

A C Ó R D ã O
SESBDI-1
VMF/ma/rqd/pm

Incidente de Julgamento de Recurso de Revista e de Embargos Repetitivos

TST-IRR-239-55.2011.5.02.0319

Suscitante: **ALEXANDRE DE SOUZA AGRA BELMONTE - MINISTRO DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO**

Embargante: **ALEXANDRE ZANARDI TARDIN**

Suscitada : **SUBSEÇÃO I ESPECIALIZADA EM DISSÍDIOS INDIVIDUAIS DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO**

Embargada: **AMERICAN AIRLINES INC.**

Amicus Curiae: **FEDERAÇÃO NACIONAL DOS PORTUÁRIOS, SINDICATO DOS TRABALHADORES NAS INDÚSTRIAS DA PURIFICAÇÃO, DISTRIBUIÇÃO DE ÁGUA E EM SERVIÇOS DE ESGOTO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL - SINDIÁGUA/RS, SINDICATO DOS ODONTÓLOGISTAS NO ESTADO DA BAHIA - SINDODONTO/BA, ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DA INDÚSTRIA QUÍMICA, CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA - CNI e ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DO AGRONEGÓCIO - ABAG**

Matéria: **INCIDENTE DE RECURSO REPETITIVO - TEMA N° 17 - ADICIONAIS DE PERICULOSIDADE E INSALUBRIDADE - POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO**

JUSTIFICATIVA DE VOTO VENCIDO

1 - CUMULAÇÃO DE ADICIONAIS

A divergência, cuja missão deste Incidente é estancar, consiste em estabelecer qual natureza de exegese deve ser empregada ao texto contido no art. 193, § 2º, da CLT, para que dele se extraia a norma jurídica aplicável a situações controvertidas em que se verifique a incidência simultânea de condições insalubres e perigosas decorrentes de agentes distintos e autônomos.

Este é o texto do dispositivo legal sobre o qual incide a controvérsia:

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:

PROCESSO N° TST-IRR-239-55.2011.5.02.0319

I - inflamáveis, explosivos ou energia elétrica;

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

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

§ 2º - O empregado poderá optar pelo adicional de insalubridade que porventura lhe seja devido. (g.n.)

A controvérsia reside, primeiramente, na incidência das normas internacionais de direitos humanos (Convenções nºs 148 e 155 da OIT sobre saúde e segurança no trabalho e sobre o meio ambiente laboral, respectivamente) no ordenamento jurídico interno, seja no sentido de interpretar a ordem jurídica constitucional à sua luz, seja de recusar incidência a todo e qualquer comando legal infraconstitucional que iniba sua efetividade.

Trata-se de discussão fundamental em momento histórico de fragilização da ordem jurídica interna em matéria de direitos sociais trabalhistas, oportunidade em que a leitura e a efetivação da Constituição Federal e das normas internacionais de direitos humanos não podem ser reservadas à luxuosa condição de reforço argumentativo. Na verdade, cumpre-se aqui o seu mister original de emanar força normativa imediata e direta, em diálogo constante com as ordens jurídicas nacionais.

Essa é, nas palavras de Cançado Trindade, a tendência constitucional contemporânea: "dispensar um tratamento especial aos tratados de direitos humanos é, pois, [tendência] sintomática de uma escala de valores na qual o ser humano passa a ocupar posição central" (TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. "Direito Internacional e Direito Interno: sua interação na proteção dos Direitos Humanos." Disponível em <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/introd.htm>>. Acesso em 23 ago. 2019).

Flávia Piovesan relaciona o vigor de uma ordem jurídica internacional à incontroversa insuficiência de sistemas de

PROCESSO N° TST-IRR-239-55.2011.5.02.0319

proteção dos direitos humanos internos aos Estados, demonstrada a partir dos horrores da 2ª Guerra Mundial, em que a existência de uma normatividade supranacional poderia ter evitado muitas das violações de direitos havidas. Nessa quadra, a crise do positivismo jurídico foi respondida com a afirmação de uma ordem jurídica fundada na primazia da pessoa humana e da sua dignidade, no plano internacional. (Cf. PIOVESAN, Flávia; CARVALHO, Luciana Paula Vaz de. "Direitos Humanos e direito do trabalho." São Paulo: Atlas, 2010, pp. 5-6)

A autora resgata o histórico de afirmação dos direitos humanos, destacando a ausência de linearidade na afirmação desses direitos ("nascem quando devem e quando podem nascer"). Por outro lado, ressalta sua indivisibilidade: a existência dos direitos civis e políticos depende da plena observância dos direitos sociais, econômicos e culturais, sem hierarquia entre eles, sendo que, em conjunto, são pressupostos da afirmação de regimes democráticos. (Cf. PIOVESAN, Flávia; CARVALHO, Luciana Paula Vaz de. *Op. Cit.* p. 10-11)

Pontue-se ainda o reconhecimento, pela Declaração de Viena de 1993, da interdependência entre democracia, desenvolvimento e direitos humanos, a esmaecer qualquer resistência ideológica e desprovida de densidade jurídica à relevância e eficácia dos direitos humanos sociais, econômicos e culturais. (Cf. PIOVESAN, Flávia; CARVALHO, Luciana Paula Vaz de. *Op. cit.* 2010, pp. 11-13)

É nessa vertente que a ordem jurídica internacional referente aos direitos humanos, aqui considerados tanto os tratados de direitos humanos em sentido estrito como também as Convenções da Organização Internacional do Trabalho (que assim se qualificam pela mais abalizada doutrina internacionalista), vai interagir com a ordem jurídica interna dos países de modo cada vez mais íntimo e direto, a partir de uma abertura que caracteriza o constitucionalismo contemporâneo:

Constatamos atualmente, por um lado, uma crescente "abertura" das Constituições contemporâneas - de que dão exemplo marcante as de alguns países latino-americanos e as de países tanto da Europa Oriental hodierna como da Europa Ocidental - à normativa internacional de proteção dos direitos humanos. A este fenômeno se agrega, por outro lado, a atribuição de

PROCESSO N° TST-IRR-239-55.2011.5.02.0319

funções, pelos tratados de direitos humanos, aos órgãos internos dos Estados, para a realização de seu objeto e propósito. **A interação resultante entre o direito internacional e o direito interno no presente domínio de proteção é, pois, manifesta e inquestionável.** E não se limita à relação, com o direito interno, dos tratados de direitos humanos propriamente ditos: **outra ilustração, talvez menos lembrada, no mesmo sentido da interação, reside na implementação das Convenções internacionais do trabalho da OIT.** (TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. “Direito Internacional e Direito Interno: sua interação na proteção dos Direitos Humanos”. Disponível em <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/introd.htm>>. Acesso em 23 ago. 2019 - g.n.)

Tal tendência, como demarca Cançado Trindade, está presente no constitucionalismo europeu, cuja integração internacional já está bastante amadurecida, mas também no constitucionalismo latino-americano de modo geral, havendo forte abertura das Constituições Federais mais recentes desses países à jurisdição das Cortes internacionais, bem como à recepção das normas de direitos humanos como parte dos próprio textos constitucionais:

Nas últimas décadas, a operação regular dos tratados e instrumentos internacionais de direitos humanos tem demonstrado sobejamente que podem beneficiar diretamente os indivíduos. Na verdade, é este o seu propósito último; ao criarem obrigações para os Estados vis-à-vis os seres humanos sob sua jurisdição, as normas dos tratados de direitos humanos aplicam-se não só na ação conjunta (exercício de garantia coletiva) dos Estados Partes na realização do propósito comum de proteção, mas também e sobretudo **no âmbito do ordenamento interno de cada um deles**, nas relações entre o poder público e os indivíduos. Diversas Constituições contemporâneas, referindo-se expressamente aos tratados de direitos humanos, concedem um tratamento especial ou diferenciado também no plano do direito interno aos direitos humanos internacionalmente consagrados. Os tratados de direitos humanos indicam vias de compatibilização dos dispositivos convencionais e dos de direito interno de

PROCESSO N° TST-IRR-239-55.2011.5.02.0319

modo a prevenir conflitos entre as jurisdições internacional e nacional no presente domínio de proteção; impõem aos Estados Partes o dever de provimento de recursos de direito interno eficazes, e por vezes o compromisso de desenvolvimento das "possibilidades de recurso judicial"; prevêm a adoção pelos Estados Partes de medidas legislativas, judiciais, administrativas ou outras, para a realização de seu objeto e propósito. Em suma, contam com o concurso dos órgãos e procedimentos do direito público interno. Há, assim, uma interpenetração entre as jurisdições internacional e nacional no âmbito de proteção do ser humano. **O cumprimento das obrigações internacionais de proteção requer o concurso dos órgãos internos dos Estados, e estes são chamados a aplicar as normas internacionais.** É este o traço distintivo e talvez o mais marcante dos tratados de direitos humanos, dotados de especificidade própria e a requererem uma interpretação própria guiada pelos **valores comuns superiores** que abrigam, diferentemente dos tratados clássicos que se limitam a regulamentar os interesses recíprocos entre as Partes. Com a interação entre o direito internacional e o direito interno no presente contexto, os grandes beneficiários são as pessoas protegidas. Em um sistema integrado como o da proteção dos direitos humanos, os atos internos dos Estados estão sujeitos à supervisão dos órgãos internacionais de proteção quando, no exame dos casos concretos, se trata de verificar a sua conformidade com as obrigações internacionais dos Estados em matéria de direitos humanos. **As normas internacionais que consagram e definem claramente um direito individual, passível de vindicação ante um tribunal ou juiz nacional, são diretamente aplicáveis. Além disso, os próprios tratados de direitos humanos significativamente consagram o critério da primazia da norma mais favorável às vítimas, seja ela norma de direito internacional ou de direito interno.** (TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. "Direito Internacional e Direito Interno: sua interação na proteção dos Direitos Humanos". Disponível em <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/introd.htm>>. Acesso em 23 ago. 2019 – g.n.)

Tão importante quanto à obediência à autoridade das Cortes internacionais e seus comandos específicos é a internalização,

PROCESSO N° TST-IRR-239-55.2011.5.02.0319

por parte de cada Estado, dos tratados e convenções internacionais, na medida em que o processo de judicialização internacional é lento e, em regra, somente alcança situações paradigmáticas após o decurso do tempo histórico de sua vivência. Esse é o motivo pelo qual o processo de efetivação dos direitos humanos depende sobremaneira da capacidade de cada Estado garantir, por meio de sua ordem jurídica interna, os valores superiores emanados da ordem jurídica internacional.

Isso não significa, contudo, que não exista, de forma efetiva, a incidência de uma jurisdição internacional sobre os países que descumprem os compromissos internacionais previamente assumidos. Recentemente, em 31/8/2017, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, rompendo com uma tradição jurisprudencial de mais tolerância no que concerne ao descumprimento de direitos sociais, econômicos e culturais, a qual se amparava na ideia de progressividade da afirmação desses direitos, inaugurou precedente em que condenou o Peru pela inobservância das disposições do Pacto Internacional sobre Direitos Humanos, Econômicos, Sociais e Culturais - PIDESC, no caso *Lagos del Campo versus Peru*.

O caso, para o qual chamaram a atenção da comunidade jurídica nacional Cristiano Paixão e Ricardo Lourenço, no artigo intitulado "Direitos sociais e sistema interamericano de direitos humanos" (Disponível em <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/direitos-sociais-e-sistema-interamericano-de-direitos-humanos-06072018>> Acesso em 23 ago. 2019), trata precisamente de dispensa imotivada de um trabalhador peruano pela empregadora como retaliação por críticas por ele despendidas na imprensa contra a conduta da empresa em determinado processo eleitoral realizado internamente.

A matéria, que é eminentemente trabalhista, foi julgada pela Corte Interamericana com respaldo em disposições da Convenção Americana de Direitos Humanos acerca da estabilidade no emprego, da liberdade de expressão, das liberdades de associação e representação sindical, bem assim com referência complementar a diversas normas da Organização Internacional do Trabalho em matéria de representação sindical.

PROCESSO N° TST-IRR-239-55.2011.5.02.0319

A condenação custou ao Estado peruano uma reparação total de setenta e oito mil dólares à vítima, além do ônus de publicar e reconhecer internacionalmente o desrespeito à Convenção Americana e a falha das instâncias jurisdicionais internas, bem como do pagamento das despesas processuais.

Mais relevante que a ameaça concreta que cada país sofre em relação ao não cumprimento das disposições internacionais em matéria de direitos humanos é a vinculação exercida pela própria jurisprudência da Corte Interamericana, que tem força equivalente à própria Convenção para os países que dela fazem parte. Assim, a internalização desses comandos é medida premente e, inclusive, **expressamente abraçada pelo texto constitucional brasileiro, ao estampar, no art. 5º, § 2º, que "Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte"**.

Nessa senda, menciona-se que a crescente e intensa abertura para a força normativa da ordem jurídica internacional protetiva dos direitos humanos não é específica da Constituição brasileira, no seu art. 5º, § 2º e § 3º. Do contrário, a análise das experiências do Direito Comparado revela a incipiência e a necessidade premente de maturação do debate sobre a integração dos direitos humanos no constitucionalismo pátrio.

Em precioso apanhado, Cançado Trindade registra que, por exemplo, a Constituição portuguesa de 1976 estabelece que os direitos fundamentais nela consagrados "não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional" e acrescenta que "Os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados em harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem" (art. 16, (1) e (2)). Igualmente, assenta o autor que a Constituição da Alemanha dispõe que "as normas gerais do Direito Internacional Público constituem parte integrante do direito federal" e "sobrepõem-se às leis e constituem fonte de direitos e obrigações para os habitantes do território federal" (art. 25). A Constituição espanhola de 1978 também submete a eventual denúncia

PROCESSO N° TST-IRR-239-55.2011.5.02.0319

de tratados sobre direitos e deveres fundamentais ao requisito da prévia autorização ou aprovação do Poder Legislativo (arts. 96(2) e 94(1)(c)), restringindo o poder do Executivo em relação a atos de denúncia, uma vez que o Legislativo só poderia autorizar a denúncia na forma prevista nos próprios tratados ou consoante as regras gerais do Direito Internacional.

Partindo para exemplos latino-americanos, Cançado Trindade aponta a Constituição do Peru de 1978, cujo art. 105 determinava que os preceitos contidos nos tratados de direitos humanos tivessem hierarquia constitucional e não poderiam ser modificados senão pelo procedimento para a reforma da própria Constituição - tal entendimento não prevaleceu na atual Constituição Política do Peru de 1993, que se limita a determinar (4ª disposição final e transitória) que os direitos constitucionalmente reconhecidos se interpretam em conformidade com a Declaração Universal de Direitos Humanos e com os tratados de direitos humanos ratificados pelo Peru. É citada também a Constituição da Guatemala de 1985, cujo art. 46 estabelece que os tratados de direitos humanos ratificados pelo país têm preeminência sobre o direito interno, estabelecendo a hierarquia especial supralegal aos tratados de direitos humanos. Outra ilustração é dada pela Constituição da Nicarágua de 1987, que integra, para fins de proteção, na enumeração constitucional de direitos, aqueles consagrados na Declaração Universal dos Direitos Humanos, na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, nos dois Pactos de Direitos Humanos das Nações Unidas (de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e de Direitos Civis e Políticos), e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (art. 46).

Na mesma linha de pensamento, a Constituição do Chile, modificada em decorrência do plebiscito de 30/7/1989, agregou ao final do seu art. 5(II) a seguinte disposição: "É dever dos órgãos do Estado respeitar e promover tais direitos, garantidos por esta Constituição, assim como pelos tratados internacionais ratificados pelo Chile e que se encontrem vigentes". Outro exemplo pertinente é fornecido pela Constituição da Colômbia de 1991, cujo art. 93 determina que os tratados de direitos humanos ratificados pela Colômbia "prevalecem na ordem interna", e que os direitos humanos constitucionalmente consagrados serão interpretados em conformidade com os tratados de direitos humanos

PROCESSO N° TST-IRR-239-55.2011.5.02.0319

ratificados pelo país. Ainda, são apontadas como optantes pela técnica de atribuir *status* constitucional às normas de direitos humanos referentes a determinados direitos as Constituições do Equador, arts. 17 e 43; de El Salvador, art. 28; e de Honduras, art. 119(2). (TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. "Direito Internacional e Direito Interno: sua interação na proteção dos Direitos Humanos." Disponível em <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/introd.htm>>. Acesso em 23 ago. 2019).

Valério Mazzuoli acrescenta que a Constituição da Argentina de 1994 atribui, em seu art. 75, hierarquia constitucional a determinados tratados de direitos humanos nela enumerados, os quais, assim como na Constituição Alemã, só podem ser denunciados pelo Poder Executivo após prévia deliberação de dois terços do Poder Legislativo. Registra a Constituição venezuelana de 1999, que, em seu art. 23, reconhece hierarquia constitucional e prevalência sobre o direito interno para as normas internacionais de direitos humanos. (MAZZUOLI, Valério de Oliveira. "Curso de Direito Internacional Público". São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 944)

No caso brasileiro, o já mencionado art. 5º, § 2º, cuja redação integra o texto original da Constituição Federal de 1988, é considerado, pela mais autorizada doutrina internacionalista (TRINDADE, 2007; SUSSEKIND, 2000; PIOVESAN, 2010; e MAZZUOLI, 2015) suficiente para a atribuição de **natureza materialmente constitucional aos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Estado brasileiro**, os quais integrariam, ao lado do texto constitucional, o chamado "**bloco de constitucionalidade**". Essa também foi a posição do decano do Supremo Tribunal Federal, Ministro Celso de Mello, em importantes julgamentos sobre a matéria, tendo registrado seu voto vencido.

Tal entendimento, embora consentâneo com o movimento constitucional observado na América Latina e no mundo, não vinha sendo abraçado pela Corte Constitucional brasileira, que, mesmo após 1988, sustentava o entendimento de que os tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil ostentavam *status* de leis ordinárias, podendo, assim, quando em confronto com as normas infraconstitucionais vigentes, serem considerados revogados ou terem sua aplicação afastada por

PROCESSO N° TST-IRR-239-55.2011.5.02.0319

critérios como o temporal e o da especialidade - parâmetros esses aptos à solução de conflitos entre normas de mesma hierarquia.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a respeito da hierarquia dos tratados internacionais, que prevalecia desde a ordem constitucional anterior a 1988, só foi revista a partir da aprovação da Emenda Constitucional n° 45/2004, que reposiciona o debate a respeito das normas internacionais de direitos humanos, por meio da previsão de incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos como emendas constitucionais, desde que aprovados pelo mesmo quórum exigido para as emendas constitucionais (art. 5°, § 3°, da Constituição da República); da constitucionalização da adesão do Brasil ao Tribunal Penal Internacional (art. 5°, § 4°, da Constituição Federal); e da criação do Incidente de Deslocamento de Competência para a Justiça Federal nos casos de grave violação dos direitos humanos (art. 109 da Carta Magna).

Nas palavras de Galindo e Maués, embora tratem de temas distintos, as inovações da Emenda Constitucional n° 45/2004 têm em comum a valorização constitucional do direito internacional dos direitos humanos, seja pela possibilidade expressa de reconhecimento da hierarquia constitucional dos tratados sobre a matéria pela sujeição do país à jurisdição penal internacional, seja pela criação de mecanismos mais hábeis a cumprir com as obrigações assumidas pelo Estado brasileiro perante a comunidade internacional no que se refere à proteção dos direitos humanos. (GALINDO, George; MAUÉS, Antonio. O caso brasileiro. In: GALINDO, George; URUEÑA, René; PÉREZ, Aina. "Manual de Proteção Multinível dos Direitos Humanos." Red Derechos Humanos y Educación Superior, 2014, pp. 289-312)

Valério Mazzuoli registra que data de 1977 a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (RE 80.004/SE) acerca da força ou *status* de lei ordinária emprestada aos tratados internacionais, o que dava margem para que fossem revogados ou revogassem disposições em contrário, a partir do critério temporal. Mazzuoli contesta tal entendimento, notadamente em face da Convenção de Viena sobre Tratados, em seu art. 26, uma vez que, não havendo denúncia formal do tratado pelo Estado brasileiro, seria incompatível com o compromisso assumido pelo Estado perante a comunidade internacional deixar de aplicar um tratado

PROCESSO N° TST-IRR-239-55.2011.5.02.0319

pela mera superveniência de lei posterior, revogando-o ou dispondo em contrário. (MAZZUOLI, 2015, pp. 407-408)

A partir desse paradigma jurisprudencial que durante anos foi aplicado pelo Supremo Tribunal Federal indistintamente aos tratados internacionais em matéria de direitos humanos e em matérias comuns, houve longa trajetória até que a Corte Constitucional brasileira alcançasse, em relação aos tratados internacionais de direitos humanos, o **paradigma da supralegalidade**.

Interessante observar que um dos marcos históricos da evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a respeito da hierarquia dos tratados internacionais se deu justamente na reivindicação de hierarquia constitucional para convenções da OIT, como observam George Galindo e Antonio Maués:

Assim, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (**ADI nº 1.347** [Cf. STF. ADI MC 1.347. Rel. min. Celso de Mello. Pleno. DJ de 05.09.1995], o STF recusou a utilização dos tratados internacionais como parâmetro do controle de constitucionalidade, negando que Convenções da Organização Internacional do Trabalho (OIT) pudessem fundamentar a declaração de inconstitucionalidade de Portarias do Ministério do Trabalho. Essa ADI não foi conhecida pelo STF, pois não envolvia violação direta da Constituição: “Revelar-se-á processualmente inviável a utilização da ação direta, quando a situação de inconstitucionalidade – que sempre deve transparecer imediatamente do conteúdo material do ato normativo impugnado – depender, para efeito de seu reconhecimento, do prévio exame comparativo entre a regra estatal questionada e qualquer outra espécie jurídica de natureza infraconstitucional, como os atos internacionais – inclusive aqueles celebrados no âmbito da Organização Internacional do Trabalho (O.I.T.) – que já se acham incorporados ao direito positivo interno do Brasil, pois os tratados concluídos pelo Estado Federal possuem, em nosso sistema normativo, o mesmo grau de autoridade e de eficácia das leis nacionais”.

A principal referência dessa jurisprudência encontra-se na ADI nº 1.480 [Cf. STF. ADI MC nº 1.480. Rel. min. Celso de Mello. Pleno. DJ de 18.05.2001] que buscava a declaração de inconstitucionalidade da

PROCESSO N° TST-IRR-239-55.2011.5.02.0319

Convenção nº 158 da OIT em face do art. 7º, I da Constituição Federal. Segundo o STF: “No sistema jurídico brasileiro, os tratados ou convenções internacionais estão hierarquicamente subordinados à autoridade normativa da Constituição de República. Em consequência, nenhum valor jurídico terão os tratados internacionais, que, incorporados ao sistema de direito positivo interno, transgredirem, formal ou materialmente, o texto da Carta Política. (...) Os tratados ou convenções internacionais, uma vez regularmente incorporados ao direito interno, situam-se, no sistema jurídico brasileiro, nos mesmos planos de validade, de eficácia e de autoridade em que se posicionam as leis ordinárias, havendo, em consequência, entre estas e os atos de direito internacional público, mera relação de paridade normativa. (...) A eventual precedência dos tratados ou convenções internacionais sobre as regras infraconstitucionais de direito interno somente se justificará quando a situação de antinomia com o ordenamento doméstico impuser, para a solução do conflito, aplicação alternativa do critério cronológico (“lex posterior derogat priori”) ou, quando cabível, do critério da especialidade.” (GALINDO; MAUÉS, 2014, pp. 289-312 – g.n.).

Esse entendimento foi reiterado pelo Supremo Tribunal Federal em 2001, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 253.071, que versava a aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos no que se refere à prisão civil por dívida, assim ementado:

Essa Corte (...) firmou o entendimento de que, em face da Carta Magna de 1988, persiste a constitucionalidade da prisão civil do depositário infiel, em se tratando de alienação fiduciária, bem como de que o Pacto de São José da Costa Rica, além de não poder contrapor-se à permissão do artigo 5º, LXVII, da mesma Constituição, não derogou, por ser norma infraconstitucional geral, as normas infraconstitucionais especiais sobre prisão civil do depositário infiel. (STF. RE 253.071. Rel. Min. Moreira Alves, 1ª Turma, DJ de 29/6/2001)

Mazzuolli (2015), assim como George Galindo e Antonio Maués (2014), aponta a primeira manifestação de uma revisão do

PROCESSO N° TST-IRR-239-55.2011.5.02.0319

entendimento do Supremo Tribunal Federal em 2003, em caso relativo ao duplo grau de jurisdição assegurado pela Convenção Americana de Direitos Humanos, situação em que a ideia de supralegalidade é mencionada pelo então Ministro Sepúlveda Pertence:

Um primeiro sinal de mudança na jurisprudência do STF foi verificado no julgamento do Recurso em Habeas Corpus (RHC) n° 79.785, em 2000 [STF RHC 79785. Rel. min. Sepúlveda Pertence. Pleno. DJ de 23.05.2003]. Nesse julgamento, embora negasse ao duplo grau de jurisdição o caráter de uma garantia constitucional absoluta, limitando, portanto, a aplicabilidade do art. 8.2.,h da CADH,¹⁸ o ministro Sepúlveda Pertence admitia que os tratados internacionais de direitos humanos, ainda que posicionados abaixo da Constituição, deveriam ser dotados de “força supra-legal”, de modo a dar aplicação direta às suas normas, até mesmo contra leis ordinárias, “sempre que, sem ferir a Constituição, a complementem, especificando ou ampliando os direitos e garantias dela constantes.” (GALINDO; MAUÉS, 2014, pp. 289-312)

Carlos Antonio Nóbrega Filho ressalta que, também em 2003, a respeito de convenção da OIT, o Ministro Sepúlveda Pertence reconheceu o caráter de norma de direitos humanos das convenções da OIT (especificamente a Convenção n° 126) e que teria avançado no sentido de reconhecer a essa norma integração ao bloco de constitucionalidade:

Portanto, as convenções da OIT têm por objeto normas de proteção a direitos humanos dos trabalhadores, e isso é incontestável. Para corroborar com essa afirmativa, cito o voto do ex-Min. Sepúlveda Pertence, na Adin 1.675, que deixou consignado a natureza de direitos humanos das Convenções da OIT, que inclusive teriam *status* de norma constitucional incorporando-se ao texto por meio do art. 7° da Carta Magna.

