

**UNIVERSIDADE DO EXTREMO SUL CATARINENSE - UNESC
CURSO DE DIREITO**

OTÁVIO CARLOS PEDROSO

**A CUMULAÇÃO DO PAGAMENTO DOS ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE E
PERICULOSIDADE E A APLICAÇÃO DAS NORMAS DE DIREITO
INTERNACIONAL DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO SOB A
PERSPECTIVA DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE.**

CRICIÚMA

2019

OTÁVIO CARLOS PEDROSO

**A CUMULAÇÃO DO PAGAMENTO DOS ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE E
PERICULOSIDADE E A APLICAÇÃO DAS NORMAS DE DIREITO
INTERNACIONAL DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO SOB A
PERSPECTIVA DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE.**

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado
para a obtenção do grau de Bacharel no Curso
de Direito na Universidade do Extremo Sul
Catarinense - UNESC.

Orientadora: Prof. Ma. Patrícia Farias dos
Santos

CRICIÚMA

2019

OTÁVIO CARLOS PEDROSO

A CUMULAÇÃO DO PAGAMENTO DOS ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE E A APLICAÇÃO DAS NORMAS DE DIREITO INTERNACIONAL DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO SOB A PERSPECTIVA DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE.

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado pela Banca Examinadora para obtenção do Grau de Bacharel, no Curso de Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense, UNESC, com Linha de Pesquisa em Direito do Trabalho e Direito Constitucional.

Criciúma, junho de 2019.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Mestra Patrícia Farias dos Santos - UNESC – Orientadora

Prof. Mestre Luiz Eduardo Lapolli Conti

Prof. Mestra Raquel de Souza Felício - UNESC

AGRADECIMENTOS

Os Agradecimentos, por si só, informam quanto à vontade do interlocutor. Entretanto, além de palavras, expressam sentimentos, os quais permeiam toda esta jornada.

Primeiramente, agradeço à Deus, pois, em minha fé, proporcionou os caminhos os qual deveria trilhar, utilizando apenas de meu livre arbítrio, mas, mesmo assim, sendo guia em toda essa longa jornada, principalmente em minha trajetória acadêmica.

Agradeço à minha esposa Caroline por toda a paciência e amor, sempre estando ao meu lado em cada momento crucial desta trajetória, sendo, incontestemente, a maior incentivadora e apoiadora, e que auxiliou, com toda sua fé em mim, na confecção e conclusão deste trabalho.

Aos meus pais, por todo conhecimento ético e moral passado durante toda minha vida, de forma a lecionar acerca do que é importante, do que devemos buscar, e da forma para se alcançar meus objetivos.

Ao meu afilhado Murilo, por demonstrar ter tanto orgulho de mim, e tal sendo servindo como combustível nos vários momentos os quais necessitava de acalento, contribuindo também para a conclusão desta trajetória.

A todo o corpo docente da UNESC, principalmente ao Curso de Direito, os quais sempre se mostraram solícitos às minhas necessidades como acadêmico, auxiliando, outrossim, nesta trajetória para minha formação e, de forma especial, à minha Orientadora, Me. Patrícia Farias dos Santos, a qual me permeou com seu conhecimento.

Por fim, a todos os amigos e pessoas que contribuíram, direta ou indiretamente, para a conclusão de minha graduação, meu mais sincero obrigado.

“Proponho que se reconheça natureza constitucional aos tratados internacionais de direitos humanos, submetendo, em consequência, as normas que integram o ordenamento positivo interno e que dispõem sobre a proteção dos direitos e garantias individuais e coletivos a um duplo grau de ordem jurídica: o controle de convencionalidade, ambos incidindo sobre as regras jurídicas de caráter doméstico.”

(Ministro Celso de Mello, HC 87.585/TO, STF)

RESUMO

O presente trabalho monográfico tem por escopo verificar a possibilidade de cumulação dos pedidos de adicionais de insalubridade e periculosidade, tendo em vista os dispositivos de Tratados Internacionais ratificados e em vigor no Brasil, mais especificamente as Convenções 148 e 155 da Organização Internacional do Trabalho, à luz do controle de convencionalidade. Com vistas a alcançar o objetivo principal, foi realizada análise dos direitos sociais, de forma a elucidar sobre o caráter de direitos fundamentais, bem como conceituação acerca do controle de convencionalidade, com o fito de analisar a posição do STF perante a tal mecanismo de controle. Por fim, foi realizada análise do entendimento da SDI-I do TST referente à cumulação, para que, doravante, seja possível concluir acerca da possibilidade de cumulação pedidos de adicionais de insalubridade e periculosidade. Concluiu-se que, com a utilização de tal instrumento, é possível a cumulação de tais adicionais, tendo em vista que, a partir da utilização do controle de convencionalidade, utiliza-se como referência os tratados internacionais, em específico, as Convenções 148 e 155 da OIT, onde, tendo em vista versarem acerca da saúde do trabalhador, e sendo os adicionais uma forma “monetizada” de compensar os riscos que o obreiro sofre em sua atividade laborativa, é possível pela cumulação dos adicionais como, inclusive, decisão da 7ª turma do TST, que julgou pela procedência da cumulação, utilizando-se do controle de convencionalidade para basilar o julgamento. Por fim, verifica-se que, utilizando-se do controle de convencionalidade, precipuamente, nas decisões de cumulação dos adicionais de periculosidade e insalubridade, é permissiva a procedência de tal cumulação, tendo em vista que, no emprego das convenções 148 e 155 da OIT, as quais possuem caráter supralegal diante das normas internas, fundamenta a concessão de percepção do obreiro aos valores dos adicionais. Para a confecção deste trabalho se utilizou método de pesquisa dedutivo, por meio de pesquisa teórica e qualitativa, a partir de material bibliográfico encontrado em artigos de periódicos, doutrinas, legislações esparsas, bem como análise dos julgados do TST, no período de 2015 a 2017, bem como decisões do STF, no período de 2000 a 2008.

Palavras-chave: Insalubridade. Periculosidade. Cumulação. Convenções da OIT. Controle de Convencionalidade.

ABSTRACT

The purpose of this monographic work is to verify the possibility of cumulating the requests for additional insanitary and hazardous work, in view of the provisions of international treaties ratified and in force in Brazil, specifically International Labor Organization Conventions 148 and 155, conventional control light. In order to reach the main objective, an analysis of social rights was carried out, in order to elucidate the character of fundamental rights, as well as conceptualization about the control of conventionality, with the purpose of analyzing the STF's position regarding such control mechanism . Finally, an analysis of the SDI-I understanding of TST regarding cumulation was carried out, so that, from now on, it is possible to conclude about the possibility of cumulating additional requests for insalubrity and dangerousness. It was concluded that, with the use of such instrument, it is possible to cumulate such additional ones, since, from the use of convention control, international treaties are used, specifically, Conventions 148 and ILO, where, as they relate to the health of the worker, and the additional ones being a "monetized" way of compensating for the risks that the worker suffers in his work, it is possible by the cumulation of the additional ones, of the 7th class of the TST, who judged by the provenance of the cumulation, using the control of conventionality to base the judgment. Finally, it is verified that, using conventionality control, in the decisions of cumulation of the additions of dangerousness and insalubrity, it is permissive the origin of such cumulation, considering that, in the use of the conventions 148 and 155 of the ILO, which are supra-legal in the face of internal norms, grounds the granting of the worker's perception to the values of the additional. For the preparation of the work, a deductive research method was used, through theoretical and qualitative research, from bibliographic material found in articles from periodicals, doctrines, sparse legislations, as well as analysis of the TST judgments, from 2015 to 2017, as well as STF decisions, from 2000 to 2008.

Keywords: Unhealthiness. Hazard. Cumulation. ILO conventions. Conventional Control.

LISTA DE SIGLAS

Art.	Artigo
CC	Código Civil
CF/88	Constituição Federal de 1988
CLT	Consolidação da Leis Trabalhistas
DEJT	Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho
DF	Distrito Federal
EC	Emenda Constitucional
E-RR	Embargos em Recurso de Revista
Min	Ministro
NR	Norma Regulamentadora
OIT	Organização Internacional do Trabalho
RE	Recurso Extraordinário
RJ	Rio de Janeiro
RR	Recurso de Revista
RS	Rio Grande do Sul
SC	Santa Catarina
SDI	Subseção de Dissídios Individuais
SP	São Paulo
STF	Supremo Tribunal Federal
TRT	Tribunal Regional do Trabalho
TST	Tribunal Superior do Trabalho

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	12
2 OS ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE COMO DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS	15
2.1 OS DIREITOS SOCIAIS E SUA CONCEPÇÃO COMO NORMAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	15
2.2 A PROTEÇÃO DA SAÚDE DO TRABALHADOR E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	18
2.3 INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE COMO DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS.....	20
3 CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NO DIREITO BRASILEIRO	25
3.1 CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE: BREVE HISTÓRICO.....	25
3.2 DEFINIÇÃO DE CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE E A TEORIA DA DUPLA COMPATIBILIDADE VERTICAL	29
3.3. O STF FRENTE A APLICAÇÃO DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NAS NORMAS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS.	34
4. CUMULAÇÃO NO PAGAMENTO DOS ADICIONAIS DE PERICULOSIDADE E DE INSALUBRIDADE E A APLICAÇÃO DAS NORMAS DE DIREITO INTERNACIONAL POR MEIO DE CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE	36
4.1. O § 2º DO ART. 193 DA CLT E A INVIABILIDADE DE CUMULAÇÃO NO PAGAMENTO DOS ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE	36
4.2. O ENTENDIMENTO DO TST, POR MEIO DA SUBSEÇÃO I ESPECIALIZADA EM DISSÍDIOS INDIVIDUAIS – SDI-I, QUANTO A CUMULAÇÃO DE PAGAMENTO DOS ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE.	37
4.3. A APLICAÇÃO DAS CONVENÇÕES 148 E 155 DA OIT, SOB A PERSPECTIVA DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE, NA CUMULAÇÃO DOS ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE, E NÃO RECEPÇÃO PELA CF DO ART. 193, § 2º DA CLT.....	40
REFERÊNCIAS	53

1 INTRODUÇÃO

Os adicionais de remuneração, previstos no art. 7º, inciso XXIII da CF, no que tange a insalubridade e periculosidade, possuem caráter de direitos sociais fundamentais. Desta forma, ocorrendo a exposição do trabalhador aos agentes que configuram condições insalubres e perigosas, é devido o pagamento de valores como forma de compensação por tal exposição.

O art. 193, § 2º da CLT fala na faculdade, por parte do trabalhador, em perceber o adicional mais “vantajoso”, tendo em vista estarem presentes os agentes insalubres e perigosos na atividade laboral.

Outrossim, muito se fala na possibilidade ou não da cumulação dos adicionais de periculosidade e insalubridade, tendo em vista que, em diversos casos, verifica-se a exposição do obreiro a múltiplos agentes, os quais, além de trazerem grandes males à sua saúde, expõe a perigo de perder sua vida em sua atividade laboral.

De forma a verificar tal possibilidade, muito é discutido acerca da recepção ou não do art. 193, §2º da CLT, o qual dá a faculdade ao obreiro de escolher qual adicional perceber, o da insalubridade ou de periculosidade, tendo em vista o que trazer maior vantagem, tal seja, maior ganho perante a exposição a múltiplos agentes.

Outrossim, o Brasil, um dos países que ratificou a Corte Interamericana de Direitos Humanos, onde, como tal, comprometeu-se a seguir suas recomendações, tomou o compromisso de, em virtude de decisões da referida corte, utilizar como novo instrumento de controle das leis internas o controle de convencionalidade, mecanismo que, assim como o controle de constitucionalidade, deve ser utilizado pelo Judiciário, com vistas a examinar, tanto no caso concreto como de forma concentrada, a consonância das normas internas com os tratados internacionais os quais o país é signatário, tanto os de caráter constitucional, diga-se daqueles que segue o rito de entrância do art. 5º, §3º da CF/88, que versem sobre direitos humanos, quanto os considerados normais, cujo caráter é o da supralegalidade, ou seja, não possuem ordem constitucional, mas hierarquizados acima do ordenamento interno.

O controle de convencionalidade, inovação trazida ao ordenamento jurídico pátrio recentemente, traz à baila o emprego de tal instrumento, utilizando-se como paradigma os Tratados e Convenções Internacionais ratificadas e vigentes no país, no que tange a utilização das leis ordinárias no direito interno, de forma a produzir um

duplo controle sobre as leis, conjuntamente com o de constitucionalidade, nas vias difusa e concentrada, conforme outros órgãos de âmbito internacional, os quais o Brasil comprometeu-se a seguir as decisões, e que estabelecem tal controle jurisdicional.

Outrossim, na utilização de tal instrumento, é visto que é necessária a adequação das normas internas com os preceitos tanto constitucionais quanto dos tratados, independente se versam ou não sobre direitos humanos, e tal assertiva é o principal mote deste trabalho, tendo em vista os diversos tratados internacionais que estabelecem proteções, no caso, aos trabalhadores, como será visto no decorrer.

Assim, o objetivo principal deste trabalho é analisar a possibilidade de cumulação dos adicionais de remuneração, tendo em vista as Convenções da OIT, as quais possuem *status* de tratados de direitos humanos. Para tanto, se realizará análise acerca da entrância destes tratados no ordenamento jurídico brasileiro, utilizando-se o Controle de Convencionalidade, o qual surge como um novo controle de validade das normas de direito interno, agindo de forma efetiva para que todo o ordenamento pátrio esteja em consonância com os Tratados Internacionais vigentes no país. Também será abordado acerca do caráter fundamental dos direitos sociais, constantes na CF/88, onde se fará uma análise sobre o *status* de direitos fundamentais do art. 7º, passando, tendo em vista todo o contexto histórico que se fez necessário para tal reconhecimento, onde são base de todo o ordenamento jurídico pátrio.

