ou caridade; muito ao contrário, revela cumprimento do compromisso de inclusão social que decorre do já citado artigo 170 da Constituição, o qual, nas palavras José Afonso da Silva, constitui um dos “princípios políticos constitucionalmente conformadores ou princípios constitucionais fundamentais” da ordem econômica e social²².

22 SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 23. ed. São Paulo: Malheiros,

Nesse passo, ao reformar a sentença e excluir da condenação a determinação para que o réu ofereça posto de trabalho próximo à residência da autora, em uma das agências relacionadas na petição inicial - não obstante as severas restrições de locomoção -, atingiu o direito às adaptações razoáveis como forma de inclusão das pessoas com deficiência previsto na Convenção das Nações Unidas Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, em vigor no Brasil desde 26 de agosto de 2009, especificamente os seus artigos 2 e 27, 1, "i".

A propósito da indicação de dispositivos tidos como possivelmente violados, mostra-se prudente ressaltar que a aprovação da Convenção de Nova Iorque na forma prevista no artigo 5º, § 3º, da Constituição da República, faculdade atribuída ao Congresso Nacional, tornou-a equivalente à Emenda Constitucional, o que significa reconhecer, com apoio na doutrina de Valério Mazzuoli, o *status* de norma formal e materialmente constitucional, além de produzir os seguintes efeitos no ordenamento jurídico brasileiro:

- “1) eles passarão a reformar a Constituição, o que não é possível tendo apenas o *status* de norma constitucional;
- 2) eles não poderão ser *denunciados*, nem mesmo com Projeto de Denúncia elaborado pelo Congresso Nacional, podendo ser o Presidente da República responsabilizado em caso de descumprimento dessa regra (o que não é possível fazer – responsabilizar o chefe de Estado – tendo os tratados apenas *status* de norma constitucional); e
- 3) eles serão paradigma do controle *concentrado* de convencionalidade, podendo servir de fundamento para que os legitimados do art. 103 da Constituição (*v.g.*, o Presidente da República, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da OAB etc.) proponham no STF as ações do controle abstrato (ADIn, ADECON, ADPF etc.) a fim de invalidar *erga omnes* as normas domésticas com eles incompatíveis”.²³

Do exposto, dou provimento ao agravo de instrumento para determinar o processamento do recurso de revista.

RECURSO DE REVISTA

Satisfeitos os pressupostos extrínsecos de admissibilidade, passo à análise dos pressupostos recursais intrínsecos.

2004. p. 93.

23 MAZZUOLI, Valério. Curso de Direitos Humanos. 6.ª ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019. p. 233.

NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

Ante a possibilidade de decisão favorável ao recorrente, deixo de apreciar as nulidades arguidas, com esteio no artigo 282, § 2º, do CPC/2015.

PROTEÇÃO JURÍDICA E ACESSO AO TRABALHO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA - DIREITO ÀS ADAPTAÇÕES RAZOÁVEIS - OBRIGAÇÕES DO ESTADO BRASILEIRO PERANTE A SOCIEDADE INTERNACIONAL - SISTEMAS DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS E INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS - DECLARAÇÃO SOCIOLABORAL DO MERCOSUL - EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS (*DRITTWIRKUNG*) - PERSPECTIVA CONSOLIDADA PELA CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE PESSOAS COM DEFICIÊNCIA, DE 2007, APROVADA NO ÂMBITO INTERNO COM EQUIVALÊNCIA A EMENDA CONSTITUCIONAL, E PELA LEI Nº 13.146, DE 2015 - LEI BRASILEIRA DE INCLUSÃO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA (ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA)

CONHECIMENTO

Nos termos da fundamentação expendida na decisão do agravo de instrumento, considero que houve afronta aos artigos 2 e 27, 1, “i”, da Convenção das Nações Unidas Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, razão pela qual conheço do recurso de revista.

Ressalto, nesse particular, precedentes desta Corte, quanto à admissibilidade do recurso de revista por violação a dispositivo de tratado internacional ratificado pelo Brasil, o que mais se acentua em se tratando da Convenção mencionada que, como ressaltado, possui *status* de equivalência a norma constitucional:

“I - AGRAVO DE INSTRUMENTO - IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO - ORGANISMO INTERNACIONAL - ONU/PNUD Diante de possível violação ao artigo 2º da Convenção sobre Privilégios e Imunidades das Nações Unidas, promulgada pelo Brasil por meio do Decreto nº 27.784/50 e que tem força de lei ordinária, dá-se provimento ao Agravo de Instrumento para determinar o processamento do apelo denegado. II - RECURSO DE REVISTA - IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO - ORGANISMO INTERNACIONAL - ONU/PNUD Há imunidade absoluta de jurisdição dos organismos internacionais, se assegurada por norma internacional ratificada pelo Brasil. Precedentes. Recurso de Revista conhecido e provido.” (RR - 261-15.2010.5.10.0000 , Relatora Ministra: Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, Data de Julgamento: 15/12/2010, 8ª Turma, Data de

Publicação: DEJT 17/12/2010);

“I - AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO. ORGANISMO INTERNACIONAL. ONU/PNUD. Constata-se possível violação do art. 2º da Convenção sobre Privilégios e Imunidades das Nações Unidas. Precedente. Agravo de instrumento a que se dá provimento para, nos termos da Resolução nº 928/2003 do TST, determinar o processamento do recurso de revista. II - RECURSO DE REVISTA. IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO. ORGANISMO INTERNACIONAL. ONU/PNUD. A SBDI-1 desta Corte, no julgamento do E-ED-RR-900/2004-019-10-00.9, em sessão realizada no dia 3/9/2009, reconheceu a imunidade de jurisdição e execução em relação aos organismos internacionais, desde que haja norma internacional nesse sentido, em que o Brasil seja signatário, como é o caso dos autos, na qual a Convenção sobre Privilégios e Imunidades das Nações Unidas (Convenção de Londres) prevê, na Seção II do Art. 2º, que a Organização das Nações Unidas (ONU) goza de imunidade de jurisdição, salvo a hipótese de renúncia, tendo sido a respectiva norma ratificada por meio do Decreto nº 27.784/50, recepcionado pela Constituição Federal de 1988. Dessa forma, revejo posicionamento anterior e adoto o novo entendimento firmado pela SBDI-1 desta Corte, segundo o qual a imunidade dos Organismos Internacionais não se restringe ao processo de execução, alcançando o processo de conhecimento. Precedentes desta Corte. Recurso de revista que se dá provimento”. (RR - 42641-17.2005.5.10.0004 , Relatora Ministra: Kátia Magalhães Arruda, Data de Julgamento: 25/08/2010, 5ª Turma, Data de Publicação: DEJT 03/09/2010).

MÉRITO

Como consequência lógica do conhecimento do apelo, por violação dos artigos 2 e 27, 1, “i”, da Convenção das Nações Unidas Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, dou-lhe provimento para restabelecer a sentença que determinou “ao reclamado que, no prazo de cinco dias, a contar do trânsito em julgado desta decisão, ofereça posto de trabalho à reclamante em uma das agências relacionadas à fls. 14 dos autos, em atividade compatível com o estado físico da reclamante e que não exija deambulação constante, sem prejuízo da remuneração antes recebida”, e, por consequência, o condenou “ao pagamento dos salários de agosto de 2011 até o efetivo retorno ao trabalho.” (fls. 275/266)

RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR - DANOS MORAIS CAUSADOS AO EMPREGADO – CARACTERIZAÇÃO – PESSOA COM DEFICIÊNCIA - RECUSA DO EMPREGADOR À PROMOÇÃO DE ADAPTAÇÕES RAZOÁVEIS

CONHECIMENTO

A autora pugna seja restabelecida a condenação ao pagamento da indenização por danos morais. Alega que sofre ato discriminatório porquanto “está há anos sem trabalho ou salários, por culpa exclusiva do Banco, que se recusa a oferecer condições de trabalho adequadas”. Sustenta, ademais, que o valor arbitrado na sentença, no importe de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), “não é suficiente para estimular a empresa - uma das maiores empresas bancárias do mundo - a melhorar a sua gestão de pessoas com deficiência.” Aponta violação dos artigos 186, 927 e 944 do Código Civil.

Eis a decisão recorrida:

“Danos Morais. Valor da Indenização.

À teor do quanto decidido no tópico anterior, não há se falar em ato ilícito do reclamado, pelo que não exsurge o dever de indenizar. A incerteza e a ausência de trabalho mencionados pela r. sentença como fundamentos para a procedência do pedido em tela decorrem, como já exposto alhures, de conduta da própria reclamante que se recusa a reassumir suas funções em novo local de trabalho.

Nesse contexto, dou provimento ao recurso da reclamada para excluir da condenação o pagamento de indenização por danos morais, ficando prejudicado o recurso da reclamante quanto ao pedido, de majoração do valor da indenização.” (fls. 486/487)

A responsabilidade civil do empregador pela reparação decorrente de danos morais causados ao empregado pressupõe a existência de três requisitos, quais sejam: a conduta (culposa, em regra), o dano propriamente dito (violação aos atributos da personalidade) e o nexo causal entre esses dois elementos.

O primeiro é a ação ou omissão de alguém que produz consequências às quais o sistema jurídico reconhece relevância. Representa, na lição de Sérgio Cavalieri Filho, “o comportamento humano voluntário que se exterioriza através de uma ação ou omissão, produzindo consequências jurídicas” (*Programa de responsabilidade civil*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 49). É o aspecto físico, objetivo, da conduta e a vontade de assim agir o elemento psicológico, subjetivo.

Alia-se à imputabilidade, definida pelo mencionado autor como “[...] o conjunto de condições pessoais que dão ao agente capacidade para poder responder pelas consequências de uma conduta contrária ao dever; imputável é aquele que podia e devia ter agido de outro modo” (obra citada, p. 50).

É certo que esse agir de modo consciente é ainda caracterizado por ser contrário ao Direito, daí falar-se que, em princípio, a responsabilidade exige a presença

da conduta culposa do agente, o que significa ação inicialmente de forma ilícita e que se distancia dos padrões socialmente adequados (obra e autor citados, p. 53), muito embora possa haver o dever de ressarcimento dos danos, mesmo nos casos de conduta lícita.

No particular, porém, merece destaque o posicionamento adotado por Rodolfo Pamplona Filho e Pablo Stolze Gagliano que, apesar de reconhecerem, como regra geral, a presença da antijuridicidade como elemento que acompanha a conduta humana, ressaltam que nem sempre ambos se encontram atrelados:

“Sem ignorarmos que a antijuridicidade, como regra geral, acompanha a ação humana desencadeadora da responsabilidade, entendemos que a imposição do dever de indenizar poderá existir *mesmo quando o sujeito atua licitamente*. Em outras palavras: poderá *haver dever responsabilidade civil sem necessariamente haver antijuridicidade, ainda que excepcionalmente, por força de norma legal*” (Novo curso de direito civil – responsabilidade civil. V. III. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 36).

O segundo elemento é o dano que consiste na “[...] subtração ou diminuição de um bem jurídico, qualquer que seja a sua natureza, quer se trate de um bem patrimonial, quer se trate de um bem integrante da própria personalidade da vítima, como a sua honra, a imagem, a liberdade etc. Em suma, dano é lesão de um bem jurídico, tanto patrimonial como moral, vindo daí a conhecida divisão do dano em patrimonial e moral” (obra e autor citados, p. 96).

Para o jurista português Antunes Varela, há que se distinguir o dano real do dano patrimonial, em face de peculiaridades que os caracterizam:

“é a perda *in natura* que o lesado sofreu, em consequência de certo facto, nos interesses (materiais, espirituais ou morais) que o direito violado ou a norma infringida visam tutelar. É a lesão causada no interesse juridicamente tutelado, que reveste as mais das vezes a forma de uma *destruição, subtracção ou deterioração* de certa coisa, material ou incorpórea. É a morte ou são os ferimentos causados à vítima; é a perda ou afecção do seu bom nome ou reputação; são os estragos causados no veículo, as fendas abertas no edifício pela explosão; a destruição ou apropriação de coisa alheia.

Ao lado do dano assim definido, há o *dano patrimonial* – que é o reflexo do dano real sobre a situação patrimonial do lesado. Trata-se, em princípio, de realidades diferentes, de grandezas distintas, embora estreitamente relacionadas entre si. Uma coisa é a morte da vítima, as fracturas, as lesões que ela sofreu (*dano real*); outra, as *despesas* com os médicos, com o internamento, com o funeral, os lucros que o sinistrado deixou de obter em virtude da doença ou da incapacidade, os prejuízos que a falta da vítima causou ao seus parentes (*dano patrimonial*).” (Das obrigações em geral. v. I. 10ª ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 598).

