

Nathalia Brunnelly Rocha de OLIVEIRA¹
Rosa Maria Freitas NASCIMENTO²
Rogéria Gladys Sales GUERRA³

Argumenta
Journal Law
n. 27 p. 337-376
jul/dez 2017

O DESAFIO DA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS DO TRABALHADOR: UMA ANÁLISE DA POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO DOS ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE E O RETROCESSO DO TST

THE CHALLENGE TO SOCIAL LABOR LAW
EFFECTIVENESS: AN ANALYSIS ON THE
POSSIBILITY OF ACCUMULATING PAYMENTS FOR
INSALUBRIOUS AND DANGEROUS CONDITIONS
AND THE REGRESSION OF THE TST

EL DESAFÍO DE LA CONCRETIZACIÓN DE LOS
DERECHOS SOCIALES DEL TRABAJADOR: UN ANÁLISIS
DE LA POSIBILIDAD DE CUMULACIÓN DE LOS
ADICIONALES DE INSALUBRIDAD Y PERICULOSIDAD Y
EL RETROCESO DEL TST

SUMÁRIO:

1. Introdução; 2. Dos direitos sociais e a dinâmica protecionista da Constituição Federal de 1988; 3. Proteção do meio ambiente do trabalho, direito à saúde e a “dignificação” do trabalhador no âmbito laboral; 4. A monetização dos riscos no ambiente de trabalho; 4.1. Adicional de insalubridade; 4.2. Adicional de Periculosidade; 5. O controle de convencionalidade dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos e o Transconstitucionalismo: solução promissora à

Como citar este artigo:
OLIVEIRA, Nathalia
B., NASCIMENTO,
Rosa Maria,
GUERRA, Rogéria
G. O desafio da
concretização dos
direitos sociais do
trabalhador: uma
análise da possibilidade
de cumulação
dos adicionais de
insalubridade e
periculosidade e o
retrocesso do TST.
Argumenta Journal
Law, Jacarezinho – PR,
Brasil, n. 27, p. 337-376.

Data da submissão:
29/09/2017

Data da aprovação:
12/12/2017

1. Universidade
Católica de
Pernambuco – Brasil
2. Universidade
Católica de
Pernambuco – Brasil
3. Universidade
Católica de
Pernambuco – Brasil

concretização dos Direitos Humanos do trabalhador; 6. Impossibilidade de cumulação do adicional de insalubridade e periculosidade: Posicionamento do TST mediante uma interpretação restritiva; 7. Considerações finais: quando as cortes negam direitos; Referências.

RESUMO:

Este artigo tem como objetivo abordar a possibilidade de cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade, quando o trabalhador está submetido a duplo risco. Diante de uma visão moderna, ao empregado deve se garantir os direitos fundamentais sociais como consagração do princípio da dignidade da pessoa humana. Apresentando o aplicador do direito função de relevância na concretização destes direitos por meio de interpretações que adequem os direitos sociais dos trabalhadores a realidade social.

ABSTRACT:

This article aims to address the accumulation of payments for insalubrious and dangerous activities when the employee is submitted to double risk. Before a modern view, the fundamental social rights must be guaranteed to workers as the respect of the human dignity principle. Thus, lawyers have an important function in the effectiveness of these rights by means of interpretations that are compatibles with the social reality.

RESUMEN:

Este artículo tiene como objetivo abordar la posibilidad de acumulación de los adicionales de insalubridad y peligrosidad, cuando el trabajador está sometido a doble riesgo. Ante una visión moderna, al empleado debe garantizarse los derechos fundamentales sociales como consagración del principio de la dignidad de la persona humana. Presentando el aplicador del derecho función de relevancia en la concreción de estos derechos por medio de interpretaciones que adecuen los derechos sociales de los trabajadores a la realidad social.

PALAVRAS-CHAVE:

Direitos sociais; periculosidade; insalubridade

KEYWORDS:

Social rights; Dangerousness; Insalubrity.

PALABRAS-CLAVE:

Derechos sociales; Periculosidade; Insalubridade

1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988, também batizada de constituição cidadã, foi caracterizada por sua proeminente proteção à pessoa humana ao instituir no seu bojo relevantes direitos e garantias ao indivíduo, sendo a vontade do constituinte prover a todos os brasileiros condições de melhor exercer sua cidadania. E, para tanto, não apenas instituiu direitos sociais, mas também mecanismos para torná-los eficazes, impondo aos operadores do direito sua concretização.

No plano dos direitos fundamentais sociais, o constituinte ainda, implementou relevante gama de proteção aos direitos do trabalhador urbano e rural, sendo certa a importância atribuída ao trabalho. O objetivo presente na Constituição Federal de 1988 é ampliar a tutela do trabalhador, promovendo políticas voltadas a sua concretização, sendo a matriz hermenêutica de sua interpretação e proteção.

Ao homem que labora, a Constituição Federal de 1988 garante plena proteção à sua saúde e vida, exigindo um meio ambiente de trabalho compatível com estas tutelas. E ainda prevê pagamento de adicionais de insalubridade, aos trabalhadores submetidos a ambientes de labor onde se observa as normas básicas de higiene, afetando diretamente a sua saúde; e o adicional de periculosidade que como a denominação já supõe, são devidos a obreiros expostos a situações perigosas, podendo gerar violação do seu bem maior: a vida.

A grande celeuma jurídica que circunda o tema ocorre quanto à possibilidade de cumulação entre ambos os adicionais, haja vista ser possível um único obreiro submetido ao mesmo tempo a ambientes insalubres e perigosos, devendo fazer jus a ambos adicionais. Desarrazoada seria a decisão de impossibilidade de tal cumulação. No entanto, não é deste modo que o Tribunal Superior do Trabalho vem se posicionando a respeito do assunto. O referido tribunal adota a tese da impossibilidade da cumu-

lação de adicionais de periculosidade e insalubridade, e desta maneira, “fecha os olhos” para toda uma sistemática axiológica e principiológica presente na Constituição Federal, onde vigora como estrutura basilar o princípio da dignidade da pessoa humana. Ao fazer uso de métodos de interpretação restritiva o Poder Judiciário não é capaz de assegurar os direitos fundamentais sociais do trabalhador.

Diante deste contexto, o presente artigo defende a possibilidade de cumulação dos adicionais de periculosidade e insalubridade, quando o obreiro está sujeito a ambos fatos geradores. Para tanto, e como forma de ambientação do leitor, aborda-se, primeiramente, toda uma sistemática protetiva da Constituição de 1988, no que tange o progresso dos direitos sociais. Posteriormente, traça-se disposições constitucionais e internacionais a respeito da positivação do direito a saúde do trabalhador, bem como à necessidade de um meio ambiente de labor equilibrado, garantindo desta forma o trabalho digno e decente. E ainda analisa-se de forma sistemática os adicionais de periculosidade e insalubridade, para demonstrar seus aspectos gerais, também será estudado e comentado o acordão do TST que impossibilitou a cumulação dos referidos adicionais. Por fim, será atribuído à concretização dos direitos sociais do trabalhador ao papel do poder judiciário em proferir interpretações capazes de tornar os direitos realidade, baseada em todos os valores e princípios constitucionais.

Este artigo constitui-se de revisão bibliográfica, feita de forma sistemática em livros, artigos e revistas, além de pesquisas nas dissertações online e em jurisprudência. Comprovando que o trabalhador deve ser enxergado como sendo sujeito de direito, titular de direitos fundamentais, os quais devem ser protegidos.

2. DOS DIREITOS SOCIAIS E A DINÂMICA PROTECIONISTA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 constituiu um divisor de águas, encerrando uma longa era de autoritarismo vivenciada pela implementação da ditadura militar no Estado Brasileiro, promovendo a democratização, implementação e fortalecimento da proteção dos direitos e garantias fundamentais, tolhidos durante este período histórico (PIOVESAN, 2013, p 56).

A queda deste sistema ditatorial no Brasil possibilitou uma maior

abrangência e observância pelo direito interno às questões relacionadas ao direito internacional, principalmente no que se diz respeito à proteção dos direitos humano. Tal postura não poderia ser contrária, haja vista as semelhanças histórico-fáticas de ambas as ordens jurídicas, a ordem interna vivenciava uma trajetória já atravessada pela ordem internacional, quando do encerramento das duas grandes guerras mundiais, qual seja: a reconstrução de um sistema voltado à proteção da pessoa humana, após um cenário de profundas violações.

O processo de internacionalização dos Direitos Humanos e a sistemática tutela do indivíduo, que se desenvolveu no pós-segunda guerra, refletiu e fundamentou diversas constituições ao redor do mundo. A pessoa humana passou a ser o centro das preocupações e a soberania estatal cedeu espaço à tutela do homem, a partir do surgimento do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Os Estados assumiram uma postura cooperativa “abrindo” suas Constituições à propagação dos Direitos Humanos no âmbito internacional, bem como expandindo o rol dos direitos fundamentais na ordem interna. Assim, em virtude de tal raciocínio a tendência é que cada vez mais as Constituições dos países estejam abertas à incorporação dos Direitos Humanos, ampliando desta maneira o rol dos seus direitos fundamentais, e proporcionando um maior diálogo entre ordem interna e internacional. O período pós-segunda guerra também foi marcado pela transição do modelo positivista, aproximando a ética do direito, na medida em que se valorizou o arcabouço principiológico, bem como se reconheceu a sua normatividade (PIOVESAN, 2013, p 59). Ademais, necessário se faz destacar que os Direitos Humanos em sua acepção contemporânea, devem ser enxergados na sua integralidade, não se pode ignorar o fato de que constituem como característica precípua, além da universalidade, a indivisibilidade. Tal lógica se construiu ao longo do tempo, tendo seu marco inicial com a Declaração Universal dos Direitos do Homem que conjugou direitos civis e políticos com direitos sociais, econômicos e culturais, constituindo um ponto de encontro entre o discurso do estado liberal com a emersão do Estado social (PIOVESAN, 2013, p. 129).

A noção da universalidade e da indivisibilidade dos Direitos Humanos também passaram a influenciar o constitucionalismo de cada país. Sob a vigência de um Estado social não era mais exigido do Estado uma

postura de abstenção, mas de prestação na tentativa de amenizar as desigualdades social e proporcionar justiça social (FERNANDES, 2010, p. 333). Neste sentido, afirma Piovesan (2013, p. 129): “O Estado passa a ser visto como agente de processos transformadores, e o direito à abstenção do Estado, nesse sentido, converte-se em direito à atuação estatal, com a emergência dos direitos à prestação social”.

