

Ensaio sobre a cegueira: cumulação dos adicionais de salário e proteção à saúde do trabalhador

Valdete Severo

Resumo: Este artigo discute as recentes decisões do TST e do TRT da Quarta Região acerca da possibilidade de cumulação dos adicionais de proteção à saúde do trabalhador, sob a perspectiva de que precisamos fazer a releitura do artigo 193 da CLT, cujo objetivo é de proteção, e não de precarização das condições de trabalho. Problematisa-se a existência de uma cegueira ideológica que não nos permite enxergar essa proteção e que, negando-a, insiste em resistir à possibilidade de remuneração por fatos geradores diversos, promoveria uma proteção (ainda que precária), na medida em que inibiria a exposição do mesmo trabalhador a agentes diversos.

Palavras-chave: direito do trabalho; saúde do trabalhador; adicional de insalubridade; cumulação

Abstract: This article discusses the recent decisions of the TST and the Fourth Region TRT about the possibility of accumulation of additional health protection of workers from the perspective that we need to make the reading of Article 193 of the Labor Code, aimed at protection and no deterioration of working conditions. The existence of an ideological blindness problematize that does not allow to see this protection in and that denying it, insists resist the possibility of compensation for various triggering events, promote a protection (albeit weak), to the extent that would inhibit the same worker exposure to various agents.

Keywords: labor law; employee health; hazard pay; cumulation.

389

1 Introdução

Recentemente o TST proferiu decisão reconhecendo a possibilidade de cumulação dos adicionais de salário que protegem a saúde do trabalhador (insalubridade, penosidade e de periculosidade). A decisão rompeu, em parte, com uma mentalidade que habita a compreensão doutrinária e jurisprudencial sobre o tema há anos e que, embora não encontre amparo no ordenamento jurídico vigente, continua a angariar seguidores.

A suposta impossibilidade de cumulação que representou e ainda representa o entendimento majoritário da jurisprudência trabalhista revela uma cegueira ideológica que precisa ser enfrentada, porque estimula a exposição do mesmo ser humano a agentes nocivos diversos, em prejuízo à sua saúde e ao ideal de sociedade minimamente saudável, estabelecido, inclusive, na Constituição vigente.

Este artigo propõe repensar a matéria do pagamento e da cumulação desses adicionais, sob a ótica da proteção que inspira a CLT e sob essa perspectiva constitucional, no espectro em que garante um ambiente de trabalho seguro e saudável aos trabalhadores brasileiros.

2 Olhar sem ver: afinal o que dispõe nosso ordenamento jurídico quanto à proteção à saúde do trabalhador?

Não há lei proibindo a cumulação dos adicionais de insalubridade, periculosidade e penosidade. Essa é a premissa fundamental desse artigo, que de plano remete o leitor a lembrar

do artigo 193 da CLT, cuja literalidade costuma ser invocada como argumento para a proibição de cumulação, e, portanto, do pagamento de mais de um adicional de salário ao trabalhador, mesmo que reconhecida a sua sujeição a dois ou mais agentes nocivos.

A primeira desconstrução a ser feita parte, portanto, da releitura do artigo 193, § 2º, da CLT. Esse dispositivo refere que “o **empregado poderá** optar pelo adicional de insalubridade que porventura lhe seja devido”. A redação é de 1977 e não parece implicar grande dúvida. Trata-se de faculdade concedida ao trabalhador. Uma norma de proteção, portanto. Existem nele duas palavras que não podemos ignorar, se realmente quisermos insistir em uma interpretação literal: é o empregado que detém a faculdade ali contida. Não é o empregador, nem o juiz. E se trata de uma faculdade, não de uma obrigação legal.

A redação original do art. 193 da CLT dispunha simplesmente: “haverá nas máquinas dispositivos de partida que lhe permitam o início de movimentos sem perigo para os trabalhadores”. Em 1967, a redação foi alterada e o dispositivo passou a referir: “Não serão permitidas a fabricação, a venda, a locação e o uso de máquinas e equipamentos que não atendam às disposições deste Capítulo”. Em 1977, a redação do caput foi novamente alterada e passou a ser: “São consideradas atividades ou operações perigosas, na forma da regulamentação aprovada pelo Ministério do Trabalho, aquelas que, por sua natureza ou métodos de trabalho, impliquem o contato permanente com inflamáveis ou explosivos em condições de risco acentuado”. A mesma lei acrescentou dois incisos neste dispositivo, um dos quais é objeto de exame no presente artigo.

390

À época, onze anos antes da promulgação da Constituição de 1988, a proteção já constituía, por óbvio, o princípio instituidor do Direito do Trabalho. A norma do art. 193, inserta no CAPÍTULO V, intitulado “DA SEGURANÇA E DA MEDICINA DO TRABALHO”, tratava de proteger o trabalhador contra a sua sujeição a mais de um agente nocivo, dando-lhe a faculdade de optar pelo adicional de insalubridade “que porventura lhe seja devido”.

A interpretação literal desse dispositivo permitia, então, ao menos duas alternativas razoáveis. A primeira, de que o empregado teria a faculdade de optar por receber apenas o adicional de insalubridade, quando o de periculosidade também lhe fosse devido. E a segunda, no sentido de que tal faculdade guardava relação com a possibilidade de se sujeitar a um ou mais agentes nocivos. Nesse caso, o empregado, ao exercer tal faculdade, optando por receber o adicional de insalubridade “porventura” mais favorável, automaticamente deveria ter eliminada, por exemplo, a condição de trabalho perigosa, de seu ambiente laboral.

A primeira das duas alternativas esbarra, porém, no denominado princípio da irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas, que é corolário da proteção. Permitir que o empregado opte por receber apenas um adicional, quando sujeito a dois fatos geradores diversos, equivaleria a instituir a possibilidade de renúncia a direito trabalhista. Ocorre que o artigo 9º, da mesma CLT, estabelece que “serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação”. Logo, essa interpretação não pode prevalecer. Resta a segunda: a opção, concedida apenas ao trabalhador, implica a eliminação do risco ou dano em relação aos demais agentes nocivos. Se o trabalhador não será remunerado, também não poderá ficar exposto a tais agentes, pois o contrário implica-

ria aceitar não apenas o dano, mas sim o dano sem qualquer contraprestação que estimulasse o empregador a eliminá-lo, boicotando a lógica de proteção que a CLT instaura.

Essa racionalidade de proteção à saúde do trabalhador está expressa também quando a CLT dispõe que a “empresa é obrigada a fornecer aos empregados, gratuitamente, equipamento de proteção individual adequado ao risco e em perfeito estado de conservação e funcionamento, sempre que as medidas de ordem geral não ofereçam completa proteção contra os riscos de acidentes e danos à saúde dos empregados” (Art. 166) e deve perseguir a “eliminação ou a neutralização da insalubridade” (Art. 191). Por fim, é também de proteção à saúde que trata a regra que estabelece que os “efeitos pecuniários decorrentes do trabalho em condições de insalubridade ou periculosidade **serão devidos** a contar da data da inclusão da respectiva atividade nos quadros aprovados pelo Ministro do Trabalho” (Art.196). Todas normas de proteção, cujo recado social é o da necessidade de eliminação dos riscos e danos à saúde do trabalhador, e não de sua potencialização.