Posteriormente, será tratado acerca da definição de Controle de Convencionalidade, a qual foi introduzida no ordenamento jurídico, de forma mais contundente e eficaz, por meio de Valério Mazzuoli, pioneiro no conceito de controle de convencionalidade no país, o qual define tal instrumento, bem como demonstra todos os seus aspectos e peculiaridades, trazendo à baila a forma a qual deve ser utilizada e aplicada pelo judiciário pátrio.

Outrossim, será abordado acerca do entendimento dos tribunais nacionais sobre a utilização de tal ferramenta de controle, em específico o Supremo Tribunal Federal, de forma a elucidar como a mais alta cúpula do judiciário pátrio entende acerca dos tratados internacionais normais, sem entendimento majoritário, bem como a aplicabilidade ou não do controle de convencionalidade. Por fim, será realizada uma análise dos julgados do Tribunal Superior do Trabalho, no que tange à possibilidade de cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade, questão divergente

atualmente no âmbito do Direito do Trabalho nacional, de forma a verificar qual o entendimento, consolidado ou não, do referido tribunal acerca do tema, de forma a concluir como é – ou não – utilizado o controle de convencionalidade nas demais esferas do Judiciário pátrio.

Para a confecção deste trabalho se utilizou o método de pesquisa dedutivo, por meio de pesquisa teórica e qualitativa, a partir de material bibliográfico encontrado em artigos de periódicos, doutrinas, legislações esparsas, bem como análise dos julgados.

2 OS ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE COMO DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

Este capítulo apresentará os adicionais de insalubridade e periculosidade como integrantes do rol de direitos fundamentais propostos pela CF/88, tendo em vista sua importância dentro do conceito de democratização.

2.1 OS DIREITOS SOCIAIS E SUA CONCEPÇÃO COMO NORMAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos sociais são, em sua concepção, oriundos das diversas lutas de classes durante os séculos, onde, inconformados com as situações desiguais que ocorriam entre os cidadãos e o Estado, uma vez que não havia reconhecimento de princípios básicos ao ser humano, onde, conforme Weiss (1999, p. 39) os direitos sociais limitavam-se somente a proteger os trabalhadores, tendo em vista as condições laborais precárias, surgindo, para os demais, devido à forma desumana a qual a população pobre vivia nas cidades industrializadas, principalmente, da Europa Ocidental, tendo em vista o surgimento do capitalismo e a não atuação do Estado, no século XIX.

Em meio à todas as desigualdades, viu-se necessária uma forma de proteger as pessoas de tais agressões à sua condição humana, e o marco que definiu o reconhecimento dos Direitos Humanos às pessoas foi a Declaração Universal dos Direitos Humanos, documento este que surgiu após o fim da Segunda guerra Mundial, o qual estabeleceu, conforme Comparato (2007, p. 230) o princípio da dignidade da pessoa humana como base de todos os demais princípios, juntamente com o direito da seguridade social, ao trabalho e às suas relações contratuais, tornando-se o principal documento de proteção às classes sociais mais desfavorecidas.

Para que se possa adentrar mais profundamente no tema, se faz necessária uma breve distinção entre direitos humanos, os quais encontram-se consolidados na Declaração Universal dos Direitos Humanos, e os Direitos Fundamentais, utilizados, precipuamente, nos ordenamentos jurídicos nacionais. Os direitos fundamentais, devido à seu conteúdo, tratam-se, outrossim, de direitos humanos, os quais determinam direitos e proteções as quais o ser humano é titular. Entretanto, a principal distinção entre direitos humanos e fundamentais consiste se consubstancia, conforme

Sarlet (2009, p.36) na positivação dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico de determinado Estado, de forma a pertencer ao Direito Constitucional deste, e os direitos humanos, em seu turno, são de reconhecimento nos documentos de direito internacional, com validade universal, tendo em vista serem posições consolidadas pelos órgãos de direito internacional.

Com essa breve distinção, é oportuno falar-se na conceituação de direitos sociais, os quais encontram-se imersos nos direitos fundamentais dos Estados, explicitando-se um breve relato histórico, de forma a defini-los como efetivos direitos fundamentais.

Os direitos sociais possuem origem na Revolução Industrial, onde, devido às condições insalubres as quais a população era submetida nas relações de trabalho, viu-se necessária a criação de um dispositivo protetivo, em virtude da condição abusiva que os trabalhadores eram subjugados, onde o regime estatal econômico da época, o liberalismo, por seu caráter de não intervenção, não se manifestava em relações às desigualdades que ocorriam.

Entretanto, com as diversas manifestações contrárias a tal regime, conforme Bonavides (2001, p. 343) deu-se origem ao Estado Social, o qual produzia equidade de direitos, tendo em vista a intervenção estatal nas relações, devendo agir com prestações positivas, promovendo, assim, meio de igualdade social.

Com isso, e após vários documentos reafirmando a existência destas garantias sociais, como a Constituição de Weimar, a Constituição Mexicana e o Tratado de Versalhes, o qual deu origem à Organização Internacional do Trabalho (OIT) inicia-se a inserção dos direitos sociais nos ordenamentos jurídicos, da forma a serem garantidos pelo Estado, insurgindo em um dever de agir deste, inclusive, incorrendo na classificação dentro das dimensões dos direitos¹, a qual teve origem na obra de Karel Vasak, e que persistem na atualidade.

¹ Segundo Marmelstein (2008, p. 42), o jurista tcheco Karel Vasak formulou, em aula inaugural do Curso do Instituto Internacional dos Direitos do Homem, em Estrasburgo, baseando-se na bandeira francesa que simboliza a liberdade, a igualdade e a fraternidade teorizou sobre “as gerações – evolução – dos direitos fundamentais”, da seguinte forma: a) primeira geração dos direitos seria a dos direitos civis e políticos, fundamentados na liberdade (*liberté*), que tiveram origem com as revoluções burguesas; b) a segunda geração, por sua vez, seria a dos direitos econômicos, sociais e culturais, baseados na igualdade (*égalité*), impulsionada pela Revolução Industrial e pelos problemas sociais por ela causados; c) por fim, a última geração seria a dos direitos de solidariedade, em especial o direito ao desenvolvimento, à paz e ao meio ambiente, coroando a tríade com a fraternidade (*fraternité*), que ganhou força após a Segunda Guerra Mundial, especialmente após a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948.

Tais direitos são inseridos, segundo a classificação, em direitos de segunda dimensão, os quais, conforme explana Marmelstein (2008, p. 51-2) impõe ao Estado o dever de cancelar a liberdade dos indivíduos, de forma a desenvolver o cidadão como ser humano, proporcionando ao mesmo condições de uma vida digna, com qualidade de vida, ensejando assim formas efetivas deste cidadão poder usufruir da liberdade.

Os direitos de segunda dimensão possuem, em seu axioma, o princípio da dignidade da pessoa humana, tendo em vista o caráter obrigacional que os direitos sociais geram ao estado, conforme leciona Sarlet (2008, p. 55) onde o estado deve fornecer condições para que se concretize o princípio, com isso promovendo igualdade e a minoração dos problemas sociais.

Com isso, é nítido o caráter positivo dos direitos sociais, pois emanam de uma obrigação do Estado em prestar tais direitos aos cidadãos, fundamentadas tais obrigações na positivação, na concretização dos princípios basilares em normas, conforme entende Sarlet:

A segunda dimensão dos direitos fundamentais abrange, portanto, bem mais do que os direitos de cunho prestacional, de acordo com o que ainda propugna parte da doutrina, inobstante o cunho 'positivo' possa ser considerado como o marco distintivo desta nova fase na evolução dos direitos fundamentais. (SARLET, 2008, p. 55).

A partir disto, com a inovação da CF/88, ao garantir direitos fundamentais como estas sendo o cerne de toda a Constituição, levando-se em conta, precipuamente, a dignidade da pessoa humana, os direitos sociais, conseqüentemente, inserem-se neste rol de direitos fundamentais, justamente por possuírem em seu cerne toda a carga principiológica dos direitos fundamentais e, conforme Moraes (2002, p. 202) se consubstanciam como absolutas liberdades positivas, com o escopo de proporcionar uma melhoria na qualidade de vida dos indivíduos, com o intuito de consolidar a igualdade social, um dos princípios norteadores da CF/88.

Outrossim, os direitos sociais remetem ao princípio da igualdade, pois determinam a relação permeada por tais direitos, segundo Aristóteles, “devemos tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade”. Com isso, conforme Leite (1972, p. 21), quando não há a prestação por parte do Estado na garantia de tais direitos, recaem em toda sociedade, indiretamente, pois, sendo uma prestação positiva do Estado, este tem o dever de tutelar tais direitos,

tendo em vista a proteção social que tais direitos proporcionam, sendo o Estado um agente natural quanto à garantia de tais direitos.

Por seu turno, Silva (2009, p. 286-287) ratifica entendimento quanto ao dever de aplicabilidade do Estado dos direitos sociais, tendo em vista o caráter fundamental destes, tendo em vista a qualidade de vida, principalmente, dos mais fracos, pois realizam a igualização das desigualdades sociais, ligados intimamente ao princípio de igualdade.

Outrossim, outra característica do caráter de fundamental dos direitos sociais é sua aplicabilidade imediata, conforme preconiza o art. 5º, § 1º da CF/88, ou seja, por terem esse caráter imediato, o Estado possui o dever de garanti-los e, em caso de omissão, pode ser condenado por tal omissão, representado tal fato no fenômeno conhecido por judicialização das políticas públicas.

Portanto, é cristalino quanto ao caráter basilar dos direitos sociais, como pedra fundamental do ordenamento jurídico pátrio, oriundos dos princípios que permeiam os direitos humanos, possuindo o mesmo cerne principiológico destes direitos, como a igualdade e o princípio da dignidade da pessoa humana, sendo base de nosso ordenamento jurídico.

2.2 A PROTEÇÃO DA SAÚDE DO TRABALHADOR E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O direito à saúde, princípio basilado no art. 6º, *caput*, da CF/88², faz-se cabal na condição do trabalhador, tendo em vista que, sem tal garantia, não é possível exercer a atividade laborativa.

O direito à saúde, como uma prestação a ser garantida pelo Estado, é definido cristalinamente por Sarlet:

A constatação de que ao indivíduo é reconhecida, no mínimo, a possibilidade de exigir compulsoriamente as prestações asseguradas nas normas definidoras de direitos fundamentais sociais, de acordo com os pressupostos e parâmetros estabelecidos em lei, é, a toda evidência, restringir-se ao terreno da obviedade. (SARLET, 2009, p. 311)

O direito à saúde do trabalhador vem, como todos os demais direitos fundamentais, inserido como direito humano, de forma a ser garantido na e, além

² Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

disso, inerente à condição de trabalhador do ser humano, pois, sem que haja tal garantia por parte do Estado, há clara mitigação a tal princípio tão básico ao cidadão, o qual se insere em outro direito basilar, o da vida, conforme aduzido por Silva (2007, p.120), onde o autor afirma sobre a essencialidade deste direito, tendo em vista que o mesmo refere-se ao básico do ser humano, condições mínimas que fazem parte da dignidade do indivíduo, sendo complementado pelos direito à vida e à saúde.

Diante disto, e do que já foi dito, é nítida a classificação do direito à saúde do trabalhador como princípio essencial, inclusive possuindo classificação nas dimensões de direitos fundamentais, oriundas do conceito de Vasak (1979), como de segunda dimensão, sendo assim, inerente à condição de trabalhador do ser humano.

Outrossim, *prima facie*, o direito a saúde do trabalhador provém de tanto outros que são o cerne da CF/88, principalmente no que se refere à dignidade da pessoa humana.

A dignidade da pessoa humana, assim como historicamente, vem permeando o ordenamento jurídico brasileiro desde seus primórdios, onde, na Constituição Federal de 1934, em seu artigo 115³, já havia citação quanto à “existência digna”:

Após todas as violações ocorridas durante o regime ditatorial enfrentado pelo Brasil, com a promulgação da atual CF/88, conhecida por Constituição Cidadã, consolida a dignidade da pessoa humana como base do ordenamento, nos ditames do art. 1º, inciso III⁴.

O princípio é axioma de todo o ordenamento jurídico brasileiro, onde dele origina-se todos os demais princípios fundamentais, tanto individuais como coletivos, conforme leciona Silva (2007, p. 121) onde sintetiza que o princípio determina a pessoa enquanto pessoa, e que a mitigação de tal princípio impede, inclusive, sua auto afirmação como ser dotado de direitos, pois é algo essencial à condição humana, trazendo consigo o que chama-se de o mínimo existencial.

Portanto, o direito à saúde do trabalhador, como princípio fundamental a este, é inerente à atividade laborativa, dentro de nosso ordenamento jurídico, tendo em

³ Art. 115. A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da Justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos existência digna. Dentro desses limites, é garantida a liberdade econômica. (BRASIL, 1934).

⁴ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

III – a dignidade da pessoa humana; (BRASIL, 1988).

vista advir, justamente, do princípio da dignidade da pessoa humana, sendo este o axioma deste direito, e inerente à condição do cidadão como trabalhador.

2.3 INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE COMO DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

No que concerne à saúde do trabalhador, estando inserida no rol do art. 7º da CF/88, oriunda do princípio basilar da dignidade da pessoa humana, é notório seu caráter fundamental no ordenamento jurídico pátrio.

