

FACULDADE DE ADMINISTRAÇÃO E NEGÓCIOS DE SERGIPE – FANESE

ANDRÉ VARGAS AGUIAR

**A POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO DOS ADICIONAIS DE
INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE COMO EFETIVAÇÃO DO DIREITO
FUNDAMENTAL À SAÚDE E À SEGURANÇA NAS RELAÇÕES DE
TRABALHO**

Aracaju- SE

2017

ANDRÉ VARGAS AGUIAR

**A POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO DOS ADICIONAIS DE
INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE COMO EFETIVAÇÃO DO DIREITO
FUNDAMENTAL À SAÚDE E À SEGURANÇA NAS RELAÇÕES DE
TRABALHO**

Monografia apresentada a Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe - FANESE como um dos pré-requisitos para a obtenção do grau de bacharel em Direito.

ORIENTADOR: Prof. Charles Robert Sobral Donald

Aracaju- SE

2017

A271p

AGUIAR, André Vargas.

A Possibilidade De Cumulação Dos Adicionais De Insalubridade E Periculosidade Como Efetivação Do Direito Fundamental À Saúde E À Segurança Nas Relações De Trabalho/ André Vargas Aguiar. Aracaju, 2017. 56f.

Monografia (Graduação) – Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe. Coordenação de Direito.

Orientador: Prof. Esp. Charles Robert Sobral Donald

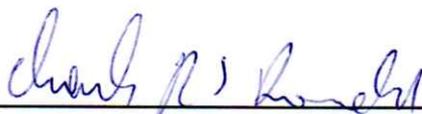
ANDRÉ VARGAS AGUIAR

**A POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO DOS ADICIONAIS DE
INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE COMO EFETIVAÇÃO DO DIREITO
FUNDAMENTAL À SAÚDE E À SEGURANÇA NAS RELAÇÕES DE
TRABALHO**

Monografia apresentada como exigência parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito, à Comissão Julgadora da Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe – FANESE.

Aprovada em 02 / 12 / 2017

BANCA EXAMINADORA



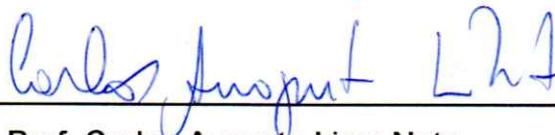
Prof. Charles Robert Sobral Donald

Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe



Prof. Olavo Pinto Lima

Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe



Prof. Carlos Augusto Lima Neto

Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe

Dedico primeiramente a Deus e aos meus pais, Adilson e Graça, por todo carinho e suporte fornecidos nessa longa jornada. Dedico à minha noiva, Carol, uma das razões para o meu desenvolvimento como pessoa.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, por estar comigo a cada passo realizado e me dar sabedoria nos momentos de indecisão e dificuldade.

Agradeço aos meus pais, meus exemplos de vida, que sempre me auxiliam e concedem todo apoio, sempre que necessário. Não tenho palavras para dimensionar o efeito que possuem sobre mim.

Aos meus amigos e familiares, agradeço por toda a torcida, mesmo estando ausente em diversos momentos.

À minha noiva, por sempre estar ao meu lado, pelo carinho e apoio incondicionais e por sempre acreditar na minha capacidade. Não existem palavras para descrever o que representa para mim.

Agradeço aos meus sogros, César e Regina, que são como pais para mim, assim como todos da família, exemplos de simpatia e companheirismo.

Agradeço aos meus amigos de curso, em especial aos amigos Felipe e James, pelos momentos ímpares e por todo o conhecimento compartilhado, imprescindíveis para o meu desenvolvimento acadêmico. Cada um de vocês faz parte dessa história, sem sombra de dúvidas.

Agradeço aos mestres e professores pelo conhecimento e experiências compartilhadas, em especial aos mestres Marcel Ramos, Lucas Cardinali e Alessandro Couto, figuras extremamente humanas e inspiradoras.

Agradeço também aos colaboradores, orientadores, coordenadores e a todos que fazem parte da FANESE, por toda ajuda e paciência.

Agradeço finalmente, ao meu orientador, Charles Sobral, que, sempre solícito, conduziu meus passos na confecção desse trabalho.

“Conheça todas as teorias, domine todas as técnicas, mas ao tocar uma alma humana, seja apenas outra alma humana.”

Carl Gustav Jung

RESUMO

O estudo discute a aplicabilidade do artigo 193, §2º, da CLT ante as diretrizes trazidas pela Constituição Federal de 1988. O mencionado dispositivo veda a cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade, enquanto as normas constitucionais se preocupam com o ser humano trabalhador e, conseqüentemente, com os meios mais abrangentes de compensar o obreiro das condições de labor a que se submete. Assim, apesar de a jurisprudência majoritária ainda ser no sentido da proibição da cumulação dos adicionais referidos, o estudo vai mostrar que isso não é unânime e quais são os fortes argumentos para que a interpretação do artigo 193, §2º, da CLT, seja alterada, no sentido de entender que o mesmo não foi recepcionado pela Constituição Federal, pois a saúde e a segurança do trabalhador, enquanto direitos fundamentais, são irrenunciáveis, não devendo o empregado que laborou em condição, simultaneamente, insalubre e perigosa optar por apenas um dos adicionais compensatórios, renunciando ao outro.

PALAVRAS-CHAVE: direitos fundamentais sociais; adicional de insalubridade; adicional de periculosidade; cumulação.

ABSTRACT

The study discusses the applicability of Article 193, paragraph 2, of the CLT to the guidelines brought by the Federal Constitution of 1988. The aforementioned provision prohibits the addition of unhealthy and dangerous additions, while constitutional norms concern the working human being and consequently with the most comprehensive means of compensating the worker for the conditions of labor to which he is subjected. Thus although the majority of cases are still in the sense of a prohibition of cumulation of the additional mentioned, the study will show that this is not unanimous and what are the strong arguments for the interpretation of Article 193, Paragraph 2, of the CLT , in the sense of understanding that it has not been approved by the Federal Constitution, since the health and safety of the worker, as fundamental rights, can't be waived, and the employee who worked in a condition that is both unhealthy and dangerous should not opt for one of the Compensatory, renouncing the other.

KEYWORDS: Social fundamental rights; Hazard pay; Additional hazard; Cumulation.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1- A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988, O NEOCONSTITUCIONALISMO E O ATIVISMO JUDICIAL.....	13
2-DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.....	18
2.1-Direito à saúde.....	21
2.2- Direito à segurança.....	22
3-MEIO AMBIENTE DO TRABALHO.....	24
4-PROTEÇÃO AO SER HUMANO TRABALHADOR NO DIREITO INTERNACIONAL.....	28
5-A VISÃO MONETISTA TRADICIONAL DA SAÚDE.....	31
6-REGULAMENTAÇÃO DOS ADICIONAIS. POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO DOS ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE.....	35
6.1- Adicional de penosidade, insalubridade e periculosidade.....	35
6.2- A controvérsia sobre a cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade.....	39
7- CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	53
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	55

INTRODUÇÃO

Após a segunda Guerra Mundial, algumas constituições europeias modificaram o foco de proteção dos seus princípios fundamentais. Essa mudança, que se fortaleceu com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, deu ensejo a uma nova aparência da Constituição Federal do Brasil, atenta ao ser humano como centro da sociedade. Assim, compôs-se um cenário repleto de direitos fundamentais, regado pelo princípio da dignidade da pessoa humana.

A Constituição passava a ter papel mais importante perante o sistema jurídico, revestindo-se de força normativa que lhe assegurava a aplicabilidade e a eficácia do seu conteúdo normativo. Por sua vez, a Revolução Industrial e o capitalismo, com sua característica da busca pelo lucro, provocaram a modernização das formas de trabalho, expondo o trabalhador a riscos laborais intensos, motivo pelo qual eram necessárias normas que protegessem efetivamente a qualidade de vida do obreiro.

Ante essas circunstâncias, torna-se imperioso se preocupar com o papel do Poder Judiciário e sua importância na interpretação das normas, de forma a assegurar a coerência do ordenamento jurídico, atendendo aos ditames constitucionais. O princípio da dignidade humana, os direitos fundamentais sociais do trabalhador e a valorização do trabalho como fundamento da Lei Maior direcionam o magistrado, ao resolver conflitos, a atender a esses valores maiores expressados na Constituição Federal, em que o homem ocupa o vértice da sociedade.

A Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) prescreve em seu artigo 193, §2º, que o empregado deve optar por um dos adicionais que lhe sejam devidos. Isso significa que o empregado que prestar serviços em condições, concomitantemente, insalubres e perigosas, só poderá optar por um dos adicionais de insalubridade ou de periculosidade, respectivamente, não obstante esteja exposto a agentes adversos múltiplos.

Conforme mencionado, à luz da Constituição Federal de 1988, a dignidade da pessoa humana deve estar presente inclusive no meio ambiente de trabalho, de forma que o ser humano trabalhador deve desfrutar em sua labuta de condições que o dignifiquem. A Lei Maior vai além, ditando como

diretrizes básicas da ordem jurídica por ela inaugurada a valorização do trabalho e os direitos sociais do trabalhador.

Tudo isso demonstra a preocupação do constituinte em colocar o homem como objeto principal do ordenamento jurídico, evitando as situações que o desvalorizem.

É certo que as leis infraconstitucionais devem ser interpretadas conforme a Constituição, respeitando a unidade e as outras formas de interpretação que ensejam na coerência e integração do sistema jurídico normativo. Assim, o Poder Judiciário, na função de intérprete das normas, exerce um papel fundamental nas decisões dos casos concretos, a fim de não comprometer nem violar o ordenamento jurídico e os princípios constitucionais.

Por sua vez, o meio ambiente de trabalho sadio também é extraído da Carta Magna como um dos valores que devem ser atendidos pelos atores sociais. Nesse contexto, o meio ambiente laboral precisa ser um local que cumpra as condições mínimas possíveis a fim de assegurar aos trabalhadores os seus direitos sociais, tais como a saúde e a segurança.

O empregado passa a maior parte do seu tempo no local de trabalho, sujeitando-se a todas as condições que lhe forem impostas, com o intuito de assegurar a sua fonte de renda no final do mês. Por ser parte hipossuficiente no contrato de trabalho, ele se expõe a agentes nocivos a sua saúde e integridade física, motivo pelo qual é necessário que haja, por parte do Estado, a provisão de meios que assegurem os direitos constitucionalmente previstos.

Nesse sentir, a Convenção n. 155 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), ratificada pelo Brasil, impõe a concepção e a elaboração de Políticas Públicas com o intuito de proteger o meio ambiente de trabalho. Essa mesma Convenção Internacional expressa que o empregado não deve laborar em locais que prejudiquem a sua qualidade de vida, mas que, se for o caso, receba os adicionais de natureza contraprestacional e compensatória, correspondentes a sua força e energia despendida no ambiente laboral.

Ocorre que a cultura capitalista busca lucros e põe as questões patrimoniais em primazia perante as questões sociais. O Estado parece estar mais preocupado em encher seus cofres do que concretizar os direitos sociais, que se liga mais à economia que ao trabalho.

A busca por lucros aumenta o número de acidentes e doenças decorrentes do trabalho, motivo pelo qual é preciso normas que tutelem efetivamente o direito trabalhista, de forma a concretizar o princípio da proteção ao trabalhador, que rege o Direito do Trabalho. Mas os direitos sociais do trabalhador podem ser assegurados não somente pelas normas, mas também por intermédio da interpretação conforme a Constituição feita pelos juízes, atendendo às diretrizes do sistema constitucional.

Dessa forma, a visão atual da monetização da saúde, no sentido de que o trabalhador pode ser exposto a qualquer condição degradante de trabalho, pois o prejuízo causado a sua saúde pode ser compensado por meio de adicionais, deve sofrer uma ponderação ao se deparar com os valores que a Carta Maior impõe à sociedade.

Assim, o dispositivo 193, §2º, da CLT é questionado quanto a sua recepção pela Constituição Federal de 1988, explicitamente influenciada por valores do neoconstitucionalismo. Por ser a CLT anterior a CF/88, indaga-se se o artigo supracitado ainda vigora frente aos princípios introduzidos pela Lei Maior no sistema jurídico normativo. O objetivo específico será o de analisar os argumentos jurisprudenciais que fundamentam a possibilidade de cumulação ou não dos adicionais de insalubridade e periculosidade.

No tocante à metodologia utilizada na pesquisa, em princípio, foi usado o método dedutivo, pois foi construído um silogismo a partir do preceito constitucional eleito como premissa maior, interpretando-o de modo sistemático e o confrontando com dispositivos infraconstitucionais que desafiariam o seu conteúdo; já a premissa menor foi o fato de o trabalhador prestar trabalho em condições que demandariam a incidência de direitos fundamentais excludentes, um do outro, segundo a norma infraconstitucional.

1. A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988, O NEOCONSTITUCIONALISMO E O ATIVISMO JUDICIAL

A Constituição Federal de 1988 trouxe para o Brasil o fenômeno do neoconstitucionalismo. O neoconstitucionalismo surgiu de acontecimentos vivenciados pela Europa Ocidental, após a 2ª. Guerra Mundial, e que se reproduziram em vários países, inclusive no Brasil.

