

RAFAEL BARBOZA CAMPOS

DA POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO DOS ADICIONAIS DE
PERICULOSIDADE E INSALUBRIDADE

BACHARELADO EM DIREITO

FIC - MINAS GERAIS
2013

RAFAEL BARBOZA CAMPOS

**DA POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO DOS
ADICIONAIS DE PERICULOSIDADE E
INSALUBRIDADE**

Monografia apresentada à banca examinadora do Curso de Direito das Faculdades Integradas de Caratinga – FIC, como exigência para aprovação na disciplina Monografia Jurídica II, requisito parcial à obtenção do Título de Bacharel em Direito, com orientação do Professor Frederico Fernandes Dutra.

FIC – CARATINGA
2013

RESUMO

A presente Monografia tem como tema a discussão “da possibilidade de cumulação dos adicionais de periculosidade e insalubridade”, no qual se faz a seguinte pergunta, “A despeito da proibição do §2º do artigo 193 da CLT, é possível a cumulação dos adicionais de periculosidade e insalubridade diante do atual ordenamento jurídico brasileiro?” Diante desta pergunta propõe-se a seguinte hipótese, realizando a leitura do disposto no art. 11, b, da Convenção Internacional nº 155 da Organização Internacional do Trabalho¹ que foi ratificada pelo congresso nacional através do Decreto nº 1.254/94, conjuntamente com o Decreto Legislativo nº 2 de 1992, bem como utilizando a hermenêutica diante dos princípios trabalhistas e constitucionais, é possível a cumulação destes adicionais, utilizando ainda como marco teórico para fundar este resultado o mesmo dispositivo legal, que trás políticas públicas a serem adotadas pela autoridade ou autoridades competentes, valorizando dentre outras medidas a observância dos riscos a exposição simultânea a diversos agentes ou substâncias.

Palavras-chave: Relação de emprego; insalubridade; periculosidade; cumulação de adicionais; convenção internacional;

¹ Doravante mencionada como OIT.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	05
CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS	07
CAPÍTULO I - Relação de emprego	12
1.1. Características.....	12
1.2. Princípios.....	13
1.2.1. Princípios Constitucionais.....	15
1.2.2. Princípios Trabalhistas.....	16
1.3. Adicionais.....	18
1.3.1. Insalubridade.....	19
1.3.2. Periculosidade.....	21
CAPÍTULO II - Organização Internacional do Trabalho	23
2.1. Convenções Internacionais.....	23
2.1.1. Processo Legislativo.....	25
2.2. Hierarquia das Convenções Internacionais.....	26
2.2.1. Fontes do Direito do Trabalho.....	28
2.2.2. Hermenêutica jurídica.....	31
2.3. Convenção Internacional nº 155.....	33
CAPÍTULO III - Antinomia entre art. 193 §2º da CLT e a convenção internacional 155 da OIT	37
3.1. Possibilidade de Cumulação.....	41
CONSIDERAÇÕES FINAIS	44
BIBLIOGRAFIA	46

INTRODUÇÃO

A presente monografia tem como tema a possibilidade de cumulação dos adicionais de periculosidade e insalubridade. Tal discussão tem como ganho jurídico a solução da problemática, presente na antinomia do art. 193 §2º, da CLT, que proíbe a cumulação dos adicionais e a Convenção Internacional nº 155 da OIT, que assegura a observância de diversos agentes nocivos à saúde do trabalhador. Apresenta-se como ganho social, uma maior proteção nas relações de emprego, bem como a observância de determinações de cunho internacional, atingindo ainda como ganho acadêmico o crescimento pessoal deste discente, para um melhor entendimento dos princípios inerentes à relação de emprego, aplicados aos adicionais de insalubridade e periculosidade, bem como a possível cumulação destes adicionais.

Tem-se como metodologia o escopo teórico-dogmático e como setores do conhecimento a transdisciplinariedade com abordagem em Direito do Trabalho, Direito Constitucional e Direito Internacional.

Nesta Monografia buscou-se responder a seguinte pergunta: Apesar da proibição do §2º do artigo 193 da CLT, é possível a cumulação dos adicionais de periculosidade e insalubridade diante do atual ordenamento jurídico brasileiro? Se respondendo através do objetivo principal de analisar o ordenamento jurídico sobre as possíveis antinomias existentes no que tange aos adicionais de insalubridade e periculosidade, tendo-se como hipótese que de acordo com o disposto no art. 11 da convenção nº 155 da Organização Internacional do Trabalho², bem como pelos princípios constitucionais e trabalhistas é possível a cumulação dos adicionais de periculosidade e insalubridade.

Este trabalho foi dividido em três capítulos, o primeiro, intitulado “relação de emprego”, que trata dos princípios constitucionais e trabalhistas, e ainda trabalhou a insalubridade e a periculosidade, abordando seus respectivos adicionais. Tem ainda como capítulo segundo “Organização Internacional do Trabalho”, abordando a convenção internacional, nº 155 do mesmo órgão, bem como a existência de antinomias relativas a supracitada convenção com o disposto na CLT em seu artigo 193 §2º. Por último o terceiro capítulo, qual seja, “Antinomia entre art. 193 §2º da

² Doravante tratada como OIT

CLT e a convenção internacional 155 da OIT”, que aproveitando do raciocínio proposto pelos capítulos anteriores, abordou a possibilidade de que sejam cumulados os adicionais advindos da periculosidade e da insalubridade, bem como o posicionamento jurisprudencial pertinente à matéria.

CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS

Antes de se iniciar a discussão a respeito do tema proposto, é necessário que se faça algumas breves considerações, para ser possível a total compreensão desta.

Esta Monografia tem por escopo a análise do ordenamento jurídico, a fim de responder ao seguinte problema de pesquisa: “É possível a cumulação dos adicionais de periculosidade e insalubridade diante do atual ordenamento jurídico brasileiro?”, porém para respondermos a esta pergunta, primeiramente devemos elucidar alguns pontos tidos como pressupostos teóricos, tais quais, relação de emprego, insalubridade, periculosidade, cumulação de adicionais e convenção internacional, pressupostos estes que se conceituam da seguinte forma.

Relação de emprego: por ser fundamental o entendimento da relação de emprego, se faz necessário entender as suas características, conforme nos trás o professor Maurício Godinho Delgado:

Os elementos fático-jurídicos componentes da relação de emprego são cinco: a) prestação de trabalho por pessoa física a um tomador qualquer; b) prestação efetuada com pessoalidade pelo trabalhador; c) também efetuada com não eventualidade; d) efetuada ainda sob subordinação ao tomador dos serviços; e) prestação de trabalho efetuada com onerosidade;³

Portanto relação de emprego como uma relação jurídica sinalagmática, ou seja, uma relação jurídica bilateral e que possui direitos e obrigações para ambas as partes, deve estar presente determinados requisitos para que esta se configure.

Tais elementos encontram-se presentes na Consolidação das Leis do Trabalho⁴ em seus artigos 2º e 3º, requisitos estes que devem estar presentes na relação jurídica para que seja configurada a relação de emprego, entre trabalhador e tomador de serviços.

Insalubridade: Seu conceito presente na CLT é parte essencial do entendimento, ao qual se almeja. É definida pela CLT da seguinte forma:

Art. 189. 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

³ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 10 ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 279.

⁴ Doravante mencionada como CLT.

fixados em razão da natureza e da intensidade do agente e do tempo de exposição aos seus efeitos.⁵

Portanto vê-se que insalubridade é a exposição a agentes nocivos à saúde, porém para que o agente nocivo à saúde seja considerado agente insalubre, deve estar presente no quadro regulamentado pelo Ministério do Trabalho.

A exposição a agentes insalubres geram a aquele que é exposto à percepção de adicional de insalubridade, ou seja, uma compensação monetária pelos danos causados à saúde pelo agente nocivo.

Periculosidade: É necessário, que se faça uma conceituação de periculosidade, para se entender melhor o tema proposto. É definida pela CLT da seguinte forma:

Art. 193. São consideradas atividades ou operações perigosas, na forma da regulamentação aprovada pelo Ministério do Trabalho, aquelas que por sua natureza ou método de trabalho, impliquem o contato permanente com inflamáveis ou explosivos em condições de risco acentuado.⁶

De acordo com a CLT, periculosidade é a exposição do trabalhador a inflamáveis, explosivos, energia elétrica e roubos ou outras espécies de violência física nas atividades profissionais de segurança pessoal ou patrimonial, nos termos do Ministério do Trabalho, porém incluem-se nesta lista os expostos a radiação ionizante, direito estendido pela portaria 3.393/87 do Ministério do Trabalho.

A exposição a agentes perigosos gera ao trabalhador a percepção de adicional de periculosidade, se tratando de uma monetarização do risco no qual se encontra exposto o trabalhador.

Cumulação de adicionais: primeiramente devemos analisar o significado etimológico da palavra cumulação, ou seja, o ato de cumular, juntar.⁷

A cumulação dos adicionais nada mais é do que perceber em um mesmo ato remuneratório, os adicionais de periculosidade e insalubridade, tal cumulação só seria possível se o trabalhador se encontrasse exposto a agentes nocivos considerados pelo Ministério do Trabalho sendo um insalubre e o outro perigoso.

⁵ BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho, Decreto-Lei n.º 5.452 de 1º de maio de 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acessado em 19 de abril de 2013.

⁶ BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho, Decreto-Lei n.º 5.452 de 1º de maio de 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acessado em 19 de abril de 2013.

⁷ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Miniaurélio Século XXI: O minidicionário da língua portuguesa**. 5 ed. Ver. Ampliada. – Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2001. p. 212.

A CLT em seu art. 193, §2º, diz o seguinte: “O empregado poderá optar pelo adicional de insalubridade que por ventura lhe seja devido.”⁸

Diante deste artigo, parte dos tribunais tem interpretado de forma que o trabalhador que tenha direito a perceber os adicionais de insalubridade e periculosidade deve optar pelo que lhe for mais vantajoso, contudo tal interpretação não pode prosperar vez que tal artigo não mais vigora na legislação atual, uma vez que foi revogado tacitamente pelo art. 11, b da convenção internacional nº 155 da OIT, ratificada pelo Brasil, através do Decreto nº 1254/94 e Decreto Legislativo nº 2 de 1992.

Convenção internacional: com previsão constitucional nos artigos 84, VIII e 5º, §3º, vem sendo aplicado um sentido específico, pois se aplica para as determinações da OIT, como vemos nos dizeres do professor Sérgio Pinto Martins:

As convenções da OIT são normas jurídicas provenientes da Conferência da OIT, que têm por objetivo determinar regras gerais obrigatórias para os Estados que as ratifiquem, passando a fazer parte de seu ordenamento jurídico interno.⁹

Portanto, para o que interessa convenções internacionais, são as determinações feitas pela OIT, desde que ratificadas pelo país membro, incorporam o ordenamento jurídico interno, portanto devendo ser observados como se legislação nacional fosse.