Com a edição da Constituição de 1988, que concede fundamentalidade formal (além de material) aos direitos trabalhistas, inserindo-os no TÍTULO II, DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS, é mais clara ainda a impossibilidade de sustentação jurídica de qualquer interpretação que promova o adoecimento no ambiente de trabalho. À luz da Constituição, a percepção dos adicionais de remuneração pela realização de atividades insalubres, penosas ou perigosas passou a constituir direito fundamental dos trabalhadores brasileiros. Mais: é dever do empregador a “redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança” (Art. 7º, XXII). A ordem jurídica é de clareza solar, basta olhar e ver.

391

O que é curioso, porém, é que nenhuma dessas alternativas foi adotada pela maior parte da doutrina e da jurisprudência trabalhistas. A compreensão que prevaleceu foi a de que tanto o empregador, quanto o juiz do trabalho em uma demanda trabalhista, podem negar ao trabalhador o direito a um dos adicionais de salário, quando duas ou mais condições de risco/dano efetivo à saúde estiverem presentes em sua atividade laboral.

Essa interpretação, que não guarda qualquer relação com a literalidade do art. 193 da CLT e que contraria todas as normas de proteção à saúde presentes na CLT e na Constituição, passou a constituir uma espécie de mantra, capaz de eliminar qualquer discussão sobre o assunto. Até mesmo os advogados dos trabalhadores, quando formulam suas pretensões em juízo, muitas vezes referem, já na peça inicial, algo como “o empregado desde logo opta pelo adicional de insalubridade que lhe seja mais favorável”, esquecendo-se de que àquela altura, no mais das vezes com o vínculo já extinto, sequer poderia haver opção válida.

A renúncia a direito que a Constituição expressamente reconhece como alimentar (artigo 100) era, e ainda é, chancelada e estimulada por muitos agentes do Direito do Trabalho, do advogado ao juiz, do doutrinador ao relator, que se negam a sair dessa “zona de conforto” ou mesmo a perceber que tal compreensão do dispositivo legal, na prática, equivale a negar eficácia a um direito fundamental constitucionalmente previsto.

A boa notícia é que recentemente, quando o TST, em uma decisão paradigmática da lavra do Ministro Cláudio Brandão, resolveu examinar o tema sob perspectiva diversa, o assun-

to voltou a ser alvo de interesse dos intérpretes aplicadores do Direito do Trabalho. Porém, é relevante perceber: a decisão invoca a superação do art. 193 da CLT, como se ele dissesse o que não diz, e fundamenta a possibilidade de cumulação nos textos de tratados internacionais de direitos humanos, notadamente nas Convenções nº 148 (que consagra a necessidade de atualização constante da legislação sobre as condições nocivas de trabalho) e nº 155 (determina que sejam levados em conta os riscos para a saúde decorrentes da exposição simultânea a diversas substâncias ou agentes) da OIT¹.

A miopia em relação à norma legal não foi superada. A perspectiva, que é válida e sem dúvida alguma promove significativo avanço em termos de hermenêutica constitucional, mantém a cegueira ideológica acerca do caráter protetivo da norma do art. 193 da CLT, conferindo-lhe uma redação que ele definitivamente não possui. E com isso facilita a manutenção da ótica conservadora, mediante a qual a CLT veda a cumulação desses adicionais de salário.

3 Uma cegueira ideológica

As razões dessa cegueira extrapolam a esfera jurídica. São de tal modo fortes, que legitimaram a edição de texto em norma regulamentar do Ministério do Trabalho que, com o propósito de explicitar o referido art. 193, veda a cumulação (item 16.2.1 da NR-16 da Portaria nº 3.214/78 do Ministério do Trabalho e Emprego), extrapolando-o e negando, com isso, tanto a CLT quanto a própria Constituição.

Trata-se de uma mentalidade de negação dos direitos fundamentais, que atende à lógica econômica imediata e sequer percebe as consequências sociais e também econômicas dessa opção míope.

O fato de que podemos simplesmente alterar o conteúdo de um dispositivo legal, repetindo que ele estabelece o que ali não está escrito, demonstra que o problema que aqui enfrentamos não é (apenas) jurídico.

Como escrevi em outra obra, a racionalidade moderna, com a construção histórica da noção de liberdade como a capacidade de ser proprietário para alienar e adquirir, constitui uma ideologia própria, que reivindica para si a característica de não-ideológica². Essa “naturalização da realidade” que o capital elabora, transformando a todos em “sujeitos de direito”, cuja expressão máxima de liberdade é a capacidade de alienar a si mesmo (a sua força de trabalho) é, por si só, uma ideologia de características muito claras: somos livres para contratar nosso tempo de vida e nossa saúde. Essa “liberdade que escraviza”³ justifica que a venda do tempo de vida saudável que temos na terra seja operada mediante padrões de compra e venda, em que é possível fixar valores para a exposição ao dano (adicionais de salário). Daí para a compreensão de que é

¹ RR - 1072-72.2011.5.02.0384. Data Julgamento: 24/09/2014, Relator Ministro: Cláudio Mascarenhas Brandão, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 3/10/2014.

² SEVERO, Valdete Souto. *Elementos para o uso transgressor do Direito do Trabalho*: compreendendo as relações sociais de trabalho no Brasil e a função do Direito diante das possibilidades de superação da forma capital. São Paulo: LTr, 2015.

³ MARX, Karl. *O Capital. Livro I*. São Paulo: Boitempo, 2013.

possível sujeitar uma pessoa a várias espécies diversas de risco e dano efetivo à saúde, é apenas um pequeno passo. A ótica pela qual a matéria passa a ser examinada é, então, econômica. À premissa de que proteger a saúde de quem trabalha interessa à sociedade, constituindo valor fundante dentro da lógica de viver bem com os outros, impõe-se a premissa de que o empregador não pode ser onerado com o custo do trabalho.

Então, em vez de pensarmos por que legitimamos a conduta de quem emprega, sujeitando seres humanos a uma, duas ou mais condições de prejuízo real ao seu tempo de vida na terra, passamos a raciocionar sob a perspectiva da troca. Reconhecer o direito a apenas um adicional de salário permite que a empresa continue funcionando, sem ônus demasiado. Se disso resulta uma sociedade de pessoas doentes, parece ser algo que não nos afeta.

Essa é a capacidade mais impressionante da ideologia do capital. O discurso elimina as pessoas reais, de carne, osso, lágrimas e sangue, para em seu lugar apresentar dados econômicos, estatísticas. No caso específico da cumulação dos adicionais, é bem verdade que sequer nos esforçamos para buscar tais argumentos. Invocamos apenas a literalidade do artigo 193 da CLT que, pasme-se, não diz nada daquilo que a ele atribuímos.