Portanto, caracterizada a lesão a bem jurídico integrante do patrimônio de outrem, material ou imaterial, haverá dano a ser indenizado.

Finalmente, o último elemento é o nexos causal, cuja compreensão não está afeta ao campo jurídico, em virtude de representar “o vínculo, a ligação ou relação de causa e efeito entre a conduta e o resultado” (obra e autor citados, p. 71). É a relação imprescindível entre a consequência que se afirma existir e a causa que a provocou; é o encadeamento dos acontecimentos derivados da ação humana e os efeitos por ela gerados.

Caio Mário da Silva Pereira, com apoio em vasta doutrina, sintetiza:

“Assim, não basta que uma pessoa tenha contravindo a certas regras; é preciso que sem esta contravenção, o dano não ocorreria. [...] Não basta, [...] que um dano tenha coincidido com a existência de uma culpa ou de um risco para estabelecer uma responsabilidade. ‘Coincidência não implica em causalidade’ [...] Para que se concretize a reponsabilidade é indispensável que se estabeleça uma interligação entre a ofensa à norma e o prejuízo sofrido, de tal modo que se possa afirmar ter havido o dano ‘porque’ o agente procedeu contra direito”. (*Responsabilidade civil*. 9ª ed. Rio de Janeiro; Forense, 2002. p. 75).

No caso específico do dano moral, pode-se falar na lesão ao que se denomina “dignidade constitucional”, representada pelos atributos inerentes à pessoa humana que encontram proteção no art. 5º, X, da Constituição Federal, nele exemplificativamente enumerados.

Essa correlação foi identificada por Xisto Tiago de Medeiros Neto que, após percorrer doutrina civil-constitucional, assinala:

“o dano moral ou extrapatrimonial consiste na lesão injusta e relevante ocasionada a determinados interesses não materiais, sem equipolência econômica, porém concebidos pelo ordenamento como valores e bens jurídicos protegidos, integrantes do leque de projeção interna (como a intimidade, a liberdade, a privacidade, o bem-estar, o equilíbrio psíquico e a paz) ou *externa* (como o nome, a reputação e a consideração social) inerente à personalidade do ser humano, abrangendo todas as áreas de extensão e tutela de sua dignidade, podendo também alcançar os valores e bens extrapatrimoniais reconhecidos à pessoa jurídica ou a uma coletividade de pessoas” (*Dano moral coletivo*. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2012. p. 64).

Na expressão de Rodolfo Pamplona Filho, em clássica obra sobre o tema, “[...] consiste no prejuízo ou lesão de interesses e bens, cujo conteúdo não é pecuniário, nem

comercialmente redutível a dinheiro. Em outras palavras, podemos afirmar que o dano moral é aquele que lesiona a esfera personalíssima da pessoa, violando sua intimidade, vida privada, honra e imagem, bens jurídicos tutelados constitucionalmente” (*O dano moral na relação de emprego*. São Paulo: LTr, 1998. p. 37).

Não é outro o pensamento de Sérgio Cavalieri Filho, após ressaltar a necessidade de revisão do conceito e estrutura principiológica, a partir do advento da Constituição de 1988:

“À luz da Constituição, podemos conceituar *dano moral* por dois aspectos distintos. Em *sentido estrito*, dano moral é a *violação do direito à dignidade*. [...]

Nessa perspectiva, o dano moral não está necessariamente vinculado a alguma reação psíquica da vítima. Pode haver ofensa à dignidade da pessoa humana sem dor, vexame, sofrimento, assim como pode haver dor, vexame e sofrimento sem violação à dignidade. Dor, vexame, sofrimento e humilhação podem ser consequências, não causas.

[...]

Os direitos da personalidade, entretanto, englobam outros aspectos da pessoa humana que não estão diretamente vinculados à sua dignidade. Nessa categoria incluem-se também os chamados *novos direitos da personalidade*: a imagem, o bom nome, a reputação, sentimentos, relações afetivas, aspirações, hábitos, gostos, convicções políticas, religiosas, filosóficas, direitos autorais. Em suma, os direitos da personalidade podem ser realizados em diferentes dimensões e também podem ser violados em diferentes níveis. Resulta daí que o dano moral, em *sentido amplo*, envolve esses diversos graus de violação dos direitos da personalidade, abrange todas as ofensas à pessoa, considerada esta em suas dimensões individual e social, ainda que sua dignidade não seja arranhada.” (obra citada, p. 101-102).

Em síntese merecedora de destaque, afirma Maria Celina Bodin de Moraes, de forma categórica:

Recentemente, afirmou-se que o ‘dano moral, à luz da Constituição vigente, nada mais é do que violação do direito à dignidade’. Se não se está de acordo, todavia, com a criação de um ‘direito subjetivo à dignidade’, com foi sugerido, é efetivamente o princípio da dignidade humana, princípio fundante do nosso Estado Democrático de Direito, que institui e encima, como foi visto, a cláusula de tutela da personalidade humana, segundo a qual as situações jurídicas subjetivas não-patrimoniais merecem proteção especial no ordenamento nacional, seja através de prevenção, seja mediante reparação, a mais ampla possível, dos danos a elas causados. A reparação do dano moral transforma-se, então, na contrapartida do princípio da dignidade humana: é o reverso da medalha.” (Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 131-132).

Para a sua configuração, é necessário tão somente que sejam identificados os elementos que o caracterizam; não se há de exigir a prova da dor e do sofrimento suportados pela vítima.

Em consagrada expressão da doutrina, afirma-se ser *in re ipsa* ou, em outras palavras, o direito à reparação se origina da própria ação violadora, cuja demonstração há de ser feita; o dano mostra-se presente a partir da constatação da conduta que atinge os direitos da personalidade.

Mais uma vez, recorro à doutrina de Sérgio Cavalieri Filho, na obra já mencionada (p. 108):

“Neste ponto a razão se coloca ao lado daqueles que entendem que o dano moral está ínsito à própria ofensa, decorre da gravidade do ilícito em si. Se a ofensa é grave e de repercussão, por si só justifica a concessão de uma satisfação de ordem pecuniária ao lesado. Em outras palavras, o dano moral existe *in re ipsa*; deriva inexoravelmente do próprio fato ofensivo, de tal modo que, provada a ofensa, *ipso facto* está demonstrado o dano moral à guisa de uma presunção natural, uma presunção *hominis* ou *facti*, que decorre das regras de experiência comum.” (obra citada, p. 108).

Pois bem.

Conforme amplamente dirimido no tópico anterior, a empresa, ao ignorar a sua responsabilidade e função social, que a impede de ser apenas fonte geradora de lucro, perdeu uma grande oportunidade de valorizar-se não apenas junto à autora, como também na comunidade interna e, sobretudo, à própria sociedade.

Com efeito, ao se recusar a implementar condições de trabalho adequadas à empregada deficiente, com sérias restrições de locomoção decorrentes de paralisia cerebral, o réu não deu ao seu direito potestativo a finalidade social que deveria ser respeitada, cometendo verdadeiro abuso de direito, tal como delineado no artigo 187 do Código Civil.

Em outras palavras, ainda que possa promover a organização de sua empresa, nela incluindo o direito de definir a ocupação dos seus empregados e os respectivos postos de trabalho, deixou de ser legítimo o exercício desse direito ao recusar-se a atender comando imperativo e antecedente vinculado ao atendimento do direito da reclamante às adaptações necessárias a fim de que pudesse exercer, com plenitude, o seu direito fundamental o trabalho, o qual, como assinalado, possui correlato dever a cargo do empregador e, nesse aspecto, nada há de irrazoável nas alternativas oferecidas à autora.

Como se constata na hipótese, o dano sofrido corresponde ao desgaste e frustração da autora diante da incerteza e da ausência do trabalho. Tal situação de aflição psicológica é o sofrimento humano experimentado no presente caso, razão pela qual **conheço do recurso de revista**, por violação dos artigos 186 e 927 do Código Civil.

MÉRITO

Como consequência lógica do conhecimento do apelo, por violação dos artigos 186 e 927 do Código Civil, **dou-lhe provimento** para restabelecer a sentença que condenou o réu a indenizar a parte autora por danos morais.

Quanto ao pedido de majoração do valor arbitrado à indenização, passo a analisar.

Como decorre do acima exposto, a recorrente sofreu danos morais em razão da omissão de seu empregador em propiciar acesso ao trabalho compatível com as suas limitações locomotoras.

Ressalte-se que o réu, sabidamente uma das maiores instituições financeiras do país, certamente poderia arcar com uma das opções indicadas pela autora, com o fito de possibilitar o adequado retorno ao trabalho: assumir qualquer função em agência bancária mais próxima à sua residência; regime de teletrabalho; ou a disponibilização de transporte especial.

Pois bem.

Ao impor a condenação, o magistrado deve considerar que o arbitramento da reparação do dano moral corresponde e se limita à extensão do dano sofrido (artigo 944, *caput*, do Código Civil) e tem por objetivo recompor o *status quo* do ofendido, independentemente de qualquer juízo de valor acerca da conduta do responsável pela lesão, além do fato de que o julgador deve observar os elementos atinentes às particulares características da vítima (aspectos existenciais, não econômicos) para, então, compor a efetiva extensão dos prejuízos sofridos, sempre norteado, frise-se, pelos Princípios da Reparação Integral e da Dignidade Humana - epicentro da proteção constitucional.

Dessa forma, levando-se em conta a proporcionalidade e razoabilidade e os comandos resultantes das normas jurídicas, que devem ser interpretados segundo critérios que ponderem equilíbrio entre meios e fins a elas vinculados, e, ainda, de acordo com um juízo de verossimilhança das alegações da autora, ora acolhidas, especialmente o fato de encontrar-se afastada do trabalho desde 2001; o trabalho consistir forma de

inclusão das pessoas com deficiência, por lhes proporcionar não apenas a subsistência, mas a inclusão na sociedade; a privação do direito de conviver no ambiente de trabalho de forma igual com as demais pessoas; o sentimento de alijamento social e profissional pelo qual passa a autora desde então; majoro o valor da indenização por danos morais arbitrados na origem, para R\$ 100.000,00 (cem mil reais).

Considera-se, para o arbitramento, o caráter pedagógico sancionador da pena, bem como a extensão do dano, observando-se, para tanto, que a autora encontra-se afastada do trabalho, por culpa do réu, desde agosto de 2011; foi privada do exercício do direito ao trabalho; sendo-lhe imposta forma de deslocamento até o posto que acarretaria excessivo desgaste - se não verdadeira impossibilidade de cumprimento. Além disso, o empregador impingiu à autora condição depreciativa - quiçá discriminatória -, ao lhe atribuir a responsabilidade pelo deslocamento; e furtou-se, sem justo motivo, à prática de uma das alternativas propostas pela autora na petição inicial.

A correção monetária é aplicável da data desta decisão, computando-se os juros desde o ajuizamento da ação, nos termos do artigo 883 da CLT e da Súmula nº 439 do TST. Não incidem descontos fiscais e previdenciários.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Sétima Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, dar provimento ao agravo de instrumento para determinar o processamento do recurso de revista. Por maioria, conhecer do recurso de revista, quanto ao tema “proteção jurídica e acesso ao trabalho da pessoa com deficiência - adaptação razoável”, por violação dos artigos 2 e 27, 1, “i”, da Convenção das Nações Unidas Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e, no mérito, dar-lhe provimento para restabelecer a sentença, que determinou que o réu, “no prazo de cinco dias, a contar do trânsito em julgado desta decisão, ofereça posto de trabalho à reclamante em uma das agências relacionadas à fls. 14 dos autos, em atividade compatível com o estado físico da reclamante e que não exija deambulação constante, sem prejuízo da remuneração antes recebida”, e, por consequência, o condenou “ao pagamento dos salários de agosto de 2011 até o efetivo retorno ao trabalho” (fls. 275/266). Também por maioria, conhecer do recurso de revista quanto ao tema “responsabilidade civil do empregador - danos morais causados ao empregado - caracterização - pessoa com deficiência - recusa do empregador à promoção de adaptação razoável”, por

violação dos artigos 186 e 927 do Código Civil, e, no mérito, dar-lhe provimento para restabelecer a sentença, que condenou o réu a indenizar a parte autora por danos morais e para majorar o valor arbitrado na origem para R\$ 100.000,00 (cem mil reais). A correção monetária é aplicável da data desta decisão, computando-se os juros desde o ajuizamento da ação, nos termos do artigo 883 da CLT e da Súmula nº 439 do TST. Não incidem descontos fiscais e previdenciários. Eleva-se o valor da condenação para R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais), para fins processuais. Vencido o Exmo. Desembargador Convocado Roberto Nóbrega de Almeida Filho, que não conhecia do recurso de revista.

