

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO

LUCAS CERATO GERMANN

**A ACUMULAÇÃO DOS ADICIONAIS DE PERICULOSIDADE E DE
INSALUBRIDADE**

Porto Alegre
2013

LUCAS CERATO GERMANN

**A ACUMULAÇÃO DOS ADICIONAIS DE PERICULOSIDADE E DE
INSALUBRIDADE**

Monografia apresentada como requisito parcial e final à
obtenção do título de Bacharel em Direito junto à Faculdade de
Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Orientador: Dr. Leandro do Amaral Dorneles de Dorneles

Porto Alegre
2013

LUCAS CERATO GERMANN

**A ACUMULAÇÃO DOS ADICIONAIS DE PERICULOSIDADE E DE
INSALUBRIDADE**

Monografia apresentada como requisito parcial e final à
obtenção do título de Bacharel em Direito junto à Faculdade de
Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

BANCA EXAMINADORA:

Prof.º Dr. Francisco Rossal de Araújo

Prof.º Dr. Glênio José Wasserstein Hekman

Prof.º Dr. Leandro do Amaral Dorneles de Dorneles – UFRGS (Orientador)

Porto Alegre
2013

Aos meus avós Antônio (*in memoriam*) e Aura, Hugo (*in memoriam*) e Maria, aos meus pais, José Carlos e Adriana, ao meu irmão, Daniel, e à minha amada, Roberta, pilares essenciais da minha vida sem os quais nada seria possível.

AGRADECIMENTOS

Agradeço inicialmente à UFRGS, símbolo representante do poder público federal, por proporcionar uma oportunidade de estudo de elevada qualidade, bem como a vivência em um ambiente de extrema riqueza no âmbito da produção intelectual.

Ao Prof.º Dr.º Leandro do Amaral Dorneles de Dorneles, meu orientador, não só pela sua competente, criteriosa e célere orientação, mas igualmente por acreditar nas possibilidades de construção argumentativa essenciais ao desenvolvimento do tema e por proporcionar-me novos conhecimentos acerca dos complexos caminhos promovidos pelo estudo do Direito Trabalhista.

Aos colegas e amigos da UFRGS, pelos fervorosos debates durante os intervalos de aula, que se provaram essenciais à maturação de minha capacidade reflexiva e argumentativa sobre diversos conceitos essenciais à formação de qualquer jurista.

Devo demonstrar, sem dúvida, o apreço e agradecimento especial a alguns amigos que, sem o apoio e compreensão, nada seria possível, não apenas na etapa final do trabalho como ao longo de todo o desenvolvimento acadêmico. Assim, agradeço especialmente à Luciana, amiga querida que disponibilizou de seu precioso tempo em suas atividades acadêmicas para me prover do seu brilhante acompanhamento intelectual. Agradeço, também, ao amigo Dante Lizandro, amigo de todas as horas, pessoa de caráter e coração raros de se encontrar na atualidade. Seus conselhos, palavras e amizade foram de grande importância não só para a realização do trabalho mas, também, para a vida.

Impossível não agradecer, também, à minha família “TRT4”! Assim, um especialíssimo muito obrigado aos colegas de trabalho, companheiros na labuta diária que há alguns anos vêm acompanhando minha ânsia por finalizar o presente curso. Aproveito para destacar meu agradecimento ao Juiz do Trabalho Giovanni Martins de Oliveira pela oportunidade de debater, dentre outros temas jurídicos, os relevantes à construção da tese do presente trabalho.

Como não poderia ser diferente, gostaria de fazer um agradecimento especial à minha família! Inicialmente, agradecer a meu avô Antônio, Procurador de Justiça aposentado, agora não mais entre nós, por ter sido o grande incentivador de meu direcionamento para a área jurídica. Obrigado por acreditar e comemorar essa conquista que não é apenas minha, é nossa! Agradeço, ainda, às minhas avós, tios e primos, que em tantos fins de semana tornaram minha vida mais feliz por saber que sempre terei o conforto do convívio nesta grande família. Mais

que isso, por compreenderem o meu “sumiço” nas reuniões familiares e me acolherem quando das minhas visitas rápidas, mas, com certeza, imbuídas de bons sentimentos, muitíssimo obrigado! Aos meus pais por, mais que compreenderem minhas ausências, apoiarem todas minhas escolhas, sem exceção, não apenas com palavras como também com o indispensável subsídio financeiro. Ainda, por serem esse grande exemplo de pessoas e, principalmente, de educadores para a vida, essencial para a construção do caráter de qualquer criança, muito obrigado! Acrescento, aqui, meu agradecimento ao meu grande irmão Daniel, não apenas exemplo de profissional e pessoa, mas incentivador e torcedor em cada uma das “batalhas” por mim travadas. Tenho orgulho de chamá-lo de irmão e agradeço por cada momento que passamos juntos!

Por fim, para concluir essa etapa tão gratificante, ressalto meu profundo agradecimento à minha amada Roberta Eilert Barella, companheira insuperável, mulher com talento para o sucesso à qual dei meu coração e com a qual buscarei uma vida repleta de momentos felizes! Obrigado por disponibilizar os nossos fins de semana para que eu pudesse concluir esse projeto acadêmico, bem como por organizar minha vida para que o peso do acúmulo de atividades se tornasse suportável. A ti registro minha gratidão e o meu amor!

Enfim, a todos aqui não nomeados, mas que, de alguma maneira, participaram deste momento, muito obrigado.

Entre o forte e o fraco, entre o rico e o pobre, entre o patrão e o operário, é a liberdade que oprime e a lei que liberta.

Abade Lacordaire

RESUMO

O presente trabalho de conclusão de curso trata da necessidade de acumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade na remuneração dos trabalhadores que realizam atividades que os expõe a ambos os tipos de agressões. Na primeira parte busca-se fazer um apanhado histórico para mostrar que, ao longo da evolução do texto constitucional, é possível observar o gradual fortalecimento da ideia de proteção dos trabalhadores. Em seguida, se passa a analisar o texto constitucional da Constituição de 1988 exaltando sua tendência protecionista através de um olhar principiológico, axiológico e sistemático. Num terceiro momento, objetiva-se mostrar o sistema de interpretação e enquadramento eficaz do texto constitucional para, posteriormente, aplicá-las à situação em debate. Já na segunda parte, conceituam-se e caracterizam-se os adicionais de periculosidade e insalubridade elencando os elementos semelhantes e as peculiaridades de cada um, concluindo que claramente são adicionais inconfundíveis. Na terceira parte do trabalho, retomam-se todos os elementos levantados ao longo do trabalho de forma direcionada para a possibilidade de acumulação dos adicionais. São apresentados, aqui, os argumentos que confirmam a tese no sentido de que os adicionais de periculosidade e insalubridade são, de fato, acumuláveis.

Palavras-chave: Cumulação dos adicionais. Análise sistemática. Direitos sociais. Inconstitucionalidade.

ABSTRACT

This course conclusion work addresses the need for accumulation of additional health and risk premiums in pay of workers that perform activities that expose them to both types of aggression. We seek to make a historical overview to show that, during the evolution of the constitutional text, it is possible to observe the gradual strengthening of the idea of protection of workers in the first part. Then goes on to examine the constitutional text of the 1988 Constitution extolling its protectionist trend by principiological, axiological and systematic look. In the third stage, the objective is to show the system of interpretation and framing as the effectiveness of the constitutional text to then apply them to the situation under discussion. In the second part, are conceptualized and characterized additional dangerous or unhealthy listing the similar elements and the peculiarities of each, concluding that clearly are additional unmistakable. In the third part of the work follows on all elements raised throughout the work a targeted manner to the possibility of additional accumulation. Are here presented arguments that confirm the thesis to the effect that the additional dangerous or unhealthy are indeed cumulative.

Keywords: Aggregation of additional. Systematic analysis. Social rights. Unconstitutional.

LISTA DE ABREVIACÕES

CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil
CLT	Consolidação das Leis do Trabalho
OIT	Organização Internacional do Trabalho
STF	Supremo Tribunal Federal
TST	Tribunal Superior do Trabalho
ADCT	Ato das Disposições Constitucionais Transitórias
FGTS	Fundo de Garantia por Tempo de Serviço
MTE	Ministério do Trabalho e Emprego
NR	Norma Regulamentar
SDI	Sessão de Dissídios Individuais
OJ	Orientação Jurisprudencial
EPI	Equipamentos de Proteção Individual
SUS	Sistema Único de Saúde
SRTE	Superintendência Regional do Trabalho e Emprego

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	13
2 ANÁLISE CONSTITUCIONAL	17
2.1 PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS SOCIAIS NO DIREITO DO TRABALHO.....	17
2.1.1 Panorama histórico dos direitos sociais trabalhistas nas constituições brasileiras.....	17
2.1.2 Direitos e garantias fundamentais relevantes ao Direito do Trabalho.....	19
2.2 PRINCÍPIOS GERAIS DE INTERPRETAÇÃO E EFICÁCIA DA NORMA CONSTITUCIONAL.....	26
2.2.1 Interpretação da norma constitucional.....	26
2.2.2 Eficácia da norma constitucional.....	32
3 ADICIONAIS DE PERICULOSIDADE E INSALUBRIDADE	38
3.1 ASPECTOS PECULIARES AO ADICIONAL DE INSALUBRIDADE.....	38
3.1.1 A atividade insalubre.....	38
3.1.2 Base de incidência salarial do adicional de insalubridade.....	41
3.1.3 Peculiaridades normativas.....	43
3.2 ASPECTOS PECULIARES AO ADICIONAL DE PERICULOSIDADE.....	44
3.2.1 A atividade periculosa.....	45
3.2.2 Base de incidência salarial do adicional.....	48
3.2.3 Peculiaridades normativas.....	50
3.3 ASPECTOS COMUNS AOS ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE.....	51
3.3.1 Desenvolvimento da preocupação legislativa com a saúde e segurança dos trabalhadores.....	51
3.3.2 Natureza da parcela.....	54
3.3.3 Da aplicação dos adicionais.....	56

4 ARGUMENTOS PELA NECESSIDADE DE ACUMULAÇÃO DOS ADICIONAIS DE PERICULOSIDADE E INSALUBRIDADE.	58
4.1 ANÁLISE DA RELAÇÃO GUARDADA ENTRE O ART. 7 XXIII DA CRFB E O ART.193 §2º CLT À LUZ DA CONSTITUIÇÃO.	58
4.1.1 A eficácia constitucional e a reserva legal para a restrição infraconstitucional.....	58
4.1.2 A interpretação constitucional para a restrição do dispositivo celetista.....	62
4.2 ANÁLISE REFERENTE À APLICABILIDADE DO ART. 193 §2º DA CLT E DO ITEM 3 DA NR-15 DA PORTARIA Nº 3214/78.	67
4.2.1 Fatos geradores distintos para os adicionais de insalubridade e periculosidade.....	67
4.2.2 O conflito da acumulação dos adicionais de periculosidade e insalubridade sob a luz do Princípio da Norma mais Favorável.....	70
4.2.3 A ratificação do entendimento constitucional pela acumulação dos adicionais com a Convenção nº 155 da OIT.....	73
4.3 ARGUMENTOS DA SAÚDE RELACIONADOS À CUMULAÇÃO DOS ADICIONAIS DE PERICULOSIDADE E INSALUBRIDADE.....	76
4.3.1 Saúde e Meio Ambiente de Trabalho como elementos favoráveis a acumulação dos adicionais.	76
4.3.2 A monetarização da saúde e função taxativa da acumulação dos adicionais.....	79
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.	85
6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.	87

1 INTRODUÇÃO

a. Apresentação do tema

Falar em Direito do Trabalho é remontar um passado de lutas contra abusos constantes impostos pela disparidade entre os polos opostos da relação de trabalho. A evolução constitucional proporcionou a positivação de uma segurança principiológica capaz de salvaguardar muitos aspectos das relações em sociedade. Um desses aspectos é a atribuição e proteção dos direitos dos trabalhadores, do qual extraímos a questão da cumulação dos adicionais de periculosidade e insalubridade, essência do trabalho aqui apresentado. Nesse sentido, muitos trabalhadores se deparam com a necessidade de submissão a uma atividade laborativa em que se colocam em risco e, por isso, tem direito a um acréscimo remuneratório. Essa situação causa estranheza, tendo em vista ser difícil pensar que a Constituição, de alguma forma, permite a exposição de trabalhadores a riscos prejudiciais à sua saúde, fato que fere vários direitos fundamentais presentes no próprio texto constitucional. Ocorre que, por muitas vezes, a realidade se impõe à idealização do convívio em sociedade, o que força uma adaptação do texto legal e, naturalmente, da própria sociedade. No entanto, se já é difícil conceber uma adaptação que permita a monetização da saúde, mais ainda é uma realidade que banalize a condição dos trabalhadores. A não acumulação dos adicionais de periculosidade e insalubridade proporciona exatamente isso, sendo uma questão a ser alterada na realidade das relações trabalhistas brasileiras.

b. Lacuna na doutrina

O entendimento dominante na jurisprudência do judiciário tem impedido a acumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade. Isso é observado porque o art. 7º, XXIII da CRFB que traz para nossa legislação esses adicionais carece de uma regulação infraconstitucional que acabou por restringi-lo. Ocorre que uma análise acurada sobre o dispositivo constitucional, precisamente sobre a sua eficácia, leva a questionar sobre a possibilidade de uma restrição imposta pela legislação infraconstitucional. Mais que isso, sua eficácia nos dá a certeza de que a lei ordinária deve ser compatível com a Constituição. Analisando o texto da Carta Magna, por sua vez, é possível concluir pela total inconstitucionalidade do dispositivo que impede que os adicionais de periculosidade e insalubridade sejam cumulados. A controvérsia se intensifica quando se analisa o próprio artigo restritivo, que não apresenta informações precisas, dando azo a questionamentos e

reforçando as teses de sua inconstitucionalidade.

c. Justificativa do trabalho

O presente tema mostra-se de vital importância na atualidade. Vivemos uma realidade de valorização da proteção dos direitos individuais e coletivos da sociedade, nos quais está incluído o direito à saúde. Há o crescimento de uma tendência de defesa por política nacional de proteção da saúde e, naturalmente, isso leva a um reflexo na realidade das relações trabalhistas, situação na qual muito abuso e descaso é observado.

Os direitos dos trabalhadores são um dos principais focos de defesa da nossa Constituição atual. Isso se justifica, logicamente, por ser o trabalhador um símbolo da opressão pontual exercida pelas castas favorecidas, uma vez que temos o forte empregador se impondo sobre o frágil e, por vezes, ignorante trabalhador. Quando tratamos da saúde dos trabalhadores, então, há de se destacar maior responsabilidade, tendo em vista que a sociedade passa a maior parte de sua vida útil trabalhando. Nesse sentido, a imposição de um combate aos abusos à saúde dos trabalhadores, embasado em contraprestações pecuniárias, é um motivo de grande preocupação para sociedade, tendo em vista que transparece o descaso do legislador com a proteção da força de trabalho. Contudo, a não acumulação dos adicionais de periculosidade e insalubridade é ainda mais preocupante, pois minimiza a capacidade de efetividade de nosso sistema protetivo de monetização da saúde que, por sua vez, já não é o ideal.

Aceitar que um trabalhador sofra influência de agentes agressivos, ou seja, exposto ao risco acentuado, sem receber uma contraprestação pecuniária, é uma afronta aos direitos e valores constitucionais basilares. A saúde da sociedade não pode ser tratada com descaso e, nesse contexto, a acumulação dos adicionais de periculosidade e insalubridade é uma resposta necessária. Seguindo nessa linha, muitas decisões de primeiro grau estão concedendo a acumulação dos adicionais. Ademais, já há decisões de Turmas do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª região simpáticas à acumulação dos adicionais. Esses são fatores objetivos que tocam os ideais de segurança jurídica e de evolução do direito frente às necessidades da sociedade, o que eleva a solução da celeuma aqui levantada à um caráter emergencial.

d. Formulação do Problema

É certo que a Constituição introduz temas que carecem de regulamentação ordinária. Na questão dos adicionais de periculosidade e insalubridade, nos deparamos com a

necessidade dessa regulamentação. Ocorre que ela se apresentou dotada da restrição de impossibilidade de cumulação dos presentes adicionais.

Afinal, é possível a acumulação dos adicionais salariais de insalubridade e periculosidade?

e. Apresentação de hipóteses e objetivos

Para resolver a presente questão é preciso analisar alguns elementos essenciais. Primeiramente é preciso verificar o que diz a Constituição sobre o tema. Nesse sentido, é preciso olhar para a norma constitucional que cria o direito dos trabalhadores a receber os adicionais e verificar se ela permite uma restrição. Buscar-se-á, com isso, concluir que a restrição trazida na CLT ao recebimento acumulado dos adicionais encontra óbices na eficácia e na interpretação normativa da constituição.

Um segundo ponto importante a ser considerado é a norma restritiva. Cumpre confirmar se ela realmente cria impedimento ao recebimento dos adicionais acumulados. O objetivo aqui é constatar que o texto celetista precisa ser interpretado para que leve à conclusão de que há restrição ao dispositivo constitucional que determina a acumulação dos adicionais. Além disso, que a norma celetista é anterior à promulgação da Constituição atual, o que limita sua recepção à compatibilidade constitucional.

Um terceiro e último elemento a ser considerado é se há interesse da sociedade na acumulação dos adicionais. Presente questão será trabalhada principalmente sobre o aspecto da saúde. O objetivo aqui é mostrar que o sistema de proteção dos trabalhadores apresenta muitos problemas. Contudo, dentro da sua limitação de funcionamento baseada na monetização da saúde, a acumulação dos adicionais é uma das poucas formas de se dar efetividade a proteção da saúde dos trabalhadores e, destarte, da sociedade.

f. Metodologia

O trabalho será desenvolvido em três partes. A primeira parte será dedicada à construção do fundamento de proteção social, através de uma análise sistemática do texto constitucional, extraindo, por meio de um olhar evolutivo, pontual e limitado, as informações de pertinência ao Direito do Trabalho, a evidente postura de proteção aos direitos sociais da Carta Maior. Nesse sentido, elevando o debate até a Constituição atual, extraindo dela os fundamentos para argumentar no sentido de impossibilitar a recepção de qualquer legislação infraconstitucional contrária à proteção dos direitos sociais dos trabalhadores.

Na segunda parte trabalha-se no sentido de diferenciar os adicionais de periculosidade e insalubridade. Com a clareza da peculiaridade dos adicionais, torna-se muito mais compreensível a tese da acumulação, uma vez que salta aos olhos a dupla agressão aos trabalhadores e, dessarte, o abuso que se constrói com vedação dessa acumulação dos adicionais.

Na terceira parte tem-se a apresentação dos argumentos que, tomando por base o fundamento das partes anteriores, levam a justificação das hipóteses levantadas para o presente trabalho e, por conseguinte, a conclusão de que a cumulação dos adicionais é a única interpretação possível ao exegeta, além de uma resposta necessária do judiciário.

Cabe mencionar que o sistema utilizado neste trabalho é predominantemente lógico-teórico, reforçado por decisões jurisprudenciais que serão trazidas ao debate para justificar a tese da acumulação dos adicionais.

2 ANÁLISE CONSTITUCIONAL

2.1 PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS SOCIAIS NO DIREITO DO TRABALHO

A evolução de nossa Constituição mostra-se um reflexo da evolução do pensamento do legislador constituinte e, naturalmente, da forma como os direitos fundamentais passaram a ser observados em nossa legislação interna. Nesse contexto, foi possível observar a elevação da importância dos direitos sociais em número e em relevância no direito brasileiro. Nesse processo, muitos direitos foram criados para os trabalhadores a fim de assegurar garantias basilares do texto constitucional.

2.1.1 Panorama histórico dos direitos sociais trabalhistas nas Constituições Brasileiras

Por certo que o Direito do Trabalho, como qualquer ramo do Direito, passou por transformações substanciais até chegar ao patamar de protetividade observado na resolução dos conflitos jurídicos atuais. Nesse ínterim transformativo é possível observar a transição de uma total desvalorização do Direito Trabalhista, justificada por uma economia exploratória da energia do trabalhador hipossuficiente, até o seu ápice hodierno de valorização, possibilitado pelo momento reflexivo atual da sociedade, que impõe a primazia da proteção dos direitos humanos.

A Constituição de 1824 se ocupou muito pouco dos direitos sociais. Nela foi possível observar a preocupação quanto à abolição das corporações de ofício que, na época, eram consideradas opressoras dos talentos e propósitos dos operários, bem como contrárias aos interesses da sociedade. Na sequência, a Constituição de 1891 também não apresentou grande contribuição de ordem social. No entanto, é possível destacar alguns aspectos, como o reconhecimento da liberdade de reunião, o que veio a mostrar-se o princípio do posterior reconhecimento do direito de sindicalização.

Em relação à Constituição de 1934, é possível notar uma mudança substancial na preocupação tangente aos direitos sociais, podendo-se destacar, dentre outros fatores, a criação da Justiça do Trabalho, o reconhecimento dos sindicatos e associações profissionais, a completa autonomia dos sindicatos e a aceitação das convenções coletivas de trabalho, além da criação dos direitos individuais importantes, inclusive, para o Direito Trabalhista.

Quanto à Constituição de 1937 tem-se o emergir de um texto com forte influência dos ideais corporativistas do qual podemos extrair alguns princípios. Dentre eles, mister gizar o de que a atividade econômica passou a se guiar por padrões morais, assim como o de que o interesse nacional passou a estar acima dos interesses particulares. Nesse contexto, importante trazer uma ressalva ao texto constitucional. Nele se afirma que o Estado tem deveres a cumprir na vida econômica e social e, nesse sentido, de criar uma limitação protecionista, que acabou concretizada com a formação do Conselho de Economia Nacional, formalizado nessa Constituição e apoiado pelas organizações sindicais. Essas organizações, por sua vez, passaram a ter uma participação mais ativa nessa função ligada a criação de limitações protecionistas, buscando, com isso, vetar um eventual descaminho na administração do país. Apesar dessa situação, a atividade sindical ficou relativamente tolhida. Essa e outras questões, como o afastamento da Justiça do Trabalho do quadro do Poder Judiciário, levaram a se ver com maus olhos esse texto constitucional e a afirmá-lo como um retrocesso na trajetória de desenvolvimento das constituições brasileiras no que se refere aos direitos dos trabalhadores.

Em 1946, tem-se a formulação de uma Constituição democrática que, apesar disso, manteve uma tendência corporativista. Em relação aos direitos sociais, ela agregou pontos positivos às necessidades da sociedade. Um exemplo disso materializa-se na compreensão da greve como um direito, fato que gerou uma proximidade do nosso direito com o que apresentava a Organização Internacional do Trabalho (OIT) na época. Analisando o âmbito do direito individual, essa Constituição mostrou-se muito ativa, uma vez que trouxe benefícios variados e importantes. Basta perceber que se passou a prever o pagamento de adicional pelo trabalho noturno, bem como se instituiu o seguro contra acidentes e a participação obrigatória dos empregados no lucro da empresa. Esse último benefício, aos olhos de Octávio Magano Bueno, “(...) foi a maior inovação da Carta Magna, não obstante nunca tenha sido implantada”¹. Cabe destacar, ainda, que a Constituição de 1946 reintegrou a Justiça do Trabalho no quadro do Poder Judiciário, situação que havia sido modificada pela sua antecessora e agora se desfaz, dando força nova às carências dos trabalhadores.

Por fim, a Constituição de 1967, da qual pode-se dizer que pouco inovou nos direitos sociais em quantidade, trouxe modificações significativas. Para caracterizar essa situação, cita-se a alteração na sistemática recursal, que passa a incorporar a irrecorribilidade das decisões do Tribunal Superior do Trabalho (TST). Além disso, tem-se a criação do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) e de um extenso rol de obrigações sociais no título III

¹ MAGANO, Octávio Bueno, MALLETT, Estevão. **O direito do trabalho na Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p.

do texto constitucional. Dessas obrigações sociais podemos gizar a valorização do trabalho como condição da dignidade da pessoa humana, bem como outros posicionamentos que contribuem de forma significativa para a afirmação de que a tônica social veio de forma crescente até a nossa Constituição atual.²

2.1.2 Direitos e garantias fundamentais relevantes ao Direito do Trabalho

Conforme o histórico constitucional apresentado, mostra-se evidente o fato de que a Constituição atual possui uma formação de forte defesa dos direitos sociais. A despeito da controversa versão de 1937, o passado constitucional brasileiro demonstra uma gradual construção de garantias e direitos. Essa realidade, baseada no desenvolvimento histórico, já possibilita concluir que o legislador constituinte, ao escrever a Constituição de 1988, primaria pela proteção dos direitos e garantias até então conquistados, bem como trabalharia para evitar interpretações contrárias a esse paradigma de protetividade. Não obstante essa tendência natural de nosso legislador constituinte, mais precisa mostra-se a análise direta do texto da Constituição de 1988.