Com a exposição dos pressupostos já feita, pode-se partir para o questionamento, “a despeito da proibição do §2º do artigo 193 da CLT é possível a cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade?”, para respondermos esta pergunta devemos analisar o ordenamento jurídico da seguinte forma, encontra-se exposto no art. 193, §2º da CLT uma vedação a cumulação dos adicionais. Tal artigo se incorporou ao ordenamento jurídico através da Lei 6.514/77, adentrando à CLT, contrariando a princípios trabalhistas, tais como ao princípio da proteção, temos de observar ainda que em 1994 o Brasil ratificou a convenção internacional nº155 da Organização Internacional do Trabalho, através do Decreto 1.254/94 e Decreto Legislativo nº2 de 1992, a presente convenção tem o escopo de

⁸ BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho, Decreto-Lei n.º 5.452 de 1º de maio de 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acessado em 19 de abril de 2013

⁹ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 28, ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 78.

direcionar políticas públicas com relação à segurança no trabalho, não obstante ao previsto no art. 11, inciso *b*, desta mesma convenção que prevê:

Art. 11: com a finalidade de tornar efetiva a política referida no artigo 4 da presente Convenção, a autoridade ou as autoridades competentes deverão garantir a realização progressiva das seguintes tarefas:”
“b) a determinação das operações e processos que serão proibidos, limitados ou sujeitos à autorização ou ao controle da autoridade ou autoridades competentes, assim como a determinação das substâncias e agentes aos quais estará proibida a exposição no trabalho, ou bem limitada ou sujeita à autorização ou ao controle da autoridade ou autoridades competentes; **deverão ser levados em consideração os riscos para a saúde decorrentes da exposição simultâneas a diversas substâncias ou agentes;**¹⁰

Assim não é admissível onerar a saúde do trabalhador em prol dos cofres do empregador.

Para poder compreender de forma mais robusta, o intuito da Convenção Internacional nº155 da OIT, necessário se faz observar o disposto no item 2 do artigo 4º desta mesma convenção, que tem como título “Princípios de uma política nacional”¹¹.

Art. 4. 2. Essa política terá como objetivo prevenir os acidentes e os danos à saúde que forem consequência do trabalho, tenham relação com a atividade de trabalho, ou se apresentarem durante o trabalho, reduzindo ao mínimo, na medida do que for razoável e possível, as causas dos riscos inerentes ao meio ambiente de trabalho.¹²

Fazendo uma leitura mais abrangente, englobando o artigo 4º e artigo 11 da convenção internacional, torna-se de fácil visualização o intuito desta convenção.

Portanto o exposto no artigo 193, §2º, da CLT, encontra-se excluído do ordenamento jurídico atual por sua revogação através da Convenção Internacional nº 155 da OIT, deixando para outro momento a discussão do valor atribuído a tal norma, se de emenda constitucional ou legislação ordinária federal, que mesmo no caso de legislação ordinária federal, já encontra-se abarcada pelas técnicas de solução de antinomias dadas pela melhor doutrina.

¹⁰ BRASIL. Decreto n.º 1.254 de 29 de setembro de 1994. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D1254.htm. Acessado em 19 de abril de 2013 (grifo nosso).

¹¹ BRASIL. Decreto n.º 1.254 de 29 de setembro de 1994. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D1254.htm. Acessado em 19 de abril de 2013.

¹² BRASIL. Decreto n.º 1.254 de 29 de setembro de 1994. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D1254.htm. Acessado em 19 de abril de 2013.

Analisado ainda deve ser o aspecto da existência de “bis in idem” com a percepção de ambos os adicionais, alegação esta que não deve prosperar, já que as lesões indenizáveis nos adicionais de periculosidade e insalubridade são distintas. No adicional de periculosidade remunera-se o trabalhador exposto a riscos imediatos a sua vida ou incolumidade física, ao passo que o adicional de insalubridade tem como fato gerador a exposição do trabalhador a agentes químicos e demais agentes nocivos descritos pelo órgão competente, portanto tutelando bens jurídicos diferentes, não havendo assim motivos para que seja negada tal cumulação.

CAPÍTULO I – RELAÇÃO DE EMPREGO

Para se entender a relação de emprego, é necessário fazer a distinção de relação de emprego de relação de trabalho, ao qual um é gênero e o outro, espécie. Nos dizeres do professor Godinho:

refere-se a todas as relações jurídicas caracterizadas por terem sua prestação essencial centrada em uma obrigação de fazer consubstanciada em *labor humano*. Refere-se, pois, a toda modalidade de contratação de trabalho humano modernamente admissível. A expressão relação de trabalho englobaria, desse modo, a relação de emprego, a relação de trabalho autônomo, a relação de trabalho eventual, de trabalho avulso e outras modalidades de pactuação de prestação de labor.¹³

Portanto a relação de trabalho é um gênero, ao qual a relação de emprego é parte integrante, daí para que o trabalhador seja considerado empregado, e assim ter sua relação de emprego reconhecida. Algumas características peculiares devem se fazer presentes.

1.1. Características

Entender a relação de emprego é fundamental para poder atingir o raciocínio almejado, para tanto, entende-se a relação de emprego através de suas características, que vinculam o empregado ao empregador e vice versa.

Para a configuração da relação de emprego, e não outra relação de trabalho qualquer, é necessário estar presente cinco requisitos mínimos de sua existência, requisitos estes descritos pela CLT em seu art. 3º.

Nos dizeres do professor Mauricio Godinho Delgado, quais sejam:

Os elementos fático-jurídicos componentes da relação de emprego são cinco: a) prestação de trabalho por pessoa física a um tomador qualquer; b) prestação efetuada com pessoalidade pelo trabalhador; c) também efetuada com não eventualidade; d) efetuada ainda sob subordinação ao tomador dos serviços; e) prestação de trabalho efetuada com onerosidade;¹⁴

¹³ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 10 ed. São Paulo : LTr, 2011, p. 275.

¹⁴ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 10 ed. São Paulo : LTr, 2011, p. 279.

Tendo por base as cinco características da relação de emprego, deve-se ter atenção para duas em especial, quais sejam, a subordinação e a onerosidade.

A ideia de subordinação é vinculada à capacidade do empregador em exigir do empregado a prestação de seu labor, de determinada maneira, nas palavras do professor Maurício Godinho Delgado:

A subordinação corresponde ao polo antitético e combinado do poder de direção existente no contexto da relação de emprego. Consiste, assim, na situação jurídica derivada do contrato de trabalho, pela qual o empregado compromete-se a acolher o poder de direção empresarial no modo de realização de sua prestação de serviços.¹⁵

Portanto vê-se que o princípio da subordinação, cria uma delimitação a autonomia da vontade do empregado, deixando a cargo do empregador o poder de gerir e determinar-se sob o trabalho do empregado.

Já a onerosidade, é a ideia de que o empregado recebe pelo seu labor valor correspondente. Nas palavras do professor Maurício Godinho Delgado:

Desse modo, ao valor econômico da força de trabalho colocada à disposição do empregador deve corresponder uma contrapartida econômica em benefício obreiro, consubstanciada no conjunto salarial, isto é, o complexo de verbas contraprestativas pagas pelo empregador ao empregado em virtude da relação empregatícia pactuada.¹⁶

Portanto o pagamento realizado pelo empregador se justifica através do labor do obreiro, que o pratica com o único intuito de receber a contraprestação.

1.2. Princípios

Primeiramente é necessário entender o que é um princípio para o direito, nas palavras da professora Vólia Bomfim Cassar:

Princípio é a postura mental que leva o interprete a se posicionar desta ou daquela maneira. Serve de diretriz, de arcabouço, de orientação para que a

¹⁵ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 10 ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 291

¹⁶ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho** 10 ed. São Paulo : LTr, 2011, p. 287.

interpretação seja feita de uma certa maneira e, por isso, tem função interpretativa.”¹⁷

“servem não só de parâmetro para a formação de novas normas jurídicas, mas também de orientação para a interpretação e aplicação das normas já existentes. Designam a estrutura de um sistema jurídico através de uma ideia mestre que ilumina e irradia as demais normas e pensamentos acerca da matéria.”¹⁸

Portanto, princípios são aquelas ideias, aos quais pode se nortear um determinado setor do conhecimento, ou mesmo todo o Direito, agindo como pilar, para um ordenamento jurídico, mais coeso e íntegro.

Os princípios de modo geral podem ter várias funções, tais como, informadora, normativa e interpretativa.

Em sua função informadora, como nos trás o professor Sérgio Pinto Martins:

A função informadora serve de inspiração ou orientação ao legislador, dando base à criação de preceitos legais, fundamentando as normas jurídicas e servindo de sustentáculo para o ordenamento jurídico.¹⁹

Diante disso, pode o princípio, agir como inspiração, ou seja, direcionar o ordenamento jurídico, a fim de lhe dar uma direção, ao qual deva seguir.

Age também em sua função normativa, como nos trás o professor Sérgio Pinto Martins:

Atua a função normativa como fonte supletiva, nas lacunas ou omissões da lei, quando inexistam outras normas jurídicas que possam ser utilizadas pelo intérprete.²⁰

Portanto, nos momentos em que o legislador, deixa de regulamentar determinada situação, seja por sua omissão, em determinada legislação, ou mesmo em sua completa ausência, atuam os princípios, de modo que estas situações, não fiquem marginalizadas ou negligenciadas pelo Direito.

E por ultimo em sua função interpretativa, como nos trás o professor Sérgio Pinto Martins:

Irá a função interpretativa servir de critério orientador para os intérpretes e aplicadores da lei. Será uma forma de auxílio na interpretação da norma jurídica e também em sua exata compreensão.²¹

¹⁷ CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. 5. ed. Niterói: Impetus, 2011. P. 167.

¹⁸ CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho** – 5. ed. Niterói: Impetus, 2011. P. 167/168.

¹⁹ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 28, ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 65.

²⁰ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho** . 28, ed. São Paulo: Atlas, 2012, p.65

Por final em sua função interpretativa, podem os interpretes e os aplicadores da Lei, utilizando dos princípios, se valerem dos mesmos, a fim de dar à norma a interpretação que mais se encaixe.

Muitos são os princípios que tem influência direta e indireta, na relação de trabalho e no Direito do Trabalho como um todo, porem para o resultado almejado alguns princípios tem sua importância destacada.

1.2.1. Princípios Constitucionais

No estudo do Direito do Trabalho vê-se que a relação com o Direito Constitucional é estreita.

