



PROCESSO N° TST-ED-IRR-239-55.2011.5.02.0319

A C Ó R D ã O
(SDI-1)
GMALB/pat/AB/lis

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO DA FEDERAÇÃO NACIONAL DOS PORTUÁRIOS. DESCABIMENTO.

Os embargos de declaração não autorizam o estabelecimento de diálogo entre as partes e o órgão jurisdicional, nunca viabilizando a modificação da substância do julgado, quando ausentes os vícios que a Lei, exaustivamente, enumera. A insatisfação com o resultado do julgamento demandará providências outras, segundo as orientações processuais cabíveis. Na hipótese, não se configuram as situações a que se referem os arts. 1.022, incisos I, II e III, do CPC e 897-A da CLT. Embargos de declaração conhecidos e desprovidos.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração em Incidente de Julgamento de Recurso de Revista e de Embargos Repetitivos n° **TST-ED-IRR-239-55.2011.5.02.0319**, em que é Suscitante **ALEXANDRE DE SOUZA AGRA BELMONTE - MINISTRO DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO** e Suscitado **SUBSEÇÃO I ESPECIALIZADA EM DISSÍDIOS INDIVIDUAIS DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO** e Embargante **FEDERAÇÃO NACIONAL DOS PORTUÁRIOS** e são Embargados **ALEXANDRE ZANARDI TARDIN** e **AMERICAN AIRLINES INC.** e **AMICUS CURIAE SINDICATO DOS TRABALHADORES NAS INDUSTRIAS DA PURIFICAÇÃO, DISTRIBUIÇÃO DE ÁGUA E EM SERVIÇOS DE ESGOTO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL - SINDIÁGUA/RS, SINDICATO DOS ODONTOLOGISTAS NO ESTADO DA BAHIA - SINDODONTO/BA, ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DA INDÚSTRIA QUÍMICA, CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA - CNI** e **ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DO AGRONEGÓCIO - ABAG** e é Assistente Simples **UNIÃO (PGU)**.

A FEDERAÇÃO NACIONAL DOS PORTUÁRIOS opõe embargos de declaração (fls. 5.108/5.115-PE) ao acórdão proferido por esta Subseção (fls. 5.063/5.105-PE), apontando vícios cuja correção postula.

É o relatório.



PROCESSO N° TST-ED-IRR-239-55.2011.5.02.0319

V O T O

ADMISSIBILIDADE.

Presentes os pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade, conheço dos embargos de declaração da PETROBRAS e da UNIÃO.

MÉRITO.

A Federação, na condição de *amicus curiae*, alega a existência de contradição e omissão no acórdão embargado.

Assevera que a Subseção, ao reconhecer o paradigma preventivo subjacente aos arts. 7º, XXII e XXIII, da CF, e, mesmo assim, fixar a tese da impossibilidade de cumulação entre os adicionais de insalubridade e de periculosidade, na forma do art. 193, § 2º, da CLT, ainda que se cuide de fatos geradores distintos, “não contribui para impelir os empregadores a investirem na reestruturação de seus fatores produtivos com vistas à neutralização dos supostos de periculosidade e de insalubridade, de modo a frustrar por completo a ideia de prevenção” (fls. 5.110/5.111-PE).

Afirma:

“[...] pelo contrário, ao facultar-se aos empregadores o pagamento de um ou de outro adicional, a despeito da existência concomitante de supostos de insalubridade e de periculosidade causados por fatores distintos, estar-se-á, aí sim, a promover a monetização de tais riscos, na medida em que os gestores das condições de trabalho, ao balancearem o custo dos investimentos em prevenção com os gastos concernentes ao pagamento daquele *plus*, acabarão optando, fatalmente, por esta última alternativa” (fl. 5.111-PE).

Sustenta que apenas a cumulação dos adicionais, com a imposição de um ônus financeiro maior ao empregador, impele-o à busca de alternativas destinadas à neutralização ou à mitigação dos fatores insalubres e perigosos.



PROCESSO N° TST-ED-IRR-239-55.2011.5.02.0319

Argumenta que houve omissão quanto ao disposto nos arts. 5º, V e X, e 7º, I e XXXII, da CF e de sua similaridade estrutural com o texto do artigo 7º, XXIII, da Carta Magna. Requer pronunciamento quanto ao fato de o art. 7º, XXIII, da CF, ao tratar dos adicionais de insalubridade e de periculosidade, utilizar a conjunção “ou” no sentido no sentido de indicar a adição de hipóteses, e não a alternatividade.

