

A POSSIBILIDADE DE ACUMULAÇÃO DOS ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE

Joaquim Barros Martins da Costa¹

RESUMO

O respectivo trabalho objetiva analisar, sob o ponto de vista legal e doutrinário, o tratamento dado pelo ordenamento jurídico brasileiro e pela Organização Internacional do Trabalho aos institutos da insalubridade e periculosidade, notadamente no que se refere aos adicionais de remuneração, propondo-se a uma solução para a suposta antinomia existente entre os diferentes diplomas normativos relacionados ao tema, defendendo-se a possibilidade de percepção simultânea dos respectivos adicionais.

Palavras-Chave: Insalubridade; Periculosidade; Adicional; Acumulação.

Sumário: 1 Introdução. 2 Saúde do Trabalhador e Meio Ambiente do Trabalho. 3 Fundamentos da Cumulatividade dos Adicionais de Insalubridade e Periculosidade: 3.1 Fundamentos Constitucionais; 3.2 Princípio da Norma Mais Favorável; 3.3 Convenção nº 155 da Organização Internacional do Trabalho: 3.3.1 Antinomia Jurídica; 3.3.2 Teoria da Supra Legalidade. Dupla Compatibilidade Vertical. 3.4 Aplicação Analógica do Direito Comum. 4 Conclusão. Referências Bibliográficas.

1 INTRODUÇÃO

Dentre os objetivos pretendidos pela República Federativa do Brasil, encontra-se explicitado no artigo 3º, IV, da Constituição Federal de 1988, a promoção do bem de todos, arrolando-se ainda, como Direito Social, no artigo 6º do mesmo diploma legal, o direito à saúde.

Diante deste comando constitucional, o direito à saúde corresponde a um dever do Estado, tratando-se, portanto, de um direito subjetivo de todos, incluindo-se os trabalhadores.

Considerando-se o bem-estar e o desenvolvimento pretendidos pela

1. Analista Judiciário do Tribunal Regional do Trabalho da 18ª Região, lotado na Secretaria de Recursos de Revista, graduado em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia - UFU, especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela UFU e em Direito Processual pela UNISUL.

nossa Carta Política de 1988, em decorrência de sua supremacia no ordenamento jurídico brasileiro, impõe-se uma verdadeira releitura dos deveres do empregador, notadamente no que se refere ao meio ambiente de trabalho e forma de remuneração das atividades prejudiciais à saúde.

Temos, portanto, que a proteção à saúde dos empregados, justamente pelo seu envolvimento nos riscos físicos e psíquicos inerentes à brutalidade em que normalmente se reveste o processo produtivo, surge como espécie de efeito anexo do próprio poder diretivo do organizador do empreendimento econômico.

Sob tal perspectiva, objetiva o presente trabalho a realização de um estudo crítico acerca da possibilidade da acumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade, em caso de exposição do trabalhador a um fato gerador nocivo à saúde e outro que represente risco à vida.

Tal situação encontra respaldo na Convenção Internacional nº. 155 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), ratificada pelo Brasil através do Decreto nº. 1.254 de 19 de Setembro de 1994.

Para tanto, serão examinados o conceito de saúde, a tutela normativa a ela dispensada pelo ordenamento jurídico nacional e pela Organização Internacional do Trabalho, propondo-se uma solução para a suposta antinomia existente entre os diferentes diplomas normativos relacionados ao tema.

Por fim, defenderemos a possibilidade de percepção simultânea dos adicionais de insalubridade e periculosidade, lançando mão de textos normativos e doutrinários, além de precedentes jurisprudenciais.

2 SAÚDE DO TRABALHADOR E MEIO AMBIENTE DO TRABALHO

A palavra “saúde”, derivada do latim *salus* ou *salutis*, significa o estado habitual de equilíbrio do organismo ou simplesmente “o completo bem estar psíquico, mental e social do indivíduo”² e, enquanto bem jurídico maior titularizado pela pessoa humana, ao lado da vida e da liberdade, recebeu tratamento especial pelo ordenamento jurídico brasileiro, tanto em sede constitucional quanto

2.BARROS, Alice Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho. 3. ed. São Paulo: LTr, 2008, p. 1036.

infraconstitucional.

