

CUMULAÇÃO DE ADICIONAIS NA RELAÇÃO DE EMPREGO - RESPEITO AO DIREITO HUMANO À SAÚDE DO TRABALHADOR

Tânia Mara Guimarães Pena*

SUMÁRIO

- 1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS
- 2 ARGUMENTOS FAVORÁVEIS À CUMULAÇÃO DE ADICIONAIS
- 3 PARADOXO?: CRÍTICA À MONETIZAÇÃO DOS RISCOS/DANOS X ACÚMULO DE ADICIONAIS
- 4 REFERÊNCIAS

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A ampliação da competência da Justiça do Trabalho, ditada pela Emenda Constitucional n. 45 de 2004, permitiu que os operadores dessa área do direito tomassem contato com uma realidade até então pouco conhecida: o adoecimento do trabalhador brasileiro. Inúmeros processos inundaram o Judiciário Trabalhista com questões ligadas a doenças e acidentes típicos do trabalho.

A análise de diversas ações em que se discutia o adoecimento e/ou a perda de capacidade laborativa do trabalhador, sempre embasadas por laudos médicos, permitiu verificar que, em grande parte delas, o trabalho insalubre e/ou perigoso foi causa direta - ou pelo menos concausa - para as moléstias diagnosticadas e/ou acidentes ocorridos.

No dicionário eletrônico Houaiss o verbete saúde significa: estado de equilíbrio dinâmico entre o organismo e seu ambiente, o qual mantém as características estruturais e funcionais do organismo dentro dos limites normais para a forma particular de vida (raça, gênero, espécie) e para a fase particular de seu ciclo vital; estado de boa disposição física e psíquica; bem-estar.

O conceito *supra* representa o entendimento corrente de que saúde é o estado de quem se encontra sadio, sem doença. Durante muito tempo se concebeu um conceito negativo de saúde, ou seja, como ausência de doença, tanto que a medicina tradicional, em regra, sempre se preocupou mais com o trato da doença que com a sua prevenção.

Contudo, com a criação da OMS em 1946 (e funcionamento a partir de 07.04.48), surgiu o conceito positivo de saúde. Na sua carta de fundação, saúde está conceituada como “[...] um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade”. A agência especializada da ONU também preconizou que “[...] gozar do melhor estado de saúde que é possível atingir constitui um dos direitos fundamentais de todo o ser humano, sem distinção de raça, de religião, de credo político, de condição econômica ou social”. Estatuiu que “[...] a saúde de todos os povos é essencial para conseguir a paz e a segurança e depende da mais estreita cooperação dos

* Doutora em Direito das Relações Sociais pela PUC/SP, Juíza do Trabalho em Minas Gerais.

indivíduos e dos Estados” e que “[...] os Governos têm responsabilidade pela saúde dos seus povos, a qual só pode ser assumida pelo estabelecimento de medidas sanitárias e sociais adequadas”.

Em 10 de dezembro de 1948, a Assembleia Geral das Nações Unidas, proclamou a Declaração Universal dos Direitos Humanos e, no art. XXV, n. 1, “[...] assegurou como um direito humano a saúde e o bem-estar”.

Em 1957 um comitê misto da Organização Internacional do Trabalho (OIT) / Organização Mundial da Saúde (OMS) definiu os objetivos da saúde no ambiente do trabalho¹:

A Saúde Ocupacional tem como finalidade incentivar e manter o mais elevado nível de bem-estar físico, mental e social dos trabalhadores em todas as profissões; prevenir todo o prejuízo causado à saúde destes pelas condições de seu trabalho; protegê-los em seu serviço contra os riscos resultantes da presença de agentes nocivos à sua saúde; colocar e manter o trabalhador em um emprego que convenha às suas aptidões fisiológicas e psicológicas e, em resumo, adaptar o trabalho ao homem e cada homem ao seu trabalho.

Segundo Silva (2008)², o comitê *supra*:

Foi um marco na proteção da saúde do trabalhador, porque se enfatizou que não basta a ausência de doenças, sendo necessário proporcionar ao trabalhador o mais elevado nível de saúde, não somente físico, mas também mental e social, no que assume especial relevo o compromisso de se adaptar o trabalho ao homem, para o que a implantação das exigências da ergonomia se torna imprescindível.

No ano de 1959 a OIT expediu a Recomendação 112, primeiro documento internacional de que se tem notícia definindo de forma objetiva as funções, a organização e os meios de ação dos serviços de medicina do trabalho. Recomendava aos países-membros que adotassem a obrigatoriedade de serviços médicos de empresa e sugeria a sua implantação via legislativa, normas coletivas ou por qualquer outra forma reconhecida pelas autoridades competentes.

Constam como destaques na Recomendação 112 as seguintes orientações:

a) previsão de que as funções dos serviços de medicina do trabalho deveriam ser essencialmente preventivas; b) realização dos exames médicos ocupacionais (admissional, periódico, demissional e especiais); c) visitação periódica aos locais de trabalho para identificar fatores de risco que possam afetar a saúde dos trabalhadores; d) inspeção periódica das instalações sanitárias e de conforto (vestiário, refeitório, alojamento, etc); f) orientação na alimentação dos trabalhadores; g) registro sistemático de todas as informações referentes à saúde

¹ SILVA, José Antônio Ribeiro de Oliveira. *A saúde do trabalhador como um direito humano: conteúdo essencial da dignidade humana*. São Paulo: LTr, 2008. p. 118.

² SILVA, José Antônio Ribeiro de Oliveira. *A saúde do trabalhador como um direito humano: conteúdo essencial da dignidade humana*. São Paulo: LTr, 2008. p. 118.

dos trabalhadores; h) providenciar os primeiros socorros às vítimas de acidentes ou indisposições; i) manter estreito relacionamento com os demais serviços e órgãos da empresa, e com órgãos externos interessados em questão de segurança, saúde e bem-estar social dos trabalhadores. Tal recomendação serviu de referência na elaboração da legislação brasileira sobre o assunto.³

O Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, aprovado na XXI Sessão da Assembleia-Geral das Nações Unidas em 19.12.66, no seu art. 12, n.1, reconheceu “[...] o direito de toda pessoa a desfrutar o mais elevado nível possível de saúde física e mental”.

No sistema jurídico brasileiro, o legislador constitucional somente tratou da saúde como direito fundamental a partir da Carta de 1988, no art. 6º, ao elencar os direitos sociais:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

No título específico sobre a Ordem Social (Título VIII), art. 196, o legislador assegurou o direito à saúde, como

[...] direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Busca-se, com a tutela à saúde (no caso em estudo, à saúde do trabalhador), resguardar o seu direito humano à vida, à incolumidade física, funcional, psíquica, direito a uma vida digna. Tanto é assim que um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, em que se constitui a República do Brasil, é a dignidade da pessoa humana (inciso III do art. 1º da CF/88) e um dos direitos fundamentais é o direito social à saúde (art. 6º). Assegurou o constituinte, ainda, como direitos sociais dos trabalhadores urbanos e rurais, a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança (art. 7º, XXII); o adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas (art. 7º, XXIII); o direito ao seguro contra acidentes do trabalho e à reparação dos

³ Nas décadas de 1960/1980 várias foram as convenções sobre o tema saúde dos trabalhadores. Dentre elas: 115/60 (Proteção dos trabalhadores contra as radiações ionizantes), 119/63 (Proteção da maquinaria), 120/64 (Higiene no comércio e nos escritórios), 127/67 (Peso máximo das cargas que podem ser transportadas por um só trabalhador), 130/69 (Socorros médicos e indenizações por doença), 136/71 (Proteção contra os riscos de intoxicação devido ao benzeno), 139/74 (Prevenção e controle dos riscos profissionais causados por substâncias de agentes cancerígenos), 148/77 (Contaminação do ar, ruído e vibrações - conhecida como Convenção sobre o Meio Ambiente de Trabalho), 155/81 (Segurança e saúde dos trabalhadores), 161/85 (Serviços de saúde no trabalho).

danos por parte do empregador (art. 7º, XXVIII); a proteção ao meio ambiente laboral (art. 200, VIII) - bem essencial à sadia qualidade de vida (art. 225, *caput*).⁴

Nada obstante o direito à saúde seja um direito humano exigível⁵, inclusive em face do empregador, doutrina e jurisprudência nacionais têm-no interpretado à luz de normas infraconstitucionais, quando questionadas sobre a possibilidade de cumulação de adicionais (insalubridade, periculosidade e penosidade) no curso da relação de emprego. Objetiva-se, com o presente artigo, apontar caminhos diversos que permitam prestigiar o direito em questão.

Oliveira (1998)⁶, analisando o direito do trabalho comparado, observa que:

[...] o legislador adotou três estratégias básicas diante dos agentes agressivos: a) aumentar a remuneração para compensar o maior desgaste do trabalhador (monetização do risco); b) proibir o trabalho; c) reduzir a duração da jornada. A primeira alternativa é a mais cômoda e a menos inteligente; a segunda é a hipótese ideal, mas nem sempre possível, e a terceira representa o ponto de equilíbrio cada vez mais adotado.

No Brasil a opção do legislador, desde 1940, foi pela primeira estratégia mencionada, qual seja, monetização do risco - sem prejuízo de procedimentos especificados, determinados em normas legais.⁷ A escolha do legislador, nada obstante uma tendência mundial⁸ em outro sentido (redução da jornada de

⁴ Para maiores informações sobre a evolução do direito à saúde do trabalhador, recomenda-se leitura do capítulo 2 do livro *Proteção jurídica à saúde do trabalhador*, 2. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: LTr, 1998, escrito por OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de.

