

**LACUNA POR ARRASTAMENTO? O PROBLEMA DA
REGULAMENTAÇÃO DO ADICIONAL DE PERICULOSIDADE AO
MOTOCICLISTA***

**GAP BY DRAGGLE? THE PROBLEM OF REGULATION OF
HAZARDOUS ADDITIONAL TO MOTORCYCLISTS**

Alexandre Pimenta Batista Pereira**

“Por aqui o melhor e mais completo
Vamo logo ser direto:
Tá em falta, tem mas acabou...
E o meu sonho de consumo
Tem que encomendar primeiro
E esperar um ano inteiro
Ainda rezando pra chegar”
(ULHOA, John. Água. *In: PATO Fu. Tem Mas Acabou.*
São Paulo: BMG, 1996).

RESUMO

O cenário de regulamentação do adicional de periculosidade ao motociclista, previsto no artigo 193, §4º, CLT, desperta dissensos jurisprudenciais, a justificar nulidade, suspensão restrita ou autoaplicabilidade da portaria ministerial, consubstanciados no anexo 5 da Norma Regulamentadora 16 MTE. Passados sete anos do novel estuário normativo, não faltam vozes a defender a inefetividade jurídica, o que acaba por deixar o trabalhador no limbo, sem ter reconhecido o seu direito.

* Artigo originalmente publicado na *Revista Magister de Direito do Trabalho*, Porto Alegre, v. 109, p. 128-148, jul./ago. 2022.

** Juiz do Trabalho Substituto do TRT da 3ª Região. Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Ex-Bolsista do Serviço Alemão de Intercâmbio Acadêmico (DAAD). Pesquisador-Visitante na Universidade de Giessen/Alemanha (2006-2008) e no Instituto Max Planck de Direito Comparado e Internacional Privado em Hamburgo/Alemanha (2010-2011). Ex-Professor da Universidade Federal de Viçosa. Autor de inúmeros artigos publicados em periódicos jurídicos de circulação nacional. Professor do curso de Direito e de Mestrado em Gestão Integrada do Território na Universidade Vale do Rio Doce (UNIVALE). E-mail: alexandre_pereira@hotmail.com.

A expansão desmensurada da tese da invalidez regulamentadora fomenta uma constelação de descrédito jurídico, facilitando locupletamento indevido do empregador, que se aproveita da mão de obra em ambiente perigoso, expondo a vida do trabalhador motociclista sem a devida contraprestação.

Palavras-chave: Motociclista. Regulamentação. Adicional de periculosidade. Lacuna.

ABSTRACT

The scenario of regulation of hazard pay for motorcyclists, provided for in article 193, §4, CLT, arouses jurisprudential disagreements, justifying nullity, restricted suspension or self-applicability of the ministerial decree, embodied in Annex 5 of Regulatory Standard 16 MTE. After seven years of the new normative estuary, there is no lack of voices defending legal ineffectiveness, which ends up leaving the worker in limbo, without having recognized his right. The unmeasured expansion of the thesis of regulatory invalidity fosters a constellation of legal disrepute, facilitating undue enrichment of the employer, who takes advantage of labor in a hazardous environment, exposing the life of the motorcycle worker without due consideration.

Keywords: Motorcyclist. Regulation. Additional hazard. Gap.

SUMÁRIO

- 1 INTRODUÇÃO
 - 2 DIREITO AO MEIO AMBIENTE DE TRABALHO SEGURO: PRIMADO DA VEDAÇÃO À MONETIZAÇÃO DOS RISCOS
 - 3 COMPREENDENDO O ANEXO 5 DA NORMA REGULAMENTADORA 16 MTE
 - 4 NORMA CONSTITUCIONAL DE EFICÁCIA LIMITADA?
 - 5 PREMISAS DECISÓRIAS DA SUSPENSÃO DE EFEITOS DA PORTARIA MINISTERIAL
 - 6 LACUNA POR ARRASTAMENTO?
 - 7 SÍNDROME DA INEFETIVIDADE SOCIAL - O INUSITADO RACIOCÍNIO DO TEM MAS ACABOU
- REFERÊNCIAS

1 INTRODUÇÃO

O tema da regulamentação do adicional de periculosidade do motociclista gera fundadas controvérsias na jurisprudência. Não bastou a inclusão legislativa para dar diretrizes de efetividade ao direito reconhecido ao trabalhador.

A celeuma gira em torno de possível omissão quanto à efetivação regulamentar dada pelo órgão ministerial na matéria.

A lei 12.997, de 2014, determinou a inclusão do parágrafo quarto ao artigo 193 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), ao categorizar atividades perigosas, em razão do risco acentuado e exposição permanente, as desenvolvidas em motocicleta pelo trabalhador.

O *caput* do mesmo artigo 193 CLT prevê a importância da regulamentação, aprovada pelo Ministério do Trabalho e Emprego (MTE) - atualmente designado Ministério do Trabalho e Previdência - quanto ao parâmetro tipificador pela natureza ou métodos de trabalho, que densifique a exposição do risco na situação fática, vivenciada pelo obreiro.

Após o reconhecimento legislativo, trazido pela lei 12.997/14, o Ministério do Trabalho e Emprego promulgou a Portaria nº 1.565, de 13 de outubro de 2014, ao incluir o Anexo 5 à Norma Regulamentadora 16 da Portaria 3.214, de 8 de junho de 1978, trazendo contornos específicos às atividades e operações perigosas, ligadas ao uso de motocicletas.

O anexo 5 da NR16 MTE tem redação curta e incisiva, ao procurar trazer direcionamentos do parâmetro regulamentador ministerial e dar balizas de concretude ao direito em tese.

O singelo e propositivo apontamento ministerial traz, por assim dizer, cores vivas para efetivar a norma jurídica.

Os direcionamentos do patamar executivo são fincados em dois centros propositivos, quais sejam: a reminiscência das atividades exercidas em vias públicas e a exclusão da periculosidade em determinadas circunstâncias.

Vale a pena, pois, ter em mente a redação da portaria ministerial em tela:

ATIVIDADES PERIGOSAS EM MOTOCICLETA

1. As atividades laborais com utilização de motocicleta ou motoneta no deslocamento de trabalhador em vias públicas são consideradas perigosas.
2. Não são consideradas perigosas, para efeito deste anexo:

- a) a utilização de motocicleta ou motoneta exclusivamente no percurso da residência para o local de trabalho ou deste para aquela;
- b) as atividades em veículos que não necessitem de emplacamento ou que não exijam carteira nacional de habilitação para conduzi-los;
- c) as atividades em motocicleta ou motoneta em locais privados.
- d) as atividades com uso de motocicleta ou motoneta de forma eventual, assim considerado o fortuito, ou o que, sendo habitual, dá-se por tempo extremamente reduzido (MTE, 2014).

Impende apontar que as atribuições contidas no inciso II do parágrafo único do art. 87 da Constituição Federal e nos arts. 155, 193 e 200 da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT - colocam um espectro de poder discricionário ao órgão executivo, nos limites de sua competência, para especificar os pressupostos relevantes à regulamentação.