É importante lembrar que o termo “saúde”, em se tratando de relação de trabalho, envolve não apenas o bem estar físico, ou seja, a ausência de doenças, como também os demais elementos físicos e mentais relacionados com a segurança e higiene do trabalho.

Esse, inclusive, é o entendimento adotado pela Organização Internacional do trabalho, conforme expressamente disposto no artigo 3º, aliena “e”, da Convenção nº. 155, abaixo transcrito:

Artigo 3º. Para os fins da presente Convenção:

[...]

e) o termo “saúde”, com relação ao trabalho, abrange não só a ausência de afecção ou de doenças, mas também os elementos físicos e mentais que afetam a saúde e estão diretamente relacionados com a segurança e a higiene no trabalho.

A Constituição Federal de 1988, no Capítulo dos Direitos Sociais, ao garantir o direito à saúde de forma genérica e universal, lhe atribuiu feição de direito subjetivo público, sendo, portanto, exigível de seu principal devedor, qual seja, o Estado.

Sobre este aspecto, é correto afirmar que, por via indireta, a saúde obteve status de fundamento da República Federativa do Brasil, como consectário dos preceitos da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF/88) e do valor social do trabalho (art. 1º, IV, CF/88).

Com relação ao tema, merecem transcrição os ensinamentos de Alice Monteiro de Barros:

Um dos objetivos da República Federativa do Brasil consiste em promover o bem de todos (art. 3º, IV, da Constituição vigente), garantindo-se, no art. 6º, no Capítulo Dos Direitos Sociais, o direito à saúde a todos, o qual corresponde a um dever do Estado. Daí se infere tratar-se a saúde de um direito subjetivo público, que se exige do Estado.³

Nota-se, no entanto, que não é apenas o Estado o devedor de direitos sociais, pois, em virtude da eficácia horizontal das normas de direito fundamental, o empregador que contrata, assalaria e dirige a prestação pessoal do serviço, assume

3. BARROS, Alice Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho. 3. ed. São Paulo: LTr, 2008, p. 1036.

para si os riscos do empreendimento econômico e a obrigação de zelar pelo bem estar físico e psíquico dos empregados, sendo, portando, devedor do direito à saúde de seus empregados.

Atendo-se especificamente à proteção legal conferida à saúde no meio ambiente de trabalho, nossa Carta Magna assegurou aos trabalhadores urbanos e rurais a redução dos riscos inerentes ao trabalho.

Referida proteção foi concretizada por meio da publicação de normas de saúde, higiene e segurança, em conjunto com o direito à percepção de adicionais de remuneração para atividades penosas, insalubres ou perigosas, nos exatos termos preconizados no artigo 7º, *caput* e incisos XXII e XXIII.

Ressalta-se que merecem destaque especial, em nível infraconstitucional, as Convenções nº. 148 e 155 da OIT, ratificadas pelo país e internalizadas pelos Decretos nº. 93.413/86 e 1.254/94, respectivamente, as quais dispõem sobre a proteção dos trabalhadores contra os riscos profissionais, normas gerais de segurança, saúde e meio ambiente do trabalho, além de serviços ligados à saúde no trabalho.

Destacam-se, ainda, com relação à saúde do trabalhador, as normas atinentes à Segurança e Medicina do Trabalho, constantes do Título II, Capítulo V, da Consolidação das Leis do Trabalho, além das Normas Regulamentares do Ministério do Trabalho e Emprego, constantes da Portaria nº. 3.214/78.

O Direito do Trabalho nasceu dentro de um quadro histórico bastante definido: o advento da Revolução Industrial. Seu tema recorrente foi a questão social e a sua finalidade, claramente tutelar, era promover a dignidade dos seres humanos ou, mais especificamente, daqueles que trabalhavam nas indústrias.⁴

A partir daí, buscou-se cada vez mais a proteção ao meio ambiente do trabalho, principalmente na atualidade, visando-se a qualidade de vida do trabalhador, dentro e fora do local de trabalho.

Nesta senda, Sebastião Geraldo de Oliveira, ensina que o notável progresso do direito ambiental “influencia beneficentemente a tutela jurídica da saúde do trabalhador e contribui na combinação dos esforços conjugados de vários

4.FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. Direito ambiental e a saúde dos trabalhadores. São Paulo: LTr, 2000, p. 21.

ramos da ciência jurídica em prol do meio ambiente saudável, nele incluído o do trabalho”.⁵

Ocorre que, não obstante a integridade física do trabalhador ser um direito da personalidade oponível contra o empregador, em geral, as condições em que o trabalho se realiza não estão corretamente adaptadas à capacidade física e mental do empregado.