Diante deste cenário histórico, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 não tomou contornos diferentes do contexto mundial, apresentando em seu bojo importante proteção aos direitos e garantias fundamentais, e estabelecendo como princípio basilar do ordenamento jurídico o da dignidade da pessoa humana, sendo a proteção do indivíduo um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, segundo as disposições do art 1º, inciso III deste diploma. Desta forma, ao mesmo momento que se garante liberdades e igualdades ao indivíduo, visa-se também à promoção do bem-estar social. Neste sentido e conforme a dinâmica vigente na ordem internacional, a Carta Magna estabeleceu o título II onde dispôs os direitos e garantias fundamentais, e também adotou postura inédita ao alocar os Direitos Sociais em capítulo isolado neste mesmo título. Assim, diante de uma exegese constitucional, entende-se o grau de importância que o poder constituinte atribui a estes direitos, elevando-os ao nível da fundamentalidade.

Em que pese ser clara a vontade do constituinte em considerar os direitos sociais como espécie da qual é gênero os direitos fundamentais, tal entendimento encontra certos confrontos doutrinários, existe na doutrina quem questione o caráter fundamental dos direitos sociais (SARLET, MARINONI, MITIDIERO, 2015, p. 621). No entanto, no presente estudo advoga-se pela fundamentalidade destes direitos, acredita-se que os mesmos são essenciais para a garantia dos demais direitos individuais, além de guardarem estritos laços com o princípio da dignidade da pessoa humana. Diante deste raciocínio, questiona-se: Não seria a educação, saúde, trabalho, lazer essenciais à existência codigna do indivíduo? Não há como dissociar os direitos sociais dos direitos e garantias individuais, isto porque aqueles constituem meio a concretização destes, sendo que, o inverso também constituiria verdade. Garantir o caráter fundamental aos direitos e garantias individuais e negar tal caracterização aos direitos sociais constituiria um dissenso, pois ambos são faces de uma mesma

moeda. Apresentando os direitos sociais fundamentalidade, relevante é a discussão doutrinária quando se trata do regime jurídico a eles aplicáveis. Há quem entenda que a eles, se aplicaria integralmente o mesmo regime dos direitos fundamentais, outros admitem que este regime deve ser instituídos de forma mais restrita a depender da natureza dos direitos sociais (SARLET, 2016a, p. 1). Como se pode perceber o entendimento a respeito do tema não é uníssono, haja vista trata-se de direitos extremamente complexos, a saber que não basta para sua efetivação e devida eficácia a eleição de determinado regime jurídico, não se pode negar que tal passo constitui avanço importante, mas a sua concretização não depende somente dele, ela também está condicionada a abertura de atuação do poder legislativo e, sobretudo a do judiciário, no que diz respeito às interpretações dos casos concreto; e ainda o contexto econômico do país (SARLET, 2016a, p.6). Neste sentido, pode-se entender as problemáticas que circundam os direitos sociais, seja pela eleição de regime jurídico aplicável, ou pela sua efetivação e eficácia, o que justifica sua complexidade.

Não obstante patentes controvérsias, entende-se que por se tratar de direitos fundamentais e essenciais a existência do indivíduo com dignidade, garantindo justiça social mediante sua aplicação. Identifica-se como direitos sociais de conteúdo materialmente constitucional, para além do formal, pois os direitos fundamentais sociais não são somente aqueles expressamente nomeados da Constituição. O rol existente não é taxativo, devendo-se incluir outros através de tratados que o Brasil seja signatário, bem como pela própria dinâmica normativa do texto. Não são somente os formalmente previstos, mas outros, vedando o retrocesso de direito, este sim, princípio constitucional implícito. Diante deste raciocínio, aplica-se aos direitos sociais o artigo 5º, §2º da CRFB\88, tal dispositivo é chamado de cláusulas abertas materiais de direitos fundamentais, significando dizer que “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Neste sentido, os direitos sociais não são somente aquele expressos no Capítulo 2º, do título II da CRFB\88, podendo ser encontrados também implícitos nos regimes e nos princípios, como é o caso da consideração do mínimo existencial, e advindos de tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil (PIOVESAN, 2006, p 31). Assim, aque-

les direitos sociais previstos dos artigos 6º ao 11º da CRFB 88 podem ter seu rol ampliado, inclusive por tratados internacionais que a República Federativa seja parte. Tal hipótese representa grande elasticidade, principalmente quando se diz respeito aos direitos sociais dos trabalhadores que podem, dentro desta sistemática ter seu rol de proteção ampliados por Convenções Internacionais da Organização Internacional do Trabalho.

Além da cláusula aberta de Direitos Fundamentais, aplica-se aos direitos sociais o artigo 5º, §1º, da CRFB/88, o qual estabelece aplicabilidade imediata às normas definidoras de direitos fundamentais. Sendo assim, tal dispositivo se traduz na formalização do princípio da máxima efetivação das normas constitucionais, principalmente aquelas que instituem direitos fundamentais, reiterando a força jurídica potencializada das normas definidoras de direitos fundamentais (MACEDO; BARRETO E SILVA, 2010, p.12).

Na doutrina existem posições que defendem a interpretação restritiva do artigo 5º, §1º da CRFB/88, apenas o aplicando aos direitos individuais. No entanto, não é esta a sistemática que deve ser adotada, ao referido dispositivo deve-se recair uma interpretação extensiva de modo a abarcar todas as espécies de direitos fundamentais, inclusive os sociais (SARLET, 2016 b, p.2). Aliás, o fato de algumas normas de direitos sociais serem dispostas em caráter meramente programático que significa segundo Sarlet (2016 b, p.4) “preceitos que assumem a feição de normas que estabelecem fins e tarefas para os órgãos estatais, bem como ordens dirigidas ao legislador”, ainda assim não afastariam a cláusula da aplicabilidade imediata. O artigo 5º, §1º da CRFB/88 impõe aos órgãos do poder judiciário máxima efetivação dos direitos fundamentais, ampliando sua eficácia e vinculando tanto o estado quanto os particulares. Diante deste raciocínio, ao poder judiciário cabe à aplicação direta e imediata da norma definidora de direitos fundamentais, garantindo plena eficácia (SARLET, MARINONI, MITIDIERO, 2015, p.637). Não se deve esquecer que assim como todos os direitos fundamentais, os direitos sociais não detêm natureza absoluta, encontrando como restrição o princípio da reserva do possível. Cabe ressaltar ainda que a ausência de norma regulamentadora não impede a aplicação de direitos sociais previsto em sede constitucional, devendo o poder judiciário garantir a eficácia deste direito. Note que o artigo 5º, §1º, da CRFB/88 é instrumento importante à concretização dos

direitos sociais. Ainda a respeito do regime jurídico aplicado aos direitos sociais pode-se afirmar que impõem limite ao poder constituinte reformador, significando dizer que não podem ser objeto de emenda constitucional tendente a aboli-los, conforme o artigo 60, §4º da CRFB/88.

Diante de uma breve análise dos dispositivos constitucionais dirigidos a aplicação, efetivação e tutela dos direitos sociais, importante se faz destacar a relevância que o poder constituinte adicionou ao trabalho como uma das garantias de bem-estar social do indivíduo, nesta esteira positivou vários direitos fundamentais do trabalhador no bojo dos direitos sociais. É o que se depreende do artigo 7º da CRFB/88. Além de estabelecer os direitos dos trabalhadores urbanos e rurais de forma individual, o constituinte expõe também tutelas dos trabalhadores sob uma vertente coletiva, previstos dos artigos 8º ao 11º, como por exemplo o direito à greve e a sindicalização, considerados direitos sociais de defesa, verdadeiramente se destacando por sua natureza não prestacional (SARLET, MARINONI, MITIDIERO, 2015, p.672). Diante deste raciocínio, se compreende que podemos encontrar duas modalidades de direitos sociais: os positivos (prestacionais) e os negativos (os direitos sociais de defesa). Não obstante mencionar que a reunião de todos estes dispositivos supracitados, constituem o regime constitucional do “direito fundamental ao trabalho” (SARLET, MARINONI, MITIDIERO, 2015, p.672).

A proteção do direito ao trabalho encontra-se positivada não somente no bojo da Constituição Federal de 1988, toma seus contornos também no âmbito internacional na Declaração Universal dos Direitos Humanos; na Declaração Americana dos direitos e deveres do homem; no Pacto Internacional dos direitos econômicos, sociais e culturais. Mas são nas Convenções Internacionais da Organização Internacional do Trabalho onde encontram maior abrangência. A Organização Internacional do Trabalho por meio de suas convenções tem como finalidade precípua promover o trabalho decente, zelando desta maneira pela noção de dignidade do trabalhador. Essas convenções quando ratificadas pelo Brasil tem o condão de ampliar os direitos fundamentais dos trabalhadores, garantindo um sistema integrado de tutela. Neste sentido, compreende-se o relevante arcabouço de proteção do trabalhador que ao ser efetivado promove a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana no âmbito laboral.

3. PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE DO TRABALHO, DIREITO À SAÚDE E A “DIGNIFICAÇÃO” DO TRABALHADOR NO ÂMBITO LABORAL

Não é raro se escutar a afirmação de que o trabalho dignifica o homem. Tal afirmativa é aceita como verdade no ocidente de moralidade judaico cristã. Contudo, faz se necessária à proteção do trabalhador, parte hipossuficiente da relação trabalhista, diante de certas situações vexatórias impostas pelo empregador, detentor do poder e renda.

Por esta razão, o poder constituinte originário estabeleceu na Constituição Federal de 1988 uma gama de direitos fundamentais objetivando tal proteção. O artigo 1º, incisos III e IV da Carta Magna estabelece como seus fundamentos a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e livre iniciativa, prova da sua preocupação com a condição humana, condigna do trabalhador. O princípio da dignidade da pessoa humana é corolário do ordenamento jurídico pátrio, devendo nesta esteira ser observado. O artigo 1º, inciso III o qual estabelece o referido princípio é “norma jurídico-positiva, dotada, em sua plenitude, de status constitucional formal e material e, como tal, inequivocamente carregada de eficácia, alcançando, portanto, [...] a condição de valor jurídico fundamental da comunidade” (SARLET, 2011, p.72).

Neste sentido, a proteção ao indivíduo acontece mediante um sistema jurídico positivo formado pelos direitos fundamentais e pelos da personalidade, objetivando evitar, por óbvio, qualquer tipo de ofensa de direitos a ele inerentes. Diante deste raciocínio, e sobre o ponto de vista do homem como trabalhador, deve se garantir máxima proteção a sua dignidade, uma vez que ela é valor supremo de onde decorrem todos os demais direitos fundamentais, dos mais simplórios, como o direito à vida, aos mais complexos.

