

O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NO DIREITO DO TRABALHO BRASILEIRO: DA POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO DOS ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE

Karine Marinho¹

Marcelo Fernando Quiroga Obregon²

Fecha de publicación: 01/04/2018

Sumário: Introdução; **1.** Da Organização Internacional do Trabalho; 1.1 O Controle de Convencionalidade; **2.** Os Adicionais de Insalubridade e Periculosidade no Ordenamento Jurídico Brasileiro; 2.1 Normas Internas: Constituição da República de 1988 e CLT; 2.2 Convenções da OIT; **3.** A Cumulação dos Adicionais de Insalubridade e Periculosidade: (In)Compatibilidade com as convenções da Organização Internacional do Trabalho; - Considerações Finais; - Referências.

Resumo: Os adicionais de insalubridade e periculosidade, ambos previstos no ordenamento jurídico brasileiro, são formas

¹ Graduando da Faculdade de Direito de Vitória – FDV.
kmarinho30@outlook.com

² Doutor em Direito. Direitos e Garantias Fundamentais na Faculdade de Direito de Vitória – FDV, Mestre em Direito Internacional e Comunitário pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Especialista em Política Internacional pela Fundação Escola de Sociologia e Política de São Paulo, Graduado em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo, Coordenador Acadêmico do curso de especialização em Direito Marítimo e Portuário da Faculdade de Direito de Vitória – FDV, Professor de Direito Internacional e Direito Marítimo e Portuário nos cursos de graduação e pós-graduação da Faculdade de Direito de Vitória - FDV. (Currículo Lattes, Disponível em: <http://lattes.cnpq.br/6834122814752614>).
mfqobregon@yahoo.com.br

de compensar o risco sofrido pelo trabalhador em determinadas atividades que podem atentar contra a sua vida e a sua saúde. Contudo há divergência entre as normas jurídicas a serem aplicadas no caso concreto quando há incidência simultânea de fatos geradores de insalubridade e periculosidade. Isto porque a norma da Consolidação das Leis do Trabalho proíbe a cumulação dos referidos adicionais, enquanto as Convenções da OIT obrigam a cumulatividade. Diante deste conflito entre normas se discute, através do controle de convencionalidade e de uma análise sobre a hierarquia dos tratados e convenções internacionais, a possibilidade de cumular ambos adicionais a um mesmo empregado. Com este intuito, o presente artigo utilizará como fundamentação teórica doutrinas de autores como Sebastião de Oliveira, Valério Mazzuoli, Sidney Guerra, Luiz Eduardo Gunther e Daniel Galvão, além de convenções internacionais e a legislação pátria.

Palavras-chave: Organização Internacional do Trabalho; adicional de periculosidade; adicional de insalubridade; Convenções da OIT.

INTRODUÇÃO

No Ordenamento Jurídico brasileiro interno, a Constituição da República de 1988, no art. 7º, XXIII, prevê os adicionais de periculosidade e insalubridade a serem pagos a depender dos riscos do labor exercido pelo trabalhador. Essa compensação de impactos seria uma forma de monetização do risco o qual o trabalhador é submetido em determinadas atividades.

Além da previsão constitucional, a CLT, nos artigos 189 e seguintes, regulamenta o que seria periculosidade e o que geraria a insalubridade. A mesma regulamentação é feita através das Convenções nº 148 e 155, da Organização Internacional do Trabalho, as quais foram ratificadas pelo Brasil em diferenciados momentos histórico.

Apesar de boa parte das normas provenientes desses diplomas serem correspondentes entre si, a norma que trata sobre a possibilidade ou não de cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade são divergentes, precisando-se assim, uma análise aprofundada sobre a aplicabilidade das referidas normas jurídicas.

Para tanto, o presente trabalho buscará, em primeiro lugar, fazer um panorama geral a respeito da OIT e dos seus diplomas normativos. Assim, em seguida, será feita uma análise a respeito do controle de convencionalidade no Brasil e a hierarquia dos Tratados internacionais de Direitos Humanos internalizados com ou sem o quórum presente no art. 5º, §3º, da CR88.