Como quer que seja, a portaria MTE nº 1.930, de 16 de dezembro de 2014, atendendo à determinação judicial proferida nos autos do processo nº 0078075-82.2014.4.01.3400 da 20ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal - Tribunal Regional Federal da Primeira Região - cuidou de suspender os efeitos da Portaria MTE nº 1.565, de 13 de outubro de 2014.

Posteriormente, a Portaria MTE nº 5, de 07 de janeiro de 2015, em cumprimento ao imperativo da Justiça Federal de Primeira Instância, buscou revogar a Portaria MTE nº 1.930 de 16 de dezembro de 2014, além de suspender os efeitos da Portaria MTE nº 1.565 de 13 de outubro de 2014, em relação aos associados da Associação Brasileira das Indústrias de Refrigerantes e de Bebidas não Alcoólicas e aos confederados da Confederação Nacional das Revendas AMBEV e das Empresas de Logística da Distribuição.

Veja-se que o direito conferido, genericamente, à classe trabalhadora sofreu sucessivas ondas restritivas.

As assertivas de suspensão posteriores estariam, então, a implicar a retirada de caracterização do preceito normativo? Como interpretar a suposta ausência regulamentadora, tendo por base o viés de eficácia máxima das normas constitucionais? O verbete constitucional a garantir o pagamento do adicional de periculosidade, especificamente por meio de diretrizes legislativas voltadas ao motociclista, constituiria margem de aplicação lacunosa?

2 DIREITO AO MEIO AMBIENTE DE TRABALHO SEGURO: PRIMADO DA VEDAÇÃO À MONETIZAÇÃO DOS RISCOS

A extensão do adicional de periculosidade ao motociclista representa a busca do legislador por se valorizar o meio ambiente de trabalho seguro.

A redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança, densifica o mote jurídico quanto ao postulado do direito fundamental à saúde laboral, estabelecido no inciso XXII do art. 7º da Constituição da República.

O dever de o empregador zelar pelo meio ambiente de trabalho seguro, atrelado ao direito fundamental à saúde, reverbera a importância do direito ambiental do trabalho, voltado à natureza de direito humano/fundamental, consagrado no diploma internacional da Convenção 155 da Organização Internacional do Trabalho (OIT, 1981). O respeito ao valor social do trabalho e a proteção da dignidade humana (arts. 1º III, IV, 6º, 170 e 193 da Constituição da República) são diretrizes gerais da consolidação do meio ambiente de trabalho seguro e hígido, com justificativa no art. 157 CLT, combinado com as previsões contidas nos arcabouços constitucionais dos arts. 200, VIII e 225 da Constituição da República.

A amplitude do território de labor periculoso envolve um primado de se efetuarem medidas antecipatórias - e não simplesmente reativas - de cuidado protetivo, buscando afastar e prevenir a incidência de doenças de trabalho e acidentes fatais.

Evita-se a chamada *monetização do risco*, eis que o contexto do trabalho decente faz por centrar a atuação dos órgãos de proteção na busca pelo adequado meio laboral, sobretudo em consonância à preservação da convivência familiar e social adequada.

No cotejo entre a lógica patrimonial e o respeito ao ser humano, pela aplicação do postulado da ponderação, devem prevalecer os valores matrizes da dignidade humana e valor social do trabalho, atrelados à máxima de vedar a caracterização do *trabalho como mercadoria* - postulado que encontra suas balizas no Anexo da Constituição da Organização Internacional do Trabalho, a Declaração de Filadélfia, de 1944 (OIT, 1944). A dignidade humana e o valor social do trabalho representam fundamentos da República Federativa, além de parâmetros de finalidade da ordem econômica, consubstanciados nos ditames da justiça social - artigos 1º III, IV e 170 da Constituição da República.

A expressão de pagamento, contida nos adicionais de periculosidade e insalubridade, configura matricial secundário e subjacente, acaso não satisfeitas as perspectivas de consolidação ao meio de trabalho seguro, em sua totalidade.

Por isso mesmo que o inciso XXIII do art. 7º CF (*adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei*) comparece após - e em ordem sucessiva - ao postulado geral da *redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança*, estatuído no XXII do art. 7º CF.

De toda sorte, a previsão de incidência do meio periculoso ao motociclista faz por conter uma pedagogia de cuidado à relação concreta do trabalhador que se utiliza do veículo de transporte de duas rodas, em razão do exercício das atividades laborais nas vias públicas.

A tipificação da periculosidade, neste caso, e do conseqüente pagamento fazem por confirmar a premissa de cuidado do empregador quanto ao cumprimento das normas de segurança e instrução dos empregados, tendo em conta o postulado de precaução para evitar acidentes - art. 157, I e II, CLT.

O regramento legislativo encontra guarida no caráter tuitivo e efeito expansionista do Direito do Trabalho, atrelado à máxima efetividade das normas constitucionais e vedação ao retrocesso social.

O direcionamento construtivo da normatividade em apreço - evolução legislativa para a construção do adicional de periculosidade ao trabalhador motociclista - encontra peso em inúmeros centros e premissas: ordenamento internacional (Convenção 155 OIT); Carta da República (CF/88); parâmetro ordinário (CLT).

O evitar acidentes é colocado como política pública, respaldado, inclusive, em um lema de conscientização jurisdicional, voltado à sociedade, o Dia Nacional de Prevenção de Acidentes de Trabalho - 27 de julho - marco da luta por um ambiente de trabalho mais seguro e com qualidade de vida.

Na Justiça do Trabalho, o Programa Nacional de Prevenção de Acidentes de Trabalho (Trabalho Seguro) é colocado em parceria com instituições públicas e privadas, na formulação e execução de projetos e ações nacionais com viés de prevenção de acidentes de trabalho. O Programa Trabalho Seguro busca fazer conscientização da importância do tema e contribuir para o desenvolvimento de uma cultura de prevenção de acidentes de trabalho. (TST, 2021).

A efetividade do pagamento do adicional de periculosidade ao motociclista encontra justificativa na premissa geral de luta duradoura em

prol do meio ambiente de trabalho seguro.

Segundo dados da Polícia Rodoviária Federal, referentes ao ano de 2020, noventa por cento dos acidentes de trânsito com morte no Brasil envolveram motociclistas como vítimas. (PORTAL, 2021).

As condições da profissão são, em si, extremamente desgastantes. As novas tecnologias (telefonia móvel, internet) aproximam consumidores, clientes, prestadores de serviços e fomentam prestações de baixo valor precárias. O serviço dos motociclistas tem se expandido como alternativa de trabalho e necessidade da sociedade contemporânea. “Cada toque no mouse, que fecha um negócio via internet, ou telefonema ao fornecedor aciona a ignição de um exército de motociclistas, que rapidamente estabelece a conexão de uma rede mercadológica fornecedor-cliente” (DINIZ, 2003, p. 27).

O ambiente de perigo e o modo de andar do motociclista são evidenciados em razão das peculiaridades e estímulos do meio: pressão dos clientes por entregas rápidas; elevada demanda de serviços; precárias condições de trabalho (DINIZ, 2003, p. 105).

O ambiente de perigo e precariedade, entre insultos e gentilezas, agressões físicas e morais, envolve “uma espécie de via-crucis”. Os motoboys

atravessam as ruas e as avenidas *zigzagueando* em alta velocidade, acelerando, explodindo os motores, apertando suas buzinas, zunindo num ritmo quase que intermitente entre carros, ônibus e caminhões nos chamados corredores (SILVA, 2009, p. 16).