Assim, no contexto da necessidade de promoção e efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana no âmbito do direito do trabalho é que se fundamenta a tutela do direito à saúde do trabalhador, isto porque apresentam relação entre si, sendo impossível se falar em condição digna de exercício do labor sem que se observe salubridade e segurança do ambiente de trabalho. Diante deste raciocínio, questiona-se: A manutenção do direito à saúde no meio ambiente de trabalho não seria primordial à concretização do princípio da dignidade do trabalhador?

Sobre tal questionamento pode-se afirmar que a observância do direito à saúde no meio ambiente de trabalho é razão primeira à promoção da dignidade ao exercício do labor. Sem mencionar que quando se promove um meio ambiente de trabalho saudável, para além da dignidade do trabalhador, se está preservando também direitos outros, como por exemplo: a integridade física e psíquica do obreiro, bem como o próprio direito à vida (NASCIMENTO, 2011, p.311).

O direito à saúde é tido como direito fundamental tutelado tanto no âmbito interno como internacional. Internamente, pode-se encontrar sua proteção na Constituição Federal e também em normas infraconstitucionais esparsas. Tal bem jurídico está alocado no título II da Carta cidadã, nomeado dos direitos e garantias fundamentais (NASCIMENTO, 2011, p.309). Não obstante mencionar que a intenção do legislador quando tutela um direito como fundamental é dizer que ele tem caráter essencial, determinante e indispensável ao indivíduo. Neste sentido, todos os direitos presentes no referido título funcionam como alicerce à promoção da dignidade do homem, a partir desta análise entende-se a grande importância auferida ao direito à saúde tratada pelo legislador no art 6º da CRFB/88, in verbis: “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”. O referido dispositivo define a saúde e o trabalho com direitos sociais, por este motivo apresentam a função de proporcionar ao indivíduo o usufruto dos demais direitos fundamentais com as mesmas condições de igualdade, promovendo dignidade ao viver.

A proteção constitucional à saúde não se encerra por este dispositivo sendo implicitamente garantido pelo art 5º da CRFB/88 ao indivíduo a tutela da sua integridade física e psíquica, bem como o direito à vida (ARAÚJO, 2010, p. 6). Aliás, o conceito do direito à vida, com o transcorrer do tempo ganhou novos paradigmas, hoje fala-se em direito à vida digna que compreende a ideia de uma existência digna ao indivíduo, tendo assegurado os seus direitos individuais e também os sociais, sendo um deles o direito à saúde, incluindo-se também o trabalho. Como garantia ao direito à vida digna há a decorrência de vários outros que contribuem para a proteção integral do indivíduo, sendo também aplicáveis ao trabalhador. Deve-se mencionar que quando se promove uma vida digna, está

se incluindo também o direito ao trabalho, sendo garantido ao indivíduo que labora um ambiente de trabalho saudável e seguro, conforme os art 170 e 220 ambos da CRFB/88. Eis que a concretização do direito à vida digna acaba por exigir a promoção do direito à saúde.

Além do mais, no que concerne os direitos sociais, o art 7º da CRFB/88, trata do direito à saúde mais precisamente em alguns incisos. O inciso XXII do referido dispositivo estabelece a “redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança”. Já o inciso XXVIII prevê a possibilidade do trabalhador perceber seguro em razão de acidente de trabalho. E ainda estabelece que o recebimento de tal seguro previdenciário não exclui a possibilidade de indenização decorrente do referido acidente, possuindo nosso ordenamento jurídico um “duplo” sistema. A respeito da tutela do direito à saúde do trabalhador, Araújo muito bem estabelece que:

No que tange aos direitos sociais, mais especificamente sobre os direitos dos trabalhadores, o art. 7º dispõe sobre a saúde do trabalhador em dois momentos. No inciso XXII, declara que ao trabalhador se estende a proteção contra os riscos inerentes ao trabalho e no inciso XXVIII dá aos trabalhadores o direito ao seguro social (benefício previdenciário), sem prejuízo da indenização pelo empregador por dolo e culpa, em caso de acidente do trabalho. Inserir a saúde do trabalhador como direito fundamental é fruto de uma longa luta e ampliação de consciência, que pode ser vista na evolução normativa. O certo é que esse direito está dentro do catálogo de direito e liberdades positivadas que compõem o conjunto de direitos fundamentais na Constituição Brasileira, tanto no que diz respeito ao seu individualista – o direito à vida e à integridade física – quanto ao seu aspecto social: direito à saúde e ao meio ambiente de trabalho sadio. Além disso, a título de reparação, o sistema constitucional brasileiro oferece um sistema duplo, constituído de benefícios previdenciários (aposentadoria, pensões e auxílio acidente) e indenizações civis (responsabilidade civil do empregador) (ARAÚJO, 2010, p.5).

Por último, o art 7º, XXII, da CRFB/88 admite ao trabalhador que é submetido a ambientes de trabalho onde há inobservância do direito à saúde e normas de higiene, bem como falta de segurança no trabalho, a

garantia de recebimento do adicional de periculosidade, insalubridade, e ainda de penosidade.

No âmbito Internacional, também é possível encontrar normas protetivas à saúde do trabalhador, são as Convenções 148 e 155 da OIT. A convenção 148 da OIT foi ratificada no Brasil pelo decreto 93.413/1986 e prevê a proteção dos trabalhadores contra os riscos profissionais devidos à contaminação do ar, ao ruído e às vibrações no local de trabalho. Tal acordo internacional é relevante, pois estabelece uma conjunção de esforços entre empregado e empregador no sentido de elaboração e aplicação de medidas técnicas que se destinem a prevenir ou minimizar os riscos dos profissionais submetidos a condições prejudiciais, e ainda atribui ao empregador a responsabilidade de observância das referidas medidas (OLIVEIRA, 2010, p.87).

A Convenção 155 da OIT foi promulgada pelo Decreto nº 1.254/94 e estabelece normas referentes à segurança e saúde do trabalhador. É importante mencionar que este tratado internacional de Direitos Humanos foi além, ao sugerir que o conceito de saúde não se limita a ausência de doenças, exigindo também para sua concretização um ambiente de trabalho saudável com a observância de medidas de segurança e higiene, não devendo essas medidas constituir ônus para o trabalhador (OLIVEIRA, 2010, p.89). Por fim, temos a convenção 161 da OIT, promulgada pelo decreto nº 127/91 tutelando a segurança e saúde do trabalhador no que diz respeito à busca e promoção de medidas preventivas de manutenção de um meio ambiente de trabalho saudável (OLIVEIRA, 2012, p.93).

Diante de todo o esboço normativo, percebe-se a relevante evolução da tutela do bem- jurídico saúde tanto no ordenamento jurídico como também no sistema internacional, inclusive em nosso direito pátrio as normas que tratam de segurança e saúde do trabalhador são consideradas de ordem pública, significando dizer que são inafastáveis pela vontade das partes, devendo o magistrado aplicá-las de ofício, prova da relevância auferida pelo legislador a este bem-jurídico. Assim, é neste contexto que se percebe o desenvolvimento em passos largos no conceito de saúde. Se antes era entendida a partir de uma definição negativa, quer se dizer ausência de doença, hoje tal definição foi ampliada passando a ser vista mediante concepção positiva conforme estabelece Oliveira (2010, p,73), “um estado completo de bem-estar físico, mental e social, e não somente

a ausência de doença e enfermidade”. Tal conceito necessita ser aplicado ao meio ambiente do trabalho, devendo ser garantido a pessoa que labora o referido bem-estar físico, mental e social como via de promoção a sua dignidade.

Fato incontestável é que o direito é uma ciência dinâmica, devendo se adequar as mudanças da sociedade para não se tornar obsoleto. É também abstrata, muitas vezes o que se é estabelecido no campo do dever não ocorre no campo do ser, em alguma situações práticas o que esta disposto na norma não acontece. É o que ocorre com a tutela do direito à saúde no meio ambiente de trabalho, apesar da ampla proteção a qual se faz tanto na ordem nacional quanto internacional, na realidade cotidiana do âmbito do direito do trabalho tal bem-jurídico por vezes é violado pelos empregadores.

4. A MONETIZAÇÃO DOS RISCOS NO AMBIENTE DE TRABALHO

Diante da importância do direito à saúde e segurança do trabalho para à condição condigna do trabalhador, necessária foi sua tutela constitucional, infraconstitucional e internacional. O grande problema é que existem situações onde é impossível a total proteção do empregado, em virtude da própria natureza da tarefa por ele exercida, por exemplo: trabalhadores expostos ao transporte de explosivo ou até mesmo sujeito a sua detonação; aqueles empregados responsáveis pelo transporte de inflamáveis líquidos e gasosos liquefeitos em caminhão-tanque; ou ainda aqueles trabalhadores expostos a frio e calor acima do tolerável.

Note que em tais hipóteses o próprio ambiente de trabalho e a tarefa exercida expõem o trabalhador a riscos, a agentes mais aparentes que afetam a sua integridade física, podendo gerar acidentes de trabalho. Ou até mesmo a exposição do trabalhador a condições ardilosas de forma constante e paulatina, gerando dano a sua saúde e como consequência aquisição de doenças laborais (OLIVEIRA, 2010, p.124).

Nestas condições especiais de trabalho, onde os riscos não podem ser evitados, tão somente minimizados, o legislador atribuiu a estes empregados tratamento diferenciado, uma vez que estão submetidos a condições prejudiciais, instituindo nestes casos a obrigatoriedade de pagamento de adicionais de insalubridade e periculosidade. Doutrinariamente, discute-se três soluções possíveis para minimizar os prejuízos causados

por um ambiente de trabalho composto de agentes agressivos à saúde e vida humana: a primeira é o aumento da remuneração dos trabalhadores expostos a condições de riscos, a tal postura se atribui a denominação de monetização dos riscos; a segunda solução trazida pela doutrina é a proibição destes tipos de trabalho; e por fim, se estabelece a redução das horas de trabalho dos empregados submetido a agentes prejudiciais a sua saúde (OLIVEIRA, 2010, p.126). Quanto ao tema da monetização dos riscos a doutrina não apresenta entendimento uníssono. Os autores que são contra a monetização se fundamentam em ideias propostas pelo direito internacional, defendendo que nesta seara o que se prega é uma política de prevenção com a respectiva redução ou eliminação dos riscos, afirmando ser impossível se alcançar tal objetivo com o pagamento de adicional. Dentre os argumentos contra a monetização dos riscos, temos que:

A tendência da evolução das políticas em saúde e segurança no trabalho hoje, que se confirma internacionalmente, é no sentido da prevenção com a respectiva redução ou eliminação dos riscos. A monetização por meio do estabelecimento em lei de adicionais estimula comportamentos opostos a essa premissa, reforçados tanto mais quanto maior for o valor dos adicionais. Isso porque a monetização, de um lado, não reconhece e não estimula devidamente investimentos em prevenção, visto que basta remunerar com adicionais as condições de risco; e, de outro lado, preserva a alta procura por atividades perigosas ou insalubres em prol de benefícios econômicos como um salário maior (CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA, 2016, p.7).