Posteriormente, será feita a exposição e estudos das normas legais presentes na legislação brasileira que tratam sobre o tema dos adicionais de insalubridade e periculosidade, inclusive, fazendo um breve indicativo das razões de ser de tais institutos. Os diplomas analisados serão a Constituição da República de 1988, a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), a Convenção nº 148 e Convenção nº 155, ambas da OIT.

Por fim, será feita a verificação quanto a possibilidade de harmonização entre os temas estudados a fim de averiguar se é possível, através do controle de convencionalidade e, por sua vez, a análise das Convenções nº

148 e 155, da OIT, a cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade.

1 DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO

A Organização Internacional do Trabalho (OIT) surge, em 1919, como parte do Tratado de Versalhes. Luiz Eduardo Gunther (2012, p.11) aponta que o principal objetivo de sua criação era erradicar a concorrência desleal entre os países, tendo em vista que se mostrava comum algumas nações não observarem padrões mínimos de proteção ao trabalhador. Assim, a OIT buscou, a partir de momento de sua criação, uma padronização das normas de proteção mínima da classe trabalhadora.

Além deste principal objetivo, o autor (2012, p. 27) indica quatro outras razões para a sua criação sendo essas: a “universalidade dos problemas”, a “solidariedade entre os trabalhadores de diversos países”, o “desenvolvimento das migrações” e a “contribuição para a paz”.

A OIT, essa pessoa jurídica de direito público internacional, tem como base institucional o tripartismo. Desta forma, dentro do organismo internacional tem-se uma participação igual entre os representantes governamentais, empregadores e trabalhadores dos Estados-membros (GUNTHER, 2012, p. 42).

Dentre os seus diplomas normativos destacam-se as Convenções da OIT e as Recomendações da OIT. Segundo Abreu e Silveira (2016, p.362), as Convenções seriam:

[...] tratados multilaterais abertos à ratificação dos Estados-membros da OIT, embora sua vigência internacional dependa do número de ratificações demandado pelo próprio texto. As Convenções aprovadas pela Conferência Internacional do Trabalho são classificadas como “tratados-leis” – isto é, tratados por meio dos quais as partes editam uma regra de direito objetivamente válida com intento de estabelecer certas regras uniformes de conduta.

Desta maneira, a classificação de tratado-lei significa que, por meio destas, criam-se normas jurídicas aplicáveis em qualquer Estado-membro que as aderirem, assim como é multilateral porque é possível sua incorporação e aplicação por diversos Estados (GUNTHER, 2012, p. 50).

Enquanto isto, as Recomendações, como o próprio nome indica, seriam sugestões de normas dirigidas aos Estados-membros (ABREU, SILVEIRA, 2016, p. 363). Essas recomendações seriam submetidas à autoridade competente de cada Estado-membro, cabendo a ela a decisão de adoção ou não das normas presentes no respectivo diploma normativo.

Importa, por fim, suscitar que as Convenções, quando ratificadas, tornam-se fontes formais de direito, enquanto as recomendações são fontes materiais, podendo, assim, ser utilizadas como inspiração na criação de novas fontes formais (GUNTHER, 2012, p. 51).

Para análise a que se propõe este artigo, será tratado, no tópico seguinte, sobre a efetiva aplicação e reconhecimento das Convenções no Direito Brasileiro.

1.1 O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE

No decorrer da leitura da Constituição da República de 1988 percebemos uma decisão do constituinte em proteger assiduamente os direitos e garantias fundamentais. Da mesma forma, o legislador procurou reconhecer dispositivos que vinculam o Brasil às obrigações adotadas no âmbito internacional (Guerra, 2013, p. 174).

Este reconhecimento é facilmente notado através do §2º, do artigo 5º da Constituição o qual preceitua que os direitos e garantias da Constituição da República 1988 não excluem aqueles decorrentes de tratados internacionais. Com base neste dispositivo Valério Mazzuoli (2011, p. 28-29) afirma que é possível defender que os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil, “[...] teriam índole e nível constitucionais, além de aplicação imediata, não podendo ser revogados por lei ordinária posterior”.