⁵ Sobre exigibilidade dos direitos sociais, leia-se ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta, 2002.

⁶ OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Proteção jurídica à saúde do trabalhador*. 2. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: LTr, 1998. p. 124.

⁷ Nesse sentido a fala de Janaína Saraiva da Silva, no artigo Reflexões sobre a efetividade do direito fundamental de proteção da saúde do trabalhador: cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade. Disponível em: <<http://www.amatra4.org.br/publicacoes/cadernos/caderno-08?start=5>>. Acesso em: 20 mar. 2012: “[...] além da fixação de adicional de remuneração para atividades insalubres e perigosas (adoção da monetização do risco), também estabelece um vasto número de procedimentos a serem observados pelo empregador-empresário no desenvolvimento de sua atividade econômica, desde a submissão à inspeção prévia de seu estabelecimento, com possibilidade de interdição, passando pela instituição de Comissões Internas de Prevenção de Acidentes (CIPA) e pela obrigatoriedade de fornecimento de equipamentos de proteção individual, passando até o estabelecimento de normas cogentes, uma vez que passíveis de penalização por meio de multa, a serem observadas em atividades específicas ou em atividade com agentes específicos (edificações, iluminação, conforto térmico, instalações elétricas, movimentação, armazenagem e manuseio de materiais, máquinas e equipamentos, caldeiras, fornos e recipientes sob pressão, prevenção da fadiga, para citar apenas aquelas referidas no capítulo V da CLT)”.

⁸ Segundo Oliveira, *op., cit.*, p. 109-110, com variações de redação, Alemanha, Argentina, Paraguai, República Dominicana, Angola, Cuba, Iraque, Colômbia, Albânia, Nicarágua, Irã e Hungria adotam a redução da jornada em casos de labor insalubre e/ou perigoso.

trabalho⁹), continua mantida até a atualidade.¹⁰ Apenas para ilustrar, registro que a redução da jornada nos casos de trabalho em condições adversas, já em 1891, figurou na Encíclica *Rerum Novarum*, que, em seu cap. 27, estatua:

O trabalho, por exemplo, de extrair pedra, ferro, chumbo e outros materiais escondidos, debaixo da terra, sendo mais pesado e nocivo à saúde, deve ser compensado com uma duração mais curta. Deve-se também atender às estações, porque não poucas vezes um trabalho que facilmente se suportaria numa estação, noutra é de fato insuportável ou somente se vence com dificuldade.

Os adicionais, segundo Delgado (2010)¹¹, “[...] consistem em parcelas contraprestativas suplementares devidas ao empregado em virtude do exercício do trabalho em circunstâncias tipificadas mais gravosas”.

Não se pretende analisar neste trabalho todos os adicionais a que o trabalhador pode fazer jus em virtude da prestação de serviços em circunstâncias mais gravosas e a possibilidade de sua percepção cumulativa.

Objetiva-se, tão somente, demonstrar a possibilidade de percepção cumulativa de adicional de insalubridade por agentes diversos; ou de um adicional de insalubridade de forma concomitante com o adicional de periculosidade; ou de ambos os adicionais com o adicional de penosidade (ainda pendente de regulamentação) - bastando para tanto que o trabalhador esteja exposto a mais de um fato gerador nocivo à saúde e/ou que represente risco à vida. Afinal, sendo múltiplos fatores de insalubridade e/ou periculosidade e/ou penosidade, igualmente múltiplas serão as consequências para a saúde humana.

Como ainda não há normatização geral para o adicional de penosidade¹², as referências ao longo deste trabalho serão feitas aos adicionais de insalubridade e periculosidade. Apenas registra-se que se tem entendido como trabalho penoso aquele em que o agente agressivo é o próprio trabalho (pela sua natureza) e não um agente externo.

⁹ PRUNES, José Luiz Ferreira. *Insalubridade e periculosidade no trabalho*. Problemas e soluções. São Paulo: LTr, 1974. p. 19, apresenta criativa sugestão: no lugar do pagamento do adicional de insalubridade, a jornada de trabalho deveria ser reduzida em 10, 20 ou 40 por cento em relação à jornada normal de trabalho, de acordo com os graus da insalubridade.

¹⁰ Proibir o trabalho insalubre ou perigoso, salvo em situações excepcionais (no caso dos menores, por exemplo), mostra-se medida utópica. Como deixar de atender a um paciente com doença infectocontagiosa ou de recolher o lixo hospitalar?

¹¹ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 9. ed. São Paulo: LTr, 2010. p. 692.

¹² Existe regulamentação para os servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. O art. 71 da Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990, estabelece:

O adicional de atividade penosa será devido aos servidores em exercício em zonas de fronteira ou em localidades cujas condições de vida o justifiquem, nos termos, condições e limites fixados em regulamento.

Para fins previdenciários, apenas, o Decreto n. 53.831, de 25 de março de 1964, relacionou/classificou as atividades penosas e indicou o tempo de trabalho mínimo para obtenção de aposentadoria especial. A Lei n. 3.807, de 26 de agosto de 1960, instituiu aposentadorias especiais para os trabalhos penosos, insalubres e perigosos.

A CLT conceitua no art. 189 as atividades ou operações insalubres e no art. 192 estabelece os percentuais devidos ao trabalhador:

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.

Art. 192 O exercício de trabalho em condições insalubres, acima dos limites de tolerância estabelecidos pelo Ministério do Trabalho, assegura a percepção de adicional respectivamente de 40% (quarenta por cento), 20% (vinte por cento) e 10% (dez por cento) do salário-mínimo da região, segundo se classifiquem nos graus máximo, médio e mínimo.

O adicional de periculosidade encontra-se qualificado no art. 193 da CLT:

Art. 193 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.

§ 1º O trabalho em condições de periculosidade assegura ao empregado um adicional de 30% (trinta por cento) sobre o salário sem os acréscimos resultantes de gratificações, prêmios ou participações nos lucros da empresa.

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

Tanto o trabalho prestado em condições insalubres como aquele desenvolvido em ambiente perigoso agridem a saúde do trabalhador; entretanto, têm tratamento técnico e normativo distintos.

A forma de agressão ao trabalhador é distinta, quer se trate de trabalho em condições insalubres ou perigosas. No primeiro caso, há danos à saúde, provocando o adoecimento do trabalhador, normalmente a longo prazo, pela exposição a agentes físicos, químicos ou biológicos. O trabalho perigoso, por seu turno, como regra, leva à incapacidade ou morte súbita.

Nesse diapasão os ensinamentos de Vendrame (1997)¹³:

Não existe qualquer relação de semelhança entre os adicionais de insalubridade e periculosidade, cada um remunerando uma situação distinta de exposição do trabalhador. Enquanto o adicional de insalubridade responde pelos danos à saúde do trabalhador, geralmente provocados por doenças do trabalho ou profissionais, o adicional de periculosidade remunera o risco de acidentes; aquele compreende o agente que age de forma insidiosa e contínua, este, ao contrário, é o infortúnio, o segundo que pode ceifar a vida do trabalhador.

¹³ VENDRAME, Antonio C. A cumulatividade dos adicionais. *Revista CIPA*. São Paulo, ano XVII, n. 214, p. 28, 1997.

Além da forma de agressão, os adicionais tutelam bens jurídicos também diversos. O adicional de insalubridade busca compensar danos eventualmente impostos à saúde do trabalhador, enquanto o adicional de periculosidade tutela a própria vida e objetiva compensar danos à integridade física do prestador de serviços. Costuma-se falar que é sadio o ambiente de trabalho sem insalubridade e seguro aquele onde não há periculosidade.

Vale observar, ainda, que a insalubridade é normatizada de acordo com o grau de nocividade do agente, que atinge o trabalhador em diferentes graus de agressividade. Por seu turno, a periculosidade não considera tal circunstância, sendo de igual ordem para todos os agentes agressores.

Outra circunstância que não pode ser ignorada é que a insalubridade pode ser eliminada ou neutralizada - com utilização de EPIs ou adoção de medidas que ajustem o ambiente laboral dentro dos limites de tolerância. A periculosidade não pode ser eliminada ou neutralizada de igual forma - a não ser que haja substituição dos produtos inflamáveis e eliminação das áreas de risco e atividades perigosas.¹⁴

Os adicionais, como se pode verificar, são devidos por causas e com fundamentos absolutamente diversos.

No entanto, doutrina e jurisprudência nacionais, de forma quase uníssona, sustentam que não é possível falar-se na percepção cumulativa dos adicionais de insalubridade e periculosidade.¹⁵ Os fundamentos seriam as disposições contidas no art. 193 da CLT (com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 6.514/77, transcrita em linhas anteriores) e item 15.3 da NR-15 (Portaria Ministerial n. 3.214/78), com redação, sem destaques no original: “15.3 - No caso de incidência de mais de um fator de insalubridade, será apenas considerado o de grau mais elevado, para efeito de acréscimo salarial, sendo vedada a percepção cumulativa.”

A impossibilidade de cumulação dos adicionais (insalubridade e periculosidade), prevista nas normas aqui transcritas e referendada pela doutrina e jurisprudência, não resiste a uma análise mais acurada sobre o assunto no sistema normativo brasileiro. Não há qualquer fundamento jurídico, biológico ou lógico que autorize concluir pela impossibilidade de cumulação dos adicionais, conforme se verá abaixo.¹⁶

¹⁴ Com a *venia* dos entendimentos contrários, o artigo 194 da CLT não trata da possibilidade de eliminação da periculosidade. Preconiza o legislador, apenas, que o empregado não tem direito de incorporar ao salário o adicional de periculosidade recebido, caso deixe de trabalhar exposto a agentes ou em local perigoso.