Presente foco no texto constitucional tem por escopo elencar, para além de uma tendência de protetividade na Constituição, elementos objetivos aptos a comprovar diretamente que a primazia do interesse social é uma realidade e está positivada na Carta Magna. Para comprovar essa realidade, contudo, é essencial que se mencione elementos normativos de tal documento, mais precisamente os referentes aos direitos e garantias fundamentais, presentes no título II em rol não taxativo, mas que concentra e destaca muitos dos principais elementos de proteção dos interesses sociais e, em especial, dos trabalhadores.

Antes de mencionar os direitos e garantias fundamentais é essencial, no entanto, destacar que o legislador constituinte, ainda no espaço dedicado aos princípios fundamentais, fez questão de exaltar alguns elementos que são vitais na compreensão do Direito do Trabalho e sobre os quais é importante fazer uma abordagem analítica. Nessa perspectiva de exaltação dos princípios, Arnaldo Süssekind contribui afirmando que

(...) a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) inclui os princípios gerais de direito, “principalmente do direito do trabalho” entre as fontes a que a Justiça do Trabalho e as autoridades administrativas devem recorrer para sanar omissões no campo das relações de trabalho.³

² BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2011, p.

³ SÜSSEKIND, Arnaldo. **Instituições de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 1999, p. 150.

A presente compreensão nos mostra que os princípios não participam do Direito do Trabalho apenas de forma superficial, dando um norte para a interpretação da legislação constitucional e infraconstitucional, mas também participam de forma direta nas decisões carentes de base normativa conclusiva em que é necessário sanar omissões.

Dessarte, os princípios são enunciados que se deduzem do ordenamento jurídico pertinente com o viés de instruir tanto o legislador, ao elaborar as leis, como o intérprete, ao aplicá-las. Nesse sentido, tem-se que os princípios acabam por influenciar no Direito do Trabalho de forma fundamental, gerando interpretações peculiares e distintas do que se poderia extrair da simples análise literal de um dispositivo legal. Isso, prioritariamente, se deve à necessidade de ponderação emergente de litígios em que figura em um dos polos parte hipossuficiente.

Dos princípios fundamentais extraídos do texto constitucional, importantes de serem lembrados na argumentação aqui trabalhada e referentes ao Direito do Trabalho, parece essencial destacar o fundamento da “*dignidade da pessoa humana*”⁴. Esse fundamento reflete um conjunto de elementos de proteção social e valores civilizatórios com um conteúdo representativo de valores espirituais e naturais, pois traz em seu bojo a ideia de liberdade de ser e pensar, bem como a necessidade de primazia de uma condição de vida satisfatória com renda mínima, saúde, moradia e alimentação para as pessoas. Conforme o professor Uadi Lammêgo Bulos:

(...) este vetor agrega em torno de si a unanimidade dos direitos e garantias fundamentais do homem, expressos na Constituição de 1988. Quando o texto Maior proclama a dignidade da pessoa humana, está consagrando um imperativo de justiça social, um valor constitucional supremo.⁵

Esse valor proporciona uma concepção essencial, pois subsidia argumentação para contrapor qualquer abuso que eventualmente seja imposto por uma legislação distorcida. Assim como advoga Uadi, temos aqui um imperativo de justiça social que urge ser respeitado e observado em toda e qualquer situação.

Dentro dessa concepção essencial e ampla proporcionada pelo fundamento da dignidade da pessoa humana, pode-se extrair subsídio para argumentar contra qualquer abuso legislativo que seja imposto em decorrência de falhas no processo de formação e atualização

⁴ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Organização do texto: Juarez de Oliveira. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1990, 168 p., art. 1º, inc. III.

⁵ BULOS, Uadi Lammêgo. Op.cit., p. 502.

das leis. Em sendo as relações de trabalho inevitáveis instrumentos de subordinação, fundamental que haja um imperativo supremo que impeça a observância de abusos contra os trabalhadores vulneráveis às imposições de seus superiores.

Seguindo, ainda dentro dos fundamentos de nossa República Federativa, é importante citar o princípio de “valorização social do trabalho e da livre iniciativa”⁶. O constituinte ao tratar sobre tema enfatizou o respeito à dignidade no trabalho em diversos lugares da Constituição buscando, com isso, destacar que a garantia ao trabalho engloba todas as pessoas, desde que se trate de um trabalho livre. Sobre a questão da valorização do trabalho, Uadi Lammêgo Bulos traz que “Ao prescrever os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, a Constituição aduziu que a ordem econômica se funda nesse primado, valorizando o trabalho do homem em relação à economia de mercado, nitidamente capitalista.”⁷ Nessa ótica, temos que, constitucionalmente, há o entendimento de que a ordem econômica se funda nos valores sociais do trabalho, corroborando a afirmação da proteção do homem como ponto essencial da relação de trabalho e que, assim o sendo, deve ser protegido contra abusos nas relações laborativas.

Dentro do ideal de valorização do trabalho, pertinente trazer ao debate um dos objetivos da Carta Magna, também trabalhado pelo legislador constituinte como princípio, qual seja, a “erradicação da pobreza e da marginalização e redução das desigualdades sociais e regionais”.⁸ Esse objetivo é essencial para a aplicação de muitos princípios constitucionais no Direito do Trabalho, pois tendo como foco a erradicação da pobreza e o fim das desigualdades sociais, atuará o Estado, quando necessário, primando pela igualdade nas relações de emprego. Isso implica em promover a igualdade de forças nos processos judiciais, bem como proteger os interesses e o direito dos trabalhadores, concedendo a eles a melhor remuneração possível, dentro dos limites dos seus direitos, o que é, obviamente, uma forma construtiva de proporcionar que essa classe hipossuficiente alcance os elementos mínimos e essenciais de uma vida digna.

Ainda trabalhando os objetivos positivados pelo legislador originário, “(...) promover o bem de todos sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”⁹. Esse objetivo consagra a igualdade no texto constitucional a qual tem forte implicação no Direito do Trabalho. Ter a busca da igualdade como meta, leva a vedação

⁶ BRASIL, Op.cit., art. 1º, inc. IV.

⁷ BULOS, Uadi Lammêgo. Op.cit., p.504.

⁸ BRASIL, Op.cit., art. 3º, inc. III.

⁹ Ibidem, art. 3º, inc. IV.

de distinções injustificadas na contratação de funcionários, bem como no tratamento pelo empregador enquanto detentor dos poderes empregatícios e, principalmente, na remuneração dos trabalhadores. Nessa ótica, o papel paternalista do estado aparece impondo a equiparação salarial, quando devida, acabando com possíveis abusos nas relações de emprego.

A tendência protetiva da Constituição se amplia quando seguimos a análise de seus dispositivos. Muitos outros princípios são extraídos de tal texto e aplicados para resolver de forma satisfatória as questões que se apresentam nas relações de trabalho. Por isso, o tema dos princípios será novamente retomado quando for tratada a análise e interpretação normativa.

No que tange aos Direitos e Garantias Fundamentais, trazidos no texto constitucional, afirma José Afonso da Silva que “No qualificativo ‘fundamentais’ acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive (...)”.¹⁰ Por sua vez, o professor Uadi Lammêgo corrobora a importância dos direitos e garantias fundamentais, trazida nas palavras de José Afonso, afirmando que

Direitos fundamentais são o conjunto de normas, princípios, prerrogativas, deveres e institutos, inerentes a soberania popular, que garantem a convivência pacífica, digna, livre e igualitária, independentemente de credo, raça, origem, cor, condição econômica ou status social.¹¹

Em sendo situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, inerentes a soberania popular e essenciais à garantia de uma convivência pacífica, inegável a imperatividade de sua observância. Imperatividade essa que se encontra positivada no texto constitucional precisamente nas seguintes palavras: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais tem aplicação imediata.”¹² Assim o sendo, não há possibilidade de argumentação contrária a aplicação dos direitos e garantias fundamentais que não se apresente de forma inconstitucional.

Dentro da ótica trabalhista, tem-se o destaque para os direitos e garantias fundamentais trabalhados pelo aspecto do direito social. Sobre o tema dos direitos sociais cabe trazer a reflexão de Amauri Mascaro “Sendo a Constituição a norma jurídica fundamental que contém os valores considerados, pela Nação, aptos a realização de seus fins primeiros, os direitos sociais devem ser nela incluídos, pelo significado de que se revestem na vida

¹⁰ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 182.

¹¹ BULOS, Uadi Lammêgo. Op.cit., p. 515.

¹² BRASIL. Op.cit., art. 5º, §1º.

contemporânea.”.¹³ O posicionamento trazido por Amauri, três anos após a entrada em vigor da Constituição atual, exalta a importância da presença dos direitos sociais no texto constitucional, determinada pela compreensão de que ali estariam positivados os valores aptos a possibilitar que a Nação pudesse alcançar os seus fins primeiros.

Esse entendimento da Constituição, como a base essencial das intenções da Nação, apenas veio a se intensificar com o passar do tempo. Nesse sentido, chegamos a um estágio de cognição no qual entendemos que alguns valores fundamentais da Constituição deveriam se tornar imutáveis, o que acabou positivado no art. 60, §4º da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB)¹⁴. Mais que isso, vige no sistema jurídico brasileiro o entendimento de que o rol de cláusulas pétreas positivado no inciso IV do artigo supramencionado se elasteceria para além do art. 5º da Constituição¹⁵, qual seja, o que trata dos direitos e garantias individuais, atingindo o art. 7º do mesmo diploma legal, abarcando os direitos sociais, bem como outros direitos que se diluem pelo texto constitucional. Nesse sentido, o professor Uadi Lammêgo contribui tratando do art. 60, §4º, IV da CRFB afirmando

Aqui há uma imprecisão: os direitos e garantias não são apenas os individuais, isto é, as liberdades públicas clássicas. Englobam, também, os direitos econômicos, os sociais, e, ainda, os difusos, coletivos e individuais homogêneos, os quais não podem ser objeto de emendas tendentes a abolí-los.¹⁶

Por esse viés, teríamos os direitos sociais com força de aplicação imediata e com a proteção de imutabilidade na Constituição atual, o que ampliaria a tendência pela inconstitucionalidade de qualquer norma que legisle em contrariedade a tendência protetiva constitucional.

Retomando a análise dos Direitos e Garantias Fundamentais pela dimensão dos direitos sociais, muitos são os temas apresentados no diploma constitucional que impõe aos empregadores elementos basilares a serem respeitados sob pena de se proceder de forma inconstitucional. Traz a carta maior, sem a pretensão de exaurir o quadro de necessidades dos

¹³ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Direito do trabalho na Constituição de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 02.

¹⁴ Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

§ 4º – Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I – a forma federativa de Estado;

II – o voto direto, secreto, universal e periódico;

III – a separação dos Poderes;

IV – os direitos e garantias individuais.

BRASIL. Op.cit.

¹⁵ Vide STF, Pleno, ADIn 937-7/DF, Rel. Min. Sidney Sanches, decisão de 15-12-1993.

¹⁶BULOS, Uadi Lammêgo. Op.cit., p. 406.

trabalhadores, direitos que visem à melhoria da condição social deles, como pode ser visto no seguinte enxerto: “São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social (...)”¹⁷. Partindo desse ponto, discorre o texto da Carta Magna sobre uma série de direitos e garantias dos trabalhadores. Para ilustrar, pode-se citar o seguro desemprego, o fundo de garantia do tempo de serviço (FGTS), o salário mínimo, bem como inúmeras outras questões ligadas aos assuntos de remuneração, licenças e proibições que asseguram aos trabalhadores condições salutaras para a realização da atividade laborativa.

Dentro desse rol de direitos sociais, importante dar peculiar atenção aos seguintes direitos: “(...) redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança.”¹⁸ e “(...) adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei.”¹⁹. Esses são objetos centrais do presente trabalho, pois elucidam a essencialidade do respeito a cuidados a serem observados durante a atividade laborativa que, em não sendo respeitados, ferem de forma direta os princípios de protetividade da Constituição.

Em relação ao primeiro, cabe referir ser ele um imperativo de prevenção de riscos e preservação da segurança do trabalhador. Aliás, sobre a ideia de redução de riscos, presente no inciso constitucional, Uadi Lammêgo traz que: “(...) é ato de prevenir, preservar e assegurar a higidez do trabalhador contra doenças, epidemias, dentre outros males físicos, psíquicos e patológicos.”²⁰ Nesse sentido, a intenção real de aplicabilidade desse dispositivo se materializa pelo legislador tanto no artigo 60 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT)²¹, quanto na Súmula 736 do Supremo Tribunal Federal (STF)²².

No dispositivo celetista, prevendo uma restrição para atividade insalubre no que concerne a prorrogação da atividade laborativa nessas condições, mostrando um mecanismo eficaz de manutenção do dispositivo constitucional. Já na Súmula do Supremo Tribunal, como

¹⁷ BRASIL. Op.cit., art. 7º, caput.

¹⁸ BRASIL. Op.cit., art. 7º, XXII.

¹⁹ Ibidem, art. 7º, XXIII.

²⁰ BULOS, Uadi Lammêgo. Op.cit., p. 805.

²¹ Art. 60 CLT: “(...) nas atividades insalubres, assim as consideradas as constantes dos quadros mencionados no Capítulo “Da Segurança e da Medicina do Trabalho”, ou que neles venham a ser incluídas por ato do Ministro do Trabalho e Previdência Social, quaisquer prorrogações só poderão ser acordadas mediante licença prévia das autoridades competentes em matéria de higiene do trabalho, as quais, para esse efeito, procederão aos necessários exames locais e à verificação dos métodos e processos de trabalho, quer diretamente, quer por intermédio de autoridades sanitárias federais, estaduais e municipais, com quem entrarão em entendimento para tal fim.”

²² Súmula STF 736 “Compete à Justiça do Trabalho julgar as ações que tenham como causa de pedir o descumprimento de normas trabalhistas relativas à segurança, higiene e saúde dos trabalhadores.”

uma instrução confirmativa da importância do inciso constitucional e diretiva procedimental para solucionar eventuais desrespeitos à disposição.

Em relação ao segundo dispositivo constitucional cumpre mencionar, por ora, que o legislador constituinte, ao positivar a necessidade de um adicional de remuneração para atividades penosas, insalubres ou perigosas, buscou estabelecer uma compensação por um desgaste real à saúde e, porque não dizer, à vida do trabalhador. Nas palavras de Uadi Lammêgo “Os adicionais de remuneração objetivam compensar o trabalho pelos riscos, perigos, desgastes, tempo e lugar onde o serviço foi prestado”.²³ Nessa senda, cabe a esses adicionais de remuneração uma forma de compensar o trabalhador por uma eventual situação de dificuldade em sua atividade laborativa.

A Constituição Brasileira, ao tratar objetivamente dos direitos sociais, direcionou seu universo de normatização para o Direito do Trabalho. Não obstante, presente postura ressaltou que os direitos sociais envolvem muito mais que apenas essa parcela de direitos, mesmo porque, já menciona no mesmo capítulo constitucional que, “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma dessa Constituição”²⁴. Nesse sentido, inviável compreender de forma limitada os direitos e garantias fundamentais trazidos no capítulo dos direitos sociais, uma vez que estes abarcam um universo mais amplo de garantias. Mais precisamente, nas palavras de José Afonso da Silva:

Diz-se que o núcleo central dos direitos sociais é constituído pelo direito do trabalho (conjunto dos direitos dos trabalhadores) e pelo direito da seguridade social. Em torno deles, gravitam outros direitos sociais, como o direito à saúde, o direito de previdência social, o de assistência social, o direito à educação, o direito ao meio ambiente sadio.²⁵

Dessa forma, mostra-se clara a predominância dos direitos e garantias fundamentais trabalhistas dentro do âmbito social. Não obstante presente construção textual constitucional, vital lembrar que, em sendo os direitos sociais parte dos direitos e garantias fundamentais, também estão regidos pela determinação constitucional que lhes atribui aplicabilidade imediata.

Finalizando a análise sobre as garantias e direitos fundamentais presentes na Constituição, mister gizar que “(...) os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados

²³ BULOS, Uadi Lammêgo. Op.cit., p. 805.

²⁴ BRASIL. Op.cit., art. 6º.

²⁵ SILVA, José Afonso da. Op.cit., p. 466.

internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”²⁶. Presente afirmação do texto constitucional, não obstante dentro do capítulo dos direitos individuais e coletivos, se aplica de forma genérica ao seu texto constitucional, ampliando o universo de abrangência de sua tendência protetiva, uma vez que apresenta a sobreposição da dimensão agregativa sobre a dimensão restritiva no que tange a estabelecer direitos e garantias.

2.2 PRINCÍPIOS GERAIS DE INTERPRETAÇÃO E EFICÁCIA DA NORMA CONSTITUCIONAL

Ao mesmo tempo em que é fundamental a existência de direitos basilares na Carta Máxima, responsáveis por direcionar o pensamento do legislador ordinário e, principalmente, aptos a suprir as carências da sociedade, é importante um sistema de interpretação e aplicação dessa estrutura normativa. Nesse sentido, notória a relevância de um sistema de interpretação, não apenas das normas constitucionais em seu contexto de inserção, como das normas infraconstitucionais com a Carta Magna, a fim de assegurar a uniformidade do sistema. Ademais, mister que se prime pela segurança da eficácia constitucional, a qual impõe invencíveis limitações a legislação regulamentadora, quando essa se mostra necessária.

2.2.1 Interpretação da norma constitucional

Até o presente momento buscou-se elucidar o paradigma de proteção dos direitos sociais ínsito na Constituição pelo legislador originário. A despeito da materialização no texto constitucional da defesa desses direitos e garantias, cumpre destacar elementos essenciais de interpretação constitucional para que se torne possível observar de que forma se procede com a aplicação desses direitos.

Nesse sentido, o processo de interpretação constitucional utiliza-se de métodos e princípios que se mostram essenciais nessa atividade de hermenêutica legislativa. Antes de trabalhar com esses mecanismos, no entanto, é pertinente dizer que uma salutar interpretação constitucional é importante não apenas para uma ideal compreensão da Constituição, como também para uma ideal aplicação da legislação infraconstitucional. Sobre o assunto Uadi Lammêgos afirma que “(...) se são as normas constitucionais que fundam o ordenamento jurídico, submetendo as outras normatizações ao seu alvedrio, claro que os preceitos

²⁶ BRASIL. Op.cit., art. 5º §2º.

enfaixados na Constituição repercutem, direta e imediatamente, sobre o direito ordinário.²⁷”. Importante destacar aqui que sequer se fala em influência de cláusula pétreia, a qual ensejaria aplicabilidade imediata e indiscutível, mas tão somente do texto constitucional em sua totalidade, com o qual a legislação ordinária deve se harmonizar sob pena de não ser recepcionada.

A despeito da limitação imposta pela Constituição à legislação ordinária, é fato que quando falamos em interpretação não se pode afirmar a existência de uma técnica, um princípio ou um método específico aptos a uma compreensão uniforme do texto constitucional. Nesse contexto, podemos dizer que a interpretação constitucional atual utiliza-se de mecanismos variados na busca da conclusão que possibilite a aplicação mais uniforme possível dos dispositivos legais, quais sejam: métodos clássicos, métodos modernos, aplicação de princípios e aplicação de técnicas.

Os métodos clássicos se dividem em gramatical, lógico, histórico, sistemático, teleológico, popular, doutrinário e evolutivo. Esses métodos mostram-se úteis até hoje, pois, quando se parte para uma análise de texto constitucional, constantemente observamos a pontuação, a coerência das normas, os fatores que levaram a sua elaboração, o contexto normativo em que está inserida, o objetivo da norma ao ser criada, bem como o posicionamento que vem tomando o judiciário e a eventual necessidade de uma mutação da lei, uma vez que a sociedade permanece em constante evolução.

Sua utilização, todavia, mostra-se insuficiente para exaurir todos os problemas detectáveis nas constituições atuais, o que é natural, uma vez que Friedrich Carl Von Savigny desenvolveu esse método no século XIX, período em que esses textos eram mais simples e susceptíveis de aplicação do método silogístico de subsunção²⁸. Nessa senda, vive-se uma realidade jurídico-legislativa em que não são raras as situações nas quais a pura aplicação constitucional nos proporciona dualidade de posicionamentos carentes de sua proteção, o que exige do intérprete a não limitação ao método clássico.

Na busca por técnicas mais adaptáveis à necessidade dos exegetas, surgem os métodos modernos de interpretação constitucional. Nesse contexto, temos o método tópico-problemático no qual se propôs uma análise inversa, partindo do caso concreto para a norma. O método hermenêutico-concretizador, que trabalha com a ideia de que o intérprete, a partir

²⁷ BULOS, Uadi Lammêgo. Op.cit., p. 439.

²⁸ “Norma Constitucional (premissa maior) + Fato (premissa menor) = Sentença (aplicação do conteúdo da norma ao caso concreto). Assim, pela técnica subsuntiva, o magistrado examina a norma em cotejo com os fatos para depois, então, decidir.”. Ibidem, p. 445.

da pré-compreensão que possui em relação ao conteúdo da norma em abstrato, a aplicará da melhor forma possível no caso concreto, suprindo, dessa forma, as lacunas constitucionais através de suas pré-compreensões. O método científico-espiritual, no qual se propõe uma interpretação mais elástica e flexível do texto constitucional para que ele possa acompanhar o desenvolvimento da sociedade. O método normativo-estruturante, em que se defendia que a realidade da sociedade não poderia ser separada da essência do texto constitucional, não devendo haver limitação interpretativa restrita a literalidade normativa. O método de comparação constitucional, no qual foram agregados os métodos histórico, lógico, sistemático e gramatical ao direito comparado com o objetivo de buscar soluções interpretativas em outros ordenamentos jurídicos.

Importante mencionar que, conforme a doutrina que trabalha o tema da interpretação constitucional, há divergências sobre qual a nomenclatura, bem como quantos seriam os métodos modernos²⁹. Apesar disso, é possível notar, de forma geral, que estes são, aparentemente, uma evolução interpretativa dos métodos clássicos. Encontram-se agora mais adaptados às necessidades das constituições modernas que se mostram mais longas, complexas e estruturadas, em que a interpretação não se apresenta mais tão simples. A Constituição atual se insere nesse quadro.

Outro elemento que orienta a interpretação constitucional dos aplicadores da lei, desprovido de caráter normativo, são os princípios constitucionais essenciais à análise e, por isso, de fundamental menção. O primeiro a ser mencionado é o princípio da supremacia da Constituição, que afirma a superioridade hierárquica constitucional, tanto dos seus princípios quanto de suas regras. Nesse sentido, afirma Paulo Roberto de Figueiredo Dantas “(...) o certo é interpretar as leis à luz da Constituição, e não o contrário”³⁰, afirmação que exalta a essência da interpretação de todo nosso sistema normativo.

Outro princípio importante é o da unidade constitucional, que impõe ao exegeta a compreensão das normas constitucionais como integrantes de um sistema único e harmonioso no qual não há espaço para hierarquia normativa e, ligado a este, temos o da correção funcional, que busca preservar interpretações que mantenham a constitucionalidade das normas da Carta Maior e que, por conseguinte, corroborem a supremacia constitucional³¹. O

²⁹ Entende o autor pela existência de apenas 3 métodos: o método integrativo ou científico-espiritual, o método tópico e o método concretista. BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 477.

³⁰ DANTAS, Paulo Roberto Figueiredo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 122.

³¹ Como exemplo, “É o caso da separação dos Poderes, princípio nodular do Estado de Direito, cujo acatamento e respeito são de observância indiscutível”. BULOS, Uadi Lammêgo. Op.cit., p. 450.

princípio da concordância prática (ou da harmonização) trata de apaziguar os bens constitucionais que entrem em conflito, como é o caso dos direitos e garantias fundamentais, buscando a interpretação que melhor os harmonize. Outro, é o da eficácia integradora (ou do efeito integrador), que força o exegeta a uma interpretação global do texto constitucional, não permitindo-a em fragmentos.