Ressalta que também não houve pronunciamento quanto à incidência do art. 225, *caput*, da Constituição Federal, que “consagra o princípio do meio ambiente do trabalho equilibrado” (fl. 5.113-PE). Defende que “a interpretação sistemática do artigo 7º, XXIII, da Constituição Federal com o princípio do meio ambiente adequado consagrado no artigo 225, *caput*, da Carta Magna aponta para a percepção justaposta dos adicionais de insalubridade e de periculosidade como medida destinada a colaborar no resguardo da integridade psicofísica dos trabalhadores e na eliminação dos riscos labor-ambientais” (fl. 5.113-PE).

Por fim, aponta que houve omissão acerca da incidência, à espécie, do princípio da isonomia consagrado no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal.

Pois bem.

No acórdão embargado, teceu-se extensa fundamentação sobre as razões pelas quais se entende que recrudescer a estratégia monetizante da saúde dos trabalhadores não auxilia na transição para o paradigma preventivo que a Constituição Federal e as normas internacionais preconizam.

Destaco (fls. 5.093/5.096-PE):

“Para a corrente jurisprudencial minoritária sobre o tema, no entanto, ‘as Convenções nº 148 e 155 determinam sejam levados em consideração os riscos para a saúde, decorrentes da exposição simultânea a diversas substâncias ou agentes, o que é representado, no Brasil, no caso em tela, pela compensação propiciada pela percepção dos adicionais de insalubridade e periculosidade’. A afirmação, com a devida vênia, substitui a premissa pela consequência. Os tratados enunciam planos de ação política.

Leciona Sebastião Geraldo de Oliveira:

‘A maioria das empresas brasileiras praticamente ignoram a ordem de preferência indicada na legislação e utiliza de pronto a última alternativa como a primeira opção.



PROCESSO N° TST-ED-IRR-239-55.2011.5.02.0319

Isto porque é de fácil aplicação, tem baixo custo, sugere condições de segurança e dispensa planejamento mais elaborado.

Desenvolveram-se mais técnicas e equipamentos para conviver com o agente agressivo, esquecendo da meta prioritária de eliminá-lo. Em vez de segregar o agente nocivo, segrega-se o trabalhador que tem os sentidos limitados pela utilização incômoda dos equipamentos de segurança. (Proteção jurídica à saúde do trabalho. 6. ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 424).

No mesmo sentido, a professora Maria Queiroga Camissasa:

‘Enquanto o Brasil insiste no pagamento do adicional de insalubridade, nos casos de exposição do trabalhador a agentes nocivos acima do limite de tolerância, ou seja, insiste na monetarização do risco, **a tendência internacional é favorável à redução da jornada nos trabalhos insalubres.**’ (Segurança e saúde no trabalho. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015, p. 418).

A corrente minoritária, reiteradas vênias, sob o amparo de defesa e máxima efetividade dos direitos humanos, reforça a medida menos aceitável, do ponto de vista de redução dos riscos ao trabalhador.

O montante dos aumentos dos salários dos empregados, como providência de desestímulo, equivaleria a recursos que deveriam ser investidos em pesquisa e tecnologia, para a eliminação de agentes insalubres ou perigosos. Ademais, as vantagens pecuniárias também animam os trabalhadores, no mais das vezes, a interessarem-se pelo excedente remuneratório, o que explica a maior procura por setores de empresa em que os adicionais são devidos. A posição sufragada finda por privilegiar medida menor e que já se mostrou impotente para gerar efeitos na prevenção de ambientes insalubres e perigosos.

Toda decisão empresarial é baseada em dados sobre boa relação entre custo e rentabilidade. Segundo Bob Dragoo, ‘uma hierarquia de valores está disponível quando medições pertinentes e apropriadas da *performance* comercial são implementadas. O mais básico deles me faz lembrar do comportamento que sempre observei quando comecei a falar sobre disciplina para meus filhos: o comportamento melhora quando se adquire a noção de que se está sendo observado’ (Guia da Ernst & Young para gerenciar o lucro em tempo real, Rio de Janeiro: Editora Record, 1999, p. 140). **Fiscalização, portanto, inclusive pelos próprios trabalhadores, poderia ser uma das chaves.**



PROCESSO N° TST-ED-IRR-239-55.2011.5.02.0319

Há muitas questões e exemplos associados à matéria que poderia levantar. A cumulação de adicionais aboliria precocemente o uso do amianto? No âmbito do Judiciário, como medida de contenção, não se poderia aplicar punições por danos (*punitive damages*) a empresas que não investem na prevenção dos riscos à saúde dos empregados no ambiente de trabalho?

Não se está, aqui, falando da utopia do afastamento absoluto e imediato de agentes prejudiciais à saúde ou de proibição de atividades insalubres e perigosas, com interdição de estabelecimentos.