¹⁵ Curiosamente, doutrina e jurisprudência admitem sem divergências o acúmulo de outros tipos de adicionais, a exemplo de adicional de insalubridade e adicional de risco de vida (este, normalmente estabelecido em normas coletivas).

¹⁶ “Em termos biológicos, está comprovado que a exposição simultânea a mais de um agente agressivo reduz a resistência do trabalhador, agravando-se ainda mais a situação pelo efeito sinérgico das agressões, isto é, a presença de mais de um agente insalubre além de somar, em muitas circunstâncias, multiplica os danos à saúde. Como exemplo, um empregado, exposto a poeiras ou agentes químicos num ambiente de calor, tem os efeitos danosos multiplicados, porque o esforço físico e o aumento da temperatura corporal aceleram a ventilação pulmonar e a circulação sanguínea, acarretando maior captação de substâncias tóxicas na atmosfera.” (OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Proteção jurídica à saúde do trabalhador*. 2. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: LTr, 1998. p. 284)

2 ARGUMENTOS FAVORÁVEIS À CUMULAÇÃO DE ADICIONAIS

2.1 Supremacia da norma constitucional

A Constituição de 1988, no art. 1º, incisos III e IV, preconiza que a República Federativa do Brasil, constituída em Estado Democrático de Direito, tem como fundamentos, dentre outros, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.¹⁷ No art. 7º, *caput* e incisos XXII e XXIII¹⁸, estatui que são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social, a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança, bem como adicional de remuneração para atividades penosas, insalubres e perigosas. Reconhece, também, a necessidade de tutela do meio ambiente, nele incluído o do trabalho (art. 200, inciso VIII, e art. 225¹⁹).

Como salienta Melo (2006)²⁰:

Quando a Constituição fala em dignidade humana, em valor social do trabalho, em pleno emprego e em defesa do meio ambiente, está afirmando categoricamente que não basta qualquer trabalho, mas trabalho decente, trabalho adequado, trabalho seguro, como forma de preservar a saúde do trabalhador, como o mais importante bem de que dispõe, considerado, outrossim, como bem supremo.

¹⁷ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

[...]

¹⁸ Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

[...]

XXII - redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança;

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

[...]

¹⁹ Art. 200. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei:

[...]

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

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

²⁰ MELO, Raimundo Simão de. *Direito ambiental do trabalho e a saúde do trabalhador*: responsabilidades legais, dano material, dano moral, dano estético, perda de uma chance. 2. ed. São Paulo: LTr, 2006. p. 126.

Observe-se que a norma constitucional, quando tratou do “adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas”, não estabeleceu qualquer impedimento à sua cumulação.

Poder-se-ia argumentar que essa norma se encontra classificada dentre as conhecidas normas constitucionais de eficácia contida.²¹ Ainda que assim fosse, tais normas, no dizer de Silva (1999),

[...] desde a entrada em vigor da Constituição, produzem, ou têm possibilidade de produzir, todos os efeitos essenciais, relativamente aos interesses, comportamentos e situações, que o legislador constituinte, direta e normativamente, quis regular.²²

Observa-se, então, que a aplicabilidade da norma em análise não se encontra condicionada a uma norma posterior, infraconstitucional. Quando o legislador constitucional fez referência aos termos da lei, fê-lo no tocante à necessidade de critérios técnicos para aferir a presença ou não dos agentes insalubres, perigosos ou penosos. Não há qualquer limitação no texto no tocante à cumulação de adicionais ou autorização para tanto. E como se sabe, se a norma constitucional não limita, não pode a lei que a regulamenta instituir restrição.

Admitindo-se interpretação diversa, no sentido de que as normas constitucionais de eficácia contida estabelecem um campo de reserva para o legislador infraconstitucional - que pode restringir seus efeitos -, não pode a restrição importar em negação do direito assegurado pela Constituição. E assim atua o § 2º do art. 193 da CLT, pois, quando estabelece a necessidade de opção por um dos adicionais, está negando o outro. A solução, então, é a realização do controle difuso de constitucionalidade, que autoriza, no curso de qualquer ação, seja arguida ou suscitada a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo (municipal, estadual ou federal) - por qualquer das partes, pelo Ministério Público e mesmo de ofício, pelo Juiz.

Noutro giro, não se argumente, ainda, que o § 2º do art. 193 da CLT e o item 15.3 da NR-15 - até que advenha a regulamentação necessária - devem ser adotados na interpretação da norma constitucional. Interpretar o texto constitucional com olhar na legislação infraconstitucional a ele anterior mostra-se “[...] umas das patologias crônicas da hermenêutica constitucional brasileira, que é a interpretação retrospectiva, pela qual se procura interpretar o texto novo de maneira a que ele não inove em nada, mas, ao revés, fique tão parecido quanto possível com o antigo”, adverte Barroso (1996).²³

Questionável, também, a recepção do § 2º do art. 193 da CLT e do item 15.3 da NR-15 pela Constituição de 1988. Para que se possa sustentar a recepção das normas infraconstitucionais existentes quando uma nova Constituição é publicada, é necessário que haja compatibilidade entre o velho e o novo. Como

²¹ Na clássica teoria tricotômica da eficácia, sustentada por SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. 2. tir. rev. atual. ampl. São Paulo: Malheiros, 1999.

²² *Ibid.*, p. 101.

²³ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 67.

enfativava Barbalho (1924), ao comentar a Constituição de 1924, *apud* Barroso (1996)²⁴:

O que unicamente existe em vigor da anterior legislação é o que nela não se acha em antinomia com o novo regime e com seus princípios fundamentais. E é de notar que não se torna necessário, para haver-se por derogada essa legislação, que ela enfrente algum artigo ou expressa disposição constitucional, basta que tenha ficado em oposição ao sistema fundado pela Constituição e aos princípios nela consagrados (art. 83). Sábria disposição, zeladora da pureza e exação do sistema e da sua genuína e sincera execução.

E a impossibilidade de percepção cumulada dos adicionais de periculosidade e insalubridade, constante do § 2º do art. 193 da CLT e do item 15.3 da NR-15, não se mostra compatível com as normas constitucionais mencionadas, notadamente o princípio da dignidade da pessoa humana e o direito à redução dos riscos inerentes ao trabalho e ao meio ambiente laboral saudável.

2.1.1 Princípio da máxima efetividade da norma constitucional, da eficiência ou da interpretação efetiva

Aqui vale destacar o princípio da máxima efetividade, da eficiência ou princípio da interpretação efetiva, segundo o qual se deve atribuir à norma constitucional o sentido que maior eficácia lhe dê. Se o legislador assegurou ao trabalhador “a redução dos riscos inerentes ao trabalho” e “adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas”, não é possível admitir que uma norma infraconstitucional restrinja o alcance de referidos dispositivos constitucionais, porque isso prejudicaria sua máxima efetividade. Como se verá abaixo, a cumulação dos adicionais se mostra como medida necessária para estimular os empregadores a adaptarem o ambiente/condições laborais de molde a reduzir os “riscos inerentes ao trabalho”.

Não se pode perder de vista que “[...] toda Constituição há de ser compreendida como uma unidade e como um sistema que privilegia determinados valores sociais”.²⁵ E, buscando a harmonia da norma ao sistema jurídico (interpretação sistemática) e a finalidade por ela visada (interpretação teleológica), facilmente se visualiza que a Constituição, de forma intencional, não previu a limitação dos direitos inerentes à saúde, higiene e segurança, já que elegeu a dignidade da pessoa humana como epicentro axiológico de todo o ordenamento jurídico e preconizou a busca pela melhoria da condição social do trabalhador.

O princípio da máxima efetividade da norma constitucional rotineiramente tem sido adotado como fundamento em decisões que exigem um novo olhar para as normas infraconstitucionais. Em decisão paradigmática sobre reintegração de trabalhador portador de vírus HIV, sustentou a 4ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho de Minas Gerais:

²⁴ *Ibid.*, p. 68.

²⁵ PIOVESAN, Flávia. *Proteção judicial contra omissões legislativas - Ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção*. 2. ed. rev. atual. ampl. 1995. p. 27.

Hoje, mais do que nunca, quer-se atribuir à Constituição Federal o valor que ela desde sempre mereceu: holofote, intensíssimo fecho de luz, direcionado a todo ordenamento jurídico, mas sobretudo à legislação infraconstitucional, de modo a iluminar e não a ser sombreada pelas leis a que dá vida, aquece e alimenta.

A efetividade da Constituição Federal, composta de fundamentos, objetivos, princípios e regras, é, indubitavelmente, o passo mais firme que podemos dar em direção ao Estado Democrático de Direito e, por conseguinte, à Justiça. O resto são penhascos de ouro e de silêncio. Muita promessa, pouca realização, num país de tantos pobres, desempregados e excluídos...

Passados quase vinte anos de vigência da Constituição Federal, o cidadão reclama mais efetividade, menos debate acadêmico.²⁶

Conquanto a matéria discutida na ação mencionada não fosse a mesma ora estudada, também tratava de questão ligada à saúde do trabalhador. E a invocação do princípio da efetividade das normas constitucionais, tal como no presente caso, encontra molde perfeito.