Brasília, 24 de abril de 2019.

Firmado por assinatura digital (MP 2.200-2/2001)

CLÁUDIO BRANDÃO

Ministro Relator

RECURSO DE REVISTA. PROCESSO SOB A ÉGIDE DA LEI 13.015/2014. [...] 5) ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE. POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO. NÃO RECEPÇÃO DO ART. 193, § 2º, DA CLT PELO ART. 7º, XXIII, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. ARTIGO 8.3 DA CONVENÇÃO 148 DA OIT E ART. 11-B DA CONVENÇÃO 155 DA OIT. “STATUS” DE NORMA SUPRALEGAL. A Ciência do Direito informa que a Constituição representa fonte normativa dotada de prevalência na ordem jurídica. Ela é que confere validade - fundamento e eficácia - a todas as demais normas jurídicas existentes em determinado contexto jurídico nacional. Observe-se que o fundamento de validade surge, em geral, por abstração negativa, o que significa que a norma infraconstitucional será válida e eficaz desde que não agrida o comando ou princípio constitucional estabelecido. O cotejo das normas jurídicas infraconstitucionais com os princípios e regras constitucionais provoca, como se sabe, distintos fenômenos relevantes. Trata-se da revogação, da recepção e da invalidação. A revogação ocorre quando a antiga norma infraconstitucional é suprimida da ordem jurídica, tácita ou expressamente, por não se compatibilizar com o novo quadro constitucional emergente. A recepção, por sua vez, acontece quando a antiga norma infraconstitucional preserva-se na ordem jurídica, por se mostrar compatível com o novo quadro constitucional emergente. Finalmente, a invalidação se passa quando a norma produzida choca-se com a ordem constitucional em vigor, esterilizando-se por declaração de inconstitucionalidade. Em resumo, se a norma for editada após o advento da nova ordem constitucional, a avaliação circunscreve-se à declaração de inconstitucionalidade ou constitucionalidade das leis e atos normativos. Se a norma infraconstitucional for anterior à nova Constituição e com ela compatível, será recepcionada; se incompatível, será revogada. Trata-se, essa última hipótese, do fenômeno da “não recepção” das normas jurídicas infraconstitucionais. Na presente hipótese, avalia-se a recepção do art. 193, § 2º, da CLT, ali inserido pela Lei 6.514/77, pela Constituição Federal promulgada em 1988. E a resposta é negativa. Os incisos XXII e XXIII do art. 7º da CF resguardam o direito dos trabalhadores ao recebimento dos adicionais de insalubridade, periculosidade e penosidade sem qualquer restrição quanto à cumulação, remetendo à lei ordinária a sua regulação, a qual se dá pela CLT e demais normas infraconstitucionais. Trata-se, assim, de norma de eficácia limitada, ou seja, depende de emissão de uma normatividade futura para alcançar plena eficácia. Esse preceito, entretanto, possui relevante eficácia jurídica, isto é, tem aptidão para obstar a edição de normas infraconstitucionais em sentido antitético ou incompatível ao incorporado no preceito constitucional vigente, invalidando - ou revogando, como na hipótese - tais normas antagônicas. Além da força

vinculante da Constituição, a República Federativa do Brasil incorporou ao ordenamento jurídico interno as Convenções Internacionais 148, promulgada por meio do Decreto n. 93.413, de 15.10.86, com vigência a partir de 14.01.83, e 155, promulgada pelo Decreto n. 1.254, de 29.9.94, com vigência a partir de 18.5.1993, ambas da OIT. A Convenção nº 148 estabelece diversas propostas relativas ao meio ambiente de trabalho, notadamente em relação à contaminação atmosférica, ruído e vibrações. Por sua vez, a Convenção 155 trata da segurança e saúde dos trabalhadores, adotando diversas proposições relativas à segurança, à higiene e ao meio ambiente do trabalho. Ressalta-se que, no Direito do Trabalho, as Convenções da OIT, quando ratificadas pelo Estado brasileiro, têm se tornado importantes fontes formais justralhistas no País. Não há dúvidas de que a jurisprudência do País (STF), por décadas, considerou que esses diplomas internacionais, ao ingressarem na ordem jurídica interna, fazem-no com o status infraconstitucional. Isso significa que se submetem, inteiramente, ao crivo de constitucionalidade; nesta medida podem ser declarados inválidos, mesmo após ratificados, se existente afronta a regra ou princípio insculpido na Constituição brasileira. Registre-se que a Reforma do Judiciário, promulgada em dezembro de 2004 (EC. 45/04), passou a conferir status de emenda constitucional a tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que tenham sido aprovados com o rito e quorum similares aos de emenda. Cabe ressaltar que o Supremo Tribunal Federal, em sessão de dezembro de 2008, modificou, em parte, sua jurisprudência sobre o status normativo das regras internacionais ratificadas pelo Brasil. Fixou o patamar supralegal dessas regras (acima das leis ordinárias e complementares), desde que referentes a convenções e tratados internacionais sobre direitos humanos (o status clássico, de simples diploma legal, ficou preservado para a generalidade dos documentos internacionais ratificados). A alteração interpretativa tem de ser integrada a um quadro de avanço hermenêutico e cultural, e não de retrocesso. Desse modo, havendo aparente conflito entre normas internacionais ratificadas e o Direito interno, deve prevalecer a norma e a interpretação mais favoráveis à pessoa humana a quem se destina a tutela jurídica. O mesmo se aplica a normas de tratados e convenções internacionais de direitos trabalhistas - que têm óbvia natureza de direitos humanos: em situação de aparente conflito entre preceitos internacionais ratificados (as Convenções citadas, por exemplo) e preceitos legais internos, prevalece o princípio da norma mais favorável ao trabalhador, quer no que tange ao critério de solução do conflito normativo, quer no que diz respeito ao resultado interpretativo alcançado. Com relação ao caso concreto, acerca da possibilidade de cumulação dos adicionais de insalubridade e de periculosidade, não há dúvidas de que as disposições

que mais se harmonizam com os referidos preceitos e com as normas constitucionais de proteção do trabalhador são aquelas previstas nas Convenções 148 e 155 da OIT (que possuem status supralegal, isto é, acima das leis ordinárias e complementares, mas abaixo da Constituição) - em detrimento da regra do art. 193, § 2º, da CLT -, devendo, portanto, prevalecer a possibilidade de cumulação dos adicionais de periculosidade e insalubridade. Há de se ponderar, contudo, que essa cumulação apenas se faz cabível quando a incidência de referidos adicionais seja decorrente de agentes de risco distintos - haja vista que, se a periculosidade e a insalubridade tiverem como causa o mesmo fato, mantém-se a necessidade de o empregado fazer a opção pelo adicional mais vantajoso. Trata-se, com efeito, de parcelas sumamente distintas, que não se compensam, nem se substituem, não podendo ser deduzidas. Desse modo, por força do texto normativo do art. 7º, XXII e XXIII da CF, combinado com o art. 11-b, da Convenção 155 da OIT, o sentido do art. 193, § 2º, CLT, tem de ser considerado como não recepcionado (revogado) pela nova ordem jurídica constitucional estabelecida com a Constituição Federal promulgada em 1988, para permitir a acumulação das parcelas diferentes, porém não a duplicidade de pagamento da mesma verba pela ocorrência de duplo fator agressivo. Ou seja, não se pagam, é óbvio, dois adicionais de insalubridade em vista da existência de dois agentes insalubres, pois a verba é a mesma; porém pagam-se as duas verbas distintas (insalubridade e periculosidade), caso existam seus fatores específicos e distintos de incidência. Por fim, quanto à possibilidade de os Tribunais manifestarem-se sobre a recepção constitucional por meio de órgão fracionário, o Supremo Tribunal Federal, em diversos julgamentos, considerou que a cláusula de reserva de plenário (full bench), prevista no art. 97 da CF/88, somente se aplica às leis e atos normativos do Poder público editados sob a égide da atual Constituição, não se aplicando, desse modo, ao fenômeno da recepção/não recepção (caso dos autos). Julgados do STF. Assim, em razão da necessidade de nova compreensão desta Corte acerca da cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade à luz dos parâmetros acima citados, não se pode considerar que o art. 193, § 2º, da CF, tenha sido recepcionado pela Constituição Federal de 1988, razão pela qual se possibilita a percepção conjunta do adicional de insalubridade e de periculosidade. Recurso de revista não conhecido nos aspectos. (RR - 20314-87.2013.5.04.0029 Data de Julgamento: 21/09/2016, Relator Ministro: Mauricio Godinho Delgado, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 23/09/2016).

RECURSO DE REVISTA. [...] 4. ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE. POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO. NÃO RECEPÇÃO DO ART. 193, § 2º, DA CLT PELO ART. 7º, XXIII, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. ARTIGO 8.3 DA CONVENÇÃO 148 DA OIT E ART. 11-B DA CONVENÇÃO 155 DA OIT. “STATUS” DE NORMA SUPRALEGAL.

A ciência do Direito informa que a Constituição representa fonte normativa dotada de prevalência na ordem jurídica. Ela é que confere validade - fundamento e eficácia - a todas as demais normas jurídicas existentes em determinado contexto jurídico nacional. Observe-se que o fundamento de validade surge, em geral, por abstração negativa, o que significa que a norma infraconstitucional será válida e eficaz desde que não agride o comando ou princípio constitucional estabelecido. O cotejo das normas jurídicas infraconstitucionais com os princípios e regras constitucionais provoca, como se sabe, distintos fenômenos relevantes. Trata-se da revogação, da recepção e da invalidação. A revogação ocorre quando a antiga norma infraconstitucional é suprimida da ordem jurídica, tácita ou expressamente, por não se compatibilizar com o novo quadro constitucional emergente. A recepção, por sua vez, acontece quando a antiga norma infraconstitucional preserva-se na ordem jurídica, por se mostrar compatível com o novo quadro constitucional emergente. Finalmente, a invalidação se passa quando a norma produzida choca-se com a ordem constitucional em vigor, esterilizando-se por declaração de inconstitucionalidade. Em resumo, se a norma for editada após o advento da nova ordem constitucional, a avaliação circunscreve-se à declaração de inconstitucionalidade ou constitucionalidade das leis e atos normativos. Se a norma infraconstitucional for anterior à nova Constituição e com ela compatível, será recepcionada; se incompatível, será revogada. Trata-se, essa última hipótese, do fenômeno da “não recepção” das normas jurídicas infraconstitucionais. Na presente hipótese avalia-se a recepção do art. 193, § 2º, da CLT, ali inserido pela Lei 6.514/77, pela Constituição Federal promulgada em 1988. E a resposta é negativa. Os incisos XXII e XXIII do art. 7º da CF resguardam o direito dos trabalhadores ao recebimento dos adicionais de insalubridade, periculosidade e penosidade sem qualquer restrição quanto à cumulação, remetendo à lei ordinária a sua regulação, a qual se dá pela CLT e demais normas infraconstitucionais. Trata-se, assim, de norma de eficácia limitada, ou seja, depende de emissão de uma normatividade futura para alcançar plena eficácia. Esse preceito, entretanto, possui relevante eficácia jurídica, isto é, tem aptidão para obstar a edição de normas infraconstitucionais em sentido antitético ou incompatível ao incorporado no preceito constitucional vigorante, invalidando - ou revogando, como na hipótese - tais normas antagônicas. Além da força vinculante da Constituição, a

