

# REVISTA ELETRÔNICA



## ADICIONAL DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE

# 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.109

# EDITORIAL

---

A edição deste mês da Revista trata do Adicional de Insalubridade e Periculosidade.

Adalberto Martins apresenta breve reflexão sobre a prova das condições insalubres e de periculosidade no processo do trabalho, considerando os termos do art.195, §2º, CLT e as alterações da Consolidação das Leis do Trabalho.

Rocco Antonio Rangel Rosso Nelson e Walkyria de Oliveira Rocha Teixeira analisam a tese, ventilada no âmbito da justiça do trabalho, quanto a viabilidade jurídica da acumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade decorrente de fatos geradores distintos.

Adriano Marcos Soriano Lopes e Solainy Beltrão dos Santos investigam se o cuidador de idoso, profissão ainda não regulamentada no nosso país, tem ou não direito a receber o adicional de insalubridade quando exposto a agente insalubre em instituições de longa permanência ou casas de repouso.

Guilherme Guimarães Feliciano e Claudirene Andrade Ribeiro discutem a questão da base de cálculo do adicional de insalubridade à vista da Súmula Vinculante 4 do Supremo Tribunal Federal, que proíbe a utilização do salário mínimo como base de cálculo de vantagem.

Salus Henrique Silveira Ferro visa realizar considerações acerca do tema da insalubridade na nova redação trabalhista, de modo a evidenciar os possíveis efeitos destas medidas e suas eventuais problemáticas jurídicas que tangenciam o direito do trabalho.

Denise Fincato e Amanda Donadello Martins analisam o art. 394-A da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) e suas alterações desde 2016, passando pela Reforma Trabalhista, pela MP nº 808/2017 e, ainda, pela decisão da ADI nº 5.938.

Para finalizar, estão disponíveis três acórdãos proferidos sobre o tema.

Desejamos a todos boa leitura!

# SUMÁRIO

---

## Artigos

06 Prova da insalubridade e da periculosidade no Processo do Trabalho: a necessária releitura do art.195, §2º, CLT - Adalberto Martins

29 Da (in)compatibilidade constitucional e convencional da regra da vedação da acumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade - Rocco Antonio Rangel Rosso Nelson e Walkyria de Oliveira Rocha Teixeira

56 O controvertido direito ao adicional de insalubridade dos cuidadores de idosos - Adriano Marcos Soriano Lopes e Solainy Beltrão dos Santos

80 Sobre a base de cálculo do adicional de insalubridade, à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: complexificações que precarizam - Guilherme Guimarães Feliciano e Claudirene Andrade Ribeiro

104 O trabalho insalubre e a lei n.º 13.467: considerações acerca da nova redação brasileira - Salus Henrique Silveira Ferrogreves no Brasil - Alexandre Sampaio Ferraz

120 Gestantes e lactantes expostas à insalubridade: análise sistemática das alterações no quadro justabalhista - Denise Fincato e Amanda Donadello Martins

## Acórdãos

150 Acórdão - Processo nº 0002137-69.2017.5.09.0652 (ROT) - Relatora Sueli Gil El Rafihi

156 Acórdão - Processo nº 0000281-62.2020.5.09.0653 (RORSum) - Relatora Rosemarie Diedrichs Pimpão

162 Acórdão - Processo nº 0000163-26.2021.5.09.0015 (ROT) - Relatora Janete do Amarante

---

## PROVA DA INSALUBRIDADE E DA PERICULOSIDADE NO PROCESSO DO TRABALHO: A NECESSÁRIA RELEITURA DO ART.195, §2º, CLT

**Adalberto Martins**

**Resumo:** No presente artigo, discorremos sobre a desnecessidade da perícia judicial destinada à prova da insalubridade e da periculosidade no processo do trabalho, não obstante a eloquência do art.195, §2º, da CLT, com redação atribuída por meio da Lei n. 6.514/77, e que demanda reformulação, para considerar a sucessiva ampliação do rol de atividades consideradas perigosas e até mesmo algumas situações peculiares em que o prova pericial se torna desnecessária ou impraticável, inclusive com vistas ao adicional de insalubridade nas hipóteses em que o direito emerge naturalmente do enquadramento da atividade em algum anexo da NR-15 da Portaria 3.214/1978, sem a necessidade de perquirição acerca do tempo de exposição ao agente insalubre.

**Palavras-chave:** Prova pericial – Adicional de insalubridade – Adicional de periculosidade – Reforma trabalhista – Lei n. 13.467/2017.

**Abstract:** In this paper is discussed the lack of necessity of a judicial expert examination to prove unhealthiness and dangerousness in labor lawsuit, despite the explicitness of article 195, §2nd of the CLT, with ne wording from Law n. 6,514/77, which requires an update to consider the constant expansion of the dangerous activities list and even some particular situations in which expert examinations becomes unnecessary or impartible, including an analysis regarding the additional pay for unhealthiness in cases in which the right emerges from the characterization of the activity nature in the annexes of NR-15 of Ordinance n. 3,214/1978, without the need to inquire about the exposure time to the unhealthy agent

**Keywords:** Expert report - Hazard pay – Labor Reform – Law no. 13.467/2017

---

Adalberto Martins

Professor doutor da Faculdade de Direito da PUC-SP (Graduação, Mestrado e Doutorado). Pós-doutor pela Universidade Nacional de Córdoba. Desembargador aposentado do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. Diretor da Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, no biênio 2016-2018. Membro da Asociación Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Membro da Instituto Brasileiro de Direito Social Cesarino Júnior. Parecerista e Consultor jurídico trabalhista. adalb2002@uol.com.br

## 1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Neste trabalho, apresentamos breve reflexão sobre a prova das condições insalubres e de periculosidade no processo do trabalho, considerando os termos do art.195, §2º, CLT e as alterações da Consolidação das Leis do Trabalho, que ampliaram as situações em que resta assegurado ao trabalhador o adicional de periculosidade, notadamente as atividades que impliquem risco acentuado em virtude de exposição permanente a roubos ou outras espécies de violência física nas atividades profissionais de segurança pessoal ou patrimonial (art.193, II, CLT – acrescentado pela Lei 12.740, de 08.12.2012) e nas atividades de trabalhador em motocicleta (art.193, §4º, CLT – acrescentado pela Lei 12.997, de 18.06.2014), e também aquelas situações em que o adicional de insalubridade é devido a partir da constatação de que o trabalho é desenvolvido em condições insalubres, nos termos da NR-15 da Portaria n. 3.214/78 do Ministério do Trabalho e Previdência, sem a necessidade de verificação do aspecto quantitativo.

Pretendemos resgatar a discussão acerca da obrigatoriedade de realização da perícia quando arguida em juízo a insalubridade ou periculosidade, diante do art.195, §2º, CLT, que se transformou numa espécie de dogma a ser superado, e considerar as hipóteses em que o direito ao adicional respectivo deverá prevalecer em detrimento da realização da perícia, muitas vezes desnecessária ou impraticável, mesmo considerando o fato de que a Reforma Trabalhista (Lei n. 13.467/2017) não mitigou expressamente a exigência consolidada.

Neste sentido, se fará necessária a invocação subsidiária de normas do processo comum, conforme autorização do art.769 da Consolidação das Leis do Trabalho e art.15 do Código de Processo Civil, para harmonizar as disposições do diploma consolidado com os princípios da razoabilidade e do devido processo legal, repelindo a ideia previamente estabelecida de que a ausência de realização da perícia conspira contra os interesses do trabalhador.

Com efeito, não se pode olvidar que o empregador tem o dever de proporcionar um ambiente de trabalho em condições de segurança e salubridade, por meio da adoção de normas de saúde, higiene e segurança (7º, XXII, Constituição da República), as quais se encontram abrigadas na Consolidação das Leis do Trabalho e nas Normas Regulamentadoras da referida Portaria n. 3.214/78. Em síntese, o objetivo precípuo

das normas de medicina e segurança do trabalho não é assegurar o pagamento dos adicionais de insalubridade e de periculosidade ao trabalhador, o qual só deve ocorrer nas situações específicas em que as condições gravosas não possam ser elididas por mudança na organização do trabalho, adoção de equipamentos de proteção coletiva ou uso dos equipamentos de proteção individual, motivo pelo qual o pagamento dos adicionais não afasta eventual responsabilidade civil do empregador, tema que não será objeto deste estudo.

Por último, tecemos breves considerações sobre a possibilidade dos adicionais de insalubridade e ou de periculosidade serem estabelecidos por meio de convenção ou acordo coletivo de trabalho, consoante se infere do art.611-A, XII, CLT, acrescentado pela Lei n. 13.467/2017.

## 2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Inicialmente, o art. 209, §5º, da CLT, acrescentado pela Lei n. 5.431, de 03.05.1968, estabeleceu que “para fins de instrução de processo judicial, a caracterização e classificação de insalubridade serão feitas exclusivamente por médico-perito, preferencialmente especializado em saúde pública ou higiene industrial, designado pela autoridade judiciária. Na mesma oportunidade, a Lei n. 5.431/68 acrescentou o art.6º à Lei n. 2.573, de 15.08.1955, estabelecendo que “para a instrução de processo judicial, a verificação e a caracterização de periculosidade, observadas as normas legais vigentes, serão feitas exclusivamente por engenheiro-perito próprio designado pela autoridade judiciária.

As inovações da Lei n. 5.431/68 possibilitaram ao magistrado do trabalho a livre apreciação da discussão referente à insalubridade ou periculosidade, apenas exigindo que a perícia para apuração da insalubridade fosse realizada por médico, enquanto aquela referente à periculosidade fosse feita por engenheiro, não ficando vinculado ao entendimento exarado em laudos administrativos realizados sob a égide da Lei n.185, de 14.01.1936, conforme assinalado por Ivan da Costa Alemão Ferreira<sup>1</sup>, ao lembrar a lição de Antonio Lamarca:

---

1 Adicional de insalubridade: ônus da prova e laudo técnico. LTr-Suplemento Trabalhista. São Paulo, a.31, n. 50, p.406, 1995.



“A Lei n. 5431 veio acabar com velha discussão: deveria o tribunal do trabalho submeter-se a laudos administrativos, ou poderia nomear livremente perito para verificar a existência ou o grau de insalubridade? Hoje em dia o perito-médico, preferentemente especializado em saúde pública ou higiene industrial, é quem procede à caracterização e classificação da insalubridade (...) Outra modificação importante é a que dá inteira liberdade ao juiz (“designado pela autoridade judiciária”), para a nomeação, não apresentando foros de juridicidade a corrente dos que admitem um assistente técnico.”<sup>2</sup>

Passados pouco mais de seis meses de vigência, a Lei n. 5.431/68 foi revogada pelo Decreto-lei n. 389, de 26.12.1968, que trouxe, no seu art.1º, uma redação que se aproxima daquela que se encontra no art.195, §2º, da CLT, quanto à obrigatoriedade de se proceder à realização de perícia quando arguida em juízo a insalubridade ou periculosidade e estabelecendo, no seu art.2º, que a caracterização será feita, segundo os quadros e normas elaboradas pelo Departamento Nacional de Segurança e Higiene do Trabalho, “por médico ou engenheiro devidamente habilitados em questões de higiene e segurança do trabalho e designados pela autoridade judiciária, abolindo a vinculação do médico à perícia para apuração de insalubridade e do engenheiro à periculosidade.

No entanto, referido decreto-lei representou um retrocesso em relação aos efeitos pecuniários dos adicionais respectivos, abandonando a ideia de que seriam devidos os valores referentes aos dois últimos anos contados do ajuizamento da reclamação, para afirmar que “serão devidos a contar da data do ajuizamento da reclamação” (art.3º, D.L. n. 389/68), inviabilizando o teor do prejulgado n. 29 do TST (“O adicional de insalubridade é devido desde dois anos antes da reclamação, quando arguida a prescrição e o empregado exercer atividade classificada como insalubre nos quadros aprovadas pela autoridade competente”) e a concessão de quaisquer adicionais ao trabalhador quando ajuizasse a reclamação após o desligamento do empregador.

A situação de flagrante injustiça perpetrada pelo art.3º do D.L. n. 389/68 só foi corrigida com a promulgação da Lei n.6.514, de 22.12.1977, que revogou os arts.202 a

---

2 LAMARCA, Antonio. Contrato individual de trabalho, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1969, p. 325-326. A afirmação de que não se permitia a indicação de assistente técnico restou superada com a promulgação da Lei 5.584, de 26.06.1970, que se encontra vigente e assim dispõe: “Art.3º. Os exames periciais serão realizados por perito único designado pelo juiz, que fixará o prazo para entrega do laudo. Parágrafo único. Permitir-se-á a cada parte a indicação de um assistente, cujo laudo terá que ser apresentado no mesmo prazo assinado para o perito, sob pena de ser desentranhado dos autos.”

223 da CLT, a Lei n. 2.573/55 e o mencionado decreto-lei, e incluiu o §2º ao art.195 que vem norteando a jurisprudência até a presente data, mas reclama releitura, conforme teremos a oportunidade de discutir nos tópicos seguintes. Dispõe o art.2º da Lei n. 6.514, de 22.12.1977 que “a retroação dos efeitos pecuniários decorrentes do trabalho em condições de insalubridade ou periculosidade, de que trata o art.196 da CLT, com a nova redação dada por esta lei, terá como limite a data da vigência desta Lei, enquanto não decorridos dois anos de sua vigência”, corrigindo a distorção do art.3º do D.L. 389/68, a qual não havia sensibilizado sequer o Tribunal Superior do Trabalho, tanto que aprovara o Prejulgado 41, posteriormente renumerado como Súmula 162 (“Insalubridade. É constitucional o art.3º do Decreto-lei 389, de 26.12.1968”), finalmente cancelada pela Resolução 59/1996.

### **3. A EXIGÊNCIA DE PERÍCIA JUDICIAL PARA VERIFICAÇÃO DA INSALUBRIDADE OU DA PERICULOSIDADE**

O art.195, §2º, da CLT estabelece que “arguida em juízo insalubridade ou periculosidade, seja por empregado, seja por sindicato em favor do grupo de associados, o juiz designará perito habilitado na forma deste artigo, e, onde não houver, requisitará perícia ao órgão competente do Ministério do Trabalho”. Trata-se de dispositivo que orientou sucessivas gerações de magistrados do trabalho, por meio da edificação do dogma da perícia obrigatória toda vez que fosse arguida em juízo a insalubridade ou periculosidade, inclusive nas situações de revelia e confissão ficta do empregador (art.844 da CLT), em face de entendimento também sufragado no âmbito do próprio Tribunal Superior do Trabalho. Neste sentido, as seguintes ementas de julgado:

“RECURSO DE REVISTA. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. PERÍCIA. NECESSIDADE. REVELIA E CONFISSÃO FICTA. A realização de perícia é obrigatória para a verificação de insalubridade, não cabendo ao julgador constatá-la tão somente com base nas alegações da inicial, após aplicar a confissão ficta à reclamada revel, a teor do art. 195, caput e § 2º, da CLT. Recurso de revista conhecido e provido.” (...) ( RR-Ag-AIRR - 61500-57.2009.5.08.0114, Relator Ministro Aloysio Corrêa da Veiga, 6ª Turma, DEJT 8/3/2013)<sup>3</sup>.

3 Disponível em <https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23074733/recurso-de-revista-agravo-de-instrumento-em-recurso-de-revista-rr-ag-airr-615005720095080114-61500-5720095080114-tst>,

RECURSO DE REVISTA. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. AUSÊNCIA DE PROVA PERICIAL. A jurisprudência deste Tribunal é clara no sentido de que, para a caracterização da insalubridade na atividade desenvolvida pelo empregado, é imprescindível e imperativa a realização da perícia técnica, por força do art. 195, § 2º, da CLT. Recurso de revista conhecido e provido. (TST-RR: 22537720115080114, Relator: Dora Maria Da Costa, Data de Julgamento: 19/03/2014, 8ª Turma, Data de Publicação: 21/03/2014)<sup>4</sup>.

Por óbvio que não estamos a defender que a revelia e confissão ficta da reclamada acarreta a presunção de existência do direito ao adicional de insalubridade ou de periculosidade, e sim a presunção de que o reclamante prestou serviços em determinada atividade e sob as condições indicadas na petição inicial, cabendo ao magistrado verificar se a situação se enquadra em algum dos anexos da NR-15 ou da NR-16 da Portaria n. 3.214/78 do Ministério do Trabalho e Previdência. Com a devida vênia dos sucessivos julgados em sentido contrário, não há razão lógica para se exigir a obrigatoriedade de realização da perícia, como se o magistrado não tivesse condições de fazer a adequada subsunção do fato à norma.

Paradoxalmente, a construção jurisprudencial acerca do alcance do art.195, §2º, CLT foi iniciada à sombra do Código de Processo Civil de 1939, cujo art. 258 estabeleceu que “o juiz não ficará adstrito ao laudo e poderá determinar nova perícia”, e que mereceu os seguintes comentários de J.M. Carvalho Santos<sup>5</sup>:

“... o laudo vale pela sua fundamentação. Sem, entretanto, obrigar o juiz, de qualquer forma, mesmo porque, no sistema do nosso Código, o juiz formará livremente a sua convicção, nos termos já explicados em comentário anterior.”

(...)

“O princípio consignado no texto supra, segundo o qual o juiz não ficará adstrito ao laudo, deve ter aplicação ainda que a causa, pela sua natureza, tenha na perícia a sua prova essencial ou substancial (Cfr. GARSONNET, *ob. cit.*, vol. 2, página 580)”.

O art.436 do CPC/1973 apresentava regra semelhante àquela do art.258 do CPC/1939, disciplinando que “o juiz não está adstrito ao laudo pericial, podendo

.....  
acessado no dia 11/08/2022.

4 Disponível em <https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24595693/recurso-de-revista-rr-13847820115080126-1384-7820115080126-tst>, acessado no dia 11/08/2022.

5 SANTOS, J.M. Carvalho. Código de Processo Civil interpretado, 6ª edição, São Paulo: Freitas Bastos, 1964, vol. III, p. 393-394.

formar a sua convicção com outros elementos ou fatos provados nos autos”, e o mesmo se diga do art. 479 do CPC vigente (Lei n. 13.105, de 16.03.2015): “O juiz apreciará a prova pericial de acordo com o disposto no art.371, indicando na sentença os motivos que o levaram a considerar ou a deixar de considerar as conclusões do laudo, levando em conta o método utilizado pelo perito”.

Ora, referidos dispositivos do processo comum sempre puderam ser invocados no processo do trabalho, por aplicação subsidiária autorizada pelo art.769 da Consolidação das Leis do Trabalho, carecendo de razoabilidade a afirmação de que a prova pericial é obrigatória, se ao juiz é dada a possibilidade de julgar em sentido contrário. Aliás, é importante observar que a interpretação do art.195, §2º, da CLT não se sobrepõe à dicção do art.765 do mesmo diploma consolidado, cuja redação é a seguinte:

“Os Juízos e Tribunais do Trabalho terão ampla liberdade na direção do processo e velarão pelo andamento rápido das causas, podendo determinar qualquer diligência necessária ao esclarecimento delas”.

Assim, impõe-se concluir que ao juiz do trabalho se permite indeferir a prova pericial inútil, impertinente ou desnecessária, que não contribui para o julgamento da lide, a exemplo das situações de manifesta improcedência do pedido de adicional de insalubridade ou de periculosidade, à luz das normas regulamentadoras da Portaria n. 3.214/78 do Ministério do Trabalho e Previdência.

Neste sentido, o dogma da perícia obrigatória recebeu as lúcidas reflexões e justas críticas de Francisco Meton Marques de Lima<sup>6</sup>:

“3.2. *Verificação da Insalubridade* - Averigua-se mediante perícia a cargo de médico do trabalho ou engenheiro do trabalho registrados no Ministério do Trabalho. (...) Por outro lado, contestamos a afirmação dos tribunais, segundo a qual a perícia é indispensável em qualquer caso de pedido de adicional, mesmo na hipótese de revelia. Justificamos nossa posição nos seguintes pontos: a NR nº 15, Anexo 14, da Portaria n. 3.214 relaciona as atividades caracterizadas como insalubres em graus médio e máximo. Exemplo de médio: trabalho em enfermarias, hospitais,

6 LIMA, Francisco Meton Marques de. Elementos de direito do trabalho e processo trabalhista, 3ª edição revista e ampliada, São Paulo: LTr, 1991, p. 123.

cemitérios, etc.; em grau máximo: contato permanente com paciente portador de doença infecto-contagiosa, com lixo urbano, com esgoto, etc. Testemunhados esses fatos, para que perícia? Quantas vezes o perito responde laconicamente à consulta simplesmente afirmando ou negando a existência de insalubridade, citando a Portaria nº 3.214! E se ocorrer a revelia e confissão do empregador, esses fatos não estão provados por ficção legal? Portanto, a perícia é necessária, mas, nem sempre”.

Quanto à necessidade de perícia para verificação da periculosidade, o mesmo autor fez idêntica observação:

“Sobre a obrigatoriedade da perícia em qualquer caso, reportamo-nos ao item “3.2” deste capítulo. Discordamos da jurisprudência e da doutrina neste ponto. Veja-se que a NR nº 16, Anexo 2, discrimina textualmente que quem trabalha no carregamento, transporte e abastecimento de veículos de combustíveis inflamáveis têm direito a adicional de periculosidade de 30%. Provado que o empregado trabalha abastecendo veículos no posto de abastecimento, para que perícia? Não equivale a subestimar a inteligência do juiz? E ocorrendo a revelia, esse fato não resulta provado por ficção legal”<sup>7</sup>.

Verifica-se, ainda, que idênticas razões de inconformismo, motivaram a análise percuciente de Ivan da Costa Alemão Ferreira<sup>8</sup>, asseverando que a “atual redação do §2º do art.195 da CLT perdeu o sentido de ser. Isso porque o juiz nem mesmo estará adstrito ao laudo”, e acrescenta:

“Vê-se, assim, que pela atual legislação a “prova técnica” é uma exigência do direito processual. Para perquirir-se o direito material (adicional) não se exige o laudo pericial, como antigamente. A exigência do §2º do art.195 da CLT é mera reminiscência da legislação anterior, porém sem a essência que lhe dava sustentação. Se tem alguma utilidade é a favor do empregador que aproveita-se dos obstáculos criados em sua realização. Inútil o parágrafo. Sua revogação só facilitaria o julgamento, cabendo ao juiz analisar ou não a necessidade da prova pericial e até deduzir o próprio ônus conforme circunstâncias. Não é possível igualar as condições de trabalho de um bancário com um soldador; de quem exerceu função braçal com quem exerce trabalho de gabinete; etc. Cabe ao

---

7        Idem, p. 124.

8        FERREIRA, Ivan da Costa Alemão. Adicional de insalubridade: ônus da prova e laudo técnico. LTr- Suplemento Trabalhista. São Paulo, a. 31, n. 50, p.407.

jugador, conforme o caso, exercer a presunção e avaliar o ônus da prova.”<sup>9</sup>

Acreditamos que a interpretação sistemática do art.195, §2º, da CLT produz os efeitos desejados, sem obstar o devido processo legal que se encontra assegurado na Constituição da República (art.5º, LIV). As inovações do direito processual comum, e a própria ampliação do rol de atividades contempladas com o adicional de periculosidade, desautorizam a interpretação meramente gramatical do dispositivo consolidado.

Assim, a interpretação que melhor se coaduna com o devido processo legal e com o art.769 da CLT, sem ferir a boa lógica e o princípio da razoabilidade, impõe a conclusão de que a perícia será designada pelo juiz do trabalho quando for possível, útil e necessária ao julgamento da lide (art.765, CLT), notadamente diante das alterações trazidas à Consolidação das Leis do Trabalho pelas Leis nºs 12.740/12 e 12.997/14, inclusive por aplicação do art.472 do Código de Processo Civil, que comporta aplicação supletiva (art.15, CPC), e que merece transcrição:

“O juiz poderá dispensar prova pericial quando as partes, na inicial e na contestação, apresentarem, sobre as questões de fato, pareceres técnicos ou documentos elucidativos que considerar suficientes”.

Neste sentido, impõe-se a invocação subsidiária do §1º do art. 464 do CPC vigente, que estabelece as hipóteses em que a perícia não será realizada:

“O juiz indeferirá a perícia quando:

- I - a prova do fato não depender de conhecimento especial de técnico;
- II - for desnecessária em vista de outras provas produzidas;
- III – a verificação for impraticável.

### **3.1. A prova de fato que não depende de conhecimento especial de técnico**

Carece de razoabilidade e compromete a duração razoável do processo (art.5º, LXXVIII, Constituição da República) a realização de perícia que em nada contribui para o deslinde da controvérsia. Neste sentido, parece-nos que o

<sup>9</sup> FERREIRA, Ivan da Costa Alemão. Adicional de insalubridade: ônus da prova e laudo técnico. LTr- Suplemento Trabalhista. São Paulo, a. 31, n. 50, p.407.

magistrado está autorizado a indeferir a perícia até mesmo com fundamento no art.765 da CLT, que atribui a ele a condição de reitor do processo.

Dentre as situações de indeferimento da perícia, com fundamento na primeira hipótese legislada (art.464, §1º, I, CPC), podemos destacar a manifesta improcedência do pedido de adicional de insalubridade ou de periculosidade, porque as alegadas condições de agravo à saúde ou segurança do trabalhador não se enquadram, *prima facie*, em nenhuma das hipóteses legais, a exemplo de empregado em área administrativa da empresa, que esteja postulando o adicional de insalubridade em face das condições de ergonomia; e o mesmo se diga dos comissários de bordo das aeronaves, tendo em vista o teor da súmula 447 do Tribunal Superior do Trabalho:

“Os tripulantes e demais empregados em serviços auxiliares de transporte aéreo que, no momento do abastecimento da aeronave, permanecem a bordo não têm direito ao adicional de periculosidade a que aludem o art.193 da CLT e o Anexo 2, item 1, “c”, da NR 16 do MTE.”

Em síntese, não se pode exigir que o magistrado designe perícia para apuração de insalubridade ou de periculosidade quando se constata a ausência de possibilidade de seu enquadramento em quaisquer das hipóteses das Normas Regulamentadoras nºs 15 e 16 da Portaria n. 3.214/78 do Ministério do Trabalho e Previdência, à luz dos arts.189 e 193 da CLT.

Por outro lado, vislumbra-se as hipóteses em que a matéria já foi suficientemente amadurecida na jurisprudência, contemplando efetivamente o direito do empregado, a exemplo da situação dos frentistas de postos de gasolina, que já não demanda a realização de perícia, por aplicação das súmulas nºs 39 do TST (“Os empregados que operam em bomba de gasolina têm direito ao adicional de periculosidade”) e 212 do STF (“Tem direito ao adicional de serviço perigoso o empregado de posto de revenda de combustível líquido”).

Também, à guisa de exemplo, destaca-se a demanda em que um profissional de saúde, sob alegação de que trabalhava em contato direto com pacientes portadores de doenças infectocontagiosas, pleiteia o adicional de insalubridade em grau máximo. Considerando a eventual ausência de controvérsia quanto às efetivas funções deste reclamante, carece de sentido lógico a exigência



de realização da perícia técnica, como se o magistrado do trabalho não tivesse a aptidão necessária para enquadrar a situação no anexo 14 da NR-15 da Portaria 3.214/1978 do Ministério do Trabalho e Previdência, que não deixa dúvidas quanto à procedência do pedido.

Considerando a situação específica dos profissionais de saúde em contato com pacientes infectados pela Covid-19, destaca-se a posição vanguardista do TRT-7ª Região no julgamento do Incidente de Assunção de Competência nº 00804735520205070000:

INCIDENTE DE ASSUNÇÃO DE COMPETÊNCIA - IAC. MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO. SINDICATO. DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. CONTROVÉRSIA ACERCA DO PAGAMENTO DE ADICIONAL DE INSALUBRIDADE EM GRAU MÁXIMO INDEPENDENTEMENTE DE PROVA PERICIAL. COVID-19. APLICAÇÃO DO ART. 947 DO CPC E ART. 166-A DO RITRT7. 1. O caso em apreço entabula hipótese de substituição processual decorrente de direito individual homogêneo cuja origem comum decorre de situação de trabalho sujeito a condição de trabalho insalubre em grau máximo. Aplicabilidade do art. 81 do CDC e art. 8º, III, da CF/88. Legitimidade do sindicato que se reconhece. 2. Incidente de Assunção de Competência - IAC instaurado para deliberar acerca da possibilidade, ou não, de majoração do adicional de insalubridade ao grau máximo, de 40%, independentemente de prova pericial, para aqueles trabalhadores que percebem adicional de insalubridade de grau médio, de 20%, durante o período de duração da pandemia da COVID-19. 3. Para os efeitos do art. 947 do CPC e art. 166-A do RITRT7, fixar tese jurídica: **“É devido o adicional de insalubridade em grau máximo, de 40% (quarenta por cento), independentemente de laudo pericial, aos trabalhadores substituídos pelo SINDICATO DOS EMPREGADOS EM ESTABELECIMENTOS DE SERVIÇOS DE SAÚDE NO ESTADO DO CEARÁ que se encontrem expostos ao risco biológico do SARS-CoV-2, descritos no Programa de Prevenção de Riscos Ambientais (PPRA), conforme subitem 9.3.3, d e e, da NR 9 c/c subitem 32.21.2.1, inciso II da NR 32, enquanto vigorar, no âmbito do Estado do Ceará, o Estado de Calamidade Pública reconhecido pelo Decreto Legislativo 543/2020, que se estende, no momento, até 31/06/2021”**. 4. No caso concreto, concedida a segurança. (TRT-7 - IAC: 00804735520205070000 CE, Relator: JOSE ANTONIO PARENTE DA SILVA, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 28/05/2021).<sup>10</sup> (grifos nossos)

Neste mesmo sentido, carece de razoabilidade a defesa de que há necessidade de realização da perícia na hipótese de postulação do adicional de

<sup>10</sup> Disponível em <https://trt-7.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1310774372/incidente-de-assuncao-de-competencia-iac-804735520205070000-ce>, acessado no dia 12/08/2022.



periculosidade com fundamento no art.193, II, CLT, que trata das atividades que implicam risco acentuado de roubos ou outras espécies de violência física nas atividades profissionais de segurança pessoal ou patrimonial. Com efeito, a NR-16 da Portaria 3.214/78 consagra as situações em que o adicional de periculosidade será devido em face do enquadramento no art.193, II, CLT, não se exigindo conhecimento técnico especializado.

O mesmo raciocínio se aplica às situações de atividades com o uso de motocicleta, conforme art.193, §4º, CLT, acrescentada pela Lei 12.997/14, e ainda ao bombeiro civil, cujo direito ao adicional de periculosidade emerge do art.6º, III, da Lei n. 11.901/09. Em verdade, tanto nas situações de risco de roubo e outras formas de violência na atividade de segurança patrimonial quanto naquelas que envolvem o uso de motocicleta ou que decorram do exercício da profissão de bombeiro civil, a solução da controvérsia nunca dependerá da realização de perícia, pois se estabelecerá em torno das atividades desenvolvidas pelo trabalhador, e que poderá ser dirimida por outros meios de prova, notadamente com a oitiva das partes e testemunhas. Vale dizer, o magistrado não terá dificuldade em efetuar o enquadramento nos respectivos anexos da NR-16, ou na disposição da Lei n. 11.901/09, uma vez superada a discussão acerca das funções exercidas pelo trabalhador.

### **3.2. Perícia desnecessária em face de outras provas produzidas**

Igualmente, não há razão alguma para se designar a perícia nas hipóteses em que a própria reclamada já confessou expressamente a existência de periculosidade ou das condições insalubres no grau pretendido pelo reclamante, quando o direito aos adicionais respectivos estiver consagrado em convenções, acordos coletivos de trabalho<sup>11</sup> ou algum outro instrumento normativo, e até mesmo quando a situação já se encontra plenamente consagrada na jurisprudência, por aplicação do inciso II

---

11 Não é incomum a existência de cláusulas normativas que reconhecem o direito ao adicional de insalubridade ou de periculosidade, e vem sendo reconhecido pela jurisprudência, a exemplo da seguinte ementa de julgado: “Se a cláusula negocial coletiva determina a concessão de adicional de periculosidade a empregado que preste serviço em área de abastecimento de aeronave, não se faz necessária a realização de perícia para deferimento do adicional a empregado que trabalha nas condições descritas na convenção normativa (TRT/AL., RO 1.515/93, João Batista da Silva)”. Cf. Valentin Carrion. Nova jurisprudência em direito do trabalho, São Paulo: Saraiva, 1995, p. 320.

do art.464, §1º, do CPC.

Asúmula 453 do Tribunal Superior do Trabalho, acrescentada pela Resolução TST 194/2014 (publicada em 21.05.2014), chancela uma hipótese de dispensa da prova pericial quando o adicional de periculosidade é pago espontaneamente pelo empregador, por entender que referida situação torna incontroverso o labor em condições de perigosas:

“O pagamento de adicional de periculosidade efetuado por mera liberalidade da empresa, ainda que de forma proporcional ao tempo de exposição ao risco ou em percentual inferior ao máximo legalmente previsto, dispensa a realização da prova técnica exigida pelo art.195 da CLT, pois torna incontroversa a existência do trabalho em condições perigosas.”

O entendimento supramencionado representou nítida evolução jurisprudencial, mitigando a exigência do art.195, §2º, da CLT e melhor se coaduna com a duração razoável do processo (art.5º, LXXVIII, Constituição da República) e efetividade dos direitos fundamentais dos trabalhadores.

Destaca-se, ainda, a hipótese de convenção das próprias partes, no âmbito da reclamação trabalhista, para evitar a realização da perícia, inclusive com a juntada de laudos técnicos elaborados em demandas anteriores, por aplicação supletiva do art.472 do CPC ao processo do trabalho.

### **3.3. Situações de perícia impraticável**

Finalmente, a perícia será dispensada quando o local de trabalho estiver desativado ou substancialmente modificado, de forma a não retratar as condições a que o trabalhador esteve submetido.

Neste sentido, a Orientação Jurisprudencial n. 278 da SDI-1 (TST), publicada no Diário da Justiça de 11.08.2003 que, fundada em precedentes das turmas do Tribunal Superior do Trabalho, verificados entre 2001 e 2003, abriu o caminho para a modificação de posicionamentos anteriores, que não faziam justiça aos trabalhadores:

“A realização de perícia é obrigatória para a verificação de insalubridade. Quando

não for possível sua realização como em caso de fechamento da empresa, poderá o julgador utilizar-se de outros meios de prova”.

O entendimento da O.J. 278 da SDI-I (TST) deve ser aplicado, igualmente, ao adicional de periculosidade, cuja exigência de prova técnica também se encontra no art.195, §2º, CLT<sup>12</sup>. Assim, foi chancelada a possibilidade de uso da prova emprestada, que nada mais é do que a perícia realizada em outra reclamação, devidamente subministrada pela prova oral, que poderá atestar o fato de que se trata de empregados que trabalharam no mesmo local, na mesma função, sujeitando-se às mesmas condições de trabalho, conforme reiterados julgados, a exemplo da seguinte ementa:

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. COMPROVAÇÃO. IDENTIDADE DE FATOS. PROVA EMPRESTADA. VALIDADE. Conforme dispõe o artigo 195 da CLT, a existência da insalubridade deve ser comprovada por meio de laudo pericial. A lei, contudo, não exige que referido laudo seja elaborado exclusivamente para cada caso concreto. Não há impedimento, assim, para a adoção, como prova, de laudo pericial emprestado. Tanto a doutrina como a jurisprudência tem-se manifestado no sentido de ser admissível a prova emprestada, desde que caracterizada a identidade de condições. No caso dos autos, a condenação pautou-se no laudo pericial elaborado com fundamento em outras empresas que realizavam o mesmo tipo de atividade da reclamada – aplicação de asfalto em rodovias -, pois na época encontrava-se com suas atividades suspensas. Frise-se que não há dúvida quanto à exposição ao agente insalubre, pois a nocividade das atividades desenvolvidas pelo reclamante decorria não do ambiente de trabalho, mas das substâncias a que estava exposto. Caracterizada a identidade dos fatos, não há que se falar em invalidade da prova emprestada. Intacto, assim, o artigo 195 da CLT. Precedentes. Agravo de instrumento a que se nega provimento. (TST - AIRR: 8296820115190057, Relator: Claudio Mascarenhas Brandao, Data de Julgamento: 13/08/2014, 7ª Turma, Data de Publicação: 15/08/2014)<sup>13</sup>

A jurisprudência vem admitindo, igualmente, a perícia indireta, que corresponde ao parecer do profissional habilitado, médico do trabalho ou engenheiro de segurança do trabalho, com base em dados extraídos de outros

---

12 Neste sentido também se posiciona Gustavo Filipe Barbosa Garcia. Cf. Curso de direito processual do trabalho, Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 465.

13 Disponível em <https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/944688539/agravo-de-instrumento-em-recurso-de-revista-airr-8296820115190057>, acessado em 11/08/2022.

elementos de prova nos autos da reclamação. A possibilidade mencionada pode ser ilustrada pelas seguintes ementas de julgado:

ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. DESATIVAÇÃO DO LOCAL DE TRABALHO. PERÍCIA INDIRETA. POSSIBILIDADE. Restando evidenciado que o local de trabalho do autor encontra-se desativado, é possível a realização da prova técnica indireta pelo louvado. Recurso a que se nega provimento. (TRT-1 - ROT: 00118808720155010461 RJ, Relator: GUSTAVO TADEU ALKMIM, Data de Julgamento: 10/03/2020, Primeira Turma, Data de Publicação: 17/03/2020)<sup>14</sup>.

LOCAL DE TRABALHO DESATIVADO. PERÍCIA INDIRETA. POSSIBILIDADE. É incontroverso que o local de trabalho do reclamante foi desativado, elemento que também foi indicado pelo perito. Dessa forma, inexistente mácula no laudo, uma vez que há flagrante impossibilidade de realização de vistoria técnica no local de trabalho. Assim, é certo que as partes podem se utilizar de todos os meios de provas admitidas no Direito, principalmente, a elaboração de laudo técnico indireto. Nesse sentido, aplica-se, por analogia, o posicionamento firmado na OJ n. 278, da SBDI-I, do TST. Recurso ordinário não provido. (TRT-2 10000965220205020313 SP, Relator: MERCIA TOMAZINHO, 3ª Turma - Cadeira 4, Data de Publicação: 29/06/2022)<sup>15</sup>

Verifica-se, ainda, que o art.464, §2º, do CPC consagra a “prova técnica simplificada, quando o ponto controvertido for de menor complexidade” e que “consistirá apenas na inquirição de especialista, pelo juiz, sobre ponto controvertido da causa que demande especial conhecimento científico ou técnico” (art.464, §3º), e certamente poderá ser aplicada na seara trabalhista, por aplicação do art.769 da CLT c.c. art.15 do CPC, notadamente nas situações em que a verificação *in loco* seja inviável.

#### 4. Ônus da prova das condições de insalubridade e de periculosidade

Ao longo dos anos vem recaindo sobre os ombros do trabalhador o ônus de provar as condições de insalubridade ou de periculosidade, sob o fundamento de que referidas condições são fato constitutivo do direito aos adicionais correspondentes. No entanto, já não podemos aceitar referida solução de forma

14 Disponível em <https://trt-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1544250310/recurso-ordinario-trabalhista-rot-118808720155010461-rj>, acessado em 13/08/2022.

15 Disponível em <https://trt-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1560835122/10000965220205020313-sp/inteiro-teor-1560835143>, acessado em 13/08/2022.

indiscriminada, notadamente quando a perícia resta impraticável por desativação do local de trabalho.

Em síntese, não se pode olvidar que é do empregador o ônus de proporcionar um ambiente de trabalho adequado, com vistas à preservação da vida e saúde dos trabalhadores, que são direitos fundamentais. Enfim, o direito aos adicionais de insalubridade e de periculosidade deve ser entendido como um lenitivo para compensar o desconforto do trabalhador naquelas situações em que o agravo à saúde ou segurança não pode ser eliminado com os recursos tecnológicos da sociedade contemporânea.