Entende-se por neoconstitucionalismo¹ a transição de uma cultura jurídica essencialmente legicêntrica, a qual tratava a lei como a fonte principal do direito enquanto as constituições não dispunham de força normativa, para um quadro totalmente diferente, em que as novas constituições se fortaleceram com o intuito de oferecer máxima proteção aos direitos fundamentais.

Segundo Comparato²:

Ao emergir da 2ª. Guerra Mundial, após três lustros de massacres e atrocidades de toda a sorte, iniciados com o fortalecimento do totalitarismo estatal nos anos 30, a humanidade compreendeu, mais do que em qualquer outra época da História, o valor supremo da dignidade humana. O sofrimento como matriz da compreensão do mundo e dos homens, segundo a lição luminosa da sabedoria grega, veio aprofundar a afirmação histórica dos direitos humanos.

Assim, as constituições europeias após a 2ª Guerra Mundial são documentos com elevado teor axiológico, que incluem em seu rol de direitos fundamentais os direitos sociais de natureza prestacional, a exemplo da valorização social do trabalho e de uma variedade de temas que não eram tratados por outras constituições.³

Inspirada nessas constituições, a Carta Magna de 1988, no Brasil, pôs a figura humana no vértice da sociedade, estabelecendo a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental que deve ser observado quando das interpretações de textos que compõem o ordenamento jurídico. Nesse sentido, todo o sistema jurídico precisa ser interpretado de modo a possibilitar um constante progresso na proteção da dignidade da pessoa humana.

¹ Cf. SARMENTO, Daniel. Coordenação de George Salomão Leite e Ingo Wolfgang Sarlet. *Direitos Fundamentais e Estado Constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 14-15.

² COMPARATO, Fabio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 3ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 55.

³ SARMENTO, Daniel. Coordenação de George Salomão Leite e Ingo Wolfgang Sarlet. *Direitos Fundamentais e Estado Constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 15.

Junto a essas alterações promovidas pelo movimento neoconstitucionalista, surge a Declaração Universal de Direitos Humanos como novo paradigma da concretização da justiça social, fortalecendo a ideia de que o homem é um fim em si mesmo e um ser dotado de dignidade.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), conforme Comparato⁴:

[...] foi redigida sob o impacto das atrocidades cometidas durante a 2ª Guerra Mundial, e, retomando os ideais da Revolução Francesa, representou a manifestação histórica de que se formara, enfim, em âmbito universal, o reconhecimento dos valores supremos da igualdade, da liberdade e da fraternidade entre os homens.

Dessa forma, Sarlet destaca “[...] a positivação do princípio da dignidade humana é relativamente recente, ainda mais em se considerando as origens remotas a que pode ser reconduzida a noção de dignidade”⁵. Acrescenta que “tão somente a partir da 2ª Guerra Mundial, a dignidade da pessoa humana passou a ser reconhecida expressamente nas Constituições, notadamente após ter sido consagrada pela Declaração Universal da ONU de 1948”⁶.

O art. 23.1 da DUDH dispõe:

Artigo 23.

1. Todo ser humano tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego.

Assim, esse novo cenário apresentava o homem e sua dignidade em primeiro plano, deixando os aspectos patrimoniais num patamar abaixo. Mais tarde, isso ocasionaria também mudanças no Código Civil, como a função social do contrato e da propriedade e alguns novos valores como a boa-fé objetiva.

É essa a razão pela qual se diz que, no Brasil, com o advento da CF/88, o neoconstitucionalismo ganha hegemonia. Os princípios constitucionais passam a ter possibilidade de regulamentar a vida social. Há a valorização da Constituição, que estabelece como prioridade a pessoa

⁴ COMPARATO, Fabio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 3ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 223.

⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 6ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2008, p. 66.

⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *op. cit.*, p. 66.

humana, agora amparada por princípios éticos em detrimento do positivismo jurídico.

Nesse diapasão, as posições favoráveis ao ativismo judicial ganham mais espaço e a atuação do Poder Judiciário em defesa dos valores constitucionais excede limites impostos pelo princípio da separação dos poderes. O neoconstitucionalismo enfatiza a centralidade da Carta Magna no ordenamento, a ubiquidade da sua influência na ordem jurídica e o papel criativo da jurisprudência.⁷

O mandado de injunção, por exemplo, é um remédio previsto na Constituição Federal que estimula o ativismo judicial. Apesar de haver mais de uma corrente quanto a sua aplicação, o mandado de injunção proporciona a efetivação de normas, inclusive as que tratam de direitos fundamentais que, por omissão do Poder Legislativo, não possuem eficácia. Assim, esse remédio constitucional possibilita que os direitos tutelados pela Constituição e que não possam ser exercidos por falta de norma regulamentadora, sejam efetivados por meio da atuação do Poder Judiciário.

Nesse sentido, o Judiciário exerce uma função essencial no neoconstitucionalismo, pois o direito passa a ser ponderado sobretudo do ponto de vista interno, isto é, da perspectiva do magistrado como sujeito no processo, que deve interpretar cada caso concreto, mediando a relação processual.

A obsessão pelo Poder Judiciário induz a certa desconsideração do papel desempenhado por outras instituições, como o Poder Legislativo, na interpretação constitucional, pois o juiz é concebido como guardião das promessas civilizatórias dos textos constitucionais, expondo o neoconstitucionalismo a várias críticas como de que seria elitista e refratário ao autogoverno.⁸ “Por outro lado, o neoconstitucionalismo alenta um ideário humanista, que aposta na possibilidade de emancipação humana pela via jurídica, através de um uso engajado da moderna dogmática constitucional”.⁹

⁷ Cf. SARMENTO, Daniel. Coordenação de George Salomão Leite e Ingo Wolfgang Sarlet. *Direitos Fundamentais e Estado Constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p.17.

⁸ Cf. SARMENTO, *op. cit.*, p. 21.

⁹ SARMENTO, *op. cit.*, p. 21.

A relevância da interpretação jurídica se apresenta, por exemplo, nos casos difíceis (*hard case*), em que há a colisão entre princípios, tornando imperioso o olhar do juiz sobre o caso concreto para solucionar, com base numa ponderação de interesses, de maneira mais equilibrada e justa.

Assim, é preciso encontrar meios de limitações recíprocas quando se deparar com a presença conjunta de diversos direitos, consubstanciados por normas válidas e que se chocam.

Isso significa que, por intermédio da ponderação de interesses, o magistrado deve interpretar e decidir o caso, equacionando o peso de cada princípio conflitante ou deliberando a prevalência de um sobre o outro.

Logo, quando há conflito de princípios, nem sempre as razões que levam o juiz a solucionar determinado caso, com fundamento em um princípio, serão as mesmas que em outro caso concreto farão com que o juiz decida com base em outro princípio, se estão aquele e este princípio em conflito.

O fato é que nesses casos concretos, apresentados ao magistrado, deve ser respeitada a unidade constitucional, levando em consideração que os princípios da Constituição dispõem de igual hierarquia, motivo pelo qual o afastamento de um princípio para aplicação de outro deve ser justificado.

Ao falar sobre ponderação, Costa destaca que:

Essa técnica também pode ser considerada como suporte hermenêutico, porém, não se pode negar que, a ponderação significará consideração dos princípios, cada um deles apontando para direções diametralmente opostas num caso concreto, cuja solução alcançada será de acordo com o maior peso de determinado princípio, tendo, inclusive, o intérprete, considerando o modelo mais aberto da hipótese normativo-principiológica, mais espaço de liberdade interpretativa, ou maior protagonismo interpretativo, para a apreciação do conflito existente¹⁰.

De qualquer forma, o que se ressalta é que o julgador precisa buscar a solução mais bem justificada através de critérios coerentes e lógicos, sempre preocupado e se atendo ao caso que lhe for exposto, de maneira que busque através dos instrumentos determinados a objetivação dessas valorações, legitimando a argumentação construída.

Esse cenário da ponderação de interesses exige da jurisdição um papel de maior protagonismo, pois não se trata de mera aplicação subsuntiva

¹⁰ COSTA, Marcelo Freire Sampaio. *Eficácia dos direitos fundamentais entre particulares: juízo de ponderação no processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2010, p. 46.

dos fatos na lei, por isso a necessidade de serem criados balizamentos de racionalidade aptos a justificar e legitimar a decisão de um caso difícil.¹¹

Contudo, a técnica de ponderação de valores na decisão dos casos concretos deve ser sempre compatível com a Carta Magna, sendo imprescindível que obedeça aos valores do sistema jurídico.

No tocante aos princípios fundamentais, foi-lhes concedida a característica de normas basilares e informativas de todo o ordenamento jurídico, “[...] inclusive das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, as quais integram em conjunto o núcleo essencial da nossa Constituição formal e matéria”¹².

Assim, a dignidade da pessoa humana, na qualidade de valor e princípio normativo fundamental, ordena e implica a proteção dos direitos fundamentais, no sentido de que se os direitos fundamentais forem negados a uma pessoa, isso pressupõe que lhe foi negada a própria dignidade.

Sarlet corrobora com esse entendimento;

Parece-nos já ter sido suficientemente pisado que a dignidade, como qualidade intrínseca da pessoa humana, não poderá ser ela própria concedida pelo ordenamento jurídico. Tal aspecto, embora seguindo sentido inverso, chegou a ser objeto de lúcida referência feita pelo Tribunal Federal Constitucional da Alemanha, ao considerar que a dignidade da pessoa não poderá ser retirada de nenhum ser humano, muito embora seja violável a pretensão de respeito e proteção que dela (da dignidade) decorre. Assim, quando se fala –no nosso sentir equivocadamente- em direito à dignidade, se está, em verdade, a considerar o direito a reconhecimento, respeito, proteção e até mesmo promoção e desenvolvimento da dignidade, podendo inclusive falar-se de um direito a uma existência digna, sem prejuízo de outros sentidos que se possa atribuir aos direitos fundamentais relativos à dignidade da pessoa¹³.

Com efeito, a dignidade é atributo inerente à pessoa humana pelo simples fato de existir. O princípio da dignidade da pessoa humana foi constitucionalizado no art. 1º, III, constituindo um dos fundamentos da República Federativa do Brasil.

¹¹ Cf. COSTA, *op. cit.*, p.43.

¹² SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 6ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2008, p.65.

¹³ SARLET, *op. cit.*, p.73.

2. DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A Revolução Industrial compôs um novo cenário sócio-econômico em todo o mundo. Com o ritmo acelerado do sistema de produção e as novas fontes energéticas, o meio ambiente do trabalho foi modificado, gerando uma necessidade de reações por parte das classes que se submetiam a novos riscos no labor.

O desenvolvimento econômico e as rotinas de produção acentuavam a opressão da classe de trabalhadores, que eram obrigados a cumprir jornadas extensas por força de um contrato laboral e do *pacta sunt servanda*, de forma a corromper sua dignidade humana.

As grandes empresas se preocupavam em desenvolver métodos de produção que aumentassem seus lucros, com técnicas do *taylorismo* e *fordismo*, a exemplo da produção em massa, com divisão do trabalho e diminuição dos custos. Dessa forma, os valores da vida e da dignidade do ser humano eram relegados a segundo plano ante os novos equipamentos tecnológicos.

Por essas razões, foi preciso uma evolução da sociedade e uma consequente busca por direitos sociais, abafando a visão predominantemente individualista do Estado Liberal, decorrente da Revolução Francesa.

Seguindo essa tendência, a Carta Maior de 1988 apresenta, no título II, a respeito dos direitos e garantias fundamentais, mais precisamente no capítulo que trata dos direitos sociais, em seu art. 6º:

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

Segundo Borba¹⁴:

Direitos fundamentais, numa perspectiva constitucional, designa o conjunto de direitos que são o fundamento de uma ordem jurídico-positiva. Entende-se ou subentende-se que são direitos do homem sem os quais o sistema jurídico não teria apoio, não estaria legitimado. Os direitos fundamentais são entendidos como direitos constitucionais, direitos estes reconhecidos pela Constituição de um Estado. Nesse sentido, são direitos que se tem em razão de uma cidadania, por pertencer a um Estado e não somente por ser humano.

¹⁴ BORBA, Joselita Nepomuceno. *Direitos fundamentais aplicados ao direito do trabalho.*/ coordenador Renato Rua de Almeida; Adriana Calvo, Andrea Presas Rochas, organizadoras. São Paulo: LTr, 2010, p. 61.

Assim, o direito à saúde, ao trabalho e o direito à segurança estão expressos como direitos fundamentais sociais inerentes a qualquer pessoa. Ademais, o art. 5º, §1º, da CF, impõe que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

O Estado Social, que objetiva a realização dos direitos sociais, constitui-se na busca progressiva de condições mínimas para a obtenção da igualdade social entre todos os povos, através de uma ação positiva do Estado.

Para Costa¹⁵:

A incorporação nos textos constitucionais de direitos sociais significa o irrefragável enlucamento explícito de valores e opções políticas voltados à promoção da dignidade da pessoa humana, representando o rompimento com o modelo liberal-burguês e a assunção de uma novel faceta provedora, característica do Estado Social de Direito, ou seja, o direito passa a ser também transformador.