República Federativa do Brasil incorporou ao ordenamento jurídico interno as Convenções Internacionais 148, promulgada por meio do Decreto n. 93.413, de 15.10.86, com vigência a partir de 14.01.83, e 155, promulgada pelo Decreto n. 1.254, de 29.9.94, com vigência a partir de 18.5.1993, ambas da OIT. A Convenção nº 148 estabelece diversas propostas relativas ao meio ambiente de trabalho, notadamente em relação à contaminação atmosférica, ruído e vibrações. Por sua vez, a Convenção 155 trata da segurança e saúde dos trabalhadores, adotando diversas proposições relativas à segurança, à higiene e ao meio ambiente do trabalho. Ressalta-se que, no Direito do Trabalho, as Convenções da OIT, quando ratificadas pelo Estado brasileiro, têm se tornado importantes fontes formais justralhistas no País. Não há dúvidas de que a jurisprudência do País (STF), por décadas, considerou que esses diplomas internacionais, ao ingressarem na ordem jurídica interna, fazem-no com o status infraconstitucional. Isso significa que se submetem, inteiramente, ao crivo de constitucionalidade; nesta medida podem ser declarados inválidos, mesmo após ratificados, se existente afronta a regra ou princípio insculpido na Constituição brasileira. Registre-se que a Reforma do Judiciário, promulgada em dezembro de 2004 (EC. 45/04), passou a conferir status de emenda constitucional a tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que tenham sido aprovados com o rito e quorum similares aos de emenda. Cabe ressaltar que o Supremo Tribunal Federal, em sessão de dezembro de 2008, modificou, em parte, sua jurisprudência sobre o status normativo das regras internacionais ratificadas pelo Brasil. Fixou o patamar supralegal dessas regras (acima das leis ordinárias e complementares), desde que referentes a convenções e tratados internacionais sobre direitos humanos (o status clássico, de simples diploma legal, ficou preservado para a generalidade dos documentos internacionais ratificados). A alteração interpretativa tem de ser integrada a um quadro de avanço hermenêutico e cultural, e não de retrocesso. Desse modo, havendo aparente conflito entre normas internacionais ratificadas e o Direito interno, deve prevalecer a norma e a interpretação mais favoráveis à pessoa humana a quem se destina a tutela jurídica. O mesmo se aplica a normas de tratados e convenções internacionais de direitos trabalhistas - que têm óbvia natureza de direitos humanos: em situação de aparente conflito entre preceitos internacionais ratificados (as Convenções citadas, por exemplo) e preceitos legais internos, prevalece o princípio da norma mais favorável ao trabalhador, quer no que tange ao critério de solução do conflito normativo, quer no que diz respeito ao resultado interpretativo alcançado. Com relação ao caso concreto, acerca da possibilidade de cumulação dos

adicionais de insalubridade e de periculosidade, não há dúvidas de que as disposições que mais se harmonizam com os referidos preceitos e com as normas constitucionais de proteção do trabalhador são aquelas previstas nas Convenções 148 e 155 da OIT (que possuem status supralegal, isto é, acima das leis ordinárias e complementares, mas abaixo da Constituição) - em detrimento da regra do art. 193, § 2º, da CLT -, devendo, portanto, prevalecer a possibilidade de cumulação dos adicionais de periculosidade e insalubridade. Há de se ponderar, contudo, que essa cumulação apenas se faz cabível quando a incidência de referidos adicionais seja decorrente de agentes de risco distintos - haja vista que, se a periculosidade e a insalubridade tiverem como causa o mesmo fato, mantém-se a necessidade de o empregado fazer a opção pelo adicional mais vantajoso. Trata-se, com efeito, de parcelas sumamente distintas, que não se compensam, nem se substituem, não podendo ser deduzidas. Desse modo, por força do texto normativo do art. 7º, XXII e XXIII da CF, combinado com o art. 11-b, da Convenção 155 da OIT, o sentido do art. 193, § 2º, CLT, tem de ser considerado como não recepcionado (revogado) pela nova ordem jurídica constitucional estabelecida com a Constituição Federal promulgada em 1988, para permitir a acumulação das parcelas diferentes, porém não a duplicidade de pagamento da mesma verba pela ocorrência de duplo fator agressivo. Ou seja, não se pagam, é óbvio, dois adicionais de insalubridade em vista da existência de dois agentes insalubres, pois a verba é a mesma; porém pagam-se as duas verbas distintas (insalubridade e periculosidade), caso existam seus fatores específicos e distintos de incidência. Por fim, quanto à possibilidade de os Tribunais manifestarem-se sobre a recepção constitucional por meio de órgão fracionário, o Supremo Tribunal Federal, em diversos julgamentos, considerou que a cláusula de reserva de plenário (full bench), prevista no art. 97 da CF/88, somente se aplica às leis e atos normativos do Poder público editados sob a égide da atual Constituição, não se aplicando, desse modo, ao fenômeno da recepção/não recepção (caso dos autos). Precedentes do STF. Assim, em razão da necessidade de nova compreensão desta Corte acerca da cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade à luz dos parâmetros acima citados, não se pode considerar que o art. 193, § 2º, da CF, tenha sido recepcionado pela Constituição Federal de 1988, razão pela qual se possibilita a percepção conjunta do adicional de insalubridade e de periculosidade. Recurso de revista não conhecido no tema. [...]. (RR - 20547-51.2013.5.04.0331 Data de Julgamento: 30/03/2016, Redator Ministro: Mauricio Godinho Delgado, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 08/04/2016).

EMBARGOS EM RECURSO DE REVISTA INTERPOSTOS NA VIGÊNCIA DA LEI 11.496/2007. CUMULAÇÃO DO ADICIONAL DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE - EXPOSIÇÃO

A APENAS UM FATOR DE RISCO. O art. 193 da CLT, que se reporta ao adicional de periculosidade, dispõe, em seu § 2º, que o empregado pode optar pelo adicional de insalubridade. Em exercício hermenêutico desse comando, usualmente procedido pelas Cortes Trabalhistas, é comum concluir-se que, mesmo exposto o trabalhador, simultaneamente, a agentes potencialmente nocivos à saúde e geradores de risco à integridade física ou à vida, não acumularia dois adicionais, de periculosidade e de insalubridade, devendo observar a determinação da lei quanto à opção. Ora, é cediço que as normas atinentes à saúde ostentam caráter de ordem pública e, portanto, são inderrogáveis pela vontade das partes. E, por esse viés, cabe ao empregador zelar pelo meio ambiente laboral saudável, buscando eliminar os riscos que atentam contra a saúde do trabalhador (art. 7º, XXII, da CF). Dessa forma, o pagamento pelo trabalho em condições diferenciadas, entre elas as de exposição a riscos à saúde, integridade física e vida do trabalhador, não apenas visa a remunerar as condições especiais do labor, como também a encarecer a mão de obra, objetivando a realização, pelo empregador, da efetiva diminuição ou eliminação dos riscos. No entanto, em face da impossibilidade de se alcançar um ambiente totalmente isento dos riscos à saúde, o pagamento dos adicionais visa compensar o risco à saúde e à vida e a integridade do trabalhador. Os arts. 190 e 193 da CLT, que preveem o pagamento dos adicionais de insalubridade e de periculosidade, embora sejam taxativos quanto à caracterização das atividades insalubres e perigosas pelo Ministério do Trabalho, não trazem nenhuma vedação para a sua cumulação, inclusive porque visam remunerar situações distintas de gravame à saúde. Os referidos dispositivos, em especial o § 2º do art. 193, devem ser interpretados à luz da Constituição Federal, notadamente em face dos princípios nela insculpidos, tais como os da dignidade da pessoa humana, da valorização social do trabalho, da proteção à saúde e meio ambiente do trabalho e do princípio da redução dos riscos inerentes ao trabalho, visto que a saúde e a integridade física não se vendem e não se compram, preservam-se, sendo fundamentais à dignidade do ser humano. Sabido que a insalubridade compromete a saúde do trabalhador, enquanto a periculosidade expõe a risco a sua vida ou integridade física, não haveria sentido falar-se em opção por um deles, na medida em que a escolha de um dos adicionais não elimina a incidência do outro. No momento em que o empregado é obrigado a optar por um dos adicionais, com agentes agressores diversos, estar-se-ia precarizando o postulado nos arts. 6º e 194 da Constituição Federal, de que a saúde é um direito

social e no art. 7º, XXIII, da Constituição Federal, que prevê o pagamento do adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas. Convém ressaltar que as Convenções 148 e 155 da Organização Internacional do Trabalho, ratificadas pelo Brasil, recomendam interpretação mais ampla, ou, ao menos, mais voltada ao aprimoramento das condições de trabalho e extensão da proteção a que o empregado faz jus, estabelecendo limites aos riscos profissionais. Assim, em face de a Constituição Federal, no artigo 7º, XXIII, ter garantido de forma plena o direito ao recebimento dos adicionais de penosidade, insalubridade e periculosidade, sem nenhuma ressalva quanto à cumulação, não estaria recepcionado o dispositivo da CLT. Procurando, no entanto, estabelecer o sentido e alcance da norma celetista à luz da Constituição de 1988, com interpretação conforme à Lei Maior, chego à conclusão de que o intuito da norma, em relação à opção por um dos adicionais, diz respeito a fatos que levam simultaneamente a uma situação de insalubridade e de risco. E aí a opção por um dos adicionais se impõe, com recepção da norma celetista, a exemplo do trabalhador que opera aparelho de raios X, hipótese dos autos, gerador de risco à saúde e à integridade física. Por esse prisma, a interpretação a ser conferida à norma não pode ser a mesma quando os fatos geradores da insalubridade e da periculosidade são diversos e não se confundem. Nesta hipótese, a norma do art. 193, § 2º, da CLT não incide, pelo simples fato de que não há opção a ser feita. São fatores distintos e cada qual faz incidir o adicional correspondente. Interpretação distinta corresponderia a negar um direito fundado na Constituição Federal. Assim, por quaisquer dos enfoques que se pretenda, seja pela não recepção do art. 193, § 2º, da CLT pela Constituição Federal, seja pela sua interpretação conforme aos princípios constitucionais, entendo plenamente cabível a cumulação dos adicionais de periculosidade e de insalubridade quando as circunstâncias que os ensejarem forem diversas. Contudo, a hipótese delineada pelo acórdão da Turma do TST não permite a constatação dos fatores causadores de insalubridade e periculosidade, se distintos ou único. Logo, ao manter a condenação do Réu ao pagamento do adicional de periculosidade, ao fundamento de que o Autor estava exposto à radiação, em face de sua permanência próxima aos pacientes durante exames de raios-x para o fim de monitoramento, valeu-se, para a condenação, da percepção de existência de uma causa, nada reportando em relação à insalubridade, razão pela qual deixo de fazer incidir o entendimento externado. Assinale-se, em arremate, que há de se situar a impossibilidade de cumulação de pagamento dos adicionais de periculosidade e insalubridade como vedação relativa ou condicional, na medida em que, estando presentes agentes distintos para originar tais condições

especiais de trabalho, o arcabouço jurídico protetivo tem plena incidência e franqueia a cumulação das benesses. Recurso de embargos conhecido e desprovido. Processo: E-ED-ARR - 62-35.2013.5.04.0006 Data de Julgamento: 18/08/2016, Relator Ministro: Alexandre de Souza Agra Belmonte, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DEJT 02/09/2016).

RECURSO DE EMBARGOS EM RECURSO DE REVISTA COM AGRAVO REGIDO PELA LEI Nº 13.015/2014. CUMULAÇÃO DOS ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE FATOS GERADORES DISTINTOS E AUTÔNOMOS. IMPOSSIBILIDADE. ARTIGO 193, § 2º, DA CLT. Ressalvado o meu entendimento pessoal, esta Subseção, no julgamento do processo E-ARR-1081-60.2012.5.03.0064, firmou entendimento no sentido de que há norma expressa no artigo 193, § 2º, da Consolidação das Leis do Trabalho, segundo a qual é vedada a percepção cumulativa dos adicionais de insalubridade e de periculosidade e que tal cumulação somente seria cabível se presentes os agentes insalubre e de risco, simultaneamente, cada qual amparado em um fato gerador diferenciado e autônomo. Todavia, na hipótese, não está comprovado nos autos que o pedido de recebimento cumulado dos adicionais se origina de causas de pedir diversas, o que afasta a possibilidade do respectivo deferimento. Recurso de embargos de que se conhece e a que se nega provimento. (E-ARR - 751-85.2013.5.04.0004 Data de Julgamento: 15/09/2016, Relator Ministro: Cláudio Mascarenhas Brandão, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DEJT 23/09/2016)

RECURSO DE REVISTA. ADICIONAL DE PERICULOSIDADE E INSALUBRIDADE - FATOS GERADORES DISTINTOS. CUMULAÇÃO. POSSIBILIDADE. No julgamento do E-ARR-1081-60.2012.5.03.0064, de relatoria do Ministro João Oreste Dalazen, a SDBI-1 deste Tribunal Superior do Trabalho, a partir de interpretação teleológica em consonância com o texto constitucional da norma prevista no art. 193, § 2º, da CLT, concluiu que a opção facultada ao empregado, em relação à percepção do adicional de periculosidade ou do adicional de insalubridade, “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 ou do mesmo fato gerador”. Assim, firmou entendimento no sentido de que, caso o pagamento concomitante dos adicionais de periculosidade e insalubridade seja requerido com fundamento em causas de pedir distintas, e caracterizadas as atividades insalubre e perigosas, cada

qual com fato gerador diferenciado e autônomo, é possível a percepção cumulada dos referidos adicionais, nos termos dos arts. 192 e 193, § 1º, da CLT. Referida interpretação é coerente com o art. 7º, XXIII, da Constituição Federal, pois, caso 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”. No caso dos autos, caracterizada a periculosidade nas atividades do reclamante em face do contato com o agente perigoso produtos inflamáveis, pelo fato de laborar habitualmente em área de risco no momento da desgaseificação de tanques de combustível de aeronaves, bem como a insalubridade diante do contato com tinta com solvente a base de hidrocarboneto aromático, na atividade de pintura de aeronaves, plenamente possível percepção concomitante dos adicionais de periculosidade e insalubridade. Deve incidir a Súmula nº 333 do TST. Recurso de revista não conhecido.. [...] (RR - 693-48.2010.5.04.0017 Data de Julgamento: 21/09/2016, Relator Ministro: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 23/09/2016).