Neste sentido, a NR-09 da Portaria n. 3.214/78 do Ministério do Trabalho e Previdência estabelece a obrigação de todo empregador elaborar e implementar o Programa de Prevenção de Riscos Ambientais (PPRA), que consiste em programa preventivo obrigatório, com atribuição de estudar, identificar, avaliar e controlar a ocorrência de riscos ambientais em face dos agentes físicos, químicos e biológicos. Não se trata, propriamente, de um documento para ser exibido ao órgão de fiscalização, e sim da materialização de uma postura da empresa quanto aos riscos no ambiente de trabalho.

Consideram-se riscos ambientais os agentes físicos, químicos e biológicos existentes no local de trabalho, mas também devem ser acrescentados os riscos de acidentes e os riscos ergonômicos, já que o PPRA deve se harmonizar com o PCMSO (Programa de Controle Médico de Saúde Ocupacional) exigido pela NR-07 da mesma Portaria 3.214/78, que regulamenta os arts.168 e 169 da CLT, e deve ter caráter preventivo, mediante rastreamento e diagnóstico precoce dos agravos à saúde relacionados com o trabalho.

Em síntese, as fases de elaboração e implementação do PPRA podem ser assim resumidas: 1) antecipação e reconhecimento dos riscos ambientais; 2) avaliação dos riscos ambientais, do ponto de vista qualitativo e quantitativo; 3) controle e monitoramento dos riscos ambientais (medidas de proteção coletiva, mudança na organização do trabalho ou equipamentos de proteção individual).

Além do Programa de Prevenção de Riscos Ambientais, que é uma exigência do Ministério do Trabalho e Previdência, as empresas estão obrigadas a elaborar o Laudo Técnico de Condições Ambientais do Trabalho (LTCAT), que é uma exigência

da previdência social, consagrada na lei (art.58 da Lei 8.213/91) e que objetiva identificar a exposição aos agentes físicos, químicos, biológicos ou a associação de agentes prejudiciais à saúde ou à integridade física do trabalhador, para fins de concessão da aposentadoria especial, e se destina também ao preenchimento do Perfil Profissiográfico Previdenciário (PPP) do empregado.

Ora, a análise do PPRA, LTCAT e PCMSO do empregador é capaz de trazer elementos adicionais ao convencimento do magistrado quanto à existência das condições de insalubridade e ou de periculosidade, não obstante mencionados documentos não tenham por objetivo referidas questões. Assim, nada obsta que o juiz do trabalho determine a juntada destes documentos, sob as penas do art.400 do CPC; vale dizer, a omissão do reclamado poderá acarretar-lhe a presunção de que não proporcionou um ambiente de trabalho livre das condições perigosas e ou insalubres, conforme bem analisado em artigo de Igor Cardoso Garcia e Xerxes Gusmão<sup>16</sup>, no qual defendem que cabe ao empregador o ônus de provar as condições de segurança e salubridade do meio ambiente de trabalho, por ser o destinatário do inciso XXII do art.7º da Constituição da República.

## **5. Alcance do art.611-A, XII, da Consolidação das Leis do Trabalho**

Dispõe o art.611-A, XII, da CLT, acrescentado pela Lei n. 13.467/2017 que o enquadramento do grau de insalubridade pode ser feito por convenção ou acordo coletivo de trabalho. Trata-se de disposição normativa que causou alguma perplexidade e, talvez por esse motivo, compôs o objeto da Medida Provisória 808, de 14/11/2017, que acabou não convolada em lei, na qual havia expressa exigência de que o enquadramento verificado a partir da negociação coletiva deveria respeitar “na integralidade, as normas de saúde, higiene e segurança do trabalho previstas em lei ou em normas regulamentadoras do Ministério do Trabalho”.

É certo que o art.611-A, XII, da CLT possibilita o enquadramento do grau de insalubridade a partir da negociação coletiva, mas sua interpretação deve ocorrer de forma sistemática, com vistas a não contradizer o art.611-B, XVII e XVIII, da mesma Consolidação, ambos também acrescentados pela Lei n. 13.467/2017, e que consagram

16 Cf. O ônus da prova da salubridade do meio ambiente de trabalho: a necessária releitura do art.195 da CLT. LTr- Suplemento Trabalhista. São Paulo, a.50, n. 70, p.321.

a ilicitude da cláusula convencional que objetiva a supressão ou redução do direito às “normas de saúde, higiene e segurança do trabalho previstas em lei ou em normas regulamentadoras do Ministério do Trabalho” (inciso XVII) e ao “adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas” (inciso XVIII).

Em verdade, o art.611-A, XII, CLT apenas reafirma que a convenção ou acordo coletivo de trabalho podem disciplinar o direito ao adicional de insalubridade ou de periculosidade, desde que não sejam afrontados os anexos das Normas Regulamentadoras nºs 15 e 16 da Portaria n. 3.214/78, se permitindo inclusive a contemplação dos referidos adicionais em situações ainda não previstas nas mencionadas normas do Ministério do Trabalho e Previdência, que se encontram notoriamente defasadas em relação à evolução científica e tecnológica que emerge deste período que vem sendo considerado como Indústria 4.0 ou 4ª Revolução Industrial.

Trata-se de uma disposição legislativa que prestigia a autocomposição no âmbito coletivo, com vistas a mitigar a judicialização, mas que precisa ser feita sem olvidar o direito fundamental às normas de saúde, higiene e segurança do trabalhador (art.7º, XXII, Constituição da República), única forma de interpretação que se torna viável diante das restrições que emergem do art.611-B da Consolidação das Leis do Trabalho (incisos XVII e XVIII) e que permanece em sintonia com o art.7º, XXVI, da Constituição da República.

## **6. Conclusão**

A exigência de perícia técnica para verificação das condições de periculosidade ou de insalubridade, consagrada no art.195, §2º, CLT precisa se harmonizar com os princípios da razoabilidade e do devido processo legal, sem olvidar o disposto no art.765 da CLT, que atribui ao magistrado do trabalho o dever de velar pelo andamento rápido das causas, obstando diligências absolutamente inúteis.

Neste contexto, não se pode conceber a obrigatoriedade em se determinar a realização de perícia quando o pedido de adicional de insalubridade ou de periculosidade se revelar manifestamente improcedente, ao prudente arbítrio do magistrado. Igualmente, carece de necessidade a realização de perícia para verificação da periculosidade nas situações trazidas pelas Leis nºs 11.901/09 (bombeiro civil), dos trabalhadores que se enquadram no art. 193, II, CLT e dos empregados que exercem



a função de motociclistas (art.193, §4º, CLT), pois não se vislumbra a necessidade de conhecimento técnico especializado para os enquadramentos respectivos, por aplicação subsidiária do art.464, §1º, I, do Código de Processo Civil.

Por outro lado, verificamos situações em que o direito ao adicional de periculosidade ou de insalubridade se encontra consagrado em normas coletivas ou no regulamento da própria empresa, não se justificando a realização de perícia para verificação de condições de trabalho que se presumem incontroversas, situação que apresenta maior relevo a partir do art.611-A, XII, CLT, desde que respeitadas as normas regulamentadoras do Ministério do Trabalho e Previdência, diante da interpretação sistemática com o art.611-B, XVII e XVIII, CLT, e que apenas reforça a tese de que a perícia judicial não será necessária em todas as situações.

Em verdade, o legislador perdeu várias oportunidades de reformular a exigência que decorre do art.195, §2º, da Consolidação das Leis do Trabalho, mas referida omissão legislativa não justifica a inércia daqueles que precisam aplicar o direito positivado, sempre se valendo dos métodos de interpretação e da aplicação subsidiária das disposições do processo comum, amplamente autorizada pelo art.769 da Consolidação das Leis do Trabalho e pelo art.15 do Código de Processo Civil.

Certamente, também se encontra dispensada a perícia judicial quando o empregador, por questão de economia e celeridade processual, confessa a existência das condições adversas, evitando a despesa com honorários periciais, militando em favor desta conclusão a aplicação subsidiária do art.464, §1º, II, do Código de Processo Civil.

A hipótese do local de trabalho desativado é outra situação em que a perícia *in loco* resta impraticável, e na qual as partes poderão se valer de prova emprestada (perícias realizadas em outras demandas trabalhistas), subministradas com a prova oral, sem prejuízo da realização de perícia em outro local, desde que as condições de trabalho sejam comprovadamente idênticas àquelas do local desativado ou até mesmo a realização de perícia indireta, que poderá consistir no parecer técnico especializado, elaborado a partir do cotejo dos demais elementos de prova, em que sejam reveladas as condições de trabalho no setor desativado, que poderá ser realizado em audiência, por meio de inquirição do juiz, procedimento batizado como “prova técnica simplificada” pelo art.464, §2º, do Código de Processo Civil.

Destaca-se, ainda, que nas situações de perícia impraticável, não se deve,



invariavelmente, penalizar o trabalhador, haja vista que compete ao empregador a elaboração dos Programas de Prevenção de Riscos Ambientais (PPRA), conforme Norma Regulamentadora n.09 da Portaria 3.214/78, bem como a elaboração do Laudo Técnico de Condições Ambientais do Trabalho (LTCAT), que é uma exigência do órgão previdenciário, no qual também são mapeados os riscos ambientais a que são submetidos os trabalhadores. Enfim, o Programa de Prevenção de Riscos Ambientais (PPRA) e o Laudo Técnico de Condições Ambientais do trabalho (LTCAT) são instrumentos importantes na busca das condições ideais no meio ambiente do trabalho e podem auxiliar na convicção do magistrado do trabalho quanto à existência ou inexistência das condições insalubres ou perigosas nos locais de trabalho.

Finalmente, impõe-se a conclusão de que a exigência do art.195, §2º, da CLT, quanto à obrigatoriedade da perícia técnica para apuração das condições insalubres ou perigosas, não encontra ressonância em várias situações vivenciadas nas lides trabalhistas e desafiam uma nova tomada de posição da jurisprudência trabalhista, amparada na aplicação das disposições do processo comum que foram alinhadas nos tópicos anteriores, conforme expressamente autorizam os arts.769 da Consolidação das Leis do Trabalho e 15 do Código de Processo Civil.

## 7. Referências

BOMFIM, B. Calheiros e SANTOS, Silvério dos. **Dicionário de decisões trabalhistas**, 23ª edição, Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 1991.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 7ª Região. Incidente de Assunção de Competência IAC 804735520205070000-ce. Disponível em <https://trt-7.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1310774372/incidente-de-assuncao-de-competencia-iac-804735520205070000-ce>. Acesso em 12 ago. 2022.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região. **Recurso Ordinário Trabalhista ROT 118808720155010461-rj**. <https://trt-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1544250310/recurso-ordinario-trabalhista-rot-118808720155010461-rj>. Acesso em 13 ago. 2022.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. **Recurso Ordinário**

---

**10000965220205020313-sp.** <https://trt-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1560835122/10000965220205020313-sp/inteiro-teor-1560835143>. Acesso em 13 ago. 2022.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Agravo de Instrumento em Recurso de Revista RR-AG-AIRR 615005720095080114-61500-5720095080114-tst.** <https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23074733/recurso-de-revista-agravo-de-instrumento-em-recurso-de-revista-rr-ag-airr-615005720095080114-61500-5720095080114-tst>, Acesso em 11 ago. 2022.

BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista RR 13847820115080126-1384-7820115080126-tst.** <https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24595693/recurso-de-revista-rr-13847820115080126-1384-7820115080126-tst>. Acesso em 11 ago. 2022.

CARRION, Valentin. **Nova jurisprudência em direito do trabalho:** 1995, São Paulo: Saraiva, 1995.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho.** 14ª Edição Revista e Atualizada, Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2017.

DIDIER Jr., Fredie e PEIXOTO, Ravi. **Novo Código de Processo Civil** – comparativo com o Código de 1973, 2ª edição revista e atualizada, Salvador: JusPodium, 2016.

FERREIRA, Ivan da Costa Alemão. **Adicional de insalubridade:** ônus da prova e laudo técnico. LTr- Suplemento Trabalhista. São Paulo, a. 31, n. 50, p.405-8, 1995.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de Direito Processual do Trabalho.** 2ª tiragem, Rio de Janeiro: Forense, 2012.

GUSMÃO, Xerxes. A partilha do ônus da prova entre as partes nos pedidos de adicional de insalubridade e de periculosidade. **Revista do TRT-8ª Região.** Belém, v. 44, n.86, p.101-105, jan./jun.2011.

JORGE NETO, Francisco Ferreira e CAVALCANTE Jouberto de Quadros Pessoa. **Direito Processual do Trabalho,** 5ª edição, São Paulo: Atlas, 2012.

LAMARCA, Antonio. Contrato individual de trabalho. São Paulo: **Revista dos Tribunais,**

1969.

LEAL, Pastora do Socorro Teixeira. Fundamentos para a inversão do ônus da prova da insalubridade e periculosidade. **Revista do TRT-8ª Região**. Belém, v.39, n. 77, p. 69-95, jul./dez.2006

LIMA, Francisco Meton Marques. **Elementos de Direito do Trabalho e Processo Trabalhista**. 3ª edição revista e ampliada, São Paulo: LTr, 1991.

MARTINS, Adalberto. A prova da insalubridade ou da periculosidade e a Reforma Trabalhista. **Revista de Direito do Trabalho e Seguridade Social**. Vol.209, ano 46, p.19-37, São Paulo: Ed. RT, jan.-fev.2020

\_\_\_\_\_, Adalberto. **Manual Didático de Direito Processual do Trabalho**. 9ª edição revista e atualizada, Leme/SP: Mizuno, 2022.

MARTINS, Melchíades Rodrigues. Prova emprestada no processo do trabalho. **Revista de direito do trabalho**. São Paulo, a. 32, n. 123, p.166-84, jul./set. 2006.

MARTINS, Sergio Pinto. Prova pericial emprestada. **Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária**. São Paulo, a.20, n. 236, p. 7-12, fev.2009.

\_\_\_\_\_. **Direito processual do trabalho**. 35ª edição, São Paulo: Atlas, 2014.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito processual do trabalho**. 28ª edição, São Paulo: Saraiva, 2013.

RIBEIRO, Rafael E. Pugliese. **Reforma trabalhista comentada – análise da lei e comentários aos artigos alterados da CLT e leis reformadas**. Porto: Juruá, 2018.

SANTOS, J.M. de Carvalho. **Código de processo civil interpretado (arts. de 180 a 262)**. 6ª edição, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964, vol. III.

SILVA, Homero Batista Mateus da. **Comentários à reforma trabalhista – análise da Lei 13.467/2017 – artigo por artigo**, 2ª edição revista e atualizada, São Paulo: Revista

dos Tribunais, 2017.

SOUZA JÚNIOR, Antonio Umberto, SOUZA, Fabiano Coelho de, MARANHÃO, Ney e AZEVEDO NETO, Platon Teixeira de. **Reforma trabalhista** – análise comparativa e crítica da Lei n. 13.467/2017 e da Méd. Prov. nº 808/2017, 2ª edição revista, atualizada e ampliada, São Paulo: Rideel, 2017.

SÜSSEKIND, Arnaldo. **Instituições de Direito do Trabalho**, 19ª edição, atualizada por Arnaldo Süssekind e Lima Teixeira, São Paulo: LTr, 2000.

TEIXEIRA FILHO, João de Lima. **Repertório de jurisprudência trabalhista (1981-1982)**. 2ª edição revista, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1990.

\_\_\_\_\_. **Repertório de jurisprudência trabalhista** (1983), Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1985.

\_\_\_\_\_. **Repertório de jurisprudência trabalhista vol. 5** (1985-1986), Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1987.

ZAINAGHI, Domingos Sávio e COSTA MACHADO. **CLT interpretada** – artigo por artigo, parágrafo por parágrafo, 13ª edição, Barueri: Manole, 2022.

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

**Rocco Antonio Rangel Rosso Nelson**  
**Walkyria de Oliveira Rocha Teixeira**

### RESUMO

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

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

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

---

Rocco Antonio Rangel Rosso Nelson

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

Walkyria de Oliveira Rocha Teixeira

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

## ABSTRACT

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

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

## 1. DAS CONSIDERAÇÕES INICIAIS

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

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

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

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

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

(...)

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

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

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

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

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

(...)

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

(...)

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

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

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

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

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

(...)

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

(...) (Grifos nossos)

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

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

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

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

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



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

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

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

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

Não se trata de uma questão de controle de constitucionalidade<sup>4</sup> (a tese da inconstitucionalidade superveniente não ganhou guarida no bojo da jurisprudência do STF ou da maioria da doutrina),<sup>5</sup> mas sim de direito intertemporal,<sup>6&7</sup> visto que é o po-

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(...).

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

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

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

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

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

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

Fonte: elaborado pelos autores.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

leis com tais preceitos internacionais. (...).<sup>15</sup>

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

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

Os tratados internacionais, assim é conceituado por Valério Mazzuoli:

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

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

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

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

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

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

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

1. Para os fins da presente Convenção:

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

(...)

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

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

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

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

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

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

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

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



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

Segue a lapidar lição da professora Flávia Piovesan:

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

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

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

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

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



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

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

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

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

Destaca-se dessas convenções os seguintes dispositivos:

Convenção nº 148 da OIT

Artigo 8

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

Convenção nº 155 da OIT

Artigo 11

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

---

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

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

(...)

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

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

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

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

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

## 2.3. UMA ANÁLISE A PARTIR DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

### 2.3.1. Considerações sobre o princípio da proporcionalidade

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

#### **CUMULAÇÃO DE ADICIONAIS – PERICULOSIDADE E INSALUBRIDADE – POSSIBILIDADE**

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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



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

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

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

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

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

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

percepção cumulativa de ambos os adicionais.

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

Constituição Federal.

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

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

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

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

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

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

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

#### 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

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

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

do TST.

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

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

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

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

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

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

## REFERÊNCIAS

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

---

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

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: atualizada até a Emenda Constitucional nº 112. Brasília, DF, 05 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 16 de novembro de 2021.

BRASIL. **Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Diário Oficial da União. Rio de Janeiro, RJ, 09 de agosto de 1943. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm)>. Acesso em: 16 de novembro de 2021.

BRASIL. **Lei nº 6.514, de 22 de dezembro de 1977**. Altera o Capítulo V do Título II da Consolidação das Leis do Trabalho, relativo a segurança e medicina do trabalho e dá outras providências. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 23 de dezembro de 1977. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L6514.htm#art1](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6514.htm#art1)>. Acesso em: 16 de novembro de 2021.

BRASIL. **Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009**. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 26 de agosto de 2009. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm)>. Acesso em: 16 de novembro de 2021.

BRASIL. **Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009**. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 15 de dezembro de 2009. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm)>. Acesso em: 16 de novembro de 2021.

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

sual ou com Outras Dificuldades para Ter Acesso ao Texto Impresso, firmado em Marraqueche, em 27 de junho de 2013. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 09 de outubro de 2018. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2018/Decreto/D9522.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Decreto/D9522.htm)>. Acesso em: 16 de novembro de 2021.

BRASIL. **Decreto nº 10.088, de 05 de novembro de 2019.** Consolida atos normativos editados pelo Poder Executivo Federal que dispõem sobre a promulgação de convenções e recomendações da Organização Internacional do Trabalho - OIT ratificadas pela República Federativa do Brasil – Anexo XXXIX - Convenção nº 148 da OIT Sobre a Proteção dos Trabalhadores Contra os Riscos Profissionais Devidos à Contaminação Do Ar, Ao Ruído e Às Vibrações no Local De Trabalho. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 06 de novembro de 2019. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2019/Decreto/D10088.htm#anexo39](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D10088.htm#anexo39)>. Acesso em: 16 de novembro de 2021.

BRASIL. **Decreto nº 10.088, de 05 de novembro de 2019.** Consolida atos normativos editados pelo Poder Executivo Federal que dispõem sobre a promulgação de convenções e recomendações da Organização Internacional do Trabalho - OIT ratificadas pela República Federativa do Brasil – Anexo LI - Convenção nº 155 da OIT Sobre Segurança e Saúde dos Trabalhadores e o Meio Ambiente de Trabalho. **Diário Oficial da União.** Brasília, DF, 06 de novembro de 2019. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2019/Decreto/D10088.htm#anexo51](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D10088.htm#anexo51)>. Acesso em: 16 de novembro de 2021.

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

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

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

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

RT, 2013.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

Publicado originalmente no volume 06 da Revista LTr de 2021.

---

## O CONTROVERTIDO DIREITO AO ADICIONAL DE INSALUBRIDADE DOS CUIDADORES DE IDOSOS

**Adriano Marcos Soriano Lopes**  
**Solainy Beltrão dos Santos**

**Resumo:** O adicional de insalubridade é direito garantido constitucionalmente (art. 7º, XXIII) para aqueles trabalhadores não domésticos submetidos a condições nocivas à saúde, não neutralizadas ou eliminadas. O presente trabalho visa elucidar se essa monetização do risco é aplicável aos cuidadores de idosos. Para tanto, a partir do método dedutivo, este estudo analisará o adicional de insalubridade a partir da legislação pátria e das concepções doutrinária e jurisprudencial da parcela. Na sequência, será examinada a promissora profissão de cuidador de idosos, aspectos práticos e jurídicos para, ao final, dirimir a controvérsia existente na jurisprudência acerca da aplicação desse direito aos referidos profissionais.

**Palavras-chave:** Cuidador de idoso. Adicional de Insalubridade. Aplicabilidade.

**Abstract:** The unhealthy work premium is a constitutionally guaranteed right (art. 7, XXIII) for those non-domestic workers subjected to conditions that are harmful to their health, which are not neutralized or eliminated. The present work aims to elucidate whether this risk monetization is applicable to elderly caregivers. Therefore, from the deductive method, this study will analyze the additional unhealthy from the national legislation and the doctrinal and jurisprudential conceptions of the salary installment. Next, the promising profession of elderly caregiver will be examined, practical and legal aspects to, in the end, settle the existing controversy in the jurisprudence about the application of this right to these professionals.

**Keywords:** Elderly caregiver. Unhealthy work premium. Applicability

---

Adriano Marcos Soriano Lopes

Juiz do Trabalho Substituto no Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Especialista em Ciências do Trabalho pela Faculdade Lions. E-mail:amslopes@trt3.jus.br.

Solainy Beltrão dos Santos

Juíza do Trabalho Substituta no Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Especialista em Inovações em Direito Civil e seus Instrumentos de Tutela pela Universidade Anhanguera – Uniderp. E-mail: solainy@trt3.jus.br

**Sumário:** **1** Introdução – **2** O adicional de insalubridade – **3** A profissão dos cuidadores de idosos – **4** A insalubridade na atividade de cuidador de idoso – **5** Considerações finais – Referências

## **1. INTRODUÇÃO**

O envelhecimento cada vez maior da população fomentou o surgimento de profissionais com preparo aos cuidados da saúde das pessoas da terceira idade. E, ao cuidar da saúde humana, é possível que esses profissionais estejam expostos a agentes insalubres.

O escopo do presente estudo é perscrutar se o cuidador de idoso, profissão ainda não regulamentada no nosso país, tem ou não direito a receber o adicional de insalubridade quando exposto a agente insalubre em instituições de longa permanência ou casas de repouso.

Para tanto, a partir do método lógico-dedutivo, serão analisados aspectos jurídicos e práticos da profissão de cuidador de idoso e a necessidade cada vez maior desse profissional diante do envelhecimento recrudescente da população brasileira, perpassando por um exame normativo, doutrinário e jurisprudencial do adicional de insalubridade e, por fim, a possibilidade de sua aplicação aos cuidadores de idosos.

Destaca-se a necessidade de tal debate, uma vez que a matéria é controvertida na jurisprudência pátria e casos aportam os tribunais com cada vez mais frequência, o que exige um exame mais aprofundado dessa tormentosa questão.

## **2. O ADICIONAL DE INSALUBRIDADE**

O meio ambiente é a interação mútua entre os recursos naturais, artificiais e culturais que permite o desenvolvimento equilibrado da vida. A expressão é legalmente conceituada no art. 3º, I, da Lei n. 6.938/81 como “o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas”.

Nas palavras de Evanna Soares meio ambiente é “pressuposto de exercício lógico dos demais direitos do homem, vez que [...] somente aqueles que possuem vida, e, mais ainda, vida com qualidade e saúde, é que terão condições de exercitarem

os demais direitos humanos” (SOARES, 2004, p. 57).

Por sua vez, o art. 225 do diploma magno estabelece que todos possuem direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, essencial à sadia qualidade de vida e neste se inclui o meio ambiente do trabalho (art. 200, VIII, da CRFB).

Realça-se que o meio ambiente do trabalho é o local onde a prestação de serviço se desenvolve, tendo o trabalhador, portanto, direito ao equilíbrio desse meio ambiente, o que abrange condições dignas de segurança e saúde laboral, incluindo a ergonomia, medidas preventivas de doenças e acidentes do trabalho, instrução e conscientização de tomadores e prestadores de serviço para manutenção de um meio ambiente do trabalho adequado, fornecimento de equipamentos de proteção coletivo e individual, neutralização ou eliminação de produtos que agridam a saúde do empregado, bem como elaboração, fiscalização e cumprimento de normas protetivas à saúde do trabalhador, etc.

Segundo Raimundo Simão de Melo:

o mais fundamental direito do homem, consagrado em todas as declarações internacionais, é o direito à vida, suporte para existência e gozo dos demais direitos humanos. Mas esse direito, conforme assegura a nossa Constituição Federal no art. 225, requer vida com qualidade e para que o trabalhador tenha vida com qualidade é necessário que se assegurem os seus pilares básicos: trabalho decente e em condições seguras e salubres (MELO, 2013, p. 209).

Nesse sentido, os direitos à vida digna, à saúde e ao meio ambiente equilibrado estão intimamente ligados, sendo dever do empregador assegurar aos seus empregados um ambiente laboral que observe as normas de segurança e medicina do trabalho, com o fim de garantir a integridade psicobiofísica do trabalhador e sua qualidade de vida no trabalho, como também se infere do art. 7º, XXII, da CRFB.

De toda forma, a tutela do meio ambiente do trabalho tem como objetivo a proteção da saúde e da vida do trabalhador, propiciando o bem-estar não só do indivíduo, mas de toda a sociedade de modo a cumprir os objetivos da República Federativa do Brasil na construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I, da CRFB).

No âmbito internacional, as Convenções 148, 155 e 161 da OIT estabelecem, respectivamente, que os países adotantes devem: elaborar normas sobre medidas de prevenção, incitando os empregadores a sua aplicação; formular, efetivar e reexaminar periodicamente uma política nacional coerente em matéria de segurança e saúde dos

trabalhadores e o meio ambiente de trabalho; pôr em prática os princípios de uma política nacional de proteção à saúde do trabalhador.

Conforme previsão do art. 7º, XXIII, da CRFB, são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais o adicional de remuneração para atividades penosas, insalubres e perigosas, na forma da lei.

Etimologicamente, conforme lição de Tuffi Messias Saliba e Márcia Chaves Correa, o vocábulo insalubre advém da raiz latina que significa “tudo aquilo que origina doença, e a insalubridade é qualidade de insalubre” (SALIBA; CORREA, 2004, p. 11). Não sem razão, a insalubridade agride o empregado de forma paulatina e apresenta sequelas deletérias ao longo do tempo, como observa Sebastião Geraldo de Oliveira:

O trabalho insalubre é uma modalidade de agressão à integridade física e psicológica do trabalhador, consistindo na sua exposição a agentes que podem afetar ou causar danos à sua saúde, provocar doenças, muitas destas diretamente relacionadas à sua atividade e outras desencadeadas, antecipadas ou agravadas pelo trabalho realizado ou pelas condições em que é prestado. (OLIVEIRA, 2011, p. 194).

A Consolidação das Leis do Trabalho trata do adicional de insalubridade na Seção XIII (das atividades insalubres e perigosas), no art. 189 *usque* art. 197.

Nos moldes do art. 192 da CLT<sup>1</sup> a parcela é devida quando o empregado presta serviços habitual ou intermitentemente<sup>2</sup> em atividades insalubres acima dos limites de tolerância, ou seja, em condições nocivas à sua saúde, podendo ensejar 10%, 20% e 40% de acréscimo salarial, conforme graus mínimo, médio e máximo, respectivamente.<sup>3</sup>

Na lição de Amauri Mascaro Nascimento:

São consideradas atividades ou operações insalubres aquelas que, por sua natureza, condição ou métodos de trabalho, expõem os empregados a agentes

---

1 “O exercício de trabalho em condições insalubres, acima dos limites de tolerância estabelecidos pelo Ministério do Trabalho, assegura a percepção de adicional respectivamente de 40% (quarenta por cento), 20% (vinte por cento) e 10% (dez por cento) do salário-mínimo da região, segundo se classifiquem nos graus máximo, médio e mínimo.

2 Dessa forma expressa a Súmula 47 do C. TST: “SUM-47 INSALUBRIDADE - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003. O trabalho executado em condições insalubres, em caráter intermitente, não afasta, só por essa circunstância, o direito à percepção do respectivo adicional.”

3 Insta ponderar que o art. 611-A, XII, da CLT permite uma espécie de reenquadramento do grau de insalubridade por norma coletiva, de modo a graduar a nocividade de forma diversa da previsão legal.

nocivos à saúde, acima dos limites de tolerância fixados em razão da natureza e da intensidade do agente e do tempo de exposição aos seus efeitos (CLT, art. 189); para complementar a Lei, o Ministério do Trabalho baixou Portaria, com os limites de tolerância aos agentes agressivos, os meios de proteção e o tempo máximo de exposição do empregado a esses agentes (CLT, art. 190). (NASCIMENTO, 2011, p. 837)

Com efeito, a identificação da nocividade (agente), a indicação de sua natureza (físico, químico ou biológico) e das condições e métodos nocivos, bem como a fixação dos limites de tolerância incumbem, por previsão legal (art. 155, I, da CLT), ao Ministério do Trabalho e Previdência Social que, para tanto, aprovou a NR-15 da Portaria n. 3.214, de 8 de junho de 1978.

O adicional de insalubridade, portanto, é uma parcela suplementar do salário estabelecida em lei e que constitui espécie de salário condição, na medida em que o pagamento depende do exercício laboral em circunstâncias específicas, cuja permanência durante o contrato é imprevisível e incerta. O que significa dizer que tal parcela pode ser suprimida caso desaparecida a circunstância que a determinou.

A nomenclatura 'adicional' não é por acaso, já que quaisquer parcelas com a mesma designação consiste, no entender de Maurício Godinho Delgado, "em parcelas contraprestativas suplementares devidas ao empregado em virtude do exercício do trabalho em circunstâncias tipificadas mais gravosas." (DELGADO, 2019, p. 907).

Nesse diapasão, o adicional de insalubridade, como qualquer outro, detém natureza contraprestativa, em que se paga um acréscimo em razão do desgaste (agente insalubre) a que está exposto o trabalhador e, portanto, gera efeito expansionista circular quando existir habitualidade, refletindo no cálculo dos salários trezenos, férias com acréscimo do terço constitucional, FGTS e indenização de 40%, aviso-prévio e contribuições previdenciárias. Nesse sentido, inclusive, comunga o C. TST por meio da Súmula 139:

SUM-139 ADICIONAL DE INSALUBRIDADE (incorporada a Orientação Jurisprudencial nº 102 da SBDI-I) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005  
Enquanto percebido, o adicional de insalubridade integra a remuneração para todos os efeitos legais. (ex-OJ nº 102 da SBDI-I - inserida em 01.10.1997)

Por outro lado, não haverá repercussão sobre o descanso semanal remunerado,

já que o adicional de insalubridade, que detém periodicidade mensal, já embute o valor correspondente à referida parcela, consoante OJ 103 da SBDI-I/TST<sup>4</sup>.

A parcela em epígrafe se trata de um adicional legal abrangente, expressão cunhada por Maurício Godinho Delgado que quer significar que se aplica “a qualquer categoria de empregados, desde que situado o obreiro nas circunstâncias legalmente tipificadas.” (DELGADO, 2019, p. 908).

As atividades consideradas insalubres estão classificadas no quadro de atividades insalubres do Ministério do Trabalho e Previdência Social, como exige o art. 190 da CLT<sup>5</sup>, o qual fixa normas sobre os critérios de caracterização da insalubridade, os limites de tolerância aos agentes agressivos, meios de proteção e o tempo máximo de exposição do empregado a esses agentes.

A caracterização e classificação da insalubridade somente poderão ser realizadas por perícia a cargo de médico ou engenheiro do trabalho, na forma do art. 195, § 2º, da CLT<sup>6</sup>, não havendo qualquer distinção entre essas duas figuras, conforme OJ 165 da SBDI-I/TST, abaixo transcrita:

OJ-SDI1-165 PERÍCIA. ENGENHEIRO OU MÉDICO. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE. VÁLIDO. ART. 195 DA CLT (inserida em 26.03.1999)

O art. 195 da CLT não faz qualquer distinção entre o médico e o engenheiro para efeito de caracterização e classificação da insalubridade e periculosidade, bastando para a elaboração do laudo seja o profissional devidamente qualificado.

Isso quer significar que não basta a existência do agente nocivo no local de trabalho para que a parcela seja paga, sendo necessário que a nocividade seja reconhecida como insalubre pelo órgão governamental. Isso ocorre porque as causas geradoras do pagamento da parcela integram um rol taxativo de situações que não compreende outros fatores senão aqueles expressamente previstos em lei ou ato normativo delegado legalmente (art. 200, caput e inciso VI, da CLT). Nesse mesmo

---

4 “ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. REPOUSO SEMANAL E FERIADOS - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005. O adicional de insalubridade já remunera os dias de repouso semanal e feriados.”

5 “O Ministério do Trabalho aprovará o quadro das atividades e operações insalubres e adotará normas sobre os critérios de caracterização da insalubridade, os limites de tolerância aos agentes agressivos, meios de proteção e o tempo máximo de exposição do empregado a esses agentes.”

6 “Arguida em juízo insalubridade ou periculosidade, seja por empregado, seja por Sindicato em favor de grupo de associado, o juiz designará perito habilitado na forma deste artigo, e, onde não houver, requisitará perícia ao órgão competente do Ministério do Trabalho.”



sentido entende o E. STF, por meio da Súmula 460, bem como o C. TST, conforme item I de sua Súmula 448 e da OJ 173 da SBDI-I, abaixo transcritas:

Súmula 460. Para efeito do adicional de insalubridade, a perícia judicial, em reclamação trabalhista, não dispensa o enquadramento da atividade entre as insalubres, que é ato de competência do Ministro do Trabalho e Previdência Social.

SÚM-448 ATIVIDADE INSALUBRE. CARACTERIZAÇÃO. PREVISÃO NA NORMA REGULAMENTADORA Nº 15 DA PORTARIA DO MINISTÉRIO DO TRABALHO Nº 3.214/78. INSTALAÇÕES SANITÁRIAS. (conversão da Orientação Jurisprudencial nº 4 da SBDI-I com nova redação do item II) - Res. 194/2014, DEJT divulgado em 21, 22 e 23.05.2014.

I - Não basta a constatação da insalubridade por meio de laudo pericial para que o empregado tenha direito ao respectivo adicional, sendo necessária a classificação da atividade insalubre na relação oficial elaborada pelo Ministério do Trabalho.

OJ-SDI1-173 ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. ATIVIDADE A CÉU ABERTO. EXPOSIÇÃO AO SOL E AO CALOR (redação alterada na sessão do tribunal pleno realizada em 14.09.2012) – Res. 186/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012.

I – Ausente previsão legal, indevido o adicional de insalubridade ao trabalhador em atividade a céu aberto, por sujeição à radiação solar (art. 195 da CLT e Anexo 7 da NR 15 da Portaria Nº 3214/78 do MTE)

Nesse sentido, entoa Luciano Martinez:

Para caracterizar e classificar a insalubridade é necessária a atuação de perito Médico do Trabalho ou Engenheiro do Trabalho, registrados no Ministério do Trabalho (...). Esta caracterização e classificação (de acordo com os graus de nocividade) serão realizadas segundo as normas do referido órgão ministerial. O enquadramento é fundamental. Não basta que o perito entenda que há insalubridade; é necessário que o agente nocivo esteja previsto nas normas do MTE (MARTINEZ, 2020, p. 634).

Se, por acaso, o local de trabalho estiver desativado, o TST autoriza o juiz a utilizar outros meios de prova, consoante a OJ 278 da SBDI-I:

OJ-SDI1-278 ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. PERÍCIA. LOCAL DE TRABALHO DESATIVADO (DJ 11.08.2003) A realização de perícia é obrigatória para a verificação de insalubridade. Quando não for possível sua realização, como em caso de fechamento da empresa, poderá o julgador utilizar-se de outros meios de prova.

Ademais, não há falar em direito adquirido à percepção do adicional de

insalubridade, na medida em que a reclassificação ou descaracterização da insalubridade pela autoridade competente, bem como o efetivo uso de equipamento de proteção coletiva ou individual (EPI) que neutralize ou elimine o agente nocivo fornecido pelo empregador inviabilizam o pagamento da parcela, conforme Súmulas 80, 248 e 289 do C. TST, abaixo transcritas:

SUM-80 INSALUBRIDADE - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003

A eliminação da insalubridade mediante fornecimento de aparelhos protetores aprovados pelo órgão competente do Poder Executivo exclui a percepção do respectivo adicional.

SUM-248 ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. DIREITO ADQUIRIDO - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003

A reclassificação ou a descaracterização da insalubridade, por ato da autoridade competente, repercute na satisfação do respectivo adicional, sem ofensa a direito adquirido ou ao princípio da irredutibilidade salarial.

SUM-289 INSALUBRIDADE. ADICIONAL. FORNECIMENTO DO APARELHO DE PROTEÇÃO. EFEITO (mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003 O simples fornecimento do aparelho de proteção pelo empregador não o exime do pagamento do adicional de insalubridade. Cabe-lhe tomar as medidas que conduzam à diminuição ou eliminação da nocividade, entre as quais as relativas ao uso efetivo do equipamento pelo empregado

A crítica que se faz é que a solução adotada pelo ordenamento jurídico pátrio de monetizar o risco, ante a impossibilidade de abolição da atividade econômica, pagando adicional para compensar a exposição ao agente insalubre, implica na venda da saúde do trabalhador. A opção mais adequada, em contraponto, seria a redução da jornada de trabalho com maior período de descanso, decorrente do princípio ambiental da melhoria contínua ou do risco mínimo regressivo<sup>7</sup> (art. 7º, XXII, da CRFB<sup>8</sup>) ou, ainda, incentivar meios de produção que protejam a saúde e integridade física do trabalhador, como por exemplo, melhoria dos maquinários (art. 12 da Convenção 155 da OIT), fornecimento de equipamentos de proteção coletiva e individual que

---

7 Expressão cunhada por Sebastião Geraldo de Oliveira na obra: "Proteção jurídica à saúde do trabalhador. 6. ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 148."

8 "Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...) XXII - redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança."

neutralizem ou eliminem o agente insalubre (item 9.3.2 da NR-9 e item 15.4 da NR-15 da Portaria n. 3.214/78 do MTP). Em verdade, há uma tolerância social e jurídica do risco agravado do trabalhador em prol de um progresso socioeconômico que nem sempre beneficia quem por ele se arrisca de modo devido.

