

2

A SEGURANÇA JURÍDICA E O EFEITO MODULADOR NO PROCESSO DE ACUMULAÇÃO DE ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE

LEGAL SECURITY AND THE MODULATOR EFFECT IN THE PROCESS OF ACCUMULATION OF ADDITIONAL UNHEALTHY AND HAZARDOUS WORK

Jonathan do Nascimento Matos*
Richard Moura Torres**
Rodrygo Tiago de Oliveira Bezerra***

RESUMO: O presente artigo, objetiva defender a aplicação do instituto do Efeito Modulador das Decisões no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho, especificamente nas ações que versem sobre a acumulação de Adicionais de Insalubridade e Periculosidade. Diante da provável mudança de entendimento jurisprudencial sobre o tema (*overruling*), que aos poucos vem acontecendo dentro das turmas do TST, e com o consequente aumento da incerteza jurídica gerado a partir da não pacificação de entendimento, surge a necessidade de adoção de um posicionamento do órgão de cúpula trabalhista, porém este posicionamento, caso venha a ser favorável a cumulatividade, causando uma virada jurisprudencial, pode acarretar em inúmeras contendas buscando discutir relações trabalhistas, que mesmo realizadas observando os ditames legais, a depender do entendimento do tribunal laboral, poderá retroagir em até cinco anos, de forma a não observar o princípio da Segurança Jurídica, podendo levar a grandes conflitos no ambiente social. Desta feita surge a possibilidade de utilização da técnica de modulação dos efeitos das decisões, de forma a garantir o respeito à Segurança Jurídica ou o Excepcional Interesse Social. Foram utilizados para a consecução dos resultados aqui reunidos os métodos descritivo e exploratório, lançando mão de diversas fontes de pesquisa, primárias e secundárias, como doutrinas, jurisprudência, periódicos, leis, tendo como objetivo principal a apresentação de um caminho, possivelmente apto a ser utilizado pelo tribunal de cúpula trabalhista, que se mostre perene diante do frequente dinamismo social.

PALAVRAS-CHAVE: Modulação dos efeitos no processo trabalhista; Segurança Jurídica; Cumulação de adicionais de insalubridade e periculosidade.

ABSTRACT: This article aims to defend the application of the Institute of the Modulating Effect of Decisions within the scope of the Superior Labor Court, specifically in actions that deal with the “Adicionais de Insalubridade” and “Periculosidade”. Faced with the probable

* Jonathan do Nascimento Matos, Técnico do Ministério Público do Estado de Alagoas. Bacharel em Direito. E-mail: john.matos@hotmail.com.

** Richard Moura Torres, Bancário. Graduado em Química (Licenciatura - 2007 - UNEAL). Bacharel em Direito. E-mail: richard.torres@hotmail.com.

*** Rodrygo Tiago de Oliveira Bezerra. Possui especialização em Direito Processual pelo Centro de Estudos Superiores de Maceió (2008). Atualmente é sócio proprietário - Escritório de Advocacia e professor do Centro de Estudos Superiores de Maceió. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho, Relações de Consumo e Direito Civil e Processual Civil. E-mail: rodrygotiago@hotmail.com.

change in jurisprudential understanding on the subject (overruling), which has gradually been happening within the TST, and with the consequent increase in legal uncertainty generated from the non-pacification of understanding, the need arises to adopt a position of the labor summit body, however this position, if it proves to be favorable to cumulativeness, causing a jurisprudential turn, can result in numerous disputes seeking to discuss labor relations, which even carried out observing the legal dictates, depending on the understanding of the labor court, may retroact for up to five years, in order not to observe the principle of Legal Security, which could lead to major conflicts in the social environment. This time arises the possibility of using the technique of modulation of the effects of decisions, in order to guarantee respect for Legal Security or the Exceptional Social Interest. Descriptive and exploratory methods were used to achieve the results gathered here, making use of several research sources, primary and secondary, such as doctrines, jurisprudence, periodicals, laws, having as main objective the presentation of a path, possibly able to be used by the labor summit court, which proves to be perennial in the face of frequent social dynamism.

KEYWORDS: Modulation of effects in the labor process; Legal Security; Cumulation of additional unhealthy and dangerous work.

1 INTRODUÇÃO

A acumulação de adicionais de insalubridade e periculosidade é tema recorrente e que tem se mantido em constante debate na Justiça Trabalhista, que até o momento, não conseguiu pacificar entendimento a seu respeito, fomentando a insegurança jurídica. Assim, pretendemos investigar possíveis soluções para que eventuais prejuízos entre as partes envolvidas sejam minimizados.