O dever geral de conscientização na prevenção de acidentes é missão social, enfileirada pelo Estado e sociedade civil, além da indubitável participação política, sem descurar da responsabilidade do empregador, quando se aproveita - diretamente - do uso habitual do transporte em moto para o desenvolvimento do objeto social.

3 COMPREENDENDO O ANEXO 5 DA NORMA REGULAMENTADORA 16 MTE

A Portaria nº 1.565, de 13 de outubro de 2014, que cuidou de proceder à tessitura do anexo 5 à Norma Regulamentadora 16 MTE, revelou-se, a um só tempo, comedida e técnica.

Comedida, porque a portaria ministerial não propôs um olhar

prolixo ao tema. A ênfase foi direta, voltada, especificamente, a dois eixos temáticos: a caracterização da atividade em apreço, a partir do viés de exploração econômica, e a constelação excludente de aplicação, tendo em conta determinados pressupostos.

Técnica, porque a matriz regulatória buscou conceber o âmago de definição no território laboral, excluindo-se os casos de incidência no percurso residência/local de trabalho, atividades em locais privados, além da utilização episódica e eventual da motocicleta em situações de tempo extremamente reduzido.

Nesta toada, a portaria ministerial não buscou expressar, de modo geral, a responsabilidade do empregador nos acidentes de trânsito, evidenciados no itinerário domicílio e ponto de labor. As tragédias acontecidas neste território deitam raízes em situações alheias ao controle empresarial e são tomadas, muito mais, por um compromisso de conscientização em políticas públicas.

Não se pode expandir, em demasia, a responsabilidade patronal, sob pena de infração ao postulado da livre iniciativa (arts. 1º, III e 170 CF). A segurança pública é dever do Estado, exercida em nome da preservação da incolumidade das pessoas, à luz do art. 144 da Constituição da República.

O elastecer desmedido da responsabilidade do empregador faz por infringir a autonomia privada, acabando por ferir a função social da empresa.

Veja-se que a caracterização do ambiente perigoso está destacada pela imersão nas atividades laborais, de sorte que o uso habitual do instrumento de deslocamento (motocicleta ou motoneta) seja colocado em vias públicas. A exposição do trabalhador acontece em medida direta ao aproveitamento econômico. Detentor do risco econômico, o empregador cuida de expor a vida do trabalhador, tendo por norte o incremento da atividade empresarial. A noção de perigo está ligada à significação do objeto social, haja vista a perspectiva de circulação da mercadoria ou serviço, voltada à atividade do motociclista. O trabalhador não estaria em condição de risco se inexistisse a exploração direta e a circulação necessária ao empreendimento.

Nesta seara, o anexo 5 da NR16 MTE procura trazer os direcionamentos do parâmetro regulamentador ministerial, dando balizas de concretude ao direito em tese.

O propositivo ministerial traz cores vivas para efetivação da norma jurídica, consagrada anteriormente em patamares abstratos.

Os direcionamentos do padrão regulamentador são fincados,

em suma, em centros propositivos básicos que partem da reminiscência das atividades laborais, exercidas em vias públicas, além da exclusão da periculosidade em determinados parâmetros, observadas condições de razoabilidade e ponderação.

O estuário da topologia regulamentadora está voltado a uma onda de justeza na caracterização do ambiente de perigo. Retira-se a situação no caso de veículos sem emplacamento, em ambientes privados, além da hipótese de uso pífio ou eventual do veículo automotor de duas rodas.

Bem apropriada, pois, a exclusão do desidério de perigo na emergência de deslocamento no percurso para o labor, sem falar na interferência provinda da atuação do empreendimento, colocando-se, tão somente, o dilema de necessidade do transporte particular para o acesso ao ambiente de trabalho.

O anseio diretivo regulamentador está a merecer encômios, porque, tão somente, cuidou de parametrizar as situações casuísticas de caracterização do ambiente de perigo, retirando-se alegações oportunistas de expansão indevida da situação em momentos de ausência de interferência do poder diretivo empregatício.

A situação, deveras, encontra azo no parâmetro estatuído no parágrafo único do artigo 87 da Constituição da República, ao prever competência ao Ministro de Estado quanto à expedição de instrução para execução das leis. O órgão ministerial tem incumbência de estabelecer normas e diretrizes sobre aplicação em matéria de segurança do trabalho, além de medidas de prevenção a acidentes. O anseio da portaria regulamentadora encontra lastro nas previsões contidas nos artigos 155, I, e 200, I, da Consolidação das Leis do Trabalho.

4 NORMA CONSTITUCIONAL DE EFICÁCIA LIMITADA?

O terreno de compreensão da chamada *norma constitucional de eficácia limitada* faz por reverberar a importância do prisma da efetividade das normas constitucionais (MORAES, 2018, p. 46-47). O argumento de aplicabilidade indireta, mediata ou reduzida, condicionada à complementação legislativa, reduz o primado de efetividade maior da Constituição.

Inclusive, há de se lembrar que o próprio constituinte previu a criação de institutos para superar a inércia ou falta de norma regulamentadora, que torne inviável o exercício do direito.

O mandado de injunção, positivado no art. 5º, LXXI, da Constituição

da República, é construído para transbordar o estado de anomia regulamentar, que torne inviável o exercício do direito e liberdade. A ação direta de inconstitucionalidade por omissão tem por escopo tornar efetiva norma constitucional, em razão de omissão legislativa, à luz do disposto no artigo 103, § 2º, da Constituição da República. Os institutos visam a combater a chamada *síndrome de inefetividade das normas constitucionais* (MORAES, 2018, p. 252).

É importante compreender o caráter da lacuna que necessite de colmatação por lei ou ato normativo. Não há falar de concessão da medida, no caso do mandado de injunção, na hipótese de norma autoaplicável ou que está a exigir interpretação de lei infraconstitucional. (MORAES, 2018, p. 253).

A efetividade reduzida tem por base estrutura normativa constitucional que não reúne todos os elementos básicos para a produção de efeitos necessários, requerendo a atuação do legislador para a sua plenitude de efeitos. A norma jurídica não se basta em si mesma.

De toda sorte, é certo lembrar que as normas constitucionais de eficácia limitada, mesmo na ausência de atuação ou sindicabilidade do Poder Público, apresentam aplicabilidade ou eficácia jurídica.

Essa necessidade não pode se sobrepor à força normativa da Constituição, fazendo com que os Poderes Públicos, vez por outra utilizem-se de um verdadeiro “álibi” para a não viabilização de direitos definidos e assegurados na Constituição (FERNANDES, 2011, p. 96).

A Constituição brasileira inovou ao trazer instrumentos próprios que pudessem contornar as dificuldades da inércia legislativa, na busca da concretização das normas constitucionais. O panorama é apresentado no assegurar dos direitos sociais entre os direitos fundamentais, impondo deveres de implementação do Estado (TAVARES, 2018, p. 11). A missão constitucional estaria por superar o Estado liberal, absenteísta, e envolveria a concretização do Estado social, interventor e transformador.