Um exemplo dessa crítica é exposta por Evanna Soares, quando leciona:

Chega-se ao absurdo de trocar a utilização de um equipamento de proteção individual por um acréscimo de 40%, 20% ou 10% sobre o salário mínimo, decorrente do adicional de insalubridade [...] Quando os trabalhadores vão a juízo reclamar contra as empresas descumpridoras das normas de saúde e segurança no trabalho, não costuma pedir a condenação do empregador à obrigação de fazer (fornecimento desse equipamento, ou uma providência que elimine o perigo de acidente grave nos serviços de eletricidade, por exemplo), mas, sim, o pagamento do adicional de insalubridade [...] Falta uma consciência acerca dos valores envolvidos – vida, saúde, integridade física e segurança do trabalhador – que não podem ser compensados por um adicional sobre o salário, ainda que fosse em montante expressivo, o que não é na realidade. (SOARES, 2004, p. 120)

Por fim, no que concerne à base de cálculo do adicional de insalubridade (art. 192 da CLT), a jurisprudência trabalhista prevalecente até 2008 entendia ser o salário-mínimo, em vista da interpretação literal do art. 192 da CLT (antiga OJ n. 2 da SDI-I do TST; antiga redação da Súmula 228, TST). Entrementes, com o advento da Súmula Vinculante n. 4 do STF<sup>9</sup>, editada em 30.04.2008, vedando a utilização do salário-mínimo como indexador de base de cálculo de vantagem de empregado, houve a necessidade de aplicar outra base de cálculo, qual seja, o salário básico, por incidência analógica do art. 193, § 1º, da CLT, o que foi adotado pelo C. TST no texto posterior da Súmula 228, aprovado em junho de 2008. Entretanto, o E. STF, por meio de medida liminar proferida pelo Min. Gilmar Mendes na Reclamação nº 6.266-0/DF, entendeu que prevalece, até o surgimento de lei federal específica ou norma coletiva, o próprio salário-mínimo como base de cálculo do adicional de insalubridade, suspendendo a aplicação da súmula referida porquanto permite a substituição do salário-mínimo pelo salário básico no cálculo do adicional de insalubridade sem base normativa, o que veio a ser sacramentado em 12.04.2018, quando o Min. Ricardo Lewandowski na Reclamação n. 6.275/SP, cassou

9 “Salvo nos casos previstos na Constituição, o salário mínimo não pode ser usado como indexador de base de cálculo de vantagem de servidor público ou de empregado, nem ser substituído por decisão judicial.”

em definitivo a referida súmula no que tange a esse contexto. As decisões do E. STF, em última análise, adotaram técnica decisória conhecida no direito constitucional alemão como 'declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia da nulidade', o que significa dizer que a norma, malgrado declarada inconstitucional, continua a reger as relações obrigacionais, em face da impossibilidade de o Poder Judiciário se sobrepor ao Legislativo para definir critério diverso para a regulação da matéria.

### **3. A PROFISSÃO DE CUIDADOR DE IDOSOS**

A necessidade de apoio e cuidado à saúde é uma das principais preocupações no contexto do envelhecimento populacional em qualquer sociedade.

Cuidado, nas palavras de Karla Cristiana Giacomini (2018) "refere-se a um conjunto de atividades específicas entrelaçadas em uma rede complexa de sustentação da vida que envolve o cuidar de si mesmo (autocuidado), o cuidar dos outros, a pessoa que cuida (cuidador) e a pessoa que é cuidada."

No Brasil não existe uma política nacional de cuidado ao idoso, malgrado o número de idosos na população brasileira esteja crescendo, bem como a expressa determinação do art. 230 da CRFB no sentido de que: "A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida".

Segundo dados do Estudo Longitudinal da Saúde dos Idosos Brasileiros (ELSI-Brasil), divulgados em outubro de 2018 pelo Ministério da Saúde<sup>10</sup>, atualmente, os idosos (pessoas acima de 60 anos) correspondem a 14,3% da população – o equivalente a 29,3 milhões de habitantes, ressaltando-se que destes, 70% possui, ao menos, uma doença crônica, o que evidencia a necessidade de cuidados. A previsão é de que em 2030, esse número deva ultrapassar o de crianças e adolescentes (de zero a 14 anos), com 43,2 milhões de idosos para 42,3 milhões do outro grupo. Ademais, conforme dados do IBGE divulgados em sua Projeção de População de 2018, a tendência é que o número da população idosa no Brasil cresça de 9,5% em 2018 para 21,8% até o ano de 2050.<sup>11</sup> E essa é uma tendência global, segundo a versão de 2006 do documento

---

10 Dados disponíveis em: <http://elsi.cpqrr.fiocruz.br/> Acesso em: 10.jan.2022

11 Pesquisa disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/populacao/9109-projecao->

“Previsões sobre a População Mundial”, do Departamento de Assuntos Econômicos e Sociais da ONU, já que o número de pessoas acima de 60 anos deve chegar a 22% da população mundial até 2050, o que equivale a 2 bilhões de pessoas.<sup>12</sup>

Cumprido salientar, ainda, que, conforme Maria Fernanda Lima-Costa *et al*, “6,5 milhões de brasileiros com 60 anos ou mais precisam de ajuda para realizar atividades de vida diária, 360 mil não conseguiram ajuda, embora precisem, e pelo menos 5,7 milhões de parentes ou amigos prestam atendimento informal (não pago) para idosos” (LIMA-COSTA *et al*, 2016, p. 137).

Todos esses números dimensionam o desafio a ser enfrentado pela sociedade brasileira para garantir o cuidado de longo prazo para os idosos em um contexto de crescente envelhecimento e redução do tamanho das famílias, o que enseja a diminuição da disponibilidade de cuidadores informais (não pagos).

Isso significa dizer que a necessidade de cuidador profissional responsável por auxiliar na saúde, na segurança e no bem-estar de pessoas da terceira idade só tende a crescer, isso somado ao fato de que os membros da própria família geralmente não têm o preparo necessário para se dedicarem de maneira adequada.

Não é demais lembrar que a profissão de cuidador de idosos é uma das mais promissoras do mercado na atualidade, mas ainda carece de regulamentação jurídica.

Segundo dados do Ministério do Trabalho e Previdência Social divulgados em 2018, na plataforma do CAGED, a profissão de cuidador de idosos foi a que mais cresceu nos últimos 10 anos, com crescimento de 547%, passando de 5.263 cuidadores em 2007 para 34.051 em 2017.<sup>13</sup>

É cediço que as tarefas do cuidador de idosos dependem do estilo de vida que o idoso tem e do estado de saúde que apresenta. O profissional que trabalha nesta área, normalmente, é responsável por ajudar na saúde, na segurança e cuidar do bem-estar do idoso, auxiliando-o no entretenimento (atividades de lazer), em sua higiene pessoal (banho, necessidades fisiológicas, troca de fraldas) ou ministração de medicamentos, punções, injeções, enemas, curativos, sondas ou, ainda, preparo de refeições e na limpeza do ambiente em que idoso vive.

.....  
da-populacao.html?=&t=resultados Acesso em: 10.jan.2022

12 Dados disponíveis em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/475558/noticia.htm?sequence=1&isAllowed=y> Acesso em: 10.jan.2022

13 Dados disponíveis em: <http://pdet.mte.gov.br/caged> Acesso em: 10.jan.2022

Tendo em vista que o cuidador não é uma profissão regulamentada no ordenamento jurídico não é possível apresentar de modo taxativo as atividades realizadas por este profissional. Entretanto, de modo geral, pode-se dizer que o cuidador tem como principal tarefa oferecer o suporte e cuidado necessário para que o idoso mantenha sua rotina de modo pleno e saudável.

O cuidador de idosos poderá atuar em casas de repouso, instituições de longa permanência, hospitais, bem como em residências, quando a prestação de serviços se dará como empregado doméstico neste último caso.

Há uma projeto de lei tramitando na Câmara dos Deputados (PL n. 4702/2012) e que já foi aprovado pelo Senado (PLS 284/2011) de autoria do Senador Waldemir Moka e que pretende regulamentar a profissão de cuidador de idoso, cuja tramitação aguarda a criação de Comissão Temporária pela Mesa da Câmara dos Deputados.

Convém registrar que o PLC n. 11/2016 do Senado Federal (PL n. 1385/2007 da Câmara dos Deputados) que tratava da regulamentação da profissão do cuidador de pessoas foi vetado pela Presidência da República, sob a justificativa de que criar condicionantes para a profissão de cuidador seria inconstitucional, porque restringiria o livre exercício profissional garantido no art. 5º, XIII, da CRFB<sup>14</sup>. Registra-se que o veto foi mantido pelo Congresso Nacional.

Entrementes, o Ministério do Trabalho e Previdência Social classificou a profissão no Código Brasileiro de Ocupações (CBO) de n. 5162-10 (acompanhante de idosos, cuidador de pessoas idosas e dependentes, cuidador de idosos domiciliar, cuidador de idosos institucional, gero-sitter), descrevendo as atividades como: "Cuidam de [...] idosos, a partir de objetivos estabelecidos por instituições especializadas ou responsáveis diretos, zelando pelo bem-estar, saúde, alimentação, higiene pessoal, educação, cultura, recreação e lazer da pessoa assistida".<sup>15</sup>

Da mesma forma, a Resolução RDC n. 502/2021 da ANVISA conceitua no art. 3º, I, o cuidador de idoso como sendo a pessoa capacitada para auxiliar o idoso que

---

14 "A propositura legislativa ao disciplinar a profissão de cuidador de idoso, com a imposição de requisitos e condicionantes, ofende direito fundamental previsto no art. 5º, XIII da Constituição da República, por restringir o livre exercício profissional a ponto de atingir seu núcleo essencial, nos termos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (v. g. RE 414.426, Rel. Min. Ellen Gracie, Plenário, julgado em 1º de agosto de 2011)." Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7977840&ts=1594382987978&disposition=inline>. Acesso em: 10.jan.2022

15 Disponível em: <http://www.mteco.gov.br/cbosite/pages/pesquisas/ResultadoOcupacaoMovimentacao.jsf>. Acesso em: 10.jan.2022

apresenta limitações para realizar atividades da vida diária.

Com o inevitável envelhecimento da população, a necessidade desse tipo de profissional é premente, o que exige profissionalismo, serenidade, sensibilidade e conhecimento por parte das pessoas que desejam desempenhar a atividade de cuidador de idosos, já que a senescência é, na maioria das vezes, acompanhada de limitações funcionais, fragilidades, propensão a senilidade, perda de visão e audição, entre outros.

Aliás, a regulamentação da profissão, com exigência de cursos e treinamentos multidisciplinares que envolvam legislação, psicologia, nutrição e enfermagem pode contribuir para eliminar ou reduzir o despreparo de cuidadores ou a contratação de profissional com perfil inadequado para esse tipo de trabalho.

Não é demais lembrar que as pessoas atravessam a senescência de modo diverso, não se podendo exigir dos idosos que tenham a mesma higidez de saúde, humor e disposição, o que, invariavelmente, reflete no modo de ver e de interagir com os outros.

Atualmente existem cursos profissionalizante que duram cerca de três meses que auxiliam no preparo do profissional para as idiossincrasias da terceira idade, mas não se pode falar que tais cursos fornecem uma habilitação profissional, na medida em que, como dito, a profissão ainda não é regulamentada.

#### **4. A INSALUBRIDADE NA ATIVIDADE DE CUIDADOR DE IDOSO**

Controvertida na jurisprudência a existência do direito ao adicional de insalubridade na atividade de cuidador de idoso.

Em verdade, tudo depende da análise do ambiente em que o cuidador presta o serviço para o correto enquadramento, já que a própria atividade do profissional não costuma diferenciar.

Em se tratando de cuidador que labora em ambiente residencial, a questão é menos tormentosa, diante do silêncio peremptório do art. 7º, parágrafo único, da CRFB, que não previu o adicional de insalubridade ao doméstico, como se vê:

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

Parágrafo único. São assegurados à categoria dos trabalhadores domésticos, os direitos previstos nos incisos IV, VII, VIII, X, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XXI, XXII,



XXIV, XXX, XXXI e XXXIII e, atendidas as condições estabelecidas em lei e observada a simplificação do cumprimento das obrigações tributárias, principais e acessórias, decorrentes da relação de trabalho e suas peculiaridades, os previstos nos incisos I, II, III, IX, XII, XXV, e XXVIII, bem como a sua integração à previdência social.”

Nessa ótica, elucidativa é a interpretação de Luciano Martinez, para quem:

Os domésticos não foram destinatários do direito social constante do inciso XXIII do art. 7º do texto constitucional brasileiro. Perceba-se que o mencionado inciso — que garante o direito de adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei — não consta do parágrafo único do referido art. 7º da Constituição. A despeito disso, garante-se às trabalhadoras do lar o direito fundamental à redução dos riscos inerentes ao trabalho. Verifica-se, portanto, situação em que se nega, por omissão, apenas a monetização do risco, mas não a proteção contra ele. (MARTINEZ, 2020, p. 381)

Convém ponderar que o C. TST já se manifestou no sentido de que a atividade de cuidador de idoso não resta inserida no Anexo 14 da NR-15 da Portaria n. 3.214/78, o que afastaria o direito, nos moldes do art. 190 da CLT, Súmula 460 do E. STF e da Súmula 448, I, da Máxima Corte Trabalhista, como se vê dos seguintes julgados:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. INTERPOSIÇÃO NA VIGÊNCIA DAS LEIS 13.015/2014, 13.105/2015 E DA IN Nº 40 TST, MAS ANTERIOR À LEI 13.467/2017. DIFERENÇAS DE ADICIONAL DE INSALUBRIDADE - ATIVIDADE NÃO CLASSIFICADA COMO INSALUBRE PELO MINISTÉRIO DO TRABALHO - CUIDADOR DE IDOSOS. Ante a razoabilidade da tese de contrariedade à Súmula/TST nº 448, I e II, recomendável o processamento do recurso de revista, para exame da matéria veiculada em suas razões. Agravo de instrumento conhecido e provido. RECURSO DE REVISTA. INTERPOSIÇÃO NA VIGÊNCIA DAS LEIS 13.015/2014, 13.105/2015 E IN Nº 40 TST, MAS ANTERIOR À LEI 13.467/2017. DIFERENÇAS DE ADICIONAL DE INSALUBRIDADE - ATIVIDADE NÃO CLASSIFICADA COMO INSALUBRE PELO MINISTÉRIO DO TRABALHO - CUIDADOR DE IDOSOS. A limpeza e coleta de lixo dos quartos e banheiros utilizados por cerca de 10 idosos, caso dos autos, não justifica a condenação da reclamada ao pagamento do adicional de insalubridade em grau máximo, na medida em que tal situação não pode ser equiparada à higienização de instalação sanitária de uso público ou coletivo de grande circulação, aludida na Súmula/TST nº 448, item II. E, em relação às atividades de higienização pessoal e troca de fraldas, a jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que tais atividades não ensejam a percepção do adicional de insalubridade, por ausência de previsão na relação oficial elaborada pelo Ministério do Trabalho, incidindo, na hipótese os termos do item I da Súmula/TST nº 448. Recurso de revista conhecido

e provido” (RR-20717-49.2015.5.04.0332, 7ª Turma, Relator Ministro Renato de Lacerda Paiva, DEJT 04/12/2020).

A) AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. SUMARÍSSIMO. DIFERENÇAS DO ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. O agravo de instrumento, no aspecto, merece provimento, com conseqüente processamento do recurso de revista, haja vista que a reclamada logrou demonstrar a possível contrariedade à Súmula nº 448, I, do TST. Agravo de instrumento conhecido e provido. B) RECURSO DE REVISTA. SUMARÍSSIMO. DIFERENÇAS DO ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. Consoante se depreende da decisão recorrida, o Regional dirimiu a controvérsia relativa às diferenças do adicional de insalubridade em desconformidade com o laudo pericial técnico, o qual constatou divergência no depoimento das partes no que diz respeito às atividades de limpeza dos banheiros e passagem de sonda nasal. Por outro lado, em relação às demais atividades da reclamante (higienização de pacientes adultos, com troca de fraldas contendo fezes e urina), ao contrário do entendimento proferido, elas não podem ser equiparadas àquelas descritas no Anexo 14 da Norma Regulamentar 15 do Ministério do Trabalho a fim de caracterizar a insalubridade em grau máximo. Recurso de revista conhecido e provido. (RR-21175-09.2017.5.04.0005, 8ª Turma, Relatora Ministra Dora Maria da Costa, DEJT 11/10/2019).

Nesse sentido, o fato de o cuidador lavar ou trocar fraldas de idosos, dar-lhes banho, manusear objeto de uso pessoal não esterilizado ou mesmo ministrarlhes medicamentos, punções, injeções ou, ainda, que sejam portadores de doenças infectocontagiosas não enseja insalubridade para o Colendo TST, já que o labor é sempre feito em ambiente assistencial e não em estabelecimento destinado ao cuidado da saúde humana, como hospitais ou ambulatórios, como exige o Anexo 14 da NR-15 da Portaria n. 3.214/78 do Ministério do Trabalho e Previdência Social.

Todavia, instar analisar o que trata expressamente o Anexo 14 da NR-15 da Portaria n. 3.214/78 do MTP:

Relação das atividades que envolvem agentes biológicos, cuja insalubridade é caracterizada pela avaliação qualitativa.

Insalubridade de grau máximo. Trabalho ou operações, em contato permanente com:

- paciente em isolamento por doenças infectocontagiosas, bem como objetos de seu uso, não previamente esterilizados;
- carnes, glândulas, vísceras, sangue, ossos, couros, pelos e dejeções de animais portadores de doenças de animais portadores de doenças infectocontagiosas (carbunculose, brucelose, tuberculose);
- esgotos (galerias e tanques); e

- lixo urbano (coleta e industrialização).
- Insalubridade em grau médio. Trabalho ou operações em contato permanente com pacientes, animais ou com material infectocontagante, em:
  - hospitais, serviços de emergência, enfermarias, ambulatórios, postos de vacinação e outros estabelecimentos destinados aos cuidados da saúde humana (aplica-se unicamente ao pessoal que tenha contato com os pacientes, bem como aos que manuseiam objetos de uso desses pacientes, não previamente esterilizados);
  - hospitais, ambulatórios, postos de vacinação e outros estabelecimentos destinados ao atendimento e tratamento de animais (aplica-se apenas ao pessoal que tenha contato com tais animais);
  - contato em laboratórios, com animais destinados ao preparo de soro, vacinas e outros produtos;
  - laboratórios de análise clínica e histopatologia (aplica-se tão só ao pessoal técnico);
  - gabinetes de autópsias, de anatomia e histoanatomopatologia (aplica-se somente ao pessoal técnico);
  - cemitérios (exumação de corpos);
  - estábulos e cavalariças; e
  - resíduos de animais deteriorados.

Extrai-se da norma encimada que o adicional de insalubridade é devido quando houver contato com pacientes em isolamento por doenças infectocontagiosas, bem como objetos de seu uso, não previamente esterilizados, bem assim contato com pacientes ou com material infectocontagante em hospitais, serviços de emergência, enfermarias, ambulatórios, postos de vacinação e outros estabelecimentos destinados aos cuidados da saúde humana.

Cabe ponderar que as entidades de atendimento ao idoso governamentais e não-governamentais são reguladas pelo Estatuto do Idoso (Lei n. 10.741/2003) nos arts. 48 a 51 e devem observar vários requisitos e obrigações como, por exemplo, oferecer instalações físicas em condições adequadas de habitabilidade, higiene, salubridade e segurança; atendimento personalizado ao idoso; fornecer vestuário adequado, se for pública, e alimentação suficiente; promover atividades educacionais, esportivas, culturais e de lazer, comunicar à autoridade competente de saúde toda ocorrência de idoso portador de doenças infectocontagiosas, bem como proporcionar cuidados à saúde, conforme a necessidade do idoso, entre outros.

Nesse sentido, essas entidades, que podem ser instituição de longa permanência ou casa de repouso, não deixam de ser estabelecimentos destinados ao cuidado da saúde humana, visto que visam ao bem-estar holístico dos idosos, seja físico

seja emocional (mental e social), não se tratando de mera hospedagem ou assistência, podendo, por previsão legal, proporcionar cuidado à saúde e acolher, porventura, idoso com doença infectocontagiosa.

E caso o cuidador tenha contato com idoso portador de doença infectocontagiosa ou tenha contato com material infectocontagioso oriundo da atividade de higienização e cuidado dos idosos (secreções, urina, fezes, sangue), não há razão para alijá-lo do enquadramento no Anexo 14 da NR-15 da Portaria n. 3.214/78, pois presente o risco biológico potencial de aquisição de moléstias parasitárias e infectocontagiosas.

Não é demais recordar que essa exposição a risco biológico potencial por presunção resta pacificada, por exemplo, pela jurisprudência da Colenda Corte Trabalhista quando aplica o item II da Súmula 448 de modo a interpretar extensivamente o conceito de esgoto e lixo urbano nos casos de higienização de instalações sanitárias de uso público ou coletivo de grande circulação, e a respectiva coleta de lixo. *Ad argumentadum tantum*, se o cuidador higienizar o ambiente dos idosos, mormente os banheiros, com retirada de lixo, em lares coletivos de idosos que acolhem grande número de pessoas, restar-se-á caracterizada a insalubridade, nos moldes do referido enunciado, por ser tratar de limpeza de resíduos e dejetos humanos compatível com esgoto e lixo urbano, por interpretação extensiva.

Reforça-se que o cuidado com a saúde é, em regra, não só para tratar doença ou reabilitar, mas também para prevenir e evitar moléstias, representando um esforço para manutenção do pleno estado de equilíbrio entre a pessoa e o ambiente. Sebastião Geraldo de Oliveira, citando o documento de constituição da Organização Mundial de Saúde (OMS), de 1946, assevera a existência de “uma concepção positiva e progressiva de saúde: ‘A saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não somente a ausência de doença ou enfermidade’.” (2011, p. 124). No mesmo sentido é o artigo 3, “e” da Convenção n. 155 da OIT, quando conceitua “o termo ‘saúde’, com relação ao trabalho, abrange não só a ausência de afecção ou de doença, mas também os elementos físicos e mentais que afetam a saúde e estão diretamente relacionados com a segurança e a higiene no trabalho”.

Além disso, a Lei n. 8.080/1990 (Lei Orgânica da Saúde) estabelece essa visão holística de saúde no ordenamento jurídico pátrio, prevendo no art. 3º que a saúde “tem como fatores determinantes e condicionantes, entre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, o transporte,

o lazer e acesso aos bens e serviços essenciais.”

Nas palavras de Sebastião Geraldo de Oliveira:

Etimologicamente a palavra “saúde” se originou do latim (*salus-utis*), significando “estado de são” e ainda “salvação”. Normalmente, os dicionários apresentam a saúde com os sentidos de estado de sanidade dos seres vivos, estado do que é são ou sadio, ou regularidade das funções orgânicas, físicas ou mentais. (OLIVEIRA, 2011, p. 124).

Por esta ótica, estabelecimento de cuidado da saúde humana não pode ser confundido com ambiente de cuidado de doença humana. Ainda que assim não fosse, a senescência é normalmente acompanhada de enfermidades crônicas, como diabetes, pressão alta, perda auditiva, catarata, demência, infecção urinária, infecção respiratória, osteoporose, osteoartrose, doenças cardiovasculares, doenças degenerativas e, eventualmente, doenças infectocontagiosas como tuberculose e pneumonia viral, para as quais o profissional que atende a esse público (cuidador, muitas vezes realizando funções de técnico de enfermagem ou sendo formado para tanto) deve ter preparo e qualificação.

A CNAE – classificação nacional de atividades econômicas inclui as clínicas e residências geriátricas ou casas de repouso (CNAE 8711-5/01) e as instituições de longa permanência para idosos ou asilos ou abrigos ou lares de idosos (CNAE 8711-5/02) na seção de saúde humana e serviços sociais, na divisão 87, que trata de atividades de atenção à saúde humana integrada com assistência social prestadas em residências coletivas ou particulares, diferenciando-os de modo a qualificar o primeiro grupo como espécie de internato de caráter não residencial ou assistencial, sendo especializado para oferecer amparo especial a idosos que não detêm condições de saúde, caracterizando estes como pacientes e não meros residentes, exigindo, além disso, presença constante de profissionais habilitados na área de saúde para prestarem atendimento médico aos idosos; ao passo que o segundo grupo é incumbido do exercício de atividade de caráter assistencial a idosos, devendo ser equipado para atender necessidades básicas de alojamento, alimentação, higiene e lazer, podendo oferecer cuidados médicos esporádicos, observando que a Resolução RDC n. 502, de 27/05/2021, da ANVISA em seu art. 3º, VI, classifica esse último grupo como de caráter residencial, mas que não pode ser confundido com ambiente doméstico para fins de

aplicação do art. 7º, parágrafo único, da CRFB, já que não se amolda ao disposto na LC n. 150/2015.

De qualquer forma, ainda que se trate de instituições distintas, ambas estão enquadradas como entidades destinadas ao cuidado da saúde humana, conforme divisão e seção estabelecidas na CNAE acima mencionada, bem como o Estatuto do Idoso, no art. 50, VIII, estabelece que as entidades de atendimento ao idoso proporcionem cuidados à saúde, conforme a necessidade do idoso.

Ademais, a higienização de idosos (troca de fraldas, banhos, etc.,) e a ministração de cuidados terapêuticos (punções, injeções, enemas, curativos, sondas), mormente aos acamados e doentes, que necessitam de maiores cuidados, expõe o cuidador a agentes nocivos à sua saúde, como sangue, urina, secreções e excrementos, capazes de transmitir as mais variadas patologias. E ainda que utilize EPIs, como luvas, estas não são passíveis de elidir os agentes biológicos causadores da insalubridade, pois estes os contaminam, transformando estas em fontes de contágio, não evitando, outrossim, o contágio por outras vias, como as aéreas.

Nesses moldes, o cuidador que labora em lar de idosos trabalha em estabelecimento que tem por escopo o cuidado da saúde humana, razão pela qual ao ter contato com pacientes (i.e, os idosos que vivem nessas instituições) com doença infectocontagiosa ou mesmo estar exposto a material biológico potencialmente nocivo proveniente da higienização e cuidado terapêutico dos idosos, como sangue, urina e fezes, faz jus ao enquadramento como atividade insalubre previsto no anexo 14 da NR-15 da Portaria n. 3.214/78 do MTP.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O adicional de insalubridade, constante do rol do art. 7º da CRFB, representa a monetização do risco, na medida em que expõe o trabalhador não doméstico a agente nocivo a sua saúde mediante uma contraprestação remuneratória, desde que haja enquadramento da atividade na específica regulamentação do Ministério do Trabalho e Previdência Social (NR-15 da Portaria n. 3.214/78).

O cuidador de idoso, malgrado a profissão não esteja devidamente regulamentada em nosso país, é profissional cujo labor é cada vez mais necessário numa sociedade que envelhece de forma acelerada, podendo eventual e premente regulamentação jurídica

estabelecer balizas importantes a esse profissional, que presta serviço em ambiente residencial ou de cuidado à saúde humana, como casas de repouso ou instituição de longa permanência.

O adicional de insalubridade deve ser pago ao cuidador de idoso, não doméstico, sempre que houver exposição a agente insalubre, na medida em que sua atividade se enquadra ao disposto no anexo 14 da NR-15 da Portaria n. 3.214/78.

## Referências

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Presidência da República, [2021]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.html](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.html). Acesso em: 21 dez. 2021.

\_\_\_\_\_. **Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del5452.html](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.html). Acesso em: 20 dez. 2021.

\_\_\_\_\_. **Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981**. Lei de Política do Meio Ambiente. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6938.html](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6938.html). Acesso em: 11 jan. 2022.

\_\_\_\_\_. **Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990**. Lei Orgânica da Saúde. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm). Acesso em: 10 jan. 2022.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm). Acesso em: 21 dez. 2021.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 10.741, 1º de outubro de 2003**. Estatuto do Idoso. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2003/l10.741.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.741.htm). Acesso em: 10 jan. 2022.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm). Acesso



em: 23 dez. 2021.

\_\_\_\_\_. Ministério da Saúde. ANVISA – Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Resolução **RDC n. 502, de 27 de maio de 2021**. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-rdc-n-502-de-27-de-maio-de-2021-323003775>. Acesso em: 10 jan. 2022

\_\_\_\_\_. Ministério do Trabalho. **Portaria nº 3.214, 08 de junho de 1978**. NR 15 – Atividades e Operações Insalubres. Disponível em: <http://www.guiatrabalhista.com.br/legislacao/nr/nr15.htm>. Acesso em: 28 dez. 2021.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal [STF]. **Súmula 460**. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=3124>. Acesso em: 10 jan. 2022.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior do Trabalho. Seção Especial de Dissídios Individual I. [SBDI-I]. **Orientação Jurisprudencial n. 103**. PERÍCIA. ENGENHEIRO OU MÉDICO. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE. VÁLIDO. ART. 195 DA CLT (inserida em 26.03.1999). Disponível em: [https://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/OJ\\_SDI\\_1/n\\_s1\\_161.htm](https://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/OJ_SDI_1/n_s1_161.htm). Acesso em: 23 dez. 2021.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior do Trabalho. Seção Especial de Dissídios Individual I. [SBDI-I]. **Orientação Jurisprudencial n. 165**. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. REPOUSO SEMANAL E FERIADOS (nova redação) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005. Disponível em: [https://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/OJ\\_SDI\\_1/n\\_s1\\_101.htm](https://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/OJ_SDI_1/n_s1_101.htm). Acesso em: 10 jan. 2021.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior do Trabalho. Seção Especial de Dissídios Individual I. [SBDI-I]. **Orientação Jurisprudencial n. 173**. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. ATIVIDADE A CÉU ABERTO. EXPOSIÇÃO AO SOL E AO CALOR (redação alterada na sessão do tribunal pleno realizada em 14.09.2012) – Res. 186/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012. Disponível em: [https://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/OJ\\_SDI\\_1/n\\_s1\\_161.htm](https://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/OJ_SDI_1/n_s1_161.htm). Acesso em: 23 dez. 2021.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior do Trabalho. Seção Especial de Dissídios Individual I. [SBDI-I]. **Orientação Jurisprudencial n. 278.** ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. PERÍCIA. LOCAL DE TRABALHO DESATIVADO (DJ 11.08.2003). Disponível em: [https://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/OJ\\_SDI\\_1/n\\_s1\\_261.htm#TEMA278](https://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/OJ_SDI_1/n_s1_261.htm#TEMA278). Acesso em: 23 dez. 2021.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula n. 47.** INSALUBRIDADE- Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003 . Disponível em: [https://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas\\_com\\_indice/Sumulas\\_Ind\\_001\\_100.html](https://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_001_100.html). Acesso em: 27 dez. 2021.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula n. 80.** INSALUBRIDADE - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003. Disponível em: [https://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas\\_com\\_indice/Sumulas\\_Ind\\_051\\_100.html](https://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_051_100.html). Acesso em: 28 dez. 2021.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula n. 139.** ADICIONAL DE INSALUBRIDADE (incorporada a Orientação Jurisprudencial nº 102 da SBDI-I) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005. Disponível em: [https://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas\\_com\\_indice/Sumulas\\_Ind\\_101\\_150.html](https://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_101_150.html). Acesso em: 27 dez. 2021.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula n. 248.** ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. DIREITO ADQUIRIDO - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003. Disponível em: [https://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas\\_com\\_indice/Sumulas\\_Ind\\_201\\_250.html](https://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_201_250.html). Acesso em: 10 jan. 2021.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula n. 289.** INSALUBRIDADE. ADICIONAL. FORNECIMENTO DO APARELHO DE PROTEÇÃO. EFEITO (mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.200. Disponível em: [https://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas\\_com\\_indice/Sumulas\\_Ind\\_251\\_300.html](https://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_251_300.html). Acesso em: 28 dez. 2021.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula n. 448.** ATIVIDADE INSALUBRE. CARACTERIZAÇÃO. PREVISÃO NA NORMA REGULAMENTADORA Nº 15 DA PORTARIA DO MINISTÉRIO DO TRABALHO Nº 3.214/78. INSTALAÇÕES SANITÁRIAS. (conversão da Orientação Jurisprudencial nº 4 da SBDI-I com nova redação do item II) - Res. 194/2014, DEJT divulgado em 21, 22 e 23.05.2014. Disponível em: [https://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas\\_com\\_indice/Sumulas\\_Ind\\_448\\_448.html](https://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_448_448.html).

---

[jus.br/jurisprudencia/Sumulas\\_com\\_indice/Sumulas\\_Ind\\_401\\_450.html](http://jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_401_450.html). Acesso em: 27 dez. 2021.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior do Trabalho. **RR-20717-49.2015.5.04.0332**, 7ª Turma, Relator Ministro Renato de Lacerda Paiva, DEJT04/12/2020. Disponível em: <http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/resumoForm.do?consulta=1&numeroInt=10704&anoInt=2018>. Acesso em: 26 dez. 2021.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior do Trabalho. **RR-21175-09.2017.5.04.0005**, 8ª Turma, Relatora Ministra Dora Maria da Costa, DEJT 11/10/2019. Disponível em: <https://jurisprudencia-backend.tst.jus.br/rest/documentos/438786d27b8f1b60aa5bd439ab494e01>. Acesso em: 26 dez. 2021.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**: obra revista e atualizada conforme a lei da reforma trabalhista e inovações normativas e jurisprudenciais posteriores. 18. ed. São Paulo: LTr, 2019.

GIACOMIN, Karla Cristina et al. **Care and functional disabilities in daily activities – ELSI-Brazil**. In: Rev Saude Publica 2018; 52 Suppl 2:9s. Disponível em: <https://doi.org/10.11606/S1518-8787.2018052000650>. Acesso em 10 jan. 2022.

LIMA-COSTA, Maria Fernanda *et al.* **Desigualdades socioeconômicas nas atividades de limitações diárias de vida e na prestação de cuidados informais e formais para idosos não institucionais: Pesquisa Nacional de Saúde**, 2013. In: Int J Equity Health. 2016, Nov 17, p.137.

MARTNEZ, Luciano. **Curso de direito do trabalho**. 11. ed. São Paulo: Saraiva. Educação, 2020.

MELO, Raimundo Simão de. **Direito ambiental do trabalho e saúde do trabalhador**. 5 ed. São Paulo: LTr, 2013.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho: história e teoria geral**

**do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho.** 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. **Proteção jurídica à saúde do trabalhador.** 6. ed. rev. e atual. São Paulo: LTr, 2011.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). **Convenção n. 148:** Contaminação do ar, ruído e vibrações. Aprovada na 63ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho (Genebra — 1977). Disponível em: [https://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS\\_236121/lang-pt/index.htm](https://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_236121/lang-pt/index.htm). Acesso em: 27 dez. 2021.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). **Convenção n. 155:** Segurança e saúde dos trabalhadores e o meio ambiente do trabalho. Aprovada na 67ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho (Genebra — 1981). Disponível em: [https://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS\\_236163/lang-pt/index.html](https://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_236163/lang-pt/index.html). Acesso em: 27 dez. 2021.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). **Convenção n. 161:** Serviços de saúde do trabalho. Aprovada na 71ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho (Genebra — 1985). Disponível em: [https://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS\\_236240/lang-pt/index.html](https://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_236240/lang-pt/index.html). Acesso em: 27 dez. 2021.

SALIBA, Tuffi Messias; CORRÊA, Márcia Chaves. **Insalubridade e periculosidade.** 7. ed. São Paulo: LTr, 2004.

SOARES, Evanna. **Ação ambiental trabalhista: uma proposta de defesa judicial do direito humano ao meio ambiente do trabalho no Brasil.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris. 2004.

---

## **SOBRE A BASE DE CÁLCULO DO ADICIONAL DE INSALUBRIDADE, À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: COMPLEXIFICAÇÕES QUE PRECARIZAM**

**Guilherme Guimarães Feliciano  
Claudirene Andrade Ribeiro**

### **RESUMO**

O artigo analisa criticamente o teor da Súmula Vinculante 4 do Supremo Tribunal Federal – pela qual o salário mínimo legal não pode servir como indexador de base de cálculo de vantagem de servidor público ou empregado ou ser substituído por decisão judicial – e a jurisprudência que a baseou e que dela derivou, com especial referência às decisões proferidas no RE 565.714/SP e nas Reclamações 6.266, 6.277, 6275 e 8.436. Ao ensejo dessa jurisprudência, o STF lançou mão da técnica da declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade para cassar os efeitos da Súmula 228 do TST, que, à vista da referida SV 4, havia estipulado que a base de cálculo do adicional de insalubridade deveria ser o salário básico do trabalhador, por óbvia integração analógica estribada na hipótese do adicional de periculosidade (excetuadas as condições mais benéficas fixadas em instrumento normativo da categoria). Conclui-se que as decisões adotadas pela Suprema Corte não foram as mais adequadas para o fim de conferir máxima eficácia à norma-princípio da interpretação mais favorável (“*in dubio pro operario*”), que deriva do *caput* do art. 7º da Constituição, nem tampouco ao princípio “*pro homine*”, curial para a hermenêutica em direitos humanos fundamentais. Ademais, ignorou-se o recurso à analogia, autorizado pelo art. 8º, *caput*, da CLT e

---

Guilherme Guimarães Feliciano

Professor Associado II do Departamento de Direito do Trabalho e da Seguridade Social da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Juiz Titular da 1ª Vara do Trabalho de Taubaté – SP. Livre-Docente em Direito do Trabalho e Doutor em Direito Penal pela FDUSP. Doutor em Ciências Jurídicas pela Faculdade de Direito de Lisboa.

Claudirene Andrade Ribeiro

Doutoranda em Direito do Trabalho e Seguridade Social-USP/SP. Mestre em direito agroambiental e em Educação pela UFMT. Especialista em Direito do Trabalho pela PUC/SP. Graduada em Direito e em Geografia, também pela UFMT. Docente na área jurídica. Atualmente é juíza do trabalho titular da 2ª VT de Tangará da Serra - MT.  
E-mail: claudireneribeiro@yahoo.com.br

pelo art. 4º da LINDB, a despeito de haver indiscutível lacuna legislativa, a partir da edição da SV 4, e de subsistir norma celetista com objetivo semelhante ao do art. 192 (cuja base de cálculo foi declarada inconstitucional), no subsequente art. 193 da CLT. Demonstra-se, ademais, que, havendo salário profissional para a categoria, fixado por lei, como nos casos de técnicos em radiologia, médicos e engenheiros, tal base remuneratória deve ser necessariamente utilizada como base de cálculo do adicional de insalubridade, sem qualquer ofensa à “*ratio*” da SV 4.

**PALAVRAS-CHAVES:** 1. Adicional de insalubridade. 2. Base de cálculo. 3. Súmula Vinculante 4 do Supremo Tribunal Federal. 4. Súmula 228 do Tribunal Superior do Trabalho. 5. Declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade. 6. Analogia.

## **ABSTRACT**

This article critically analyzes Brazilian Federal Supreme Court’s Binding Precedent 4 - which declares legal minimum wage cannot serve as an index for calculating the advantage of a civil servant or employee or be replaced by a judicial decision - and the jurisprudence used to base it and derived from it, specially referring decisions that have been issued in RE 565,714 / SP and in Claims 6,266, 6,277, 6,275 and 8,436. Inspired by this jurisprudence, the Supreme Court has used a technique called “declaration of unconstitutionality without pronouncing nullity” to remove the effects of Superior Labor Court’s Precedent 228, which, preserving Biding Precedent 4, has stipulated the basis for calculating dirty-work bonus should be worker’s basic wage, due to obvious analogical integration based on the hypothesis of bonus for dangerous work (except most beneficial conditions set out in collective agreements). Decisions adopted by Brazilian Federal Supreme Court were not the most appropriate to give maximum efficiency to the principle of the most favorable interpretation (“*in dubio pro operario*”), which derives from article 7 of the Brazilian Federal Constitution, nor the “*pro homine*” principle, which is fundamental for hermeneutics in fundamental human rights. Furthermore, the use of analogy, authorized by article 8 of CLT (Consolidation of Labor Acts) and by article 4 of LINDB (Introduction of Brazilian Rules Act), was ignored, despite the fact there is an indisputable legislative gap after the edition of Binding Precedent 4, and there is a legal rule with an objective similar to that of article 192 (whose calculation basis was declared unconstitutional), in the subsequent art. 193 of CLT. On the other hand, it is demonstrated that, if there is a professional salary for the professional category, fixed by legal act, as in the cases of radiology technicians,

doctors and engineers, such remuneration base must necessarily be used as basis for calculating dirty-work bonus, without offending the “ratio” of Binding Precedent 4.

**KEY WORDS:** 1. Dirty-work bonus. 2. Calculation basis. 3. Binding Precedent 4 of Brazilian Federal Supreme Court. 4. Precedent 228 of Superior Labor Court. 5. Declaration of unconstitutionality without pronouncement of nullity. 6. Analogy.