Segue abaixo ementa do julgado e passagens do voto do Min. Sepúlveda Pertence:

EMENTA: II- Repouso semanal remunerado preferentemente aos domingos (CF, art. 7°, XV): histórico legislativo e inteligência: arguição plausível de consequente inconstitucionalidade do art. 69 da M. Prov. 1539- 35/97, o qual-

PROCESSO N° TST-IRR-239-55.2011.5.02.0319

independentemente de acordo ou convenção coletiva - faculta o funcionamento aos domingos do comércio varejista: medida cautelar deferida. A constituição não faz absoluta a opção pelo repouso aos domingos, que só impôs "preferentemente"; a relatividade daí decorrente não pode, contudo, esvaziar a norma constitucional de preferência, e relação à qual as exceções - sujeitas à razoabilidade e objetividade dos seus critérios- não pode converter-se em regra, a arbítrio unicamente de empregador. A Convenção n. 126 da OIT reforça a arguição de inconstitucionalidade: ainda quando não se queira comprometer o Tribunal com a tese da hierarquia constitucional dos tratados sobre direitos fundamentais ratificados antes da Constituição, o mínimo a conferir-lhe é o valor de poderoso reforço à interpretação do texto constitucional que sirva melhor à sua efetividade: não é de presumir, em Constituição tão ciosa da proteção de direitos fundamentais quanto a nossa, a ruptura com as convenções internacionais que se inspiram na mesma preocupação. (STF, Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.675-1/DF (medida liminar), Órgão julgador: Tribunal Pleno, relator min. Sepúlveda Pertence, DJ 19.9.2003) [...] não há nenhuma dúvida de que as convenções da OIT são tratados de direitos humanos. (NÓBREGA FILHO, Carlos Alberto. Um novo diálogo entre o direito internacional e o direito brasileiro: o status jurídico de supralegalidade das convenções da OIT. In: "Revista Trabalhista Direito e Processo". Ano 10. n. 38, pp. 162-183).

Entretanto, apenas em 2008 essas sinalizações adquiriram caráter de precedentes, quando o Supremo Tribunal Federal modificou sua orientação, passando a considerar "ilícita" a prisão civil por dívida nos contratos de alienação fiduciária em garantia, chegando a editar súmula vinculante sobre o tema. Assim dispõe a ementa do RE 466.343, decidido por unanimidade:

PRISÃO CIVIL. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insubsistência da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5º, Inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7º, da Convenção Americana de Direitos Humanos (*Pacto de San José da Costa Rica*). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE nº 349.703 e dos HCs nº 87.585 e nº 92.566. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que

PROCESSO N° TST-IRR-239-55.2011.5.02.0319

seja a modalidade do depósito. (STF. RE 466.343. Rel. Min. Cezar Peluso. Pleno, DJe de 4/6/2009)

Sobre esse julgamento, Galindo e Maués esclarecem que a polarização de entendimentos na Corte Suprema ficou entre aqueles que entendiam que, com espeque no art. 5º, § 2º, da Constituição da República, as normas internacionais de direitos humanos se alçariam ao patamar constitucional, e aqueles que, na posição vencedora, defendiam que as normas de direitos humanos teriam patamar supralegal. Essa reflexão, somada à compreensão já exarada pela Corte Suprema e pela mais abalizada doutrina internacionalista de que as convenções da OIT constituem normas internacionais de direitos humanos, não deixa margem para que se possa confrontar convenções da OIT com normas infraconstitucionais, resolvendo o conflito por critérios temporal ou de especialidade: em se tratando de normas de posição hierárquica distinta, o critério apto à solução do conflito é o hierárquico, com prevalência das normas internacionais de direitos humanos, que revelam caráter supralegal:

Como se nota, para que o STF decidisse afastar a possibilidade de prisão do depositário infiel foi necessário modificar o entendimento sobre o nível hierárquico de tratados internacionais de direitos humanos no Brasil, a fim de que as disposições constitucionais e infraconstitucionais pudessem ser interpretadas “à luz” da CADH [Convenção Americana de Direitos Humanos]. No exame dos votos dos Ministros, podemos identificar duas teorias que fundamentam essa nova interpretação: para a maioria, os tratados internacionais de direitos humanos passam a ter status normativo supralegal, permanecendo em nível hierárquico inferior à Constituição, porém, superior às demais leis; para a minoria, deve ser reconhecida aos tratados internacionais de direitos humanos hierarquia constitucional, passando eles a compor, juntamente com o texto constitucional, o bloco de constitucionalidade.

[...]

Apesar disso, a tendência contemporânea do constitucionalismo mundial de prestigiar as normas internacionais destinadas à proteção dos direitos humanos, a evolução do sistema interamericano de proteção dos

PROCESSO N° TST-IRR-239-55.2011.5.02.0319

direitos humanos, os princípios do direito internacional sobre o cumprimento de obrigações internacionais não autorizavam mais a continuação da tese da legalidade, **servindo a supralegalidade como solução que permitiria compatibilizar essas mudanças sem os problemas que seriam decorrentes da tese da constitucionalidade. Assim, os tratados de direito humanos passam a paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com eles conflitante.** Embora a decisão do STF implique que os tratados de direitos humanos não podem ser utilizados diretamente como parâmetro de controle de constitucionalidade, a jurisprudência do tribunal posterior à adoção da tese da supralegalidade tem feito uso dos tratados de direitos humanos para interpretar disposições constitucionais e legais de maneira a torná-las compatíveis com os instrumentos internacionais. Assim, o tribunal tem interpretado o princípio da razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII) com base no art. 7.5 e 7.6 da CADH;²² reconhecido como meios do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV) as garantias previstas no art. 8.2 da CADH;²³ e delimitado os contornos da liberdade de expressão e da liberdade de exercício profissional de acordo com o art. 13.1 da CADH e a Opinião Consultiva nº 5 da Corte Interamericana. (GALINDO; MAUÉS, 2014, pp. 289-312 – g.n.)

A posição dos autores, a partir de investigação da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, revela que, **a despeito de não ter a Corte Suprema admitido caráter constitucional às normas internacionais de direitos humanos, vem admitindo, na construção discursiva dos seus julgados, que as referidas normas internacionais, por seu caráter supralegal, figurem como vetores qualificados de interpretação do próprio texto constitucional:**

Esse conjunto de elementos e o conhecimento da experiência de outros países nos leva a concluir que a diferença entre as teses da supralegalidade e da constitucionalidade no direito brasileiro deve ser relativizada. Tal como vimos, a supralegalidade exclui a possibilidade de que os tratados de direitos humanos possam ser utilizados como parâmetro de controle de constitucionalidade, o qual, para o STF, continua sendo formado exclusivamente pela Constituição de 1988. Portanto, o campo em que a

PROCESSO N° TST-IRR-239-55.2011.5.02.0319

diferença entre as teses da suprallegalidade e da constitucionalidade pode ser acentuado é eminentemente processual: seja no âmbito do controle pela via incidental, seja no âmbito do controle pela via direta, os tratados internacionais de direitos humanos não podem ser invocados como causa de pedir, a menos que tenham sido incorporados ao ordenamento jurídico como emenda constitucional, tal como previsto no artigo 5º, parágrafo 3º. Contudo, a jurisprudência do STF indica que os tratados de direitos humanos são utilizados não apenas como parâmetro para interpretar as normas infraconstitucionais, mas também as normas constitucionais. Os institutos da prisão civil do depositário infiel, da presunção de inocência, da razoável duração do processo, do contraditório e da ampla defesa, e das liberdades de imprensa e exercício profissional, nos casos acima relatados, foram interpretados de maneira a torná-los compatíveis com a CADH, ensejando o reconhecimento de novos direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro. Isso significa que o STF utiliza os tratados de direitos humanos como *parâmetros de interpretação constitucional*, uma vez que eles fornecem critérios hermenêuticos para definir o conteúdo das normas constitucionais. Ao julgar a validade de atos do poder público perante a Constituição, o STF analisa os direitos humanos reconhecidos nos tratados internacionais para definir de que maneira as disposições constitucionais devem ser interpretadas. A utilização dos tratados de direitos humanos como parâmetros de interpretação constitucional também oferece respostas aos possíveis problemas de compatibilização entre as disposições constitucionais e internacionais, pois permite que o STF harmonize esses conjuntos normativos com base naquela interpretação que ofereça a melhor proteção dos direitos humanos. Com isso, preserva-se, ademais, a integridade do sistema jurídico brasileiro, uma vez que o Estado deve atuar sempre de modo coerente com os princípios que justificam suas ações (DWORKIN, 1999). Assim, a ratificação de um tratado de direitos humanos pelo Brasil implica que novos princípios terão que ser levados em conta na interpretação constitucional, o que exigirá o reconhecimento de outros direitos e a extensão de direitos já reconhecidos, como previsto pela própria Constituição em seu artigo 5º, parágrafo 2º. Isso significa que, algumas vezes, o Judiciário terá que rever sua jurisprudência em busca de coerência com o conjunto de princípios que regem o direito brasileiro, afastando

PROCESSO N° TST-IRR-239-55.2011.5.02.0319

aqueles precedentes que se mostrem incompatíveis com uma interpretação mais atualizada dos direitos fundamentais (MAUÉS, Antonio Moreira. Supralegalidade dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos e Interpretação Constitucional “Sur – Revista Internacional de Direitos Humanos”. v. 18, 2013, pp. 215-235).

Alçadas definitivamente as normas internacionais de direitos humanos ao *status* supralegal e admitidas como vetores interpretativos da ordem constitucional vigente, não há espaço para que peculiaridades do ordenamento jurídico infraconstitucional, ademais anteriores à ratificação e incorporação das normas internacionais de direitos humanos à ordem jurídica interna, sejam levantadas como óbices ou restrições à garantia de efetividade plena e imediata dos dispositivos internacionais de direitos humanos.

Ressalte-se que o Estado brasileiro, ao relativizar a incidência horizontal desses direitos fundamentais nas relações de trabalho, posterga e transfere para si a responsabilidade por descumprimento de compromissos internacionais assumidos, à revelia do projeto constitucional de 1988, que é taxativo ao prever que o Brasil rege-se, em suas relações internacionais, pela prevalência dos direitos humanos (art. 4º, II, da Constituição da República), além de orientar-se, a partir do art. 1º, III, pela centralidade da proteção à dignidade da pessoa humana.

Nessa linha é a lição de Cançado Trindade:

Afastada, no presente domínio, a compartimentalização, teórica e estática da doutrina clássica, entre o direito internacional e o direito interno, em nossos dias, com a interação dinâmica entre um e outro neste âmbito de proteção, é o próprio Direito que se enriquece - e se justifica, - na medida em que cumpre a sua missão última de fazer justiça. No presente contexto, o direito internacional e o direito interno interagem e se auxiliam mutuamente no processo de expansão e fortalecimento do direito de proteção do ser humano. Nestes anos derradeiros a conduzir-nos ao final do século, é alentador constatar que o direito internacional e o direito interno caminham juntos e apontam na mesma direção, coincidindo no propósito básico e

PROCESSO N° TST-IRR-239-55.2011.5.02.0319

último de ambos da proteção do ser humano. (TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. “Direito Internacional e Direito Interno: sua interação na proteção dos Direitos Humanos”. Disponível em <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/introd.htm>>. Acesso em 23 ago. 2019).

Portanto, a inequívoca condição de normas supralegais ostentada pelos tratados internacionais de direitos humanos, que influenciam ademais a leitura e a interpretação constitucional, conduz os julgadores e intérpretes do ordenamento jurídico pátrio, a partir da guinada da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em 2008 (mesmo que para alguns, deveria ter acontecido desde a edição da Constituição em 1988, em face do teor do art. 5º, § 2º), a exercer, obrigatoriamente, duas verificações de validade das normas jurídicas: o controle de constitucionalidade e o controle de convencionalidade.

Considerada a possibilidade aberta pelo art. 5º, § 3º, da Constituição da República de que os tratados de direitos humanos aprovados no Brasil, por meio do quórum qualificado das emendas constitucionais, a elas se equiparassem - como de fato aconteceu com a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo (Convenção de Nova Iorque), por meio do Decreto nº 6.949 de 25/8/2009 -, no caso dos tratados internalizados por esse procedimento, o controle de convencionalidade e o controle de constitucionalidade se confundem.

Nessa linha, explicam Galindo e Maués que o controle de convencionalidade é realizado no Brasil de duas formas: por meio do controle de constitucionalidade, em que leis e outros atos normativos são verificados na sua conformidade a um tratado de direitos humanos devidamente constitucionalizados ao Direito brasileiro; e por meio do controle de supralegalidade, em que também leis e demais atos normativos são controlados em sua conformidade a quaisquer tratados de direitos humanos - que possuem, *ipso facto*, caráter supralegal. Ressaltam os autores que, embora não haja muitos exemplos de julgados em que tratados de direitos humanos serviram como parâmetro de controle (de constitucionalidade ou de supralegalidade), dispositivos da Convenção

PROCESSO N° TST-IRR-239-55.2011.5.02.0319

Americana de Direitos Humanos já foram mencionados em casos importantes sobre razoável duração do processo, garantias judiciais e liberdade de expressão e de exercício profissional. (GALINDO; MAUÉS, 2014, pp. 289-312).

Feitas essas prévias considerações que invocam os parâmetros de uma hermenêutica constitucional e que delimitam o lugar da ordem jurídica internacional à qual o Estado brasileiro se vincula, notadamente às normas da Organização Internacional do Trabalho, cumpre observar de que modo tal conjunto normativo complexo informa determinada proteção ao meio ambiente laboral.

Essas diretrizes teóricas e axiológicas permitem que se passe ao exame da compatibilidade da regra inserta no art. 193, § 2º, da CLT com a Constituição da República e as convenções internacionais em comento.

De acordo com Júlio Rocha, "o meio ambiente do trabalho compreende todos os elementos, interrelações e condições que influenciam o trabalhador em sua saúde física e mental, comportamento e valores reunidos no *locus* de trabalho" (ROCHA, Júlio de Sá. "Direito ambiental do trabalho: mudanças de paradigma na tutela jurídica à saúde do trabalhador". São Paulo: Atlas, 2013), ou seja, constitui-se pela "**soma** das influências que afetam diretamente o ser humano, desempenhando aspecto chave na prestação e performance do trabalho" (ROCHA, 2013 - g.n.), ressaltando que a orientação da Organização Mundial de Saúde (OMS) adota um paradigma conceitual que não limita a ideia de saúde à ausência de doença, mas à "plenitude do bem-estar físico, mental e social".

A compreensão de saúde estabelecida pela OMS e a proteção e afirmação da saúde como direito social fundamental estão resguardadas pela Declaração Universal dos Direitos Humanos (art. XXV, 1), no Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (art. 12, 1), tendo sido mencionadas, primeiramente, na Recomendação n° 112 da OIT (PENA, Tânia Mara Guimarães. Cumulação de adicionais na relação de emprego: respeito ao direito humano à saúde do trabalhador. "Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região". Belo Horizonte, v. 54, n. 84, jul./dez. 2011, pp. 79-106).

PROCESSO N° TST-IRR-239-55.2011.5.02.0319

Ingo Sarlet desenha o cenário das normas internacionais de proteção à saúde:

No direito internacional, coube à Declaração Universal da ONU, de 1948, o pioneirismo no que diz com a previsão expressa de um direito à saúde. Com efeito, nos seus artigos 22 e 25, a Declaração dispõe, aqui de forma resumida, que a segurança social e um padrão de vida capaz de assegurar a saúde e o bem-estar da pessoa humana são direitos humanos fundamentais. Posteriormente, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966, ratificado pelo Brasil, dispõe, no seu artigo 12, a respeito do direito de desfrutar do mais alto grau de saúde física e mental. Também na Convenção dos Direitos da Criança, já com a dimensão específica voltada para a questão da saúde da criança e do adolescente, bem como na Convenção Americana dos Direitos Humanos, de 1989, ambas igualmente ratificadas pelo Brasil e incorporadas ao nosso direito interno, encontramos nova referência ao direito à saúde. (SARLET, Ingo. Algumas Considerações em Torno do Conteúdo, Eficácia e Efetividade do Direito à Saúde na Constituição de 1988. “Panóptica”. Ano 1, n. 4, 2006)

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

A Saúde Ocupacional tem como finalidade incentivar e manter o mais elevado nível de bem-estar físico, mental e social dos trabalhadores em todas as profissões; prevenir todo o prejuízo causado à saúde destes pelas condições de seu trabalho; protegê-los em seu serviço contra os riscos resultantes da presença de agentes nocivos à sua saúde; colocar e manter o trabalhador em um emprego que convenha às suas aptidões fisiológicas e psicológicas e, em resumo, adaptar o trabalho ao homem e cada homem ao seu trabalho. (*apud* PENA, Tânia Mara Guimarães. Cumulação de adicionais na relação de emprego: respeito ao direito humano à saúde do trabalhador. “Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região”, Belo Horizonte, v. 54, n. 84, jul./dez. 2011, pp. 79-106)

PROCESSO N° TST-IRR-239-55.2011.5.02.0319

Posteriormente, a OIT pactuou as Convenções n°s 148 e 155 que versam, respectivamente, a proteção dos trabalhadores contra os riscos profissionais devidos à contaminação do ar, ao ruído e às vibrações no local de trabalho e sobre segurança e saúde dos trabalhadores e o meio ambiente de trabalho - ambas ratificadas pelo Estado brasileiro.

A OIT estabelece, por meio dessas normas, um paradigma preventivo emergente em relação ao meio ambiente laboral, que, em oposição ao tradicional, incorpora de forma plena a tutela preventiva e lida com o meio ambiente laboral em sua totalidade e complexidade. O paradigma tradicional é compreendido como aquele que privilegia medidas de segurança e de uso de equipamentos de proteção individuais. A doutrina estabeleceu, também, entre esses dois marcos, o chamado paradigma preventivo de transição, no qual começa a se pensar a proteção do meio ambiente a partir de uma perspectiva preventiva, mas ainda convivendo com estratégias reparatórias/monetizadoras. (ROCHA, Júlio de Sá. "Direito ambiental do trabalho: mudanças de paradigma na tutela jurídica à saúde do trabalhador". São Paulo: Atlas, 2013)

Para o enfrentamento de ambientes e condições de trabalho ofensivas à saúde do trabalhador, compreendida em sentido amplo, algumas estratégias se afirmaram historicamente e são a natureza e a prevalência hierárquica entre elas que podem determinar o paradigma de proteção ao meio ambiente do trabalho em que determinado Estado se encontra. Tania Pena explicita essas estratégias e a posição do Estado brasileiro, a partir da CLT, em relação a elas:

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

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

PROCESSO N° TST-IRR-239-55.2011.5.02.0319

(redução da jornada de trabalho⁹), continua mantida até a atualidade. (PENA, Tânia Mara Guimarães. Cumulação de adicionais na relação de emprego: respeito ao direito humano à saúde do trabalhador. “Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região”. Belo Horizonte, v. 54, n. 84, jul./dez. 2011, pp. 79-106).

Nessa perspectiva, somente a partir da integração entre os vetores consolidados na Constituição Federal de 1988 e também na incorporação efetiva pelo Estado brasileiro das normas da OIT que cuidam da temática, notadamente as Convenções n°s 148 e 155, é possível situar a ordem jurídica brasileira na **transição para um paradigma preventivo** em relação ao meio ambiente do trabalho, em oposição ao paradigma tradicional, que privilegia medidas de segurança e de uso de equipamentos de proteção individuais, bem como perspectivas reparatórias/monetizadoras dos danos ambientais - que prevalecem na CLT, inclusive quando é vedada a acumulação dos adicionais.

A Constituição Federal de 1988, além de estabelecer como direito social fundamental a saúde, no art. 6º, previu no art. 7º, XXII e XXIII, como direitos dos trabalhadores, a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança, e o pagamento de adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei.

Importante frisar que a Carta Magna estabelece que a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, e observando, dentre outros princípios, a defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado, conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação - art. 170, VI, Constituição da República.

O art. 196 da Carta Política, por sua vez, estabelece que “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”. Assim, ao desenhar o Sistema Único de Saúde - SUS, definindo suas atribuições, a Constituição Federal

PROCESSO N° TST-IRR-239-55.2011.5.02.0319

é assertiva ao estabelecer que a ele compete executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, **bem como as de saúde do trabalhador** e colaborar na proteção do meio ambiente, **nele compreendido o do trabalho (art. 200, II e VIII)**, deixando assente, pois, a ideia de que toda a semântica constitucional aplicável à proteção do meio ambiente se comunica com o meio ambiente laboral.

Assim, o disposto no art. 225 da Constituição da República se aplica integralmente ao meio ambiente do trabalho:

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

Para o cumprimento do mister supra transcrito, compete ao Poder Público, dentre outras funções, "controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente". (art. 225, § 1º, V, da Constituição Federal)

Nesse sentido, o art. 193 da CLT somente pode ser lido a partir da premissa contida no art. 7º da Carta Magna, que, inclusive topograficamente, faz preceder à ideia de reparação da exposição à insalubridade/periculosidade o conceito de prevenção, por meio do comando de redução dos riscos inerentes ao trabalho:

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** (g.n.)

Saliente-se que a remissão do tema à regulamentação legal não retira da ordem constitucional a precedência e superioridade

PROCESSO N° TST-IRR-239-55.2011.5.02.0319

hierárquica sobre mencionada regulamentação, que terá sua validade aferida a partir dos vetores constitucionais.

A lição incontestada de José Afonso da Silva, cuja construção teórica sucede e repagina as teorias adotadas por Ruy Barbosa, refuta qualquer classificação de normas constitucionais que a elas possa negar eficácia e imperatividade. Embora o autor reconheça a existência de níveis diferentes de eficácia jurídica entre as normas constitucionais, sentencia estarem superadas compreensões ou classificações que não contemplem as normas programáticas, que constituem reveladoras do novo caráter das Constituições contemporâneas. (SILVA, José Afonso da. "Curso de Direito Constitucional Positivo". São Paulo: Malheiros, 1999)

A par da classificação de José Afonso da Silva, as normas constitucionais podem ter eficácia plena, contida ou limitada/reduzida, como seria o caso da prescrição do art. 7º, XXIII, da Carta Política, ao remeter à legislação infraconstitucional a disciplina dos adicionais cujo pagamento determinou.

Importante trazer à colação o que enuncia Dirley da Cunha Jr. sobre o mínimo de eficácia disponível em uma norma constitucional de eficácia limitada segundo José Afonso da Silva:

São normas que, ao revés dependem da intervenção legislativa para incidirem, porque o constituinte, por qualquer motivo, não lhes emprestou normatividade suficiente para isso. Isto é, embora estejam irradiando **efeitos jurídicos inibidores ou impeditivos** de disposições em contrário, têm a aplicabilidade mediata porque as normas assim categorizadas reclamam uma lei futura que regulamente seus limites (CUNHA JR, Dirley da. "Curso de Direito Constitucional". Salvador: Jus Podivm, 2010)

Ou seja, o mínimo efeito que uma norma de eficácia contida produz é o de inibir ou de impedir que sua própria regulamentação contrarie ou se colida com suas diretrizes. Nesse sentido, pode ser considerada inconstitucional ou não recepcionada norma jurídica que, a pretexto de regulamentar o art. 7º, XXIII, da Constituição Federal, o faça de modo contrário ao vetor de proteção estabelecido nesse mesmo

PROCESSO N° TST-IRR-239-55.2011.5.02.0319

dispositivo. Essa compreensão não deflui da percepção do intérprete, mas do núcleo mínimo de eficácia do próprio dispositivo constitucional, que não pode ser privado da sua produção elementar de efeitos: condicionar a legislação futura, implicando a inconstitucionalidade das leis ou atos que as ofendam.

Ademais, o papel constante do julgador na interpretação criativa do Direito se faz a partir do compromisso inevitavelmente estabelecido com a própria Constituição Federal, que deve ser tomada como baliza principal. No caso da Constituição brasileira, tal compromisso interpretativo se atrela, por força do disposto no art. 5º, § 2º, da Carta Constitucional, aos valores e vetores estabelecidos nas normas internacionais de direitos humanos das quais o Brasil é signatário.

O Poder Judiciário de um Estado de cariz promocional, como é o paradigma estatal delineado na Constituição Federal de 1988, o qual assume relevantes responsabilidades na órbita da realização dos direitos sociais, necessariamente assume maior e mais intensa participação na construção da sociedade do bem-estar, visto que a efetivação de direitos sociais demanda modificações nas funções clássicas dos juízes, que se tornam corresponsáveis pela realização das políticas públicas de outros poderes, nos limites da Constituição da República. Como pontua Cunha Jr., o crescimento do Poder Judiciário deve ser atribuído precisamente ao crescimento dos outros Poderes quando da conformação do Estado Social, visto que a ampliação de responsabilidades democráticas dos Poderes Executivo e Legislativo para com os compromissos constitucionais e internacionais assumidos reverbera maior demanda de controle do Poder Judiciário em relação aos demais Poderes, a fim de alcançar um equilíbrio constitucional. (CUNHA JR, 2010, pp. 204-205)

O crescimento do catálogo de direitos fundamentais (neles necessariamente incluídos os direitos sociais) é que dá azo à construção, cada vez mais ampliada, de uma jurisdição constitucional, da qual nenhum magistrado pode se furtar.

É importante ainda salientar que, sendo os direitos fundamentais restringíveis, o responsável por tal parâmetro de limitação não é o Poder Judiciário nem mesmo o Poder Legislativo, mas a própria Constituição. Esse é o chamado "bloco de constitucionalidade", integrado

PROCESSO Nº TST-IRR-239-55.2011.5.02.0319

pelas normas internacionais de direitos humanos, que são o termo e a referência para eventuais restrições ou ponderações de direitos fundamentais.

Nesse sentido, a Corte Constitucional já decidiu, tomando a normatização internacional como vetor interpretativo para a amplitude de direitos fundamentais, em diversas situações, inclusive anteriormente à assunção do paradigma de supralegalidade.