O princípio do mínimo existencial, no sentido de o Estado não dispor de recursos suficientes para concretizar os direitos fundamentais de segunda dimensão previstos na Constituição, não deve restringir a aplicabilidade que reveste todos os direitos sociais.

A corrente constitucional substancialista defende a efetivação de diretrizes e normas substantivas expressas no texto constitucional, abarcando os direitos sociais, além da função transformadora da realidade social desses princípios e o reconhecimento da força normativa desse texto.

Nesse sentir, Dantas¹⁶ discorre que “[...] o valor normativo imediato e direto é condição essencial para que se propugne pelos valores, princípios e fins da norma constitucional”.

Os direitos sociais abarcam tanto o direito ao trabalho e os diferentes direitos do trabalhador assalariado quanto o direito à educação, à seguridade social (saúde, previdência e assistência social), e, de modo geral, “[...] o direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si próprio e sua família, inclusive à alimentação, vestimenta e moradia adequadas, assim como uma melhoria contínua de suas condições de vida”, conforme o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966 (art. 11).

¹⁵ COSTA, Marcelo Freire Sampaio. *Eficácia dos direitos fundamentais entre particulares: juízo de ponderação no processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2010, p. 37.

¹⁶ DANTAS, Ivo. *O valor da constituição: do controle de constitucionalidade como garantia da suprallegalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1996, p. 2.

Com efeito, os direitos fundamentais de segunda dimensão possuem natureza prestacional, motivo pelo qual demandam a intervenção estatal para a sua efetivação. Se um direito é tutelado pelo constituinte no rol de direitos fundamentais, o cidadão que precisar de sua efetividade poderá clamar a sua concretização no Poder Judiciário. No mesmo sentido, quando se tratar de um direito pertencente a uma classe ou a uma coletividade, há também meios eficazes para a sua execução.

Aliás, no que se refere a ações no direito do trabalho, normalmente estas envolvem conflitos entre princípios, sendo necessário resolvê-los por intermédio de uma ponderação de interesses. Vale dizer, o intérprete, ao lidar com demandas trabalhistas, que em geral envolvem conflitos sociais, deve construir argumentos jurídicos e interpretações baseados na ponderação dos interesses, atento à tutela dos direitos sociais dos trabalhadores. O princípio que se ofereça ao debate leva a uma decisão distinta para cada caso concreto que for analisado pelo juiz, dependendo da especificidade de cada situação.

Sendo assim, o trabalho, enquanto direito fundamental, deve gozar de ampla proteção jurídica para que seja realizado em condições que dignifiquem o homem:

Aceitar a eficácia dos direitos fundamentais no âmbito das relações sociais de trabalho é de extrema importância, vez que, silente até agora a Consolidação das Leis Trabalhistas e legislação extravagante acerca de direitos como os inerentes aos direitos de personalidade: intimidade da vida privada, liberdade de expressão, não discriminação, proibição de assédio, só para exemplificar, a tomada de consciência da necessidade de proteger os valores constitucionais, obriga-se a reler a Dogmática do Direito do Trabalho à luz desses princípios, fazendo, via de consequência, aderir ao contrato de trabalho direito e garantias fundamentais inerentes à liberdade do indivíduo, não aquela do homem senhor do seu destino da era do liberalismo, mas a inerente ao livre desenvolvimento da personalidade do homem, ser humano solidário, que vive em sociedade e é responsável perante a mesma.¹⁷

Dessa forma, é patente a importância do reconhecimento dos direitos fundamentais nas relações de trabalho, assim como a indispensabilidade de proteger os valores constitucionais.

¹⁷ BORBA, Joselita Nepomuceno. *Direitos fundamentais aplicados ao direito do trabalho.*/ coordenador Renato Rua de Almeida; Adriana Calvo, Andrea Presas Rochas, organizadoras. São Paulo: LTr, 2010, p. 64.

2.1. Direito à saúde

Destaca-se que o direito à saúde guarda relação com o trabalho.

Camargo e Melo explicam:

Na Grécia, dava-se ênfase à questão da higiene para a aristocracia. No período romano, a saúde do trabalhador começa a ser notada. Com o Renascimento e a ascensão da ciência, desenvolve-se a saúde pública, estando a ela atrelada a saúde do trabalhador. Em 1884, surgem as primeiras leis sobre acidente de trabalho na Alemanha. Os efeitos das Guerras Mundiais levam à criação, respectivamente, da Organização Internacional do Trabalho (OIT) em 1919 e da Organização das Nações Unidas (ONU) em 1946. Na década de 1970, inaugura-se a fase de proteção à saúde do trabalhador.¹⁸

No início, a preocupação que o Estado brasileiro tinha com a saúde atrelava-se ao aspecto da produtividade¹⁹. Ou seja, era importante que a saúde do trabalhador estivesse boa para que assim ele pudesse produzir mais. Só depois, com a evolução tecnológica, o Estado passou a se preocupar com a saúde do trabalhador em sua dimensão humanitária, intervindo em locais de trabalho com o objetivo de controlar os riscos ambientais.

O direito à saúde na Constituição Federal de 88, conforme acima foi exposto, inclui-se nos direitos sociais de todos, incumbindo ao Estado a sua efetivação. Com esse propósito foi criado o Sistema Único de Saúde (SUS), além de se ter estabelecido como obrigação do empregador a redução dos riscos inerentes ao trabalho.

Conforme Camargo e Melo²⁰:

A visão do trabalhador sob o aspecto mais humano sofreu influência direta da OIT, cuja competência abrange a proteção dos trabalhadores contra os acidentes de trabalho e as doenças profissionais. Seus objetivos são instrumentalizados através de recomendações e convenções. A OIT influenciou e contribuiu para a criação das Normas Regulamentadoras (NRs) do Ministério do Trabalho e Emprego (MTE) ns. 4, 5, 7 e 9.

Tendo em vista a realidade brasileira, no tocante aos riscos nos ambientes de trabalho e os consequentes prejuízos à qualidade de vida, à saúde e à segurança dos trabalhadores, torna-se necessária e imperiosa a

¹⁸ CAMARGO, Thaisa Rodrigues Lustosa de. *Princípios do direito ambiental do trabalho*/ Thaisa Rodrigues Lustosa de Camargo e Sandro Nahmias Melo. São Paulo: LTr, 2013, p. 23.

¹⁹ CAMARGO, *op. cit.*, p. 23.

²⁰ SARMENTO, Daniel. Coordenação de George Salomão Leite e Ingo Wolfgang Sarlet. *Direitos Fundamentais e Estado Constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 23.

adoção de medidas que previnam os riscos a que os trabalhadores se sujeitam em seu ambiente laboral.

Nesse sentido, ressalta-se a importância dada a essa matéria pela Constituição, que em seu art. 200, VIII, incluiu a proteção ao meio ambiente de trabalho como uma das funções do Sistema Único de Saúde, e em seu art. 225, prescreveu que um meio ambiente – inclusive do trabalho – ecologicamente equilibrado é essencial à sadia qualidade de vida.

Ainda, a Norma Regulamentadora n. 7 estabelece ser indispensável que os empregadores ou empresas elaborem e implementem no ambiente de trabalho, o Programa de Controle Médico de Saúde Ocupacional - PCMSO, sempre com vistas a mapear as condições de risco na empresa e evitar a lesão à integridade psicossomática do trabalhador.

2.2. Direito à segurança

Quanto ao direito à segurança, mais especificamente o direito à segurança do trabalhador, a empresa deve adotar medidas de controle que preservem a sua integridade. Assim, as empresas serão obrigadas a cumprir normas e medidas ordenadas e a oferecer equipamentos de segurança e dispositivos de proteção, incidindo em falta grave o empregador que não os fornece, o que pode ocasionar a rescisão indireta do contrato.

Ademais, cabe ao empregador elaborar ordens de serviço sobre segurança e saúde no trabalho, dando ciência aos empregados; informar aos trabalhadores os riscos profissionais com possibilidade de se originarem nos meios laborais; os meios para prevenir e limitar tais riscos e as medidas adotadas pela empresa; os resultados dos exames médicos e de exames complementares de diagnóstico aos quais os próprios trabalhadores forem submetidos e os resultados das avaliações ambientais realizadas nos locais de trabalho; além de consentir que representantes dos trabalhadores acompanhem a fiscalização dos preceitos legais e regulamentares sobre segurança e medicina do trabalho. Outro exemplo de proteção ao trabalhador é a exigência que a Norma Regulamentadora n. 9 faz no sentido de que a empresa se obrigue a elaborar o PPRA (Programa de Prevenção de Riscos Ambientais), com o intuito de prevenir os riscos inerentes ao trabalho.

Mais adiante, o art. 7º da Constituição, ao dispor sobre os direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, estabelece como direito do trabalhador a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança, e o adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas:

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;

Sendo assim, o empregador tem papel preponderante na proteção do trabalhador, através de medidas que ao menos minimizem os riscos presentes no ambiente de trabalho.

3. MEIO AMBIENTE DO TRABALHO

Celso Antonio Pacheco Fiorillo²¹ define o meio ambiente do trabalho:

O local onde as pessoas desempenham suas atividades laborais, sejam remuneradas ou não, cujo equilíbrio está baseado na salubridade do meio e na ausência de agentes que comprometam a incolumidade físico-psíquica dos trabalhadores, independente da condição que ostentam (homens ou mulheres, maiores ou menores de idade, celetistas, servidores públicos, autônomos etc.)

É perceptível a importância de um meio ambiente laboral equilibrado, que proteja o homem no seu ambiente de trabalho das formas que prejudiquem a sua qualidade de vida.

Nessa toada, cabe ressaltar que a proteção da segurança do meio ambiente laboral também engloba a proteção do meio ambiente e da saúde das populações externas aos estabelecimentos industriais, “já que a um meio ambiente poluído e inseguro não se impõem fronteiras, pois esta é uma característica da poluição, ela simplesmente se expande”.²²

Vale dizer, o direito ao meio ambiente de trabalho equilibrado não deve ser exigido apenas no local da prestação de serviço e quanto à relação contratual, mas vai além para abarcar as consequências que as condições de trabalho ocasionaram no cotidiano do trabalhador. Padilha acrescenta:

Quando o habitat laboral se revela inidôneo a assegurar condições mínimas para uma razoável qualidade de vida do trabalhador, teremos aí uma lesão ao meio ambiente do trabalho, e esse complexo de bens materiais e imateriais pode ser agredido e lesado tanto por fontes poluidoras externas como internas, provenientes de outros empreendimentos, trazendo à tona, inclusive, a questão da responsabilidade sobre o dano, uma vez que os danos ao meio ambiente do trabalho não ficam restritos ao ambiente em que o trabalhador exerce sua labuta, mas o acompanham após o fim do expediente.²³

Ainda segundo Padilha²⁴:

A proteção do equilíbrio do ambiente de trabalho, enquanto um direito fundamental do ser humano trabalhador, obteve o alargamento de sua tutela jurídica por meio da ampla concepção dada pela Constituição Federal de 1988 ao meio ambiente, que se estende desde o meio ambiente natural ao meio ambiente artificial, impondo

²¹ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 21.

²² Cf. SILVA, Jose Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 5.

²³ PADILHA, Norma Sueli. *Fundamentos Constitucionais do Direito Ambiental Brasileiro*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p.377.

²⁴ PADILHA, *op. cit.*, p. 373.

um novo paradigma de proteção ao trabalhador no seu ambiente de trabalho, exigindo uma análise de seus reflexos e consequências no ordenamento jurídico trabalhista, na busca de uma sistematização da real dimensão da tutela jurídica desse direito essencial à sadia qualidade de vida do homem: o direito ao meio ambiente do trabalho equilibrado.

A Constituição Federal, em seu dispositivo 200, impõe que:

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.

Dessa forma, uma das vertentes do meio ambiente do trabalho é a saúde pública. Conforme a Organização Mundial da Saúde (OMS), a saúde é um estado de completo bem estar físico, mental e social, e não somente a ausência de doença e enfermidade²⁵. Nesse sentido, o meio ambiente laboral sofre influência de diversos fatores que alteram o bem-estar do trabalhador, tanto fisicamente, quanto mentalmente, alterando diretamente a sua saúde.

Vale ressaltar que o trabalhador passa uma boa parte de seu dia no meio ambiente laboral, sendo exposto a todos os tipos de riscos, poluição e formas de degradação que existirem no local. Assim, o constituinte, no dispositivo supracitado, preocupou-se em proteger o trabalhador que se submete a essas condições, muitas vezes desumanas, em prol da sua sobrevivência e da de sua família.

No mesmo sentido, ao interpretar o dispositivo acima, Padilha aduz que “[...] se extrai do texto constitucional atual um avanço de dimensões éticas na valorização do trabalho humano que não ficam reduzidas a meras expressões monetárias, nem tampouco limitadas à relação contratual subordinada”²⁶.

Ademais, a Carta Maior dispõe de um novo modelo de proteção do trabalhador se comparada à previsão legal sobre meio ambiente do trabalho

²⁵ Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>>. Acesso em 04/08/17.