Entretanto, o trabalhador, em sua atividade, mediante determinadas circunstâncias, acaba sendo exposto a diversos agentes nocivos à sua saúde, onde, mesmo se utilizando dos equipamentos apropriados para tal atividade, ocorre sua exposição a tais agentes.

De forma a tutelar tal nocividade a qual há exposição, o legislador, ao legiferar a CF/88, previu a possibilidade de haver uma compensação quanto às exposições, no que concerne os adicionais de insalubridade e periculosidade, em seu art. 7º, inciso XXIII⁵

Quanto à insalubridade, refere-se às atividades que colocam em risco a saúde do trabalhador, onde este fica exposto a agentes nocivos, conforme define o dicionário Aulete (2018):

insalubre

1. Que não é saudável
2. Diz-se de local em que há agentes nocivos à saúde ou em que se dá a exposição a estes acima dos limites de tolerância (cidade insalubre; fábrica insalubre); MALSÃO
3. Contaminado por agentes nocivos à saúde; cujo contato, absorção, ingestão etc. pode ser ou é nocivo à saúde (ar insalubre; água insalubre); POLUÍDO; CONTAMINADO.

Outrossim, a CLT também conceitua, em seu art. 189⁶, o que é atividade insalubre, definindo que, além da exposição, esta deve ser acima dos limiares de

⁵ 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;

⁶ Art. . 189 - Serão consideradas atividades ou operações insalubres aquelas que, por sua natureza, condições ou métodos de trabalho, exponham os empregados a agentes nocivos à saúde, acima dos limites de tolerância fixados em razão da natureza e da intensidade do agente e do tempo de exposição aos seus efeitos.

tolerância, levando-se em conta a natureza, condições e métodos de trabalho os quais o trabalhador está exposto.

No artigo exposto, existem os requisitos de intensidade e tempo os quais o trabalhador é exposto e, a partir disso, determina-se uma referência quanto ao considerado tolerável, no que tange à exposição.

Haja vista o exposto na legislação, Carrion (2014, p. 226) conceitua o termo insalubridade, onde se caracteriza, de acordo com a legislação, como atividades que exponham o trabalhador a agentes nocivos a sua saúde, tal seja, que venham a causar alguma doença ao agente, definindo a insalubridade de acordo com o grau de exposição, sendo que os parâmetros se baseiam na natureza e intensidade a qual o agente é exposto e, inclusive, o tempo ao qual se encontra perante aos agentes nocivos.

O art. 190 da CLT⁷ reitera quanto aos limiares os quais o trabalhador poderá ser exposto, basilando que a Secretaria do Trabalho deveria editar norma a qual define tais limites.

Portanto, houve a edição, por parte do Secretaria do Trabalho, departamento atualmente pertencente ao Ministério do trabalho, em 23 de novembro de 1990, da Norma Regulamentadora nº 15, a qual define sobre as atividades consideradas insalubres, passíveis de percepção do referido adicional, onde no texto da referida Norma define o que são atividades insalubres, elenca, em seu anexos, os tipos de atividades as quais são consideradas nocivas à saúde, determinando, inclusive, quanto à percepção do referido adicional.

A NR 15, do Secretaria do Trabalho, apresenta um rol de todas as atividades insalubres, em seus anexos, de forma a tipificar tais atividades que extrapolam os limites de nocividade à saúde do agente, de forma a quantificar, em grau mínimo, médio e máximo, em cada tipo de atividade, e percentual que será percebido pelo trabalhador quanto à exposição que terá em sua atividade laborativa.

Outrossim, na referida norma regulamentadora expõe acerca da comprovação quanto à exposição da insalubridade, mediante laudo de inspeção do local do

⁷ Art. 190. O Secretaria do Trabalho aprovará o quadro das atividades e operações insalubres e adotará normas sobre os critérios de caracterização da insalubridade, os limites de tolerância aos agentes agressivos, meios de proteção e o tempo máximo de exposição do empregado a esses agentes. (BRASIL, 1943).

trabalho, assim, podendo definir o grau de exposição e, conseqüentemente, o percentual percebido pelo trabalhador, tendo em vista o salário mínimo regional.

Ademais, elucida quanto à importância da neutralização e eliminação dos agentes considerados insalubres, clarificando que, apesar da percepção de valores quanto à exposição, o trabalhador deve ser poupado de tais exposições, tendo, precipuamente, relevância sua saúde em seu ambiente laborativo.

A CLT traz, em seu art. 192⁸, a tipificação do adicional de insalubridade, vislumbrando os valores os quais o obreiro irá perceber, conforme o grau de exposição que estará sofrendo em virtude do que dispõe a NR-15, de forma a legalizar a referido norma regulamentadora, e dispor ao trabalhador a possibilidade de percepção do referido adicional

Dessarte, definiu-se a compensação a qual o trabalhador receberia, em virtude do grau de exposição à condição insalubre, conceituando-se, assim, o adicional de insalubridade.

No que concerne o adicional de periculosidade, possui previsão constitucional no mesmo art. 7º, XXIII, da CF/88, juntamente com o adicional de insalubridade, havendo, portanto, proteção constitucional de tal direito do obreiro.

Tal adicional, assim como o anterior, refere-se à exposição a agente, *in casu*, que traga risco de morte ao trabalhador, onde, segundo Zangrando (2008, p. 812), fatores que tragam perigo durante a atividade laborativa, com contato permanente ou não, tais como explosivos, inflamáveis, eletricidade e radiações ionizantes.

Outrossim, a CLT vem prever sobre o adicional de periculosidade em seu art. 193⁹, onde define quais tipos de atividade, de acordo com regulamentação da Secretaria do Trabalho, são passíveis de percepção da referida benesse.

Dessa forma, o referido artigo prevê que as atividades perigosas que expõe o obreiro a risco acentuado à sua vida, trazendo à baila os agentes que caracterizam o

⁸ Art. 192. O exercício de trabalho em condições insalubres, acima dos limites de tolerância estabelecidos pelo Secretaria do Trabalho, assegura a percepção de adicional respectivamente de 40% (quarenta por cento), 20% (vinte por cento) e 10% (dez por cento) do salário-mínimo da região, segundo se classifiquem nos graus máximo, médio e mínimo. (BRASIL, 1943).

⁹ Art. 193. São consideradas atividades ou operações perigosas, na forma da regulamentação aprovada pelo Secretaria do Trabalho e Emprego, aquelas que, por sua natureza ou métodos de trabalho, impliquem risco acentuado em virtude de exposição permanente do trabalhador a:

I - inflamáveis, explosivos ou energia elétrica;

II - roubos ou outras espécies de violência física nas atividades profissionais de segurança pessoal ou patrimonial. (BRASIL, 1943).

perigo à vida do obreiro, sendo passível de percepção da compensação do adicional de periculosidade.

Outrossim, Carrion (2008, p. 236) conceitua o adicional de periculosidade, onde, além dos agentes que caracterizam a periculosidade, como traz o artigo 192 da CLT, são aquelas que representam risco acentuado à vida do trabalhador, em virtude da atividade a qual exerce, e que, quanto à exposição, mesmo que eventual, caracteriza como passível de recebimento do adicional, pois, mesmo que na eventualidade, o risco de morte é caracterizado, não havendo lógica definir, obstante à insalubridade, tempo de exposição.

Quanto à questão da exposição à atividade periculosa, conforme Martins (2012, p. 679), a mesma não se caracteriza pelo tempo de exposição, como a insalubridade, tendo em vista que basta apenas uma situação de risco para eu haja a caracterização, tendo em vista que somente a ocorrência do sinistro ocasiona o risco, tanto de morte quanto de mutilação.

Haja vista a exposição resultar em dano à vida do obreiro, a CLT, em contrassenso à insalubridade, onde o salário base para cálculo é o mínimo regional, na periculosidade utiliza-se para o cálculo o salário percebido pelo obreiro, conforme o § 1º do art. 193 da CLT¹⁰.

Portanto, ao obreiro que é exposto a condições perigosas em sua atividade laboral, é percebido o adicional de 30% sobre seu salário básico, onde o legislador buscou uma forma de “compensar” o risco o qual o trabalhador é exposto na atividade laborativa.

No mesmo norte, o Secretaria do Trabalho, por meio da NR n. 16 da Portaria 3.214/78, regulamentou as atividades que são classificadas como perigosas, passíveis de percepção.

Neste trabalho, para que se cumpra seu escopo, foi apenas conceituado tais adicionais, tendo em vista demonstrar a natureza e suas características gerais, para que, de tal forma, possamos classificá-los como direitos fundamentais, incluindo-os, assim, no rol de direitos humanos.

¹⁰ Art. 193. São consideradas atividades ou operações perigosas, na forma da regulamentação aprovada pelo Secretaria do Trabalho e Emprego, aquelas que, por sua natureza ou métodos de trabalho, impliquem risco acentuado em virtude de exposição permanente do trabalhador a:

[...]

§ 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.

Entretanto, diante do que foi exposto, percebe-se que a proteção a qual se emprega em relação à saúde e à vida do trabalhador permeia-se por princípios fundamentais da Constituição, no que tange o direito à vida e à saúde, os quais estão no cerne da CF/88. Por óbvio, os referidos adicionais, possuem *status* de princípios fundamentais, os quais possuem como premissa o princípio da dignidade da pessoa humana.

A de ser falar, outrossim, que como fundamentais se abarcam, inclusive, os direitos sociais, constantes no rol do art. 7º da CF/88, e, além disso, coadunam-se com a Declaração Universal dos Direitos do Cidadão, bem como os pactos internacionais de direitos humanos os quais o Brasil é signatário, intensificando ainda mais o caráter de direitos fundamentais dos direitos sociais, conforme Sarlet (2009, p. 67).

Portanto, é clarificada a questão quanto ao caráter fundamental dos direitos sociais, tanto pelo rol que figuram na CF/88, quanto ao axioma que lhe dão origem, de forma a inclusive, serem oriundos da Declaração Universal dos Direitos Humanos, estando os preceitos desta no cerne dos direitos sociais, bem como de toda a CF/88, estando, preponderantemente, a dignidade da pessoa humana como pedra fundamental.

Sarlet (2009, p. 214) já se referia aos direitos sociais como direitos fundamentais, principalmente pelo forte elo que há entre tais direitos com o princípio basilar da Declaração dos Direitos Humanos, a dignidade da pessoa humana, considerando os direitos sociais pertencentes a um mínimo existencial, correlatos à pessoa humana considerada de forma individual.

Logo, os direitos sociais, desde seu processo de criação até sua consolidação na CF/88, possuem em seu axioma o caráter fundamental, de direito basilar para a atividade laborativa do obreiro, sendo os adicionais de periculosidade e insalubridade, meios de garantir o direito de tal princípio fundamental, possuindo estes, em seu axioma, o direito à saúde, preponderante como direito fundamental ao trabalhador.

3 CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NO DIREITO BRASILEIRO

Neste capítulo será abordado sobre o controle de convencionalidade, instrumento introduzido, indiretamente, pela EC 45, dando outro viés aos tratados internacionais ratificados pelo Brasil, sobre seu conceito e definição, sua origem, bem como sua função inerentemente ligada às Convenções Internacionais, e a visão do STF perante sua aplicabilidade, demonstrando, historicamente, os entendimentos da Corte quanto ao instrumento de controle de convencionalidade.

3.1 CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE: BREVE HISTÓRICO

O termo “Controle de Convencionalidade” que se refere neste trabalho, ao seu surgimento, transpassou por grande jornada ao longo do tempo, de forma que, até chegar no que conceituamos hoje, decorreu-se grande lapso temporal, tendo em vista a evolução e a dinamicidade do Direito em si.

A aurora do controle de convencionalidade das leis tem sua origem na França, na decisão do Conselho Constitucional francês nº 74-54 DC, de 15 de janeiro de 1975, conforme leciona Mazzuoli (2013, p. 88), entretanto, de aplicabilidade diversa da atual, como trataremos a seguir, onde, no *decisum*, somente ocorre um “declínio de competência”, com o Conselho Constitucional francês declarando que, por não se tratar de um controle de constitucionalidade, *in casu*, sendo o detentor da prerrogativa de decidir sobre o caso concreto, não poderia sentenciar no caso da referida decisão, tendo em vista lei aprovada na época referente à possibilidade de interrupção de gestação, de forma voluntária, onde, apesar da lei não estar em consonância com a Constituição Francesa, não foi assim declarada e, portanto, editada. Mas, tendo em vista estar em desconformidade com a Convenção Europeia de Direitos Humanos, a qual a França é signatária, não haveria o referido tribunal competência para julgar a legalidade, por se tratar de lei que viola tratado internacional, sendo que a própria Constituição Francesa prevê, em seu art. 55, a superioridade dos tratados e relação às leis.

Com o advento da Emenda Constitucional nº 45/2004, onde houve a inclusão do § 3º no art. 5º da CF/88¹¹, representou uma inovação perante os Tratados

¹¹ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

Internacionais os quais o Brasil é signatário, dando forma à implantação do controle de convencionalidade.

Com a inclusão do referido parágrafo, o qual veio a complementar o § 2º, onde já se aceitava a entrância dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos no ordenamento pátrio como Emendas Constitucionais, mediante aprovação pelo Legislativo, em cada Casa, por *quorum* qualificado, tal seja, 3/5 dos votos totais, desempenhando um papel complementar aos direitos e garantias fundamentais expressas na CF/88.