Nesse aspecto, portanto, a cegueira ideológica adquire sua força máxima: apenas negamos o discurso, sequer nos esforçamos para encontrar argumentos que justifiquem essa negação da norma de proteção. E é bom que se registre: não é privilégio do art 193 da CLT ser alvo dessa estratégia de negação. O mesmo ocorre, por exemplo, com o art. 62 da CLT, cuja leitura dominante é de que autoriza o empregador a tomar trabalho, inclusive em horário extraordinário, sem efetuar o respectivo pagamento. Algo que o dispositivo não diz.

393

É evidente que ao fazermos uma leitura desconectada da literalidade desses dispositivos eliminamos a possibilidade de debate crítico acerca do seu conteúdo. Daí porque é tão fácil seguir repetindo o mesmo mantra.

O problema é que a consolidação de um discurso de negação, a partir do qual a norma do art. 193 é alterada para representar o que não expressa, implica claro estímulo à exposição do trabalhador a dois ou mais agentes nocivos a sua saúde. Se o empregador expuser cada um de seus trabalhadores a apenas um dos agentes insalubres, penosos ou perigosos que existem no ambiente de trabalho, terá de remunerá-los por isso. Se, entretanto, optar por submeter um único ser humano a dois ou mais agentes nocivos, receberá como prêmio a possibilidade de pagar apenas um dos adicionais devidos. Esse estímulo à exposição dos trabalhadores ao risco e ao dano efetivo à saúde potencializa as possibilidades de doenças ocupacionais que, por sua vez, geram uma demanda previdenciária apontada como insuportável pelo sistema.

A reprodução de ambientes adoecedores de trabalho, a partir da lógica econômica de que custa bem menos pagar um adicional de salário (mesmo sujeitando o empregado a dois ou mais agentes nocivos) do que tornar o ambiente seguro, reduz a qualidade de vida e, por consequência, o convívio social saudável dos trabalhadores. E os trabalhadores não constituem uma espécie a parte de seres humanos, que podem passar todo o tempo trabalhando ou sujeitar-se a condições penosas, insalubres e perigosas reduzindo sua possibilidade de vida saudável, sem que isso interfira em todo o tecido social.

O que quero expressar aqui, como argumento que talvez atinja aqueles que se preocupam mais com as repercussões econômicas da lei do que com seu caráter de construção social, é que a economia que o empregador faz, ao deixar de pagar todos os adicionais de salário devidos, tem um custo social que atinge a todos, indiscriminadamente. Uma sociedade de pessoas doentes é uma sociedade doente, com alto custo previdenciário, com uma “produção” menos qualificada, e que reproduz miséria e revolta.

Eis porque não há como desconectar a análise jurídica do entendimento dominante, acerca de uma suposta impossibilidade de cumulação referendada pelo art. 193 da CLT, do problema que realmente estamos enfrentando aqui: o tipo de sociedade que estamos construindo.

Todo o conjunto de normas constitucionais e internacionais, invocados como fundamento para a mudança de compreensão representada nas decisões do Ministro Cláudio Brandão, foi construído em face da necessidade de lidar com um elemento visceral do sistema capitalista de produção: as consequências humanas e sociais da exploração do trabalho pelo capital. Isso ocorreu não apenas (e talvez nem mesmo decisivamente) porque percebemos a miséria social que essa exploração incentiva e reproduz, mas sim em razão das consequências econômicas que daí decorrem.

O Direito do Trabalho, fundamentado na proteção, conseguiu consolidar-se numa lógica em que tudo (pessoas e coisas) é reduzido à condição de mercadoria de troca, porque é necessário à manutenção da própria lógica do capital. Sem trabalhadores saudáveis não há produção, sem consumidores não há circulação de mercadorias. Daí porque normas como a do art. 193 da CLT ou do artigo 7º, XXIII, da Constituição, foram editadas. Para proteger o trabalhador, a fim de que ele possa continuar em sua condição de trabalhador, e para que o custo dessa exploração não se torne insuportável para o próprio sistema.

Por sua vez, a compreensão restritiva e mesmo negadora de direitos, que prolifera intensamente na Justiça do Trabalho (basta pensarmos em exemplos como os das súmulas 331, 338 ou 443 do TST; na compreensão dominante acerca da aplicação do art. 62 da CLT ou mesmo nesse senso comum de que o art. 193 veda a cumulação) é resultado dessa tensão. O Direito do Trabalho, embora sirva para manter a lógica do capital, o tensiona constantemente, obrigando-o a enxergar-se tal como é.

Essa é a razão pela qual defendo o uso transgressor do Direito do Trabalho⁴. O paradoxo que temos a enfrentar é esse e só compreendendo-o conseguiremos compreender as razões pelas quais entendimentos como o aqui criticado adquirem a força de um dogma.

O Direito do Trabalho, caso aplicado em seu potencial máximo, poderá provocar a ruptura do sistema que protege, porque o capital consegue adaptar-se às suas limitações apenas até determinado ponto. Por isso mesmo, as normas de proteção trabalhistas estão sempre na berlinda e dificilmente são aplicadas tal como previstas no ordenamento jurídico.

⁴ SEVERO, Valdete Souto. *Elementos para o uso transgressor do Direito do Trabalho*: compreendendo as relações sociais de trabalho no Brasil e a função do Direito diante das possibilidades de superação da forma capital. São Paulo: LTr, 2015. Trata-se de uma transgressão positiva, não no sentido de desafiar o ordenamento jurídico, mas sim de aplicá-lo em toda a sua potência.

O exemplo da duração do trabalho é eloquente. Se levássemos a sério as normas constitucionais e legais acerca da limitação do tempo de trabalho, não poderíamos sequer cogitar a possibilidade de “banco de horas” (alteração legislativa posterior e absolutamente contrária aos limites constitucionais), de utilização do chamado regime de 12 x 36 ou de produção de prova oral em favor de empregador que descumpra o dever de trazer aos autos os registros dos horários de trabalho.

No caso da cumulação dos adicionais de proteção à saúde e à vida do trabalhador, a ideologia é a mesma. Se aplicássemos a Constituição, certamente tornaríamos inviável a empresa que se utiliza do tempo de vida de seres humanos, sujeitando-os a dano e risco iminente (sobretudo de forma cumulada).

A Constituição determina a permanente redução dos riscos e dos danos à saúde de quem trabalha. Deveríamos, portanto, estar lutando pela eliminação desses agentes, e não pela remuneração do mal que causam. Em uma perspectiva mais imediata e menos transgressora, deveríamos haver superado essa compreensão conservadora e desconectada do texto do art. 193 da Constituição, como estímulo à construção de ambientes saudáveis de trabalho.

Estamos bem longe disso. Há, inclusive, projeto de lei (PL 176/2011) tramitando no Congresso Nacional, para a regulamentação do uso do amianto em ambientes de trabalho, apesar de se tratar de agente já banido em vários países, pelo terrível mal que causa à vida humana⁵.