²⁶ PADILHA, Norma Sueli. *Fundamentos Constitucionais do Direito Ambiental Brasileiro*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 383.

disposta na CLT, que exige novos mecanismos de tutela, em busca de uma concreta efetividade.

Ademais, ainda a CF, dispõe que:

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.

A economia, por inúmeros fatores, influencia positiva e negativamente no âmbito laboral, alterando a qualidade de vida do trabalhador. As técnicas para obter lucros cada vez maiores, por vezes atingem diretamente a saúde e a segurança do trabalhador, motivo pelo qual há a necessidade de buscar uma ampla proteção jurídica ao meio ambiente de trabalho, convertendo-o em um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Conforme estabelece Padilha²⁷:

A proteção constitucional ao meio ambiente traduz-se, também, como defesa da humanização do trabalho, não só limitando a preocupação com as concepções econômicas que envolvem a atividade laboral, mas resgatando a finalidade do trabalho como espaço de construção de bem-estar, de identidade e de dignidade daquele que labora.

Com efeito, Borba²⁸ aduz:

A dignidade do homem constitui, hoje, a base e o fundamento dos modernos sistemas constitucionais. E não se pode afirmar a dignidade do ser humano sem o trabalho. Nesse mister, que confere a ele e à sua família meios de subsistência, emprega esforço físico ou mental em busca da produção de bens e serviços necessários à satisfação de suas necessidades.

Padilha acrescenta:

A valorização do meio ambiente do trabalho implica uma mudança de postura ética, ou seja, na consideração de que o homem está à frente dos meios de produção. O meio ambiente de trabalho deve garantir o exercício da atividade produtiva do indivíduo, não o considerando como máquina produtora de bens e serviços, mas sim como ser humano ao qual são asseguradas bases dignas para manutenção de uma sadia qualidade de vida. As interações do homem com o meio ambiente, no qual se dá a implementação de uma atividade produtiva,

²⁷ PADILHA, Norma Sueli. *Fundamentos Constitucionais do Direito Ambiental Brasileiro*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 375.

²⁸ BORBA, Joselita Nepomuceno. *Direitos fundamentais aplicados ao direito do trabalho*./ coordenador Renato Rua de Almeida; Adriana Calvo, Andrea Presas Rochas, organizadoras. São Paulo: LTr, 2010, p. 60.

não podem, por si sós, comprometer esse direito albergado constitucionalmente.²⁹

Dessa forma, alguns princípios do direito ambiental devem ser observados com o intuito de reestruturar as formas e os meios de produção exigidos pela atividade econômica a fim de tutelar direitos fundamentais do ser humano trabalhador, tais como a saúde e a segurança.

O princípio da precaução fundamenta medidas acautelatórias, evitando que o meio ambiente, no caso o meio ambiente laboral, sofra agressões. É uma forma de se proteger dos riscos incertos a que o meio ambiente é submetido, agindo com cautela para evitar efeitos indesejáveis e desconhecidos.

Já o princípio da prevenção significa se antecipar para impedir que algum evento conhecido e cientificamente comprovado prejudique o meio ambiente. Ambos os princípios podem ser usados como diretrizes no meio ambiente laboral, de forma a proteger o trabalhador dos riscos ocasionados no ambiente em que trabalha.

Esses princípios guardam relação com o postulado da proteção no direito do trabalho, porquanto são aplicados com o intuito de tutelar os interesses das partes mais frágeis da relação. Nesse sentido, os princípios da precaução e da prevenção são aplicados para salvaguardar o meio ambiente laboral, a saúde, a segurança e a vida do ser humano trabalhador.

²⁹ PADILHA, Norma Sueli. *Fundamentos Constitucionais do Direito Ambiental Brasileiro*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 379.

4. PROTEÇÃO AO SER HUMANO TRABALHADOR NO DIREITO INTERNACIONAL.

O artigo 5º da CF, em seu § 3º, dispõe sobre a forma como os tratados acordados entre os países podem ingressar no sistema jurídico brasileiro³⁰. As convenções internacionais são fontes heterônomas do direito do trabalho, aplicadas internamente para a resolução dos conflitos trabalhistas.

Existem diversas convenções internacionais trabalhistas que se referem a normas de proteção à saúde e segurança do trabalhador no seu ambiente laboral.

Para Borba³¹:

Desde a vigência da Convenção n. 148, os riscos do trabalho devem ser, se não eliminados, reduzidos aos níveis toleráveis, máxime quando o serviço de saúde do trabalho, de que cuida a Convenção n. 161, da OIT, ratificada pelo Brasil, deve investir-se de funções essencialmente preventivas, a partir de um ambiente de trabalho seguro, salubre, que favoreça a saúde física e mental em relação com o trabalho.

Atrelado a isso, a Convenção 81, de junho de 1947, acerca da fiscalização no trabalho, estabelece em seu art. 13.1 que os inspetores do trabalho possuem autorização para adotar medidas que eliminem os defeitos observados na instalação, na montagem ou nos métodos de trabalho, no caso de razoável perigo à saúde e segurança dos trabalhadores.

No mesmo sentido, outra Convenção que trata sobre a segurança e a saúde no trabalho, mais especificamente na agricultura, é a Convenção de n. 184, de junho de 2001, que no seu art. 4º, dispõe que a autoridade competente deverá adotar medidas corretivas e as sanções apropriadas até que as condições de trabalho estejam adequadas, sempre que houver risco iminente à saúde e segurança dos trabalhadores.

Com efeito, o direito internacional do trabalho se posiciona, por meio de convenções da OIT, visando a regulamentar o meio ambiente laboral, tornando-o equilibrado.

³⁰ Art. 5º, § 3º, CF. 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.

³¹ BORBA, Joselita Nepomuceno. *Direitos fundamentais aplicados ao direito do trabalho.*/ coordenador Renato Rua de Almeida; Adriana Calvo, Andrea Presas Rochas, organizadoras. São Paulo: LTr, 2010, p.78.

Exemplo disso são as Convenções Internacionais que regulamentam o uso das substâncias nocivas à qualidade de vida do trabalhador. A Convenção de n. 162, ao dispor sobre o amianto, em seu dispositivo 10, estabelece a proibição da utilização de produtos que contenham certos tipos de asbestos em determinados processos de trabalho. Já a Convenção de n. 136 estabelece no seu art. 4º a substituição do benzeno por outras substâncias ou produtos inofensivos ou menos lesivos à saúde.

Vale ressaltar que produtos como o amianto ou o benzeno causam riscos previsíveis, conhecidos pela ciência e já comprovados.

A Convenção n. 155 estabelece, no art. 4º:

Todo membro deverá, em consulta às organizações mais representativas de empregadores e de trabalhadores, e levando em conta as condições e a prática nacionais, formular, por em prática e reexaminar periodicamente uma política nacional coerente em matéria de segurança e saúde dos trabalhadores e o meio ambiente de trabalho.

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

Ou seja, o Estado deve instituir políticas de meio ambiente laboral e medidas de proteção à saúde e à segurança dos obreiros.

Ainda no art. 4º, letra b, a referida Convenção impôs:

b) a determinação das operações e processos que serão proibidos, limitados ou sujeitos à autorização ou ao controle da autoridade ou autoridades competentes, assim como a determinação das substâncias e agentes aos quais estará proibida a exposição no trabalho, ou bem limitada ou sujeita à autorização ou ao controle da autoridade ou autoridades competentes; deverão ser levados em consideração os riscos para a saúde decorrentes da exposição simultâneas a diversas substâncias ou agentes.

Vale dizer, certos tipos de trabalhos insalubres ou perigosos devem ser proibidos, outros, porém, devem submeter a permissão e ao controle da autoridade competente.

Por fim, a Convenção n. 170 dispõe que a autoridade competente pode proibir ou restringir a utilização de certos produtos químicos perigosos ou exigir uma autorização para o seu uso. Também possibilita ao trabalhador cessar suas atividades quando se deparar com possíveis situações que acarretem perigo a sua saúde e segurança, além de prever o direito do obreiro

ao recebimento de informações antecipadas com o intuito de permitir tomar medidas de precaução apropriadas.

5. A VISÃO MONETISTA TRADICIONAL DA SAÚDE

A CF/88 aborda temas como trabalho e o meio ambiente laboral de uma forma avançada, com preceitos, inclusive infraconstitucionais, que resguardam o meio ambiente por meio de normas de segurança e medicina do trabalho.

Todavia, a cultura dos sujeitos envolvidos na prestação laboral, no sentido de que o prejuízo causado a direitos fundamentais como a saúde e a segurança podem ser compensados por meio de indenizações reparatorias, contribui em muito para o número atualmente expressivo de acidentes de trabalho.

O Direito Capitalista do Trabalho, na expressão provocativa de Wilson Ramos Filho, constitui uma das maneiras pelas quais o intervencionismo estatal se manifesta, regulando a relação entre as classes sociais em permanente antagonismo, visando a pacificar a relação entre elas para preservar o modo de produção³².

Contudo, ainda há resquícios de uma cultura estatal voltada a privilegiar o patrimônio. A busca pela capitalização e a visão estatal igualmente patrimonialista, expressada na primazia do Estado em arrecadar impostos para fortalecer os cofres públicos, diante do pouco caso demonstrado pelas velhas diretrizes políticas e legais para intervir em situações que tutelem efetivamente os direitos sociais garantidos na própria CF, fortalecem a visão monetista da saúde.

Nessa direção, Augusto César Leite de Carvalho³³ sustenta que a visão do direito deve ser a da superação da fase monetista, aquela em que tudo acontece e depois tudo é reparado. Essa abordagem dá à lesão um custo monetário, transforma em dinheiro o mal que irremediavelmente está feito.

Não obstante a CLT imponha ao empregador, por meio dos artigos 157 e 158, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as normas de segurança e

³² Cf. FILHO, Wilson Ramos. *Direito capitalista do trabalho: história, mitos e perspectiva no Brasil*. São Paulo: LTr, 2012, p. 91.

³³ CARVALHO, Augusto César Leite de. Disponível em: <http://www.mfra.com.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=11677:ministro-augusto-cesar-defende-restricoes-a-crisotila&catid=102:tribunal-superior-do-trabalho&Itemid=125&lang=pt>. Acesso em 09/08/17.

medicina do trabalho e de instruir os empregados acerca das precauções a tomar a fim de evitar acidentes do trabalho ou doenças ocupacionais, para Borba³⁴, “no momento em que a CLT- e posteriormente a CF- admite o trabalho em locais insalubres e perigosos mediante indenização compensatória, ela se torna incompatível com o direito fundamental de preservação da saúde e integridade física do trabalhador”.

Baseado nos postulados da precaução e prevenção do meio ambiente do trabalho, além dos fundamentos impostos constitucionalmente, a exemplo do princípio da dignidade da pessoa humana, deve haver uma evolução contínua e progressiva na compreensão dos atores sociais acerca da prevenção de tipos de trabalho que agredam bens ambientais e que levem a consequências devastadoras para as gerações presentes e futuras.

Conforme ressaltado anteriormente, a influência do neoconstitucionalismo, favorecendo a normatividade dos direitos fundamentais e trazendo a figura do homem não mais como um objeto/meio, mas como um fim em si mesmo, privilegia o princípio da dignidade humana e a ideia do trabalho como um direito social.

Sendo assim, o Estado, ao exercer seu papel intervencionista em busca do bem-estar social, exerce função importante na efetivação dos direitos sociais da saúde e segurança do trabalhador, de forma a fiscalizar e impor medidas a fim de tornar digno o trabalho humano.

A partir dessa percepção humanista, consagrada no ordenamento jurídico, cabe uma reflexão acerca de como superar a compreensão puramente patrimonialista dos direitos fundamentais.

O direito fundamental à saúde e à segurança do trabalhador deve ser analisado com privilégio sobre os direitos patrimoniais do empregador. Para esse desiderato, faz-se necessário que o ambiente de trabalho seja considerado um lugar sadio, longe de ameaças à qualidade de vida do obreiro. A ordem constitucional reclama um meio ambiente do trabalho que promova a sadia qualidade de vida.

³⁴ BORBA, Joselita Nepomuceno. *Direitos fundamentais aplicados ao direito do trabalho.*/ coordenador Renato Rua de Almeida; Adriana Calvo, Andrea Presas Rochas, organizadoras. São Paulo: LTr, 2010, p.78.

Acontece que, atualmente, vivencia-se uma fase na qual ainda predomina a busca pelo capital, em que os sujeitos econômicos procuram cada vez obter mais lucros, demonstrando as particularidades de uma cultura essencialmente capitalista num país regido pelo neoconstitucionalismo.

De um lado, tem-se, no cerne da Constituição, a preocupação em assegurar direitos fundamentais, dando a eles o valor que realmente possuem. Dessa forma, percebem-se fenômenos que incidem para resguardar o sistema jurídico, como a interpretação conforme, formas de interpretação constitucional como a unidade, o efeito integrador, e o próprio ativismo judicial atuando na tutela de direitos sociais previstos e que, de alguma forma, encontram-se impossibilitados de serem materializados.

