

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE – FURG
FACULDADE DE DIREITO**

TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

RAFAEL PINTO BERWANGER

**A POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO DOS ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE E
PERICULOSIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

**RIO GRANDE – RS
2015**

RAFAEL PINTO BERWANGER

**A POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO DOS ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE E
PERICULOSIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
como requisito para obtenção do título de
bacharel em direito na Universidade Federal
do Rio Grande.

Orientador: Prof. Dr. Éder Dion

**RIO GRANDE – RS
2015**

Banca Examinadora:

.....

.....

.....

RESUMO

BERWANGER, Rafael Pinto. **A POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO DOS ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO** 2015. Trabalho de Conclusão de Curso de Direito. Universidade Federal do Rio Grande, Rio Grande.

Resumo: De acordo com a crescente corrente doutrinária e jurisprudencial que entende pela possibilidade de cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade, tem-se como necessário o reconhecimento jurídico da referida possibilidade, de modo a garantir o direito constitucional dos labutadores que obram expostos as referidas condições, para tanto, utiliza uma abordagem da doutrina, do direito nacional, e mesmo o recente julgamento proferido pelo TST, e suas consequências.

Palavras-chave: Insalubridade. Periculosidade. Cumulação. Convenções da OIT

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CCT	Convenção Coletiva de Trabalho
CLT	Consolidação das Leis do Trabalho
MPT	Ministério Público do Trabalho
OIT	Organização Internacional do Trabalho
TRT	Tribunal Regional do Trabalho
TST	Tribunal Superior do Trabalho

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	07
1 DOS ADICIONAIS.....	08
1.1 Adicional de insalubridade.....	11
1.1.1 -Insalubridade.....	11
1.1.2 -Embasamento legal.....	13
1.1.3 -Da perícia.....	17
1.1.4 -Base de Calculo.....	19
1.1.5 -Adicional de insalubridade e a remuneração do empregado.....	22
1.1.6 -O equipamento de proteção individual (EPI) e a eliminação e neutralização da insalubridade.....	23
1.2 -Adicional de periculosidade.....	24
1.2.1 –Periculosidade.....	24
1.2.2 -Embasamento legal.....	25
1.2.3 -Da verificação da existência de periculosidade.....	28
1.2.4 -Base de calculo.....	28
1.2.5 -Reflexos e Integrações.....	29
1.2.6 -Eliminação da Periculosidade.....	29
2 A POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO DOS ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE – DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA....	31
2.1-Embasamento legal e entendimento doutrinário majoritário.....	31
2.2Do entendimento jurisprudencial.....	36
3 FUNDAMENTOS PARA A CUMULAÇÃO DOS ADICIONAIS.....	42
3.1-Fatos geradores distintos.....	42
3.2-Dos princípios do Direito do Trabalho.....	43
3.3-Da norma do artigo 7º, inciso XXIII, da CF.....	44
3.4-Das convenções da OIT.....	47
4 CONCLUSÃO.....	50
5 REFERÊNCIAS.....	51

INTRODUÇÃO

O presente trabalho versa sobre a possibilidade de cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade pelos trabalhadores expostos a tais condições de labor.

Afronta o entendimento majoritário dos juízes e tribunais e o dispositivo celetista que impede o auferimento cumulativo dos referidos adicionais em ações na Justiça do Trabalho.

Embora a CLT apresente a necessidade de escolha entre o adicional mais benéfico a ser auferido pelo trabalhador, discussões doutrinárias e entendimentos divergentes acerca da possibilidade de cumulação tornam relevante o tema do presente estudo.

O caráter de parcelas garantidas constitucionalmente aos trabalhadores que exercem atividades mediante contato com agente insalubres e perigosos, corrobora com a tese defendida no presente estudo.

Assunto polêmico e de rica construção jurisprudencial nos tribunais pátrios, a defesa da possibilidade de cumulação entre os adicionais de periculosidade e insalubridade por baseia-se na incompatibilidade dos dispositivos infraconstitucionais que a impossibilitam e a Constituição Federal é o norte a ser seguido.

Ainda, importante referir a recepção no ordenamento jurídico brasileiro das Convenções nº 148 e 155 da OIT, como forma de Tratados Internacionais que versam sobre direitos humanos, possuindo assim superioridade hierárquica em relação a legislação ordinária e tratando-se de norma subsequente e mais favorável ao obreiro devem prevalecer nos entendimentos das Cortes trabalhistas.

Do exposto, é com a finalidade de concretizar o texto constitucional, notadamente quanto aos direitos dos trabalhadores e mesmo para a viabilização dos direitos da à saúde e ao meio ambiente de trabalho sadio elencados em nossa Carta Magna, que este estudo se propõe a contribuir, centrado na possibilidade do recebimento dos adicionais de insalubridade e periculosidade simultaneamente, em caso de existência das duas situações gravosas a saúde e à vida do trabalhador.

1. DOS ADICIONAIS

A remuneração adicional aos labutadores que exercem atividades em situações mais gravosas se insere no contexto da luta histórica dos obreiros por melhores condições de trabalho. No dizer de Bandeira:

A luta por condições de trabalho dignas e adequadas à saúde do trabalhador não é novidade dos tempos atuais, confundindo-se com a própria história do Direito do Trabalho. Trata-se de direito buscado desde o trabalho escravo do mundo antigo, passando pelas corporações de ofício da Idade Média, estendendo-se pela Revolução industrial e permanecendo inclusive nos dias de hoje, tendo em vista que, infelizmente, muito há ainda a ser alcançado em termos de proteção à saúde do trabalhador.¹

O surgimento dos adicionais visa remunerar de forma pecuniária os labutadores expostos à condições prejudiciais a saúde e a segurança no ambiente de trabalho. Sergio Pinto Martins define a função do adicional no Direito do trabalho:

“O adicional tem sentido de alguma coisa que se acrescenta. Do ponto de vista trabalhista, é um acréscimo salarial decorrente da prestação de serviços do empregado em condições mais gravosas. Pode ser dividido em adicional de horas extras, noturno, de insalubridade, de periculosidade, de transferência”²

José Caio Junior ensina que o labor “pode ser prestado em condições anormais, assim considerado pela lei ou pelas demais fontes formais do Direito do Trabalho. Para compensar o prejuízo sofrido pelo obreiro, a lei prevê a obrigação do empregador de pagar um *plus* salarial, denominado adicional.”³

Delgado, ao tratar dos adicionais, afirma que eles “consistem em parcelas contraprestativas suplementares devidas ao empregado em virtude do exercício do trabalho em circunstâncias tipificadas mais gravosas.”⁴

1 BANDEIRA, Márcio Roberto Fernandes. A cumulação dos Adicionais de Insalubridade e de Periculosidade e Direitos Fundamentais. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 18ª Região, Goiânia, ano 11, p.281-302, dez. 2011. p.282.

2 MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do Trabalho*. - 29. ed. - São Paulo: Atlas, 2013. p.716

3 CAIRO JR., José. Curso de direito do trabalho – direito individual e coletivo do trabalho. Salvador: JusPodvim, 2014; 9º ed. rev. Ampl. E atual. p.424.

4DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. 10.ed. São Paulo: Ltr, 2011. p.711.

Especificamente, o adicional de insalubridade teve origem, no ordenamento jurídico brasileiro, na Lei nº 185 de 14 de janeiro de 1936. O referido diploma tratava do salário-mínimo e o seu artigo 2º preceituava:

“Salário mínimo é a remuneração mínima devida ao trabalhador adulto por dia normal de serviço. Para os menores aprendizes ou que desempenhem serviços especializados é permitido reduzir até de metade o salário mínimo e para os trabalhadores ocupados em serviços insalubres e permitido argumentar-o na mesma proporção.”

De outra banda, o acréscimo salarial em decorrência do perigo em que se encontra exposto o trabalhador na realização de suas atividades laborais foi uma “inovação” trazida pela Lei 2.573 do ano de 1955, que instituiu um salário adicional para os trabalhadores que prestavam serviços em contato permanente com inflamáveis. O artigo primeiro da lei supracitada trazia a seguinte redação: “Os trabalhadores que exercerem suas atividades em contato permanente com inflamáveis, em condições de periculosidade, terão direito a uma remuneração adicional de 30% (trinta por cento) sobre os salários que perceberem.”

Atualmente, o direito ao recebimento dos adicionais de remuneração por atividades insalubres e perigosas vem esculpido no inciso XXII do artigo 7º da Constituição Federal de 1988:

“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;”

Acerca do referido dispositivo Constitucional Nelson Nery Costa leciona:

“Prevê o inciso XXIII do art. 7º do texto constitucional o pagamento de adicional de remuneração para as atividades dos empregados, que sejam penosas, insalubres ou perigosas, de acordo com disposição legal. Os adicionais do salário são percentuais que incidem sobre o valor do salário base, numa forma de compensação por um maior esforço ou exposição a doenças”⁵

A norma constitucional que assegura o direito dos trabalhadores auferirem o adicional de insalubridade e o adicional de periculosidade está inserida no TÍTULO II da Lei Maior intitulado “DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS”, mais

5 COSTA, Nelson Nery, *Constituição Federal Anotada e explicada*. 5º ed. rev. Atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 560.

precisamente, no Capítulo II do referido Título, que recebeu o nome de “DIREITOS SOCIAIS”.

Notória a evolução, em prol do labutador, trazida pela Constituição Cidadã, já que, pela primeira vez, os constituintes elencaram os “direitos sociais” dentro do rol de Direitos e garantias fundamentais da Carta Magna.

Sobre o enfoque dado aos direitos humanos na Carta maior de 1998, Flavia Piovesan leciona:

Quanto a indivisibilidade dos direitos humanos, faz-se necessário enfatizar que a Carta de 1988 é a primeira Constituição que integra ao elenco dos direitos fundamentais os direitos sociais e econômicos, que nas Cartas anteriores restavam pulverizados no capítulo pertinente à ordem econômica e social. Observe-se que, no direito brasileiro, desde 1934, as Constituições passaram a incorporar os direitos sociais e econômicos. Contudo a constituição 1988 é a primeira a afirmar que os direitos sociais são direitos fundamentais, tendo aplicabilidade imediata.⁶

A referida evolução reflete a maciça participação popular na construção da Constituição de 1988 e o momento político do país que refletia o rompimento com o regime totalitário dos militares.

Dissertando sobre os Direitos Fundamentais Sociais Ingo Wolfgang Sarlet, brilhantemente, posicionou-se:

“Concluindo esse item do nosso estudo, podemos afirmar, em síntese, que a denominação de direitos sociais, à luz de nossa Constituição, não se prende – pelo menos não exclusivamente- ao fato de que se cuida de posições jurídicas a prestações materiais do Estado, mesmo que no cumprimento de sua função como Estado Social, ou mesmo ao fato de que se trata de direitos conferidos a uma determinada categoria social (como ocorre com os direitos dos trabalhadores). De qualquer modo, entendemos que a denominação de direitos fundamentais sociais encontra sua razão de ser na circunstância – comum aos direitos sociais prestacionais e aos direitos sociais de defesa – de que todos consideram o ser humano na situação concreta na ordem comunitária (social), objetivando, em princípio, a criação e garantia de uma igualdade e liberdade material (real), seja por meio de determinadas prestações materiais e normativas, seja pela proteção e manutenção de equilíbrio de forças na esfera das relações trabalhistas. Nesse sentido, considerando os aspectos referidos, poderíamos conceituar os direitos fundamentais sociais – na esteira da magistral formulação de J. Miranda – como direitos à libertação da opressão social e da necessidade”⁷

A respeito dos direitos sociais na Constituição Federal de 1988, Pedro Lenza lecionou da seguinte maneira “Enquanto direitos fundamentais (alocados no Título II

6 CANOTILHO. J.J. Gomes Canotilho; coordenadores: J.J. Gomes Canotilho, Marcus Orione Gonçalves Correia e Erica Paula Barcha Correia. Direitos Fundamentais – São Paulo: Saraiva, 2010.