A triste realidade é que, muitas vezes, é mais barato pagar o adicional cumulado a promover a reengenharia do processo de produção, a pesquisa pela substituição de agentes perigosos e insalubres, a importação ou desenvolvimento de tecnologias limpas.

Não é de senso comum que a cumulação de adicionais tem eficácia indubitavelmente preventiva. O argumento é consequencialista e demandaria prova. Escreve MacCormick:

‘O que é difícil em relação a essa postura consiste na extensão das consequências que os juízes devem considerar, e nas bases sobre as quais eles devem avaliá-las. As consequências sociais, especialmente aquelas de longo prazo, que surgem ao se adotar uma regra jurídica ao invés de outra são notoriamente difíceis de calcular’.

Por fim, assevera que ‘uma parte necessária da justificação dessas sentenças consiste em mostrar que elas não contradizem regras jurídicas validamente estabelecidas’ (Retórica e o Estado de Direito. Tradução Conrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro:Elsevier, 2008, pp. 138/139).

Assim, a fundamentação lastreada no senso comum, na proporcionalidade e na razoabilidade – critérios que são subjetivos -, deve apoiar-se em provas concretas, sobretudo em sede de julgamento de incidente de recursos repetitivos, no qual é permitida a ampla discussão com a sociedade e acesso, pelo Tribunal, a questões de índole interdisciplinar.

O que digo é que há outros meios de incentivar a prevenção, consentâneos com a legislação em vigor, e que seriam tão ou mais efetivos do que a cumulação de adicionais. Reafirmar o Direito do Trabalho também implica observar a realidade social, com as alterações do mundo do trabalho, e aplicar medidas mais efetivas.



PROCESSO N° TST-ED-IRR-239-55.2011.5.02.0319

Não há ambiguidade no texto da Lei interna.

Conforme ensina Malcom Shaw, ‘quando uma lei e um tratado têm o mesmo objeto, os tribunais buscarão interpretá-los de forma que deem efeito a ambos sem contrariar a letra de nenhum dos dois’ (Direito Internacional, São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 125/126). É o que proponho para o caso, uma vez que, por tudo quanto dito, os textos comparados não são incompatíveis (a regra da impossibilidade de cumulação adequa-se à transição para o paradigma preventivo), mesmo considerado o caráter supralegal dos tratados que versem sobre direitos humanos.”

Assim, não se verifica a alegada contradição. Do excerto, extrai-se também a forma como o meio ambiente de trabalho equilibrado, preconizado no art. 225 da CF, seria mais facilmente obtido.

Ademais, quanto à interpretação da conjunção “ou” inscrita no art. 7º, XXIII, da CF, concluiu-se (fls. 5.085/5.086-PE):

“[...] quanto ao inciso XXIII, entendendo-se que a Lei não possui palavras inúteis, a conjunção ‘ou’, bem como a utilização da palavra ‘adicional’, no singular, admite supor-se alternatividade entre os adicionais. Assim, quer pela sua natureza, quer por sua literalidade, não há que se falar em restrição, pela Constituição Federal, ao art. 193, § 2º, da CLT, no que diz respeito à vedação à cumulação de adicionais (porque respeitado seu núcleo essencial), ainda que Lei possa, no futuro, autorizá-la, dado o caráter progressivo dos direitos sociais (art. 7º, *caput*, da Constituição Federal).

Destaco, no ponto, que foi opção do constituinte, que elaborava Carta analítica, deixar claros os bens jurídicos tutelados, ao enumerar três adicionais, em lugar de prescrever, de forma geral, o acréscimo salarial pelo trabalho em condições de risco.

Ainda que assim não fosse, Ingo Sarlet ressalta, expressamente, ‘o fato de todos os direitos fundamentais serem restringíveis’: [...].”

Não há, portanto, as omissões apontadas.

A embargante, na verdade, manifesta o seu inconformismo com a decisão que lhe foi desfavorável.



PROCESSO N° TST-ED-IRR-239-55.2011.5.02.0319

Os embargos de declaração não autorizam o estabelecimento de diálogo entre as partes e o órgão jurisdicional, nunca viabilizando a modificação da substância do julgado, quando ausentes os vícios que a Lei, exaustivamente, enumera.

A insatisfação com o resultado do julgamento demandará providências outras, segundo as orientações processuais cabíveis.

Os embargos de declaração foram opostos à deriva das situações a que se referem os arts. 897-A da CLT e 1.022, incisos I, II e III, do CPC.

Diante disso, nego provimento aos embargos de declaração.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, conhecer dos embargos declaratórios, e, no mérito, negar-lhes provimento.

Brasília, 24 de setembro de 2020.

Firmado por assinatura digital (MP 2.200-2/2001)

ALBERTO BRESCIANI

Ministro Relator