Por outro lado, percebe-se a ineficácia do sistema protetivo do meio ambiente laboral decorrente de uma visão que, na busca por seus objetivos patrimoniais, não dedica a devida importância aos direitos humanos. Isso acontece também através do Estado, no momento em que este se preocupa mais com o enriquecimento do patrimônio, via arrecadação tributária, em vez de se voltar à proteção dos valores éticos que adornam as diversas formas de trabalho.

Essa questão é relevante porque a economia e o trabalho caminham lado a lado. Assim, no sentido de que ao se dispensar uma maior atenção à lucratividade da economia em detrimento das condições laborais a que se submetem os obreiros, culmina-se por supervalorizar o aspecto patrimonial em detrimento dos direitos humanos.

O trabalhador, hipossuficiente em face do empregador, tende a aceitar condições adversas de trabalho que agridem direta e indiretamente a sua saúde e segurança, ficando exposto a riscos e a condições prejudiciais a sua qualidade de vida. Já o empregador, por vezes, na busca pelo lucro, acaba por descuidar da sua obrigação de oferecer ambientes de trabalho livre de risco, lesões à saúde e integridade física do obreiro, cumprindo apenas requisitos mínimos impostos por normas regulamentares.

Nesses termos, o capitalismo exacerbado alimenta as condições competitivas de crescimento econômico em ambiente de globalização, pela ampliação dos mercados para produtos brasileiros produzidos com baixos custos de mão de obra, tendo em vista a precarização da proteção do Estado

incidente sobre o trabalho e a sobrevalorização dos contratos trabalhistas individuais³⁵.

Comparato afirma:

O conjunto dos direitos sociais acha-se hoje, em todo o mundo, severamente abalado pela hegemonia da chamada política neoliberal, que nada mais é do que um retrocesso ao capitalismo vigorante em meados do século XIX. Criou-se, na verdade, uma situação de exclusão social de populações inteiras, inimaginável para os autores do Manifesto Comunista. Marx e Engels, com efeito, em sua análise do capitalismo, haviam partido do pressuposto de que o capital sempre dependeria do trabalho assalariado, o que daria aos trabalhadores unidos a força necessária para derrotar o capitalismo no embate final da luta de classes. Ora, esse pressuposto revelou-se totalmente falso. No final do século XX, o que se verificou, em todas as partes do mundo, é que a massa trabalhadora havia tornado um insumo perfeitamente dispensável no sistema capitalista de produção³⁶.

Assim, observam-se situações em que o ser humano se vê obrigado a aceitar trabalhar em ambientes claramente reconhecidos como prejudiciais a sua saúde, já que o trabalho assalariado constitui a sua única fonte de renda, recebendo, em troca, adicionais com natureza reparatória. Existem casos, como o do amianto, em que é compelido ao desenvolvimento da atividade laboral, mesmo quando esta, comprovadamente, leva ao adoecimento e à morte.

³⁵ Cf. FILHO, Wilson Ramos. *Direito capitalista do trabalho: história, mitos e perspectiva no Brasil*. São Paulo: LTr, 2012, p.380.

³⁶ COMPARATO, Fabio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 3ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p.65.

6. REGULAMENTAÇÃO DOS ADICIONAIS. POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO DOS ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE

Delgado³⁷ define os adicionais como “parcelas contraprestativas suplementares devidas ao empregado em virtude do exercício do trabalho em circunstâncias tipificadas mais gravosas”.

Com efeito, Carvalho³⁸ aduz que “os adicionais servem usualmente para compensar condições de trabalho em situações adversas ou de risco, embora essa regra não seja absoluta, a exemplo do adicional de função”.

Martins³⁹ corrobora o mesmo entendimento. Para ele “o adicional é alguma coisa que se acrescenta, decorrente da atividade prestada pelo empregado em condições mais gravosas”.

Malgrado o adicional integre o salário, ele não se incorpora ao contrato de trabalho, de maneira que pode ser suprimido quando o motivo que ensejou a sua percepção for interrompido. Por essa razão, o adicional possui a característica da condicionalidade.

6.1. Adicional de penosidade, insalubridade e periculosidade

Acerca dos adicionais de proteção à saúde e integridade física do trabalhador, a Constituição Federal, em seu art. 7º, XXIII, a prevê os adicionais de insalubridade, periculosidade e penosidade. Considerando que esse dispositivo se inclui no rol de direitos fundamentais sociais, deve-se levar em conta a sua condição de inalienabilidade desse direito, visto que constituem abrangem o mínimo essencial para a vida humana.

Nesse sentido, os adicionais supracitados são irrenunciáveis, ocupando uma posição de destaque no Direito do Trabalho e na Constituição.

É necessário, a essa altura, fazer um adendo para falar sobre a falta de regulamentação, até o momento, do adicional de penosidade. Não obstante a Carta Maior tenha assegurado aos trabalhadores o direito ao adicional de

³⁷ DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 12ª ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 766.

³⁸ CARVALHO, Augusto Cesar Leite de. *Direito do Trabalho: curso e discurso*. Aracaju: Evocati, 2011, p. 537.

³⁹ MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do Trabalho*. São Paulo: Atlas, 2001, p. 229.

penosidade, a ausência de lei que defina quais são as atividades penosas e o valor desse adicional impede a sua fruição.

Diferente da penosidade, os dispositivos 189 e 193, da CLT, preveem as atividades que atentam contra a saúde e a segurança do trabalhador, dispondo:

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

I - inflamáveis, explosivos ou energia elétrica;

II - roubos ou outras espécies de violência física nas atividades profissionais de segurança pessoal ou patrimonial.

Na concepção de Carvalho⁴⁰:

O adicional de insalubridade é devido quando o empregado é exposto, por ocasião do trabalho, a agente nocivo à sua saúde, acima dos limites de tolerância que são fixados, através de normas regulamentadoras do Ministério do Trabalho, em razão da natureza e da intensidade do agente e do tempo de exposição aos seus efeitos.

Martins⁴¹ destaca que “as atividades insalubres estão expressas na NR-15, da Portaria 3.214/78, e que a insalubridade restará evidenciada quando o empregado estiver exposto a agentes nocivos à sua saúde”.

O prejuízo à saúde pode ser motivado por agentes biológicos (bactérias, vírus), químicos (gases e vapores, poeiras) ou físicos (ruídos, umidade, radiações), ocorrendo em graus máximo, médio ou mínimo, que ensejam o direito do trabalhador à percepção, respectivamente, do adicional de 40%, 20% ou 10%, conforme estabelece o art. 192⁴², da CLT.

⁴⁰ CARVALHO, Augusto Cesar Leite de. *Direito do Trabalho: curso e discurso* .P.42. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/pdf/cj033690.pdf> . Acesso em 12/08/2017

⁴¹ MARTINS, Sergio Pinto. *Comentários à CLT*. São Paulo: Atlas, 2001, p. 202.

⁴² 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.

Acerca do adicional de periculosidade, Carvalho⁴³ aduz:

É exigível, por sua vez e também em consonância com norma regulamentadora aprovada pelo Ministério do Trabalho, quando a prestação laboral implique risco acentuado em razão de o trabalhador expor-se, de modo permanente ou intermitente, a inflamáveis, explosivos, energia elétrica, roubos ou outras espécies de violência física nas atividades profissionais de segurança pessoal ou patrimonial.

Conforme Alice Monteiro de Barros⁴⁴ o adicional de periculosidade “é assegurado aos empregados que trabalham em contato permanente ou intermitente com explosivos ou inflamáveis, em condições de risco acentuado”. Nesses casos, é devida uma compensação de 30% sobre o salário para esses empregados.

Para Martins⁴⁵, o adicional de periculosidade “é devido, nos termos da NR-16 de Portaria 3.214/78, a quem tenha contato, em riscos acentuados, com explosivos ou inflamáveis”.

Contudo, por serem os adicionais de insalubridade e de periculosidade um salário-condição, eles apenas serão devidos enquanto o trabalhador estiver exposto a condições prejudiciais a sua saúde e a sua integridade, de forma que ao desaparecer essas condições, perde-se o adicional correspondente. É exato dizer que a sua definitiva incorporação ao salário, mesmo quando cessado o fator de risco ou insalubre, desestimularia o empregador a buscar meios de eliminação ou neutralização do agente nocivo.

Observa-se que o Ministério do Trabalho e Emprego define as atividades consideradas insalubres ou perigosas. A legislação infraconstitucional era a única que dispunha sobre as formas de combate, seja por neutralização do agente ou eliminação do risco, dessas atividades. Com o advento da Constituição Federal de 1988, as formas de proteção no meio ambiente de trabalho foram ainda mais consolidadas.

Avaliando sistematicamente, por meio de uma análise dos princípios regidos na Carta Magna, em especial o da dignidade do ser humano

⁴³ CARVALHO, Augusto Cesar Leite de. *Direito do Trabalho: curso e discurso* .P.42. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/pdf/cj033690.pdf> . Acesso em 12/08/2017

⁴⁴ BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 792.

⁴⁵ MARTINS, Sergio Pinto. *Comentários à CLT*. São Paulo: Atlas, 2001, p. 209.

trabalhador, nota-se a preocupação constitucional em tratar o homem como vértice da sociedade, buscando sempre o seu bem-estar físico e mental.

Assim, os preceitos anteriores à Constituição Federal de 1988 continuam em vigor, desde que compatíveis com os ditames constitucionais. Vale dizer, as normas infraconstitucionais devem ganhar uma interpretação conforme a Constituição Federal, respeitando o valor social do trabalho e o direito fundamental a saúde e a segurança. No mesmo sentido:

Do ponto de vista jurídico, o principal distintivo da Constituição é a sua supremacia, sua posição hierárquica superior à das demais normas do sistema. As leis, atos normativos e atos jurídicos em geral não poderão existir validamente se incompatíveis com alguma norma constitucional. A constituição regula tanto o modo de produção das demais normas jurídicas como também delimita o conteúdo que possam ter. como consequência, a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo poderá ter caráter formal ou matéria⁴⁶.

Dessa forma, o §2^{o47} do dispositivo 193, da CLT, que dispõe caber ao empregado optar por um dos adicionais devidos (insalubridade ou periculosidade), caso incorra em fatos geradores diversos, deveria ser interpretado à luz das normas constitucionais. Contudo, o dispositivo sempre foi compreendido como uma vedação a que o empregado pudesse demandar os dois adicionais, mesmo quando presentes os agentes insalubres e perigosos.

O art. 7^o, XII e XIII⁴⁸, prevê que deve haver normas de segurança e saúde que protejam os obreiros dos riscos do serviço, além de dispor que é direito do trabalhador, exposto a condições insalubres e perigosas, o recebimento do adicional de insalubridade e periculosidade.

Desse modo, quando uma lei infraconstitucional colidir com a Constituição, prevalecerá a norma constitucional e a lei deverá ser considerada inconstitucional ou não recepcionada, salvo se a lei não pretender restringir o conteúdo mínimo de proteção tutelado constitucionalmente.

Os adicionais são parcelas contraprestacionais compensatórias de um trabalho mais prejudicial. Leiria aduz:

⁴⁶ FORMOLO, Fernando. *A acumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade*. Justiça do Trabalho.[S.I.], 2006, v. 23, n.269, p 49-64.

⁴⁷ Art. 193, § 2^o, CLT - O empregado poderá optar pelo adicional de insalubridade que porventura lhe seja devido.

⁴⁸ Art. 7^o 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;

O direito brasileiro remunera, via adicionais o trabalho executado em condições que exigem um maior desconforto em razão de tempo (de horas extras e noturno), um maior perigo (de periculosidade) ou má condições de salubridade (de insalubridade) é a monetização do risco (adicionais de remuneração).⁴⁹

É inconteste que os adicionais devem ser inseridos na remuneração do trabalhador quando presentes condições de desconforto configuradas como insalubres ou perigosas, por exemplo.

6.2. A controvérsia sobre a cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade

Em regra, o trabalhador pode receber os adicionais cumulativamente quando estes compensarem situações diferentes. Exemplo disso é o adicional noturno devido ao trabalhador que tem jornada à noite recebido, cumulativamente, com o adicional de horas extras quando o trabalho é prestado em caráter extraordinário e à noite. Por que, então, o trabalhador que labora em ambiente insalubre e perigoso, terá o direito de receber apenas um dos adicionais?

Interessante observar que a Carta Magna em momento algum previu a impossibilidade da cumulação dos adicionais; pelo contrário, deixou explícito que é dever de todos observar normas que minimizem os efeitos prejudiciais aos trabalhadores no ambiente laboral, impondo um adicional correspondente a cada bem violado, devidamente regulamentado nos termos da lei.

O direito à vida, à saúde e à segurança são direitos fundamentais que devem merecer a máxima tutela do Estado, não podendo ser mitigada a sua proteção.

Não obstante, a Norma Regulamentadora 15 do Ministério do Trabalho impõe no item 15.3 que 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. Destaca-se que a norma veda a dupla reparação quando incidirem fatores que prejudiquem somente a saúde do trabalhador, devendo a remuneração compensatória considerar o agente prejudicial de grau mais elevado.

⁴⁹ LEIRIA, Nelson Hamilton. *Da concomitância dos adicionais de insalubridade e periculosidade em face da revogação do parágrafo 2, do art. 193 da CLT, por ofensa à Constituição Federal*. Suplemento Trabalhista LTr. São Paulo, 2008, v.44, n.133, p.565.