7 SARLET, Ingo Wolfgang. Os Direitos Fundamentais Sociais Na Constituição de 1988. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ – Centro de atualização Jurídica, v. 1, n°.1, 2001, Disponível em [<http://www.direitopublico.com.br>]. Acesso em: 10/09/2015.

da CF 88), os direitos sociais têm aplicação imediata (art. 5º, § 1.º) e podem ser implementados, no caso de omissão legislativa, pelas técnicas de controle, quais sejam, o mandado de injunção ou a ADO (ação direta de inconstitucionalidade por omissão).⁸

Sobre o progresso em termos de aplicabilidade e eficácia dos direitos sociais, que o texto da atual Carta Constitucional buscou, brilhantemente, José Afonso da Silva lecionou:

“A normatividade constitucional dos direitos sociais principiou na Constituição de 1934. Inicialmente se tratava de normatividade essencialmente programática. A tendência é a de conferir a ela maior eficácia. E nessa configuração crescente da eficácia e da aplicabilidade das normas constitucionais reconhecedoras de direitos sociais é que se manifesta sua principal garantia. Assim, quando a Constituição diz que são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais os expressamente indicados no art. 7º, e quando diz que a saúde ou a educação é direito de todos, e indica mecanismos, políticas, para a satisfação desses direitos, está preordenando situações jurídicas objetivas com vistas à aplicação desses”⁹

Nesse viés, no formato de direitos fundamentais sociais e em busca da equidade nas relações trabalhistas que a Constituição Federativa do ano de 1988 estabeleceu o direito aos adicionais para atividades penosas, insalubres e perigosas.

Frise-se que, por omissão do legislador, passados mais de 25 anos da promulgação da Lei Maior, o adicional de penosidade ainda não foi alvo de regulamentação através de Lei específica.

1.1 ADICIONAL DE INSALUBRIDADE

1.1.1 Insalubridade

Segundo Menezes diz respeito a “aquilo que origina doença, sendo que a insalubridade é a qualidade de insalubre. Entende-se desse modo que a atividade

8 LENZA. Pedro. Direito Constitucional esquematizado. 17.ed.rev., atual. E ampl. - São Paulo:Saraiva,2013.p.1152.

9 SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo, São Paulo, Malheiros,34º ed, rev. Atual., 2010. p. 466.

insalubre é aquela que afeta ou causa danos à saúde, provocando, com o passar do tempo, doenças e outros males.¹⁰

O Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa descreve a palavra “insalubre” como: “1.que não é bom para a saúde (diz-se.de lugar); malsão, deletério 2;que causa doença; insalutífero 3 DIR. TRAB capaz de prejudicar de alguma forma a saúde do trabalhador (diz-se de condição do trabalho)”¹¹

De acordo com Martins:

Na insalubridade, o prejuízo é diário à saúde do trabalhador. A saúde do trabalhador é afetada diariamente. Ela causa doenças. Diz respeito à Medicina do Trabalho. Elementos: físicos, ruídos, vibrações, calor, frio, umidade, eletricidade, pressão, radiações, químicos: névoas, neblinas, poeiras, fumos, gases, vapores; biológicos: micro-organismos, como bactérias, fungos, parasitas, bacilos, vírus.¹²

O labor em condições insalubres é definido como “aquele que afeta ou causa danos à saúde, provoca doenças, ou seja, é o trabalho não salubre, não saudável”¹³

Ives Gandra da Silva explica que é insalubre o trabalho “realizado acima dos limites de tolerância do organismo humano quanto a determinado agente que pode provocar dano à sua saúde, pela intensidade da ação do agente nocivo ou pelo tempo de exposição a ele.”¹⁴

O enfrentamento da legislação brasileira à problemática do trabalho exercido em condições insalubres é a remuneração adicional nos casos em que os labutadores estão expostos a tais condições.

Sendo assim, “o Brasil adotou o sistema de monetarização do risco, com pagamento de adicional pelo trabalho em condições insalubres ou perigosas.”¹⁵

10 MENEZES. Airton Cezar de. Possibilidade de Cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade. Unisul de fato e de direito – ano III- n° 5- Jul/dez 2012.p. 93.

11 HOUAISS.Dicionário Houaiss da língua portuguesa/ Antônio Houaiss e Mauro de Salles Villar, elaborado pelo instituto Antônio Houaiss de Lexicografia e Banco de Dados Da Língua Portuguesa S/C Ltda, 1.ed. - Rio de Janeiro:Objetiva,2009. p.1088.

12 MARTINS. Sergio Pinto. *Direito do Trabalho*. - 29. ed. - São Paulo: Atlas, 2013. p.716

13 OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Proteção Jurídica à Saúde do Trabalhador*. 3. ed., rev., ampl. E atual. São Paulo: LTR, 2001. pg. 172.

14 MARTINS FILHO. Ives Gandra da Silva. *Manual esquemático de direito e processo do trabalho* – 10ed. Rev. E ampl. - São Paulo: Saraiva. 2002. p. 79.

15 MARTINS. Sergio Pinto. *Direito do Trabalho*. - 29. ed. - São Paulo: Atlas, 2013. p.716

Salienta-se que ao determinar o acréscimo salarial ao labutador exposto a condições insalubres, o legislador não confrontou o causador do dano à saúde do obreiro, e sim, o compensou financeiramente.

“É muito criticada a solução adotada no Brasil de compensar com remuneração adicional (monetização do risco) o trabalho em condições insalubres, perigosas ou penosas. Afirma-se que o procedimento implica venda da saúde do trabalhador e sugere-se a redução da jornada com maior período de descanso”¹⁶

Sebastião Geraldo de Oliveira reprova a utilização da monetização do risco nas relações trabalhistas de forma prioritária e defende que o que deve prevalecer é a proteção à vida e à saúde do obreiro.

“É surpreendente constatar que o Direito do Trabalho, na sua marcha evolutiva a respeito do nosso tema de estudo, empenhou-se mais em regulamentar a monetização do risco que o meio ambiente de trabalho saudável. Com isso, temas como jornada de trabalho, remuneração, sindicalização, férias, repousos remunerados, contrato de trabalho, dentre outros, sempre tiveram mais densidade doutrinária do que a proteção à vida e à saúde do trabalhador, que ficaram em posição secundária. A inversão dos valores é manifesta. De que adianta proclamar solenemente a primazia do direito à vida, se não criarmos condições adequadas para o exercício do direito de viver...”¹⁷

Assim, frente a existência de múltiplas sistemáticas de combater à insalubridade, as quais podem “tomar por base: (a) remunerar o trabalho (monetização do risco); (b) proibir o trabalho; (c) reduzir a jornada, proibir horas extras, conceder descanso ou férias mais longas”¹⁸ a legislação brasileira optou pela monetização do risco com a criação do adicional de insalubridade.

1.1.2 Embasamento legal

O artigo. 7º, inciso XXIII, da Lei Maior prevê o adicional de insalubridade como direito dos labutadores urbanos rurais e a sua regulamentação legal encontra-se nos artigos 189 e seguintes da Consolidação das Leis do Trabalho.

O artigo 189 da norma celetista apresenta a acepção legal das atividades insalubres:

16 BARROS. Alice Monteiro de. Curso de direito do trabalho – 2. ed. - São Paulo: Ltr, 2006. p. 1024

17 OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. Estrutura normativa da Segurança e Saúde do Trabalhador no Brasil. Rev. Trib. Reg. Trab. 3ª Reg., Belo Horizonte. V. 45. nº 75, jan/jun 2007. p. 108

18 MARTINS. Sergio Pinto. *Direito do Trabalho*. - 29. ed. - São Paulo: Atlas, 2013. p. 269

“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.”

Martins enumera dois requisitos essenciais para a existência da insalubridade: “(a) exposição a agentes nocivos à saúde do trabalhador; (b) que essa exposição seja acima dos limites de tolerância fixados em razão da natureza e da intensidade do agente e do tempo de exposição...”.¹⁹ Acerca da avaliação da insalubridade o mesmo autor leciona que ela “é feita de forma: (a) qualitativa: ruído, pressões hiperbáricas, vibrações, poeira; (b) quantitativas: frio, umidade, agentes biológicos.

Os agentes insalubres podem ser divididos entre: agentes físicos, químicos e biológicos.

Elucidando a questão Regina Célia Buck leciona sobre os aludidos agentes insalubres:

“Os agentes físicos são representados pelo ambiente de trabalho: pressões anormais; temperaturas extremas; iluminação; vibração; radiação; ionização; ruído; calor; frio; umidade e radiações não ionizantes. De acordo com as características do local de trabalho, podem ocasionar danos à saúde do obreiro.

Já os agentes químicos podem ser encontrados nas formas gasosa, líquida e sólida; quando absorvidos pelo nosso organismo, por via respiratória, através da pele ou por ingestão, produzem na grande maioria dos casos, reações que são chamadas de venenosas ou tóxicas. Como exemplos: poeiras, fumo, neblinas, gasesm névoas, vapores, etc.

Os agentes biológicos são microrganismos presentes no ambiente de trabalho como bactérias, fungos, vírus, protozoários, bacilos, parasitas, entre outros. São invisíveis ao olho nu, sendo visíveis apenas ao microscópio.”²⁰

O artigo 190 celetista, define a competência do Ministério do Trabalho para definir as atividades e operações insalubres e para adotar os critérios de caracterização da mesma.

“Art. . 190 - O Ministério 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.”

A legalidade estrita apregoada no referido dispositivo diz respeito a necessidade de discriminação da atividade insalubre no quadro de atividades

19 MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do Trabalho*. - 29. ed. - São Paulo: Atlas, 2013. p. 269

20 BUCK, Regina Célia. *Cumulatividade dos adicionais de insalubridade e periculosidade/Regina Célia Buck*. - 2.ed. - São Paulo:LTr, 2015. p.72.

insalubres elaborado pelo Ministério do Trabalho. Reforçando o entendimento da norma celetista colaciona-se trecho da obra de José Cairo Junior:

“Desse modo, ainda que, de fato, determinada atividade exponha a saúde do empregado a um ou a vários agentes insalubres, só será considerada, legalmente, como insalubre, se constar do quadro de atividades e operações insalubres aprovados pelo órgão da administração pública federal.”²¹

Assim, em virtude de interpretação da norma celetista do artigo 190, pode se concluir que mesmo que o laudo pericial demonstre a existência de insalubridade, a jurisprudência pátria entende que o pagamento do adicional somente será devido se a atividade estiver elencada no rol elaborado pelo Ministério do Trabalho e do emprego.

Brilhantemente leciona o Arnaldo Sussekind:

“Há insalubridade causadora do direito de adicional de natureza salarial, quando o empregado suporta a agressão de agentes físicos ou químicos além dos níveis de tolerância determinados pelo Ministério do Trabalho, em virtude da natureza e da intensidade do agente e do tempo de exposição aos seus efeitos, ou, ainda, de agentes biológicos relacionados ao mesmo órgão.”²²

É esse entendimento que se verifica na leitura da Súmula 448 do Tribunal Superior do Trabalho e da Súmula nº 460 do Supremo Tribunal Federal:

“Súmula nº 448 TST. ATIVIDADE INSALUBRE. CARACTERIZAÇÃO. PREVISÃO NA NORMA REGULAMENTADORA Nº 15 DA PORTARIA DO MINISTÉRIO DO TRABALHO Nº 3.214/78. INSTALAÇÕES SANITÁRIAS. (conversão da Orientação Jurisprudencial nº 4 da SBDI-1 com nova redação do item II) – Res. 194/2014, DEJT divulgado em 21, 22 e 23.05.2014.

I - Não basta a constatação da insalubridade por meio de laudo pericial para que o empregado tenha direito ao respectivo adicional, sendo necessária a classificação da atividade insalubre na relação oficial elaborada pelo Ministério do Trabalho.

II – A higienização de instalações sanitárias de uso público ou coletivo de grande circulação, e a respectiva coleta de lixo, por não se equiparar à limpeza em residências e escritórios, enseja o pagamento de adicional de insalubridade em grau máximo, incidindo o disposto no Anexo 14 da NR-15 da Portaria do MTE nº 3.214/78 quanto à coleta e industrialização de lixo urbano.

Súmula nº460 STF. Para efeito do adicional de insalubridade, a perícia judicial, em reclamação trabalhista, não dispensa o enquadramento da atividade entre as insalubres, que é ato da competência do ministro do trabalho e previdência social.”

21 CAIRO JR, José. Curso de Direito do trabalho – Direito Individual e Coletivo do Trabalho. 9.ed. Revista, ampliada e atualizada.Salvador: JusPodvim,2014. p. 828.

22 SUSSEKIND, Arnaldo. Direito Constitucional do Trabalho. Rio de Janeiro:Renovar,1999.p.236.

Por meio da portaria nº3.214/78 o Ministério do Trabalho e do emprego, sendo o órgão da administração pública competente para tal, editou a Norma Regulamentadora (NR) nº15, que definiu como agentes insalubres: agentes biológicos, agentes químicos, poeiras minerais, frio, umidade, vibrações, radiações não ionizantes, trabalho sob condições hiperbáricas, radiações ionizantes, ruído de impacto, ruído contínuo ou intermitente.