Desta forma, ao dizer que as normas elencadas na Constituição da República de 1988 não excluem as provenientes de tratados internacionais, diz-se o texto constitucional que os direitos e garantias fundamentais destes instrumentos estão inclusos no ordenamento jurídico interno, como se na constituição estivesse escrito (MAZZUOLI, 2011, p. 28-29). Assim, afirma o autor (2011, p. 28-29) que

[...] se os direitos e garantias expressos no texto constitucional “não excluem” outros provenientes dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte, é porque, pela lógica, na medida em que tais instrumentos passam a assegurar outros direitos e garantias, a Constituição “os inclui” no seu catálogo de direitos protegidos, ampliando o seu “bloco de constitucionalidade”.

Assim, é possível notar que o art. 5º, §2º permite, desde a promulgação da Constituição da República de 1988, o ingresso dos tratados de proteção dos direitos humanos como se Constituição o fosse.

Em 2004 foi aprovada a Emenda Constitucional nº 45, que trouxe a seguinte redação para o §3º ao artigo 5º:

Art. 5º. [...]

§ 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. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) (Atos aprovados na forma deste parágrafo)

A redação de tal parágrafo induz a interpretação de que apenas aqueles tratados e convenções internacionais aprovados pelo *quórum* explicitado poderiam ter o valor de norma constitucional à medida que seriam equivalentes às emendas constitucionais. Enquanto aqueles que aprovados sem este *quórum* seriam normas infralegais.

O autor Valério de Oliveira Mazzuoli (2011, p. 50), porém, elucida que o §3º, do art. 5º deve ser lido com apoio no §2º do mesmo artigo por fazerem parte de um mesmo contexto jurídico. Elucida o autor que os tratados de direitos humanos já possuem *status* de norma constitucional, como transparecido a cima, em decorrência do §2º, o que, de imediato, se excluiria a possibilidade destes serem considerados de outra forma que não o *status* hierárquico de norma constitucional.

Ressalta-se, ainda, que o parágrafo terceiro em nenhum momento tentou excluir este caráter das normas provenientes de diplomas internacionais de direitos humanos. De fato, a única proposta do dispositivo legal seria a de atribuir a eficácia formal dos tratados e convenções que versem sobre direitos humanos quando obedecido o *quórum* estabelecido, posto que, materialmente, já tem o status de normas constitucional (MAZZUOLI, 2011, p. 51).

Assim, é possível concluir pela existência de tratados e convenções de direitos humanos formalmente e materialmente constitucionais, quando aprovados pelos requisitos do art. 5º, §3º, da Constituição, e aqueles que se mostram apenas materialmente constitucionais, quando não respeitam esse quórum.

Em decorrência deste aspecto constitucional dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos é que se defende um controle de convencionalidade das leis, o qual seria “um novo dispositivo jurídico fiscalizado das leis infraconstitucionais que possibilita duplo controle de verticalidade [...]” (GUERRA, 2013, p. 179). Desta forma, as leis devem, além de serem compatíveis com a Constituição da República de 1988, também devem o ser com as normas ratificadas pelo Brasil provenientes de tratados e convenções internacionais.

Defende o referido autor (2011, p. 133) que tal controle de convencionalidade deve ser feito não apenas por tribunais internacionais, mas também pelo Poder Judiciário brasileiro, desde o juiz singular até os tribunais superiores. Mazzuoli (2016, p. 22) ainda ressalta que os tratados internacionais de direitos humanos incorporados por meio do art. 5º, §3º, CF podem sofrer o que ela chama de controle concentrado ou difuso de convencionalidade, ou seja, para ele é possível impetrar, por exemplo, ADIn ou ADPF com fundamento em tratados ou convenções internacionais de direitos humanos.