O Direito nada mais é do que a forma jurídica escolhida para atender às necessidades do capital. Essa afirmação, que parece ousada, é em realidade singela: nossas estruturas jurídicas atuam para que as coisas permaneçam como estão. Em algumas situações, no movimento complexo e dialógico das relações humanas, servem também para limitar ou desafiar essa lógica, como é o caso do Direito do Trabalho. Quando isso ocorre, porém, o movimento de contenção

395

⁵ “A exposição ao amianto está relacionada à ocorrência de diversas patologias, malignas e não malignas. Ele é classificado pela Agência Internacional de Pesquisa (Iarc) no grupo 1 – os dos reconhecidamente cancerígenos para os seres humanos. [...] Entre as principais doenças relacionadas ao amianto, temos: Asbestose – A doença é causada pela deposição de fibras de asbesto nos alvéolos pulmonares, provocando uma reação inflamatória, seguida de fibrose e, por conseguinte, sua rigidez, reduzindo a capacidade de realizar a troca gasosa, promovendo a perda da elasticidade pulmonar e da capacidade respiratória com sérias limitações ao fluxo aéreo e incapacidade para o trabalho. Nas fases mais avançadas da doença esta incapacidade pode se estender até para a realização de tarefas mais simples e vitais para a sobrevivência humana. Câncer de pulmão – O câncer de pulmão pode estar associado com outras manifestações mórbidas como asbestose, placas pleurais ou não. O seu risco pode aumentar em 90 vezes caso o trabalhador exposto ao amianto também seja fumante, pois o fumo potencializa o efeito sinérgico entre os dois agentes reconhecidos como promotores de câncer de pulmão. Estima-se que 50% dos indivíduos que tenham asbestose venham a desenvolver câncer de pulmão. [...] Câncer de laringe, do trato digestivo e de ovário; Mesotelioma – O mesotelioma é uma forma rara de tumor maligno, mais comumente atingindo a pleura, membrana serosa que reveste o pulmão, mas também incidindo sobre o peritônio, pericárdio e a túnica vaginal e bolsa escrotal. Está se tornando mais comum em nosso país, já que atingimos o período de latência de mais de 30 anos da curva de crescimento da utilização em escala industrial no Brasil, que deu-se durante o período conhecido como o “milagre econômico”, na década de 1970. Não se estabeleceu nenhuma relação do mesotelioma com o tabagismo, nem com doses de exposição. O Mesotelioma maligno pode produzir metástases por via linfática em aproximadamente 25% dos casos. Além das doenças descritas, o amianto pode causar espessamento na pleura e diafragma, derrames pleurais, placas pleurais e severos distúrbios respiratórios. Todas as formas e tipos de amianto são cancerígenas”. (<http://www2.inca.gov.br/wps/wcm/connect/cancer/site/prevencao-fatores-de-risco/amianto>, acesso em 2/6/2016).

ou mesmo combate às conquistas sociais que desafiam a lógica das trocas é tão intenso que por vezes nos cega.

4 As formas de resistência conservadora: por que insistimos em negar a proteção?

O passo dado pelo TST em decisões como a antes referida é extremamente importante. Nos induz a sair da zona de conforto e repensar essa batalha pela proteção à saúde do trabalhador, que parecia, senão vencida, fortemente combatida. É por isso que decisões como essa devem ser analisadas, discutidas nos bancos acadêmicos e invocadas nos processos trabalhistas.

É por isso, também, que um avanço, embora tímido, no sentido da proteção, sempre sofre o revés do despertar conservador, que no quadro atual das relações de trabalho no Brasil encontra fortes adeptos nos três poderes da República. Nosso olhar, porém, ficará limitado à atuação do Poder Judiciário Trabalhista.

Nesse aspecto, é preciso referir que o Tribunal Regional do Trabalho da Quarta Região, contrariando o avanço da jurisprudência do TST, editou recentemente a Súmula nº 76, de setembro de 2015, negando a possibilidade de cumulação⁶. Em um dos “precedentes” desta súmula (0000847-85.2013.5.04.0203 RO), há referência de que a Convenção 155 “nada dispõe acerca da possibilidade de percepção cumulativa dos adicionais de insalubridade e periculosidade”.

396

Essa Convenção, ratificada pelo Brasil, refere que, em seu art. 4º, que “todo Membro deverá, em consulta com as organizações mais representativas de empregadores e de trabalhadores, e levando em conta as condições e as práticas nacionais, formular, pôr em prática e reexaminar periodicamente uma política nacional coerente em matéria de segurança e saúde dos trabalhadores e o meio-ambiente de trabalho”, cujo objetivo (item 2) deve ser “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”.

É o que também determina a Constituição do 1988. A prevenção e a redução dos riscos e danos se faz, por um lado, pela eliminação dos agentes nocivos e, por outro, pela imposição de ônus econômico ao empregador que opta por manter ambientes insalubres, penosos ou perigosos.

O art. 8º dessa mesma Convenção ainda estabelece que “todo Membro deverá adotar, por via legislativo ou regulamentar ou por qualquer outro método de acordo com as condições e a prática nacionais, e em consulta com as organizações representativas de empregadores e de trabalhadores interessadas, as medidas necessárias para tornar efetivo o artigo 4º da presente Convenção”. O artigo 16, por sua vez, refere que “deverá ser exigido dos empregadores que, na medida que for razoável e possível, garantam que os locais de trabalho, o maquinário, os equi-

⁶ ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE. ACUMULAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. O pagamento cumulativo dos adicionais de insalubridade e periculosidade encontra óbice no artigo 193, § 2º, da CLT, o qual faculta ao empregado o direito de optar pelo adicional mais favorável. Inexistência de violação aos incisos XXII e XXIII, do artigo 7º, da Constituição.

pamentos e as operações e processos que estiverem sob seu controle são seguros e não envolvem risco algum para a segurança e a saúde dos trabalhadores”; que adotem “medidas de proteção adequadas” e que forneçam “roupas e equipamentos de proteção adequados a fim de prevenir, na medida que for razoável e possível, os riscos de acidentes ou de efeitos prejudiciais para a saúde”. Por fim, o artigo 21 arremata dispondo que “as medidas de segurança e higiene do trabalho não deverão implicar nenhum ônus financeiro para os trabalhadores”.

Talvez não seja suficiente. Certamente, não é tudo. Há também a Convenção 148 da OIT, igualmente ratificada, que estabelece medidas de proteção similares. E, claro, há a Constituição de 1988 determinando (inciso XXII do art. 7º) a redução dos riscos inerentes ao trabalho e reconhecendo o direito fundamental ao recebimento de (inciso XXIII) “adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei”. A lei, que poderá disciplinar esse dispositivo constitucional, certamente não pode eliminar alguma das formas de proteção ali previstas. A compreensão de que o art. 193 da CLT veda a cumulação faz exatamente isso: na prática, elimina o direito fundamental ao pagamento de um desses adicionais, boicotando o projeto constitucional de constante redução de riscos e danos à saúde do trabalhador. Por fim, há a redação do art. 193 da CLT, que apenas fixa uma faculdade para o empregado, e não (pois sequer poderia fazê-lo) a imposição de renúncia a direito alimentar.

Outro “precedente” invocado para subsidiar a súmula 76 do TRT da Quarta Região é a decisão 0001643-84.2012.5.04.0341 RO, que também fundamenta-se no fato de que a literalidade do art. 193 não contraria a Constituição, nem as Convenções da OIT, que nada referem expressamente acerca da cumulação. Há, ainda, “precedente” que se refere à situação específica de uma fundação pública (0000601-62.2013.5.04.0018 RO) e os demais, que se limitam a invocar a redação do art. 193 da CLT (0020021-43.2014.5.04.0010 (RO); 0000907-19.2013.5.04.0701 RO e 0020085-02.2013.5.04.0006 (RO)).