Não obstante o entendimento pacificado a respeito da necessidade de inclusão da atividade ou operação na NR-15 para o recebimento do adicional de insalubridade, a recente modificação na OJ nº 173 da SDI-1 do Tribunal Superior do Trabalho, expressa certa diminuição da rigidez do aludido entendimento.

OJ nº 173 da SDI-1 TST. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. ATIVIDADE A CÉU ABERTO. EXPOSIÇÃO AO SOL E AO CALOR. (redação alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 14.09.2012) – Res. 186/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012

I – Ausente previsão legal, indevido o adicional de insalubridade ao trabalhador em atividade a céu aberto, por sujeição à radiação solar (art. 195 da CLT e Anexo 7 da NR 15 da Portaria Nº 3214/78 do MTE).

II – Tem direito ao adicional de insalubridade o trabalhador que exerce atividade exposto ao calor acima dos limites de tolerância, inclusive em ambiente externo com carga solar, nas condições previstas no Anexo 3 da NR 15 da Portaria Nº 3214/78 do MTE.

Destarte o entendimento anterior do TST que considerava indevido o adicional de insalubridade para a realização de atividades a céu aberto, com a alteração da redação da OJ nº 173, realizada em 14/09/2012, o Tribunal admitiu o direito ao recebimento do adicional ao trabalhador que exerce a atividade em ambiente externo com carga solar, desde que o calor seja acima dos limites de tolerância previstos no Anexo 3 da NR 15.

Dessa maneira, ainda que a atividade a céu aberto não faça parte da NR-15, o TST acertadamente corrigiu essa injustiça e possibilitou o recebimento do adicional em casos de labor nas condições citadas.

Através da leitura do artigo 194 da CLT²³ é possível perceber que o adicional de insalubridade “cessará com a eliminação do risco à saúde ou integridade física.

23 BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De15452.htm 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 Ministério do Trabalho.

Logo, cessada a causa, deixa de existir o direito ao pagamento do adicional, não se incorporando ao salário.”²⁴

Conforme Súmula 47 do TST²⁵, o labor realizado de forma intermitente, não exclui o pagamento do adicional.

Importante salientar que a teor da Súmula 248 do TST²⁶, em caso de exclusão ou modificação do agente, por força de ato do Ministério do Trabalho, cessa o direito de recebimento, sem contrariar o princípio do direito adquirido e o princípio da irredutibilidade salarial.

O artigo 192 celetista²⁷ estipula que o adicional é “devido de acordo com o grau de insalubridade (máximo, médio, ou mínimo), e consiste em um percentual variável (40,20 e 10%, respectivamente) sobre o salário base (alterado pela Súmula 228 do TST...)”²⁸

1.1.3 Da perícia

Para a constatação de existência de insalubridade, é obrigatória a realização de perícia nos ambientes em que o trabalhador realiza seu labor.

Art . 195 - A caracterização e a classificação da insalubridade e da periculosidade, segundo as normas do Ministério do Trabalho, far-se-ão através de perícia a cargo de Médico do Trabalho ou Engenheiro do Trabalho, registrados no Ministério do Trabalho.

Sobre a Imprescindibilidade da perícia na apuração do adicional de insalubridade:

24 MARTINS. Sergio Pinto. *Direito do Trabalho*. - 29. ed. - São Paulo: Atlas, 2013. p. 272.

25 _____. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. TST.INSALUBRIDADE (mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003 O trabalho executado em condições insalubres, em caráter intermitente, não afasta, só por essa circunstância, o direito à percepção do respectivo adicional.

26 _____. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. TST.ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. DIREITO ADQUIRIDO (mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003A reclassificação ou a descaracterização da insalubridade, por ato da autoridade competente, repercute na satisfação do respectivo adicional, sem ofensa a direito adquirido ou ao princípio da irredutibilidade salarial.

27 BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho.Art . 192 - O exercício de trabalho em condições insalubres, acima dos limites de tolerância estabelecidos pelo Ministério 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.

28 CARRION. Valentin, Comentários à consolidação das leis do trabalho/ 34.ed.atul. Por Eduardo Carrion – São Paulo: Saraiva, 2009.p.184.

A prova pericial para apuração do adicional de insalubridade é imprescindível devendo o juiz determiná-la de ofício, mesmo que não tenha requerimento das partes, inclusive em caso de revelia. A perícia é obrigatória por se tratar de prova técnica na qual deverão ser apurados o grau da insalubridade e os agentes causadores.²⁹

Por inteligência da Súmula 293 do Tribunal Superior do Trabalho³⁰, o labutador tem direito ao adicional de insalubridade, ainda que o agente indicado na perícia seja diverso do apontado na exordial.³¹

O TST esclarece, através do referido entendimento, que caso o empregado não explicitar o correto agente nocivo prejudicial à sua saúde, o perito judicial é o responsável por elencar os elementos nocivos existentes no ambiente de labor do obreiro, pois só ele detém conhecimento técnico para tal.

Conseqüentemente, o obreiro não está obrigado a nominar os agentes insalubres aos quais tem contato e plenamente possível o deferimento de adicional de insalubridade com base em agente insalubre diferente do apontado no pedido realizado pelo labutador.

André Luiz Paes de Almeida esclarece o tema com maestria:

Sabemos que a causa de pedir constitui um dos requisitos essenciais da petição inicial e, sendo ela desconexa com o pedido ou vice-versa, torna o pleito inepto. No entanto, temos uma exceção no direito laboral, justamente no que diz respeito ao adicional de insalubridade. Sendo indispensável a realização de perícia para a classificação da insalubridade (art. 195 da CLT), mesmo sob revelia, entende nosso Tribunal Maior que nem as partes nem o magistrado tem condições técnicas para avaliar a existência ou não de agente insalubre, quanto mais a sua proveniência. Assim, a Sum. N°293 do TST dispõe com clareza que, à guisa de exemplo, mesmo que a inicial requeira adicional de insalubridade apontando como sua causa ruído excessivo e, após a realização da perícia o perito responsável reconheça a insalubridade, mas em razão de outro fator, como cheiro excessivo, será devido o adicional.³²

29 BUCK, Regina Célia. *Cumulatividade dos adicionais de insalubridade e periculosidade*/Regina Célia Buck. - 2.ed. - São Paulo:LTr, 2015, p.76.

30 _____. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. TST.ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. CAUSA DE PEDIR. AGENTE NOCIVO DIVERSO DO APONTADO NA INICIAL (mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003.A verificação mediante perícia de prestação de serviços em condições nocivas, considerado agente insalubre diverso do apontado na inicial, não prejudica o pedido de adicional de insalubridade.

31 MARTINS. Sergio Pinto. *Direito do Trabalho*. - 29. ed. - São Paulo: Atlas, 2013. p. 273.

32 ALMEIDA, André Luiz Paes de. *CLT e Súmulas do TST Comentadas* – 12.ed. - São Paulo: Rideel, 2015. - (Série Descomplicada).

Apesar da exigência de perícia técnica, “quando não for possível sua realização, como em caso de fechamento da empresa, poderá o julgador utilizar-se de outros meios de prova”³³

1.1.4 Base de cálculo

São enormes as divergências doutrinárias e jurisprudenciais acerca da base de cálculo do adicional de insalubridade.

“A base de cálculo na vigência do Decreto-lei n° 2.351/87, conforme orientação jurisprudencial da seção de dissídios individuais do Tribunal Superior do Trabalho (TST) n° 3, era o piso nacional”. Ainda, a redação da Súmula 228 do TST na data de sua publicação (1985)³⁴ e posterior alteração (2003)³⁵ era análoga, no sentido de utilização do salário-mínimo como base de cálculo.³⁶

Entretanto, no ano de 2008, o Supremo Tribunal Federal, editou a Súmula Vinculante n° 4³⁷, com a seguinte redação:

Súmula Vinculante n° 4 - Salvo nos casos previstos na Constituição, o salário-mínimo não pode ser usado como indexador de base de cálculo de vantagem de servidor público ou de empregado, nem ser substituído por decisão judicial.

Em contrapartida, por ocasião da SV n° 4, a Súmula 228 do TST foi modificada e passou a ter o seguinte texto:

33_____. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. TST. TST.SDI-1. OJ n° 278.

34_____. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. TST. Súmula N° 228(redação original) - *Adicional de Insalubridade. Base de cálculo*. O percentual do adicional de insalubridade incide sobre o salário-mínimo de que cogita o art. 76 da Consolidação das Leis do Trabalho.

35_____. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. TST.Súmula N° 228 (Res 121/2002, nova redação) - *Adicional de insalubridade. Base de cálculo*. O percentual do adicional de insalubridade . incide sobre o salário mínimo de que cogita o art. 76 da CLT, salvo as hipóteses previstas na Súmula n° 17.

36 BUCK, Regina Célia. *Cumulatividade dos adicionais de insalubridade e periculosidade/Regina Célia Buck*. - 2.ed. - São Paulo:LTr, 2015, p.76.

37 BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Colaciona-se precedente representativo para a edição da Súmula: "14. (...) não é juridicamente possível, diante do reconhecimento da não-recepção da norma paulista, manter o cálculo do adicional de insalubridade com base no salário-mínimo. Também não me parece juridicamente plausível estabelecer que a base de cálculo do adicional de insalubridade será a remuneração ou o vencimento, sob pena de estarmos a atuar como legislador positivo. (...) Pior do que as duas hipóteses seria concluir que os policiais militares não têm direito ao adicional de insalubridade, por ausência de base de cálculo, uma vez que há lei a lhes assegurar tal parcela remuneratória e que a sua previsão não agride a Constituição." (RE 565714, Relatora Ministra Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julgamento em 30.4.2008, DJe de 8.8.2008).

Súmula nº 228 do TST. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. BASE DE CÁLCULO. A partir de 9 de maio de 2008, data da publicação da Súmula Vinculante nº 4 do Supremo Tribunal Federal, o adicional de insalubridade será calculado sobre o salário básico, salvo critério mais vantajoso fixado em instrumento coletivo.

Nos autos da RCL nº 6266, o Ministro do STF Gilmar Mendes, liminarmente, suspendeu a eficácia da Súmula 228 do TST, e impossibilitou a utilização do salário básico para o cálculo da insalubridade. Colaciona-se trecho da decisão:

"...com base no que ficou decidido no RE 565.714/SP e fixado na Súmula Vinculante n.4, este Tribunal entendeu que não é possível a substituição do salário mínimo, seja como base de cálculo, seja como indexador, antes da edição de lei ou celebração de convenção coletiva que regule o adicional de insalubridade. Logo, à primeira vista, a nova redação estabelecida para Súmula n. 228/TST revela aplicação indevida da Súmula Vinculante n.4, porquanto permite a substituição do salário mínimo pelo salário básico no cálculo adicional de insalubridade sem base normativa."

Frente a decisão liminar do STF e por meio da resolução 185/2012, o texto da Súmula 228 do TST ganhou um adendo explicitando a suspensão de sua eficácia:

ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. BASE DE CÁLCULO, DJ 04 e 07.07.2008 - Republicada DJ 08, 09 e 10.07.2008. SÚMULA CUJA EFICÁCIA ESTÁ SUSPensa POR DECISÃO LIMINAR DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012

A partir de 9 de maio de 2008, data da publicação da Súmula Vinculante nº 4 do Supremo Tribunal Federal, o adicional de insalubridade será calculado sobre o salário básico, salvo critério mais vantajoso fixado em instrumento coletivo.

Ainda que tenha declarado a inconstitucionalidade da utilização do salário-mínimo como indexador, o STF, em decisões posteriores a criação da SV nº 4, entendeu que na ausência de nova legislação sobre a matéria é possível a utilização do salário-mínimo como base de cálculo:

EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. BASE DE CÁLCULO. VINCULAÇÃO AO SALÁRIO MÍNIMO. IMPOSSIBILIDADE. PREDECENTES. 1. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 565.714, Rel. ^a Min. ^a Cármen Lúcia, sob a sistemática da repercussão geral, assentou a inconstitucionalidade da utilização do salário mínimo como base de cálculo de adicional de insalubridade, nos termos do art. 7º, IV, da Constituição. Por outro lado, ficou assentado que, diante da impossibilidade de o Poder Judiciário atuar como legislador positivo, as leis que utilizam o salário mínimo como indexador devem ser mantidas, até que nova lei seja editada disciplinando a matéria. Precedentes. 2. O Tribunal de origem não julgou válida lei ou ato de governo local contestados em face da Constituição Federal, o que inviabiliza o recurso extraordinário pela alínea c

do inciso III do art. 102 da Constituição. 3. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental a que se nega provimento.³⁸

José Cairo Júnior elucida que a Suprema Corte empregou a “técnica de julgamento alemã, por meio da qual se reconhece a inconstitucionalidade da norma jurídica, mas sem declaração de sua nulidade para reger as relações obrigacionais, diante da impossibilidade do Poder Judiciário assumir a função legislativa”.³⁹

Sendo assim, frente a ausência de nova legislação que regule a base de calculo do adicional de insalubridade, o salário-mínimo nacional continua a ser utilizado como indexador nos referidos casos.