No mesmo sentido o Enunciado 01, aprovado na “I Jornada de Direito Material e Processual da Justiça do Trabalho”, organizada por ANAMATRA, TST e ENAMAT, com apoio do CONEMATRA, na sede do Tribunal Superior do Trabalho:

ENUNCIADO 01: DIREITOS FUNDAMENTAIS. INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO.

Os direitos fundamentais devem ser interpretados e aplicados de maneira a tornar efetivos os direitos sociais decorrentes do trabalho, a transformar as relações sociais e, acima de tudo, a oferecer a devida tutela ao titular do trabalho. No Direito do Trabalho, deve prevalecer o princípio da dignidade do trabalho da pessoa humana.

Todo o arcabouço constitucional de proteção à saúde e, conseqüentemente, à vida digna do trabalhador, encontra-se em harmonia com os preceitos adotados pela Convenção n. 155 da OIT, uma das normas internacionais ratificadas pelo Brasil e que também justifica a cumulação dos adicionais, conforme se verá em seguida.

2.2 Convenção n. 155 da OIT

2.2.1 Tratado como fonte de direito

Tratado, segundo a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (art. 2º, § 1º, alínea “a”),

[...] significa um acordo internacional concluído por escrito entre Estados e regido pelo Direito Internacional, quer conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação específica.

²⁶ Processo: 00864-2007-072-03-00-3 RO, 4ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, Juiz Relator: Des. Luiz Otávio Linhares Renault, Data de Publicação: 12.04.2008.

Ensina Mazzuoli (2010)²⁷ que as convenções da OIT são tratados multilaterais abertos, de natureza normativa, elaborados com a finalidade de regulamentar o trabalho no âmbito internacional. A OIT pode adotar convenções, recomendações e resoluções. As convenções e recomendações podem tratar dos mesmos assuntos, sendo que a diferença entre elas é apenas formal. As convenções são tratados internacionais e devem ser ratificadas pelos Estados para que tenham eficácia e aplicabilidade interna, ao passo que as recomendações não são tratados e apenas sugerem ao legislador de cada país vinculado à OIT mudanças no direito interno, no tocante às questões que disciplina.

As convenções ratificadas constituem fonte formal de direito, enquanto as recomendações e convenções não ratificadas são fonte material de direito, servindo como inspiração para o legislador infraconstitucional.

As convenções da OIT, embora pertençam à categoria dos tratados multilaterais abertos, não são discutidas, aprovadas e assinadas pelos plenipotenciários dos Estados contratantes. Cabe à Conferência Internacional do Trabalho, constituída de delegados dos governos, trabalhadores e empregadores, discutir e aprovar o texto da convenção, que é registrado nas atas da correspondente reunião, assinadas pelo presidente da conferência e pelo diretor-geral. Diferentemente dos tratados firmados entre Estados, que visam à concessão de vantagens recíprocas, as convenções da OIT buscam uniformizar as normas de proteção ao trabalho e sua incorporação ao direito positivo dos Estados-membros.

A Constituição brasileira, após proclamar que o Brasil se rege em suas relações internacionais pelos princípios enumerados no artigo 4º - dentre eles o princípio da prevalência dos direitos humanos (inciso II) -, estabelece no art. 5º, §§ 1º e 2º, que:

§ 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

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

O disposto no § 2º do art. 5º da Constituição do Brasil expressa tendência de muitas cartas políticas, notadamente na América Latina, de conceder especial tratamento na normativa interna aos direitos e garantias individuais que se encontram consagrados nos textos internacionais.²⁸ Cançado Trindade (2003) afirma que a “[...] tendência constitucional contemporânea de dispensar um tratamento especial aos tratados de direitos humanos é, pois, sintomática de uma escala de valores na qual o ser humano passa a ocupar posição central”.²⁹

²⁷ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 4. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 916 e seguintes.

²⁸ O inciso 22 do art. 75 da Constituição Argentina enumera os tratados e instrumentos de direitos humanos que gozam de hierarquia constitucional e estabelecem que os demais tratados e convenções, depois de aprovados pelo Congresso (voto de 2/3 da totalidade dos membros de cada Casa), também passam a gozar de hierarquia constitucional.

²⁹ CANÇADO TRINDADE, A. A. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. 2. ed. rev. atual. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003. p. 515, v. I.

O Brasil, na esteira da tendência *supra*, ratificou diversos tratados internacionais de direitos humanos após a Constituição de 1988³⁰ e, entre eles, a Convenção n. 155 da OIT, abaixo analisada no ponto que interessa a este trabalho. Segundo Piovesan (2008)³¹:

Além das inovações constitucionais, como importante fator para a ratificação desses tratados internacionais, acrescente-se a necessidade do Estado brasileiro de reorganizar sua agenda internacional, de modo mais condizente com as transformações internas decorrentes do processo de democratização. Este esforço se conjuga com o objetivo de compor uma imagem mais positiva do Estado brasileiro no contexto internacional, como país respeitador e garantidor dos direitos humanos. Adicione-se que a subscrição do Brasil aos tratados internacionais de direitos humanos simboliza ainda o aceite do Brasil para com a ideia contemporânea de globalização dos direitos humanos, bem como para com a ideia da legitimidade das preocupações da comunidade internacional, no tocante à matéria. Por fim, há que se acrescer o elevado grau de universalidade desses instrumentos, que contam com significativa adesão dos demais Estados integrantes da ordem internacional.

Abro pequeno parêntesis para tratar da hierarquia dos tratados de direitos humanos, porque relevante para o tema, já que o Brasil ratificou, entre outros, duas Convenções da OIT (148 e 155) que respaldam o entendimento que se pretende sustentar no presente trabalho.

2.2.2 Supralegalidade dos tratados sobre direitos humanos

A Constituição brasileira, no art. 5º, concede *status* especial aos direitos e

³⁰ À guisa de exemplos: a) Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, em 20 de julho de 1989; b) Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes, em 28 de setembro de 1989; c) Convenção sobre os Direitos da Criança, em 24 de setembro de 1990; d) Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos, em 24 de janeiro de 1992; e) Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, em 24 de janeiro de 1992; f) Convenção Americana de Direitos Humanos, em 25 de setembro de 1992; g) Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, em 27 de novembro de 1995; h) Protocolo à Convenção Americana referente à Abolição da Pena de Morte, em 13 de agosto de 1996; i) Protocolo à Convenção Americana referente aos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de San Salvador), em 21 de agosto de 1996; j) Convenção Interamericana para Eliminação de todas as formas de Discriminação contra Pessoas Portadoras de Deficiência, em 15 de agosto de 2001; k) Estatuto de Roma, que cria o Tribunal Penal Internacional, em 20 de junho de 2002; l) Protocolo Facultativo à Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher, em 28 de junho de 2002; m) Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança sobre o Envolvimento de Crianças em Conflitos Armados, em 27 de janeiro de 2004; n) Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança sobre Venda, Prostituição e Pornografia Infantis, também em 27 de janeiro de 2004; e o) Protocolo Facultativo à Convenção contra a Tortura, em 11 de janeiro de 2007.

³¹ PIOVESAN, Flávia. Tratados internacionais de proteção dos direitos humanos: jurisprudência do STF. Disponível em: <http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Repositorio/31/Documentos/Artigos/00000034-001_FlaviaPioveasn.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2009.

garantias individuais consagrados nos tratados internacionais. Necessário averiguar, contudo, qual a hierarquia dos tratados de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro.

Piovesan (2008), desde antes da EC n. 45/2004, sustenta a hierarquia constitucional dos tratados que versam sobre direitos humanos³²:

Logo, por força do art. 5º, §§ 1º e 2º, a Carta de 1988 atribui aos direitos enunciados em tratados internacionais a hierarquia de norma constitucional, incluindo-os no elenco dos direitos constitucionalmente garantidos, que apresentam aplicabilidade imediata. A hierarquia constitucional dos tratados de proteção dos direitos humanos decorre da previsão constitucional do art. 5º, § 2º, à luz de uma interpretação sistemática e teleológica da Carta, particularmente da prioridade que atribui aos direitos fundamentais e ao princípio da dignidade da pessoa humana. Essa opção do constituinte de 1988 se justifica em face do caráter especial dos tratados de direitos humanos e, no entender de parte da doutrina, da superioridade desses tratados no plano internacional, tendo em vista que integrariam o chamado *jus cogens* (direito cogente e inderrogável).

No mesmo sentido, Sarlet (2005)³³:

[...] a tese da equiparação (por força do disposto no art. 5º, parágrafo 2º, da CF) entre os direitos fundamentais localizados em tratados internacionais e os com sede na Constituição formal é a que mais se harmoniza com a especial dignidade jurídica e axiológica dos direitos fundamentais na ordem jurídica interna e internacional, constituindo, ademais, pressuposto indispensável à construção e consolidação de um autêntico direito constitucional internacional dos direitos humanos, resultado da interpenetração cada vez maior entre os direitos fundamentais constitucionais e os direitos humanos dos instrumentos jurídicos internacionais [...].

Prevalencia no Supremo Tribunal Federal, até o julgamento do Recurso Extraordinário n. 80.004³⁴, ocorrido entre 1975 e 1977, que as normas de direito internacional prevaleciam sobre o direito interno. Nesse julgamento, ainda que ressaltando a aplicabilidade do direito internacional no direito interno brasileiro e a

³² PIOVESAN, Flávia. Tratados internacionais de proteção dos direitos humanos: jurisprudência do STF. Disponível em: <http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Repositorio/31/Documentos/Artigos/0000034-001_FlaviaPioveasn.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2009.