397

É interessante observar que os fundamentos para a negação do direito, no mais das vezes, constituem mera repetição da afirmação de que o dispositivo da CLT veda a cumulação. Na realidade, o art. 193, como já referi, nada dispõe acerca da cumulação. Trata-se de norma de direito material, a ser aplicada durante a execução do vínculo de emprego e em momento algum contém autorização para que o empregador suprima ou para que o juiz negue o pagamento de adicional reconhecido como devido ao trabalhador.

O TST parece trilhar o mesmo caminho, em decisão proferida pela SDI, em abril deste ano: “Adicional de insalubridade e de periculosidade. Cumulação. Impossibilidade. Prevalência do art. 193, § 2º, da CLT ante as Convenções nºs 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 nºs 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”⁷.

⁷ Foram vencidos os Ministros Cláudio Mascarenhas Brandão, relator, Augusto César de Carvalho, Hugo Carlos Scheuermann e Alexandre Agra Belmonte. TSTE-ARR-1081- 60.2012.5.03.0064, SBDI-I, rel. Min. Cláudio Mascarenhas Brandão, red. p/ acórdão Min. João Oreste Dalazen, 28.4.2016.

A nossa dificuldade em superar o argumento da literalidade do art. 193 da CLT, mesmo quando esse dispositivo não diz o que a ele atribuímos, é o que permite que o discurso jurídico permaneça insistindo na mesma tecla.

Sequer precisaríamos invocar convenções da OIT, ou mesmo o texto constitucional, para reconhecer, ainda que sob a rasteira perspectiva da interpretação literal, que a norma de proteção contida na CLT estabelece mera faculdade, que atribui exclusivamente ao empregado, e que examinada de modo sistemático (pois o direito não se interpreta em tiras) não pode implicar renúncia.

5 A luz no fim do túnel

Os adicionais de salário que decorrem da sujeição do trabalhador a risco de morte (periculosidade) ou a dano efetivo à saúde (insalubridade e penosidade) tem fatos geradores diversos. Note-se que se trata de adicional de salário fixado nos mesmos moldes dos demais adicionais de remuneração previstos em lei (adicional noturno, horas extras, etc). Todos eles, tem por escopo contraprestar situação específica de trabalho, não remunerada pelo valor básico garantido mensalmente ao obreiro.

Enquanto o adicional de insalubridade visa contraprestar situação de prejuízo efetivo à saúde do trabalhador, por sua exposição continuada a agente nocivo, o adicional de penosidade compensa o excessivo rigor das circunstâncias em que o trabalho é realizado e o adicional de periculosidade tem por objetivo remunerar o risco de um acidente, que poderá nunca vir a ocorrer, mas que caso ocorra poderá ser fatal ao empregado.

Nesse sentido, o inciso XXIII do art. 7º da Constituição refere-se à necessidade de garantir o pagamento do adicional de salário em qualquer das hipóteses que elenca, mas de modo algum os exclui mutuamente. Sequer há razoabilidade em tal compreensão. A existência de condições insalubres não elide o perigo a que possa estar exposto o trabalhador. Por consequência, não há fundamento lógico ou jurídico a sustentar a necessidade de opção entre uma e outra verba.

Como já mencionei, a faculdade estabelecida no art. 193 da CLT, para ser compatível com a ordem constitucional vigente, tem de ser entre se submeter a situação insalubre ou se submeter a situação perigosa. Havendo submissão do empregado a duas situações nocivas diversas de lesão à integridade física (potencial ou efetiva), é certo que deve haver remuneração por ambas, sob pena de premiar o empregador que submete o mesmo ser humano a duas ou mais situações lesivas, em detrimento daquele que não o faz.

Basta pensar em casos práticos, para que percebamos o paradoxo e total ausência de equidade nas seguintes situações. Caso o mesmo empregado prestasse as atividades consideradas como insalubre e perigosa a diferentes empregadores teria, indubitavelmente, direito à percepção de ambos adicionais. Da mesma forma, a contratação de dois trabalhadores distintos, um para realização da tarefa insalubre e outro para a tarefa perigosa, importaria o pagamento de ambos adicionais (um para cada trabalhador).

Então, qual seria o escopo da compreensão do art. 193 ao supostamente estabelecer vedação à cumulação, senão o de punir o trabalhador por mitigar duas vezes sua expectativa de vida (mediata e imediatamente) em prol da atividade produtiva do empregador? A utilização de regra de hierarquia inferior (art. 193 da CLT) para integrar norma constitucional, em sentido contrário ao de sua concretização (e ao de sua literalidade) revela subversão dos pilares fundantes da estabilidade política e social do Estado Democrático e, portanto, da sociedade do capital.

Para compreender isso, precisamos retomar a noção de princípio e reconhecer a razão histórica pela qual temos um Direito do Trabalho. Isso porque a interpretação de regra jurídica de modo absolutamente desconectado do princípio que a inspira e justifica (proteção) implica sua própria negação. Barbagelata refere que a questão social, ou seja, a necessidade de lidar com a realidade excludente e díspare potencializada pelo sistema capitalista está na origem não apenas do Direito do Trabalho, mas dos direitos sociais em geral⁸. Está também na origem da noção que hoje temos (ou tentamos desenvolver) de princípios.

Para que reconheçamos a existência de um princípio próprio do Direito do Trabalho, devemos identificar a razão por que as regras trabalhistas são criadas e pela qual devem ser aplicadas, sua função dentro de um Estado que se pretende democrático e solidário, embora mantenha seu ideal liberal.

O princípio, nessa perspectiva, qualifica-se como o que está “no princípio mesmo” da criação de um determinado conjunto de regras. O Direito do Trabalho não reproduz o ideal de igualdade do Direito Civil; não busca reestabelecer o equilíbrio material entre as partes. Justamente porque a diferença (entre o que empregado e empregador colocam em jogo em uma relação de trabalho) é objetiva (troca de tempo de vida por remuneração) não há como minimizá-la. O Direito do Trabalho não ignora (até mesmo estimula) que o trabalhador deve em certa medida tornar-se *coisa* quando ingressa nessa relação social. Apenas estabelece limites à coisificação. O que está, portanto, no *princípio* do Direito do Trabalho é a proteção a quem trabalha para que, mesmo tornando-se “objeto do contrato”, continue sendo sujeito, para quem a ordem jurídica (que garante vida digna, saúde, educação, moradia, trabalho, lazer, etc) também é endereçada.

399

Sem proteção, não há razão alguma para a existência mesma de um Direito *do Trabalho* ou de uma Justiça *do Trabalho*⁹.

Essa compreensão de que normas trabalhistas constituem normas de *proteção ao trabalho* vem ganhando força em algumas importantes decisões do TST, notadamente sobre o tema que é objeto deste artigo.