“A inovação desse combate omissivo prende-se à configuração desse novo constitucionalismo brasileiro, sobretudo na busca pelo Estado Social determinado constitucionalmente” (TAVARES, 2018, p. 12).

Centrando-se o debate no adicional do motociclista, vê-se que o suposto estado de anomia não seria voltado à falta de regulamentação

constitucional. O direito ao pagamento do adicional de periculosidade constitui indubitável premissa constitucional em referência - art. 7º, XXIII, CF.

A construção jurídica estaria sedimentada no patamar celetário, pontificado nos artigos 193 a 195 CLT. A norma ordinária busca, pois, fazer a regulamentação constitucional, cumprindo-se o dever de dar cores vivas de efetividade ao verbete da Carta Maior.

Não bastasse a estrutura primária do patamar celetista, para se fazer valer a concessão do direito trabalhista, o órgão executivo trouxe, ainda, luzes de concretude ao direito, construindo as diretrizes através da portaria ministerial - anexo 5 da Norma Regulamentadora 16 MTE.

Nem mesmo seria de todo necessária a inferência do regulamento, já que os atributos de delimitação efetiva dos requisitos ao adicional do motociclista seriam autoexplicativos.

Diferentemente da situação do agente insalutífero ou mesmo das ingerências perigosas, como na incidência do agente eletricitário ou em contato com substâncias inflamáveis ou explosivas, não é necessário prova pericial para fins de construção própria dos deslindes de incidência do ambiente perigoso em espécie. O simples uso da motocicleta (matéria fática) já traria contornos firmes de efetivação do direito. Não se aplicaria a imprescindibilidade da prova técnica, estatuída no art. 195 CLT, haja vista que a caracterização da situação funcional seria eminentemente fática, trazida pelo uso habitual da motocicleta, matéria comprovada mediante prova testemunhal.

Ao contrário das demais situações insalutíferas ou perigosas, o parâmetro regulamentador seria despiciendo, neste caso. A tese da caracterização da natureza ou método de trabalho que implique risco acentuado não seria construída, no caso específico do motociclista, a partir da sedimentação do parâmetro técnico regulamentador, mas sim voltada ao viés fático do uso concreto do veículo de transporte. O argumento da autoaplicabilidade do direito seria, aqui, perfeitamente defensável.

Compreende-se, neste contexto, que a noção de risco proveniente da atividade de trabalho exercida pelo motociclista seria distinta dos deslindes da exposição por agentes insalubres ou no contexto das substâncias inflamáveis, explosivas ou por energia elétrica.

Pari passu, a regulamentação trazida no anexo 3 da NR 16 MTE quanto a operações perigosas com exposição a roubos nas atividades profissionais de segurança pessoal ou patrimonial pode ser considerada assertiva de redação econômica, não rebuscada, já que o viés

regulamentador limita-se a destacar a atividade, em si, função destinada à segurança patrimonial ou pessoal, sem fazer maiores desdobramentos quanto ao índice de exposição do trabalhador. A constatação do agente e seus limites de tolerância faz muito mais sentido na exposição da natureza insalubre, ou nos outros canais de incidência de medições eletricitárias, explosivas, inflamáveis e ionizantes.

O anexo 5 da norma regulamentadora 16 MTE fez não mais que a colocação do óbvio, ao apontar para a situação de perigo no uso habitual da motocicleta ou motoneta, a partir do deslocamento do trabalhador em vias públicas, destacando a exclusão pontual do risco em determinadas ocasiões, como na exposição eventual ou em locais privados.

Afinal, o direito busca a eficácia (*Wirksamkeit*), devendo se servir dos elementos, fatos sociais, naturais e culturais na dimensão de efeitos concretos (ZIPPELIUS, 2007, p. 37-38).

5 PREMISSAS DECISÓRIAS DA SUSPENSÃO DE EFEITOS DA PORTARIA MINISTERIAL

Vale a pena trazer a lume as premissas decisórias em prol da suspensão do ato regulamentador, tendo por norte a tramitação do processo tombado sob o número 0078075-82.2014.4.01.3400 na 20ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal do Tribunal Regional Federal da Primeira Região.

O órgão judicial partiu da premissa de que o Ministério do Trabalho e do Emprego, por meio da Portaria nº 1.127/03, teria definido “expressamente as etapas e os respectivos prazos para o estudo e a conclusão das normas regulamentares relacionadas à saúde, segurança e condições gerais de trabalho. Adotou como princípio básico o sistema Tripartite Paritário, pressuposto de sua legitimação democrática, com a atuação equilibrada entre o governo, a classe trabalhadora e a classe empregadora na construção conjunta da regulamentação da matéria” (TRF1, 12 de novembro de 2014).

A autora - Associação Brasileira das Indústrias de Refrigerantes e de Bebidas Não Alcoólicas - ABTR - teria se insurgido contra o trâmite processual,

alegando supressão de etapas, ausência de participação efetiva da classe empregadora e precipitação da comissão tripartite paritária permanente - CTPP em

colocar em pauta a aprovação do anexo v, sem antes escoar os prazos para conclusão das negociações e apresentação de propostas de regulamentação.

Ao deferir a tutela antecipada para suspensão de efeitos da Portaria 1.565 MTE, a MM. Juíza Federal Adverci Rates Mendes de Abreu pontuou que:

Da análise da trajetória dos atos praticados pela CTPP que resultaram na edição da dita Portaria - nº 1.565 MTE/2014- verifica-se seu absoluto descompasso com o disposto nos artigos 6º e 7º da Portaria nº 1.127/03, do Ministério do Trabalho e Emprego e assim, o total desrespeito ao devido processo legal, posto que não foi nem minimamente observado o direito ao contraditório, já que não se assegurou a participação da classe empregadora e tampouco se observou os prazos ali previstos, tudo se fazendo de maneira açodada sem que se saiba ao certo os motivos e a finalidade a que se prestava (TRF1, 12 de novembro de 2014).

Em 17/10/2016, julgando-se o mérito da mencionada ação, destacou o órgão judicante de primeira instância que o MTE, por meio da Portaria 1.127/03, teria definido as etapas e prazos para conclusão das normas regulamentares relativas à saúde e segurança, adotando-se o sistema Tripartite de legitimação democrática.

A Comissão Tripartite Paritária Permanente - CTPP - não poderia deixar de lado a participação efetiva dos envolvidos no procedimento de publicação do parâmetro regulamentar.

A União teria argumentado que as tentativas de audiência pública teriam sido impossíveis em face das manifestações da classe empregadora, de sorte que a Secretaria de Inspeção do Trabalho buscou decidir sobre a questão controversa, em face da simplicidade do tema a ser regulado.

Todavia, como salientado pelo órgão da instância inicial, não seria hipótese de se aplicar a decisão pela Secretaria de Inspeção do Trabalho, porque sequer teria existido discussão sobre o tema com participação das partes interessadas - Governo, Trabalhadores e Empregadores.

Assim, o juízo da 20ª Vara Federal entendeu por bem julgar procedente o pedido para “anular a Portaria nº 1.565 MTE, de 13/10/2014, e determinar à União, por meio do Ministério do Trabalho e Emprego,

que reinicie o procedimento para regulamentação do Anexo 5 da norma regulamentadora nº 16, que disporá sobre a periculosidade às atividades laborais que utilizam motocicletas” (TRF1, 12 de novembro de 2014).