Contudo, no que tange as normas advindas de tratados internacionais de direitos humanos que não respeitam o quórum do art. 5º, §3º, da CF, o controle de convencionalidade a ser feito é o controle difuso. Segundo Valério Mazzuoli (2011, p. 134), neste caso,

os tratados internacionais incorporados ao direito brasileiro passam a ter eficácia paralisante (para além de derogatória) das demais espécies normativas domésticas, cabendo ao juiz coordenar essas fontes (internacionais e internos) e escutar o que elas dizem.

Assim, havendo a incompatibilidade entre a norma direito infraconstitucional com o previsto no tratado internacional de direitos humanos não internalizado através do quórum estipulado pela Emenda Constitucional nº 45/2004, a lei torna-se inválida, não mais operando efeitos no mundo jurídico, ainda que permaneçam vigentes e o juiz, por sua vez, é obrigado a deixar de aplicar uma lei inválida (MAZZUOLI, 2011, p. 138-139).

Diante do exposto, o presente estudo seguirá na análise do caso dos adicionais de insalubridade e periculosidade no ordenamento jurídico e sua eventual possibilidade de cumulação.

2 OS ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

No momento em que o empregado inicia as suas atividades laborativas este traz consigo inúmeros bens jurídicos como, por exemplo, a vida e a saúde. Os quais, segundo Alice Monteiro de Barros (2016, p. 693), deverão ser protegidos pelo empregador

[...] com adoção de medidas de higiene e segurança para prevenir doenças profissionais e acidentes de trabalho. O empregador deverá manter os locais de trabalho e suas instalações de modo que não ocasione perigo à vida e à saúde de empregado.

Segundo a Organização Mundial da Saúde (1946), a saúde seria “um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade”. Enquanto a vida teria, constitucionalmente, um sentido mais amplo do que apenas o biológico, mas englobaria outros direitos como, por exemplo, à liberdade, à alimentação, ao lazer, aos valores sociais do trabalho, entre outros (BULOS, 2015, p. 543). Ressalta-se que tanto o direito à vida quanto ao direito à saúde tem fundamento constitucional nos artigos *in verbis*:

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:

[...]

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.

[...]

Art. 196. **A saúde é direito de todos e dever do Estado**, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

(grifo nosso)

Apesar desta previsão constitucional, se reconhece no ordenamento jurídico a existência de atividades em que, inevitavelmente, põe-se em risco a vida e a saúde do trabalhador. Diante da impossibilidade de proibir, de qualquer maneira, o exercício dessas atividades, é que o ordenamento jurídico impõe regramentos compensatórios ao trabalhador submetido a essas atividades consideradas perigosas ou insalubres.

2.1 NORMAS INTERNAS: CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988 E CLT:

A Constituição da República de 1988, como forma de compensar este desgaste a saúde do trabalhador e a tentativa de diminuir o risco das atividades desempenhadas, impôs o pagamento de uma remuneração diferenciada, como se observa a partir da leitura do art. 7º, XXIII, da CR88.

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;

Segundo a norma jurídica diante de atividades insalubres e perigosas, será devido pelo empregador o pagamento de um adicional, havendo, assim, o que Sebastião Geraldo de Oliveira (2011, p. 154), chama de monetização do risco. O autor permanece afirmando que a melhor estratégia, no entanto, teria sido a de redução da jornada de trabalho, por representar um ponto de equilíbrio.

As atividades perigosas são, segundo a CLT, artigo 193, aquelas que “[...] por sua natureza ou métodos de trabalho, impliquem risco acentuado em virtude de exposição permanente do trabalhador”. São elas os inflamáveis, explosivos, energia elétrica, roubos ou outra espécie de violência física nas atividades profissionais de segurança pessoal ou patrimonial e atividades de trabalhador em motocicleta. A regulamentação dessas atividades será aprovada pelo Ministério do Trabalho e Emprego.

Enquanto isso, as atividades insalubres, que serão definidas pelo Ministério do Trabalho (art. 190, da CLT), são consideradas pela CLT, no art. 189, como 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.