## **SUMÁRIO:**

### **Introdução**

**1 Pressupostos do debate: o artigo 192 da CLT, a Súmula Vinculante n. 4 do STF, a lacuna do sistema legislativo e a Súmula 288 do TST**

**2 As reclamações em face da Súmula 228 do TST e a lógica subjacente à decisão do STF**

**3 Aplicação desalário profissional, salário normativo ou piso salarial como base do adicional de insalubridade**

### **Conclusão**

## **INTRODUÇÃO**

O presente artigo discute a questão da base de cálculo do adicional de insalubridade à vista da Súmula Vinculante 4 do Supremo Tribunal Federal, que proíbe a utilização do salário mínimo como base de cálculo de vantagem, e bem assim à luz da decisão proferida na Reclamação 6.266, ajuizada pela Confederação Nacional da Indústria, como também das Reclamações 6.277, 6.275 e 8.436 a ela apensadas, em face da Súmula 228 do Tribunal Superior do Trabalho. A SV 4, como se sabe, proibiu a utilização do salário mínimo como indexador da economia; e, a partir dessa tese, a Súmula 228 do C. TST consolidou o entendimento de que, no cálculo do adicional de insalubridade, o salário mínimo poderia ser substituído pelo salário básico do salário do trabalhador, salvo critério mais vantajoso estabelecido em norma coletiva como base de cálculo do adicional de insalubridade. Recorria-se à analogia, por ausência de base normativa para esse cálculo, a partir do reconhecimento da não recepção do art. 192 da CLT, quanto à base de cálculo do adicional. Essa tese, porém, foi desautorizada pelas sucessivas reclamações constitucionais referenciadas.



Para tal estudo, lança-se mão de pesquisa doutrinária acerca dos objetivos do pagamento do adicional de insalubridade e de periculosidade e de levantamento e análise crítica – ainda que breve – das principais decisões do STF que levaram à fixação da Súmula Vinculante 4, como também das reclamações que resultaram na suspensão e posterior cassação da Súmula 228 do TST. E, nesse enalço, o texto divide-se em três partes.

Na primeira parte, levantam-se os pressupostos do debate e apontam-se os fundamentos do pagamento do adicional de insalubridade e de periculosidade, assim como os seus pontos de contato. Apresenta-se, ademais, o conteúdo da Súmula Vinculante 4 do STF e da Súmula 228 do TST, em primeira aproximação crítica.

Na segunda parte, resgatam-se as reclamações ajuizadas em face da Súmula 228 do TST e as decisões proferidas nesse ensejo, como também no Recurso Extraordinário 565.714/SP.

Na derradeira parte, apontam-se as razões pelas quais se entende equivocada a premissa perfilhada pelo plenário do STF ao cassar a Súmula 228 do TST e vedar a aplicação da autointegração jurídica do sistema, por meio da aplicação do salário contratual do trabalhador como base de cálculo para o adicional de insalubridade (i.e., por intermédio da analogia).

*Voilà.*

## **1. PRESSUPOSTOS DO DEBATE: O ARTIGO 192 DA CLT, A SÚMULA VINCULANTE 4 DO STF, A LACUNA DO SISTEMA LEGISLATIVO E A SÚMULA 288 DO TST**

Convém inicialmente apontar os pressupostos da discussão que ora se estabelece: o art. 192 da CLT, a Súmula 4 do STF e a Súmula 288 do TST. Vejamos.

O art. 192 da CLT estatui a obrigatoriedade do pagamento do adicional de insalubridade, conforme o respectivo grau, nos percentuais de 10, 20 e 40%, conforme aferição que, no plano judiciário, exige perícia técnica nos autos (reminiscência das “provas tarifárias” que persistiu no processo laboral), ressalvadas as naturais impossibilidades (assim, e.g., no caso de estabelecimentos ou setores desativados, em que geralmente se recorre a provas emprestadas ou indiretas).

Diz a redação do art. 192 da CLT, dada pela lei 6.514/1977:

O exercício de trabalho em condições insalubres, acima dos limites de tolerância estabelecidos pelo Ministério do Trabalho, assegura a percepção de adicional respectivamente de 40% (quarenta por cento), 20% (vinte por cento) e 10% (dez por cento) do salário-mínimo da região, segundo se classifiquem nos graus máximo, médio e mínimo.

Como se vê, o exercício de qualquer labor em condições insalubres enseja o pagamento de um adicional que tem por objetivo a compensação do maior desgaste em que as condições de trabalho são exercidas e que normalmente acarretam prejuízos à saúde do trabalhador, a médio e longo prazos, em razão do contato com determinadas agentes físicos, químicos ou biológicos. É que a exposição a tais agentes promove microtraumas ou microcontaminações que, acumulando-se ao longo do tempo, terminam por engendrar doenças ocupacionais, i.e., doenças profissionais, ditas *tecnopatias* (Lei 8.213/1991, art. 20, I), ou doenças do trabalho, ditas *mesopatias* (Lei 8.213/1991, art. 20, II). A própria etimologia do termo remete, aliás, a essa característica: o vocábulo “insalubre” vem de radical latino que significa “*tudo aquilo que origina doença, e a insalubridade é a qualidade de insalubre*” (SALIBA, CORREËA, 2004, p.11)

O artigo 189 da CLT, por sua vez, apresenta o conceito legal de *insalubridade*, nos seguintes termos:

Serão consideradas atividades ou operações insalubres aquelas que por sua natureza, condições ou métodos de trabalho, exponham os empregados a agentes nocivos à saúde, acima dos limites de tolerância fixados em razão da natureza e da intensidade do agente e do tempo de exposição aos seus efeitos.

De outra parte, a legislação trabalhista estabelece e desdobra o conceito de *periculosidade*, ontologicamente próximo daquele de insalubridade. Ambos, trabalho perigoso e trabalho insalubre, são, ao lado do *trabalho penoso* (previsto no art.; 7º, XXI, da CRFB, mas jamais regulado como tal pelo legislador ordinário), hipóteses de **trabalho perverso**, para trazer à baila o célebre macroconceito de FERREIRA PRUNES (2000, *passim*).E, nesse diapasão, importa aqui tratar também do conceito legal de periculosidade, como ainda do dispositivo legal que estipula a base para o pagamento do adicional reservado ao trabalho exercido em condições perigosas.

A periculosidade, paga em razão do exercício de atividade consideradas perigosa para o trabalhador, nos estritos termos da Norma Regulamentadora 16

(escorada na Portaria GM n.º 3.214, de 08 de junho de 1978, do extinto Ministério do Trabalho), resulta no pagamento do adicional previsto no parágrafo 1º do art. 193 do diploma celetista, segundo o qual “[o] trabalho em condições de periculosidade assegura ao empregado um adicional de 30% (trinta por cento) sobre o salário sem os acréscimos resultantes de gratificações, prêmios ou participações nos lucros da empresa”.

A conceituação legal da periculosidade, ademais, é dada pelo art. 193 da CLT, nos termos abaixo:

São consideradas atividades ou operações perigosas, na forma da regulamentação aprovada pelo Ministério do Trabalho, aquelas que, por sua natureza ou métodos de trabalho, impliquem em contato permanente com inflamáveis ou explosivos em condições de risco acentuado.

Pode-se dizer que a insalubridade agride o trabalhador de modo lento e apresenta efeitos deletérios a médio e longo prazos, como acima antecipado, enquanto a periculosidade representa um risco imediato (MESQUITA, TAVARES, 2017, p. 284-285), que, se convertido em dano, gera sinistro de caráter grave, extenso e súbito. Contudo, ambas são devidas em decorrência do exercício do labor em condições prejudiciais à saúde e à integridade do trabalhador.

Atendendo-se à dimensão dinâmica do princípio constitucional da proteção, que se revela constitucionalmente como (sub-)princípio da norma mais favorável (art. 7º, *caput*, *in fine*) e como princípio da melhoria contínua ou do risco mínimo regressivo (art. 7º, XXII<sup>1</sup>, *c/c* 225, *caput* da CRFB/88), é necessário avançar em modos de produção que melhor protejam a saúde e a integridade do trabalhador: a proteção psicossomática do trabalhador é um *vetor juridicamente necessário* para o investimento capitalista, inclusive em perspectiva *progressiva*, sempre que isto seja possível em razão do estado da técnica. Assim, deve o empregador buscar melhorias paulatinas nas condições de segurança dos maquinários em geral (v., *e.g.*, art. 12 da Convenção OIT 155<sup>2</sup>) e na

---

1 O artigo 7º, XXII, CF assegura que o trabalhador tem direito à “redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança”. Eis o que SEBASTIÃO GERALDO DE OLIVEIRA denomina de princípio do risco mínimo regressivo (2011, p.148), mas que na verdade é apenas a expressão juslaboral do princípio ambiental da melhoria contínua.

2 “In verbis”: “Art. 12 — Deverão ser adotadas medidas em conformidade com a legislação e a prática nacionais a fim de cuidar de que aquelas pessoas que projetam, fabricam, importam, fornecem ou cedem, sob qualquer título, maquinário, equipamentos ou substâncias para uso profissional: a) tenham certeza, na medida do razoável e possível, de que o maquinário, os equipamentos ou as substâncias em questão não implicarão perigo algum para a segurança e a saúde das pessoas que fizerem uso

eficácia dos equipamentos de produção coletiva e individual<sup>3</sup>, p. ex., tendo sempre como objetivo a eliminação dos agentes insalubres (e, em não sendo possível, a sua neutralização ou, sucessivamente, a sua redução, “*ex vi*” das NR 9, item 9.3.2, e da NR 15, item 15.4, entre outras).

Nada obstante, em não sendo possível a implementação de condições adequadas à saúde do trabalhador, e não sendo tampouco exigível a abolição da atividade econômica – o que nos devolve à questão do estado da técnica e do desenvolvimento sustentável –, será de rigor *compensar economicamente* o indivíduo sujeito ao trabalho em condições insalubres. Essa “solução de compromisso” foi desenhada pela própria CRFB/88, em seu artigo 7º, XXIII, ao assegurar ao trabalhador o direito ao pagamento de “*adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei.*”<sup>4</sup>

Logo, bem se infere da leitura dos incisos XXII e XXIII do art. 7º da CRFB/88 que os dois direitos em testilha – o direito à redução dos riscos inerentes e o direito aos adicionais de remuneração por trabalho perverso – convivem em harmonia e são compatíveis, se compreendidos nos termos da base principiológica que os sustém; e, não por outra razão, sustentamos alhures que a aparente “colisão” entre esses preceitos (um de corte prevencionista e outro de corte monetista) configura uma antinomia *aparente*

.....  
correto dos mesmos; b) facilitem informações sobre a instalação e utilização corretas do maquinário e dos equipamentos e sobre o uso correto de substâncias, sobre os riscos apresentados pelas máquinas e os materiais, e sobre as características perigosas das substâncias químicas, dos agentes ou dos produtos físicos ou biológicos, assim como instruções sobre a forma de prevenir os riscos conhecidos; c) façam estudos e pesquisas, ou se mantenham a par de qualquer outra forma, da evolução dos conhecimentos científicos e técnicos necessários para cumprir com as obrigações expostas nos itens ‘a’ e ‘b’ do presente artigo”.

3 Sem prejuízo da importância do uso dos EPIs, cujo uso e condições encontram-se tratados na NR 6 do extinto Ministério do Trabalho, cumpre lembrar a hierarquia já reportada no texto principal: em primeiro lugar, devem ser assegurados os EPCs, mais aptos para a neutralização dos agentes nocivos, se não for possível a sua própria eliminação; apenas nas hipóteses de insuficiência ou impossibilidade da atuação eficaz dos EPCs é que se deve lançar mão dos EPIs, consoante estabelecido no item 15.4.1 da NR 15.

4 A penosidade ainda não foi objeto de regulamentação legal, não obstante já decorridos trinta e dois anos da promulgação da CRFB/88. Tal lacuna normativa demandaria longa discussão, que foge aos objetivos do presente artigo, razão pela qual não será contemplada. Vale sinalizar, porém, que (a) em recorte científico coerente com o atual quadro legislativo brasileiro, a penosidade deveria cobrir os contextos mais agudos de exposição a riscos ergonômicos e psicossociais (já que a periculosidade e a insalubridade alcançam, de modo geral, o horizonte dos riscos físicos, químicos e biológicos típicos); e, nessa linha, que (b) as hipóteses de “periculosidade” introduzidas pelas Leis 12.740/2012 e 12.997/2014 (por exposição a “roubos e outras espécies de violência física” e a “atividades [...] em motocicleta”, respectivamente) seriam, a rigor, hipóteses de penosidade (por exposição a riscos graves derivados da violência patrimonial e da violência no trânsito, respectivamente).

do Direito Ambiental do Trabalho, perfeitamente equacionável (FELICIANO, 2002, *passim*). Para tal equação, a melhor leitura a ser realizada é a de que os pagamentos dos adicionais devem ser realizados de forma supletiva, vale dizer, apenas quando não for possível a eliminação, neutralização ou redução a níveis toleráveis do agente penoso, insalubre ou perigoso; e é assim porque, à luz da semântica constitucional vigente, o objetivo maior sempre será a preservação da saúde e da vida do trabalhador, concedendo-se à monetização (i.e., à compensação econômica), por exceção – e de acordo com a evolução do estado da técnica –, apenas nas hipóteses em que não for viável, econômica e/ou tecnicamente, a manutenção do meio ambiente do trabalho em condições de plena indenidade. Noutras palavras, a sociedade tolera o risco agravado, sob tais circunstâncias, em prol do avanço do bem-estar comum e do desenvolvimento econômico. Mesmo em tais condições, todavia, o trabalhador sujeito a condições insalubres, perigosas ou penosas não suportará exclusiva e pessoalmente os custos da exposição, mercê do próprio princípio da alteridade, pelo qual os custos da produção devem ser imputados aos empregadores: o adicional de remuneração ser-lhe-á pago, como compensação econômica prévia e obrigatória em razão de sua exposição aos agentes perigosos, insalubres ou penosos no interesse da coletividade (presumindo-se, como dito, tratar-se de atividade econômica que não pode ser simplesmente abolida); e, em havendo o dano (i.e., o acidente de trabalho ou a doença ocupacional), a responsabilidade civil do empregador será integral e objetiva, “*ex vi*” dos arts. 7º, *caput, in fine*, 225, §3º, e 200, VIII, todos da CRFB, c.c. art. 14, §1º, da Lei 6.938/1981 (FELICIANO, 2002, p. 182-183). Eis como se devem interpretar, em *concordância prática*<sup>5</sup>(HESSE, 1970, p. 28-29 e 132 e ss.), os incisos XXII e XXIII do precitado art. 7º, assegurando-se a cada um a preservação da sua “*substanzieller Wesenskern*” (FELICIANO, 2016, seções 12.2 e 15.2).

No mesmo diapasão, o pagamento dos adicionais em comento serve como estímulo ao empregador para que busque incorporar melhorias técnicas nos modelos de produção, inclusive no campo da saúde e da segurança do trabalhador, já que terá um custo maior enquanto não implementadas condições que eliminem, neutralizem ou reduzam a níveis toleráveis a ação dos agentes agressivos. E, portanto, não se está adizer ou sugerir que seja uma opção do empregador implementar ou não melhorias que sejam possíveis pelo estado da técnica para o alcance da redução dos riscos

---

5 No original, “Prinzip praktischer Konkordanz”.

inerentes ao trabalho; ao contrário, o que se afirma é que o empregador terá, em reforço ao imperativo constitucional e legal de agregar melhorias às condições ambientais de trabalho, um incentivo econômico que diz respeito ao não pagamento dos adicionais.

De outra parte, avançando nos pressupostos do debate, é importante trazer à tona o inteiro teor da Súmula Vinculante 4, aprovada pelo STF em abril de 2008, nesses termos:

“Salvo nos casos previstos na Constituição, o salário mínimo não pode ser usado como indexador de base de cálculo de vantagem de servidor público ou de empregado, nem ser substituído por decisão judicial”.

A decisão em comento foi proferida com o propósito de preservar o poder de compra do salário mínimo, ou seja, impedir que o salário mínimo legal seja utilizado como fator de indexação da economia, o que tendencialmente engendraria um constante e progressivo descompasso entre o seu valor e a evolução dos índices de inflação (i.e., do valor real da moeda com que se estipula o próprio salário mínimo). E, nesse encaixe, merece inclusive todos os encômios. Ocorre, porém, que as consequências jurídicas da SV 4 não foram bem dimensionadas. Vejamos.

Nos termos do art. 7º, IV, CRFB/88, é assegurado a todos os trabalhadores o direito ao salário mínimo legal e que atenda as utilidades essenciais de que este precisa para uma vida digna do núcleo familiar; e, na linha da “*ratio*” acima exposta, a sua derradeira parte veda expressamente a vinculação do salário mínimo para qualquer fim. Eis a redação do mencionado dispositivo constitucional:

“São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...]salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, 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, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim; [...]”

A partir dessa dicção, diversos autores – cite-se, *e.g.*, WAKI (2008, p. 1060) – tem defendido a inaplicabilidade do salário mínimo para qualquer fim jurídico de cálculo, como forma de impedir que as repercussões deste em outras parcelas sirvam de impasse para seu reajuste regular e periódico, que está na base dos objetivos principais



da regra constitucional. E nessa linha caminhou, como visto, o plenário do Excelso Pretório. Isso terminou por engendrar uma **lacuna legislativa** no direito do trabalho: se o art. 192 previa o cálculo do adicional de insalubridade sobre o “salário mínimo da região”, como visto *supra*, e o salário mínimo já não poderia ser utilizado para esse fim (= *não recepção constitucional* da parte final da norma do art. 192 consolidado), como ele deveria passar a ser calculado?

Na expectativa de responder a essa “*vexata quaestio*”, a partir da edição da Súmula Vinculante<sup>4</sup> do STF, o Tribunal Superior do Trabalho conferiu nova redação à sua Súmula 228, em julho de 2008, e estabeleceu que o cálculo do adicional de insalubridade deveria ser “o salário básico, salvo critério mais vantajoso fixado em instrumento coletivo”. Escorava-se na técnica da **analogia**, como método de integração do sistema jurídico trabalhista, na esteira da autorização legislativa dada pelo art. 8º, *caput*, da CLT, e também pelo art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB).

A esse propósito, em artigo a defender a interpretação das normas constitucionais de modo a retirar-lhes a máxima eficácia concretizadora, TEODORO e DOMINGUES (2010) assinalam que a interpretação dos dispositivos constitucionais e infraconstitucionais que tratam do adicional de remuneração para as atividades insalubres e perigosa defronta-se com a existência de duas decisões conflitantes, dentre os tantos precedentes da Súmula 4 do STF. Tais decisões foram prolatadas respectivamente em 1998 e 2007, quais sejam, a decisão proferida nos autos do RE 236.396-5-MG, na qual se determinou que o Tribunal de origem estipulasse a base de cálculo do adicional de insalubridade (outra, que não o salário mínimo), e a decisão proferida nos autos do RE 439.035-3-ES, na qual se deliberou por manter a decisão do TRT de origem no sentido de adotar a remuneração como base de cálculo, com fulcro no art. 7º, XXIII, da CRFB/88. Para os referidos autores, tais decisões colocariam em xeque o requisito de “reiteradas decisões” exigido pelo art. 103-A da CRFB/88, a fim de autorizar a edição de súmula vinculante. É que, nos termos do art. 103-A da CRFB/88,

“[o] Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em



lei.”

Como se vê, não há como recusar algum acerto à tese da provável prematuridade da SV 4. Mas não nos fixemos neste aspecto.

Apresentados os principais elementos que compõem o cenário do presente artigo, passemos à compreensão da técnica de controle de constitucionalidade utilizada pelo STF para a exegese do art. 192 da CLT.

## **2 A TÉCNICA DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE UTILIZADA PELO STF E A LÓGICA SUBJACENTE ÀS DECISÕES DO STF**

Há anos o STF tem aplicado técnicas originalmente consolidadas no âmbito do *Bundesverfassungsgericht* alemão, responsável pelo controle definitivo de constitucionalidade no modelo judiciário tudesco. Exemplos dessas técnicas é a interpretação conforme a Constituição, a declaração de inconstitucionalidade com redução parcial de texto, a declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto e a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade. Nesse último caso, ao realizar o controle de constitucionalidade, o tribunal reconhece a injuridicidade de determinado texto legal questionado, mas não pronuncia a sua nulidade e tanto menos reduz o seu texto (SILVA, 2010, p. 97)

Nesse diapasão, MENDES (2008, p. 11) assegura que, no direito alemão, a técnica da declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade não advém imediatamente da interpretação de leis constitucionais, mas de casuística própria do direito penal. Inicialmente, a Corte constitucional alemã aceitava a aplicabilidade temporária da norma declarada inconstitucional; no entanto, a partir do julgamento da questão referente à *“nacionalidade dos filhos provenientes dos chamados ‘casamentos mistos’”*, o tribunal alemão passou a equiparar as hipóteses de *“declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade à declaração de nulidade”*: apenas no caso em que a não aplicação provocasse *vazio jurídico inaceitável à ordem constitucional* é que tal princípio se excepcionaria; ou seja, a regra havia de ser a nulidade da declaração. No direito português, em sentido similar, o artigo 282 do texto constitucional permite a limitação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade; mas, como no Brasil, *“o princípio da*

*nulidade continua a ser regra*" (MENDES, 2008, p. 25). E, como obtempera SILVA (2010, p. 88), essa forma de decisão adquiriu universalmente força de *"técnica decisória da justiça constitucional"*, na medida em que se dirige à análise da constitucionalidade das normas em sua verticalidade.

Os efeitos do instituto em comento baseiam-se no art. 28, parágrafo único da Lei 9.868/99, que dispõe expressamente sobre a sua eficácia *erga omnes* e sobre a vinculação dos órgãos do Poder Judiciário e executivo<sup>6</sup>. Escora-se ainda no que prevê o art. 27 da Lei 9.868/1999<sup>7</sup>, tendo por pressuposto motivos de segurança jurídica ou de excepcional interesse social.

Pois bem.

Sob a alegação de que, com a edição da nova redação da Súmula 228, o TST estaria descumprindo a Súmula Vinculante 4 do STF, a Confederação Nacional da Indústria, em 11/7/2008, protocolou reclamação constitucional autuada sob o n. 6266, com pedido de liminar para cassação do referido verbete sumular. Em caráter liminar, o então presidente do STF, Ministro Gilmar Mendes, arrimou-se no entendimento do Supremo Tribunal por ocasião do RE 565.714/SP, fixado na Súmula Vinculante 4, no sentido da impossibilidade de remanejamento do salário mínimo como indexador ou base de cálculo, *inclusive para o adicional de insalubridade*, até que fosse editada lei em sentido estrito ou em sentido genérico (estipulação de base de cálculo para o adicional de insalubridade com base em instrumento coletivo da categoria). Decidiu, pois, que, *"até que seja superada a inconstitucionalidade do artigo 192 da CLT por meio de lei ou de convenção coletiva"*, a parcela deve continuar a ser calculada com base no salário mínimo. Ao final, acolheu o pleito da parte reclamante e declarou que

"[...]a nova redação estabelecida para a Súmula 228/TST revela aplicação indevida da Súmula Vinculante nº 4, porquanto permite a substituição do salário mínimo pelo salário básico no cálculo do adicional de insalubridade sem base normativa."

---

6 Diz o art. 28, parágrafo único da lei 9.868/99: "A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução do texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal."

7 Art. 27 da lei 9.868/1999: "Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado."

Também a Confederação Nacional de Saúde, Hospitais, Estabelecimentos e Serviços<sup>8</sup>, a Unimed Ribeirão Preto - Cooperativa de Trabalho Médico<sup>9</sup> e a Unimed de Araras<sup>10</sup> ajuizaram ação com o mesmo objeto, as quais foram autuadas respectivamente sob os números 6.277, 6.275 e 8.436 e apensadas à reclamação principal, nº 6.266.

Por ocasião do julgamento de mérito da Reclamação 6.266, o relator Ministro Ricardo Lewandowski, seguindo a mesma linha de raciocínio manifesta na decisão liminar acima citada, registrou que a corte já havia se manifestado em diversas ocasiões no sentido de que, não obstante o teor de sua Súmula Vinculante<sup>4</sup>, não poderia o Poder Judiciário estabelecer novas base de cálculo para o adicional de insalubridade, concluindo pelo acolhimento da reclamação para cassar a Súmula 228 do TST, exclusivamente no que dizia respeito com a fixação do salário-base do trabalhador como base de cálculo do adicional de insalubridade devida. Tornava-se definitiva a suspensão do verbete sumular nesta parte.<sup>11</sup>

Não se pode olvidar, enfim, da decisão proferida no Recurso Extraordinário 565.714/SP (j. 7.11.2008, Tema n. 25), considerado como precedente representativo da Súmula 4 e que teve como relatora a Ministra Carmem Lúcia. Tratava-se de ação em que os policiais militares do Estado de São Paulo postulavam que a Fazenda Pública estadual aplicasse a alíquota do adicional de insalubridade que lhes era devido sobre o valor total de sua remuneração, com fulcro no art. 7º, XXII, da CRFB/88, afastando-se a norma que previa como base de cálculo de tal parcela dois salários mínimos legais.

Na decisão subsequente, entendeu-se que, embora inconstitucional o cálculo do adicional de insalubridade sobre o salário mínimo (art. 192 da CLT), não é possível ao Judiciário modificar essa base de cálculo, de modo que, **até haver alteração da CLT, as empresas deveriam seguir pagando o adicional com o cálculo eivado de inconstitucionalidade** (objetando, pois, a analogia que o TST realizara na Súmula 228).

Como se vê, prevaleceu a lógica subjacente à decisão proferida pelo STF na Reclamação 6.275, no sentido de continuidade do uso do salário mínimo legal como base de cálculo do adicional de insalubridade. É inconstitucional; e, nada obstante,

8 Ação protocolada em 17/07/2008.

9 Ação protocolada em 17/07/2008.

10 Ação protocolada em 15/06/2009.

11 A mesma decisão foi proferida no bojo das Reclamações 6.275, 6.277 e 8.436.

pague-se com o vezo da inconstitucionalidade, a despeito das outras alternativas juridicamente plausíveis.

### **3 APLICAÇÃO DE SALÁRIO PROFISSIONAL, SALÁRIO NORMATIVO OU PISO SALARIAL COMO BASE DO ADICIONAL DE INSALUBRIDADE?**

A solução conferida pelo STF às reclamações *supra* mencionadas – e que resultaram na cassação da Súmula 228 do TST – não refletem, com todas as vênias, a técnica mais adequada para o desate da questão abstrata. Como dito, a edição da Súmula Vinculante 4 introduziu uma lacuna no sistema jurídico-legislativo trabalhista, a qual haveria de ser colmatada pelo Poder Judiciário, com brevidade e coerência, a partir dos recursos geralmente instrumentalizados para esse efeito: a analogia, os costumes – inexistentes nesse caso – e os princípios gerais de direito (como ainda, a teor do art. 8º da CLT, os princípios específicos do direito do trabalho). Isto não significa legislar, em absoluto, porquanto o próprio artigo 8º da CLT<sup>12</sup> e o artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro<sup>13</sup> permitem o uso de tais recursos, e em especial da analogia, nas hipóteses de lacuna normativa, realizando-se a integração jurídica do sistema.

Com efeito, seguindo o escólio de DELGADO (2019, p. 277), a integração jurídica<sup>14</sup> consiste em um mecanismo por meio do qual o intérprete do direito pode *“preencher as lacunas normativas verificadas no sistema jurídico em face de um caso concreto, mediante o recurso a outras fontes normativas que possam ser especificamente aplicáveis”*. Isto porque o sistema normativo é pleno e ao juiz não é dado deixar de dizer o direito sob a alegação de inexistência de norma aplicável ao caso concreto,

---

12 Diz o artigo 8º da CLT: “As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.”

13 Dispõe a citada norma: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.”

14 A integração pode se dar por meio da autointegração ou heterointegração. A primeira, quando se recorre às normas do próprio ramo do direito em que se constata a lacuna e a segunda, nas hipóteses de se recorrer às fontes supletivas daquele ramo. Por meio desta, realiza-se a verdadeira aplicação de “fonte supletiva do direito, já que rege situações fáticas concretas somente em circunstâncias de utilização da operação integrativa.” (DELGADO, 2019, p.280).

consoante inclusive o disposto no artigo 140 do CPC<sup>15</sup> (vedação do “*non liquet*”).

Para a aplicação da analogia, principal modo de autointegração jurídica, é necessário o preenchimento de três condições: 1) que a questão não tenha sido especificamente regulamentada pelo legislador (ou, no caso, que essa regulamentação seja nula, por inconstitucional); 2) que haja no sistema normativo regra jurídica que regule “*situação ou relação que apresente ponto de contato, semelhança, coincidência ou identidade*”; e 3) que o elemento de contato autorize a realização da analogia (DELGADO, 2019, p. 280).

Como exposto na primeira parte do artigo, por meio da Súmula Vinculante 4, o STF asseverou que o salário mínimo não poderia servir como indexador de base de cálculo de vantagem de servidor ou empregado, salvo nos casos previstos na própria CRFB/88, o que não se dá nessa espécie.

Ora, o ordenamento jurídico-laboral contava – e conta – com o parágrafo 1º do artigo 193 consolidado, transcrito acima, que também objetiva regular hipótese de trabalho perverso, i.e., de condição de trabalho que implica risco à saúde do trabalhador. A “semelhança” exigida no segundo requisito *supra* é indiscutível. Assim como, a partir da edição da SV 4, a lacuna prescrita no primeiro requisito era igualmente inapelável. Por fim, era inegável o “ponto de contato” entre o adicional de insalubridade e o de periculosidade (em ambos os casos, trabalho em condições fisicamente deletérias), assim como a sua cambialidade, constituindo-se mesmo no elemento principal a autorizar o uso da analogia.

Dessarte, aplicar a solução prevista para o adicional de periculosidade como alternativa para o equacionamento da lacuna aberta – a base de cálculo do adicional de insalubridade – não apenas implicaria em adequada técnica de autointegração do sistema jurídico, suprimindo a lacuna jurídica nela configurada, como também resultaria na melhor configuração hermenêutica à luz do disposto no artigo 7º, *caput, in fine*, e incisos XXII e XXIII, todos da CRFB/88, ao assegurar o direito à melhoria contínua das condições de trabalho e de vida do trabalhador – o que inclui a melhoria de seu patamar salarial – e o pagamento de adicionais sobre a *remuneração* (não sobre o salário mínimo); e, por fim, atenderia melhor ao próprio fim protetivo do direito do trabalho.

Daí porque, a nosso visio, a interpretação sufragada pelo Excelso Pretório para

15 Art. 140, CPC: “O juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico.”

a base de cálculo do adicional de insalubridade esquivou-se dos melhores caminhos da hermenêutica constitucional. Nada obstante, ainda há pontos de abertura que, mesmo na indevida restrição, podem permitir alguma adequação constitucional.

Assim é que, nos casos em que houver *salário profissional* previsto para a categoria, como nas hipóteses dos radiologistas,<sup>16</sup> médicos<sup>17</sup> e engenheiros<sup>18</sup> - cujas atividades profissionais geralmente engendram a exposição a agentes perigosos, insalubres ou penosos -, **tal salário deverá ser a base de cálculo da alíquota de insalubridade (10%, 20% ou 40%)**, mesmo à vista da Súmula Vinculante 4 do STF e do que decidido nas Reclamações 6.266, 6.275, 6.277 e 8.436, mais uma vez por força do princípio constitucional da norma mais favorável - a consumir o vetor da melhoria contínua das condições de trabalho -, mas agora também por força do próprio princípio da legalidade formal: em tais casos, é *a lei em sentido formal* a estabelecer o "*minimum minimum*" para a remuneração desses profissionais. Aplicar os adicionais de insalubridade sobre o salário mínimo nacional, ao arrepio das leis em questão, é negar a tais trabalhadores o direito legal-formal à mínima retribuição salarial, "criando", por decisão judicial, uma base salarial que a eles absolutamente não se aplica.

Que valha, pois, para esses casos, o mesmo critério avalizado pela Reclamação 6.266. Nada mais, nada menos.

## DE "PESOS E MEDIDAS" DÍSPARES: À GUIA DE CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como afinal demonstrado, o teor da Súmula Vinculante 4 e a jurisprudência que a baseou e que dela derivou, notadamente a partir das decisões proferidas no RE

---

16 O piso salarial dos radiologistas é fixado pelo art. 16 da Lei 7.394/85. Contudo, por unanimidade, o STF, valendo-se da técnica de declaração de inconstitucionalidade sem decretação de nulidade da norma, na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 151-DF, em acórdão da relatoria do Ministro Roberto Barroso, acolheu parcialmente o pedido da parte requerente e declarou não recepcionado o art. 16 da Lei 7.394/85. Todavia, determinou que continuem sendo aplicados os critérios da referida norma enquanto não aprovada nova base de cálculo por lei ou instrumento normativo da categoria; determinou, mais, que houvesse o congelamento da base de cálculo (dois salários mínimos vigentes à data de 13.05.2011, data do trânsito em julgado da liminar concedida nos autos).

17 O piso salarial dos médicos é fixado no art. 5º da Lei 3.999/61, que estipula remuneração mínima de 3 salários mínimos e o do auxiliar, em 2 salários mínimos. A constitucionalidade do dispositivo legal é questionada no STF por meio da ADPF 325-DF.

18 O trabalho dos engenheiros e dos diplomados em química, arquitetura, agronomia e veterinária é disciplinada pela Lei 4.950-A, de 22 de abril de 1966, cujo art. 5º estabelece o piso mínimo de seis vezes o salário mínimo vigente no país para os graduados em cursos com duração de 4 anos ou mais e de 5 vezes o salário mínimo para os graduados em cursos com duração inferior a 4 anos.



565.714/SP e nas Reclamações 6.266, 6.277, 6275 e 8.436, cuidaram de manejar, para um resultado socialmente injusto, a técnica da declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade, cassando os efeitos da bem pronunciada Súmula 228 do TST (que, à vista da referida SV 4, havia estipulado comobase de cálculo do adicional o salário contratual básico do trabalhador, por óbvia integração analógica estribada na hipótese do adicional de periculosidade).

Ao assim decidir, o Supremo Tribunal Federal ignorou o recurso à analogia, autorizado pelo art. 8º, *caput*, da CLT e pelo art. 4º da LINDB, a despeito de haver indiscutível lacuna legislativa, a partir da edição da SV 4, e de subsistir norma celetista com objetivo semelhante ao do art. 192 no subsequente art. 193 da CLT. E, para mais, com essa jurisprudência – já consolidada, diga-se, no Excelso Pretório e nas cortes trabalhistas –, negou máxima eficácia à norma-princípio da interpretação mais favorável (“*in dubio pro operario*”), que deriva do *caput* do art. 7º da Constituição, como também subverteu o princípio “*pro homine*”, curial para a hermenêutica em sede de direitos humanos fundamentais, à luz da própria jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (v., e.g., CIDH, Opinião Consultiva 05/1985). Havia que partir, obviamente, da invencível constatação de que o direito insculpido no art. 7º, XXIII, da CRFB é um direito social fundamental e, portanto, integra o rol dos “direitos humanos”, na acepção do próprio art. 4º, II, da Constituição; logo, caberia optar por uma hermenêutica que ampliasse a fruição do direito, não a que incrementasse as suas restrições; e, mais, diante de um conflito aparente de normas (na espécie, as que poderiam colmatar a lacuna legislativa criada pela SV 4), haveria que se optar pela que *ampliava* o exercício do direito (GARCÍA, 2002, p. 105). Caminhou-se no sentido diametralmente oposto.

Daí porque, afinal, essa “nova” jurisprudência do Excelso Pretório em sede jurídico-laboral, que ganha corpo especialmente a partir de 2009 – e que tem pendores marcadamente liberais, infensos à intervenção do Estado-juiz e do próprio Estado-legislador nas relações de trabalho –, em larga medida *destoa* das tendências verificadas em outros segmentos dogmáticos igualmente protecionistas, como o direito consumidor (em favor dos destinatários finais de bens e serviços) e o próprio direito falimentar (em favor dos credores da massa falida; vide, a propósito, a ADI 3.934, sobre a Lei 11.101/2005). *Destoa* ainda, em boa medida, da jurisprudência abrigada por aquela corte antes de 2009 (comparem-se, p. ex., as decisões havidas no Mandado de Injunção 712, de 2007, admitindo até mesmo greves de estudantes, e na Reclamação 24.597, de 2016, excluindo do direito de greve – ao arrepio do art. 9º da CRFB – “*atividades das quais dependam a manutenção da ordem pública e a segurança pública, a administração*



*da Justiça e a saúde pública*”). Esta própria interpretação em torno da base de cálculo do adicional de insalubridade, ora sob crítica, *destoa* do modelo de solução recentemente perfilhado pelo plenário do Supremo Tribunal Federal acerca da atualização dos créditos trabalhistas (ADCs 58 e 59; ADIs 5.867 e 6.021; rel. Min. Gilmar Mendes, j. 18.12.2020): nesse caso, o plenário optou por um índice – a Selic – que simplesmente não tinha previsão para as relações de trabalho, em nenhum dos atos normativos em disputa (a TR, no art. 879, §7º, da CLT, consoante a redação da Lei 13.467/2017; ou o IPCA-E, no mesmo art. 879, §7º, consoante a redação do art. 28 da MP 905/2019, que caducou em 18.8.2020).

Com efeito, a prevalecer a lógica da Reclamação 6.266, p. ex., *caberia preservar a atualização dos créditos trabalhistas pela TR* – apesar da sua inconstitucionalidade (STF, ADIs 4.357, 4.425, 4.400 e 4.425; TST, ArgInc479-60.2011.5.04.0231) –, *com os juros de mora a 1% a.m., a partir do ajuizamento da ação* (CLT, art. 883). Optou-se, no entanto, pela taxa Selic, que já embute juros, incorporando-se *por decisão judicial* um índice jamais cogitado pelo legislador, para esse específico fim, e suprimindo-se a regra de juros tradicionalmente empregada nos processos trabalhistas – também por força de lei (CLT, art. 879, §7º; Lei 8.177/1991, art. 39) –, com resultado desfavorável aos trabalhadores em geral: a partir de agora, os créditos trabalhistas passam a figurar entre os “mais baratos” do mercado, considerando-se a evolução do IPCA-E, da TR e da Selic nos últimos oito anos (desde que se agreguem aos primeiros os juros de 1% a.m., e não se agreguem ao último). Assim, p. ex., para 2010, a Selic acumulada totaliza 9,37%, enquanto a TR com juros (1%) chega a 12,68% e o IPCA-E com juros (1%) chega a 17,79% (a nosso ver, o resultado socialmente mais adequado, considerando-se as perdas monetárias efetivas do período e o necessário vetor punitivo que deve se estabelecer em um país que ainda alimenta certa cultura de sonegação de direitos sociais fundamentais). Para 2018, a Selic acumulada soma 6,39%, enquanto a TR com juros (1%) chega a 12,0% (apenas de juros, porque a TR “zerou” em 2108) e o IPCA-E com juros (1%) chega a 15,86%. Privilegiou-se, pois, o interesse do devedor trabalhista (e não a dicção da lei – apesar de inconstitucional –, como se fez na Reclamação 6.266 e subsequentes).

Com tais ímpetos – e com a sinalização contraditória que deles deriva –, o STF não contribui para a tão sublimada segurança jurídica. Ao contrário, compromete paulatinamente o dever legal de uma jurisprudência estável, íntegra e coerente (CPC, art. 926).

Nada obstante, ainda restam ensejos para resgatá-la, ainda que parcialmente.

Assim, *e.g.*, mesmo à luz da SV 4 e da jurisprudência construída a partir do RE 565.714/SP e das Reclamações 6.266, 6.277, 6.275 e 8.436, será possível afirmar que, havendo salário profissional para a categoria, *fixado por lei* – como nos casos de técnicos em radiologia, médicos e engenheiros –, tal base remuneratória deve ser necessariamente utilizada como base de cálculo do adicional de insalubridade. Afinal, já não são bases de cálculo “criadas” pelo Poder Judiciário, mas *impostas* pelo Poder Legislativo, por intermédio de lei em sentido formal. Resulta *ilegal*, ao revés, calcular o adicional de insalubridade, nesses casos, com base em salário mínimo que, a rigor, não corresponde legalmente ao salário mínimo daquele específico profissional. Igual tese se aplica, ademais, aos casos em que convenções e acordos coletivos de trabalho fixam bases de cálculo diversas do salário mínimo (i.e., mais favoráveis), *especificamente* para o adicional de insalubridade (v., *e.g.*, o que decidido liminarmente no RE 565.714/SP).