A insegurança jurídica gerada pela falta de consenso sobre o tema, entre as turmas do órgão de cúpula trabalhista, que são as responsáveis pela sedimentação do novo entendimento, a ser observado pelos demais órgãos jurisdicionais, pode levar a grandes conflitos no ambiente social, visto que, a não observância a tal princípio basilar gera nos jurisdicionados a incerteza quanto a resolução de seus pleitos.

Desta forma, buscou-se estudar alternativas razoáveis que possam ser adotadas pelos órgãos jurisdicionais competentes para resolver o impasse, tendo como norte o Princípio da Segurança Jurídica.

Em um primeiro momento, foi realizado um breve apontamento sobre o trabalho e sua importância na história. Em um momento posterior, discorreremos sobre os conceitos de cada adicional de nocividade, demonstrando a importância de sua concessão cumulativa. Por fim, finalizamos com os conceitos de ato jurídico perfeito, segurança jurídica e modulação dos efeitos da sentença e a importância desses institutos para a resolução do conflito em tela.

Observa-se então, que o instituto da modulação dos efeitos pode ajudar a mitigar os riscos de surgimento da insegurança jurídica, principalmente nos casos em que os Tribunais de Superposição devem efetuar uma virada jurisprudencial nos entendimentos já sedimentados.

A discussão de tal situação revela-se de extrema importância, visto que, em um estado democrático de direito a certeza, a estabilidade, a confiabilidade e a efetividade das situações jurídicas processuais devem ser a regra e para tanto, deve-se lançar mão de instrumentos capazes de reduzir os efeitos danosos promovidos por sua não observância.

Para o desenvolvimento do artigo e reconhecimento da problemática foram utilizadas como metodologia as análises bibliográfica e jurisprudencial de divergentes julgados, comungando com tal, o estudo de viabilidade da utilização do Instituto do Efeito Modulador das Decisões, com vistas a assegurar a real efetivação do princípio da Segurança Jurídica, que se mostra indispensável à concretização da justiça.

2 BREVES APONTAMENTOS SOBRE O TRABALHO, A INSALUBRIDADE E A PERICULOSIDADE

“O Trabalho Dignifica o Homem” a presente afirmação, enraizada na história, atribuída muitas vezes ao célebre sociólogo e jurista alemão Max Weber e outras ao filósofo americano Benjamin Franklin, muito conhecida e citada pelos brasileiros, expressa a relevante importância do trabalho em proporcionar ao homem uma forma de contribuir com a sociedade na qual convive. Da mesma forma que o homem sem trabalho sentir-se-á desvalorizado por não vislumbrar sua utilidade em colaborar com a melhoria de seu habitat.

Segundo Garcia (2017), com o surgimento do constitucionalismo social, após a Primeira Grande Guerra Mundial (início do século XX), vieram as primeiras Constituições que plasmaram em seu bojo normas trabalhistas de segunda dimensão ou geração, visando a proteção ao trabalhador, a do México 1917 e de Weimar de 1919, seguidas entre outras pelo Tratado de Versalhes, também em 1919, que previu a criação da Organização Internacional do Trabalho (OIT), iniciava-se assim a busca pela garantia do mínimo para uma vida digna ao trabalhador.

Deste modo, seja no trabalho em que se exige a força braçal ou no que explore o intelecto do trabalhador, algumas atividades apresentam agentes considerados nocivos à saúde ou que oferecem riscos à integridade física ou a própria vida dos que se dispõem a executá-las.

A proteção à saúde laboral é uma questão de ofertar ao trabalhador uma vida mais digna, protegendo-o de situações que possam levá-lo a adoecer ou perecer instantaneamente. Nas palavras de Pena:

Busca-se, com a tutela à saúde (no caso em estudo, à saúde do trabalhador), resguardar o seu direito humano à vida, à incolumidade física, funcional, psíquica, direito a uma vida digna. Tanto é assim que um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, em que se constitui a República do Brasil, é a dignidade da pessoa humana (inciso III do art. 1º da CF/88) e um dos direitos fundamentais é o direito social à saúde (art. 6º). (PENA, 2011. p. 3).

Desta feita, atividades consideradas insalubres, perigosas e penosas devem ser realizadas de forma que sejam minimizados ou excluídos os riscos inerentes a sua execução.

Porém, mesmo com todas as leis, normas regulamentadoras e tratados internacionais que na teoria protegem a vida e saúde do trabalhador, no plano fático é praticamente impossível que seja alcançada completa perfeição na eliminação dos agentes nocivos ao desempenho de algumas atividades laborais.