Sob essa ótica, posiciona-se o TST atualmente:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. PRELIMINAR DE NULIDADE POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. A preliminar de nulidade por negativa de prestação jurisdicional supõe indicação de violação dos artigos 93, IX, da Constituição Federal, 832 da CLT ou 458 do Código de Processo Civil, nos termos da Orientação Jurisprudencial nº 115 da SBDI-1, o que não foi feito na minuta do presente agravo de instrumento. Assim, desserve ao fim pretendido a denúncia de ofensa aos artigos 5º, XXXV, LIV e LV, da Constituição Federal e 897-A da CLT. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. BASE DE CÁLCULO. Nos termos do r. despacho do excelso Pretório fixando a inteligência do julgamento que ensejou a edição da Súmula Vinculante nº 4, -o adicional de insalubridade deve continuar sendo calculado com base no salário mínimo, enquanto não superada a inconstitucionalidade (do art. 192 da CLT) por meio de lei ou convenção coletiva- (Recl-6266/DF). Precedentes deste c. Tribunal. Agravo de instrumento não provido.”⁴⁰

“RECURSO DE REVISTA. BASE DE CÁLCULO DO ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. De acordo com o entendimento da Suprema Corte, enquanto não for editada lei prevendo a base de cálculo do adicional de insalubridade, não incumbe ao Judiciário Trabalhista definir outra base não prevista em lei, devendo permanecer o salário mínimo como base de cálculo do adicional de insalubridade. Recurso de Revista conhecido e provido. HORAS EXTRAS. COMPENSAÇÃO. O TRT ao tratar do inciso IV da Súmula 85, apenas observou a descaracterização do acordo de compensação de jornada, devido à habitualidade das horas extras (mantendo a sentença), não se referindo ao pagamento das horas destinadas à compensação. A Reclamada não interpôs embargos declaratórios para suprimir a omissão. Sendo assim, à falta de

38_____. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. TST.ARE 819386 ED, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 09/06/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-126 DIVULG 29-06-2015 PUBLIC 30-06-2015)

39 CAIRO JR, José. Curso de Direito do trabalho – Direito Individual e Coletivo do Trabalho. 9.ed. Revista, ampliada e atualizada.Salvador: JusPodvim,2014. p. 430.

40_____. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. TST.AIRR - 16235-60.2010.5.04.0000 , Relator Ministro: Alexandre de Souza Agra Belmonte, Data de Julgamento: 07/05/2014, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 09/05/2014)

prequestionamento, incide o óbice da Súmula 297/TST. Recurso de Revista não conhecido.⁴¹

Brilhantemente, Martins esclarece a questão ao interpretar o inciso XXIII do art. 7º da Constituição Federal:

“O inciso XXII do art. 7º da Constituição não dispõe que o adicional de insalubridade é calculado sobre a remuneração, mas sim que se trata de um adicional de “remuneração”. O adicional não será, portanto, calculado sobre a remuneração ou sobre o salário contratual do empregado. O cálculo do adicional de insalubridade continua a ser feito sobre um determinado valor previsto na legislação ordinária, mas não sobre a remuneração. Há que se entender que o sentido da palavra remuneração a que se refere a Lei Fundamental é o do verbo remunerar e não propriamente a remuneração de que trata o art. 457 da CLT.”⁴²

O mesmo autor conclui que é necessário “nova lei para alterar a redação do art. 192 da CLT e estabelecer a base de cálculo do adicional de insalubridade. Isso poderia ser feito até por medida provisória, pois a matéria é urgente e relevante.”⁴³

1.1.5 Adicional de insalubridade e a remuneração do empregado

Trata-se de entendimento pacificado que, enquanto percebido, o adicional de insalubridade integra a remuneração do empregado para todos os efeitos legais.⁴⁴

Devem ser entendidas também como remuneração as parcelas: férias vencidas e proporcionais com o terço constitucional, aviso prévio, 13º salário, FGTS, acrescido de multa de 40%, no caso de justa causa.

O adicional de insalubridade já remunera os repousos semanais e os feriados.⁴⁵

Em seus ensinamentos Rodrigo Ribeiro Bueno afirma que por ser o salário-mínimo mensal:

41 _____. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. TST.RR - 1792-41.2012.5.08.0124 , Relator Desembargador Convocado: Marcelo Lamego Pertence, Data de Julgamento: 13/08/2014, 5ª Turma, Data de Publicação: DEJT 22/08/2014

42 MARTINS. Sergio Pinto. *Direito do Trabalho*. - 29. ed. - São Paulo: Atlas, 2013. p. 271.

43 Ibid.

44 _____. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. TST.Súmula nº 139 TST. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. Enquanto percebido, o adicional de insalubridade integra a remuneração para todos os efeitos legais. (ex-OJ nº 102 da SBDI-1 - inserida em 01.10.1997)

45 _____. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. TST. Oj nº 103 da SDI-1 do TST.

“O adicional de insalubridade reflete em horas extras (Orientação Jurisprudencial n.47 da SDI-I do TST⁴⁶), adicional noturno, domingos e feriados trabalhados sem folga compensatória em dobro, adicional de transferência, aviso prévio indenizado, 13º salários, férias (§§ 5º e 6º do art. 142 da CLT) e FGTS, incluídos os depósitos do FGTS sobre os reflexos, salvo nas férias indenizadas.”⁴⁷

1.1.6. O equipamento de proteção individual (EPI) e a eliminação e neutralização dos agentes insalubres

O artigo 191 Celetista versa sobre a eliminação e neutralização da insalubridade:

“Art . 191 - A eliminação ou a neutralização da insalubridade ocorrerá:
I - com a adoção de medidas que conservem o ambiente de trabalho dentro dos limites de tolerância;
II - com a utilização de equipamentos de proteção individual ao trabalhador, que diminuam a intensidade do agente agressivo a limites de tolerância”

Em seu caput, o dispositivo legal enumera a possibilidade de neutralização e eliminação da insalubridade, “a eliminação é uma redução desejável dos riscos, com a eliminação do agente agressivo. E a neutralização é uma redução aceitável dos riscos, limitando a ação do agente agressor a níveis toleráveis pela saúde humana.”

O inciso I, diz respeito à adequação do ambiente ao limites de tolerância estabelecidos pelo Ministério do Trabalho. Por sua vez, o Inciso II trata dos equipamentos de proteção individual que podem diminuir a intensidade da atuação do agente insalubre no laborador.

Através da leitura da Súmula nº 80 do TST é possível perceber que se o EPI, devidamente aprovado pelo órgão competente, eliminar a insalubridade, o direito ao recebimento do adicional cessa.⁴⁸

Cumpra referir, que em se tratando de EPI's, existem obrigações para ambos os polos da relação trabalhista.

46 _____. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. TST.OJ nº 47 da SDI-1 do TST. HORA EXTRA. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. BASE DE CÁLCULO.A base de cálculo da hora extra é o resultado da soma do salário contratual mais o adicional de insalubridade.

47 BUENO. Rodrigo Ribeiro. Reflexos, repercussões, incidências e integrações nas parcelas trabalhistas pleiteadas na petição inicial e deferidas na sentença. Rev. Trib. Trab. 3ºReg. Belo Horizonte, vol.42,n.72. p.101-111,jul/dez.2005.

48 BRASIL. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. TST.Súmula nº 80 TST- INSALUBRIDADE (mantida) - A eliminação da insalubridade mediante fornecimento de aparelhos protetores aprovados pelo órgão competente do Poder Executivo exclui a percepção do respectivo adicional.

A redação da Súmula 289 do TST⁴⁹ esclarece que o simples fornecimento do EPI não exige o empregador do pagamento do adicional de insalubridade, é seu dever exigir o uso efetivo do equipamento pelo empregado.

De outra banda, a NR-6 define:

“6.7.1. Obriga-se o empregado, quanto ao EPI, a) usá-lo apenas para a finalidade a que se destina; b) responsabilizar-se por sua guarda e conservação; c) comunicar ao empregador qualquer alteração que o torne impróprio para uso.”

1.2 DO ADICIONAL DE PERICULOSIDADE

1.2.1 Periculosidade

A definição de “periculosidade em saúde e segurança do trabalho é a caracterização de um risco imediato, procedente de atividade ou operações, onde a natureza ou os seus métodos de trabalhos configurem um contato permanente, ou risco acentuado.”⁵⁰

Ao passo que na insalubridade o labutador encontra-se permanentemente em contato com agentes físicos, químicos e biológicos capazes de prejudicar sua saúde, na periculosidade “não importa fator contínuo de exposição do trabalhador, mas apenas um risco, que não age biologicamente contra seu organismo, mas que, na configuração do sinistro, pode ceifar a vida trabalhador ou mutilá-lo.”⁵¹

Diferentemente da Insalubridade que é matéria ligada a Medicina do Trabalho, por sua vez, a periculosidade diz respeito a Engenharia do Trabalho.

A descrição da palavra “risco” no Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa é a seguinte: “1.probabilidade de perigo, ger. com ameaça física para o homem e ou/

49 _____. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. TST.Súmula nº 289 TST INSALUBRIDADE. ADICIONAL. FORNECIMENTO DO APARELHO DE PROTEÇÃO. EFEITO (mantida) - O simples fornecimento do aparelho de proteção pelo empregador não o exime do pagamento do adicional de insalubridade. Cabe-lhe tomar as medidas que conduzam à diminuição ou eliminação da nocividade, entre as quais as relativas ao uso efetivo do equipamento pelo empregado.

50 MENEZES. Airton Cezar de. Possibilidade de Cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade. Unisul de fato e de direito – ano III- nº 5- Jul/dez 2012. p.98.

51 MARTINS. Sergio Pinto. *Direito do Trabalho*. - 29. ed. - São Paulo: Atlas, 2013. p. 718..

para o meio ambiente(r. de vida) (r. de infecção)(r. de contaminação)...4.JUR
responsabilidade ou encargo acerca da perda ou do dano por situação de risco...”⁵²

Regina Célia Buck explica:

“Portanto, risco é uma ou mais condições de uma variável, com o potencial necessário para causa danos. Esses danos podem ser entendidos como lesões a pessoas, estragos a equipamentos ou estrutura, perda de material em processo, ou redução de capacidade de desempenho de uma função pré-determinada.”

Dessa forma, é considerada situação periculosa quando “existe a exposição do trabalhador a um risco que, eventualmente, poderá ocasionar grave sinistro.”⁵³

1.2.2 Embasamento legal

O adicional de periculosidade está previsto no Inciso XXIII do art. 7º da Carta Maior Brasileira.

O trabalho em condições de periculosidade assegura ao empregado um adicional de trinta por cento sobre o salário sem os acréscimos resultantes de gratificações, prêmios ou participações nos lucros da empresa⁵⁴

As atividades ou operações perigosas são aquelas que, por sua natureza ou métodos de trabalho, ocasionem risco acentuado através da exposição permanente ou eventual a explosivos e inflamáveis, roubos ou outras espécies de violência física, eletricidade.⁵⁵

A portaria do MTE nº 518/03, estabeleceu que o adicional também é devido aos obreiros que laboram expostos a risco potencial relativos a radiações ionizantes ou substâncias radioativas.⁵⁶ Parte da doutrina defende que, embora seja evidente o risco que as substâncias causam ao ser humano, o Ministério do Trabalho extrapolou sua competência de criar disposições complementares. Essa corrente

52 HOUAISS. Dicionário Houaiss da língua portuguesa/ Antônio Houaiss e Mauro de Salles Villar, elaborado pelo Instituto Antônio Houaiss de Lexicografia e Banco de Dados Da Língua Portuguesa S/C Ltda, 1.ed. - Rio de Janeiro:Objetiva,2009. p.1671.

53 SUSSEKIND. Arnaldo. Direito constitucional do trabalho. Rio de Janeiro:Renovar, 1999. p. 237.

54 BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho. § 1º, Art. 193 da CLT. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De15452.htm

55 Ibid.

56 BRASIL.Portaria nº 518/03 MTE "Art. 1º Adotar como atividades de risco em potencial concernentes a radiações ionizantes ou substâncias radioativas, o "Quadro de Atividades e Operações Perigosas..."

defende que a Comissão Nacional de Energia Nuclear é a titular para regulamentar a questão e que a MTE n° 518/03 carece de legalidade.