RECURSO DE REVISTA EM FACE DE DECISÃO PUBLICADA ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. 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 OSTRATADOS 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 penosidade, 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. (RR - 1871-87.2013.5.12.0022 Data de Julgamento: 12/08/2015, Relator Ministro: Cláudio Mascarenhas Brandão, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 14/08/2015).

RECURSO DE REVISTA NÃO REGIDO PELA LEI 13.015/2014. [...] 4. CUMULAÇÃO DOS ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE E DE PERICULOSIDADE DECORRENTES DE FATOS GERADORES DISTINTOS. POSSIBILIDADE. O TRT manteve a condenação ao pagamento simultâneo do adicional de periculosidade e do adicional de insalubridade. Ao adotar os fundamentos da sentença, baseados na Convenção nº 155 da OIT, a Corte Regional entendeu que a vedação disposta no artigo 193, § 2º da CLT não deveria prevalecer na hipótese dos autos. Tem-se que a SBDI-1 do TST, (sessão do dia 28/4/2016, da SBDI-1, E-ARR-1081-60.2012.5.03.0064) ao analisar o mesmo tema, firmou entendimento quanto à impossibilidade de cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade. Concluiu que, nessas situações, tão somente remanesce a opção do empregado pelo adicional que lhe for mais benéfico. Não obstante, ponderou que a vedação de cumulatividade do adicional de insalubridade com o adicional de periculosidade, disposta pelo artigo 193, § 2º da CLT, não se revela absoluta. Invocou a necessidade de uma interpretação teleológica e conforme a Constituição Federal, para concluir que mencionada vedação justifica-se apenas nas hipóteses em que os adicionais decorrem da mesma causa de pedir. Entende, assim, a SBDI-1 do TST que restando comprovada a existência de dois fatos geradores distintos, específicos para cada um dos adicionais, deve ser reconhecido o direito à sua percepção de forma cumulativa. No caso dos autos, segundo o quadro fático expressamente delimitado pelo Tribunal Regional, restou comprovado o fato de que cada um dos adicionais tem origem em condicionantes diversas. Primeiramente, foi consignado que “as atividades do autor foram consideradas como perigosas em

face da exposição à radiação não ionizante (marcador 15, pág. 15)” (fl. 329) e também que conforme laudo pericial “as atividades desenvolvidas pelo autor são enquadradas como insalubres, em grau médio, por contato e manipulação de produtos químicos - fumos metálicos e ruído” (fl. 331). Por estas razões, o TRT concluiu que “as atividades do autor, além de perigosas, são insalubres” (fl. 331). Nesse cenário, em atendimento à jurisprudência da SBDI-1 do TST, uma vez comprovados nos autos os distintos fatos geradores dos adicionais de periculosidade e insalubridade, deve ser reconhecido o direito à sua cumulação, mediante a interpretação do artigo 193, §2º, da CLT conforme o artigo 7º, XXIII da Constituição Federal. Recurso de revista conhecido e desprovido. [...] (RR - 7092-95.2011.5.12.0030 Data de Julgamento: 10/08/2016, Relator Ministro: Douglas Alencar Rodrigues, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 26/08/2016)

RECURSO DE REVISTA. APELO INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DA LEI N.º 13.015/2014. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE. AGENTES NOCIVOS DIVERSOS. CUMULAÇÃO. POSSIBILIDADE. Na hipótese dos autos, os agentes nocivos são distintos, uma vez que o adicional de periculosidade é decorrente à exposição ao risco pelo abastecimento do caminhão, e o adicional de insalubridade , em grau médio, pela exposição aos agentes nocivos umidade excessiva, resultante da mistura de água, cimento e brita, bem como por manuseio de álcalis cáusticos em atividades diversas. A SBDI-1 do TST, no julgamento recente do processo TST-E-ARR-1081-60.2012.5.03.0064, em 28/4/2016, adotou, por maioria, o entendimento de que são devidos ambos os adicionais quanto os agentes nocivos que caracterizaram a insalubridade e a periculosidade são distintos, sob o fundamento de que, caso assim não fosse, estar-se-ia “empregando tratamento igual a empregados submetidos a condições gravosas distintas, já que 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”. Recurso de Revista conhecido e provido. Processo: RR - 3032-45.2013.5.12.0051 Data de Julgamento: 31/08/2016, Relatora Ministra: Maria de Assis Calsing, 4ª Turma, Data de Publicação: DEJT 02/09/2016).

I - AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. RECLAMADA. 1. ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. RADIAÇÃO IONIZANTE. 2. HONORÁRIOS PERICIAIS. Não demonstrada a hipótese de cabimento do recurso de revista prevista no art. 896 da CLT.

Agravo de instrumento de que se conhece e a que se nega provimento. II - RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO PELO RECLAMANTE. ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. CUMULAÇÃO. RADIAÇÃO IONIZANTE. O Tribunal Regional deferiu adicional de periculosidade em razão da exposição do empregado às radiações ionizantes e indeferiu a cumulação com o adicional de insalubre, contudo, não especificou nenhum outro agente que autorizasse o reconhecimento de ambiente insalubre. Não havendo concomitância de agente perigoso ou insalubre, não há como deferir a cumulação desses adicionais. Recurso de revista de que não se conhece. (ARR - 818-30.2011.5.04.0001 Data de Julgamento: 21/09/2016, Relatora Desembargadora Convocada: Cilene Ferreira Amaro Santos, 4ª Turma, Data de Publicação: DEJT 23/09/2016).

EM SENTIDO CONTRÁRIO:

ADICIONAL DE PERICULOSIDADE E ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. CUMULAÇÃO INDEVIDA. 1. A jurisprudência majoritária dessa Corte é no sentido de ser indevida a cumulação de adicional de periculosidade e insalubridade, cabendo a opção pelo empregado entre os dois adicionais, a teor do artigo 193, § 2º, da CLT. 2. Precedentes. Recurso de revista conhecido e provido, no tema. [...] (RR - 281500-50.2009.5.12.0028 Data de Julgamento: 18/05/2016, Relator Ministro: Hugo Carlos Scheuermann, 1ª Turma, Data de Publicação: DEJT 20/05/2016.)

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO NAVIGÊNCIA DE LEI Nº 13.015/2014. [...] ADICIONAIS DE PERICULOSIDADE E DE INSALUBRIDADE. CUMULAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. Este Tribunal Superior, após interpretação literal do art. 193, § 2º, da CLT, firmou o entendimento de impossibilidade de cumulação de recebimento dos adicionais de periculosidade e de insalubridade. Ao ser prevista a opção entre um adicional e o outro, depreende-se que ao empregado ficou inviabilizada a percepção de ambos os adicionais simultaneamente. Precedentes desta Corte. Neste sentido, é a recente decisão desta Corte, proferida nos autos do Processo nº E-RR-443-80.2013.5.04.0026, publicada no DEJT 10/6/2016. Agravo de instrumento desprovido. (AIRR - 1146-40.2014.5.03.0014 Data de Julgamento: 24/08/2016, Relator Ministro: José Roberto Freire Pimenta, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 02/09/2016) **RECURSO DE REVISTA. ADICIONAIS DE PERICULOSIDADE E DE INSALUBRIDADE. CUMULAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. NÃO CONHECIMENTO.** Cinge-se a presente controvérsia

em estabelecer se existe a possibilidade de cumulação dos adicionais de insalubridade e de periculosidade, quando as funções desempenhadas sejam insalubres e perigosas. O § 2º do artigo 193 da CLT assegura ao empregado a possibilidade de optar, caso a função desempenhada seja concomitantemente insalubre e perigosa, pelo adicional que lhe seja mais vantajoso, a saber: o de periculosidade ou o de insalubridade. Precedentes. Recurso de revista de que não se conhece. (RR - 2005-96.2014.5.03.0033 Data de Julgamento: 21/09/2016, Relator Ministro: Guilherme Augusto Caputo Bastos, 5ª Turma, Data de Publicação: DEJT 23/09/2016).

AGRAVO. ADICIONAIS DE PERICULOSIDADE E INSALUBRIDADE. POSSIBILIDADE DE OPÇÃO. ALEGAÇÕES: DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL E AFRONTA AOS ARTIGOS 196, §3º e 460 da CLT. NÃO DEMONSTRAÇÃO. NÃO PROVIMENTO. A reclamada argumenta que não poderia ter sido reconhecido o direito da reclamante em optar entre o recebimento do adicional de periculosidade ou de insalubridade, considerando que o seu pedido foi de cumulação das duas verbas. Ocorre que o artigo 193, § 2º, da CLT assegura ao empregado a possibilidade de escolher, caso a função desempenhada seja concomitantemente insalubre e perigosa, pelo adicional que lhe seja mais vantajoso (de periculosidade ou o de insalubridade), sendo de entendimento deste Tribunal Superior que não pode haver cumulação das referidas verbas. Precedentes. Assim, tem-se que o acórdão regional encontra-se em consonância com a jurisprudência desta Corte Superior, circunstância a obstar o processamento do recurso de revista, nos termos do artigo 896, § 7º, da CLT e da Súmula nº 333. Agravo a que se nega provimento. (Ag-AIRR - 454-87.2012.5.24.0091 Data de Julgamento: 14/09/2016, Relator Ministro: Guilherme Augusto Caputo Bastos, 5ª Turma, Data de Publicação: DEJT 16/09/2016).

ADICIONAIS DE PERICULOSIDADE E INSALUBRIDADE. CUMULAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. A lei trabalhista que rege a matéria é o art. 193, §2º, da CLT, e esse dispositivo estabelece expressamente a não cumulação dos adicionais de periculosidade e de insalubridade, prevendo, assim, a opção pelo empregado entre os dois adicionais, de modo que a reclamante deverá optar pela parcela que lhe for mais favorável, o que pode ser feito na execução, assegurada a dedução do título anteriormente recebido, a fim de evitar-se o enriquecimento sem causa. Recurso de revista a que se dá provimento. [...] (RR - 213-28.2011.5.04.0731 Data de Julgamento: 16/03/2016, Relatora Ministra: Kátia Magalhães Arruda, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 05/08/2016).

ADICIONAL DE INSALUBRIDADE E ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. CUMULAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. O recebimento cumulado de adicional de periculosidade com adicional de insalubridade é possibilidade vedada pela lei (artigo 193, § 2º, da CLT). Precedentes desta c. Corte. Recurso de revista conhecido e provido. (ARR - 800-24.2012.5.04.0017 Data de Julgamento: 07/10/2015, Relator Ministro: Aloysio Corrêa da Veiga, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 19/02/2016).

RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DA LEI Nº 13.015/2014 - CUMULAÇÃO DOS ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE - IMPOSSIBILIDADE Nos termos da jurisprudência pacífica do Eg. TST, não há falar em pagamento cumulativo dos adicionais de insalubridade e periculosidade. O artigo 193, § 2º, da CLT dispõe que o empregado pode optar pelo adicional que porventura lhe seja devido. Precedentes. Recurso de Revista conhecido e provido. (RR - 12554-97.2013.5.03.0164 Data de Julgamento: 28/09/2016, Relatora Ministra: Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 30/09/2016).