A partir de tal concepção observa-se um impasse: ou o trabalho não será realizado, em virtude de todas as precauções e prevenções não eliminarem completamente os riscos de algumas atividades ou encontra-se uma forma de compensar o trabalhador pela execução de serviços que, apesar de sua natureza insalubre ou perigosa, precisam ser realizados.

Para Oliveira (1999) *apud* Pena (2011), três foram as opções legislativas para a solucionar o impasse; a primeira seria o aumento remuneratório com vistas a compensar o desgaste do trabalhador, que se denomina monetização do risco; a segunda funda-se na proibição total da realização do trabalho nocivo ao empregado já a terceira pauta-se na redução da carga horária laboral em razão dos riscos inerentes à atividade. Para o autor, a escolha ideal seria a proibição da atividade, porém afirma que a opção com adoção crescente é a terceira que se mostra como um ponto de equilíbrio entre as anteriores.

Segundo PENA (2011), “no Brasil a opção do legislador, desde 1940, foi pela primeira estratégia mencionada, qual seja, monetização do risco - sem prejuízo de procedimentos especificados, determinados em normas legais”.

Com a adoção da monetização do risco o Direito Trabalhista brasileiro pretendeu compensar os perigos à saúde e a vida advindos da atividade laborativa insalubre, periculosa ou penosa por meio de adicionais suplementares pagas ao trabalhador.

2.1 INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE

O conceito de cada espécie de risco da atividade laboral e sua forma de concessão está previsto na Consolidação das Leis Trabalhistas, CLT do artigo 189 ao 197, com exceção da penosidade que apesar de sua criação estar prevista na Carta Magna brasileira em seu texto original datado de 1988, nunca fora regulamentada.

Outrossim, como acima explicitado, o artigo 7º, inciso XXIII da Constituição Federal de 1988 por ser defensora incansável dos direitos humanos fundamentais e sociais, prevê o pagamento dos três adicionais, quais sejam, insalubridade, periculosidade e penosidade. Porém, a CLT, que segundo os princípios basilares do Direito do Trabalho, mais notadamente o Princípio Tutelar, deveria proteger os interesses do trabalhador, traz em seu artigo 193, §2º, vedação expressa a cumulação dos adicionais. Assim, conforme seu texto, o trabalhador terá que optar pelo adicional que lhe seja mais favorável.

NASCIMENTO (2015), na esteira de PENA (2011) afirma que apesar de o Brasil ter adotado a teoria da monetização do risco, que também é adotado em outros países, aqui sua cumulação foi restringida.

Nesse diapasão, Aquilino e Quintana (2016) criticando a postura legislativa brasileira, afirmam ainda que esta é a causa da indolência, quando se refere ao tema, no setor empregatício, motivo pelo qual este setor opta por pagar os adicionais em detrimento da adoção de medidas capazes de proteger a saúde e integridade dos trabalhadores. (AQUILINO; QUINTANA, 2016, p.8)

Tânia Pena ao discorrer sobre os agentes nocivos à saúde encontrados nos ambientes laborais, faz uma diferenciação entre as duas espécies, indicando que a distinção reside primordialmente no fato de que a insalubridade causa o adoecimento, em regra, a longo prazo do trabalhador, por este exercer suas atividades exposto a agentes insalubres, sejam físicos, químicos ou biológicos, podendo ser neutralizada ou eliminada com o uso de EPI's, já a periculosidade pode levar à incapacidade ou morte súbita, e não há como ser neutralizada ou eliminada, o que aconteceria somente se fossem afastadas as situações de risco. (PENA, 2011, p.6)

Desta forma, o adicional de periculosidade é um valor ao qual o empregado tem direito quando se depara, em sua atividade laboral, com agentes potencialmente perigosos durante a execução do seu trabalho, ou seja, aquelas que em sua natureza ou forma de trabalho tragam riscos imediatos à integridade física ou a vida do trabalhador, como por exemplo, atividades em

que haja contato permanente com materiais explosivos, inflamáveis, etc. (CORREIA, 2016, p.586)

Em valores monetários, o cálculo para pagamento do adicional de periculosidade é simples e direto, uma vez que se acrescenta ao salário base do trabalhador uma proporção de 30%, sem que sejam levados em consideração valores resultantes de gratificações, prêmios ou participações no lucro da empresa.