O raciocínio jurídico chega a ser, nesses casos, cartesiano. Oxalá não seja igualmente desautorizado pela jurisprudência constitucional cambiante do último decênio, apesar dos precedentes. Inclusive porque, no afã de “modernizar” a compreensão constitucional, não raro o que se tem feito é *resgatar* teses que fariam sentido, talvez, no início do século XIX, quando ainda se alimentava a ingênua convicção da igualdade essencial da pessoa humana no imo da autonomia privada individual. Os dois séculos ulteriores – e, na verdade, todo o século XVIII – revelaram a falácia dessa crença.

Eis, aliás, o que de logo chama Shakespeare à nossa memória:

“No, Time, thou shalt not boast that I do change  
Thy pyramids built up with newer might  
To me are nothing novel, nothing strange;  
They are but dressings of a former sight.”

(“Não, Tempo, não zombarás de minhas mudanças!  
As pirâmides que novamente construístes  
Não me parecem novas, nem estranhas;  
Apenas as mesmas com novas vestimentas”)

(SHAKESPEARE, William. Sonnets. Soneto 123)  
...É como é. Que a lição do Bardojamais se perca.

## REFERÊNCIAS

### DOCTRINA

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 19 ed. São Paulo: LTr.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. **Por um processo realmente efetivo: tutela processual de direitos humanos fundamentais e inflexões do “dueprocessoflaw”**. São Paulo: LTr, 2016.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. Meio ambiente do trabalho: aspectos gerais e propedêuticos. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região**. Campinas/SP: TRT 15, n. 20, p. 160-203, jul./set. 2002.

GARCÍA, Luis M. El derecho internacional de los derechos humanos. In: **Los derechos humanos em el proceso penal**. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2002.

HESSE, Konrad. **Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland**. 4. Aufl. Heidelberg: C. F. Müller, 1970.

MENDES, Gilmar Ferreira. **A Declaração de Inconstitucionalidade sem a Pronúncia da Nulidade na Ação Direta de Inconstitucionalidade e no processo de Controle abstrato da omissão**. Caderno Virtual, 2008. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/233834492.pdf>. Acesso em 15/12/2020.

MENDES, Gilmar Ferreira. **A declaração de inconstitucionalidade sem a Pronúncia da Nulidade e a Declaração de Inconstitucionalidade de Caráter Restritivo ou Limitativo no Direito Brasileiro**. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 13, Jan/Fev/Mar, 2008. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=223>. Acesso em 15/12/2020.

MESQUITA, Valena Jacob Chaves. TAVARES, Sílvia Gabriele Corrêa. Adicionais por

---

exposição a riscos: uma reparação ilusória. In: FELICIANO, Guilherme Guimarães. URIAS, João. MARANHÃO, Ney. **Direito Ambiental do Trabalho: Apontamentos para uma teoria geral**. Vol. III. São Paulo: LTr, 2017.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. **Proteção Jurídica à Saúde do Trabalhador**. 6 ed. São Paulo: LTr, 2011.

PRUNES, José Luiz Ferreira. **Trabalho perverso: Insalubridade, Periculosidade e Penosidade no Direito Brasileiro do Trabalho**. Curitiba: Juruá, 2000. v. I-II.

ROBINSON, Carlos Alberto. A efetividade da Súmula Vinculante nº 04 do STF e suas repercussões na esfera trabalhista. **Revista Âmbito Jurídico**. 01/09/2009. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-68/a-efetividade-da-sumula-vinculante-n-04-do-stf-e-suas-repercussoes-na-esfera-trabalhista/>. Acesso em 09/12/2020.

SALIBA, Tuffi Messias; CORRÊA, Márcia Chaves. **Insalubridade e periculosidade**. 7 ed. São Paulo: LTr, 2004.

SILVA, Marina Faraco Siqueira e. **A declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto como técnica decisória autônoma da justiça constitucional brasileira**. São Paulo. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Mestrado em Direito. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp153326.pdf>. Acesso em 15/12/2020.

TEODORO, Maria Cecília Máximo; DOMIGUES, Gustavo Magalhães de Paula Gonçalves. Adicionais de insalubridade e periculosidade: base de cumulatividade e efeitos preventivo e pedagógico. **Anais do XX Encontro Nacional do CONPEDI FUMEC**. Belo Horizonte. Florianópolis, CONPEDI, 2011. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/XXencontro/Integra.pdf>. Acesso em 17/12/2020.

WAKI, Kléber de Souza. O adicional de insalubridade e a Súmula vinculante n. 04 do STF. **Revista LTr**. Ano 72, n. 09. Setembro de 2008, p. 1057/1072

## JURISPRUDÊNCIA

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação n. 6.275 São Paulo**. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Reclte. Unimed Ribeiro Preto Cooperativa de Trabalho Médico. Recldo. Tribunal Superior do Trabalho (Resolução 148/2008). Brasília, 11 de março de 2018. Publicação: DJE n. 72, 13/04/2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2630067>. Acesso em 09/12/2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação n. 6.266 – Distrito Federal**. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Reclte. Confederação Nacional da Indústria. Recldo. Tribunal Superior do Trabalho (Súmula n. 228). Brasília, 11 de abril de 2018. Publicação: DJE n. 74, 17/04/2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2629349>. Acesso em 09/12/2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação n. 6.277 – Distrito Federal**. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Reclte. Confederação Nacional de Saúde – Hospitais, Estabelecimentos e Serviços - CNS. Recldo. Tribunal Superior do Trabalho (Resolução n. 148/2008). Brasília, 11 de março de 2018. Publicação: DJE n. 72, 13/04/2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=314119851&ext=.pdf>. Acesso em 09/12/2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação n. 8.436 – São Paulo**. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Reclte. Confederação Nacional de Saúde – Hospitais, Estabelecimentos e Serviços - CNS. Recldo. Tribunal Superior do Trabalho (Resolução n. 148/2008). Brasília, 11 de abril de 2018. Publicação: DJE n. 73, 16/04/2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2684075>. Acesso em 09/12/2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Decisão liminar na Reclamação n. 6.275 São Paulo**. Relator: Min. Gilmar Mendes. Reclte. Unimed Ribeiro Preto Cooperativa de Trabalho Médico. Recldo. Tribunal Superior do Trabalho (Resolução 148/2008). Brasília, 15/07/2008. Publicação: DJE n. 72, 13/04/2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=314119851&ext=.pdf>. Acesso em 09/12/2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 565.714-1 -São Paulo**. Relatora: Min. Carmem Lúcia. Recorrente: Carlos Eduardo Junqueira e Outros. Recorrido: Estado de São Paulo. Brasília, 30/4/2008. Publicação: Dje n. 147, Publicação: 08/08/2008. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=560067>. Acesso em 09/12/2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF n. 151-DF**. Relatora: Min. Roberto Barroso. Requerente: Confederação Nacional de Saúde – Hospitais, Estabelecimentos e Serviços - CNS. Brasília, 07.02.2019. Intdo: Presidente da República. Publicação: Dje n. 147, Publicação: 11/04/2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2637147>. Acesso em 17/12/2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula n. 228. Resolução n. 128/2008. DJ 04 e 07/07/2008**. Disponível em: <https://www.tst.jus.br/web/guest/sumulas>. Acesso em 17/12/2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Arguição de Inconstitucionalidade n. 479-60.2011.5.04.02318**. Relator: Min. Claudio Mascarenhas Brandão. Recorrente: Lissandra Angélica Marques. Recorrido: Município de Gravataí. Brasília, 4/8/2015. Disponível em: <http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/resumoForm.do?consulta=1&numeroInt=118578&anoInt=2012&qtAcesso=18579101>. Acesso em 20/12/2020.

## LEGISLAÇÃO

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em 17/12/2020.

BRASIL. **Lei n. 9.868, de 10 de Novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal**. Brasília. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9868.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9868.htm). Acesso em 17/12/2020.

BRASIL. **Lei n. 4.950-A, de 22 de abril de 1966. Dispõe sobre a remuneração dos profissionais diplomados em Engenharia, Química, Arquitetura, Agronomia e Veterinária.** Brasília. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l4950a.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4950a.htm). Acesso em 17/12/2020.

BRASIL. **Lei n. 3.999, de 15 de dezembro de 1961. Altera o salário-mínimo dos médicos e cirurgiões dentistas.** Brasília. Publicado no DOU 21/12/1961. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1950-1969/l3999.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/l3999.htm). Acesso em 17/12/2020.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro.** Rio de Janeiro. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del4657.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm). Acesso em 09/12/2020.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 5452, 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](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm). Acesso em 09/12/2020.

BRASIL. **Lei n. 13.105, de 16 de Março de 2015. Código de Processo Civil.** Brasília. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm). Acesso em 12/12/2020.

BRASIL. **NR 15 – Atividades e operações insalubres. Portaria MTb n. 3.214, de 08 de junho de 1978.** Disponível em: [https://sit.trabalho.gov.br/portal/images/SST/SST\\_normas\\_regulamentadoras/NR-15-atualizada-2019.pdf](https://sit.trabalho.gov.br/portal/images/SST/SST_normas_regulamentadoras/NR-15-atualizada-2019.pdf). Acesso em 17/12/2020.

BRASIL. **NR 06 – Equipamentos de Proteção Individual – EPI. Portaria MTb n. 3.214, de 08 de junho de 1978.** Disponível em: [https://sit.trabalho.gov.br/portal/images/SST/SST\\_normas\\_regulamentadoras/NR-06.pdf](https://sit.trabalho.gov.br/portal/images/SST/SST_normas_regulamentadoras/NR-06.pdf). Acesso em 17/12/2020.

Publicado originalmente na Revista de Direito do Trabalho | vol. 216/2021 | p. 301 - 322 | Mar - Abr / 2021



---

## O TRABALHO INSALUBRE E A LEI N.º 13.467: CONSIDERAÇÕES ACERCA DA NOVA REDAÇÃO BRASILEIRA

Salus Henrique Silveira Ferro

### RESUMO

A lei nº 13.467 de 2017 proporcionou uma modificação na estrutura laboral brasileira, ao que se designou chamar de reforma trabalhista, por alterar profundamente a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). O instituto da insalubridade fora um dos objetos que possibilitou uma maior abrangência de sua utilização com a nova redação, desencadeando diversas problemáticas possíveis acerca da nova legislação, ao colocá-lo como objeto negocial às negociações coletivas. Sendo assim, a relação de trabalho insalubre torna-se um objeto passível de prorrogação e de alteração do grau de insalubridade fixado, acarretando em uma norma que permite uma maior permissibilidade com os agentes nocivos e a possibilidade de uma redução salarial. Com uma análise dedutiva e exploratória da própria norma jurídica, buscou-se identificar os possíveis efeitos práticos da nova redação, evidenciando-se que tais alterações foram frutos de uma estratégia política e econômica que possibilitará danos futuros tanto ao Estado brasileiro quanto ao trabalhador em ambiente insalubre.

Palavras-chave: Efeitos; Insalubridade; Negociações Coletivas; Problemáticas; Reforma trabalhista.

### ABSTRACT

Law No. 13.467 provided a change in the Brazilian labor structure, and by designating, it called labor reform, it profoundly changed the Consolidation of Labor Laws (CLT). The unhealthy institute for one of the objects that allows a wider scope of its use with a new

---

Salus Henrique Silveira Ferro

Mestre em Direito e Ciência Jurídica na especialidade em Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (FDUL). Especialista em Derecho de Daños pela Universidad de Salamanca (USAL) e Pós-graduado em Direito Intelectual pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Endereço eletrônico: salusferro@ymail.com

wording, triggering several possible problems about the new legislation, placing it as an object in collective transactions. Thus, an unhealthy work relationship becomes an object liable to corruption and alteration of the fixed level of unhealthiness, blocking a rule that allows greater contact with these harmful agents and a possibility of reduced wages. With a deductive and exploratory analysis of the legal standard itself, you can identify the possible practical effects of the new wording, evidencing them in an economic and economic strategy for its changes and possible future damages in the Brazilian State and in the unhealthy work environment.

Keywords: Effects; Unhealthy; Collective negotiation; Problematic; Labor Reform.

## **INTRODUÇÃO**

A Lei nº 13.467 de 2017, trouxe um sem-número de disposições que possibilitaram um novo tratamento nas relações de trabalho. Dentre os objetos que ganharam substancialmente importância com as alterações, está o instituto da insalubridade e a relação do trabalhador em ambiente insalubre ante o convencionalizado na convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho.

Com a nova redação, há a possibilidade de realizar uma prorrogação da jornada de trabalho insalubre sem a prévia licença das autoridades competentes, ou seja, o trabalhador poderá ficar mais tempo com o contato direto ao agente nocivo em sua saúde, sujeito ao risco de que um possível evento futuro ocorra.

Além disso, a mesma redação traz a possibilidade de um enquadramento diverso do estipulado e garantido pela perícia trabalhista, podendo ser estabelecido o grau de insalubridade inferior ao anteriormente estabelecido, acarretando em uma remuneração inferior ao trabalho exposto no mesmo ambiente nocivo.

Dito isso, percebe-se uma problemática nas questões envolvendo a insalubridade nestes dois pontos específicos, haja vista que a negociação coletiva prevalece sobre a Lei na nova redação. Como consequência, o trabalhador pode ser prejudicado de diversas maneiras através dos objetos de negociação coletiva, conforme os incisos do Art. 611-A.

O trabalho versa, sobretudo, sobre dois dos incisos que determinam os objetos passíveis de negociação coletiva, sendo eles os incisos XII e XIII, fazendo-se necessário uma análise crítica destes dois incisos que tangem diretamente à insalubridade.

A nova redação surge em um ambiente de incertezas e de um intenso clima político, sendo necessário entender a gravidade do tema em questão, haja vista que existem poucos trabalhos científicos acerca do tema e da prevalência de seus efeitos ao trabalhador. Sendo assim, o trabalho visa realizar considerações acerca do tema da insalubridade na nova redação trabalhista, de modo a evidenciar os possíveis efeitos destas medidas e suas eventuais problemáticas jurídicas que tangenciam o direito do trabalho.

## **1. ALTERAÇÕES E A IMPORTÂNCIA DAS NEGOCIAÇÕES COLETIVAS DE TRABALHO NO BRASIL**

As alterações na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), decorrentes da reforma trabalhista foram alvos de muita repercussão e crítica, sobretudo, por estabelecer uma maior autonomia nas relações de trabalho, sendo capaz de mitigar e versar sobre direitos antes consolidados.

Dentre tais alterações e acréscimos ocorridos com a entrada em vigor da lei, tem-se uma enorme importância acerca das negociações coletivas. A problemática em questão diz respeito à prevalência desses instrumentos à lei em diversos aspectos, elencados nos incisos referentes ao Art. 611-A da própria lei:

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<sup>1</sup>.

As negociações coletivas, representam o interesse coletivo dos trabalhadores com o fito de garantir a própria existência, tornando um pressuposto fundamental para o equilíbrio de poder e barganha na relação laboral, norteadas por princípios trabalhistas, sendo possível através dos sindicatos<sup>2</sup>.

Com a criação dos sindicatos, formam-se cada vez mais procedimentos para liquidar questões divergentes aos interesses de dois ou mais sujeitos, através de um negócio jurídico conveniente para ambas as partes, e substituindo uma tradicional ação arbitral do Estado, ao assumir essa legitimidade privativa, vislumbrada Art. 8º, inciso III da CF/88.

Deste modo, tem-se um instituto capaz de garantir os interesses das classes trabalhadoras, tendo legitimidade para atuar e negociar no polo ativo das ações referentes às relações de trabalho. A partir daí, as negociações coletivas fizeram-se cada vez mais presentes, resultando-se em dois distintos institutos, a convenção coletiva e posteriormente, o acordo coletivo.

As convenções coletivas no ordenamento jurídico brasileiro, deram-se através do Decreto nº 21.761 de 1932, ao possuir um caráter amplo que incluía todas as categorias profissionais e econômicas até obter um *status* constitucional, ao ser positivada na Constituição de 1934<sup>3</sup>.

A criação e o desenvolvimento da Organização Internacional do Trabalho (OIT) tiveram fundamental importância para o cenário internacional à época, contribuindo para uma preocupação universal às relações de trabalho, uma vez que tampouco existia a harmonização jurídica de normas e regras trabalhistas. Os países-membros

---

1 LEI 13.467, 13 de Julho de 2017. Revogações das disposições da CLT. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm). Acesso em: 09 mar. 2020.

2 SILVA, Bruno Ferreira Viana. Evolução Histórica das Negociações coletivas de trabalho e sua inocuidade ante o ordenamento jurídico brasileiro. Monografia do curso de Direito. Faculdade de Direito da Universidade Federal de Ceará. Fortaleza, 2013.

3 CARDOSO, Jucelino. Convenção coletiva na proteção do direito do trabalho: aspectos destacados. Monografia do Curso de Direito. Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Itajaí, 2006.

começaram a pautar-se pelas recomendações e regulamentações da organização, realizando suas próprias normas internas. A própria natureza da convenção coletiva é um dos exemplos de recomendação da organização, evidenciada na recomendação nº 91 da OIT, onde define que:

Todo acordo escrito relativo às condições de trabalho e de emprego, celebrado entre um empregador, um grupo de empregadores, de um lado, e, de outro, uma ou várias organizações representativas de trabalhadores, ou, na falta dessas organizações, representantes dos trabalhadores interessados por eles devidamente eleitos e credenciados, de acordo com a legislação nacional<sup>4</sup>.

Nesse contexto, sob a forte influência das convenções e recomendações da OIT e sua natureza *erga omnes* para a caracterização do negócio jurídico, a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) reproduziu redação condizente com a definição da recomendação da OIT acerca das convenções coletivas, evidenciada no caput do Art. 611 da CLT:

Convenção coletiva de Trabalho é o acordo de caráter normativo, pelo qual dois ou mais Sindicatos representativos de categorias econômicas e profissionais estipulam condições de trabalho aplicáveis, no âmbito das respectivas representações, às relações de trabalho<sup>5</sup>.

No que tange ao acordo coletivo, este direito fora positivado na Constituição de 1988, com o fito de estreitar as relações entre empregadores e empregados das normas pactuadas dentro da própria empresa, passando a existir no ordenamento jurídico trabalhista dois instrumentos legais de negociação coletiva, a convenção coletiva e o acordo coletivo.

Tais instrumentos, no entanto, possuem natureza distinta, valendo-se da convenção coletiva para toda categoria representada, já o acordo coletivo limita-se às empresas acordantes e seus respectivos empregados, ao visar a manutenção do bem-estar social das relações de trabalho. Fato é, que a celebração deste novo acordo tornou-se possível através do Art. 611, parágrafo 1º, conforme dispõe a CLT:

---

4 ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). Portarias e Convenções da OIT. Disponível em: [http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/decent\\_work/doc/constituicao\\_oit\\_53.8.pdf](http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/decent_work/doc/constituicao_oit_53.8.pdf). Acesso em: 26 fev. 2020.

5 CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO (CLT), 2017. Alterada pela lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017, Brasil. Aprovada alteração da Consolidação das Leis do Trabalho. Presidência da República. Diário oficial. Brasil, 2017.

É facultado aos Sindicatos representativos de categorias profissionais celebrar Acordos Coletivos com uma ou mais empresas da correspondente categoria econômica, que estipulem as condições de trabalho, aplicáveis no âmbito da empresa ou das empresas acordantes às respectivas relações de trabalho<sup>6</sup>.

Em síntese, os acordos coletivos de trabalho buscam estipular regras específicas às partes envolvidas, flexibilizando-as e racionalizando as normas legais, mediante suas minutas<sup>7</sup>. Diante de seu caráter inter partes, identificado pela restrição de seus efeitos aos sujeitos acordantes do ato jurídico, o acordo coletivo de trabalho, em um primeiro momento, passa a ser o acordo que apesar de ser restrito, impõe regras mais condizentes com a realidade do trabalhador, haja vista que tais determinações têm sua validade às relações de trabalho dentro da própria empresa.

Essa maior aproximação das relações trabalhistas, estabelecendo as condições de trabalho pelo acordo coletivo, torna-se alvo de uma importante alteração com a reforma trabalhista, por garantir a sua prevalência ante o estipulado nas convenções coletivas, conforme o acrescentado artigo 620º da CLT: “as condições estabelecidas em acordo coletivo de trabalho sempre prevalecerão sobre as estipuladas em convenção coletiva de trabalho”.

Ocorre que, apesar da existência de hierarquia perante às formas de negociação coletiva, identificada na redação do referido artigo, o mesmo altera a compreensão de seus efeitos nas relações de trabalho, ao ser adicionado a expressão “sempre” à redação, podendo estipular determinadas condições em acordo coletivo que passam a prejudicar o trabalhador ante o estipulado em convenção coletiva.

Além disso, o artigo 620º que se fazia presente antes da reforma trabalhista, dada pela redação do Decreto-Lei nº 229, clarificava a preocupação quanto às condições que estavam estipuladas nas convenções e acordos coletivos, fixando a prevalência da norma mais favorável ao trabalhador. Sendo assim, o novo artigo 620º da CLT vai de encontro ao princípio da norma mais favorável nas relações de trabalho, onde havendo conflito entre duas ou mais normas vigentes aplicáveis à mesma situação, a legislação valia-se pela mais vantajosa ao trabalhador<sup>8</sup>.

---

6 LEI 13.467, 13 de Julho de 2017. Revogações das disposições da CLT. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm). Acesso em: 09 jan. 2020.

7 CARDOSO, Jucelino. Convenção coletiva na proteção do direito do trabalho: aspectos destacados. Monografia do Curso de Direito. Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Itajaí, 2006.

8 SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. Princiologia do direito do trabalho. São Paulo: LTr, 1999.

Por fim, por se tratar de uma alteração recente, a aplicação dos artigos 611-A e 620º da CLT ainda é uma incógnita, de qualquer modo, estando a lei em vigência, faz-se necessário uma análise acerca do instituto da insalubridade, que se torna um dos objetos passíveis de serem acordados nas negociações coletivas no que tange o seu enquadramento e prorrogação laboral, conforme os incisos XII e XIII do Art. 611-A.

## **2. A INSALUBRIDADE COMO OBJETO NAS NEGOCIAÇÕES COLETIVAS**

O instituto da insalubridade é de extrema importância e de uma grande conquista social ao longo do tempo, em que não existiam parâmetros à fixação de insalubridade e sequer legislações específicas sobre o tema, deixando o trabalhador sob a condição do acordado com o empregador, além de todos os riscos concernentes, sem a mínima proteção legal e técnica.

Em uma análise histórica, o direito ao adicional de insalubridade foi uma das conquistas sociais alcançadas durante séculos de discussões, tendo início com a passagem do feudalismo para o capitalismo, através da revolução industrial. As barbáries de uma época originada pela alta produção de mercadorias consumada pelo vácuo legislativo e principiológico da justiça do trabalho, cujo o único objetivo era o lucro, pode ser evidenciada em Marx:

A partir do nascimento da indústria moderna, no último terço do século XVIII, essa tendência transformou-se num processo que se desencadeou desmesurado e violento como uma avalanche. Todas as fronteiras estabelecidas pela moral e pela natureza, pela idade ou pelo sexo, pelo dia e pela noite foram destruídas<sup>9</sup>.

Ainda Marx, ao identificar o trabalho exercido em ambiente insalubre, nos revela que as imposições dadas para estes trabalhadores, não levam em consideração a saúde e a vida do trabalhador, a não ser quando a sociedade o compele a respeitá-las.

Dado esse modelo de sociedade industrial, voltada somente para a produção de bens de consumo, fora necessária uma quebra de paradigma para angariar novos olhares às relações de trabalho. Os movimentos coletivos, acompanhados das revoltas sociais foram de fundamental importância para ocorrer a mudança de paradigma no

9 .....  
MARX, Karl. O Capital: crítica da economia política, vol. 01. Tradução de Reginaldo Sant'Anna. 32ª Ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira. 2014, p. 320.



cenário daquela época, sendo desenvolvida e consolidada ao longo do tempo.

Com o decorrer do tempo, após anos de conquistas sociais, a OIT em 1919 e a Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948, deram base para uma estrutura mais humanista das relações de trabalho, influenciando o sistema jurídico trabalhista brasileiro. Razão que em 14 de janeiro de 1936 surge no Brasil, através da Lei nº 185 o adicional de insalubridade, e em 1955 o adicional de periculosidade.

A primeira redação, apresentada no Art. 2º, embora sucinta, permitia que o salário mínimo dos trabalhadores em serviços insalubres fosse aumentado até a metade. Importante salientar que o trabalho insalubre, por se tratar de um trabalho que exige uma exposição direta e de limite superior de exposição a um agente nocivo, o adicional de insalubridade surge como uma natureza de assegurar a subsistência do trabalhador em ambiente insalubre, pois compreendia-se que uma alimentação mais saudável evitaria as doenças ocupacionais.

Por se tratar de agentes nocivos, o trabalhador exposto ao ambiente insalubre é remunerado de acordo com o grau fixado que varia entre mínimo 10%, médio 20% e máximo 40%, conforme o artigo 192 da CLT:

O exercício de trabalho em condições insalubres, acima dos limites de tolerância estabelecidos pelo Ministério do Trabalho, assegura a percepção de adicional respectivamente de 40%, 20% e 10% do salário-mínimo da região, segundo se classifiquem nos graus máximo, médio e mínimo<sup>10</sup>.

A classificação da porcentagem fixada quanto à insalubridade é estabelecida pelo Ministério do Trabalho, através de um exame criterioso à realização de análises das condições laborais, por meio de um profissional credenciado como perito.

Ocorre que, apesar de existir todo o critério específico à fixação e o enquadramento do grau de insalubridade realizada através de perícia, com o fito de resguardar o direito do trabalhador e a segurança jurídica de tais decisões periciais, a reforma trabalhista interveio em tais regulamentos legais, estabelecendo o enquadramento do grau e a prorrogação da jornada insalubre no rol do artigo 611-A da CLT:

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

---

10 LEI 13.467, 13 de Julho de 2017. Revogações das disposições da CLT. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm). Acesso em: 25 fev. 2020.

- XII – enquadramento do grau de insalubridade;  
XIII – prorrogação de jornada em ambientes insalubres, sem licença prévia das autoridades competentes do Ministério do Trabalho<sup>11</sup>.

Pela exposição de tais riscos, é evidente que a jornada de trabalho deveria ser menor, entretanto, a nova redação dá a possibilidade de que seja estabelecida a porcentagem do grau de insalubridade mínimo (10%) para o que anteriormente era estabelecido como grau máximo (40%), interferindo diretamente na renda do trabalhador e nos procedimentos periciais estabelecidos pelo Ministério do Trabalho.

Já em outro momento, de acordo com o inciso XIII, a jornada em ambiente insalubre poderá ser prorrogada, ou seja, há a possibilidade de estabelecer jornadas diárias maiores sob o efeito de tais agentes nocivos à saúde.

O trabalhador nessa situação se vê na iminência de uma conclusão lógica: poderá ganhar menos e trabalhar mais sob o ambiente precário a sua saúde. Nesse mesmo sentido, conclui-se que, para ganhar o salário estabelecido anteriormente pela porcentagem em grau máximo e fixado o atual em grau mínimo, deverá trabalhar mais horas neste ambiente insalubre para obter o mesmo ganho, tem-se aí a lógica da produtividade alicerçada como objetivo para a reforma trabalhista.

Como se não bastasse, esta modificação estrutural à justiça do trabalho, repercutiu em muitas redações problemáticas e de pouca segurança jurídica, sendo impetradas com o decorrer do tempo Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI), para reverter certos artigos identificados como inconstitucionais.

No que tange o instituto da insalubridade, recentemente houve uma decisão acerca da ADI, no que tange à prorrogação da jornada de trabalho em ambiente insalubre por gestantes e lactantes, prática que fora positivada com a reforma e que não era permissiva na legislação anterior. Em caráter liminar da ADI nº 5938, foi suspenso o referido artigo e, posteriormente em votação colegial, foi definitivamente vetado, tornando o respectivo trecho inconstitucional.

O próprio relator do caso, o Ministro Alexandre de Moraes, questionou em seu voto: “quem de nós gostaria que nossas filhas, irmãs, netas, grávidas ou lactantes,

---

11 LEI 13.467, 13 de Julho de 2017. Revogações das disposições da CLT. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm). Acesso em: 25 fev. 2020.

continuassem a trabalhar em ambientes insalubre?"<sup>12</sup>. Estabelece ainda, uma nítida problemática e discussão que perspassa o âmbito jurídico, ao estabelecer um caracter humanizador em sua decisão. Além disso, utiliza-se de fundamentos constitucionais como o direito à vida e à proteção das gestantes e lactantes, embora não abranja a mesma discussão aos demais trabalhadores.

Tendo isso em vista, surge a necessidade de verificar as consequências dos efeitos proporcionados ao trabalhador brasileiro, pela nova redação do artigo 611-A, uma vez que a análise perpassa o âmbito jurídico e apresenta-se como uma problemática social, ao caracterizar a inconstitucionalidade não só restrita ao campo jurídico, composto por princípios e regras, mas também no escopo social, pois as consequências dos efeitos transmitidos pela nova redação proporcionam danos ao trabalhador que devem ser legalmente combatidos.

### **3. O TRABALHO INSALUBRE E OS EFEITOS DECORRENTES DA NOVA REDAÇÃO**

Esse cenário demonstra que a insalubridade é tratada de forma crua, sem uma análise minuciosa e madura aos fatores negativos que a medida poderá acarretar ao trabalhador. Portanto, tais alterações apresentam-se inviáveis ao longo prazo, não sendo observado o instituto com a devida análise crítica às relações laborais e ao futuro do trabalhador.

De forma sucinta, evidencia-se uma condição duplamente maléfica ao trabalhador. O enquadramento do grau de insalubridade que é diretamente um ganho monetário ao trabalhador, realizado através de perícia especializada, por exercer seu labor em ambientes cujos limites de tolerância são superiores e que passa a afetar a sua saúde, pode ser agora enquadrado em porcentagem de ganho monetário diverso do legislado e do concluído pelos agentes do Ministério do Trabalho.

Já a prorrogação da jornada de trabalho, sem a licença prévia de perícia para ocorrer-la, impõe ao trabalhador a condição de realizar o seu labor em ambiente insalubre, permitindo o contato com os agentes nocivos por mais tempo, sendo diretamente afetado por não existir a perícia adequada à prorrogação laboral dos agentes do Ministério do Trabalho que atuam sob a personalidade jurídica do próprio

---

12 STF confirma proibição de trabalho insalubre de gestantes e lactantes. Agência Brasil em 29 de maio de 2019. Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/justica/noticia/2019-05/stf-confirma-proibicao-de-trabalho-insalubre-de-gestantes-e-lactantes>. Acesso em: 20 mar. 2022.

Estado.

Resta salientar, que desde o primeiro contato com o agente nocivo, o trabalhador sofre repercussões em sua saúde física, podendo gerar sequelas por toda a sua vida<sup>13</sup>. Assim, tais repercussões estão longe do alcance humano, em que por mais que se previna dos possíveis eventos, os mesmos sempre serão incertos, existindo a probabilidade.

Contudo, há o fator psicológico da exposição ao risco presente na insalubridade, pela qual o trabalhador segue sofrendo e tendo a consciência dos efeitos danosos à sua saúde, desde o primeiro dia de trabalho com o agente nocivo, fato que distingue-se da periculosidade<sup>14</sup>.

Fato é, que ninguém em plena consciência quer ter o seu ganho mensal afetado de alguma forma, ainda mais quando se trata de profissões com baixo grau de escolaridade e por conseguinte base salarial, como é a grande realidade dos trabalhadores em fábricas e das pessoas que desempenham funções insalubres.

Destarte, temos medidas individuais para fenômenos que envolvem toda uma coletividade, cuja ignorância dos trabalhadores em relação aos riscos à saúde, levam a preferir o pagamento irrisório. Ou seja, de forma inconsciente os trabalhadores preferem vender a sua saúde por um preço mínimo, do que lutar por melhores condições<sup>15</sup>. Neste contexto, como já evidenciado pelos efeitos na saúde do trabalhador, os resultados de sua negligência aparecem de forma lenta e gradual, porém, diante de tal escolha é contentado com um ganho salarial maior.

Tal é a problemática acerca da insalubridade, que por serem submissos, os trabalhadores realizam a atividade insalubre para garantir o adicional mensal que necessitam por, geralmente, incluírem-se em classes baixas da sociedade.

Outro argumento deve-se ao fato de que, com a minimização da insalubridade com o aparelhamento de equipamentos coletivos ao combate dos agentes nocivos, o empregador não seja obrigado a pagar o adicional. Sendo assim, as normas coletivas

---

13 OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. Proteção jurídica à saúde do trabalhador. 6. Ed. Rev. E atual. São Paulo: Ltr, 2011, p.164.

14 ALMEIDA JR. João Theotonio Mendes; MENDES. Raquel de Lima. Insalubridade e periculosidade no ambiente de trabalho: Uma análise dos riscos à saúde do empregado. Revista eletrônica OAB/RJ. Edição Especial – Direito Ambiental. 2017. Disponível em: <http://revistaeletronica.oabrj.org.br>. Acesso em: 11 mar. 2020.

15 FARIAS, Rafael Donaldio de. A saúde do trabalho frente as condições insalubres que o trabalho proporciona. Jusbrasil. Artigo eletrônico. 2015. Disponível em: <https://rafaelsenado.jusbrasil.com.br/artigos/245215601/a-saude-do-trabalhador-frente-as-condicoes-insalubres-que-o-trabalho-proporciona>. Acesso em: 20 abr. 2020.

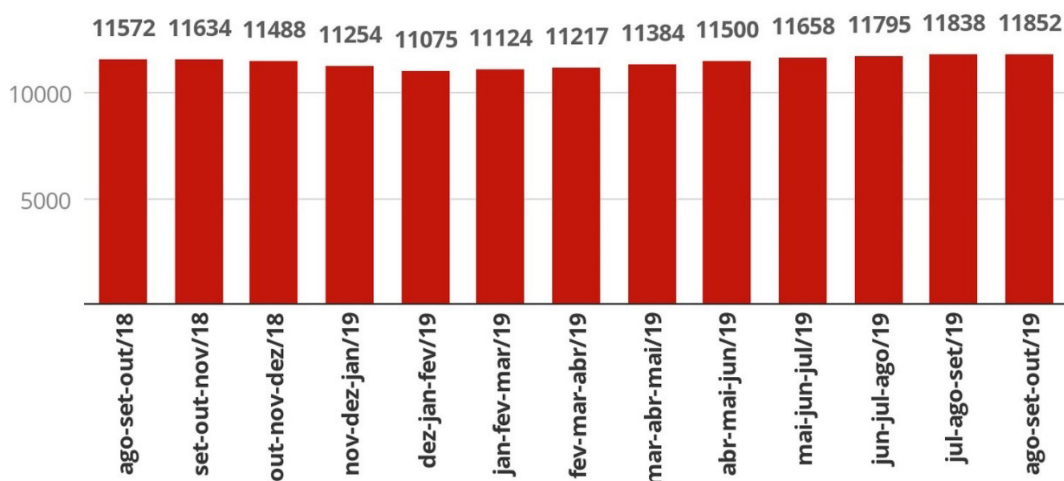
seriam prejudiciais ao ganho do trabalhador, preferindo vender a sua saúde. Tais características jurídico-sociais estão intimamente ligadas, pois o fator monetário estipulado em lei interfere diretamente à saúde do trabalhador, mas e quando sequer são remunerados por isso?

Uma das características da reforma trabalhista foi justamente o crescimento econômico através da produção de empregos formais que a mesma geraria e a redução da informalidade, haja vista que os trabalhadores informais não possuem as mesmas garantias trabalhistas. No entanto, conforme vislumbrado no gráfico 1, pode-se verificar que mesmo após o vigor da reforma trabalhista em 2017, o trabalho informal se manteve.

Gráfico 1 – Empregados fora da CLT

### Empregados sem carteira assinada

Em milhões



Fonte: Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), 2019 - Arte: G1<sup>16</sup>.

Além disso, proporcionou o patamar recorde de quase 11,9 milhões de empregados sem carteira assinada, com um crescimento de 2,4% no período de um ano, correspondente de 2018 a 2019. Nesse sentido, demonstra-se um efeito reverso da reforma trabalhista no mercado de trabalho brasileiro, ao contribuir para

16 G1 (2019). Informalidade bateu recorde em 2019. Publicado em 25 de dezembro de 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/noticia/2019/12/25/informalidade-bateu-recorde-em-2019-veja-historias-de-quem-trabalha-por-conta-propria.ghtml>. Acesso em: 20 mar. 2020.

um trabalho informal. Nesse preocupante contexto, tais trabalhadores sequer terão o direito ao adicional de insalubridade estipulado, pois ao exercerem o ofício, não serão contemplados com o benefício, ainda que trabalhem em ambientes insalubres. Outrossim, pela natureza do trabalho informal, outros benefícios trabalhistas também são exauridos, acarretando na execução de trabalhos que anteriormente não desempenhava, tal qual é o do ambiente insalubre.

Nesse contexto, dá-se a seguinte e possível consequência jurídica da nova redação: o trabalhador irá ter uma remuneração menor ainda que exerça o seu labor em condições de agentes nocivos superiores ao estabelecido e ficará mais tempo em contato direto com os agentes, ao prorrogar o trabalho sem a devida perícia adequada, afetando duplamente a sua saúde.

Tais problemáticas, acarretam não só problemas normativos, mas principiologicos da justiça do trabalho, pelo qual deverá ser alvo de discussões doutrinárias. Ainda, podem acarretar em danos irreversíveis para a saúde do trabalhador que propiciem uma perda ou redução na capacidade laborativa do mesmo, consumando um dano existencial, espécie de dano extrapatrimonial presente na CLT pelo Art.223-B.

Destarte, caso presentes tais efeitos futuros ao trabalhador, que poderá ocorrer em um lapso temporal menor com a vigência da nova redação, haverá a possibilidade de sujeitar ao Estado o pagamento de auxílios para os incapacitados, que não exercerão eficientemente a função. Tais inseguranças e problemáticas dificultam e acabam agravando ainda mais a crise existente, onde ao positivar a legislação sem observar todas as suas consequências, sobretudo, à vida dos trabalhadores, sofre-se o risco dos ganhos com efeitos imediatos não serem compensatórios para o Estado no futuro, uma vez que deverá arcar com todos os custos dessas medidas.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A nova redação possibilitou uma maior abrangência e importância da insalubridade no ambiente laboral, por estabelecer situações que antes eram proibidas em legislação anterior, possibilitando um caráter prejudicial do acordado em negociação coletiva, que não condiz com a própria natureza das negociações coletivas. Princípios basilares do direito do trabalho, como o princípio da proteção e da condição mais favorável passaram-se a ser sucateados pela norma, ao prevalecer o estipulado em

acordo, diante da redação do Art. 611-A.

Ao não observar a constitucionalidade de muitas disposições acrescentadas, ficou-se evidente o cunho econômico da nova redação ao designar uma transformação nas relações de trabalho que viabilizaria uma maximização da produção e emprego no país, ora em crise.

As possibilidades do trabalho em ambiente insalubre tornam-se um grande aliado a estas medidas, ao possibilitar a realização de uma produtividade superior em locais de agentes nocivos, podendo ser exercidas com remuneração inferior pelo enquadramento do grau, fazendo-se supri-la através de uma prorrogação laboral no ambiente insalubre, prejudicando-lhe futuramente.

Por sua natureza, o ambiente insalubre fica geralmente destinado a pessoas diretamente ligadas à produção, que geralmente não necessitariam de uma mão de obra qualificada para a execução dos serviços, refletindo no salário baixo.

Demonstrou-se que a insalubridade é um instituto sensível e com parâmetros definidos e determinados para obter o devido controle legal, e o adicional advindo do trabalho insalubre é de extrema importância para os trabalhadores, na medida em que vendem parte de sua saúde para um provável risco futuro. Assim, sabendo que o trabalho insalubre é destinado as classes mais baixas e que o enquadramento do grau interfere diretamente no baixo salário, a reforma trabalhista adicionou a possibilidade da prorrogação da jornada insalubre, agradando o empresariado industrial e fornecendo a possibilidade do trabalhador exercer o seu labor, ocasionando efeitos não só econômicos, mas à saúde do trabalhador.