RECURSO DE REVISTA. [...] 4. ADICIONAIS DE PERICULOSIDADE E DE INSALUBRIDADE. CUMULAÇÃO. Esta Corte Superior adota entendimento de que é vedada a cumulação dos adicionais de periculosidade e de insalubridade, tendo em vista os termos do art. 193, § 2º, da CLT. Precedentes. Recurso de revista conhecido e provido. [...] (RR - 20355-60.2013.5.04.0221 Data de Julgamento: 24/08/2016, Relatora Ministra: Dora Maria da Costa, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 26/08/2016).

“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 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” (IRR-E-ED-RR-239-55.2011.5.02.0319, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Redator Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, DEJT 15/05/2020).

“RECURSO DE EMBARGOS EM RECURSO DE REVISTA. ACÓRDÃO EMBARGADO PUBLICADO SOB A ÉGIDE DA LEI 11.496/2007. GARANTIA DE EMPREGO. ACIDENTE DETRABALHO. CONTRATO DETRABALHO A TERMO. COMPATIBILIDADE. EMPREGADO CONTRATADO POR EXPERIÊNCIA. 1. As regras valem, os princípios valem; o valor que neles se insere se exprime em graus distintos. Os princípios, enquanto valores fundamentais, governam a Constituição, o régimen, a ordem jurídica. Não são apenas a

lei, mas o Direito em toda a sua extensão, substancialidade, plenitude e abrangência. A esta altura, os princípios se medem normativamente, ou seja, têm alcance de norma e se traduzem por uma dimensão valorativa, maior ou menor, que a doutrina reconhece e a experiência consagra. Consagração observada de perto na positividade dos textos constitucionais, donde passam à esfera decisória dos arestos, até constituírem com estes aquela jurisprudência principal, a que se reporta, com toda a argúcia, García de Enterría. Essa jurisprudência tem feito a força dos princípios e o prestígio de sua normatividade – traço coetâneo de um novo Estado de Direito cuja base assenta já na materialidade e preeminências dos princípios. A importância vital que os princípios assumem para os ordenamentos jurídicos se torna cada vez mais evidente, sobretudo se lhes examinarmos a função e presença no corpo das Constituições contemporâneas, onde aparecem como os pontos axiológicos de mais alto destaque e prestígio com que fundamentar na Hermenêutica dos tribunais e legitimidade dos preceitos da ordem constitucional. Como vão longe os tempos em que os princípios, alojados nos Códigos, exercitavam unicamente a função supletiva ou subsidiária, vinculados à questão da capacidade ou suficiência normativa do ordenamento jurídico, conforme a doutrina positivista da compreensão do Direito como mero sistema de leis, com total exclusão de valores, ou seja, com ignorância completa da dimensão axiológica dos princípios!(...) O ponto central da grande transformação por que passam os princípios reside, em rigor, no caráter e no lugar de sua normatividade, depois que esta, inconcussamente proclamada e reconhecida pela doutrina mais moderna, salta dos Códigos, onde os princípios eram fontes de mero teor supletório, para as Constituições, onde em nossos dias se convertem em fundamento de toda a ordem jurídica, na qualidade de princípios constitucionais. Postos no ponto mais alto da escala normativa, eles mesmos, sendo normas, se tornam, doravante, as normas supremas do ordenamento. Servindo de pautas ou critérios por excelência para a avaliação de todos os conteúdos normativos, os princípios, desde sua constitucionalização, que é ao mesmo passo positivação no mais alto grau, recebem como instância valorativa máxima categoria constitucional, rodeada do prestígio e da hegemonia que se confere às normas inseridas na Lei das Leis. Com esta relevância adicional, os princípios se convertem igualmente em norma normarum , ou seja, norma das normas (PAULO BONAVIDES, Curso de Direito Constitucional - 18ª ed. - São Paulo: Malheiros , 2006, pp. 288-90). 2. Onde não houver respeito pela vida e pela integridade física do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde a intimidade e identidade do indivíduo forem objeto de ingerências indevidas, onde sua igualdade relativamente aos

demais não for garantida, bem como onde não houver limitação do poder, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana, e esta não passará de mero objeto de arbítrio e injustiças. A concepção do homem-objeto, como visto, constitui justamente a antítese da noção da dignidade da pessoa humana (...). No que concerne à vinculação aos direitos fundamentais, há que ressaltar a particular relevância da função exercida pelos órgãos do Poder Judiciário, na medida em que não apenas se encontram, eles próprios, também vinculados à Constituição e aos direitos fundamentais, mas que exercem, para além disso (e em função disso), o controle da constitucionalidade dos demais atos estatais, de tal sorte que os tribunais dispõem – consoante já se assinalou em outro contexto – simultaneamente do poder e do dever de não aplicar os atos contrários à Constituição, de modo especial os ofensivos aos direitos fundamentais, inclusive declarando-lhes a inconstitucionalidade. É neste contexto que se têm sustentado que são os próprios tribunais, de modo especial a Jurisdição Constitucional por intermédio de seu órgão máximo, que definem, para si mesmos e para os demais órgãos estatais, o conteúdo e sentido correto dos demais direitos fundamentais. Paralelamente a esta dimensão negativa da vinculação do Poder Judiciário aos direitos fundamentais, J. Miranda, ilustre mestre de Lisboa, aponta a existência de uma faceta positiva, no sentido de que os juízes e tribunais estão obrigados, por meio da aplicação, interpretação e integração, a outorgar às normas de direitos fundamentais a maior eficácia possível no âmbito do sistema jurídico. Ainda no âmbito destas funções positiva e negativa da eficácia vinculante dos direitos fundamentais, é de destacar-se o dever de os tribunais interpretarem e aplicarem as leis em conformidade com os direitos fundamentais, assim como o dever de colmatação de eventuais lacunas à luz das normas de direitos fundamentais, o que alcança inclusive, a Jurisdição cível, esfera na qual – ainda que numa dimensão diferenciada – também se impõe uma análise da influência exercida pelos direitos fundamentais sobre as normas de direito privado. Neste contexto, constata-se que os direitos fundamentais constituem, ao mesmo tempo, parâmetros materiais e limites para o desenvolvimento judicial do Direito. Por outro lado, a condição peculiar do Poder Judiciário, na medida em que, sendo simultaneamente vinculado à Constituição (e aos direitos fundamentais) e às leis, possui o poder-dever de não aplicar as normas inconstitucionais, revela que eventual conflito entre os princípios da legalidade e da constitucionalidade (isto é, entre lei e Constituição) acaba por resolver-se em favor do último (INGO WOLFGANG SARLET, Eficácia dos Direitos Fundamentais. São Paulo: Editora Livraria do Advogado, 2001, pp. 110-1 e 335-6). 3. Incumbe ao empregador, independentemente da modalidade de vínculo, o dever de proporcionar

ao empregado as condições de higiene, saúde e segurança no ambiente laboral, sob pena de afronta ao princípio da prevenção do dano ao meio ambiente, exteriorizado, no âmbito do Direito do Trabalho, na literalidade do artigo 7º, XXII, da Carta Magna, segundo o qual é direito dos trabalhadores, urbanos e rurais, dentre outros, a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene segurança . 4. A exegese perfilhada permite que se atribua ao mencionado princípio máxima efetividade, outorgando-lhe o sentido que mais eficácia lhe dê (...) e conferindo a essa norma fundamental, ligada a todas as outras normas, o máximo de capacidade de regulamentação e de realização (JORGE MIRANDA, Manual de Direito Constitucional . Tomo II – Constituição. 5ª. ed., revista e atualizada. Lisboa: Coimbra Editora, 2003, pág. 291), de modo a permitir a concretização não apenas do direito fundamental a um meio ambiente equilibrado (CR, arts. 200, caput e VIII, e 225), mas também do direito fundamental à saúde do trabalhador (CR, art. 6º), uma das dimensões do direito à vida, o qual constitui suporte para existência e gozo dos demais direitos (...), sendo necessário, para sua proteção, assegurar-se os seus pilares básicos: trabalho digno e saúde (RAIMUNDO SIMÃO DE MELO, Proteção legal e tutela coletiva do meio ambiente do trabalho. In: Meio Ambiente do Trabalho – coordenação Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho. São Paulo: LTr, 2002, pp. 13-4). 5. Quando o constituinte estabeleceu que a ordem econômica deve se atentar para o princípio da função social da propriedade (art. 170, III), atingiu a empresa que é uma das unidades econômicas mais importantes no hodierno sistema capitalista . Nessa direção Enzo Roppo observa, com acerto, que o atual processo econômico é determinado e impulsionado pela empresa, e já não pela propriedade em sua acepção clássica. Ao esquadrihar a dicção do mencionado dispositivo constitucional, Eros Grau sublinha: ‘O que mais releva enfatizar, entretanto, é o fato de que o princípio da função social da propriedade impõe ao proprietário – ou a quem detém o poder de controle, na empresa – o dever de exercê-lo em benefício de outrem e não, apenas, de não o exercer em prejuízo de outrem. Isso significa que a função social da propriedade atua como fonte da imposição de comportamentos positivos – prestação de fazer, portanto, e não, meramente, de não fazer – ao detentor do poder que deflui da propriedade’. Indubitavelmente, essa imposição de comportamento positivo ao titular da empresa, quando manifestada na esfera trabalhista, significa um atuar em favor dos empregados, o que, na prática, é representado pela valorização do trabalhador, por meio de um ambiente hígido, salário justo e, acima de tudo, por um tratamento que enalteça a sua dignidade enquanto ser humano (arts. 1º, 3º, 6º, 170 e 193, todos da CF) (JOSÉ AFFONSO DALLEGRAVE NETO in

Responsabilidade Civil no direito do Trabalho . São Paulo: LTr, 2ª ed., 2007, p. 335). 6. A boa-fé expande as fontes dos deveres obrigacionais, posicionando-se ao lado da vontade e dotando a obrigação de deveres orientados a interesses distintos dos vinculados estritamente à prestação, tais como o não-surgimento de danos decorrentes da prestação realizada ou a realização do melhor adimplemento (JORGE CESA FERREIRA DA SILVA, A Boa-fé e a Violação Positiva do Contrato - Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 270). 7. Tendo o empregador o dever de proteção, de segurança, de zelo pela incolumidade física e mental de seus empregados, não se harmoniza com a boa-fé objetiva, tampouco com a função social da empresa, o rompimento do contrato de trabalho, logo após o retorno do afastamento ocasionado pelo acidente de trabalho sofrido na entrega do labor ao empreendimento patronal, ainda que o liame tenha sido firmado a termo, presumindo-se – presunção juris tantum - discriminatória a extinção do vínculo em tais circunstâncias, considerada a situação de debilidade física comumente verificada no período que sucede a alta previdenciária, a acarretar a ilicitude da dispensa, pelo abuso que traduz, e viciar o ato, eivando-o de nulidade. 8. O art. 3º, IV, da Carta Política situa entre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil o combate a todas as formas de discriminação. 9. A Convenção 117 da OIT, sobre os objetivos e normas básicas da política social, ratificada pelo Brasil em 24.3.69 e promulgada pelo Decreto 66.496/70, estabelece, no art. 14, que os Estados Membros devem construir uma política social que tenha por finalidade a supressão de todas as formas de discriminação, especialmente em matéria de legislação e contratos de trabalho e admissão a empregos públicos ou privados e condições de contratação e de trabalho. 10. Mais recentemente, a Declaração da OIT sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho, de 1998, ao reconhecer a necessidade de se respeitar, promover e aplicar um patamar mínimo de princípios e direitos nas relações de trabalho, que são fundamentais para os trabalhadores, novamente entroniza o princípio da não-discriminação em matéria de emprego ou ocupação, reafirmando, assim, o compromisso e a disposição das nações participantes dessa organização. 11. Embora não desejado por nenhuma das partes, abstraído a questão relativa à culpa, o acidente de trabalho reflete fatalidade que é suportada por toda a sociedade: pelo Estado - mediante pagamento dos benefícios previdenciários pertinentes-, pelo empregador - com a manutenção do emprego por no mínimo um ano após o retorno do afastamento-, pelo empregado - parte naturalmente mais prejudicada no evento danoso. 12. O empregado acidentado, após o afastamento e gozo do benefício previdenciário, quando retorna, passa a entregar novamente sua força de trabalho em contraprestação à remuneração