Além de acidente do trabalho e enfermidades profissionais, a precariedade e insuficiência das condições em que o trabalho é exercido geram fadiga, tensão e insatisfação, o que corroboram para a debilidade física e mental do trabalhador, provocando, ainda, queda da produtividade, absenteísmo e instabilidade no emprego.

Os principais fatores vivenciados no ambiente de trabalho responsáveis pelos danos causados à saúde do trabalhador são a duração excessiva da jornada, falta de repouso suficiente, trabalhos em turnos de revezamento, tarefas repetitivas, trabalho penoso, esforço físico, ambiente hostil, posturas inadequadas e ritmo de trabalho, atenção e tensão constantes.

Além disso, do progresso tecnológico, na forma desordenada em que se apresenta, surgem outros riscos à integridade física do trabalhador, como a exposição a substâncias químicas e os que decorrem da automação.

A doutrina nacional, a este respeito, nos alerta que “a esses riscos aliam-se outros que surgem acompanhados do progresso tecnológico, como exposição a substâncias químicas, cujos efeitos ainda são mal conhecidos a curto prazo e os que decorrem da automação”.⁶

Com relação ao meio ambiente de trabalho, a Convenção nº. 148 da Organização Internacional do Trabalho, aplicável a todas as categorias profissionais, dispõe que a utilização de procedimentos, materiais ou substâncias que exponham os trabalhadores a riscos deverá ser comunicada à autoridade competente.

Caberá à autoridade referida impor limitações ou até mesmo proibir certas atividades, visando unicamente à proteção do meio ambiente de trabalho saudável.

Neste contexto, a Constituição da República, em seu artigo 170, reza

5. OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. Proteção jurídica à saúde do trabalhador. 3. ed. São Paulo: LTr, 2001, p. 127.

6. BARROS, Alice Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho. 3. ed. São Paulo: LTr, 2008, p. 1035.

que

a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre-iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da Justiça Social, observada a defesa do meio ambiente.

Já em seu artigo 225, nossa Carta Política assim determina:

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.

§1º. Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

[...]

VI – promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente.

O professor Sebastião Geraldo de Oliveira conclui de forma cristalina que o meio ambiente do trabalho está inserido no meio ambiente geral, “de modo que é impossível alcançar qualidade de vida sem ter qualidade de trabalho, nem se pode atingir meio ambiente equilibrado e sustentável, ignorando o meio ambiente do trabalho”.⁷

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 estabelece, ainda, no Capítulo II, artigo 7º, inciso XXII, que “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”.

Sob este enfoque constitucional do Direito do Trabalho, pode-se concluir que a manutenção do ambiente de trabalho saudável é direito do trabalhador e dever do empregador.

Sebastião Geraldo de Oliveira observa que

essa preocupação do enfoque multidisciplinar para a melhora do ambiente laboral é de suma importância porque o homem passa a maior parte da sua vida útil no trabalho, exatamente no período da plenitude de suas forças físicas e mentais.⁸

7. OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Proteção jurídica à saúde do trabalhador*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2001, p. 127.

8. OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Proteção jurídica à saúde do trabalhador*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2001, p. 127.

E acrescenta: “daí por que o trabalho, frequentemente, determina o seu estilo de vida, influencia nas condições de saúde, interfere na aparência e apresentação pessoal e até determina, muitas vezes, a forma da morte”.⁹

Essas situações, pelos diversos fundamentos expostos, exigem uma resposta positiva do Direito, em especial da legislação trabalhista nacional, do Direito Constitucional e do Direito Internacional, este último consubstanciado, principalmente, em Convenções Internacionais da OIT, buscando, sempre, a eliminação dos riscos e agentes nocivos presentes no ambiente de trabalho.

3 FUNDAMENTOS DA CUMULATIVIDADE DOS ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE

3.1 FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS

A Constituição Federal de 1988, logo em seu artigo 1º estabelece que “a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos, entre outros, a cidadania, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho”.