Há, portanto, uma consequência estatal futura, pelo eventual agravamento na saúde do trabalhador ao longo do tempo, podendo ter a capacidade laboral limitada e recorrendo-se ao Estado para garantir o seu auxílio. Outrossim, como a prorrogação da jornada insalubre não era permitido anteriormente, dá-se brecha para a realização diária da mesma, sem a licença prévia do Ministério do Trabalho, ou seja, de um órgão fiscalizador estatal. Acarretando na expectativa laboral do trabalhador em ambiente insalubre para reconhecer um auxílio estatal por sua incapacidade laboral, fosse drasticamente diminuída, acarretando no aumento dos gastos públicos pela permissibilidade legislativa.

Nesse sentido, é necessário afirmar que os princípios no direito do trabalho são de extrema importância e uma conquista histórica ao trabalhador, devendo a



redação de âmbito trabalhista sempre observá-los.

De outro modo, as questões abordadas ainda estão produzindo os efeitos de tais redações, proporcionando ao trabalhador em ambiente insalubre um risco maior aos agentes nocivos ao prorrogar o seu trabalho, e diminuindo-lhe o salário em caso de enquadramento inferior. Em uma reforma realizada na parceria do legislativo e executivo, de forma extremamente apressada e com inconstitucionalidades facilmente verificáveis, pode-se ocorrer riscos graves que impossibilitem prematuramente a capacidade laboral dos trabalhadores, convertendo-se ao socorro de um auxílio estatal para arcar com tais incapacidades.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA JR. João Theotônio Mendes; MENDES. Raquel de Lima. **Insalubridade e periculosidade no ambiente de trabalho**: Uma análise dos riscos à saúde do empregado. Revista eletrônica OAB/RJ. Edição Especial – Direito Ambiental. 2017. Disponível em: <http://revistaeletronica.oabRJ.org.br>. Acesso em: 11 mar. 2020.

BRASIL. **Lei 13.467, 13 de Julho de 2017**. Revogações das disposições da CLT. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm). Acesso em: 09 fev. 2020.

BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), 2017**. Alterada pela lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017, Brasil. Aprovada alteração da Consolidação das Leis do Trabalho. Presidência da República. Diário oficial. Brasil, 2017.

CARDOSO, Jucelino. **Convenção coletiva na proteção do direito do trabalho**: aspectos destacados. Monografia do Curso de Direito. Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Itajaí, 2006.

FARIAS, Rafael Donaldio de. **A saúde do trabalho frente as condições insalubres que o trabalho proporciona**. Jusbrasil. Artigo eletrônico. 2015. Disponível em: <https://rafaelsenado.jusbrasil.com.br/artigos/245215601/a-saude-do-trabalhador-frente-as-condicoes-insalubres-que-o-trabalho-proporciona>. Acesso em: 20 abr. 2020.

MARX, Karl. **O Capital**: crítica da economia política, vol. 01. Tradução de Reginaldo Sant'Anna. 32ª Ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira. 2014, p. 320.

NORMA REGULAMENTADORA Nº 15 (NR-15). **Atividades e operações insalubres**. Portaria nº 3.214 de 08 de junho de 1978. Disponível em: [http://www.ccb.usp.br/arquivos/arqpeessoal/1360237303\\_nr15atualizada2011ii.pdf](http://www.ccb.usp.br/arquivos/arqpeessoal/1360237303_nr15atualizada2011ii.pdf). Acesso em 14 fev. 2020.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. **Proteção jurídica à saúde do trabalhador**. 6. Ed. Rev. E atual. São Paulo: Ltr, 2011, p.164.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). **Portarias e Convenções da OIT**. Disponível em: [http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/decent\\_work/doc/constituicao\\_oit\\_53.8.pdf](http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/decent_work/doc/constituicao_oit_53.8.pdf). Acesso em: 26 fev. 2020.

SILVA, Bruno Ferreira Viana. **Evolução Histórica das Negociações coletivas de trabalho e sua inocuidade ante o ordenamento jurídico brasileiro**. Monografia do curso de Direito. Faculdade de Direito da Universidade Federal de Ceará. Fortaleza, 2013.

SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. **Principiologia do direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 1999.

---

## **GESTANTES E LACTANTES EXPOSTAS À INSALUBRIDADE: ANÁLISE SISTEMÁTICA DAS ALTERAÇÕES NO QUADRO JUSTRABALHISTA**

**Denise Fincato**  
**Amanda Donadello Martins**

### RESUMO

O trabalho da mulher é alvo de políticas, nacionais e internacionais, de fomento e proteção. Muitas das previsões tuitivas apegam-se a critérios biológicos, particulares ao gênero feminino, como, por exemplo, os episódios de gestação e lactação que lhe são exclusivos. O estudo debruça-se sobre o art. 394-A da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) e analisa suas alterações desde 2016, passando pela Reforma Trabalhista, pela MP nº 808/2017 e, ainda, pela decisão da ADI nº 5.938. Além de enfrentar a questão técnica contida na norma consolidada, avança para questões sistemáticas que atingem outros ramos do Direito, a exemplificar, o direito previdenciário, onde se aponta grave inconstitucionalidade decorrente da falta de previsão de custeio. Faz análise do acórdão do julgamento do STF para, então, explicar se, diante da declaração de inconstitucionalidade, voltou-se à regra anterior, assim como os motivos para a afirmação ou negação disto. Conclui-se pela impossibilidade de aplicação da repristinação legal no caso e pela incidência da transcendência dos julgados em ADI como fundamento para a nova redação legal da matéria.

Palavras-chave: Gestante. Insalubridade. Inconstitucionalidade. Repristinação. ADI nº 5.938.

---

Denise Fincato

Pós-Doutora em Direito do Trabalho pela Universidad Complutense de Madrid (España). Doutora em Direito pela Universidad de Burgos (España). Mestre pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS (Brasil). Coordenadora do Grupo de Pesquisas Novas Tecnologias, Processo e Relações de Trabalho CNPq/PUCRS. Advogada e Consultora Trabalhista. E-mail: dpfincato1@gmail.com

Amanda Donadello Martins

Mestranda em Fundamentos Constitucionais do Direito Público e Privado pela PUCRS. Especialista em direito do consumidor pela Universidade de Coimbra/PT. Advogada. E-mail: amandadonadello@hotmail.com

## ABSTRACT

The women's work is target of the public politics, national and international wide, promotion and protection. Plenty of protective provisions are connected with biological criteria, specific to women, as an example, the episodes of pregnancy and lactation which are exclusive. The study is focused in the 394-A article of the Consolidation of Labor Law (CLT) and analyzes its changes since 2016, from the Labor Reform, Provisional Measure n. 808/2017 and also by the judgment of Direct Unconstitutionality Action (ADI) n. 5.938. Beyond facing the technical question in the consolidated rule, it advances for systematic questions, which implies others law specialties, as exemplified by social security law, which is observed severe unconstitutionality from the lack of budget's prediction. An analysis of the judgment from the Brazilian Supreme Court is done to explain the declaration of unconstitutionality, the previous rule was returned, as well as the reasons for affirming or denying it. Therefore, it is completed by the impossibility of the application of the legal repristination at the case and by the incidence of the transcendence of the judged on the ADI as basis to the new legal essay from the subject.

Key words: Pregnant. Insalubrity. Unconstitutionality. Repristination. ADI nº 5.938.

## INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 positivou o direito de igualdade entre homens e mulheres como direito fundamental. Tal inclusão abarca a intensa transformação social por que passou (e ainda passa) a sociedade brasileira, em especial a partir da intensificação da presença da mulher no mercado de trabalho.

O trabalho da mulher mereceu e merece tratamento particular nos mais diversos sistemas e ordenamentos jurídicos. Tal abordagem busca assegurar às trabalhadoras condições mínimas de trabalho diferenciadas e mais vantajosas, quando em comparação com o trabalhador de gênero masculino, em especial em razão de determinantes biológicas.

Resgatar o histórico da construção do arcabouço de proteção do trabalho da mulher é importante a este estudo, não apenas para que se visualize sua evolução, mas também para que se possa refletir acerca de sua harmonização aos padrões sociais de identidade de gênero dos seres humanos trabalhadores na atualidade.

Mas é preciso apontar que nem sempre a (hiper)regulamentação do trabalho

de certos grupos ou categorias lhes trará a proteção almejada, podendo, ao revés, ocasionar espécie de efeito colateral de retração nas contratações respectivas. A proteção advém do nível de adesão social ao conjunto normativo (im)posto ou, ainda, ao grau de rechaço que este venha a gerar no setor produtivo.

Nos últimos anos, a legislação brasileira protetiva ao trabalho da mulher sofreu alterações importantes, notoriamente no tocante às questões decorrentes da maternidade biológica e da exposição da mulher em estado gravídico ou período de lactância às atividades insalubres.

Com a Reforma Trabalhista, nova lógica foi proposta, pela qual à mulher gestante ou lactante incumbiria decidir pelo afastamento da atividade e local insalubre (nos níveis médio e mínimo), o que deflagrou uma série de questionamentos e insurgências, inclusive com relação à sua constitucionalidade.

O tema mereceu análise pelo Supremo Tribunal Federal (STF) que, em julgamento à Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 5.938, decidiu declarar a inconstitucionalidade da expressão “quando apresentar atestado de saúde, emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento”, pelo que, em suma, voltam, gestante e lactante, a serem afastadas do trabalho/ambiente insalubre, independente do grau.

As alterações legislativas que levaram ao *status* acima relatado, ora reposto pela decisão do STF, trouxeram em si uma série de inconsistências sistemáticas que são exploradas no presente texto. Tais inconsistências revelam outras inconstitucionalidades, igualmente graves, em especial por deliberar a legislação trabalhista sobre encargos públicos, sem previsão da correspondente fonte de custeio (estas ainda não apontadas ao Tribunal Excelso, por motivos desconhecidos).

O julgamento do STF foi rapidamente interpretado como ensejador de devolução da ordem jurídico-normativa ao *status quo ante* e o presente estudo aponta que tal pode ser uma conclusão rasa e precipitada, especialmente pelo conteúdo do julgado em questão.

É por este motivo que os institutos da reprivatização e da transcendência são analisados no caso concreto para que, enfim, se tenha uma posição técnica acerca dos efeitos do Julgamento da ADI nº 5.938 sobre o texto legal.

O estudo seguiu método de abordagem dedutivo, com procedimentos históricos, comparativos e estruturalistas. Sua interpretação foi eminentemente sistemática e a

pesquisa baseou-se em fontes bibliográfico-documentais.

## **1. BREVE RESGATE HISTÓRICO: TRABALHADORAS GESTANTES E/OU LACTANTES EXPOSTAS À INSALUBRIDADE**

Para adentrar à polêmica do trabalho insalubre de mulheres gestantes ou lactantes, é preciso, primeiro, incursionar pela trilha que levou à proteção diferenciada do trabalho da mulher.

Pode-se afirmar que a mulher ingressou com força no cenário do trabalho fabril-urbano no período da Revolução Industrial do século XVIII (NASCIMENTO, 2011, p. 189) (conhecida como Primeira Revolução Industrial), especialmente em face da ocupação da mão de obra masculina com os episódios das guerras e, ainda mais, por seu baixo custo e docilidade.

A ausência, à época, do Estado como regulador das relações privadas permitiu o avanço de diversos padrões de relacionamento injustos e incorretos, especialmente aos olhos atuais. Jornadas extremamente extensas, trabalhos além das forças físicas do obreiro e inobservância de parâmetros dignos de higiene e segurança no trabalho levaram ao repensar desta postura liberal, em especial no tocante às mulheres e aos menores.

Nascimento (2011, p. 189) relata que as primeiras leis trabalhistas tiveram por objetivo proteger às mulheres e crianças e que, mesmo em diferentes países, versaram sobre idênticos aspectos: (a) proteção à maternidade; (b) igualdade salarial; (c) proibições e limitações peculiares (jornada, tipos de atividades, etc.).

Algumas normas inicialmente coerentes, pois condizentes aos padrões sociofamiliares da época, com o tempo deixaram de sê-lo, como por exemplo, as proibições às mulheres para trabalho extraordinário ou noturno, em subterrâneos ou em atividades insalubres e perigosas.

Alguns apontam os efeitos da “falsa benignidade normativa”, pois tal padrão protetivo, em verdade, afetava negativamente ao mercado de trabalho feminino (LOPES, 2006, p. 412). Nesse sentido, há críticas de que o excesso de normas supostamente protetivas ao trabalho feminino, para além de inibir as contratações femininas, reforça o estereótipo familiar em que a mulher deve se recolher à casa e à

família, dada sua função eminentemente procriativa e voltada à prole<sup>1</sup>. Lopes (2006, p. 412), inclusive, refere que seria falsa a ideia de que a proteção ao trabalho da mulher possui justificativas “humanitárias” e sugere que toda a movimentação e construção teria se dado por obra masculina, no afã de proteger seus empregos, desestimulando a contratação feminina.

*A latere* de tais reflexões, o conjunto normativo de proteção ao trabalho feminino e, em especial à maternidade, pode ser analisado a partir de elementos internacionais, tais como as Convenções da Organização Internacional do Trabalho (OIT), onde se destacam as de nº 3 de 1919 e 103 de 1952, entre outras.

No Brasil, a primeira norma que protegeu a maternidade no ambiente de trabalho foi o Decreto n.º 21.417-A, de 1932, que no art. 7º (BRASIL, 1932) dispôs acerca da proibição do trabalho da mulher no período de quatro semanas antes e quatro semanas após o parto, período em que receberia cinquenta por cento de seu salário, diretamente do empregador. Ainda, concedia à mulher dois descansos de trinta minutos para amamentação da criança, durante o período de seis meses.

Com a Lei n.º 6.136/1974 (BRASIL, 1974), transferiu-se da empresa para a Previdência Social o ônus de arcar com os salários da gestante no período da licença e, mais tarde, a Constituição Federal traria acerca da garantia provisória de emprego até cinco meses após o parto (no art. 10, II, “b” do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da CRFB) (BRASIL, 1988) e, ainda, aumentaria a licença maternidade para cento e vinte dias (o que diferia do padrão da CLT de 1943: quatro semanas antes do parto e oito semanas após este).

Em 2006, a Lei nº 11.324 (BRASIL, 2006) passou a estender às empregadas domésticas o direito à estabilidade provisória e à licença maternidade. Em 2008, a Lei nº 11.770 (BRASIL, 2008), criou o Programa Empresa Cidadã, visando estimular a ampliação do período de licença maternidade para até cento e oitenta dias.

Em 2013, a Lei n.º 12.812 (BRASIL, 2013) estendeu a garantia provisória no emprego às gestantes que engravidassem durante o aviso prévio ou nos contratos a prazo determinado e a Lei nº 12.873 (BRASIL, 2013) estendeu a licença (ou seu saldo) ao cônjuge ou companheiro, em caso de falecimento da mãe e, ainda, sua integridade aos

---

1 Neste sentido, LOPES: “Do estudo acerca das razões que levaram ao estabelecimento de normas de proteção ao trabalho da mulher pode-se concluir que nenhum deles realmente se presta a proteger o trabalho feminino. O que efetivamente buscou-se proteger foi a estrutura da família patriarcal” (LOPES, 2006, p. 411).



homens adotantes.

Com a Lei nº 13.287/2016 (BRASIL, 2016) proibiu-se o trabalho de empregadas gestantes ou lactantes em locais e atividades insalubres, nada dispondo acerca da continuidade (ou não) do adicional insalutífero durante o afastamento.

A Reforma Trabalhista (Lei nº 13.467/2017) (BRASIL, 2017) seguiu com o foco na insalubridade (sem agregar ou sequer mencionar a periculosidade, o que não parece lógico do ponto de vista médico) e resgatou um dos debates travados sobre a matéria em 2016: *seria adequada a manutenção do adicional de insalubridade à gestante ou lactante afastada da área/atividade de risco?* Registre-se, por oportuno, que o adicional de insalubridade possui natureza jurídica de salário-condição<sup>2</sup> e, portanto, a não exposição ao risco (condição), normalmente retira tal parcela dos haveres do trabalhador.

O artigo, automático e peremptório no tocante à gestante exposta a insalubridade em grau máximo<sup>3</sup>, determinava seu afastamento enquanto durasse o período gestacional, relativizando tal comando diante dos graus insalubres médio e mínimo<sup>4</sup>, oportunidade em que a trabalhadora seria mantida no ambiente e/ou atividade, permitindo-se que trouxesse atestado médico (de profissional “de sua confiança”, segundo o texto legal) que recomendasse seu afastamento. No tocante ao período de lactação, alterava a compreensão anterior para, diante de qualquer grau insalutífero, manter a empregada no trabalho, permitindo-lhe apresentar atestado de médico de sua confiança que recomendasse o afastamento<sup>5</sup>.

A Medida Provisória (MP) nº 808/2017 (BRASIL, 2017), que perdeu vigência em 23 de abril de 2018, alterou sensivelmente o quadro, pois revogou os incisos I, II e III do art. 394-A da CLT (BRASIL, 1943), destacando-se a exclusão do adicional de

---

2 Salário Condição é aquele que fica vinculado à ocorrência de uma causa específica. Não se verificando esta condição, o efeito (parcela salarial) não será exigível. (NASCIMENTO, 1984. p. 85). Assim são os adicionais de insalubridade, periculosidade, horas extras e noturnas, por exemplo, que dependem do trabalho nestas condições para a geração do direito à percepção do benefício. O pagamento condicional da insalubridade é admitido pela Súmula 139 do TST: “Enquanto percebido, o adicional de insalubridade integra a remuneração para todos os efeitos legais”. (BRASIL, 2005).

3 E que percebe, em sua remuneração, o adicional de insalubridade em percentual de 40%, calculado sobre o salário mínimo nacional (em razão da Súmula Vinculante nº 4 do STF). (BRASIL, 2008).

4 Adicionais de 20% e 10%, respectivamente, também calculados sobre o salário mínimo nacional.

5 Uma vez que conexo ao tema ora comentado, registra-se que a usufruição do intervalo para amamentação previsto no artigo 396 da CLT (duas pausas de 30 minutos cada), doravante, dependerá do ajuste entre empregada e empregador (nos termos do parágrafo §2º inserido ao dispositivo pela Reforma Trabalhista). (BRASIL, 1943).

insalubridade do conjunto remuneratório da trabalhadora a partir de seu afastamento. Observe-se:

Art. 394-A. A empregada gestante **será afastada**, enquanto durar a gestação, de quaisquer atividades, operações ou locais insalubres e **exercerá suas atividades em local salubre, excluído, nesse caso, o pagamento de adicional de insalubridade.**

[...]

§ 2º O exercício de atividades e operações insalubres em **grau médio ou mínimo, pela gestante, somente será permitido** quando ela, voluntariamente, **apresentar atestado** de saúde, emitido por médico de sua confiança, do sistema privado ou público de saúde, **que autorize** a sua permanência no exercício de suas atividades.

§ 3º A empregada **lactante será afastada** de atividades e operações consideradas insalubres em **qualquer grau quando apresentar atestado de saúde** emitido por médico de sua confiança, do sistema privado ou público de saúde, que recomende o afastamento durante a lactação. (grifou-se)

A perda de vigência da MP fez retornar o texto anterior, retomando-se a redação com incisos da Lei nº 13.467 e a incorporação do adicional à remuneração do afastamento. Três dias após, exatamente em 26 de abril de 2018, a Confederação Nacional dos Trabalhadores Metalúrgicos Protocolou a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) que recebeu o nº 5938 e que foi julgada em 29 de maio de 2019, tendo seu acórdão a seguinte ementa:

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, conheceu da ação direta de inconstitucionalidade. Por maioria, confirmou a medida cautelar e **julgou procedente o pedido formulado na ação direta para declarar a inconstitucionalidade da expressão “quando apresentar atestado de saúde, emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento”**, contida nos incisos II e III do art. 394-A da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), inseridos pelo art. 1º da Lei 13.467/2017, nos termos do voto do Relator, vencido o Ministro Marco Aurélio. Falaram: pelo amicus curiae Confederação Nacional de Saúde - CNS, o Dr. Marcos Vinicius Barros Ottoni; e, pelo amicus curiae Central Única dos Trabalhadores - CUT, o Dr. Ricardo Quintas Carneiro. Presidência do Ministro Dias Toffoli. Plenário 29.05.2019. (grifou-se)

Especialistas e não especialistas afirmaram que o texto da Lei nº 13.467/2017 teria sido alterado pelo STF<sup>6</sup>. Entretanto, a questão, do ponto de vista sistemático,

6 E que teria passado a vigorar da seguinte forma: “Art. 394-A. Sem prejuízo de sua remuneração, nesta incluído o valor do adicional de insalubridade, a empregada deverá ser afastada de: I - Atividades consideradas insalubres em grau máximo, enquanto durar a gestação; II - Atividades consideradas

não é tão pacífica e singela, impondo reflexão técnica para corroborar ou afastar tal compreensão em *prima facie*, o que se fará a seguir.

## **2. COMPLEXIDADES NO AFASTAMENTO COMPULSÓRIO DA GESTANTE/LACTANTE - DA GESTÃO DE PESSOAL**

O afastamento da gestante e/ou lactante é, na maioria das vezes, ato complexo. Recorde-se que o contrato de emprego é *intuito personae*, ou seja, o trabalhador é escolhido por suas habilidades para ocupar determinado posto de trabalho, desenvolvendo ali um conjunto de atividades para as quais é apto. Ao determinar o afastamento de um funcionário - mesmo que temporariamente - do espaço e função de trabalho, por mais correto que este afastamento seja desde a perspectiva médica, um sem fim de desdobramentos laborais se desencadeiam ou podem desencadear-se.

Já de início, o empregador deverá localizar entre os espaços e atividades não insalubres da empresa, aqueles em que a gestante ou lactante possa estar e desenvolver dignamente seu trabalho - nem além, nem aquém de suas competências e forças.

A inação da gestante-lactante não é opção.

O legislador, contudo, não se preocupou em registrar no texto legal que a presença da gestante-lactante em espaço ou função diversos dos contratados, para os fins de cumprimento do comando legal em estudo, se dará a título precário deixando de atuar preventivamente como o fez no artigo 461, § 4º da CLT (BRASIL, 1943) ocasião em que prudentemente previu - embora igualmente parecesse lógico - a não equiparação entre o empregado readaptado e/ou regressado de benefício acidentário com os demais colegas do cenário em que passara a laborar, o que deixa latente, no caso concreto, um risco de pedidos de equiparação salarial.

.....  
insalubres em grau médio ou mínimo; III - atividades consideradas insalubres em qualquer grau § 1o (VETADO). § 2o - Cabe à empresa pagar o adicional de insalubridade à gestante ou à lactante, efetivando-se a compensação, observado o disposto no art. 248 da Constituição Federal, por ocasião do recolhimento das contribuições incidentes sobre a folha de salários e demais rendimentos pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço. § 3o - Quando não for possível que a gestante ou a lactante afastada nos termos do caput deste artigo exerça suas atividades em local salubre na empresa, a hipótese será considerada como gravidez de risco e ensejará a percepção de salário-maternidade, nos termos da Lei no 8.213, de 24 de julho de 1991, durante todo o período de afastamento.". (Grifou-se) (BRASIL, 1943)

Outra questão desprovida de lógica reside na manutenção do adicional de insalubridade agregado à remuneração da empregada mesmo quando esta seja afastada do risco. Reitere-se que o adicional de insalubridade, por sua natureza, somente será devido quando e enquanto persistir a exposição ao risco insalutífero<sup>78</sup>.

Não há como enquadrar a alteração contratual ora em estudo na previsão do artigo 468 da CLT (BRASIL, 1943), pois não se trata de modificação por iniciativa patronal, mas sim de alteração legal (estando fora da discricionariedade do empregador fazê-lo ou não).

Portanto, manter o adicional de risco para um trabalhador não exposto ao mesmo é circunstância que, para além de onerar excessiva e injustificadamente ao empregador, não se justificaria do ponto de vista legal, eis que a alteração contratual na hipótese é, inclusive, benéfica à trabalhadora, que passará a laborar em atividade e/ou local que não ofereça risco a si, ao nascituro ou à criança lactante.

Abstraindo a questão técnica que envolve o pagamento injustificado de adicional condicionado, ateve-se o legislador às orientações internacionais<sup>9</sup> que sinalizam que, em atenção ao mercado de trabalho da mulher, não se deve onerar o empregador com medidas protetivas ao emprego feminino. Assim, elegeu-se um terceiro, estranho à relação trabalhista em si, para arcar com a despesa do afastamento compulsório da trabalhadora: a Previdência Social e, sobre isto, se discorrerá a seguir.

### **3 . COMPLEXIDADES NO AFASTAMENTO COMPULSÓRIO DA GESTANTE/LACTANTE: IMPACTOS PREVIDENCIÁRIOS**

O legislador trabalhista autorizou a compensação previdenciária do afastamento remunerado da mulher no art. 394-A, § 2º, da CLT (BRASIL, 1943) estabelecendo que os valores pagos a título de adicional de insalubridade “sem causa insalutífera” seriam lançados a crédito do empregador quando do recolhimento de suas contribuições previdenciárias, o que, ao final, colocou o pagamento ao encargo da Previdência Social.

7 Sobre o assunto, leciona Luciano Martinez que “Como qualquer complemento salarial, o adicional de insalubridade desaparecerá na medida em que desapareça seu fato gerador” (MARTINEZ, 2017. p. 566).

8 Em consonância, Sérgio Pinto Martins esclarece que “Se o empregado é removido do setor ou passa para outro estabelecimento, perde o direito ao adicional de insalubridade.”. (MARTINS, 2012. p. 677).

9 Vide a seguir, neste estudo.

Reitere-se que o adicional de insalubridade é salário-condição, ou seja, somente será devido se existente o risco a que este se refere. A Previdência Social não é incumbida de tais encargos, próprios das relações privadas de trabalho, sendo inadequado atribuir-lhe tal responsabilidade em qualquer circunstância.

A lógica protetiva imposta no art. 394-A da CLT (BRASIL, 1943) ultrapassa limites sistemáticos, ferindo a legislação previdenciária, eis que cria benefícios previdenciários sem a correspondente fonte de custeio, o que se agrava no § 3º do mesmo dispositivo quando ordena ao empregador que afaste a empregada, encaminhando-a à Previdência Social para fins de “licença-maternidade”, quando não for possível realocá-la.

No projeto do legislador, este encaminhamento se dará para o fim de percepção do salário-maternidade, em decorrência da concessão do auxílio-maternidade (art. 71 da Lei nº 8.213/91) (BRASIL, 1991), pois o legislador equipara a gestação em ambiente insalubre à gestação de risco<sup>10</sup>. Ocorre que a legislação previdenciária não traz especificação de “gravidez de risco” para o fim de concessão do salário maternidade. Destarte, dito § 3º equipara a gestação em ambiente insalubre a uma figura que não existe na legislação específica.

Na prática, a identificação de gravidez de risco, fora do período de 28 dias antes do parto, é causa para concessão de auxílio doença comum, sendo assim rotineiramente deferido<sup>11</sup>.

Tal incursão pelo campo previdenciário ocorre por conta do previsto na Convenção nº 103 da Organização Internacional do Trabalho (OIT)<sup>12</sup>, ratificada pelo

---

10 O que seria equivalente a uma enfermidade não ocupacional, normalmente incapacitante para o trabalho desenvolvido pela empregada, a perdurar durante o tempo em que se estender o estado gestacional, ou o risco. Perceba-se que o trabalhador pode até permanecer apto para o trabalho (como na hipótese de uma trabalhadora ser realocada para home office).

11 O que gera grande impacto, quer à empregada afastada, quer ao empregador que deve mantê-la em folha de pagamento (mesmo que autorizado à compensação) e, especialmente à Previdência Social, uma vez que o auxílio doença tem o valor de 91% da média das contribuições vertidas desde julho de 1994, limitado ao teto dos benefícios previdenciários. O Salário maternidade é o valor da remuneração da empregada, sem limitação ao teto.

12 A Convenção n. 103 da OIT estabelece expressamente que: “4.As prestações em espécie e a assistência médica serão concedidas quer nos moldes de um sistema de seguro obrigatório quer mediante pagamento efetuados por fundos públicos, em ambos os casos serão concedidos de pleno direito a todas as mulheres que preencham as condições estipuladas. [...] 6.Quando as prestações em espécie fornecidas nos moldes de um sistema de seguro social obrigatório são estipuladas com base nos proventos anteriores, elas não poderão ser inferiores a dois terços dos proventos anteriores tomados em consideração. 7. Toda contribuição devida nos moldes de um sistema de seguro social obrigatório que prevê a assistência à maternidade e toda taxa calculada na base dos salários pagos, que seria cobrada tendo em vista fornecer tais prestações, devem ser pagas de acordo com o número

Brasil em 1965, que determina que o custo da licença concedida à empregada grávida ou lactante deve ser socializado, visando impedir a discriminação da mulher no mercado de trabalho<sup>13</sup>. Assim, se incumbiu à Previdência Social suportar a despesa da realocação da gestante-lactante (o que se fez autorizando ao empregador sua compensação com as importâncias a serem pagas para a Previdência Social).

Do ponto de vista sistemático-normativo, é preciso tecer críticas a esta norma.

Apesar de a CRFB (BRASIL, 1988) amparar a maternidade no âmbito previdenciário ao estabelecer que a previdência social, observado seu caráter contributivo e de filiação obrigatória, deve atender a proteção à maternidade, especialmente à gestante (Art. 201, II, da CRFB) (BRASIL, 1988), o art. 195, § 5º da mesma CRFB (BRASIL, 1988) dispõe que **nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a previsão da correspondente fonte para seu custeio total.** (grifou-se)

Pois, é o que ocorre no presente caso: em que pese já houvesse certa acomodação à obrigação de afastamento compulsório da trabalhadora gestante-lactante do ambiente insalubre<sup>14</sup> (em vigor desde 2016), inovou o legislador, ampliando indevida e inconstitucionalmente o benefício previdenciário da maternidade.

Ademais, há problemas na extensão do benefício do salário-maternidade à nova hipótese legal, pois enquanto tipo legal específico que segue com previsão no art. 71 da Lei nº 8.213/91 (BRASIL, 1991), o salário-maternidade será devido à empregada “[...] segurada da Previdência Social, durante 120 dias (cento e vinte) dias, com início no período entre 28 (vinte e oito) dias antes **do parto** e a data de ocorrência deste, observadas as situações e condições previstas na legislação no que concerne à proteção

.....  
de homens e mulheres empregados nas empresas em apreço, sem distinção de sexo, sejam pagas pelos empregadores ou, conjuntamente pelos empregadores e empregados. 8. Em hipótese alguma, deve o empregador ser tido como pessoalmente responsável pelo custo das prestações devidas às mulheres que ele emprega.”. (grifou-se) (BRASIL, 1966)

13 Situação parecida com esta aconteceu quando a CRFB ampliou de 84 para 120 dias a licença maternidade, sem o correspondente custeio. De forma açodada, decidiu-se que incumbia ao empregador o encargo dos 36 dias acrescidos, que se obrigou a acionar o INSS para poder compensar tal encargo, que não lhe incumbia (forte na Convenção nº 103 da OIT), quando do recolhimento previdenciário ordinário. Tal situação gerou embaraço na dinâmica da relação empregatícia das mulheres e, evidentemente, desestímulo em contratá-las.

14 Por exemplo, condenando empregador em danos morais por manter empregada gestante em ambiente insalubre durante toda a gestação (0011046-82.2016.5.03.0109) (BRASIL, 2017) ou declarando improcedência ao pleito de empregada, verificando regularidade na realocação realizada pelo empregador (0011360-77.2016.5.18.0281) (BRASIL, 2017).



à maternidade”, pelo que se conclui que o evento gerador do salário-maternidade é o **parto**, mesmo no caso de natimorto.

Ainda, poderá ser considerado fato gerador do salário maternidade o **aborto não criminoso** (que garante o pagamento do salário-maternidade correspondente a duas semanas, conforme § 5º do artigo 93 do Decreto nº 3.048/99) (BRASIL, 1999) e também **a adoção ou a guarda judicial** para fins de adoção, por força do disposto na Lei nº 12.873, de 24/10/2013 (BRASIL, 2013). A **gestação de risco** vem mencionada em Instrução Normativa do INSS/PRES Nº 77, de 21/01/2015 (BRASIL, 2015), que no art. 343, fixa:

Art. 343. O salário-maternidade é devido durante 120 (cento e vinte dias), com início fixado em até 28 (vinte e oito) dias antes do parto e a data da ocorrência deste, exceto para as seguradas em período de manutenção da qualidade de segurado, para as quais o benefício será devido a partir do nascimento da criança, observado o disposto no § 7º deste artigo.

§ 1º Considera-se fato gerador do salário-maternidade, o **parto**, inclusive do natimorto, o **aborto não criminoso**, **a adoção ou a guarda judicial** para fins de adoção.

§ 2º A data de início do salário-maternidade coincidirá com a data do fato gerador previsto no § 1º deste artigo, devidamente comprovado, observando que se a data do afastamento do trabalho for anterior ao nascimento da criança, a data de início do benefício será fixada conforme atestado médico original específico apresentado pela segurada, ainda que o requerimento seja realizado após o parto.

§ 3º Para fins de concessão do salário-maternidade, considera-se parto o evento que gerou a certidão de nascimento ou certidão de óbito da criança.

§ 4º Em caso de aborto não criminoso, comprovado mediante atestado médico com informação do CID específico, a segurada terá direito ao salário-maternidade correspondente a duas semanas.

§ 5º Tratando-se de parto antecipado ou não, ainda que ocorra parto de natimorto, este último comprovado mediante certidão de óbito, a segurada terá direito aos 120 (cento e vinte) dias previstos em lei, sem necessidade de avaliação médico-pericial pelo INSS.

§ 6º Em casos excepcionais, os períodos de repouso anterior e posterior ao parto podem ser aumentados em duas semanas, mediante atestado médico específico.

§ 7º Para a segurada em prazo de manutenção da qualidade de segurado, é assegurado o direito à prorrogação de duas semanas somente para repouso posterior ao parto.

**§ 8º A prorrogação prevista nos §§ 6º e 7º deste artigo compreende as situações em que existir algum risco para a vida do feto ou da criança ou da mãe, conforme certificado por atestado médico, sendo que, nas hipóteses em que o pagamento é feito diretamente pela Previdência Social, o benefício somente será prorrogado**



---

**mediante confirmação desse risco pela Perícia Médica do INSS. (grifou-se)**

Note-se, assim, que o salário-maternidade, tipo de benefício previdenciário específico, encontra-se atrelado à licença-maternidade, a qual tem natureza trabalhista conforme inciso XVIII do artigo 7º da CRFB (BRASIL, 1988), não podendo ultrapassar 120 dias, estabelecendo a legislação que, em casos excepcionais, os períodos de repouso anterior e posterior ao parto, podem ser ampliados, mediante atestado médico específico, períodos estes que, no entanto, ficam limitados a duas semanas (§ 3º do artigo 93 do Decreto nº 3.048/99) (BRASIL, 1999), estando eventuais prorrogações vinculadas a hipóteses de risco para a vida “do feto ou da criança ou da mãe”, conforme atestado médico e/ou perícia médica do INSS.

Não há, a título de licença ensejadora da percepção do respectivo auxílio e salário maternidade, temporalidade legal superior à prevista nos dispositivos supra. Todo o restante, portanto, escapa à previsão legal e ao custeio já previsto, devendo, se for a hipótese, recair em outras figuras legais ou ser indeferido.

Para fins didáticos, partindo-se do pressuposto do não cabimento do benefício do salário maternidade, mas mantendo-se o dever de afastamento da empregada gestante ou lactante de ambiente insalubre, poder-se-ia aventar do cabimento do auxílio-doença, o que também seria uma impropriedade, já que, conforme artigo 59 da Lei nº 8.213/1991 (BRASIL, 1991), tal benefício será devido apenas quando o segurado ficar “incapacitado para o seu trabalho ou para a sua atividade habitual por mais de 15 (quinze) dias consecutivos”.

No campo previdenciário, as incapacidades decorrem de lesões ou enfermidades que causem transtorno temporário ou permanente, ensejador do afastamento do trabalhador para recuperação da higidez. Definitivamente, não é o caso. A gestante-lactante, pelo só fato da gestação ou lactação, não está incapaz e/ou inapta ao trabalho. E na análise da inaptidão ou incapacidade para o trabalho, o incapacitado ou inapto é o ser humano e não o ambiente de trabalho.

No caso, o afastamento da empregada gestante, estabelecido pelo artigo 394-A da CLT (BRASI, 1943), não decorrerá de incapacidade para o trabalho em razão de alguma enfermidade (tanto assim o é, que ela pode ser remanejada para outro setor da empresa, desde que salubre). Uma vez que não há enfermidade, não há incapacidade ou mesmo inaptidão, como justificar o auxílio doença?

Admitindo-se como justificativa ao enquadramento o “risco futuro incerto”, se poderia interpretar que o afastamento é imposto por lei porque o ambiente insalubre poderá causar danos à saúde da gestante ou lactante (e também do feto, nascituro ou criança). Entretanto, o benefício a ser deferido seguiria os padrões da Previdência Social e não seria pago pelo teto remuneratório percebido pela trabalhadora na ativa, como ocorre com o salário-maternidade, mas sim observando os parâmetros de proporcionalidade dos salários de benefício do INSS.

A extensão do afastamento é também algo complexo, a começar pelas variáveis durante a própria gestação (desde seu início? Apenas na licença maternidade? Licença de 120 ou 180 dias? Licença com prorrogação?), aumentando a complexidade ao adentrar-se na duração do período de afastamento vinculado à amamentação que, pelo dispositivo próprio (396, CLT) (BRASIL, 1943) irá prolongar-se até os 6 meses de idade do filho, podendo prorrogar-se para além disto se assim o exigir a saúde da criança, “a critério da autoridade competente”<sup>15</sup>, sem definição legal acerca do limite máximo.

De qualquer forma, o artigo 394-A da CLT atinge apenas à licença maternidade, não tocando na garantia de emprego (estabilidade provisória da gestante) que segue com os prazos previstos em lei (Art. 10, II, b do ADCT da CFRB) (BRASIL, 1988) ou nos instrumentos coletivos das respectivas categorias.

Os graus de insalubridade referidos pelo texto podem ser aferidos pela Norma Regulamentadora nº 15, de autoria do Ministério do Trabalho (BRASIL, 1978), nos termos do art. 190 da Consolidação das Leis do Trabalho (BRASIL, 1943). Nada obstante, também reflexo da reforma trabalhista, o art. 611-A, inciso XII, da CLT (BRASIL, 1943) passou a admitir convenção coletiva do trabalho sobre o enquadramento de atividades insalubres<sup>16</sup>, ocasião em que a pactuação se sobrepõe ao texto de lei. Nessa seara, denota-se que as atividades de tal modo consideradas poderão ser verificadas por meio das disposições em convenção coletiva ou, não havendo, da classificação da

---

15 Neste caso, segue-se regramento e sequencia padrão para a ordem de prevalência dos atestados médicos: Perito do INSS, Médico do Serviço Único de Saúde, Médico do Serviço Médico da Empresa (próprio ou contratado) e médico particular do empregado (v. art. 6º § 2º Lei 605/49, Súmula 15 do TST)

16 Trata-se de concretização da “teoria do risco social”, pela qual o sinistro sofrido por um trabalhador demandaria cobertura solidária de “toda a sociedade”, assegurando cobertura efetiva ao trabalhador, independentemente da situação econômica de seu empregador, das interpretações das companhias seguradoras ou mesmo da eventual culpa do segurado (IBRAHIN, 2019).

autoridade competente, o que poderá levar à necessária análise casuística.

De se destacar alternativa em tramitação, constante no Projeto de Emenda Constitucional (PEC) nº 6 (Reforma Previdenciária): a “cobertura concorrente” com o setor privado dos benefícios previdenciários “não programados”, nos termos de Lei Complementar, o que poderá alterar o quadro supra descrito e, em especial, o disposto na Convenção nº 103 da OIT (já mencionada neste estudo).

#### **4. MAIS COMPLEXIDADES AO QUADRO: O JULGAMENTO DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE (ADI) Nº 5938**

A Confederação Nacional dos Trabalhadores Metalúrgicos ajuizou Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI)<sup>17</sup>, a fim de pleitear a inconstitucionalidade da previsão de iniciativa de afastamento da trabalhadora, diante de atividades insalubres em grau médio ou mínimo. Lançou como argumento o fato de que o afastamento da empregada gestante ou lactante, independentemente de apresentação de laudo médico, se constituiria medida protetiva não somente à mulher, como também ao recém-nascido ou nascituro, conforme o caso.