Com relação a insalubridade a atual legislação trabalhista brasileira prevê o pagamento de seu adicional ao trabalhador que realiza atividades laborais em ambientes que o exponham ao risco de adoecer. Segundo Correia “Atividades insalubres são aquelas que expõem o empregado a agentes nocivos à sua saúde e que ultrapassam o seu limite de tolerância. Exemplo: agentes químicos (chumbo), biológicos (bactérias) e físicos (ruídos). (CORREIA, 2016, p.590)”

O adicional de insalubridade é pago a partir de percentuais que variam conforme o grau de severidade da atividade, desta forma, é estipulado o pagamento de 10% em grau mínimo, 20% em grau médio e 40% em grau máximo, tendo como referência para fixação o salário-mínimo da região, como disposto na CLT.

2.2 CUMULAÇÃO DOS ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE

Ao analisar a situação em tela, vislumbra-se uma enorme diferença entre as duas causas ensejadoras do pagamento dos adicionais; assim, existem trabalhadores que exercem atividade laborativa sujeita às duas simultaneamente, porém sem perceber os adicionais cumulativamente, surgindo assim um dilema jurídico. Nas palavras de Tânia Pena:

Nada obstante o direito à saúde seja um direito humano exigível, inclusive em face do empregador, doutrina e jurisprudência nacionais têm-no interpretado à luz de normas infraconstitucionais, quando questionadas sobre a possibilidade de cumulação de adicionais (insalubridade, periculosidade e penosidade) no curso da relação de emprego. (PENA, 2011, p.4).

Quando esmiuçada esta relação entre empregado e empregador, observa-se que o trabalhador (parte hipossuficiente), geralmente de baixa renda é o mais afetado, uma vez que além de ter sua saúde minada pouco a pouco, em virtude do exercício de atividades insalubres ou perigosas, acaba por não receber um dos adicionais salariais a que teria direito, quando as atividades forem advindas de fatos geradores distintos. A partir desta observação, não se pretende “precificar a vida” com o pagamento dos adicionais, mas espera-se que o trabalhador

adquirir uma melhor qualidade de vida com o recebimento desses rendimentos, compensando a saúde perdida.

Destarte, por haver o entendimento de que o trabalhador acaba prejudicado em não receber seus direitos cumulativamente, não há pacificação na jurisprudência trabalhista, uma vez que há percepções divergentes dentro das próprias turmas do Tribunal Superior do Trabalho.

Ao analisar o dispositivo infraconstitucional pátrio que trata de tal dilema, ou seja, o artigo 193 da CLT, que segundo entendimento da SDI-I do TST (junho/2016), não apresenta conflito com o artigo 7º, XXIII da Constituição Federal de 1988, que prevê os pagamentos; infere-se que o referido oferece ao empregado o direito de escolha entre os dois adicionais, porém suprime a possibilidade de gozar de ambos.

Porém, em abril de 2015, a 7ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho (TST), no julgado do Recurso de Revista de número RR 773-47.2012.5.04.0015, de forma incompatível com o entendimento até então pacificado no órgão de cúpula trabalhista proferiu decisão permitindo a acumulação dos adicionais, sendo esta, o “*Leading Case*” do embate. Como tal decisão foi de encontro com o entendimento sedimentado, veio à tona a discussão sobre o assunto, tendo como base fundamental para a questão os excertos dispostos na Constituição Federal de 1988, na Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), bem como nas Convenções de Direitos Humanos 148 e 155 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), estas que possuem status supralegal, conforme entendimento do STF.

Nessa esteira, Eduardo Nascimento afirma que nos últimos anos, diversas manifestações, sejam doutrinárias ou jurisprudenciais, surgiram no sentido de demonstrar o sobrepujamento do entendimento pela impossibilidade de cumulação dos adicionais de periculosidade e insalubridade, quando os obreiros estiverem expostos aos dois agentes. Trazendo ainda que as teorias mais acolhidas são as que afirmam que o artigo da carta trabalhista que trata do tema, não foi recepcionado pela CF/88 como também foi superado pelas Convenções 148 e 155 da OIT (NASCIMENTO, 2015. p.5)

Comungando de tal entendimento o TST se posicionou no julgado (TST-E-ARR-1081-60.2012.5.03.0064, Redator Ministro: João Oreste Dalazen, Data de Julgamento: 28/04/2016, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, de maneira permissiva a cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade, porém com a ressalva de que, estes, não sejam objeto da mesma causa de pedir. Assim, caso os adicionais tenham como base o mesmo agente nocivo o pleiteante deverá optar por um deles.