Encontra-se presente no rol dos direitos sociais, presentes na Constituição, em seu art. 6º, o direito ao trabalho, que é de suma importância para o Direito Constitucional, conforme nos trás o professor Pedro Lenza:

trata-se, sem dúvida, de importante instrumento para implementar e assegurar a todos uma existência digna, conforme estabelece o art. 170, *caput*. O Estado deve fomentar uma política econômica não recessiva, tanto que, dentre os princípios da ordem econômica, destaca-se a busca do pleno emprego (art. 170, VIII). Aparece como fundamento da República (art. 1.º, IV), e a ordem econômica, conforme os ditames da justiça social, funda-se na valorização do trabalho humano e na livre-iniciativa.²²

Portanto o valor do trabalho é inegavelmente relevante para se buscar uma sociedade justa e ordeira, e que não deve em momento algum ser negligenciado ou pomenorizado em prol de uma norma.

Alguns princípios devem ser entendidos de forma mais singularizada para podermos compreender melhor sua aplicação. É o caso dos incisos XXII e XXIII do art. 7º da Constituição Federal, que dispõem:

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

²¹ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 28, ed. São Paulo: Atlas, 2012, p.65

²² LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 16. ed. São Paulo. Saraiva, 2012. p 1078.

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;²³

Portanto as políticas públicas, bem como todas as normas que dispõem sobre o tema, devem necessariamente atender ao disposto na Constituição, garantindo a redução dos riscos no ambiente de trabalho e assegurando ao trabalhador uma contraprestação pela não eliminação destes riscos.

Outro ponto importante e imprescindível é a dignidade da pessoa humana, que se encontra como um dos fundamentos da República, nos dizeres da professora Alice Monteiro de Barros:

A dignidade humana ocupa posição de destaque no exercício dos direitos e deveres que se exteriorizam nas relações de trabalho e aplica-se em várias situações, principalmente, para evitar tratamento degradante do trabalhador.²⁴

Portanto, deve a dignidade humana, ser de forma incondicional, levada em consideração, no momento de análise e construção do ordenamento jurídico, bem como em sua interpretação, atuando como ideia basilar a ser perseguida.

Tais direitos previstos na Constituição, garantem ao trabalhador que sua saúde seja prioridade, em detrimento à atividade empresária.

1.2.2. Princípios Trabalhistas

O Direito do Trabalho se consagra na tentativa de equiparar empregado e empregador, diante de suas diferenças, sejam elas culturais ou econômicas, conforme nos trás a professora Vólia Bomfim Cassar:

A diretriz básica do Direito do Trabalho é a proteção do trabalhador, uma vez que o empregado não tem a mesma igualdade jurídica que o empregador, como acontece com os contratantes no Direito Civil. A finalidade do Direito do Trabalho é a de alcançar uma verdadeira igualdade

²³ **Vade Mecum Saraiva** (obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Luiz Roberto Curia, Livia Céspedes e Juliana Nicoletti). 15. ed. atual. e ampl. – São Paulo : Saraiva, 2013. p. 12.

²⁴ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 7. ed. – São Paulo : LTr, 2011. p. 150.

substancial entre as partes e, para tanto, necessário é proteger a parte mais frágil dessa relação: o empregado.²⁵

Portanto, o Direito do Trabalho, é muita das vezes, tendencioso, a fim de trazer às relações jurídicas em que atua, uma espécie de igualdade na medida em que equipara o trabalhador ao empregador, observando sempre suas diferenças.

Como ramo do Direito, o Direito do Trabalho tem normas e princípios próprios, muitos aos quais são extremamente particulares. Para o professor Maurício Godinho Delgado, nove são os principais princípios para o Direito Trabalhista, quais sejam:

Os mais importantes princípios especiais justralhistas indicados pela doutrina são: a) princípio da proteção (conhecido também como princípio tutelar oututivo ou protetivo ou, ainda, tutelar-protetivo e denominações congêneres); b) princípio da norma mais favorável; c) princípio da imperatividade das normas trabalhistas; d) princípio da indisponibilidade dos direitos trabalhistas (conhecido ainda como princípio da irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas); e) princípio da condição mais benéfica (ou da cláusula mais benéfica); f) princípio da inalterabilidade contratual lesiva (mais conhecido simplesmente como princípio da inalterabilidade contratual; mecere ainda certos epítetos particularizados, como princípio da intangibilidade contratual objetiva); g) princípio da intangibilidade salarial (chamado também integralidade salarial, tendo ainda como correlato o princípio da irredutibilidade salarial); h) princípio da primazia da realidade sobre a forma; i) princípio da continuidade da relação de emprego.²⁶

Vários são os princípios que se relacionam ao tema, porem alguns merecem especial atenção, tais qual o princípio da proteção, bem como o princípio da norma mais favorável.

O princípio da proteção é extremamente sugestivo ao tema e serve de base para a matéria do Direito do Trabalho como um todo, conforme nos trás o professor Maurício Godinho:

Princípio da Proteção – 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.²⁷

²⁵ CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. 5. ed. Niterói : Impetus, 2011. p. 185

²⁶ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 10 ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 191

²⁷ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 10 ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 192.

Daí vê-se que o princípio da proteção visa em linhas gerais, equilibrar a relação jurídica defendendo a parte hipossuficiente através de um ordenamento jurídico peculiar.

Outro princípio que é de suma importância para se chegar ao raciocínio almejado é o princípio da Norma Mais Favorável, princípio este que norteia a aplicação das normas, em casos de existência de normas que regulamentem determinada matéria de maneira divergente.

Conforme nos trás a professora Alice Monteiro de Barros:

O fundamento do princípio da norma mais favorável é a existência de duas ou mais normas, cuja preferência na aplicação é objeto de polêmica. Esse princípio autoriza a aplicação da norma mais favorável, independentemente de sua hierarquia.²⁸

Portanto ao contrário do que ocorre na maior parte do ordenamento jurídico, no caso do Direito do Trabalho, pode haver a aplicação de determinada norma hierarquicamente inferior, em prejuízo de uma hierarquicamente superior. Nas palavras da professora Vólia Bomfim:

Entretantes, em termos de Direito do Trabalho a regra é diferente, pois norteado pelo princípio da norma mais favorável ao trabalhador. Neste caso, não há um respeito à hierarquia formal da norma e sim, em cada caso, à fonte que for mais benéfica ao empregado, desde que esteja acima do mínimo legal, prevalecendo a norma que lhe trouxer mais benefícios.²⁹

Portanto o princípio da norma mais favorável pode exigir algumas vezes que, se deixe de aplicar a norma que logicamente teria uma prevalência hierárquica e, se aplique uma norma dita inferior, para que possa privilegiar a pessoa do trabalhador.

1.3. Adicionais

Os adicionais de modo geral são devidos ao empregado que se encontrar em situação diversa da normalidade, seja exposto a determinado agente nocivo, ou seja, adicional de insalubridade, ou exposto a situações que possam lhe causar risco

²⁸ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 7. ed. São Paulo. LTr, 2011. p. 142.

²⁹ CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. 5. ed. Niterói. Impetus, 2011. p. 195.

de morte ou lesão grave, como é o caso do adicional de periculosidade. Existem outros adicionais, tais como o adicional noturno ou o adicional por trabalho extraordinário, porém não tendo tanta relevância para o tema em questão.

Os adicionais são de caráter compulsório, ou seja, não pode o empregador se negar a pagar tal adicional, contudo existe distinção entre o adicional e outras parcelas salariais, conforme nos trás o professor Mauricio Godinho:

O que distingue os adicionais de outras parcelas salarias são tanto o fundamento como o objetivo de incidência da figura jurídica. Os adicionais correspondem a parcela salarial deferida suplementarmente ao obreiro por este encontrar-se, no plano do exercício contratual, em circunstâncias tipificadas mais gravosas. A parcela adicional é, assim, nitidamente contraprestativa: paga-se um *plus* em virtude do desconforto, desgaste ou risco vivenciados, na responsabilidade e encargos superiores recebidos, no exercício cumulativo de funções, etc.³⁰

Contudo, um grande aspecto o diferencia de outras parcelas salariais, já que a prestação é devida enquanto durar a situação gravosa, conforme nos trás a professora Vólia Bomfim:

São devidos apenas enquanto perdurar a situação. Cessada a causa da nocividade, cessa a obrigação legal do empregador em pagar o respectivo adicional. Entretanto, enquanto pago, integra (é somado) ao salário, em face de sua natureza salarial.³¹

Portanto, assim que cessado o evento gravoso, encerrado também é a prestação do adicional, não havendo o que se falar em aderir ao salário a prestação, mesmo que recebida de forma habitual.

1.3.1. Insalubridade

A ideia de ambiente insalubre é de que tal ambiente possui determinada condição maléfica à saúde do trabalhador, com sua definição prevista no artigo 189 da CLT, que dispõe:

³⁰ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 10 ed. São Paulo : LTr, 2011, p. 711.

³¹ CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. 5. Ed. – Niterói : Impetus, 2011. p. 863.

Art . 189 - 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.³²

O órgão responsável por determinar quais são os agentes insalubres, bem como o nível de exposição aceitável, denominado grau de tolerância, é o Ministério do Trabalho e Emprego, que o faz através da Norma Regulamentadora numero 15, ao qual descreve, tanto em seu corpo, quanto em seus anexos, os diversos agentes insalubres e o grau de tolerância inerente a cada agente insalubre.

A prioridade em todos os casos de existência de agentes insalubres é que o mesmo seja evitado através de equipamentos de proteção individual, porem em não raros casos, seja por negligencia do empregado ou do empregador, ou ainda da incapacidade dos equipamentos de proteção em evitar todos os efeitos da insalubridade, acabam os empregados expostos aos agentes insalubres.

Ocorrendo a exposição do empregado à insalubridade, fica o empregador obrigado a lhe pagar um percentual sob o salário mínimo, dependendo do grau em que se encontrar a insalubridade do local de trabalho, podendo ser mínimo, médio e máximo, sendo mínimo o percentual é de 10%, já em grau médio é de 20% e em grau máximo é de 40%.

Para que se constate a existência da insalubridade é necessário o laudo pericial para que possa daí o juiz reconhecer sua existência, salvo em alguns casos, como nos trás a professora Vólia Bomfim:

O pagamento espontâneo do adicional de insalubridade ou periculosidade, de forma habitual, torna incontroversa a atividade nociva ou de risco, logo dispensável a prova pericial.³³

Outras situações excepcionais dispensam a exigibilidade do laudo pericial, conforme nos trás a professora Vólia Bomfim:

Independem de prova técnica judicial: Bombeiro civil, art. 6º, III da Lei nº 11.901/09; frentista que trabalha diretamente com a bomba de gasolina (Súmula nº 39 TST c/c Súmula 212 STF – periculosidade presumida); operador de raios X (portaria nº 3.393/87 c/c art. 16 da Lei nº 7.394/85 –

³² BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho, Decreto-Lei n.º 5.452 de 1º de maio de 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acessado em 02 de outubro de 2013.