Em sede do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 5938, de relatoria do Ministro Alexandre de Moraes, o Supremo Tribunal Federal, decidiu, por maioria, pela inconstitucionalidade de alguns trechos do art. 394-A da CLT (BRASIL, 1988).

O Ministro Alexandre de Moraes, em seu voto, defendeu que a proteção à maternidade e à criança devem albergar máxima eficácia, pois seriam direitos sociais indisponíveis. Afirmou que, em se tratando de direitos irrenunciáveis, não devem ser relativizados pelo desconhecimento ou negligência da gestante/lactante que não dispuser de laudo médico, asseverando, mais uma vez, tratar-se de garantia constitucional. Nesse sentido, também ressaltou que a norma em análise contraria a jurisprudência adotada pela Corte Suprema e imputa à trabalhadora o ônus de prova da insalubridade do trabalho/ambiente. Por fim, destacou que a medida não se mostra onerosa ao empregador, que terá os encargos financeiros compensados, na forma do texto legal.

17 Movimentação Processual e maiores detalhes acessáveis pelo seguinte link, que leva ao sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5447065>. (BRASIL, 2019)

De outro lado, o Ministro Marco Aurélio apresentou divergência, afirmando que as políticas de alargamento da proteção ao gênero feminino acabariam prejudicando o próprio gênero, face a oferta excessiva de mão de obra e a escassez de empregos. Sustentou, assim, que a mulher não precisa ser tutelada além do que se mostra razoável. Arguiu que a redação reformista do art. 394-A já tutela os direitos gravídicos e que a apresentação de atestado médico não seria desarrazoada, mas aconselhável. Por fim, aduziu não verificar qualquer afronta à Constituição Federal.

Ao cabo, por maioria, decidiu a Corte pela inconstitucionalidade do trecho “quando apresentar atestado de saúde, emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento”, constante nos incisos II e III do artigo 394-A da CLT. Ainda, durante a sessão de julgamento, o Relator Ministro Alexandre de Moraes afirmou que, mesmo com a manutenção do restante do texto legal do art. 394-A da CLT, se pretenderia, com o reconhecimento da inconstitucionalidade, o retorno da redação conferida pela Lei nº 13.287/2016 (BRASIL, 2016), não mais condicionando o afastamento da empregada à apresentação de atestado médico.

Ocorre que, ainda que a intenção dos ministros tenha sido o retorno da redação legal anterior à Reforma Trabalhista, a comparação entre os dispositivos denota que, concretamente, tal não ocorreu (vide quadro comparativo ao final). Isso porque, para o retorno do texto anterior, deve-se analisar o fenômeno da reprivatização, pelo qual a norma revogada – aqui, a do texto anterior à reforma – volta a vigor, por ocasião da revogadora ter perdido sua vigência – no caso, a do texto reformista, objeto de inconstitucionalidade (AMARAL, 2003, p. 71).

Em outros termos, a reprivatização se divide em dois momentos, a saber: o *primeiro*, em que a norma superveniente revoga a disposição anterior – pela simples vigência do novo texto, como no caso da reforma laboral; e o *segundo*, em que a norma superveniente vem a ser revogada, no caso, se porventura tivesse a norma disposta pela reforma laboral sido revogada.

Nessa situação, entende-se que, uma vez decorrente de reconhecimento de inconstitucionalidade, a reprivatização trata de efeito necessário, ainda que a Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (LINDB) (BRASIL, 1942) disponha, em seu art. 2º, § 3º, que *a lei revogada não se restaura por ter a lei revogadora perdido a vigência, salvo disposição em contrário* (DIMOULIS, 2014, p. 192-192). Isso porque, sendo inconstitucional, afastam-se todos os efeitos dela decorrentes, inclusive a capacidade

de revogar a norma anterior (DIMOULIS, 2014, p. 192).

E nessa seara, a norma em análise não se adequa à hipótese repristinação. Com efeito, a repristinação aplica-se às normas revogadas em sua totalidade, ou que, pelo menos, deixem lacuna jurídica (AMARAL, 2003, p. 71). O artigo legal objeto de ação direta de inconstitucionalidade teve apenas um trecho revogado, mantendo o restante da norma, em todos os seus termos. Portanto, se a norma não perdeu sua vigência na totalidade do dispositivo legal, tampouco restou omissa à alguma situação, sequer há como ser objeto de repristinação.

Nada obstante, a norma objeto de ação direta de inconstitucionalidade também não teve seu texto alterado de modo a se tornar idêntica ao texto anterior.

Em verdade, da leitura do novo dispositivo depreende-se que não mais se requer atestado médico ao afastamento e consequente remanejamento da empregada gestante ou lactante. Todavia, como já referido, significantes foram as alterações havidas em relação à hipótese de não afastamento das atividades insalubres e percepção de salário-maternidade, razão por que não há falar em retorno do texto pré-reforma, porquanto aquele limitava-se a estipular a necessidade de realocação da empregada gestante e lactante ao exercício de atividades, operações e locais salubres.

Sem óbice, o que se pode observar é que a intenção da Suprema Corte residiu, de fato, no retorno da vigência do texto anterior à reforma, entretanto, tão somente no que concerne a desvinculação dos graus de insalubridade à necessidade de apresentação de atestado médico pela empregada gestante e lactante.

E, nesse sentido, nada obsta que se afirme que os efeitos decorrentes da ação direta de inconstitucionalidade sejam aqueles já vivenciados quando da redação anterior à reforma laboral. Isso porque a sentença prolatada em ação direta de inconstitucionalidade possui efeitos transcendentais, de modo a vincular não somente seu dispositivo, como também os motivos determinantes utilizados na extensão da decisão (BARROSO, 2016, p. 248). Como corolário lógico, deverão os tribunais observar não somente a alteração do artigo, como também a interpretação utilizada no julgamento (BARROSO, 2016, p. 249). Na hipótese em liça, portanto, em sendo a intenção do Supremo Tribunal Federal desburocratizar o afastamento da gestante e da lactante, de modo a permiti-lo pela constatação de seu estado e da atividade insalubre, deverão os tribunais assim observar para, em consonância, decidir.

Por conseguinte, imprescindível analisar os efeitos jurídicos aos casos em

dissonância. Isto é, face a declaração de inconstitucionalidade da norma, a gestante ou lactante que exerce atividade laboral insalubre e, até então, não foi afastada de tal condição, sofrerá consequências? Ou, ainda, a gestante ou lactante que se viu em prejuízo ou sofreu dano decorrente do exercício da atividade laboral insalubre poderá buscar alguma reparação?

As respostas às tais irresignações vêm dispostas pelos efeitos da própria declaração de inconstitucionalidade.

A eficácia da sentença proferida em ação de controle indireto, por seu tipo normativo, é de natureza declaratória (DIMOULIS, LUNARDI, 2014, p. 196). Isso porque, a decisão que reconhece a inconstitucionalidade não constitui nem desconstitui qualquer direito, uma vez que apenas afere a validade da norma no ordenamento jurídico pátrio (ZAVASCKI, 2017, p. 65). Como consequência, ao se verificar a inconstitucionalidade da norma, na verdade, se reconhece a ineficiência do referido texto à vigência, razão pela qual há verdadeira invalidade (ZAVASCKI, 2017, p. 65)<sup>18</sup>. Portanto, a eficácia normativa seria *ex tunc*, havendo a retroatividade dos efeitos, salva expressa deliberação em contrário (BARROSO, 2016, p. 235)<sup>19</sup>.

Em consonância, o art. 102, § 2º, da Constituição Federal (BRASIL, 1988) estabelece que a decisão prolatada na ação direta possui eficácia contra todos, exercendo, inclusive, efeito vinculante. Nesse sentido, a sentença da ação de controle irradia efeitos a todos os seus possíveis destinatários e obriga as autoridades do Poder Judiciário e da Administração Pública a observá-la (ZAVASCKI, 2017, p. 65-66).

Todavia, importa diferenciar que, enquanto a eficácia *ex tunc* decorre na invalidade da norma no período anterior, o efeito vinculante não decorre da validade ou da invalidade da norma, mas, em verdade, tão somente da sentença apreciada,

---

18 Sobre o assunto, já lecionou o Min. Brossard, no voto proferido na ADI 2, RTJ 169/780 “verifica e anuncia a nulidade como o joalheiro pode afirmar, depois de examiná-lo, que aquilo que se supunha ser um diamante não é diamante, mas um produto sintético. O joalheiro não fez a pasta sintética, apenas verificou que o era. Também a decisão judicial não muda a natureza da lei, como o joalheiro não muda a natureza do diamante. Ela nunca foi lei, ele nunca foi diamante. Aquilo que se supunha ser um diamante e o perito verificou ser um produto sintético, não deixou de ser um diamante a partir da verificação do joalheiro, mas ab initio não passava de um produto sintético. Também a lei inconstitucional. O Judiciário não a fez inconstitucional, apenas verificou e declarou que o era. Por isso seu efeito é *ex tunc*.” (ZAVASCKI, 2017. p. 65).

19 Assim dispõe a lei nº 9.868, da ação direta de inconstitucionalidade: Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado (BRASIL, 1999).



razão pela qual seu termo é a publicação do acórdão (ZAVASCKI, 2017, p. 65-66). Nesse sentido, quando decisão anterior à publicação do acórdão da ação de controle resolver caso em dissonância, deve ser feita análise pela eficácia *ex tunc*. De outro lado, quando decisão posterior à publicação do acórdão da ação direta de inconstitucionalidade resolver caso em sentido dissonante daquele definido na ação direta deverá ser realizada revisão decorrente do efeito vinculante da sentença.

Consoante as considerações expostas, denota-se que a alteração propiciada por ocasião da ADI nº 5938 possui eficácia *erga omnes*, bem como efeito vinculante, natureza declaratória e, corolário lógico, eficácia *ex tunc*.

Por essa razão, tem-se que os casos supervenientes, bem como os já tramitantes deverão observar as disposições trazidas pela ADI nº 5938. A decisão que assim não atender, será passível de ação reclusória, com fulcro no art. 102, inciso I, alínea I, da Constituição Federal (BRASIL, 1988) (ZAVASCKI, 2017, p. 74). Em outros termos, a decisão que negar à mulher gestante ou lactante o afastamento da atividade laboral insalubre pela não apresentação de atestado médico, será passível de ação reclusória ao STF.

De igual forma, casos anteriores, objeto de apreciação judicial, com sentença dissonante do resultado da ação direta, poderão ser alvo de ação rescisória, nos termos do art. 525, § 12, do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015), desde que respeitado o prazo decadencial (BARROSO, 2016, p. 263). Ou seja, caso a empregada tenha tido seu distanciamento negado, ainda estando no período de lactação ou gestação, poderá ajuizar ação rescisória, a fim de, tão logo, ver-se afastada daquele ambiente ou atividade laboral insalubre. Igualmente, os casos posteriores à decisão da ADI nº 5938 mas anteriores à publicação de seu acórdão, não devem ter condicionado o afastamento da gestante e da lactante à apresentação de atestado médico, à luz, não somente da eficácia *ex tunc*, como também da necessidade de observação da interpretação e intenção adotada no julgamento realizado pela Suprema Corte, outrora já mencionada nesse estudo.

Nessa seara, entretanto, a empregada que tenha sofrido dano em decorrência da aplicação da lei inconstitucional, antes que assim fosse declarada, não poderá pleitear reparação. Isto porque, tratando-se de decisão anterior, à época, correta era a decisão tomada em consonância à norma inconstitucional, de modo que não se configure qualquer ilícito por parte da empresa que, evidentemente, não poderia presumir a inconstitucionalidade do texto da lei. Nesse sentido, inclusive, o Ministro Gilmar



Mendes encerra a discussão, ao expressar que “os atos praticados com base em lei inconstitucional que não mais se afigurem suscetíveis de revisão não são afetados por declaração de inconstitucionalidade” (MENDES, 1999, p. 432). Por esse motivo, tem-se que a eficácia retroativa não é absoluta, pois se preservam algumas das situações jurídicas já consolidadas, em razão da segurança jurídica (SIQUEIRA JR., 2011, p. 270).

Dessarte, ainda que, em relação a integralidade do art. 394-A da CLT não se possa afirmar pelo retorno da redação pré-reforma laboral, a parte do texto alvo de ação direta de inconstitucionalidade, de fato, guarda identificação com o texto anterior, desvinculando o afastamento da empregada gestante e lactante aos graus de insalubridade e à apresentação de atestado médico. Nesse sentido, é pelos efeitos transcendentais da sentença prolatada em ação direta de inconstitucionalidade que se deve observar a razão de decidir adotada pelo Supremo Tribunal Federal, de modo a considerar como efeito decorrente do reconhecimento da inconstitucionalidade, o retorno do texto anterior à reforma laboral. Ademais, também decorrência dos efeitos da sentença proferida em ação de controle, a alteração promovida no dispositivo legal deve ser, tão logo, observada e aplicada, possibilitando-se, inclusive, a revisão de casos anteriores resolvidos à égide da lei inconstitucional, desde que assim sejam suscetíveis.

## **CONCLUSÃO**

A questão do afastamento das trabalhadoras gestantes e/ou lactantes de atividades e ambientes insalubres ainda gera polêmica e desassossego.

Em primeiro, aos analistas de carreiras, parece haver um inchaço normativo no tocante ao trabalho da mulher brasileira, em especial durante seus estados gravídicos ou de lactância, o que poderia gerar como efeito rebote a retração nas contratações de gênero feminino.

Prosseguindo, a alteração legal em estudo trouxe a quebra da lógica fático-legal de que, em não havendo exposição ao risco insalutífero, não há que se falar em pagamento de seu respectivo adicional. Ocorre que o afastamento da gestante/lactante, quer da atividade, quer do próprio trabalho, não retiram o adicional de insalubridade de seu conjunto remuneratório.

Quanto à previsão de que o afastamento da trabalhadora, em atividades

insalubres de grau médio ou mínimo, apenas se daria por sua iniciativa, mediante exibição de atestado lavrado por médico de sua confiança, pondera-se que o acompanhamento pré-natal no Brasil é gratuito e sua ausência, inclusive, pode gerar a responsabilização da gestante. A mesma linha racional que leva a trabalhadora ao afastamento da atividade insalubre deve levá-la à obrigatória realização do pré-natal<sup>20</sup>, pena de responsabilidade. Não há qualquer óbice à realização do pré-natal da mulher trabalhadora, vez que há previsão consolidada de justificativa de falta ao trabalho nas oportunidades em que tiver de realizar consultas e exames relativos à gestação (art. 392 § 4º, II da CLT). Destarte, não seria impossível ou mesmo difícil à trabalhadora a obtenção de documento que, certamente, atenderia aos cuidados médicos necessários consigo, com o nascituro ou com o lactante. Aliás, a saúde é a matéria de fundo do art. 394-A da CLT e ninguém melhor que os profissionais da medicina para a expedição de atestados acerca do tema.

Afora esse debate, o estudo levantou grave inconstitucionalidade, que diz respeito à criação de despesa previdenciária sem o correspondente custeio. Uma vez que o encargo com o afastamento da trabalhadora não pode ser imposto ao empregador (por força da Convenção nº 103 da OIT), a sistemática criada permitiu-lhe o exercício compensatório dos valores pagos à empregada com os valores por si devidos ao Seguro Social. Ou seja, passou-se o encargo da nova garantia trabalhista à Previdência Social. Ocorre que tal não foi precedido da criação da correspondente fonte de custeio e, pior, os malabarismos para o encaixe hermenêutico do afastamento da obreira (como se licença maternidade o acidente laboral fossem) não guardam conexão com os conceitos e postulados do sistema de seguro social. O tema ainda não foi enfrentado pelo STF mas, certamente, trata-se de afronta ao sistema constitucional brasileiro e, mais, fator de desequilíbrio das contas públicas. Por oportuno, destacou-se que a PEC nº 6 (Reforma da Previdência) resgata a figura do *custeio concorrente* de benefícios previdenciários não programados o que, diferentemente dos acidentes de trabalho mencionados na proposta, não se pode aplicar ao caso em concreto. Gestações

20 Neste sentido: Ao nascituro vítima do dano genético ou do dano pré-natal, como a qualquer outro membro da família, não pode ser subtraído o direito à reparação integral tão somente porque o agente causador foi a sua própria mãe. O ordenamento jurídico brasileiro não alberga imunidade ou inimizabilidade à gestante que, de forma culposa ou dolosa, ocasionar qualquer espécie de dano ao nascituro. A doutrina da imunidade parental, muito aplicada nos países de common law até meados do século passado e segundo a qual a preservação da harmonia familiar deveria se sobrepor a toda e qualquer compensação eventualmente devida pelos pais aos filhos, encontra-se em franco declínio [...]. (grifou-se). (DELGADO, 2019)

e lactações não podem ser enquadrados como acidentes de trabalho, para nenhum fim, conforme já argumentado alhures.

O tema dos atestados médicos foi afastado com o julgamento, pelo STF, da ADI nº 5938. Entretanto, não é tão simples afirmar que a situação legal em estudo haveria se reconstituído ao que era antes da Reforma Trabalhista, ou seja, que haveria ocorrido o retorno à vigência da norma legal existente antes da Lei nº 13.467/2017. Foi necessário, então, abordar o fenômeno da repristinação, aqui entendido como efeito necessário à higidez do ordenamento (em que pese o disposto no art. 2º § 3º da LINDB).

A partir de tabela comparativa (disposta ao final), dispensando-se maiores esforços analíticos, demonstrou-se que a versão do art. 394-A válida até a Reforma Trabalhista é bastante diversa da atualmente em vigor (pós-decisão do STF, já incorporados seus efeitos).

Tecnicamente, ocorre a repristinação quando a norma revogada (no caso, a Lei nº 13.287/2016) volta a vigor por ocasião da norma revogadora (Lei nº 13.467/2017) ter perdido sua vigência, pois, ao impedir a geração de efeitos à norma inconstitucional (de forma *ex tunc*), retira-se-lhe inclusive o poder revogante. À toda evidência, não é este o caso em concreto.

A explicação da redação legal híbrida, mescla da norma anterior com a norma posterior e do “ajuste” realizado pelo STF, deverá, então, partir do efeito transcendente das decisões em ações diretas de inconstitucionalidade. Tal efeito vincula não apenas o dispositivo da decisão, como também os motivos que lhe foram determinantes, ou seja, a interpretação que lhe foi dada pela Corte naquele momento. Daí que a ordem jurídica, em julgamentos futuros, deva observar não apenas a alteração (parcial) do dispositivo legal inconstitucional como principalmente a fundamentação hermenêutica contida no decisum.

Foi intenção do STF, acredita-se, simplificar o afastamento da gestante/lactante do ambiente insalubre, determinando que tal ocorresse mediante a simples prova do fato da gestação ou lactação. Esses efeitos, em que pese a previsão de retroação da nulidade à origem da norma, respeitam os atos praticados durante sua vigência, de tal sorte que não se poderá responsabilizar o empregador por não ter afastado uma gestante exposta a insalubridade em grau médio, pois a regra regente da relação não lhe impunha tal conduta àquela época (princípio da legalidade).

Percebe-se que o tema estudado para além de permear questões médicas que dizem respeito à saúde das gestantes, nascituros, nutrizes e lactantes, ainda passa por aspectos clássicos de constituição da remuneração da relação de trabalho que não foram clara e (ao ver das autoras) corretamente resolvidos. Se o adicional de insalubridade é salário condição, o afastamento compulsório da gestante seria motivo para alteração de sua natureza jurídica, ignorando-se seu caráter condicionado? Da mesma forma, e quiçá mais grave, a temática do encargo previdenciário sem o respectivo custeio é evidente e irremediável. Não é viável a equiparação da gestação saudável à gestação de risco em razão do ambiente laboral habitado pela gestante. Da mesma forma (e inclusive para os fins do *custeio concorrente* invocado pela PEC nº 6), não se pode equiparar gestação a acidente do trabalho.

Por fim, o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro é complexo e a afirmação simplória de que a decisão do STF na ADI nº 5938 fizera retornar o art. 394-A da CLT à vigência anterior não corresponde à realidade: foi o estudo dos fenômenos da repriminção e da transcendência que permitiu dar justificativa técnica plausível ao novo *status* legal estabelecido pela Corte Suprema à matéria do trabalho insalubre de gestantes e lactantes.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Francisco. **Direito Civil**: Introdução. 5 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 7 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL. [1988] **Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988**. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 18 ago. 2019.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Convenção relativa ao Amparo à Maternidade**. OIT nº 103. Adotada na 35.<sup>a</sup> Sessão da Conferência, em Genebra (1952), foi aprovada pelo Decreto Legislativo n.º 20, de 30 de abril de 1965 e efetuado o registro do instrumento de ratificação no B.I.T. em 18 de junho de 1965. Entrou em vigor, para o Brasil, em 18

de junho de 1966, e foi promulgada pelo Decreto n.º 58.820, de 14 de julho de 1966, publicado no D.O.U. de 19 de julho de 1966. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/ConvRelAmpMat.html>. Acesso em: 17 ago. 2019

BRASIL. **Decreto Legislativo n. 20, de 30.4.65, do Congresso Nacional.** Aprova as Convenções de n.ºs. 21, 22, 91, 93, 94, 97, 103, 104, 105, 106 e 107 e rejeita a de n.º 90, adotadas pela Conferência-Geral da Organização Internacional do Trabalho. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/1960-1969/decretolegislativo-20-30-abril-1965-349517-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 18 ago. 2019.

BRASIL. **Decreto nº 21.417-A, de 17 de maio de 1932.** Regula as condições do trabalho das mulheres nos estabelecimentos industriais e comerciais. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-21417-a-17-maio-1932-526754-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 18 ago. 2019.

BRASIL. **Decreto nº 3.048/99, de 06 de maio de 1999.** Aprova o Regulamento da Previdência Social, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D3048.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3048.htm). Acesso em: 18 ago. 2019.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942.** Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del4657compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm). Acesso em: 18 ago. 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/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm). Acesso em: 18 ago. 2019.

BRASIL. **Instrução Normativa do INSS/PRES Nº 77.** Estabelece rotinas para agilizar e uniformizar o reconhecimento de direitos dos segurados e beneficiários da Previdência Social, com observância dos princípios estabelecidos no art. 37 da Constituição. Disponível em: <http://sislex.previdencia.gov.br/paginas/38/inss-pres/2015/77.htm>. Acesso em: 18 ago. 2019.

BRASIL. **Lei nº 11.324, de 19 de julho de 2006.** Altera dispositivos das Leis nº s 9.250, de 26 de dezembro de 1995, 8.212, de 24 de julho de 1991, 8.213, de 24 de julho de 1991, e 5.859, de 11 de dezembro de 1972; e revoga dispositivo da Lei nº 605, de 5 de janeiro de 1949. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2006/Lei/L11324.htm#targetText=LEI%20N%C2%BA%2011.324%2C%20DE%2019%20DE%20JULHO%20DE%202006.&targetText=Altera%20dispositivos%20das%20Leis%20n%C2%BA,5%20de%20janeiro%20de%201949](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11324.htm#targetText=LEI%20N%C2%BA%2011.324%2C%20DE%2019%20DE%20JULHO%20DE%202006.&targetText=Altera%20dispositivos%20das%20Leis%20n%C2%BA,5%20de%20janeiro%20de%201949). Acesso em: 18 ago. 2019.

BRASIL. **Lei nº 11.770, de 9 de setembro de 2008.** Cria o Programa Empresa Cidadã, destinado à prorrogação da licença-maternidade mediante concessão de incentivo fiscal, e altera a Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2008/Lei/L11770.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11770.htm). Acesso em: 18 ago. 2019.

BRASIL. **Lei nº 12.812, de 16 de maio de 2013.** Acrescenta o art. 391-A à Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, para dispor sobre a estabilidade provisória da gestante, prevista na alínea b do inciso II do art. 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2013/Lei/L12812.htm#targetText=LEI%20N%C2%BA%2012.812%2C%20DE%2016,ATO%20das%20Disposi%C3%A7%C3%B5es%20Constitucionais%20Transit%C3%B3rias..](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12812.htm#targetText=LEI%20N%C2%BA%2012.812%2C%20DE%2016,ATO%20das%20Disposi%C3%A7%C3%B5es%20Constitucionais%20Transit%C3%B3rias..) Acesso em: 18 ago. 2019.

BRASIL. **Lei nº 12.873, de 24 de outubro de 2013.** Autoriza a Companhia Nacional de Abastecimento a utilizar o Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC, instituído pela Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011, para a contratação de todas as ações relacionadas à reforma, modernização, ampliação ou construção de unidades armazenadoras próprias destinadas às atividades de guarda e conservação de produtos agropecuários em ambiente natural; altera as Leis nºs 8.212, de 24 de julho de 1991, e 8.213, de 24 de julho de 1991, o Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1942 - Consolidação das Leis do Trabalho, as Leis nºs 11.491, de 20 de junho de 2007, e 12.512, de 14 de outubro de 2011; dispõe sobre os contratos de financiamento do Fundo de Terras e da Reforma Agrária, de que trata a Lei Complementar nº 93, de 4 de fevereiro de 1998; autoriza a inclusão de despesas acessórias relativas à aquisição de imóvel rural nos financiamentos de que trata a Lei Complementar nº 93, de 4 de fevereiro de 1998; institui o Programa Nacional de Apoio à Captação de Água de Chuva e Outras Tecnologias Sociais de Acesso à Água - Programa Cisternas; altera a Lei nº 8.666, de 21



de junho de 1993, o Decreto-Lei nº 167, de 14 de fevereiro de 1967, as Leis nºs 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, 9.718, de 27 de novembro de 1998, e 12.546, de 14 de setembro de 2011; autoriza a União a conceder subvenção econômica, referente à safra 2011/2012, para produtores independentes de cana-de-açúcar que desenvolvem suas atividades no Estado do Rio de Janeiro; altera a Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005; institui o Programa de Fortalecimento das Entidades Privadas Filantrópicas e das Entidades sem Fins Lucrativos que Atuam na Área da Saúde e que Participam de Forma Complementar do Sistema Único de Saúde - PROSUS; dispõe sobre a utilização pelos Estados, Distrito Federal e Municípios dos registros de preços realizados pelo Ministério da Saúde; autoriza a União, por intermédio do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, a conceder o uso de bens públicos imobiliários dominicais, mediante emissão de Certificado de Direito de Uso de Bem Público Imobiliário - CEDUPI; altera o Decreto-Lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941; dispõe sobre as dívidas originárias de perdas constatadas nas armazenagens de produtos vinculados à Política de Garantia de Preços Mínimos - PGPM e Estoques Reguladores do Governo Federal, depositados em armazéns de terceiros, anteriores a 31 de dezembro de 2011; altera a Lei nº 10.438, de 26 de abril de 2002; autoriza o Poder Executivo a declarar estado de emergência fitossanitária ou zoossanitária, quando for constatada situação epidemiológica que indique risco iminente de introdução de doença exótica ou praga quarentenária ausente no País, ou haja risco de surto ou epidemia de doença ou praga já existente; altera a Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996; dispõe sobre o repasse pelas entidades privadas filantrópicas e entidades sem fins lucrativos às suas mantenedoras de recursos financeiros recebidos dos entes públicos; altera a Medida Provisória nº 2.158-35, de 24 de agosto de 2001, as Leis nºs 10.848, de 15 de março de 2004, 12.350, de 20 de dezembro de 2010, 12.096, de 24 de novembro de 2009, 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, 12.087, de 11 de novembro de 2009, e 10.260, de 12 de julho de 2001; e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/l12873.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12873.htm). Acesso em: 18 ago. 2019.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.** Código de Processo Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm). Acesso em: 04 jul. 2019.



BRASIL. **Lei nº 13.287/2016, de 11 de maio de 2016.** Acrescenta dispositivo à Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, para proibir o trabalho da gestante ou lactante em atividades, operações ou locais insalubres. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2016/Lei/L13287.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13287.htm). Acesso em: 18 ago. 2019.

BRASIL. **Lei nº 6.136/1974, de 7 de novembro de 1974.** Inclui o salário-maternidade entre as prestações da Previdência Social. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1970-1979/L6136.htm#targetText=LEI%20N%C2%BA%206.136%2C%20DE%207%20DE%20NOVEMBRO%20DE%201974&targetText=Inclui%20o%20sal%C3%A1rio%2Dmaternidade%20entre%20as%20presta%C3%A7%C3%B5es%20da%20Previd%C3%Aancia%20Social](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/L6136.htm#targetText=LEI%20N%C2%BA%206.136%2C%20DE%207%20DE%20NOVEMBRO%20DE%201974&targetText=Inclui%20o%20sal%C3%A1rio%2Dmaternidade%20entre%20as%20presta%C3%A7%C3%B5es%20da%20Previd%C3%Aancia%20Social). Acesso em: 18 ago. 2019.

BRASIL. **Lei nº 8.213/91, de 24 de julho de 1991.** Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8213cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm). Acesso em: 18 ago. 2019.

BRASIL. **Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999.** Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9868.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9868.htm). Acesso em: 04 de jul. 2019.

BRASIL. **Lei nº 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 nº 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](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm). Acesso em: 18 ago. 2019.

BRASIL. **Medida Provisória 808/2017, de 14 de novembro de 2017.** Altera a Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2017/Mpv/mpv808.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Mpv/mpv808.htm). Acesso em: 18 ago. 2019.

BRASIL. **Norma Regulamentadora nº 15, de 08 de junho de 1978.** Atividades e operações insalubres. Disponível em: [https://enit.trabalho.gov.br/portal/images/Arquivos\\_SST/SST\\_NR/NR-15.pdf](https://enit.trabalho.gov.br/portal/images/Arquivos_SST/SST_NR/NR-15.pdf). Acesso em: 18 ago. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.938. Rel. Min. Alexandre de Moraes. j. 29 maio 2019. **DJE**, Brasília, DF, 23 set. 2019. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5447065>. Acesso em: 18 ago. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula vinculante nº 4. Salvo nos casos previstos na Constituição, o salário mínimo não pode ser usado como indexador de base de cálculo de vantagem de servidor público ou de empregado, nem ser substituído por decisão judicial. **DJE**, Brasília, DF, 09 maio 2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=4.NUME.%20E%20S.FLSV.&base=baseSumulasVinculantes>. Acesso em: 17 ago. 2019.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho (18ª Região). Apelação cível 0011360-77.2016.5.18.0281. MODALIDADE RESCISÓRIA. GESTANTE. A rescisão indireta ocorre quando há condutas praticadas pelo empregador que caracterizam a justa causa, enumeradas no art. 483 da Consolidação das Leis do Trabalho [...] Relator Des. Wellington Luis Peixoto. **DJE** 07 fev. 2017. Disponível em: [https://sistemas.trt18.jus.br/visualizador/pages/conteudo.seam?p\\_tipo=2&p\\_grau=2&p\\_id=6176349&p\\_idpje=62993&p\\_num=62993&p\\_npag=x](https://sistemas.trt18.jus.br/visualizador/pages/conteudo.seam?p_tipo=2&p_grau=2&p_id=6176349&p_idpje=62993&p_num=62993&p_npag=x). Acesso em: 17 ago. 2019.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho (3ª Região). Apelação cível 0011046-82.2016.5.03.0109. No mérito, sem divergência, deu parcial provimento ao apelo da reclamante para acolher a preliminar de negativa de prestação jurisdicional e declarar nula a r. decisão de ID f68a590 [...]. Rel. Des. Jorge Berg de Mendonça. **DJE** 07 fev. 2017. Disponível em: <https://dejt.jt.jus.br/dejt/f/n/diariocon>. Acesso em: 17 ago. 2019.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 139. Enquanto percebido, o adicional de insalubridade integra a remuneração para todos os efeitos legais. **DJ**, Brasília, DF, 20, 22 e 25 abril 2005. Disponível em: [http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas\\_com\\_indice/Sumulas\\_Ind\\_101\\_150.html#SUM-139](http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_101_150.html#SUM-139). Acesso em: 18 ago. 2019.

DELGADO, Mario Luiz. **Lei brasileira permite responsabilizar os pais por danos causados ao nascituro**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-nov-05/processo-familiar-lei-permite-responsabilizar-pais-danos-causados-nascituro>. Acesso em: 17 ago de 2019.

---

DIMOULIS, Dimitri. LUNARDI, Soraya. **Curso de processo constitucional: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

IBRAHIN, Fabio Zambitte. **A cobertura privada dos benefícios por incapacidade**. Migalhas, 2019. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/Previdencialhas/120,MI308922,21048-A+cobertura+privada+dos+beneficios+por+incapacidade>. Acesso em: 17 ago. 2019.

LOPES, Cristiane Maria Sbalqueiro. Direito do trabalho da mulher: da proteção à promoção. In **Cadernos Pagu** (26), Campinas: Unicamp, 2006.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do Trabalho**. São Paulo: Saraiva, 8ª ed., 2017.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. 28ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional**. 2 ed. Rev. e ampl. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao Direito do Trabalho**. 36 ed. São Paulo: LTr, 2011.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Manual do Salário**. São Paulo, LTr, 1984.

SIQUEIRA JR, Paulo Hamilton. **Direito processual constitucional**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional**. 4 ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

Publicado originalmente na Revista de Direito do Trabalho | vol. 219/2021 | p. 91 - 117 | Set - Out / 2021

**Quadro 1** – Comparativo de alterações do art. 394-A da CLT

394-A (LEI 13.287/2016)	394-A (REFORMA TRABALHISTA)	394-A (PÓS ADI – REDAÇÃO ATUAL)
<p>Art. 394-A. A empregada gestante ou lactante será afastada, enquanto durar a gestação e a lactação, de quaisquer atividades, operações ou locais insalubres, devendo exercer suas atividades em local salubre.</p> <p>Parágrafo único. (VETADO).</p>	<p>Art. 394-A. Sem prejuízo de sua remuneração, nesta incluído o valor do adicional de insalubridade, a empregada deverá ser afastada de:</p> <p>I - Atividades consideradas insalubres em grau máximo, enquanto durar a gestação;</p> <p>II - Atividades consideradas insalubres em grau médio ou mínimo, quando apresentar atestado de saúde, emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento durante a gestação;</p> <p>III - atividades consideradas insalubres em qualquer grau, quando apresentar atestado de saúde, emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento durante a lactação.</p> <p>§ 1º .....</p> <p>§ 2º Cabe à empresa pagar o adicional de insalubridade à gestante ou à lactante, efetivando-se a compensação, observado o disposto no art. 248 da Constituição Federal, por ocasião do recolhimento das contribuições incidentes sobre a folha de salários e demais rendimentos pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço.</p> <p>§ 3º Quando não for possível que a gestante ou a lactante afastada nos termos do caput deste artigo exerça suas atividades em local salubre na empresa, a hipótese será considerada como gravidez de risco e ensejará a percepção de salário-maternidade, nos termos da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, durante todo o período de afastamento.</p>	<p>Art. 394-A. Sem prejuízo de sua remuneração, nesta incluído o valor do adicional de insalubridade, a empregada deverá ser afastada de:</p> <p>I - Atividades consideradas insalubres em grau máximo, enquanto durar a gestação;</p> <p><b>II - Atividades consideradas insalubres em grau médio ou mínimo, durante a gestação;</b></p> <p><b>III - atividades consideradas insalubres em qualquer grau, durante a lactação.</b></p> <p>§ 1º (VETADO).</p> <p>§ 2º - Cabe à empresa pagar o adicional de insalubridade à gestante ou à lactante, efetivando-se a compensação, observado o disposto no art. 248 da Constituição Federal, por ocasião do recolhimento das contribuições incidentes sobre a folha de salários e demais rendimentos pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço.</p> <p>§ 3º - Quando não for possível que a gestante ou a lactante afastada nos termos do caput deste artigo exerça suas atividades em local salubre na empresa, a hipótese será considerada como gravidez de risco e ensejará a percepção de salário-maternidade, nos termos da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, durante todo o período de afastamento.</p>

Fonte: elaborado pelas autoras (2020).

**PROCESSO nº 0002137-69.2017.5.09.0652 (ROT)**

**ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. PAGAMENTO CUMULADO. LIBERALIDADE DO EMPREGADOR. CONDIÇÃO CONTRATUAL MAIS BENÉFICA. DIREITO ADQUIRIDO. REDUÇÃO INJUSTIFICADA DO PERCENTUAL. MANUTENÇÃO DAS CONDIÇÕES DE TRABALHO. ALTERAÇÃO CONTRATUAL LESIVA. IMPOSSIBILIDADE.** Segundo tese fixada pela Subseção I Especializada em Dissídios Individuais (SDI-1) do Colendo Tribunal Superior do Trabalho, no julgamento do Incidente de Recurso Repetitivo (IRR) 239- 55.2011.5.02.0319, o art. 193, § 2º, da CLT, ao estabelecer que, havendo periculosidade no ambiente de trabalho, o empregado poderá optar pelo adicional de insalubridade que porventura lhe seja devido, 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. Caso, todavia, o empregador, espontaneamente, realize o pagamento cumulativo dos adicionais de periculosidade e insalubridade, essa condição caracteriza-se como direito adquirido do empregado, aderindo ao contrato de trabalho como cláusula contratual mais benéfica, insuscetível de ser modificada unilateralmente pelo empregador, a teor do disposto no artigo 468 da CLT e do entendimento firmado pela Súmula 51 do C. TST. Assim, se inalteradas as condições de trabalho, é ilícita a redução do percentual pago a título de adicional de insalubridade, ainda que o empregado já receba, por força de condição contratual mais benéfica, o pagamento cumulativo de adicional de periculosidade. Diferenças de adicional de insalubridade devidas. Sentença mantida.

**RELATÓRIO**

**V I S T O S**, relatados e discutidos estes autos de **RECURSO ORDINÁRIO (1009)**, provenientes da **MM. 18ª VARA DO TRABALHO DE CURITIBA**.

Inconformadas com a r. sentença proferida pela Exma. Juíza do Trabalho **FLAVIA DANIELE GOMES**, que acolheu parcialmente os pedidos, recorrem as

partes, tempestivamente.

O réu, através do RECURSO ORDINÁRIO, postula a reforma da r. sentença quanto às seguintes matérias: a) adicional de periculosidade - acordo judicial - quitação; b) adicional de insalubridade - impossibilidade de acumulação e c) honorários advocatícios.

Custas recolhidas.

Depósito recursal efetuado.

Contrarrazões apresentadas pela autora.

A autora, através de RECURSO ORDINÁRIO ADESIVO, postula a reforma da r. sentença quanto ao seguinte ponto: honorários advocatícios.

Contrarrazões apresentadas pelo réu.

Os autos não foram remetidos ao Ministério Público do Trabalho, em virtude do disposto no artigo 28 da Consolidação dos Provimentos da Corregedoria-Geral da Justiça do Trabalho.

## **FUNDAMENTAÇÃO**

### **ADMISSIBILIDADE**

Presentes os pressupostos legais de admissibilidade, ADMITO os recursos ordinários, bem assim as regulares contrarrazões.

### **Direito intertemporal**

Esclareça-se, de plano, com o fim de evitar a oposição desnecessária de embargos declaratórios, que as normas de direito material contidas na Lei 13.467/2017 e na Medida Provisória 808 serão aplicadas apenas aos fatos ocorridos após as suas respectivas datas de vigência. Sob o aspecto processual, a aplicação dessas normas respeitará os atos já praticados e as situações consolidadas sob a vigência da lei revogada (arts. 14 e 15, do NCPC, c/c art. 769, da CLT).

## **Intimações e notificações**

O art. 272, § 5º, do CPC dispõe que “constando dos autos pedido expresso para que as comunicações dos atos processuais sejam feitas em nome dos advogados indicados, o seu desatendimento implicará nulidade”. Nesse sentido, o entendimento consolidado pela Súmula 427 do C. TST: “Havendo pedido expresso de que as intimações e publicações sejam realizadas exclusivamente em nome de determinado advogado, a comunicação em nome de outro profissional constituído nos autos é nula, salvo se constatada a inexistência de prejuízo”.

Entretanto, ao contrário do que ocorre nos autos físicos, no sistema do PJe incumbe à própria parte, diretamente ou por meio de seu advogado, efetivar o credenciamento e a habilitação dos procuradores para os quais pretende sejam remetidas as notificações e intimações (art. 5º e §§, Resolução CSJT nº 185/2017).