No mesmo diapasão Melo (2010, p. 206, *apud* AQUILINO; QUINTANA, 2016, p.10):

Na visão de MELO (2010, p. 206) no Direito, só não é possível cumulação de verbas quando a natureza jurídica for idêntica. No caso dos adicionais de insalubridade e periculosidade o autor entende serem de natureza distintas, pois, o adicional de insalubridade tem como fato gerador a exposição do obreiro a agentes que prejudicam a sua saúde de forma contínua e provocam doenças com menor ou maior gravidade, conforme o tempo de exposição, tipo de agente e resistência do organismo humano. (AQUILINO; QUINTANA, 2016, p. 10).

Analisando tais divergências e novel possível entendimento, cabe refletir sobre o impacto trazido por novas e repetitivas demandas, devendo ser observado com maior cautela o direito adquirido e o ato jurídico perfeito, com vistas a respeitar o princípio da Segurança Jurídica. Pois, como bem afirma Rodrigo Oliveira (2016, p.2) “(...) os tribunais trabalhistas detêm a responsabilidade de proporcionar o cumprimento das normas legais, garantindo assim a segurança jurídica esperada por empregados e também pelos empregadores”.

3 O ATO JURÍDICO PERFEITO E A SEGURANÇA JURÍDICA

A promoção da justiça como preocupação do Estado de Direito, levou este a balizar as relações jurídicas de forma que em regra seus atos tenham efeitos pro futuro visando o respeito ao Direito Adquirido, o Ato Jurídico Perfeito e a Coisa Julgada, tendo como escopo a manutenção da Segurança Jurídica.

Neste sentido, a Constituição Federal de 1988 trouxe em seu artigo 5º, inciso XXXVI, que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”, da mesma forma que a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) em seu artigo 6º plasmou que “a Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.”. Aqui trataremos apenas do ato jurídico perfeito, assim, cabe aqui trazer o conceito de tal instituto nas palavras de Flávio Tartuce:

Ato jurídico perfeito: é a manifestação de vontade lícita, emanada por quem esteja em livre disposição, e aperfeiçoada. De acordo com o que consta do texto legal (art. 6.º, § 1.º, Lei de Introdução), o ato jurídico perfeito é aquele consumado de acordo com lei vigente ao tempo em que se efetuou. Exemplo: um contrato anterior já celebrado e que esteja gerando efeitos. (TARTUCE, 2017, p. 36).

De forma a iluminar o que aqui foi afirmado, ensina Gilmar Mendes:

(...) A referência ao ato jurídico perfeito permite definir com maior clareza a lei aplicável a dadas situações jurídicas, que somente produzirão efeitos no futuro, eventualmente no regime de uma lei nova. É o caso das controvérsias a propósito da

capacidade para prática de ato jurídico ou da forma que se deva adotar em determinados atos. A alteração posterior (exigência de escritura pública na lei nova para, v. g., elaboração de testamento, quando sob a lei anterior, tal forma era dispensável) não afeta o ato jurídico perfeito já efetivado. Neste sentido, a alteração posterior não pode repercutir no plano de sua validade, tendo em vista o ato jurídico perfeito. (MENDES, 2017, p. 316).

Assim, se o Ato Jurídico Perfeito traduz-se em um ato jurídico praticado e consumado com estrita observação a lei que vigorava ao tempo em que foi realizado, então infere-se que o negócio jurídico formalizado entre empregador e empregado que, respeitou todos os ditames legais e orientações jurisprudenciais válidas a época e que esteja a gerar efeitos é um ato jurídico perfeito e está sob a proteção do texto Constitucional e da Segurança Jurídica.

Há negócios jurídicos – notadamente contratos – que se caracterizam por ser de trato sucessivo, configurando relações jurídicas continuadas. Nestes casos, o vínculo jurídico existe e produz efeitos ao longo do tempo, com a execução de suas prestações de forma sucessiva e contínua. No desenvolver da relação jurídica continuada ocorrem fatos com relativa autonomia entre si. Portanto, como regra, aos fatos ocorridos a partir da vigência do novo comando normativo é que se aplicam a sua previsão³³. Se fosse aplicada a norma jurídica aos fatos anteriores à sua vigência, seu efeito seria retroativo (e não imediato), o que é vedado pelo art. 5.º, XXXVI, da Constituição Federal de 1988³⁴. (GARCIA, 2017, pg. 49).

3.1 A SEGURANÇA JURÍDICA

A Segurança Jurídica constitui um dos fundamentos do Estado Constitucional, estando previsto na Carta Magna brasileira, dentre os direitos e garantias fundamentais em seu art. 5º, figurando como elemento central na conformação do direito ao processo justo. (SARLET et al., 2017, pg. 916).