É o que demonstra o julgado abaixo transcrito, da lavra do Ministro Celso de Mello, em que a legislação processual penal brasileira é interpretada a partir do alargamento da garantia da razoável duração do processo, tomando como referência a Convenção Americana de Direito Humanos:

PROCESSO PENAL - PRISÃO CAUTELAR - EXCESSO DE PRAZO - INADMISSIBILIDADE - OFENSA AO POSTULADO CONSTITUCIONAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA (CF, ART. 1º, III) - TRANSGRESSÃO À GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL (CF, ART. 5º, LIV) - "HABEAS CORPUS" CONHECIDO EM PARTE E, NESSA PARTE, DEFERIDO. O EXCESSO DE PRAZO, MESMO TRATANDO-SE DE DELITO HEDIONDO (OU A ESTE EQUIPARADO), NÃO PODE SER TOLERADO, IMPONDO-SE, AO PODER JUDICIÁRIO, EM OBSÉQUIO AOS PRINCÍPIOS CONSAGRADOS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA, O IMEDIATO RELAXAMENTO DA PRISÃO CAUTELAR DO INDICIADO OU DO RÉU. - Nada pode justificar a permanência de uma pessoa na prisão, sem culpa formada, quando configurado excesso irrazoável no tempo de sua segregação cautelar (RTJ 137/287 - RTJ 157/633 - RTJ 180/262-264 - RTJ 187/933-934), considerada a excepcionalidade de que se reveste, em nosso sistema jurídico, a prisão meramente processual do indiciado ou do réu, mesmo que se trate de crime hediondo ou de delito a este equiparado. - O excesso de prazo, quando exclusivamente imputável ao aparelho judiciário - não derivando, portanto, de qualquer fato procrastinatório causalmente atribuível ao réu - traduz situação anômala que compromete a efetividade do processo, pois, além de tornar evidente o desprezo estatal pela liberdade do cidadão, frustra um direito básico que assiste a qualquer pessoa: o direito à

PROCESSO N° TST-IRR-239-55.2011.5.02.0319

resolução do litígio, sem dilações indevidas (CF, art. 5º, LXXVIII) e com todas as garantias reconhecidas pelo ordenamento constitucional, inclusive a de não sofrer o arbítrio da coerção estatal representado pela privação cautelar da liberdade por tempo irrazoável ou superior àquele estabelecido em lei. - A duração prolongada, abusiva e irrazoável da prisão cautelar de alguém ofende, de modo frontal, o postulado da dignidade da pessoa humana, que representa - considerada a centralidade desse princípio essencial (CF, art. 1º, III) - significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País e que traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo. Constituição Federal (Art. 5º, incisos LIV e LXXVIII). EC 45/2004. Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Art. 7º, ns. 5 e 6). Doutrina. Jurisprudência. - O indiciado ou o réu, quando configurado excesso irrazoável na duração de sua prisão cautelar, não podem permanecer expostos a tal situação de evidente abusividade, ainda que se cuide de pessoas acusadas da suposta prática de crime hediondo (Súmula 697/STF), sob pena de o instrumento processual da tutela cautelar penal transmutar-se, mediante subversão dos fins que o legitimam, em inaceitável (e inconstitucional) meio de antecipação executória da própria sanção penal. Precedentes. (STF, Pleno. HC **85.237/DF** - Rel. Min. Celso de Mello. DJ de 29/4/2005)

Igualmente, a diretriz interpretativa da Constituição Federal orientada pelas normas internacionais pode ser observada no precedente formado no julgamento do RE 511.961, em que a exegese do STF sobre liberdade de exercício profissional, manifestação do pensamento e informação tem sua dimensão restringida pela jurisprudência da Comissão Interamericana de Direitos Humanos:

JORNALISMO. EXIGÊNCIA DE DIPLOMA DE CURSO SUPERIOR, REGISTRADO PELO MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO, PARA O EXERCÍCIO DA PROFISSÃO DE JORNALISTA. LIBERDADES DE PROFISSÃO, DE EXPRESSÃO E DE INFORMAÇÃO. CONSTITUIÇÃO DE 1988 (ART. 5º, IX E XIII, E ART.

PROCESSO N° TST-IRR-239-55.2011.5.02.0319

220, CAPUT E § 1º). NÃO RECEPÇÃO DO ART. 4º, INCISO V, DO DECRETO-LEI N° 972, DE 1969. 1. RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS. ART. 102, III, "A", DA CONSTITUIÇÃO. REQUISITOS PROCESSUAIS INTRÍNSECOS E EXTRÍNSECOS DE ADMISSIBILIDADE. Os recursos extraordinários foram tempestivamente interpostos e a matéria constitucional que deles é objeto foi amplamente debatida nas instâncias inferiores. Recebidos nesta Corte antes do marco temporal de 3 de maio de 2007 (AI-QO n° 664.567/RS, Rel. Min. Sepúlveda Pertence), os recursos extraordinários não se submetem ao regime da repercussão geral. 2. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA PROPOSITURA DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA. O Supremo Tribunal Federal possui sólida jurisprudência sobre o cabimento da ação civil pública para proteção de interesses difusos e coletivos e a respectiva legitimação do Ministério Público para utilizá-la, nos termos dos arts. 127, caput, e 129, III, da Constituição Federal. No caso, a ação civil pública foi proposta pelo Ministério Público com o objetivo de proteger não apenas os interesses individuais homogêneos dos profissionais do jornalismo que atuam sem diploma, mas também os direitos fundamentais de toda a sociedade (interesses difusos) à plena liberdade de expressão e de informação. 3. CABIMENTO DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA. A não-recepção do Decreto-Lei n° 972/1969 pela Constituição de 1988 constitui a causa de pedir da ação civil pública e não o seu pedido principal, o que está plenamente de acordo com a jurisprudência desta Corte. A controvérsia constitucional, portanto, constitui apenas questão prejudicial indispensável à solução do litígio, e não seu pedido único e principal. Admissibilidade da utilização da ação civil pública como instrumento de fiscalização incidental de constitucionalidade. Precedentes do STF. 4. ÂMBITO DE PROTEÇÃO DA LIBERDADE DE EXERCÍCIO PROFISSIONAL (ART. 5º, INCISO XIII, DA CONSTITUIÇÃO). IDENTIFICAÇÃO DAS RESTRIÇÕES E CONFORMAÇÕES LEGAIS CONSTITUCIONALMENTE PERMITIDAS. RESERVA LEGAL QUALIFICADA. PROPORCIONALIDADE. A Constituição de 1988, ao assegurar a liberdade profissional (art. 5º, XIII), segue um modelo de reserva legal qualificada presente nas Constituições anteriores, as quais prescreviam à lei a definição das "condições de capacidade" como condicionantes para o

PROCESSO N° TST-IRR-239-55.2011.5.02.0319

exercício profissional. No âmbito do modelo de reserva legal qualificada presente na formulação do art. 5º, XIII, da Constituição de 1988, paira uma imanente questão constitucional quanto à razoabilidade e proporcionalidade das leis restritivas, especificamente, das leis que disciplinam as qualificações profissionais como condicionantes do livre exercício das profissões. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: Representação n.º 930, Redator p/ o acórdão Ministro Rodrigues Alckmin, DJ, 2-9-1977. A reserva legal estabelecida pelo art. 5º, XIII, não confere ao legislador o poder de restringir o exercício da liberdade profissional a ponto de atingir o seu próprio núcleo essencial.

5. JORNALISMO E LIBERDADES DE EXPRESSÃO E DE INFORMAÇÃO. INTEPRETAÇÃO DO ART. 5º, INCISO XIII, EM CONJUNTO COM OS PRECEITOS DO ART. 5º, INCISOS IV, IX, XIV, E DO ART. 220 DA CONSTITUIÇÃO. O jornalismo é uma profissão diferenciada por sua estreita vinculação ao pleno exercício das liberdades de expressão e de informação. O jornalismo é a própria manifestação e difusão do pensamento e da informação de forma contínua, profissional e remunerada. Os jornalistas são aquelas pessoas que se dedicam profissionalmente ao exercício pleno da liberdade de expressão. O jornalismo e a liberdade de expressão, portanto, são atividades que estão imbricadas por sua própria natureza e não podem ser pensadas e tratadas de forma separada. Isso implica, logicamente, que a interpretação do art. 5º, inciso XIII, da Constituição, na hipótese da profissão de jornalista, se faça, impreterivelmente, em conjunto com os preceitos do art. 5º, incisos IV, IX, XIV, e do art. 220 da Constituição, que asseguram as liberdades de expressão, de informação e de comunicação em geral.

6. DIPLOMA DE CURSO SUPERIOR COMO EXIGÊNCIA PARA O EXERCÍCIO DA PROFISSÃO DE JORNALISTA. RESTRIÇÃO INCONSTITUCIONAL ÀS LIBERDADES DE EXPRESSÃO E DE INFORMAÇÃO. As liberdades de expressão e de informação e, especificamente, a liberdade de imprensa, somente podem ser restringidas pela lei em hipóteses excepcionais, sempre em razão da proteção de outros valores e interesses constitucionais igualmente relevantes, como os direitos à honra, à imagem, à privacidade e à personalidade em geral. Precedente do STF: ADPF n° 130, Rel. Min. Carlos Britto. A ordem constitucional apenas admite a definição legal das qualificações profissionais na hipótese em que sejam elas estabelecidas para

PROCESSO N° TST-IRR-239-55.2011.5.02.0319

proteger, efetivar e reforçar o exercício profissional das liberdades de expressão e de informação por parte dos jornalistas. Fora desse quadro, há patente inconstitucionalidade da lei. A exigência de diploma de curso superior para a prática do jornalismo - o qual, em sua essência, é o desenvolvimento profissional das liberdades de expressão e de informação - não está autorizada pela ordem constitucional, pois constitui uma restrição, um impedimento, uma verdadeira supressão do pleno, incondicionado e efetivo exercício da liberdade jornalística, expressamente proibido pelo art. 220, § 1º, da Constituição. **7. PROFISSÃO DE JORNALISTA. ACESSO E EXERCÍCIO. CONTROLE ESTATAL VEDADO PELA ORDEM CONSTITUCIONAL. PROIBIÇÃO CONSTITUCIONAL QUANTO À CRIAÇÃO DE ORDENS OU CONSELHOS DE FISCALIZAÇÃO PROFISSIONAL.** No campo da profissão de jornalista, não há espaço para a regulação estatal quanto às qualificações profissionais. O art. 5º, incisos IV, IX, XIV, e o art. 220, não autorizam o controle, por parte do Estado, quanto ao acesso e exercício da profissão de jornalista. Qualquer tipo de controle desse tipo, que interfira na liberdade profissional no momento do próprio acesso à atividade jornalística, configura, ao fim e ao cabo, controle prévio que, em verdade, caracteriza censura prévia das liberdades de expressão e de informação, expressamente vedada pelo art. 5º, inciso IX, da Constituição. A impossibilidade do estabelecimento de controles estatais sobre a profissão jornalística leva à conclusão de que não pode o Estado criar uma ordem ou um conselho profissional (autarquia) para a fiscalização desse tipo de profissão. O exercício do poder de polícia do Estado é vedado nesse campo em que imperam as liberdades de expressão e de informação. Jurisprudência do STF: Representação n.º 930, Redator p/ o acórdão Ministro Rodrigues Alckmin, DJ, 2-9-1977. **8. JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. POSIÇÃO DA ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS - OEA.** A Corte Interamericana de Direitos Humanos proferiu decisão no dia 13 de novembro de 1985, declarando que a obrigatoriedade do diploma universitário e da inscrição em ordem profissional para o exercício da profissão de jornalista viola o art. 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos, que protege a liberdade de expressão em sentido amplo (caso "La colegiación obligatoria de periodistas" - Opinião

PROCESSO N° TST-IRR-239-55.2011.5.02.0319

Consultiva OC-5/85, de 13 de novembro de 1985). Também a Organização dos Estados Americanos - OEA, por meio da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, entende que a exigência de diploma universitário em jornalismo, como condição obrigatória para o exercício dessa profissão, viola o direito à liberdade de expressão (Informe Anual da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, de 25 de fevereiro de 2009). RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS CONHECIDOS E PROVIDOS. (STF, Tribunal Pleno. RE 511.961/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes. DJ de 13/11/2009 – g.n.)

Integra também essa sequência de julgamentos lastreados na normatividade internacional a decisão de relatoria do Ministro Joaquim Barbosa, que declara a não recepção do art. 594 do Código de Processo Penal (o qual exigia o recolhimento do réu à prisão para o conhecimento do recurso de apelação) pela Constituição Federal de 1988, a partir de exegese construída com forte amparo na Convenção Americana de Direitos Humanos - CIDH. Abaixo transcrevem-se a ementa do julgado e o trecho da fundamentação que revela o estabelecimento da diretriz interpretativa a partir da CIDH:

Ementa

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ART. 594 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. CONHECIMENTO DA APELAÇÃO E RECOLHIMENTO DO RÉU CONDENADO À PRISÃO. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA IGUALDADE E DA AMPLA DEFESA. RECURSO PROVIDO. 1. O recolhimento do condenado à prisão não pode ser exigido como requisito para o conhecimento do recurso de apelação, sob pena de violação aos direitos de ampla defesa e à igualdade entre as partes no processo. 2. Não recepção do art. 594 do Código de Processo Penal da Constituição de 1988. 3. Recurso ordinário conhecido e provido. (STF, Tribunal Pleno. RHC 83.810/RJ, Rel. Min. Joaquim Barbosa. DJ de 23/10/2009).

Fundamentação do relator:

PROCESSO N° TST-IRR-239-55.2011.5.02.0319

(...) Com efeito, negar transito à apelação do condenado em primeira instância, pelo simples fato de ter ele permanecido revel durante a instrução penal, constitui violação ao princípio constitucional da ampla defesa e regra do duplo grau de jurisdição, previstos também em pactos internacionais de que o Brasil é signatário e que são posteriores ao nosso Código de Processo Penal. Com efeito, o direito ao duplo grau de jurisdição, previsto no Decreto 678/1992, que incorporou o Pacto de São José da Costa Rica, tem, no mínimo, status de lei ordinária, de forma que deve prevalecer a regra da apelação em liberdade, em detrimento da leitura tradicional do art. 594 do Código de Processo Penal. (...) (STF, Tribunal Pleno. RHC 83.810/RJ, Rel. Min. Joaquim Barbosa. DJ de 23/10/2009).

Seja porque é tomada por referência direta para a realização do controle de convencionalidade, como aconteceu no *leading case* relativo à prisão civil do depositário infiel, seja porque são consideradas diretrizes interpretativas a partir das quais o próprio texto constitucional deve ser lido, é a normatividade internacional de direitos humanos orientadora da jurisdição constitucional brasileira.

Insta também observar que a exegese constitucional solidamente desenvolvida para o exame de garantias individuais não pode ser descartada quando, em situações análogas, a norma constitucional e a normatividade internacional devam incidir sobre os direitos sociais, dadas a indivisibilidade e a identidade de força normativa desses conjuntos de direitos, cujo zelo constitui função precípua e indistinta do Poder Judiciário.

Nesse sentido, menciona-se o recente precedente proferido pelo STF a respeito do uso do amianto no país, em que, embora não tenha formado quórum suficiente para declaração de inconstitucionalidade do dispositivo legal, a Corte Constitucional **formou maioria** no sentido de refutar a validade de normatização infraconstitucional oposta aos preceitos internacionais fundamentais em matéria de meio ambiente do trabalho. Transcreve-se:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 2º, CAPUT E PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI N° 9.055/1995. EXTRAÇÃO,

PROCESSO N° TST-IRR-239-55.2011.5.02.0319

INDUSTRIALIZAÇÃO, UTILIZAÇÃO, COMERCIALIZAÇÃO E TRANSPORTE DO ASBESTO/AMIANTO E DOS PRODUTOS QUE O CONTENHAM. AMIANTO CRISOTILA. LESIVIDADE À SAÚDE HUMANA. ALEGADA INEXISTÊNCIA DE NÍVEIS SEGUROS DE EXPOSIÇÃO. LEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM. ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS PROCURADORES DO TRABALHO – ANPT. ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MAGISTRADOS DA JUSTIÇA DO TRABALHO – ANAMATRA. ART. 103, IX, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. REPRESENTATIVIDADE NACIONAL. PERTINÊNCIA TEMÁTICA. MÉRITO. AMIANTO. VARIEDADE CRISOTILA (ASBESTO BRANCO). FIBRA MINERAL. CONSENSO MÉDICO ATUAL NO SENTIDO DE QUE A EXPOSIÇÃO AO AMIANTO TEM, COMO EFEITO DIRETO, A CONTRAÇÃO DE DIVERSAS E GRAVES MORBIDADES. RELAÇÃO DE CAUSALIDADE. RECONHECIMENTO OFICIAL. PORTARIA N° 1.339/1999 DO MINISTÉRIO DA SAÚDE. POSIÇÃO DA ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE – OMS. RISCO CARCINOGENICO DO ASBESTO CRISOTILA. INEXISTÊNCIA DE NÍVEIS SEGUROS DE EXPOSIÇÃO. LIMITES DA COGNIÇÃO JURISDICIONAL. QUESTÃO JURÍDICO-NORMATIVA E QUESTÕES DE FATO. ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA. ART. 2º DA LEI N° 9.055/1995. FONTE POSITIVA DA AUTORIZAÇÃO PARA EXPLORAÇÃO ECONÔMICA DO ASBESTO CRISOTILA. LEI N° 9.976/2000. LEGISLAÇÃO FEDERAL ESPECÍFICA E POSTERIOR. INDÚSTRIA DE CLORO. USO RESIDUAL. TRANSIÇÃO TECNOLÓGICA. SITUAÇÃO ESPECÍFICA NÃO ALCANÇADA PELA PRESENTE IMPUGNAÇÃO. TOLERÂNCIA AO USO DO AMIANTO CRISOTILA NO ART. 2º DA LEI N° 9.055/1995. EQUACIONAMENTO. LIVRE INICIATIVA. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. VALOR SOCIAL DO TRABALHO. DIREITO À SAÚDE. DIREITO AO MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO. DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO, PROGRESSO SOCIAL E BEM-ESTAR COLETIVO. LIMITES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. COMPATIBILIZAÇÃO. ARTS. 1º, IV, 170, CAPUT, 196 E 225, CAPUT E § 1º, V, DA CF. AUDIÊNCIA PÚBLICA (ADI 3.937/SP) E AMICI CURIAE. CONTRIBUIÇÕES AO DEBATE.

PROCESSO Nº TST-IRR-239-55.2011.5.02.0319

JURISPRUDÊNCIA DO ÓRGÃO DE APELAÇÃO DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO COMÉRCIO – OMC. PROIBIÇÃO À IMPORTAÇÃO DE ASBESTO. MEDIDA JUSTIFICADA. ART. XX DO ACORDO GERAL SOBRE TARIFAS E COMÉRCIO – GATT. **PROTEÇÃO DA VIDA E DA SAÚDE HUMANA. CONVENÇÕES NºS 139 E 162 DA OIT. CONVENÇÃO DE BASILEIA SOBRE O CONTROLE DE MOVIMENTOS TRANSFRONTEIRIÇOS DE RESÍDUOS PERIGOSOS E SEU DEPÓSITO. REGIMES PROTETIVOS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS. SUPRALEGALIDADE. COMPROMISSOS INTERNACIONAIS. INOBSERVÂNCIA. ART. 2º DA LEI Nº 9.055/1995. PROTEÇÃO INSUFICIENTE. ARTS. 6º, 7º, XXII, 196 E 225 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. QUÓRUM CONSTITUÍDO POR NOVE MINISTROS, CONSIDERADOS OS IMPEDIMENTOS. CINCO VOTOS PELA PROCEDÊNCIA E QUATRO VOTOS PELA IMPROCEDÊNCIA. ART. 97 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. ART. 23 DA LEI Nº 9.868/1999. NÃO ATINGIDO O QUÓRUM PARA PRONÚNCIA DA INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 2º DA LEI Nº 9.055/1995. 1. Evidenciada a representatividade nacional das entidades de classe autoras, nos moldes do art. 103, IX, da Constituição da República e do art. 2º, IX, da Lei nº 9.868/1999. Atendido o requisito da pertinência temática, presente a correlação entre a norma impugnada e as finalidades institucionais das associações autoras. Discussão envolvendo matéria ínsita ao campo de atuação institucional tanto da magistratura do trabalho quanto dos membros do Ministério Público do Trabalho, a saber, a alegada existência de consenso médico-científico no tocante ao efeito prejudicial da exploração do amianto crisotila para a saúde dos trabalhadores da indústria e da mineração, questão de saúde, higiene e segurança do trabalho. Precedente: ADI 5458 (Relator Ministro Luiz Fux, Tribunal Pleno, DJe 02.8.2017). Preliminar de ilegitimidade ativa ad causam rejeitada. 2. O consenso médico atual identifica, para além de qualquer dúvida razoável, a contração de diversas doenças graves como efeito direto da exposição ao amianto. A Portaria nº 1.339/1999 do Ministério da Saúde imprime reconhecimento oficial à relação de causalidade entre a exposição ao asbesto ou amianto, inclusive da variedade crisotila, e as seguintes doenças: neoplasia maligna do estômago, neoplasia maligna da laringe,**

PROCESSO N° TST-IRR-239-55.2011.5.02.0319

neoplasia maligna dos brônquios e do pulmão, mesotelioma da pleura, mesotelioma do peritônio, mesotelioma do pericárdio, placas epicárdicas ou pericárdicas, asbestose, derrame pleural e placas pleurais. 3. Posição oficial da Organização Mundial da Saúde – OMS no sentido de que: (a) todos os tipos de amianto causam câncer no ser humano, não tendo sido identificado limite algum para o risco carcinogênico do crisotila; (b) o aumento do risco de desenvolvimento de câncer tem sido observado mesmo em populações submetidas a níveis muito baixos de exposição; (c) o meio mais eficiente de eliminar as doenças relacionadas ao mineral é eliminar o uso de todos os tipos de asbesto. 4. Risco significativo de exposição presente não apenas na cadeia produtiva do amianto, mas também para familiares que vivem com trabalhadores desse setor, para a população nas proximidades de minas e indústrias de amianto, para a população consumidora de produtos finais contendo amianto na composição e para pessoas expostas a rejeitos ou descartes de materiais contendo amianto. Quadro justificador da adoção de instrumentos normativos, nos planos doméstico e internacional, voltados ao controle e eliminação progressiva do uso do amianto. 5. Limites da cognição jurisdicional. Residem fora da alçada do Supremo Tribunal Federal os juízos de natureza técnico-científica sobre questões de fato, acessíveis pela investigação técnica e científica, como a nocividade ou o nível de nocividade da exposição ao amianto crisotila e a viabilidade da sua exploração econômica segura. A tarefa da Corte – de caráter normativo – há de se fazer inescapavelmente embasada nas conclusões da comunidade científica – de natureza descritiva. Questão jurídica a decidir: se, em face do que afirma o consenso médico e científico atual, a exploração do amianto crisotila, na forma como autorizada pela Lei nº 9.055/1995, é compatível com a escolha política, efetuada pelo Poder Constituinte, de assegurar, a todos os brasileiros, os direitos à saúde e à fruição de um meio ambiente ecologicamente equilibrado. Precedente: ADPF 101 (Relatora Ministra Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, DJe 24.6.2009). 6. Análise da jurisprudência: ADI 2.396/MS, Relatora Ministra Ellen Gracie, Tribunal Pleno, DJ 01.8.2003; ADI 2.656/SP, Relator Ministro Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, DJ 01.8.2003; ADI 3.937-MC/SP, Relator Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno, DJ 10.10.2008. Art. 2º da Lei nº 9.055/1995 como fonte positiva da autorização para a extração, a industrialização, a comercialização

PROCESSO N° TST-IRR-239-55.2011.5.02.0319

e a utilização do asbesto/amianto da variedade crisotila (asbesto branco). 7. O uso residual e transitório do amianto crisotila na indústria química para a obtenção de cloro pelo processo de eletrólise com diafragma de amianto é disciplinado em legislação específica e posterior à Lei nº 9.055/1995 (Lei nº 9.976/2000), não objeto da presente impugnação. 8. Legitimidade constitucional da tolerância ao uso do amianto crisotila, como estampada no preceito impugnado, equacionada à luz da livre iniciativa, da dignidade da pessoa humana, do valor social do trabalho, do direito à saúde e do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Desenvolvimento econômico, progresso social e bem-estar coletivo. **A Constituição autoriza a imposição de limites aos direitos fundamentais quando necessários à conformação com outros direitos fundamentais igualmente protegidos. O direito fundamental à liberdade de iniciativa (arts. 1º, IV, e 170, caput, da CF) há de ser compatibilizado com a proteção da saúde e a preservação do meio ambiente.** Precedente: AC 1.657, Tribunal Pleno, Relator Ministro Cezar Peluso, DJe 30.8.2007. Dever estatal de agir positivamente quanto à regulação da utilização, na indústria, de matérias-primas comprovadamente nocivas à saúde humana. A cláusula constitucional da proteção à saúde constrange e ampara o legislador – Federal, Estadual, Distrital e Municipal – ao excluir previamente certos arranjos normativos, com ela incompatíveis, do leque de escolhas políticas possíveis, ao mesmo tempo em que cria uma esfera de legitimação para intervenções político-normativas que, democraticamente legitimadas, traduzem inferências autorizadas pelo preceito constitucional. 9. O art. 225, § 1º, V, da CF (a) legitima medidas de controle da produção, da comercialização e do emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportam risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente, sempre que necessárias, adequadas e suficientes para assegurar a efetividade do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado; (b) deslegitima, por insuficientes, medidas incapazes de aliviar satisfatoriamente o risco gerado para a vida, para a qualidade de vida e para o meio ambiente; e (c) ampara eventual vedação, banimento ou proibição dirigida a técnicas, métodos e substâncias, quando nenhuma outra medida de controle se mostrar efetiva. 10. Contribuições ao debate trazidas em audiência pública (ADI 3.937/SP) e por amici curiae. Estado da arte da pesquisa médico-científica. Dados e subsídios técnicos a referendar, no seu

PROCESSO N° TST-IRR-239-55.2011.5.02.0319

conjunto, a conclusão de que, no estágio atual, o conhecimento científico acumulado permite afirmar, para além da dúvida razoável, a nocividade do amianto crisotila à saúde humana e ao meio ambiente. Consenso técnico e científico hoje estabelecido, no tocante às premissas fáticas de que (i) todos os tipos de amianto provocam câncer, não tendo sido identificado nenhum limite para o risco carcinogênico do crisotila, e (ii) a sua substituição, para os usos regulados pela Lei nº 9.055/1995, se mostra absolutamente viável sob o aspecto econômico. 11. **Convenção nº 139 da OIT, sobre a Prevenção e o Controle de Riscos Profissionais causados pelas Substâncias ou Agentes Cancerígenos. Convenção nº 162 da OIT, sobre o uso do asbesto. Resolução da OIT sobre o Asbesto (2006). Convenção de Basileia sobre o Controle de Movimentos Transfronteiriços de Resíduos Perigosos e seu Depósito. Status de supralegalidade dos regimes protetivos de direitos fundamentais. Inobservância das obrigações, assumidas no plano internacional, de (i) promover a redução dos níveis de exposição de forma consistente e progressiva, (ii) substituir, sempre que possível, o uso do amianto crisotila por materiais menos perigosos e (iii) reduzir a geração de resíduos perigosos ao mínimo possível.** 12. A jurisprudência do Órgão de Apelação da Organização Internacional do Comércio – OMC é no sentido de que a proibição à importação de asbesto e de produtos que o contenham, em legislação doméstica, é consistente com acordos celebrados no âmbito da OMC, não configura discriminação arbitrária nem injustificada, tampouco restrição disfarçada ao comércio internacional, e tem amparo no Artigo XX do Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio - GATT, que autoriza medidas restritivas ao comércio que sejam necessárias para proteger a vida ou a saúde humana, no Acordo sobre a Aplicação de Medidas Sanitárias e Fitossanitárias e no Acordo Sobre Barreiras Técnicas ao Comércio. 13. **À luz do conhecimento científico acumulado sobre a extensão dos efeitos nocivos do amianto para a saúde e o meio ambiente e à evidência da ineficácia das medidas de controle nela contempladas, a tolerância ao uso do amianto crisotila, tal como positivada no art. 2º da Lei nº 9.055/1995, não protege adequada e suficientemente os direitos fundamentais à saúde e ao meio ambiente equilibrado (arts. 6º, 7º, XXII, 196, e 225 da CF), tampouco se alinha aos compromissos internacionais de caráter supralegal assumidos pelo Brasil e que moldaram o conteúdo**

PROCESSO N° TST-IRR-239-55.2011.5.02.0319

desses direitos, especialmente as Convenções n°s 139 e 162 da OIT e a Convenção de Basileia. Juízo de procedência da ação no voto da Relatora. 14. Quórum de julgamento constituído por nove Ministros, considerados os impedimentos. **Cinco votos pela procedência da ação direta, a fim de declarar a inconstitucionalidade, por proteção deficiente, da tolerância ao uso do amianto crisotila, da forma como encartada no art. 2° da Lei n° 9.055/1995, em face dos arts. 7°, XXII, 196 e 225 da Constituição da República. Quatro votos pela improcedência. Não atingido o quórum de seis votos (art. 23 da Lei n° 9.868/1999), maioria absoluta (art. 97 da Constituição da República), para proclamação da constitucionalidade ou inconstitucionalidade do dispositivo impugnado, a destituir de eficácia vinculante o julgado.** 15. Ação direta de inconstitucionalidade conhecida e, no mérito, não atingido o quórum exigido pelo art. 97 da Constituição da República para a pronúncia da inconstitucionalidade do art. 2° da Lei n° 9.055/1995. (STF, Tribunal Pleno. ADI 3470 / RJ, Rel. Min. Rosa Weber. DJ de 1°/2/2019 – g.n.)