Por sua vez, no artigo 170, também da CRFB, observa-se que a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre-iniciativa, tem por fim assegurar a todos, existência digna, conforme os ditames da Justiça Social, observada a defesa do meio ambiente.

Some-se a isto o disposto no artigo 225 da CF/88, segundo o qual 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.

Ainda, de acordo com o § 1º, VI do mesmo artigo, incumbe ao Poder Público “promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente”.

9. OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. Proteção jurídica à saúde do trabalhador. 3. ed. São Paulo: LTr, 2001, p. 127.

Já o artigo 196 da Carta Magna assegura que

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

Em complementação ao disposto no artigo 196 da CF/88, o artigo 200, do mesmo texto normativo, atribui ao Sistema Único de Saúde (SUS) competência para, além de outras atribuições, nos termos da lei, executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador (inciso II) e colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho (inciso VIII).

Nesta senda, Sebastião Geraldo de Oliveira conclui que o meio ambiente do trabalho está intimamente relacionado ao meio ambiente geral (Art. 200 - VIII da Constituição da República), conforme se extrai do seguinte trecho de sua autoria: “[...] é impossível alcançar qualidade de vida sem ter qualidade de trabalho, nem se pode atingir meio ambiente equilibrado e sustentável, ignorando o meio ambiente do trabalho”.¹⁰

Ainda sob o enfoque constitucional, o artigo 7º, inciso XXII, prevê que 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.

Ressalta-se, ainda, o disposto no artigo 10, inciso II, alínea a do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, o qual prevê um importante instrumento de proteção do meio ambiente do trabalho, qual seja, a Comissão Interna de Prevenção de Acidentes (CIPA).

Diante desse panorama, defendemos que as regras trabalhistas devam ser interpretadas à luz da Constituição Federal, principalmente com relação aos princípios, fundamentos e objetivos da República Federativa do Brasil.

Desta forma, poderíamos concluir pela incompatibilidade do artigo 193, § 2º da CLT com a nova ordem jurídica imposta pelo texto constitucional de

10. OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. Proteção jurídica à saúde do trabalhador. 3. ed. São Paulo: LTr, 2001, p. 127.

1988, e pela consequente possibilidade de percepção simultânea dos adicionais de remuneração por atividade de risco.

Este, inclusive, foi o fundamento adotado pela Primeira Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, para conferir ao empregado o direito à percepção cumulativa de ambos os adicionais, conforme se infere da Ementa abaixo transcrita:

00354-2006-002-03-00-4 RO. Data de Publicação: 27-10-2006. Órgão Julgador: Primeira Turma. Tema: ADICIONAL DE PERICULOSIDADE - INSALUBRIDADE – ACUMULAÇÃO. Relator: Marcus Moura Ferreira. Revisor: Convocada Adriana Goulart de Sena. EMENTA: ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE. POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO. Havendo prova técnica a demonstrar que em um determinado período do contrato o reclamante estivera exposto, simultaneamente, a dois agentes agressivos, um insalubre e outro perigoso, ele faz jus ao pagamento de ambos, haja vista que o disposto no art. 193, parágrafo 2º. da CLT não é compatível com os princípios constitucionais de proteção à vida e de segurança do trabalhador.

3.2 PRINCÍPIO DA NORMA MAIS FAVORÁVEL

A ideia de princípio ou sua conceituação, seja lá qual for o campo do saber que se tenha em mente, designa a estruturação de um sistema de ideias, pensamentos ou normas por uma ideia mestra, por um pensamento chave, por uma baliza normativa, donde todas as demais ideias, pensamentos ou normas derivam, se reconduzem e/ou se subordinam.¹¹

Celso Antônio Bandeira de Mello esclarece que o princípio é o mandamento nuclear do sistema jurídico, pois é quem fornece as diretivas que embasam uma ciência e que serve para bem compreendê-la:

verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. [...] Violar um princípio é muito mais grave do que

11. ESPÍNOLA, Ruy Samuel. Conceito de princípios constitucionais. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 53.

violar uma regra. A não-observância de um princípio implica ofensa não apenas a específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos.¹²

Segundo Maurício Godinho Delgado, os princípios se definem “como proposições ideais que informam a compreensão do fenômeno jurídico. São diretrizes centrais que se inferem de um sistema jurídico e que, após inferidas, a ele se reportam, informando-o”.¹³

Os princípios jurídicos apresentam diferentes funções, dentre as quais destacamos três: informadora, normativa e interpretativa.