Nesta linha de raciocínio apresenta-se a Segurança Jurídica como um dos pilares do Estado Democrático de Direito, devendo ser observado e tido como norte para que se possa proporcionar estabilidade no sistema jurisdicional pátrio, que deve pautar-se no respeito aos direitos e garantias fundamentais e na efetiva tutela jurisdicional.

Assim, o respeito à segurança jurídica tem como consequência a constituição de diversos direitos: “à certeza, à estabilidade, à confiabilidade e à efetivação das situações jurídicas processuais.” (SARLET et al., 2017, pg. 917)

Neste sentido, Gilmar Ferreira Mendes (2017) preleciona que a aplicação da lei no tempo apresenta-se como um dos temas mais controvertidos do direito moderno, onde degladiam-se a possibilidade e necessidade de mudança e a segurança jurídica. Afirmando ainda que o futuro é o escopo do direito e não o passado.

Assim, ainda que se não possa invocar a ideia de direito adquirido para a proteção das chamadas situações estatutárias ou que se não possa reivindicar direito adquirido a um instituto jurídico, não pode o legislador ou o Poder Público em geral, sem ferir o princípio da segurança jurídica, fazer tabula rasa das situações jurídicas consolidadas ao longo do tempo. (MENDES, 2017. p. 337).

Para Garcia (2017) a devida segurança jurídica é pressuposto necessário para a formalização da estabilidade e progresso social, fixando certo grau de previsibilidade para que haja o desenvolvimento justo da sociedade.

Desta forma, quando um ato jurídico perfeito se perpetua no tempo gerando consequências jurídicas, deve ser protegido contra as mudanças de entendimento que advém da evolução do direito, o que é esperado de uma sociedade democrática; neste sentido Garcia (2017, p. 46) afirma que “a nova disposição normativa tem aplicação imediata, ou seja, incide sobre a relação de emprego em curso, regulando apenas os fatos ocorridos daí para frente, sem atingir eventos anteriores”.

4 A MODULAÇÃO DOS EFEITOS

Com o advento da Lei 9.868, Lei da Ação Direta de Inconstitucionalidade e posteriormente com a Lei 9.882, Lei da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental, ambas de 1999, foi instituído no direito brasileiro a possibilidade de modular os efeitos temporais das decisões, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social desde que aprovada por maioria de dois terços dos membros do Supremo Tribunal Federal, devendo estes, fixar os efeitos e a eficácia temporal da decisão.

Gilmar Mendes leciona que fundamentado no art. 27 da Lei 9.868/99, poderá o STF proferir: I- declaração de inconstitucionalidade com validade a partir do trânsito em julgado da decisão (efeitos ex nunc); II- declaração de inconstitucionalidade sendo os efeitos suspensos por tempo, este fixado na sentença (efeitos pro futuro); declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade, até que o legislador, em prazo razoável, se manifeste sobre a inconstitucionalidade (restrição de efeitos).

Diante de tais colocações, vislumbra-se então a possibilidade da aplicação de tal instituto na esfera trabalhista, visto que dentre suas hipóteses de utilização conforme os textos de lei que o regulamenta, figuram a segurança jurídica ou o excepcional interesse social. Em contrassenso, mesmo o texto legal delegando tal utilização ao STF, não a restringe, podendo outros tribunais de cúpula, lançar mão de suas benesses quando necessário.

No julgado do ARE709.212 de 2014 o STF decidiu sobre o prazo prescricional do FGTS, em ação que discutia a superação de entendimento anterior, sobre a prescrição trintenária, lançando mão da modulação dos efeitos da decisão.

Desta feita, seguindo esta mesma esteira de raciocínio, a SDI-1 do TST utilizou o efeito modulador da decisão em 21/11/2016 em acórdão no RR - 849-83.2013.5.03.0138, que discutia a forma de cálculo do salário-hora do bancário de forma a revestir a tese adotada de efeito vinculante.