³³ CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. 5. Ed. Niterói : Impetus, 2011. p. 879.

insalubridade ou periculosidade – 40%); aqueles cuja DRT, através de laudo confeccionado extrajudicialmente, por perito habilitado, tenha constatado a existência de insalubridade ou periculosidade; por prova emprestada no caso de extinção do estabelecimento ou local desativado.³⁴

Portanto, nos casos excepcionais, pode o juiz, deixar de exigir o laudo pericial, garantindo o recebimento do respectivo adicional, seja de insalubridade ou periculosidade de imediato.

Contudo deve ser observada, a presença ou não, da atividade insalubre no rol das atividades previstas na norma regulamentadora nº 15 do ministério do Trabalho e Emprego, neste sentido se posiciona a professora Alice Monteiro de Barros:

Cumprir frisar que é necessário a classificação da atividade insalubre na relação oficial elaborada pelo Ministério do Trabalho, não bastando a constatação por laudo pericial.³⁵

Portanto, a simples previsão de agente insalubre em laudo pericial, não garante ao empregado sua percepção, a não ser que o mesmo conste no rol das atividades insalubres, previstas na portaria.

Cabe ainda ressaltar que tais exceções que se aplicam a insalubridade, no que tange a necessidade de laudo pericial, são também aplicáveis à periculosidade, em que couber.

1.3.2. Periculosidade

A periculosidade se configura como sendo um risco real e iminente a vida ou a integridade física do empregado, a CLT prevê em seu art. 193 a definição de periculosidade:

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

- I - inflamáveis, explosivos ou energia elétrica;
- II - roubos ou outras espécies de violência física nas atividades profissionais de segurança pessoal ou patrimonial.³⁶

³⁴ CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. 5. Ed. Niterói : Impetus, 2011. p. 879.

³⁵ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 7. ed. São Paulo : LTr, 2011. p. 621.

Contudo encontra-se ausente do rol das atividades perigosas a situação da radiação ionizante, porém em observância ao art. 200 da CLT, que delega ao Ministério do Trabalho a competência de estabelecer normas complementares ao capítulo de segurança e medicina no trabalho.

Dai então através da portaria nº 518/03, do Ministério do Trabalho e Emprego, ficou devidamente reconhecido o status de atividade perigosa para aqueles que lidam com a radiação ionizante, mesmo que tal situação não esteja expressamente previsto na CLT.

Ao empregado que encontrar-se exposto em seu labor à atividades perigosas, desde que devidamente reconhecidas, será devido o adicional de periculosidade, que compreende em 30% sob o salário-base do empregado, sem que deste incida qualquer outra vantagem, conforme disposto no artigo 193 §1º da CLT.

Outro ponto importante a ser lembrado é o de que as atividades insalubres ou perigosas, não poderão ser exercidas por menores de dezoito anos, tal disposição esta prevista em nossa Constituição, em seu art. 7º, XXXIII.

³⁶ BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho, Decreto-Lei n.º 5.452 de 1º de maio de 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acessado em 02 de outubro de 2013.

CAPÍTULO II – Organização Internacional do Trabalho

Uma breve consideração sobre a Organização Internacional do Trabalho se faz necessário, o momento histórico de seu surgimento se dá em 1919, conforme nos trás o professor Valério de Oliveira Mazzuoli:

Historicamente, a Organização Internacional do Trabalho (OIT), foi constituída pelo Tratado de Versailles, mas especificamente pela sua Parte XIII, no ano de 1919, em que se anexou um projeto de criação de uma instituição permanente voltada às questões laborais. Ainda, em 1919, teve início, em Washington, a primeira conferência internacional do trabalho, em que se cria a OIT como Órgão da antiga Liga das Nações, hoje pertencente a órgão da Organização das Nações Unidas.³⁷

Portanto, a OIT que surgiu antes mesmo da ONU, vem a muito contribuído de forma relevante e consistente para o direito internacional, conforme nos trás o professor Mazzuoli:

Numa época em que o Direito Internacional sofre sérias crises, notadamente em decorrência do colapso porque passa a Organização das Nações Unidas, a Organização Internacional do Trabalho se mantém incólume, podendo ser considerada a organização mais promissora e bem sucedida dentro do cenário atual do direito das gentes.³⁸

A OIT vem se mantendo firme no cenário internacional moderno.

Relevante aspecto que também deve ser levantado aqui é participação do Brasil desde os primórdios da OIT, conforme nos trás o professor Mazzuoli:

O Brasil, além de membro nato da organização, por dela fazer parte desde 1º de novembro de 1945 (nos termos do §1º do art. 1º da Constituição da OIT), também foi um dos membros fundadores da instituição em 1919.³⁹

2.1. Convenções Internacionais

³⁷ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 3.ed. São Paulo : editora Revista dos Tribunais, 2008. p 888.

³⁸ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 3.ed. São Paulo : editora Revista dos Tribunais, 2008. p 888/889.

³⁹ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 3.ed. São Paulo : editora Revista dos Tribunais, 2008. p 893.

A ideia de convenção se deriva de um termo mais genérico, que é o tratado, trazendo o professor Francisco Rezek:

Tratado é todo acordo formal concluído entre pessoas jurídicas de direito internacional público, e destinado a produzir efeitos jurídicos.⁴⁰

Portanto a ideia de tratado é um conceito genérico, em que duas ou mais pessoas jurídicas de direito internacional público, promovem um acordo, com o intuito de produzir algum efeito entre si.

A ideia de convenção é de um acordo que trás linhas gerais acerca de uma matéria, podendo ou não ser mais regulamentado, através de outros tratados, conforme nos trás o professor Marcelo Varella:

Tem caráter mais amplo, cria normas gerais. Há ainda a expressão convenção-quadro, que significa um tratado “guarda-chuva”, ainda mais geral, que depois será regulamentado por outras convenções um pouco menos gerais.⁴¹

Para tanto, não podemos esperar que haja em uma convenção, uma norma proibitiva, ou mesmo imperativa, contudo, se faz presente normas de cunho geral, que guiam políticas públicas, e os próprios operadores do Direito, como criadores e revisores do ordenamento jurídico.

As convenções internacionais, no âmbito do Direito do Trabalho, tem por finalidade uma ideia de uniformização, das normas trabalhistas, visando a garantia dos direitos dos trabalhadores de forma homogênea, nas palavras da professora Vólia Bomfim:

A finalidade dos tratados e das convenções internacionais do trabalho é a de uniformizar os direitos sociais entre os múltiplos países e organismos internacionais, para garantir, de forma holística, um mínimo existencial e, com isso, assegurar vantagens trabalhistas mínimas, impedindo a redução destas garantias, sob o argumento da necessária diminuição dos custos empresariais⁴²

⁴⁰ REZEK, José Francisco, **Direito internacional público**. 13 ed. São Paulo : Saraiva, 2011. p 38

⁴¹ VARELLA, Marcelo D. **Direito internacional público**. São Paulo : Saraiva 2009. p. 22/23

⁴² CASSAR, Vólia Bomfim, **Direito do trabalho**. 5 ed. Niterói : Impetus, 2011. p. 82.

Portanto se vê o real interesse em um Direito do Trabalho uniforme e coeso entre as nações, garantindo assim a dignidade do trabalhador, mantendo para tanto, diretrizes e políticas a serem seguidas.

2.1.1. Processo Legislativo

A norma internacional, para que possa entrar em vigência em solo nacional, deve passar por um processo de internalização, aonde passará a ser norma de direito interno.

A previsão sobre os tratados internacionais na Constituição encontra-se nos artigos, 5º §2º, 5º §3º, 84, VIII, e 49, I.

Para que tal norma venha a ser incorporada em nosso ordenamento, é necessário que a mesma passe por três fases, conforme nos trás o professor Alexandre de Moraes:

1ª fase: compete privativamente ao Presidente da República celebrar todos os tratados, convenções e atos internacionais (CF, art. 84, VIII);

2ª fase: é de competência exclusiva do Congresso Nacional resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional (CF, art. 49, I). A deliberação do Parlamento será realizada através da aprovação de um decreto legislativo, devidamente promulgado pelo Presidente do Senado Federal e publicado;

3ª fase: edição de um decreto do Presidente da República, promulgando o ato ou tratado internacional devidamente ratificado pelo Congresso Nacional. É nesse momento que adquire exequibilidade interna a norma inserida pelo ato ou tratado internacional, podendo, inclusive, ser objeto de ação de inconstitucionalidade.⁴³

Portanto, para a internalização de determinada norma internacional, é preciso a manifestação do poder executivo, através do Presidente da República, bem como do poder legislativo, através do decreto legislativo do Congresso Nacional.

Contudo diante do disposto no artigo 5º da Constituição, se faz necessária uma ressalva, quanto ao processo ao qual a norma passará diante do Congresso Nacional.

⁴³ MORAES Alexandre de. **Direito constitucional**. 27 ed. São Paulo : Atlas, 2011. p 720.

Art. 5.º §3.º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.⁴⁴

O presente paragrafo foi incluído na Constituição através da emenda constitucional numero 45 de 2004, apresenta-se, portanto, uma diferenciação das convenções internacionais, que tratam ou não de direitos humanos, bem como daquelas que são ou não aprovadas pelo quórum qualificado previsto.

2.2. Hierarquia das Convenções Internacionais.

Para se falar em hierarquia das normas internacionais, é necessário avaliar a matéria a qual determinada convenção faça alusão, como trás o professor Marcelo D. Varella:

No Brasil, os tratados em geral tem força de norma infraconstitucional. Os tratados de direitos humanos, em particular, quando aprovados na forma de projeto de emenda constitucional, têm força de norma constitucional.⁴⁵

O valor de emenda constitucional dado aos tratados que versem sobre direitos humanos, surge com o advento da emenda constitucional nº 45, que acrescenta o parágrafo 3º ao artigo 5º da Constituição.

Antes da emenda constitucional de nº 45, os tratados internacionais, independentemente da matéria ao qual tratavam, tinham força de norma infraconstitucional, o que pode em determinados casos se manter, como por exemplo, o caso de norma de direitos humanos, em que não seja aprovada pelo quórum mínimo exigido para seu status constitucional. Conforme trás o professor Marcelo D. Varella:

A Constituição não diz que todos os tratados de direitos humanos terão força de norma constitucional, mas apenas aqueles submetidos a determinado quórum e procedimento de votação. Mesmo aqueles posteriores à EC 45, que não seguirem o rito previsto, comprometerão o Brasil, mas com força de norma infraconstitucional.⁴⁶

⁴⁴ Vade Mecum Saraiva. 15. ed. São Paulo : Saraiva, 2013. p 11.