Segundo Sergio Pinto Martins, a “função informadora serve de inspiração ao legislador e de fundamento para as normas jurídicas; a função normativa atua como uma fonte supletiva, nas lacunas ou omissões da lei”.¹⁴

Ainda, segundo o mesmo autor, “a função interpretativa serve de critério orientador para os intérpretes e aplicadores da lei”.¹⁵

Dentre os princípios específicos do Direito do Trabalho, merece destaque especial, em razão do tema abordado neste trabalho, o Princípio da Norma mais Favorável.

Segundo Maurício Godinho Delgado, o princípio da norma mais favorável englobou o princípio do *in dubio pro operário*, fazendo com que este perdesse sua utilidade prática, conforme se extrai do seguinte trecho:

O que há de positivo, portanto, na velha diretriz (*in dubio pro operario*) – sua referência a um critério de interpretação de normas jurídicas – já se manteve preservado no Direito do Trabalho (através do princípio da norma mais favorável), abandonando-se, contudo, a referência superada que o antigo aforismo fazia à função judicante de avaliação e valoração de fatos. Por tais razões nem sequer é necessário, sob a ótica estritamente protecionista, insistir-se nessa dimensão da velha diretriz censurada.¹⁶

Tal princípio é aplicável na hipótese de conflito aparente de normas, isto é, coexistindo no ordenamento jurídico duas ou mais normas trabalhistas,

12.MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 573.

13.DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. 9. ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 143.

14.MARTINS,Sergio Pinto. Direito do Trabalho. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 75.

15.Ibidem.

16.DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. 9. ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 214.

deve-se aplicar a que seja mais benéfica para o trabalhador.

Observa-se, porém, que o operador jurídico não pode simplesmente escolher a norma mais benéfica a ser aplicada, devendo se ater ao processo interpretativo da Hermenêutica Jurídica, conforme ensina Mauricio Godinho Delgado:

Não poderá o operador jurídico suplantar os critérios científicos impostos pela Hermenêutica Jurídica à dinâmica de revelação do sentido das normas examinadas, em favor de uma simplista opção mais benéfica para o obreiro. Também no Direito do Trabalho o processo interpretativo deve concretizar-se de modo objetivo, criterioso, guiado por parâmetros técnico-científicos rigorosos. Assim, apenas se, após respeitados os rigores da Hermenêutica Jurídica, chegar-se ao contraponto de dois ou mais resultados interpretativos consistentes, é que procederá o intérprete à escolha final orientada pelo princípio da norma mais favorável.¹⁷

Portanto, o princípio da norma mais favorável deve ser utilizado na elaboração da norma jurídica, influenciando nos critérios inspiradores da reforma das legislações, definição das condições de trabalho fixadas pelas normas coletivas e escolha da norma jurídica aplicável, salvo vedação legal.

Assim, diante da determinação do artigo 192, § 2º da CLT, que proíbe a acumulação do adicional de insalubridade com o adicional de periculosidade, e das disposições contidas no texto da Convenção nº. 155 da OIT, que autorizam a percepção simultânea dos referidos adicionais, conforme será demonstrado no item seguinte, entendemos, através da utilização do princípio da norma mais favorável, que há prevalência da Convenção Internacional sobre o artigo do texto consolidado.

3.3 CONVENÇÃO Nº. 155 DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO

Certo é que o artigo 193, §2º da CLT exige que o empregado faça a opção por apenas um dos adicionais, no caso de trabalho exercido simultaneamente em condições insalubres e perigosas.

No entanto, necessária se faz uma interpretação sistemática e

17.DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de direito do trabalho. 9. ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 200-201.

axiológica do referido dispositivo legal com a Convenção Internacional nº. 155 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), ratificada pelo Brasil através do Decreto nº 1.254 de 19 de Setembro de 1994, in verbis:

Art. 1º A Convenção nº 155, da Organização Internacional do Trabalho, sobre Segurança e Saúde dos Trabalhadores e o Meio Ambiente de Trabalho, concluída em Genebra, em 22 de junho de 1981, apensa por cópia a este decreto, deverá ser cumprida tão inteiramente como nela se contém.

Art. 2º O presente decreto entra em vigor na data de sua publicação.