O TST posicionou-se no sentido de percepção do adicional:

“OJ-345. ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. RADIAÇÃO IONIZANTE OU SUBSTÂNCIA RADIOATIVA. DEVIDO (DJ 22.06.2005)

A exposição do empregado à radiação ionizante ou à substância radioativa enseja a percepção do adicional de periculosidade, pois a regulamentação ministerial (Portarias do Ministério do Trabalho n°s 3.393, de 17.12.1987, e 518, de 07.04.2003), ao reputar perigosa a atividade, reveste-se de plena eficácia, porquanto expedida por força de delegação legislativa contida no art. 200, "caput", e inciso VI, da CLT. No período de 12.12.2002 a 06.04.2003, enquanto vigeu a Portaria n° 496 do Ministério do Trabalho, o empregado faz jus ao adicional de insalubridade.”

Recentemente, a Lei n° 12.997/2014, acrescentou o § 4° ao artigo 193 da CLT, que passou a considerar perigosas as atividades de trabalhador em motocicleta.⁵⁷

A Súmula n° 39 do TST garante o recebimento do adicional pelos labutadores que operam bomba de gasolina e a Súmula n° 212 do STF estabelece o direito dos empregados de posto de revenda de combustível líquido receberem o adicional.

Conforme leitura do caput do artigo 193 da CLT registra-se que a competência para regulamentar as atividades consideradas perigosas é do Ministério do Trabalho e Emprego. Assim, “isto não será feito por decreto que é atribuição do Presidente da República, mas por portaria. Logo, é necessário que a atividade esteja prevista na NR 16 da⁵⁸ Portaria n° 3.214/78 e seja realizada na área de risco nela prevista.”

Ademais, seja obrigatória a inclusão da atividade na NR 16 para o recebimento do adicional, existem exemplos que contrariam a regra. Conforme ensinamento de José Cairo Júnior:

“É possível, também, que o intérprete e o aplicador do direito utilizem-se da analogia, para reconhecer como perigosa ou insalubre as atividades semelhantes àquelas que constam da regulamentação expedida pelo Ministério do Trabalho e Emprego.”⁵⁹

57_____. Consolidação das Leis do Trabalho Art, 193. § 4° São também consideradas perigosas as atividades de trabalhador em motocicleta.” (NR). Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De15452.htm

58 MARTINS. Sergio Pinto. *Direito do Trabalho*. - 29. ed. - São Paulo: Atlas, 2013. p. 274.

59 CAIRO JR, José. Curso de Direito do trabalho – Direito Individual e Coletivo do Trabalho. 9.ed. Revista, ampliada e atualizada. Salvador: JusPodvim, 2014. p. 828.

Um exemplo da flexibilização do entendimento e do reconhecimento de atividade perigosa por analogia é a OJ n° 347 da SDI-1 do TST:

“347. ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. SISTEMA ELÉTRICO DE POTÊNCIA. LEI N° 7.369, DE 20.09.1985, REGULAMENTADA PELO DECRETO N° 93.412, DE 14.10.1986. EXTENSÃO DO DIREITO AOS CABISTAS, INSTALADORES E REPARADORES DE LINHAS E APARELHOS EM EMPRESA DE TELEFONIA (DJ 25.04.2007)
É devido o adicional de periculosidade aos empregados cabistas, instaladores e reparadores de linhas e aparelhos de empresas de telefonia, desde que, no exercício de suas funções, fiquem expostos a condições de risco equivalente ao do trabalho exercido em contato com sistema elétrico de potência.”

No artigo 193 da CLT, o sentido que a legislação procurou ao utilizar a expressão “exposição permanente” é o de labor diário com o risco. Nesse norte, colaciona-se a Súmula n° 364 do TST:

“ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. EXPOSIÇÃO EVENTUAL, PERMANENTE E INTERMITENTE
Tem direito ao adicional de periculosidade o empregado exposto permanentemente ou que, de forma intermitente, sujeita-se a condições de risco. Indevido, apenas, quando o contato dá-se de forma eventual, assim considerado o fortuito, ou o que, sendo habitual, dá-se por tempo extremamente reduzido.”

Conclui-se, que o lapso temporal que o obreiro fica exposto ao agente causador do perigo, só exclui o adicional de periculosidade, se o contato for eventual, ou por tempo extremamente reduzido. Nesse sentido colaciona-se recente decisão do Tribunal Regional do Trabalho do Rio Grande do Sul:

“Adicional de periculosidade. Exposição intermitente em área de risco. Devido. A expressão "permanente" contida no artigo 193 da CLT não determina que a exposição do trabalhador ao risco tenha de ser desenvolvida de forma constante. O ingresso regular e habitual do trabalhador em área de risco configura o caráter de intermitência e confere o direito à percepção do adicional de periculosidade, nos termos da Súmula 364 do TST. (...)Acórdão- Processo 0000341-76.2013.5.04.0020 (RO) Data: 04/12/2014.”

Portanto, ao contrário da insalubridade, tem-se a impossibilidade de graduar a periculosidade através do tempo de labor na área periculosa, isso se dá “pelo fato de o risco compreender a atividade desenvolvida pelo trabalhador em sua totalidade. Mesmo o contato de pequena duração tem efeitos mortais no caso de uma descarga elétrica”.⁶⁰

1.2.3 – Da verificação da existência de periculosidade

60 MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do Trabalho*. - 29. ed. - São Paulo: Atlas, 2013. p. 274.

A verificação da existência de periculosidade é, com fulcro no artigo 195 da CLT, realizada através de perícia técnica feita por profissional responsável, que deve ser médico do trabalho ou engenheiro do trabalho e estar devidamente registrado no Ministério do Trabalho. De acordo com a OJ-165 da SBDI-1 do TST⁶¹ não existe distinção entre o médico e o engenheiro para fins de realização da perícia.

Através da conversão da OJ n° 406 da SBDI-1 do TST na Súmula 453, o Tribunal admitiu, que em juízo, é desnecessária a perícia quando a empresa já realizava o pagamento do adicional por liberalidade.

“ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. PAGAMENTO ESPONTÂNEO. CARACTERIZAÇÃO DE FATO INCONTROVERSO. DESNECESSÁRIA A PERÍCIA DE QUE TRATA O ART. 195 DA CLT. (conversão da Orientação Jurisprudencial n° 406 da SBDI-1) – Res. 194/2014, DEJT divulgado em 21, 22 e 23.05.2014

O pagamento de adicional de periculosidade efetuado por mera liberalidade da empresa, ainda que de forma proporcional ao tempo de exposição ao risco ou em percentual inferior ao máximo legalmente previsto, dispensa a realização da prova técnica exigida pelo art. 195 da CLT, pois torna incontroversa a existência do trabalho em condições perigosas.”

É possível observar certa evolução, com a edição da Súmula supracitada, a realização da perícia, que até mesmo em casos de revelia é necessária, passa a não ser mais obrigatória, tornando o processo judicial mais célere e eximindo o empregador do pagamento dos honorários de uma perícia que certamente viria a constatar a periculosidade.

1.2.4 – Base de cálculo

Em consonância com o artigo 193 da CLT a base de cálculo do adicional de periculosidade é 30% do salário-base do obreiro.⁶².

61 BRASIL. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. °OJ n° 165 SDI-1 TST. PERÍCIA. ENGENHEIRO OU MÉDICO. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE. VÁLIDO. ART. 195 DA CLT. O art. 195 da CLT não faz qualquer distinção entre o médico e o engenheiro para efeito de caracterização e classificação da insalubridade e periculosidade, bastando para a elaboração do laudo seja o profissional devidamente qualificado.

62 _____. Consolidação das Leis do Trabalho. § 1° do Art. 193 CLT - 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. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm

Esclarece a Súmula 191 do TST que, de forma geral, não incidem no cálculo do adicional de periculosidade os outros adicionais eventualmente percebidos pelo obreiro.

“Súmula nº 191 do TST ADICIONAL. PERICULOSIDADE. INCIDÊNCIA
O adicional de periculosidade incide apenas sobre o salário básico e não sobre este acrescido de outros adicionais. Em relação aos eletricitários, o cálculo do adicional de periculosidade deverá ser efetuado sobre a totalidade das parcelas de natureza salarial.”

Peculiar, se mostra o caso dos eletricitários, já que, diferentemente dos outros trabalhadores, o cálculo do adicional deve ser feito utilizando-se a soma das parcelas de natureza salarial.

1.2.5 – Reflexos e integrações

Assim como o adicional de insalubridade, o adicional de periculosidade integra a remuneração do empregado.

A súmula 132 do TST⁶³ impede a integração do adicional nas horas de sobreaviso, uma vez que, estando a espera do chamado para laborar não resta caracterizada a situação de risco.

Alice Monteiro de Barros elucida que o adicional pago de forma habitual “integra o cálculo da indenização (Súmula n.132), das férias, do 13º salário, do aviso prévio e do FGTS”.⁶⁴

1.2.6 Da eliminação da periculosidade

Diversamente do adicional de insalubridade, o uso de EPI's não é capaz de eliminar a periculosidade. Nos ensinamentos de Cristina Lantmann Guimarães:

“Ao contrário do adicional de insalubridade, o adicional de periculosidade não visa compensar danos à saúde do empregado, mas o risco a sua vida ou a sua integridade física, e não pode ser eliminado através de equipamentos de proteção individual ou coletivo. Tal fato não exime o

63 _____. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Súmula nº 132 do TST ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. INTEGRAÇÃO I - O adicional de periculosidade, pago em caráter permanente, integra o cálculo de indenização e de horas extras II - Durante as horas de sobreaviso, o empregado não se encontra em condições de risco, razão pela qual é incabível a integração do adicional de periculosidade sobre as mencionadas horas. (ex-OJ nº 174 da SBDI-1 - inserida em 08.11.2000)

64 BARROS. Alice Monteiro de. Curso de direito do trabalho – 2. ed. - São Paulo: Ltr, 2006. p. 757.

empregador de adotar todas as medidas de segurança necessárias e recomendadas para minimizar o risco de infortúnios. Porém, como referido, impossível eliminá-lo através de equipamentos de proteção.⁶⁵

Sergio Pinto Martins explica que a neutralização do risco não é suficiente para o não pagamento do adicional de periculosidade, é necessária a eliminação por completo do risco, como exemplo, o autor elucida que a qualquer momento o laboralista pode ser surpreendido com uma descarga elétrica, e, sendo assim, é evidente que o risco continua existindo. Por fim, conclui que “enquanto não for eliminado o risco resultante da atividade do trabalhador em condições de periculosidade o risco é devido.”⁶⁶

De acordo com BUCK:

“As condições de periculosidade, nos termos da Norma Regulamentadora - NR-16, não podem ser eliminadas por equipamentos de proteção individuais ou coletivos. A eliminação exige a substituição dos produtos inflamáveis por produtos não inflamáveis ou das condições de trabalho que eliminem as atividades perigosas e as áreas de risco.”⁶⁷

Em síntese, para o adicional de periculosidade não ser devido, o laborador deve deixar de realizar suas atividades na área periculosidade⁶⁸, ou o risco deve ser eliminado por completo do local.

65 GUIMARÃES. Cristina Lantmann. Cumulatividade dos adicionais de insalubridade e periculosidade. Rev. TRT18, Goiânia, ano 12, 2012. p.333.

66 MARTINS.Sergio Pinto. *Direito do Trabalho*. - 29. ed. - São Paulo: Atlas, 2013. p. 274

67 BUCK, Regina Célia. Cumulatividade dos adicionais de insalubridade e periculosidade/Regina Célia Buck. - 2.ed. - São Paulo:LTr, 2015, p.121.

68 BUCK, Regina Célia. Cumulatividade dos adicionais de insalubridade e periculosidade/Regina Célia Buck. - 2.ed. - São Paulo:LTr, 2015. “De acordo com BUCK: Área de periculosidade é o local onde o agente agressivo pode atuar com capacidade agressiva suficiente para causar danos agudos.”

2. A POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO DOS ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE – DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA

2.1. Embasamento legal e posicionamento doutrinário majoritário

Os referidos adicionais, conforme já explanado supra, encontram-se dispostos no Inciso XXIII, do Art. 7º da Lei Fundamental Brasileira e regulamentados pela CLT no artigo 189 e seguintes.

A CLT, legislação anterior a atual Carta Magna Brasileira, define a possibilidade de cumulação dos adicionais no § 2º do artigo 193 que possui a seguinte redação:

“Art. 193 § 2º - O empregado poderá optar pelo adicional de insalubridade que porventura lhe seja devido.”