No caso supratranscrito, a orientação majoritária da Corte Constitucional é firme e solidifica-se a partir da exegese das disposições internacionais e constitucionais em matéria de meio ambiente do trabalho, ressaltando que a eficácia vinculante do julgado não foi atingida apenas ante a insuficiência do quórum exigido, embora a maioria estivesse formada.

Ainda que não se tenha consenso sobre a não recepção de algum dispositivo legal anterior à Constituição Federal de 1988, é importante considerar que a própria interpretação do dispositivo está guiada pela ordem constitucional instaurada e pelo bloco de constitucionalidade que a acompanha, considerando também o papel das interpretações conforme à Constituição da República. Nessa esteira, coteja-se o que analisa Nogueira a respeito do fenômeno da recepção das normas infraconstitucionais por uma nova ordem constitucional:

A recepção, garantidora da continuidade da ordem jurídica, não trata de mera inserção das normas anteriores, mas sim verdadeiro fator de "produção do direito (KELSEN, 1991, p. 224). Em que pese o conteúdo da

PROCESSO N° TST-IRR-239-55.2011.5.02.0319

norma preexistente continuar o mesmo, é alterado o seu próprio fundamento de validade.

Com efeito, a norma anterior recebida pelo ordenamento passa a ter novo fundamento de validade e, conseqüentemente, leituras e interpretações diversas, visto que estão subordinadas a concepções axiológicas distintas, dado ao caráter iniciante da Lei Maior.

Quanto à recepção da legislação anterior ao advento da Constituição Federal de 1988, poder-se-ia dizer que houve total mudança valorativa e do "projeto de direito a ser alcançado", posto a sucessão constitucional ter se alicerçado num título de legitimidade substancialmente diferente do anterior, configurando a descontinuidade material entre a antiga ordem constitucional e a instaurada em 1988.

(...)

Na terminologia de José Afonso da Silva, a estes novos valores que devem condicionar a interpretação e o alcance da norma recepcionada, chama-se "eficácia construtiva" ou nas palavras do jurista português Jorge Miranda, "eficácia novatória", visto haver uma recriação do direito. (NOGUEIRA, Vanessa Fabiula Pancioni. Efeitos de uma nova constituição no ordenamento infraconstitucional: revogação, inconstitucionalidade superveniente e recepção. "Revista de Direito". v. 12, n. 16, 2009)

Portanto, avaliar a recepção de uma norma infraconstitucional anterior à ordem jurídica constitucional instaurada pressupõe a aferição de sua compatibilidade material com a nova ordem vigente e, ainda que recepcionado o teor da norma, é cabível sua interpretação em conformidade com a ordem constitucional recepcionadora. Nessa quadra, a consideração do bloco de constitucionalidade como vetor interpretativo é também fundamental e se acomoda na jurisprudência da Corte Constitucional brasileira.

De outro lado, não se há de buscar, no controle de constitucionalidade, a negativa direta, minuciosa e textual do que a regulamentação produz, porque, evidentemente, o texto constitucional - até mesmo pela sua função de documento político instituinte - não poderia dar conta do detalhamento que é inerente a uma norma regulamentadora.

PROCESSO N° TST-IRR-239-55.2011.5.02.0319

O controle de constitucionalidade se faz, sobretudo, a partir dos vetores interpretativos e axiológicos que da Carta Política emanam.

Não encontrar, no texto constitucional, vedação expressa à limitação do recebimento cumulado de adicionais de periculosidade e de insalubridade não implica dizer da tolerância da Carta Magna com essa limitação, notadamente quando se compreende que a Constituição Federal instaura um paradigma ampliativo da proteção ao meio ambiente de trabalho, por meio de desestímulos à exposição do trabalhador a fatores ambientais de risco, aliados a estímulos a medidas preventivas proativas.

Reitera-se que o critério da especialidade é aplicável aos conflitos envolvendo normas de mesmo patamar hierárquico, o que não se aplica, portanto, ao contexto de conflito entre Constituição Federal e norma infraconstitucional, ou ainda, entre Convenção Internacional de Direitos Humanos e normas infraconstitucionais.

Assim, a vedação da cumulação de adicionais que a legislação infraconstitucional instaura, ao limitar a amplitude da proteção que a Constituição da República assegura, restringindo onde o constituinte não o fez e, mais grave, afastando-se do paradigma de tutela ao qual a Carta Política de 1988 se alinha, submete-se ao controle de constitucionalidade, materializado, no caso, pela não recepção da referida norma.

Nessa linha é a projeção pragmática de Tânia Pena:

Admitir-se a possibilidade de cumulação dos adicionais, tantos quantos forem os agentes nocivos, contribuirá para evitar a eternização da inércia patronal no zelo com a qualidade do ambiente laboral.

O pagamento cumulativo dos adicionais, aumentando o custo operacional do empregador, deve servir de estímulo para investimentos na melhoria do ambiente laboral, buscando afastar o agente agressivo. Afinal, pergunta-se: por que razão o empregador investiria quantias vultosas na eliminação dos agentes agressivos ou na edificação de um ambiente de trabalho não prejudicial ao empregado, quando existe a possibilidade de manter esse ambiente, pagando ao trabalhador um adicional irrisório? O ideal seria o pagamento do adicional somente quando, apesar de adotadas

PROCESSO N° TST-IRR-239-55.2011.5.02.0319

todas as medidas necessárias e cabíveis relativas ao ambiente de trabalho, persistisse a nocividade/periculosidade/penosidade, e não como uma troca da saúde ou da vida do trabalhador pelo adicional, de valor ínfimo (PENA, 2011, pp. 79-106).

É importante frisar que a precedência da compreensão da prevenção não implica recusa de sua convivência com mecanismos de reparação, mas apenas a priorização dos instrumentos preventivos. Em uma ordem jurídica que reluta em concretizar a prevenção, acenar para a perspectiva preventiva a fim de sustentar a limitação do pagamento dos adicionais reparatórios, à revelia do escopo constitucional especificamente traçado no inciso XXIII do art. 7º, não se alinha com os vetores interpretativos que emanam da principiologia constitucional. Não se pode considerar recepcionável pelo texto constitucional norma que, sem aperfeiçoar a instância preventiva, traz regulamentação regressiva do que a Constituição da República previu, de modo literal, em condição cumulativa a fim de assegurar minimamente a reparação.

Se é verdade que a exegese constitucional não pode ser deturpada pelos intérpretes sem consideração do conjunto sistemático, também o é que não se pode ignorar a literalidade do texto da Constituição Federal nas opções político-jurídicas formuladas pelo próprio constituinte.

Ademais, a fluência do tempo integra o fenômeno jurídico, não estabelecendo oposição à sua configuração. O decurso do tempo histórico é fator de releituras do texto da Constituição que deve ser visto, positivamente, como marco do desenvolvimento de uma sociedade democrática, sobretudo quando caminha em direção a vetores consentâneos com os estabelecidos, humanisticamente, no plano internacional.

Exemplo disso foi a recente interpretação jurídica do conceito de família contido no Código Civil de 2002, pelo STF, no sentido de compatibilizá-lo à novel interpretação constitucional.

Em 2011, o Supremo Tribunal Federal, julgando a ADI 4.277 decidiu que:

PROCESSO N° TST-IRR-239-55.2011.5.02.0319

1. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. Encampação dos fundamentos da ADPF n° 132-RJ pela ADI n° 4.277-DF, com a finalidade de conferir “interpretação conforme à Constituição” ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação.

2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA. O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de “promover o bem de todos”. Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana “norma geral negativa”, segundo a qual “o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido”. Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da “dignidade da pessoa humana”: direito a auto-estima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da

PROCESSO N° TST-IRR-239-55.2011.5.02.0319

intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétrea.

3. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO “FAMÍLIA” NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUCIONISTA. O *caput* do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão “família”, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal lócus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por “intimidade e vida privada” (inciso X do art. 5º). Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas.

4. UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPÓSITO

PROCESSO N° TST-IRR-239-55.2011.5.02.0319

CONSTITUCIONAL DE ESTABELECEMOS RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO. IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DOS CONCEITOS DE “ENTIDADE FAMILIAR” E “FAMÍLIA”. A referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, no §3º do seu art. 226, deve-se ao centrado intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades domésticas. Reforço normativo a um mais eficiente combate à renitência patriarcal dos costumes brasileiros. Impossibilidade de uso da letra da Constituição para ressuscitar o art. 175 da Carta de 1967/1969. Não há como fazer rolar a cabeça do art. 226 no patíbulo do seu parágrafo terceiro. Dispositivo que, ao utilizar da terminologia “entidade familiar”, não pretendeu diferenciá-la da “família”. Inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico. Emprego do fraseado “entidade familiar” como sinônimo perfeito de família. A Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo. Consagração do juízo de que não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um legítimo interesse de outrem, ou de toda a sociedade, o que não se dá na hipótese *sub judice*. Inexistência do direito dos indivíduos heteroafetivos à sua não-equivalência jurídica com os indivíduos homoafetivos. Aplicabilidade do §2º do art. 5º da Constituição Federal, a evidenciar que outros direitos e garantias, não expressamente listados na Constituição, emergem “do regime e dos princípios por ela adotados”, verbis: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

5. DIVERGÊNCIAS LATERAIS QUANTO À FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO. Anotação de que os Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso convergiram no particular entendimento da impossibilidade de ortodoxo enquadramento da união homoafetiva nas espécies de família constitucionalmente estabelecidas. Sem embargo, reconheceram a união entre parceiros do mesmo sexo como uma nova forma de entidade familiar. Matéria aberta à conformação legislativa, sem prejuízo do reconhecimento da imediata auto-aplicabilidade da Constituição.

PROCESSO N° TST-IRR-239-55.2011.5.02.0319

6. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA “INTERPRETAÇÃO CONFORME”). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES. Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de “interpretação conforme à Constituição”. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva. (STF. Plenário. Rel. Min. Ayres Brito. DJ de 5/5/2011)

A extensa ementa supratranscrita comunica, em conclusão, que a norma constante do art. 1.723 do Código Civil Brasileiro (“É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”) não obsta que a união de pessoas do mesmo sexo possa ser reconhecida como entidade familiar apta a merecer proteção estatal. Com essa conclusão, a Corte Suprema deu interpretação conforme a Constituição Federal ao art. 1.723 do Código Civil para dele excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, considerada sinônimo perfeito de família. O esteio do julgado é a vedação expressa contida no texto constitucional do preconceito em razão do sexo ou da natural diferença entre a mulher e o homem, o que nivela o fato de ser homem ou de ser mulher às contingências da origem social e geográfica das pessoas, da idade, da cor da pele e da raça, na acepção de que nenhum desses fatores acidentais ou fortuitos se coloca como causa de merecimento ou de desmerecimento intrínseco de quem quer que seja. (Informativo STF, 2011)

O conceito de família não apenas estava lavrado no Código Civil desde 2002, como se tratava de reprodução da norma que vigorava no país desde o Código anterior, editado em 1916. A Constituição

PROCESSO N° TST-IRR-239-55.2011.5.02.0319

da República, ao prever a não discriminação, também o fazia desde 1988, o que não impediu que o STF, em 2011, tomasse como premissa as modificações havidas no âmbito da sociedade brasileira e também o acúmulo de discussões e avanços sobre as identidades de gênero, para concluir pela necessidade de realização de interpretação conforme a Constituição Federal no caso concreto. Na hipótese dos adicionais, portanto, a temporalidade do julgamento em relação ao momento de edição da CLT e da Carta Constitucional não pode agir em sentido diverso.

De fato, as discussões e demandas sociais em face da saúde e segurança do trabalho modificaram e avançaram desde a edição da CLT em 1943 e também desde a promulgação da Constituição Federal em 1988. Portanto, o aperfeiçoamento democrático dos discursos nos planos nacional e internacional a respeito do meio ambiente do trabalho, sobretudo porque comungam da mesma perspectiva adotada na Constituição Federal, são elementos legítimos a autorizar o juízo de não recepção do texto original da CLT, no particular.

Do mesmo modo, o controle de convencionalidade recairá sobre a norma a partir de suas diretrizes e dos valores instituídos pelas normas internacionais, que, com mais razão ainda, não conterão disciplinas específicas que possam ser confrontadas, direta e literalmente, com o detalhamento da regulamentação interna de cada país membro do pacto. Pela sua pretensão de aplicação e incidência aos ordenamentos internos de uma pluralidade de Estados, com ordens jurídicas distintas, as normas internacionais conterão apenas diretrizes gerais para a aplicação dos seus paradigmas protetivos, sendo descabido nelas localizar textualidade literal que dispute, por exemplo, a cumulação de adicionais de insalubridade e de periculosidade. Servirá, assim, o controle de convencionalidade como reforço na interpretação da Constituição Federal para fins de não recepção da norma pretérita.

No caso, os itens 8.3 da Convenção n° 148 e 11, "b", da Convenção n° 155 da OIT, ambas ratificadas pelo Brasil, asseguram que sejam considerados, na ordem jurídica interna de cada país membro, "os riscos para a saúde decorrentes da exposição **simultâneas** a diversas substâncias ou agentes". O vetor interpretativo colocado com clareza e de forma coerente com o caráter genérico das normas internacionais

PROCESSO N° TST-IRR-239-55.2011.5.02.0319

orienta-se no sentido de que a multiplicidade de exposições deve gerar uma multiplicidade de medidas e/ou consequências jurídicas.

Evidente que não dialoga com esse paradigma a diretriz assentada no art. 193, § 2º, da CLT, ao determinar que, para a duplicidade da exposição, a insalubridade e a periculosidade decorram uma única consequência, de escolha do trabalhador.

Importante ressaltar, nessa vertente, que o art. 27 da Convenção de Viena sobre os Tratados diz expressamente que um Estado não pode invocar o seu direito interno para descumprir um tratado. (Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Disponível em: <http://www.oas.org/dil/esp/Convencion_de_Viena_sobre_derecho_tratados_Colombia.pdf> Acesso em 23 ago. 2019)

Aliás, essa norma só é afastada, ainda assim por disposição expressa de alguns tratados de direitos humanos, que, concretizando o princípio *pro homine*, permitem que o direito interno prevaleça sobre o direito internacional, quando for mais favorável ao sujeito, como prevê expressamente a Constituição da OIT, em seu art. 19, § 8º. (MAZZUOLI, 2015, p. 419 e 1139). Esse definitivamente não é o caso do art. 193, § 2º, da CLT.

O Estado brasileiro, portanto, seja pela via dos Poderes Executivo e Legislativo, que, respectivamente, ratificaram as referidas normas internacionais e posteriormente as incorporaram à ordem jurídica interna (Decretos nºs 93.413/1986 e 1.254/1994), seja pelo Poder Judiciário, a quem incumbe, nos termos da jurisprudência da Corte Interamericana de Direito Humanos, o controle de convencionalidade e de constitucionalidade das normas internas, sob pena de responsabilidade internacional da República Federativa do Brasil, não pode recusar aplicação ao teor dos itens 8.3 da Convenção nº 148 e 11, "b", da Convenção nº 155, ambas da OIT, às quais o país soberana e voluntariamente se vinculou, com eficácia supralegal, constitucionalmente assegurada.

É nessa perspectiva e com reconhecimento da força normativa direta, da hierarquia supralegal e da otimização da interpretação constitucional que os dispositivos das Convenções da OIT, normas internacionais de direitos humanos, ostentam, bem como mediante aplicação do fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana e

PROCESSO Nº TST-IRR-239-55.2011.5.02.0319

do princípio *pro homine*, que se declara a não recepção do art. 193, § 2º, da CLT, cuja aplicação deve ser afastada para que se admita a cumulatividade de um adicional de insalubridade e de um adicional de periculosidade na hipótese em que o sujeito trabalhador esteja, simultaneamente, exposto a agentes insalubres e perigosos no seu trabalho, ficando, ademais, sinalizado o comando constitucional no sentido de que, em situações como essa, sejam empregadas, com prioridade, todas as medidas necessárias à redução dos riscos inerentes ao trabalho.

Nesse sentido ressalte-se fundamentação exarada pelo Ministro Cláudio Mascarenhas Brandão, no voto precursor desse entendimento:

RECURSO DE REVISTA. CUMULAÇÃO DOS ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE. POSSIBILIDADE. PREVALÊNCIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS E SUPRALEGAIS SOBRE A CLT. JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA DO STF QUANTO AO EFEITO PARALISANTE DAS NORMAS INTERNAS EM DESCOMPASSO COM OS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS. INCOMPATIBILIDADE MATERIAL. CONVENÇÕES NºS 148 E 155 DA OIT. NORMAS DE DIREITO SOCIAL. CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE. NOVA FORMA DE VERIFICAÇÃO DE COMPATIBILIDADE DAS NORMAS INTEGRANTES DO ORDENAMENTO JURÍDICO. A previsão contida no artigo 193, § 2º, da CLT não foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988, que, em seu artigo 7º, XXIII, garantiu de forma plena o direito ao recebimento dos adicionais de penosidade, insalubridade e periculosidade, sem qualquer ressalva no que tange à cumulação, ainda que tenha remetido sua regulação à lei ordinária. A possibilidade da aludida cumulação se justifica em virtude de os fatos geradores dos direitos serem diversos. Não se há de falar em *bis in idem*. No caso da insalubridade, o bem tutelado é a saúde do obreiro, haja vista as condições nocivas presentes no meio ambiente de trabalho; já a periculosidade traduz situação de perigo iminente que, uma vez ocorrida, pode ceifar a vida do trabalhador, sendo este o bem a que se visa proteger. A regulamentação complementar prevista no citado preceito da Lei Maior deve

PROCESSO N° TST-IRR-239-55.2011.5.02.0319

se pautar pelos princípios e valores insculpidos no texto constitucional, como forma de alcançar, efetivamente, a finalidade da norma. Outro fator que sustenta a inaplicabilidade do preceito celetista é a introdução no sistema jurídico interno das Convenções Internacionais n^{os} 148 e 155, com *status* de norma materialmente constitucional ou, pelo menos, supralegal, como decidido pelo STF. A primeira consagra a necessidade de atualização constante da legislação sobre as condições nocivas de trabalho e a segunda determina que sejam levados em conta os "riscos para a saúde decorrentes da exposição simultânea a diversas substâncias ou agentes". Nesse contexto, não há mais espaço para a aplicação do artigo 193, § 2º, da CLT. Recurso de revista de que se conhece e a que se nega provimento. (TST-RR-1072-72.2011.5.02.0384, 7ª Turma, Rel. Min. Cláudio Brandão, DEJT de 3/10/2014)

Constam os seguintes fundamentos do referido julgado, que merecem ser transcritos em sua integralidade:

O exame da controvérsia exige, antes, a análise da estrutura do ordenamento jurídico pátrio que, como de todos sabido, é regido pela Constituição Federal, que servirá de norte para as demais normas buscarem o seu fundamento de validade. Com isso, as disposições infraconstitucionais devem observar os princípios e regras contidos na Lei Maior, sob pena de padecerem do vício da inconstitucionalidade.

Em se tratando de direito ordinário pré-constitucional, com conteúdo contrário às normas advindas de uma nova Constituição, a consequência será distinta: ocorrerá a não-recepção de tal regramento, hipótese que prescindirá da manifestação plenária (cláusula "reserva de plenário" – artigo 97 da *Lex Fundamentalis*), ou seja, as normas anteriormente editadas perdem condição de sustentabilidade em função do novo regramento introduzido e, com isso, deixam de ter o que se pode denominar de "aderência constitucional", condição imprescindível para que possam continuar a produzir seus efeitos.

Sobre o fenômeno da não recepção de normas do ordenamento anterior à nova Carta Constitucional, já se manifestou o STF:

"CONSTITUCIONAL. CIVIL. DANO MORAL: OFENSA PRATICADA PELA IMPRENSA. INDENIZAÇÃO: TARIFAÇÃO. Lei 5.250/67 - Lei de Imprensa, art. 52:

PROCESSO N° TST-IRR-239-55.2011.5.02.0319

NÃO-RECEPÇÃO PELA CF/88, artigo 5º, incisos V e X. RE INTERPOSTO COM FUNDAMENTO NAS ALÍNEAS a e b. I. - O acórdão recorrido decidiu que o art. 52 da Lei 5.250, de 1967 - Lei de Imprensa - não foi recebido pela CF/88. RE interposto com base nas alíneas a e b (CF, art. 102, III, a e b). Não-conhecimento do RE com base na alínea b, por isso que o acórdão não declarou a inconstitucionalidade do art. 52 da Lei 5.250/67. É que não há falar em inconstitucionalidade superveniente. Tem-se, em tal caso, a aplicação da conhecida doutrina de Kelsen: as normas infraconstitucionais anteriores à Constituição, com esta incompatíveis, não são por ela recebidas. Noutras palavras, ocorre derrogação, pela Constituição nova, de normas infraconstitucionais com esta incompatíveis. II. - A Constituição de 1988 emprestou à reparação decorrente do dano moral tratamento especial - C.F., art. 5º, V e X - desejando que a indenização decorrente desse dano fosse a mais ampla. Posta a questão nesses termos, não seria possível sujeitá-la aos limites estreitos da lei de imprensa. Se o fizéssemos, estaríamos interpretando a Constituição no rumo da lei ordinária, quando é de sabença comum que as leis devem ser interpretadas no rumo da Constituição. III. - Não-recepção, pela CF/88, do art. 52 da Lei 5.250/67 - Lei de Imprensa. IV. - Precedentes do STF relativamente ao art. 56 da Lei 5.250/67: RE 348.827/RJ e 420.784/SP, Velloso, 2ª Turma, 1º.6.2004. V. - RE conhecido - alínea a -, mas improvido. RE - alínea b - não conhecido. (RE 396386/SP - SÃO PAULO RECURSO EXTRAORDINÁRIO, Relator: Min. CARLOS VELLOSO, Julgamento: 29/06/2004, Órgão Julgador: Segunda Turma, Publicação DJ 13-08-2004).

Significa, nessa linha, afirmar da desnecessidade de pronunciamento do plenário desta Corte sobre o tema ora enfrentado, em face do regramento constitucional, cuja principal indagação consiste em saber da possibilidade de percepção cumulativa dos adicionais de periculosidade e insalubridade, cujo direito encontra-se previsto, respectivamente, nos artigos 192 e 193, § 1º, da CLT, e também é garantido no artigo 7º, XXIII, da Constituição Federal, norma última cujo inteiro teor transcreve-se:

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

(...)

XXIII - adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei." (destaquei).

Da interpretação do preceito constitucional referido, extrai-se a conclusão no sentido de que o legislador constituinte assegurou de forma

PROCESSO N° TST-IRR-239-55.2011.5.02.0319

plena o direito ao recebimento dos adicionais de penosidade, insalubridade e periculosidade, sem qualquer ressalva no que tange à cumulação, ainda que tenha remetido sua regulação à lei ordinária, o que ocorre por intermédio de dispositivos da CLT e de Normas Regulamentadoras.