Com a ratificação, pelo Brasil, da Convenção nº 155 da OIT, a mesma passou a integrar o ordenamento jurídico brasileiro, gozando da exigibilidade inerente a toda e qualquer espécie normativa, devendo, portanto, ser cumprida tão inteiramente como nela se contém.

Porém, a despeito da legislação nacional consolidada e do entendimento até então dominante dos tribunais trabalhistas nacionais, extrai-se do texto da referida Convenção a possibilidade de acumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade, na medida em que dispõe que os riscos para a saúde causados pela exposição simultânea a várias substâncias ou agentes nocivos devem ser levados em consideração. Esta é a dicção do artigo 11, b, da Convenção nº 155 da OIT:

Artigo 11. A fim de tornar efetiva a política a que se refere o Artigo 4 do presente Convênio, a autoridade ou autoridades competentes deverão garantir a realização progressiva das seguintes funções:

[...]

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

Não é outra a posição defendida pelo docente da Universidade de São Paulo e magistrado do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, Jorge Luiz Souto Maior:

Acumulação de adicionais: como o princípio é o da proteção

do ser humano, consubstanciado, por exemplo, na diminuição dos riscos inerentes ao trabalho, não há o menor sentido continuar-se dizendo que o pagamento de um adicional “quita” a obrigação quanto ao pagamento de outro adicional. Se um trabalhador trabalha em condição insalubre, por exemplo, ruído, a obrigação do empregador de pagar o respectivo adicional de insalubridade não se elimina pelo fato de já ter este mesmo empregador pago ao empregado adicional de periculosidade pelo risco de vida que o impôs. Da mesma forma, o pagamento pelo dano à saúde, por exemplo, perda auditiva, nada tem a ver com o dano provocado, por exemplo, pela radiação. Em suma, para cada elemento insalubre é devido um adicional, que, por óbvio, acumula-se com o adicional de periculosidade, eventualmente devido. Assim, dispõe, aliás, a Convenção 155, da OIT, ratificada pelo Brasil.¹⁸

3.3.1 Antinomia jurídica

A Antinomia Jurídica pode ser definida como uma contradição, real ou aparente, própria ou imprópria, existente entre espécies normativas diferentes ou entre disposições constantes da mesma norma, dificultando, assim, sua interpretação.

Do próprio conceito extrai-se que as antinomias jurídicas se classificam em aparentes ou reais e próprias ou impróprias, segundo os critérios de solução possíveis dentro do ordenamento jurídico e com relação ao seu conteúdo normativo, respectivamente.

Por antinomias aparentes, entendemos aquelas passíveis de solução dentro do ordenamento jurídico, através da utilização de diferentes métodos de interpretação e utilização das regras de hermenêutica jurídica, ao passo que as antinomias reais são aquelas insuscetíveis de solução.

Já com relação ao conteúdo normativo, as antinomias se apresentam como próprias, na hipótese de contradição entre normas jurídicas ou disposições de uma mesma norma, ou impróprias, quando referentes a princípios e valores.

Feitas essas considerações iniciais, ao analisarmos a Consolidação das Leis do Trabalho, notadamente seu artigo 193, § 2º em conjunto com o texto da

18.MAIOR, Jorge Luiz Souto. Em Defesa da Ampliação da Competência da Justiça do Trabalho. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7033>>.

Convenção nº 155 da OIT, especificamente o artigo 11, b, verificamos a existência de uma antinomia aparente e própria.

Constatada a presença da antinomia jurídica aparente, incumbe ao intérprete do direito apresentar solução ao conflito de normas, através da utilização dos critérios da hierarquia, da especialidade e da cronologia.

Com relação ao critério da hierarquia normativa, parte da doutrina e jurisprudência entende que o Decreto-Lei 5.452, de 1º de Maio de 1942, que aprovou a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), tem a mesma natureza jurídica de “Lei Ordinária” do Decreto nº 1.254 de 19 de Setembro de 1994, que ratificou a Convenção Internacional 155 da Organização Internacional do Trabalho, não havendo que se falar, portanto, em hierarquia entre o art. 193 da CLT e o referido decreto que ratificou a Convenção 155 da OIT.