³³ Quanto aos tratados tradicionais, Flávia Piovesan sustenta a sua natureza supralegal (PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 9. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p.60): “[...] os tratados internacionais tradicionais têm hierarquia infraconstitucional, mas supralegal. Este posicionamento se coaduna com o princípio da boa-fé, vigente no direito internacional (o *pacta sunt servanda*), e que tem como reflexo o art. 27 da Convenção de Viena, segundo o qual não cabe ao Estado invocar o não cumprimento de tratado”. (SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 5. ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005)

³⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 80.004/SE. Rel. Min. Xavier de Albuquerque. Pleno. DJ 29.12.77.

responsabilidade internacional do Estado no caso de descumprimento de preceito internacional, o órgão de cúpula entendeu pela paridade normativa entre o tratado internacional e a lei ordinária. Assim, para solução de conflitos entre normas constitucionais e tratados internacionais, segundo o STF, seria o caso de se aplicar o critério em que lei posterior revoga lei anterior, pelo qual as disposições de uma norma internacional poderiam ser revogadas pela aprovação de lei ordinária posterior - se assim o dissesse ou fosse incompatível com o tratado. Nesse sentido, a lição do Ministro Rezek (2002):

É certo, pois, que uma lei federal pode fazer “repelir” a eficácia jurídica de tratado anterior no plano interno. Se assim não fosse - observa Bernard Schwartz -, estar-se-ia dando ao tratado não força de lei, mas de restrição constitucional. [...] De setembro de 1975 a junho de 1977 estendeu-se, no plenário do Supremo Tribunal Federal, o julgamento do Recurso Extraordinário 80.004, em que foi assentada por maioria a tese de que, ante a realidade do conflito entre tratado e lei posterior, esta, porque expressão última da vontade do legislador republicano, deve ter sua prevalência garantida pela Justiça - sem embargo das consequências do descumprimento do tratado no plano internacional. [...]. Admitiram vozes majoritárias que, faltante na Constituição do Brasil garantia de privilégio hierárquico do tratado internacional sobre as leis do Congresso, era inevitável que a Justiça devesse garantir a autoridade da mais recente das normas, porque paritária a sua estrutura no ordenamento jurídico.³⁵

A posição adotada pelo STF no julgamento do RE n. 80.004, além de violar a Convenção de Viena sobre os Tratados - que, no seu artigo 27, preconiza a impossibilidade de uma parte invocar disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um contrato -, demonstrava indiferença pelos compromissos assumidos pelo Estado, autorizando-o a violar preceitos internacionais a que havia se obrigado. Apenas o ato da denúncia tem o condão de retirar o Estado de um tratado internacional, excluindo sua responsabilidade no plano internacional.

No julgamento do HC 72.131 - RJ, de 22.11.1995, quando se discutiu questão relativa ao impacto do Pacto de São José da Costa Rica no direito brasileiro (concernente ao art. 7º, inciso VII, do Pacto, que proíbe a prisão por dívida, salvo no caso de alimentos), o Supremo voltou a se manifestar e reiterou o entendimento de que os tratados de direitos humanos gozavam de hierarquia de lei federal. Vencidos os Ministros Marco Aurélio, Carlos Velloso e Sepúlveda Pertence, o STF decidiu que:

[...] inexistente, na perspectiva do modelo constitucional vigente no Brasil, qualquer precedência ou primazia hierárquico-normativa dos tratados ou convenções internacionais sobre o direito positivo interno, sobretudo em face das cláusulas inscritas no texto da Constituição da República, eis que a ordem normativa externa não se superpõe, em hipótese alguma, ao que prescreve a Lei Fundamental da República. [...]

³⁵ REZEK, J. Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 98-99.

A ordem constitucional vigente no Brasil não pode sofrer interpretação que conduza ao reconhecimento de que o Estado brasileiro, mediante convenção internacional, ter-se-ia interditado a possibilidade de exercer, no plano interno, a competência institucional que lhe foi outorgada expressamente pela própria Constituição da República. [...]

A circunstância de o Brasil haver aderido ao Pacto de São José da Costa Rica - cuja posição, no plano da hierarquia das fontes jurídicas, situa-se no mesmo nível de eficácia e autoridade das leis ordinárias internas - não impede que o Congresso Nacional, em tema de prisão civil por dívida, aprove legislação comum instituidora desse meio excepcional de coerção processual [...].

Os tratados internacionais não podem transgredir a normatividade emergente da Constituição, pois, além de não disporem de autoridade para restringir a eficácia jurídica das cláusulas constitucionais, não possuem força para conter ou para delimitar a esfera de abrangência normativa dos preceitos inscritos no texto da Lei Fundamental. [...]. Diversa seria a situação, se a Constituição do Brasil - à semelhança do que hoje estabelece a Constituição argentina, no texto emendado pela Reforma Constitucional de 1994 (art. 75, n. 22) - houvesse outorgado hierarquia constitucional aos tratados celebrados em matéria de direitos humanos. [...]. Parece-me irrecusável, no exame da questão concernente à primazia das normas de direito internacional público sobre a legislação interna ou doméstica do Estado brasileiro, que não cabe atribuir, por efeito do que prescreve o art. 5º, parágrafo 2º, da Carta Política, um inexistente grau hierárquico das convenções internacionais sobre o direito positivo interno vigente no Brasil, especialmente sobre as prescrições fundadas em texto constitucional, sob pena de essa interpretação inviabilizar, com manifesta ofensa à supremacia da Constituição - que expressamente autoriza a instituição da prisão civil por dívida em duas hipóteses extraordinárias (CF, art. 5º, LXVII) - o próprio exercício, pelo Congresso Nacional, de sua típica atividade político-jurídica consistente no desempenho da função de legislar. [...].

A indiscutível supremacia da ordem constitucional brasileira sobre os tratados internacionais, além de traduzir um imperativo que decorre de nossa própria Constituição (art. 102, III, "b"), reflete o sistema que, com algumas poucas exceções, tem prevalecido no plano do direito comparado.³⁶

O posicionamento que prevaleceu no julgamento do processo mencionado, *data venia*, merece críticas e impede dar resposta a uma pergunta simples: como fica a responsabilidade internacional do Estado? E mais: se admitida a tese de paridade dos tratados e da legislação nacional ordinária (infraconstitucional), corolário lógico seria o de que poderia ocorrer derrogação ou revogação pela simples aplicação do critério cronológico - quando é sabido que a retirada do Estado de um tratado exige a denúncia. O entendimento de que o Estado poderia simplesmente deixar de cumprir um compromisso assumido internacionalmente somente se justificaria no passado, quando o Estado se julgava autossuficiente. Hoje representa

³⁶ Trechos extraídos do voto do Ministro Celso de Mello no julgamento do HC 72.131-RJ, em 22.11.1995. Tal entendimento foi posteriormente reiterado nos julgamentos: RE 206.482-SP; HC 76-561-SP, Plenário, 27.05.1998, e RE 243613, 27.04.1999.

a própria negação do Direito Internacional e coloca sob suspeita a boa-fé do Estado que contrai a obrigação internacional.

Em 1988, com a promulgação da Constituição Federal, o assunto voltou a ser debatido. A inclusão da cláusula aberta prevista no § 2º do art. 5º³⁷ mudou o panorama da discussão quando estabeleceu que os direitos e garantias constitucionalmente previstos não excluiriam outros, decorrentes dos tratados internacionais em que o Brasil fosse parte. Tudo indicava que, a partir de então, seria consagrado o entendimento de que os tratados internacionais se incorporariam ao direito interno, com hierarquia de norma constitucional - e de aplicabilidade imediata.

Em 1992, após um longo processo de tramitação no Congresso Nacional, o Brasil aderiu aos Pactos de Direitos Humanos das Nações Unidas (24 de janeiro) e à Convenção Americana de Direitos Humanos (25 de setembro), sem reservas.

O Pacto de San José da Costa Rica (Convenção Americana de Direitos Humanos) preconiza no art. 7º, item 7: "Art. 7º [...] 7. Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar".³⁸

Também o Pacto de Direitos Cívicos e Políticos das Nações Unidas dispõe que "[...] ninguém poderá ser preso apenas por não poder cumprir com uma obrigação contratual".³⁹

As disposições constantes desses tratados entraram em choque com a Constituição Federal, que, no seu art. 5º, LXVII, consagrou a impossibilidade de prisão civil por dívida "[...] salvo a do responsável pelo inadimplemento de obrigação alimentícia e a do depositário infiel".

Como se vê, o Pacto de San José da Costa Rica permite a prisão civil apenas do devedor de alimentos. A norma constitucional brasileira a admite, também, nos casos de depositário infiel. Após a assinatura do tratado, tornou-se questionável no Brasil a constitucionalidade da prisão civil do depositário infiel, prevista na Constituição de 1988, inclusive a prisão decorrente do depósito clássico, prevista no art. 627 e seguintes do Código Civil de 2002.

O STF começou a alterar a sua jurisprudência, anunciando com bandeira da hierarquia infraconstitucional, mas supralegal dos tratados, como no voto proferido por Sepúlveda Pertence, no julgamento do RHC 79.785 - RJ, em maio de 2000, sobre o alcance interpretativo do princípio do duplo grau de jurisdição, previsto pela Convenção Americana de Direitos Humanos:

³⁷ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] § 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

³⁸ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 9. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p.218.

³⁹ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 9. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 178.