percebida, sem prejuízo para o empregador. 13. Logo, a extensão da garantia de emprego ao empregado em contrato de experiência, longe de exigir maiores sacrifícios por parte do empregador, apenas assegura a manutenção do vínculo a trabalhador selecionado pela própria parte patronal, para experimentação e ulterior contratação – condicionada aos resultados do lapso experimental, os quais, em caso de acidente de trabalho ocorrido justamente nesse período, resultam evidentemente prejudicados. 14. A própria interpretação literal do art. 118 da Lei 8.213/91 – que não distingue entre as modalidades de contrato de trabalho - viabiliza o alcance da garantia de emprego a trabalhador acidentado em contrato a termo - compreensão que, com maior razão, abraça os contratos firmados por experiência. 15. Cabe a esta Justiça Especializada, na interpretação do ordenamento jurídico e na aplicação dos princípios constitucionalmente consagrados, assegurar que empregados pessoalmente vitimados não tenham seus prejuízos majorados com a perda do meio de sustento, em momento no qual tentam retornar ao estado, físico e mental, em que se encontravam anteriormente ao acidente de trabalho sofrido na inserção de sua mão-de-obra na cadeia produtiva do empregador. 16. Consideradas tais peculiaridades, a atual jurisprudência desta Casa tem se inclinado no sentido da ampla compatibilidade dos contratos de experiência e demais contratos a termo com a garantia de emprego decorrente de acidente de trabalho, consoante revelam recentes precedentes. 17. Impõe-se concluir que o empregado contratado por experiência, uma vez acidentado, tem o contrato de trabalho suspenso até o efetivo retorno ao trabalho, e, tratando-se de suspensão do contrato de trabalho, o prazo avençado para o seu termo volta a correr após o retorno ao trabalho, sendo absorvido pelo próprio período da garantia de emprego. 18. O argumento da embargante, no sentido de que o direito positivo vigente não ampara a garantia de emprego do empregado acidentado em contrato por experiência não alcança êxito. 19. Ao reconhecer o direito do autor à indenização referente ao período estável de 12 meses e consectários, a Turma privilegiou os princípios da proporcionalidade, da dignidade da pessoa humana, da valorização social do trabalho, da função social da empresa, do meio ambiente de trabalho seguro, da boa-fé objetiva e da não-discriminação, imprimindo interpretação sistemática da legislação pertinente, à luz da Constituição da República – norma fundamental do ordenamento jurídico . Recurso de embargos conhecido e não provido” (E-RR-9700-45.2004.5.02.0465, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Relatora Ministra Rosa Maria Weber, DEJT 05/08/2011).

“RECURSO DE EMBARGOS REGIDO PELAS LEIS Nos 13.015/2014 E 13.105/2015. DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. RETALIAÇÃO AO AJUIZAMENTO DE AÇÃO TRABALHISTA. DIREITO DE REINTEGRAÇÃO. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO CARACTERIZADA. 1. A Eg. 3ª Turma conheceu do recurso de revista do reclamante e deu-lhe provimento para, decretada a nulidade dos atos de despedimento, condenar a reclamada à reintegração do autor, bem como ao pagamento dos salários e demais vantagens do período de afastamento. Concluiu que “o princípio da não discriminação nas relações de trabalho está positivado na Declaração da OIT sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho, nas Convenções 111 e 117, bem como na Lei nº 9.029/1995, cujo rol do art. 1º tem a hermenêutica ampliada justificada pelo art. 8º da CLT”, e que, “na hipótese dos autos, demonstrada a ilicitude da conduta, é devida a reintegração do empregado, nos termos do art. 4º da Lei nº 9.029/1995”. 2. O v. acórdão embargado foi publicado sob a vigência da Lei nº 13.015/2014, que imprimiu nova redação ao art. 894, II, da CLT, no sentido de que somente é cabível o recurso de embargos quando demonstrada divergência jurisprudencial entre Turmas do TST (OJ 95/SBDI-1) ou destas com as decisões proferidas pela Seção de Dissídios Individuais ou contrariedade a súmula ou orientação jurisprudencial do Tribunal Superior do Trabalho ou súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal. Ociosa, portanto, a indicação de ofensa a dispositivos de Lei e da Constituição. 3. O único aresto colacionado sequer tangencia a discussão central do acórdão embargado, limitando-se a sufragar tese no sentido de que a norma do art. 7º, I, da CF é de eficácia limitada e de que, ainda que caracterizada dispensa discriminatória, diante da inexistência de legislação que confira alguma proteção efetiva ao trabalhador - no caso daqueles autos, estabilidade e reintegração no emprego -, a dispensa é ato potestativo do empregador. Nele, não há uma linha sequer abordando a questão à luz das disposições da Lei nº 9.029/1995. 4. A falta de pronunciamento expresso, no paradigma colacionado, sob o prisma da discussão trazida nos presentes autos, que gira em torno da aplicabilidade ou não do rol da Lei nº 9.029/1995, que foi indicada pela Eg. 3ª Turma como fundamento legal para a reintegração do obreiro, inviabiliza o cotejo analítico de teses, na forma exigida pelo art. 894, II, da CLT e orientada na Súmula 296, I, do TST. Recurso de embargos não conhecido” (E-ED-ARR-10872-91.2014.5.03.0061, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Redator Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, DEJT 10/05/2019).

DANO MORAL. INDENIZAÇÃO. RACISMO. DISCRIMINAÇÃO. OFENSAS VERBAIS. 1. O ordenamento jurídico brasileiro e normas internacionais proíbem ao empregador e a

qualquer pessoa a adoção de qualquer prática que implique preconceito ou discriminação em virtude de raça. Constituição Federal, 3º, inciso IV e art. 5º caput. Convenção nº 111 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), de 1958, ratificada pelo Brasil e promulgada pelo Decreto nº 62150, de 19.01.1968, em que se preconiza a eliminação de toda discriminação em matéria de emprego, inclusive por motivos de raça. Assim também a Declaração da OIT sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho e seu Seguimento, na qual se reafirmou o compromisso dos Estados-membros, dentre os quais figura o Brasil, de aplicar o princípio da não-discriminação em matéria de emprego e ocupação. Nesse sentido também a Lei nº 9.029, de 13.04.95. 2. A emissão de vocativos de cunho explicitamente racista e de conteúdo depreciativo, dirigidos por chefe imediato a empregado negro, constitui ato injurioso, ofensivo da dignidade da pessoa humana. Patente que constrange e humilha o ser humano, provocando-lhe profunda dor na alma. Comportamento discriminatório e preconceituoso desse jaez não apenas merece o mais candente repúdio da cidadania, como também gera direito a uma compensação pelo dano moral daí advindo. 3. Incumbe ao empregador velar pela respeitabilidade, civilidade e decoro no ambiente de trabalho, como obrigações conexas do contrato de emprego, cabendo-lhe responsabilidade civil por quaisquer danos causados a outrem por seus prepostos (Código Civil de 2002, arts. 932, III e 933). 4. Recurso de revista de que não se conhece, no particular” (RR-101100-94.2001.5.04.0561, 1ª Turma, Relator Ministro Joao Oreste Dalazen, DEJT 26/08/2005).

RECURSO DE REVISTA DO RECLAMANTE. ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE. POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO. NÃO RECEPÇÃO DO ART. 193, § 2º, DA CLT PELO ART. 7º, XXIII, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. ARTIGO 8.3 DA CONVENÇÃO 148 DA OIT E ART. 11-B DA CONVENÇÃO 155 DA OIT. 'STATUS' DE NORMA SUPRALEGAL. A ciência do Direito informa que a Constituição representa fonte normativa dotada de prevalência na ordem jurídica. Ela é que confere validade - fundamento e eficácia - a todas as demais normas jurídicas existentes em determinado contexto jurídico nacional. Observe-se que o fundamento de validade surge, em geral, por abstração negativa, o que significa que a norma infraconstitucional será válida e eficaz desde que não agrida o comando ou princípio constitucional estabelecido. O cotejo das normas jurídicas infraconstitucionais com os princípios e regras constitucionais provoca, como se sabe, distintos fenômenos relevantes. Trata-se da revogação, da recepção e da invalidação. A revogação ocorre quando a antiga norma infraconstitucional é suprimida da ordem jurídica, tácita ou expressamente, por não se compatibilizar com

o novo quadro constitucional emergente. A recepção, por sua vez, acontece quando a antiga norma infraconstitucional preserva-se na ordem jurídica, por se mostrar compatível com o novo quadro constitucional emergente. Finalmente, a invalidação se passa quando a norma produzida choca-se com a ordem constitucional em vigor, esterilizando-se por declaração de inconstitucionalidade. Em resumo, se a norma for editada após o advento da nova ordem constitucional, a avaliação circunscreve-se à declaração de inconstitucionalidade ou constitucionalidade das leis e atos normativos. Se a norma infraconstitucional for anterior à nova Constituição e com ela compatível, será recepcionada; se incompatível, será revogada. Trata-se, essa última hipótese, do fenômeno da 'não recepção' das normas jurídicas infraconstitucionais. Na presente hipótese avalia-se a recepção do art. 193, § 2º, da CLT, ali inserido pela Lei 6.514/77, pela Constituição Federal promulgada em 1988. E a resposta é negativa. Os incisos XXII e XXIII do art. 7º da CF resguardam o direito dos trabalhadores ao recebimento dos adicionais de insalubridade, periculosidade e penosidade sem qualquer restrição quanto à cumulação, remetendo à lei ordinária a sua regulação, a qual se dá pela CLT e demais normas infraconstitucionais. Trata-se, assim, de norma de eficácia limitada, ou seja, depende de emissão de uma normatividade futura para alcançar plena eficácia. Esse preceito, entretanto, possui relevante eficácia jurídica, isto é, tem aptidão para obstar a edição de normas infraconstitucionais em sentido antitético ou incompatível ao incorporado no preceito constitucional vigorante, invalidando - ou revogando, como na hipótese - tais normas antagônicas. Além da força vinculante da Constituição, a República Federativa do Brasil incorporou ao ordenamento jurídico interno as Convenções Internacionais 148, promulgada por meio do Decreto n. 93.413, de 15.10.86, com vigência a partir de 14.01.83, e 155, promulgada pelo Decreto n. 1.254, de 29.9.94, com vigência a partir de 18.5.1993, ambas da OIT. A Convenção nº 148 estabelece diversas propostas relativas ao meio ambiente de trabalho, notadamente em relação à contaminação atmosférica, ruído e vibrações. Por sua vez, a Convenção 155 trata da segurança e saúde dos trabalhadores, adotando diversas proposições relativas à segurança, à higiene e ao meio ambiente do trabalho. Ressalta-se que, no Direito do Trabalho, as Convenções da OIT, quando ratificadas pelo Estado brasileiro, têm se tornado importantes fontes formais justralhistas no País. Não há dúvidas de que a jurisprudência do País (STF), por décadas, considerou que esses diplomas internacionais, ao ingressarem na ordem jurídica interna, fazem-no com o status infraconstitucional. Isso significa que se submetem, inteiramente, ao crivo de constitucionalidade; nesta medida podem ser declarados inválidos, mesmo após ratificados, se existente afronta

a regra ou princípio insculpido na Constituição brasileira. Registre-se que a Reforma do Judiciário, promulgada em dezembro de 2004 (EC. 45/04), passou a conferir status de emenda constitucional a tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que tenham sido aprovados com o rito e quorum similares aos de emenda. Cabe ressaltar que o Supremo Tribunal Federal, em sessão de dezembro de 2008, modificou, em parte, sua jurisprudência sobre o status normativo das regras internacionais ratificadas pelo Brasil. Fixou o patamar supralegal dessas regras (acima das leis ordinárias e complementares), desde que referentes a convenções e tratados internacionais sobre direitos humanos (o status clássico, de simples diploma legal, ficou preservado para a generalidade dos documentos internacionais ratificados). A alteração interpretativa tem de ser integrada a um quadro de avanço hermenêutico e cultural, e não de retrocesso. Desse modo, havendo aparente conflito entre normas internacionais ratificadas e o Direito interno, deve prevalecer a norma e a interpretação mais favoráveis à pessoa humana a quem se destina a tutela jurídica. O mesmo se aplica a normas de tratados e convenções internacionais de direitos trabalhistas - que têm óbvia natureza de direitos humanos: em situação de aparente conflito entre preceitos internacionais ratificados (as Convenções citadas, por exemplo) e preceitos legais internos, prevalece o princípio da norma mais favorável ao trabalhador, quer no que tange ao critério de solução do conflito normativo, quer no que diz respeito ao resultado interpretativo alcançado. Com relação ao caso concreto, acerca da possibilidade de cumulação dos adicionais de insalubridade e de periculosidade, não há dúvidas de que as disposições que mais se harmonizam com os referidos preceitos e com as normas constitucionais de proteção do trabalhador são aquelas previstas nas Convenções 148 e 155 da OIT (que possuem status supralegal, isto é, acima das leis ordinárias e complementares, mas abaixo da Constituição), em detrimento da regra do art. 193, § 2º, da CLT, no sentido de que são cumuláveis o adicional de periculosidade e o de insalubridade. Trata-se, com efeito, de parcelas sumamente distintas, que não se compensam, nem se substituem, não podendo ser deduzidas. Desse modo, por força do texto normativo do art. 7º, XXII e XXIII da CF, combinado com o art. 11-b, da Convenção 155 da OIT, o sentido do art. 193, § 2º, CLT, tem de ser considerado como não recepcionado (revogado) pela nova ordem jurídica constitucional estabelecida com a Constituição Federal promulgada em 1988, para permitir a acumulação das parcelas diferentes, porém não a duplicidade de pagamento da mesma verba pela ocorrência de duplo fator agressivo. Ou seja, não se pagam, é óbvio, dois adicionais de insalubridade em vista da existência de dois agentes insalubres, pois a verba é a mesma; porém pagam-se as duas verbas distintas