Neste sentido, as alternativas propostas pelos que advogam contra a monetização é a proibição de trabalhos insalubres e perigosos pelo Estado ou a redução das horas de trabalho do empregado exposto a estas condições prejudiciais. Para Oliveira (2010, p.127), “a opção de proibir o trabalho insalubre e perigoso beira o radicalismo e a utopia”. O referido autor acredita que a melhor forma de proteção do trabalhador ao meio ambiente de trabalho insalubre e perigoso seria a diminuição do tempo de exposição deste empregado a agentes prejudiciais, reduzindo a sua jornada de trabalho.

Apesar de se encontrar críticas na doutrina a respeito da monetização, não foi desta maneira que se posicionou o legislador constituinte ao

instituir a possibilidade de pagamento de adicional da periculosidade e insalubridade, conforme o art. 7º, XXIII, da CRFB/88.

4.1. Adicional de insalubridade

Etimologicamente a palavra “insalubre” advém do latim e significa aquilo que origina doença, sendo o termo insalubridade considerado sua qualidade (CORRÊA; SALIBA, 2015, p.11). No ordenamento jurídico brasileiro é devido adicional de insalubridade a todo trabalhador exposto a agentes nocivos à saúde, quando esta nocividade ultrapassa os limites de tolerância humana. Além de embasamento constitucional, conforme art 7º, XXIII, CRFB/88, encontra também suas disposições na Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), dos artigos 189 a 192. A definição legal de insalubridade está disposta no art 189 da CLT, nos seguintes termos:

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

Conforme dispõe o referido dispositivo, para que o trabalhador faça jus ao adicional de insalubridade, ele deve estar submetido a agentes nocivos a sua saúde, e essa nocividade precisa estar acima dos limites máximos de tolerância fixado. Ademais, também leva-se em consideração a atividade exercida pelo trabalhador, bem como o tempo que ele encontra-se exposto a estes agentes prejudiciais, observa-se na mesma medida a intensidade de sua exibição. Note que tais requisitos devem figurar de forma cumulativa à fixação do referido adicional. Os agentes nocivos capazes de gerar doenças profissionais aos trabalhadores podem ser físicos, químicos e biológicos, como por exemplo: ruído, calor, radiações, frio, vibrações, poeira, gases e vapores, névoas, micro-organismos, vírus, bactérias, dentre outros. A ciência responsável pelo estudo do reconhecimento, avaliação e estabelecimento destes agentes prejudiciais à saúde do trabalhador é denominada higiene do trabalho, constituindo ramos da saúde ocupacional (CORRÊA; SALIBA, 2015, p.14).

Importante mencionar que a fixação dos limites máximos de tolerância exigidos à aplicação do adicional de insalubridade, assim como a identificação das substâncias e condições insalubre é de competência do

Ministério do Trabalho e Emprego (MTE), conforme disposição do art 190 da CLT e súmula 194 do STF. Neste sentido, o MTE editou a norma regulamentadora 15 (NR-15) da Portaria nº 3.214/78 que dispõe sobre as atividades tidas como insalubre, assim como os seus limites máximos de tolerância (NOGUEIRA; QUEIROZ, 2015, p.319).

Para além dos requisitos estabelecidos no art 189 da CLT, o qual prevê necessidade de pagamento de adicional de insalubridade mediante exposição de empregado a agentes agressivos que superam os limites de tolerância, o Ministério do Trabalho e Emprego determinou outros critérios para a caracterização deste adicional, quais sejam: as avaliações qualitativas, quantitativas e dos riscos inerentes à atividade. E ainda se estabelece na Consolidação das Leis Trabalhistas, a necessidade de perícia para caracterização do referido adicional, a qual poderá ser realizada tanto por médico quanto por engenheiro do trabalho, sem distinções, conforme o art 195 da CLT.

Neste sentido, a avaliação quantitativa exigida pelo MTE para caracterização da insalubridade é exercida por meio de perito, responsável por medir a intensidade ou concentração do agente agressivo e comparar os referidos resultados com os limites de tolerância previsto. A insalubridade apenas se caracterizará a partir da superação de tais limites (CORRÊA; SALIBA, 2015, p.13). A avaliação qualitativa também é realizada por perito. Porém, nesta análise se terá como objeto a inspeção do local de trabalho do empregado, o perito analisará o posto de trabalho, a função e a atividade do trabalhador, mediante normas técnicas compatíveis com a higiene ocupacional. Ademais, o perito tem a obrigação de avaliar neste momento o tempo de exposição, a forma e a intensidade do contato com agentes agressivos. Deve observar também os meios de proteção do trabalhador, avaliando seus equipamentos de proteção. Durante a avaliação qualitativa o perito deve se orientar pela Portaria nº 3311 do MTE (CORRÊA; SALIBA, 2015, p.13). A avaliação qualitativa de riscos inerentes à atividade ocorrerá quando em certas situações for impossível eliminar ou neutralizar a insalubridade, em virtude da natureza da atividade exercida. Como exemplo deste tipo de atividade Corrêa e Saliba (2015, p.15) citam “o trabalho em contato com pacientes em hospitais (anexo 14 — agentes biológicos), o risco de contágio não pode ser totalmente eliminado com medidas no ambiente ou com o uso de EPI (Equipamento de Proteção

Individual)”.

Em que pese à previsão da possibilidade de percepção de adicional de insalubridade a trabalhadores que estão submetidos à exposição de agentes agressivos a sua saúde, deve se esclarecer que a CLT estabelece no art 191, a possibilidade de eliminação ou até mesmo neutralização dos agentes prejudiciais a saúde do trabalhador. Diante das hipóteses de eliminação ou minimização dos riscos, não há como se constatar o fato que gera a obrigatoriedade de percepção do referido adicional, por esta razão não se perfaz seu pagamento. É importante notar que o adicional de insalubridade somente será devido quando presentes todos os requisitos previsto em lei, sendo um deles o ambiente de trabalho insalubre. Se o meio ambiente de trabalho encontra-se salubre, não há razão de existir o pagamento da referido adicional.

Neste sentido, a superação dos riscos da insalubridade poderá ser feito de forma coletiva, quando o empregador observa a importância e necessidade de um ambiente de trabalho saudável, respeitando os limites de tolerância estabelecidos pelo MTE em cada atividade considerada potencialmente prejudicial (ARAÚJO, 2010, p.6). A neutralização ou eliminação dos riscos também podem ser efetuadas de forma individual, a partir do fornecimento por parte do empregador de equipamentos de proteção individual (EPI) eficazes (ARAÚJO, 2010, p.10). Atente que o simples fornecimento de EPI quando não se minimiza ou se elimina a nocividade do agente, não exime o empregador do pagamento do adicional de insalubridade, tal entendimento foi superado pela súmula 289 do TST.

Isto posto, faz-se necessário estabelecer como se desenvolve o percentual e pagamento do referido adicional. Será fixado a partir do grau de exposição do trabalhador a agente nocivo, sendo classificado em grau máximo, médio e mínimo, percebendo o adicional de 40%, 20% e 10%, respectivamente. Tal cálculo deverá ser elaborado a partir do salário mínimo da região, conforme o art 192 da CLT.

Por fim, é importante esclarecer que para a percepção do adicional de insalubridade, não basta que o empregado esteja submetido a um meio ambiente de trabalho prejudicial a sua saúde, faz-se necessário que a atividade insalubre por ele exercida esteja prevista em lista de atividade insalubre elaborada pelo MTE, conforme os ditames da Súmula 448, item I, do TST. Neste sentido, a jurisprudência vem sendo consolidada¹.

4.2. Adicional de Periculosidade

O adicional de periculosidade será devido a todos os trabalhadores que exercem atividade de risco acentuado a vida ou que venha causar lesão grave a sua integridade física. Enquanto, a atividade insalubre causa danos de maneira paulatina, à atividade periculosa pode apresentar prejuízos instantâneos e de efeitos imediatos (OLIVEIRA, 2010, p.159). Sua definição legal está disposta no art 193 da CLT, compreendendo “aquela que, por sua natureza ou método de trabalho, implique risco acentuado em virtude de exposição permanente do trabalhador”. Diante deste raciocínio, a consolidação das leis trabalhistas coloca três requisitos para a percepção do adicional: o primeiro é a exposição do empregado a atividades tidas como perigosas por lei, esta exposição deve ocorrer em caráter permanente, nos termos da Súmula 364 do TST, e as condições de risco devem ser acentuados (CORRÊA; SALIBA, 2015, p.16).

O referido dispositivo ainda enumera as atividades consideradas perigosas como sendo toda ela que exponha o empregado em contato com inflamáveis, combustíveis ou energia elétrica, a roubos ou outras espécies de violência, atividades de segurança. Da mesma maneira, são consideradas atividades perigosas as que põem em exposição os trabalhadores a radiação ionizantes e substâncias radioativas, conforme a orientação jurisprudencial (OJ) 345 da SDI-1 do TST. Incluem se nesse bojo também as atividades exercidas em motocicletas, segundo ditames do art. 193, §4º da CLT.

Logo, satisfeitos todos os requisitos, o trabalhador fará jus a adicional de 30% do salário mínimo. Importante mencionar que tal adicional não tem natureza indenizatória, mas salarial. Deve-se destacar que assim como ocorre no adicional de insalubridade, a caracterização da periculosidade deve ocorrer por meio de perícia técnica efetuada tanto por médico como por engenheiro do trabalho. Essa perícia poderá ser judicial ou extrajudicial (CORRÊA; SALIBA, 2015, p.22). Ainda a respeito da perícia, deve-se mencionar que esta não será necessária se houver o pagamento espontâneo do adicional de periculosidade pela empresa, uma vez que nesta hipótese torna-se incontroverso a existência de trabalho em condições perigosas, mediante os ditames da súmula 453 do TST.

Diferentemente do que ocorre com o ambiente insalubre onde é pos-

sível a neutralização ou eliminação dos agentes nocivos por meio do uso de equipamento de proteção individual pelo empregado, no que tange o ambiente perigoso tal equipamento se torna ineficaz. Não há como “neutralizar” o perigo porque este advém da natureza e da atividade exercida pelo empregado. Neste sentido, somente é possível a interrupção do pagamento do adicional de periculosidade pela eliminação dos riscos da atividade que deve ser comprovada por nova perícia (CORRÊA; SALIBA, 2015, p.21).