Desde logo, participo do entendimento unânime do Tribunal que recusa a prevalência sobre a Constituição de qualquer convenção internacional (cf. decisão preliminar sobre o cabimento da ADIn 1.480, cit., Inf. STF 48) [...].

Na ordem interna, direitos e garantias fundamentais o são, com grande frequência, precisamente porque - alçados ao texto constitucional - se erigem em limitações positivas ou negativas ao conteúdo das leis futuras, assim como à recepção das anteriores à Constituição (cf. Hans Kelsen, *Teoria geral do direito e do estado*, trad. M. Fontes, UnB, 1990. p. 255).

Se assim é, à primeira vista, parificar às leis ordinárias os tratados a que alude o art. 5º, § 2º, da Constituição, seria esvaziar de muito do seu sentido útil a inovação, que, malgrado os termos equívocos do seu enunciado, traduziu uma abertura significativa ao movimento de internacionalização de direitos humanos.

Ainda sem certezas suficientemente amadurecidas, tendo assim - aproximando-me, creio, da linha desenvolvida no Brasil por Cançado Trindade (Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção de direitos humanos nos planos internacional e nacional em *Arquivos de direitos humanos*, 2000. 1/3, 43) e pela ilustrada Flávia Piovesan (A constituição brasileira de 1988 e os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, em E. Boucault e N. Araújo (orgs.), *os direitos humanos e o direito interno*) - a aceitar a outorga de força supralegal às convenções de direitos humanos, de modo a dar aplicação direta às suas normas - até, se necessário, contra a lei ordinária - sempre que, sem ferir a Constituição, a complementem, especificando ou ampliando os direitos e garantias dela constantes.

Algun tempo mais e o legislador constituinte houve por bem incluir, pela EC n. 45/2004, o § 3º ao art. 5º da CF. Ficou expressa a vontade do legislador em conferir aos tratados internacionais de direitos humanos a hierarquia de emenda constitucional, ainda que para isso fosse necessária a aprovação por procedimento legislativo diferenciado.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ), em maio de 2006, proferiu julgamento entendendo que a Convenção Americana de Direitos Humanos, com a EC n. 45/2004, passou a gozar de hierarquia constitucional. Veja trecho do voto do Relator, Ministro José Delgado, no RHC 18799:

[...] c) o § 3º do art. 5º da CF/88, acrescido pela EC n. 45, é taxativo ao enunciar que “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”. Ora, apesar de à época o referido Pacto ter sido aprovado com quórum de lei ordinária, é de se ressaltar que ele nunca foi revogado ou retirado do mundo jurídico, não obstante a sua rejeição decantada por decisões judiciais. De acordo com o citado § 3º, a Convenção continua em vigor, desta feita com força de emenda constitucional. A regra emanada pelo dispositivo em apreço é clara no sentido de que os tratados internacionais concernentes a direitos humanos nos quais o Brasil seja parte devem ser assimilados pela ordem jurídica do país como normas de hierarquia constitucional. Não se pode escantear que o § 1º *supra* determina, peremptoriamente, que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Na espécie, devem ser aplicados, imediatamente, os tratados internacionais em que

o Brasil seja parte. [...]

e) o Pacto de São José da Costa Rica foi resgatado pela nova disposição (§ 3º do art. 5º), a qual possui eficácia retroativa.

f) a tramitação de lei ordinária conferida à aprovação da mencionada Convenção [...] não consistirá óbice formal de relevância superior ao conteúdo material do novo direito aclamado, não impedindo a sua retroatividade, por se tratar de acordo internacional pertinente a direitos humanos.⁴⁰

O julgado do STJ representou notável avanço na jurisprudência brasileira. Entendeu pela eficácia retroativa do § 3º do art. 5º da CF, e pela hierarquia constitucional e aplicabilidade imediata dos tratados internacionais, que versam sobre direitos humanos. O resultado foi a declaração da inconstitucionalidade da prisão civil do depositário infiel.

O STF foi novamente instado a se manifestar sobre a questão da hierarquia constitucional dos tratados de direitos humanos, quando do julgamento do RE 466.343, em novembro de 2006. Na ocasião, o Ministro Gilmar Mendes manifestou-se no sentido de conferir aos tratados internacionais o *status* infraconstitucional, porém supralegal:

É preciso lembrar, ainda, que o Supremo Tribunal Federal, por longo tempo, adotou a tese do primado do direito internacional sobre o direito interno infraconstitucional. [...].

Assim, a premente necessidade de se dar efetividade à proteção dos direitos humanos nos planos interno e internacional tornou imperiosa uma mudança de posição quanto ao papel dos tratados internacionais sobre direitos na ordem jurídica nacional. [...]. Enfim, desde a adesão do Brasil, no ano de 1992, ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), não há base legal para aplicação da parte final do art. 5º, LXVII, da Constituição, ou seja, para a prisão civil do depositário infiel. [...].

Esse entendimento, delineado em voto por mim proferido em Sessão de 22.11.2006, no Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do RE 466.343/SP, relator Cezar Peluso, e do RE 349.703, relator originário Ilmar Galvão, foi também acolhido pelos Ministros Cezar Peluso, Carmen Lúcia, Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa, Carlos Britto e Marco Aurélio. O julgamento foi suspenso em virtude da vista do Ministro Celso de Mello.⁴¹

O voto do Ministro Gilmar Mendes foi acompanhado pela maioria dos demais colegas, mas o julgamento do RE 466.343 foi suspenso em virtude do pedido de

⁴⁰ BRASIL. RHC 18799. Recurso ordinário em *Habeas Corpus*, em 09. 05. 2006, DJ, 08. 06. 2006. In: PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 9. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 74.

⁴¹ RAMOS, Elival da Silva. In: AMARAL JUNIOR, Alberto do; JUBILUT, Lilianna Lyra (Orgs.). *O STF e o direito internacional dos direitos humanos*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 182-183.

vista do Ministro Celso de Mello, que proferiu seu voto em 12 de março de 2008, também no sentido do desprovimento do recurso, mas com novo fundamento.

O Ministro Celso de Mello alterou o seu entendimento e se posicionou pela prevalência dos tratados de direitos humanos internacionais - por concebê-los com *status* constitucional - sobre a legislação ordinária. Para Ramos (2009):

O voto implica a revisão profunda do entendimento anteriormente professado pelo eminente jurista e magistrado no âmbito do próprio STF, tendo sido ele o responsável, pela relatoria de incisivos julgados no sentido da hierarquia infraconstitucional dos tratados internacionais, incluindo os de direitos humanos, no direito brasileiro, em nível de paridade com a legislação ordinária.⁴²

Novo adiamento do julgamento ocorreu em virtude do pedido de vista formulado pelo Ministro Carlos Alberto Menezes Direito.

O paradigmático julgamento pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal ocorreu em 03 de dezembro de 2008, quando, por votação unânime, foi negado provimento ao Recurso Extraordinário (RE 466.343), que discutia a prisão civil de alienante fiduciário infiel. A proibição da prisão civil por dívida, prevista no inciso LVII do art. 5º da Constituição Federal, foi estendida ao depositário infiel e, por analogia, também ao alienante fiduciário infiel.

Por votação, também unânime, foi concedida ordem de *habeas corpus* (HC 87.585), revogando a Súmula 619 do STF, que previa que “A prisão do depositário judicial pode ser decretada no próprio processo em que se constituiu o encargo, independentemente da propositura de ação de depósito.” Entendeu a Suprema Corte que a prisão civil por dívida só é aplicável na hipótese do inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia.

Houve avanço na jurisprudência do Supremo. Inegável, contudo, que os direitos humanos estariam melhor assegurados caso a Corte tivesse se posicionado pela hierarquia constitucional de todos os tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil - ainda que atribuindo caráter materialmente constitucional àqueles ratificados sem o *quorum* especial exigido pelo § 3º do art. 5º da CF e material e formalmente constitucionais aos ratificados após a EC n. 45/2004.

2.2.3 Convenção n. 155 da OIT como tratado sobre direitos humanos

De todo modo, e com olhar no entendimento atualmente prevalente na Suprema Corte (natureza supralegal dos tratados ratificados pelo Brasil), destaco que o Brasil ratificou a Convenção n. 155 da OIT⁴³, que versa sobre a segurança e saúde dos trabalhadores e o meio ambiente de trabalho. Segundo o seu art. 1º, a

⁴² *Id.*, *ibid.*

⁴³ CONVENÇÃO N. 155 - Aprovada na 67ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho (Genebra - 1981), entrou em vigor no plano internacional em 11 de agosto de 1983. Aprovada no Brasil pelo Decreto Legislativo n. 2, de 17 de março de 1992 do Congresso Nacional, ratificada em 18 de maio de 1992 e promulgada pelo Decreto n. 1.254, de 29 de setembro de 1994.

Convenção “[...] aplica-se a todas as áreas de atividade econômica”. Prevê, no seu art. 11, que, na remuneração do trabalhador, deverão ser levados em consideração “[...] os riscos para a saúde decorrentes da exposição simultânea a diversas substâncias ou agentes” (veja abaixo, sem destaques no original):

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 simultânea a diversas substâncias ou agentes⁴⁴; [...].

A norma internacional em análise, incorporada ao direito brasileiro com *status* de supralegalidade, não deixa dúvidas sobre a possibilidade de cumulação de adicionais, já que devem ser considerados todos os riscos decorrentes da exposição do trabalhador aos diversos agentes ou substâncias nocivas, sem exclusão de um ou outro.