Ao caso, interessa o disposto no artigo 193, § 2º, da CLT, incluído pela Lei nº 6.514, de 22/12/1977, ainda em vigor, e o item 16.2.1 da NR-16 da Portaria nº 3.214/78 do Ministério do Trabalho e Emprego, que preveem a possibilidade de opção, em caso de cumulação. Dispõem as citadas normas:

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

"16.2.1. O empregado poderá optar pelo adicional de insalubridade que porventura lhe seja devido."

A análise conjunta desses dispositivos poderia conduzir à ilação de que a regência por lei ordinária mencionada no dispositivo constitucional autorizaria o acolhimento da restrição nelas imposta, no sentido da impossibilidade de percepção conjunta de ambos os acréscimos.

Contudo, a meu sentir, outra é a interpretação, a partir da afirmação de que **não há como se sustentar a recepção das normas acima citadas pela Constituição Federal de 1988.**

A possibilidade da cumulação dos adicionais se justifica em virtude da origem dos direitos serem diversos. Não se há de falar em *bis in idem*. No caso da insalubridade, o bem tutelado é a saúde do obreiro, haja vista as condições nocivas presentes no meio ambiente de trabalho; já a periculosidade, traduz situação de perigo iminente que, uma vez ocorrida, pode ceifar a vida do trabalhador, sendo este o bem a que se visa proteger.

São bens jurídicos diversos e com tratamento normativo distinto, seja quanto às hipóteses de cabimento, seja quanto aos percentuais, seja quanto à base de cálculo.

Não é outro o pensamento do professor José Augusto Rodrigues Pinto:

"Com efeito, a insalubridade é insidiosa e lenta nos seus resultados. O risco provocado pela periculosidade é de impacto e instantâneo, quando se consuma. Daí um deles dirigir-se à saúde, o outro, à integridade física ou à própria vida da vítima de sua ação.

[...]

Os adicionais legais são cumuláveis, sob a única condição de que o trabalho seja prestado de acordo com os pressupostos de cada um deles.

PROCESSO N° TST-IRR-239-55.2011.5.02.0319

O direito à cumulação é de uma lógica irresponsável: se a situação de desconforto pessoal tem correspondência numa indenização, o valor desta deve abranger tantos percentuais quantas sejam as circunstâncias causadoras do desconforto, que traz um dano efetivo ao trabalhador, ou do risco a que ele é exposto.

Por isso mesmo, causa profunda espécie que o artigo 193, §2º, da CLT, herdando restrição levantada desde a Lei nº. 2.573/55, que instituiu o adicional de periculosidade, tenha aberto ao empregado submetido às duas condições mais severas de serviço, simultaneamente, o dilema de ‘optar (?) pelo adicional de insalubridade que porventura lhe seja devido’ quando comprovado pericialmente que também trabalhou em condição perigosa. Não encontramos explicação jurídica para isso, daí entendemos ter havido uma recaída do legislador em favor do poder econômico. E recaída amargamente irônica, além de tudo, ao deixar ao empregado escolher a melhor entre duas desgraças: ficar doente ou morrer, simplesmente". (Tratado de direito material do trabalho. São Paulo: LTr, 2007. p. 425-427).

Desse modo, apesar da necessidade de regulamentação da norma constitucional, não poderia a legislação infraconstitucional ultrapassar o limite por ela imposto e instituir norma menos benéfica ao trabalhador em detrimento da garantia insculpida no artigo 7º, *caput*, da Constituição Federal, de estipulação de outros direitos que visem à melhoria de sua condição social e, especialmente, em desrespeito ao princípio de proteção da dignidade da pessoa humana do obreiro.

Na hipótese, o legislador infraconstitucional estaria apto a tratar de detalhes necessários à efetivação do direito aos adicionais, como, por exemplo, regular as situações que caracterizam a insalubridade ou periculosidade no meio ambiente de trabalho, contudo, sem a permissão de alterar o núcleo essencial da aludida regra. A regulamentação complementar prevista no artigo 7º, XXIII, deve-se pautar pelos princípios e valores insculpidos no texto constitucional, como forma de alcançar, efetivamente, a finalidade da norma.

O eminente Ministro desta Corte, Augusto César Leite de Carvalho, em sua obra "Direito do Trabalho: Curso e Discurso" (Aracaju: Evocati, 2011, pp. 200-201), com precisão cirúrgica, enfatiza:

"A Consolidação das Leis do Trabalho, em seu artigo 193, §2º, prevê que ‘o empregado poderá optar pelo adicional de insalubridade que porventura lhe seja devido’. À parte o desvio de ótica, pois não pode ser uma ventura laborar em condições

PROCESSO N° TST-IRR-239-55.2011.5.02.0319

insalubres, é certo que o citado dispositivo sempre foi interpretado como uma proibição a que o empregado pudesse exigir os dois adicionais, quando ambos os agentes, insalubre e perigoso, estiverem presentes.

Na esteira dessa compreensão, o item 15.3 da Norma Regulamentadora 15 do Ministério do Trabalho estabelece: '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'. Interpretando-se assim o art. 193, §2º da CLT, bem se vê que se cuida de regra injusta, pois permite que o empregado labore em situação de risco à sua integridade física sem que receba o adicional correspondente, pois estaria recebendo adicional relativo a agente nocivo à sua saúde, ou vice-versa.

Ao versar sobre essa impossibilidade legal de acumulação dos dois adicionais, Rodrigues Pinto lembra que tal norma proibitiva é um legado da Lei 2.573/55, que instituiu o adicional de periculosidade, mas é enfático: 'Explicação jurídica não encontramos para isso, daí entendermos ter havido uma recaída do legislador em favor do poder econômico'. A orientação jurisprudencial que tem prevalecido é, entretanto, a de que os adicionais de insalubridade e de periculosidade são inacumuláveis.

Como quer que seja, é hora de se questionar a validade dessa norma frente ao que 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 a 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.

A nosso entendimento, não estaria o legislador infraconstitucional autorizado a suprimir o direito ao adicional de periculosidade, em hipótese que a lei enumera como de risco. E como o suprime sem qualquer justificativa, o artigo 193, §2º da CLT se apresenta, pura e simplesmente, como a negação de um direito fundado na Constituição.

Ademais, o art. 8, item 3, da Convenção 148 da OIT preconiza: 'Os critérios e limites de exposição deverão ser fixados, completados e revisados a intervalos regulares, de conformidade com os novos conhecimentos e dados nacionais e internacionais, e tendo em conta, na medida do possível,

PROCESSO N° TST-IRR-239-55.2011.5.02.0319

qualquer aumento dos riscos profissionais resultante da exposição simultânea a vários fatores nocivos no local de trabalho'. O Estado brasileiro novamente se comprometeu, ao ratificar a Convenção 155 da OIT, a implementar o que recomenda o seu art. 11, b: 'deverão ser levados em consideração os riscos para a saúde decorrentes da exposição simultânea a diversas substâncias ou agentes'.

Portanto, 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 ou à integridade física do trabalhador."

Diante dos argumentos expostos, percebe-se claramente que o artigo 193, § 2º, da CLT e o item 16.2.1 da NR-16 da Portaria nº 3.214/78 do Ministério do Trabalho e Emprego não foram recebidos pela atual Constituição, uma vez que os seus conteúdos não se coadunam com os princípios e regras trazidos no texto constitucional. Trata-se da chamada **incompatibilidade material**.

O papel do intérprete é atribuir à interpretação constitucional a máxima efetividade, a fim de que possa, de imediato, produzir as consequências desejadas pelo constituinte e, assim, conformar o comportamento social ao quanto por ela desejado. Nas palavras do Ministro Luís Roberto Barroso,

Efetividade significa a realização do Direito, a atuação prática da norma, fazendo prevalecer no mundo dos fatos os valores e interesses por ela tutelados. Simboliza, portanto, a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever-ser normativo e o ser da realização social. O intérprete constitucional deve ter compromisso com a efetividade da Constituição: entre interpretações alternativas e plausíveis, deverá prestigiar aquela que permita atuação da vontade constitucional, evitando, no limite do possível, soluções que se refugiem no argumento da não autoaplicabilidade da norma ou na ocorrência de omissões do legislador (grifos postos). (CANOTILHO, J. J. Gomes; et all. Comentários à constituição do brasil. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 94)

E outra não me parece haver sido a "vontade constitucional", no que toca à hipótese de percepção simultânea e cumulativa, em sendo diversos, agentes agressivos à saúde (insalubridade) e risco de vida, em face do contato

PROCESSO N° TST-IRR-239-55.2011.5.02.0319

com substância inflamáveis ou explosivas em condições de risco acentuado (periculosidade).

Se tais argumentos não fossem suficientes, outro fator que sustenta a inaplicabilidade dos preceitos analisados é a introdução no sistema jurídico interno das Convenções Internacionais n^{os} 148, promulgada pelo Decreto n° 93.413 de 15/10/86, com vigência nacional a partir de 14 de janeiro de 1983, e 155, promulgada pelo Decreto n° 1.254 de 29/09/94, com vigência nacional a partir de 18 de maio de 1993.

As normas internacionais incorporadas passaram a admitir a hipótese de cumulação dos adicionais e estabelecem critérios e limites dos riscos profissionais em face da exposição simultânea a vários fatores nocivos. É o que se extrai dos trechos abaixo citados:

"Artigo 8.3. Os critérios e limites de exposição deverão ser fixados, completados e revisados a intervalos regulares, de conformidade com os novos conhecimentos e dados nacionais e internacionais, e tendo em conta, na medida do possível, qualquer aumento dos riscos profissionais resultante da exposição simultânea a vários fatores nocivos no local de trabalho." (Convenção n° 148 da OIT - destaquei);

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

(...)

b) a determinação das operações e processos que serão proibidos, limitados ou sujeitos à autorização ou ao controle da autoridade ou autoridades competentes, assim como a determinação das substâncias e agentes aos quais estará proibida a exposição no trabalho, ou bem limitada 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." (Convenção n° 155 da OIT - destaquei).

Sendo diferentes os fatores de risco à saúde, cada um dos adicionais de periculosidade e insalubridade busca compensar o trabalhador pela exposição particularizada a cada um deles e, caso ocorra simultaneamente, a regra internacional autoriza sejam considerados, de igual modo, também de modo cumulativo, como assinalado nas conclusões lançadas acima.

Poder-se-ia argumentar pela prevalência do direito interno invocado e, no particular, Flávia Piovesan, *in* Direitos Humanos e o Direito

PROCESSO N° TST-IRR-239-55.2011.5.02.0319

Constitucional Internacional (10 ed., São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 68-72), ensina:

"Em suma, a hierarquia constitucional dos tratados de proteção dos direitos humanos decorre da previsão constitucional do art. 5º, § 2º, à luz de uma interpretação sistemática e teleológica da Carta, particularmente da prioridade que atribui aos direitos fundamentais e ao princípio da dignidade da pessoa humana. Essa opção do constituinte de 1988 se justifica em face do caráter especial dos tratados de direitos humanos e, no entender de parte da doutrina, da superioridade desses tratados no plano internacional.

Acrescente-se que, além da concepção que confere aos tratados de direitos humanos natureza constitucional (concepção defendida por este trabalho) e da concepção, que, ao revés, confere aos tratados status paritário ao da lei federal (posição majoritária do STF), destacam-se outras duas correntes doutrinárias. Uma delas sustenta que os tratados de direitos humanos têm hierarquia supraconstitucional, enquanto a outra corrente defende a hierarquia infraconstitucional, mas supralegal, dos tratados de direitos humanos.

(...)

Ao realçar a supremacia do Direito Internacional em relação ao ordenamento jurídico nacional, argumenta ainda Hildebrando Accioly: 'É lícito sustentar-se, de acordo, aliás, com a opinião da maioria dos internacionalistas contemporâneos, que o Direito Internacional é superior ao Estado, tem supremacia sobre o direito interno, por isto que deriva de um princípio superior à vontade dos Estados. Não se dirá que o poder do Estado seja uma delegação do direito internacional; mas parece incontestável que este constitui um limite jurídico ao dito poder. (...) Realmente, se é verdade que uma lei interna revoga outra ou outras anteriores, contrárias à primeira, o mesmo não se poderá dizer quando a lei anterior representa direito convencional transformado em direito interno, porque o Estado tem o dever de respeitar suas obrigações contratuais e não as pode revogar unilateralmente. Daí poder dizer-se que, na legislação interna, os tratados ou convenções a ela incorporados forma um direito especial que a lei interna, comum, não pode revogar. Daí também a razão por que a Corte permanente de Justiça Internacional, em parecer consultivo proferido a 31 de julho de 1930, declarou: 'É princípio geralmente reconhecido, do Direito Internacional, que, nas relações entre potências contratantes de um tratado, as disposições de uma lei interna não podem prevalecer sobre as do tratado'.'

No mesmo sentido, leciona Marotta Rangel: 'A superioridade do tratado em relação às normas do Direito Interno

PROCESSO N° TST-IRR-239-55.2011.5.02.0319

é consagrada pela jurisprudência internacional e tem por fundamento a noção de unidade e solidariedade do gênero humano e deflui normalmente de princípios jurídicos fundamentais, tal como o *pacta sunt servanda* e o *voluntas civitatis maximae est servanda*'.

Destaca-se, ainda, a corrente doutrinária que defende a hierarquia infraconstitucional, mas supralegal, dos tratados de direitos humanos. A respeito, merece menção o entendimento do Ministro Sepúlveda Pertence por ocasião do julgamento do RHC n. 79.785-RJ, no Supremo Tribunal Federal, em maio de 2000, que envolvia o alcance interpretativo do princípio do duplo grau de jurisdição, previsto pela Convenção Americana de Direitos Humanos. Ressaltou, em seu voto, o referido Ministro: 'Desde logo, participo do entendimento unânime do Tribunal que recusa a prevalência sobre a Constituição de qualquer convenção internacional (cf. decisão preliminar sobre o cabimento da ADIn 1.480, cit., Inf. STF 48)'. E prosseguiu: 'Na ordem interna, direitos e garantias fundamentais o são, com grande frequência, precisamente porque – alçados ao texto constitucional – se erigem em limitações positivas ou negativas ao conteúdo das leis futuras, assim como à recepção das anteriores à Constituição (Hans Kelsen, Teoria Geral do Direito e do Estado, trad. M. Fontes, UnB, 1990, p. 255). Se assim é, à primeira vista, parificar às leis ordinárias os tratados a que alude o art. 5º § 2º, da Constituição, seria esvaziar de muito do seu sentido útil a inovação, que, malgrado os termos equívocos do seu enunciado, traduziu uma abertura significativa ao movimento de internacionalização de direitos humanos. Ainda sem certezas suficientemente amadurecidas, tendo assim – aproximando-me, creio, da linha desenvolvida no Brasil por Cançado Trindade (Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção de direitos humanos nos planos internacional e nacional em Arquivos de Direitos Humanos, 2000, 1/3, 43) e pela ilustrada Flávia Piovesan (A Constituição Brasileira de 1988 e os Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos, em E. Boucault e N. Araújo (org.), Os Direitos Humanos e o Direito Interno) – a aceitar a outorga de força supralegal às convenções de direitos humanos, de modo a dar aplicação direta às suas normas – até, se necessário, contra a lei ordinária – sempre que, sem ferir a Constituição, a complementem, especificando ou ampliando os direitos e garantias dela constantes'.

Esse entendimento consagra a hierarquia infraconstitucional, mas supralegal, dos tratados internacionais de direitos humanos, distinguindo-os dos tratados tradicionais. Divorcia-se, dessa forma, da tese majoritária do STF a respeito da paridade entre tratados internacionais e leis federais.

PROCESSO N° TST-IRR-239-55.2011.5.02.0319

Em síntese, há quatro correntes acerca da hierarquia dos tratados de proteção dos direitos humanos, que sustentam: a) a hierarquia supraconstitucional de tais tratados; b) a hierarquia constitucional; c) a hierarquia infraconstitucional, mas supralegal e d) a paridade hierárquica entre tratado e lei federal.

No sentido de responder à polêmica doutrinária e jurisprudencial concernente à hierarquia dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, a Emenda Constitucional n. 45, de 8 dezembro de 2004, introduziu um § 3º no art. 5º, dispondo: ‘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 à Constituição’.

Em face de todos argumentos já expostos, sustenta-se que hierarquia constitucional já se extrai de interpretação conferida ao próprio art. 5º, § 2º, da Constituição de 1988. Vale dizer, seria mais adequado que a redação do aludido § 3º do art. 5º endossasse a hierarquia formalmente constitucional de todos os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos ratificados, afirmando – tal como o fez o texto argentino – que os tratados internacionais de proteção de direitos humanos ratificados pelo Estado brasileiro têm hierarquia constitucional.

No entanto, estabelece o § 3º do art. 5º que os tratados internacionais de direitos humanos aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas à Constituição.

(...)

Reitere-se que, por força do art. 5º, § 2º, todos os tratados de direitos humanos, independentemente do quórum de sua aprovação, são materialmente constitucionais, compondo o bloco de constitucionalidade. O quórum qualificado está tão-somente a reforçar tal natureza, ao adicionar um lastro formalmente constitucional aos tratados ratificados, propiciando a ‘constitucionalização formal’ dos tratados de direitos humanos no âmbito jurídico interno. Como já defendido por este trabalho, na hermenêutica emancipatória dos direitos há que imperar uma lógica material e não formal, orientada por valores, a celebrar o valor fundante da prevalência da dignidade humana. À hierarquia de valores deve corresponder uma hierarquia de normas, e não o oposto. Vale dizer, a preponderância material de um bem jurídico, como é o caso de um direito fundamental, deve condicionar a forma no plano jurídico-normativo, e não ser condicionado por ela."

PROCESSO N° TST-IRR-239-55.2011.5.02.0319

Ainda que, a meu sentir, procedam de modo integral os argumentos sustentados pela doutrinadora, no que é seguida por outros autores como Cançado Trindade e Valério Mazzuoli, o posicionamento adotado no STF é no sentido de que os tratados e convenções internacionais que versem sobre direitos humanos e que tenham ingressado no ordenamento jurídico antes da Emenda Constitucional n° 45/2004 e, por essa razão, sem o quórum qualificado exigido (art. 5º, § 3º), **possuem status de norma supralegal**, como reconhecido no voto prevaemente do Ministro Gilmar Mendes no Recurso Extraordinário n° 466.343-1-SP (destaques postos), ao afirmar o anacronismo da tese da legalidade ordinária dos tratados de direitos humanos frente ao texto constitucional, mesmo antes da reforma produzida pela EC-45/04, com apoio na doutrina de Cançado Trindade, dentre outros:

"Em termos práticos, trata-se de uma declaração eloquente de que os tratados já ratificados pelo Brasil, anteriormente à mudança constitucional, e não submetidos ao processo legislativo especial de aprovação no Congresso Nacional, não podem ser comparados às normas constitucionais.

Não se pode negar, por outro lado, que a reforma também acabou por ressaltar o caráter especial dos tratados de direitos humanos em relação aos demais tratados de reciprocidade entre os Estados pactuantes, conferindo-lhes lugar privilegiado no ordenamento jurídico.

[...]

Importante deixar claro, também, que a tese da legalidade ordinária, na medida em que permite ao Estado brasileiro, ao fim e ao cabo, o descumprimento unilateral de um acordo internacional, vai de encontro aos princípios internacionais fixados pela Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969, a qual, em seu art. 27, determina que nenhum Estado pactuante 'pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado'.

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

Em outros termos, os tratados sobre direitos humanos não poderiam afrontar a supremacia da Constituição, mas teriam lugar especial reservado no ordenamento jurídico. Equipará-los à

PROCESSO N° TST-IRR-239-55.2011.5.02.0319

legislação ordinária seria subestimar o seu valor especial no contexto do sistema de proteção dos direitos da pessoa humana.

[...]

Portanto, diante do inequívoco caráter especial dos tratados internacionais que cuidam da proteção dos direitos humanos, não é difícil entender que a sua internalização no ordenamento jurídico, por meio do procedimento de ratificação previsto na Constituição, tem o condão de paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com ela conflitante." (RE n.º 466.343-1/SP. Relator: Ministro César Peluso).

Destaque-se, em virtude de sua importância, ainda nas palavras do Ministro Gilmar Mendes, "o **efeito paralisante** de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional" conflitante com os tratados internacionais ratificados pelo Brasil, em face do procedimento de ratificação previsto na Carta Magna.

Paralisar, portanto, é deixar de produzir efeitos, perder "sustentação constitucional", não mais encontrar "aconchego no colo da Constituição".

Uma conclusão emerge de maneira inquestionável na jurisprudência do STF: o reconhecimento de que os tratados de direitos humanos não possuem eficácia normativa apenas equivalente à lei ordinária e há de produzir efeito no direito interno.

Merece assinalar que, embora tenha sedimentado tal posicionamento em 03/12/2008 (data da conclusão do julgamento do precedente mencionado), a jurisprudência do STF vinha se manifestando sobre o tema desde 2000, inicialmente por meio do RHC n° 79.785/RJ, da relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, no qual reconheceu a tese da supralegalidade dos tratados de direitos humanos (julgamento em 29/03/2000), e, mais tarde, em afirmação ainda mais abrangente, quando proclamou a índole e nível constitucional dessas normas, desta feita em julgado da lavra do Ministro Celso de Mello (HC 87.585/TO).

Observe-se, então, que **desde o ano de 2000 a discussão no Supremo residia em saber se estavam apenas acima da lei ordinária ou se estavam no mesmo plano constitucional; não mais se discutia, pelo menos a partir de então, se equivaliam à lei ordinária.**

Em face da decisão do STF, o sistema jurídico inaugurou nova forma de verificação da compatibilidade das normas dele integrantes, pois, além de vigentes e eficazes, devem estar em conformidade com os tratados

PROCESSO N° TST-IRR-239-55.2011.5.02.0319

ratificados pelo Brasil, cabendo ao Judiciário, quando provocado, promover o denominado "controle de convencionalidade" que nada mais é do que "o processo de compatibilidade vertical (sobretudo material) das normas de Direito interno com os comandos encontrados nas convenções internacionais de direitos humanos" (MAZZUOLI, Valério. *Curso de direito internacional público*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p.346).

O mesmo autor, em outra passagem de trabalho a respeito, enfatiza não apenas a necessidade de que seja efetuado tal controle, como também destaca a autorização conferida aos tribunais para o exercício do controle difuso de adequação das normas internas aos tratados internacionais:

Tal controle passa, doravante, a ter também caráter difuso, a exemplo do controle difuso de constitucionalidade, pelo qual qualquer juiz ou tribunal pode-se manifestar a respeito. À medida que os tratados forem sendo incorporados ao direito pátrio, os tribunais locais – estando tais tratados em vigor no plano internacional – podem, desde já e independentemente de qualquer condição ulterior, compatibilizar as leis domésticas com o conteúdo dos tratados (de direitos humanos ou comuns) vigentes no país.

Em outras palavras, os tratados internacionais incorporados ao direito brasileiro passam a ter eficácia paralisante (para além de derogatória) das demais espécies normativas domésticas, cabendo ao juiz coordenar essas fontes (internacionais e internas) e escutar o que elas dizem. (Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/194897/000861730.pdf?sequence=3>>).

Arrematou (obra mencionada, p. 128):

Do exposto, vê-se que a produção normativa doméstica depende, para sua validade e conseqüente eficácia, de estar de acordo tanto com a Constituição como com os tratados internacionais (de direitos humanos ou não) ratificados pelo governo.

[...]

A contrario sensu, não basta a norma infraconstitucional ser compatível com a Constituição e incompatível com um tratado ratificado pelo Brasil (seja de direitos humanos, que tem a mesma hierarquia do texto constitucional, seja um tratado comum, cujo status é de norma supralegal), pois, nesse caso, operar-se-á de imediato a terminação da validade da norma (que, no entanto, continuará vigente, por não ter sido expressamente revogada por outro diploma congênere de direito interno).

PROCESSO N° TST-IRR-239-55.2011.5.02.0319

A compatibilidade do direito doméstico com os tratados internacionais de direitos humanos em vigor no país faz-se por meio do controle de convencionalidade, que é complementar e coadjuvante do conhecido controle de constitucionalidade.

Embora afirme ser, tal modalidade, nova no Brasil, aponta haver sido inaugurada no Continente Americano em 2006 em julgamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos do qual extraio expressiva transcrição que, embora se refira à Convenção Americana, se aplica a todo e qualquer tratado de direitos humanos, também como afirmado pelo citado autor:

Quando um Estado ratifica um tratado internacional como a Convenção Americana, seus juízes também estão submetidos a ela, o que os obriga a velar para que o efeito útil da Convenção não se veja diminuído ou anulado pela aplicação de leis contrárias às suas disposições, objeto e fim. Em outras palavras, os órgãos do Poder Judiciário devem exercer não somente um controle de constitucionalidade, senão também 'de convencionalidade' ex officio entre as normas internas e a Convenção Americana, evidentemente no âmbito de suas respectivas competências e dos regulamentos processuais correspondentes. Esta função não se deve limitar exclusivamente às manifestações ou atos dos postulantes em cada caso concreto ..." MAZZUOLI, Valério. Curso de direito internacional público. 4a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p.393)

Por sua vez, em virtude desse conteúdo e não terem ingressado no ordenamento pelo quórum qualificado, as convenções mencionadas possuem *status* supralegal – portanto acima da lei interna e abaixo da Constituição – e torna inaplicável a legislação infraconstitucional com elas conflitante, pois, nas palavras de Flávia Piovesan, ao serem ratificados,

"[...] inovam significativamente o universo dos direitos nacionalmente consagrados – ora reforçando sua imperatividade jurídica, ora adicionando novos direitos, ora suspendendo preceitos que sejam menos favoráveis à proteção dos direitos humanos. Em todas estas três hipóteses, os direitos internacionais constantes dos tratados de direitos humanos apenas vêm aprimorar e fortalecer, nunca a restringir ou debilitar, o grau de proteção dos direitos consagrados no plano normativo interno". (GOMES, Luiz Flávio; PIOVESAN, Flávia (coord.). O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 179).