O princípio da força normativa da Constituição, por sua vez, determina que, em havendo conflito de normas, é fundamental preservar a interpretação que proporcione maior estabilidade e eficácia ao texto em sua totalidade. Utiliza-se, para tanto, de critérios históricos, bem como de uma análise atual da realidade da sociedade. Ligado a esse princípio, tem-se o da máxima efetividade, que busca extrair das normas a interpretação que lhes garanta maior efetividade, o que significa dizer, retirar da norma a maior quantidade de conteúdo possível para atingir a satisfatória realização do Direito e, destarte, atuação prática da norma. Ainda, tem-se o princípio da razoabilidade (ou da proporcionalidade) que, contrariando a análise acurada de Humberto Ávila³², que dissocia razoabilidade e proporcionalidade e os recaracteriza para postulados, é trabalhado do ponto de vista da interpretação constitucional de forma única. Nesse contexto, Luís Roberto Barroso o define como “(...) a medida com que uma norma deve ser interpretada no caso concreto para a melhor realização do fim constitucional nela embutido ou decorrente do sistema”.³³ Para tanto, utiliza-se o intérprete dos mecanismos de adequação – entre o fim perseguido e o instrumento necessário –, necessidade ou vedação de excesso – da medida empregada – e proporcionalidade em sentido estrito – custo da aplicação da medida ser maior que seus benefícios – podendo, com isso, invalidar atos legislativos e administrativos.

Por fim, cabe ressaltar ainda o princípio da conformidade (ou justeza constitucional ou, ainda, interpretação das leis conforme a Constituição) sendo que desse último emergem outros três. O primeiro a ser citado é o princípio da prevalência da Constituição, o qual impõe ao intérprete que, dentre as interpretações possíveis do texto constitucional, ele deve escolher a que esteja em perfeita sintonia com o texto e com o contexto da Carta Magna. O segundo é o princípio da conservação das normas, que traz a ideia de que, se um texto normativo pode de alguma forma ser interpretado em consonância com o texto constitucional, ele não deve ser

³² “Embora as decisões dos Tribunais Superiores não possuam uniformidade terminológica, nem utilizem critérios expressos e claros de fundamentação dos postulados de proporcionalidade e de razoabilidade, ainda assim é possível (...) reconstruir analiticamente as decisões, conferindo-lhes a almejada clareza.” ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 173.

³³ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 329.

declarado inconstitucional, apenas deve ter sua interpretação harmonizada. Por fim, o princípio da exclusão da interpretação conforme a Constituição *contra legem* que significa dizer que o intérprete do texto constitucional não pode deturpar ou contrariar o significado dado às leis em sua gênese, por mais que isso possa ser realizado com a intenção de harmonizá-las com a Carta Maior.

A interpretação constitucional não se limita a métodos e princípios que, a despeito de fundamentais, não são o limite da sua evolução. Nesse sentido, foram desenvolvidas técnicas interpretativas para ajudar o intérprete a solucionar situações de conflito.

A primeira a ser citada é a técnica da ponderação de valores, que permite ao intérprete uma avaliação sobre qual dos bens constitucionais deve ser priorizado no caso de haver conflito. Obviamente a Constituição não traz em seu bojo uma classificação de importância de suas normas e princípios, de forma que a decisão deverá ser tomada verificando o caso concreto e, dessarte, a melhor forma de se atingir o resultado mais racional que, naturalmente, coincide com o socialmente desejável. Essa técnica vai além da resolução de conflitos entre princípios, pois a de ponderar é também utilizada para delimitar conceitos abertos na Constituição. Para o professor Uadi Lammêgo a técnica da ponderação segue a seguinte linha: “(...) identificação dos bens em conflito, exame conjunto das circunstâncias concretas e das normas aplicáveis ao fato, apuração dos pesos que devem ser atribuídos a cada um dos bens em disputa, escolha da norma que deve preponderar³⁴”. De todo esse balanço se extrai a sentença que quedará por dirimir o conflito interpretativo.

Outra técnica importante é a da otimização de princípios. Nela se busca, tomando por base as condições do caso concreto e os fundamentos jurídicos envolvidos na questão, que o intérprete retire da norma o que há de melhor nela para uma decisão harmônica e ponderada que respeite a vontade constitucional. Para tanto, o exegeta utiliza dos princípios constitucionais para alcançar a intenção profunda da norma constitucional.

Há, também, a técnica da filtragem constitucional, a qual estabelece que toda ordem jurídica deveria ser lida sob o viés constitucional. Esta busca evitar eventuais incompatibilidades entre o ordenamento antigo e a nova Constituição, bem como entre as leis infraconstitucionais e a Carta Magna. Além disso, busca a reoxigenação dos institutos que passam por frequentes análises, bem como por contínuas filtrações axiológicas dando harmonia e compatibilidade aos institutos jurídicos frente à Constituição.

³⁴ BULOS, Uadi Lammêgo. Op.cit., p. 455.

Expostas as técnicas principais de interpretação, cabem algumas ressalvas sobre equívocos interpretativos observados quando sobrevém nova Constituição. O primeiro diz respeito à tendência a se buscar uma interpretação conforme Constituição revogada. Esse fenômeno de interpretação retrospectiva não apenas é prejudicial, visto que impõe obstáculos à evolução do Direito clamada pelo desenvolvimento da sociedade, como também não é incomum, uma vez que ocorre com frequência em nosso judiciário, principalmente pelos exegetas mais conservadores dos tribunais.

Outro equívoco diz respeito às interpretações inconstitucionais de leis constitucionais. Isso é observado nos casos em que o exegeta confere à lei, até então constitucional, um significado que melhor se coaduna com suas concepções, mas que acaba, por isso, inconstitucional. Semelhante à situação anterior, tem-se o caso em que o equívoco interpretativo é inverso, no qual observa-se interpretações constitucionais de leis inconstitucionais. Essa realidade se mostrou mais forte em Constituições passadas, nas quais o legislador originário deixava nela normas abertas com regramento a cargo de lei ordinária.

Com a finalidade de evitar interpretações equivocadas, nossa Corte Suprema passou a fazer uso da interpretação conforme a Constituição. Essa é uma técnica interpretativa que passou a ser utilizada, também, para o controle de constitucionalidade. Importante mencionar que, a despeito da harmonização possibilitada entre a lei máxima e a lei infraconstitucional, esse sistema deve ser utilizado de forma limitada, não se mostrando prudente para salvar uma lei maculada, de forma irreversível, por inconstitucionalidade, forçando interpretações distorcidas ou, ainda, servindo de escape para o judiciário legiferar.

Para tanto, entendeu o Supremo Tribunal Federal por restringir esse sistema de interpretação conforme. Nesse contexto, o sistema passa a ser aplicado por meio de duas formas de afetação textual. A primeira é a interpretação conforme com redução de texto. Nessa situação, se observa em legislação infraconstitucional terminologia ambígua que possibilita interpretação que fere a Constituição, cabível, desta feita, de impugnação da redação eivada de vício. A segunda forma é a interpretação conforme sem redução de texto, na qual se observa uma dualidade na aplicação. Tem-se a interpretação concessiva, a qual concede à norma impugnada uma interpretação que lhe preserve a constitucionalidade, ou seja, não há supressão de texto, a imposição interpretativa sob pena de inconstitucionalidade. Além da concessiva, tem-se a excludente, na qual se exclui do universo de possibilidades interpretativas a que é taxada inconstitucional evitando-se a restrição da norma.

Por meio desse sistema de interpretação constitucional torna-se insustentável a aplicação de legislação ordinária inadequada. Nesse sentido, os mecanismos interpretativos são fundamentais para extrair a essência da Carta Magna, a qual se entende coadunar com a ideia de protetividade dos direitos sociais, bem como dirimir distorções que possam ser consolidadas em legislação infra.

2.2.2 Eficácia da norma constitucional

Para que se torne possível aplicar uma norma constitucional é preciso que, primeiramente, se analise se o preceito normativo é dotado de eficácia. Nas palavras de Luís Roberto Barroso, ao definir a ideia de eficácia:

Toda norma destina-se à produção de algum efeito jurídico. Como consequência, a eficácia jurídica – isto é, a pretensão de atuar sobre a realidade – é atributo das normas de Direito. A consumação desses efeitos, a coincidência entre o dever-ser normativo e o ser da realidade, é identificada como efetividade.³⁵

Nesse sentido, tem-se como eficácia jurídica a potencialidade da norma ser aplicada, ou seja, sua aptidão técnica para vir a atingir a efetividade.

No que concerne a eficácia normativa, mister informar que não há que se falar em norma constitucional desprovida de eficácia, uma vez que é um atributo intrínseco desta. Nessa senda, ainda que programática, a norma constitucional permanecerá tendo um mínimo de eficácia, inclusive se cair em desuso, pois a desobediência do texto constitucional não lhe é capaz de retirar a eficácia, posto que possa, sim, lhe tornar letra morta, ou seja, não mais ser observável a sua aplicação prática.

A Constituição é um diploma incompleto e que assim o necessita ser por sua formulação conturbada, uma vez que busca, em sua formulação, incorporar e conciliar posições antagônicas. Nesse sentido, não são todas as normas constitucionais que estão prontas para serem aplicadas de plano. Esse panorama se reflete em sua eficácia que, de tal forma, se mostrou possível o estabelecimento de uma classificação para o texto constitucional baseada na eficácia. Nesse sentido, José Afonso da Silva³⁶ contribui trazendo que as normas constitucionais podem ser analisadas por três aspectos no que tange a sua eficácia: eficácia plena e aplicabilidade imediata; eficácia contida e aplicabilidade imediata e eficácia limitada,

³⁵ Barroso, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. Pág. 342

³⁶ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p.

essa última, com variações nominativas usadas pelo Supremo Tribunal Federal como “norma não autoaplicável” e “norma dependente de lei formal”. Uadi Lammêgo acrescenta mais duas formas a essa classificação proposta por Silva, afirmando a existência de normas constitucionais de eficácia absoluta e aplicabilidade imediata e das normas constitucionais de eficácia exaurida e aplicabilidade esgotada.

No que importa às normas constitucionais de eficácia absoluta e aplicabilidade imediata pode-se dizer que elas são, de certa forma, intocáveis, pois apresentam a capacidade de paralisar qualquer manifestação normativa que tenha como escopo maculá-las, contrariá-las ou lhes dar outra compreensão. Diz-se, por isso, que apresentam eficácia total. Elas apresentam aplicabilidade direta, imediata e integral, bem como não dependem de regulamentação legal para atuarem. Mais que isso, são inalteráveis, pois nem mesmo por emendas ou propostas de reformas constitucionais é possível a sua modificação. Pode-se citar como exemplo das normas de eficácia absoluta e aplicabilidade imediata as cláusulas pétreas³⁷ e seus dispositivos associados, dentre os quais, como dito anteriormente, já há entendimento pela inclusão dos direitos sociais.

Seguindo uma organização classificativa, tem-se também as normas constitucionais de eficácia plena e aplicabilidade imediata que são as que dispensam legislação infraconstitucional para que se tornem executáveis. São as normas conhecidas como autoaplicáveis, autoexecutáveis ou, simplesmente, normas completas. Para José Afonso da Silva, as normas de eficácia absoluta fazem parte desse grupo também. Sem dúvida, há muitas semelhanças, mas o fato é que as normas absolutas são intangíveis, imodificáveis – a menos que haja imposição de nova Constituição – o que não se aplica as normas plenas. Além disso, importante mencionar que as normas de eficácia plena podem ter sua aplicação exigida a qualquer momento e estão diluídas por todo o texto constitucional.

O próximo tipo normativo constitucional diz respeito às normas de eficácia contida e aplicabilidade imediata. Elas também apresentam sua eficácia imediata, mas contrariamente às anteriormente citadas, estão susceptíveis a restrições e suspensões impostas pelo legislador ordinário. Nesse sentido, acabam se aproximando, também, das normas de eficácia limitada que, da mesma forma, acabam sofrendo influência do legislador ordinário em sua eficácia. As normas de eficácia contida são, por conseguinte, normas com eficácia restringível pelo legislador infraconstitucional, ou mesmo por dispositivos constitucionais, mas que, necessariamente, apresentam-se passíveis dessa restrição. Para tanto, essas normas

³⁷ BRASIL. Op.cit., art. 60, §4º, I a IV

apresentam conceitos indeterminados, genéricos, possibilitando, com isso, criar limitações que se mostram importantes para que não haja sobreposição de direitos nas inter-relações sociais, muito embora a ausência de limitação pela legislação infraconstitucional leve à aplicação imediata da norma contida. Essencial ressaltar que a restrição a cargo do legislador infraconstitucional não é ilimitada, mas tão somente permitida dentro dos abordes estabelecidos pela norma constitucional, bem como pela própria Carta Política, situação tênue que nem sempre é respeitada, levando a conflitos de constitucionalidade³⁸.

Nessa seara de limitações normativas, cumpre trabalhar o conceito da norma constitucional de eficácia limitada e aplicabilidade diferida. Essas são as que dependem de lei infraconstitucional que as regulamentem para que assim possam adquirir efetividade, uma vez que, quando publicadas, já apresentam eficácia mas, lhes falta dispositivo para a aplicação. Uma ressalva importante a ser feita é que muitos dispositivos constitucionais apresentam as expressões “a lei regulará” ou “nos termos da lei”. Isso apenas é insuficiente para se definir se a lei é um dispositivo de eficácia contida ou limitada. Caracterizam-se, portanto, por serem as que tem aplicabilidade diferida, ou seja, enquanto não sobrevier legislação reguladora para possibilitar que alguém exija determinado direito, elas permanecem impossibilitadas de aplicação. Fundamental notar que, a despeito dessa dependência legislativa, essas leis produzem efeito vinculante ao legislador que as regulamenta, de forma que eventual legislação infraconstitucional que não se adapte ao preceito legislativo constitucional não será aceita.

Sobre as normas de eficácia limitada e aplicabilidade diferida, é possível estabelecer uma classificação dual. Existem normas limitadas por princípio institutivo e normas limitadas por princípio programático. A primeira caracteriza-se pela dependência de legislação infraconstitucional para estruturar órgãos, instituições, pessoas que nelas estejam mencionados. Dentre elas podemos discernir dois tipos: as normas instituidoras impositivas, que exigem do legislador uma resposta que vai, inclusive, integrar a sua eficácia, e as normas instituidoras facultativas ou permissivas, que não criam um dever ao legislador, mas uma possibilidade, uma abertura para que ele legisle se entender necessário. As normas limitadas pelo princípio programático, por sua vez, estabelecem o que poderá ou não o legislador fazer, criando programas a serem estruturados em norma infraconstitucional.

³⁸ Caso em que as balizas impostas pela norma constitucional do art. 5º, XIII foram transpostas pela Lei 3.857/60, que regulamenta e impõe restrições a atividade dos músicos, quando da análise sistemática e conjugada com o art. 5º, IX da Carta Política. (Vide STF, Pleno, RE 414426/SC, Rel. Min. Ellen Gracie, decisão em 01/08/2011.).

Estas, basicamente, visam exaltar os fins sociais essenciais para que o Estado não perca o foco sobre eles. Vital informar, ainda, que elas impedem que o legislador ordinário haja em sua função legislativa de forma a afrontar o direito presente nessas normas constitucionais. Nesse sentido, essas normas não apenas orientam o legislador ordinário como também o limitam³⁹.

Por fim, traz o professor Uadi Lammêgo mais uma forma classificativa das normas constitucionais, sendo essa, por sua vez, não trabalhada pelo professor José Afonso da Silva, mas que se mostra de pertinente enunciação. Trata-se, aqui, das normas constitucionais de eficácia exaurida e aplicabilidade esgotada⁴⁰, as quais se caracterizam por já terem extinguido a produção de seus efeitos. Como exemplo temos o art.3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) que estabelecia a revisão constitucional cinco anos após a sua promulgação. Compreendendo-se que a norma em debate determina um agir no passado, conclui-se, logicamente, que não há mais que se falar em eficácia.

Com esse último tipo normativo foi possível exaurir a questão eficaz normativa da Constituição brasileira. Porém, aproveitando esse tema da análise observa-se, sem a intenção de esgotar a temática, uma oportunidade para analisar um assunto já tratado e que incita muitos debates. Tão importante quanto uma compreensão em relação à eficácia do texto constitucional, é compreender a eficácia dos direitos fundamentais nela existentes, mais precisamente, o tangente aos direitos sociais. Isso porque o tema dos adicionais de insalubridade e periculosidade está incluído exatamente no capítulo constitucional referente a estes. Nesse sentido, o professor Ingo Wolfgang Sarlet afirma que

(...) os direitos fundamentais, em razão de sua multifuncionalidade, podem ser classificados basicamente em dois grandes grupos, nomeadamente os direitos de defesa (que incluem os direitos de liberdade, igualdade, as garantias, bem como parte dos direitos sociais – no caso, as liberdades sociais – e políticos) e os direitos a prestações (integrados pelos direitos a prestações em sentido amplo, tais como os direitos à proteção e à participação na organização e procedimento, assim como pelos direitos a prestações em sentido estrito, representados pelos direitos sociais de natureza prestacional).⁴¹

³⁹ Caso em que limitação imposta pela norma constitucional art. 37 II e V determinou a declaração de inconstitucionalidade dos cargos em comissão criados pela Lei nº 1.939/1998. (Vide STF, Pleno, ADI 3706/MS, Rel. Min. Gilmar Mendes, decisão em 15/08/2007)

⁴⁰ BULOS, Uadi Lammêgo. Op.cit., p. 475.

⁴¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva nacional**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 260.

Assim, destacando ser indiscutível a importância dos direitos fundamentais no presente trabalho, na medida em que presentes de forma substancial nos fundamentos da tese aqui trabalhada, relevante adentrar na reflexão sobre a eficácia desses elementos sob uma ótica mais abrangente, superando sua dimensão textual e partindo para a eficácia intrínseca atribuída aos direitos fundamentais. Nesse sentido, o professor Ingo Wolfgang pontua algumas cargas eficaciais comuns a todas as normas definidoras de direitos fundamentais, incluindo neste rol as normas carentes de uma legislação infraconstitucional.

Em primeiro lugar, temos que todas essas normas “Acarretam a revogação dos atos normativos anteriores e contrários ao conteúdo da norma definidora de direito fundamental e, por via de consequência, sua desaplicação, independentemente de uma declaração de inconstitucionalidade”.⁴² Aqui se destaca a eficácia derogatória atribuída aos direitos fundamentais de normas que se mostrem inconstitucionais, a despeito de qualquer declaração nesse sentido.

Como segunda carga eficaz a ser destacada, pode-se dizer que essas normas

Contém imposições que vinculam o legislador, no sentido que este não apenas está obrigado a concretizar os programas, tarefas, fins, ordens, mas também que o legislador, ao cumprir seu desiderato, não pode afastar-se dos parâmetros preestabelecidos nas normas definidoras de direitos fundamentais a prestações.⁴³

Aqui cabe ressaltar a limitação que é imposta ao legislador infraconstitucional que inclusive nos casos em que a norma apresenta-se com limitações mais reduzidas para a sua ação legislativa não pode ele atuar em sentido contrário ao dispositivo fundamental.

Como terceira dimensão eficaz, decorrente da dimensão anterior, temos que “(...) se impõe a declaração de inconstitucionalidade de todos os atos normativos editados após a vigência da Constituição, caso colidentes com o conteúdo dos direitos fundamentais, isto é, caso contrários ao sentido dos princípios e regras contidos nas normas que os consagram”.⁴⁴ Nesse sentido, toda norma infraconstitucional, ainda que editada após a nossa Carta Magna, que venha a contrapor-se aos direitos fundamentais, quedar-se-á inconstitucional.

A quarta carga eficaz diz que

Os direitos fundamentais prestacionais de cunho programático constituem parâmetro para a interpretação, integração e aplicação das normas jurídicas (demais normas constitucionais e normas infraconstitucionais), já que

⁴² Ibidem, p.295.

⁴³ BULOS, Uadi Lammêgo. Op.cit., p. 475

⁴⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. Op.cit., p. 296.

contêm princípios, diretrizes e fins que condicionam a atividades dos órgãos estatais e influenciam, nesse sentido, toda a ordem jurídica, resultando, ainda neste contexto, no condicionamento da atividade discricionária da Administração e do Poder Judiciário na aplicação, interpretação e concretização de suas normas e das demais normas jurídicas.⁴⁵

Aqui, reforça-se a ideia de que, em havendo direito fundamental estabelecido em norma programática, ainda mais que no caso das normas constitucionais não fundamentais, há de se haver, por parte do legislador infraconstitucional, o respeito aos limites impostos por ela a qual funciona como mecanismo de orientação.

A quinta carga eficaz apresentada por Sarlet estabelece que os direitos fundamentais, até mesmo os carentes da interposição do legislador, formulam algum tipo de posicionamento jurídico-subjetivo e, por esse motivo

(...) a doutrina nacional tem sustentado que em qualquer caso um direito fundamental que possa ser enquadrado nesta categoria gera, no mínimo, direito subjetivo negativo, já que sempre possibilita ao indivíduo que exija do Estado que este se abstenha de atuar de forma contrária ao conteúdo da norma que consagra o direito fundamental.⁴⁶

Presente eficácia, portanto, impede que, inclusive nas situações em que se clama a ação do legislador infraconstitucional, ocorra qualquer tipo de regramento contrário ou subversivo das intenções do dispositivo fundamental regulado.

Por fim, a sexta e última carga eficaz presente nos direitos fundamentais refere-se, também, aos direitos a prestações na sua dimensão programática, mais precisamente, nos casos em que o legislador já concretizou os direitos em alguma normatização infraconstitucional e estaria, então, impedido de refazer esse posicionamento. Nas palavras de Sarlet, “(...) o que habitualmente se denominou de uma proibição de retrocesso, isto é, impedir o legislador de abolir determinadas posições jurídicas por ele próprio criadas”.⁴⁷

Nessa ótica, a proibição de retrocesso fecha o quadro da análise eficaz dos direitos fundamentais de forma muito controversa. No entender de Sarlet, estaria a norma constitucional a espera de normatização reguladora para obter uma aplicação efetiva. Com a superveniência de tal estrutura normativa, posicionar-se-ia juridicamente o legislador, permanecendo, a partir dessa situação, sem discricionariedade para nova alteração em sentido oposto.

⁴⁵ Ibidem, p. 297.

⁴⁶ BULOS, Uadi Lammêgo. Op.cit., p. 475

⁴⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. Op.cit., p. 298.

3 ADICIONAIS DE PERICULOSIDADE E INSALUBRIDADE

3.1 ASPECTOS PECULIARES AO ADICIONAL DE INSALUBRIDADE

Procedida à análise sobre o sistema constitucional no sentido de sua interpretação e aplicação frente às normas infraconstitucionais, fundamental para a posterior comparação com a legislação tangente aos adicionais de insalubridade e periculosidade, passamos agora a análise das peculiaridades desses adicionais. Iniciando pelo adicional de insalubridade, trabalhar-se-á com a explicação sobre o tipo de exposição que caracteriza o direito a essa contraprestação pecuniária. Após, será realizada uma análise sobre em relação a qual parcela remuneratória incide o presente adicional. Ao final, serão apresentadas algumas considerações sobre peculiaridades referentes ao presente adicional.

3.1.1 A atividade insalubre

A ideia inculcada no adicional de insalubridade, para além da concepção que será apresentada em relação aos adicionais em geral, está presente na CLT no art. 189⁴⁸, o qual afirma que para uma atividade ser considerada insalubre é preciso que ela, por sua natureza, condição ou método de trabalho, exponha o trabalhador a agentes nocivos à sua saúde, durante a atividade laborativa. Tem-se aqui o foco em três elementos distintos: o agente agressivo, como ele interfere na atividade realizada pelo trabalhador e os mecanismos utilizados no desenvolver dessa atividade. Se a combinação desses fatores extirpar os riscos ao trabalhador, ou seja, levar ao estado ideal de inexistência do elemento nocivo ou, melhor dizendo, que, não obstante sua existência, em decorrência do sistema de operacionalização da atividade, incluindo aqui o meio ambiente de trabalho e os equipamentos de proteção individual utilizados pelo empregado, criar-se situação capaz de eliminar totalmente a agressão gerada pelo agente, não haverá mais necessidade de pagamento do adicional de insalubridade.

Essa nocividade pode ser decorrente de agentes biológicos, físicos ou químicos. Para a caracterização da exposição agressiva é preciso que o trabalhador sofra a ação dos agentes

⁴⁸ Art. 189 CLT: “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.” VADE MECUM compacto. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a contribuição de Luiz Roberto Curia, Livia Céspedes e Juliana Nicoletti. 7. ed. São Paulo : Saraiva, 2012.

lesivos acima dos limites de tolerância. Quanto à ideia de limites de tolerância, mister transcrever o dispositivo da Norma Regulamentar de número 15: “Entende-se por ‘Limite de Tolerância’, para os fins dessa norma, a concentração ou intensidade máxima ou mínima, relacionada com a natureza e o tempo de exposição ao agente, que não causará dano à saúde do trabalhador, durante a sua vida laboral.”⁴⁹ Desse dispositivo é possível extrair que o adicional de insalubridade apenas será devido nos casos em que a atividade laborativa com agente agressivo configure lesão ao trabalhador.