Importa dizer que, se há exposição a dois agentes insalubres, devem ser pagos dois adicionais de insalubridade; se há exposição a um agente insalubre e um perigoso, os correspondentes adicionais devem ser quitados de forma simultânea. Devem ser pagos os adicionais em número correspondente aos agentes a que o trabalhador esteja exposto - sempre de forma cumulativa e não excluyente. Tal entendimento encontra ressonância, não só no argumento da supralegalidade

⁴⁴ No mesmo sentido, a Convenção 148 da OIT, também ratificada pelo Brasil (ratificada em 14 de janeiro de 1982, promulgada pelo Decreto n. 93.413, de 15.10.86) e aplicável “[...] a todos os ramos de atividade econômica” (art. 1), que, no seu art. 8, item 3, prevê (sem destaques no original):

Artigo 8.

[...]

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

No art. 6, a Convenção 148 estabelece solidariedade nos seguintes termos:

[...]

2. Sempre que vários empregadores realizem simultaneamente atividades no mesmo local de trabalho, terão o dever de colaborar para aplicar as medidas prescritas, sem prejuízo da responsabilidade de cada empregador quanto à saúde e à segurança dos trabalhadores que emprega. Nos casos apropriados, a autoridade competente deverá prescrever os procedimentos gerais para efetivar esta colaboração.

do tratado ratificado pelo Brasil (Convenção n. 155 da OIT⁴⁵) - prevalecendo, pois, sobre a norma celetista - como também nas disposições constitucionais já analisadas.

Vale destacar nesse ponto a necessidade de se fomentar no Brasil uma cultura jurídica voltada para o controle da convencionalidade das leis. Piovesan (2011)⁴⁶, a propósito, leciona que:

[...] além da ratificação de tratados de direitos humanos, a serem recepcionados de forma privilegiada pela ordem jurídica local, fundamental é transformar a cultura jurídica tradicional, às vezes refratária e resistente ao Direito Internacional, a fim de que realize o controle de convencionalidade.

Salienta, ainda, que, para a existência de controle de convencionalidade, o pressuposto básico é a hierarquia diferenciada dos instrumentos de direitos humanos em relação à legalidade ordinária. Agrega o argumento de que, quando um Estado ratifica um tratado, há o compromisso de todos os órgãos do poder estatal - a ele vinculados - de cumpri-lo de boa-fé.

Ratificado um tratado sobre direitos humanos, devem os juízes zelar para que os efeitos dele decorrentes “[...] não se vejam mitigados pela aplicação de leis contrárias a seu objeto”.⁴⁷ No tema em análise, assim procede o operador do direito que opta pela aplicação do § 2º do art. 193 da CLT e/ou do item 15.3 da NR-15, em detrimento das disposições contidas na Convenção n. 155 da OIT. Tal caminho impede a implementação, no âmbito interno, dos princípios e da jurisprudência internacionais, a respeito de direitos sociais, e dificulta a sua exigibilidade.

2.3 Aplicação de norma no tempo - Critério cronológico - Convenção n. 155 da OIT como norma posterior ao § 2º do art. 193 da CLT e Portaria Ministerial n. 3.214/78 - Prevalência em virtude do critério cronológico

Não bastassem os argumentos expostos, não se pode perder de vista o critério da cronologia na aplicação dos dispositivos legais. Estabelece o § 1º do art. 2º da LICC⁴⁸:

⁴⁵ Registre-se, por oportuno, que a Convenção n. 155 da OIT adotou um conceito de saúde mais objetivo e abrangente (porque também trata da saúde mental) do que aquele estabelecido pela OMS (“completo bem-estar”). No seu art. 3, alínea “e”, preconiza: “A saúde, com relação ao trabalho, abrange não só a ausência de afecções ou de doenças, mas também os elementos físicos e mentais que afetam a saúde e estão diretamente relacionados com a segurança e a higiene do trabalho.”

⁴⁶ PIOVESAN, Flávia. Direito ao trabalho decente e à proteção internacional dos direitos sociais. *Cadernos da AMATRA IV*. Ano VI, n. 16, p. 48, nov. 2011.

⁴⁷ Nesse sentido enfatiza a Corte Interamericana, *apud* PIOVESAN, Flávia. Direito ao Trabalho Decente e à proteção internacional dos direitos sociais, artigo publicado em *Cadernos da AMATRA IV*, Ano VI, n. 16 - nov. 2011. p. 49.

⁴⁸ Registre-se o entendimento de que a Lei de Introdução do Código Civil “[...] é verdadeiramente o diploma da aplicação, no tempo e no espaço, de todas as normas brasileiras, sejam elas de direito público ou privado”. (DINIZ, Maria Helena. *Lei de introdução ao código civil interpretada*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 3-4).

Art. 2º Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue.

§ 1º A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.

Admitindo-se ou não que os tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil gozam de hierarquia supralegal, o critério da cronologia - adotado para solucionar conflito na aplicação das normas no tempo - autoriza afirmar que disposições contidas na Convenção n. 155 da OIT devem prevalecer sobre aquelas constantes do § 2º do art. 193 da CLT e do item 15.3 da NR-15.

A Convenção n. 155 da OIT foi aprovada no Brasil pelo Decreto Legislativo n. 2, de 17.03.92, ratificada em 18.05.92 e promulgada pelo Decreto n. 1.254, de 29.09.94. A norma preconiza a cumulação de adicionais e é posterior à Lei n. 6.514/77, que incluiu o § 2º ao art. 193 da CLT e também ao regramento contido na NR-15. Portanto, ao meu juízo, de indiscutível aplicação à disposição contida na Convenção n. 155 da OIT, internalizada pelo Decreto n. 1.254/94.

2.4 Respeito ao princípio da norma mais favorável - Convenção n. 155 da OIT como norma mais favorável - Prevalência em virtude do princípio tutelar do Direito do Trabalho

A regra, na aplicação de normas de hierarquia diferente, é a de que prevalece a de grau superior e, entre as de igual hierarquia, a promulgada mais recentemente.

Contudo, no Direito do Trabalho, entre as várias normas sobre a mesma matéria, o vértice da pirâmide não é necessariamente ocupado por aquela de maior hierarquia, mas, sim, pela norma mais favorável ao trabalhador, dentre as que se encontrem em vigor.

Para Plá Rodriguez (1996) a regra da condição mais benéfica é um desdobramento do princípio da proteção, que, por sua vez, “[...] se refere ao critério fundamental que orienta o Direito do Trabalho, pois este, ao invés de inspirar-se num propósito de igualdade, responde ao objetivo de estabelecer amparo preferencial a uma das partes: o trabalhador.”⁴⁹

Por seu turno, Russomano (1991)⁵⁰, poeticamente, afirma que nasce “[...] da alma do Direito do Trabalho um princípio transcendental que rege a pesquisa da fonte aplicável ou a opção pela fonte que vai ser aplicada: é a prevalência da fonte mais favorável ao trabalhador”(destaque do original). E continua:

Esse nos parece ser o princípio solar do Direito do Trabalho contemporâneo, capaz de por em movimento a imensa estrutura social - a nossa - que se arrasta, através dos séculos, penosamente, tendo por norte, até agora inatingido, um mundo organizado segundo os princípios de Justiça, que, em si mesma, é perenemente idêntica a si

⁴⁹ PLÁ RODRIGUEZ, Américo. *Princípios de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1996. p. 28.

⁵⁰ RUSSOMANO, Mozart Victor. *Curso de direito do trabalho*. 4. ed. rev. atual. Curitiba: Juruá, 1991. p. 44.

própria, mas que se apresenta, ante nossa época, com as roupagens que a definem como Justiça renovadora de valores e niveladora dos homens e das classes.

Indiscutivelmente se mostra mais favorável aos trabalhadores a aplicação da Convenção n. 155 da OIT (incorporada pelo Decreto n. 1.254, de 29.09.94), que prevê o pagamento de tantos adicionais quantos forem os agentes nocivos. A necessidade de opção por um dos adicionais, ditada pelo § 2º do art. 193 da CLT e pela NR-15, cedem espaço à norma mais favorável ao trabalhador, que é a de cumulação dos adicionais.

Embora pareça óbvio, oportuno registrar a necessária harmonização dos critérios cronológicos e de aplicação da norma mais favorável. Pode norma posterior, ainda que menos favorável, revogar a regra mais favorável, expressamente, se com ela for incompatível, quando regular inteiramente a matéria de que tratava aquela. Em outras palavras, somente se pode falar na aplicação de norma mais favorável, quando confrontadas normas igualmente em vigor.

2.5 Reparação de danos

Prevê o art. 8º da CLT que o direito comum é fonte subsidiária do Direito do Trabalho:

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

No art. 944 do CCb encontra-se estabelecido: “Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.”

Descabe, em virtude dos estreitos limites do trabalho, analisar os requisitos necessários à reparação dos danos, notadamente a culpa. No presente tópico pretende-se apenas sustentar que o dano sofrido pelo trabalhador, se presentes os demais elementos que fazem nascer o dever de reparar, deve ser integralmente indenizado.