A doutrina majoritária interpreta no sentido de que o dispositivo celetista impossibilita a percepção dos adicionais de insalubridade e periculosidade simultaneamente. Martins defende a referida corrente e afirma que o “dispositivo legal é claro no sentido de que é impossível a cumulação dos adicionais”.⁶⁹

Da mesma forma, Carrion leciona que “a lei impede a acumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade; a escolha de um dos dois pertence ao empregado.”⁷⁰

Conforme Andre Luiz Paes de Almeida “o art. 193, § 2º da CLT não admite a cumulatividade do adicional de insalubridade com o de periculosidade. Se houver comprovação de ambos os adicionais por meio de perícia, o empregado deverá optar por um deles.”⁷¹

Alice Monteiro de Barros afirma que “caso o empregador trabalhe em condições perigosas e insalubres, simultaneamente, os adicionais não se acumulam, por disposição expressa de lei.”⁷²

69 MARTINS. Sergio Pinto. *Direito do Trabalho*. - 29. ed. - São Paulo: Atlas, 2013. p. 276

70 CARRION. Valentin, *Comentários à consolidação das leis do trabalho/ 34.ed.atul*. Por Eduardo Carrion – São Paulo: Saraiva, 2009.p.188.

71 ALMEIDA, André Luiz Paes de. *CLT e Súmulas do TST Comentadas* – 12.ed. - São Paulo: Rideel, 2015. - (Série Descomplicada).p. 76.

72 BARROS. Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho* – 2. ed. - São Paulo: Ltr, 2006. p. 757.

Portanto, a maioria da doutrina interpreta o dispositivo como uma proibição da possibilidade de cumulação dos adicionais, ainda que, o trabalhador encontre-se simultaneamente em condições laborais insalubres e perigosas.

Georjonor de Sousa Franco Filho comenta a opção adotada pela legislação pátria:

“Em outros termos, a legislação infraconstitucional brasileira, interpretando de forma extremamente literal o preceito da Lei Maior (inciso XXIII do Art.7º), e desatenta às medidas quais, em nível mundial, têm sido tomadas para a preservação do bem estar do trabalhador, manteve a impossibilidade de cumulação dos dois adicionais, mediante essa a “opção forçada” do empregado (art.193,§ 2º, da CLT)”⁷³

A referida necessidade de escolha entre os adicionais surgiu com a lei n. 2573/55, diploma que instituiu a periculosidade para o labor em condições de contato com inflamáveis. A lei, em seu art. 5º, trazia a seguinte redação: “Os trabalhadores beneficiados pela presente lei poderão optar pela cota de insalubridade que por ventura lhes seja devida”.

Sobre o tema, José Augusto Rodrigues Pinto posiciona-se:

“Causa profunda espécie que o art.193,§ 2º, da CLT, herdando a restrição levantada desde a Lei nº 2.573/55, que instituiu o adicional de periculosidade, tenha aberto ao empregado submetido às duas condições mais severas de serviço, simultaneamente, o direito de 'optar (?) pelo adicional de insalubridade que por ventura lhe seja devido' quando comprovado pericialmente que também trabalhou em condição perigosa. Explicação jurídica não encontramos para isso daí entendemos ter havido uma recaída do legislador em favor do poder econômico.”⁷⁴

O ordenamento jurídico pátrio adotou a sistemática da monetização do risco das atividades insalubres e perigosas, o que, além de mostrar despreocupação com a saúde do trabalhador de certa forma a transforma em um valor pecuniário e muitas vezes irrisório economicamente.

Em uma linguagem lógica, se o trabalho em condições insalubres enseja o recebimento de um montante X e o labor em ambiente perigoso a um adicional de valor Y, o obreiro que laborar exposto as duas condições nocivas deveria receber o somatório dos dois montantes.

Ocorre que, a CLT criou dispositivo que impede o recebimento dos adicionais de forma mútua e assim, colocou em igualdade de tratamento os

73 FILHO. Georjonor de Sousa Franco. Cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade. Coad.2013 Ano XLVII. Fascículo nº14. p.121

74 PINTO. José Augusto Rodrigues. Curso de direito individual do trabalho. 4.ed. São Paulo, Ltr, 2000.p. 344.

trabalhadores expostos a apenas uma das condições capazes de ensejar dano à saúde do trabalhador e os labutadores expostos as duas condições maléficas.

Hipoteticamente, se um empregador paga aos seus funcionários o adicional de periculosidade por se enquadrarem nas atividades da NR-16, não necessita pagar aos mesmos obreiros o adicional de insalubridade, ainda que eles efetuem seu labor em contato com agentes que estão no rol da NR-15.

Nesse sentido, é possível observar a falta de estímulo da legislação na função de fomentar que o empregador tome providências para neutralizar ou eliminar a insalubridade do ambiente de trabalho, caso ela exista. Jorge Luiz Souto Maior explica a ligação entre repercussão econômica na empresa e a eliminação dos riscos:

“A eliminação dos riscos à saúde é um bem jurídico protegido constitucionalmente. O ideal é que por ações inibitórias se eliminem os riscos, mas não tendo ocorrido, a repercussão econômica deve ser a mais ampla possível, para justificar os investimentos que uma empresa teria que fazer para eliminar os riscos e não uma paga simbólica ao trabalhador pelo risco a que foi exposto. A Constituição, ademais, é clara neste sentido, fixando o direito ao adicional de remuneração pela insalubridade.”⁷⁵

Através da leitura do § 2º do artigo 193 da CLT é possível observar que o próprio texto admite a existência do labor em condições insalubres e perigosas concomitantemente e, ainda assim, estabeleceu uma proibição ao acesso do trabalhador ao recebimento em conjunto dos adicionais que Constitucionalmente lhe são garantidos.

Regina Célia Buck ao analisar o posicionamento majoritário da doutrina:

“Entretanto, como podemos verificar pela análise no campo doutrinário, no caso do trabalhador estar exposto a agentes insalubres diversos (ruídos excessivos, calor, radiações, vibrações, frio, umidade, agentes químicos e biológicos, entre outros) e agentes perigosos diversos (inflamáveis, explosivos, energia elétrica, roubos ou outras espécies de violência física nas atividades profissionais de segurança pessoal ou patrimonial) a cumulação não poderia ocorrer, devendo o trabalhador optar pelo recebimento do adicional de periculosidade ou do adicional de insalubridade o qual lhe fosse mais favorável.”⁷⁶

Em contrapartida do entendimento majoritário, a mesma autora, defende a possibilidade do recebimento dos adicionais de forma simultânea:

75 SOUTO MAIOR. Jorge Luiz. Em defesa da ampliação da competência da justiça do trabalho. Revista Ltr- Legislação do Trabalho. Ano 70. Editora LTR:Rio de Janeiro,2006. p.15.

76 BUCK, Regina Célia. Cumulatividade dos adicionais de insalubridade e periculosidade/Regina Célia Buck. - 2.ed. - São Paulo:LTr, 2015, p.121.

“Nesse presente estudo reforçamos a importância do amadurecimento no entendimento dos doutrinadores e aplicadores do Direito quanto a cumulatividade dos adicionais, uma vez que a insalubridade diz respeito às condições prejudiciais a saúde do trabalhador e a periculosidade sobre o risco de vida ao qual o trabalhador está exposto, ou seja, dizem respeito a bens jurídicos diversos: saúde x vida.”⁷⁷

No trecho acima, a doutrinadora defende a cumulação com base nos fatos geradores dos adicionais de insalubridade e de periculosidade que são distintos. Conforme abordado ao longo do presente estudo, a periculosidade diz respeito a um risco acentuado a que o trabalhador se encontra e a insalubridade nada mais é do que a exposição a agentes capazes de afetar a saúde do obreiro.

Ademais, outros doutrinadores de renome se posicionam de forma contrária a impossibilidade da cumulatividade. Souto Maior expõe seu entendimento no artigo “Em defesa da ampliação da competência da justiça do trabalho:

“2. Acumulação de adicionais: como o princípio é o da proteção do ser humano, consubstanciado, por exemplo, na diminuição dos riscos inerentes ao trabalho, não há o menor sentido continuar-se dizendo que o pagamento de um adicional “quita” a obrigação quanto ao pagamento de outro adicional. Se um trabalhador trabalha em condição insalubre, por exemplo, ruído, a obrigação do empregador de pagar o respectivo adicional de insalubridade não se elimina pelo fato de já ter este mesmo empregador pago ao empregado adicional de periculosidade pelo risco de vida a que o impôs. Da mesma forma, o pagamento pelo dano à saúde, por exemplo, perda auditiva, nada tem a ver com o dano provocado, por exemplo, pela radiação. Em suma, para cada elemento insalubre é devido um adicional, que, por óbvio, acumula-se com o adicional de periculosidade, eventualmente devido. Assim, dispõe, aliás, a Convenção nº 155, da OIT, ratificada pelo Brasil.”⁷⁸

Outro defensor da tese cumulativa dos adicionais é Sebastião Geraldo de Oliveira:

“Discute-se, também, a possibilidade de cumulação do adicional de insalubridade com o de periculosidade. Pelas mesmas razões expostas, somos também favoráveis. Aponta-se, como obstáculo à soma dos dois adicionais, a previsão contida do art. 193, § 2º, da CLT: “O empregado poderá optar pelo adicional de insalubridade que porventura lhe seja devido”. O dispositivo legal indica que os dois adicionais são incompatíveis, podendo o empregado optar por aquele que lhe for mais favorável. Entretanto, após a ratificação e vigência nacional da Convenção nº 155 da OIT, esse parágrafo foi revogado, diante da determinação de que sejam considerados os riscos para a saúde decorrentes da exposição simultânea a diversas substâncias ou agentes (art. 11, b).”⁷⁹

77 Ibid.

78 SOUTO MAIOR. Jorge Luiz. Em defesa da ampliação da competência da justiça do trabalho. Revista Ltr- Legislação do Trabalho. Ano 70. Editora LTR:Rio de Janeiro,2006. p.15.

79 OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Proteção Jurídica à Saúde do Trabalhador*. 3. ed., rev., ampl. E atual. São Paulo: LTR, 2001. pg. 302.

Oliveira defende a revogação do § 2º, do artigo 193 celetista através da ratificação da Convenção nº 155 que dispõe acerca da possibilidade de cumulação dos adicionais.

Por fim, importante trazer à baila a oportuna lição de Raimundo Simão de Melo:

“Quanto à cumulatividade do adicional de insalubridade com o de periculosidade, deve-se fazer uma análise do disposto no § 2º do art. 193 da CLT, que diz: “o empregado poderá optar pelo adicional de insalubridade que porventura lhe seja devido”. Dessa disposição resultou um entendimento de que o empregado que postula o pagamento de adicional de insalubridade na Justiça do Trabalho deve renunciar ao adicional de periculosidade e vice-versa, porque os dois não se cumulam! Também não dá para concordar com esse entendimento, data venia. A razão é simples: “água e óleo não se misturam”. Em Direito, duas ou mais verbas somente não se cumulam quando tiverem a mesma natureza jurídica. Absolutamente não é o caso. O adicional de insalubridade tem por fim “indenizar” o trabalhador pelos males causados à saúde do mesmo pelo contato continuado com os respectivos agentes agressivos ao organismo humano. Os agentes insalubres provocam doenças no ser humano, de menor ou maior gravidade, de acordo com o tempo de exposição e fragilidade maior ou menor do organismo de cada trabalhador. Diferentemente ocorre com a periculosidade, cujo adicional é devido simplesmente pelo risco/perigo potencial da ocorrência de acidente de trabalho. O empregado pode trabalhar a vida inteira em contato com agente perigoso e não sofrer acidente algum; todavia, pode, no primeiro dia de trabalho, ter a vida ceifada, por exemplo, por uma explosão ou por um choque elétrico. Consequentemente, se os dois adicionais têm causas e razões diferentes, logicamente devem ser pagos cumulativamente, sempre que o trabalhador se ativar concomitantemente em atividade insalubre e perigosa, cujo fundamento maior está no já mencionado inciso V do art. 5º da Constituição Federal, que assegura indenização proporcional ao dano.”⁸⁰

No trecho acima, Melo defende a possibilidade de cumulação alegando que a natureza jurídica da insalubridade e da periculosidade são divergentes. Para o autor, a impossibilidade de cumulação entre duas verbas só ocorre quando elas possuem a mesma natureza jurídica.

Em prol da possibilidade de cumulação, o autor explica que é direito constitucional do trabalhador acionar o judiciário trabalhista a fim de perceber os adicionais de forma cumulada e que essa possibilidade encontra fulcro no inciso V, do art. 5º da Constituição Federal, que possui a seguinte redação:

“V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;”

80 MELO. Raimundo Simão de. Direito Ambiental do Trabalho e a Saúde do Trabalhador. Editora Ltr: São Paulo, 2004, págs. 154.