Através dessas definições é que se visualiza a diferença entre as atividades. É possível perceber que a atividade perigosa recebe tal proteção devido ao risco de dano a vida que a atividade exercida oferece, enquanto a insalubridade relaciona-se com os danos possivelmente causados pelo contato constante com agentes nocivos.

Importa ainda indicar que a norma celetista, ao prever no §2º, art. 193, que o empregado poderá optar pelo adicional de insalubridade (caso este lhe seja devido), exclui a possibilidade de cumulação do adicional de periculosidade e insalubridade.

2.2 CONVENÇÕES DA OIT:

O Brasil tem várias Convenções da Organização Internacional do Trabalho ratificadas, dentre elas existem aquelas que buscam proteger à vida e à saúde do trabalhador como, por exemplo, a Convenção nº 148 e a Convenção nº 155.

A primeira delas trata sobre a proteção dos trabalhadores contra os riscos profissionais devido à contaminação do ar, ao ruído e às vibrações no local de trabalho. Sendo assim, este diploma normativo prevê, no artigo 8, item 3, que:

Artigo 8

[...]

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

Enquanto isto, a Convenção nº 155 dispõe normas jurídicas sobre segurança e saúde dos trabalhadores e o meio ambiente de trabalho. Ademais, no seu artigo 11 há previsão de que:

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

[...]

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

Apesar de não utilizar as nomenclaturas periculosidade e insalubridade, é possível perceber que as Convenções fazem diferenciações entre as atividades exercidas e não restringem a percepção de compensação quando há a exposição simultânea do trabalhador a diversas substâncias ou agentes.

3 A CUMULAÇÃO DOS ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE: (IN)COMPATIBILIDADE COM AS CONVENÇÕES DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO?

Diante da percepção de que os adicionais de insalubridade e os adicionais de periculosidade têm origem em situações diversas e colocam o trabalhador diante de riscos diferenciados, é que surge a discussão sobre a possibilidade de cumular ou não o adicional de insalubridade.

A princípio é necessário definir que as Convenções Internacionais produzidas pela OIT são, como já explicitado, tratados internacionais os quais trazem para os Estados membros normas jurídicas a serem aplicadas sobre as relações de emprego. Além disto, essas são verdadeiros diplomas que versam sobre Direitos Humanos, tendo em vista que o direito do trabalho, enquanto direito social, faz parte do que doutrinariamente convencionou-se de chamar segunda dimensão dos direitos humanos. Desta forma assevera Bulos (2015, p. 528) ao dizer que:

A segunda geração, advinda logo após a Primeira Grande Guerra, compreende os direitos sociais, econômicos e culturais, os quais visam assegurar o bem-estar e a igualdade, impondo ao Estado uma prestação positiva, no sentido de fazer algo de natureza social em favor do homem.

Aqui encontramos os direitos relacionados ao trabalho, ao seguro social, à subsistência digna do homem, ao amparo à doença e à velhice.

Diante desta perspectiva é necessário observar que as duas Convenções da OIT analisadas no presente trabalho, Convenção nº 148 e nº 155, foram internalizadas no país em 1986 e 1994, respectivamente, não tendo, pois, obedecido o rito do art. 5º, §3º, da CF, afinal a ratificação de tais diplomas internacionais adentram-se no ordenamento jurídico brasileiro anos antes da Emenda Constitucional nº 45/2004 ser aprovada.

Assim, apesar de não terem sido internalizadas pelo quórum qualificado do supracitado artigo, o fato de versarem sobre direitos humanos, traz aos tratados status constitucional devendo assim, as leis infraconstitucionais vigentes no país ter sua validade submetida também a estes referidos tratados através do controle de convencionalidade difuso. Afinal, afirma Valério Mazzuoli (2015, p. 22) que

Quanto aos tratados de direitos humanos não internalizados pela dita maioria qualificada (como é o caso da Convenção Americana sobre Direitos Humanos), passam a servir de paradigma apenas do controle *difuso* de convencionalidade (pois, no nosso entendimento, os tratados de direitos humanos não aprovados por tal maioria qualificada são *materialmente constitucionais*, diferentemente dos tratados aprovados por aquela maioria, que têm *status* material e *formalmente* constitucionais).