A questão da recepção dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos no ordenamento pátrio, inserida por meio do § 3º da EC n. 45, inovou e sugeriu grande debate, conforme aduz Sarlet:

A EC 45, que cuidou da reforma do Poder Judiciário, acrescentou – como já frisado – um § 3º ao art. 5º da nossa Constituição. Tal preceito – para além de reforçar (pelo menos no que diz com o direito constitucional positivo) a corrente distinção entre direito humanos e direitos fundamentais a partir do seu respectivo plano de reconhecimento e proteção jurídico-positivo – acabou por inserir no texto constitucional uma norma (no caso, uma regra do tipo procedimental, em primeira linha) dispondo sobre a forma de incorporação ao direito interno dos tratados em matéria de direitos humanos, que, interpretada em sintonia com o art. 5º, § 2º (de acordo com o qual os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios e os previstos em tratados internacionais), pode ser compreendida como assegurando – em *princípio e em sendo adotado tal procedimento* – a condição de direitos formalmente e materialmente fundamentais aos direitos consagrados no plano das convenções internacionais. (SARLET, 2013, p. 90-91).

Outrossim, o histórico do controle de convencionalidade segue na América Latina, por meio da Corte Interamericana de Direitos Humanos, a qual o Brasil comprometeu-se, nas palavras de Piovesan (2013, p.139) desde 1998, pelo Decreto Legislativo 89, a cumprir fidedignamente as decisões, tendo em vista que a Corte possui o papel de exercer o controle de convencionalidade no continente, desde a vigência da Convenção Americana, nos termos do art. 74, 2, de 18 de julho de 1978, onde, após mais de vinte anos, ocorre o surgimento do controle de convencionalidade, onde, quando da ratificação de um Tratado Internacional por parte do Estado, todo o

[...]

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

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. (BRASIL, 1988).

ordenamento jurídico abrigará tal norma de direito internacional, conseqüentemente, seus juízes devem velar pela consonância do direito interno com o tratado em vigor, exercendo, portanto, um controle de convencionalidade, tendo em vista a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em específico.

A partir desta decisão, começou-se a vislumbrar sobre o conceito de controle de convencionalidade, onde o mesmo deve ser aplicado dentro de todo o ordenamento jurídico, *in casu*, dos países que estão sob a égide da Corte.

Outrossim, a Corte continuou evoluindo e inovando acerca do controle de convencionalidade, conforme leciona Mazzuoli (2013, p. 97) no caso dos trabalhadores demitidos do congreso vs. Peru¹², reforçando a ideia de que, quando um Estado ratifica a Convenção Americana, seus juízes devem se utilizar de suas prerrogativas para fazer valer o convencionalizado, não se utilizando apenas do controle de convencionalidade, mas também do controle de constitucionalidade, inclusive *ex officio*, no que tange as normas de direito interno e as internacionais.

Dessarte, após entendimento da Corte Interamericana sobre o controle de convencionalidade, começou-se a produzir doutrinas acerca do tema. No Brasil, Mazzuoli (2013, p. 18), em sua tese de doutoramento pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul, preconiza quanto à utilização de tal controle não somente na via concentrada, mas também no controle difuso das leis, podendo qualquer juiz ou tribunal se manifestar acerca da inconvenção de uma lei de direito interno, da mesma forma que é exercido o controle de constitucionalidade, de forma a compatibilizar as leis vigentes no país com os tratados internacionais os quais o país ratificou-os, de forma a ter eficácia paralisante, caso não haja compatibilidade entre a norma interna e o tratado.

Outrossim, há de se falar, por consequência, em um controle concentrado de convencionalidade, onde, tendo em vista o § 3º do art. 5º da Constituição, que fala sobre a entrância em rito específico dos tratados de direito internacional sobre direitos humanos, os quais, cumprindo o que dispõe o referido acima, possuem caráter de emenda constitucional, logo, estando sob a égide do controle do STF, assim como o controle concentrado de constitucionalidade.

¹² 10. De ese modo, se puede alcanzar un ordenamiento público internacional con mayor cohesión de respeto a los derechos humanos. La "constitucionalización" de los tratados de derechos humanos, a mi juicio, acompaña, así, *pari passu*, el control de su convencionalidad. Y este último puede ser ejercido por los jueces de tribunales tanto nacionales como internacionales, dada la interacción entre los órdenes jurídicos internacional y nacional en el presente dominio de protección. Corte I.D.H., *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros)*. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C N° 158, par. 67.

Na referida tese, de forma inovadora, Mazzuolli traz o conceito de controle de convencionalidade para o patamar de *difuso* e *concentrado*, tese a qual, a partir disto, começou a ser vislumbrada por toda a jurisprudência e doutrina brasileiras.

Coadunando com a tese de Mazzuolli, de 04 de novembro de 2008, iniciou-se uma quebra de paradigma no que tange os Tratados Internacionais frente ao ordenamento jurídico pátrio, onde ocorre a consolidação de tal preceito no *decisum* histórico do STF, no RE 466.343/SP e no HC 87.585/TO.

Nas referidas decisões proferida pelo STF, onde era julgada a possibilidade de prisão civil do depositário infiel, historicamente foi utilizada, *prima facie*, um Tratado Internacional como paradigma para a decisão, *in casu*, o Pacto de San Jose da Costa Rica.

Outrossim, houve inovação histórica quanto ao entendimento do STF, tendo em vista que, em outras decisões, nunca se utilizou o que preconiza quaisquer tipos de Tratados Internacionais para fundamentar uma decisão, conforme decidiu em seu voto o Ministro Gilmar Mendes:

[...] Enfim, desde a ratificação pelo Brasil, no ano de 1992, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), não há base legal para aplicação da parte final do art. 5º, inciso LXVII, da Constituição, ou seja, para a prisão civil do depositário infiel. (BRASIL, 2008).

Não obstante ao voto anterior, no julgamento do HC 87.585/TO, o Ministro Celso de Mello elucida quaisquer dúvidas acerca do entendimento que o controle de convencionalidade deve ser aplicado no ordenamento jurídico pátrio, conforme trecho de seu voto:

[...] Proponho que se reconheça natureza constitucional aos tratados internacionais de direitos humanos, submetendo, em consequência, as normas que integram o ordenamento positivo interno e que dispõem sobre a proteção dos direitos e garantias individuais e coletivos a um duplo controle de ordem jurídica: o controle de constitucionalidade e, também, o controle de convencionalidade, ambos incidindo sobre as regras jurídicas de caráter doméstico (BRASIL, 2008).

Nota-se que, a partir da tese de Mazzuoli, reconhecendo o controle de convencionalidade como um controle jurisdicional, tanto na via difusa como na concentrada, consubstanciando, precipuamente, na EC nº 45, o entendimento do STF sobre a valência dos Tratados Internacionais, tanto de ordem de Direitos Humanos quanto os comuns, como paradigmas das leis internas pátrias.

3.2 DEFINIÇÃO DE CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE E A TEORIA DA DUPLA COMPATIBILIDADE VERTICAL

No que tange o controle de convencionalidade, até então exposto, teve-se por escopo demonstrar o panorama histórico, desde sua concepção internacional até sua entrância no ordenamento jurídico brasileiro.

Neste tópico será conceituado o controle de convencionalidade, sua disposição perante os Tratados Internacionais e a forma a qual é utilizado como controle jurisdicional das leis.

Entretanto, antes de se conceituar, deve-se atentar quanto a certos quesitos, no que tange a *vigência* e a *validade* das leis internas, tendo em vista estes serem preponderantes para se adentrar no tema do controle de convencionalidade.

Mazzuoli (2013, p, 115-117) aduz sobre a questão da vigência e validade das normas, tendo em vista que tais conceitos são diversos entre si, onde, após o superado o rito de criação até a sanção de uma lei, ocorre a vigência desta, mas, levando-se em conta uma possível *vacatio legis*, não há de se falar em validade da norma, pois a mesma, apesar de vigente, não produz seus efeitos. Com isso, o autor mostra que a vigência de uma norma coaduna-se com seu processo de legiferação, onde, a partir de sua sanção e sua *vacatio legis*, a mesma encontra-se em vigência, apta temporalmente para iniciar a produzir seus efeitos.

Entretanto, para que surta tais efeitos, tal norma deve ser *válida*, tratando desta na forma substancial, diferente da vigência, a qual se refere à existência da norma, onde, conforme Mazzuoli (2013, p. 149) a vigência tem relação com a forma dos atos que a originam, enquanto a validade refere-se à coerência com as demais normas de direito doméstico, de caráter substancial, no caso, a Constituição e os tratados internacionais.

Com efeito, norma válida diz respeito à norma, vigente, a qual obedece ao rito para sua criação, está em conformidade com os preceitos Constitucionais e os tratados internacionais em vigor, de forma que nem toda norma *vigente* poderá ser considerada *válida*, tendo em vista os requisitos de coerência e compatibilidade com o direito interno e o externo, o qual o Brasil é signatário.

Faz-se necessária tal elucidação para que haja a conceituação do controle de convencionalidade, tendo em vista que este instrumento de controle quanto à *validade* das normas de direito interno, está coadunado com este conceito de validade.

Outrossim, o conceito de controle de convencionalidade parte da premissa desta dupla análise das normas, conforme aduz Mazzuoli:

[...], a primeira ideia a fixar-se, para o correto entendimento do que doravante será exposto, é a de que a compatibilidade da lei com o texto constitucional não mais lhe garante *validade* no plano do direito interno. Para tal, deve a lei ser compatível com a Constituição e com os tratados internacionais (de direitos humanos e comuns) ratificados pelo governo e em vigor no Estado. Caso a norma esteja de acordo com a Constituição, mas não com eventual tratado já ratificado e em vigor no plano interno, poderá ela ser até considerada *vigente* (pois, repita-se, está de acordo com o texto constitucional e não poderia ser de outra forma) – e ainda continuará perambulando nos compêndios legislativos publicados -, mas não poderá ser tida como *válida*, por não ter passado imune a um dos limites verticais materiais agora existentes: os tratados internacionais em vigor no plano interno. Ou seja, a incompatibilidade da produção normativa doméstica com os tratados internacionais em vigor no plano interno (ainda que tudo seja compatível com a Constituição) torna *inválidas* (ou ilegítimas) as normas jurídicas de direito interno. (MAZZUOLI, 2013, p. 13). (grifo do autor).

Ou seja, para que uma norma seja considerada válida, no que tange o controle jurisdicional, aquela deve ser compatível com a constituição e, conjuntamente, com os tratados internacionais, de forma que, em caso de inobservância de tais preceitos, utiliza-se o controle de convencionalidade.

Portanto, o controle de convencionalidade é, juntamente com o controle de constitucionalidade, o instrumento que avalia a validade da norma dentro do ordenamento jurídico, controle este exercido em âmbito jurisdicional.

Entretanto, para que se discorra acerca da aplicação de tal controle, é necessário aduzir acerca do *status* dos Tratados Internacionais.

Conforme já abordado, os Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos, conforme o § 3º do art. 5º da CF/88, aprovados em ambas as Casas do Congresso, com *quorum* qualificado, ingressam no direito doméstico como Emendas à Constituição, serem, portanto, objetos do controle de convencionalidade, pois, conforme Mazzuoli (2013, p. 79) com o ingresso do § 3º do art. 5º da CF/88, há de se falar em um controle além do da constitucionalidade, tendo em vista que as normas de direito interno devem passar por tal crivo, tendo por base os tratados ratificados no procedimento do art. 5º, § 3º da Constituição, assim como por toda e qualquer norma constitucional, justamente por possuírem, por óbvio, o mesmo caráter das normas que compõe a Constituição Federal.

Logo, é explícita a necessidade da utilização do controle de convencionalidade às normas de direito interno, pois o rito específico de ratificação dos tratados internacionais de direitos humanos dá a estes caráter de emenda constitucional, e

mesmo que possuam tal caráter, ainda se tratam de normas de direito internacional, devendo, portanto, serem objeto do controle de convencionalidade por parte do Judiciário pátrio.

Não obstante, ocorre que alguns possuem sua entrância sem as exigências do § 3º do art. 5º da CF/88, ou seja, que não possuem *status* constitucional, tendo em vista não tratarem-se de temas acerca de direitos humanos, conforme Mazzuoli (2013, p. 31). Entretanto, mesmo que não possuam caráter constitucional, possuem *status* superior as leis internas, tal seja, supralegais, pois a lei interna posterior não os revoga, inclusive, devendo estar em consonância com os referidos tratados, como por exemplo o art. 98 do Código Tributário Nacional, onde é explícito em definir que tratados e convenções internacionais, *in casu*, de matéria tributária, logo, fugindo da regra do §3º do art. 5º da CF/88, tem o cunho de revogar e modificar a legislação tributária, inclusive de novas normas tributárias deverem estar em consonância com tais tratados e convenções.

Outrossim, no caso dos tratados comuns, por assim dizer, quando se utiliza destes como paradigma, conforme Mazzuoli (2013, p.33-34) não há de se falar em controle de convencionalidade, tendo em vista tal termo estar reservado aos tratados que possuem o caráter constitucional, mas sim em controle de supralegalidade, visando que tais tratados considerados comuns possuem caráter supralegal, tal seja, acima das leis internas, devendo estas, outrossim, estar em consonância com seus ditames.

Com isso, o autor define que todos os tratados internacionais devem ser objetos do controle de convencionalidade, em caso dos que versarem sobre direitos humanos, e de supralegalidade, dos considerados tratados comuns. Ademais, o controle deve ser exercido pelo Judiciário, em todas as suas searas, verificando-se quanto à consonância das normas de direito interno com os tratados e convenções, independente de tratarem de direitos humanos ou não, tendo em vista que, *in contrario sensu*, tal norma não será passível de validade, mesmo que vigente, por não haver novo instrumento normativo que o revogue, mas estando em desconformidade com quaisquer tratados que o país seja signatário, a norma encontra-se inválida, não podendo surtir seus efeitos legais.