Para minimizar a lesão sofrida, o Estado estipula a contraprestação pecuniária conforme a sua intensidade configurada. Em não havendo, deixa de existir o ônus para o empregador. O presente dispositivo acaba reforçado, no sentido de pressionar os empregadores a eliminar os riscos à saúde do trabalhador, por outra determinação da mesma Norma Regulamentadora: “O pagamento do adicional de insalubridade por parte do empregador não o desobriga da adoção de medidas de prevenção e controle que visem minimizar os riscos dos ambientes de trabalho”.⁵⁰ A presente afirmação é importante pelo significado positivo que há na normatização de um agir dos empregadores direcionado à busca de uma condição mais salutar de trabalho para seus funcionários. Contudo, a despeito das boas intenções presentes na Norma Regulamentadora, a realidade é que se tem um sistema voltado prioritariamente para a fiscalização do pagamento dos adicionais, sem uma verdadeira efetividade quanto ao enquadramento das empresas em uma sistemática que elimine a prejudicialidade gerada pelos agentes lesivos. A adoção do Fator Acidentário de Prevenção (FAP) como elemento de influência no Seguro de Acidente do Trabalho (SAT) poderia ser um exemplo a contrapor essa impressão de falta de cuidados governamentais com os trabalhadores, na medida em que se configura um incentivo pecuniário aos empresários que demonstrem melhorias nos índices de prevenção de acidentes. Todavia, mostrou-se uma prática controversa e pouco efetiva em face da carência de publicidade dos cálculos e baixa celeridade na observância de resultado pelos investimentos em alterações positivas⁵¹.

A ideia de tolerar essa ação agressiva, por sua vez, depende de uma sistematização técnica que analisa os seguintes fatores: a natureza lesiva do agente, sua intensidade e o tempo de exposição a ele. Tendo por base esses elementos, é possível uma constatação objetiva e uniforme amplamente aplicável às várias situações de trabalho que se configuram na

⁴⁹ NR15 – Atividades e Operações Insalubres. 15.1.5 da Portaria MTB nº 3.214, de 08 de junho de 1978.

⁵⁰ NR15 – Atividades e Operações Insalubres. Anexo N.º 12, Manganês e Seus Compostos, 4. Da Portaria MTB nº 3.214, de 08 de junho de 1978.

⁵¹ Para maiores informações, vide: CASTRO, Carlos Alberto Pereira de, LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. 13. ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

sociedade. Isso porque há uma regulamentação que uniformiza o entendimento quanto a esses elementos, estabelecendo os agentes e as condições de exposição passíveis de habilitar o trabalhador a receber uma contraprestação pecuniária, bem como estipulando o numerário a ser atribuído nessa contraprestação, evitando, com isso, percepções de valores distintas por trabalhadores em situações análogas. Essa fixação dos limites de tolerância é uma responsabilidade incorporada pelo Ministério do Trabalho e Emprego (MTE), instituição do Governo Federal, responsável pelas ações nessa seara dos direitos sociais. Assim, por meio da Norma Regulamentadora (NR) de número 15, o MTE sistematiza a compreensão do elemento insalubridade.

Nesse contexto, é fundamental exaltar que a carência técnica, que será vista posteriormente, que recai sobre o magistrado e o leva a nomear perito técnico judicial, diz respeito, tão somente, à necessidade de conhecimento técnico para enquadramento da situação fática à NR específica. Não há, portanto, possibilidade legislativa para a análise pericial criar figura atípica apta a configurar o direito à contraprestação econômica. Isso é possível porque as Normas Regulamentadoras não estabelecem preceitos interpretativos, mas uma regulamentação técnica consultiva. Para tanto, trás a respectiva estrutura normativa um rol relevante de determinações que permitem concluir se as atividades relacionadas com ruído, exposição ao calor, radiações ionizantes⁵², trabalho sob condições hiperbáricas⁵³, radiações não-ionizantes⁵⁴, vibrações localizadas, frio, umidade, agentes químicos⁵⁵, poeiras minerais⁵⁶, agentes biológicos⁵⁷, são ou não insalubres além dos limites de tolerância.

Dessa forma, temos que a insalubridade é decorrente da inobservância de cuidados capazes de eliminar agressões geradas aos trabalhadores por algum dos agentes discriminados na NR15. Por permitir o labor em ambiente insalubre, o empregador é compelido a pagar o adicional respectivo para as lesões sofridas pelos trabalhadores. Pagando o adicional, o empregador de nada mais será cobrado pelo trabalhador, a menos, é claro, que enfermidade

⁵² Exposição e limites de tolerância regidos pela regulamentação da Norma CNEN-NE-3.01: “Diretrizes básicas de Radioproteção”

⁵³ As condições hiperbáricas estão ligadas a ideia de alteração de pressão no ambiente de trabalho e tratam dos trabalhos sob ar comprimido e dos submersos. Estão ambos previstos no ANEXO nº 6 da Norma Regulamentadora de número 15, a qual prevê procedimentos de compressão e descompressão bem como formas de lidar com doenças geradas por essa exposição às alterações de pressão.

⁵⁴ Para a aplicação da NR15 são consideradas radiações não-ionizantes as microondas, ultravioletas e laser.

⁵⁵ A insalubridade por exposição a agentes químicos ocorrerá quando forem ultrapassados os limites de tolerância constantes em quadro do Anexo nº 11 da NR 15 - (tabela com os agentes químicos e limites de tolerância – Quadro nº 1).

⁵⁶ Em relação a insalubridade decorrente de poeiras minerais a NR15 discrimina os limites de tolerância conforme o elemento mineral analisado (Anexo nº 12).

⁵⁷ A insalubridade, quanto ao aspecto biológico, é caracterizada por um critério de avaliação qualitativo e está determinado no Anexo nº 14 da NR15.

grave se desenvolva em decorrência da contínua exposição aos agentes insalubres. Nesse contexto, desprovido de uma consciência preventiva, o empregado acaba se submetendo a realização de uma atividade prejudicial a sua saúde, ou que apresenta elevado potencial de prejudicá-la.

A presente situação, a despeito de não ser objeto dessa pesquisa, permite a crítica à ineficiência punitiva e a conivência com a degradação dos trabalhadores de nosso sistema de proteção ao trabalho, uma vez que permite que o empregado seja exposto a situações prejudiciais capazes de interferir de forma significativa na qualidade de vida desses indivíduos. Isso porque não há dúvida que a manutenção de um estado de exposição a condições insalubres gerará de forma acumulativa e gradual o desenvolvimento de enfermidades.

3.1.2 Base de incidência salarial do adicional de insalubridade

A questão da incidência do adicional de insalubridade é outro ponto complexo e contraditório da matéria. A Constituição, ao prever os adicionais no seu art. 7º, XXIII, fala em “adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres e perigosas, na forma da lei.”⁵⁸ dando abertura para a interpretação de que a incidência do adicional recairia sobre uma parcela mais ampla, tendo em vista as divergências doutrinárias quanto à compreensão da abrangência da ideia de remuneração⁵⁹. Sobre essa questão constitucional, Vólia Bomfim afirma que “Mesmo após a Constituição o adicional de insalubridade continua sendo calculado sobre o salário mínimo, pois a palavra ‘remuneração’, contida no art. 7º, XXIII, da CRFB, foi empregada no sentido de ‘contraprestação’”.⁶⁰ Nesse sentido se mostra a Orientação Jurisprudencial (OJ) Nº2 da Seção de Dissídios Individuais (SDI)-II do TST, determinando que viola o art. 192 da CLT a decisão que acolher o pedido incidência do adicional de insalubridade sobre a remuneração do empregado.

Por sua vez, o art. 192 da CLT traz que:

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

⁵⁸BRASIL. Constituição (1988).Op,cit., art. 7º, XXIII.

⁵⁹ Sobre o tema, vide: DELGADO, Mauricio Godinho. Op.cit., p. 708-711.

⁶⁰ CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. Niterói: Impetus, 2008.

cento) e 10% (dez por cento) do salário mínimo da região, segundo se classifiquem nos graus máximo, médio e mínimo.⁶¹

Essa determinação de aplicação do adicional sobre o salário mínimo da região também já se mostrou, e ainda se mostra, objeto de controvérsias. Isso porque o inciso IV do art. 7º da CRFB veda a vinculação do salário mínimo para qualquer fim, o que leva a interpretação de que o salário mínimo não poderia ser utilizado como partícula indexadora, o que acabaria acontecendo com a aplicação do adicional sobre ele. Ocorre que o Tribunal Superior do Trabalho se manifestou com a Súmula nº 17 estipulando que “O adicional de insalubridade devido a empregado que, por força de lei, convenção coletiva ou sentença normativa, percebe salário profissional será sobre este calculado.”⁶²

A partir disso, houve manifestações de inconstitucionalidade que levaram o STF a uniformizar o entendimento com a 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”. Buscando estabelecer uma adequação ao dispositivo vinculante, o TST tratou de cancelar sua Súmula nº 17 e alterou o conteúdo da Súmula nº 228 estabelecendo que o adicional de insalubridade passaria a ser calculado sobre o salário básico, exceto se constatada a fixação de um critério mais vantajoso determinado em instrumento coletivo. Essa determinação acabou tendo sua constitucionalidade contestada também.

A solução adotada pela Suprema Corte quedou confirmando a inconstitucionalidade da vinculação do adicional de insalubridade ao salário mínimo, uma vez que fere diretamente o dispositivo do art. 7º, IV, da CRFB. No entanto, por não permitir que o Judiciário adote outro critério, uma vez que isso é matéria a ser apurada pelo legislativo, defende a aplicação temporária do art. 192 da CLT até que lei posterior venha a alterar esse dispositivo. Nesse contexto, a Súmula nº 228 permanece com sua eficácia suspensa. A professora Vólia Bomfim diverge da interpretação da Corte Suprema, afirmando que “A indexação proibida na Carta de 1988 foi para fins de reajuste salarial, isto é, para qualquer medida que possa acarretar de fato inflação”⁶³. Entendendo como uma limitação protetiva de questões passíveis de risco inflacionário e não apta a restringir toda e qualquer indexação, tornar-se-ia possível a vinculação do adicional independentemente de controvérsias. O fato é que o assunto queda em suspenso a espera de uma manifestação conclusiva do Poder Legislativo.

⁶¹ BRASIL. CLT (Consolidação das Leis do Trabalho). 7ªed. São Paulo: Saraiva, 2012, art. 192.

⁶³ CASSAR, Vólia Bomfim. Op.cit., p 873.

Aproveitando o tema da incidência do adicional de insalubridade, importante trazer ao debate a peculiar situação que se observa com os técnicos em radiologia. A Lei 7.394 de 29 de outubro de 1985, responsável por regular o exercício dessa profissão, materializa uma atipicidade, visto que confere a esses técnicos a possibilidade de incidência de um adicional de 40% sobre dois salários mínimos profissionais da região, no caso de existência de insalubridade e risco de vida. Há quem entenda que risco de vida seria caso de periculosidade, mas, conforme Vólia Cassar⁶⁴, esse entendimento não é predominante. Entendendo dessa forma, no entanto, ter-se-ia aplicação atípica para uma cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade concentrados em uma mesma atividade.

O fato é que o art. 200, VI da CLT deixa a entender que as atividades com exposição a radiações ionizantes seriam insalubres, pois as insere dentre as demais situações caracterizadoras de insalubridade. E, da mesma forma, há uma menção a esse tipo de condição laborativa na NR15, a qual é específica para as atividades insalubres. A despeito disso, o TST já se manifestou no sentido de se considerar a exposição às radiações ionizantes como ensejadora do adicional de periculosidade, o que se mostra positivado na OJ 345 da SDI-I TST. Nesse sentido, a NR16, que regulamenta as relações de trabalho perigosas já incorporou o tema⁶⁵.

3.1.3 Peculiaridades normativas

Existem outras questões singulares ao adicional de insalubridade presentes em nossa legislação e que é válido ressaltar. A primeira diz respeito à natureza salarial do adicional. O tema vem tratado na Súmula nº139 do TST que estabelece que “Enquanto percebido, o adicional de insalubridade integra a remuneração para todos os efeitos legais.” Apesar de sua finalidade indenizatória, como será mencionado, quando se tratar dos adicionais de forma geral. Contudo, é importante fazer uma ressalva, pois apesar da natureza salarial, o adicional não integra o cálculo do repouso semanal remunerado e dos feriados, pois se entende que esse adicional já está calculado sobre a importância fixa que já remunera essas parcelas, conforme se depreende da OJ nº 103 da SDI-I do TST.

⁶⁴ Idem.

⁶⁵ Entendemos pela necessidade de se analisar a relação guardada entre a atividade realizada pelo trabalhador e o agente radiação ionizante. A exposição ao agente radiação ionizante é peculiar, pois, conforme a intensidade em que ocorre pode gerar um risco acentuado imediato ou uma agressão lesiva que só vai gerar resultados com o decorrer dos anos em exposição. Se existe uma exposição contínua a ação radioativa inapta a criar risco acentuado imediato, é caso de insalubridade. Se existe uma exposição em potencial passível de criar o risco acentuado, é caso de periculosidade.

A hora extra, por sua vez, deve ser calculada com a integração do adicional, que deve ser somado ao salário contratual, de acordo com a OJ nº 47 da SDI-I do TST. Isso se justifica pelo fato de o local de realização da hora extra é o mesmo da hora comum, de forma que as condições de insalubridade e, destarte, exposição ao agente agressivo, se perpetuam no tempo.

Outra questão a ser tratada refere-se ao tipo de exposição ensejadora do adicional. Sobre esse assunto trata a Súmula nº 47 do TST, na qual se observa que o trabalho executado em condições insalubres, ainda que essa exposição ocorra de forma intermitente, continua no direito de percepção do adicional.

Sobre o tema do direito adquirido quanto ao adicional, bem como quanto à impossibilidade de redução salarial, cumpre exaltar algumas determinações. A primeira está na Súmula nº 248 do TST e reafirma o entendimento de que o adicional só é devido enquanto presente na atividade à exposição à situação lesiva. Nesse sentido, ocorrendo a reclassificação ou, ainda, a descaracterização da insalubridade, isso repercute na satisfação do adicional não sendo esse fato entendido como ofensivo ao direito adquirido nem ao princípio da irredutibilidade salarial. Seguindo na questão de extirpar a situação de agressão, a Súmula nº 80 contribui afirmando que, se comprovado que os Equipamentos de Proteção Individuais (EPI) eliminaram a nocividade, o trabalhador não terá mais direito ao adicional. Quanto a esse tema, a Súmula nº 289 do TST ressalva que a caracterização da extinção da situação de exposição, bem como a desnecessidade de contraprestar pela atividade, não estão ligadas a simples concessão dos EPI. Primeiro porque esses equipamentos, muitas vezes, não eliminam toda a exposição e risco. Segundo, porque é função dos empregadores tomarem medidas que conduzam à diminuição ou eliminação da nocividade das atividades realizadas pelos empregados, entre as quais as tangentes a utilização efetiva dos Equipamentos de Proteção.

Essa é uma questão importante, pois o empregador que não proceder com a devida fiscalização deverá arcar com o ônus de sua ineficiência. Por outro lado, o empregado que não utilizar o equipamento de proteção fornecido pelo empregador, descumprindo uma regra de medicina e segurança do trabalho, poderá ser demitido por justa causa, o que está embasado juridicamente no parágrafo único, b, art. 158 da CLT.

3.2 ASPECTOS PECULIARES AO ADICIONAL DE PERICULOSIDADE

Para apresentar o adicional de periculosidade trabalhar-se-á com a explicação sobre o tipo de exposição que caracteriza o direito a essa contraprestação pecuniária. Após, será

realizada uma análise sobre em relação a qual parcela remuneratória incide o presente adicional. Ao final, serão apresentadas algumas considerações sobre peculiaridades referentes ao adicional de periculosidade.

3.2.1 A atividade periculosa

O adicional de periculosidade apresenta um regramento peculiar, se comparado ao adicional de insalubridade. Não somente pelo fato de que passa por uma etapa muito recente de alterações normativas, carecendo de adaptação legislativa, como também por apresentar relativa dispersão de sua regulamentação. Nesse sentido, apresenta-se parcialmente legislado pela Norma Regulamentar (NR) de número 16 que, tal qual se observa com o adicional de insalubridade em sua respectiva norma regulamentadora, apresenta particularidades importantes tangentes ao adicional. Para se constatar em quais atividades cabe incidência do adicional de periculosidade, é preciso, em uma primeira etapa, que se consulte o art. 193 da CLT, o qual sofreu uma atualização considerável com a lei nº 12.740 de 08 de dezembro de 2012. Segundo o referido artigo:

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:

I – inflamáveis, explosivos e energia elétrica;

II – roubos ou outras espécies de violência física nas atividades profissionais de segurança pessoal ou patrimonial.⁶⁶

Nele é possível verificar que as atividades perigosas são as que, por sua natureza ou métodos de trabalho, impliquem risco acentuado em virtude da exposição permanente do trabalhador a inflamáveis, explosivos, energia elétrica, roubos e outras espécies de violência física nas atividades profissionais de segurança pessoal ou patrimonial.

Uma alteração importante que precisa ser mencionada, diz respeito ao elemento caracterizador essencial presente no artigo celetista. Anteriormente eram consideradas atividades insalubres as que implicavam “contato” com as substâncias aptas a consolidar o perigo iminente. Na nova redação, se passou a utilizar o termo “exposição”. Isso denota uma ampliação no espectro de abarcamento das atividades passíveis de enquadramento no adicional. Diferente das atividades insalubres, em que a agressão decorre da real exposição ao

⁶⁶ BRASIL. CLT. Op,cit., art. 193.

agente nocivo, nas atividades perigosas o risco encontra-se na exposição à situação de potencial agressão a que o trabalhador se submete durante o labor, o qual pode ser ocasionado por fatores variados. Dessa forma, o risco presente nas atividades perigosas não se resume unicamente ao verificado na execução direta dos procedimentos. Integra, também, os trabalhadores que realizam atividades nas proximidades das operações que lidam com elementos que oferecem risco em potencial. Nesse contexto, nem sempre o trabalhador, exposto a esse potencial de agressão, estará em contato direto com o fator agressivo, pois o risco pode ser consolidado por meio de uma relação indireta com a atividade perigosa. Dessa forma, mais empregados acabam contemplados pela nova redação celetista.

Ainda em relação à exposição passível do adicional de periculosidade, conforme a Súmula nº 364 do TST, este é um direito atribuído aos trabalhadores que estejam expostos permanentemente ou intermitente ao risco, não sendo devido a quem se exponha de forma eventual – que seriam os casos fortuitos – ou a quem se exponha de forma, não obstante habitual, por tempo significativamente reduzido.

No que diz respeito à Norma Regulamentadora de número 16⁶⁷ tem-se que a tarefa do Ministério do Trabalho e Emprego em regulamentar as atividades perigosas se mostrou um singular desafio. Contrariando o que ocorre com o adicional de insalubridade, de cujas situações ensejadoras estão previstas de forma conceitual na CLT, as situações que caracterizam as atividades perigosas são apresentadas de forma taxativa na Consolidação, fato que ocorre desde antes da alteração proporcionada pela Lei nº 12.740. Para tanto, coube à NR 16 a tarefa de regulamentar essas atividades enunciadas na CLT como perigosas.

Todavia, na época em que foi publicada a presente norma regulamentadora, a CLT mostrou-se incompleta, carente da previsão quanto às atividades realizadas com exposição à energia elétrica, bem como quanto às atividades realizadas com exposição a roubos e outras espécies de violência física. Mais que isso, quedava o art. 193 da CLT silente quanto à exposição às radiações ionizantes, outro elemento polêmico, mas predominantemente entendido como perigoso. Nesse contexto, o MTE, por meio da NR16, tomou para si a atribuição de regulamentar as atividades e operações perigosas com explosivos, com inflamáveis e com radiações ionizantes ou substâncias que, com exceção das radiações ionizantes, eram as únicas previstas na CLT até então. Apesar de não ser o objeto dessa pesquisa, quanto à incorporação das radiações ionizantes como atividade perigosa, Alice Monteiro de Barros afirma que:

⁶⁷ Portaria GM nº 3.214 de 08 de junho de 1978 – NR16 – Atividades e Operações Perigosas.

O TST tem admitido, com acerto, a adoção de atividade e operações perigosas no anexo da Portaria n. 518, de abril de 2003, ao argumento de que a delegação contida no art. 200, inciso VI, da CLT, permite ainda ao Ministério do Trabalho enquadrar outras atividades entre aquelas geradoras de risco, incluindo-se aí as operações com aparelhos de raio X.⁶⁸

Dessa forma, entende-se como possível que o MTE apresente situações novas a serem caracterizadas como atividades perigosas, não se limitando apenas a regulamentar as atividades apresentadas pela CLT. Apesar dessa faculdade, a NR16 nada trouxe sobre as atividades com exposição à energia elétrica, roubos ou outras violências físicas, de forma que essas matérias acabaram sendo objeto de legislação específica, bem como de acordos e convenções na época. Ocorre que, com a alteração trazida pela Lei nº 12.740, essas matérias passaram a ser previstas na CLT, de maneira que se aguarda por futuros acréscimos do MTE na NR16, mesmo porque, é patente a imprecisão do inciso II do art. 193 da CLT. Isso pelo fato de que o artigo não define que tipo de atividade pode ser incluída na ideia de exposição a roubos ou outras violências físicas, bem como qual seria a limitação para a ideia de segurança pessoal ou patrimonial, o que proporciona uma lacuna ampla para interpretações futuras, permitindo ao Judiciário decidir quanto a possibilidade de enquadramento da atividade causando, destarte, insegurança jurídica.

Nessa senda, pode-se perceber que pairam, ainda, algumas dúvidas sobre questões pontuais de enquadramento nos adicionais de periculosidade, em face da parcial omissão legislativa. A despeito disso, premissa inquestionável sobre o tema é que esse adicional será devido sempre que o empregado for exposto a condições de risco acentuado, o que apresenta suporte na já mencionada súmula 364 do TST. Sobre a celeuma, Luciano Martinez traz que

As condições de risco acentuado são aquelas a que se submetem os trabalhadores simplesmente por estarem atuando dentro de uma área física considerada extremamente suscetível a acidentes, por isso possivelmente produtora de incapacitação, invalidez permanente ou morte.⁶⁹

Assim, o adicional de periculosidade será devido nas situações em que o empregado estiver trabalhando em ambientes com elevado risco de ocorrência de acidente graves, ou, em outras palavras, situação de exposição a risco potencial de lesão substancial.

⁶⁸ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 7. ed. São Paulo: Ltr, 2011, p. 627.

⁶⁹ MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do trabalho : relações individuais, sindicais e coletivas de trabalho**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 266.

3.2.2 Base de incidência salarial do adicional

Esclarecida a questão referente à incidência do adicional de periculosidade, cabe a análise quanto aos valores devidos como contraprestação ao risco a que se submetem os empregados. Quanto a esse aspecto, o art. 193, §1º da CLT trata de fixar uma norma geral de aplicação: “(...) §1º - 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”. Nesse sentido, traz a presente Consolidação uma regra que, a princípio, se aplicaria a todas as situações, tendo em vista não afrontar dispositivo constitucional, como pode ser observado em relação ao adicional de insalubridade.

Nesse sentido, mostrou-se coerente com o parágrafo aqui mencionado, a Súmula nº 70 do TST que vetou a incidência do adicional de periculosidade sobre os triênios (gratificação por tempo de serviço) dos funcionários da Petrobrás. Esse percentual de 30% integra o cálculo da indenização⁷⁰, do 13º salário, das férias, do FGTS⁷¹ e do aviso prévio. Além disso, o adicional de periculosidade compõe a base de cálculo do adicional de noturno⁷² e das horas extras⁷³. Não incide, porém, o adicional de periculosidade nos casos de sobreaviso, pois se entende, naturalmente, que nesse caso não há configuração de situação de perigo, uma vez que o trabalhador permanece a espera do chamado da empresa em local fora de risco⁷⁴.

Apesar da constitucionalidade do §1º do art. 193 da CLT, a carência de previsão legislativa de algumas atividades, posteriormente incorporadas pela CLT com a superveniência da Lei nº 12.740, oportunizou a ocorrência da positivação de contraprestações econômicas distintas para o exercício de atividades consideradas, da mesma forma, perigosas.

Como primeira exceção a ser trabalhada pode-se citar os eletricitários⁷⁵. Até a recente alteração os eletricitários eram regidos pela Lei nº 7.369, a qual previa para quem exercesse atividade no setor de energia elétrica o adicional de 30% sobre o salário percebido, e não sobre o salário base, como determinava, e ainda determina, o §1º do art. 193 da CLT. Essa

⁷⁰ Inteligência da Súmula nº 132, I do TST.