Os argumentos da irregularidade do diploma ministerial estariam voltados quanto ao procedimento de regulamentação, sobretudo infração de participação do GTT e obediência dos prazos da proposta regulamentadora.

Deveras, a Portaria 1.127, de 2 de outubro de 2003, estabelece a metodologia de regulamentação na área de segurança e saúde do trabalho, em questões relacionadas às condições gerais de trabalho, tendo por norte a adoção do Sistema Tripartite Paritário, constituído do Governo, Trabalhadores e Empregadores.

Lembre-se de que, à luz do art. 2º da Portaria 1.127/03, cabe à Secretaria de Inspeção do Trabalho coordenar a Comissão Tripartite Paritária Permanente (CTPP), “para a definição de temas e propostas que tenham como objetivo a revisão ou elaboração de regulamentação na área de segurança e saúde no trabalho e normas gerais relacionadas às condições de trabalho”.

O artigo 3º da portaria ministerial dispõe que:

A elaboração e a revisão de norma serão precedidas por uma minuta de texto básico que será produzido por Grupo Técnico GT e apresentado e discutido no âmbito do Grupo de Trabalho Tripartite - GTT, ouvidas as representações de empregadores e trabalhadores.

§1º O texto técnico básico, na área de saúde e segurança, será elaborado por Grupo Técnico - GT composto de Auditores-Fiscais do Trabalho - especialidade Segurança e Saúde no Trabalho e integrado por profissionais pertencentes à Fundação Jorge Duprat de Figueiredo de Segurança e Medicina do Trabalho - FUNDACENTRO, bem como por entidades de direito público e de direito privado, ligadas à área objeto da regulamentação pretendida.

§2º O texto técnico básico que verse sobre normas não relacionadas diretamente a saúde e segurança será elaborado por GT composto de Auditores-Fiscais do Trabalho - especialidade Legislação do Trabalho, podendo ser convidados especialistas de outros órgãos ou entidades.

Após sessenta dias do Grupo Técnico, a Secretaria de Inspeção do Trabalho deveria instituir o Grupo de Trabalho Tripartite - GTT - tendo a incumbência de analisar as sugestões recebidas e elaborar proposta de regulamentação temática, composta de “5 (cinco) membros titulares por bancada, indicados pelas representações do governo, trabalhadores e empregadores e designados pelo Secretário de Inspeção do Trabalho”, como determina o art. 6º da Portaria 1.127/03 MTE.

Cabe, ainda, registrar o prazo de deliberação do grupo tripartite, a envolver a Secretaria de Inspeção do Trabalho:

Art. 7º O GTT terá o prazo de 120 (cento e vinte) dias, prorrogáveis por 60 (sessenta) dias, ouvida a CTPP, para concluir as negociações e apresentar a proposta de regulamentação à CTPP.

Parágrafo único. As deliberações da CTPP serão tomadas perseguindo sempre a construção do consenso entre seus membros, cabendo à SIT decidir sobre a questão que permanecer controversa.

Art. 8º A SIT terá o prazo de 60 (sessenta) dias para se manifestar conclusivamente sobre a proposta.

Não resta dúvida que a maneira de intersecção normativa está a buscar a construção do consenso, a envolver os três grupos de interessados. A ênfase tripartite não pode descurar da força do Estado (Governo), além dos interesses a envolver o capital (livre iniciativa) e o trabalho. Os pilares são nada mais que representações de efetividade do Estado Democrático de Direito (art. 1º, IV, da Constituição da República).

Todavia, os arts. 8º e 11 da Portaria 1.127/03 MTE colocam na Secretaria de Inspeção do Trabalho (SIT) a competência decisória sobre a proposta de regulamentação, conduzida pelo Grupo de Trabalho Tripartite (GTT). A SIT tem a competência, inclusive, para dirimir dúvidas e casos omissos quanto à matéria, não havendo hipótese de se desconstruir o diploma regulamentar, conduzido à míngua de representação tripartite.

Em verdade, a referência da atuação paritária dos três grupos não pode ser colocada de maneira a suplantar o peso do próprio Parlamento. Evidente que a lei federal 12.997, de 18 de junho de 2014, ao acrescentar o §4º ao artigo 193 CLT, incluindo como atividade perigosa as exercidas pelo motociclista, é resultado do diálogo democrático, republicano, aberto e plúrimo, haja vista que foi conduzido pelo Parlamento Nacional, com a

regular tramitação na Câmara dos Deputados e no Senado Federal. Sequer se cogita de revogação expressa ou atropelos no processo legislativo.

Os argumentos de suposta inexistência de representação empresarial no Grupo de Trabalho Tripartite (GTT), da falta de diálogo no território em apreço e de inobservância dos prazos para conclusão dos trabalhos não estariam a gerar a imediata nulidade do diploma regulamentador que autoriza, inclusive, à SIT desaprovar as sugestões trazidas pelo Grupo, além de dirimir eventuais dúvidas. A Portaria 1.127/03 MTE não traz elementos de invalidação do parâmetro regulamentador ao argumento de descompasso na comissão tripartite.

Como se não bastasse, é certo que, até a presente data, a sentença de primeira instância da Justiça Federal não transitou em julgado e tampouco o Poder Executivo cuidou de proceder à elaboração de nova regulamentação da matéria.

Quid iuris? Passados seis anos da Portaria nº 1.565/14 MTE, estaria em lacuna e ausente de regulamentação, pois, a questão a envolver a periculosidade do motociclista? A suposta falta de diálogo na comissão tripartite, ao se promulgar a portaria ministerial, levaria, por reboque, à invalidação da normatividade inicial? O direito concedido - adicional de periculosidade - à classe trabalhadora - motociclista - estaria fadado ao esvaziamento?

6 LACUNA POR ARRASTAMENTO?

A justificativa atual para se indeferir a pretensão obreira, mesmo nos casos incontestes de exercício da atividade do motociclista em meio de trabalho profissional, estaria colocada, para alguns, com base na ausência de aplicação imediata do dispositivo legal (art. 193, §4º, CLT). Embora a lei considere perigosas as atividades do motociclista obreiro, a incidência do adicional padeceria de regulação por parte do Ministério do Trabalho e Emprego, uma vez que a 20ª Vara Federal do Distrito Federal teria declarado a nulidade da Portaria 1.565/2014. O artigo celetário não se encontraria regulamentado, o que faz por impedir a sua aplicação (TRT3, 19 de outubro de 2021).

Outro argumento a se deixar de lado a plenitude eficaz do diploma regulamentador seria colocado em razão do marco de julgamento meritório, em 17/10/2016, quanto à decisão da 20ª Vara da Justiça Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal (processo nº 78075-82.2014.4.01.3400), em referência à declaração de nulidade da Portaria MTE nº 1.565/2014,

preservando-se, porém, os efeitos da portaria ministerial no interregno de 14/10/2014 a 17/12/2014. Apenas neste período - de 14/10/2014 a 17/12/2014 - o empregado motociclista poderia ter direito ao referido adicional (TRT3, 25 de maio de 2021).