Coadunando com o exposto, Marinoni (2013, p. 65-66) crava o entendimento acerca da supralegalidade dos tratados internacionais, onde define que, os tratados que versam acerca de direitos humanos, e preenchem os quesitos do § 3º do art. 5º

da CF/88, possuem caráter de emenda constitucional e, por sua vez, os mesmos tratados, não condicionados ao rito do referido parágrafo, tem *status* supralegal.

De tal feita, o controle de convencionalidade é o controle exercido, em via jurisdicional, conforme previu a Corte Interamericana de Direitos Humanos, da subsunção das normas domésticas aos ditames dos tratados internacionais que versem sobre direitos humanos, que tenham sido ratificados e em vigor no ordenamento pátrio, diante de que, em caso de desconformidade com tratado em questão, tal norma será considerada *inválida*, não possuindo aplicabilidade no direito interno.

Além de se utilizar o controle de constitucionalidade como paradigma ao controle de convencionalidade, também há de se falar, assim como aquele, nas vias de controle exercidas, tal sejam, a difusa e a concentrada.

No que tange as vias onde podem ser exercidas o controle, conforme Mazzuoli (2013, p. 33-34), há de se falar, *a priori*, em um controle concentrado de convencionalidade, tendo em vista os tratados e convenções internacionais que tratem de direitos humanos, onde, após o ingresso destes tratados como normas de ordem constitucional, cumprindo o rito do art. 5º, § 3º da CF, é passível de aplicação pelo STF, de forma a uniformizar entendimentos acerca de leis internas que estejam em contrassenso com os ditames destes tratados, incorporados ao texto constitucional, assim como é realizado com o controle de constitucionalidade, na mesma via, concentrada, e pelo mesmo órgão do judiciário, o STF.

Outrossim, Mazzuoli (2013, p. 33-34) também se refere ao controle difuso de convencionalidade, onde os tribunais locais exerceriam a análise no caso concreto não somente como parâmetro a Constituição, mas também os tratados e convenções internacionais, compatibilizando assim as leis internas com tais tratados em vigor, parametrizando, outrossim, as leis internas tanto com a Constituição como os Tratados Internacionais.

Portanto, há de se falar no controle de convencionalidade nas mesmas vias do de constitucionalidade, por meio do controle difuso, exercido pelo juiz, e também de forma concentrada, manifestado esse pelo STF.

Explorando a seara da aplicabilidade do controle de convencionalidade, Mazzuoli (2013, p. 133) refere-se à teoria da dupla compatibilidade vertical material, no que tange a utilização de dois parâmetros para o controle de legalidade: a Constituição e os Tratados e Convenções Internacionais.

A referida teoria, de acordo com Mazzuoli (2013, p.133), levanta novamente o conceito de *validade* e *vigência* das leis, onde, conforme aduzido anteriormente, uma norma vigente não necessariamente é considerada válida, tendo em vista que a lei pode, mesmo em plena vigência, estar em desconformidade, *v.g.*, com preceitos constitucionais, logo, não havendo validade perante o ordenamento jurídico.

Com a teoria da dupla compatibilidade vertical, além de se analisar os limites procedimentais na produção normativa, deve-se, outrossim, realizar o limite material, tal seja, do conteúdo das leis, de forma verticalizada, estando em primeira instância a Constituição, a qual inclui-se os tratados que adentram no ordenamento jurídico conforme o rito do art. 5º § 3º da CF/88, bem como os tratados e convenções internacionais considerados comuns, ou seja, que não versem sobre direitos humanos, possuindo estes caráter *supralegal*, em subsunção à constituição mas exercendo superioridade às leis internas, devendo estar em consonância tanto com a CF/88 quanto aos referidos tratados comuns ratificados pelo país.

Ou seja, o conceito que viabiliza o controle de convencionalidade, além deste ser uma exigência dos órgãos internacionais, diz respeito a uma dupla verificação das normas, além destas cumprirem, formalmente, os requisitos que lhe garantem a vigência: se sua matéria é compatível com a constituição e tratados internacionais, ratificados e em vigor, sobre direitos humanos e, outrossim, sobre tratados comuns, os quais, como já abordado anteriormente, possuidores de estatura *supralegal*.

Portanto, o controle de convencionalidade, além do já exposto, possui sua aplicabilidade, *prima facie*, em via jurisdicional interna, exercida esta por meio do controle difuso, onde o juiz verifica, *ex officio*, no caso concreto, quanto sua compatibilidade, de dupla forma verticalmente material, e também na via concentrada, onde o STF, guardião da Constituição, exerce o controle nas normas que afrontam, além da CF, Tratados Internacionais de Direitos Humanos, tanto aqueles com estatura de Emenda à Constituição quanto aos que adentram o ordenamento jurídico de forma ratificada, mas não passando pelo rito do § 3º do art. 5º da CF/88, invocado por via de ação.

3.3. O STF FRENTE A APLICAÇÃO DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NAS NORMAS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS.

Como tratado anteriormente, o surgimento do controle de convencionalidade no ordenamento pátrio é recente. Entretanto, para que haja a efetiva aplicabilidade da convencionalidade, esta deve ser feita, concentradamente, pelo STF, o qual é o detentor da guarda da constituição, forte art. 102 da CF/88.

Contudo, antes do controle de convencionalidade, havia outros entendimentos acerca dos tratados internacionais, no que tange o STF. Neste tópico, será justamente abordado acerca destes entendimentos.

Anteriormente, o entendimento acerca da aplicação dos Tratados Internacionais no direito interno era de que tais tratados possuíam paridade com as leis ordinárias, conforme decisão abaixo:

[...] 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. Precedentes. No sistema jurídico brasileiro, os atos internacionais não dispõem de primazia hierárquica sobre as normas de direito interno. (ADI-MC 1.480/DF, Pleno, Min. Celso de Mello, DJ de 18.05.2001. (BRASIL, 2001).

Em tal decisão, fica evidente que, até o advento da EC 45, os tratados internacionais eram equiparados às leis ordinárias, não possuindo qualquer validade quando destes se emanava preceitos em desconformidade com as leis vigentes no país. Com a EC 45, iniciou-se um movimento de renovação quanto a tal entendimento, onde, em diversos votos, teceu-se acerca da superioridade dos Tratados Internacionais, que versem sobre Direitos Humanos, sobre as leis ordinárias.

Com isso, em 03.12.2008, um mês após a tese de doutoramento de Valério de Oliveira Mazzuoli, onde deu-se a gênese do controle de convencionalidade no país, na decisão histórica do RE 466.343/SP, o qual cravou o reconhecimento do controle de convencionalidade perante as normas de direito interno, mudando entendimento do Supremo Tribunal Federal:

[...] Dispensada qualquer análise pormenorizada da irreconciliável polêmica entre as teorias monista (Kelsen) e dualista (Triepel) sobre a relação entre o Direito Internacional e o Direito Interno dos Estados – a qual, pelo menos no tocante ao sistema internacional de proteção

dos direitos humanos, tem-se tornado ociosa e supérflua –, é certo que qualquer discussão nesse âmbito pressupõe o exame da relação hierárquico-normativa entre os tratados internacionais e a Constituição.

[...]

Em outros termos, solucionando a questão para o futuro – em que os tratados de direitos humanos, para ingressarem no ordenamento jurídico na qualidade de emendas constitucionais, terão que ser aprovados em quorum especial nas duas Casas do Congresso Nacional –, a mudança constitucional ao menos acena para a insuficiência da tese da legalidade ordinária dos tratados e convenções internacionais já ratificados pelo Brasil, a qual tem sido preconizada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal desde o remoto julgamento do RE nº 80.004/SE, de relatoria do Ministro Xavier de Albuquerque (julgado em 1.6.1977; DJ 29.12.1977) e encontra respaldo em um largo repertório de casos julgados após o advento da Constituição de 1988.

[...]

Nesse sentido, é possível concluir que, diante da supremacia da Constituição sobre os atos normativos internacionais, a previsão constitucional da prisão civil do depositário infiel (art. 5º, inciso LXVII) não foi revogada pela ratificação do Pacto Internacional dos Direitos Cíveis e Políticos (art. 11) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), mas deixou de ter aplicabilidade diante do efeito paralisante desses tratados em relação à legislação infraconstitucional que disciplina a matéria, incluídos o art. 1.287 do Código Civil de 1916 e o Decreto Lei nº 911, de 1º de outubro de 1969. Tendo em vista o caráter supralegal desses diplomas normativos internacionais, a legislação infraconstitucional posterior que com eles seja conflitante também tem sua eficácia paralisada. (RE 466.433/SP, Pleno, Relator Min. Cezar Peluso, DJ de 05.06.09). (BRASIL, 2009)

Com o exposto acima, evidencia-se que, acerca dos tratados internacionais, no caso, o Pacto de San José da Costa Rica, no que tange a possibilidade constitucional pregressa ao referido, da prisão civil do depositário infiel, não houve revogação de tal dispositivo constitucional, tendo em vista que o artigo 7, 7, do referido tratado¹³, dispõe sobre a negativa acerca da prisão, mas, por haver o entendimento do STF, no caso, que tal tratado tornava inaplicável as normas infraconstitucionais, há de se falar, outrossim, em invalidade das normas internas que tratavam acerca do tema.

Portanto, o entendimento o qual impera, hodiernamente, no STF, diz respeito ao caráter supralegal dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, os quais não se submetem ao rito do § 3º do art. 5º da CF/88, ou seja, encontram-se em patamar superior às leis ordinárias, devendo estas estarem em consonância com o disposto nos Tratados, mediante, *em contrario sensu*, ao controle de convencionalidade, tanto na via difusa quanto na concentrada.

¹³ Artigo 7º - Direito à liberdade pessoal

[...]

7. Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar

4. CUMULAÇÃO NO PAGAMENTO DOS ADICIONAIS DE PERICULOSIDADE E DE INSALUBRIDADE E A APLICAÇÃO DAS NORMAS DE DIREITO INTERNACIONAL POR MEIO DE CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE

Neste capítulo será abordado acerca da possibilidade ou não de cumulação no pagamento dos adicionais de periculosidade e de insalubridade, diante de todo o exposto até então, utilizando-se do controle de convencionalidade e dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos ratificados e vigentes, no que tange os direitos do trabalhador.

4.1. O § 2º DO ART. 193 DA CLT E A INVIABILIDADE DE CUMULAÇÃO NO PAGAMENTO DOS ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE

A legislação trabalhista, como exposto no primeiro capítulo, elenca as condições as quais definem a percepção dos adicionais de insalubridade e periculosidade, constatando-se que, portanto, são oriundos de fatos geradores distintos entre si.

Contudo, o art. 193, § 2º da CLT¹⁴, preconiza, sobre os adicionais, onde, no § 2º, determina que o obreiro poderá, por sua própria vontade, optar pelo adicional de insalubridade, em vez do adicional de periculosidade o qual refere-se o art.

Conforme aduz Carrion (2014, p. 235) na exegese do art. 193, § 2º da CLT, o obreiro, deliberadamente, opta pelo adicional que lhe é mais vantajoso, não sendo permitida, por conseguinte, a cumulação, onde a CLT age de forma limitadora quanto à percepção dos referidos adicionais.

Com isso, explicita que, na exegese do artigo, não cabe a cumulação dos adicionais, devendo o trabalhador optar pelo mais vantajoso, mesmo que haja a exposição concomitante aos agentes que caracterizam tanto a insalubridade quanto a periculosidade.

¹⁴ Art. 193. São consideradas atividades ou operações perigosas, na forma da regulamentação aprovada pelo Secretaria do Trabalho e Emprego, aquelas que, por sua natureza ou métodos de trabalho, impliquem risco acentuado em virtude de exposição permanente do trabalhador a:

[...]

§ 2º - O empregado poderá optar pelo adicional de insalubridade que porventura lhe seja devido. (BRASIL, 1943).

Seguindo na CLT, o art. 194¹⁵ alude acerca da interrupção dos adicionais, onde verifica-se que, com a eliminação dos riscos os quais sugerem o pagamento dos adicionais, cessa-se a percepção destes.

A CLT, nos referidos artigos, quando em seu processo de criação, teve o intuito de buscar certa compensação ao obreiro, tendo em vista a exposição tanto a agentes nocivos à sua saúde quanto que lhe causem risco de morte, aludindo em seu artigo 194 que, caso a exposição do trabalhador a tais agentes, ocorre a cessação da percepção do adicional escolhido, de forma a incentivar o empregador, justamente, a buscar meios de eliminar a exposição do obreiro, de forma a não ter que efetuar mais o pagamento do adicional, investindo na segurança do trabalhador, e assim beneficiando a saúde deste.

Entretanto, o que se percebe é que não ocorre esforços para minimização e eliminação de exposição do obreiro aos agentes correlatos aos adicionais, onde o empregador, visando o lucro, considera mais viável o pagamento do adicional do que empregar investimentos para proteção e eliminação dos agentes nocivos à saúde do trabalhador.

Portanto, percebe-se que, tendo em vista o exposto, ocorre a monetização do risco o qual o obreiro está exposto. No entanto, mesmo que este esteja exposto a agentes nocivos, tal seja, passíveis de percepção do adicional de insalubridade, e, em seu turno, a agentes que causem risco à sua vida, portanto, passíveis do adicional de periculosidade, deve o obreiro optar, não sendo possível a cumulação, diante da exposição concomitante, ao que é mais vantajoso.