A luz no fim do túnel, que nos habilita a acreditar em uma mudança de mentalidade capaz de superar definitivamente o entendimento pelo qual não há possibilidade de cumulação

⁸ BARBAGELATA, Hector-Hugo. *Curso sobre La Evolucion del Pensamiento Juslaboralista*. Montevideo: fundacion de cultura universitária, 2011, p. 76.

⁹ Obra de leitura imperdível, que trata dessa questão da importância do reconhecimento da razão pela qual temos Justiça do Trabalho, cuja leitura recomendo: ELFFMAN, Mario. *Questões e questionamentos sobre a Justiça do Trabalho*. Porto Alegre: HS Editora, 2014.

dos adicionais de insalubridade, periculosidade e penosidade, é representada por tais decisões, das quais – além da já referida – destaco:

CUMULAÇÃO DO ADICIONAL DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE. (...) A matéria em questão tem suscitado debates em razão do que dispõe o artigo 193, § 2º, da CLT. Consoante o referido dispositivo, “o empregado poderá optar pelo adicional de insalubridade que porventura lhe seja devido.”, pelo que, segundo essa regra, mesmo exposto a agentes potencialmente nocivos à sua saúde e risco à sua integridade física ou vida, o trabalhador não acumularia dois adicionais, de periculosidade e de insalubridade, quando exposto, simultaneamente, a risco e agente insalubre. Contudo, a aplicação do referido artigo nos conduz à não efetivação do disposto no artigo 7º, XXII, da Constituição Federal: “a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança;”. E essa redução é incentivada pelo legislador por meio de vários expedientes: redução das horas de exposição a risco à saúde ou perigo; normas infraconstitucionais de preparação do ambiente de trabalho; submissão do empregador à realização de exames de saúde no trabalhador e encarecimento do valor do trabalho. A paga pelo trabalho em condições diferenciadas, entre elas as de exposição a riscos à saúde, integridade física e vida do trabalhador não apenas visa remunerar as condições especiais do labor, como também encarecer a mão de obra, visando a realização, pelo empregador, da efetiva diminuição ou eliminação dos riscos. Afinal, pode-se revelar mais barata a preparação adequada do ambiente de trabalho para livrá-lo dos riscos, do que pagar adicionais de insalubridade ou de periculosidade a vários trabalhadores a eles submetidos, concretizando, por vias transversas, o objetivo constitucional. Corroborando com tal entendimento tem-se as Convenções nº 148 e 155 da Organização Internacional do Trabalho, ratificadas pelo Brasil, que nos recomendam uma interpretação mais ampla, ou, ao menos, mais voltada ao aprimoramento das condições de trabalho e extensão da proteção a que o empregado está sujeito, estabelecendo critérios e limites aos riscos profissionais. Assim, a exegese do tema deve voltar-se às exigências sociais, bem como às necessidades e transformações do processo econômico e os reflexos deste sobre as relações de trabalho. E nesse sentido, parece mais adequado concluir que os adicionais podem, sim, ser cumulados. É sabido que a insalubridade compromete a saúde do trabalhador, enquanto a periculosidade expõe a risco a sua vida ou integridade física. Sob este prisma, não haveria muito sentido falar-se em “opção” por um deles, na medida em que a escolha de um dos adicionais não elimina a incidência do outro, mas cumpria-se a lei. O fato, no entanto, é que o art. 193, §2º, da CLT que já tinha sofrido considerável abalo com a ratificação da Convenção nº 148, recebeu o seu golpe de morte a partir da ratificação da Convenção nº 155 da OIT, que, sem dúvida, terminou por revogar, tacitamente, em conjunto com a Convenção anteriormente citada, o referido dispositivo da CLT. Com a ratificação, não ele, mas a plena cobertura por riscos diversos e simultâneos somada ao reconhecimento de direitos sociais não constantes do rol de dispositivos do artigo 7º da Constituição (2ª parte do caput da referida norma constitucional) tornou-se a diretriz a ser seguida, impondo, como normatividade adequada, a devida preparação do ambiente de trabalho, de forma a eliminar ou reduzir os riscos e, se impossível, o pagamento simultâneo de adicionais diferentes, devidos pelas diferentes condições especiais de trabalho, quando suscetíveis de sujeitar o trabalhador, ao mesmo tempo, a riscos à sua saúde e à sua integrida-

de física ou vida. Assim, incólume o art. 193, § 2º, da CLT. Recurso de revista não conhecido”¹⁰.

ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE. POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO. NÃO RECEPÇÃO DO ART. 193, § 2º, DA CLT PELO ART. 7º, XXIII, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. ARTIGO 8.3 DA CONVENÇÃO 148 DA OIT E ART. 11-B DA CONVENÇÃO 155 DA OIT. “STATUS” DE NORMA SUPRALEGAL. A ciência do Direito informa que a Constituição representa fonte normativa dotada de prevalência na ordem jurídica. Ela é que confere validade - fundamento e eficácia - a todas as demais normas jurídicas existentes em determinado contexto jurídico nacional. Observe-se que o fundamento de validade surge, em geral, por abstração negativa, o que significa que a norma infraconstitucional será válida e eficaz desde que não agrida o comando ou princípio constitucional estabelecido. O cotejo das normas jurídicas infraconstitucionais com os princípios e regras constitucionais provoca, como se sabe, distintos fenômenos relevantes. Trata-se da revogação, da recepção e da invalidação. A revogação ocorre quando a antiga norma infraconstitucional é suprimida da ordem jurídica, tácita ou expressamente, por não se compatibilizar com o novo quadro constitucional emergente. A recepção, por sua vez, acontece quando a antiga norma infraconstitucional preserva-se na ordem jurídica, por se mostrar compatível com o novo quadro constitucional emergente. Finalmente, a invalidação se passa quando a norma produzida choca-se com a ordem constitucional em vigor, esterilizando-se por declaração de inconstitucionalidade. Em resumo, se a norma for editada após o advento da nova ordem constitucional, a avaliação circunscreve-se à declaração de inconstitucionalidade ou constitucionalidade das leis e atos normativos. Se a norma infraconstitucional for anterior à nova Constituição e com ela compatível, será recepcionada; se incompatível, será revogada. Trata-se, essa última hipótese, do fenômeno da “não recepção” das normas jurídicas infraconstitucionais. Na presente hipótese avalia-se a recepção do art. 193, § 2º, da CLT, ali inserido pela Lei 6.514/77, pela Constituição Federal promulgada em 1988. E a resposta é negativa. Os incisos XXII e XXIII do art. 7º da CF resguardam o direito dos trabalhadores ao recebimento dos adicionais de insalubridade, periculosidade e penosidade sem qualquer restrição quanto à cumulação, remetendo à lei ordinária a sua regulação, a qual se dá pela CLT e demais normas infraconstitucionais. Trata-se, assim, de norma de eficácia limitada, ou seja, depende de emissão de uma normatividade futura para alcançar plena eficácia. Esse preceito, entretanto, possui relevante eficácia jurídica, isto é, tem aptidão para obstar a edição de normas infraconstitucionais em sentido antitético ou incompatível ao incorporado no preceito constitucional vigente, invalidando - ou revogando, como na hipótese - tais normas antagônicas. Além da força vinculante da Constituição, a República Federativa do Brasil incorporou ao ordenamento jurídico interno as Convenções Internacionais 148, promulgada por meio do Decreto n. 93.413, de 15.10.86, com vigência a partir de 14.01.83, e 155, promulgada pelo Decreto n. 1.254, de 29.9.94, com vigência a partir de 18.5.1993, ambas da OIT. A Convenção nº 148 estabelece diversas propostas relativas ao meio ambiente de trabalho, notadamente em relação à contaminação atmosférica, ruído e vibrações. Por sua vez, a Convenção 155 trata da segurança e saúde dos trabalhadores, adotando diversas proposições relativas à segurança, à higiene e ao meio ambiente do traba-