Em contínuo, ainda há o questionamento sobre a possibilidade de utilização da modulação dos efeitos em ações que não discutam a inconstitucionalidade de normas, questão essa, que parece já ter sido superada como demonstrado acima e como bem aponta Nogueira (2013, p. 50):

Entretanto, essa opinião restritiva não encontrava respaldo tampouco na jurisprudência da própria Suprema Corte, valendo citar que o precedente lavrado por ocasião da reversão da Súmula 394 não constituiu juízo de inconstitucionalidade, mas mesmo assim teve seus efeitos modulados! De toda forma, no julgamento paradigmático alusivo à filiação partidária (MS 26.603-1/DF), o STF voltou a relativizar temporalmente os reflexos da sua decisão a respeito da interpretação da Constituição, sem preocupar-se, portanto, com o fato dela não tratar de pura declaração de inconstitucionalidade de lei. In casu, o que levou o STF a temperar os efeitos decisórios foi a virada de jurisprudência sobre o objeto do *mandamus*, qual seja, a infidelidade partidária como causa da perda do mandato, in verbis: “não se trata aqui de aplicação do art. 27 da Lei nº 9.868/99, mas de substancial mudança de jurisprudência, decorrente de nova interpretação do texto constitucional, o que permite ao Tribunal, tendo em vista razões de segurança jurídica, dar efeitos prospectivos às suas decisões.

Assim, mostra-se clara a possibilidade de utilização do instituto aqui em debate em ações que não versem sobre inconstitucionalidade e no âmbito de tribunais infraconstitucionais de superposição, patamar em que se encontra o TST, seja para garantir a efetiva aplicação da segurança jurídica ou como garantia do interesse social, baseando-se principalmente na postura que o STF tem adotado quando carece de lançar mão de seus efeitos em momentos de virada jurisprudencial (*overruling*). Neste sentido ensina Gilmar Mendes (2017, p. 724):

Em casos como este, em que se altera jurisprudência longamente adotada, parece sensato considerar seriamente a necessidade de se modularem os efeitos da decisão, com base em razões de segurança jurídica. Essa tem sido a praxe no Supremo Tribunal Federal, quando há modificação radical de sua jurisprudência. Mencione -se, a título de exemplo, a decisão proferida na Questão de Ordem no Inq 687, em que o Tribunal cancelou o enunciado da Súmula 394, ressaltando os atos praticados e as decisões já proferidas que nela se basearam. No Conflito de Competência 7.204, fixou -se o entendimento de que “o Supremo Tribunal Federal, guardião -mor da Constituição Republicana, pode e deve, em prol da segurança jurídica, atribuir eficácia prospectiva às suas decisões, com a delimitação precisa dos respectivos efeitos, toda vez que

proceder a revisões de jurisprudência definidora de competência *ex ratione materiae*. O escopo é preservar os jurisdicionados de alterações jurisprudenciais que ocorram sem mudança formal do *Magno Texto*”. Assim também ocorreu no julgamento do HC 82.959, em que declaramos, com efeitos prospectivos, a inconstitucionalidade da vedação legal da progressão de regime para os crimes hediondos (art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90, com radical modificação da antiga jurisprudência do Tribunal). Recorde-se, igualmente, o importante e emblemático caso da fidelidade partidária, no qual a Corte, ante a mudança que se operava, naquele momento, em antiga jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, e com base em razões de segurança jurídica, entendeu que os efeitos de sua decisão deveriam ser modulados no tempo, fixando o marco temporal desde o qual tais efeitos pudessem ser efetivamente produzidos, especificamente a data da decisão do Tribunal Superior Eleitoral na Consulta 1.398, que ocorreu na Sessão do dia 27 de março de 2007.

Por fim, vejamos como poderia a modulação dos efeitos ser aplicada de forma a corrigir eventuais problemas surgidos com a renovação jurisprudencial acerca do tema cumulatividade de adicionais.

Ora, é sabido que o Brasil tem um número alarmante de processos, segundo dados do Conselho Nacional de Justiça no relatório “Justiça em números 2017”, o país finalizou o ano de 2016 com 79,7 milhões de processos em tramitação, sendo 12,907 mil ações para cada grupo de 100 mil habitantes, havendo um significativo aumento de 5,6% quando comparado ao ano de 2015, restando clara a crescente procura da prestação jurisdicional pelo cidadão. Diversos são os fatores que elevam a busca pela prestação jurisdicional, e o aumento progressivo do acesso a informação é um dos principais, pois permite ao cidadão conhecer seus direitos.

Desta forma, a partir do momento em que se estabelecer um novo entendimento sobre o tema cumulatividade de adicionais, poderá haver nova avalanche de processos buscando discutir a possibilidade de os trabalhadores receberem tais suplementos remuneratórios retroativamente.

Adauto Duarte (2009) afirma que “(...) E a cada vez que jurisprudência se altera em relação ao mesmo tema, invalida-se todos os atos que foram praticados de boa-fé durante aquele período gerando-se um passivo para a empresa em virtude do período prescricional de cinco anos”.