Ainda sobre o adicional de periculosidade deve-se destacar que é entendimento sumulado Tribunal Superior do Trabalho obrigatoriedade de incidência desse adicional, quando pagos de forma habitual, no cálculo da indenização, das férias, aviso prévio, 13º salário e FGTS. Inclusive, no que tange este último, o reflexo ocorre independente de habitualidade, conforme ditames da súmula 63 do TST. Refletem também no cálculo das horas extras e noturnas. No entanto, não incidem nas horas sobreaviso, já que nestes momentos o empregado está em sua residência aguardando chamada ao serviço. Não se encontra, pois, em exercício de atividade perigosa, estando fora da área de risco (BARROS, 2016, p.520).

Nesta esteira, é oportuno notar que a intenção do legislador ao instituir o adicional de periculosidade foi o de proteger a parte hipossuficiente do contrato de trabalho de riscos advindos da natureza ou método de seu próprio trabalho. Tal postura visa à proteção da vida e integridade física do trabalhador. Não obstante mencionar que a tutela destes bens jurídicos contribui para preservação da dignidade do trabalhador, bem como desenvolve condições de trabalho decente.

5. O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS E O TRANS-CONSTITUCIONALISMO: SOLUÇÃO PROMISSORA À CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS DO TRABALHADOR

Uma parcela considerável da doutrina entende que as cláusulas abertas de direitos fundamentais positivadas pelo art 5º, §2º da CRFB/88, tem força de atribuí aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos (TIDH), convalidados status de norma constitucional. Tratam-se, os referidos acordos, de conteúdo iminentemente protetivo à dignidade do indivíduo, podem eles, quando constitucionalizados, ampliar o rol dos di-

reitos fundamentais do ordenamento jurídico. Neste sentido, adiciona-se aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos a força normativa constitucional material. Acrescendo a este entendimento, tornou-se possível também, com o acréscimo do parágrafo 3º ao artigo 5º da CRFB/88, que os Tratados Internacionais de Direitos Humanos fossem constitucionalizados formalmente por meio do mesmo procedimento estabelecido para elaboração das Emendas Constitucionais, equiparando-os a esta espécie normativa. Neste caso, os acordos internacionais humanísticos assumiriam status de norma constitucional material e formal.

Acredita-se que o posicionamento que atribui aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos força normativa constitucional, independente de formalidade ou materialidade, é compatível com a preservação do Direito Internacional dos Direitos Humanos, o entendimento não poderia ser outro quando se fala em Estado cooperativo, senão o de comprometimento máximo com o sistema de proteção aos direitos humanos. Contudo, não foi esta a tese adotada pelo STF que atribui aos Tratados de Direitos Humanos o status de supralegalidade.

Ao localizar os Tratados Internacional de Direitos Humanos ratificados pelo país ao lado da Constituição Federal, modifica-se toda a sistemática hierárquica do ordenamento jurídico, uma vez que estes se transformam junto com a Constituição Federal em fundamento de validade das demais normas jurídicas, propiciando o aparecimento de um novo tipo de controle, diferente do de constitucionalidade, ao ordenamento jurídico pátrio, o chamado controle de convencionalidade. (MAZZUOLI, 2011, p.73).

Diante deste contexto, o surgimento do controle de convencionalidade está diretamente ligado à inauguração da ideia segundo a qual considera os Tratados de Direitos Humanos internalizados no país relevante importância e superior hierarquização no ordenamento jurídico. A partir do momento que se considera a superioridade hierárquica do Direito Internacional dos Direitos Humanos, por meio de uma interpretação sistemática do art. 5º, §2º e 3º da CRFB/88, justifica-se a necessidade de um controle que torne possível a compatibilização das normas ordinárias aos TIDH ratificados, uma vez que estes ao se alocarem em posição superior àquelas passam a constituir seu fundamento de validade e parâmetro para convencionalidade (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2012, p.2049).

Assim, as normas infraconstitucionais devem ser compatíveis não só com a Constituição Federal, mas também com os Tratados Internacionais constitucionalizados, permitindo a aplicação da teoria da dupla compatibilidade vertical/material desenvolvida por Valério Mazzuoli (MAZZUOLI, 2011, p.116). Para o autor, além da observância aos limites formais/procedimentais, as normas infraconstitucionais devem obedecer aos limites verticais materiais.

Segundo o entendimento, as normas infraconstitucionais para serem válidas no ordenamento jurídico precisam se submeter a dois níveis de compatibilidade: a Constituição e os Tratados Internacionais de Direitos Humanos ratificados pelo país, sendo este o primeiro nível, e os Tratados Internacionais comuns, que não apresentam conteúdo de Direitos Humanos, classificados como segundo nível (MAZZUOLI, 2009). No primeiro nível encontraremos a manifestação do controle de convencionalidade e no segundo o controle de supralegalidade. Isto ocorre porque Mazzuoli atribui ao Tratados Internacionais comuns a hierarquia de norma supralegal, enquanto que aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos ratificados o status de norma constitucional (PIOVESAN, 2011, p 114).

Aliás, no contexto do controle de convencionalidade, para uma norma infraconstitucional ser válida, ela precisa ser compatível com a Constituição Federal e com os Tratados Internacionais de Direitos Humanos ratificados no Brasil. Se por ventura uma norma está em acordo com a Constituição, mas em desacordo com Tratados Internacionais de Direitos Humanos, ela será considerada vigente, porém inválida. Nesta medida, vigência e validade não podem ser entendidos como conceitos únicos. (MAZZUOLI, 2009, p 115).

Inclusive, Ferrajoli ao retratar um Estado garantista, defende que nele é patente a existência de leis em sentido formal, mas também há normas substanciais, assim traduzidas como sendo os direitos fundamentais e princípios, a exemplo da igualdade e dignidade da pessoa humana. Sendo necessário a integração entre ambos. Essa aproximação entre lei formal e substancial, promove a dissociação entre os conceitos de vigência e validade, até então enxergados como sendo faces da mesma moeda em um sistema “Paleopositivista” defendido por Kelsen, Bobbio e Hart. (FERRAJOLI, 2004, p. 21).

Diante deste raciocínio, em um Estado constitucional humanístico,

em razão da teoria da dupla compatibilidade vertical, é possível se encontrar uma norma vigente e inválida. O conceito de vigência está relacionado com o processo de elaboração da norma previsto na Constituição de cada estado, enquanto que validade está ligado a noção de compatibilidade desta norma com o ordenamento jurídico, harmonizando-se desta maneira com a Constituição e Tratados Internacionais ratificados (MAZZUOLI, 2009, p.117). Neste sentido afirma Mazzuoli:

lei formalmente vigente é aquela elaborada pelo Parlamento, de acordo com as regras do processo legislativo estabelecidas pela Constituição, que já tem condições de estar em vigor; lei válida é a lei vigente compatível com o texto constitucional e com os tratados (de direitos humanos ou não) ratificados pelo governo (MAZZUOLI, 2009, p 119).

Deste modo, é de suma importância que as normas domésticas apresentem compatibilidade com a Constituição Federal, e também com os Tratados Internacionais de Direitos Humanos e comuns ratificados pelo Brasil, para assegurarem sua vigência e validade. O mecanismo do controle de convencionalidade e junto com ele a teoria da compatibilidade vertical das normas geram mudanças na sistemática do ordenamento jurídico e impõe, inclusive, novas denominações aos conceitos básicos de vigência, validade e eficácia, demonstrando um novo “olhar” ao ordenamento jurídico, ao qual preza pela concretização do Direito internacional no âmbito do direito pátrio.

A incompatibilidade de norma infraconstitucional com Tratados Internacionais ratificados gera a sua invalidade, por estar em desacordo com a teoria da dupla compatibilidade material. Tal incompatibilidade irradia consequências no plano da eficácia da norma. Assim, diante de um conflito, o magistrado deverá deixar de aplicar ou não dar eficácia a essa norma infraconstitucional por padecer de inconvenção (FEIJÓ, 2015, p.16).

O controle jurisdicional de convencionalidade pode ocorrer na sua modalidade difusa ou concentrada, a exemplo do controle de constitucionalidade. Em se tratando do controle de convencionalidade concentrado, entende-se que apresenta como parâmetro os Tratados Internacionais aprovados segundo o crivo do art. 5º, § 3º da CRFB/88, ou seja, aqueles equiparados a emenda constitucional. Neste sentido, faz-se necessá-

rio para aplicação do referido controle que os Tratados Internacionais de Direitos Humanos sejam formalmente constitucionalizados. Note-se que além do controle de convencionalidade concentrado, estes acordos internacionais poderão ser parâmetro para o controle difuso.

Na dinâmica do controle concentrado as questões convencionais irão ser analisadas por um único Tribunal Superior, sendo este o Supremo Tribunal Federal, segundo o art. 102, I, a da CRFB/88. Tal modelo de harmonização ocorre à semelhança do controle de constitucionalidade. Neste sentido, a sua concretização se faz por meio das mesmas ações previstas para a guarda da compatibilidade constitucional (ADIN, ADC e ADPF), possuindo inclusive os mesmos legitimados previstos no art 103 da CRFB/88. De forma bastante esclarecedora, Mazzuoli explica a dinâmica destas ações no âmbito do controle de convencionalidade concentrado:

é plenamente defensável a utilização das ações do controle concentrado, como a ADIn (que invalidaria erga omnes a norma infraconstitucional por inconvenção), a ADECON (que garantiria à norma infraconstitucional a compatibilidade vertical com um tratado de direitos humanos formalmente constitucional), e até mesmo a ADPF (que possibilitaria o cumprimento de um “preceito fundamental” encontrado em tratado de direitos humanos formalmente constitucional), não mais baseadas exclusivamente no texto constitucional, senão também nos tratados de direitos humanos aprovados pela sistemática do art. 5.º, § 3.º, da Constituição e em vigor no país (MAZZUOLI, 2011, p,79).

Diante deste raciocínio, com o advento da emenda constitucional nº45/04 que acrescentou ao art. 5º da CRFB/88 o parágrafo 3º, permitindo a equiparação dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos à emendas constitucionais, se observado o referido procedimento, as ações do controle concentrado passaram não só a garantir e guardar a constituição, mas também promover e zelar pela eficácia destes Tratados Internacionais de Direitos Humanos formalmente constitucionalizados. Inclusive, tais mecanismos processuais trazem a possibilidade de invalidação erga omnes de uma norma infraconstitucional incompatível com TIDH (MAZZUOLI, 2011, p.147). Importante destacar que no Brasil existe apenas um Tratado Internacional de Direitos Humanos equiparado à emenda constitucional, qual seja: a Convenção sobre os Direitos da pessoa com

deficiência. Assim, atualmente, no Estado brasileiro, apenas este acordo internacional pode ser parâmetro para o controle de convencionalidade concentrado (FEIJÓ, 2015, p.25).