Porém, defendemos a tese de que as Convenções Internacionais ratificadas pelo Brasil ocupam posição hierarquicamente superior às leis na *pirâmide Kelseniana*, o que impediria a aplicação destas em detrimento daquelas em caso de antinomia, salvo se mais benéficas, hipótese em que se aplicaria o princípio da norma mais favorável.

No que tange à especialidade, defendemos que tanto a CLT quanto a Convenção nº 155 da OIT tratam igualmente do mesmo assunto de forma especial, não servindo este critério, portanto, de ferramenta hábil a solucionar a antinomia.

Cronologicamente, verifica-se que o decreto 1.254/94 que ratificou a citada Convenção nº 155 da OIT, é posterior ao decreto 5.452/42 (CLT), como também à Lei 6.514, de 22.12.1977, que determinou a redação do art. 193 e seus parágrafos, devendo a Convenção nº 155, portanto, prevalecer sobre o texto consolidado.

3.3.2 Teoria da suprallegalidade. Dupla compatibilidade vertical

Sabe-se que os tratados sobre direitos humanos ratificados pelo Brasil com o quórum qualificado do art. 5º, § 3º da CF/88, são para todos os efeitos considerados como normas constitucionais, sendo certo que os mesmos tratados, quando não ratificados pelo referido quórum qualificado, encontram-se no plano da chamada “supra legalidade”.

Neste sentido, inclusive, se posicionou o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 466.343-SP, em 03/12/2008, por cinco votos a quatro, pacificando a controvérsia até então existente naquela Corte.

A corrente vencedora, sustentada pelo Ministro Gilmar Mendes e seguida pelos Ministros Menezes Direito, Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski e Cármen Lúcia, defendia a “supra legalidade” dos tratados internacionais não ratificados pelo quorum especial, e a vencida, defendida pelos Ministros Celso de Mello, Cezar Peluso, Eros Grau e Ellen Gracie, admitia o valor constitucional dos tratados.

O tratado Internacional, seja qual for o tema abordado, é uma espécie de norma jurídica especialíssima, no que diz respeito à forma de constituição, e singular, com relação à sua posição na ordem jurídica nacional.

O tratado internacional não pode ser visto senão na sua dupla qualidade de ato jurídico e de norma, pois o acordo formal entre Estados é o ato jurídico que produz a norma, e que, uma vez produzida, desencadeia efeitos de direito, gera obrigações e prerrogativas.

Pelo fato dos tratados internacionais representarem uma relação jurídica de direito internacional, que se funda na obrigatoriedade da aplicação da norma internacional mediante os princípios do *pacta sunt servanda* e da boa-fé, bem como em homenagem e incentivo às relações diplomáticas entre os Estados, não podem ficar, qualquer que seja a matéria neles veiculada, limitados ao patamar destinado às leis infraconstitucionais.

Diante disso, e considerando o *status* supra legal dos tratados internacionais sobre direitos humanos ratificados com quorum simples, como é o caso da Convenção nº 155 da OIT, entendemos que toda lei infraconstitucional, para ser válida, deve contar com dupla compatibilidade vertical.

Isto significa que para ser válida a lei deve ser compatível com a Constituição Federal, bem como com os tratados e convenções internacionais que versem sobre direitos humanos, dada a “supra legalidade” desta última espécie normativa, pois a norma superior irradia uma espécie de “eficácia paralisante” da norma inferior.

Portanto, através do “controle de convencionalidade”, exercido de forma concentrada ou difusa, pode-se assegurar a vigência e eficácia das normas

internacionais dotadas de *status supra legal*, tendo em vista que os mesmos servirão de pressuposto de validade das normas infraconstitucionais.

Nesse sentido se faz necessária a distinção entre controle de constitucionalidade e controle de convencionalidade. No primeiro é analisada a compatibilidade do texto legal com a Constituição e, no segundo, o que se valora é a compatibilidade do texto legal com os tratados e convenções internacionais. Todas as vezes que a lei ordinária atritar com essas normas internacionais supralegais ou com a Constituição, por óbvio, não será válida.

Ora, se a Constituição possibilita sejam os tratados de direitos humanos ratificados com o quorum especial alçados ao patamar constitucional, com equivalência de emenda, por questão de lógica deve também garantir-lhes os meios que prevê a qualquer norma constitucional ou emenda de se protegerem contra investidas não autorizadas do direito infraconstitucional.