⁷¹ A contribuição do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço incide, também, sobre os adicionais, inteligência da Súmula nº 63 do TST.

⁷² Inteligência da Orientação Jurisprudencial nº 259 – SDI – I do TST.

⁷³ Inteligência da Súmula nº 132, I do TST.

⁷⁴ Inteligência da Súmula nº 132, II do TST.

⁷⁵ As atividades específicas do setor de energia elétrica estão delimitadas no anexo do Decreto nº 93.412 de 14 de outubro de 1986.

diferença foi ratificada pela Súmula nº 191 do TST. Ocorre que, com a superveniência da Lei nº 12.740, procedeu-se com a revogação da lei dos eletricitários sem, todavia, haver manifestação quanto a eventual revogação da presente súmula. Nesse contexto, permanece a dúvida sobre o sistema de aplicação do adicional de periculosidade para a categoria.

Outra exceção ao padrão remuneratório para o adicional de periculosidade está na Lei nº 7.394 de 29 de outubro de 1985 que regula o exercício da profissão dos técnicos em radiologia e que, em meio à indecisão quanto à caracterização da radiação ionizante como insalubre ou periculosa, quedou com a formação de figura atípica. Nesse sentido, entende-se que o técnico em radiologia faz jus a adicional de periculosidade de 40% incidente sobre o piso legal da categoria que, na mesma lei, é definido como sendo de dois salários mínimos.

Mais um caso atípico pode ser observado na Lei nº 4.860 de 26 de novembro de 1965, a qual trata do regime de trabalho nos portos organizados. Nela é possível observar, precisamente no art. 14, a existência de um “adicional de riscos” de 40% incidente sobre o valor do salário-hora, que visa remunerar aos portuários todos os riscos relativos à insalubridade, periculosidade ou outro que eventualmente exista.

Por fim, para concluir com as figuras de irregularidade de incidência do adicional de periculosidade, fundamental a análise da situação dos vigilantes. Essa figura, incorporada a CLT pela Lei nº 12.740, apresentava previsão esparsa, com adicionais estipulados sem vinculação legal alguma com o percentual de 30% determinado para as atividades perigosas. Presente situação se evidencia com tamanha relevância que o legislador infraconstitucional, ao promover as alterações no art. 193 da CLT, acrescentou o seguinte parágrafo: “§3º Serão descontados ou compensados do adicional outros da mesma natureza eventualmente já concedidos ao vigilante por meio de acordo coletivo.” O silêncio legal frente à necessidade de normatização do adicional para essa categoria ocasionou acordos e convenções coletivas prevendo valores distintos do legalmente determinado para as operações e atividades perigosas. Ocorre que, com a alteração superveniente que enquadrou a atividade dos vigilantes como perigosa, se passa a ter um conflito de normas determinando contraprestações distintas para a atividade. Nesse sentido, vem o legislador resolver a celeuma propondo uma uniformização através de descontos ou compensações nos adicionais já percebidos.

Dessa forma, muitas são as peculiaridades apontadas quando se analisa a parcela contraprestativa do adicional de periculosidade. Além disso, não são poucos os conflitos que

podem decorrer dessa situação carente de uma normatização mais robusta⁷⁶. A despeito dessas questões, importa gizar que essa fragmentação normativa, quanto à contraprestação devida, só é observada em relação à atividade periculosa, não ocorrendo com as atividades insalubres, o que se conclui como mais um reflexo da natureza diversa que apresentam os dois institutos.

3.2.3 Peculiaridades normativas

Apenas pelo sabor do argumento, apresenta-se uma outra atividade não prevista no diploma celetista mas também detentora, através de legislação infraconstitucional, do direito a contraprestação por atividade perigosa. Tratamos aqui do bombeiro civil que, nos termos da Lei nº 11.901 de 12 de janeiro de 2009, é considerado aquele que exerça em caráter habitual, função remunerada e exclusiva de prevenção e combate a incêndio, como empregado contratado diretamente por empresas privadas ou públicas, sociedades de economia mista, ou empresas especializadas em prestação de serviços de prevenção e combate a incêndio. Há nessa legislação específica, a previsão de adicional de periculosidade assegurado no montante de 30% do salário mensal sem considerar os acréscimos resultantes de gratificações, prêmios ou participações nos lucros das empresas.

Questão importante a ser trabalhada diz respeito à caracterização e aplicação do adicional de periculosidade. De forma geral, é possível afirmar que, assim como ocorre com o adicional de insalubridade, o adicional de periculosidade, havendo controvérsia sobre sua aplicação, dependerá de prova pericial a ser realizada por médico ou engenheiro do trabalho. Essa perícia poderá ser suprida por laudo elaborado pelo especialista da Superintendência Regional do Trabalho e Emprego. No entanto, há uma peculiaridade em relação a esse adicional. Ocorre que, algumas atividades, por sua natureza, independem de realização de prova técnica para ensejar o respectivo adicional. Como exemplo disso pode-se citar o próprio bombeiro civil⁷⁷, anteriormente analisado, bem como o frentista⁷⁸, que trabalha nos postos de combustíveis em contato direto com a bomba de gasolina e, ainda, os operadores de raio X⁷⁹. Isso ocorre, justamente, pela natureza mais gravosa que se observa nas situações em que a periculosidade em potencial se torna situação de fato. Não há uma forma de se exaurir o risco

⁷⁶ Basta pensar que o novo texto legal oportuniza uma possível redução salarial para atividades que permanecem oferecendo o mesmo risco aos trabalhadores. Não há descaracterização do adicional, como pressuporia uma análise analógica para o adicional de periculosidade da Súmula nº 248 do TST, mas, tão somente, a redução do percentual contraprestativo de forma impositiva e injustificada.

⁷⁷ Art. 6º, III da Lei nº 11.901/09

⁷⁸ Súmula nº 39 do TST c/c Súmula nº 212 do STF

⁷⁹ Portaria MTE nº 3.393/87 c/c Art. 16 da Lei nº 7.394/85

presente no ambiente de trabalho periculoso, pois ele independe do EPI fornecido ou das medidas de segurança adotadas. Isso porque se trabalha com a ideia de uma lesão possível e não com uma lesão presente, como no caso das atividades para as quais se atribui o adicional de insalubridade. Apesar disso, é evidente que as perícias serão necessárias para outras atividades perigosas, em que não se tenha uma regulamentação que previamente fixe a necessidade da contraprestação. Ocorre, no entanto, que essa prévia determinação normativa jamais será possível para atividades insalubres, uma vez que a agressão do agente sempre poderá ser sanada pelo empregador através de medidas protetivas.

3.3 ASPECTOS COMUNS AOS ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE

Apresentados os adicionais de periculosidade e insalubridade, mister uma abordagem mais ampla do tema, relevando aspectos pertinentes a ambos adicionais. Para tanto, se realizará uma explanação inicial sobre o desenvolvimento da preocupação com as questões de saúde e segurança. Após, procurar-se-á entrar na questão da natureza dessa parcela de adicionais. Por fim, finalizar-se-á a argumentação especificando o procedimento de verificação da necessidade de incidência do adicional frente à atividade realizada.

3.3.1 Desenvolvimento da preocupação legislativa com a saúde e a segurança dos trabalhadores

A ideia de contraprestação econômica frente a uma condição de trabalho mais gravosa é a resposta decorrente de um estado de consciência em relação às condições de trabalho dos empregados. Na verdade, no ápice da Revolução Industrial do século XVIII, o surgimento das máquinas elevou os riscos na atividade fabril e, por conseguinte, o número de trabalhadores vítimas de acidentes de trabalho.

A partir disso, os juristas do mundo passaram a desenvolver a preocupação em criar um sistema normativo apto a regular essa nova relação de trabalho de forma a reduzir a exposição dos operários aos perigos da atividade laborativa. Nesse sentido, tem-se a Conferência de Berlim (1890), que se preocupou com o trabalho em minas, a Conferência de Berna (1913), que apresentou propostas para solucionar o problema dos riscos a que os trabalhadores eram expostos e a Carta Social Européia (1961), que trouxe um dispositivo

interessante em seu art. 3º no sentido de proporcionar segurança e higiene no ambiente de trabalho. No Chile, em 1942, observa-se a Primeira Conferência Interamericana de Segurança Social, que se ocupou de declarar a preocupação com a saúde, capacidade e bem-estar dos trabalhadores da América.⁸⁰

Nesse paradoxo, que reúne aspectos técnicos e econômicos de produção e condições mínimas de segurança para o desenvolvimento de uma atividade laborativa, começou a crescer a ideia de agregar ao trabalho garantias à atividade dos trabalhadores. Nesse sentido, Amauri Mascaro Nascimento coloca:

A proteção ao meio ambiente do trabalho tem por suporte um conceito: para que o trabalhador atue em local apropriado, o Direito deve fixar condições mínimas a serem observadas pelas empresas, quer quanto às instalações onde as oficinas e demais dependências se situam, quer quanto às condições de contágio com agentes nocivos à saúde ou de perigo que a atividade possa oferecer.⁸¹

Dessa conscientização quanto à importância de um meio ambiente de trabalho sadio e seguro e, principalmente, regulado por uma base normativa eficiente, fez surgir a racionalização sobre alguns conceitos importantes, como a própria ideia de *meio ambiente de trabalho*. Tal conceito é definido por Amauri Mascaro como:

O meio ambiente de trabalho é, exatamente, o complexo máquina-trabalho: as edificações do estabelecimento, equipamentos de proteção individual, iluminação, conforto térmico, instalações elétricas, condições de salubridade ou insalubridade, de periculosidade ou não, meios de prevenção à fadiga, outras medidas de proteção ao trabalhador, jornadas de trabalho e horas extras, intervalos, descansos, férias, movimentação, armazenagem e manuseio de materiais que formam o conjunto de condições de trabalho etc.⁸²

Ou seja, temos a concepção quanto à existência desse sistema funcional em que o trabalhador está inserido e que engloba as estruturas materiais presentes na atividade laborativa, bem como a relação entre os trabalhadores e essas estruturas, acrescentando a isso as condições de realização do trabalho.

⁸⁰ Para maiores informações acerca do tema, ver: NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas de trabalho**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 864-866.

⁸¹ Idem.

⁸² Idem.

A racionalização, no que tange a realidade dos trabalhadores, foi responsável por muitas criações legislativas. Inicialmente, pode-se citar a Organização Internacional do Trabalho (OIT), que contribuiu de forma positiva, através de Convenções e Recomendações, com posicionamentos variados sempre em prol do trabalho seguro e saudável. Nesse contexto, cabe um destaque para a Convenção número 155 pela qual os países signatários se obrigaram a formular e praticar, com reexames frequentes e com consultas a organizações representativas dos trabalhadores, uma política sobre segurança e saúde do trabalho com diretrizes de aplicação nacional e empresarial. Tão importante quanto criar um instituto jurídico com valores conscientes é se buscar formas de efetivar a ideia construtiva. Nesse sentido, a Convenção referida cria mecanismos de vinculação da organização governamental ao ideário protetivo internacional. Outra Convenção importante sobre o tema da saúde no trabalho é a de número 161, que vai contribuir com os princípios para a aplicação de uma política nacional focada na proteção à saúde dos trabalhadores.

Constituições de muitos países da América Latina incorporaram essa tendência de valorização de condições salútares no ambiente de trabalho, dentre as quais está a Constituição Brasileira. Nela são encontrados muitos dispositivos com a finalidade de inculcar nas empresas nacionais uma consciência de valorização dos trabalhadores, buscando cindir com a visão do empregado máquina e substituí-la por uma ideia de preservação desses funcionários que, em realidade, também são seres humanos com direito a uma vida digna e um meio ambiente de trabalho salutar. Para tanto, a Carta Magna traz em seu artigo 6º os direitos sociais ao trabalho e a saúde, bem como no artigo 7º, XXII o direito dos trabalhadores a ter a redução dos riscos existentes em sua atividade laborativa e, ainda, que esse ambiente seja regrado por normas que primem pela segurança, higiene e saúde.

Nesse sentido, atribui ao Sistema Único de Saúde (SUS), no artigo 200, VIII a função de colaborar com a proteção do meio ambiente de trabalho. E em seu artigo 196, afirma que “(...) a saúde é um direito de todos e é um dever do Estado, garantindo mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.⁸³. Em sendo um direito de todos e um dever do Estado, o foco em proporcionar à sociedade uma vida mais saudável deve recair, naturalmente, sobre os ambientes de trabalho, não apenas por todos os dispositivos constitucionais já mencionados, mas pelo simples fato de que as pessoas passam um percentual significativo de suas vidas exercendo a atividade laborativa. Nesse

⁸³ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Organização do texto: Juarez de Oliveira. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1990, 168 p., art. 196.

contexto, o Estado proporcionar um meio ambiente de trabalho saudável e seguro é primar por uma atribuição constitucional de vital importância.

Importante lembrar, também, que a Carta Maior contribui com formas de forçar a obediência dos empregadores às determinações de saúde no ambiente de trabalho. Destacamos em seu artigo 5º, X, que se refere à possibilidade do trabalhador receber indenização caso venha a sofrer dano material ou moral decorrente de violação das disposições legais. Trata-se aqui de uma responsabilização posterior, servindo de contraprestação punitiva, muito pouco contribuindo com a prevenção do risco, mas importante para suprir necessidades criadas na vida do trabalhador vitimado pelo dano no trabalho. Outro dispositivo importante é o já mencionado artigo 7º, XXIII o qual determina o pagamento de adicionais de penosidade, periculosidade e insalubridade. Estabelece, através da imposição de pagamento contraprestativo, uma espécie de punição preventiva, com a finalidade de impulsionar os empregadores a instituir condições de trabalho livres de exposições agressivas de fato ou em potencial.

No que concerne à legislação infraconstitucional brasileira, a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) se ocupa de regulamentar uma parcela significativa das questões relacionadas à saúde e à segurança do trabalho, servindo de subsídio para as normas constitucionais. Para complementá-la, todavia, o Ministério do Trabalho e Emprego é competente para fixar Normas Regulamentadoras (NR) que tratem das questões de Medicina e Saúde do Trabalho⁸⁴. Acrescendo a essas disposições, o art. 186 do Código Civil estipula pagamento de indenização frente à violação de direito que cause dano.

De todas essas questões relacionadas à proteção do trabalhador, cabe o destaque às ligadas aos adicionais de periculosidade e insalubridade. Nesse contexto, há de se gizar que o presente assunto é objeto de abordagem regulamentadora constitucional e infraconstitucional. Para tanto, trabalhar-se-á a questão, analisando os elementos comuns a ambos os adicionais e, posteriormente, as peculiaridades de cada um deles.

3.3.2 Natureza da parcela

Existem vários entendimentos a respeito do enquadramento dos adicionais de insalubridade e de periculosidade. O professor Orlando Gomes⁸⁵ entende que existem

⁸⁴ Presente poder de complementação está devidamente previsto no art. 200 da Consolidação das Leis do Trabalho e foi materializado através da portaria 3.214 de 08 de julho de 1978.

⁸⁵ GOMES, Orlando e Elson Gottschalk. **Curso de direitos do trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 234.

elementos suplementares ao salário que, dependendo das circunstâncias, podem vir a integrá-lo. Dentre esses elementos traz a variável das indenizações, na qual Orlando insere os adicionais de periculosidade e insalubridade. Apesar de atribuir a esses adicionais um caráter indenizatório, ressalta que terão natureza salarial conforme assumam um caráter continuado. Em se mostrando contribuições esporádicas não irão adquirir a natureza salarial. Afirma, ainda, que essa variável, relativa às parcelas indenizatórias, compreenderia todos os adicionais, que estariam subdivididos dentre os de periculosidade, insalubridade e penosidade. Para sua classificação, o direito ao adicional estaria dependente de um maior ou menor desconforto no trabalho relacionado a um tempo de exposição ou a um lugar específico em que a atividade laborativa se desenvolve com maior perigo ou más condições de salubridade.

Maurício Godinho Delgado, por sua vez, diverge desse posicionamento entendendo que

A parcela adicional é, assim, nitidamente contraprestativa: paga-se um plus em virtude do desconforto, desgaste ou risco vivenciados, da responsabilidade de encargos superiores recebidos, do exercício cumulativo de funções, etc. Ela é, portanto, nitidamente salarial, não tendo, em consequência, caráter indenizatório (ressarcimento de gastos, despesas; reparação de danos, etc.).⁸⁶

Afirma, portanto, que a natureza dos adicionais não se enquadra no critério indenizatório. Nesse viés, propõe uma classificação composta por adicionais legais e convencionais, quebrando a importância do paradigma da subdivisão dentre os de insalubridade, periculosidade e penosidade instituídos constitucionalmente e ratificados por Orlando Gomes, muito embora faça menção tácita a eles quando informa a contraprestação em virtude do desconforto, desgaste ou risco. Vólia Bomfim Cassar⁸⁷ se debruça sobre o tema apresentando uma ressalva importante. Afirma que os adicionais de insalubridade e periculosidade apresentam finalidade indenizatória, mas natureza salarial.

Essas contraposições mostram que a análise da natureza dos adicionais pode gerar dúvidas, uma vez que a doutrina traz divergências substanciais. Mais que isso, a presente inconstância acaba se refletindo tanto na normatização infraconstitucional, com o Legislativo produzindo leis carentes de clareza, quanto na aplicação dessa legislação pelo Judiciário, que acaba imerso em uma realidade de decisões conflitantes. Nesse sentido, acabamos nos defrontando com a ideia de que a Constituição traria em seu texto normativo um adicional

⁸⁶ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 11.ed.São Paulo: LTr, 2012, p. 760.

⁸⁷ CASSAR, Vólia Bomfim. Op.cit., p. 833.

hodiernamente desprovido de regulação direta, qual seja, o adicional de penosidade para o qual, seguindo nessa linha de raciocínio, sequer se poderia cogitar uma classificação.

Buscando uma análise coerente com a Carta Magna, Carmem Camino propõe uma classificação interessante, adotando os gêneros constitucionais de periculosidade, insalubridade e penosidade:

O legislador cunhou a expressão “adicional” para identificar a contraprestação específica do trabalho penoso, perigoso ou insalubre. Sempre que identificarmos, na lei, o estabelecimento de um adicional, teremos como fato gerador específico o trabalho enquadrado em uma dessas três espécies.⁸⁸

Compondo essa ideia, deixa de lado a fonte formal dos adicionais, passando a focar a fonte material específica. Ao fazê-lo, se harmoniza com a Constituição, tornando possível a incorporação de todos os adicionais nesses gêneros constitucionais. Nessa linha, Camino os define da seguinte forma:

O conceito de adicional salarial está intrinsecamente vinculado a essas condições (ou seja, quando pago para contraprestar, efetivamente, trabalho penoso, insalubre ou perigoso), é uma espécie de salário sob condição. Portanto não se incorpora definitivamente ao contrato de trabalho, sendo passível de supressão quando deixar de existir o fato gerador específico. Nisso, o adicional difere substancialmente do salário normal, insuscetível de supressão ou redução, porque tem a supressão ou redução diretamente vinculada às condições especiais de trabalho desenvolvidas⁸⁹.

Em sendo um salário restrito pela condição suportada pelo trabalhador, se perpetua no contrato de trabalho enquanto a condição durar, não sendo mais devido com o fim da exposição. Contrário senso, queda-se inconcebível a não atribuição de um adicional uma vez materializada a situação ensejadora da contraprestação pecuniária, porquanto, tão absurdo quanto pagar adicional de periculosidade para um trabalhador que não realiza nenhuma atividade perigosa é deixar de pagá-lo a quem a realiza.

3.3.3 Da aplicação dos adicionais

⁸⁸ CAMINO, Carmen. **Direito individual do trabalho**. 4. ed. Porto Alegre: Síntese, 2003, p. 368.

⁸⁹ *Ibidem*, p. 369.

Quanto à questão do enquadramento dos trabalhadores nas hipóteses em que devidos os adicionais de periculosidade e insalubridade, pode-se iniciar informando que o adicional, em regra, apenas será devido, conforme o art. 7º, *caput*, inciso XXXIV, da Constituição, aos trabalhadores urbanos, rurais e trabalhadores avulsos. De forma geral, podemos entender que eles serão devidos quando os empregados exercerem as atividades laborais em condições insalubres e perigosas acima de limites de tolerância, os quais são fixados por órgão competente para isso, qual seja, o Ministério do Trabalho e Emprego.

A despeito de qualquer tolerância, é estritamente proibido esse tipo de exposição a menores que tenham adquirido autorização para o trabalho, não obstante façam jus ao acréscimo salarial uma vez que consolidada a situação de irregularidade. Nesse sentido, Vólia Bomfim afirma que “(...) não pode o infrator da norma se valer de sua própria torpeza para enriquecer, em detrimento dos interesses do incapaz ou do menor.”⁹⁰. Posicionamento contrário funcionaria como um incentivo aos empregadores no sentido de se valerem da mão de obra de menores e, ainda, expô-los a situações prejudiciais a seu desenvolvimento.

A aplicação dos adicionais de periculosidade e insalubridade, contudo, exige uma análise técnica, como regra geral. Em caso de provocação processual em busca da tutela jurisdicional da contraprestação pecuniária pela atividade de exposição exercida, um perito técnico em segurança do trabalho poderá ser nomeado para fazer um laudo das condições de trabalho do indivíduo⁹¹. Busca-se, com isso, a conclusão quanto à existência ou inexistência da exposição a perigo ou a insalubridade durante a atividade laborativa. Essa análise, contudo, pode ser suprida se houver algum laudo do especialista da Superintendência Regional do Trabalho e Emprego (SRTE) que comprove a condição de exposição, bem como nos casos em que a atividade exercida já pressuponha a obrigação de contraprestação. Como exceções a necessidade de comprovação podemos citar os frentistas⁹², os operadores de máquinas de raio X⁹³. Nesses casos, a simples contratação para o cargo já pressupõe a exposição ao risco.

Existem correntes que divergem quanto à obrigatoriedade da produção da prova técnica sobre a existência de condições aptas a ensejar a cobrança dos adicionais. Quanto a isso, cabe-nos apenas reiterar que, em regra, o Magistrado responsável optará por transferir a responsabilidade pelas informações técnicas a um Perito Técnico em Segurança do Trabalho de sua confiança, cabendo a ele a valoração da prova produzida para o caso concreto.

⁹⁰ CASSAR, Vólia Bomfim. Op.cit., p. 848.

⁹¹ Art. 195 da CLT c/c OJ 165 da SDI-I do TST

⁹² Súmula 39 do TST c/c Súmula 212 STF

⁹³ Portaria MTE nº 3.393/87 c/c art. 16 da Lei 7.394/85

4 ARGUMENTOS PELA NECESSIDADE DE ACUMULAÇÃO DOS ADICIONAIS DE PERICULOSIDADE E INSALUBRIDADE

4.1 ANÁLISE DA RELAÇÃO GUARDADA ENTRE O ART. 7 XXIII DA CRFB E O ART.193 §2º CLT À LUZ DA CONSTITUIÇÃO

Para uma análise satisfatória da relação dos dispositivos, realizar-se-á o seu enquadramento interpretativo e eficaz. Esse procedimento mostrará se é possível a existência de restrições ao artigo 7º, XXIII da CRFB, como a imposta pelo artigo 193, §2º da CLT. Em sendo possível tal restrição, se ela, quando submetida a uma análise sistemática frente à Constituição, mostra-se de fato recepcionada pelo texto constitucional.

4.1.1 A eficácia constitucional e a reserva legal para a restrição infraconstitucional

A interpretação constitucional precede de análise eficaz do dispositivo constitucional. Isso porque, como o artigo celetista impõe uma restrição, conforme o tipo de eficácia do artigo 7º, XXIII da Constituição, esse motivo *de persi* já configura a inconstitucionalidade da disposição.

Dispõe o artigo 7º, inciso XXIII, da Carta Máxima:

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.⁹⁴

As peculiaridades referentes a esse sistema de acréscimo pecuniário ficaram, por conseguinte, a cargo de lei infraconstitucional. Ocorre que a legislação constitucional, quando carente de legislação infraconstitucional, o que se consolida nesse mesmo texto normativo quando dispõe que a aplicação da determinação ocorrerá “na forma da lei”, caracteriza-se pela possibilidade de enquadramento em dois tipos eficazes normativos. Ou o dispositivo será uma lei de eficácia contida e aplicabilidade imediata, ou será uma norma de eficácia limitada e aplicabilidade diferida. Como já trabalhado anteriormente, os dispositivos detentores de

⁹⁴ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Organização do texto: Juarez de Oliveira. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1990, 168 p., art. 7.

eficácia contida e aplicabilidade imediata caracterizam-se pela possibilidade de serem restringidos por legislação infraconstitucional com a ressalva de que, havendo carência de legislação infraconstitucional, deverão ser aplicados de imediato. Importante ressaltar que a restrição, em regra, é prevista no próprio dispositivo constitucional e, não o sendo, fica adstrita aos limites do Texto Maior.