Já os Tratados Internacionais de Direitos Humanos que não possuem quórum qualificado, aqueles os quais não são equiparados a emendas constitucionais, são parâmetro para o controle de convencionalidade difuso. O referido mecanismo é realizado pelo órgão do poder judiciário, juiz ou tribunal, o qual apresenta o dever de aplicação da norma ao caso concreto. Ocorre que estas normas precisam guardar compatibilidade vertical material, para além da formal, significando dizer que precisam observar as disposições materiais da Constituição Federal e dos TIDH, e os procedimentos formais necessários a sua existência.

Se uma norma infraconstitucional é incompatível com as disposições de um TIDH é dever do magistrado controlar a sua convencionalidade por via de exceção, deixando de aplicar a norma eivada de invalidade. Essa modalidade de controle pode afasta a validade e eficácia da norma infraconstitucional de determinado caso concreto, porém esta norma continuará vigente no ordenamento jurídico.

A observância da teoria da dupla compatibilidade vertical material é a base para a concretização do controle de convencionalidade, não obstante mencionar que o referido sistema de compatibilização normativo deve ser aplicada a todos os ramos do direito, inclusive no trabalhista. Diante deste raciocínio, as normas infraconstitucionais trabalhista devem guardar compatibilidade tanto com a Constituição Federal como com as Convenções da Organização Internacional do Trabalho. Em caso de incompatibilidade das normas infraconstitucionais trabalhista com Convenção da OIT, o juiz ou tribunal tem a obrigação de deixar de aplicar a norma infraconstitucional, uma vez que a mesma encontra-se eivada de invalidade por inobservância da teoria da dupla compatibilidade vertical material. Desta forma, o magistrado por meio do controle de convencionalidade difuso estará zelando pelos Direitos Humanos do trabalhador protegidos internacionalmente.

Neste sentido, vale dizer que o controle de convencionalidade promove a interação do direito doméstico com o direito internacional. Assim, torna-se possível dois movimentos de integração, quais sejam: a constitucionalização do Direito Internacional e internacionalização do Direito

Constitucional. O primeiro se manifesta com a própria possibilidade de incorporação dos Tratados Internacionais dos Direitos Humanos no ordenamento jurídico e o segundo constitui-se pela “abertura” constitucional a estes tratados ampliando o rol de direitos fundamentais por meio de direito convencional, note-se que são movimentos complementares (PINCOWSKA, 2016, p. 5). Tal sistemática traduz com precisão a ideia do transconstitucionalismo, segundo o qual defende existir problemas constitucionais que transcendem os limites dos Estados, não sendo forçoso afirmar que a proteção dos Direitos Humanos constitui um destes problemas, encontrando solução no entrelaçamento entre ordem interna e internacional; no intercâmbio entre o direito doméstico e o internacional na tentativa de proporcionar máxima promoção à dignidade humana. Neste sentido, institui-se a tese do transconstitucionalismo, conforme aponta Marcelo Neves:

Um mesmo problema de direitos fundamentais pode apresentar-se perante uma ordem estatal, local, internacional, supranacional e transnacional (no sentido estrito) ou, com frequência, perante mais de uma dessas ordens, o que implica cooperações e conflitos, exigindo aprendizado recíproco (NEVES, 2012, p 121).

Neste sentido, compreende-se que o transconstitucionalismo busca uma pacificação de interesses comuns, a ideia não é posicionar uma ordem sobre a outra, mas fazê-las “dialogar” na tentativa de se adquirir respostas racionais e aprendizagens recíprocas de forma constante a respeito da tutela dos direitos fundamentais (NEVES, 2014, 194). É saber que em se tratando da proteção dos direitos humanos é mais válido à sua promoção mediante um modelo integrativo, onde se possa entrelaçar a ordem interna e internacional, obtendo como ponto de encontro à proteção dos direitos fundamentais na sistemática da ordem doméstica e dos Direitos Humanos no âmbito internacional. Devendo-se admitir que no ordenamento jurídico pátrio todo este processo de integração e comunicação se torna possível por meio de um controle de convencionalidade efetivo.

6. IMPOSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO DO ADICIONAL DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE: POSICIONAMENTO DO TST MEDIANTE UMA INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA

Dúvidas não existem a respeito da importância da proteção do bem-jurídico saúde para ao trabalhador. Diante deste fato, o legislador dispõe tutela constitucional, internacional e infraconstitucional. Neste sentido, aos trabalhadores submetidos a meio ambiente de trabalho insalubre e perigoso, se preveem os adicionais de insalubridade e periculosidade.

Tal percepção se justifica pela exposição do obreiro a um ambiente de trabalho perverso, incompatível com a noção de dignidade que deve ser associada ao trabalhador. Ocorre que é possível a existência de um ambiente de trabalho danoso à saúde e a vida do empregado de forma simultânea. Nestes casos, seria possível a cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade?

Mediante interpretação restritiva do art. 193, §2º, da CLT a resposta é negativa. Tal dispositivo impossibilita a cumulação dos referidos adicionais, estabelecendo que o empregado deve optar por um deles. Entende-se que a previsão em comento é desarrazoada e totalmente incompatível com o sistema de proteção de direitos fundamentais. Não se deve aceitar com parcimônia a hipótese de um trabalhador ser submetido ao mesmo tempo a agente insalubre e perigoso, e ainda ter que escolher qual adicional deve perceber. Isto porque estamos diante de fatos geradores distintos.

O adicional de insalubridade tem como fundamento a violação da saúde do trabalhador, enquanto que o adicional de periculosidade encontra seus contornos em hipóteses onde o risco da atividade pode gerar violações ao direito à vida e integridade física do empregado. Diante da associação lógica, o raciocínio é simples: Fatos geradores distintos geram causas de pedir diferentes, não havendo que se falar em bis in idem. Prova de que não há óbice para cumulação dos referidos adicionais. Não se encontra em todo o ordenamento jurídico brasileiro um outro fundamento legal a que possa se apoiar o art. 193, §2º, da CLT. Inclusive, o referido dispositivo além de ferir disposições da Constituição Federal, viola também tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil.

A Carta Magna prevê no seu art7º, XXIII, a possibilidade de pagamento de adicional de insalubridade e periculosidade, no bojo dessa previsão não há obstáculo ou até mesmo vedação à cumulação. Neste sentido, chega-se a conclusão que a Constituição Federal de 1988 não recepcionou o art. 193, §2º, da CLT. Não obstante mencionar que a consolidação das leis trabalhistas é anterior a constituição Federal de 1988, sendo o dis-

positivo daquela incompatível com a norma maior (GOMES, 2015, p.2). Por este motivo, fala-se em não recepção. Ademais, a impossibilidade de cumulação dos adicionais a que trata o art. 193, §2º, é conflitante com as convenções 148 e 155 da OIT ratificadas pelo Brasil, a primeira estabelece a necessidade de atualização legislativa constante em se tratando de condições nocivas de trabalho, e a segunda dispõe sobre os riscos decorrentes da exposição simultânea do trabalhador a diversas substâncias e agentes. Tal incompatibilidade se perfaz de forma direta ao art. 11, b da Convenção 155, conforme disposição:

Art. 11 — Com a finalidade de tornar efetiva a política referida no artigo 4 da presente Convenção, a autoridade ou as autoridades competentes deverá garantir a realização progressiva das seguintes tarefas: b) a determinação das operações e processos que serão proibidos, limitados ou sujeitos à autorização ou ao controle da autoridade ou autoridades competentes, assim como a determinação das substâncias e agentes aos quais estará proibida a exposição no trabalho, ou bem limitada ou sujeita à autorização ou ao controle da autoridade ou autoridades competentes; deverão ser levados em consideração os riscos para a saúde decorrentes da exposição simultânea a diversas substâncias ou agentes.

Como se pode perceber a convenção 155 da OIT prevê a observância de todos os agentes de risco a que se possa expor simultaneamente o empregado. Diante da interpretação deste dispositivo entende-se que quando o indivíduo é submetido ao mesmo tempo a agente perigoso e insalubre no seu ambiente de trabalho, tais exposições devem ser consideradas de forma isolada, pois constituem duplo risco ao obreiro, motivo pelo qual o empregado faz jus aos respectivos adicionais de forma cumulativa. Não se deveria ter outro raciocínio, senão este demonstrado. Porém não é esta interpretação que se retira do art. 193§2º da CLT, o qual impossibilita a cumulação dos adicionais de periculosidade e insalubridade, sendo o empregado, inclusive, compelido a optar por um dos adicionais. Que tais dispositivos caminham em sentidos opostos pode-se notar.

Diante da incompatibilidade do art. 193, §2º da CLT com as disposições da Constituição Federal e de Tratados Internacionais de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil, o posicionamento majoritário do Tribunal Superior do Trabalho se põe no sentido de vedação da cumulação

dos adicionais de insalubridade e periculosidade, corroborando com as disposições da norma infraconstitucional. Tal posicionamento foi sedimentado a partir do julgamento dos embargos ao Recurso de Revista -RR 18718720135120022 – que teve como ministro relator Cláudio Mascarenhas Brandão e previa a possibilidade de cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade, conforme se constata na ementa do acórdão:

RECURSO DE REVISTA. CUMULAÇÃO DOS ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE. POSSIBILIDADE. PREVALÊNCIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS E SUPRALEGAIS SOBRE A CLT. JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA DO STF QUANTO AO EFEITO PARALISANTE DAS NORMAS INTERNAS EM DESCOMPASSO COM OS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS. INCOMPATIBILIDADE MATERIAL. CONVENÇÕES NOS 148 E 155 DA OIT. NORMAS DE DIREITO SOCIAL. CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE. NOVA FORMA DE VERIFICAÇÃO DE COMPATIBILIDADE DAS NORMAS INTEGRANTES DO ORDENAMENTO JURÍDICO. A previsão contida no artigo 193, § 2º, da CLT não foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988, que, em seu artigo 7º, XXIII, garantiu de forma plena o direito ao recebimento dos adicionais de penosidade, insalubridade e periculosidade, sem qualquer ressalva no que tange à cumulação, ainda que tenha remetido sua regulação à lei ordinária. A possibilidade da aludida cumulação se justifica em virtude de os fatos geradores dos direitos serem diversos. Não se há de falar em bis in idem. No caso da insalubridade, o bem tutelado é a saúde do obreiro, haja vista as condições nocivas presentes no meio ambiente de trabalho; já a periculosidade traduz situação de perigo iminente que, uma vez ocorrida, pode ceifar a vida do trabalhador, sendo este o bem a que se visa proteger. A regulamentação complementar prevista no citado preceito da Lei Maior deve se pautar pelos princípios e valores insculpidos no texto constitucional, como forma de alcançar, efetivamente, a finalidade da norma. Outro fator que sustenta a inaplicabilidade do preceito celetista é a introdução no sistema jurídico interno das Convenções Internacionais nos 148 e 155, com status de norma materialmente constitucional ou, pelo menos, supralegal, como decidido pelo STF. A

primeira consagra a necessidade de atualização constante da legislação sobre as condições nocivas de trabalho e a segunda determina que sejam levados em conta os “riscos para a saúde decorrentes da exposição simultânea a diversas substâncias ou agentes”. Nesse contexto, não há mais espaço para a aplicação do artigo 193, § 2º, da CLT. Recurso de revista de que se conhece e a que se nega provimento. (TST – RR: 1072-72.2011.5.02.0384, Relator: Cláudio Mascarenhas Brandão. Data do Julgamento: 24/10/2014, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 03/10/2014)