Por sua vez, os tratados e convenções internacionais que versam sobre direitos humanos, porém ratificados com o quorum simples, como é o caso da Convenção Internacional nº. 155 da OIT, servirão de paradigma no controle de convencionalidade.

Assim, ausente a dupla compatibilidade vertical do § 2º do art. 193 da CLT, diante da “supra legalidade” da Convenção Internacional nº. 155 da OIT, concluímos pela inaplicabilidade deste artigo do texto consolidado.

3.4 APLICAÇÃO ANALÓGICA DO DIREITO COMUM

O Direito Comum, aplicável subsidiariamente no Direito do Trabalho por expressa autorização do parágrafo único do art. 8º da CLT, determina, com base nos princípios da função social do contrato, da responsabilidade objetiva do tomador dos serviços e da proporcionalidade da reparação pelos prejuízos causados, que a indenização mede-se pela extensão do dano, conforme dispõe os artigos 421, 927, parágrafo único, 932, III e 944, todos do Código Civil de 2002.

Assim, estando o empregado sujeito aos riscos oriundos do labor exercido sob circunstâncias, simultaneamente, insalubres e perigosas, faz jus ao recebimento de ambos os adicionais, pois ambas são as condições de risco. Sendo múltiplos os agentes nocivos e de risco, múltiplas também devem ser suas

compensações pecuniárias.

4 CONCLUSÃO

Não obstante a vedação legal constante no artigo 193, § 2º da CLT e no item 3 da NR 15 da Portaria nº. 3214/78 do Ministério do Trabalho e Emprego, entendemos possível a cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade, pois, ao contrário, continuaríamos premiando o empregador em detrimento do empregado hipossuficiente exposto a condições de trabalho prejudiciais à saúde.

Isto porque, levando em consideração o conceito de saúde e meio ambiente do trabalho, bem como o tratamento jurídico que lhes é conferido, temos que a proteção à saúde do trabalhador, a manutenção do meio ambiente do trabalho saudável e a justa remuneração do trabalho, são objetivos a serem buscados pelo Estado.

Considerando que as normas trabalhistas devam ser interpretadas à luz da Constituição Federal, principalmente com relação aos princípios, fundamentos e objetivos da República Federativa do Brasil, concluímos pela incompatibilidade do artigo 193, § 2º da CLT com a nova ordem jurídica imposta pelo texto constitucional de 1988, e, conseqüentemente, pela possibilidade de percepção simultânea dos adicionais de insalubridade e periculosidade.

Ademais, levando-se em consideração, ainda, as regras de interpretação das normas trabalhistas, aliadas ao princípio da norma mais favorável, bem como a “supra legalidade” dos tratados e convenções internacionais, e, diante da ausência da dupla compatibilidade vertical, concluímos pela prevalência da Convenção nº. 155 da Organização Internacional do Trabalho sobre o texto do § 2º do artigo 193 consolidado, e, por consequência, pela possibilidade de acumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade, desde que, por óbvio, esteja o empregado exposto, simultaneamente, a estas condições, presentes os respectivos requisitos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROS. Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2008.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 05 de outubro de 1988. 9. ed. São Paulo: Saraiva, Vade Mecum, 2010.

BRASIL. Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis de Trabalho. **Vade mecum saraiva**, 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Vade mecum saraiva**, 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL. **Decreto Legislativo nº 2, de 17 de março de 1992**. Aprova o texto da Convenção nº 155 da OIT.

BRASIL. **Decreto nº 1.254, de 29 de setembro de 1994**. Promulga a Convenção nº 155 da OIT.

CARRION, Valentin. **Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho**. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 9. ed. São Paulo: LTr, 2010.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. **Direito ambiental e a saúde dos trabalhadores**. São Paulo: LTr, 2000.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. **Em Defesa da Ampliação da Competência da Justiça do Trabalho**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7033>>

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MORAIS FILHO, Evaristo de. **Introdução ao Direito do Trabalho**. 7. ed. São Paulo: LTr, 1995.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Teoria jurídica do salário**. 2. ed. São Paulo: LTr, 1997.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. **Proteção jurídica à saúde do trabalhador**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2001.

SALIBA, Tuffi Messias; CORRÊA, Márcia Angelim Chaves. **Insalubridade e periculosidade**: aspectos técnicos e práticos. 4. ed. São Paulo: LTr, 1998.