(insalubridade e periculosidade), caso existam seus fatores específicos de incidência. Por fim, quanto à possibilidade de os Tribunais manifestarem-se sobre a recepção constitucional por meio de órgão fracionário, o Supremo Tribunal Federal, em diversos julgamentos, considerou que a cláusula de reserva de plenário (full bench), prevista no art. 97 da CF/88, somente se aplica às leis e atos normativos do Poder público editados sob a égide da atual Constituição, não se aplicando, desse modo, ao fenômeno da recepção/não recepção (caso dos autos). Precedentes do STF. Assim, em razão da necessidade de nova compreensão desta Corte acerca da cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade à luz dos parâmetros acima citados, não se pode considerar que o art. 193, § 2º, da CF, tenha sido recepcionado pela Constituição Federal de 1988, razão pela qual se possibilita a percepção conjunta do adicional de insalubridade e de periculosidade. Recurso de revista conhecido e provido. (...) (TST-ARR-465-74.2013.5.04.0015, 3ª Turma, Rel. Min. Maurício Godinho Delgado, DEJT de 13/5/2016).

“RECURSO DE REVISTA. DISPENSA POR JUSTA CAUSA. FÉRIAS PROPORCIONAIS. COMPATIBILIDADE DA INTEPRETAÇÃO DO ARTIGO 146 DA CLT E DA TESE FIXADA NA SÚMULA 171 DO TST, EM FACE DA CONVENÇÃO Nº 132 DA OIT. CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE. INCIDENTE DE ASSUNÇÃO DE COMPETÊNCIA. CABIMENTO PARA SE EVITAR DISSENSO JURISPRUDENCIAL INTERNO NO TST (ARTIGO 947, § 50, DO CPC/2015, DE APLICAÇÃO SUPLETIVA AO PROCESSO DO TRABALHO - ARTIGOS 15 DO CPC/2015 E 769 DA CLT). A jurisprudência atual do STF firmou-se no sentido de reconhecer que os tratados e convenções internacionais que versem sobre direitos humanos e que tenham ingressado no ordenamento jurídico antes da Emenda Constitucional nº 45/2004 e, por essa razão, sem o quórum qualificado exigido (art. 5º, §3º), possuem status de norma supralegal, como reconhecido no voto prevacente do Ministro Gilmar Mendes no Recurso Extraordinário nº 466.343-1-SP. Em tal precedente, a Corte Maior introduziu no sistema jurídico pátrio, além do controle de constitucionalidade, a necessidade de compatibilização das normas infraconstitucionais com os tratados e convenções internacionais de que o Brasil seja signatário e que versem sobre direitos humanos, denominado pela doutrina como controle de convencionalidade, ou, nas palavras de Valério Mazzuoli, “o processo de compatibilidade vertical (sobretudo material) das normas de Direito interno com os comandos encontrados nas convenções internacionais de direitos humanos”. Antes da manifestação da Excelsa Corte, poderia até ser sustentada a tese de ocorrência de

conflitos entre normas de hierarquias equivalentes, a exemplo da CLT, e, por isso mesmo, a prevalência do argumento da incompatibilidade entre dispositivos nela contidos e os inseridos nos citados diplomas normativos internacionais. Contudo, a partir de então, se a Convenção situa-se acima da legislação consolidada, as suas disposições hão de prevalecer, tal como ocorreu com a autorização da prisão civil decorrente da condição de depositário infiel, afastada do ordenamento jurídico pátrio por decisão do STF. O mesmo ocorre com a Convenção nº 132 da Organização Internacional do Trabalho, ratificada pelo Brasil e promulgada por meio do Decreto n. 3.197, de 5 de outubro de 1999. Conforme disciplina inserta no seu artigo 4.1, não há nenhuma condicionante à obtenção do direito às férias proporcionais, as quais, por idêntica razão, não estão vinculadas à causa da extinção do contrato. Significa dizer que, nos termos da aludida norma internacional, o direito às férias, nos casos de período aquisitivo incompleto, é reconhecido e deve ser assegurado o pagamento de forma proporcional. Em outras palavras, a cada mês de trabalho o empregado adquire o direito a 1/12 de férias, acrescidas de 1/3 (este previsto na Constituição da República - art. 7º, XVII), mas deverá aguardar o transcurso de um ano para o efetivo gozo do descanso, ou o momento da ruptura contratual, para a sua remuneração. Justamente por se tratar de direito adquirido, a causa do rompimento do contrato de trabalho não interfere no pagamento das férias e, pelo mesmo motivo, não cabe falar em afronta ao princípio da isonomia. Assim, todos os empregados (inclusive o que foi despedido por justa causa), que tenham prestado serviço em período inferior a 1 (um) ano terão direito às férias de duração proporcionalmente reduzidas. Acrescente-se, finalmente, que a Súmula nº 171 desta Corte e os inúmeros julgados que nela se amparam não tratam especificamente da questão jurídica, à luz da aludida Convenção internacional, com o status de norma supralegal reconhecido pelo STF, o que afasta a prevalência, no caso, da CLT. Diante de tais premissas, tendo em vista a relevância da questão de direito aludida no artigo 947 do CPC/2015, que ampliou o cabimento do Incidente de Assunção de Competência até mesmo para prevenção de divergência (§ 4º do citado artigo) entre Turmas desta Corte e, mais, a constatação de eventual superação da tese fixada no Enunciado em foco, diante da superveniência da decisão do STF, imprescindível se revela a instauração do citado Incidente, para que seja reavaliada a interpretação do citado artigo 146 da CLT, à luz da Convenção n. 132 da OIT, norma hierarquicamente superior” (ARR-423-11.2010.5.09.0041, 7ª Turma, Relator Ministro Claudio Mascarenhas Brandao, DEJT 26/08/2016).

“RECURSO DE REVISTA REGIDO PELA LEI 13.015/2014. 1. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE E DE PERICULOSIDADE. CUMULAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. Discute-se, no caso, a possibilidade de recebimento cumulado dos adicionais de insalubridade e periculosidade. O Tribunal Regional, realizando controle de convencionalidade, concluiu que o artigo 193, § 2º, da CLT não pode ser aplicado, em face do que dispõe o artigo 11, “b,” da Convenção 155 da OIT, ratificada pelo Brasil, segundo o qual todos os riscos à saúde decorrente da exposição simultânea a diversos agentes ou substância devem ser considerados. Contudo, cumpre salientar, que a SBDI-1 desta Corte Superior, na sessão do dia 13/10/2016, ao examinar o recurso E-RR-1072-72.2011.5.02.0384, de Relatoria do Min. Renato de Lacerda Paiva, cujo acórdão está pendente de publicação, decidiu, por maioria, não ser possível a cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade, mesmo havendo exposição do empregado a agentes diversos, conforme disposto pelo artigo 193, § 2º, da CLT. Nesse cenário, em atendimento à mais recente jurisprudência da SBDI-1 do TST, conclui-se que o Tribunal Regional, ao deferir a cumulação dos adicionais de periculosidade e de insalubridade ainda que decorrentes de fatos geradores distintos, violou o artigo 193, § 2º, da CLT. Recurso de revista conhecido e provido. 2. **MULTA DO ARTIGO 477 DA CLT. ATRASO NA HOMOLOGAÇÃO. NÃO CABIMENTO.** O Tribunal Regional registrou que, muito embora as verbas tenham sido pagas no dia de afastamento do empregado, a homologação do acerto rescisório ocorreu em atraso. A sanção prevista no § 8º do artigo 477 da CLT tem por objetivo punir o empregador que, sem motivo justificado, deixa de efetuar o pagamento das parcelas rescisórias no prazo fixado no § 6º do mencionado dispositivo. A homologação intempestiva da rescisão contratual, no entanto, não autoriza, segundo a jurisprudência desta Corte, a incidência da mencionada sanção. Recurso de revista conhecido e provido. 3. **DISPENSA DA CITAÇÃO DO EXECUTADO. IMPOSSIBILIDADE. ARTIGO 880 DA CLT.** O Tribunal Regional manteve a sentença em que se reputou desnecessária a citação do devedor para deflagração dos atos executórios. A Recorrente alega violação do art. 880 da CLT, ao argumento de que, havendo expressa previsão no texto consolidado, não se “pode simplesmente dispensar a formalidade da citação”. Com efeito, há regramento específico na CLT quanto ao procedimento de cumprimento de sentença e, nos termos do artigo 880, consta disposição expressa acerca da necessidade de citação/intimação do executado para que cumpra a decisão, efetuando o pagamento da quantia devida ou garanta a execução, sob pena de penhora. Desse modo, ao manter a r. sentença e reconhecer a possibilidade de dispensa da citação do executado, o Tribunal Regional violou o artigo 880 da CLT. Recurso de revista conhecido e provido” (RR-2219-95.2013.5.08.0126, 7ª Turma, Relator Ministro Douglas Alencar Rodrigues, DEJT 16/06/2017).

NORMAS PARA PUBLICAÇÃO

Prezados autores,

A Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, Revista Científica de periodicidade mensal é divulgada exclusivamente por meio eletrônico a partir do site www.trt9.jus.br. Adota temática singular a cada edição e se destina a publicar artigos acórdãos, sentenças, condensa entendimentos jurisprudenciais sumulados ou organizados em orientações, resenhas, convida para publicação observadas as seguintes normas.

1. Os artigos ou decisões devem ser encaminhados à análise do Conselho Editorial, para o e-mail revistaeletronica@trt9.jus.br
2. Os artigos serão técnico-científicos, focados na área temática de cada edição específica, sendo divulgada a sequência dos temas eleitos pela Escola Judicial do TRT-9ª Região, mediante consulta;
3. Os artigos encaminhados à Revista Eletrônica devem estar digitados na versão do aplicativo Word, fonte ARIAL corpo 12, espaçamento entrelinhas 1,5, modelo justificado, com títulos e subtítulos em maiúsculas alinhados à esquerda, em negrito. A primeira lauda conterá o título do artigo, nome, titulação completa do autor, referência acerca da publicação original ou sobre seu ineditismo;
4. Os artigos encaminhados à publicação deverão ter de preferência entre 10 e 15 laudas, incluídas as referências bibliográficas. As referências deverão obedecer as normas ABNT. Os artigos conterão citações bibliográficas numeradas, notas de rodapé ordenadas e referências bibliográficas observarão normas vigentes da ABNT, reservando-se o Conselho Editorial da Revista Eletrônica o direito de adaptar eventuais inconsistências, além de estar autorizado a proceder revisões ortográficas, se existentes;
5. A publicação dos artigos não implicará remuneração a seus autores, que ao submeterem o texto à análise autorizam sua eventual publicação, sendo obrigação do Conselho Editorial informá-los assim que divulgada a Revista Eletrônica;
6. O envio de artigos ou decisões não pressupõe automática publicação, sendo sua efetiva adequação ao conteúdo temático de cada edição da Revista Eletrônica pertencente ao juízo crítico-científico do Conselho Editorial, orientado pelo Desembargador que organiza as pesquisas voltadas à publicação.
7. Dúvidas a respeito das normas para publicação serão dirimidas por e-mails encaminhados à revistaeletronica@trt9.jus.br

Respeitosamente.

CONSELHO EDITORIAL



TRT-9ª REGIÃO