É certo que, mesmo que se considerassem de idêntica hierarquia - as normas oriundas das convenções mencionadas e da CLT -, essa conclusão

PROCESSO N° TST-IRR-239-55.2011.5.02.0319

entraria em rota de colisão com o quanto anteriormente decidido pelo STF em casos nos quais reconhecia a **paridade normativa** entre tratados internacionais e leis internas e o critério cronológico como determinante para a vigência e eficácia e, com isso, admitir a possibilidade de a norma posterior revogar a anterior ou se for específica, como exemplifica o precedente que transcrevo, com destaques postos, embora afirme **haver sido superado tal posicionamento jurisprudencial posteriormente**:

"[...] PARIDADE NORMATIVA ENTRE LEIS ORDINÁRIAS BRASILEIRAS E TRATADOS INTERNACIONAIS - Tratados e convenções internacionais - tendo-se presente o sistema jurídico existente no Brasil (RTJ 83/809) - guardam estrita relação de paridade normativa com as leis ordinárias editadas pelo Estado brasileiro. A normatividade emergente dos tratados internacionais, dentro do sistema jurídico brasileiro, permite situar esses atos de direito internacional público, no que concerne à hierarquia das fontes, no mesmo plano e no mesmo grau de eficácia em que se posicionam as leis internas do Brasil. A eventual precedência dos atos internacionais sobre as normas infraconstitucionais de direito interno brasileiro somente ocorrerá - presente o contexto de eventual situação de antinomia com o ordenamento doméstico -, não em virtude de uma inexistente primazia hierárquica, mas, sempre, em face da aplicação do critério cronológico (lex posterior derogat priori) ou, quando cabível, do critério da especialidade. Precedentes. EXTRADIÇÃO E PRESCRIÇÃO PENAL - Não se concederá a extradição quando estiver extinta a punibilidade do extraditando pela consumação da prescrição penal, seja nos termos da lei brasileira, seja segundo o ordenamento positivo do Estado requerente. A satisfação da exigência concernente à dupla punibilidade constitui requisito essencial ao deferimento do pedido extradicional. Com a consumação da prescrição penal extraordinária pertinente ao delito de corrupção passiva, reconhecida nos termos da legislação criminal peruana, inviabilizou-se - no que concerne a essa específica modalidade de crime contra a Administração Pública - a possibilidade de deferimento da postulação extradicional." (Ext 662, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 28/11/1996, DJ 30-05-1997 PP-23176 EMENT VOL-01871-01 PP-00015)

Sendo, portanto, normas de hierarquia idêntica – se assim fosse possível se concluir, repito -, o advento das convenções firmadas pelo Brasil, incorporadas ao direito interno, provocaria a derrogação daquelas que se,

PROCESSO N° TST-IRR-239-55.2011.5.02.0319

com elas, se mostrassem incompatíveis, a exemplo do art. 193, § 2º, da CLT, já referido.

Poderia ainda remanescer uma última controvérsia em torno da equivalência das convenções oriundas da OIT, se teriam equivalência aos tratados internacionais de direitos humanos e, nesse aspecto, inequívoca é a resposta diante do conteúdo de direitos sociais que ostentam, reconhecidos, há muito, como *direitos fundamentais de segunda geração*, desde a clássica lição de Norberto Bobbio (*A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992), até a expressa referência no art. 6º, *caput*, da Constituição, no que se refere ao trabalho. Ressalta, mais uma vez, Valério Mazzuoli, ainda que as eleve ao patamar de conteúdo constitucional:

Não se pode esquecer que, sendo as convenções internacionais do trabalho tratados internacionais que versam sobre direitos humanos (notadamente direitos sociais), sua integração ao direito brasileiro dá-se com o status de norma materialmente constitucional ... (Obra citada, p. 923).

Dúvidas não subsistem quanto ao fato de as aludidas Convenções nºs 148 e 155 serem normas de direitos humanos, considerando a peculiar circunstância de versarem, a primeira, sobre Meio Ambiente do Trabalho (Ruído e Vibrações) e Segurança e Saúde dos Trabalhadores, a segunda.

Significa afirmar que, antes da manifestação da Excelsa Corte, poderia até ser sustentada a tese de ocorrência de conflitos de norma de hierarquia equivalente e, por isso mesmo, a prevalência do argumento da incompatibilidade entre ambas. Contudo, a partir de então, **se as Convenções mencionadas situam-se acima da legislação consolidada, as suas disposições não de prevalecer**, tal como ocorreu com a autorização da prisão civil decorrente da condição de depositário infiel, afastada do ordenamento jurídico pátrio por decisão do STF.

Ademais, por se tratar de normas posteriores, especiais e, ainda, mais benéficas ao trabalhador, devem prevalecer sobre as disposições contidas no artigo 193, § 2º, da CLT e no item 16.2.1 da NR-16 da Portaria nº 3.214 do Ministério do Trabalho e Emprego.

É como pensa Gabriela Neves Delgado, ao se referir ao julgamento em foco, em trabalho publicado na revista desta Casa:

Como os diversos jurídicos de proteção devem interagir em benefício dos indivíduos protegidos, e o que importa é o grau de eficácia dessa proteção, deve-se aplicar, em cada caso

PROCESSO N° TST-IRR-239-55.2011.5.02.0319

concreto, "a norma que ofereça melhor proteção à vítima", adotando-se o valor humano, orientado pelo postulado da dignidade da pessoa humana, como referência maior para o cotejo da norma. (Direitos humanos dos trabalhadores: perspectiva de análise a partir dos princípios internacionais do direito do trabalho e do direito previdenciário. Revista do TST. Vol. 77, n. 3, jul/set-2011, p. 65).

Exceção haveria se as convenções mencionadas consagrassem normas menos favoráveis ao trabalhador, o que autorizaria o seu afastamento, diante da regra contida no § 8º do art. 19 da Constituição da OIT:

8. Em caso algum, a adoção, pela Conferência, de uma convenção ou recomendação, ou a ratificação, por um Estado-Membro, de uma convenção, deverão ser consideradas como afetando qualquer lei, sentença, costumes ou acordos que assegurem aos trabalhadores interessados condições mais favoráveis que as previstas pela convenção ou recomendação.

Finalmente, embora despiciendo, incumbe salientar a imposição ao Judiciário para, em sua atuação, tornar efetivas as aludidas normas, mais do que apenas reconhecer a sua existência e efetividade, diante da obrigatoriedade também a ele imposta, em face da vinculação de todo Estado brasileiro, e não apenas do Poder Executivo que a subscreveu.

Precisas são, nesse aspecto, as palavras de Mirtô Fraga, com destaques da transcrição:

O tratado, regularmente concluído – inclusive com aprovação do Congresso – não obriga, apenas, o Executivo; vincula todo o Estado, todos os Poderes, devendo cada um cumprir sua parte: o Legislativo, aprovando as leis necessárias e abstendo-se de votar as que lhe sejam contrárias; o Executivo, regulamentando-as e tudo fazendo para sua fiel execução; **o Judiciário, aplicando o tratado e as normas que o regulamentam, dando a um e outras eficácia, inclusive contra regra interna que lhes seja contrária.** (FRAGA, Mirtô. O conflito entre tratado internacional e norma de direito interno. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 84).

Em idêntico sentido, Antônio Augusto Cançado Trindade, que destaca objetivos, alcance e destinatários dessa obrigação:

No presente contexto de proteção, já não mais se justifica que o direito internacional e o direito interno continuem sendo abordados de forma estanque ou compartimentalizada, como o foram no passado. Ao criarem obrigações para os Estados vis-à-vis os seres humanos sob sua jurisdição, as normas dos tratados de direitos humanos aplicam-se não só na ação conjunta

PROCESSO N° TST-IRR-239-55.2011.5.02.0319

(exercício da garantia coletiva) dos Estados Partes na realização do propósito comum de proteção, mas também e sobretudo no âmbito do ordenamento jurídico interno de cada um deles. **O cumprimento das obrigações internacionais de proteção requer o concurso dos órgãos internos dos Estados, e estes são chamados a aplicar as normas internacionais. É este o traço distintivo e um dos mais marcantes dos tratados de direitos humanos, dotados de especificidade própria. Com a interação entre o direito internacional e o direito interno no presente contexto, os grandes beneficiários são as pessoas protegidas.** (TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Tratado de direito internacional dos direitos humanos. v. I. 2ª ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2003. p. 547-548).

Cabe, portanto, a este Tribunal proclamar a superação da norma interna em face de outra, de origem internacional, mais benéfica, papel, aliás, próprio do Judiciário, como Alessandro Santos de Miranda:

Concluindo afirmativamente o debate sobre a possibilidade de se requerer judicialmente a satisfação dos direitos sociais fundamentais, cabe ressaltar que não existe direito social fundamental que não apresente ao menos uma alguma característica ou faceta que permita sua judicialidade no caso de violação. (MIRANDA, Alessandro Santos de. Ativismo judicial na promoção dos direitos sociais. São Paulo: LTr, 2013. p. 98).

Em síntese conclusiva, afirmo:

- a) o direito aos adicionais de insalubridade e periculosidade é assegurado no artigo 7º, XXIII, da Constituição Federal, de forma plena, sem qualquer ressalva no que tange à cumulação;
- b) a possibilidade de regulação por lei ordinária, mencionada no citado dispositivo, não autoriza a redução do alcance do preceito constitucional, em interpretação restritiva, sob pena de atingir, frontalmente, o princípio da máxima efetividade da Constituição;
- c) mesmo que não se reconheça a natureza de normas materialmente constitucionais dos tratados internacionais sobre direitos humanos, **a jurisprudência consolidada do STF lhes reconhece status de supralegalidade, o que significa afirmar estarem em patamar de hierarquia superior à CLT;**
- d) em virtude de constituírem instrumentos consagradores de direitos sociais, as convenções da OIT correspondem a tratados de direitos humanos

PROCESSO N° TST-IRR-239-55.2011.5.02.0319

e, por conseguinte, possuem tal hierarquia normativa, além de conteúdo mais favorável;

e) as Convenções n° 148 e 155 determinam sejam levados em consideração os riscos para a saúde, decorrentes da exposição simultânea a diversas substâncias ou agentes, o que é representado, no Brasil, no caso em tela, pela compensação propiciada pela percepção dos adicionais de insalubridade e periculosidade;

f) tais convenções derrogaram a regra prevista no art. 193, § 2º, da CLT e o item 16.2.1 da NR-16 da Portaria n° 3.214/78 do Ministério do Trabalho e Emprego, no que se refere à percepção de apenas um adicional, em caso de estar o empregado sujeito a condições insalubres e perigosas no trabalho executado.

Outra não é a conclusão de Carolina Plácido Corrêa Bastos em trabalho monográfico, no qual promove aprofundado estudo sobre o tema e conclui:

"Contudo, embora não haja um entendimento unívoco acerca da matéria, o STF já fixou entendimento de que, diferentemente dos tratados comuns, essas normas detêm um caráter especial de proteção ao ser humano.

Estão inseridas nesse contexto as Convenções Internacionais do Trabalho n° 148 e n° 155, as quais, apesar de inseridas nesta celeuma, foram incorporadas ao direito nacional, cumprindo todas as formalidades exigíveis, quais sejam: ratificação, decreto legislativo e decreto presidencial.

Outrossim, por se tratarem de tratados internacionais de direitos humanos, notadamente direitos sociais, não há dúvidas de que possuem status especial frente as demais normas ordinárias, como a Consolidação das Leis do Trabalho, mesmo que seu iter procedimental tenha ocorrido antes da Emenda Constitucional n° 45.

Portanto, é de concluir que as Convenções Internacionais do Trabalho n° 148 e n° 155 são tratados internacionais de direitos humanos que vieram ampliar o espectro de proteção ao trabalhador no ordenamento jurídico interno, conferindo-lhe a possibilidade de cumular os adicionais de risco, tantos quantos forem os agentes nocivos presentes no ambiente de trabalho.

Outra não deve ser a conclusão senão a de que a recepção dessas normas internacionais paralisou os efeitos das normas de direito interno em situação de incompatibilidade com o direito internacional, notadamente aquela insculpida no art. 193, §2º da CLT, que veda a percepção cumulativa dos adicionais de risco.

É de ressaltar ainda que, à luz do princípio da prevalência da norma mais favorável, as Convenções n° 148 e n° 155 da OIT,

PROCESSO N° TST-IRR-239-55.2011.5.02.0319

por melhor protegerem os direitos da pessoa humana, permitindo a percepção cumulativa dos adicionais, devem prevalecer sobre o preceito legal interno que expressamente veda esta cumulação.

Acrescente-se que o artigo celetista, ao vedar a cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade, por suprimir direito assegurado a todo trabalhador no artigo 7º, inciso XXIII, da Constituição Federal, revela sua incompatibilidade com os princípios constitucionais de proteção à vida, à saúde e segurança do trabalhador e, sobretudo, com o princípio da dignidade da pessoa humana.

O entendimento pela aplicação das disposições contidas nas Convenções Internacionais do Trabalho nº 148 e nº 155, portanto, celebra também a aplicação da norma mais favorável ao trabalhador e a afirmação da dignidade da pessoa humana." (BASTOS, Carolina Plácido Corrêa. Da cumulação de adicionais de risco à saúde ocupacional: uma análise feita à luz da Constituição Federal de 1988 e das normas internacionais. Monografia (Pós-graduação), Fundação Faculdade de Direito da Bahia, 2013. p. 1090).

Registre-se, finalmente, que não se está desconhecendo a jurisprudência desta Casa em sentido diverso do que se sustenta na presente decisão, na medida em que não há precedentes na SDI que analisaram o tema a partir da natureza atribuída às convenções internacionais da OIT, em função do quanto decidido pelo STF.

Parte-se do pressuposto da presença do elemento de distinção que faz afastar a força dos precedentes anteriores e serve como mola propulsora da possibilidade de revisão da jurisprudência da Casa, mesmo porque com ela não conflita; ao contrário, apenas são luzes distintas que apontam na em outra direção, em decorrência de alteração promovida nas normas jurídicas que embasam a postulação a indicar a existência de elementos de distinção capazes de afastar a incidência do precedente, denominados pela doutrina como *distinguishing*, em virtude de não haver coincidência entre os elementos fáticos principais discutidos e aqueles que serviram de base à *ratio decidendi* (tese jurídica) constante do precedente – o que não corresponde ao caso presente - ou, a despeito de existir uma aproximação entre eles, alguma peculiaridade no caso em julgamento afasta a aplicação do precedente, como assinala Fredie Didier Jr. (DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. V. II. 6ª ed. Salvador: JusPodium, 2011. p. 386).

PROCESSO N° TST-IRR-239-55.2011.5.02.0319

A peculiaridade reside exatamente na decisão do STF que elevou ao patamar de supralegalidade as convenções da OIT e o tea, sob essa ótica, não haver sido examinada, como assinalado.

Destarte, irretocável a decisão regional que reconheceu a possibilidade de cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade. (grifos originais e acrescidos)

Compartilhando desse entendimento, tem-se as palavras do Ministro Maurício Godinho Delgado, na ementa do julgado TST-RR-465-74.2013.5.04.0015, oriundo da 3ª Turma desta Corte, publicado no DEJT de 13/5/2016:

RECURSO DE REVISTA DO RECLAMANTE. ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE. POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO. NÃO RECEPÇÃO DO ART. 193, § 2º, DA CLT PELO ART. 7º, XXIII, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. ARTIGO 8.3 DA CONVENÇÃO 148 DA OIT E ART. 11-B DA CONVENÇÃO 155 DA OIT. "STATUS" DE NORMA SUPRALEGAL. A ciência do Direito informa que a Constituição representa fonte normativa dotada de prevalência na ordem jurídica. Ela é que confere validade – fundamento e eficácia – a todas as demais normas jurídicas existentes em determinado contexto jurídico nacional. Observe-se que o fundamento de validade surge, em geral, por abstração negativa, o que significa que a norma infraconstitucional será válida e eficaz desde que não agrida o comando ou princípio constitucional estabelecido. O cotejo das normas jurídicas infraconstitucionais com os princípios e regras constitucionais provoca, como se sabe, distintos fenômenos relevantes. Trata-se da revogação, da recepção e da invalidação. A revogação ocorre quando a antiga norma infraconstitucional é suprimida da ordem jurídica, tácita ou expressamente, por não se compatibilizar com o novo quadro constitucional emergente. A recepção, por sua vez, acontece quando a antiga norma infraconstitucional preserva-se na ordem jurídica, por se mostrar compatível com o novo quadro constitucional emergente. Finalmente, a invalidação se passa quando a norma produzida choca-se com a ordem constitucional em vigor, esterilizando-se por declaração de inconstitucionalidade. Em resumo, se a norma for editada após o advento da nova ordem constitucional, a avaliação circunscreve-se à declaração de inconstitucionalidade ou constitucionalidade das leis e atos normativos. Se a

PROCESSO N° TST-IRR-239-55.2011.5.02.0319

norma infraconstitucional for anterior à nova Constituição e com ela compatível, será recepcionada; se incompatível, será revogada. Trata-se, essa última hipótese, do fenômeno da "não recepção" das normas jurídicas infraconstitucionais. Na presente hipótese avalia-se a recepção do art. 193, § 2º, da CLT, ali inserido pela Lei 6.514/77, pela Constituição Federal promulgada em 1988. E a resposta é negativa. Os incisos XXII e XXIII do art. 7º da CF resguardam o direito dos trabalhadores ao recebimento dos adicionais de insalubridade, periculosidade e penosidade sem qualquer restrição quanto à cumulação, remetendo à lei ordinária a sua regulação, a qual se dá pela CLT e demais normas infraconstitucionais. Trata-se, assim, de norma de eficácia limitada, ou seja, depende de emissão de uma normatividade futura para alcançar plena eficácia. Esse preceito, entretanto, possui relevante eficácia jurídica, isto é, tem aptidão para obstar a edição de normas infraconstitucionais em sentido antitético ou incompatível ao incorporado no preceito constitucional vigorante, invalidando – ou revogando, como na hipótese – tais normas antagônicas. Além da força vinculante da Constituição, a República Federativa do Brasil incorporou ao ordenamento jurídico interno as Convenções Internacionais 148, promulgada por meio do Decreto n. 93.413, de 15.10.86, com vigência a partir de 14.01.83, e 155, promulgada pelo Decreto n. 1.254, de 29.9.94, com vigência a partir de 18.5.1993, ambas da OIT. A Convenção n° 148 estabelece diversas propostas relativas ao meio ambiente de trabalho, notadamente em relação à contaminação atmosférica, ruído e vibrações. Por sua vez, a Convenção 155 trata da segurança e saúde dos trabalhadores, adotando diversas proposições relativas à segurança, à higiene e ao meio ambiente do trabalho. Ressalta-se que, no Direito do Trabalho, as Convenções da OIT, quando ratificadas pelo Estado brasileiro, têm se tornado importantes fontes formais justralhistas no País. Não há dúvidas de que a jurisprudência do País (STF), por décadas, considerou que esses diplomas internacionais, ao ingressarem na ordem jurídica interna, fazem-no com o *status* infraconstitucional. Isso significa que se submetem, inteiramente, ao crivo de constitucionalidade; nesta medida podem ser declarados inválidos, mesmo após ratificados, se existente afronta a regra ou princípio insculpido na Constituição brasileira. Registre-se que a *Reforma do Judiciário*, promulgada em dezembro de 2004 (EC. 45/04), passou a conferir *status* de emenda constitucional a tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que tenham sido aprovados com o rito e *quorum* similares

PROCESSO N° TST-IRR-239-55.2011.5.02.0319

aos de emenda. Cabe ressaltar que o Supremo Tribunal Federal, em sessão de dezembro de 2008, modificou, em parte, sua jurisprudência sobre o *status* normativo das regras internacionais ratificadas pelo Brasil. Fixou o patamar supralegal dessas regras (acima das leis ordinárias e complementares), desde que referentes a convenções e tratados internacionais sobre direitos humanos (o *status* clássico, de simples diploma legal, ficou preservado para a generalidade dos documentos internacionais ratificados). A alteração interpretativa tem de ser integrada a um quadro de avanço hermenêutico e cultural, e não de retrocesso. Desse modo, havendo aparente conflito entre normas internacionais ratificadas e o Direito interno, deve prevalecer a norma e a interpretação mais favoráveis à pessoa humana a quem se destina a tutela jurídica. O mesmo se aplica a normas de tratados e convenções internacionais de direitos trabalhistas – que têm óbvia natureza de direitos humanos: em situação de aparente conflito entre preceitos internacionais ratificados (as Convenções citadas, por exemplo) e preceitos legais internos, prevalece o princípio da norma mais favorável ao trabalhador, quer no que tange ao critério de solução do conflito normativo, quer no que diz respeito ao resultado interpretativo alcançado. Com relação ao caso concreto, acerca da possibilidade de cumulação dos adicionais de insalubridade e de periculosidade, não há dúvidas de que as disposições que mais se harmonizam com os referidos preceitos e com as normas constitucionais de proteção do trabalhador são aquelas previstas nas Convenções 148 e 155 da OIT (que possuem *status* supralegal, isto é, acima das leis ordinárias e complementares, mas abaixo da Constituição), em detrimento da regra do art. 193, § 2º, da CLT, no sentido de que são cumuláveis o adicional de periculosidade e o de insalubridade. Trata-se, com efeito, de parcelas sumamente distintas, que não se compensam, nem se substituem, não podendo ser deduzidas. Desse modo, por força do texto normativo do art. 7º, XXII e XXIII da CF, combinado com o art. 11-b, da Convenção 155 da OIT, o sentido do art. 193, §2º, CLT, tem de ser considerado como não recepcionado (revogado) pela nova ordem jurídica constitucional estabelecida com a Constituição Federal promulgada em 1988, para permitir a acumulação das parcelas diferentes, porém não a duplicidade de pagamento da mesma verba pela ocorrência de duplo fator agressivo. **Ou seja, não se pagam, é óbvio, dois adicionais de insalubridade em vista da existência de dois agentes insalubres, pois a verba é a mesma; porém pagam-se as duas verbas distintas (insalubridade e periculosidade), caso existam**

PROCESSO N° TST-IRR-239-55.2011.5.02.0319

seus fatores específicos de incidência. Por fim, quanto à possibilidade de os Tribunais manifestarem-se sobre a recepção constitucional por meio de órgão fracionário, o Supremo Tribunal Federal, em diversos julgamentos, considerou que a cláusula de reserva de plenário (*full bench*), prevista no art. 97 da CF/88, somente se aplica às leis e atos normativos do Poder público editados sob a égide da atual Constituição, não se aplicando, desse modo, ao fenômeno da recepção/não recepção (caso dos autos). Precedentes do STF. Assim, em razão da necessidade de nova compreensão desta Corte acerca da cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade à luz dos parâmetros acima citados, não se pode considerar que o art. 193, § 2º, da CF, tenha sido recepcionado pela Constituição Federal de 1988, razão pela qual se possibilita a percepção conjunta do adicional de insalubridade e de periculosidade. Recurso de revista conhecido e provido. (g.n.)

A remissão aos referidos julgados, que exaurem o exame da questão e permitem o lançamento de uma nova compreensão sobre o tema, aliadas às breves contribuições deste relator, que se propuseram a enfrentar as fragilidades dos fundamentos que calcavam a tese divergente, permitem, pois, uma nova diretriz para o encaminhamento do tema.

Cumprindo apenas, ao final, destacar que o trabalho exercido apenas em condições insalubres ou apenas em condições perigosas é menos grave que o trabalho exercido em condições simultaneamente insalubres e perigosas, notadamente quando os fatos geradores da insalubridade e da periculosidade são totalmente diversos, como na espécie.

Nessa linha, o princípio da isonomia (Preâmbulo e art. 5º, *caput*, Constituição da República) impõe o tratamento desigual a situações desiguais, de modo que, sendo o trabalho ao mesmo tempo insalubre e perigoso, a cumulação dos adicionais é de rigor, quando se trata de exposição a agentes insalubres e perigosos distintos entre si.

Assim, estando o empregado submetido a labor com maior extensão e complexidade, como é o caso dos trabalhadores que exercem suas atividades em locais insalubres e perigosos, devem receber o seu pagamento de acordo com a extensão e complexidade desse trabalho, sob pena de ferimento do princípio da isonomia, pois não é possível aceitar que, quando se labore isoladamente em uma dessas condições, receba o

PROCESSO N° TST-IRR-239-55.2011.5.02.0319

adicional respectivo, trabalhando sob as duas condições, tenha-se que escolher qual o adicional receber, ao estar com a saúde e a vida em risco.

Por isso, conceber a inviabilidade da cumulação de adicionais encerra desatenção ao princípio da isonomia, em que a remuneração percebida por uma condição em trabalho perigoso ou insalubre envereda em situação na qual todos recebam o mesmo valor de salário, quer se ativem apenas em ambiente insalubre ou também, cumulativamente, em ambiente insalubre e perigoso. Esse é um tratamento indevido da questão constitucional do princípio da isonomia, visto que se deve tratar os iguais de modo igual e os desiguais de maneira desigual, na exata medida de suas desigualdades.

A isonomia substancial parte do tratamento desigual para aqueles que estão em situação desigual. Desigual está, sim, quem trabalha em condição perigosa e insalubre de quem apenas se ativa em uma daquelas condições.

Na espécie, a interpretação conferida à norma legal no sentido da inviabilidade de cumulação de adicionais encerra processo de desconstrução deletéria dos princípios constitucionais do Direito do Trabalho, dentre eles o da igualdade. Assim, a isonomia reversa inscrita na sugestão de tratamento dos desiguais como se iguais fossem, ou seja, ocasionando a desconsideração de diferenciais estabelecidos pela própria norma para os desiguais, não merece nenhuma guarida. A isonomia substancial parte do tratamento desigual para quem está em situação desigual.

Reitere-se: Desigual está, sim, quem trabalha em condição perigosa e insalubre de quem apenas se ativa em uma daquelas condições.

Nesse mesmo sentido se posicionou o Ministro Hugo Scheuermann na sessão de julgamento do Processo E-ARR-1081-60.2012.5.03.0064, quando assim se manifestou:

Sr. Presidente, Srs. Ministros, sempre votei, na Turma, pela impossibilidade de acumulação dos adicionais de insalubridade e de periculosidade na linha evidentemente da jurisprudência que vinha até então predominando. Mas pessoalmente sempre tive uma preocupação com

PROCESSO N° TST-IRR-239-55.2011.5.02.0319

relação a essas duas questões, porque tratam da saúde e da vida do trabalhador. Sempre me questionei acerca do Princípio da Isonomia, neste caso, aqui inverso. Decidindo pela impossibilidade de cumulação, na realidade, estou igualando desiguais. Um trabalhador está sujeito ao risco à saúde em contato com um agente insalubre? Estou igualando um trabalhador que está sujeito a três ou quatro agentes nocivos, que lhe causam três ou quatro tipos de doença, com aquele que tem o risco de contrair uma só doença. Da mesma forma, estou igualando aquele que, eventualmente, trabalha em atividade insalubre, com o seu risco à saúde por um agente, e que, por outro lado, também está em contato com uma atividade de risco, colocando em risco a sua vida. Sempre questionei isso. Por isso, aberta agora a discussão, com relação à eventual revisão dessa jurisprudência majoritária, peço vênua à divergência para acompanhar o Relator. Para não ser repetitivo, acompanho o Relator integralmente pelos fundamentos de S. Ex.^a, agregados aos fundamentos agora expostos pelo Ministro Augusto César.