Muito interessante o posicionamento do Autor supracitado, uma vez que, acerca da natureza jurídica dos adicionais, a doutrina é unânime no sentido de que possuem natureza divergente entre si.

Sobre o direito de indenização proporcional ao dano de que faz menção o inciso V do artigo 5º da Constituição, cumpre referir, que o TST já admitiu a utilização do mencionado dispositivo em lides trabalhistas. Colaciona-se:

“Decisão: por unanimidade, conhecer do recurso de revista quanto ao tema "DANO MORAL. QUANTUM INDENIZATÓRIO", por violação do art. 5.º, V, da Constituição Federal, e quanto ao tema "MULTA DO ART. 475-J DO CPC. INAPLICABILIDADE AO PROCESSO DO TRABALHO", por divergência jurisprudencial. No mérito, dar-lhe provimento para reduzir a indenização por danos morais para R\$ 61.500,00 (sessenta e um mil e quinhentos reais), e afastar a determinação de incidência da multa do art. 475-J do CPC na execução da sentença.”⁸¹

Pertinente ressaltar que caso o labutador receba outros adicionais, de natureza diferente, estabelecidos na CLT, a sua cumulação é permitida. O mesmo trabalhador pode receber adicional de horas-extras, adicional noturno, adicional de transferência, todos eles de forma cumulada com o adicional de insalubridade ou adicional de periculosidade.

No presente estudo, ainda que a doutrina majoritária adote entendimento diverso, o posicionamento é em prol do trabalhador e conseqüentemente a favor da cumulação dos adicionais de periculosidade e insalubridade.

2.2 Do entendimento jurisprudencial

A grande maioria dos Tribunais e Juízes dos Trabalho interpretam a norma do § 2º do artigo 193 da CLT como uma proibição para o recebimento simultâneo dos adicionais de periculosidade e insalubridade.

Portanto, “os aplicadores do direito justificam seu entendimento, no sentido de que a lei é que impede a cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade, por estrita observância da não incidência de um adicional sobre o outro”⁸²

81 BRASIL. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Processo: RR – 39900-08.2007.5.06.0016.

82 BUCK, Regina Célia. Cumulatividade dos adicionais de insalubridade e periculosidade/Regina Célia Buck. - 2.ed. - São Paulo:LTr, 2015, p.125.

Na prática, quando a perícia verifica o labor em área considerada de risco e a exposição a agentes listados na NR-15, resta ao obreiro utilizar a faculdade de optar entre um dos adicionais. Assim, decidiu a 4ª Turma do TRT4:

“ADICIONAL DE INSALUBRIDADE EM GRAU MÁXIMO. PACIENTES PORTADORES DE DOENÇAS INFECTOCONTAGIOSAS. ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. RADIAÇÕES IONIZANTES. O contato com pacientes potencialmente portadores de doenças infectocontagiosas e a exposição a radiações ionizantes (raio-X), quando devidamente comprovados por meio de laudo técnico, não desconstituído por prova em contrário, dão direito, respectivamente, à percepção do adicional de insalubridade em grau máximo e do adicional de periculosidade. Sendo inviável a cumulação dos adicionais, cabe à reclamante optar por aquele adicional que entender ser mais benéfico. (...)”⁸³

Na ementa apresentada, a perícia apontou o contato com pacientes potencialmente portadores de doenças infectocontagiosas concomitantemente a exposição a radiações ionizantes do obreiro, o Tribunal entendeu pela existência das duas situações agravantes de labor e ao final concluiu: “sendo inviável a cumulação dos adicionais, cabe à reclamante optar por aquele adicional que entender ser mais benéfico.”

No mesmo rumo decide a grande maioria dos Tribunais Regionais do Trabalho:

“ADICIONAL DE INSALUBRIDADE E ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. CUMULAÇÃO. Apesar de entender razoável a cumulação dos adicionais de periculosidade e insalubridade quando comprovada a presença de condições insalubres e perigosas nas atividades laborais, o pagamento cumulativo encontra óbice no artigo 193, § 2º, da CLT, o que inviabiliza o acolhimento da pretensão da autora. Entendimento majoritário do Tribunal Superior do Trabalho.”⁸⁴

“INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE. INCIDÊNCIA DO ART. 193, PARÁGRAFO 2º DA CLT. Afirmada a existência de insalubridade e periculosidade pela decisão judicial, deve ser garantida, ao trabalhador, a possibilidade de escolha, na fase de liquidação, nos termos do art. 193, parágrafo 2º da CLT. O que, a contrário sensu veda a cumulação dos adicionais. Mantenho a sentença. Nego Provimento.”⁸⁵

83 BRASIL. TRIBUNAL REGIONAL DA QUARTA REGIÃO. Acórdão - Processo 0000388-69.2014.5.04.0261 (RO) Data: 17/06/2015 Origem: Vara do Trabalho de Montenegro Órgão julgador: 4a. Turma Redator: João Pedro Silvestrin.

84 BRASIL. TRIBUNAL REGIONAL DA QUARTA REGIÃO. Acórdão - Processo 0000128-06.2013.5.04.0203 (RO) Data: 28/05/2015 Origem: 3ª Vara do Trabalho de Canoas Órgão julgador: 11a. Turma Redator: Ricardo Hofmeister De Almeida Martins Costa.

85 BRASIL. TRIBUNAL REGIONAL DA SEGUNDA REGIÃO. Relator(A): Ivani Contini Bramante Revisor(A): Ivete Ribeiro Acórdão Nº: 20150785938 Processo Nº: 00008151420125020028 A28 Ano: 2015 Turma: 4ª Data De Publicação: 11/09/2015

“ADICIONAL DE PERICULOSIDADE X ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO. Conforme dispõe o art. 193, §2º da CLT, o empregado que se submete a riscos de periculosidade pode optar pelo adicional de insalubridade, se esse lhe for mais benéfico. Significa que o legislador considerou a possibilidade de cumulação do risco, mas descartou a da sobreposição de adicionais. Assim, fica facultado à reclamante o recebimento do adicional mais vantajoso, eis que ambos não se cumulam.”⁸⁶

Frise-se que no primeiro acórdão o julgador embora entenda razoável a cumulação, encontra o óbice da mesma no texto do artigo 193.

Recentemente, no mesmo diapasão, o Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, com base em sua jurisprudência, editou a Súmula nº 76 que possui a seguinte redação:

“Súmula nº 76 - ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE. ACUMULAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. O pagamento cumulativo dos adicionais de insalubridade e periculosidade encontra óbice no artigo 193, § 2º, da CLT, o qual faculta ao empregado o direito de optar pelo adicional mais favorável. Inexistência de violação aos incisos XXII e XXIII, do artigo 7º, da Constituição.”⁸⁷

Portanto, infelizmente, o Tribunal Gaúcho firmou o entendimento no sentido de impossibilidade da cumulação dos adicionais com base na interpretação literal do art. 193, § 2º da CLT.

Ainda que em proporções muito menores, os posicionamentos favoráveis a cumulação dos adicionais vem crescendo nos tribunais. Sendo assim, em caso de constatação de periculosidade e insalubridade em sede pericial, o juízo defere o pagamento cumulativo dos adicionais.

“Adicional de periculosidade e de insalubridade. Cumulação. A Convenção nº 155 da OIT, ratificada pelo Brasil por meio do Decreto nº 1.254/1994, em seu artigo 11, 'b', dispõe que "Art. 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) [...]; b) a determinação das operações e processos que estarão proibidos, limitados ou sujeitos à autorização ou ao controle da autoridade ou autoridades competentes, bem como a determinação das substâncias e agentes aos quais a exposição no trabalho estará proibida, limitada ou sujeita à autorização ou ao controle da autoridade ou autoridades competentes; deverão levar-se em consideração os riscos para a saúde causados pela exposição simultânea a várias substâncias ou agentes". Assim, ao valer-se da expressão "exposição simultânea a várias substâncias ou agentes", a norma internacional autoriza a cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade, restando revogado tacitamente o art. 193, parágrafo 2º, CLT, não havendo mais a necessidade

⁸⁶_____. TRIBUNAL REGIONAL DA TERCEIRA REGIÃO. PJe: 0010009-35.2015.5.03.0180 (RO); Disponibilização: 15/10/2015; Órgão Julgador: Quarta Turma; Relator: Lucilde D'Ajuda Lyra de Almeida

⁸⁷_____. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Súmula 76.

de o empregado optar pela percepção do adicional de insalubridade em detrimento ao de periculosidade.⁸⁸

EMENTA: ADICIONAL DE PERICULOSIDADE E INSALUBRIDADE. CUMULAÇÃO. POSSIBILIDADE. ESTÍMULO À ADOÇÃO DE MEDIDAS PREVENTIVAS EM MATÉRIA DE PROTEÇÃO DA SAÚDE DO TRABALHADOR. EFICÁCIA HORIZONTAL DE DIREITOS FUNDAMENTAIS. 1. É possível a cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade, em interpretação evolutiva do art. 193, parágrafo 2º da CLT.

2. Já não é novidade a cumulação de adicionais que adveem da exposição do trabalhador a situações de maior penosidade, tal como a cumulação do adicional de horas extras com o adicional noturno. É também possível a cumulação de adicionais para o trabalhador que está sujeito a labor em condições de risco acentuado ou insalubridade, com o adicional de trabalho em horário noturno e até em sobrejornada, hipótese em que esses dois últimos adicionais, horas extras e noturno, poderão ser cumulados ao adicional de insalubridade.

3. A possibilidade de recebimento cumulado estimula o empregador na melhoria das condições do meio ambiente de trabalho ? prevenção, que tem preferência sobre a reparação dos prejuízos -, o que está no coração das normas de proteção à saúde do trabalhador no Brasil e no mundo.

4. Esta parece ser a solução que melhor atende aos valores positivados nas normas-princípio da Constituição e à necessidade de concretizar, com a maior efetividade possível, os direitos fundamentais ligados à remuneração de atividades penosas, insalubres ou perigosas (art. 7º, XXII), à vedação do retrocesso social (art. 7º, caput), à proteção à saúde do trabalhador (art. 7º, XXII) e à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), além de constituir aplicação de preceitos do Direito Internacional do Trabalho (C. 155, ratificada pelo Brasil, possuindo eficácia pelo menos suprallegal, segundo interpretação do STF).⁸⁹

O Tribunal Gaúcho que sumulou a matéria em sentido contrário também possui julgadores que deferem ambos os adicionais simultaneamente:

“ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE E DE PERICULOSIDADE. CUMULAÇÃO. A norma do artigo 193, § 2º, da CLT não foi recepcionada na Ordem de 1988 e, de qualquer sorte, derrogada em razão da ratificação, pelo Brasil, da Convenção 155 da OIT. Devida a cumulação de ambos os adicionais, portanto. (...)”⁹⁰

O Tribunal Superior do Trabalho não possui posicionamento uniforme em relação ao tema. A prevalência das turmas indefere os referidos pleitos:

88 BRASIL. TRIBUNAL REGIONAL DA SEGUNDA REGIÃO. Acórdão N°:20150435511 Processo N°:00002863420125020015 Ano:2015 Turma:8ª Data De Publicação: 25/05/2015.

89 _____. TRIBUNAL REGIONAL DA TERCEIRA REGIÃO. Processo:0000521-33.2014.5.03.0102 RO; Data de Publicação: 09/10/2015; Órgão Julgador: Primeira Turma; Relator:Convocada Martha Halfeld F. de Mendonca Schmidt; Revisor:Jose Eduardo Resende Chaves Jr.).

90 BRASIL. TRIBUNAL REGIONAL DA QUARTA REGIÃO. Acordao do processo 0010431-28.2013.5.04.0511 (RO) Data: 06/05/2015 Origem: 1ª Vara do Trabalho de Bento Gonçalves Órgão julgador: 6a. TurmaRedator: Raul Zoratto Sanvicente Participam: Maria Cristina Schaan Ferreira, José Cesário Figueiredo Teixeira

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. CUMULAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE 1. A iterativa, notória e atual jurisprudência do TST posiciona-se no sentido de que não é devido o pagamento cumulativo dos adicionais de periculosidade e insalubridade, a teor do que dispõe o art. 193, § 2º, da CLT. Precedentes. 2. Agravo de instrumento de que se conhece e a que se nega provimento.”⁹¹

Recentemente, a 7a. Turma do Colendo Tribunal, em recurso com relatoria do Ministro Relator Cláudio Brandão, firmou entendimento no sentido de:

“que não há necessidade de pronunciamento do plenário, em face do regramento constitucional, cuja principal indagação consiste em saber da possibilidade de percepção cumulativa dos adicionais de periculosidade e insalubridade, cujo direito encontra-se previsto, respectivamente, nos arts. 192 e 193. 1º, da CLT e também é garantido no art. 7º, XXIII, da Constituição Federal.”⁹²

O processo teve a cumulação deferida no primeiro grau, confirmada pelo Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região em sede recursal e acolhida pelo Tribunal Superior do Trabalho que proferiu acórdão com a seguinte ementa:

“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.