No mesmo sentido, quando o §2º, do art. 193, da CLT, estabelece que o empregado deve optar por um dos adicionais, mesmo que labore em ambientes insalubres e perigosos, esse dispositivo acaba por se permitir que trabalhe em situação de risco à sua integridade física sem a percepção do adicional correspondente, ou vice-versa. Não há que se falar em *bis in idem* pela percepção cumulativa do adicional de periculosidade e insalubridade, porquanto cada parcela visa a compensar o trabalhador por um gravame diferente.

Para Carvalho⁵⁰:

É hora de se questionar a validade dessa norma frente ao que se preceitua o artigo 7º, XXIII, da Constituição, que diz ser direito do trabalhador o adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei. Ante o postulado da norma mais favorável, consagrado no *caput* desse dispositivo constitucional, a norma legal está autorizada a regular os casos em que são devidos os adicionais de penosidade, insalubridade ou periculosidade e fixar os respectivos percentuais. A conjunção *ou* estaria presente, no texto do inciso sob análise, pois o uso da conjunção aditiva (*e*) faria concluir que toda atividade penosa também seria insalubre e, por igual, necessariamente perigosa.

Nesse diapasão, quando o legislador infraconstitucional obriga o trabalhador a optar por um dos adicionais que lhe seja devido, viola direito garantido pelo constituinte.

Da mesma forma, quando o intérprete do direito decide casos concretos aplicando o texto de lei que determina que o empregado opte por um dos adicionais, qual seja o art. 193, §2º, da CLT, ele ignora a existência do novo ordenamento jurídico imposto pela Constituição de 1988, o qual se afina com o postulado das constituições garantistas segundo o qual as leis devem ser interpretadas conforme a Constituição, formando ao todo um sistema único e coerente.

A Carta Maior, dominada pelas diretrizes do neoconstitucionalismo, reconheceu o valor social do trabalho e estabeleceu que o labor deve dignificar o homem, contrariando o sistema liberal-capitalista que coloca o ser humano trabalhador numa posição de refém das condições precárias da prestação de serviço.

⁵⁰ CARVALHO, Augusto Cesar Leite de. *Direito do Trabalho: curso e discurso*. Aracaju: Evocati, 2011, p.577.

Assim, apesar de a CLT prever formas compensatórias do trabalho prejudicial à saúde e integridade física do obreiro, como os adicionais, ela se mostra incompatível com o sistema constitucional ao dispor que o trabalhador deve optar por apenas um dos adicionais. Isso porque se o trabalhador, no seu ambiente de trabalho, se submete a fatos geradores diferentes, que de formas distintas prejudicam a sua qualidade de vida, não tem motivo plausível para beneficiar o patrimônio do empregador, ao determinar que o empregado escolha um dos adicionais que lhe seria devido, em vez de reparar, compensando da forma mais abrangente e efetiva, os direitos fundamentais que de outro modo seriam subtraídos do prestador de serviços.

Desse modo, alguns intérpretes entendem que o art. 193, §2º, da CLT, não teria sido recepcionado pela CF de 1988, na medida em que colide frontalmente com os fundamentos constitucionais da tutela à vida, saúde e segurança.

Assim, Carvalho destaca:

A orientação jurisprudencial que predomina, no sentido de que são inacumuláveis os adicionais de insalubridade e de periculosidade, frustra, a nosso ver, o desígnio constitucional e também o compromisso assumido pelo Brasil quando ratificou as convenções 148 e 155 da OIT; em rigor, essa orientação relativiza o direito fundamental à compensação monetária pela exposição a agentes nocivos à saúde e à integridade física do trabalhador.⁵¹

No mesmo sentido, ao se referir à proibição da cumulatividade dos adicionais, Rodrigues Pinto aduz que “explicação jurídica não encontramos para isso, daí entendermos ter havido uma recaída do legislador em favor do poder econômico”⁵².

Ademais, o meio ambiente laboral equilibrado se inclui nos direitos fundamentais assegurados pela CF, tendo em vista que tem como finalidade o respeito à dignidade do ser humano trabalhador, no sentido de valorizar o caráter insubstituível de cada obreiro.

Isto é, no momento em que se respeita a saúde e segurança do trabalhador se atende a critérios estabelecidos para se ter um ambiente laboral saudável, de forma a evitar a violação do princípio da dignidade humana. O

⁵¹ CARVALHO, Augusto Cesar Leite de. *Direito do Trabalho: curso e discurso*. Aracaju: Evocati, 2011, p.578.

⁵² PINTO, José Augusto Rodrigues de. *Curso de Direito Individual Do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2000, p. 344.

trabalhador deve ser respeitado como um ser humano e não confundido com uma máquina que despende sua energia para obtenção do capital.

Assim, quando o meio ambiente sadio sofre abusos, de forma que o obreiro exerça atividades prejudiciais a sua saúde e segurança, deve o risco ser eliminado e, caso não seja possível, ao menos o trabalhador seja reparado integralmente pela sua exposição a esses agentes nocivos ou ao risco do labor.

Com a finalidade de reparar o obreiro pela força despendida no ambiente laboral quando impossível neutralizar os agentes nocivos ou eliminar os riscos a que exposto, é que a lei consagra o direito do empregado aos adicionais de insalubridade e periculosidade e a atribuição da responsabilidade ao empregador quanto às condições de trabalho impostas aos seus empregados⁵³.

Dessa forma, quando o trabalhador presta seus serviços sob a incidência simultânea de agentes nocivos à saúde e se expõe a riscos, deve-se assegurar a ele o direito de receber o adicional de insalubridade e o de periculosidade. Ou seja, se ele trabalhou tanto em ambientes insalubres como também em um meio que atentava contra sua integridade física, são-lhe devidos tanto o adicional de insalubridade quanto o de periculosidade, cumulativamente.

Porém, a usual interpretação do artigo 193, §2º, da CLT, combinado com a Norma Regulamentadora nº 15 da Portaria 3.214/78, item 3, do Ministério do Trabalho e Emprego, consagra que o obreiro só terá direito a um dos adicionais, não sendo permitida a sua cumulação.

Seguindo essa linha de raciocínio, o Tribunal Superior do Trabalho tem decidido pela impossibilidade de cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade, mesmo que o trabalhador seja exposto a agentes nocivos de espécies diversas. São exemplos disso:

⁵³ No tocante à responsabilidade, o novo Código Civil introduziu no sistema jurídico nacional a obrigação de indenizar também em razão do risco da atividade, destacando que, nesse caso, a responsabilidade do empregador é objetiva. Ou seja, ocorrendo dano à saúde e à integridade do trabalhador, responde o empregador sem necessidade de se perquirir sobre o dolo ou culpa, como previsto na Constituição Federal. Nesse sentido, Borba⁵³ afirma: O avanço da lei civil no sentido de transmutar o tipo de responsabilidade quando se tratar de atividade de risco, ainda que não se crie outra espécie ou mais uma espécie de indenização, prevalece ante a eficácia imediata dos direitos fundamentais e da aplicação das cláusulas gerais às relações intersubjetivas, no caso às relações sociais envolvendo capital e trabalho.

RECURSO DE REVISTA. CUMULAÇÃO DOS ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE. IMPOSSIBILIDADE. OPÇÃO DO TRABALHADOR PELA VERBA MAIS VANTAJOSA, EM FASE DE LIQUIDAÇÃO. COMPENSAÇÃO. O artigo 193, § 2º, da CLT veda a cumulação dos adicionais de periculosidade e insalubridade, podendo, no entanto, o empregado fazer a opção pelo que lhe for mais benéfico, em sede de liquidação de sentença, assegurada a dedução do título até então recebido, a fim de se evitar o enriquecimento sem causa. Precedentes. Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento.⁵⁴

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA – ADICIONAIS DE PERICULOSIDADE E INSALUBRIDADE – CUMULAÇÃO- IMPOSSIBILIDADE. O entendimento adotado no âmbito desta Corte é no sentido de ser incabível acumulação dos referidos adicionais de periculosidade e insalubridade, na forma dos arts. 193, § 2º, e 194 da CLT. Precedentes. Agravo de instrumento desprovido⁵⁵.

RECURSO DE REVISTA. ADICIONAL DE PERICULOSIDADE E INSALUBRIDADE. CUMULAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. O § 2º do artigo 193 da CLT assegura ao empregado a possibilidade de optar, caso a função desempenhada seja concomitantemente insalubre e perigosa, pelo adicional que lhe seja mais vantajoso, a saber: o de periculosidade ou insalubridade. Assim, o egrégio Tribunal Regional, ao decidir pela possibilidade de cumulação dos dois adicionais, violou o artigo 193, § 2º, da CLT. Recurso de revista conhecido e provido.⁵⁶

NULIDADE. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. IMPOSSIBILIDADE DA CUMULAÇÃO DOS ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE. Não se vislumbra qualquer omissão no acórdão regional, eis que, ao negar provimento ao recurso ordinário da demandada, restou mantida a sentença de primeiro grau, da qual consta que, uma vez reconhecidas as condições de periculosidade, ensejando o direito ao respectivo adicional, deverão os reclamantes, que já percebem o adicional de insalubridade, optarem por um dos dois adicionais.⁵⁷

Assim, percebe-se que o entendimento do TST mantém-se de acordo com o estabelecido no §2º, art. 193 da CLT, em sua interpretação mais

⁵⁴ Recurso de Revista RR 10115820105030114, 24/05/2013. Disponível em: <<http://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23319402/recurso-de-revista-rr-10115820105030114-1011-5820105030114-tst>>. Acesso em 10/09/17.

⁵⁵ Agravo de Instrumento em Recurso de Revista AIRR 928402520075020318, 26/08/2011. Disponível em: < <http://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20297093/agravo-de-instrumento-em-recurso-de-revista-airr-928402520075020318-92840-2520075020318>>. Acesso em 10/09/17.

⁵⁶ Recurso de Revista RR 13956020115120041, 15/05/2013. Disponível em: < <http://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23298687/recurso-de-revista-rr-13956020115120041-1395-6020115120041-tst>>. Acesso em 10/09/17.

⁵⁷ Recurso de Revista RR 5351067019995015555, 11/06/1999. Disponível em: < <http://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1612729/recurso-de-revista-rr-5351067019995015555-535106-7019995015555>>. Acesso em 10/09/17.

restritiva, de forma a limitar o direito do empregado de perceber os adicionais de insalubridade e periculosidade.

Da mesma forma entendem os Tribunais Regionais, no sentido de que o pagamento cumulativo dos adicionais ao trabalhador não é cabível, independente de o trabalhador se encontrar exposto a fatos geradores distintos. Sendo assim, nota-se a formação de uma jurisprudência majoritária no sentido de que o art. 193, §2º, da CLT, foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988. Predomina nos Tribunais do Trabalho o entendimento de que o artigo 7º, XXIII, da CF, que dispõe sobre o adicional de periculosidade, penosidade e insalubridade, permite, de forma implícita, a vedação da percepção simultânea dos adicionais, conforme previsto no art. 193, §2º, da CLT.

Nesse sentido são diversas as decisões dos TRTs:

ADICIONAIS DE PERICULOSIDADE E INSALUBRIDADE. CUMULAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. Segundo o disposto no parágrafo 2º do artigo 193 da CLT , quando verificado o direito ao recebimento do adicional de periculosidade, "o empregado poderá optar pelo adicional de insalubridade que porventura lhe seja devido". Outra não pode ser a interpretação, senão no sentido da vedação à cumulação dos dois adicionais, na medida em que a lei concede ao empregado o direito de escolha entre ambos. Possibilitar acumulação pretendida implicaria o enriquecimento sem causa do obreiro. Recurso do Reclamante a que se nega provimento.⁵⁸

PERCEPÇÃO CUMULADA DE ADICIONAL DE PERICULOSIDADE E DE INSALUBRIDADE. IMPOSSIBILIDADE. NOS EXATOS TERMOS DO DISPOSTO NO § 2º DO ART. 193 DA CLT, NÃO É POSSÍVEL A PERCEPÇÃO CUMULADA DOS ADICIONAIS DE PERICULOSIDADE E INSALUBRIDADE, CABENDO AO EMPREGADO, QUERENDO, OPTAR PELO QUE LHE SEJA MAIS CONVENIENTE.⁵⁹

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO CARACTERIZADA. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO. Deferido na origem o pagamento do adicional de insalubridade em grau máximo, cuja condenação é mantida pelo Tribunal, que também acresce à condenação o pagamento do adicional de periculosidade (na origem indeferido), caracteriza omissão a inexistência, no acórdão, de fundamentação quanto ao disposto no art. 193, § 2º, da CLT. De acordo com referido dispositivo, que trata do direito ao adicional de periculosidade, o empregado poderá optar pelo adicional de

⁵⁸ TRT- 9 RO 14902003322905, 02/03/2007. Disponível em: <<http://trt-9.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18981198/14902003322905-pr-1490-2003-322-9-0-5-trt-9>>. Acesso em 10/09/17.