¹⁰ RR - 1346-03.2013.5.12.0056 , Redator Ministro: Alexandre de Souza Agra Belmonte, Data de Julgamento: 16/12/2015, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 13/5/2016.

lho. Ressalta-se que, no Direito do Trabalho, as Convenções da OIT, quando ratificadas pelo Estado brasileiro, têm se tornado importantes fontes formais justas trabalhistas no País. Não há dúvidas de que a jurisprudência do País (STF), por décadas, considerou que esses diplomas internacionais, ao ingressarem na ordem jurídica interna, fazem-no com o status infraconstitucional. Isso significa que se submetem, inteiramente, ao crivo de constitucionalidade; nesta medida podem ser declarados inválidos, mesmo após ratificados, se existente afronta a regra ou princípio insculpido na Constituição brasileira. Registre-se que a Reforma do Judiciário, promulgada em dezembro de 2004 (EC. 45/04), passou a conferir status de emenda constitucional a tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que tenham sido aprovados com o rito e quorum similares aos de emenda. Cabe ressaltar que o Supremo Tribunal Federal, em sessão de dezembro de 2008, modificou, em parte, sua jurisprudência sobre o status normativo das regras internacionais ratificadas pelo Brasil. Fixou o patamar supralegal dessas regras (acima das leis ordinárias e complementares), desde que referentes a convenções e tratados internacionais sobre direitos humanos (o status clássico, de simples diploma legal, ficou preservado para a generalidade dos documentos internacionais ratificados). A alteração interpretativa tem de ser integrada a um quadro de avanço hermenêutico e cultural, e não de retrocesso. Desse modo, havendo aparente conflito entre normas internacionais ratificadas e o Direito interno, deve prevalecer a norma e a interpretação mais favoráveis à pessoa humana a quem se destina a tutela jurídica. O mesmo se aplica a normas de tratados e convenções internacionais de direitos trabalhistas - que têm óbvia natureza de direitos humanos: em situação de aparente conflito entre preceitos internacionais ratificados (as Convenções citadas, por exemplo) e preceitos legais internos, prevalece o princípio da norma mais favorável ao trabalhador, quer no que tange ao critério de solução do conflito normativo, quer no que diz respeito ao resultado interpretativo alcançado. Com relação ao caso concreto, acerca da possibilidade de cumulação dos adicionais de insalubridade e de periculosidade, não há dúvidas de que as disposições que mais se harmonizam com os referidos preceitos e com as normas constitucionais de proteção do trabalhador são aquelas previstas nas Convenções 148 e 155 da OIT (que possuem status supralegal, isto é, acima das leis ordinárias e complementares, mas abaixo da Constituição), em detrimento da regra do art. 193, § 2º, da CLT, no sentido de que são cumuláveis o adicional de periculosidade e o de insalubridade. Trata-se, com efeito, de parcelas sumamente distintas, que não se compensam, nem se substituem, não podendo ser deduzidas. Desse modo, por força do texto normativo do art. 7º, XXII e XXIII da CF, combinado com o art. 11-b, da Convenção 155 da OIT, o sentido do art. 193, §2º, CLT, tem de ser considerado como não recepcionado (revogado) pela nova ordem jurídica constitucional estabelecida com a Constituição Federal promulgada em 1988, para permitir a acumulação das parcelas diferentes, porém não a duplicidade de pagamento da mesma verba pela ocorrência de duplo fator agressivo. Ou seja, não se pagam, é óbvio, dois adicionais de insalubridade em vista da existência de dois agentes insalubres, pois a verba é a mesma; porém pagam-se as duas verbas distintas (insalubridade e periculosidade), caso existam seus fatores específicos de incidência. Por fim, quanto à possibilidade de os Tribunais manifestarem-se sobre a recepção constitucional por meio de órgão fracionário, o Supremo Tribunal Federal, em diversos julgamentos, considerou que a cláusula de reserva de plenário (full bench), prevista no art. 97 da CF/88, somente se aplica às leis e atos normativos do Poder público editados sob a égide da atual Constituição, não se aplicando, desse modo, ao fenômeno da recepção/não recepção (caso dos autos). Precedentes do STF.

Assim, em razão da necessidade de nova compreensão desta Corte acerca da cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade à luz dos parâmetros acima citados, não se pode considerar que o art. 193, § 2º, da CF, tenha sido recepcionado pela Constituição Federal de 1988, razão pela qual se possibilita a percepção conjunta do adicional de insalubridade e de periculosidade. Recurso de revista conhecido e provido. AGRAVO DE INSTRUMENTO DA RECLAMADA. RECURSO DE REVISTA. PROCESSO SOB A ÉGIDE DA LEI 13.015/2014. ART. 896, § 1º-A, I, DA CLT. EXIGÊNCIA DE TRANSCRIÇÃO DOS FUNDAMENTOS EM QUE SE IDENTIFICA O PREQUESTIONAMENTO DA MATÉRIA OBJETO DE RECURSO DE REVISTA. 1. PRELIMINAR DE NULIDADE POR CERCEAMENTO DE DEFESA. 2. TURNO ININTERRUPTO DE REVEZAMENTO. 3. HORAS EXTRAS. INVALIDADE DO REGIME DE COMPENSAÇÃO. 4. INTERVALO INTRAJORNADA. 5. ADICIONAL NOTURNO. 6. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. 7. HONORÁRIOS PERICIAIS. 8. ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. 9. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ÔBICE ESTRITAMENTE PROCESSUAL. Nos termos do art. 896, § 1º-A, I, da CLT, incluído pela Lei n. 13.015/14, a transcrição dos fundamentos em que se identifica o prequestionamento da matéria impugnada constitui exigência formal à admissibilidade do recurso de revista. Havendo expressa exigência legal de indicação do trecho do julgado que demonstre o enfrentamento da matéria pelo Tribunal Regional, evidenciando o prequestionamento, a ausência desse pressuposto intrínseco torna insuscetível de veiculação o recurso de revista. Precedentes. Agravo de instrumento desprovido¹¹.