Assim, consideram-se válidas as comunicações dos atos processuais realizadas em nome dos advogados, previa e devidamente, cadastrados pelas partes ou por seus procuradores no sistema processual do PJe.

## **MÉRITO**

### **RECURSO ORDINÁRIO DO RÉU**

(...)

#### **b) adicional de insalubridade - impossibilidade de acumulação**

A r. Juíza de origem condenou o réu ao pagamento de diferenças de adicional de insalubridade, sob os seguintes fundamentos:

O artigo 195, “caput”, da CLT, prevê expressamente a necessidade de realização de perícia técnica quando há pedido de pagamento do respectivo adicional.

No entanto, consoante já relatado, os documentos acarreados aos autos apontam que a autora já percebeu no período imprescrito até dezembro/2015, adicional de insalubridade no percentual de 40% do salário mínimo (fl. 114).

A partir de janeiro/2016, no entanto, passou a receber adicional de insalubridade no percentual de 20% sobre o salário mínimo (v.g., fl. 118).



Destarte, em razão de o réu reconhecer o labor insalubre da reclamante, é desnecessário, conseqüentemente, a realização de perícia técnica para a averiguação de tal condição.

A controvérsia reside então no percentual a ser aplicado, já que durante a contratualidade houve o rebaixamento do percentual pago.

Ocorre que, em depoimento pessoal, o réu informou que *“não houve alteração nas atribuições da autora durante o contrato de emprego, sequer no período anterior e posterior a redução do adicional de insalubridade”*.

Logo, desfalece de qualquer justificativa a alteração do percentual pago de 40% para 20% a título de insalubridade, já que não houve a alteração nas atividades cumpridas pela trabalhadora.

Saliento que o pagamento de adicional de insalubridade em percentual adotado pelo empregador por mera liberalidade transmuda-se em vantagem contratual, de caráter permanente, enquanto perdurar a identidade na prestação de serviços, na forma do artigo 468 da CLT e, sua modificação unilateral pelo empregador importa em alteração ilícita do contrato de trabalho.

Observo ainda que a despeito do entendimento já fixado pelo TST em Incidente de Recurso Repetitivo (IRR 239- 55.2011.5.02.0319), firmando a tese de que é vedado a cumulação dos adicionais de insalubridade e de periculosidade, ainda que decorrentes de fatos geradores distintos e autônomos, no caso tal jurisprudência é inaplicável, porquanto a cumulação era praticada por mera liberalidade do empregador, e sua alteração configura violação ao artigo 468 da CLT, consoante já fundamentado.

Acolho o pedido para condenar o réu no pagamento das diferenças de adicional de insalubridade, devendo ser levado em consideração, para cômputo da parcela, o percentual de 40%.

A recorrente, não resignada com a r. decisão, alega que o pagamento de adicional de insalubridade realizado durante o contrato decorreu de mera liberalidade do empregador. Assevera que o acúmulo de função alegado na inicial não ficou comprovado, de modo que, à vista das alegações da inicial, não haveria diferenças de “adicional de periculosidade” (*sic*). Argumenta, por fim, ser indevida cumulação de adicional de periculosidade com adicional de insalubridade e requer seja afastada a

condenação ao pagamento de diferenças de adicional de insalubridade.

**Sem razão.**

O art. 193, § 2º, da CLT, prevê que, havendo periculosidade no ambiente de trabalho, *“o empregado poderá optar pelo adicional de insalubridade que porventura lhe seja devido”*. Autoriza, assim, a aplicação da norma mais benéfica, mas não ampara o pagamento de adicional de periculosidade e insalubridade concomitantemente.

Nesse sentido, o entendimento exarado pela Subseção I Especializada em Dissídios Individuais (SDI-1) do Tribunal Superior do Trabalho, no julgamento do Incidente de Recurso Repetitivo - IRR 239- 55.2011.5.02.0319, firmando a tese no sentido de que *“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”*.

Contudo, no caso em exame, constata-se que o pagamento cumulativo dos adicionais de periculosidade e de insalubridade **derivam de liberalidade do empregador, transmutando-se em cláusula contratual mais benéfica**, que aderiu ao contrato de trabalho e, portanto, é insuscetível de ser alterada unilateralmente pelo empregador, sob pena de violação ao disposto no artigo 468 da CLT e contrariedade ao entendimento firmado pela Súmula 51 do C. TST.

Portanto, considerando a ausência de justificativa válida e legal para redução do percentual pago a título de adicional de insalubridade, pois, conforme admitiu o preposto do réu em depoimento, *“não houve alteração nas atribuições da autora durante o contrato de emprego, sequer no período anterior e posterior a redução do adicional de insalubridade”*, correta a r. sentença ao condenar o reclamado ao pagamento das diferenças advindas redução dos valores pagos sob tal título.

O indeferimento do pedido de diferenças salariais por acúmulo de função, sob o fundamento de que a autora admitiu que durante o contrato não houve alteração nas atribuições, em nada modifica a conclusão acerca do direito às diferenças relativas ao adicional de insalubridade, pois esse foi pago espontaneamente pelo empregador durante todo o período não prescrito, não havendo justificativa para redução dos valores, na medida em que inalteradas as condições de trabalho, conforme admitido pelo próprio recorrente.

Pelo exposto, NEGO PROVIMENTO.

(...)

### **ACÓRDÃO**

Em Sessão Telepresencial realizada nesta data, sob a Presidência do Excelentíssimo Desembargador Francisco Roberto Ermel; presente a Excelentíssima Procuradora Darlene Borges Dorneles, representante do Ministério Público do Trabalho; sustentou oralmente a advogada Josiane Pacheco da Cruz inscrita pela parte recorrente U. C. C.; computados os votos dos Excelentíssimos Desembargadores Sueli Gil El Rafihi, Francisco Roberto Ermel e Arnor Lima Neto, **ACORDAM** os Desembargadores da 6ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, por unanimidade de votos, **EM ADMITIR OS RECURSOS ORDINÁRIOS DAS PARTES**, assim como as respectivas contrarrazões. No mérito, por maioria de votos, vencido parcialmente o excelentíssimo Desembargador Arnor Lima Neto, no tocante ao adicional de periculosidade, **EM DAR PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO ORDINÁRIO DO RÉU** para, nos termos da fundamentação, afastar a condenação ao pagamento de honorários advocatícios aos procuradores da autora. Sem divergência de votos, **EM DAR PROVIMENTO AO RECURSO ORDINÁRIO ADESIVO DA AUTORA** para, nos termos da fundamentação, afastar a condenação ao pagamento de honorários advocatícios aos procuradores do réu.

Custas inalteradas, por ora.

Intimem-se.

Curitiba, 1 de julho de 2020.

Intimem-se.

Curitiba, 16 de setembro de 2020.

SUELI GIL EL RAFIHI

Relatora

**PROCESSO nº 0000281-62.2020.5.09.0653 (RORSum)**

**ADICIONAL DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE. PAGAMENTO DURANTE O CURSO CONTRATUAL. PRESUNÇÃO DE PRESENÇA DOS AGENTES INSALUBRES E PERICULOSOS.** O laudo pericial, em regra, constitui meio adequado à aferição de insalubridade ou periculosidade no local de trabalho. Recai sobre o reclamante, em princípio, ex vi dos artigos 818 da CLT c/c 373, I do CPC/2015, o ônus de demonstrar o trabalho em efetivas condições nocivas, por se tratar de fato constitutivo de seu direito. Entretanto, desnecessária a perícia técnica, quando o pagamento do adicional correspondente durante a vigência contratual permite presumir a presença de agentes insalubres/periculosos no ambiente laboral. Inteligência da Súmula 453 do TST. Sentença que se mantém.

**RELATÓRIO**

**V I S T O S**, relatados e discutidos estes autos de **RECURSO ORDINÁRIO EM PROCEDIMENTO SUMARÍSSIMO (11886)**, provenientes da **MM. VARA DO TRABALHO DE ARAPONGAS**.

**Relatório dispensado, na forma do art. 852-I da CLT.**

**FUNDAMENTAÇÃO****ADMISSIBILIDADE**

Vistos.

Tendo em vista que no sistema PJe as publicações ocorrem a partir do nome das partes litigantes, com o correspondente direcionamento a todos os advogados a elas vinculados nos autos do processo, resulta inviável o acolhimento do pedido da de intimação exclusiva ao procurador da recorrente.

Presentes os pressupostos legais de admissibilidade, **CONHEÇO** do recurso ordinário interposto pela ré, assim como das contrarrazões oferecidas.

## MÉRITO

### RECURSO DA RÉ

### RETIFICAÇÃO DO PPP

Constou na r. decisão “a quo”:

Pugna a parte autora pela retificação do PPP para constar a presença de insalubridade durante o período de 23/04/1998 a dezembro/2017 e de periculosidade de janeiro/2018 a julho/2018.

Apresentados o PPP e o LTCAT pelas partes, a ré alegou que o pagamento de insalubridade era mera liberalidade, não estando o reclamante sujeito a condições insalubres no labor, mesmo percebendo o adicional respectivo.

Pois bem.

Como bem salientado pela reclamada, o PPP é realizado com base no LTCAT, que às fls. 53 aponta a existência de riscos ambientais (físicos, biológicos e químicos), concluindo ao final pela salubridade e não periculosidade do ambiente laboral, diante de exposição neutralizada.

Registre-se que agentes qualitativos, na forma da NR 15, são aqueles em que o labor em sua presença assegura a aposentadoria especial, sem que haja necessidade de aferição de quantidade. No tocante aos agentes quantitativos, imperiosa a superação dos valores de referência. Veja-se que o próprio LTCAT aponta tal distinção indicando que os riscos biológicos e químicos enquadram-se como agentes qualitativos.

**Ocorre que o PPP nada menciona sobre os fatores de risco elencados no LTCAT, apenas constando como NA (Não Aplicável) - quando deveria prever, explicitamente os riscos verificados no Laudo Técnico, ainda que não guarde qualquer vinculação com o pagamento, ou não, dos adicionais de insalubridade e periculosidade.**

Havendo pagamento de adicional de insalubridade, merece ser aplicado analogicamente o entendimento da Súmula 453 do TST no sentido de que a mera liberalidade dispensa a realização de prova técnica exigida pelo art. 195 da CLT - tornando incontroversa a existência de trabalho em situação de insalubridade e periculosidade.

No presente caso, a reclamada: a) efetuava o pagamento de salário condição em virtude de condição de insalubridade/periculosidade; b) consta no LTCAT riscos ambientais qualitativos; c) o PPP é contraditório com as alíneas anteriores; d) não houve

produção de prova pela empresa de que - ônus atraído não havia labor em condição insalubre/perigosa à parte em razão do pagamento de adicional (vide parágrafo acima).

Diante disso, condena-se a reclamada na obrigação de fazer consistente em retificar o PPP, no prazo de 30 (trinta) dias a partir do trânsito em julgado, fazendo constar expressamente os riscos ambientais mencionados no LTCAT do próprio estabelecimento, sob pena de multa diária no importe de R\$ 200,00.

Defere-se, nestes termos.

Insurge-se a ré, ao argumento de que não há insalubridade, pois “o LTCAT indica ruído em 76,2 dB(A), enquanto a NR 15 do MTE indica como insalubre ambiente de trabalho cujo limite de tolerância para ruído contínuo ou intermitente seja superior a 85 dB(A)”. Alega que foram entregues EPIs capazes de neutralizar os agentes nocivos. Assevera que o cargo do autor, de “**Ajudante de Agropecuária I**, tem atribuições que não demandam contato com os agentes biológicos e químicos apontados no laudo técnico”. Afirma que o Anexo 14 da Norma Regulamentadora 15 do MTE não prevê insalubridade no contato a frangos de corte, não sendo possível a aplicação por analogia. Aduz que o contato deve ser habitual. Entende não comprovado o labor submetido a agentes nocivos, pelo que requer a exclusão da condenação, inclusive à indenização por dano moral.

Analisa-se.

**A teor do art. 68 e parágrafos do Decreto nº 3.048/1999 - Regulamento da Previdência Social -, o Perfil Profissiográfico Previdenciário - PPP deve ser elaborado pelo empregador e fornecido, por ocasião da rescisão do contrato de trabalho, aos trabalhadores expostos a agentes nocivos, a fim de proporcionar a comprovação do direito à aposentadoria especial.**

Na inicial o autor narrou que (fl. 3): “(...) laborava em condições insalubres, tanto é que percebia mensalmente tal adicional, todavia no Perfil Psicográfico Previdenciário (PPP) consta que o Obreiro não estaria exposto a nenhum fator de risco, de forma errônea, requerendo desde já sua retificação. O Reclamante realizou a função, inicialmente de Trabalhador Avicultura e, posteriormente, de Ajudante de Agropecuária até o término de seu vínculo com a Reclamada, que se deu na data de 08/10/2018, quando o mesmo foi dispensado sem justa causa”. Afirmou que recebeu adicional de insalubridade até 2017 e de periculosidade em 2018.

**Os holerites acostados às fls. 28-ss demonstram o pagamento habitual de adicional de insalubridade.**

**Em contestação, a ré alegou que o pagamento dos adicionais decorreu de mera liberalidade (fl. 84).**

Nos termos do artigo 195 da CLT, a caracterização e classificação de condições insalubres ou perigosas devem ser verificadas por meio de perícia técnica, a cargo de médico ou engenheiro do trabalho, devidamente registrados no Ministério do Trabalho e Emprego.

Destarte, o laudo pericial constitui meio adequado à aferição de insalubridade ou periculosidade no local de trabalho. Conquanto o art. 479 do CPC/2015 estabeleça que “O juiz apreciará a prova pericial de acordo com o disposto no art. 371, indicando na sentença os motivos que o levaram a considerar ou a deixar de considerar as conclusões do laudo, levando em conta o método utilizado pelo perito”, tem-se por regra a decisão com base no relatório, fundado em conhecimentos técnicos cuja desconsideração somente se recomenda na presença de elementos robustos em sentido contrário.

Recai sobre o reclamante, *ex vi* dos artigos 818 da CLT c/c 373, I do CPC/2015, o ônus de demonstrar o trabalho em efetivas condições nocivas, por se tratar de fato constitutivo de seu direito.

Entretanto, no caso em apreço, **desnecessária a perícia técnica**, visto que o pagamento do adicional correspondente durante a vigência contratual permite presumir a presença de agentes insalubres/perigosos no ambiente laboral. Nesse sentido, a Súmula 453 do TST, aplicável por analogia ao adicional de insalubridade:

ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. PAGAMENTO ESPONTÂNEO. CARACTERIZAÇÃO DE FATO INCONTROVERSO. DESNECESSÁRIA A PERÍCIA DE QUE TRATA O ART. 195 DA CLT. (conversão da Orientação Jurisprudencial nº 406 da SBDI-1) - Res. 194/2014, DEJT divulgado em 21, 22 e 23.05.2014

O pagamento de adicional de periculosidade efetuado por mera liberalidade da empresa, ainda que de forma proporcional ao tempo de exposição ao risco ou em percentual inferior ao máximo legalmente previsto, dispensa a realização da prova técnica exigida pelo art. 195 da CLT, pois torna incontroversa a existência do trabalho em condições perigosas.

**Incumbia à ré demonstrar, outrossim, a ausência de agentes nocivos ou perigosos (arts. 818 da CLT e 373, II, do CPC), encargo do qual não se desvencilhou a contento nos autos, porquanto não produzida prova nesse sentido. Dessa forma, conclui-se que o pagamento dos adicionais de insalubridade e periculosidade**



**durante o curso contratual não decorreu de mera liberalidade, mas de efetiva exposição do autor a riscos e a agentes insalubres.**

Embora a ré alegue neutralização dos riscos por meio de uso de EPIs e que o contato com ruído e agentes biológicos não era habitual, não faz prova da alegação, já que nem mesmo produzida prova pericial ou oral a fim de embasar tais afirmações.

**No mais, o contato com aves também pode ser enquadrado no Anexo 14 da NR 15 da Portaria 3.214/1978, consoante a jurisprudência pacífica do TST:**

“RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DA LEI 13.015/2014. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE EM GRAU MÉDIO. CONTATO COM RESÍDUOS E DEJETOS DE AVES. Concluiu a Corte de origem por manter a sentença que deferiu ao reclamante o adicional de **insalubridade em grau médio pelo contato permanente com resíduos e dejetos de aves, o que equipara o trabalho àquele prestado em estábulos e cavalariças. Confirmou que as atividades descritas no laudo pericial (limpeza/higienização e desinfecção de aviários e coleta e seleção manual de ovos no interior dos aviários) justificam o enquadramento no Anexo 14 da NR 15 da Portaria 3.214/1978**, uma vez que o trabalho nessas condições expõe o empregado ao contato com produtos de origem animal, circunstância que pode acarretar danos à saúde do profissional, incluindo a possibilidade de contaminação pela via respiratória por vírus provenientes dos animais. A decisão regional está pautada no laudo pericial, assim, superar essas premissas fáticas, para acolher as alegações do reclamado, implicaria revolvimento de fatos e provas, impossível nesta fase recursal, nos termos da Súmula 126 do TST. Recurso de revista não conhecido . (...) Recurso de revista conhecido e provido” (RR-1225-53.2013.5.04.0781, 2ª Turma, Relatora Ministra Maria Helena Mallmann, DEJT 17/08/2018).

**O PPP (fls. 138-ss) não aponta a exposição a qualquer risco, pois consta a informação N.A. em todo período contratual do autor.**

**O LTCAT (fls. 48-ss) aponta a existência de riscos ambientais (físicos, biológicos e químicos), razão pela qual compartilho do entendimento de origem, no sentido de que *“o PPP nada menciona sobre os fatores de risco elencados no LTCAT, apenas constando como NA (Não Aplicável) - quando deveria prever, explicitamente os riscos verificados no Laudo Técnico, ainda que não guarde qualquer vinculação com o pagamento, ou não, dos adicionais de insalubridade e periculosidade”*.**

**Dessarte, comprovada a sujeição do empregado a condições de trabalho**

**insalubres e perigosos, já que não produzida prova de ausência de exposição a risco e a agentes nocivos, prevalece o encargo patronal de retificar o PPP, “fazendo constar expressamente os riscos ambientais mencionados no LTCAT do próprio estabelecimento”, nos termos da r. sentença.**

**Observe-se que a condenação à indenização por dano moral não decorreu da necessidade de se retificar o PPP, razão pela qual não tem pertinência a tese recursal de que o dano moral tem cunho acessório do mérito ora apreciado.**

**Mantém-se.**

(...)

### **Acórdão**

Em Sessão Telepresencial realizada nesta data, sob a Presidência da Excelentíssima Desembargadora Rosemarie Diedrichs Pimpao; presente a Excelentíssima Procuradora Viviane Dockhorn Weffort, representante do Ministério Público do Trabalho; computados os votos dos Excelentíssimos Desembargadores Rosemarie Diedrichs Pimpao, Benedito Xavier da Silva e Adilson Luiz Funez; ausente o advogado Tiago Duarte da Silva inscrito pela parte recorrente; **ACORDAM** os Desembargadores da 7ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, por unanimidade de votos, **EM CONHECER DO RECURSO ORDINÁRIO DA RÉ**, bem como das contrarrazões. No mérito, sem divergência de votos, **EM NEGAR-LHE PROVIMENTO**, nos termos da fundamentação.

Custas inalteradas.

Intimem-se.

Curitiba, 26 de novembro de 2020.

ROSEMARIE DIEDRICHS PIMPAO  
Desembargadora Relatora

**PROCESSO nº 0000163-26.2021.5.09.0015 (ROT)****LIMPEZA DE BANHEIROS DE USO COLETIVO DE GRANDE CIRCULAÇÃO. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. DEVIDO.**

Tratando-se de banheiros de uso coletivo de grande circulação, com alta rotatividade de uso por público e/ou funcionários, é devido o pagamento do adicional de insalubridade em grau máximo. Inteligência da Súmula 448, II, do c. TST. Sentença parcialmente reformada.

**RELATÓRIO**

De início, informa-se às partes que o critério utilizado para a referência aos documentos e demais peças integrantes deste caderno processual, no presente julgado, é a numeração constante do canto superior direito em cada uma das folhas do PDF (extraído em ordem crescente).

Da r. sentença de fls. 1.212/1.229, da lavra da MM. Juíza **KARINA AMARIZ PIRES**, que acolheu em parte os pedidos formulados na petição inicial, recorre a Autora.

A Reclamante, *Celia Regina Gonçalves*, por meio do recurso ordinário de fls. 1.230/1.241, busca a reforma do julgado quanto aos seguintes temas: **(a)** adicional de periculosidade; **(b)** adicional de insalubridade e **(c)** honorários periciais.

Contrarrazões apresentadas pela 1ª Ré, às fls. 1.244/1.257.

Apesar de devidamente intimada, a 2ª Ré não apresentou contrarrazões.

Em conformidade com a Consolidação dos Provimentos da Corregedoria Geral da Justiça do Trabalho e a teor do disposto no art. 45 do Regimento Interno deste E. Tribunal Regional do Trabalho, os presentes autos não foram enviados ao Ministério Público do Trabalho.

É, em síntese, o relatório.

**II. FUNDAMENTAÇÃO****1. ADMISSIBILIDADE**

Presentes os pressupostos legais, **ADMITEM-SE** o Recurso Ordinário interposto pela Autora e as respectivas contrarrazões.

## 2. MÉRITO

(...)

### **B) ADICIONAL DE INSALUBRIDADE**

O MM. Juízo de origem concluiu pela inexistência de ambiente insalubre, e rejeitou o pleito de pagamento de adicional de insalubridade, sob a seguinte fundamentação:

#### “6 - ADICIONAL DE INSALUBRIDADE

O adicional de insalubridade visa compensar o obreiro pelo risco de vida decorrente do trabalho exercido em ambiente insalubre.

São consideradas atividades insalubres àquelas que, por sua natureza, condições ou métodos de trabalho, exponham os empregados a agentes nocivos à saúde, acima dos limites de tolerância fixados em razão da natureza e da intensidade do agente e do tempo de exposição aos seus efeitos, conforme preceitua o artigo 189 da CLT.

A natureza insalubre do ambiente foi constatada na perícia técnica realizada, conforme demonstra a conclusão de fls. 1175, nos seguintes termos:

“(...) houve a constatação da possibilidade de contato e ou exposição da Reclamante com agentes nocivos a saúde em atividades e operações insalubres por agentes biológicos em grau máximo quando da coleta de lixo, higienização dos banheiros e desentupimento de vaso sanitário no período de dezembro/2016 a junho/2017 e de abril/2020 a janeiro/2021, conforme Anexo 14 e em grau médio pelo agente físico ruído no período de abril/2020 a janeiro/2021 em 02 ou 03 dias por mês, conforme Anexo 1; anexos previstos na NR 15 (...)”.

Quanto ao agente físico ruído, o I. Perito esclareceu que “na operação da máquina de polir piso naquela oportunidade foi obtido níveis de ruído de 93 a 95 decibéis; O nível de ruído mensurado na máquina de polir utilizada pela Reclamante apresenta ruído superior ao limite de tolerância para exposição igual ou superior a 02h, conforme preconizado no Anexo 1 da NR 15; Em consulta nos autos houve a constatação das fichas dos EPI´s fornecidos à Reclamante, nesta não há anotação do fornecimento de proteção auditiva que fora negado recebimento e uso pela mesma; Na utilização da máquina de polir piso 02 a 03 vezes por mês com uso durante a jornada de trabalho no

período de abril/2020 a janeiro/2021, houve exposição ao agente físico ruído em grau médio conforme Anexo 1 da NR 15” (fls. 1160 /1161).

A reclamante informou no ato pericial que na loja Champagnat era utilizada a máquina de polir piso três vezes na semana para polir o piso da marquise com tempo de 1h a 1h30min a cada 5 ou 6 meses e quando escalada para trabalhar a noite (22h às 08h) o uso era durante toda a jornada de trabalho, em média 02 a 03 vezes por mês (fls. 1159).

Todavia, compulsando-se os cartões-ponto (fls. 337/346), inferese que a autora não laborou no período noturno quando prestou serviços na loja Champagnat (de 10/06/2020 até a rescisão).

Por fim, quanto ao agente biológico, o I. Perito informou no laudo às fls. 1161 que “Em consulta aos autos houve a constatação documental dos EPI´s fornecidos para a Reclamante conforme os relatados pela mesma (sapato CA´s 42888 e luvas CA 39620), com anotação única mensal de 02 unidades de luvas; Nos procedimentos e métodos empregados na execução das tarefas com o uso das luvas e do calçado de segurança, há a neutralização de possível contato da Reclamante com agentes biológicos se utilizados de forma regular” (grifo acrescido).

Não há prova nos autos de que os EPI's (2 pares de luvas) não duravam o mês todo e “que havia labor sem fazer uso do equipamento de proteção individual”, como afirmado pela autora no ato pericial (fls. 1159/1160), ônus que lhe incumbia à autora, nos termos do artigo 818 da CLT e artigo 373 do CPC.

Como o Juízo não está adstrito ao laudo pericial, nos termos do artigo 479 do CPC, de acordo com o conjunto probatório dos autos, a autora não estava exposta a agente insalubre.

Sendo assim, INDEFIRO o pedido de pagamento do adicional de insalubridade.” (fls. 1.215/1.217)

A Autora se insurge alegando que a neutralização da insalubridade só pode ser alcançada mediante o fornecimento, uso e substituição de EPIs adequados e devidamente certificados pela Secretaria Especial de Previdência e Trabalho. Aduz ainda que o fornecimento deve ser registrado por escrito, pois a entrega, preenchimento e guarda dos recibos é de observância obrigatória, conforme dicção do item 6.6.1 da NR-06. Argumenta que no local periciado trabalham cerca de 300 empregados diretos,

além do incontável número de pessoas do público que visitavam o estabelecimento empresarial da segunda ré diariamente, e que, portanto, trata-se de local de uso público e/ou coletivo de grande circulação de pessoas.

Ressalta que a contaminação por agentes biológicos pode se dar de outras formas, que não apenas o contato com a pele, como é o caso das vias respiratórias e oculares, e que os EPI's apenas podem "reduzir" e "não eliminar" a exposição ocupacional ao risco biológico.

Requer, assim, *"sejam condenadas as rés ao adicional de insalubridade em grau máximo (40%) da admissão a junho de 2017 e, sucessivamente, caso vossa excelência entenda que a parte autora não faça jus ao adicional de periculosidade, requer também sejam condenadas as rés ao adicional de insalubridade em grau máximo de maio de 2020 até a demissão."* (fl. 1.241).

### **Analisa-se.**

Como se vê, a insurgência recursal se limita a discutir a existência (ou não) de insalubridade pelo agente biológico.

Incontroverso nos autos que a Autora foi contratada pela 1ª Ré (Irmãos Porfírio Ltda) em 1/12/2016, para prestar serviços de auxiliar de limpeza nas dependências da 2ª Ré (Carrefour Comércio e Indústria Ltda), sendo dispensada sem justa causa em 31/1/2021.

O pagamento do adicional de insalubridade é devido no exercício de atividades ou operações que, *"por sua natureza, condições ou métodos de trabalho, exponham os empregados a agentes nocivos à saúde, acima dos limites de tolerância fixados em razão da natureza e da intensidade do agente e do tempo de exposição aos seus efeitos"* (art. 189 da CLT).

Controvertida a exposição a agentes insalubres, o Juízo de origem determinou a realização da perícia, sobretudo porque a solução da causa depende de conhecimentos técnicos especializados que não estão ao alcance do órgão julgador (inteligência do art. 195 da CLT), representando, a prova técnica, meio de prova a ser considerado na formação do seu convencimento (artigos 131 e 420 do CPC; 371 e 464 do NCPC).

De outro giro, a neutralização do agente agressivo também deverá ser comprovada por perícia técnica: a eliminação ou neutralização da insalubridade determinará a cessação do pagamento do adicional respectivo, ficando caracterizada pela avaliação pericial por órgão competente, que comprove a inexistência de risco

à saúde do trabalhador (Vianna, Cláudia Salles Vilela. Manual Prático das Relações Trabalhistas, 11ª ed., p. 434).

O Perito descreveu as atividades realizadas pela Autora, da seguintes maneira:

“A Reclamante relatou que suas atividades laborais consistiam em lavar os banheiros no início da jornada de trabalho e a cada 30 minutos retornar para realizar limpeza de manutenção no banheiro dos clientes e quando escalada para o piso superior no banheiro dos funcionários o retorno para manutenção ocorria a cada 01h;

No piso inferior (loja) a Reclamante relatou que as atividades eram realizadas na praça de alimentação, banheiro dos clientes, corredor e marquise; no piso superior banheiro dos funcionários, salas administrativas, corredores e escadas;

Para lavar os banheiros (masculino e feminino) dos clientes a Reclamante relatou que era gasto 01h e na limpeza de manutenção 30 a 40 minutos; nos banheiros dos funcionários para lavar eram gastas 02h e a limpeza de manutenção 40 a 50 minutos;

A limpeza de manutenção dos banheiros a Reclamante relatou que consistia em retirar lixo, lavar os vasos sanitários e mictórios, limpar espelho, passar pano no chão, repor material de consumo;

Durante a atividade ocorria a necessidade de desentupir vaso sanitário com o desentupidor de borracha, realizando movimentos de bombeamento para desobstruir a tubulação, quando não conseguia a Reclamante relatou que passava a situação para o setor de manutenção do mercado, o procedimento ocorria ao menos 03 vezes por semana;

Nos procedimentos de limpeza a Reclamante relatou que foi utilizada água sanitária, detergente, desinfetante, álcool, removedor; o produto era posto no balde e completado com água para ser usado;

Nas lojas do Carrefour a Reclamante relatou que os procedimentos de limpeza dos banheiros e os produtos utilizados foram os mesmos; (...)

Na loja Ponto Frio a Reclamante relatou que não tinha limpeza de banheiro e eram utilizados nos procedimentos de limpeza água sanitária e detergente (copa, refeitório e loja);

A Reclamante relatou que quando da assinatura do cartão ponto de cada mês recebia dois pares de luvas, mas nas atividades não durava quase nada e trabalhava o restante do mês sem fazer uso do equipamento de proteção individual mesmo quando da necessidade de desentupir vaso sanitário e também não recebeu protetor auditivo



para trabalhar com a máquina de polir que fazia muito barulho finalizou.

A Reclamada manifestou concordância com os locais e atividades conforme relatadas pela Reclamante, complementando que na loja tem técnico de segurança e gestão de risco com fiscalização e cobrança no uso dos EPI's;

A Reclamada relatou que na loja havia aproximadamente 300 colaboradores, o banheiro dos clientes não há como determinar um número de pessoas que frequentam por conta da praça de alimentação que tem funcionamento de segunda a segunda com movimentos variados de acordo com o dia da semana e ou datas comemorativa;

A limpeza geral da loja a Reclamada relatou que era realizada pela equipa da noite e que os EPI's fornecidos foram anotados na ficha.

(...)” (fls. 1.158/1.160)

Quanto ao agente biológico, ficou registrado no laudo pericial o seguinte:

“Nos procedimentos e métodos empregados na execução das tarefas com o uso das luvas e do calçado de segurança, há a neutralização de possível contato da Reclamante com agentes biológicos se utilizados de forma regular;

Porém a Reclamante informou que trabalhava boa parte do mês sem o uso das luvas, pois as recebidas não duravam o tempo desejado; nesta condição há a possibilidade de contato e ou exposição a agentes nocivos a saúde em atividades e operações insalubres, por agentes biológicos em grau máximo no período de dezembro/2016 a junho/2017 e de abril/2020 a janeiro/2021, conforme preconizado no Anexo 14 da NR;” (fl. 1.161);

E após apurar as condições do local trabalhado pela Autora, o *expert* teceu a seguinte conclusão:

“De acordo com o exame pericial realizado “in loco” nas condições de trabalho, procedimentos e métodos empregados na execução das atividades laborais exercidas pela Reclamante nas Reclamadas, todas devidamente identificadas em Identificação das Partes; houve a constatação da possibilidade de contato e ou exposição da Reclamante com agentes nocivos a saúde em atividades e operações insalubres por agentes biológicos em grau máximo quando da coleta de lixo, higienização dos banheiros e desentupimento de vaso sanitário no período de dezembro/2016 a junho/2017 e de

abril/2020 a janeiro/2021, conforme Anexo 14 e em grau médio pelo agente físico ruído no período de abril/2020 a janeiro/2021 em 02 ou 03 dias por mês, conforme Anexo 1; anexos previstos na NR 15" (fl. 1.175).

Certo é que a conclusão de laudo pericial não vincula o julgador, entretanto, na situação em comento, não há elementos probatórios suficientes para a elidir conclusão de insalubridade, em grau máximo, por agente biológico.

O Colendo TST entende, pela Súmula nº 448, em seu item II, que a limpeza em residências e escritórios e a respectiva coleta de lixo nesses locais não podem caracterizar insalubridade a fim de conferir direito à percepção do adicional, independentemente da constatação mediante laudo pericial, porquanto não se encontra dentre as classificadas como lixo urbano, na Portaria do Ministério do Trabalho. De fato, a previsão constante no Anexo 14 da NR 15 da Portaria nº 3.214/78 do Ministério do Trabalho e Emprego, no que diz respeito à insalubridade advinda do contato com agentes biológicos, prevê o adicional de insalubridade aplicável apenas à coleta de lixo urbano.

A Norma Regulamentar em menção, quanto aos agentes biológicos, enumera:

"Trabalho ou operações, em contato permanente com:

- pacientes em isolamento por doenças infectocontagiosas, bem como objetos de seu uso, não previamente esterilizados;

- carnes, glândulas, vísceras, sangue, ossos, couros, pêlos e dejeções de animais portadores de doenças infectocontagiosas (carbunclose, brucelose, tuberculose);

- esgotos (galerias e tanques);

- lixo urbano (coleta e industrialização)."

No caso em apreço, contudo, a situação é diversa daquele entendimento primeiro apresentado pelo TST.

A Reclamante efetuava a limpeza e coleta de lixo não de escritórios ou residências, mas de local de grande circulação (supermercado), motivo pelo qual o adicional é devido já que a situação não se enquadra na hipótese da antiga OJ 4 da SDI-I do C. TST, convertida na Súmula 448 aplicando-se ao caso a Norma Regulamentadora antes mencionada.

Assim versa o referido enunciado:

ATIVIDADE INSALUBRE. CARACTERIZAÇÃO. PREVISÃO NA NORMA REGULAMENTADORA Nº 15 DA PORTARIA DO MINISTÉRIO DO TRABALHO Nº 3.214/78. INSTALAÇÕES SANITÁRIAS. (conversão da Orientação Jurisprudencial nº 4 da SBDI-1 com nova redação do item II ) - Res. 194/2014, DEJT divulgado em 21, 22 e 23.05.2014.

I - Não basta a constatação da insalubridade por meio de laudo pericial para que o empregado tenha direito ao respectivo adicional, sendo necessária a classificação da atividade insalubre na relação oficial elaborada pelo Ministério do Trabalho.

II - A higienização de instalações sanitárias de uso público ou coletivo de grande circulação, e a respectiva coleta de lixo, por não se equiparar à limpeza em residências e escritórios, enseja o pagamento de adicional de insalubridade em grau máximo, incidindo o disposto no Anexo 14 da NR-15 da Portaria do MTE nº 3.214/78 quanto à coleta e industrialização de lixo urbano.

No caso em apreço, a Autora era responsável pela limpeza de banheiros utilizados por várias pessoas, em contato diário com o lixo produzido.

A Reclamante recebia EPIs, contudo, conforme destacado pelo perito, de maneira insuficiente. Acrescente-se que os EPI's fornecidos à Autora, mencionados no laudo (fl. 1.161), eram sapato e luva, nada sendo mencionado acerca da proteção das vias respiratórias.

Há precedentes deste Colegiado no sentido de que, no caso de agentes biológicos, o fornecimento de luvas não é suficiente, sendo indispensável, ainda, proteção das vias aéreas. Nesse sentido, a decisão proferida no ROT nº 09102-2014-863-09-00-3, com Acórdão publicado em 15/3/2016, de Relatoria da Exma. Des. Sueli Gil El Rafihi, e o entendimento que prevaleceu no ROT nº 0000501-17.2019.5.09.0129, de minha Relatoria, com publicação em 28/5/2020.

No caso, embora não mencionado especificamente no laudo pericial, os documentos apresentados pela Ré indicam o fornecimento de máscara respiratória na data de 10/4/2020, conforme ficha de controle de EPI de fl. 391, contudo, sem qualquer indicação do respectivo C.A. (Certificado de Aprovação).

Saliente-se que incumbe ao empregador provar o fornecimento de EPIs que efetivamente eliminam ou neutralizam a insalubridade. O simples fato de o trabalhador usar determinado equipamento não indica que este é hábil a neutralizar o agente nocivo, pois dos elementos dos autos não é possível identificar elementos mínimos necessários

à aferição da adequação e eficácia dos EPI's, tais como o modelo dos equipamentos, seu estado de conservação, se o equipamento fornecido era aprovado pelos órgãos competentes, se havia troca após o tempo de vida útil do equipamento, etc.

Ao empregador não compete apenas fornecer ou substituir os EPIs, mas formalizar tal fato. O item "6.6.1" da NR6 determina que, em relação ao EPI, ao empregador cabe "*fornecer ao trabalhador somente o aprovado pelo órgão nacional competente em matéria de segurança e saúde no trabalho*". Assim, não se pode reconhecer que as máscaras fornecidas à Reclamante eram aprovadas pelo órgão nacional competente e foram substituídos quando necessário.

Assim, no caso concreto, o adicional de insalubridade deve ser deferido por dois motivos: **(a)** a limpeza dos banheiros do supermercado era o trabalho da Autora e **(b)** ausência de prova de que os EPIs elidiram o risco biológico.

Ainda que se considere que o contato da Reclamante com agente biológico nos períodos de dezembro/2016 a junho/2017 e de abril/2020 a janeiro/2021 fosse intermitente, tal fato não afastaria a insalubridade, consoante Súmula nº 47 do c. TST:

INSALUBRIDADE (mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003. O trabalho executado em condições insalubres, em caráter intermitente, não afasta, só por essa circunstância, o direito à percepção do respectivo adicional.

Portanto, a Ré não se desincumbiu do ônus de provar o fornecimento dos EPI's que poderiam neutralizar a insalubridade constatada.

Por isso, **reforma-se em parte** a sentença, para reconhecer que a Reclamante laborava em ambiente insalubre, tal como apontado no laudo pericial, e, observados os limites da lide, deferir o pagamento de adicional de insalubridade, em grau máximo (40%), da admissão (1/12/2016) até junho/2017 e de abril/2020 até o fim do contrato (31/1/2021).

(...)

### III. CONCLUSÃO

Em Sessão Virtual realizada nesta data, sob a Presidência da Excelentíssima Desembargadora Sueli Gil El Rafihi; presente a Excelentíssima Procuradora Mariane Josviak, representante do Ministério Público do Trabalho; computados os votos dos

Excelentíssimos Desembargadores Janete do Amarante, Arnor Lima Neto e Sueli Gil El Rafihi; **ACORDAM** os Desembargadores da 6ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, por unanimidade de votos, **ADMITIR O RECURSO ORDINÁRIO INTERPOSTO PELA AUTORA**, assim como as respectivas contrarrazões. No mérito, por igual votação, **DAR PROVIMENTO EM PARTE AO RECURSO** para, nos termos da fundamentação: **(a)** reconhecer que a Reclamante laborava em ambiente insalubre, tal como apontado no laudo pericial, e, observados os limites da lide, deferir o pagamento de adicional de insalubridade, em grau máximo (40%), da admissão (1/12/2016) até junho/2017 e de abril/2020 até o fim do contrato (31/1/2021) e **(b)** determinar que os honorários periciais sejam suportados pela parte Ré, ante a inversão da sucumbência no objeto da perícia.

Custas majoradas, no importe de R\$ 300,00, calculadas sobre o valor provisório arbitrado à condenação, de R\$ 15.000,00, pelas Rés.

Intimem-se.

Curitiba, 11 de julho de 2022.

JANETE DO AMARANTE

Relatora

## 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](http://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](mailto: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](mailto:revistaeletronica@trt9.jus.br)

Respeitosamente.

**CONSELHO EDITORIAL**



**TRT-9ª REGIÃO**