Se o trabalhador labora exposto a dois ou mais agentes insalubres (exemplo: ruído e calor) que lhe causam danos distintos, por imposição da regra mencionada, o empregador deve-lhe indenizar por ambos.⁵¹

⁵¹ Melo (2006), ao analisar a disposição contida no § 2º do art. 193 da CLT e o entendimento daí decorrente - de que não se cumulam os adicionais de insalubridade e periculosidade -, invoca os arts. 186 e 927 do Código Civil para sustentar ponto de vista diverso, ou seja, de que deve ocorrer “indenização” cumulativa. (MELO, Raimundo Simão. *Direito ambiental do trabalho e a saúde do trabalhador*: responsabilidades legais, dano material, dano moral, dano estético, perda de uma chance. 2. ed. São Paulo: LTr, 2006. p. 131-132). Contudo, difícil comungar do entendimento do autor mencionado, já que o labor em condições insalubres ou perigosas não é considerado atividade ilícita. Por isso a opção feita neste trabalho pelo art. 944 do Código Civil, para sustentar a mesma tese de cumulação dos adicionais.

Pontes de Miranda (1955-1972), segundo Sanseverino (2010)⁵², ao dissertar acerca “[...] de como se mede o dano indenizável”, aduz que “[...] o que há de indenizar é todo o dano”, assim entendido o dano em si e as repercussões do dano na esfera jurídica do ofendido, não se distinguindo “[...] graus de culpa, nem qualidades das causas que concorreram”.

No mesmo sentido, Agostinho Alvim, que foi membro da Comissão encarregada de elaborar o Anteprojeto do Código Civil (responsável pela parte referente ao direito das obrigações, inclusive responsabilidade civil), lembrava, já em 1980, que a “[...] lei não olha para o causador do dano, para medir-lhe o grau de culpa, mas para o dano a fim de avaliar-lhe a extensão”.⁵³

2.6 Estímulo para o empregador alterar o meio ambiente do trabalho

Necessário chamar a atenção para uma circunstância pouco lembrada. O labor em condições insalubres, perigosas ou penosas⁵⁴ permite uma aposentadoria precoce. Em casos tais, o empregador declara que seu empregado laborava em determinada situação e a sociedade arca com o ônus de uma aposentação antecipada. Em outras palavras, o empregador, premiado durante a prestação laboral do trabalhador com pagamento exíguo pelo labor insalubre e/ou perigoso e/ou penoso (de forma não cumulativa), não arca com nenhum custo extra quando o trabalhador se retira mais cedo do mercado de trabalho, por força da aposentadoria especial.

É certo que o objetivo do legislador, quando instituiu adicional pelo labor em condições adversas, foi aumentar a remuneração do trabalhador, permitir-lhe uma qualidade de vida melhor e onerar/forçar o empregador a eliminar/reduzir a nocividade do ambiente laboral. Contudo, como regra, o custo com o pagamento do adicional ao trabalhador é infinitamente menor dos que os investimentos necessários para reduzir/eliminar os agentes nocivos. Admitir-se a possibilidade de cumulação dos adicionais, tantos quantos forem os agentes nocivos, contribuirá para evitar a eternização da inércia patronal no zelo com a qualidade do ambiente laboral.

O pagamento cumulativo dos adicionais, aumentando o custo operacional do empregador, deve servir de estímulo para investimentos na melhoria do ambiente laboral, buscando afastar o agente agressivo. Afinal, pergunta-se: por que razão o empregador investiria quantias vultosas na eliminação dos agentes agressivos ou na edificação de um ambiente de trabalho não prejudicial ao empregado, quando existe a possibilidade de manter esse ambiente, pagando ao trabalhador um adicional irrisório? O ideal seria o pagamento do adicional somente quando, apesar de adotadas todas as medidas necessárias e cabíveis relativas ao ambiente de trabalho, persistisse a nocividade/periculosidade/penosidade, e não como uma troca da saúde ou da vida do trabalhador pelo adicional, de valor ínfimo.

⁵² SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral* - indenização no Código Civil, São Paulo: Saraiva, 2010. p. 50.

⁵³ *Ibid*, p. 50.

⁵⁴ A Lei Orgânica da Previdência Social (Lei n. 3.807, de 26 de agosto de 1960) instituiu aposentadoria especial para os trabalhadores que trabalhassem 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos em serviços penosos, insalubres ou perigosos.

3 PARADOXO?: CRÍTICA À MONETIZAÇÃO DOS RISCOS/DANOS X ACÚMULO DE ADICIONAIS

No início deste artigo fez-se crítica à opção do legislador brasileiro de monetizar os riscos. Na sequência sustentou-se a possibilidade de cumulação de adicionais, criando um aparente paradoxo, que ora se explica.

Embora não seja ideal a sistemática adotada pelo legislador nacional (monetização), é a que se encontra em vigor, cabendo aos operadores do direito torná-la a mais efetiva possível, buscando preservar o direito humano à saúde. Até que advenha mudança legislativa, a autora defende que um dos caminhos possíveis em direção à adaptação do ambiente laboral - proporcionando ao trabalhador local saudável e seguro para desenvolver seus misteres - é o pagamento dos adicionais - insalubridade, periculosidade e penosidade - de forma cumulativa.

A acumulação que se pretende deve ser a mais ampla possível - nos moldes da Convenção n. 155 da OIT - ou seja, por agente insalubre, perigoso e trabalho penoso, o que seria considerado, de imediato, recompensa justa ao trabalhador, que tem a sua saúde, até mesmo a vida, em risco no desempenho de suas atividades; no longo prazo, garantia de ambientes de trabalho mais dignos, já que a oneração proposta, espera-se, direcionará o empregador rumo à eliminação ou neutralização dos agentes/ambientes agressores.

4 REFERÊNCIAS

- ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid: Trotta, 2002.
- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*, 18. tiragem, Rio de Janeiro, Campus, 1992.
- CANÇADO TRINDADE, A. A. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. 2. ed. rev. atual. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003. v. I.
- CERVO, Karina Socal. *O direito fundamental ao trabalho na Constituição Federal de 1988*. Dissertação de Mestrado. 134f. Universidade de Caxias do Sul: Programa de Pós-Graduação em Direito, 2008.
- DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 9. ed. São Paulo: LTr, 2010.
- DINIZ, Maria Helena. *Lei de introdução ao código civil interpretada*. São Paulo: Saraiva, 1994.
- HERRERA FLORES, Joaquín. *A (re)invenção dos direitos humanos*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.
- _____. *Los derechos humanos como procesos de lucha por la dignidad*. Disponível em: <<http://aulavirtual.upo.es:8900/webct/urw/lc102116011.tp0/cobaltMainFrame.dowebct>>. Acesso em: 13 mar. 2008.
- GOMES, Fábio Rodrigues. *O direito fundamental ao trabalho*. Perspectivas histórica, filosófica e dogmático-analítica. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2002.
- LUÑO, A. E. Perez. *Los derechos fundamentales*. 8. ed. Madrid: Tecnos, 2004.
- MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2008.

- MARRUL, Indira Bastos. A indivisibilidade dos direitos humanos: da desagregação à integração. BAHIA ANÁLISE & DADOS. Salvador, v. 14, n. 1, p. 9-24, jun. 2004.
- MARTÍNEZ, Gregório Peces-Barba. *Curso de derechos fundamentales - teoría general*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid. *Boletín Oficial del Estado*, 1999.
- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 4. ed. rev., atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- MELO, Raimundo Simão de. *Direito ambiental do trabalho e a saúde do trabalhador: responsabilidades legais, dano material, dano moral, dano estético, perda de uma chance*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2006.
- OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Proteção jurídica à saúde do trabalhador*. 2. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: LTr, 1998.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 5. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Max Limonad, 2002.
- _____. *Proteção judicial contra omissões legislativas - ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção*. 2. ed. rev. atual. ampl. 1995.
- _____. *Tratados internacionais de proteção dos direitos humanos: jurisprudência do STF*. Disponível em: <http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Repositorio/31/Documentos/Artigos/00000034-001_FlaviaPioveasn.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2009.
- PLÁ RODRIGUEZ, Américo. *Princípios de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1996.
- PRUNES, José Luiz Ferreira. *Insalubridade e periculosidade no trabalho. Problemas e soluções*. São Paulo: LTr, 1974.
- RAMOS, Elival da Silva. In: AMARAL JUNIOR, Alberto do; JUBILUT, Líliliana Lyra (Orgs.). *O STF e o direito internacional dos direitos humanos*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.
- REZEK, J. Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- RUSSOMANO, Mozart Victor. *Curso de direito do trabalho*. 4. ed. rev. atual. Curitiba: Juruá, 1991.
- SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral - Indenização no código civil*, São Paulo: Saraiva, 2010.
- SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 5. ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- SARMENTO, Daniel. *Os direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.
- SILVA, Janaína Saraiva da. Reflexões sobre a efetividade do direito fundamental de proteção da saúde do trabalhador: cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade. Disponível em: <<http://www.amatra4.org.br/publicacoes/cadernos/caderno-08?start=5>>. Acesso em: 20 mar. 2012.
- SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. 2. tir. rev. atual. ampl., São Paulo: Malheiros, 1999.
- SILVA, José Antônio Ribeiro de Oliveira. *A saúde do trabalhador como um direito humano: conteúdo essencial da dignidade humana*. São Paulo: LTr, 2008.

- SILVA, Nívia Mônica da. Considerações sobre a exigibilidade dos direitos fundamentais no estado democrático de direito. Disponível em: <<https://aplicacao.mp.mg.gov.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/995/R%20DJ%20Considera%C3%A7%C3%B5es%20sobre%20a%20exigibilidade%20-%20n%C3%ADvia.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 10 fev. 2012.
- TRINDADE, José Damião de Lima. *História social dos direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: Peirópolis, 2002.
- VENDRAME, Antonio C. A cumulatividade dos adicionais. *Revista CIPA*. São Paulo, ano XVII, n. 214, 1997.