Apesar de Cláudio Brandão ter entendimento acertado abarcando a possibilidade da cumulação de adicionais de insalubridade e periculosidade, optando pela promoção das Convenções 148 e 155 da OIT, as quais apresentam no nosso ordenamento jurídico status de norma constitucional, tal entendimento não foi preservado pela Subseção I de Dissídios Individuais (SDI-1) que ao julgar o embargo interposto ao referido Recurso de Revista, entendeu-se por maioria dos votos pela impossibilidade de cumulação dos adicionais. Sendo mantido este posicionamento a respeito do tema, segundo pode-se constatar:

ADICIONAL DE INSALUBRIDADE E DE PERICULOSIDADE. CUMULAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. PREVALÊNCIA DO ART. 193, § 2º, DA CLT ANTE AS CONVENÇÕES Nº 148 E 155 DA OIT. É vedada a percepção cumulativa dos adicionais de insalubridade e de periculosidade ante a expressa dicção do art. 193, § 2º, da CLT. Ademais, não obstante as Convenções nº 148 e 155 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) tenham sido incorporadas ao ordenamento jurídico brasileiro, elas não se sobrepõem à norma interna que consagra entendimento diametralmente oposto, aplicando-se tão somente às situações ainda não reguladas por lei. Sob esse fundamento, a SBDI-I, por unanimidade, conheceu do recurso de embargos, por divergência jurisprudencial, e no mérito, por maioria, negou-lhe provimento. Vencidos os Ministros Cláudio Mascarenhas Brandão, relator, Augusto César de Carvalho, Hugo Carlos Scheuermann e Alexandre Agra Belmonte. (TST – E – ARR – 1081 - 60.2012.5.03.0064, SBDI-I, rel. Min. Cláudio Mascarenhas Brandão, red. p/ acórdão Min. João Oreste Dalazen, 28.4.2016).

Desde logo, cabe explicitar que tal entendimento afronta diretamente

o princípio da primazia da norma constitucional, bem como a sistemática de hierarquia das normas. Sabe-se que em um Estado constitucional humanístico, o Brasil deve-se focar no cumprimento e eficácia dos tratados internacionais de direitos humanos os quais faz parte, não sendo forçoso afirmar que o atual posicionamento do TST sobre cumulação de adicionais desrespeita disposições propostas pela Organização Internacional do Trabalho, as quais a República Federativa do Brasil se obrigou a preservar, quando ratificou as Convenções 148 e 155 da OIT.

Diante de um Direito pós-moderno, as normas infraconstitucionais devem guardar dupla compatibilidade material vertical, ou seja, para serem consideradas vigentes e, sobretudo válidas, precisam observar além das disposições da Constituição Federal, as previsões dos tratados internacionais de direitos humanos que a República Federativa do Brasil seja parte (GOMES; MAZZUOLI, 2010, p.15). Isto porque tanto a constituição como os TIDH constituem norma hierarquicamente superior, portanto são fundamento de validade das demais normas do ordenamento jurídico. Se num caso concreto, norma infraconstitucional é incompatível com tratados internacionais de direitos humanos, será considerada inválida cabendo ao magistrado não aplicá-la, desta forma fazendo o controle de convencionalidade. Como bem afirma Gomes (2015, p. 12), “as normas infraconstitucionais estão sujeitas a um duplo controle: o de constitucionalidade e o de convencionalidade”.

Neste sentido, entende-se a incompatibilidade do atual posicionamento do Tribunal Superior do Trabalho que ao adotar a impossibilidade de cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade fecha os olhos a toda sistemática do controle jurisdicional de convencionalidade, inobservando desta maneira as disposições dos princípios da dignidade da pessoa humana e prevalência dos direitos humanos.

Entende-se que o art. 193, § 2º da CLT é norma inválida, pois por ter caráter infraconstitucional deveria guardar harmonização tanto com a Constituição Federal quanto com a Convenção 155 da OIT, o que não ocorre. Neste sentido, é dever do referido Tribunal Superior controlar sua convencionalidade, paralisando sua eficácia em cada caso concreto. No entanto, tal postura não foi observada pelo TST, apoiando se em um posicionamento patente de desconformidade com os ideais de um Estado cooperativo, onde se emerge a necessidade de proteção e efetivação dos

Direitos Humanos.

O atual posicionamento do TST ainda demonstra total dissintonia com a teoria do diálogo das fontes. Diante de um Estado Constitucional de Direito de caráter tridimensional há uma abertura do direito interno para o direito internacional dos direitos humanos (GOMES; MAZZUOLI, 2011, p.21). Em virtude de tal movimento, o ordenamento jurídico acaba se compondo não apenas de normas infraconstitucionais e constitucionais, mas também por tratados internacionais de direitos humanos, ficando marcado por uma pluralidade de fontes. Ocorre que muitas vezes, diante de um mesmo caso concreto ao juiz é cabível a aplicação de várias fontes, incumbindo ao mesmo analisar cada uma delas e aplicar aquela que seja mais favorável ao indivíduo, como forma de promoção aos princípios da dignidade da pessoa humana e pro homine (BURGORUE-LARSEN, 2010, p. 17).

Diante deste raciocínio, os aplicadores do direito mediante um caso concreto, necessitam assumir uma postura de integração, no conflito entre fontes não devem se restringir a aplicação da norma doméstica a todo e qualquer custo, isto porque na pós-modernidade as fontes internas dialogam com as fontes internacionais, não havendo que se falar em exclusão de uma norma à outra, mas sim completude. Não devem impor uma norma à outra, mas aplicar aquela que seja mais benéfica ao indivíduo. Como bem afirma Mazzuoli (2011, p.144), é saber que a solução dos conflitos que envolvem Direitos Humanos não pode constituir “via de mão única, mas rota de várias vias possíveis”. Assim, compreende-se a tendência do direito pós-moderno em aplicar a teoria do diálogo das fontes e princípio pro homine como meios para solução de antinomias no âmbito de proteção dos direitos humanos, sendo insuficiente a utilização pura e simples dos critérios tradicionais de solução de conflito, quais sejam: hierarquia, especialidade e cronologia; uma vez que incompatíveis, se empregados de forma isolada, com um sistema inclusivo (MAZZUOLI, 2011, p. 30).

Neste sentido, faz-se necessário mudança de posicionamento do TST de modo a aceitar a cumulatividade do adicional de periculosidade e insalubridade, como forma de promoção ao princípio da prevalência dos direitos humanos, isto porque não é razoável que o corporativismo jurídico se sobreponha ao princípio da dignidade da pessoa humana. Diante

deste raciocínio, a revisão do atual entendimento do Tribunal Superior se faz indispensável, uma vez que ele viola toda uma sistemática de interpretação do direito internacional dos direitos humanos, além de inobservar o princípio base do Direito do Trabalho, qual seja: o da aplicação da norma mais favorável ao trabalhador, parte hipossuficiente da relação trabalhista.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS: QUANDO AS CORTES NEGAM DIREITOS

Diante de uma visão transconstitucional, pode-se encontrar como relevantes problemáticas de um Estado constitucional Humanístico a proteção dos direitos do Homem como trabalhador, bem como a necessidade de propagação de um meio ambiente de trabalho descente, livre de agentes nocivos à saúde e vida do obreiro. Todas estas questões envolvem direitos fundamentais que, por vezes, são objeto de violação e conflito na ordem interna. A violação de direitos fundamentais garantidos como ponte a concretização da dignidade da pessoa humana são problemas constitucionais que transcendem as barreiras do Estado, sendo objeto de tutela tanto na ordem interna, como no âmbito internacional. Ante este tipo de questões qual seria a melhor solução para a garantia e concretização dos direitos fundamentais dos trabalhadores: A imposição de normas infraconstitucionais vigentes no ordenamento jurídico ou o diálogo entre as disposições presentes na ordem interna e internacional? É diante deste questionamento que se defende a possibilidade de cumulação dos adicionais de insalubridade com periculosidade. Acredita-se que se um trabalhador está exposto ao mesmo tempo a ambientes insalubres e perigosos, se sofrem duplo risco, não haveria nada mais justo, senão a percepção cumulada de adicionais, tudo isto em virtude do princípio da dignidade da pessoa humana, mediante a observância do arcabouço normativo e axiológico constitucional e das Convenções 155, 148 e 161 da OIT.

A contrário sensu entende o Tribunal Superior do Trabalho, que adota como tese vencedora a impossibilidade de cumulação dos referidos adicionais. Neste sentido, um trabalhador submetido a um duplo risco, segundo o tribunal deve optar por um dos adicionais, isto porque, nestes casos, o TST aplica as disposições artigo 193 §2º da Consolidação das Leis Trabalhistas, não observando os ditames constitucionais previsto no art. 7º, XXIII da CRFB/88 acerca do tema, para não mencionar a total vio-

lação da Convenção 155 da OIT.

Ao interpretar o caso, o TST utilizou a subsunção simples e pura do fato à norma, como se o caso ora abordado fosse de “fácil” resolução. O que não ocorre, pois estamos diante de questão que envolve direitos fundamentais sociais e individuais do trabalhador, quais sejam: direito à saúde, vida, integridade física, garantia de um meio ambiente de trabalho salubre e seguro. A utilização de uma interpretação restritiva em nada contribui para a concretização dos direitos sociais dos trabalhadores, em verdade o Poder Judiciário tem um papel de grande relevância na concretização destes direitos. Quando os interpretam devem fazer de forma sistemática, observando sempre as disposições, valores e princípios constitucionais, devendo se mencionar que a interpretação de normas infraconstitucionais precisa ser realizada conforme a Constituição. Desta forma, o magistrado conseguirá compatibilizar a norma constitucional com a realidade, concretizando direitos. Ademais, o TST não observou toda uma sistemática de interpretação de Direitos Internacionais de Direitos humanos, vez que o art. 193§2º da CLT, por ele aplicado está em desconformidade com a convenção 155 da OIT e com disposições da Constituição Federal de 1988, motivo pelo qual deveria ter sofrido controle de convencionalidade.