A divergência quanto à modulação temporal restou especificada em voto do desembargador Jales Valadão Cardoso, ao entender que a declaração judicial da nulidade da portaria ministerial (MTE) extingiria os efeitos do ato administrativo vinculado. A declaração de nulidade deveria retroagir *ex tunc*, observando-se o brocardo *quod nullum est nullum effectus producit*, tendo em conta que o ato administrativo nulo não poderia produzir efeitos jurídicos (TRT3, 19 de fevereiro de 2019).

O argumento retromencionado encontra-se consolidado no seguinte aresto:

ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. LABOR EM MOTOCICLETA. NORMA REGULAMENTAR DO ANEXO 5 DA NR 16. NULIDADE DECLARADA PELA JUSTIÇA FEDERAL. EFEITOS EX TUNC. ADICIONAL INDEVIDO. A tipificação da periculosidade ao labor desempenhado pelo trabalhador em motocicleta restou regulamentada, quando o Ministério do Trabalho e Emprego editou a Portaria nº 1.565 de 13/10/2014, a qual aprovou o Anexo 5 da NR 16 que incluiu as atividades em motocicleta entre as operações perigosas, o que estabeleceu os parâmetros necessários ao correto enquadramento das denominadas “atividades perigosas em motocicleta”, sendo a partir daí devidos os efeitos pecuniários respectivos. Ocorre que ao exame da ação constante dos autos do processo 0089404-91.2014.4.01.3400, movida na Justiça Federal da 1ª Região, extrai-se que a r. 20ª Vara Federal do Distrito Federal, em 17/06/2016, julgou “procedente o pedido para anular a Portaria nº 1.565 MTE, de 13/10/2014, e determinar à União, por meio do Ministério do Trabalho e Emprego, que reinicie o procedimento para regulamentação do Anexo 5 da Norma Regulamentadora nº 16, que disporá sobre a periculosidade às atividades laborais que utilizam motocicletas, respeitando, assim, as disposições previstas na Portaria nº 1.127/2003”. Considerando os efeitos “ex tunc” da referida

decisão, ou seja, retroagem à data da expedição do ato, retirou-se a obrigatoriedade do pagamento do adicional de periculosidade ao labor desempenhado pelo trabalhador em motocicleta, até que nova norma substitua a Portaria nº 1.565 MTE, tornando, pois, improcedente a pretensão do Autor de condenação da Ré ao pagamento do referido adicional (TRT3, 10 de abril de 2019).

Em outra vertente, a suspensão de efeitos da portaria ministerial estaria ecoada apenas nas empresas que se beneficiaram diretamente da decisão judicial. Não se comprovando o benefício direto da tutela vergastada, não se falaria da retirada eficaz da Portaria 1.565/14 MTE (TRT3, 9 de novembro de 2021).

Neste quadrante de ideias, como referenciado alhures, encontra-se a Portaria 5/15 MTE que cuidou, pois, de restringir a suspensão de efeitos da Portaria 1.565/14 aos associados da Associação Brasileira das Indústrias de Refrigerantes e de Bebidas não Alcoólicas e aos confederados da Confederação Nacional das Revendas AMBEV e das Empresas de Logística da Distribuição.

O afastamento da suspensão geral, inicialmente previsto na Portaria MTE nº 1.930 de 16 de dezembro de 2014, foi decisivamente retirado.

A situação é visivelmente compreensível.

O juízo singular, em primeira instância, não tem o atributo de poder conceber a suspensão genérica da portaria, supostamente ilegal ou inconstitucional, válida para toda a categoria ou classe. É necessária manifestação do Tribunal, trilhada pelo voto de maioria absoluta de seus membros, à luz da previsão contida no artigo 97 da Constituição da República.

Nesta direção, prevê a súmula vinculante 10 STF que

Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de Tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.

A incidência restrita da decisão suspensiva da eficácia da portaria, apenas às partes no processo, é digna de compreensão e representa os efeitos básicos do controle de constitucionalidade concreto, difuso, *inter*

partes, não se concebendo a hipótese, sem manifestação do plenário do Tribunal, de suspensão genérica e abstrata da norma combatida. A decisão do juízo primevo tem alcance limitado às singularidades em apreço.

Com esse raciocínio, verifica-se que a Portaria nº 1.565/14 MTE não teria sido revogada, mas apenas sofrido suspensão em relação aos associados e sindicatos ali determinados, com encargo processual de a parte interessada comprovar a respectiva filiação, para o alcance do fim almejado, tendo em conta o disposto no art. 818, II, CLT. A suspensão genérica dos efeitos da portaria, para esta corrente, teria acontecido apenas no marco temporal de 17.12.2014 a 07.01.2015.

Outro importante ponto a ser lembrado diz respeito aos efeitos do reexame necessário, consagrado no artigo 496, I, do Código de Processo Civil - “Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença: I - proferida contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações de direito público;”

Como já se pontuou, o processo 0078075-82.2014.4.01.3400 da Seção Judiciária do Distrito Federal, do Tribunal Regional Federal da Primeira Região, ainda não transitou em julgado, estando concluso para decisão do desembargador relator. Não se há como pressupor os efeitos decisórios, inexistindo a decisão da instância superior. Prevalece, no caso em espeque, pois, a eficácia do caráter normativo, tendo por mira a presunção de legitimidade do ato administrativo.

Em verdade, o duplo grau de jurisdição obrigatório consiste em condição irrefutável de eficácia do comando sentencial. A justificativa está na primazia do interesse público, já que a derrota do ente público (União) pode reverberar impactos nocivos à sociedade como um todo.

Ademais, existe posicionamento do Tribunal Superior do Trabalho a entender pela aplicabilidade do adicional de periculosidade, previsto na lei 13.015/2014, ficando como marco temporal de exigibilidade a data de publicação da Portaria nº 1.565/2014 do Ministério do Trabalho e Emprego, qual seja, 14.10.2014, como se depura da seguinte ementa:

ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. MONTADOR DE MÓVEIS. ATIVIDADES DESEMPENHADAS COMO O USO DE MOTOCICLETA. HABITUALIDADE. NÃO PROVIMENTO. I. O Tribunal Regional negou provimento ao recurso ordinário da Reclamada ao fundamento de que “constatado que o trabalhador utilizava motocicleta

para exercer suas atividades na reclamada, em vários deslocamentos diários, é devido o pagamento do adicional de periculosidade, enquadrando-se tal atividade no parágrafo quarto do artigo 193 da CLT”. Registrou, ainda, que a ré “admite que o reclamante utilizava motocicleta para desempenhar a função que exercia na empresa, de montador de móveis externo, apenas alega que efetuava o pagamento de ajuda de deslocamento”. II. No caso, a condenação ao pagamento do adicional de periculosidade foi deferida a partir de 20/04/2014 (data da publicação da Lei 12.997/2014) até o fim do pacto laboral. A despeito de a jurisprudência desta Eg. Corte Superior entender ser devido o adicional de periculosidade aos empregados que desempenham suas atividades com a utilização de motocicleta, a partir da data da publicação da Portaria nº 1.565/2014 do Ministério do Trabalho e Emprego, qual seja, 14.10.2014, constata-se que a Reclamada não impugnou o v. acórdão regional sob o enfoque concernente ao lapso temporal da condenação, limitando-se tão-somente a impugnar a condenação ao pagamento do adicional de periculosidade. Dessa forma, diante da ausência de impugnação específica quanto a essa questão, não há qualquer reparo a ser feito no v. acórdão regional. III. Agravo de instrumento de que se conhece e a que se nega provimento (TST, 23 de junho de 2020).