4.2. O ENTENDIMENTO DO TST, POR MEIO DA SUBSEÇÃO I ESPECIALIZADA EM DISSÍDIOS INDIVIDUAIS – SDI-I, QUANTO A CUMULAÇÃO DE PAGAMENTO DOS ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE.

Faz-se mister, para que se chegue nos pontos que abordamos anteriormente, quanto ao entendimento do Tribunal Superior do Trabalho, majoritariamente, acerca da possibilidade de cumulação dos pagamentos dos adicionais de insalubridade e

¹⁵ Art.194 - O direito do empregado ao adicional de insalubridade ou de periculosidade cessará com a eliminação do risco à sua saúde ou integridade física, nos termos desta Seção e das normas expedidas pelo Secretaria do Trabalho. (BRASIL, 1943).

periculosidade, uma análise jurisprudencial, dos anos de 2015 a 2017, para que se possa extrair a exegese de tal cumulação.

Com isso, será analisado os julgados da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, a qual cabe uniformizar os entendimentos acerca dos dissídios individuais trabalhistas e, a partir disso, inclusive, a emitir orientações jurisprudenciais acerca dos temas.

Contudo, para que seja feita a análise, *a priori* devemos analisar o julgamento da 7ª Turma do TST, onde, de forma histórica, decidiu acerca da possibilidade de cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade analisando tanto os fatos geradores os quais o obreiro era exposto, quanto as Convenções que tratam acerca da saúde do trabalhador, qual seja, no emprego *difuso* do controle de convencionalidade.

Na decisão proferida em 20 de maio de 2015, onde a 7ª turma do TST, seguindo julgamento do juízo *a quo*, onde este, de forma inovadora, decidiu pela concessão cumulativa dos adicionais de insalubridade e periculosidade, em face reclamante que sofria exposição a ambos os agentes caracterizadores de percepção de ambos adicionais, utilizando-se, outrossim, de inteligência das Convenções n.ºs 148 e 155 da OIT, as quais serão abordadas logo após, criando novo entendimento na referida corte, onde, além de identificarem que o art. 193, § 2º da CLT, tendo em vista a expressão constitucional do art. 7º, XXIII, onde não há menção alguma acerca de escolha entre um adicional ou outro, conforme preconiza o referido artigo da CLT, considerando-se, assim, como a norma não recepcionada pela CF/88, além de se utilizar do controle de convencionalidade, em face das Convenções 148 e 155 da OIT, onde trata-se dos riscos à exposição de agentes nocivos e perigosos no ambiente de trabalho, bem como que tais convenções, ratificadas pelo Brasil, possuem caráter supralegal, tal seja, superior às normas de direito interno, no caso, o referido art. 193, §2º da CLT, logo, permitindo-se a cumulação dos adicionais, em face da exposição a aos agentes serem de fatos geradores diversos, comumente ocorrido nas atividades laborativas.

A partir disso, a SDI-I, na decisão de 28 de abril de 2016, julgou e norteou entendimento quanto à possibilidade de cumulação dos adicionais, mas não se utilizando do controle de convencionalidade, inclusive, fundamentando que, acerca das convenções, nada há que se assegure sobre a cumulação dos adicionais, sendo

meramente normas de segurança do trabalhador. Na decisão, o relator João Oreste Dalazen, norteia-se tão somente por causas de pedir distintas, não se levando, outrossim, pela não recepção do art. 193, §2º da CLT pela CF/88, conforme trecho da decisão:

A opção a que alude o art. 193, § 2º, da CLT não conflita com a norma do art. 7º, XXII, da Constituição Federal. Os preceitos da CLT e da Constituição, nesse ponto, disciplinam aspectos distintos do labor prestado em condições mais gravosas: enquanto o art. 193, § 2º, da CLT regula o adicional de salário devido ao empregado em decorrência de exposição a agente nocivo, o inciso XXII do art. 7º impõe ao empregador a redução dos agentes nocivos no meio ambiente de trabalho. O inciso XXIII, a seu turno, cinge-se a enunciar o direito a adicional "de remuneração" para as atividades penosas, insalubres e perigosas e atribui ao legislador ordinário a competência para fixar os requisitos que geram direito ao respectivo adicional. (E-ARR – 1081-60.2012.5.03.0064, Ministro Relator: João Oreste Dalazen. Data de Julgamento: 28.04.2016. Subseção I Especializada em Dissídios Individuais. Data de Publicação: DEJT 17.06.2016). (BRASIL, 2016).

Verifica-se que não houve seguimento no entendimento da decisão da 7º turma do TST, onde, na decisão acima, não há aplicação do controle de convencionalidade quanto à possibilidade de cumulação dos adicionais, inclusive, desconsiderando tais convenções da OIT, que disciplinam acerca dos riscos no trabalho e também a obrigação do Estado em garantir ou compensar a exposição aos agentes que causam danos à saúde e perigo de morte ao obreiro.

Em inteligência da jurisprudência citada, é visto que foi reconhecida a possibilidade de cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade, e inclusive informando acerca da divergência jurisprudencial ocorrida no âmbito do TST, pois, até tal decisão, os julgados foram, majoritariamente, em relação à denegação de cumulação dos adicionais.

Entretanto, no *decisum* supracitado, houve a concessão da cumulação dos adicionais tendo em vista a exposição a distintos fatos geradores, qual sejam, que produzem risco à saúde do obreiro e à vida do mesmo, de tal feita a aduzir a impossibilidade de utilização dos preceitos estabelecidos nas Convenções 148 e 155 da OIT, as quais serão discorridas a seguir, tendo em vista que as mesmas não explicitam normas referentes à possibilidade de cumulação dos adicionais.

Em seu turno, na decisão proferida pela 6ª Turma do TST, percebe-se que existem posições divergentes quanto à possibilidade de cumulação, e, principalmente, quanto à não aplicação do controle de convencionalidade, de forma a não se considerar as convenções 148 e 155 da OIT como princípios norteadores da proteção do trabalhador, onde, conforme decisão, não há possibilidade de se exprimir

quaisquer entendimento acerca das referidas convenções e, mais gravoso ainda, decidindo pela não concessão da cumulação dos adicionais, tendo em vista o pagamento da prestação ser uno, não havendo relevância a quantidade de serviços prestados pelo obreiro.

Portanto, o entendimento que há pela SDI-I e, majoritariamente, pelas turmas do TST, é pela impossibilidade de cumulação dos adicionais de periculosidade e insalubridade, tendo em vista configurarem, na maior parte das decisões, dupla remuneração pela mesma atividade exercida.

Outrossim, é visto que não há um entendimento pacificado por parte do Tribunal Superior do Trabalho, tendo em vista que, em diversos períodos distintos, entende-se pela possibilidade ou não da cumulação dos adicionais de periculosidade, causando, por conseguinte, certa insegurança jurídica em relação aos julgados.

Contudo, diante da análise proposta, verificou-se, precipuamente, que majoritariamente não há aporte dos Tratados Internacionais, diga-se das Convenções da OIT que são específicas em relação à saúde do trabalhador, onde são desconsideradas, tendo em vista não expressarem normas diretas, não sendo possível sua aplicabilidade, conforme entendimentos dos julgados expostos.

4.3. A APLICAÇÃO DAS CONVENÇÕES 148 E 155 DA OIT, SOB A PERSPECTIVA DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE, NA CUMULAÇÃO DOS ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE, E NÃO RECEPÇÃO PELA CF DO ART. 193, § 2º DA CLT.

Tendo em vista o exposto até então, será abordado neste tópico, em virtude do apresentado nesta monografia sobre a consideração dos Direitos Sociais, elencados no art. 7º da CF/88, como direitos humanos fundamentais, no que tange, precipuamente, os adicionais de insalubridade e periculosidade, um dos objetos os quais se propõem este trabalho.

Concomitantemente, será abordado acerca do Controle de Convencionalidade, o qual foi exposto no Segundo Capítulo desta monografia, levantando-se seus aspectos e aplicações no ordenamento jurídico pátrio e, especificamente, no que concerne a cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade, tendo em vista existirem Tratados Internacionais que tutelam tais direitos sociais fundamentais.

A OIT é um órgão fundado mediante o Tratado de Versalhes, o qual instituiu o Tratado de Paz entre os países participantes da Primeira Guerra Mundial, e foi elaborado na Conferência de Paris, em 1919, conforme aduz Leitão:

A OIT, cuja sigla em inglês é ILO (International Labor Organisation), foi criada no quadro do Tratado de Versalhes, adotado no âmbito da Conferência de paz de Paris de 1919, assinado pelos Aliados (vencedores) e a Alemanha (vencida), que, após o fim da Grande-Guerra, instituiu, nomeadamente, uma nova ordem internacional, reorganizando a cartografia geopolítica do mundo e, em particular, da Europa pós-imperial. Esta nova ordem terá como centro sistémico a Sociedade das Nações (SDN), organização internacional de vocação universal destinada a preservar e manter a paz no mundo, com a qual a OIT, também de vocação universal, manterá uma estreita cooperação, uma vez que a sua missão de promover e realizar a “justiça social” é considerada um elemento decisivo para uma paz duradoura. A obra da OIT realizada de 1919 até aos nossos dias é, a todos os títulos, considerável, desde logo no respeitante à defesa dos direitos da(s) trabalhadora(es). (LEITÃO, 2016, p. 103)

Outrossim, Singer (2003, p. 244) caracteriza a missão principal da OIT: “A OIT foi criada para promover a justiça social por meio do fortalecimento do entendimento entre governos, empregadores e trabalhadores, generalizando e internacionalizando os direitos sociais relativos ao trabalho”.

Assim, a OIT convencionou acerca dos direitos dos trabalhadores, em âmbito internacional, de forma a promover uma justiça social entre os sujeitos das relações de trabalho de forma que se acabe com os abusos na atividade laboral, promovendo melhores condições de trabalho ao obreiro.

Portanto, tendo em vista tal prerrogativa da OIT, houve a elaboração, respectivamente, das Convenções 148 e 155 do referido órgão internacional, tendo em vista a preocupação com a saúde e os riscos os quais são expostos na atividade laborativa.

Na Convenção 148, ratificada em 14 de janeiro de 1982, adentrou no ordenamento jurídico pátrio, tendo em vista ter sido promulgado anteriormente à CF/88, por meio do Decreto 93.413, de 15 de outubro de 1986, onde deve-se observar, para os fins os quais são propostos este trabalho, o art. 11:

Convenção 148

Convenção Sobre a Proteção dos Trabalhadores Contra os Riscos Profissionais Devidos à Contaminação do Ar, ao Ruído e às Vibrações no Local de Trabalho

A Conferência Geral da Organização Internacional do Trabalho:

Convocada em Genebra pelo Conselho de Administração da Repartição Internacional do Trabalho, e tendo-se ali reunido em 1º de junho de 1977, em sua sexagésima terceira reunião;

Lembrando as disposições das Convenções e Recomendações Internacionais do Trabalho pertinentes, em especial, a Recomendação sobre a Proteção da Saúde dos Trabalhadores, 1953; a Recomendação sobre os Serviços de Medicina do Trabalho, 1959; a Convenção e a Recomendação sobre a Proteção contra as Radiações, 1960; a Convenção e a Recomendação sobre a Proteção da Maquinaria, 1963; a Convenção sobre as Prestações em Caso de Acidentes do Trabalho e Enfermidades Profissionais, 1964; a Convenção e a Recomendação sobre a Higiene (Comércio e Escritórios), 1964; a Convenção e a Recomendação sobre o Câncer Profissional, 1974;

Depois de haver decidido adotar diversas propostas relativas ao meio ambiente de trabalho: contaminação atmosférica, ruído e vibrações, questão que constitui o quarto ponto da Agenda da reunião, e

Depois de haver decidido que as referidas propostas tomasse a forma de uma Convenção internacional, adota, aos vinte de junho do ano de mil novecentos e setenta e sete, a presente Convenção, que poderá ser mencionada como a Convenção sobre o Meio Ambiente de Trabalho (Contaminação do Ar, Ruído e Vibrações), 1977:

[...]

Artigo 11

1. O estado de saúde dos trabalhadores expostos ou que possam estar expostos aos riscos profissionais devidos à contaminação do ar, ao ruído e às vibrações no local de trabalho deverá ser objeto de controle, a intervalos apropriados, segundo as modalidades e nas circunstâncias fixadas pela autoridade competente. Este controle deverá compreender um exame médico anterior ao emprego e exames periódicos, conforme determine a autoridade competente.

2. O controle previsto no parágrafo 1 do presente Artigo não deverá implicar em despesa para o trabalhador.

3. Quando, por razões médicas, seja desaconselhável a permanência de um trabalhador em uma função sujeita à exposição à contaminação do ar, ao ruído ou às vibrações, deverão, ser adotadas todas as medidas compatíveis com a prática e as condições nacionais para transferi-lo para outro emprego adequado ou para assegurar-lhe a manutenção de seus rendimentos, mediante prestações da previdência social ou por qualquer outro meio.

4. As medidas tomadas para aplicar a presente Convenção não deverão afetar desfavoravelmente os direitos dos trabalhadores previstos na legislação sobre a previdência social ou seguros sociais. (BRASIL, 1986).

Na convenção 148, conforme demonstrado acima, percebe-se que trata, especificamente, quanto aos agentes insalubres, utilizando, inclusive, de critérios os quais foram adotados pela NR que regulamenta as atividades insalubres.