CUMULAÇÃO DOS ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE E DE PERICULOSIDADE. POSSIBILIDADE. PREVALÊNCIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS SOBRE A CLT. CONVENÇÕES 148 E 155 DA OIT. A Sétima Turma, no julgamento do processo TST-RR-1072-72.2011.5.02.0384, da lavra do Ministro Cláudio Mascarenhas Brandão, decidiu ser possível a cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade. No entanto, o Tribunal Regional deu parcial provimento ao recurso ordinário da Reclamada para declarar a impossibilidade de cumulação dos adicionais de insalubridade e de periculosidade, facultando ao Autor a opção pelo adicional mais benéfico, na fase processual de liquidação. Demonstrada possível ofensa ao art. 7º, XXIII, da Constituição Federal, impõe-se o provimento do agravo de instrumento, para determinar o processamento do recurso de revista. Agravo de instrumento provido¹².

ADICIONAL DE INSALUBRIDADE - ADICIONAL DE PERICULOSIDADE - CUMULAÇÃO - POSSIBILIDADE - PREVALÊNCIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS E SUPRALEGAIS SOBRE A CLT - JURISPRUDÊNCIA DO STF - OBSERVÂNCIA DAS CONVENÇÕES NºS 148 E 155 DA OIT - COMPENSAÇÃO INDEVIDA. No julgamento do RR-1072-72.2011.5.02.0384, de relatoria do Min. Cláudio Mascarenhas Brandão, a 7ª Turma do TST firmou entendimento de que a norma contida no art. 193, § 2º, da CLT não foi recepcionada pela Constituição Federal, que, em seu art. 7º, XXIII, garantiu o direito dos trabalhadores ao recebimento dos adicionais de insalubridade e

¹¹ ARR - 465-74.2013.5.04.0015, Relator Ministro: Mauricio Godinho Delgado, Data de Julgamento: 16/12/2015, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 13/05/2016.

¹² RR - 41-83.2013.5.04.0871, Relator Ministro: Douglas Alencar Rodrigues, Data de Julgamento: 20/04/2016, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 29/04/2016.

de periculosidade, sem ressalva acerca da cumulação. A possibilidade de recebimento cumulado dos mencionados adicionais se justifica em face de os fatos geradores dos direitos serem diversos. Além disso, a inclusão no sistema jurídico interno das Convenções Internacionais nºs 148 e 155, com a qualidade de normas materialmente constitucionais ou supralegais, como decidido pelo STF, determina a atualização contínua da legislação acerca das condições nocivas de labor e a consideração dos riscos para a saúde do trabalhador oriundos da exposição simultânea a várias substâncias insalubres e agentes perigosos. Assim, não se aplica mais a mencionada norma da CLT, sendo possível o pagamento conjunto dos adicionais de insalubridade e de periculosidade. Recurso de revista não conhecido¹³.

É representada, também, pela manifestação conjunta dos juízes do trabalho, reunidos no último CONAMAT/2016, realizado em Salvador, com aprovação de tese, segundo a qual:

O § 2º do art. 193 da CLT encontra-se revogado por não ter sido recepcionado pela Constituição Federal, já que seu comando ofende aos princípios da dignidade da pessoa humana e valor social do trabalho, além de ser discriminatório. Os adicionais de remuneração visam a compensar as condições mais desgastantes de trabalho. Assim, a opção entre o recebimento do adicional de insalubridade ou periculosidade beneficia o empregador, que mantém dupla ofensa ao meio ambiente de trabalho saudável, e prejudica o empregado que deixa de receber o adicional por um dos agentes. Portanto, coexistentes as condições de insalubridade e periculosidade, são devidos de forma cumulada ambos os adicionais”.

404

Embora seja notável a dificuldade em superar a interpretação do art. 193 da CLT, os entendimentos acima reproduzidos pelo menos o afasta de modo definitivo.

6 Considerações finais

O projeto de sociedade contido na Constituição de 1988 propõe-se constante redução dos riscos inerentes ao trabalho, mediante construção de um meio ambiente de trabalho saudável. Portanto, deveríamos estar lutando pela supressão dos agentes insalubres, penosos e perigosos no ambiente de trabalho.

Apesar disso, o discurso ainda transita pelo campo da chamada monetarização dos riscos e mesmo aí com um grave déficit de linguagem constitucional, pois ainda não conseguimos reconhecer a condição de adicional de remuneração para o adicional de insalubridade (já que insistimos no entendimento restritivo de fixação desse adicional tendo por base de cálculo o salário mínimo e o fazemos sustentados por uma súmula vinculante - 04 - cujo verbete diz exatamente o contrário).

As condições de agressão à saúde do trabalhador ou de risco de vida devem ser combatidas e não naturalizadas, como fazemos ao discutir, ainda, a possibilidade ou não de cumulação

¹³ RR - 20184-08.2014.5.04.0403 , Relator Ministro: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, Data de Julgamento: 13/04/2016, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 15/4/2016.

dos adicionais, quando a existência mesma de trabalhadores sujeitos a várias condições insalubres e/ou perigosas deveria causar repulsa.

A interpretação do art. 193 da CLT, notadamente aquela literal que vem sendo invocada para promover a negação do pagamento dos adicionais de salário devidos, não autoriza a conclusão de que existe uma vedação na cumulação dos adicionais. O máximo que o dispositivo nos autoriza a concluir, se quisermos observar a sua literalidade, é a possibilidade de o empregado, ainda durante o vínculo, optar por um dos adicionais. E, nesse caso, só há falar em opção válida na medida em que não implicar renúncia, ou seja, quando as demais situações perigosas e insalubres forem realmente eliminadas da relação de trabalho.

É urgente retomar o que está no princípio do Direito do Trabalho. E no princípio está a proteção a quem trabalha. Essa noção de proteção, que legitima e justifica a existência mesma de um direito fundamental dos trabalhadores, precisa contaminar nosso olhar para as normas jurídicas trabalhistas. O artigo 193 da CLT não está solto no tempo e no espaço. Ao contrário, participa de um sistema jurídico de proteção, cujo objetivo é, em última análise, impedir que a relação entre capital e trabalho reduza seres humanos à condição de coisas.

Sequer é necessário, portanto, recorrer a tratados de direitos humanos, cuja importância não se discute, mas que deveriam servir para a reafirmação das normas materiais que já possuímos e não como uma espécie de salvação vinda de fora.

O direito ao pagamento de adicionais de salário pelo risco de morte ou acidente e pelo dano efetivo à saúde é algo a ser superado. Precisamos evoluir a ponto de elidir a existência mesma de circunstâncias nocivas. Até que isso ocorra, porém, é preciso pelo menos assumir a opção que fizemos pela monetarização do dano e utilizá-la de modo coerente e compatível com o projeto social contido na Constituição.

Referências

BARBAGELATA, Hector-Hugo. **Curso sobre La Evolucion del Pensamiento Juslaboralista**. Montevideo: fundacion de cultura universitária, 2011, p. 76

ELFFMAN, Mario. **Questões e questionamentos sobre a Justiça do Trabalho**. Porto Alegre: HS Editora, 2014.

MARX, Karl. **O Capital. Livro I**. São Paulo: Boitempo, 2013.

SEVERO, Valdete Souto. **Elementos para o uso transgressor do Direito do Trabalho**: compreendendo as relações sociais de trabalho no Brasil e a função do Direito diante das possibilidades de superação da forma capital. São Paulo: LTr, 2015.