⁴⁵ VARELLA, Marcelo D. **Direito internacional público**. São Paulo : Saraiva 2009. p. 67

⁴⁶ VARELLA, Marcelo D. **Direito internacional público**. São Paulo : Saraiva 2009. p. 72

Portanto, é necessário para que a norma de direitos humanos tenha o caráter de emenda constitucional, o quórum previsto, bem como o procedimento especial.

Contudo pode em determinado caso, mesmo sendo o tratado de direitos humanos, o valor infraconstitucional, não atingindo a quantidade de votos suficientes, porém, atingindo o quórum mínimo para aprovação ordinária.

O advento da emenda constitucional nº 45 trouxe um questionamento a respeito das normas de direitos humanos, anteriores à emenda, que conseqüentemente não foram aprovadas pelo sistema incorporado.

Tal discussão teve fim com o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário número 466343 de 2007, através do voto do Ministro Gilmar Mendes, que trouxe o seguinte:

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

Em outros termos, os tratados sobre direitos humanos não poderiam afrontar a supremacia da Constituição, mas teriam lugar especial reservado no ordenamento jurídico. Equipará-los à legislação ordinária seria subestimar o seu valor especial no contexto do sistema de proteção dos direitos da pessoa humana.⁴⁷

Portanto, os tratados de cunho de direitos humanos aos quais o Brasil tenha ratificado antes da emenda constitucional nº 45, tem um caráter de norma supralegal, atingindo um patamar maior do que as normas infraconstitucionais, e inferior ao das normas constitucionais.

Contudo tais tratados não estão fadados a permanecerem na ideia de supralegalidade, pois a qualquer tempo pode o legislador conferir-lhe valor de emenda constitucional, bastando simplesmente passar-lhe pelo crivo do Congresso Nacional, nos moldes do §3º do artigo 5º, da Constituição. Posição esta adotada pelo STF, pelo voto do Ministro Gilmar Mendes:

De qualquer forma, o legislador constitucional não fica impedido de submeter o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica, além de outros tratados de direitos humanos, ao procedimento especial de

⁴⁷ STF. RE 466343. Voto do Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444> acessado em 23 de outubro de 2013. P. 1154.

aprovação previsto no art. 5o, § 3o, da Constituição, tal como definido pela EC nº 45/2004, conferindo-lhes status de emenda constitucional.⁴⁸

Portanto o tratado que hoje tem valor hierárquico de norma supralegal, pode no futuro, vir a ter valor de emenda constitucional, bastando para tanto que o mesmo volte ao Congresso Nacional para uma nova votação da matéria.

2.2.1. Fontes do Direito do Trabalho

Entender as fontes do Direito do Trabalho é de suma importância, por isso, o significado de “fontes” se faz necessário, nas palavras do professor Maurício Godinho Delgado:

A palavra fontes, como se sabe, comporta relativa variedade conceitual. Além da acepção estrita de nascente, o verbete é utilizado no sentido metafórico, traduzindo a ideia de início, princípio, origem, causa.⁴⁹

Portanto entende-se fonte como o início do ordenamento jurídico, ou seja, o nascedouro onde surgem as normas as quais conhecemos hoje.

A ideia de fontes para o Direito do Trabalho se divide em dois grupos, o primeiro conhecido como fontes materiais, e o segundo como fontes formais, conforme a professora Alice Monteiro de Barros: “Muito comum é a classificação das fontes, inclusive do Direito do Trabalho, em materiais e formais.”⁵⁰

Portanto necessário se faz, entender a ideia de fonte formal e fonte material, primeiramente em se tratando de fonte material, o mesmo se divide em distintos blocos, como nos trás o professor Maurício Godinho:

As fontes materiais dividem-se, por sua vez, em distintos blocos, segundo o tipo de fatores que se enfoca no estudo da construção e mudanças do fenômeno jurídico. Pode-se falar, desse modo, em fontes materiais econômicas, Sociológicas, políticas e, ainda, filosóficas (ou político-filosóficas), no concerto dos fatores que influenciam a formação e transformação das normas jurídicas.⁵¹

⁴⁸ STF. RE 466343. Voto do Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>> acessado em 23 de outubro de 2013.

⁴⁹ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 10 ed. São Paulo : LTr, 2011, p. 137.

⁵⁰ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 7. ed. São Paulo : LTr, 2011. p 82.

⁵¹ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 10 ed. São Paulo : LTr, 2011. p. 137.

Contudo para o que nos interessa as fontes materiais estão ligadas a fatos jurídicos relevantes no plano existencial, o que nos afasta do puro Direito, entendimento este que se corrobora através das palavras da professora Alice Monteiro de Barros:

Fontes materiais, também conhecidas como reais ou primárias, são os “substratos facticos” que imprimem conteúdo à norma. Como fatores culturais, essas fontes permanecem mais ao campo da sociologia jurídica e da filosofia do Direito do que à ciência jurídica.⁵²

Portanto entender o conceito de fonte material será suficiente para se chegar ao raciocínio almejado, não necessitando de qualquer aprofundamento na matéria.

Já as fontes formais, se definem nas próprias regras jurídicas, conforme nos trás a professora Alice Monteiro:

Já as fontes formais traduzem a exteriorização dos fatos por meio da regra jurídica. Essa fonte pode ser imposta de forma coercitiva, obrigando de maneira geral.

Portanto vê-se que as normas emanadas de uma fonte formal, derivam-se de organismos em que se aplicam efetivo valor jurídico, ademais, criando ao seu destinatário final, uma possibilidade de implementação coercitiva, seja para bem ou para mal.

Por sua vez as fontes formais se dividem em dois outros blocos, fonte formal autônoma e fonte formal heterônoma, nas palavras do professor Maurício Godinho:

A respeito da percepção dessa diversidade, tornou-se hoje relevante a tipologia de fontes jurídicas formais estabelecidas em torno das chamadas fontes formais heterônomas e fontes formais autônomas do Direito.⁵³

Portanto se faz necessário, conceituar as fontes formais autônomas e heterônomas, primeiramente, o conceito de fonte heterônoma, que segundo o professor Maurício Godinho:

Heterônomas seriam as regras cuja produção não se caracteriza pela imediata participação dos destinatários principais das mesmas regras jurídicas. São, em geral, as regras de direta origem estatal, como a Constituição, as leis, medidas provisórias, decretos e outros diplomas

⁵² BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho** 7. ed. – São Paulo : LTr, 2011.p 82

⁵³ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 10 ed. São Paulo : LTr, 2011. p. 140

produzidos no âmbito do aparelho do Estado (é também heterônoma a hoje cada vez mais singular fonte justralhista brasileira denominada sentença normativa).⁵⁴

Observa-se, portanto, que as normas emanam do ente estatal, são consideradas de todo modo heterônomas, visto a ausência de participação direta do destinatário final.

As convenções internacionais podem estar incluídas no rol de fontes formais heterônomas, desde que as mesmas sejam incorporadas em nosso ordenamento ou mesmo manifeste adesão, conforme o professor Maurício Godinho:

Já os tratados e convenções internacionais podem ser fonte formal do Direito interno aos Estados envolvidos. Assim, irão se englobar no conceito de fonte normativa heterônoma (lei, em sentido material ou sentido amplo), desde que o respectivo Estado soberano lhes confira ratificação ou adesão – requisitos institucionais derivados da noção de soberania. No Direito do Trabalho, as convenções da OIT, quando ratificadas pelo Estado brasileiro têm se tornado importantes fontes formais justralhistas no país.⁵⁵

Portanto, vê-se que, os tratados internacionais atuam de forma ativa, para a construção do ordenamento jurídico, em especial para o Direito do Trabalho.

As fontes formais autônomas, são aquelas que o destinatário da norma, tem o imediato contato no momento de criação da norma, conforme nos trás o professor Maurício Godinho:

Autônomas seriam as regras cuja produção caracteriza-se pela imediata participação dos destinatários principais das regras produzidas. São, em geral, as regras originárias de segmentos ou organizações da sociedade civil, como os costumes ou os instrumentos da negociação coletiva privada (contrato coletivo, convenções coletivas ou acordos coletivos de trabalho). As regras autônomas – caso coletivamente negociadas e construídas – consubstanciam um auto-disciplinamento das condições de vida e trabalho pelos próprios interessados, tendendo a traduzir um processo crescente de democratização das relações de poder existentes na sociedade.⁵⁶

Portanto é na fonte formal autônoma, que se reflete diretamente a manifestação de vontade do trabalhador, às vezes, abdicando de determinadas garantias, em prol da manutenção do emprego.

⁵⁴ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 10 ed. São Paulo : LTr, 2011. p. 141.

⁵⁵ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 10 ed. São Paulo : LTr, 2011. p. 153.

⁵⁶ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 10 ed. São Paulo : LTr, 2011. p.

2.2.2. Hermenêutica jurídica

Podemos entender hermenêutica jurídica, como a ciência que interpreta o direito, conforme trás o professor Maurício Godinho:

A hermenêutica jurídica, do ponto de vista estrito, corresponde, tecnicamente, à ciência (ou ramo da Ciência do Direito) que trata do processo de interpretação das normas jurídicas.⁵⁷

Portanto a hermenêutica é o que nos permite dar sentido a norma, fazendo com que o ordenamento se torne cada vez mais coeso, permitindo assim aplicação da norma da forma mais acertada possível.

Contudo várias são as formas de se aplicar a interpretação a norma, e algumas, merecem especial atenção, tais como o método gramatical, conforme dispõe o professor Maurício Godinho:

Gramatical (ou linguística) é a interpretação que, fundada nas regras e métodos da linguística e filologia, constrói-se a partir do exame literal do texto normativo e das palavras que o compõem. O chamado método gramatical busca o sentido que resulta diretamente do significado próprio e literal das palavras, fazendo do vocábulo o instrumento básico da interpretação.⁵⁸

A interpretação gramatical se limita ao texto escrito pelo legislador, fatores como intenção ou o próprio ordenamento jurídico são irrelevantes para este tipo de interpretação.