Ademais, no item 3 do artigo 11 da convenção, fala-se em se manter os rendimentos do trabalhador, tendo em vista a não regularização da exposição aos agentes, de forma a buscar prestações de qualquer outro meio, tal seja, deve-se compensar monetariamente o obreiro devido a tal exposição.

Outrossim, a Convenção 155 da OIT, mediante o Decreto 1.254, de 29 de setembro de 1994 vem, no mesmo norte, tratar acerca do direito à saúde do obreiro, tendo em vista a exposição a agentes insalubres e perigosos, conforme segue:

CONVENÇÃO SOBRE SEGURANÇA E SAÚDE DOS TRABALHADORES E O MEIO AMBIENTE DE TRABALHO

(Adotada em Genebra, em 22 de junho de 1981)

A Conferência Geral da Organização Internacional do Trabalho, convocada em Genebra pelo Conselho de Administração da Repartição Internacional do Trabalho, e reunida nessa cidade em 3 de junho de 1981, na sua Sexagésima-Sétima Sessão;

Após ter decidido adotar diversas proposições relativas à segurança, à higiene e ao meio ambiente de trabalho, questão que constitui o sexto item da agenda da reunião, e

Após ter decidido que tais proposições tomariam a forma de uma Convenção Internacional, adota, na data de 22 de junho de 1981, a presente Convenção, que poderá ser citada como a Convenção sobre Segurança e Saúde dos Trabalhadores, 1981:

[...]

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:

- a) a determinação, quando a natureza e o grau de risco assim o requererem, das condições que regem a concepção, a construção e o acondicionamento das empresas, sua colocação em funcionamento, as transformações mais importantes que forem necessárias e toda modificação dos seus fins iniciais, assim como a segurança do equipamento técnico utilizado no trabalho e a aplicação de procedimentos definidos pelas autoridades competentes;
- 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;
- c) o estabelecimento e a aplicação de procedimentos para a declaração de acidentes de trabalho e doenças profissionais por parte dos empregadores e, quando for pertinente, das instituições seguradoras ou outros organismos ou pessoas diretamente interessadas, e a elaboração de estatísticas anuais sobre acidentes de trabalho e doenças profissionais.
- d) a realização de sindicâncias cada vez que um acidente de trabalho, um caso de doença profissional ou qualquer outro dano à saúde ocorrido durante o trabalho ou com relação ao mesmo possa indicar uma situação grave;
- e) a publicação anual de informações sobre as medidas adotadas para a aplicação da política referida no artigo 4 da presente Convenção e sobre os acidentes de trabalho, os casos de doenças profissionais ou outros danos à saúde ocorridos durante o trabalho ou com relação ao mesmo;
- f) levando em consideração as condições e possibilidades nacionais, a introdução ou o desenvolvimento de sistemas de pesquisa dos agentes químicos, físicos ou biológicos no que diz respeito aos riscos que eles representaram para a saúde dos trabalhadores.

[...]

Artigo 13

De conformidade com a prática e as condições nacionais, deverá ser protegido, de conseqüências injustificadas, todo trabalhador que julgar necessário interromper uma situação de trabalho por considerar, por motivos razoáveis, que ela envolve um perigo iminente e grave para sua vida ou sua saúde. (BRASIL, 1994).

Diante o exposto, observa-se que nas normas das Convenções acima fala-se, precipuamente, acerca da saúde do trabalhador, direito humano fundamental

garantido a este constitucionalmente, por meio dos ditames do art. 7º da CF/88, conforme exposto no 2º capítulo deste trabalho.

Entretanto, o que se percebe, por meio dos julgados trazidos acima do órgão máximo do Trabalho nacional, é de que tais Convenções não possuem aplicabilidade quanto à possível cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade, tendo em vista tratarem-se de normas genéricas, onde não há dispositivo expresso determinando tal possibilidade.

Em seu turno, como exposto anteriormente, os direitos previstos no art. 7º da CF/88 possuem o condão de direitos humanos fundamentais, tais sejam, princípios que possuem seu cerne na dignidade da pessoa humana, a qual permeia todo e qualquer norma de direito interno pátrio.

Outrossim, no *decisum* referido no 2º capítulo deste trabalho, decide o magistrado que não há recepção do art. 193, § 2º da CLT pela CF/88, conforme trecho abaixo:

[...] esta Turma julgadora firmou entendimento de que a norma contida no art. 193, § 2º, da CLT não foi recepcionada pela Constituição Federal, que, em seu art. 7º, XXIII, garantiu o direito dos trabalhadores ao recebimento dos adicionais de insalubridade e de periculosidade, sem ressalva acerca da cumulação. (TST - RR - 776-12.2011.5.04.0411, Relator: Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, Data do Julgamento: 20/05/2015, Data da Publicação: 22/05/2015, 7ª Turma).(BRASIL, 2016)

É evidente que o entendimento firmado na decisão possui consonância, tendo em vista própria inteligência do art. 7º, XXIII da CF/88, onde não há disposição à opção por um ou outro adicional, estando o art. 193, § 2º da CLT em dissonância com a CF.

Entrementes, conforme abordado acima, as referidas Convenções da OIT foram recepcionadas no ordenamento jurídico e, assim sendo, possuem *status* supralegal, pois, mesmo não havendo a submissão ao rito do § 3º do art. 5º da CF/88, em se tratando de direitos humanos dos trabalhadores, possuem a estatura de supralegalidade, ou seja, superior ao referido art. da CLT.

Outrossim, além de não ter sido recepcionado pela CF/88, o art. 193, § 2º da CLT apresenta dissonância diante das Convenções, pois, sendo estas garantidoras da saúde do trabalho, onde descrevem procedimentos os quais devem ser adotados para que sejam aplicados os cuidados à saúde e à vida do obreiro, elencando, inclusive, agentes que, em exposição do obreiro, são passíveis de percepção dos adicionais de remuneração.

Com isso, clarifica-se que, no que tange a jurisprudência pátria, há insuficiência quanto à utilização do controle de convencionalidade, o qual, conforme aduzido no capítulo pertinente desta monografia, é exigido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Portanto, utilizando o juiz deste recurso, *in casu*, na via difusa, há de se perceber que a cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade é possível, pois, a utilizar tal controle, verificando justamente as Convenções 148 e 155 da OIT, que orientam sobre o direito à saúde do obreiro e que, infelizmente, é monetizada por meio dos referidos adicionais, é possível conceder a cumulação, de forma a estimular o empregador a empreender formas de minimização dos riscos.

CONCLUSÃO

Neste trabalho, buscou-se a abordagem acerca do pagamento acumulado dos adicionais de insalubridade e periculosidade, tendo em vista suas peculiaridades, e a forma a qual são utilizados.

Tais direitos, instituídos na CF/88 como legítimos direitos dos trabalhadores, no que tange à saúde destes, representam uma busca do Estado em tutelar pela saúde do obreiro em sua atividade laborativa.

Os adicionais de Insalubridade e Periculosidade são, conforme exposto, direitos e garantias fundamentais do trabalhador, oriundos do princípio da dignidade da pessoa humana, que permeia todos os Direitos Humanos existentes, tanto na Carta Constitucional quanto na Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Ademais, surgem como formas de incentivar o empregador a se utilizar de meios para evitar a exposição dos trabalhadores aos riscos que determinam os adicionais, empregando no ambiente de trabalho formas de minimizar a exposição aos riscos.

No Brasil, os adicionais são utilizados de forma a amenizar os riscos os quais o obreiro se expõe, sendo uma compensação e, de outro lado, uma forma de incentivar o empregador a investir na mitigação de tais riscos que o trabalhador é exposto, utilizando-se de meios os quais possam, além de garantir uma melhor condição de trabalho ao obreiro, uma forma de incentivo à acabar com os riscos no ambiente de trabalho.

Entretanto, o que se percebe é uma monetização quanto aos adicionais, sendo estes, descumprindo com o sentido da implementação do custo, tal seja, minimizar a exposição aos agentes nocivos e perigosos, proporcionando melhores condições de trabalho ao obreiro. Mas, o que se percebe, é que não há investimentos por parte dos empregadores, com vistas a melhorar o ambiente de trabalho, simplesmente compensando por meio do pagamento dos adicionais.

A celeuma que se propõe este trabalho é, justamente, acerca da exposição simultânea, tanto aos agentes nocivos, passíveis do recebimento do adicional de insalubridade, como aos agentes perigosos, os quais causam risco de morte ao obreiro, pois, segundo normatizado na CLT, não é possível pela cumulação do recebimento de ambos os adicionais, e sim a opção pelo mais vantajoso, por parte do empregado.

Entretanto, a OIT, órgão responsável por discutir acerca das relações de trabalho em âmbito mundial, preocupa-se com tal condição e, com isso, já editou diversas Convenções, que possuem força de Tratados Internacionais, manifestos onde, por meio da ratificação dos Estados, no caso das Convenções da OIT, visam justamente a proteção do trabalhador, legislando sobre a forma como devem ser tratados pelos Estados sobre violações nas relações de trabalho.

Entretanto, a grande discussão girou, por várias décadas, acerca da entrância destes tratados, sobretudo no ordenamento jurídico brasileiro, em referência ao *status* de tais normas, pois, até o advento da EC/45, pouco se falava acerca da forma a qual eram tratadas tais Convenções em âmbito interno.

Contudo, com a referido EC 45/2004, houve um avanço no que tange o entendimento das normas de direito internacional no âmbito interno, onde, por meio da EC 45/2004, a qual inseriu o § 3º no art. 5º da CF, consolidou sobre o assunto, onde, tratados internacionais de Direitos Humanos, mediante os requisitos especificados na Constituição, são incorporados como Emendas Constitucionais.

Com isso, percebeu-se que os Tratados Internacionais, que versam acerca de direitos humanos, possuem *status* constitucionais, sendo estes superiores às normas de direito interno e, portanto, devendo estas estarem em consonância com seus ditames.

Mas ficava passível de um entendimento acerca dos Tratados Internacionais que não passavam pelo rito do 3º do art. 5º da CF, ou seja, que não possuíam caráter constitucional. Quanto a estes, até então não era pacífico o entendimento, tendo em vista que o próprio STF firmava diversos entendimentos, ora com caráter constitucional, ora caráter ordinário, equivalendo-se às normas comuns de direito interno.

Entretanto, verificou-se que, após julgamento do RE 466.343/SP, onde, o STF decidiu acerca da supralegalidade dos Tratados Internacionais que versam sobre direitos humanos, ocorreu a quebra deste paradigma, sendo incutido no ordenamento jurídico acerca do controle de convencionalidade, instrumento de controle das normas internas, o qual, inclusive, foi determinado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos sua utilização, tanto na via difusa quanto na concentrada.

Com isso, dá-se origem em âmbito interno sobre este novo instrumento, o qual, assim como o controle de constitucionalidade, regula as normas de direito interno, as quais devem estar em consonância com seus ditames, tendo em vista que tratam-se

de direitos humanos e, devido ao caráter supralegal, são superiores hierarquicamente às normas de direito interno.

Com a decisão emblemática do STF, aderindo o grau supralegal, determinou-se também quanto ao controle das normas internas, onde, tanto na via difusa quanto na concentrada, deve-se analisar quanto à consonância das normas com os Tratados Internacionais.

Contudo, mesmo diante de tal entendimento da Suprema Corte brasileira, o que se percebe, conforme o exposto neste trabalho, é que tal controle, aplicável tanto na via difusa quanto na concentrada, não é utilizado, principalmente no caso concreto, onde o juiz não leva em conta os ditames dos tratados, os quais, por muitas vezes, tutelando direitos humanos, se sobrepõe à norma de direito interno, mas sendo tal fato desconsiderado nos julgamentos.

As Convenções tratadas neste trabalho, assim como diversas outras as quais o Brasil é signatário e que encontram-se ratificados no ordenamento interno, possuem este *status* supralegal, passíveis, logo, de sua utilização no controle de convencionalidade, de forma aos juízes basearem suas decisões não somente no que emprega a Constituição, mas também em tais tratados.

Quanto a isso, ficou exposto que as Convenções 148 e 155 da OIT versam, justamente, pela proteção da saúde e à vida do trabalhador, onde legisla acerca de medidas que devem ser tomadas pelo Estado, sendo comandos de ordem protetiva ao trabalhador, onde, além de tutelarem acerca da proteção do obreiro em seu ambiente de trabalho, ditam formas do empregador de minimizar os riscos ao trabalhador, incentivando-o, inclusive, para que se mitigue tais exposições.

Especificamente, estas convenções tratam de direitos fundamentais do trabalhador, princípios que são o cerne, tanto do ordenamento jurídico brasileiro quanto, inclusive, à própria Declaração Universal dos Direitos do Homem: à vida e a dignidade da pessoa humana.

O que se percebe, entretanto, é que não se leva em consideração o caráter destas normas internacionais, tendo em vista que, a todo momento, direitos do trabalhador são violados em seu ambiente de trabalho, sendo que nada é feito para, ao menos, minimizar os danos causados ao obreiro, ocorrendo justamente o contrário: a exploração do trabalhador, sujeitando-o a condições precárias de trabalho, colocando sua saúde e sua vida em risco a todo momento.

Com isso, várias são as demandas judiciais, em virtude da exposição múltipla a agentes nocivos à saúde e à vida do obreiro, estes sendo direitos sociais fundamentais do trabalhador e que, por muitas vezes, não reconhecidos pelos órgãos os quais são responsáveis por tutelar tais direitos, estando o obreiro a mercê da vontade do empregador, que não se preocupa em minimizar tais riscos, objetivando o bem do trabalhador.