Com estas definições formadas, deve-se ater, primeiramente, que ao fazer o controle de validade de uma lei deve-se observar se, em primeiro lugar, a norma encontra-se em conformidade com a Constituição da República de 1988 e, em seguida, analisar para verificar se encontra fundamento nos Tratados e Convenções de Direitos Humanos ratificados pelo país.

Ao analisar a norma celetista com o texto constitucional previsto no art. 7º, XXIII, CR88, já se percebe uma incompatibilidade entre as normas, afinal, o texto constitucional não faz restrição alguma quanto à cumulação entre os adicionais de periculosidade e insalubridade, não havendo razão para perpetuar a norma.

Além desse fato, a necessidade de optar por um ou por outro adicional violaria a proteção constitucional à vida e à saúde do trabalhador. Ressalta o autor Daniel Galvão (2016, p. 967) que não pode, neste caso, falar de *bis in idem* quando da cumulação dos adicionais, tendo em vista que a saúde e a vida são bens jurídicos diversos.

Como se não bastasse à violação ao texto da Constituição da República de 1988, a norma celetista é intensamente violadora das Convenções supramencionadas da OIT. No que a Constituição não é expressa na possibilidade ou não de cumulação dos adicionais, as Convenções, em especial a nº 155, da OIT, são imperativas na necessidade de cumulação. Isto porque, no art. 11, b, da Convenção nº 155, esta assevera que “deverão ser levados em consideração os riscos para a saúde decorrentes da exposição simultânea a diversas substâncias ou agentes”.

Importa ressaltar, que, quando utiliza a nomenclatura “saúde”, a convenção indicada o faz de forma abrangente, referindo-se, assim, tanto ao bem jurídico saúde quanto ao bem jurídico vida. Garantindo, desta forma, que o empregado seja protegido as substâncias e agentes que violam simultaneamente a sua saúde e a sua vida (GALVÃO, 2016, p. 968). O que, no Direito pátrio, ocasionaria, respectivamente, o pagamento tanto do adicional de insalubridade quanto o adicional de periculosidade.

Percebe-se, portanto, que a diante desta incompatibilidade clara e expressa entre a norma infraconstitucional e as Convenções da OIT, a validade da norma celetista deve ser suspensa, através do controle difuso de convencionalidade, e, apesar de vigente, essa não mais deve ser aplicada no Direito brasileiro.

Atento a essa interpretação, a 7ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho, no julgamento do Recurso de Revista nº 1072-72.2011.5.02.0384, decidiu pela prevalência das normas provenientes da Convenção nº 148 e nº 155, da OIT, ao afirmar que:

RECURSO DE REVISTA. CUMULAÇÃO DOS ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE. POSSIBILIDADE. PREVALÊNCIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS E SUPRALEGAIS SOBRE A CLT. JURISPRUDÊNCIA