Outro método de interpretação é o lógico, que busca uma ideia mais harmônica, nas palavras do professor Maurício Godinho:

Lógico (ou racional) é o método de interpretação que busca o significado, coerência e harmonia do texto legal, socorrendo-se de técnicas da lógica formal. Tal método tem como válido o suposto de que a lei, após produzida, encarna uma vontade própria; assim deve-se compreender a lei, afastada do conceito de ser mera exteriorização psíquica de uma pessoa ou entidade. Por esse método, pesquisa-se a *ratio legis*, a *mens legis*, o pensamento contido na lei, ainda que exteriorizado em fórmula linguística inadequada.⁵⁹

⁵⁷ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 10 ed. São Paulo : LTr, 2011. p. 218.

⁵⁸ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 10 ed. São Paulo: LTr, 2011. p. 224.

⁵⁹ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 10 ed. – São Paulo: LTr, 2011. p. 225.

O método lógico, é puramente racional, na busca do pensamento que a lei expressa, deixando de lado para tanto, a pessoa que a promulgou.

Outro método de interpretação é o sistemático, que avalia o ordenamento jurídico para que se possa fazer determinada interpretação, nos dizeres do professor Maurício Godinho:

Sistemático é o método interpretativo que se caracteriza pela busca de harmonização da norma ao conjunto do sistema jurídico. Tal método volta-se a produzir uma interpretação vinculada e harmônica ao conjunto do sistema do Direito. Pelo método sistemático, o processo lógico de interpretação passa a operar em campo mais vasto de ação: investiga-se também a tendência normativa hegemônicas nas diversas normas e diplomas existentes sobre matérias correlatas, adotando-se tal tendência como uma das premissas centrais implícitas àquelas norma ou diploma interpretado. A partir desse critério apreendem-se, inclusive, com maior clareza, os aspectos transformadores, retificadores ou continuativos da norma recente perante a ordem jurídica respectiva.⁶⁰

Tal método de interpretação permite uma integração do ordenamento com mais eficiência, garantindo uma norma mais coesa, evitando algumas vezes que as normas se confrontem.

Por ultimo o método teleológico, buscando a ideia impressa na norma, fazendo com que atinja o fim almejado, para o professor Maurício Godinho:

Teleológico (ou finalístico) é o método que busca subordinar o processo interpretativo ao império dos fins objetivados pela norma jurídica. Propõe tal conduta teórica que o intérprete deve pesquisar, na interpretação, os objetivos visados pela legislação examinada, evitando resultados interpretativos que conspiram ou inviabilizem a concretização desses objetivos legais inferidos.⁶¹

A interpretação teleológica é aquela que busca cumprir os fins destinados as leis, garantindo seus objetivos e evitando que as normas sejam aplicadas de forma divergente aquela proposta.

Apresentado os métodos mais comuns de interpretação, deve o interprete da Lei se valer de alguns destes, conforme nos trás o professor Maurício Godinho Delgado:

⁶⁰ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 10 ed. – São Paulo: LTr, 2011. p. 225.

⁶¹ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 10 ed. São Paulo : LTr, 2011. p. 225.

Contemporaneamente, a Hermenêutica Jurídica recomenda que se harmonize, na operação interpretativa, os três últimos métodos acima especificados, formando um todo unitário: método lógico-sistemático e teleológico (após feita a aproximação da norma mediante o método linguístico, é claro). De fato, não há como se pesquisar o “pensamento contido na lei”, a *mens legis* ou *ratio legis* (utilizando-se, pois, do método lógico), sem se integrar o texto interpretado no conjunto normativo pertinente da ordem jurídica (valendo-se, assim, do método sistemático) e avançando-se, interpretativamente, na direção do encontro dos fins sociais objetivados pela legislação em exame (fazendo uso do método teleológico, portanto).⁶²

Portanto, para se obter uma interpretação mais coerente se faz necessário a aplicação de mais de um método interpretativo, o qual deve ser feito inclusive no momento da análise do texto legal da Convenção Internacional nº 155.

2.3. Convenção Internacional nº 155

Muitas são as convenções que tratam do tema da saúde no ambiente de trabalho, contudo a convenção nº155 da OIT tem um valor especial para o tema.

A convenção internacional de numero 155 da Organização Internacional do Trabalho, incorporada ao ordenamento jurídico através do Decreto nº 1.254/94, conjuntamente com o Decreto Legislativo nº 2 de 1992, tem por título “Convenção sobre segurança e saúde dos trabalhadores e o meio ambiente de trabalho”⁶³, tratando de políticas públicas sobre o tema.

A respectiva convenção é ampla e trás políticas públicas e até mesmo alguns direitos ao trabalhador, conforme nos trás a professora Alice Monteiro de Barros:

Já a Convenção n. 155 sobre segurança, saúde dos trabalhadores e meio ambiente, ratificada pelo Brasil em 1992, estabelece a competência do Estado na Elaboração e execução de políticas nacionais de saúde, segurança e meio ambiente do trabalho, instituindo um sistema de inspeção, para controle e aplicação da legislação, com reexame periódico das leis e políticas adotadas. Assegura ao empregado o direito de deixar o local de trabalho sempre que houver motivo razoável de que represente perigo grave para a vida ou saúde, sem que o fato autorize a aplicação de sanções.⁶⁴

⁶² DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 10 ed. São Paulo : LTr, 2011. p. 226.

⁶³ BRASIL. Decreto n.º 1.254 de 29 de setembro de 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D1254.htm>. Acessado em 19 de abril de 2013.

⁶⁴ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 7. ed. São Paulo : LTr, 2011. p. 851

Como se vê, a presente convenção, dentre suas disposições, trás a possibilidade de o empregado, sem qualquer ônus, recusar-se de permanecer em um ambiente de trabalho, que não lhe ofereça condições de saúde e segurança.

Dentre as várias disposições existentes na convenção, algumas merecem especial atenção, como é o caso do artigo 4º, item 2, o que diz:

Artigo 4. 2. Essa política terá como objetivo prevenir os acidentes e os danos à saúde que forem consequência do trabalho, tenham relação com a atividade de trabalho, ou se apresentarem durante o trabalho, reduzindo ao mínimo, na medida que for razoável e possível, as causas dos riscos inerentes ao meio ambiente de trabalho.⁶⁵

Vê-se que o artigo 4º item 2, trás o objetivo da política implantada pela Convenção nº 155, que preconiza a saúde do trabalhador, tentando garantir ao máximo sua integridade.

Importante também trazer o artigo 8º da Convenção Internacional nº 155 da OIT, que dispõe:

Artigo 8. Todo Membro deverá adotar, por via legislativa ou regulamentar ou por qualquer outro método de acordo com as condições e a prática nacionais, e em consulta às organizações representativas de empregadores e de trabalhadores interessadas, as medidas necessárias para tornar efetivo o artigo 4 da presente Convenção.⁶⁶

Portanto é dever do Estado, garantir, inclusive pelo viés legislativo, o integral cumprimento desta convenção, para que se torne efetiva a ideia de um ambiente de trabalho mais seguro e integro ao trabalhador.

Outro dispositivo da Convenção, que não pode de maneira alguma ser negligenciado é o artigo 11, alínea b que prevê:

Artigo 11: Com a finalidade de tornar efetiva a política referida no artigo 4 da presente Convenção, a autoridade ou as autoridades competentes deverão garantir a realização progressiva das seguintes tarefas:

b) a determinação das operações e processos que serão proibidos, limitados ou sujeitos à autorização ou ao controle da autoridade ou autoridades competentes, assim como a determinação das substâncias e agentes aos quais estará proibida a exposição no trabalho, ou bem limitada

⁶⁵ BRASIL. Decreto n.º 1.254 de 29 de setembro de 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D1254.htm>. Acessado em 31 de outubro de 2013.

⁶⁶ BRASIL. Decreto n.º 1.254 de 29 de setembro de 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D1254.htm>. Acessado em 31 de outubro de 2013.

ou sujeita à autorização ou ao controle da autoridade ou autoridades competentes; **deverão ser levados em consideração os riscos para a saúde decorrentes da exposição simultâneas a diversas substâncias ou agentes;**⁶⁷

Portanto, é direito do trabalhador, e dever do Estado, observar a existência de um meio ambiente do trabalho saudável e íntegro, garantindo que se observem de forma eficaz a existência de agentes nocivos à saúde ou mesmo passíveis de lhe afligir diretamente a vida.

Faz-se necessário ainda observar a disposição do artigo 19 alínea f, da Convenção Internacional nº 155 da Organização Internacional do Trabalho, que dispõe:

Artigo 19: Deverão ser adotadas disposições, em nível de empresa, em virtude das quais:

f) o trabalhador informará imediatamente o seu superior hierárquico direto sobre qualquer situação de trabalho que, a seu ver e por motivos razoáveis, envolva um perigo iminente e grave para sua vida ou sua saúde. Enquanto o empregador não tiver tomado medidas corretivas, se forem necessárias, não poderá exigir dos trabalhadores a sua volta a uma situação de trabalho onde exista, em caráter contínuo, um perigo grave ou iminente para sua vida ou sua saúde.⁶⁸

Portanto, se é assegurado ao empregado o direito de se recusar a permanecer em um ambiente de trabalho que lhe ofereça riscos, não se faz razoável a ideia de o empregado, deva se manter exposto a riscos diretos à sua saúde ou até mesmo sua vida, sem que haja uma prestação equivalente, que justifique a sua exposição.

Uma última disposição que se faz pertinente avaliar neste momento, é o disposto no artigo 21 da Convenção, que prevê:

Artigo 21: As medidas de segurança e higiene do trabalho não deverão implicar nenhum ônus financeiro para os trabalhadores.⁶⁹

⁶⁷ BRASIL. Decreto n.º 1.254 de 29 de setembro de 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D1254.htm>. Acessado em 31 de outubro de 2013. (Grifo nosso)

⁶⁸ BRASIL. Decreto n.º 1.254 de 29 de setembro de 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D1254.htm>. Acessado em 31 de outubro de 2013.

⁶⁹ BRASIL. Decreto n.º 1.254 de 29 de setembro de 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D1254.htm>. Acessado em 31 de outubro de 2013.

Portanto, nenhum ônus financeiro deve recair sobre o trabalhador, tão pouco o de sua própria saúde, visto que os próprios riscos do negocio devem correr pelo empregador, e não ao empregado, que no final, arcaria em estar em um ambiente insalubre e perigoso, sem que lhe fosse prestado a devida remuneração pelas exposições.