Em relação às demandas judiciais, via onde o trabalhador tenta, ao menos, encontrar alguma forma de minimizar, mesmo que monetariamente, os riscos os quais é exposto, têm-se notado acerca do pedido de cumulação do recebimento dos adicionais de insalubridade e periculosidade, pois, por diversas vezes, o obreiro é exposto a ambos agentes, nada sendo feito para minimização, ocorrendo o que a doutrina chama de monetização dos adicionais, muito devido ao que preconiza o art. 193 § 2º da CLT, devendo o obreiro optar pelo que lhe for mais benéfico.

Na análise dos julgados do TST, constatou-se que não há entendimento firmado acerca da possibilidade ou não da cumulação dos adicionais, mesmo quando verifica-se, além da exposição simultânea, fatores diversos de exposição, não resultando do mesmo fator insalubre, mais que configurando a exposição concomitante do obreiro aos agentes nocivos, causando assim risco tanto à sua saúde quanto à vida.

Tentou-se firmar entendimento, com o julgado da 7ª turma que, utilizando-se justamente do controle de convencionalidade, instrumento que, segundo própria orientação da Corte Interamericana de Direitos Humanos, a qual o Brasil obriga-se a cumprir tais mandamentos, deve ser utilizado, inclusive, na via difusa, pela cumulação dos adicionais, utilizando de referência, justamente, as Convenções 148 e 155 da OIT, que versam acerca da saúde do trabalhador, e da responsabilidade do Estado em garantir tais direitos do trabalhador, de forma a estimular o empregador a minimizar tais riscos.

No entanto, nos julgados posteriores foi visto justamente o contrário, onde não há consideração quanto aos ditames das convenções, pois tratam-se de “normas genéricas”, julgando assim pela não cumulação dos adicionais, entendimento este majoritário do TST, desconsiderando totalmente a utilização do controle de convencionalidade nas decisões da corte.

Mas, o que se percebe, tendo em vista justamente as Convenções 148 e 155 da OIT, é visto que devem ser consideradas, justamente, a exposição simultânea aos

agentes, tendo em vista que tais exposições devem ser consideradas pelo Estado e, não obstante a monetização dos adicionais, são uma forma de amenizar tais riscos os quais o obreiro é exposto.

Com o advento do controle de convencionalidade, conforme, inclusive, decisão já proferida pela 7ª Turma do TST, julgando pela cumulação dos adicionais, ocorre a tutela de direitos inerentes, *in casu*, ao trabalhador, pois, sendo as Convenções da OIT tratados legítimos de direitos humanos e, assim, possuindo caráter supralegal, ou seja estando superior inclusive ao art. 193 § 2º da CLT, é notório que, ao aplicar tal controle, utilizando-se de inteligência das referidas Convenções, é possível a cumulação dos adicionais, tendo em vista que, infelizmente, não se busca a mitigação dos agentes danosos ao obreiro, sendo os adicionais a única forma de compensar o risco que o trabalhador sofre em sua atividade laboral.

Outrossim, analisando o constante no art. 7º, XXIII da CF, que trata acerca dos adicionais, é notório que não há previsão sobre a facultatividade entre um ou outro adicional, inclusive, com posição doutrinária firmando entendimento pela não recepção da CF ao art. 193, § 2º da CLT, tendo em vista que, acerca da faculdade do empregado, nada existe previsto na Constituição.

Entretanto, não é o que entende o TST, onde, julgando somente ao que preconiza o art. 193, § 2º da CLT, decide pela impossibilidade da cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade, considerando apenas a questão de fatores diversos de exposição, ficando o obreiro submetido a escolher o mais benéfico, novamente consolidando o entendimento de que ocorre uma monetização dos adicionais, não considerando que, o que ocorre, é justamente a agressão a direitos fundamentais do obreiro.

Conclui-se neste trabalho que o controle de convencionalidade, ferramenta, assim como o controle de constitucionalidade, precípua ao ordenamento jurídico, o qual garante a harmonia e a segurança jurídica no direito interno, pouco é considerada, principalmente na via difusa, onde, no caso em tela, ao utilizar de referência as Convenções 148 e 155 da OIT, permite que direitos fundamentais do trabalhador sejam garantidos, devendo ser utilizada, precipuamente, na via difusa, tendo em vista os milhares de casos que o Judiciário recebe, os quais, empregando o instrumento do Controle de Convencionalidade, minimiza os riscos de violação a direitos fundamentais, os quais foram arduamente conquistados.

Ademais, o TST não possui entendimento pacificado em relação ao tema, onde, conforme o julgador, pode se decidir pela aplicabilidade da cumulação ou não dos adicionais.

Analisando-se as decisões apresentadas, é evidente quanto ao entendimento bem fundamentado em relação à possibilidade de cumulação dos adicionais, verificando-se, tão somente, os preceitos constitucionais com os artigos em referência da CLT, onde, conforme alguns julgados, é explícita a não recepção dos artigos pela constituição, pois a mesma não disciplina, em nenhum momento, caráter facultativo quanto à percepção dos adicionais.

Haja vista a decisão denegatória, clarifica que, por muitas vezes, decide-se em prol do empregador, tendo em vista que, definir como apenas uma contraprestação de serviço do obreiro em relação ao empregador, indiferente se é praticado mais atividades além das quais foi contratado, não caracteriza, mesmo com fatos geradores distintos, a percepção da cumulação dos adicionais.

Fica flagrante o desrespeito à saúde e à vida do obreiro, onde, não se bastando monetizar o risco iminente à saúde e à vida, princípios basilares da CF/88, bem como da Declaração Universal dos Direitos Humanos, pois, além dos adicionais serem uma forma de monetização dos riscos, tem o escopo de justamente, incentivar o empregador a minimizar tais riscos, visto que não é o que ocorre.

Entretanto, bastando-se por ter esse caráter monetizado, os adicionais agem com caráter de compensar os riscos, tendo em vista que o trabalhador, diuturnamente, está sujeito a diversos males à sua saúde e vida, e nada mais justo que a possibilidade de perceber os valores cumulados, já que são uma forma compensatória em virtude de exposição.

Outrossim, verifica-se a transgressão ao princípio da dignidade da pessoa humana, precípua e base da CF, de forma a não se conceder tal benesse ao trabalhador.

Por fim, conclui-se que o controle de convencionalidade, como ferramenta de controle de validade das normas de direito interno, é instrumento de ampliação e reconhecimento de diversos direitos estabelecidos internacionalmente, onde, fazendo-se o paradigma com os tratados internacionais, os quais, por muitas vezes, possuem caráter protetivo em relação à princípios mínimos à condição humana, tanto como pessoa, cidadão e trabalhador, e devem ser aplicados em todos os ordenamentos jurídicos, tendo em vista que, por muitas vezes, em virtude de

interesses diversos, as pessoas são postas à condições que agridem tais princípios, visto que, ao aplicar o Controle de Convencionalidade, é possível garantir, além de direitos inerentes à condição de ser humano e do trabalhador, um melhor controle das normas internas, as quais devem estar em consonância, além do que empreende a Constituição, às Convenções e Tratados Internacionais que versam sobre Direitos Humanos.

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Introdução, tradução e notas de António de Castro Caeiro. São Paulo: Atlas Editora, 2009

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 11 ed. São Paulo: Malheiros, 2001

BRASIL. **Constituição** (1988). **Constituição** da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988

BRASIL. **Decreto-lei nº 5452, de 01 de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm . Acesso em: 04 out. 2018.

BRASIL. **Decreto nº 1254, de 29 de setembro de 1994**. Promulga a Convenção número 155, da Organização Internacional do Trabalho, sobre Segurança e Saúde dos Trabalhadores e o Meio Ambiente de Trabalho, concluída em Genebra, em 22 de junho de 1981. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d1254.htm . Acesso em: 04 out. 2018.

BRASIL. **Decreto nº 93.413, de 15 de outubro de 1986**. Promulga a Convenção nº 148 sobre a Proteção dos Trabalhadores Contra os Riscos Profissionais Devidos à Contaminação do Ar, ao Ruído e às Vibrações no Local de Trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1980-1989/D93413.htm . Acesso em: 04 out. 2018.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Agravo regimental a que se nega provimento porque, ao contrário do que alegam os agravantes, encontra-se claramente prequestionada a matéria constitucional suscitada na petição de recurso extraordinário. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.480/DF. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 18 de maio de 2001. Diário de Justiça. Brasília, 18 maio 2001. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000018406&base=baseAcordaos> . Acesso em: 04 out. 2018.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. DEPOSITÁRIO INFIEL - PRISÃO. A subscrição pelo Brasil do Pacto de São José da Costa Rica, limitando a prisão civil por dívida ao descumprimento inescusável de prestação alimentícia, implicou a derrogação das normas estritamente legais referentes à prisão do depositário infiel. HC nº 87.585/TO. Impetrante: Alberto de Ribamar Ramos Costa. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 03 de dezembro de 2008. Diário de Justiça. Brasília, 03 dez. 2008. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=597891> .

Acesso em: 04 out. 2018.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. 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. Recurso Extraordinário nº 466.343-1/SP. Relator: Cesar Pelluso. Brasília, DF, 05 de junho de 2009. Diário de Justiça. Brasília, 05 de junho de 2009. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re466343.pdf>. Acesso em: 04 out. 2018.

BRASIL. **Tribunal Superior do Trabalho**. Recurso de revista em face de decisão publicada antes da vigência da lei n.º 13.015/2014. Cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade. Possibilidade. Acórdão nº 1072-72.2011.5.02.0384.

Anderson Luiz Braz. Relator: Desembargador Cláudio Mascarenhas Brandão. Brasília, DF, 12 de agosto de 2015. Dejt. Brasília, 14 ago. 2015. Disponível em:

<https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/219769434/recurso-de-revista-rr-18718720135120022?ref=juris-tabs> . Acesso em: 18 mar. 2018

BRASIL. **Tribunal Superior do Trabalho**. ADICIONAIS. PERICULOSIDADE E INSALUBRIDADE. PERCEPÇÃO CUMULATIVA. ART. 193, § 2º, DA CLT. ALCANCE. SDI-I, E-ARR-1081-60.2012.5.03.0064, Redator Ministro: João Oreste Dalazen, Data de Julgamento: 28/04/2016, DEJT 17/06/2016

BRASIL. **Tribunal Superior do Trabalho**. Recurso de Revista. CUMULAÇÃO DOS ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE. POSSIBILIDADE. Recurso de Revista nº TST-RR-1072-72.2011.5.02.0384. Recorrente AMSTED MAXION FUNDIÇÃO E EQUIPAMENTOS FERROVIÁRIOS S.A. Recorrido IVANILDO BANDEIRA. Relator: Cláudio Brandão. Acórdão de 24 de setembro de 2014.

BUCK, Regina Célia. **Cumulatividade dos adicionais de insalubridade e periculosidade**. – São Paulo : LTr, 2001.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 15 ed. Editora Gen Método. 2018.

DIGITAL, Dicionário Aulette. **Significado Insalubre**. Disponível em: <<http://www.aulete.com.br/insalubre>>. Acesso em: 02 out. 2018

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 17 ed. São Paulo: LTr, 2018.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. **Curso Crítico de Direito do Trabalho** – Teoria Geral do Direito do Trabalho, São Paulo: Saraiva. 2013.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Manual de Direito do Trabalho**. 10 ed. Salvador: Jvspodium, 2018.

CORTE I.D.H., **Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros)**. Sentença de 24 de novembro de 2006. Série C N° 174, par. 60. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_174_esp.pdf. Acesso em 14.jul. 2019.

LEITÃO, Augusto Rogério. **A organização internacional do trabalho (oit)**: quase um século de ação em contextos históricos diversos. *Laboreal*, 12 (1), 103-111. <Http://dx.doi.org/10.15667/laborealxii0116ar>. Acesso em 04.out. 2018.

LEITE, Celso Barroso. **A proteção Social no Brasil**. São Paulo: LTR, 1972.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito do Trabalho**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 34 ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Significado de supralegalidade dos tratados internacionacionais** In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (Org.). **Controle de Convencionalidade: um panorama latino-americano**. Brasília-DF: Gazeta Jurídica, 2013. p. 65-66

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis**. – 3. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2013

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Teoria Geral do controle de convencionalidade no Direito Brasileiro. In: BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales. **Direitos humanos, democracia e integração jurídica: emergência de um novo direito público**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p. 744-778

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Tratados Internacionais de Direitos Humanos e Direito Interno**, Ed. Saraiva. São Paulo: 2010

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. São Paulo: Altas, 2008

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 12 ed. São Paulo: Atlas, 2002

PIOVESAN, Flavia. Controle de Convencionalidade e diálogo entre jurisdições: desafios para o *ius commune* latino-americano em matéria de direitos humanos: 3) Fomentar uma cultura jurídica orientada pelo controle de convencionalidade. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (Org.). **Controle de Convencionalidade um panorama latino-americano**. Brasília-df: Gazeta Jurídica, 2013. p. 140-145

PIOVESAN, Flavia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**, Ed. Saraiva, 10a Edição, São Paulo: 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 32ª ed. Rev. E atual. – São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

SINGER, Paul. A cidadania para todos. In: PINSKY, Jaime; PINSKY, Karla Bassanezi. **História da Cidadania**. São Paulo: Contexto, 2003.

SÜSSEKIND, Arnaldo. **Convenções da OIT**. São Paulo: LTr, 1994.

WEIS, Carlos. **Os direitos humanos contemporâneos**. São Paulo: Malheiros, 1999.