Analisando o inciso XXIII do art. 7º da CRFB é possível constatar alguns problemas em seu enquadramento neste tipo eficaz. O primeiro, e mais evidente, é o fato de que o adicional de penosidade não foi previsto na legislação infraconstitucional e, por esse motivo, deveria ser aplicado de imediato. Ocorre que a jurisprudência não aplica esse adicional por ausência de lei regulamentar, não se consubstanciando a aplicabilidade imediata essencial as normas de eficácia contida. Além disso, não há previsão de restrição nem no artigo e nem no corpo textual da Carta Magna, de forma que eventual restrição ao dispositivo constitucional já se mostra fortemente questionável só por esse motivo.

Aceitando-se a possibilidade de restrição, a despeito da inexistência de previsão constitucional, haveria a necessária exigência de consonância desta previsão com os princípios e valores constitucionais. Tal fato também não se afirma, pois os princípios e valores da Carta Mãe, conforme será explanado adiante, levam todos a compreensão do dispositivo infraconstitucional restritivo como inconstitucional. Nesse sentido, não parece ideal o entendimento do presente dispositivo constitucional como de eficácia contida.

A segunda possibilidade seria compreender o presente dispositivo como norma de eficácia limitada e aplicabilidade diferida. Esse tipo eficaz, por sua vez, também é dependente de regulação por legislação ordinária. Essas normas caracterizam-se por ter sua aplicabilidade dependente de legislação que viabilize o exercício dos direitos ou benefícios consagrados por elas, permanecendo inaplicáveis até que essa situação esteja concretizada. O que a diferencia das normas de eficácia contida, além da aplicabilidade, é que as normas de eficácia limitada não podem sofrer restrições da legislação infraconstitucional, a qual pode tão somente ampliar o alcance do dispositivo constitucional.

A análise do inciso XXIII do artigo 7º também fica prejudicada quando se busca seu enquadramento frente às características das normas de eficácia limitada e aplicabilidade diferida. Quanto ao elemento da aplicabilidade, o enquadramento resolve o problema da inaplicabilidade do adicional de penosidade, tendo em vista que a carência de legislação infraconstitucional inviabiliza sua aplicação explicando, embora não justifique a ausência normativa, o isolamento imposto a esse adicional pelo legislador ordinário. O problema

ocorre em relação à impossibilidade das normas de eficácia limitada sofrerem restrições da legislação infraconstitucional que as regulamenta. O presente inciso, conforme mencionado, apresenta-se limitado pelo artigo 193, §2º da CLT, que impossibilita a acumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade.

Dispõe o artigo 193, §2º da CLT: “Art. 193.(...) § 2º - O empregado poderá optar pelo adicional de insalubridade que porventura lhe seja devido.”⁹⁵ Ocorre que este dispositivo, ao trabalhar com o verbo “poderá” no lugar de “deverá”, deixa incerta a existência da restrição à acumulação dos adicionais de periculosidade e de insalubridade. Nesse sentido, foram as razões da decisão proferida em 22/05/2013 pela 9ª Turma do TRT da 4ª Região, nos autos do processo nº 0001399-79.2011.5.04.0022, pelo Desembargador Marçal Henri Figueiredo, cujos fundamentos seguem:

Quanto à cumulação dos adicionais, entendo incabível a compensação ou dedução de valores relativos a parcelas de natureza diversa. O reclamante atuava em condições que eram insalubres e perigosas ao mesmo tempo, ou seja, um único fato (prestação de trabalho) gerou duas consequências danosas, a ação insalubre e a sujeição ao risco.

Havendo labor sob condição insalubre e também sob risco (periculosidade), há prejuízo imediato à saúde e vida do trabalhador. A contraprestação pelo labor em tais condições deve ser o pagamento dos dois adicionais. Acresço que a atuação sob risco não elide a insalubridade e o contrário também.

O parágrafo segundo do art.193 da CLT não exclui a cumulatividade dos adicionais. **O que prevê é que o empregado poderá optar pelo adicional de insalubridade que porventura lhe seja devido.** (grifo nosso).⁹⁶

Nessa senda, não haveria de se falar em restrição imposta ao dispositivo constitucional por legislação infraconstitucional. O artigo 7, XXIII da CRFB quedar-se-ia caracterizado como norma de eficácia limitada e aplicação diferida, resolvendo o problema do adicional de penosidade que carece de legislação infraconstitucional e, destarte, aplicabilidade. Ocorre que a jurisprudência dominante entende de forma diversa. Destaca-se o entendimento de que o §2º do artigo 193 da CLT deve ser entendido como uma restrição ao direito de recebimento da contraprestação pela atividade periculosa ou insalubre. Em sendo uma restrição à eficácia da norma constitucional, tem de ser contida e cria-se situação carente de explicação no que concerne ao adicional de penosidade. Incoerências à parte, ocorre que, seguindo o entendimento majoritário da jurisprudência, formula-se um novo problema. Em existindo a restrição e a norma tendo eficácia contida e aplicabilidade imediata, vital que a restrição esteja

⁹⁵ BRASIL. CLT (Consolidação das Leis do Trabalho). 7ªed. São Paulo: Saraiva, 2012, art. 193.

⁹⁶ Decisão 9º Turma, em 22/05/2013. TRT 4º Região, autos do processo nº 0001399-79.2011.5.04.0022

conforme as prerrogativas constitucionais, cabendo análise para atestar a recepção do dispositivo celetista, portanto.

Ainda na seara da eficácia constitucional, como visto quando da apresentação de seus tipos, o professor Ingo Wolfgang Sarlet⁹⁷ pontua algumas cargas eficaciais a todas as normas definidoras de direitos fundamentais. A primeira dessas cargas tratava-se, justamente, da eficácia derogatória atribuída aos direitos fundamentais. Nesse sentido, ainda que houvesse enquadramento pleno do artigo infraconstitucional restritivo com sua respectiva norma constitucional, sendo ele anterior à Constituição e contrário a direitos fundamentais nela consagrados, estaria automaticamente revogado. No caso, temos que o artigo 193, §2º da CLT tem sua redação determinada pela Lei 6.514 de 22 de dezembro de 1977, o que implica sua anterioridade à Constituição e necessidade de enquadramento com os direitos fundamentais nela positivados.

A segunda carga eficaz dos direitos fundamentais estabelece a natureza vinculativa a esses direitos, no sentido de que o legislador não pode se afastar dos parâmetros preestabelecidos nessas normas. Nesse sentido, não basta que a norma celetista, ao restringir o artigo constitucional, deixe de contrariar direitos fundamentais da constituição. Fundamental mostra-se que o dispositivo celetista esteja restrito aos parâmetros determinados pela norma constitucional sob pena de inconstitucionalidade, consequência natural da terceira carga eficaz proposta pelo professor Ingo Sarlet.

A quarta carga eficaz dos direitos fundamentais atribui a eles a prerrogativa de escopo interpretativo, de forma que, a despeito da ofensa ao direito não ser literal ao dispositivo, havendo positividade normativa contrária ao seu sentido, já ter-se-á materializada a ofensa. Nesse contexto, cumpre que tanto as normas constitucionais quanto infraconstitucionais sejam interpretadas com observância dos direitos fundamentais. Por esse viés, encontrando o artigo celetista qualquer óbice nos direitos fundamentais já deverá ser entendido como inconstitucional. Assim, é preciso que o artigo 193, §2º da CLT respeite os limites impostos pelos direitos fundamentais.

A quinta carga eficaz corresponde ao direito subjetivo negativo gerado pelos direitos fundamentais. Essa eficácia impede que o Estado atue de forma contrária ao conteúdo consagrado pela norma do direito fundamental. De forma que constatando-se que a restrição celetista fere direitos fundamentais, não apenas o dispositivo deverá ser declarado

⁹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva nacional**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010

inconstitucional e entendido como não recepcionado, como estará o legislador impossibilitado de redigir norma que crie restrição similar.

Apenas para mencionar, a sexta e última carga eficaz dos direitos fundamentais diz respeito à proibição de retrocesso, que não se enquadra, aqui, em relação ao dispositivo infraconstitucional, tendo em vista que não há disposição que afirme a acumulação dos adicionais, mas pode e deve ser utilizada quanto às prerrogativas de proteção presentes na constituição, no sentido de afirmar os direitos dos trabalhadores.

Feitas as considerações sobre a eficácia constitucional, essencial que se proceda com o enquadramento normativo frente à Constituição, tendo em vista as limitações impostas pela eficácia dos direitos fundamentais, bem como pela eficácia do próprio dispositivo constitucional.

4.1.2 A interpretação constitucional para a restrição do dispositivo celetista

Trabalhando-se com a hipótese de que o artigo 7º, XXIII da Constituição é norma de eficácia contida e passível de normas infraconstitucionais restritivas, essencial que se analise a norma que lhe impõe a restrição frente aos dispositivos constitucionais.

Como observado anteriormente, a interpretação constitucional dispõe de métodos, princípios e técnicas para tornar possível a análise harmônica do texto da Constituição. Utilizando-se desse sistema interpretativo far-se-á a contraposição dos dispositivos ligados à cumulação dos adicionais de periculosidade e insalubridade com o escopo de provar que a restrição imposta pelo artigo 193, §2º da CLT a essa acumulação é inconstitucional.

No início do presente trabalho foi demonstrado, através de uma análise pontual de cada uma das constituições que precederam nossa atual Constituição, que a adoção de uma postura de valoração dos direitos sociais foi resultado de uma evolução no sentido de suprir as carências da sociedade pela proteção de direitos sociais. O inciso XXIII do artigo 7º da Constituição é uma das conquistas dessa evolução no pensar do legislador constituinte, pois elucida a aplicação prática da proteção à saúde dos trabalhadores e ao seu meio ambiente de trabalho, elementos de relevância aos direitos sociais.

Procedendo a uma análise histórica, é possível observar o contrassenso que é, em relação à evolução do texto constitucional, após um longo processo de assimilação de direitos, no auge da valorização do ser humano como detentor de direitos individuais e sociais, permitir que esses direitos fossem questionados através de uma legislação infraconstitucional.

Pois é o que acontece na realidade das relações de trabalho graças a uma interpretação legislativa questionável referente ao dever de pagar os adicionais de forma acumulada. No momento em que há o consenso quanto à lesividade de uma atividade, criar um dispositivo que contraria a natural contraprestação pecuniária devida pela agressão, vai contra a tendência protetiva da Magna Carta.

Dispõe o artigo 7º, incisos XXII e XXIII, da Carta Máxima:

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.⁹⁸

Conforme se extrai do artigo acima, o inciso XXIII do artigo 7º da Constituição apresenta-se enxertado em um contexto de repetida exaltação dos direitos dos trabalhadores, no qual há afirmação de que estes têm direito a realizar suas atividades em ambientes que primem pela redução dos riscos por meio de normas que assegurem sua saúde, segurança e higiene, bem como que a melhoria de sua condição social deve ser sempre meta almejada. Uma das formas de se garantir essa prerrogativa é através da concessão do adicional pelas atividades penosas, insalubres ou perigosas. A análise gramatical do texto constitucional nos mostra que, basta ao trabalhador a exposição tão somente a um dos adicionais, não sendo necessária sua acumulação, para que ele seja devido. Gize-se que nada menciona a Carta Maior sobre a impossibilidade de acumulação dos adicionais, versando tão somente que ele caberá para as atividades realizadas em situação penosa, insalubre ou perigosa.

Mais que não vedar a acumulação dos adicionais, no inciso XXII do mesmo artigo da CRFB, tem-se o direcionamento que se espera ver concretizado na legislação infraconstitucional que venha a regulamentar a incidência dos adicionais. Tornar lícito que o empregador tenha que adimplir com o pagamento de apenas um dos adicionais mencionados no texto constitucional, quando o trabalhador está exposto a mais de um deles, é não apenas deixar de buscar a redução dos riscos e agressões do trabalhador, como expõe ser necessário o texto constitucional, mas também uma forma de incentivar os empregadores a concentrar as atividades perigosas e insalubres em alguns poucos empregados que já realizem atividades passíveis da contraprestação devida. Dessa forma, estarão as empresas desoneradas das

⁹⁸ BRASIL. Constituição (1988). Op.cit., art. 7.

contraprestações pecuniárias. Os trabalhadores, de outra senda, acabarão muito mais suscetíveis a problemas de saúde futuros.

Essa situação vai ao encontro, inicialmente, de muitos direitos e garantias conquistados pela sociedade ao longo da história, dentre os quais é possível citar como presentes em nossa constituição os direitos fundamentais à vida, à liberdade, à saúde, ao trabalho e a um meio de trabalho sadio, todos eles com o escopo de subsidiar o fundamento da dignidade da pessoa humana. Esse fundamento é o que consagra, como já mencionado, a primazia de uma condição de vida satisfatória e, nesse sentido, a necessidade de exigência de um trabalho decente.

Com isso, uma análise pelo método interpretativo clássico, utilizando-se dos aspectos lógico, sistemático e teleológico, é possível observar que a norma constitucional apresenta não apenas um contexto de dispositivos que almejam consolidar um estado de defesa dos trabalhadores. Ela traz consigo, também, direitos fundamentais que esclarecem os fins objetivados pelo legislador constituinte para nossa Constituição, que, quando aplicados nas relações de trabalho vão no sentido de criar um sistema normativo apto a proteger e dar condições de uma vida digna e um trabalho decente.

A embasar essa linha de raciocínio podemos citar o princípio de valorização social do trabalho e da livre iniciativa, com o qual a Constituição busca materializar a valorização do trabalho do homem, bem como o princípio da erradicação da pobreza, da marginalização e redução das desigualdades sociais e regionais, através do qual se prima pela defesa da igualdade financeira e de tratamento na sociedade. Não parece racional que o legislador constitucional enalteça ideais como o de valorização do trabalho e o busca pela igualdade de direitos e financeira e, ao mesmo tempo, permita que o legislador infraconstitucional legisle no sentido contrário. Não permitir a acumulação dos adicionais implica não apenas desvalorizar o trabalho, tendo em vista que se materializa uma situação de convivência com a exposição do trabalhador às ameaças a sua saúde, como também salienta a desigualdade de direitos e financeira.

Desigualdade de direitos por discriminar trabalhadores em condições idênticas que, por sofrerem mais ameaças a saúde são, de certa forma, punidos com a restrição da contraprestação pecuniária devida. Nessa senda, a lição de Luciane Cardoso Barzotto é esclarecedora:

A igualdade de oportunidades e tratamento no emprego somente pode existir em um contexto geral de igualdade. Isso implica regras gerais que atribuem *status comum* aos trabalhadores: o dever do Estado Social foi produzir regras

gerais de proteção a todos os trabalhadores. Neste sentido, ele foi promotor do direito à igualdade nas relações laborais.⁹⁹

Entendendo-se o Estado como promotor da igualdade dos trabalhadores, fixando regras de proteção ao trabalho, inaceitável que esse mesmo Estado Social proporcione a desigualdade imposta nas relações de trabalho pela legislação infraconstitucional, fato que vai de encontro ao objetivo constitucional de promoção do bem de todos sem preconceitos e quaisquer formas de discriminação.

Desigualdade econômica, por restringir o devido pagamento pecuniário pelas ameaças a saúde do trabalhador. Vivemos o período da história em que vige o maior número de políticas afirmativas dotadas do escopo da redistribuição da renda no país. É uma total incoerência o Estado Social primar pelo auxílio econômico da sociedade brasileira sem o subsídio normativo constitucional direto e atuar no sentido contrário em relação aos trabalhadores que têm a contraprestação prevista em norma constitucional.

Mais que isso, conforme apresentado no início deste estudo, a ordem econômica se funda nos valores sociais do trabalho, valorizando o homem e buscando, naturalmente, assegurar a todos uma existência digna e, por conseguinte, um trabalho decente. Por tal razão, não há como entender a restrição proposta pelo art. 193, §2º da CLT como constitucional. Impõe-se a interpretação do art. 7º, XXIII pelo princípio da máxima efetividade, priorizando a eficiência e eficácia social através da interpretação que extraia da Constituição o maior conteúdo possível, principalmente em matéria de direitos humanos. Nesse sentido, não há dúvida que permitir a acumulação dos adicionais é o entendimento que mais se adéqua aos pressupostos constitucionais. Aliás, cumpre a aplicação, também, do princípio da conformidade, tendo em vista que se conserva a quantidade mais significativa de normas entendendo-se pela acumulação dos adicionais do que pela restrição do art. 7º, XXIII da CRFB.

Sobre o tema, aliás, já há o entendimento, como mencionado anteriormente, que o art. 7º, XXIII da CRFB, que positiva a contraprestação pelas atividades insalubres, perigosas e penosas, por fazer parte dos direitos sociais, teria de ser entendido como cláusula pétrea constitucional. Tal fato implicaria mais veemência na observância do dispositivo constitucional e um motivo real de proibição a qualquer restrição de norma infraconstitucional, concluindo-se pela inconstitucionalidade do §2º do art. 193 da CLT e do

⁹⁹ BARZOTTO, Luciane Cardoso (Org.). **Trabalho e igualdade: tipos de discriminação no ambiente de trabalho**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, Escola Judicial do TRT da 4ª R., 2012, p. 41.

dispositivo presente na NR16 que reafirma o artigo celetista. Isso porque, consoante os argumentos levantados anteriormente, vige o entendimento de que o art. 60, §4º, IV, englobaria mais que apenas direitos e garantias individuais, entrando nesse tópico os direitos sociais. Nesse contexto, tomando como critérios de exigibilidade do direito nível de especificação normativa e nível de institucionalização, tem-se que a matéria dos adicionais de periculosidade e insalubridade preenche os critérios de forma satisfatória. Somando isso ao fato de que a cláusula pétrea tem prerrogativa de imutabilidade inclusive por emenda constitucional, aceitar que legislação infraconstitucional restrinja uma cláusula pétrea mostra-se uma incoerência e uma agressão ao princípio da supremacia constitucional.

A despeito dessa tendência de conceber os direitos sociais como cláusulas pétreas, analisando a constituição pelo princípio da unidade constitucional, deixando de lado hierarquias constitucionais e buscando o caráter uno da constituição, se percebe inerente a Carta Magna o ideal de proteção dos trabalhadores. Tal ideal deve reger a interpretação da norma constitucional do art. 7º, XXIII e, naturalmente, sua legislação infraconstitucional. Nesse sentido, objetivando-se a harmonia e coerência do diploma legal, não haveria razão lógica para que algum dispositivo constitucional permitisse a restrição ao direito de acumular os adicionais de insalubridade e periculosidade. Restringir a percepção da contraprestação devida a uma atividade que ameace a saúde do trabalhador vai contra a evolução e os fundamentos de nossa Carta Máxima.

Dentro desse viés da interpretação sistêmica, mister lembrar que a Constituição traz em seu art. 7º, caput, uma sequência de direitos para os trabalhadores, dentre os quais o direito a contraprestação pelas atividades insalubres, penosas e perigosas. Afirma, em seu caput, que são direitos dos trabalhadores os discorridos no dispositivo, além de outros que visem à melhoria de sua condição social. Presente afirmação é a materialização do pensamento do legislador constituinte de que, em se tratando de direitos trabalhistas, é preciso primar por uma interpretação positiva. Em havendo conflito de entendimento sobre normas, a intenção do constituinte é por proteger o interesse do trabalhador. Esse entendimento deve se estender para os direitos previstos na constituição e com mais veemência para os direitos previstos na legislação ordinária.

O dispositivo, no entanto, não se limita à proteção dos direitos sociais apontando em seu inciso XXII, como já mencionado, o direito do trabalhador de ter a redução dos riscos inerentes ao seu trabalho, fato que deve ocorrer por meio de normas de saúde, higiene e segurança. Presente norma vem a reforçar o entendimento de que o legislador constituinte é

favorável à acumulação dos adicionais, tendo em vista que prima por normas que protejam a saúde, higiene e segurança dos trabalhadores. Não permitir a acumulação dos adicionais é incentivar que os empregadores exponham seus empregados que já sofrem exposição a algum agente lesivo ou situação de risco, tendo em vista o suposto respaldo legal para não pagar contraprestação pecuniária, a mais agentes agressivos ou condições de risco acentuado. A Carta Maior vai de encontro a ideia de acumulação, defendendo estritamente que a legislação proteja o trabalhador e não que subsidie abusos em relação a esse que constitui polo hipossuficiente da relação de emprego e que, por isso, carece dessa proteção. Tem-se, portanto, como absolutamente inconstitucional o §2º do art. 193 da CLT.

4.2 ANÁLISE REFERENTE À APLICABILIDADE DO ART. 193 §2º DA CLT E DO ITEM 3 DA NR-15 DA PORTARIA Nº 3214/78

Outro argumento importante no sentido de que nosso sistema normativo deve ser interpretado com o viés de permitir a acumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade encontra subsídio nas diferenças intrínsecas dos adicionais. Nessa linha, mostra-se importante observar a legislação infraconstitucional, a qual em seu próprio sistema de aplicação assegura princípios que se coadunam à ideia da acumulação. Importante, também, a tendência internacional de proteção da saúde dos trabalhadores fechando o argumento de derrogação do dispositivo celetista restritivo.

4.2.1 Fatos geradores distintos para os adicionais de insalubridade e periculosidade

Como foi apresentado no tópico dedicado ao desmembramento dos adicionais de periculosidade e insalubridade, há certa divergência na doutrina no que diz respeito à natureza desses adicionais predominando, todavia, a tendência de compreendê-los como dotados de natureza salarial. Retomando o que foi argumentado por Maurício Godinho Delgado, a parcela adicional é contraprestativa, considerando que se paga um plus em virtude do desconforto, desgaste ou risco vivenciados, referindo-se com isso respectivamente aos adicionais de penosidade, insalubridade ou periculosidade. Nesse sentido, a despeito das divergências que pairam sobre esses adicionais, é indiscutível a existência de elementos que os dissociam.

Buscando uma forma mais clara de explicar esses adicionais, Carmem Camino¹⁰⁰ empregando conceitos peculiares ao Direito Tributário, parte para uma análise dos adicionais do art. 7º, XXIII da CRFB através da ideia do Fato Gerador¹⁰¹. Nesse sentido, entende Camino que o legislador constituinte trouxe a expressão “adicional” para identificar a contraprestação específica do trabalho penoso, insalubre e periculoso. Ou seja, tem-se como fato gerador específico o trabalho a ser enquadrado em uma dessas três espécies. Nessa senda, havendo em nosso sistema normativo menção a ideia de “adicional” teremos como possível o enquadramento da atividade como penosa, periculosa ou insalubre. Por esse raciocínio, adicionais como o de hora-extra ou de atividade noturna seriam, então, entendidos como de origem no fato gerador trabalho penoso. Nessa linha, aplicando-se a regra geral em relação aos adicionais, que é a acumulação, entender-se-ia como possível acumular o adicional de penosidade com as outras duas espécies. Isso porque a jurisprudência entende que não há óbice para acumulação do adicional noturno ou da hora-extra com o adicional de periculosidade ou de insalubridade. Em sendo possível esse acúmulo, ainda mais ilógica a restrição imposta pelo art. 193, § 2º da CLT, confirmada pelo item 3 da NR15 da Portaria nº 3214/78, no sentido de impossibilitar a acumulação dos adicionais de periculosidade e insalubridade.

A situação que se constrói é clara, os adicionais de periculosidade e insalubridade não se confundem. Possuem claramente fatos geradores diversos e, entendendo-se que o fato gerador é a materialização da hipótese de incidência normativa com o consequente surgimento da obrigação contraprestativa, não é aceitável dispositivo que defronte à incidência normativa perfeita venha a negar-lhe a obrigação devida.

Aliás, sobre as hipóteses normativas de incidência, cumpre destacar, como já pode ser observado no tópico específico, que o adicional de insalubridade é devido nos casos em que o trabalhador, no exercício de suas atividades, acaba se expondo a agressão de agentes biológicos, físicos ou químicos que, naturalmente, prejudicam a saúde e, comumente com o decorrer do tempo, nas situações em que evidenciada uma exposição além dos limites de tolerância, resultam em enfermidades.