Por todos os motivos expostos, entende-se que a possibilidade de cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade, nas hipóteses em que o trabalhador está exposto a duplo risco, é a posição que deve ser adotada por constituir uma interpretação mais coerente com o sistema de proteção do trabalhador, sendo ela capaz de concretizar vários direitos sociais estabelecidos constitucionalmente, além de ser mais favorável ao indivíduo que labora, e, sobretudo compatível com os ditames do princípio da dignidade da pessoa humana. O que se impõe é a mudança de posicionamento do Tribunal Superior do Trabalho para que se possa caminhar em direção ao progresso, efetivando direitos fundamentais do trabalhador.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Newton de Menezes; AGUIAR, Marcus Pinto. *Diálogo entre as fontes do direito como meio de expansão dos direitos humanos no contexto da integração interestatal*. Disponível em: www.publicadireito.com.br/artigo/?articleId=1035.

com.br/artigos/?cod=7e7e69ea33848743. Acesso em: 05 jun 2017.

ARAÚJO, Francisco Rossal de. *A Saúde do Trabalhador como Direito Fundamental (no Brasil)*. Revista Eletrônica do Tribunal do Trabalho da 4ª Região: Rio Grande do sul. Ano VI, n110, 2010. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/1939/7854>. Acesso em : 11 jun 2017

BANDEIRA, Márcio Roberto Fernandes. *A cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade e Direitos Fundamentais*. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 18ª Região, Goiânia, v. 11, dez. 2011 (online). Disponível em: <http://www.trt18.jus.br/basesjuridicas/publicacoes/revistas/revista2011.pdf>. Acesso em 03 jul 2017.

BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 10es. São Paulo: LTr, 2016.

BARBOSA, Vinícius Gozdecki Quirino. *A cumulatividade dos adicionais de periculosidade e insalubridade com base no direito vivo*. Revista Constituição e garantia de direitos: Natal, Vol 6, n 2, 2016. Disponível em: <https://periodicos.ufrn.br/constituicaoegarantiadedireitos/article/view/12321/0>. Acesso em: 12 jun 2017.

BOMFIM, Brena kessia Simplicio de. *A aplicação do controle de convencionalidade na justiça do trabalho como instrumento institucional dos direitos humanos do Trabalhador*. Disponível em: http://bdtd.ibict.br/vufind/Record/UFOR_52b81191fe92fa39427f57990dd739e3. Acesso em: 31 mar. 2017.

BURGORGUE-LARSEN, Laurence. *A internacionalização do diálogo dos juízes: missiva ao Sr. Bruno Genevois, presidente do conselho de estado da França*. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/prisma/article/viewFile/1145/989>. Acesso em 25 jun 2017.

CONDÉ, Bruna Batista. *Possibilidade de cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade*. Disponível em: <http://www.repositorio.uniceub.br/bitstream/235/5266/1/RA20903122.pdf>. Acesso em: 14 jun 2017.

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA – CNI. *Insalubridade e periculosidade no Brasil: a monetização do risco do trabalho em sentido oposto à tendência internacional*. Disponível em: www.portaldaindustria.com.br/relacoesdotrabalho/.../Insalubridade%20e%20Periculosidade. Acesso em: 27 jun 2017.

FEIJÓ, Alexsandro Rahbani Aragão. *Brasil, tratados internacionais de*

direito humanos e controle de convencionalidade: uma relação promissora. Disponível em : <https://www.conpedi.org.br/publicacoes/c178h0tg/.../762vWHqNEH31TeH6.pdf> . Acesso em: 15 jun 2017.

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

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: La ley del más débil*. traducción de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi. Madrid: Trotta, 2004.

GALANTE, Karina Vieira. *Percepção cumulativa pelo trabalhador dos adicionais de insalubridade e de periculosidade em face da constituição federal de 1988 e da convenção 155 da oit*. Disponível em : http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/2272/Monografia_Karina%20Vieira%20Galante.pdf?sequence=1. Acesso em : 02 jul 2017.

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Características gerais do direito (especialmente do direito internacional) na pós-modernidade*. Disponível em: www.pgskroton.com.br/seer/index.php/rdire/article/viewFile/1903/1809. Acesso em: 24 jun 2017.

GOMES, Luiz Flávio. *Fontes do direito. Revisão do tema. Validade do direito internacional no Brasil. Nova pirâmide jurídica*. Disponível em: <https://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/143980645/fontes-do-direito-revisao-do-tema>. Acesso em: 29 jun 2017.

_____. *Que se entende por diálogo das fontes?* Disponível em: <https://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/307956692/que-se-entende-por-dialogo-das-fontes>. Acesso em : 03 jul 2017.

MACEDO, ARUZA ALBUQUERQUE DE; BARRETO E SILVA CLEYTON. *A fundamentalidade dos direitos sociais*. Disponível em: http://www.uni7setembro.edu.br/recursos/imagens/File/direito/ic/v_encontro/afundamentalidadedosdireitossociais.pdf . Acesso em: 15 ago 2017

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Teoria do controle de convencionalidade no Brasil*. Revista de Informação Legislativa. V.181, jan/mar, 2009.

_____. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. 2. ed. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2011.

_____. *Integração das convenções e recomendações internacionais da OIT no Brasil e sua aplicação sob a perspectiva do princípio pro homine*.

Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15a Região, Campinas, v. 43, n. 1, p.73-94, jun. 2013. Disponível em: http://portal.trt15.jus.br/documents/124965/1488681/Rev.43_art.4/94b0e824-e2ae-4456-90bb-3922c1aef35. Acesso em: 27 mar. 2017.

_____. *O monismo internacionalista dialógico*. Disponível em <http://www.lfg.com.br>. Acesso em : 20 jun 2017.

_____. *TST desrespeita tratados internacionais ao julgar pagamento de adicionais*. 2016. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-mai-13/valerio-mazzuoli-tst-desrespeita-tratados-adicionais>. Acesso em: 27 mar. 2017.

MELO, Eduardo Antônio Guimaraes. *O controle de convencionalidade no Brasil e o fundamento do princípio pro homine*. Revista cidadania e direitos humanos. Vol 2, jan/jul, 2016.

MIZIARA, Raphael. *Percepção cumulativa dos adicionais insalubridade e periculosidade de acordo com a atual e mais recente jurisprudência do TST: um esclarecimento necessário*. Disponível em: http://ostrabalhistas.com.br/percepcao-cumulativa-dos-adicionais-insalubridade-e-periculosidade-de-acordo-com-atual-e-mais-recente-jurisprudencia-do-tst-um-esclarecimento-necessario/#_ftnref4. Acesso em : 05 jul 2017.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho : história e teoria geral do direito do trabalho nas relações individuais e coletivas do trabalho*. 26. ed. São Paulo : Saraiva, 2011.

NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

_____. *Do diálogo entre as cortes supremas e a Corte Interamericana de Direitos Humanos ao transconstitucionalismo na América Latina*. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/51/201/ril_v51_n201_p193.pdf. Acesso em : 25 ago 2017.

NOGUEIRA, Hilda Maria Brzezinski Da Cunha; QUEIROZ, Roberlei Aldo. *A saúde do trabalhador e o meio ambiente do trabalho: a evolução da preocupação a partir da decisão acolhendo a acumulação dos adicionais insalubridade e periculosidade*. Disponível em: <https://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/dob3j465/TRSI9MRS02S0k5wo.pdf>. Acesso em : 10 jul 2017.

OLIVEIRA, Daiana Felix de. *Meio ambiente laboral: adicional de insa-*

lubridade enquanto direito fundamental. Disponível em: <https://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/dob3j465/f4ReY33EzhnJ14p1.pdf>. Acesso em : 01 jul 2017

OLIVEIRA, Fernando Jung de. *Cumulação dos adicionais de insalubridade e de periculosidade*. Disponível em: <http://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/147598>. Acesso em:13 jun 2017.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Proteção jurídica à saúde do trabalhador*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2010.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

PIOVESAN, Flávia; VIEIRA, renato stanziola. *Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos no Brasil: desafios e perspectivas*. Disponível em: <http://institucional.us.es/revistas/Araucaria/A%C3%B1o%20%20N%C2%BA%2015%20%202006/Flavia%20Piovesan%20e%20Renato%20Stanziola.pdf> . Acesso em: 14 ago 2017.

POMBO, Bárbara; CALCINI, Ricardo. *TST: adicionais de periculosidade e insalubridade*. Disponível em : <https://jota.info/trabalho/tst-autoriza-pagamento-cumulativo-de-adicionais-de-periculosidade-e-insalubridade-18082016>. Acesso em : 06 jul 2017.

PINCOWSKA CARDOSO CAMPOS, Bárbara. Controle de convencionalidade: aproximação entre o direito internacional e o constitucionalismo? . *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, n. 13, p. 47-58, jul. 2016. Disponível em : <<http://revista.ibdh.org.br/index.php/ibdh/article/view/234>>. Acesso em: 11 jun. 2017.

QUINTANA, Elizângela Gomes; AQUILINO, Leonardo Navarro. *As novas perspectivas dos adicionais de insalubridade e periculosidade*. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região*, Brasília, DF, v. 20, n. 2, p. 93-106, dez. 2016.

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. São Paulo : Saraiva, 2014.

SALIBA, Tuffi Messias; CORRÊA, Marcia Angelim Chaves. *Insalubridade e periculosidade: aspectos técnicos e práticos*. 13. ed. São Paulo: LTr, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Luiz Guilherme. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Re-

vista dos Tribunais, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

_____. *Regime jurídico dos direitos fundamentais sociais na Constituição (parte 1)*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-ago-05/direitos-fundamentais-regime-direitos-fundamentais-sociais-constituicao-parte>. Acesso em: 13 ago 2017 a.

_____. *Regime jurídico dos direitos fundamentais sociais na Constituição (parte 2)*. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2016-ago-19/direitos-fundamentais-regime-direitos-fundamentais-sociais-constituicao-parte#_ftnref5. Acesso em: 13 ago 2017 b.

Notes

- 1 TRT-12ª Região – RO-00017884620145120019SC0001788-46.2014.5.12.0019-Desembargador Relator Edson Mendes de Oliveira. Data de Publicação: 07/12/2016; TST – 2ª Turma. RR - 40400-96.2010.5.16.0014 – Ministro – Ministro Relator José Roberto Freire Pimenta. Data de publicação: 15/02/2013.