CONSOLIDADA DO STF QUANTO AO EFEITO PARALISANTE DAS NORMAS INTERNAS EM DESCOMPASSO COM OS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS. INCOMPATIBILIDADE MATERIAL. CONVENÇÕES NºS 148 E 155 DA OIT. NORMAS DE DIREITO SOCIAL. CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE. NOVA FORMA DE VERIFICAÇÃO DE COMPATIBILIDADE DAS NORMAS INTEGRANTES DO ORDENAMENTO JURÍDICO. A previsão contida no artigo 193, § 2º, da CLT não foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988, que, em seu artigo 7º, XXIII, garantiu de forma plena o direito ao recebimento dos adicionais de penosidade, insalubridade e periculosidade, sem qualquer ressalva no que tange à cumulação, ainda que tenha remetido sua regulação à lei ordinária. A possibilidade da aludida cumulação se justifica em virtude de os fatos geradores dos direitos serem diversos. **Não se há de falar em *bis in idem*. No caso da insalubridade, o bem tutelado é a saúde do obreiro, haja vista as condições nocivas presentes no meio ambiente de trabalho; já a periculosidade traduz situação de perigo iminente que, uma vez ocorrida, pode ceifar a vida do trabalhador, sendo este o bem a que se visa proteger.** A regulamentação complementar prevista no citado preceito da Lei Maior deve se pautar pelos princípios e valores insculpidos no texto constitucional, como forma de alcançar, efetivamente, a finalidade da norma. **Outro fator que sustenta a inaplicabilidade do preceito celetista é a introdução no sistema jurídico interno das Convenções Internacionais nºs 148 e 155, com *status* de norma materialmente constitucional ou, pelo menos, supralegal, como decidido pelo STF. A primeira consagra a necessidade de atualização constante da legislação sobre as condições nocivas de trabalho e a segunda determina que sejam levados em conta os -riscos para a saúde decorrentes da exposição simultânea a diversas substâncias ou agentes-. Nesse contexto, não há mais espaço para a aplicação do artigo 193, § 2º, da CLT. Recurso de revista de que se conhece e a que se nega provimento.** (grifo nosso)

Nos autos deste mesmo processo, a turma ainda afirmou que as normas jurídicas provenientes das Convenções também sobreporiam a legislação infraconstitucional ainda que tivessem a mesma hierarquia, isto porque o artigo 2º, §1º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LIND), impõe que, diante de conflito entre normas, a lei posterior revoga a anterior, trazendo, pois, ao ordenamento jurídico o critério cronológico. O relator Ministro Cláudio Brandão assim indica em seu voto:

Sendo, portanto, normas de hierarquia idêntica - se assim fosse possível se concluir, repito -, **o advento das convenções firmadas pelo Brasil, incorporadas ao direito interno, provocaria a derrogação daquelas que se, com elas, se mostrassem incompatíveis, a exemplo do art. 193, § 2º, da CLT, já referido.**

Destaca-se, ainda, como fundamento trazido pelo julgado o princípio da prevalência da norma mais favorável ao trabalhador o qual, segundo Alice Monteiro de Barros (2016, p. 123), tem fundamento na “[...] existência de duas ou mais normas, cuja referencia na aplicação é objeto de polêmica. Esse princípio autoriza a aplicação da norma mais favorável independente de sua hierarquia”.

Ao analisar comparativamente as normas provenientes do art. 193, §2º, da CLT e as normas advindas das Convenções neste trabalho tratadas, percebe que “o título” de norma mais favorável ao trabalhador, claramente, seria aquela proveniente das convenções da OIT. Devendo, portanto, essas serem aplicadas em detrimento da norma celetista.

A discussão a respeito da validade desta norma da CLT foi levada a Subseção I da Seção de Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho. Na referida sessão os Ministros, por sete votos a seis, decidiram pela não cumulação dos adicionais de periculosidade e insalubridade. Percebe-se, pois uma clara afronta as Convenções Internacionais pelo Brasil internalizadas.

Importa ressaltar que, apesar da manutenção do entendimento da não cumulatividades dos adicionais, há um crescimento no entendimento da aplicação das Convenções tanto pela diferença extremamente pequena de votos a favor e contra a cumulação, bem como pela ampla discussão durante o julgamento do referido processo, a respeito quanto à ideia de que seria devido o acúmulo dos adicionais quando o fato gerador dos respectivos fosse diverso, conforme se percebe pelos trechos apresentados pelo vídeo Revista TRT (2016).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto é possível perceber que as Convenções, inclusive as da OIT, seriam tratados multilaterais cujo objetivo estabelecer normas jurídicas. No caso das Convenções da OIT essas normas tratariam sobre Direito do Trabalho, tendo assim, caráter de verdadeiros tratados de direitos humanos.