CAPÍTULO III – Antinomia entre art. 193 §2º da CLT e a Convenção Internacional 155 da OIT

Diante do exposto no tópico anterior, com relação à Convenção Internacional nº 155 da OIT, se faz necessário analisar o disposto no artigo 193 §2º, que dispõe:

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

§ 2º - O empregado poderá optar pelo adicional de insalubridade que porventura lhe seja devido.⁷⁰

Diante do presente artigo alguns doutrinadores tem entendido que não é cabível a cumulação do adicional, como é o caso da professora Alice Monteiro:

Caso o empregado trabalhe em condições perigosas e insalubres, simultaneamente, os adicionais não se acumulam, por disposição expressa de lei. O empregado poderá optar pelo adicional que lhe for mais favorável (art. 193, §2º, da CLT).⁷¹

Portanto para a professora Alice, o dispositivo da CLT, vedaria a cumulação dos adicionais, devendo o trabalhador exposto a condições insalubres e perigosas escolher o adicional que mais lhe favorecesse, abdicando de receber o outro adicional que lhe seria devido, este é o posicionamento da parte majoritária da doutrina.

Contudo, tal entendimento não é absoluto perante a doutrina trabalhista, conforme se vê nas palavras da professora Vólia Bomfim 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 acarretasse em *bis in idem*.⁷²

⁷⁰ BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho, Decreto-Lei n.º 5.452 de 1º de maio de 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acessado em 01 de novembro de 2013.

⁷¹ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 7. ed. – São Paulo : LTr, 2011. p. 628

⁷² CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. 5. ed. Niterói : Impetus, 2011. p 877.

Não obstante, o disposto no paragrafo segundo do artigo 193 da CLT, que veio a incorporar o ordenamento jurídico, através da Lei nº 6.514, de 22.12.1977⁷³, a Convenção nº 155, que veio a incorporar o ordenamento jurídico em 1994 dispõe que deve-se observar a exposição do trabalhador a diversas substâncias ou agentes, portanto é possível observar claramente que os dois diplomas legais se contradizem.

Várias são as teses que garantem a aplicação do disposto na convenção 155, sob o disposto no artigo 193 §2º da CLT.

Se observado o disposto na Constituição em seu artigo 7º inciso XXIII, que prevê:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:
XXIII - adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei;

Pode-se ver, que a própria Constituição, garante ao trabalhador o direito de receber o adicional pelas atividades insalubres e perigosas, além de garantir a dignidade humana. Ademais, se forem utilizadas os métodos de hermenêutica jurídica nesta disposição constitucional, fica evidente que não haveria qualquer empecilho para a cumulação dos adicionais.

Portanto o disposto na CLT é contrario aos direitos e garantias fundamentais expressos pela Constituição, e tendo-se em vista que o dispositivo da CLT é anterior à ordem constitucional vigente, não há o que se dizer, se não, a não recepção do dispositivo por nossa Constituição, nas palavras do professor Pedro Lenza:

Pode-se afirmar, então, que, nos casos de normas infraconstitucionais produzidas antes da nova Constituição, incompatíveis com as novas regras, não se observará qualquer situação de inconstitucionalidade, mas, apenas, como vimos, de revogação da lei anterior pela nova Constituição, por falta de recepção.⁷⁴

Portanto aquelas normas as quais não se adequam à nova ordem constitucional serão de imediato revogadas, pela falta de recepção em seu bojo normativo.

⁷³ BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho, Decreto-Lei nº 5.452 de 1º de maio de 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acessado em 01 de novembro de 2013.

⁷⁴ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 16. ed. São Paulo : Saraiva, 2012. p.

Deixando de lado a ideia da não recepção pela Constituição, mesmo que de algum modo a norma houvesse sido recepcionada, a mesma ainda assim não poderia estar em vigo no atual momento.

Observando os critérios de solução de antinomia propostos pelo professor Norberto Bobbio, que nos trás:

As regras fundamentais para a solução das antinomias são três:

- a) o critério cronológico
- b) o critério hierárquico
- c) o critério da especialidade.⁷⁵

Dentre os três critérios propostos pelo professor Norberto Bobbio, dois destes são de necessário esclarecimento.

Primeiramente o critério hierárquico, descrito pelo professor Bobbio como:

O critério hierárquico, chamado também de *lex superior*, é aquele pelo qual, entre duas normas incompatíveis, prevalece a hierarquicamente superior.⁷⁶

A ideia impressa neste critério é aquela de que a norma de hierarquia mais elevada, por superior, revogaria a norma de hierarquia inferior.

Outro critério a ser definido é o critério cronológico, que nas palavras do professor Norberto Bobbio:

Existe uma regra geral no Direito em que a vontade posterior revoga a precedente, e que de dois atos de vontade da mesma pessoa vale o último no tempo.⁷⁷

Portanto o ato de mesma hierarquia e proferido posteriormente teria validade sob o ato proferido anteriormente.

Avaliando o fato de que o artigo 193 §2º veio a adentrar no ordenamento jurídico, através da lei 6.514, de 22.12.1977, sendo fato também que seu valor normativo é o de lei ordinária devido ao caráter residual das matérias tratadas por lei ordinária, conforme nos trás o professor Pedro Lenza:

⁷⁵ BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Brasília : Editora Universidade de Brasília, 10ª edição. 1999 (reimpressão 2006). p. 92.

⁷⁶ BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Brasília : Editora Universidade de Brasília, 10ª edição. 1999 (reimpressão 2006). p. 93.

⁷⁷ BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Brasília : Editora Universidade de Brasília, 10ª edição, 1999 (reimpressão 2006). p. 93.

Em relação às leis ordinárias, o campo material por elas ocupado é residual, ou seja tudo que não for regulamentado por lei complementar, decreto legislativo (art. 49, que trata das matérias de competência exclusiva do Congresso Nacional) e resoluções (arts. 51 e 52, matérias de competência privativa, respectivamente, da Câmara dos Deputados e do Senado Federal).⁷⁸

Portanto o artigo 193 §2º da CLT tem valor de lei ordinária, ao defrontar-se com dispositivo contrário previsto na Convenção Internacional nº 155 da OIT, que tem caráter de norma supra legal, observando o momento em que a mesma veio a incorporar o nosso ordenamento, observando-se que se trata de matéria de direitos humanos, conforme nos trás o professor Maurício Godinho:

O Direito do Trabalho corresponde à dimensão social mais significativa dos Direitos Humanos, ao lado do Direito Previdenciário (ou de Seguridade Social). É por meio desses ramos jurídicos que os Direitos Humanos ganham maior espaço de evolução, ultrapassando as fronteiras originais, vinculadas basicamente à dimensão da liberdade e intangibilidade física e psíquica da pessoa humana.⁷⁹

Vê-se, portanto, o valor de Direitos humanos, que se aplica à Convenção Internacional nº 155, se faz também pertinente trazer parte do voto do Ministro do STF Gilmar Mendes, no RE 466343:

Portanto, diante do inequívoco caráter especial dos tratados internacionais que cuidam da proteção dos direitos humanos, não é difícil entender que a sua internalização no ordenamento jurídico, por meio do procedimento de ratificação previsto na Constituição, tem o condão de paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com ela conflitante.⁸⁰

Vemos que a norma internacional de direitos humanos, tem o condão de paralisar a eficácia jurídica de norma a ela conflitante, portanto é de fácil percepção a ideia de que o disposto no artigo 193, §2º, da CLT, não mais vigora em nosso ordenamento, seja porque o mesmo não foi recepcionado pela Constituição, seja pelo fato de ser Hierarquicamente inferior a uma norma contrária que veio a adentrar em nosso ordenamento jurídico, ou ainda deixando de lado o valor da norma de

⁷⁸ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquemático**. 16. ed. São Paulo : Saraiva, 2012. p 584

⁷⁹ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 10 ed. – São Paulo : LTr, 2011. p 81

⁸⁰ STF. RE 466343. Voto do Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>> acessado em 23 de outubro de 2013.

direitos humanos, uma norma posterior, veio a adentrar ao ordenamento, prevendo disposição conflitante com a mesma.

3.1. Possibilidade de Cumulação

Muitos são aqueles que entendem não ser possível a cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade, a base argumentativa trazida por aqueles que acreditam não ser plausível a cumulação é simples, conforme se vê, no voto do desembargador do TRT da 4ª região, Ricardo Tavares Gehling, no processo de nº 0001111-61.2011.5.04.0013 RO:

Quanto ao aspecto, o ordenamento jurídico veda a cumulação de adicionais de insalubridade e de periculosidade, conforme se infere do estatuído no § 2º do artigo 193 da CLT, o que não se ressent da pecha de inconstitucionalidade, data venia do entendimento adotado pelo Julgador de primeiro grau. A referida norma consolidada foi recepcionada pela nova ordem constitucional instituída com a Constituição da República, promulgada em 5-10-1988.⁸¹

A base argumentativa se da na manutenção do disposto no §2º do artigo 193 da CLT, argumento este que é compartilhado pelo desembargador, Anemar Pereira Amaral do TRT da 3ª região, no processo de nº 02000-2011-048-03-00-9 RO:

Entretanto, considerando que a acumulação dos adicionais encontra óbice na legislação vigente, com fulcro no art. 193, parágrafo 2º da CLT, deverá o reclamante, em liquidação da sentença, fazer opção entre os adicionais de insalubridade e periculosidade.⁸²

Não obstante, tal entendimento não é unanime em nossa jurisprudência, uma corrente adota a possibilidade de cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade, em uma decisão recente do Tribunal Superior do Trabalho,

⁸¹ TRT4, RO nº 0001111-61.2011.5.04.0013. Voto do desembargador Ricardo Tavares Gehling. disponível em: <http://gsa3.trt4.jus.br/search?q=cache:QSKa-v-Su7cJ:iframe.trt4.jus.br/gsa/gsa.jurisp_sdcpsp.baixar%3Fc%3D46650622+impossibilidade+de+cumula%C3%A7%C3%A3o+dos+adicionais+inmeta:DATA_DOCUMENTO:2012-11-04..2013-11-04++&client=jurisp&site=jurisp_sp&output=xml_no_dtd&proxystylesheet=jurisp&ie=UTF-8&lr=lang_pt&proxyreload=1&access=p&oe=UTF-8> acessado em 04/11/2013.

⁸² TRT3, RO nº 02000-2011-048-03-00-9. Voto do desembargador Anemar Pereira Amaral. disponível em: <<http://as1.trt3.jus.br/consulta/redireciona.htm?pChvRec=048020001100&access=0=9ae28e360967880cbeae98550d990d1b>> acessado em 04/11/2013.

proferida no processo RR - 832-33.2011.5.04.0221 Data de Julgamento: 16/10/2013, contando como relator o Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, da 3ª Turma, proferiu seu voto, com o intento de possibilitar a Cumulação dos adicionais:

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 saudáveis 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, ao menos no atual estágio das relações laborais.