⁵⁹ TRT – 19 RO 01971201005919007, 03/11/2011. Disponível em: <http://trt-19.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20697025/recurso-ordinario-ro-1971201005919007-al-0197120100591900-7-trt-19>>. Acesso em 10/09/17.

insalubridade que porventura lhe seja devido, do que se denota a impossibilidade de pagamento de ambos os adicionais.⁶⁰

Não obstante a jurisprudência dominante se expresse no sentido da impossibilidade de cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade, há de se ressaltar que ainda remanesce entendimento divergente nos Tribunais, no sentido da possibilidade da cumulação quando o empregado for exposto a condições concomitantemente, insalubres e perigosas.

Os tribunais que se posicionaram conforme essa corrente divergente expõem seus argumentos da seguinte forma:

ADICIONAL DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE, POSSIBILIDADE DE COEXISTÊNCIA. DERROGAÇÃO DO ART. 193, § 2º PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. O adicional de insalubridade tem a finalidade de indenizar os danos causados ao empregado que trabalha exposto a agentes nocivos à sua saúde. Em contrapartida, o adicional de periculosidade é devido em razão do perigo a que está exposto o empregado, pelo risco de sofrer acidente. Ambos adicionais são garantidos na Constituição Federal de 1988, sem qualquer restrição quanto a acumulação, não sendo recepcionado o § 2º do art. 193 da CLT. Trabalhando o empregado exposto a agentes nocivos à saúde e perigosos na forma da lei, tem direito a receber os dois adicionais. Entendimento em conformidade com a tese nº 3.2, aprovada no XIV CONAMAT.⁶¹

Conforme se observa no corpo do acórdão, o adicional de insalubridade tem por objetivo reparar os danos causados à saúde do empregado que trabalha exposto a agentes nocivos à sua saúde. Por outro lado, o adicional de periculosidade é direito do trabalhador em razão do perigo a que ele está exposto, pelo risco de sofrer acidente.

Ou seja, no caso analisado, observa-se que o autor da ação recebeu o adicional de insalubridade porque trabalhava em ambiente insalubre e que, no decorrer da instrução processual, constatou-se que o trabalho também era perigoso. Assim, no caso concreto, prevaleceu o entendimento de que os adicionais não se compensam entre si, tendo em vista que indenizam ou reparam situações diferentes, de modo que o art. 193, § 2º da CLT não foi recepcionado pela Constituição de 1988, já que esta confere ao trabalhador o

⁶⁰ TRT- 4 ED 17165620105040202, 30/08/2008. Disponível em: < <http://trt-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22284297/embargos-declaratorios-ed-17165620105040202-rs-0001716-5620105040202-trt-4>>. Acesso em 10/09/17.

⁶¹ TRT- 12 RO 01686-2006-019-12-00-9 -5 Disponível em: < http://consultas.trt12.gov.br/SAP2/DocumentoListar.do?pidDoc=65012&plocalConexao=sap2&p_tipo=PDF>. Acesso em 10/09/17.

direito aos adicionais de insalubridade e periculosidade sem qualquer impedimento à coexistência.

Corroborando do mesmo entendimento, o TRT da 3ª. Região decidiu:

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, §2º da CLT não é compatível com os princípios constitucionais de proteção à vida e de segurança do trabalhador.⁶²

ACÚMULO DE ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE.POSSIBILIDADE. A despeito do disposto no art. 193, § 2º, da CLT, possível a percepção cumulativa dos adicionais de insalubridade e periculosidade, nos termos da Convenção n. 155 da OIT.⁶³

Este último acórdão traz, no seu corpo, a seguinte fundamentação:

A legislação infraconstitucional brasileira, interpretando de forma extremamente literal o preceito da Lei Maior, consubstanciada no art. 7º, XXIII, não atenta para as medidas que, a nível mundial, têm sido levadas a efeito para a preservação do bem estar do trabalhador.

Ademais, o relator destaca:

A intenção desses acréscimos não é apenas minorar os efeitos maléficis à sua higidez. É tentar, pela via de aumento da despesa na folha de pagamento, com razoável acréscimo no custo da mão de obra, desestimular os empregadores a adotarem atividades dessa natureza e a controlarem, com rigor, o uso dos equipamentos de proteção individual, que deverão ser adequados, com reposição periódica e fiscalização permanente.

Compartilhando o mesmo entendimento, Sebastião Geraldo de Oliveira defende:

Não há razão biológica, nem lógica e muito menos jurídica para tal vedação. Em termos biológicos, está comprovado que a exposição simultânea a mais de uma 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 do somar, em muitas circunstâncias, multiplica os danos à saúde⁶⁴.

⁶² TRT- 3 RO 00354-2006-002-03-00-4, 23/10/2006. Disponível em: <http://as1.trt3.jus.br/consulta/detalheProcesso1_0.htm?conversationId=3430973>. Acesso em 10/09/17.

⁶³ TRT- 8 RO 0000728-62.2012.5.08.0005 . Disponível em: <http://www.trt8.jus.br/index.php?option=com_juizes&task=renderpdf&tmpl=component&idpub=141&id=211>. Acesso em 10/09/17.

⁶⁴ OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. Proteção jurídica à saúde do trabalhador, 4ª ed., São Paulo, LTr, 2002, p. 368.

Na mesma linha, o doutrinador Arnaldo Sussekind observa: “enquanto, na insalubridade, o agente agressor mina incessantemente a saúde do trabalhador, na periculosidade há exposição a um risco que, eventualmente, pode ocasionar em grave sinistro”⁶⁵.

Nesse sentido, resulta claro que por serem distintos os fatos geradores a que o trabalhador se submete, não seria viável admitir que ele seja obrigado a prestar serviços nessas condições e, sem embargo da prescrição constitucional, não lhe sejam devidos ambos os adicionais. Assim, Formolo aduz:

Se optar pelo adicional de periculosidade, estará trabalhando em condições insalubres de graça, ou seja, sem nenhuma compensação pecuniária, e vice-versa no caso de optar pelo adicional de insalubridade (caso em que o labor em condições perigosas será prestado sem nenhuma compensação pecuniária), ao arrepio da Constituição e sujeitando-se a manifesto desequilíbrio e desvantagens na relação contratual, comprometida que fica, em rigor, a equivalência das prestações dos sujeitos contratantes.⁶⁶

Nessa linha de raciocínio, apesar de a CLT vedar expressamente a cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade, são respeitados os princípios da Carta Maior, sobrepondo a proteção da vida, saúde e segurança do trabalhador às questões econômicas. Daí o acerto dos entendimentos acima, todos no sentido de que, presentes os agentes insalubres e perigosos simultaneamente, sejam garantidos os adicionais respectivos.

Por fim, em julgado mais recente do RO 0011080-04.2016.5.03.0062 no TRT da 3ª. Região, ficou decidido pela cumulatividade dos adicionais de insalubridade e periculosidade:

ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE. POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO. É devida a cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade, conforme se extrai das Convenções nº 148 (artigo 8º) e 155 (artigo 11, "b") da OIT, ratificadas pelo Brasil, as quais estabelecem que devem ser levados em consideração os riscos para a saúde, decorrentes da exposição simultânea a diversas substâncias ou agentes agressivos. É que, desde o histórico julgamento do RE 466.343/SP ocorrido no dia 3 de dezembro de 2008, o STF não mais adota a tese de equiparação dos tratados de direitos humanos às leis ordinárias. A mais alta Corte

⁶⁵ SUSSEKIND, Arnaldo Lopes. Instituições de direito do trabalho II. 21ª ed., São Paulo, LTr, 2003, p. 928.

⁶⁶ FORMOLO, Fernando. A acumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade. Justiça do Trabalho. [S.l.], 2006, V. 23, p. 49-64.

consagrou a tese da suprallegalidade dos tratados que têm por objeto a proteção dos direitos humanos, se aprovados com o quórum qualificado instituído pela EC 45/2004 (Art. 5º, parágrafo 3º, CRFB/88), o que lhes confere status de norma Constitucional material integrante do bloco de constitucionalidade, previsto no parágrafo 2º do artigo 5º da CRFB/88. 0011080-04.2016.5.03.0062 (RO) Órgão Julgador: 11ª Turma. Relator:Convocado Antonio G. de Vasconcelos . 09.08.17. TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 3ª REGIÃO.⁶⁷

O relator Antônio G. de Vasconcelos afirmou que o bem jurídico tutelado pela Constituição Federal, foi a preservação da saúde e da vida do trabalhador, sendo assegurado o pagamento dos adicionais de insalubridade e periculosidade. Como fundamento, citou as Convenções da Organização Internacional do Trabalho de nº 148 e 155, ratificadas pelo Brasil e que estabelecem que devem ser levados em consideração os riscos para a saúde decorrentes da exposição simultânea a diversas substâncias ou agentes agressivos.

A vedação da cumulação dos adicionais de periculosidade e de insalubridade, assim como a proibição da percepção de dois adicionais quando o ambiente laboral contém mais de um agente insalubre, culminam por incentivar a manutenção do meio ambiente agressivo e prejudicial à qualidade de vida do trabalhador.

O argumento de que o recebimento de ambos os adicionais levaria o empregado ao enriquecimento ilícito não deve prosperar, tendo em vista que ele exerce suas atividades em condições submetidas a fatores de risco diversos, estando duplamente prejudicado em sua saúde e segurança.

Assim, por ser a saúde, a vida e a segurança do trabalhador direitos fundamentais inerentes ao ser humano, são eles irrenunciáveis, exigindo uma reflexão acerca da questão relativa à possibilidade de cumulação dos adicionais, tendo em vista estarem em jogo, em última análise, os direitos humanos.

Enquanto apenas a lei infraconstitucional regulamentava os adicionais, seria compreensível a vedação da cumulação, porquanto se trata de texto de lei que exauria a regulamentação da matéria. Porém, com o advento da Constituição de 1988, revestida de valores que elevam o ser humano

⁶⁷ TRT- 3 RO 0011080-04.2016.5.03.0062. 09.08.2017. Disponível em: < <https://trt-3.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/513019104/recurso-ordinario-trabalhista-ro-110800420165030062-0011080-0420165030062>>. Acesso em 23/11/17.

perante a sociedade, torna-se difícil, sob o prisma sistemático, continuar aceitando a proibição da cumulação.

A compreensão de que o art. 193, §2º, da CLT, não foi recepcionado pela Carta Magna de 1988, parece ganhar força quando se depara, por exemplo, com a valorização do trabalho humano, instituído como um fundamento constitucional.

Conforme mencionado, existem situações em que é inafastável a percepção simultânea dos adicionais, visto que eles não se confundem, na medida em que ocasionados por agentes ou fatos geradores diversos.

Com efeito, embora demonstrada grasse divergência jurisprudencial acerca do assunto, no primeiro semestre de 2016, o Tribunal Superior do Trabalho, em Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do TST, decidiu, por maioria, que nos casos específicos em que o empregado se submeta a um meio ambiente de trabalho que apresente condições insalubres e perigosas, porém em que não estiver presente causa de pedir distinta, será respeitado o que impõe a literalidade do dispositivo da CLT, não podendo cumular os respectivos adicionais:

ADICIONAIS. PERICULOSIDADE E INSALUBRIDADE. PERCEPÇÃO CUMULATIVA. ART. 193, § 2º, DA CLT. ALCANCE

1. No Direito brasileiro, as normas de proteção ao empregado pelo labor prestado em condições mais gravosas à saúde e à segurança deverão pautar-se sempre nos preceitos insculpidos no art. 7º, incisos XXII e XXIII, da Constituição Federal: de um lado, a partir do estabelecimento de um meio ambiente do trabalho equilibrado; de outro lado, mediante retribuição pecuniária com vistas a "compensar" os efeitos nocivos decorrentes da incontornável necessidade de exposição do empregado, em determinadas atividades, a agentes nocivos à sua saúde e segurança.

2. No plano infraconstitucional, o art. 193 da CLT, ao dispor sobre o direito à percepção de adicional de periculosidade, assegura ao empregado a opção pelo adicional de insalubridade porventura devido (§ 2º do art. 193 da CLT).

3. A opção a que alude o art. 193, § 2º, da CLT não conflita com a norma do art. 7º, XXII, da Constituição Federal. Os preceitos da CLT e da Constituição, nesse ponto, disciplinam aspectos distintos do labor prestado em condições mais gravosas: enquanto o art. 193, § 2º, da CLT regula o adicional de salário devido ao empregado em decorrência de exposição a agente nocivo, o inciso XXII do art. 7º impõe ao empregador a redução dos agentes nocivos no meio ambiente de trabalho. O inciso XXIII, a seu turno, cinge-se a enunciar o direito a adicional "de remuneração" para as atividades penosas, insalubres e perigosas e atribui ao legislador ordinário a competência para fixar os requisitos que geram direito ao respectivo adicional.

4. Igualmente não se divisa descompasso entre a legislação brasileira e as normas internacionais de proteção ao trabalho. As Convenções nos 148 e 155 da OIT, em especial, não contêm qualquer norma explícita em que se assegure a percepção cumulativa dos adicionais

de periculosidade e de insalubridade em decorrência da exposição do empregado a uma pluralidade de agentes de risco distintos. Não há, pois, em tais normas internacionais preceito em contraposição ao § 2º do art. 193 da CLT.