Verificou-se a seguir que os Tratados Internacionais, dentre eles incluídos as convenções, que versassem sobre Direitos Humanos poderiam adentrar no ordenamento jurídico pátrio de duas formas, a primeira através do art. 5º, §2º da CR88, possuindo eles matéria, mas não forma de constituição. A segunda forma seria através da ratificação dentro do quórum estabelecido no art. 5º, §3º, CR88, introduzido pela Emenda Constitucional nº 45/2004. Através desta última modalidade, os tratados que fossem ratificados pelo

Brasil seriam equivalentes a Emendas Constitucionais, sendo, assim, materialmente e formalmente constitucionais.

Em resumo, ambos teriam força de constituição e estariam no mesmo patamar que essa, servindo de mais um pré-requisito para a validade das leis. A diferença estaria pelo fato de que os tratados que respeitaram o quórum estabelecido constitucionalmente ao serem internalizados, podem sofrer controle de convencionalidade concentrado e difuso, enquanto aqueles ratificados pela norma do §2º apenas poderiam sofrer o controle de convencionalidade difuso.

Diante disto, fez-se uma verificação de que no ordenamento jurídico pátrio existem normas conflitantes no que tange a possibilidade de cumulação dos adicionais de periculosidade e insalubridade, isto porque, na medida em que o art. 193, §2º, da CLT não permite o cumulo de ambos, as Convenções da OIT nº 148 e 155, são expressas ao prever a cumulatividade dos referidos adicionais.

Diante desta constatação, observou-se quanto qual seria a norma a ser aplicada no caso concreto, verificando-se, assim, que através do controle difuso de convencionalidade, deverá ser retirada a validade da norma celestista.

REFERÊNCIAS

- ABREU, Fernanda de Miranda S.C.; SILVEIRA, Vladimir Oliveira da. Internalização das convenções da OIT no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. Vol. 94. Ano 24. p. 349-373. São Paulo: Ed. RT, jan.-mar., 2016.
- BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito de Trabalho**. 10 ed. São Paulo: LTr, 2016.
- BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho. **Vade mecum Saraiva**. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, DF: Senado Federal. **Palácio do Planalto Presidência da República**. 1988. Disponível em: <<http://migre.me/wBr5C>>. Acesso em: 27 ago. 2017.
- BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista: 1072-72.2011.5.02.0384. Recorrente: Amsted-Maxion Fundição e Equipamentos Ferroviários S.A. Recorrido: Ivanildo Bandeira. Relator: Ministro Cláudio Mascarenhas Brandão. Brasília, 24 de

setembro de 2014. Disponível em: < <http://bit.ly/2xKLkLt>>. Acesso em 23 ago. 2017.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 9 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

GALVÃO, Daniel de Faria. Adicional de Insalubridade e de Periculosidade – da possibilidade de cumulação frente à jurisprudência. **Revista LTr: Legislação do Trabalho**. Vol. 8. Ano 80. p. 963-969. São Paulo: Ed. LTr, ago., 2016.

GUERRA, Sidney. **O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o controle de convencionalidade**. São Paulo: Atlas, 2013.

GUNTHER, Luiz Eduardo. **A OIT e o Direito do Trabalho no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2012.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

_____. Podem os tratados de direitos humanos não “equivalentes” às Emendas Constitucionais servir de paradigma ao controle concentrado de convencionalidade? **Revista Jurídica UNIGRAN**. Vol. 17. n. 33. Dourados: UNIGRAN, 2015.

OLIVEIRA. Sebastião Geraldo de. **Proteção Jurídica à Saúde do Trabalhador**. 6ª ed. São Paulo: LTr, 2011.

OMS, Organização Mundial da Saúde. **Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS/WHO)** – 1946. USP. Disponível em: <<http://bit.ly/1x8itdQ>> Acesso em: 04 set. 2017.

REVISTA TST traz decisão da SDI-1 que negou acúmulo de adicional de periculosidade e insalubridade. [s.l]: Tv Justiça, 2016. 1 vídeo (25 min.), son., color. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=epo5AQ2O4bg>>. Acesso em: 23 ago. 2017.