É oportuna a análise que o Desembargador Francisco Rossal de Araújo elabora acerca do assunto:

Inserir a saúde do trabalhador como direito fundamental é fruto de uma longa luta e ampliação de consciência, que pode ser vista na evolução normativa. O certo é que esse direito está dentro do catálogo de direito e liberdade positivadas que compõem o conjunto de direitos fundamentais na Constituição Brasileira, tanto no que diz respeito ao seu individualista – o direito à vida e à integridade física – quanto ao seu aspecto social: direito à saúde e ao meio ambiente de trabalho sadio.” (ARAÚJO, Francisco Rossal de. A saúde do trabalhador como direito fundamental (no Brasil). “Justiça do Trabalho”. Porto Alegre: Hs Editora, n. 317, mai. 2010, pp. 7-32)

Alerta Mozart Victor Russomano que:

Quando alguém pegar com suas mãos o texto das leis trabalhistas de um país, saiba que ali estão séculos de sofrimentos calados ou de revoltas e que aquelas páginas, nas entrelinhas da composição em linotipo, foram escritas a sangue e fogo, porque, até hoje, infelizmente, nenhuma classe

PROCESSO N° TST-IRR-239-55.2011.5.02.0319

dominante abriu mão de seus privilégios apenas por idéias de fraternidade ou por espírito de amor aos homens. (RUSSOMANO, Mozart Victor. “O Empregado e o Empregador No Direito Brasileiro.” 7ª ed. São Paulo: Forense, 1984)

A possibilidade de cumulação de adicionais de insalubridade, portanto, é juridicamente cabível. Se, ao exercer a direção de sua atividade, o empregador sujeita o trabalhador a mais de uma circunstância insalubre, é justo que pague os adicionais correspondentes às situações efetivamente verificadas no ambiente de trabalho, sob pena de ofensa, inclusive, ao princípio da isonomia.

Frise-se que não são cumuláveis entre si dois ou mais adicionais de insalubridade ou dois ou mais adicionais de periculosidade, porque dispõem da mesma natureza e de igual premissa de remuneração, no âmbito da higiene e da segurança do trabalho, respectivamente.

Este Incidente, portanto, não autoriza eventual cumulação de dois ou mais adicionais de insalubridade ou de dois ou mais adicionais de periculosidade, que teriam de envolver outros preceitos e enfrentamentos estranhos ao acervo conceitual das normas regulamentadoras vigentes, tais como a conexão entre agentes físicos, químicos e biológicos e a potencialização de riscos quando houvesse sobreposição de agentes explosivos e inflamáveis.

De igual maneira, é importante destacar que o Incidente e seus fundamentos se concentram nas fontes primárias de insalubridade - por agentes físicos, químicos e biológicos estampados na Norma Regulamentadora n° 15 aprovada pela Portaria n° 3.214/1978 do Ministério do Trabalho - e nas fontes primárias de periculosidade - por agentes explosivos, inflamáveis e radiativos, constantes da redação original da Norma Regulamentadora n° 16, igualmente de 1978.

Logo, para os fins deste julgado, a acumulação não se estende às previsões legais de periculosidade fundadas meramente na atividade desempenhada - como o vigilante e o eletricitário, referidos pela Lei n° 12.740/2012, e o motociclista, enunciado pela Lei n° 12.997/2014 -, mas apenas às previsões normativas de periculosidade por contato com risco acentuado no manejo de elementos explosivos,

PROCESSO N° TST-IRR-239-55.2011.5.02.0319

inflamáveis e radiativos, pois são essas as premissas insculpidas na norma internacional sobre a qual se fundamenta a presente decisão, a saber, as Convenções n°s 148 e 155 da OIT.

O fato de o legislador brasileiro ter utilizado o mesmo *nomen juris* para qualificar adicionais de remuneração de substratos diferentes - adicional de periculosidade, por contato com substâncias, e adicional de periculosidade, por desenvolvimento de determinadas atividades - não é suficiente para equipará-los para todos os fins, a começar pela acumulação aqui sustentada.

2 - CUMULAÇÃO DOS ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE E DE PERICULOSIDADE - DIREITO PRÉ-CONSTITUCIONAL - NÃO RECEPÇÃO DO § 2° DO ART. 193 DA CLT PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 - CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO (ART. 97 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E SÚMULA VINCULANTE N° 10 DO STF) - INAPLICABILIDADE SEGUNDO A JURISPRUDÊNCIA ITERATIVA E ATUAL DO STF

Encaminhando-se à conclusão desta decisão no sentido de declarar a não recepção do § 2° do art. 193 da CLT pelo comando do inciso XXIII do art. 7° da Constituição Federal, cumpre analisar a necessidade de se observar a cláusula de reserva de plenário da qual trata o art. 97, *caput*, da Constituição Federal, que determina:

Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial **poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público. (g.n.)**

O Supremo Tribunal Federal editou a Súmula Vinculante n° 10, que também alude ao presente tema, no seguinte sentido:

Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de Tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.

PROCESSO N° TST-IRR-239-55.2011.5.02.0319

A não recepção de uma lei pelo advento de uma nova ordem constitucional, ou seja, por inconstitucionalidade superveniente, não se equipara à inconstitucionalidade originária, que ocorre quando o ato normativo questionado surge na vigência da Constituição Federal.

Georges Abboud destaca, com propriedade, que não há controle de constitucionalidade superveniente na ordem jurídica, delineando as consequências quanto à aplicação da cláusula de reserva de plenário nos casos em que se examina a não recepção de determinada disposição legal pretérita, ao dispor que:

3.10. Recepção de leis anteriores à CF/1988**3.10.1. *A questão da não recepção das leis anteriores à Constituição Federal***

Em regra, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal considera que as leis anteriores à Constituição Federal não podem ser objeto de controle abstrato de constitucionalidade, ao invés disso, o correto seria considerar essas leis não recepcionadas pelo vigente diploma constitucional.

3.10.1.1. *A questão da inconstitucionalidade superveniente*

Em nossa ordem jurídica, não há a figura do controle de constitucionalidade superveniente, tal qual consta na Constituição Portuguesa na alínea 2 do art. 282.

Nesse contexto, a doutrina constitucional portuguesa distingue a inconstitucionalidade originária da superveniente.

A supramencionada distinção refere-se ao momento de produção do texto constitucional. Por consequência, caso surja lei posterior ao texto constitucional vigente, ficará configurada a inconstitucionalidade originária, vale dizer, desde seu nascedouro (origem) a lei seria inconstitucional (SIC). Por outro lado, se é produzido um novo texto constitucional, que torna desconforme a lei preexistente, caracteriza-se a inconstitucionalidade superveniente.

Na definição de Canotilho, a inconstitucionalidade superveniente materializa-se no instante em que surge uma nova Constituição ou uma lei de revisão constitucional que estabeleça disciplina normativa em regras ou princípios contrários às leis anteriores.

3.10.1.2. *O fenômeno da não recepção das leis inconstitucionais*

PROCESSO N° TST-IRR-239-55.2011.5.02.0319

Por inexistir dispositivo constitucional autorizando controle de constitucionalidade de lei anterior à Constituição Federal, o mecanismo a ser utilizado para revogar essas decisões é a declaração de não recepção dessas normas pela Constituição vigente.

Na realidade, quando se põe a questão da revogação vs declaração de inconstitucionalidade de lei anterior à Constituição, a coerência dessa diferenciação é a de que não se pode exigir o mesmo rigor para se examinar a conformidade constitucional de uma lei anterior ao regime constitucional em relação àquela promulgada sob a égide do vigente sistema constitucional e que, em tese, teria se submetido aos procedimentos do novo processo legislativo instituído pelo texto constitucional.

Ou seja, não faz sentido submeter ao mesmo rigorismo procedimental a aferição da constitucionalidade de uma lei produzida anteriormente à Constituição vigente em relação àquela embasada na Constituição em vigor.

A distinção entre não recepção e declaração de inconstitucionalidade não é meramente teórica, ela possui reflexos prático-procedimentais no que diz respeito à necessidade de aplicação da reserva de plenário (art. 97 da CF/1988) para a desaplicação da lei inconstitucional por parte de nossos tribunais. Portanto, dispensa a regra do *full bench* o afastamento de lei inconstitucional produzida antes da Constituição vigente.

Em verdade, apesar das diferenças procedimentais, tanto a revogação de lei anterior à Constituição, quanto à declaração de inconstitucionalidade, têm por vício a própria inconstitucionalidade.

Acerca da questão, Canotilho ensina que, no fenômeno da não recepção, há uma contrariedade de nível hierárquico-normativo (lei anterior contrária à CF/1988) e um problema temporal de revogação (leis que se sucedem no tempo). Daí que nenhum tribunal pode aplicar lei anterior à CF/1988 que seja inconstitucional. Todavia, ela somente considera-se revogada por ser considerada contrária à Constituição.

No mesmo sentido, Lucio Bittencourt afirma que: *“uma lei incompatível com a Constituição é, sempre, na técnica jurídica pura, uma lei inconstitucional, pouco importando que tenha precedido o Estatuto Político*

PROCESSO N° TST-IRR-239-55.2011.5.02.0319

ou lhe seja posterior. A revogação é consequência da inconstitucionalidade”.

Ademais, justamente pelo vício ter a mesma origem a inconstitucionalidade, é que se admite recurso extraordinário com fundamento no art. 102, III, b contra decisão que declarar a inconstitucionalidade de lei ou tratado, ainda que anteriores à Constituição Federal. (ABBOUD, Georges. “Processo Constitucional Brasileiro”. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, pp. 183-186),

De fato, consultando a jurisprudência corrente do Supremo Tribunal Federal, verifica-se a desnecessidade de submissão à reserva de plenário quando a análise da inconstitucionalidade versa norma editada antes da ordem constitucional vigente, caso dos autos.

Conforme destacou o ilustre autor, não faz sentido submeter ao mesmo procedimento de controle difuso de constitucionalidade as normas editadas sob a égide da Constituição Federal anterior, na medida em que os atos normativos surgidos no curso da Constituição da República de 1988 gozam de presunção de constitucionalidade, uma vez que sua produção já tomou como parâmetros as novas regras constitucionais.

A jurisprudência corrente do Supremo Tribunal Federal é nesse sentido, prescindindo da cláusula de reserva de plenário para exame de revogação de norma pretérita ao regime constitucional, conforme espelham os seguintes precedentes jurisprudenciais:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA PESSOA FÍSICA. MODO DE CÁLCULO. VALORES RECEBIDOS EM ATRASO E ACUMULADAMENTE. ARTIGO 12 DA LEI 7.713/1988. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. TEMA 368. JULGAMENTO DE MÉRITO NO RE 614.406. APLICAÇÃO DO REGIME DE COMPETÊNCIA. ENTENDIMENTO APLICÁVEL AO ART. 12-A DA LEI 7.713/1988. MATÉRIA DE ÍNDOLE INFRACONSTITUCIONAL. OFENSA INDIRETA À CONSTITUIÇÃO FEDERAL. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 279 DO STF. PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA, DO

PROCESSO Nº TST-IRR-239-55.2011.5.02.0319

CONTRADITÓRIO E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. MATÉRIAS COM REPERCUSSÃO GERAL REJEITADA PELO PLENÁRIO DO STF NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 748.371. VIOLAÇÃO AO ARTIGO 93, IX, DA CONSTITUIÇÃO. INEXISTÊNCIA. **ALEGAÇÃO DE OFENSA AO ARTIGO 97 DA CONSTITUIÇÃO.** INOCORRÊNCIA. RECURSO INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. MAJORAÇÃO DOS HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA. ARTIGO 85, § 11, DO CPC/2015. RECURSO DESPROVIDO. Decisão: Trata-se de recurso extraordinário objetivando a reforma da decisão que inadmitiu recurso extraordinário, manejado com arrimo na alínea a do permissivo constitucional, contra acórdão que assentou, verbis: “TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. INCIDÊNCIA SOBRE PAGAMENTOS DE VALORES EM ATRASO. REGIME DE COMPETÊNCIA. PRECEDENTE DO STJ. RECURSO IMPROVIDO. SENTENÇA MANTIDA. 1. Recurso interposto pela parte ré em face de sentença que declarou que o cálculo do imposto de renda relativo a valores recebidos em atraso deve observar as tabelas e alíquotas vigentes à época em que os valores deveriam ter sido adimplidos – regime de competência, bem como determinou a restituição dos valores indevidamente recolhidos a tal título, corrigidos pela SELIC. 2. A sentença vergastada guarda consonância com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que firmou entendimento, em acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC, no sentido de que "O Imposto de Renda incidente sobre os benefícios pagos acumuladamente deve ser calculado de acordo com as tabelas e alíquotas vigentes à época em que os valores deveriam ter sido adimplidos, observando a renda auferida mês a mês pelo segurado. Não é legítima a cobrança de IR com parâmetro no montante global pago extemporaneamente.” (REsp 1118429/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 24/03/2010, DJe 14/05/2010). 3. O STJ reafirmou o entendimento em relação à incidência da taxa SELIC, esclarecendo que após a edição da Lei 9.250/95, aplica-se a referida taxa desde o recolhimento indevido, ou, se for o caso, a partir de 01/06/1996, não podendo ser cumulada, porém, com qualquer outro índice, seja de atualização monetária, seja de juros, porque a SELIC inclui, a um só tempo, o índice de inflação do período e a taxa de juros real. (REsp

PROCESSO N° TST-IRR-239-55.2011.5.02.0319

961.368/PR, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04/03/2010, DJ-e 12/03/2010). Juros de mora e correção monetária devidos a contar da data de cada recolhimento indevido, exclusivamente pela taxa SELIC. 4. Embora seja possível, em tese, a compensação das quantias apuradas na Declaração de Ajuste Anual de imposto de renda e demais deduções, a parte recorrente não apresentou elementos de prova acerca da existência de valores passíveis de compensação sob esse fundamento. Porém, nada impede que o juízo da execução proceda à referida compensação, caso fique comprovada sua indispensabilidade. (Recurso nº 0010091-52.2012.4.01.3400, Relatora Juíza Federal Candice Lavocat Galvão Jobim, julgado em 27/02/2013) 5. Recurso da União improvido. Sentença mantida. 6. Honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) do valor corrigido da causa, em favor da parte recorrida, conforme art. 55 da Lei n. 9.099/1995.” (Doc. 1, p. 78). Nas razões do apelo extremo, sustenta preliminar de repercussão geral e, no mérito, aponta violação aos artigos 2º, 5º, XXXV e LV, 93, IX, 97, 146, 150, II, 153, I e III, da Constituição Federal, Alega, em síntese, a constitucionalidade dos arts. 12 e 12-A da Lei nº 7.713/1988, sob o argumento de que o imposto de renda sobre valores recebidos acumuladamente deve ser calculado pelo regime de caixa, ou seja, quando da aquisição econômica ou jurídica da renda, nos termos do art. 43 do CTN. Afirma, ainda, que os regimes de tributação previstos nos mencionados dispositivos, em geral, conferem situação mais benéfica ao contribuinte, em comparação com o cálculo do tributo pelo regime de competência. É o relatório. DECIDO. O recurso não merece prosperar. Ab initio, saliente-se que os princípios da ampla defesa, do contraditório (artigo 5º, LV), do devido processo legal (artigo 5º, LIV) e os limites da coisa julgada (artigo 5º, XXXVI), quando debatidos sob a ótica infraconstitucional, não revelam repercussão geral apta a tornar o apelo extremo admissível, consoante decidido pelo Plenário Virtual do STF na análise do ARE 748.371, da relatoria do ministro Gilmar Mendes, DJe de 1º/8/2013, Tema 660: “Ante o exposto, manifesto-me pela rejeição da repercussão geral do tema relativo à suposta violação aos princípios do contraditório, da ampla defesa, dos limites da coisa julgada e do devido processo legal, quando o julgamento da causa depender de prévia análise da adequada aplicação das normas infraconstitucionais.” Relativamente à

PROCESSO N° TST-IRR-239-55.2011.5.02.0319

alegada violação ao artigo 93, IX, da Constituição Federal, o Supremo Tribunal Federal firmou jurisprudência no sentido de que a decisão judicial tem que ser fundamentada, ainda que sucintamente, sendo prescindível que o decism se funde na tese suscitada pela parte. Nesse sentido: AI 791.292-QO-RG, rel. min. Gilmar Mendes, Plenário, DJe de 13/8/2010. Quanto à matéria de fundo, o Plenário desta Corte reconheceu a repercussão geral e julgou o mérito do RE 614.406, Rel. Min. Rosa Weber, Redator do acórdão o Min. Marco Aurélio, DJe de 27/11/2014, Tema 368, no qual firmou entendimento no sentido de que, em face dos princípios da isonomia e da capacidade contributiva, os valores recebidos em atraso e acumuladamente por pessoas físicas devem se submeter à incidência do imposto de renda considerando-se os exercícios envolvidos de forma individual, segundo o regime de competência. O julgado recebeu a seguinte ementa: "IMPOSTO DE RENDA PERCEPÇÃO CUMULATIVA DE VALORES ALÍQUOTA. A percepção cumulativa de valores há de ser considerada, para efeito de fixação de alíquotas, presentes, individualmente, os exercícios envolvidos". Ressalte-se que, embora o julgado tenha reconhecido apenas a inconstitucionalidade do art. 12 da Lei 7.713/1988, as formas de cálculo previstas nas redações dadas ao art. 12-A da mesma norma não se identificam com o regime de competência estabelecido como o correto para o cálculo do imposto de renda sobre valores recebidos acumuladamente, sendo o caso de também afastar sua adoção. Além disso, a verificação do alegado efeito mais benéfico na adoção das sistemáticas de cálculo previstas nos arts. 12 e 12-A da Lei 7.713/1988 para o caso em concreto – inclusive para identificar eventual ausência de interesse do autor da lide –, demanda a interpretação de normas infraconstitucionais e a análise das provas dos autos. Ocorre que, a violação constitucional dependente da análise de malferimento de dispositivos infraconstitucionais ou que tem como escopo o incursionamento no contexto fático-probatório engendrado nos autos não se revela cognoscível em sede de recurso extraordinário, porquanto referida pretensão não se amolda à estreita via do apelo extremo, cujo conteúdo restringe-se à fundamentação vinculada de discussão eminentemente de direito constitucional. No caso, a afronta à Constituição, se existente, seria indireta e incidiria o óbice erigido pela Súmula 279 do STF de seguinte teor, verbis: “Para simples reexame de prova não cabe recurso

PROCESSO N° TST-IRR-239-55.2011.5.02.0319

extraordinário”. Nesse sentido: RE 908.172-AgR, Rel. Min. Marco Aurélio, 1ª Turma, DJe de 25/11/2015, RE 972.281, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 2/6/2016, RE 904.403, Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 20/4/2016, RE 910.630, Rel. Min. Luiz Fux, DJe de 1º/2/2016, RE 887.075, Rel. Min. Roberto Barroso, DJe de 24/11/2015. **Nesse contexto, também não há que se falar em contrariedade ao art. 97 da Constitucional. A cláusula de reserva de plenário é inaplicável às leis editadas sob a égide de Constituições pretéritas, restando, portanto, somente o juízo de recepção ou não do texto normativo, o que pode ser realizado por qualquer órgão fracionário de Tribunal sem que se considere ter havido qualquer violação ao Princípio do Full Bench. Adotando essa orientação: “Agravo regimental em agravo de instrumento. 2. Tributário. Empréstimos compulsórios. Lei n. 4.156/62. Cláusula de reserva de plenário (artigo 97 da CF). Inaplicabilidade a diploma pré-constitucional. Precedente. 3. Agravo regimental a que se nega provimento.” (AI 831.166-AgR, Segunda Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe de 29.04.2011). Além disso, observada a existência de orientação consolidada do STF sobre a questão constitucional, dispensável o atendimento à cláusula de reserva de plenário pelos Tribunais (art. 97 da CF). Com esse raciocínio, destaco as seguintes decisões: RE 370.765-AgR, Rel. Min. Marco Aurélio, 1ª Turma, DJe de 11/3/2011, RE 278.710-AgR, Rel. Min. Joaquim Barbosa, 2ª Turma, DJe 28/5/2010, AI 481.584-AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, 1ª Turma, DJe de 21/8/2009. É certo, ainda, que inexistente ofensa quando o Tribunal a quo não declara a inconstitucionalidade de norma legal e nem afasta sua aplicação com base em preceito Constitucional, mas apenas interpreta a norma infraconstitucional que disciplina a matéria e a aplica ao caso concreto. Nesse sentido, menciono os seguintes precedentes: “AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. ADMINISTRATIVO. GRATIFICAÇÃO DE RISCO DE POLICIAMENTO OSTENSIVO. LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL 59/2004. EXTENSÃO AOS INATIVOS E PENSIONISTAS. REEXAME DE INTERPRETAÇÃO DE NORMAS INFRACONSTITUCIONAIS LOCAIS. OFENSA REFLEXA. SÚMULA 280 DO STF. RESERVA DE PLENÁRIO. VIOLAÇÃO AO ART. 97 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.**

PROCESSO Nº TST-IRR-239-55.2011.5.02.0319

INEXISTÊNCIA. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I - A verificação da alegada ofensa ao texto constitucional envolve o reexame da interpretação dada pelo juízo a quo à legislação infraconstitucional local aplicável ao caso (Lei Complementar estadual 59/2004). A afronta à Constituição, se ocorrente, seria indireta. Incidência da Súmula 280 do STF. Precedentes. II - Não há violação ao princípio da reserva de plenário quando o acórdão recorrido apenas interpreta norma infraconstitucional, sem declará-la inconstitucional ou afastar sua aplicação com apoio em fundamentos extraídos da Lei Maior. III - Agravo regimental a que se nega provimento.” (ARE 784.179-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, DJe de 17/2/2014). “AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. CARTEIRA NACIONAL DE HABILITAÇÃO. INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA. EXPEDIÇÃO DA CNH. INTERPRETAÇÃO DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO. ART. 97 DA CF/88 E SÚMULA VINCULANTE Nº 10. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO. PRECEDENTES. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que não há violação ao princípio da reserva de plenário quando o acórdão recorrido apenas interpreta norma infraconstitucional, sem declará-la inconstitucional, ou afasta sua aplicação com apoio em fundamentos extraídos da Constituição Federal. Precedentes. Ausência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada. Agravo regimental a que se nega provimento.” (ARE 767.313-AgR, Rel. Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, DJe de 26/3/2015). Por fim, observo que o recurso foi interposto sob a égide da nova lei processual, o que impõe a aplicação de sucumbência recursal. Ex positis, DESPROVEJO o recurso, com fundamento no artigo 932, VIII, do Código de Processo Civil de 2015 c/c o artigo 21, § 1º, do Regimento Interno do STF, e CONDENO a parte sucumbente nesta instância recursal ao pagamento de honorários advocatícios majorados ao máximo legal (artigo 85, § 11, do CPC/2015). (RE 1.208.898/DF – Rel. Min. Luiz Fux, DJe de 24/6/2019 – g.n.)