5. Entretanto, interpretação teleológica, afinada ao texto constitucional, da norma inscrita no art. 193, § 2º, da CLT, conduz à conclusão de que a opção franqueada ao empregado, em relação à percepção de um ou de outro adicional, somente faz sentido se se partir do pressuposto de que o direito, em tese, ao pagamento dos adicionais de insalubridade e de periculosidade deriva de uma única causa de pedir.

6. Solução diversa impõe-se se se postula o pagamento dos adicionais de insalubridade e de periculosidade, concomitantemente, com fundamento em causas de pedir distintas. Uma vez caracterizadas e classificadas as atividades, individualmente consideradas, como insalubre e perigosa, nos termos do art. 195 da CLT, é inarredável a observância das normas que asseguram ao empregado o pagamento cumulativo dos respectivos adicionais — arts. 192 e 193, § 1º, da CLT. Trata-se de entendimento consentâneo com o art. 7º, XXIII, da Constituição Federal de 1988. Do contrário, emprestar-se-ia tratamento igual a empregados submetidos a condições gravosas distintas: o empregado submetido a um único agente nocivo, ainda que caracterizador de insalubridade e também de periculosidade, mereceria o mesmo tratamento dispensado ao empregado submetido a dois ou mais agentes nocivos, díspares e autônomos, cada qual em si suficiente para gerar um adicional. Assim, se presentes os agentes insalubre e de risco, simultaneamente, cada qual amparado em um fato gerador diferenciado e autônomo, em tese há direito à percepção cumulativa de ambos os adicionais.

7. Incensurável, no caso, acórdão de Turma do TST que nega a percepção cumulativa dos adicionais de insalubridade e de periculosidade se não comprovada, para tanto, a presença de causa de pedir distinta.

8. Embargos do Reclamante de que se conhece, por divergência jurisprudencial, e a que se nega provimento.⁶⁸

Assim, apesar do entendimento pela não cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade, nota-se uma evolução jurisprudencial para distinguir a possibilidade ou não de cumulação dos adicionais, partindo de uma análise do fato gerador de cada um.

Nesse sentido, uma vez presentes os agentes de insalubridade e de risco, concomitantemente, cada qual apoiado em um fato gerador diferente, em tese, haverá direito à percepção cumulativa de ambos os adicionais, caso contrário, não haveria que se falar em cumulação.

O embasamento para a decisão da não cumulação foi no sentido de que o art. 193, § 2º, da CLT não conflita com o art. 7º, XXIII, da Constituição

⁶⁸ TST-E-ARR-1081-60.2012.5.03.0064. Disponível em: <<http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=1081&digitoTst=60&anoTst=2012&orgaoTst=5&tribunalTst=&varaTst=&submit=Consultar>>. Acesso em 10/10/17.

Federal de 1988, uma vez que disciplinam aspectos distintos: o primeiro regula o adicional de salário devido ao empregado em decorrência de exposição a agente nocivo e o segundo impõe ao empregador a redução dos agentes nocivos no meio ambiente de trabalho. Além disso, foi adotado o entendimento de que as Convenções nº148 e 155 da Organização Internacional do Trabalho não contém qualquer norma explícita que assegure a percepção cumulativa dos adicionais de insalubridade e periculosidade.

Por sua vez, o voto vencido foi no sentido da possibilidade de cumulação dos adicionais com base numa interpretação das Convenções da Organização Internacional do Trabalho nº148 (art. 8º, item 3) e 155 (art. 11, alínea “b”).

Por fim, em decisão mais recente, a Subseção 1 Especializada em Dissídios Individuais (SDI-1) do Tribunal Superior do Trabalho, decidiu no dia 13/10/2016, por sete votos a seis, pela não possibilidade de cumulação dos adicionais, ainda que possuam fatos geradores diferentes:

RECURSO DE EMBARGOS REGIDO PELA LEI Nº 13.015/2014. CUMULAÇÃO DOS ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE - IMPOSSIBILIDADE. Incontroverso nos autos que a reclamada foi condenada ao pagamento do adicional de insalubridade em grau médio no percentual de 20% e do adicional de periculosidade equivalente a 30% do salário base do reclamante. O ordenamento jurídico brasileiro prevê a percepção do adicional de periculosidade, de que trata o artigo 193 da CLT, ao trabalhador exposto à situação de risco, conferindo-lhe, ainda, o direito de optar pelo adicional de insalubridade previsto no artigo 192 do mesmo diploma legal, quando este também lhe for devido. É o que dispõe o artigo 193, §2º, da Consolidação das Leis do Trabalho: “§ 2º O empregado poderá optar pelo adicional de insalubridade que porventura lhe seja devido.” Desse modo, o referido dispositivo legal veda a cumulação dos adicionais de periculosidade e insalubridade, podendo, no entanto, o empregado fazer a opção pelo que lhe for mais benéfico. Precedentes da SBDI-1 do TST. Recurso de embargos conhecido e provido.⁶⁹

Nesse diapasão, a corrente majoritária da SDI-1 entendeu que os adicionais de insalubridade e periculosidade não são acumuláveis, em virtude do disposto no parágrafo 2º do artigo 193 da CLT, que versa sobre a possibilidade do empregado optar pelo adicional de insalubridade que lhe possa ser devido, podendo, ainda, fazer a opção pelo adicional que lhe for mais

⁶⁹ TST-E-RR-1072-72.2011.5.02.0384. Disponível em: <<http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/resumoForm.do?consulta=1&numeroInt=129317&anoInt=2013>>. Acesso em 18/10/17.

benéfico. Assim se dá, devido à norma do art.7º, XXIII da Constituição da República, que atribui à lei ordinária a competência para definir a forma de pagamento dos adicionais de periculosidade e de insalubridade.

Por sua vez, a corrente divergente foi no mesmo sentido que havia decidido a 7º Turma, ao examinar o RR-1072-72.2011.5.02.0384, de que a cumulação caberia sob a alegação de que a previsão contida no art. 193, § 2º da CLT, não foi recepcionada pela Constituição Federal, que em seu art.7º, inciso XXIII, garantiu de forma plena o direito ao recebimento dos adicionais referidos. Nesse entendimento, ainda fazem menção às Convenções Internacionais do Trabalho nº148 e 155 como sendo tratados internacionais de direitos humanos que vieram ampliar o espectro de proteção ao trabalhador, conferindo-lhe a possibilidade de cumular os adicionais de risco, tantos quantos forem os agentes nocivos presentes no ambiente de trabalho.

Para a maior parte dos ministros, a opção prevista nesse dispositivo implica a impossibilidade de cumulação, não obstante as causas de pedir.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por ser a saúde e a segurança direitos fundamentais sociais tutelados pela Constituição, decerto devem estar num patamar acima de outros direitos que poderiam submeter-se à visão formal e patrimonialista da ordem jurídica anterior.

Mais especificamente, os direitos sociais à saúde e à segurança do trabalhador são inerentes ao ser humano, de forma que devem ser respeitados e apenas na hipótese de impossibilidade de sua garantia absoluta, devem dar lugar a compensação por sua limitação ou fruição parcial. O adicional de insalubridade e de periculosidade visam compensar o trabalhador que despendeu suas energias em um ambiente laboral que teria prejudicado sua qualidade de vida e comprometido a sua saúde.

Nesse sentido, se o trabalhador presta serviços em locais com condições nocivas, deve ser, no mínimo, compensado monetariamente pela sua exposição. Ocorre que quando os agentes nocivos que comprometem sua saúde forem distintos das causas que prejudiquem sua integridade física, o trabalhador teve duplo prejuízo quanto a sua condição humana, motivo pelo qual o dispositivo 193, §2º, da CLT, que impõe que o empregado opte por apenas um dos adicionais compensatórios, é questionável no tocante a sua recepção pela Carta Magna.

Não existe argumento coerente com o sistema jurídico emanado na CF/88 no sentido de não permitir a cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade quando o empregado está exposto a fatos geradores diferentes, inclusive porque, quando tal fenômeno se dá com outros adicionais, não se incide tal vedação. Explica-se com exemplos: a percepção do adicional de hora extra não exclui o adicional noturno; o pagamento do adicional de transferência pode ser cumulado com o adicional de hora extra; o adicional de hora extra não apenas é pago cumulativamente, mas incide sobre o adicional de insalubridade (Súmula 264 do TST).

O adicional, conforme anteriormente mencionado, tem a finalidade de compensar o trabalhador que laborou em condições tipificadas mais gravosas. Nesse sentido, se o empregado se submeteu a situações que prejudicavam, concomitantemente, sua saúde e a sua integridade física, não há

por que impor que ele opte por apenas uma das formas de compensação. Entendimento em sentido contrário importará privilegiar o empregador e, conseqüentemente, incentivá-lo a continuar oferecendo as mesmas condições de trabalho, em flagrante oposição ao comando emanado do art. 7º, XXII, da CF, que assegura aos trabalhadores o direito à redução dos riscos inerentes ao ambiente de trabalho.

Por essas razões, não obstante a jurisprudência dominante incline-se por proibir a cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade, percebe-se que a Constituição Federal de 1988 promoveu uma evolução no quadro dos direitos humanos, privilegiando os direitos sociais do trabalhador, a valorização do trabalho e o princípio da dignidade humana, de forma que se exige dos intérpretes do direito a mesma evolução, principalmente quando se trata de questões que envolvem conflitos trabalhistas, regidos pelo princípio da proteção do hipossuficiente.

Assim, consoante às diretrizes das normas constitucionais e a Convenção n. 155, ratificada pelo Brasil, o artigo 193, §2º, da CLT, não estaria mais em vigor, porque contrário o ordenamento jurídico nacional, que deve ser interpretado pelo método sistemático.

Dessa forma, entende-se pela não recepção do artigo 193, §2º, da CLT, pela Constituição Federal de 1988, pois a saúde e a segurança do trabalhador são direitos fundamentais, portanto irrenunciáveis, de maneira que o empregado que laborou em condição, simultaneamente, insalubre e perigosa não deve ser obrigado a optar por apenas um dos adicionais compensatórios, renunciando ao outro.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 6º Ed. São Paulo: LTr, 2010.

BORBA, Joselita Nepomuceno. **Direitos fundamentais aplicados ao direito do trabalho**./ coordenador Renato Rua de Almeida; Adriana Calvo, Andrea Presas Rochas, organizadoras. São Paulo: LTr, 2010.

CAMARGO, Thaisa Rodrigues Lustosa de. **Princípios do direito ambiental do trabalho**/Thaísia Rodrigues Lustosa de Camargo e Sandro Nahmias Melo. São Paulo: LTr, 2013.

CARVALHO, Augusto Cesar Leite de. **Direito do Trabalho: curso e discurso**. Aracaju: Evocati, 2011.

COMPARATO, Fabio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 3ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

COSTA, Marcelo Freire Sampaio. **Eficácia dos direitos fundamentais entre particulares: juízo de ponderação no processo do trabalho**. São Paulo: LTr, 2010.

DANTAS, Ivo. **O valor da constituição: do controle de constitucionalidade como garantia da suprallegalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 12ª ed. São Paulo: LTr, 2013.

FILHO, Wilson Ramos. **Direito capitalista do trabalho: história, mitos e perspectiva no Brasil**. São Paulo: LTr, 2012.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

FORMOLO, Fernando. **A acumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade**. Justiça do Trabalho.[S.l.], v. 23, n.269, p 49-64, 2006.

LEIRIA, Nelson Hamilton. **Da concomitância dos adicionais de insalubridade e periculosidade em face da revogação do parágrafo 2, do art. 193 da CLT, por ofensa à Constituição Federal**. Suplemento Trabalhista LTr. São Paulo, 2008, v.44, n.133.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. São Paulo: Atlas, 2001.

MARTINS, _____. **Comentários à CLT**. São Paulo: Atlas, 2001.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. **Proteção jurídica à saúde do trabalhador**, 4ª ed., São Paulo, LTr, 2002.

PADILHA, Norma Sueli. **Fundamentos Constitucionais do Direito Ambiental Brasileiro**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

PINTO, José Augusto Rodrigues de. **Curso de Direito Individual Do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 6ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 12ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

SARMENTO, Daniel. Coordenação de George Salomão Leite e Ingo Wolfgang Sarlet. **Direitos Fundamentais e Estado Constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

SILVA, Jose Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

SUSSEKIND, Arnaldo Lopes. **Instituições de direito do trabalho II**. 21ª ed., São Paulo, LTr, 2003.

Fontes eletrônicas:

CARVALHO, Augusto César Leite de. **Ministro Augusto César defende restrições à crisotila**. Disponível em: <http://www.mfra.com.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=11677:ministro-augusto-cesar-defende-restricoes-a-crisotila&catid=102:tribunal-superior-do-trabalho&Itemid=125&lang=pt>. Acesso em 09/08/17.

CARVALHO, Augusto Cesar Leite de. **Direito do Trabalho: curso e discurso**. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/pdf/cj033690.pdf>>. Acesso em 12/08/17.

Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS/WHO)- 1946. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>>. Acesso em 04/08/17.