Por seu turno, está a merecer referência o posicionamento da Corte Superior Trabalhista em prol da autoaplicabilidade do adicional de periculosidade, previsto na lei 13.015/2014, produzindo efeitos desde 20.06.2014, data de publicação do marco legal. Não se poderia prejudicar o direito trabalhista, exauridos os elementos de sua tipicidade e validade. A regulação ministerial da NR-16 ostentaria efeitos meramente administrativos.

Elucidativa a transcrição do aresto em apreço:

AGRAVO. RECURSO DE REVISTA. PROCESSO SOB A ÉGIDE DA LEI 13.015/2014 E ANTERIOR À LEI 13.467/2017. ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. USO DE MOTOCICLETA. LEI Nº 12.997/2014, REGULAMENTADA

PELA PORTARIA 1.565/2014 DO MT. ANEXO 5 DA NR 16. O art. 193, caput e § 4º, da CLT, dispõe que o trabalho em motocicleta dá ensejo ao pagamento de adicional de periculosidade. O dispositivo foi regulamentado pela Portaria nº 1.565/2014, que inseriu tal atividade no Anexo 5 da NR16. Na hipótese, o Tribunal Regional, mantendo a sentença, indeferiu o pedido do adicional de periculosidade, mesmo consignando que o Autor utilizava a motocicleta para o desenvolvimento do seu trabalho. Desse modo, proferiu decisão em dissonância com o art. 193, caput e § 4º, da CLT. É preciso ressaltar que o preceito normativo da Lei nº 12.997/2014, publicada em 20.06.14, é autoaplicável, produzindo efeitos desde 20.06.2014, data da sua publicação, uma vez que todos os elementos para a sua tipicidade e validade são autoevidentes. A regulação pelo Ministério do Trabalho, inserindo a atividade na NR-16, ostenta efeitos meramente administrativos, não prejudicando o direito trabalhista (adicional de periculosidade) criado pela lei especificada. Assim sendo, a decisão agravada foi proferida em estrita observância às normas processuais (arts. 557, § 1º-A, do CPC/1973 e 932, V, “a”, do CPC/2015), razão pela qual é insuscetível de reforma ou reconsideração. Agravo desprovido (TST, 2 de setembro de 2020).

A par disso, a compreensão da inconstitucionalidade por arrastamento exige um esforço interpretativo do julgador, ao se fazer um liame de invalidade por elementos diversos dos expendidos no exórdio, na hipótese de relação de dependência entre o dispositivo normativo declarado inconstitucional e outros não impugnados (MORAES, 2018, p. 1021).

A desconstrução desmedida de normatividades inferiores - como no caso das portarias ministeriais - contribui para a amplificação do clima de inefetividade jurídica, sobretudo quando não se imaginam soluções paliativas que possam socorrer a ausência temporal de criação do espaço assertivo de balizamento normativo.

Um quadro delicado diz respeito à vigência puramente abstrata, sem prenúncio de experiência possível e sem qualquer efetividade.

O reajustamento permanente das leis aos fatos e às exigências da justiça é um dever dos que legislam,

mas não é dever menor por parte daqueles que têm a missão de interpretar as leis para mantê-las em vida autêntica (REALE, 2002, p. 642).

O primado de efetividade (*Effektivitätsgebot*) é elemento essencial para o direito atingir seus fins (RÖHL, 2008, p. 656).

7 SÍNDROME DA INEFETIVIDADE SOCIAL - O INUSITADO RACIOCÍNIO DO TEM MAS ACABOU

É certo, no estado legislativo atual, que o legislador ordinário reconheceu, expressamente, a aplicabilidade do direito ao adicional de periculosidade. Inexiste alteração no parâmetro celetário, a prever a assertiva do ambiente de perigo às atividades exercidas pelo motociclista.

Brilhantes, e muito apropriadas, as palavras do eminente desembargador Marcus Moura Ferreira, ao defender a aplicabilidade do direito ao adicional de periculosidade.

A celeuma judicial instaurada acerca da portaria regulamentar e a inércia do Poder Público em publicar nova Portaria nesse entremeio não podem consistir em fato obstativo à efetivação do art. 193, §4º, como a suspendê-lo “por arrastamento”, prejudicando enormemente o trabalhador, no caso, o reclamante, que se vê impedido de exercer seu direito, o qual, contudo, permanece plenamente vigente (TRT3, 19 de outubro de 2021).

O entendimento por ufanar o estado de lacuna jurídica equivale penalizar o trabalhador, por situação não criada por ele, além de fomentar enriquecimento ilícito do empregador, aproveitando-se da suposta brecha legal para augurar vantagem indevida, expondo o trabalhador a risco sem a devida remuneração.

Esclarecedora a transcrição do entendimento ora esposado:

ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. USO DE MOTOCICLETA. Uma vez que o reclamante utilizava sua motocicleta para a realização de seu trabalho, tendo por atribuição efetuar visitas a clientes, deslocando-se nas vias públicas com essa finalidade,

o que permite concluir que ele se expunha, com habitualidade, ao indubitável risco de acidentes de trânsito, cabe autorizar o deferimento do adicional de periculosidade, principalmente se considerado que a reclamada pagava-lhe ajuda de custo pelo uso da moto, evidenciando a indispensabilidade do uso do referido veículo para a realização das atividades laborais (TRT3, 19 de outubro de 2021).

O abrandamento da tessitura da efetividade jurídica acaba por construir um clima de desmotivação e perda de crença na vitória do direito. A falta de euforia chega a um ambiente de sucumbência do valor do justo, constelação para o desinteresse e marasmo social. Do mesmo modo que o tardar da justiça significa injustiça, também o argumento de densificar a ausência de resposta jurídica no pedantismo da técnica absoluta faz por implicar um *locus* de ausência de reação do lesado contra a delinquência.

Nas clássicas palavras de Rui:

Mas justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta. Porque a dilação ilegal nas mãos do julgador contraria o direito escrito das partes, e, assim, as lesa no patrimônio, honra e liberdade. Os juízes tardinheiros são culpados, que a lassidão comum vai tolerando. Mas sua culpa tresdobra com a terrível agravante de que o lesado não tem meio de reagir contra o delinquente poderoso, em cujas mãos jaz a sorte do litígio pendente (BARBOSA, 1999, p. 40).

De modo semelhante, ao entender pela inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade, o Supremo Tribunal Federal buscou evitar a substituição do critério de fixação do adicional de insalubridade, fora da base de cálculo do salário mínimo, sem deixar caducar o próprio direito, à luz do disposto na Súmula Vinculante 4 STF (STF, 2018). Ainda que inconstitucional, a norma jurídica estaria a fazer valer efeitos nas relações concretas.

A efetividade da Portaria 1.565/14 MTE, que cuida de regulamentar o adicional de periculosidade ao motociclista, deve ser concebida e estudada em prol da efetividade social dos direitos trabalhistas, à luz da máxima efetividade das normas constitucionais. A técnica regulamentadora está a merecer, por certo, estudos e aprimoramentos, mas não pode ser tomada como medida a alijar o direito trabalhista entregue pelo legislador.