Desta forma, por incompatível a norma do artigo 193, § 2º, da CLT, e, estando presentes as duas condições, tanto insalubre, quanto perigosa, defiro a cumulação pleiteada.⁸³

Vê-se neste trecho do voto, que o pagamento de todos os adicionais devidos, sejam eles quantos forem, é além de justo, uma forma de incentivo ao empregador, em tentar eliminar a condição maléfica ao trabalhador, caso contrário, o empregado ficaria cada vez mais marginalizado pela legislação tocante a saúde e higiene do trabalho.

Com igual raciocínio e linha argumentativa, o Juiz Convocado Raul Zoratto Sanvicente do TRT da 4ª região, atuando no processo nº 0000812-96.2011.3.04.0203 – ED veio a proferir em seu voto os seguintes argumentos:

Com efeito, frente aos direitos fundamentais insculpidos no artigo 7º, incisos XXII e XXIII da Constituição Federal, não é mais viável sustentar a recepção na Ordem de 1988 da norma restritiva insculpida no artigo 193, §2º, da CLT⁸⁴

⁸³ TST, RR nº 832-33.2011.5.04.0221. Voto do ministro relator Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, 3ª Turma. disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%20832-33.2011.5.04.0221&base=acordao&rowid=AAANGhAA+AAAMilAAS&dataPublicacao=18/10/2013&query=possibilidade%20and%20de%20and%20cumula%E7%E3o%20and%20dos%20and%20adicionais>> Acessado em 04/11/2013.

⁸⁴ TRT4, RO ED 0000812-96.2011.5.04.0203. Voto do Juiz Convocado Raul Zoratto Sanvicente. Disponível em: <http://gsa3.trt4.jus.br/search?q=cache:nq5D9d0-TMJ:iframe.trt4.jus.br/gsa/gsa.jurisp_sdcpsp.baixar%3Fc%3D43104013++inmeta:DATA_DOCUMENTO:2012-08-04..2013-11-04++&client=jurisp&site=jurisp_sp&output=xml_no_dtd&proxystylesheet=jurisp&ie=UTF-8&lr=lang_pt&proxyreload=1&access=p&oe=UTF-8> acessado em 04/11/2013.

Com argumento já enfrentado alhures, a ordem constitucional vigente não se harmoniza com o disposto pela CLT, em seu artigo 193, §2º portanto vê-se que o mesmo, não mais, t em vigência sob o ordenamento.

Outro argumento aplicado pelo juiz Raul Zoratto, no mesmo acordão, é o de revogação pela Convenção Internacional nº155 da OIT, conforme ele dispões:

Ainda que se pudesse apresentar argumentos em sentido contrário, estes perderam o sentido quando o Brasil ratificou a Convenção 155 da OIT, em 1994. Independentemente da discussão sobre a força que adquire a norma internacional no direito interno – se de lei ordinária federal ou emenda constitucional – na hipótese mais branda, como lei ordinária federal, já haveria a derrogação do artigo 193, §2, da CLT.⁸⁵

Portanto, torna-se de fácil compreensão, a ideia de que o ordenamento jurídico não comporta mais a prevalência do artigo 193, §2º, da CLT, em que pese, seja por ausência de recepção por nossa constituição, seja pela incorporação ao ordenamento da Convenção Internacional nº155 da OIT.

Conclui-se diante disso que nosso ordenamento possibilita a cumulação dos adicionais de periculosidade e de insalubridade, sendo devido aos trabalhadores que se encontrem expostos aos agentes insalubres e perigosos, em seu labor.

⁸⁵ TRT4, RO – ED 0000812-96.2011.5.04.0203. Voto do Juiz Convocado Raul Zoratto Sanvicente. Disponível em: <http://gsa3.trt4.jus.br/search?q=cache:nq5D9d0-TMJ:iframe.trt4.jus.br/gsa/gsa_jurisp_sdcpsp.baixar%3Fc%3D43104013++inmeta:DATA_DOCUMEN TO:2012-08-04..2013-11-04++&client=jurisp&site=jurisp_sp&output=xml_no_dtd&proxystylesheet=jurisp&ie=UTF-8&lr=lang_pt&proxyreload=1&access=p&oe=UTF-8> acessado em 04/11/2013.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O ordenamento jurídico, com especial atenção para o Direito do trabalho, deve ser interpretado de forma a se entender o objetivo almejado no momento da construção da norma, avaliando os princípios, bem como as normas pré-existentes, para que se possa, integrando-as, observar a interpretação mais coerente.

O Direito do Trabalho se afirma, muito mais do que outros ramos do Direito, em proteger a parte hipossuficiente, permitindo assim que se garanta uma maior proteção aos direitos humanos.

O Direito Internacional, conjuntamente com o Direito do trabalho, garantem a proteção do ser humano em se tratando de relação de trabalho, assegurando-lhe um ambiente de trabalho justo e saudável, evitando arbitrariedades e lesões à sua dignidade e bem estar.

Tendo em vista a monetarização do risco ao qual o trabalhador se expõe, é crucial garantir, que no máximo possível o empregador prestigie um ambiente de trabalho mais sadio, ao invés dos adicionais de insalubridade e periculosidade, contudo os mesmos exercem um papel extremamente importante para se evitar negligencias quanto ao ambiente de trabalho, tentando mesmo que por um viés indireto, evitar a exposição do trabalhador aos riscos, sejam eles à saúde ou sua vida, garantindo que seja mais oneroso ao empregador a manutenção dos adicionais, em relação à saúde e segurança do empregado.

O artigo 193, §2º, da CLT, é nitidamente uma violação a dignidade humana e ao próprio intento do Direito do Trabalho, que se vê através de seus princípios, impellido a equilibrar a balança do poder econômico e social, existente na relação de empregado e empregador. A própria Convenção Internacional nº 155 da OIT, não se faria necessário se bastassem as disposições constitucionais pertinentes à matéria, que garantem ao trabalhador uma proteção quase que incondicional.

Confirmando-se, portanto, diante da análise feita até então a hipótese de que é possível a cumulação dos adicionais de periculosidade e insalubridade.

Portanto se da análise do ordenamento jurídico se estrai a ideia de que o dispositivo da CLT que supostamente veda a cumulação de adicionais não mais vigora no ordenamento jurídico, pelos diversos motivos que lhe cercam, é possível concluir que a cumulação dos adicionais não é somente um direito do empregado,

que tem o seu labor em ambientes degradantes, mais também um dever do Estado, garantido o cumprimento de dispositivo internacional devidamente incorporado ao ordenamento jurídico interno.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho** 7. ed. São Paulo : LTr, 2011.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Brasília. Editora Universidade de Brasília, 10ª edição, 1999 (reimpressão 2006).

BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho, Decreto-Lei n.º 5.452 de 1º de maio de 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acessado em 19 de abril de 2013.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> acessado em 19 de abril de 2013.

BRASIL. Decreto n.º 1.254 de 29 de setembro de 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D1254.htm>. Acessado em 19 de abril de 2013.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. 5. ed. Niterói : Impetus, 2011.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 10 ed. São Paulo : LTr, 2011.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Miniaurélio Século XXI: O minidicionário da língua portuguesa**. 5º ed. Rio de Janeiro : Nova Fronteira, 2001.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquemático** 16. ed. São Paulo : Saraiva, 2012.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 28, ed. São Paulo : Atlas, 2012.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 3.ed. São Paulo : editora Revista dos Tribunais, 2008.

Ministério do Trabalho e Emprego – Norma Regulamentadora nº 15 – Disponível em: [http://portal.mte.gov.br/data/files/8A7C816A36_A27C140136A_8089B344C39/NR-15%20\(atualizada%202011\)%20II.pdf](http://portal.mte.gov.br/data/files/8A7C816A36_A27C140136A_8089B344C39/NR-15%20(atualizada%202011)%20II.pdf) Acessado em 01 de outubro de 2013.

MORAES Alexandre de. **Direito constitucional**. 27 ed. São Paulo : Atlas, 2011.

REZEK, José Francisco. **Direito internacional público**. 13 ed. São Paulo : Saraiva, 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 466343. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444> acessado em 23 de outubro de 2013.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho 3ª região, Recurso Ordinário nº 02000-2011-048-03-00-9. – disponível em: <http://as1.trt3.jus.br/consulta/redireciona.htm?pChvRec=048020001100&access=9ae28e360967880cbeae98550d990d1b> acessado em 04/11/2013.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho 4ª região, RO – ED 0000812-96.2011.5.04.0203. Disponível em: http://gsa3.trt4.jus.br/search?q=cache:nq5D9d0-TMIJ:iframe.trt4.jus.br/gsa/gsa.jurisp_sdcpsp.baixar%3Fc%3D43104013++inmeta:DATA_DOCUMENTO:2012-08-04..2013-11-04++&client=jurisp&site=jurisp_sp&output=xml_no_dtd&proxystylesheet=jurisp&ie=UTF-8&lr=lang_pt&proxyreload=1&access=p&oe=UTF-8 acessado em 04/11/2013.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho 4ª região, RO nº 0001111-61.2011.5.04.0013. – disponível em: http://gsa3.trt4.jus.br/search?q=cache:QSKav-Su7cJ:iframe.trt4.jus.br/gsa/gsa.jurisp_sdcpsp.baixar%3Fc%3D46650622+impossibilidade+de+cumula%C3%A7%C3%A3o+dos+adicionais+inmeta:DATA_DOCUMENT

O:2012-11-04..2013-11-

04++&client=jurisp&site=jurisp_sp&output=xml_no_dtd&proxystylesheet=jurisp&ie=UTF-8&lr=lang_pt&proxyreload=1&access=p&oe=UTF-8> acessado em 04/11/2013.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho, Recurso de Revista nº 832-33.2011.5.04.0221, – disponível em:

<[http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%20832-](http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%20832-33.2011.5.04.0221&base=acordao&rowid=AAANGhAA+AAAMiIAAS&dataPublicacao=18/10/2013&query=possibilidade%20and%20de%20and%20cumula%E7%E3o%20and%20dos%20and%20adicionais)

[33.2011.5.04.0221&base=acordao&rowid=AAANGhAA+AAAMiIAAS&dataPublicacao=18/10/2013&query=possibilidade%20and%20de%20and%20cumula%E7%E3o%20and%20dos%20and%20adicionais](http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%20832-33.2011.5.04.0221&base=acordao&rowid=AAANGhAA+AAAMiIAAS&dataPublicacao=18/10/2013&query=possibilidade%20and%20de%20and%20cumula%E7%E3o%20and%20dos%20and%20adicionais)> Acessado em 04/11/2013.

Vade Mecum Saraiva. obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Luiz Roberto Curia, Livia Céspedes e Juliana Nicoletti. – 15. Ed. atual. e ampl. – São Paulo : Saraiva, 2013.

VARELLA, Marcelo D. **Direito internacional público**. São Paulo : Saraiva 2009.