De outro lado, também já trabalhado no tópico específico, tem-se que o adicional de periculosidade é devido nos casos em que pelo método ou pela atividade realizada o trabalhador fica exposto a risco acentuado. Ou seja, o adicional será devido nos casos em que

¹⁰⁰ CAMINO, Carmen. **Direito individual do trabalho**. 4. ed. Porto Alegre: Síntese, 2003.

¹⁰¹ Segundo o art. 114 do CTN, fato gerador da obrigação principal é a situação definida em lei como necessária e suficiente à sua ocorrência.

o trabalhador estiver realizando suas atividades sob um perigo capaz de instantaneamente gerar-lhe uma grave lesão ou levar-lhe a óbito.

Nesse sentido, a insalubridade se caracteriza visivelmente como uma agressão leve e constante, oportunizada pela ação de um agente lesivo ao qual o trabalhador se submete, podendo acarretar a perda paulatina da saúde. Já a periculosidade mostra-se a exposição constante a uma situação de iminência de ação de um agente dotado de elevado potencial lesivo que, em vindo a atuar, poderá levar a incapacidade ou morte.

Importante lembrar aqui que o conceito de adicional de periculosidade sofreu alteração significativa recentemente com a lei nº 12.740, de 2012 em que se deixou de exigir a situação de contato permanente com alguma substância, até então compreendida como um agente perigoso. Passou-se, então, a trabalhar com a ideia de exposição permanente a risco acentuado, o que reforça ainda mais a diferença entre os adicionais, pois a lei agora estabelece claramente que na insalubridade há exposição a um agente e na periculosidade há exposição a um risco acentuado. Nesse sentido, insalubridade pressupõe ação constante e periculosidade, potencial de ação constante.

Como se não bastasse os adicionais serem completamente distintos em suas essências, o resultado jurídico gerado para o empregador que não observa a necessidade de não exposição de seus empregados também é diferente. Como já mencionado, a legislação regulamentadora não apenas prevê percentuais diferentes para os dois adicionais como também institui peculiaridades na incidência desses percentuais. Enquanto o adicional de insalubridade sofre com uma controvérsia uniforme, o adicional de periculosidade nem a uniformidade na aplicação consegue manter. A insalubridade, pelo dispositivo celetista, estabelece a incidência do adicional sobre o salário mínimo da região, o que já levou a controvérsia jurídica e à manifestação de inconstitucionalidade do STF que optou pela aplicação temporária até que o legislativo se manifeste com lei superveniente. Ocorre que muitos magistrados divergem dessa postura e aplicam incidência do percentual sobre outros valores recebidos pelos trabalhadores alegando a inconstitucionalidade sobre o mínimo forte no art. 7º, IV da CRFB.

Em relação ao adicional de periculosidade a diferença existia pelo excesso de leis esparsas regulamentando adicionais não presentes no dispositivo celetista. Ocorre que a lei 12.740 de 2012 trouxe certa uniformidade, acrescentando novos adicionais ao corpo do texto celetista. A despeito de organizar as situações de incidência, nenhuma manifestação foi observada na lei quanto aos percentuais de incidência, que apresentavam peculiaridades em

alguns dos elementos causadores de periculosidade previstos nas leis esparsas, como é o caso do adicional por exercício de atividade com exposição às redes elétricas.

É fundamental observar que as diferenças aqui apontadas não são apenas elementos que caracterizam mais uma distinção entre os adicionais, mas também mostram como é absurdo estabelecer em lei infraconstitucional que o empregado poderá escolher dentre os adicionais o que lhe for mais favorável. Considerando que inexistente o consenso inclusive na doutrina e na jurisprudência sobre os percentuais a serem contraprestados, bem como sobre qual seria sua base de incidência, absolutamente inadmissível exigir que o trabalhador, obviamente dotado de insipiente saber jurídico, opte pelo adicional que lhe seja mais benéfico. Mais que necessário que a ele seja outorgado o direito de acumular os adicionais.

Sobre a impossibilidade de acumulação dos adicionais traz Vólia Bonfim Cassar:

Conforme a inteligência do art. 193, §2º, da CLT, caso o operário/funcionário trabalhe em atividades insalubres e perigosas, deverá optar pelo recebimento de apenas um adicional. Absurda também esta regra, pois impede a cumulação de adicionais como se acarretassem em *bis in idem*.¹⁰²

Nesse sentido, não há de se falar em *bis in idem* tendo em vista que os adicionais de periculosidade e insalubridade tratam de questões completamente distintas. Reafirmando a presente distinção, tem-se também José Luiz Ferreira Prunes:

Vemos no adicional de periculosidade uma origem distinta daquele baseado em serviços insalubres. Tanto isto é verdade que o legislador brasileiro contemplou-os em momentos diferentes não apenas no que diz respeito aos percentuais como também sobre a base em que são calculados. Não vemos razões para não se somarem os adicionais (...).¹⁰³

É inaceitável a restrição imposta pelo art. 193, §2º da CLT. A acumulação é a regra geral para o instituto dos adicionais e não há motivo para se excepcionar nos casos em que se verifica uma atividade realizada com exposição a condições insalubres e perigosas sendo devida, portanto, a cumulação.

4.2.2 O conflito da acumulação dos adicionais de periculosidade e insalubridade sob a luz do Princípio da Norma mais Favorável

¹⁰² CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. Niterói: Impetus, 2011, p. 877.

¹⁰³ PRUNES, José Luiz Ferreira. **Trabalho perverso**. Curitiba: Juruá, 2000, p. 28.

Dentre os princípios de direito individual do trabalho há um princípio basilar e de considerável relevância chamado de princípio da proteção. Sobre ele traz Maurício Godinho Delgado que:

Informa este princípio que o Direito do Trabalho estrutura em seu interior, com suas regras, institutos, princípios e presunções próprias, uma teia de proteção à parte hipossuficiente na relação empregatícia – o obreiro –, visando retificar (ou atenuar), no plano jurídico, o desequilíbrio inerente ao plano fático do contrato de trabalho.¹⁰⁴

Essa teia de proteção, que Godinho afirma tomar forma por meio do princípio da proteção, se reafirma com outros princípios derivados dele, dentre os quais, o princípio da Norma Mais Favorável. Quanto a esse último, afirma o mesmo autor que:

O presente princípio dispõe que o operador do Direito do trabalho deve optar pela regra mais favorável ao obreiro em três situações ou dimensões distintas: *no instante de elaboração da regra* (princípio orientador da ação legislativa, portanto) ou *no contexto de confronto entre regras concorrentes* (princípio orientador do processo de hierarquização de normas trabalhistas) ou por fim, *no contexto de interpretação das regras jurídicas* (princípio orientador do processo de revelação do sentimento da regra trabalhista).¹⁰⁵

Dessa forma, o princípio da norma mais favorável, quando tratamos de direito individual do trabalho, deve ser observado pelos operadores do direito e três momentos específicos. Esses momentos são o instante em que a regra está sendo elaborada, no contexto de confronto entre normas concorrentes e, por fim, no contexto de interpretação das regras jurídicas. Considerando esses fundamentos, essencial a aplicação do presente princípio no conflito normativo referente à acumulação dos adicionais de periculosidade e insalubridade.

O primeiro conflito normativo existente é o da eficácia da norma constitucional. Utilizando-se o princípio da norma mais favorável poder-se-ia entender por interpretar ao art. 7º, XXIII como de eficácia limitada e aplicabilidade diferida levando, conseqüentemente, o art. 193, §2º CLT a ser declarado inconstitucional.

Entendendo-se como de eficácia contida ter-se-ia um problema com o adicional de penosidade, o qual não possui aplicabilidade imediata, a menos que seja compreendida sua aplicabilidade como concretizada através dos demais adicionais. Dessa forma, aceitando-se como possível a cumulação dos adicionais de penosidade com os de insalubridade e

¹⁰⁴ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2012, p. 193

¹⁰⁵ Ibidem, p. 194.

periculosidade, o princípio da norma mais favorável nos levaria a admitir como aplicável a regra geral da cumulação também entre os adicionais de periculosidade e insalubridade.

Indo ainda mais além, a norma celetista que impõe a restrição informa que o trabalhador poderá optar pelo adicional de insalubridade que porventura lhe seja devido. Aqui o princípio da norma mais favorável na sua dimensão interpretativa nos levaria a entender que o fato de ser facultado ao trabalhador uma escolha dentre os adicionais lhe é uma faculdade, também, escolher receber os dois adicionais, pois essa seria a norma mais favorável.

Ainda que não seja o tema do presente trabalho, importa informar que se aplica, no que tange a dimensão interpretativa do princípio da norma mais favorável, o que é possível extrair do princípio *in dúbio pro operário*. Sobre o tema, cumpre reproduzir as palavras do professor Maurício Godinho Delgado:

O princípio *in dúbio pro misero* tornou-se redundante e, por consequência, inútil. De fato, uma das dimensões da velha diretriz é aquela que informa que o operador jurídico, em situações de confronto entre interpretações consistentes de certo preceito normativo, deve optar pela mais favorável ao trabalhador. Ora, essa dimensão do velho princípio é válida e importante, sem dúvida, mas já está, hoje, atendida, com precisão, pelo princípio da norma mais favorável (que tem três dimensões, conforme sabido, sendo uma delas a interpretativa).¹⁰⁶

Nesse sentido, argumenta-se por meio da dimensão interpretativa do princípio da norma mais favorável o entendimento incutido na temática do princípio do *in dúbio pro operário*. Em suma, essencial que, defrontando-se com substancial dicotomia interpretativa, seja escolhida a interpretação que melhor se coadune aos interesses do trabalhador.

Ainda, no conflito do presente dispositivo celetista com a constituição, o princípio da norma mais favorável levaria, ponderando-se todos os elementos já levantados anteriormente, a evidente conclusão de que o art. 193, §2º é inconstitucional. Existe no texto constitucional uma quantidade significativa de normas que materializam a tendência de proteção dos trabalhadores, bem como a preocupação com a sua saúde e com seu ambiente de trabalho. Nesse sentido, o princípio da norma mais favorável leva à conclusão de que o dispositivo celetista não se amolda à Carta Magna.

Fala-se aqui na utilização do princípio da norma mais favorável em relação ao contexto de confronto de normas bem como no contexto de interpretação normativa. Contudo, mister falar de sua dimensão na etapa legislativa. Poder-se-ia dizer que o legislador atentou

¹⁰⁶ Ibidem, p. 207

contra o princípio da norma mais favorável ao trabalhador quando redigiu o §2º do art. 193 da CLT. Ocorre que o presente artigo possui redação determinada pela Lei 6514 de 22 de dezembro de 1977. Aliás, a norma regulamentadora (NR) de número 16, que apresenta dispositivo que confirma o artigo celetista, foi instituída pela portaria de número 3214 de 1978. Considerando que nossa Carta Máxima entrou em vigor apenas em 1988, entende-se que seria inviável exigir do legislador celetista que tivesse observado o princípio da norma mais favorável, bem como todo e qualquer princípio que viria a ser instituído pela Constituição de 1988. Todavia, isso nos leva a conclusão de que o dispositivo celetista não apenas é inconstitucional, por incompatibilidade com a Carta Maior, como se quer foi recepcionado por ela. Não deve, portanto produzir efeitos e, assim o sendo, não há restrição para a acumulação dos adicionais de periculosidade e insalubridade.

Presente incompatibilidade constitucional poderia ser entendida como um descuido do legislador constituinte que não teria observado a necessidade de criar margem para a recepção do dispositivo celetista, o que, ainda assim, não alteraria sua condição de inconstitucionalidade. Não obstante tal compreensão, não é o que ocorre, pois com a ratificação do Brasil da Convenção 155 da OIT em 1994 se mostrou que de fato a intenção da legislação brasileira é proteger o trabalhador, o que implica considerar o art. 193, §2º da CLT não apenas inconstitucional, mas também derogado de nosso sistema normativo.

4.2.3 A ratificação do entendimento constitucional pela acumulação dos adicionais com a Convenção nº 155 da OIT

Há certa discussão na doutrina quanto à força com que a Convenção nº 155 da OIT, uma norma internacional ratificada pelo Brasil, entra no sistema normativo brasileiro. Nesse contexto, pode tal norma apresentar força de lei ordinária federal ou força de emenda constitucional, essa última tomando-se como base o art. 5º, §3º da CRFB. Ocorre, no entanto, que para a questão da cumulatividade dos adicionais de periculosidade e insalubridade, mostra-se indiferente a força com que a Convenção ingressou no sistema normativo brasileiro, tendo em vista que na hipótese mais branda de efeito, qual seja, seu ingresso como lei ordinária federal, ter-se-ia como necessária a derrogação da restrição presente no dispositivo celetista.

Para tanto, essencial uma análise sistemática e axiológica contrapondo a legislação internacional ratificada com o dispositivo celetista. Traz a Convenção nº 155 da OIT, de

modo geral, normas que buscam fixar critérios relacionados à segurança e saúde dos trabalhadores. Quanto a esses critérios, observa-se que muitos inferem informações relevantes sobre o tema aqui trabalhado. Em relação ao art. 11, “b” da Convenção nº 155 da OIT:

Artigo 11:

Afim de tornar efetiva a política a que se refere o artigo 4 do presente Convênio, a autoridade ou autoridades competentes deverão garantir a realização progressiva das seguintes funções:

(...)

b) a determinação das operações e processos que estarão proibidos, limitados ou sujeitos à autorização ou ao controle da autoridade ou autoridades competentes, bem como a determinação das substâncias e agentes aos quais a exposição no trabalho estará proibida, limitada ou sujeita à autorização ou ao controle da autoridade ou autoridades competentes; **deverão levar-se em consideração os riscos para a saúde causados pela exposição simultânea a várias substâncias ou agentes** (grifo nosso).¹⁰⁷

Nesse sentido, a convenção traz a obrigação da autoridade competente de, além de regulamentar todas as operações e processos proibidos, limitados ou sujeitos à autorização ou ao controle dessa autoridade e determinar as substâncias e agentes aos quais a exposição estará proibida, limitada ou sujeita à autorização ou controle da autoridade, o que já está de certo modo contemplado em nossa legislação infraconstitucional, o dever de considerar nessa regulamentação os riscos para a saúde ocasionados pela exposição simultânea a várias substâncias ou agentes. Deixa, desse modo, cristalina a proibição de tratar as situações em que há exposição simultânea, geradora de múltiplos riscos para saúde, com indiferença. A simples existência desse dispositivo já indicaria a revogação do §2º do art. 193 da CLT. Contudo, a reforçar essa ideia temos o art. 21 da Convenção nº 155: “As medidas de segurança e higiene do trabalho não deverão implicar em **nenhuma carga financeira para os trabalhadores**”.¹⁰⁸

Entendendo-se pela impossibilidade de o trabalhador assumir o ônus financeiro gerado pelas medidas de segurança e higiene do trabalho naturalmente derogado o dispositivo celetista. Isso porque a restrição presente no dispositivo celetista impede a acumulação dos adicionais nas situações em que ambos são devidos e que, por isso, o trabalhador acaba arcando com os gastos decorrentes da agressão sofrida pela atividade laborativa realizada. O §2º do art. 193 da CLT gera uma medida deficitária que atribui o ônus financeiro ao trabalhador e isso fere diretamente a Convenção ratificada pelo Brasil. Nessa senda, mostra-se absolutamente devida a acumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade.

¹⁰⁷ Convenção nº 155 da OIT. Disponível em: <http://portal.mte.gov.br/legislacao/convencao-n-155.htm>. acesso em: 12. nov. 2013.

¹⁰⁸ Idem.

Há de se mencionar, ainda, que de forma alguma o fato da Convenção 155 da OIT não mencionar especificamente os adicionais de periculosidade e insalubridade implicaria em contrariar o entendimento favorável à acumulação desses adicionais. É importante entender que a presente Convenção formula objetivos muito mais amplos, tendo em vista ser norma internacional, não sendo viável especificações terminológicas. A ideia nela consubstanciada é no sentido de direcionar a uma política nacional como pode ser observado no seu número 2 do art. 4º:

2. Esta política terá por objetivo prevenir os acidentes e os danos para a saúde que sejam consequência do trabalho, guardem relação com a atividade de trabalho ou sobrevenham durante o trabalho, reduzindo ao mínimo, na medida em que seja razoável e factível, as causas dos riscos inerentes ao meio ambiente de trabalho.¹⁰⁹

Não sendo viável, nesse contexto, que se especifique nessa constituição informações direcionadas aos adicionais de periculosidade e insalubridade. O objetivo desta Convenção é instituir uma política de ação que realmente proporcione uma diferença para os trabalhadores, exaurindo a necessidade desse sistema prejudicial de monetarização da saúde através de contraprestações a atividade lesiva. Busca-se a não exposição dos trabalhadores e não apenas que as empresas arquem com o ônus financeiro dessas atividades.

Quanto a essa limitação contraprestativa de ação cabe mostrar que a Convenção nº 155 da OIT ainda traz outro artigo que conflita com o §2º, art. 193 da CLT, qual seja, seu art. 19º, “f”, que informa o que segue:

O trabalhador informará de imediato ao seu superior hierárquico direto sobre qualquer situação de trabalho que ao seu juízo envolva, por motivos razoáveis, um perigo iminente e grave para a sua vida e sua saúde; enquanto o empregador não tenha tomado medidas corretivas, se forem necessárias, não poderá exigir dos trabalhadores que reiniciem uma situação de trabalho onde exista com caráter contínuo um perigo grave e iminente para sua vida e sua saúde.¹¹⁰

A Convenção atribui aos trabalhadores o direito de não laborar nas situações em que tomarem conhecimento de que estão expostos a riscos acentuados em demasia. Isso vai totalmente de encontro à imposição presente na norma celetista. Essa imposição pressupõe que o trabalhador escolha dentre as condições negativas a que está exposto uma a ser desprezada em benefício da saúde financeira de seu empregador, assumindo para si o ônus

¹⁰⁹ Idem.

¹¹⁰ Idem.

financeiro e lesivo da atividade. Não resta qualquer dúvida, considerando essas questões, que o artigo celetista está derogado.

4.3 ARGUMENTOS DA SAÚDE RELACIONADOS À CUMULAÇÃO DOS ADICIONAIS DE PERICULOSIDADE E INSALUBRIDADE

Quando se analisa o tema do acúmulo dos adicionais de periculosidade e insalubridade é impossível uma ponderação limitada à estrutura normativa e aos elementos formais de interpretação. Não por insuficiência de afirmação da tese, tendo em vista que já fora demonstrado que a acumulação dos adicionais é o entendimento mais adequado à nossa Carta Maior. Todavia, o presente tema engloba um cuidado que toca a saúde das pessoas e, por esse motivo, emerge a necessidade de um tratamento direcionado para as carências da sociedade nesse sentido. Muito embora a questão da saúde também se mostre como uma tônica constitucional não se apresentará apenas as normas que clamam a acumulação dos adicionais, mas as carências que levam a entender a acumulação dos adicionais como uma postura emergencial a ser assumida pela justiça do trabalho.

4.3.1 Saúde e Meio Ambiente de Trabalho como elementos favoráveis a acumulação dos adicionais

Tanto a saúde dos trabalhadores quanto o meio ambiente em que exercem suas atividades são aspectos cada vez mais relevados pelo sistema legislativo brasileiro. Não bastasse a Constituição ter uma Seção inteira tratando do tema da saúde, o Brasil ratificou vários tratados da OIT que tratam sobre o tema da saúde no trabalho. A Constituição de 1988 foi responsável por estabelecer pela primeira vez na história de nosso país, em seu art. 196, que a saúde é direito de todos e dever do Estado. Contudo, a Carta Máxima de 1988 vai além dessa previsão. Traz, ainda, no seu art. 197, que as ações e o serviço de saúde são atividades de relevância pública e, em seu art. 6º, informa que a saúde é Direito Social e assim o sendo, é direito de todos. Mais que isso, a saúde apresenta regulação pela lei orgânica nº 8080 de 19 de setembro de 1990 que em seu art. 2º apresenta a saúde como um direito fundamental do ser humano, atribuindo ao Estado o dever de promover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício através de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos. Tomando por base apenas essas concepções já se concluiria pela

inconstitucionalidade do §2º do art. 193 da CLT, que impede a acumulação dos adicionais, pois proibir essa contraprestação cumulada é instigar o aumento dos riscos de doenças e outros agravos e não a sua redução, trabalhando de forma contrária ao direito fundamental à saúde.

Há muita discussão sobre a possibilidade de tutela desse direito fundamental à saúde. Tratar da tutela do direito a saúde, e se há ou não o direito subjetivo a ela, não é o objetivo do presente trabalho. O que importa é deixar claro que a saúde não é apenas um direito do trabalhador, mas um direito de toda a sociedade. Em relação aos trabalhadores, todavia, é importante dizer que há um movimento patente em favor da implantação de uma política nacional de segurança e saúde no meio ambiente. Sobre o assunto, aliás, Sebastião Geraldo de Oliveira afirma que:

Atualmente, há um consenso nos principais organismos internacionais sobre a necessidade de mudar o paradigma nas questões que envolvem segurança e saúde ocupacional, passando a priorizar, com ênfase, a proteção do que é verdadeiramente fundamental: a vida e a saúde do trabalhador. Não se pode falar em trabalho digno ou decente sem garantir as condições de segurança e saúde na prestação dos serviços. Desse modo, ao lado dos avançados institutos jurídicos desenvolvidos na seara trabalhista, está ganhando cada vez maior visibilidade no mundo o direito ao meio ambiente de trabalho seguro e saudável.¹¹¹

Essa tendência de buscar a saúde dos trabalhadores, primando por um trabalho decente e garantindo a segurança e a saúde na prestação dos serviços, bem como um meio ambiente de trabalho seguro e saudável foi incorporada pelo Brasil. Isso se comprova através da ratificação de várias convenções da OIT dentre as quais podem ser citadas como principais as Convenções 148¹¹², 155¹¹³, 161¹¹⁴.

Com essa tendência mundial de proteção ao meio ambiente do trabalho, agora incorporada pela legislação brasileira de forma definitiva, se conseguiu dar mais um passo importante na busca de uma estrutura normativa que torne mais efetiva a exigência por esse meio ambiente que permita a realização do trabalho decente. Aliás, nossa Constituição já previa no art. 225 que:

¹¹¹ OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. **Proteção Jurídica à saúde do trabalhador**. São Paulo : LTr, 2010, p.112.

¹¹² Convenção sobre a proteção dos trabalhadores contra os riscos devidos à contaminação do ar, ao ruído e às vibrações no local de trabalho.

¹¹³ Convenção sobre a segurança e saúde dos trabalhadores e meio ambiente de trabalho.

¹¹⁴ Convenção sobre os serviços de saúde no trabalho.

todos têm direito a um 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.¹¹⁵

Esse dispositivo, apesar de direcionar o entendimento da ideia de meio ambiente para um viés ecológico, quando analisado conjuntamente com o art. 200, VIII da CRFB, o qual diz que uma das funções do Sistema Único de Saúde (SUS) é “Colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.”, permite a ampliação do conceito de meio ambiente. Mostra-se, com isso, que nossa Constituição já tem incorporado o entendimento de que a necessidade de proteção do meio ambiente deve abarcar o local de realização das atividades laborativas. Outra não poderia ser a conclusão do legislador constituinte, tendo em vista que os seres humanos passam a maior parte de sua vida útil no trabalho, o qual acaba, grande parte das vezes, influenciando nas condições de vida e de saúde dos trabalhadores.

Por isso, conclui-se importante a proteção ao trabalho decente nas suas quatro dimensões, conforme traz Marcos César Amador Alves:

O trabalho decente apresenta quatro distintas dimensões pertinentes a diferentes enfoques de valorização e tutela, quais sejam: (a) a proteção e aplicação dos princípios e direitos fundamentais no trabalho e normas internacionais do trabalho; (b) a geração de oportunidades de trabalho, emprego e renda; (c) a proteção e a segurança social; e (d) o diálogo social e o diálogo tripartite.¹¹⁶

Esse entendimento de trabalho decente que abarca dimensões do trabalho como o acesso a ele, não se limitando apenas as prestações das atividades, em sua primeira dimensão ressalta a essencialidade do respeito aos direitos fundamentais no trabalho, bem como a observância das normas internacionais.

Nessa senda, mostra-se indiscutível a fundamentalidade de uma resposta positiva do Direito, precisamente no que se refere à legislação trabalhista brasileira, no sentido de eliminar os riscos e os agentes nocivos presentes na atividade laborativa. Nosso sistema legislativo vem se mostrando cada vez mais direcionado a construir relações de trabalho sustentáveis.

¹¹⁵ BRASIL. Constituição (1988). Op.cit., art.225.