Deve-se buscar uma rede de solidariedade ao *motoboy* que faz sua dinâmica de trabalho na dor, nos acidentes de trânsito, em meio a violência física (SILVA, 2009, p. 45). Os movimentos em prol da devida contraprestação representam ponto de resistência, “focos incandescentes de contrarracionalidades na paisagem cinzenta da metrópole” (SILVA, 2009, p. 210).

O empregador não pode se locupletar às custas da precarização do meio, aproveitando-se da mão de obra em ambiente de perigo latente.

O argumento da nulidade da portaria ministerial, resultando no indeferimento do adicional em processo trabalhista, ainda que constatado o uso habitual da motocicleta no ambiente de labor, leva à caracterização da inusitada e jocosa situação do *Tem Mas Acabou*, levantada pela banda mineira *Pato Fu*. O tempo de espera representa longo período de encomenda, com resposta que ainda reze para chegar (ULHOA, 1996). A regulamentação, que um dia aconteceu, já teria alcançado o fim.

Mesmo depois de construída a norma, os argumentos para aprimoramento da portaria não podem significar o desvencilhar do próprio direito, entregando o trabalhador no limbo e construindo um cenário de marasmo social, em prol do locupletamento do empregador que se aproveita do ambiente de perigo.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Rui. *Oração aos moços*. 5. ed. Rio de Janeiro: Casa de Rui Barbosa, 1999.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em: 17 jan. 2022.

BRASIL. *Decreto-lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943*. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em: 17 jan. 2022.

BRASIL. *Lei nº 12.997, de 18 de junho de 2014*. Acrescenta § 4º ao art. 193 da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, para considerar perigosas as atividades de trabalhador em motocicleta. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em: 17 jan. 2022.

DINIZ, Eugênio Paceli Hatem. *Entre as exigências de tempo e os constrangimentos do espaço: as condições acidentogênicas e as estratégias de regulação dos motociclistas profissionais*. Dissertação de Mestrado em Engenharia de Produção - Escola de Engenharia da Universidade Federal de Minas Gerais, 2003.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

MTE. Ministério do Trabalho e Emprego. *Norma regulamentadora 16 - Atividades e operações perigosas*. Portaria MTb n.º 3.214, de 08 de junho de 1978. Disponível em: www.gov.br. Acesso em: 17 jan. 2022.

MTE. Ministério do Trabalho e Emprego. *Portaria nº 1.565, de 13 de outubro de 2014*. Disponível em: www.normaslegais.com.br. Acesso em: 17 jan. 2022.

MTE. Ministério do Trabalho e Emprego. *Portaria nº 1.930, de 16 de dezembro de 2014*. Disponível em: www.normaslegais.com.br. Acesso em: 17 jan. 2022.

MTE. Ministério do Trabalho e Emprego. *Portaria nº 5, de 07 de janeiro de 2015*. Disponível em: www.normaslegais.com.br. Acesso em: 17 jan. 2022.

OIT. Organização Internacional do Trabalho. *Constituição da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e seu Anexo (Declaração de Filadélfia)*, de 10 de maio de 1944. Disponível em: www.ilo.org/brasil. Acesso em: 12 jan. 2022.

OIT. Organização Internacional do Trabalho. *Convenção n. 155 - Segurança e Saúde dos Trabalhadores*, de 22 de junho de 1981. Disponível em: www.ilo.org/brasil. Acesso em: 17 jan. 2022.

PORTAL do Trânsito e Mobilidade. *Cresce o número de acidentes envolvendo motociclistas*, 27.02.2021. Disponível em: <https://www.portaldotransito.com.br>. Acesso em: 22 dez. 2021.

REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

RÖHL, Klaus F.; RÖHL, Hans Christian. *Allgemeine Rechtslehre*. 3. Aufl., Köln: Carl Heymann, 2008.

SILVA, Ricardo Barbosa da. *Os motoboys no globo da morte: circulação no espaço e trabalho precário na cidade de São Paulo*. Dissertação de Mestrado em Geografia Humana - Departamento de Geografia da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, 2009.

STF. Supremo Tribunal Federal. Reclamação 6.275. São Paulo, relator Ricardo Lewandowski, 11 de março de 2018. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 17 jan. 2022.

TAVARES, André Ramos. Os instrumentos judiciais específicos de combate à omissão inconstitucional no Brasil e sua contextualização socioeconômica. In: TAVARES, André Ramos; GAMA, Marina Faraco Lacerda. *Omissão inconstitucional*. São Paulo: Max Limonad, 2018. p. 9-38.

TRF1. Tribunal Regional Federal da Primeira Região, Seção Judiciária do Distrito Federal, processo nº 0078075-82.2014.4.01.3400, 20ª Vara Federal, Juiz Federal Renato Coelho Borelli, 12 de novembro de 2014. Iguais. Mudam apenas o nome do juiz. Inclusive data. Isso é possível?

TRF1. Tribunal Regional Federal da Primeira Região. Seção Judiciária do Distrito Federal, processo nº 0078075-82.2014.4.01.3400, 20ª Vara Federal, Juíza Federal Adverci Rates Mendes de Abreu, 12 de novembro de 2014.

TRT3. Tribunal Regional do Trabalho. Processo nº 0010094-45.2017.5.03.0020, Segunda Turma, relator Jales Valadão Cardoso, 19 de fevereiro de 2019.

TRT3. Tribunal Regional do Trabalho. Processo nº 0010423-10.2018.5.03.0089, Oitava Turma, relator Márcio Ribeiro do Valle, 10 de abril de 2019.

TRT3. Tribunal Regional do Trabalho. Processo nº 0011033-

90.2019.5.03.0008, Segunda Turma, relatora Sabrina de Faria Fróes Leão, 25 de maio de 2021.

TRT3. Tribunal Regional do Trabalho. Processo nº 0010629-55.2019.5.03.0132, Décima Turma, relator Marcus Moura Ferreira, 19 de outubro de 2021.

TRT3. Tribunal Regional do Trabalho. Processo nº 0010729-24.2019.5.03.0095, Primeira Turma, relatora Maria Cecília Alves Pinto, 09 de novembro de 2021.

TST. Tribunal Superior do Trabalho. Processo nº TST-AIRR-1210-65.2015.5.17.0001, Quarta Turma, relator Alexandre Luiz Ramos, 23 de junho de 2020.

TST. Tribunal Superior do Trabalho. Processo nº TST-Ag-RR-24195-53.2017.5.24.0004, Terceira Turma, relator Mauricio Godinho Delgado, 02 de setembro de 2020.

TST. Tribunal Superior do Trabalho. EPs desempenham papel fundamental na luta pela redução de acidentes de trabalho, 27.07.2011. Disponível em: <https://www.tst.jus.br>. Acesso em: 22. dez. 2021.

ULHOA, John. Água. In: PATO Fu. *Tem mas acabou*. São Paulo: BMG, 1996.

ZIPPELIUS, Reinhold. *Rechtsphilosophie*. 5. Aufl., München: C. H. Beck, 2007.