TRIBUTÁRIO. FUNDO ESPECIAL DE DESENVOLVIMENTO E APERFEIÇOAMENTO DAS ATIVIDADES DE FISCALIZAÇÃO – FUNDAF. TAXA. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. 1. A contribuição para

PROCESSO N° TST-IRR-239-55.2011.5.02.0319

o FUNDAF, a título de ressarcimento dos custos das atividades extraordinárias de fiscalização em entrepostos aduaneiros de uso público, tem natureza tributária, e sua exigência, com base, exclusivamente, em critérios preconizados em atos do Poder Executivo – Decreto 1.912/1996 e Instruções Normativas/SRF, reveste-se de ilegalidade. 2. Os serviços de fiscalização constituem manifestação do exercício do poder de polícia. Portanto, a remuneração por eles cobrada tem natureza de taxa, nos termos do artigo 145, II, da CF/88. 3. Tratando-se de taxa, e, por ser considerada tributo, está sujeito às limitações do poder de tributar previstas constitucionalmente, ou seja, sua hipótese de incidência deveria ter base de cálculo, alíquota e contribuintes fundamentados em lei (art. 150, I, da CF c/c o art. 97 do CTN), em face do princípio da legalidade. 4. Os instrumentos normativos, frutos da delegação de competência previstas no Decreto-lei n° 1.455/1976 e no Decreto 91.030/1985, não mais subsistem ante o disposto no art. 25 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. 5. Quanto à condenação em honorários advocatícios, entendo merecer ser reduzida tal verba, uma vez que, sendo sucumbente a Fazenda Pública, o juiz não está adstrito aos limites percentuais estabelecidos no art. 20, § 3º, do CPC, mas deve observar o juízo de apreciação equitativa a que se refere o § 4º do mesmo dispositivo legal. Portanto, a verba honorária merece ser reduzida para R\$ 10.000,00 (dez mil reais). 6. Remessa necessária parcialmente provida e apelação improvida” (págs. 4 e 5 do documento eletrônico 11). No RE, fundado no art. 102, III, a, da Constituição Federal, sustenta-se violação dos arts. 93, IX, e 97, da mesma Carta, bem como do art. 25 do ADCT. A pretensão recursal não merece acolhida. Registro, de início, que os Ministros deste Tribunal, no julgamento do AI 791.292-QO-RG/PE (Tema 339), de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, reconheceram a repercussão geral e reafirmaram a jurisprudência desta Corte na linha de que a exigência do art. 93, IX, da Constituição não impõe que a decisão seja exaustivamente fundamentada. O que se busca é que o julgador indique de forma clara as razões de seu convencimento, tal como ocorreu. Nesse sentido, transcrevo a ementa do referido precedente: “Questão de ordem. Agravo de Instrumento. Conversão em recurso extraordinário (CPC, art. 544, §§ 3º e 4º). 2. Alegação de ofensa aos incisos XXXV e LX do art. 5º e ao inciso IX do art. 93 da Constituição Federal. Inocorrência. 3. O art. 93, IX, da Constituição Federal

PROCESSO N° TST-IRR-239-55.2011.5.02.0319

exige que o acórdão ou decisão sejam fundamentados, ainda que sucintamente, sem determinar, contudo, o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas, nem que sejam corretos os fundamentos da decisão. 4. Questão de ordem acolhida para reconhecer a repercussão geral, reafirmar a jurisprudência do Tribunal, negar provimento ao recurso e autorizar a adoção dos procedimentos relacionados à repercussão geral” (grifei). **Acerca da alegada ofensa ao art. 97 da Constituição, ressalto que esta Corte possui entendimento firmado no sentido de que não há violação à cláusula de reserva de plenário de normas pré-constitucionais, que exige juízo negativo de recepção, e não um juízo declaratório de inconstitucionalidade, não havendo que se fala em desrespeito à cláusula de reserva de plenário. Nessa trilha, destaco julgados deste Tribunal, cujas ementas transcrevo a seguir: “AGRAVO REGIMENTAL. RECLAMAÇÃO. ALEGADO DESRESPEITO À CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO. VIOLAÇÃO DA SÚMULA VINCULANTE 10. NÃO OCORRÊNCIA. NORMA PRÉ-CONSTITUCIONAL. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I — A norma cuja incidência teria sido afastada possui natureza pré-constitucional, a exigir, como se sabe, um eventual juízo negativo de recepção (por incompatibilidade com as normas constitucionais supervenientes), e não um juízo declaratório de inconstitucionalidade, para o qual se imporia, certamente, a observância da cláusula de reserva de plenário. II – Agravo regimental a que se nega provimento” (Rcl 15.786-AgR/PE, Tribunal Pleno, de minha relatoria). “AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONSTITUCIONAL. EMPRÉSTIMO COMPULSÓRIO. LEI 4.156/62. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO DA CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO (ARTIGO 97 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL). INOCORRÊNCIA. NORMA ERIGIDA SOB A ÉGIDE DA CONSTITUIÇÃO ANTERIOR. RECEPÇÃO DA LEI POR ÓRGÃO FRACIONÁRIO. POSSIBILIDADE. 1. A cláusula de reserva de plenário (full bench) é aplicável somente aos textos normativos erigidos sob a égide da atual Constituição. 2. As normas editadas quando da vigência das**

PROCESSO N° TST-IRR-239-55.2011.5.02.0319

Constituições anteriores se submetem somente ao juízo de recepção ou não pela atual ordem constitucional, o que pode ser realizado por órgão fracionário dos Tribunais sem que se tenha por violado o art. 97 da CF. Precedentes: AI-AgR 582.280, Segunda Turma, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 6.11.2006 e AI 831.166-AgR, Segunda Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, Dje de 29.4.2011. 3. Agravo regimental desprovido” (AI 669.872-AgR/RS, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma). Por fim, verifico que o juízo de origem dirimiu a controvérsia dos autos com amparo na interpretação da legislação infraconstitucional, de modo que eventual ofensa à Constituição Federal seria indireta, o que inviabiliza o recurso. Nesse sentido, destaco o RE 684.842-AgR/SC, de relatoria do Ministro Luiz Fux, cuja ementa segue transcrita: “AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRIBUTÁRIO. FUNDO ESPECIAL DE DESENVOLVIMENTO E APERFEIÇOAMENTO DAS ATIVIDADES DE FISCALIZAÇÃO-FUNDAF. NATUREZA JURÍDICA. A REPERCUSSÃO GERAL NÃO DISPENSA O PREENCHIMENTO DOS DEMAIS REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE DOS RECURSOS. ART. 323 DO RISTF C.C. ART. 102, III, § 3º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. CONTROVÉRSIA INFRACONSTITUCIONAL. OFENSA REFLEXA. INVIABILIDADE DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. 1. A repercussão geral pressupõe recurso admissível sob o crivo dos demais requisitos constitucionais e processuais de admissibilidade (art. 323 do RISTF). 2. Consectariamente, se o recurso é inadmissível por outro motivo, não há como se pretender seja reconhecida “a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso” (art. 102, III, § 3º, da CF). 3. Entendimento diverso do adotado pelo acórdão recorrido – como deseja o recorrente – quanto à natureza jurídica da contribuição, in casu, se taxa ou preço público, necessário seria a análise da legislação infraconstitucional que o orientou (Decretos-leis ns. 1.437/75 e 1.455/76, Decreto n. 91.030/85, e Instrução Normativa n. 48/96 da SRF), por isso que a eventual ofensa à Constituição opera-se de forma indireta, circunstância que inviabiliza a admissão do extraordinário. (Precedentes: AI n. 145.680-AgR, Relator o Ministro Celso de Mello, 1ª Turma, DJ de 30.4.93; AI n. 157.906-AgR, Relator o Ministro Sydney Sanches, 1ª Turma, DJ de 9.12.94; RE n. 148.512, Relator o Ministro Ilmar Galvão, 1ª Turma, DJ de 2.8.96; AI n.

PROCESSO N° TST-IRR-239-55.2011.5.02.0319

757.658-AgR, Relator o Ministro Eros Grau, 2ª Turma, DJ de 24.11.09; RE n. 197.773-AgR, Relatora a Ministra Ellen Gracie, 1ª Turma, DJ de 19.10.01, entre outros). 4. Os princípios da legalidade, o do devido processo legal, o da ampla defesa e do contraditório, bem como a verificação dos limites da coisa julgada e da motivação das decisões judiciais quando a verificação da violação dos mesmos depende de reexame prévio de normas infraconstitucionais, revelam ofensa indireta ou reflexa à Constituição Federal, o que, por si só, não desafia a instância extraordinária. (Precedentes: AI n. 804.854, 1ª Turma, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, DJe de 18.08.10 e AI n. 756.336-AgR, 2ª Turma, Relatora a Ministra Ellen Gracie, DJe de 25.10.10). 5. In casu, o acórdão originariamente recorrido assentou: ‘TRIBUTÁRIO. FUNDO ESPECIAL DE DESENVOLVIMENTO E APERFEIÇOAMENTO DAS ATIVIDADES DE FISCALIZAÇÃO – FUNDAF. TAXA. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. A contribuição ao FUNDAF constitui taxa, porquanto compulsória e destinada a custear atividades estatais típicas de polícia. A referida taxa não foi criada pelo Decreto-lei nº 1.437/75, que institui o FUNDAF, tampouco pelo Decreto-lei nº 1.455/76. O Decreto nº 91.030/85 atribui competência ao Secretário da Receita Federal, o qual, através de instrução normativa, veio dispor sobre sujeição passiva e valores devidos, inobservando o princípio da legalidade em matéria tributária. Indevida a imposição tributária, pois ausente a base legal.’ 6. Agravo Regimental a que se nega provimento” Nesse mesmo sentido, cito o RE 1.053.132/SC, de relatoria do Ministro Alexandre de Moraes, e o RE 684.482/SC, de relatoria do Ministro Luiz Fux. Isso posto, nego seguimento ao recurso (art. 21, § 1º, do RISTF). (ARE 1.166.552/ES, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe de 20/3/2019 – g.n.)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PRELIMINAR DE REPERCUSSÃO GERAL. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. ÔNUS DO RECORRENTE. VIOLAÇÃO AO ART. 93, IX, DA CF/88. OMISSÃO NÃO CONFIGURADA. FUNDAMENTAÇÃO DO JULGADO RECORRIDO NOS TERMOS DAS DIRETRIZES FIXADAS NO AI 791.292 RG (REL. MIN. GILMAR MENDES, TEMA 339). OFENSA AO DIREITO ADQUIRIDO, AO ATO JURÍDICO PERFEITO, À COISA

PROCESSO N° TST-IRR-239-55.2011.5.02.0319

JULGADA OU AOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE, DO CONTRADITÓRIO, DA AMPLA DEFESA E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. QUESTÃO INFRACONSTITUCIONAL. REPERCUSSÃO GERAL NEGADA (ARE 748.371, REL. MIN. GILMAR MENDES, TEMA 660). ART. 100 DA CONSTITUIÇÃO. DEFICIÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA 284 DO STF. **ART. 97 DA CF/88. SÚMULA VINCULANTE 10. INCONSTITUCIONALIDADE DE NORMA ANTERIOR À CONSTITUIÇÃO DE 1988. JUÍZO DE RECEPÇÃO. DESNECESSIDADE DA OBSERVÂNCIA DA CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO.** CONSTITUCIONALIDADE E APLICABILIDADE IMEDIATA DO ART. 1º-F DA LEI 9.494/1997. INOVAÇÃO RECURSAL. INVIABILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. (AI 861.439 AgR/RS – Rel. Min. Teori Zavascki, 2ª Turma, DJe de 23/2/2015 – g.n.)

Não obstante a remansosa jurisprudência da Corte Suprema, desde o ano de 2011 pende de julgamento o processo RE 660.968/RS, em que foi reconhecida a repercussão geral da matéria relativa à necessidade de observância da reserva de plenário também para o exame de não recepção de lei anterior à Constituição Federal.

Contudo, não foi determinada a suspensão dos processos em andamento, razão pela qual o próprio STF vem aplicando o entendimento até então reinante, no sentido de não se submeter à não recepção de norma pretérita à reserva de plenário.

Nesse sentido, seguindo a jurisprudência da Corte Suprema, não há vedação para que este Colegiado examine o presente Incidente de Recurso repetitivo e declare a não recepção do § 2º do art. 193 da CLT pela nova ordem constitucional vigente.

3 - INTERPRETAÇÃO TELEOLÓGICA DO ART. 193, § 2º, DA CLT - ATENDIMENTO AOS FINS SOCIAIS DA LEI E ÀS EXIGÊNCIAS DO BEM COMUM

PROCESSO N° TST-IRR-239-55.2011.5.02.0319

- INTELIGÊNCIA DO ART. 5° DA LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO

Caso vencida a tese principal do presente voto, em que restou evidenciada a não recepção do art. 193, § 2°, da CLT pela Constituição Federal de 1988, passa-se, então, a desvendar qual a inteligência do comando legal em questão, que, ao aludir à hipótese em que o empregado que trabalha em ambiente perigoso, estabelece que ele poderá optar pelo adicional de insalubridade que porventura lhe seja devido.

Dispõe o art. 193, § 2°, da CLT:

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: (Redação dada pela Lei nº 12.740, de 2012)

I - inflamáveis, explosivos ou energia elétrica; (Incluído pela Lei nº 12.740, de 2012)

II - roubos ou outras espécies de violência física nas atividades profissionais de segurança pessoal ou patrimonial. (Incluído pela Lei nº 12.740, de 2012)

§ 1° - O trabalho em condições de periculosidade assegura ao empregado um adicional de 30% (trinta por cento) sobre o salário sem os acréscimos resultantes de gratificações, prêmios ou participações nos lucros da empresa. (Incluído pela Lei nº 6.514, de 22.12.1977)

§ 2° - O empregado poderá optar pelo adicional de insalubridade que porventura lhe seja devido. (g.n.)

Esta Subseção, em acórdão lavrado nos autos do E-ARR-1081-60.2012.5.03.0064, adotou a tese de que interpretação do referido dispositivo legal, o qual veda a cumulatividade dos adicionais de insalubridade e de periculosidade, somente faria sentido para as hipóteses em que o fato gerador desses adicionais coincidisse. Citou como exemplo hipotético o trabalhador de mineradora que labora com explosivo (fato gerador único), que goza do direito ao adicional de

PROCESSO N° TST-IRR-239-55.2011.5.02.0319

insalubridade decorrente dos ruídos gerados pelas explosões e que, ao mesmo tempo, está submetido a risco de vida causado pelas explosões.

Essa posição intermediária mostra-se ponderada e razoável, na medida em que procura conferir efetividade ao direito previsto no *caput* e parágrafos do art. 193 da CLT, dispositivos que visam a proteger os trabalhadores que desenvolvem suas atividades em áreas de risco, assegurando-lhes a percepção de adicional de 30% sobre o salário.

O adicional em questão, nas lições de Maurício Godinho Delgado, ostenta natureza “nitidamente contraprestativa: paga-se um plus em virtude do desconforto, desgaste ou risco vivenciados, da responsabilidade e encargos superiores recebidos, do exercício cumulativo de funções, etc”. (DELGADO, Maurício Godinho. “Curso de Direito do Trabalho”. 2ª ed. São Paulo: LTr, 2003, p. 730)

Pontue-se, ainda, que, além da natureza compensatória, a previsão legal tem por finalidade inibir que as empresas submetam seus empregados a ambientes de risco e, ao mesmo tempo, as incentive a desenvolver técnicas que minimizem, ou mesmo neutralizem, esses riscos, velando pela saúde e integridade física dos seus colaboradores.

Essa intenção foi destacada por Arnaldo Süssekind, ao dispor que:

Os adicionais compulsórios possuem, assim, caráter retributivo mas não se incorporam aos salários do empregado, porque são devidos apenas enquanto perdurar a situação de “trabalho anormal” que enseja o seu pagamento. O Direito do Trabalho deve visar em tais casos, não à perpetuidade dos adicionais e sim à execução dos serviços em condições que não determinem o seu pagamento. Por isto mesmo, removida a causa que o subordinou (trabalho noturno, extraordinário, insalubre, perigoso ou, ainda, transferência provisória do empregado), torna-se indevido o respectivo adicional ou sobre-salário.

No tocante aos adicionais de insalubridade e de periculosidade, o capítulo da CLT sobre a “Segurança e Medicina do Trabalho”, elaborado por Comissão que tivemos a honra de presidir em 1977, explicitou:

“Art. 194 - O direito do empregado ao adicional de insalubridade ou de periculosidade cessará com a eliminação do

PROCESSO N° TST-IRR-239-55.2011.5.02.0319

risco à sua saúde ou integridade física, nos termos desta Seção e das normas expedidas pelo Ministério do Trabalho. (...)” (SÜSSEKIND, Arnaldo. “Instituições de Direito do Trabalho”. Vol. 1. 13ª ed. São Paulo: LTr, 1992, p. 423)

Seja como for, o fato é que a interpretação atribuída ao § 2º do art. 193 da CLT não pode esvaziar o conteúdo da norma presente no *caput* e demais parágrafos, que é o de evitar o labor em ambiente de risco, onerando o empregador com o pagamento de adicional correspondente.

Atribuir interpretação literal ao referido preceito legal, como pretendem alguns, acaba por esvaziar não apenas a norma que assegura proteção a quem labora em ambiente perigoso, mas também, aos empregados submetidos a trabalho insalubre.

Alípio Silveira destaca a importância da interpretação finalística da norma para desvendar sua inteligência e atender aos seus fins sociais e às exigências do bem comum. Leciona o aludido jurista:

6. Alcance do art. 5º da Lei de Introdução

Já estudamos demoradamente, em anteriores capítulos o art. 5º da Lei de Introdução do Código Civil, que preceitua: “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se destina e às exigências do bem comum”.

É certo que esse artigo estabelece, quer a interpretação teleológica, quer aquela histórico-evolutiva, quer ainda a aplicação da “lógica do razoável”, defendida por Recaséns Siches.

Não nos parece difícil traçar a coincidência prática, em matéria hermenêutica, entre a lógica do “razoável”, e as exigências do bem comum, preconizadas no art. 5º da Lei de Introdução.

Em primeiro lugar, a técnica hermenêutica do “razoável” ou do “logos do humano”, é a que melhor corresponde à natureza da interpretação e da adaptação da norma ao caso. A dimensão da vida humana, dentro da qual vive o direito, assim o reclama. O fetichismo da norma abstrata aniquila a realidade da vida. A lógica tradicional, de tipo matemático ou silogístico, é insuficiente ao jurista para que possa ele compreender e interpretar de modo justo os dispositivos legais, nem para que possa adaptá-los às circunstâncias dos casos concretos. O juiz realiza, na imensa maioria dos casos, um trabalho

PROCESSO N° TST-IRR-239-55.2011.5.02.0319

de adaptação da lei ao caso concreto, segundo critérios valorativos alheios aos moldes silogísticos. (R. Siches, Nueva Filosofia de la Interpretation, cit.).

Ora, ao se orientar por juízo de valor em que se inspira a ordem jurídica em vigor, deverá o aplicador, sem dúvida, atender ao bem comum, já que a lei é a ordenação da razão, editada pela autoridade competente, em vista do bem comum. E como o bem comum se compõe de certos elementos primaciais, entre os quais se destacam a idéia de justiça e a utilidade comum, são estes elementos, de caráter essencialmente valorativo, que fornecem as diretivas ao aplicador.

É verdade que Siches, em certa passagem, nos diz que a solução satisfatória do caso concreto deriva do que a ordem jurídica considera como sentido de justiça. Mas, em nossa opinião, também a utilidade comum deve ser levada em conta.

Ainda a mostrar essa equivalência prática entre “lógica do razoável” e exigências do bem comum, pode-se argumentar, com Louis Lachance (Le Droit et la Justice selon Aristote et Saint Thomaz) que, na ordem jurídica, deve-se considerar, não apenas a lógica formal, mas o fim do direito, o seu aspecto moral. Ora, o fim da ordem jurídica é o bem comum, de fundo essencialmente ético. Em conclusão – lógica do razoável e juízos de valor (sendo o bem comum o valor supremo) são conceitos idênticos na sua atuação prática.

Mas também propiciará o art. 5º o afastamento de lei, em face de circunstâncias específicas? Pensamos que sim. Se, ao aplicar a lei ao caso concreto, se verificar que as circunstâncias específicas tornam injusta uma aplicação rigorosa da lei justa em geral, ou se, em outras palavras, essa aplicação rigorosa não se harmonizar com os fins sociais da lei e com as exigências específicas do bem comum, ela não deverá ser feita. Se o juiz persistir na malfadada aplicação, não estará atendendo aos fins sociais a que a lei se destina, nem às exigências específicas do bem comum. Deverá ele, pois, adaptar a lei às circunstâncias específicas do caso, na medida do possível. (SILVEIRA, Alípio. “Hermenêutica Jurídica: seus princípios fundamentais no Direito Brasileiro”. Vol. 2. Leia Livros, p. 245)

O caso dos autos amolda-se perfeitamente aos ensinamentos de Alípio Silveira, na medida em que se revela injusta a

PROCESSO N° TST-IRR-239-55.2011.5.02.0319

aplicação rigorosa do art. 193, § 2º, da CLT, vedando a cumulatividade dos adicionais de insalubridade e de periculosidade, posicionamento que não se harmoniza com os fins sociais da lei, tampouco atende às exigências do bem comum, conforme será demonstrado.

A interpretação literal do § 2º do mencionado dispositivo legal, no sentido de impossibilitar a cumulação dos adicionais de periculosidade e de insalubridade em toda e qualquer hipótese, desconsidera por completo a regulamentação constitucional, legal e infralegal que visa a proteger e a desencorajar a exposição dos trabalhadores a ambientes perigosos e insalubres e que confere tratamento particular a cada uma dessas atividades, classificando-as e impondo limites e parâmetros objetivos para essas exposições, além de prever onerações pecuniárias diferenciadas para o empregador que busca seus lucros em atividades danosas aos seus trabalhadores.

A vedação à cumulação dos adicionais desconsidera inclusive a natureza das coisas, deixando de reconhecer que o trabalho em ambiente perigoso e, ao mesmo tempo, insalubre é duplamente nocivo à pessoa humana, ao trabalhador e, por isso, merece proteção diferenciada pelo ordenamento jurídico constitucional, legal e infralegal, como anteriormente exposto.

Não é razoável supor que a legislação dê tratamento diferenciado para o labor perigoso e insalubre, reconhecendo o duplo mal causado aos trabalhadores que se submetem a esses ambientes, seja físico, seja psicológico, mas, ao tratar da cumulação do § 2º do art. 193 da CLT, contrarie toda a sua intenção de dar proteção diferenciada e particular para cada uma dessas atividades, perigosas e insalubres, impondo que o empregado opte por um dos adicionais.

A própria literalidade do § 2º do art. 193 da CLT não é taxativa em vedar a cumulação dos adicionais, mas apenas prevê uma faculdade, ao dispor que "O empregado poderá optar pelo adicional de insalubridade que porventura lhe seja devido".

Nesse particular, ganha relevo o contexto em que o referido dispositivo foi editado, ano de 1977, em que o ordenamento jurídico constitucional somente assegurava o direito ao adicional de insalubridade, silenciando quanto à proteção ao trabalho perigoso.

PROCESSO N° TST-IRR-239-55.2011.5.02.0319

Talvez esse quadro explique a razão pela qual o legislador ordinário tenha conferido ao trabalhador a faculdade de optar pelo adicional de insalubridade, quando também exposto a ambiente de risco.

No entanto, como discutido em linhas anteriores, a aplicação rigorosa da literalidade do § 2º do art. 193 da CLT não mais atende os fins sociais que a lei protetiva pretende, tampouco as exigências do bem comum, notadamente quando a proteção ao trabalho periculoso, a exemplo do labor em local insalubre que já contava com proteção específica na Emenda Constitucional nº 1/1969, também ingressou no capítulo dos direitos sociais constitucionalmente estabelecidos e, também, de convenções internacionais das quais o Brasil passou a ser signatário.

A vedação à cumulação dos adicionais de periculosidade e insalubridade para os empregados que trabalham em ambientes que os submetem, ao mesmo tempo, a fatos geradores diversos e particulares para a periculosidade e para a insalubridade, acaba por negar todas as demais normas que reconhecem a nocividade dos inúmeros ambientes arrolados pelas normas regulamentares editadas pelo antigo Ministério do Trabalho, hoje a cargo de órgãos do Ministério da Economia.

Corroborar a interpretação literal e puramente restritiva do § 2º do art. 193 da CLT é admitir que o legislador ordinário intencionasse proteger o trabalhador contra riscos à sua integridade física e à sua saúde, mas, ante situação extrema na qual a atividade empresarial o submetesse a duplo mal, por exposição a agentes perigosos e insalubres, o deixasse descoberto de uma das duas proteções, suportando os riscos do empreendimento.

A interpretação sistemática e teleológica do art. 193, § 2º, da CLT não comporta esse entendimento, que prestigia o interesse econômico em detrimento da segurança e saúde do trabalhador. Essa perspectiva está em flagrante descompasso com todo o ordenamento jurídico que regulamenta o trabalho em condições perigosas e insalubres, dando tratamento diferenciado para essas atividades.

Além disso, atribuir ao empregado a difícil e descabida opção de ser remunerado por apenas um dos adicionais, de periculosidade ou de insalubridade, ofende, inclusive, o princípio da

PROCESSO N° TST-IRR-239-55.2011.5.02.0319

dignidade da pessoa humana, pois transfere para a parte mais vulnerável da relação jurídica o ônus de optar por um dos dois adicionais compensatórios, sem nenhuma justificativa plausível para tanto, na medida em que, no dia a dia laboral, esse trabalhador estará sujeito às duas causas geradoras de ambos adicionais.

Certamente, os fins sociais do art. 193, § 2º, da CLT não são no sentido de transferir para o trabalhador o ônus decorrente do labor em atividades duplamente danosas à sua integridade física e à sua saúde, notadamente quando os riscos do empreendimento devem ser suportados pelo empregador, que dele auferes seus lucros.

Por isso é a correta interpretação que se extrai do art. 193, § 2º, da CLT o sentido de assegurar a percepção cumulativa dos adicionais de insalubridade e de periculosidade quando as causas geradoras são diversas, autônomas, na forma do voto, não alcançando as situações em que o fato gerador da insalubridade e da periculosidade é comum, uno. A referida norma também não alberga a cumulação entre si de dois ou mais adicionais de insalubridade ou de dois ou mais adicionais de periculosidade, porque dispõem da mesma natureza e de igual premissa de remuneração, no âmbito da higiene e da segurança do trabalho, respectivamente.

4 - TESE JURÍDICA EXTRAÍDA DO INCIDENTE DE RECURSO REPETITIVO

A SBDI-1 suspendeu o julgamento dos embargos subjacentes ao presente Incidente, afetando a matéria concernente à "Cumulação de Adicionais de Periculosidade e de Insalubridade Amparados em Fatos Geradores Distintos e Autônomos", questão que foi identificada e submetida a julgamento por meio deste Incidente (art. 5º, I, da Instrução Normativa nº 38/2015 do TST), sintetizando-a em forma de indagação.

Esgotada a análise da controvérsia, responde-se afirmativamente à indagação formulada, fixando-se, com força obrigatória (arts. 896-C da CLT, 927, III, do CPC e 3º, XXIII, da Instrução Normativa nº 39/2015 do TST), a tese jurídica a seguir enunciada:

PROCESSO N° TST-IRR-239-55.2011.5.02.0319

I. Preenchidos os requisitos mínimos das normas regulamentadoras, são cumuláveis um adicional de periculosidade e um adicional de insalubridade, por força do disposto no art. 7º, XXII e XXIII, da Constituição Federal de 1988 e nos itens 8.3 e 11, “b”, da Convenção nº 155 da OIT, resultando não recepcionada, em parte, pela ordem jurídica vigente a limitação contida no art. 193, § 2º, da CLT.

II. Não são cumuláveis entre si dois ou mais adicionais de insalubridade ou dois ou mais adicionais de periculosidade, porque dispõem da mesma natureza e de igual premissa de remuneração, no âmbito da higiene e da segurança do trabalho, respectivamente.

III. Para os fins deste julgado, a acumulação não alcança as previsões legais de periculosidade fundadas na atividade desempenhada – como o vigilante e o eletricitário, referidos pela Lei nº 12.740/2012, e o motociclista, amparado pela Lei nº 12.997/2014 –, mas apenas as previsões normativas de periculosidade por contato com risco acentuado no manejo de elementos explosivos, inflamáveis e radiativos.

IV. Com fulcro nos arts. 927, § 3º, do CPC e 3º, XXIII, da Instrução Normativa nº 39/2015 do TST, atribui-se eficácia prospectiva à tese ora firmada, preservando-se as situações consolidadas à luz do entendimento jurisprudencial anterior e considerando-se como marco modulatório a data do presente julgamento.

Brasília, 26 de setembro de 2019.

MINISTRO VIEIRA DE MELLO FILHO