¹¹⁶ AMADOR, Marcos César. Trabalho decente sob a perspectiva dos Direitos Humanos. In: PIOVESAN, Flávia e CARVALHO, Luciana Paula Vaz de. (Coord.). Direitos Humanos e Direito do Trabalho. São Paulo: Atlas, 2010, p. 337

Esse entendimento se confirma no art. 170 da CRFB, que estabelece o que segue:

A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano, e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

(...)

III – função social da propriedade

(...)

VI – defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação.¹¹⁷

Introduz, com isso, o fundamento da ordem econômica, estabelecendo que ela deve ser fundada na valorização do trabalho humano, tendo por escopo assegurar a existência digna e a justiça social. Presente artigo proporciona subsídio para a aplicação do princípio do desenvolvimento sustentável. Isso porque fica clara a necessidade de se conciliar qualidade de vida para os trabalhadores, com a geração de lucros e com a proteção do meio ambiente. A acumulação dos adicionais de periculosidade e insalubridade vai ao encontro dessa ideia, pois proporciona um incentivo a melhorias nas condições de trabalho, bem como uma melhoria na qualidade de vida dos trabalhadores, que passam a receber uma quantia mais elevada, sem impedir que as empresas gerem e recebam o lucro de suas atividades.

O art. 193, §2º da CLT, por sua vez, com a restrição por ele imposta, vai de encontro a essa busca de um sistema sustentável. Permite a manutenção de uma relação de monetarização da saúde, entre os trabalhadores e seus empregadores, que guarda total incoerência com a política nacional de segurança e saúde no meio ambiente, a qual vem se mostrando cada vez mais consolidada no sistema brasileiro, reafirmando-se, portanto, a inconstitucionalidade do dispositivo celetista.

4.3.2 A monetarização da saúde e função taxativa da acumulação dos adicionais

O paradoxo da contraprestação pecuniária frente à exposição insalubre e perigosa aos respectivos agentes e riscos é uma realidade assumida pelo sistema de proteção dos trabalhadores brasileiros que não vem demonstrando resultados positivos. Conforme o professor Sebastião Geraldo de Oliveira:

¹¹⁷ BRASIL. Constituição (1988). Op.cit., art. 170.

Pela análise do sistema do Direito do trabalho comparado, observa-se que o legislador adotou três estratégias básicas diante dos agentes agressivos: a) aumentar a remuneração para compensar o maior desgaste do trabalhador (monetização do risco); b) proibir o trabalho; c) reduzir a duração da jornada. A primeira alternativa é a mais cômoda menos aceitável; a segunda é a hipótese ideal, mas nem sempre possível, e a terceira representa o ponto de equilíbrio cada vez mais adotado. Por um erro de perspectiva, o Brasil preferiu a primeira opção desde 1940 e, pior ainda, insiste em mantê-la, quando praticamente o mundo inteiro já mudou de estratégia.¹¹⁸

De acordo com o autor, existem três métodos adotáveis diante da situação de exposição aos agentes insalubres e perigosos. O primeiro é o que nosso judiciário adotou e que objetiva compensar o que sofre o trabalhador com uma remuneração mais significativa. O segundo estabelece a proibição do trabalho e o terceiro a redução da jornada. Como Oliveira mesmo afirma, o Brasil adotou o primeiro sistema como base regulamentadora das agressões. O objetivo que se buscava com esse sistema contraprestativo era proporcionar aos trabalhadores que se alimentassem melhor e, com isso, tivessem um organismo mais resistente apto a confrontar as agressões sem ocasionar debilidade e criar um ônus para os empregadores que, buscando evitá-lo, procurariam melhorar as condições do meio ambiente de trabalho.

Logo se percebeu que esses objetivos jamais seriam atingidos, pois o ônus de criar uma estrutura plenamente segura para a realização do trabalho era muito maior que o ônus gerado pela contraprestação. Mais que isso, manter os trabalhadores bem alimentados mostrou-se pouco eficiente no combate contra as doenças geradas pela exposição no ambiente profissional. Nesse sentido, afirma o Professor Sebastião Geraldo que:

A opção de instituir recompensa monetária pela exposição aos riscos desvia a preocupação com o problema central, que é saúde do trabalhador. Foram criados mecanismos para conviver com o mal e não para cortá-lo pela raiz, como aconteceu no Canadá em 1979.¹¹⁹

De fato, o sistema brasileiro mostrou-se extremamente equivocado ao buscar como solução à exposição lesiva dos trabalhadores, durante suas atividades, a contraprestação monetária. Além de não resolver o problema da falta de proteção dos empregados, criou-se um mecanismo que leva os próprios trabalhadores a almejamem a exposição às condições prejudiciais. Fato, esse, que se intensificou com a Lei Orgânica da Previdência Social de 1960 que passou a prever a aposentadoria especial para os trabalhadores que realizassem serviços

¹¹⁸ OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. Op.cit., p. 129.

¹¹⁹ Ibidem, p. 130.

considerados penosos, insalubres e perigosos¹²⁰. Com a intenção de elevar os ganhos com a atividade realizada e reduzir o tempo que precisará trabalhar até a aposentadoria, o trabalhador passa a procurar atividades prejudiciais a sua saúde sem a consciência de que isso, implicará, também, em uma redução na sua qualidade e expectativa de vida.

A despeito dessa realidade desoladora, mostra-se essencial a constante busca pelo aprimoramento do sistema protetivo. O Brasil se mostra muito distante de uma política que prime pela redução da jornada desses trabalhadores. Mais distante, ainda, evidencia-se uma política de proibição das atividades laborativas que apresentem exposição à insalubridade e periculosidade. Nesse sentido, a escolha pelo sistema de monetização da saúde tende a permanecer como sistema de proteção da saúde dos trabalhadores, cabendo ao sistema legislativo brasileiro adaptar-se a essa política de forma a torná-la uma ferramenta mais eficiente.

Buscando maior eficiência no sistema de monetização da saúde, lançando-se um olhar otimista sobre sua sistemática, é possível constatar que ainda dentro desse sistema, que está distante de ser o ideal, é possível se criar melhorias. Analisando-se o art. 194 da CLT observa-se a seguinte determinação: “O direito do empregado ao adicional de insalubridade ou de periculosidade cessará com a eliminação do risco à sua saúde ou a sua integridade física, nos termos dessa Seção e das normas expedidas pelo Ministério do Trabalho”.¹²¹

Nesse contexto, fica claro que, retomando o argumento apresentando anteriormente, um dos objetivos dos adicionais de periculosidade e insalubridade é criar um ônus para o empregador buscando, com isso, estimulá-lo a adotar cuidados efetivos no que concerne à segurança e saúde dos trabalhadores. Não obstante presente objetivo, a função excludente da obrigação pecuniária dos adicionais, apresentada no artigo celetista, não trouxe resultados significativos, pois a eliminação dos agentes e riscos ofensivos a saúde e segurança do trabalhador mostrou-se mais onerosa que o pagamento dos adicionais. Nesse sentido, se o pagamento dos adicionais leva a uma resposta de indiferença dos empregadores, caminho distinto não seguirá uma norma que restringe esse pagamento, como se constata com o art. 193, §2º da CLT. Corroborando essa lógica, Sebastião de Oliveira traz que:

(...) desestimula o empresário a cumprir o mandamento constitucional (art. 7º, XXII) de redução dos riscos inerentes ao trabalho, porque, tendo no estabelecimento um agente insalubre qualquer, poderão aparecer dois, três

¹²⁰ Idem.

¹²¹ BRASIL. CLT (Consolidação das Leis do Trabalho). Art. 194.

ou vários outros agentes danosos que o desembolso com o adicional será o mesmo.¹²²

Proibir a acumulação dos adicionais implica aceitar como possível a realização de uma atividade em que há a exposição a mais de uma agressão, decorrente da incidência de insalubridade e de periculosidade, levando a apenas uma contraprestação. Considerado tal assertiva, conclui-se que a proibição da acumulação dos adicionais, além de não permitir que a contraprestação dos adicionais atinja o fim para o qual foi criada, é uma forma de incentivar os empregadores a expor seus trabalhadores a agentes e riscos de forma concentrada, tendo em vista que isso envolveria uma redução de gastos.

Nessa senda, a cobraça dos adicionais acumuladamente acaba com o incentivo a exposição reiterada dos empregados e atribui à contraprestação constitucional uma função de taxatividade. O empregador que vier a expor seus funcionários a um meio ambiente de trabalho perverso e, destarte, a condições que ensejem a devida contraprestação pecuniária pelas atividades perigosas e insalubres prestadas, será taxado com o ônus de adimplir com as contraprestações acumuladas. Nas palavras de Marcio Roberto Fernandes Bandeira: “(...) o meio ambiente do trabalho, no contexto da dinâmica do mundo capitalista, é fruto de uma opção econômica do empresário/empregador, que tem a sua tomada de decisão influenciada por projeções de custos e lucros”.¹²³

Em sendo essa a dinâmica adotada pela casta patronal, o tempo tornará interessante aos empregadores investir em saúde e segurança buscando, finalmente, o exercício do art. 194 da CLT, ou seja, a liberação do pagamento dos adicionais em face da inexistência de exposição a situações de perigo e de insalubridade, em relação a todos os seus funcionários. Entendendo-se a contraprestação como mecanismo taxativo, o conflito legal sobre o dever de acumulação se exaure, na medida em que não há mais dúvida sobre a essencialidade do pagamento quando evidenciada a exposição, passando-se a analisar se o numerário devido aos trabalhadores é suficiente para forçar os empregadores a garantir sua saúde e segurança, garantindo a construção de um meio ambiente de trabalho digno.

No sentido de adotar uma postura taxativa, tendo em vista as limitações de nosso sistema que é voltado para uma política de monetarização da saúde, foram as razões da decisão proferida em 18/10/2012 pela 2ª Turma do TRT da 4ª Região, nos autos do processo

¹²² OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. Op.cit., p. 372.

¹²³ BANDEIRA, Márcio Roberto Fernandes. A cumulação dos adicionais de insalubridade e de periculosidade e direitos fundamentais. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 18ª Região**, Goiânia, v. 14, dez. 2011, 1998, p 295.

nº 0001268-61.2011.5.04.0004, pelo Desembargador Raul Zoratto Sanvicente, cujos fundamentos seguem:

Com efeito, o pagamento de adicionais, em realidade, nem deveria existir, pois adotadas as medidas de proteção e **prevenção** adequadas, os ambientes de trabalho seriam sadios e seguros, “na medida do possível e razoável”, conforme a Convenção 155 da OIT. Porém, o fenômeno da monetarização situa todo o sistema numa zona de conforto que estimula, de um lado baixos investimentos para prevenção, pois a opção pelo pagamento dos adicionais é mais barata; e de outro a preferência dos próprios trabalhadores de buscar atividades insalubres e perigosas para obter um ganho salarial mais elevado. É evidente que ambas as situações são nefastas. Daí que a maior oneração do gravame monetário é também uma forma pedagógica de direcionar ao interesse pelo maior investimento em prevenção. Desta forma, por incompatível a norma do artigo 193, § 2º, da CLT, e, estando presentes as duas condições, tanto insalubre, quanto perigosa, entende-se possível a cumulação dos diferentes adicionais, e, portanto, não se acolhe a argumentação expendida nas contrarrazões da reclamada (fl. 312 e verso).¹²⁴

Em outras palavras, a realidade do sistema brasileiro, no que tange a questão dos adicionais de periculosidade e insalubridade, em sua essência busca o fim das agressões proporcionadas pela realização das atividades insalubres, o que pode ser visto na já mencionada súmula 80, reforçada pela súmula 289 ambas do TST, bem como a eliminação do risco acentuado decorrente das atividades perigosas. Ocorre que, na prática, a sistemática utilizada para alcançar esse fim é falha, pois apresenta métodos insuficientes. Entendendo-se essa realidade, fica claro que o único mecanismo de que o judiciário dispõe para efetivar os fundamentos constitucionais de proteção da saúde e da segurança dos trabalhadores, no que diz respeito às atividades insalubres e perigosas, está ligado a oneração dessas atividades com o viés de instigar que os próprios empregadores passem a ver como um problema importante essa exposição. Buscando tal fim, nada mais racional e lógico que acumular os adicionais de periculosidade e insalubridade.

Aliás, analisando a situação por um critério lógico, mister a transcrição das razões da decisão proferida em 14/11/2007 pela 3ª Vara do Trabalho de Novo Hamburgo do TRT da 4ª Região, nos autos do processo nº 0001600-43.2007.5.04.0303, pelo Juiz Fernando Formolo, cujos fundamentos seguem:

Outrossim, o entendimento no sentido de impossibilidade de acumulação do adicional de insalubridade com o adicional de periculosidade não mais se

¹²⁴ Decisão 2º Turma, em 18/10/2012. TRT 4ª Região, autos do processo nº 0001268-61.2011.5.04.0004.

sustenta. O § 2º do artigo 193 da CLT, que impõe ao empregado a opção entre um e outro dos adicionais, não foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, cujo artigo 7º, XXIII, assegura aos trabalhadores urbanos e rurais o direito a adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres e perigosas. Mesmo que o direito seja assegurado, pela Constituição, “na forma da lei”, a lei não dispõe de autonomia para regulamentá-lo de modo a mutilá-lo, minimizando-o ao extremo, comprometendo seu conteúdo essencial e negando, na prática, por via oblíqua, a sua efetivação. Em outras palavras, bem analisada a questão, conclui-se que a aplicação do § 2º do artigo 193 da CLT induz, nas situações por ele abrangidas (de labor concomitantemente insalubre e perigoso), à pura e simples negação do direito expressamente assegurado no inciso XXIII do artigo 7º da Constituição.

E prossegue:

Ou seja, é como se se dissesse ao empregado: sim, sua atividade é realmente insalubre, pois se enquadra nas normas que a definem como tal, mas mesmo assim você não tem direito ao adicional de insalubridade, porque, veja que azar, sua atividade é também perigosa e você já recebe o adicional de periculosidade...; ou então: sim, sua atividade é realmente perigosa, pois se enquadra nas normas que a definem como tal, mas mesmo assim você não tem direito ao adicional de periculosidade porque, afinal de contas, quem mandou trabalhar em uma atividade que, além de perigosa, é também insalubre e, ainda por cima, optar pelo adicional de insalubridade? (grifo nosso).¹²⁵

Nesse contexto, é absolutamente irracional permitir que funcionários que estejam expostos a um mesmo perigo, ou a um mesmo agente agressivo, não recebam idêntica contraprestação monetária. Não permitir que o trabalhador se exponha a riscos e a agentes agressivos de forma cumulada é um dever do empregador. A despeito disso, conforme colocado pelo magistrado, a não acumulação das contraprestações monetárias acaba sendo uma forma de punir o trabalhador que sofre as acumulações das exposições lesivas, pois transfere a ele o ônus de cuidar se há ou não a exposição cumulada. Ocorre que a realidade de nossa sociedade nem sempre permite que o trabalhador possa impor o respeito ao seu direito de trabalhar em condições dignas. Da mesma forma, dificilmente poderá ser discricionário quanto às tarefas realizadas de forma a restringir sua exposição a apenas a uma atividade lesiva. Por conseguinte, é absolutamente inaceitável transferir essa responsabilidade para o trabalhador, sendo essa questão facilmente resolvida por meio da aceitação de que é devida e necessária a acumulação dos adicionais de periculosidade e insalubridade.

¹²⁵ Decisão 3º Vara do Trabalho de Novo Hamburgo, em 14/11/2007. TRT 4º Região, autos do processo nº 0001600-43.2007.5.04.0303

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho buscou provar que é devida a acumulação dos adicionais de insalubridade e de periculosidade, bem como que o dispositivo que restringe essa acumulação é absolutamente inconstitucional, se baseando nos elementos de eficácia, interpretação e direitos e garantias constitucionais.

A inovação proposta está na ideia de buscar uma análise mais técnica da eficácia constitucional presente na relação entre o artigo 7º, XXIII da CRFB e o art. 193, §2º da Consolidação das Leis Trabalhistas, reforçado pela NR16 da Portaria nº 3214/78 do Ministério do Trabalho e Emprego. O artigo constitucional, por depender de legislação infraconstitucional terá ou eficácia contida e aplicabilidade imediata, sendo passível de restrição pela legislação infraconstitucional ou eficácia limitada e aplicabilidade diferida, não podendo ser restringido por legislação infraconstitucional. O dispositivo celetista, por sua vez, ao trabalhar com o verbo “poderá” no lugar de “deverá”, deixa em aberto se cria ou não uma restrição à acumulação dos adicionais de periculosidade e insalubridade. A jurisprudência dominante entende que o sentido do parágrafo do artigo celetista é restritivo. Restringindo a norma constitucional, a eficácia dessa deverá necessariamente ser contida de aplicabilidade imediata ao dispositivo. Ocorre que o dispositivo não apresenta aplicabilidade imediata, tendo em vista que não há aplicabilidade do adicional de penosidade, o qual carece de legislação infraconstitucional. Assim, pela lógica, a norma constitucional aparentemente teria eficácia limitada e o dispositivo celetista ou seria uma restrição inconstitucional ou seria interpretado como uma faculdade de escolha do trabalhador por receber ou um adicional ou os dois. A doutrina entende que o dispositivo celetista é de fato uma restrição. Em sendo uma restrição a eficácia da norma constitucional tem de ser contida e fica sem explicação a situação do adicional de penosidade. Nessa situação o dispositivo celetista carece de uma análise frente à constituição que ateste sua recepção, o que se observou inexistir.

Aliás, com a ratificação da Convenção da OIT 155 ficou clara a intenção do legislador de aplicar a acumulação dos adicionais o que significou, basicamente, a confirmação do que já era possível inferir do texto constitucional, que por sua vez já era posterior ao dispositivo restritivo celetista. Há, destarte, evidente necessidade de entendimento do §2º do artigo 193 da CLT como derogado. Provada a inconstitucionalidade do dispositivo restritivo da acumulação dos adicionais, passou-se a defender os motivos que tornavam essencial a acumulação dos adicionais.

Sobre a acumulação dos adicionais de periculosidade e insalubridade se provou que seus fatos geradores são distintos. Tal situação foi responsável pela imposição de legislações tão peculiares para cada um dos adicionais, inclusive no que diz respeito às orientações jurisprudenciais e súmulas. O fato de ambos os adicionais serem responsáveis por criar uma contraprestação pecuniária a uma ofensa sofrida pelo trabalhador durante a sua atividade laborativa não caracteriza esses adicionais como elementos idênticos. Aliás, sua diferença não se limita apenas ao fato gerador. A própria contraprestação se caracteriza por apresentar peculiaridades tanto no percentual a ser pago quanto no montante remuneratório a se aplicar a incidência. Nesse sentido, periculosidade e insalubridade são agressões distintas cabendo uma resposta remuneratória para cada uma delas.

Mas o dever de acumulação dos adicionais não deve se perpetuar apenas por serem elementos distintos constitucionalmente estipulados. É preciso que haja interesse social na acumulação dos adicionais para se alterar o sistema de aplicação da lei. Quanto a essa questão, a Constituição traz uma série de disposições no sentido de proteger a saúde das pessoas e, naturalmente, dos trabalhadores. Aliás, vige a tônica de que se deve preservar o meio ambiente no qual se provou inserido o meio ambiente de trabalho. Nesse contexto, a acumulação dos adicionais de insalubridade e de periculosidade é um mecanismo que vai no encontro dessa ideia, tendo em vista que gera uma forma de taxação às empresas indiferentes a saúde e ao meio ambiente laborativo dos trabalhadores. Isso porque garantir a realização das atividades laborativas sem a incidência de agentes insalubres e sem risco acentuado é a forma mais direta de concretizar o respeito à segurança e à saúde dos trabalhadores. Nesse respeito, por sua vez, que reside, prioritariamente, o interesse social.

Dessa forma, provou-se que a análise acurada dos dispositivos que regem a matéria leva a uma interpretação favorável a acumulação dos adicionais. Ademais, que a natureza dos adicionais, por guardar distinções elementares, favorece a aplicação da lei no sentido de acumular as contraprestações das atividades realizadas com incidência de condições insalubres e perigosas. Por fim, ainda que a situação ideal de labor pressuponha inexistência de agressões ao trabalhador, o sistema brasileiro adotou a monetização da saúde como mecanismo de proteção. Sendo assim, a única forma de se extrair efetividade de tal sistema é fazendo com que os empregadores, que permitem a exposição dos empregados, não vejam nisso uma vantagem, mas um custo a ser superado. Para tanto, mostra-se vital a acumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade.

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXANDRE, Ricardo. **Direito tributário esquematizado**. 6ª. ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2012.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
- BANDEIRA, Márcio Roberto Fernandes. A cumulação dos adicionais de insalubridade e de periculosidade e direitos fundamentais. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 18ª Região**, Goiânia, v. 14, dez. 2011, 1998, p.
- BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: Ltr, 2011.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- BARZOTTO, Luciane Cardoso (Coord.). **Trabalho e igualdade: tipos de discriminação no ambiente de trabalho**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, Escola Judicial do TRT da 4ª R., 2012.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 25 ed. São Paulo, Malheiros, 2010.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Organização do texto: Juarez de Oliveira. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1990, 168 p., art. 1º, inc. III.
- BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de. **Trabalho decente: análise jurídica da exploração, trabalho forçado e outras formas de trabalho indigno**. São Paulo: LTr, 2004.
- BROTTO, Emerson Lopes. A cumulação de adicionais como fator objetivo na desmonetização das atividades insalubres e perigosas. **Justiça do trabalho**, Porto Alegre, n. 229, ano 20, jan. 2003, p.
- BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 6 ed. ver. São Paulo: Saraiva, 2011.
- CAMINO, Carmen. **Direito individual do trabalho**. 4. ed. Porto Alegre : Síntese, 2003.
- CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. Niterói: Impetus, 2008.
- CASTRO, Carlos Alberto Pereira de, LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. 13. ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.
- CHIARELLI, Carlos Alberto Gomes. **Trabalho na Constituição**. São Paulo: LTr, 1989.
- COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

COSTA, Joaquim Barros Martins da. A possibilidade de acumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade. **Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária**, São Paulo, n. 264, ano XXII, jun. 2011, p.

DANTAS, Paulo Roberto Figueiredo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Atlas, 2012.

Decisão proferida em 14/11/2007 pela 3ª Vara do Trabalho de Novo Hamburgo do TRT da 4ª Região, nos autos do processo nº 0001600-43.2007.5.04.0303, pelo Juiz Fernando Formolo.

Decisão proferida em 18/10/2012 pela 2ª Turma do TRT da 4ª Região, nos autos do processo nº 0001268-61.2011.5.04.0004, pelo Desembargador Raul Zoratto Sanvicente.

Decreto nº 93.412 de 14 de outubro de 1986.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 11. ed. São Paulo: LTr, 2009.

FORMOLO, Fernando. A cumulação de adicionais de insalubridade e periculosidade. **Justiça do trabalho**, Porto Alegre, n. 269, ano 23, mai. 2006, p.

GOMES, Orlando, GOTTSCHALK, Elson. **Curso de direitos do trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de direito previdenciário**. 17. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012.

Lei nº 7.394/85.

Lei nº 11.901/09.

MAGANO, Octávio Bueno. **O direito do trabalho na Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do trabalho : relações individuais, sindicais e coletivas de trabalho**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Direito do trabalho na constituição de 1988**. 2ª ed. atual. São Paulo: Saraiva 1991.

_____. **Direito Contemporâneo do trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas de trabalho**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
2012.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. **Proteção Jurídica à saúde do trabalhador**. 5ª. ed. ver. ampl. e atual. São Paulo: LTr, 2010.

PIOVESAN, Flávia, CARVALHO, Luciana Paula Vaz de. (Coord.). **Direitos Humanos e Direito do Trabalho**. São Paulo: Atlas, 2010.

Portaria MTB nº 3.214, de 08 de junho de 1978.

Portaria MTE nº 3.393/87.

PRUNES, José Luiz Ferreira. **Trabalho perverso**. Vol. 1. Curitiba: Juruá, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva nacional**. 10ª ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 17ª ed. rev. at. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

SÜSSEKIND, Arnaldo. **Curso de Direito do Trabalho**. 3ª. ed. ver. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

VADE MECUM compacto. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a contribuição de Luiz Roberto Curia, Livia Céspedes e Juliana Nicoletti. 7. ed. São Paulo : Saraiva, 2012.

Vide STF, Pleno, ADIn 937-7/DF, Rel. Min. Sidney Sanches, decisão de 15-12-1993.

Vide STF, Pleno, RE 414426/SC, Rel. Min. Ellen Gracie, decisão em 01/08/2011.

Vide STF, Pleno, ADI 3706/MS, Rel. Min. Gilmar Mendes, decisão em 15/08/2007.