Tal pensamento nos leva a ponderar sobre a situação das empresas e de seus funcionários que estão no cerne da questão: se essas empresas forem obrigadas a pagar tais adicionais retroativamente, sobreviverão? Por outro lado, será feita justiça ao negar recebimento retroativo dos adicionais aos empregados?

Nesses casos, fica evidente que o Tribunal não poderá fingir que sempre pensara dessa forma. Daí a necessidade de, em tais casos, fazer -se o ajuste do resultado, adotando -se técnica de decisão que, tanto quanto possível, traduza a mudança de valoração. (MENDES, 2017, p. 726).

Então, assim, não se deve priorizar A ou B, mas sim “fazer justiça” de acordo com as normas balizadoras de um Estado Democrático de Direito, levando em consideração o caso concreto, e respeitando sempre os princípios e garantias fundamentais do direito.

Dessa maneira, quando da concessão cumulativa dos adicionais de periculosidade e insalubridade, a aplicação do efeito modulador, neste caso, seria nas modalidades *ex nunc*, surtindo efeitos a partir do trânsito em julgado da decisão ou *pro futuro*, surtindo efeitos a partir de um período pré-determinado na sentença, com vistas a garantir os direitos de ambas as partes, com conseqüente respeito ao Princípio da Segurança Jurídica.

5 CONCLUSÃO

Mudanças de entendimento já pacificadas nos tribunais de cúpula, como o cancelamento e a edição de novas orientações jurisprudenciais, no caso do TST, causam grande apreensão em seus jurisdicionados, uma vez que estes dependem, muitas vezes, da prévia conformação jurisprudencial destes tribunais para que possam embasar seus atos.

Essas mudanças abruptas na jurisprudência sedimentada da justiça trabalhista, em regra, são aplicadas de forma imediata, por vezes dando azo a ações embasadas nos efeitos retroativos de tais decisões, o que, na seara laboral, torna-se bastante perigoso, pois pode levar inúmeros empregadores a não suportar os custos advindos da relação contratual que foi alterada durante seu curso.

Assim, demonstrou-se que o efeito modulador de decisões, como instrumento criado para garantir a segurança jurídica e o interesse social, adequando a decisão jurisdicional as necessidades da coletividade, mostra-se inteiramente capaz de ser aplicado, quando o TST adotar posicionamento paradigmático, com vistas a permitir a cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade, aqui debatidos, de forma a respeitar o ato jurídico perfeito e conseqüentemente a Segurança Jurídica.

Portanto, mesmo sendo, inicialmente, ferramenta pensada para mitigar os efeitos das decisões que declarassem a inconstitucionalidade de leis, restou claro que a modulação dos efeitos da sentença pode ser utilizada por órgãos de cúpula infraconstitucionais, neste caso o TST, quando se tratar de mudança de entendimento jurisprudencial que possa vir a criar insegurança jurídica. Desta forma, a cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade, por fato gerador distinto, passa a ser totalmente aceitável, desde que os efeitos da decisão que lhe conceda sejam modulados.

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AQUILINO, Leonardo Navarro; QUINTANA, Elizângela Gomes, **As novas perspectivas dos adicionais de insalubridade e periculosidade**. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/1939/100006/2016_quintana_elizangela_novas_perspectivas.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 28/12/2016.

CORREIA, Henrique. **Direito do trabalho**. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

DUARTE. Adauto. **Insegurança jurídica e modulação dos efeitos**. Disponível em: http://api.ning.com/files/q*kQSkF1E66H8muOdKwhwL95DSeEEpcx8zN46ktu9wo_/INSEGURANAJURDICAEMODULAODOSEFEITOSPORADAUTODUARTE.pdf>. Acesso em 11/05/2017.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de direito do trabalho**. 11.ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

NASCIMENTO, Eduardo Rodrigues. **Cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade: uma análise matemática das consequências do atual entendimento jurisprudencial dominante sobre o tema na renda do trabalhador**. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/1939/100341/2015_nascimento_eduardo_cumulacao_adicionais.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 21/12/2016.

NOGUEIRA, Antônio de Pádua Soubhie. **Modulação dos efeitos das decisões no processo civil**. 257 f. Tese (Doutorado em Direito). São Paulo: Faculdade de Direito/USP, 2013.

PENA, Tânia Mara Guimarães. **Cumulação de adicionais na relação de emprego – respeito ao direito humano à saúde do trabalhador**. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/1939/74732/2011_pena_tania_cumulacao_adicionais.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 15.02.2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**: volume único. 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

Artigo enviado em: 01.01.2021.

Artigo aceito em: 01.03.2021.