91 _____. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. AIRR - 10358-78.2014.5.03.0081 , Relator Ministro: João Oreste Dalazen, Data de Julgamento: 30/09/2015, 4ª Turma, Data de Publicação: DEJT 09/10/2015)

92 _____. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. RR - 1072-72.2011.5.02.0384 , Relator Ministro: Cláudio Mascarenhas Brandão, Data de Julgamento: 24/09/2014, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 03/10/2014)

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.⁹³

Embora a corrente jurisprudencial que reconhece a possibilidade de cumulação entre os adicionais de insalubridade e periculosidade seja minoritária, é possível observar um inegável crescimento nas decisões que visam garantir o direito Constitucional do Labutador perceber os adicionais de forma simultânea.

93 BRASIL. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. RR - 1072-72.2011.5.02.0384 , Relator Ministro: Cláudio Mascarenhas Brandão, Data de Julgamento: 24/09/2014, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 03/10/2014.

3 FUNDAMENTOS PARA A CUMULAÇÃO DOS ADICIONAIS

3.1 Fatos Geradores Distintos

Conforme esclarecido por diversas vezes ao longo do presente estudo, os adicionais de insalubridade e periculosidade possuem natureza jurídica diversa, ou seja, os fatos geradores do direito de percepção de cada um dos adicionais são alheios entre si.

Na lição de Sussekind:

“Ademais, a periculosidade se distingue da insalubridade porque esta, enquanto não houver sido eliminada ou neutralizada, afeta continuamente a saúde do trabalhador, entretanto a periculosidade corresponde apenas a um risco que age contra a integridade biológica do trabalhador, mas que, eventualmente (sinistro), pode atingi-lo de forma violenta.”⁹⁴

Sendo assim, estando o laborador exposto aos dois agravantes no seu ambiente de trabalho, logicamente, não deve existir óbice para o pagamento dos adicionais. Buck leciona:

‘Não há razão biológica, nem lógica, e muito menos jurídica para tal vedação. Em termos biológicos, está comprovado que a exposição simultânea a mais de um agente agressivo reduz a resistência do trabalhador, agravando-se ainda mais a situação pelo efeito sinérgico das agressões, isto é, a presença de agentes insalubres e de agentes perigosos no mesmo ambiente de trabalho, multiplica os danos à saúde e à vida do obreiro.’⁹⁵

Conclui-se com trecho de acórdão do TST, de relatoria do ilustre Ministro Cláudio Brandão, justificando a cumulação:

“A possibilidade da cumulação dos adicionais se justifica em virtude da origem dos direitos serem diversos. Não se há de falar em *bis in idem*. No caso da insalubridade, o bem tutelado é a saúde do obreiro, haja vista as condições nocivas presente no 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.”⁹⁶

Os adicionais de insalubridade e periculosidade são direitos que, além dos fatos geradores distintos, possuem tratamento divergente da legislação no tocante a percentuais e base de cálculo.

94 SUSSEKIND. Arnaldo. Instituições de direito do trabalho. 19.ed., atual. São Paulo: LTr, 2000. v.2. p.923.

95 BUCK, Regina Célia. Cumulatividade dos adicionais de insalubridade e periculosidade/Regina Célia Buck. - 2.ed. - São Paulo: LTr, 2015, p.137.

96 BRASIL. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. RR - 1072-72.2011.5.02.0384, Relator Ministro: Cláudio Mascarenhas Brandão, Data de Julgamento: 24/09/2014, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 03/10/2014).

Nesse sentido, pela incoerência de *bis in idem*, plenamente possível a cumulatividade entre os adicionais.

3.2 Dos princípios do Direito do Trabalho

Imperioso se faz ao tratar de qualquer direito trabalhista ou relação que envolva trabalho realizar a apreciação dos Princípios do Direito do Trabalho.

No presente estudo, pertinente a análise do Princípio da Proteção e do princípio da irrenunciabilidade de direito.

Fruto da desigualdade histórica entre Empregador e empregado, o Princípio da Proteção consagra a ideia do *in dubio pro operario* e da norma mais favorável.

O *in dubio pro operario* estabelece que nas relações de trabalho, quando existirem dúvidas, deve se decidir a favor do obreiro.

Entende-se por utilização da norma mais favorável o preceito de que, “deve ser utilizada, no caso concreto, a norma que atribua direitos mais vantajosos ao trabalhador.”⁹⁷

O princípio da irrenunciabilidade estabelece como regra “que os direitos trabalhistas são irrenunciáveis pelo trabalhador.”⁹⁸

Nesta seara jurídica, é possível perceber que a impossibilidade de cumulação dos adicionais é contrária ao Princípio da Proteção, pois, ao determinar que o obreiro realize suas atividades em ambiente exposto a insalubridade e periculosidade e receba adicional referente a somente uma das condições gravosas, o legislador ignorou a situação vulnerável do trabalhador.

A interpretação literal do art. 193, não só desconsidera o referido princípio como interpreta a norma em favor do empregador, visto que, o mesmo expõe o trabalhador a determinada condição e paga, em pecúnia, o referente a outra mais branda.

Da mesma forma, ao obrigar o empregado a preterir um dos adicionais, a legislação impõe ao trabalhador a renúncia de um direito que por lei lhe foi garantido. Aqui, inegável a ofensa ao princípio da irrenunciabilidade de direitos.

97 CAIRO JR, José. Curso de Direito do trabalho – Direito Individual e Coletivo do Trabalho. 9.ed. Revista, ampliada e atualizada. Salvador: JusPodvim, 2014. p. 828.

98 MARTINS. Sergio Pinto. *Direito do Trabalho*. - 29. ed. - São Paulo: Atlas, 2013. p.73.

Ao defender seu posicionamento em relação a possibilidade de cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade, Buck alertou sobre a necessidade de utilização dos princípios trabalhistas na interpretação da norma e na fundamentação das decisões dos tribunais:

“Defendemos e esperamos que a questão da cumulatividade dos adicionais de insalubridade e de periculosidade seja cuidadosamente analisada, tanto pelos doutrinadores, como pelos aplicadores do direito, amadurecendo e evoluindo o pensamento no intuito de mudarem seus posicionamentos e levarem em consideração, na aplicação da norma, a regra do in dubio, pro operario e a regra da norma mais favorável ao trabalhador, alcançando assim, o objetivo do legislador que é o de garantir e proporcionar um ambiente de trabalho saudável ou, no caso de não ser possível a eliminação ou neutralização dos agentes que lhe seja garantido o direito ao recebimento dos respectivos adicionais, cumulativamente.”⁹⁹

Magalhães e Guerra esclarecem:

“Nesse sentido, cumpre ressaltar que vivemos sob a égide de uma Constituição que se funda nos princípios da dignidade humana e valor social do trabalho, cardeais do nosso Estado Democrático de Direito e que devem ser concretizados seja no momento de criação, interpretação ou aplicação da norma, em especial na seara laboral, tendo em vista a finalidade dos direitos trabalhistas consistentes na melhoria da condição social dos trabalhadores (art.7º, caput, CF88).”¹⁰⁰

Por fim, tem-se como fundamental para a análise da cumulação dos adicionais e de qualquer questão inerente as relações trabalhistas, a utilização dos princípios do Direito do Trabalho e dos preceitos estabelecidos na Constituição Federal de 1988. Somente dessa forma, é possível legislar e interpretar a lei com equidade e justiça.

3.3 Da norma do artigo 7º. XXIII, da Constituição Federal

Preceitua o artigo 7º da Constituição Federal:

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

99 BUCK, Regina Célia. Cumulatividade dos adicionais de insalubridade e periculosidade/Regina Célia Buck. - 2.ed. - São Paulo:LTr, 2015, p.143.

100 MAGALHÃES. Aline Carneiro/Guerra, Roberta Freitas. Uma análise sobre a cumulatividade dos adicionais de insalubridade e periculosidade. Rev. SJRJ, Rio de Janeiro, v.21,nº40, p.169.

XXII - redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança;

XXIII - adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei.”

Sendo assim, a Constituição Federal de 1988, de forma inédita, elencou os direitos sociais dos trabalhadores no rol de seus direitos fundamentais, ou seja, é objetivo fundamental da Carta Maior a redução de riscos inerentes ao trabalho e os adicionais de insalubridade e periculosidade.

Sobre os princípios de interpretação constitucional Bandeira explica:

“A primeira consideração a ser feita refere-se aos princípios de interpretação constitucional. Merece destaque o princípio da unicidade da Constituição, segundo o qual as normas e princípio constitucionais devem ser interpretados de modo a se evitar contradições. O princípio da supremacia sugere que toda a interpretação do ordenamento jurídico tem como ponto de partida a Constituição. Importante também é o princípio interpretativo da máxima efetividade da norma constitucional, o qual busca a eficiência e a eficácia na norma constitucional, considerando todo o conteúdo da norma, sem desprezar qualquer ideia que faça parte do preceito constitucional. Também cabe referência ao princípio da harmonização do texto constitucional, que visa a harmonização do texto constitucional.”¹⁰¹

Nesse diapasão, discute-se a recepção do artigo 193, § 2º da CLT, pela atual Carta Magna.

Utilizando-se dos princípios interpretativos supracitados permite-se a conclusão de que a Carta Magna dispôs no sentido de acumulação dos adicionais.

Bandeira elucida a questão explicando que a Carta Maior ao reconhecer “todas as condições nocivas e perigosas de trabalho, converge para a proteção da saúde do trabalhador e do meio ambiente de trabalho, afeiçoando-se ainda a todos os outros princípios e valores éticos que emergem da Constituição.”¹⁰²

Some-se a isto, o § primeiro do artigo 5º da CF¹⁰³ que define a aplicação imediata das normas que estabelecem direitos e garantias fundamentais.

101 BANDEIRA. Márcio Roberto Fernandes. A cumulação dos Adicionais de Insalubridade e de Periculosidade e Direitos Fundamentais. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 18ª Região, Goiânia, ano 11, p.281-302, dez. 2011. p.287.

102 Ibid.

103 BRASIL. Constituição Federal de 1988. artigo 5º, § 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm

Dessa forma, por certo que não é objetivo da norma constitucional a exclusão de um dos adicionais, quando existe exposição do trabalhador a ambos os agravantes.

Frise-se que a norma diz respeito à saúde do trabalhador e a condições adequadas de labor, sendo assim, não existe motivo para que se interprete o alcance normativo do dispositivo no sentido de possibilidade de exclusão da cumulatividade de adicionais, situação desvantajosa para a saúde do trabalhador e que o Princípio basilar da Dignidade Humana.

O art. 7º da CF determinou a regulamentação dos adicionais pela legislação infraconstitucional, a qual, por óbvio, deveria ter sido feita em consonância com os Princípios e valores Constitucionais, não alterando assim sem o objetivo principal da norma

O artigo 193, § 2º da CLT, ao estabelecer uma excludente prejudicial a saúde do obreiro foi, claramente, de encontro as intenções da Carta Magna e prejudicou o alcance da finalidade da norma.

Sobre os atos normativos anteriores à Constituição, como é o caso da CLT, Lenza explica que:

“Todo ato normativo anterior à Constituição(“AC”) não pode ser objeto de controle. O que se verifica é se foi ou não recepcionado pelo novo ordenamento jurídico. Quando for compatível, será recebido, recepcionado. Quando não, não será recepcionado e, portanto, será revogado pela nova ordem, não se podendo falar em inconstitucionalidade superveniente.”¹⁰⁴

Nesse sentido, não ocorreu a recepção do artigo 193, § 2º da CLT pelo ordenamento jurídico pátrio “uma vez que seus conteúdos não se coadunam com os princípios e regras trazidos no texto constitucional. Trata-se da chamada incompatibilidade material.”¹⁰⁵

A questão da cumulação dos adicionais deve ser interpretada de forma ampla e não coma simples leitura literal do artigo 193, § 2º da CLT. A vida e a a saúde, bens tutelados pelos supracitados adicionais, são direitos fundamentais consagrados na Constituição Brasileira e devem ter aplicação imediata.

104 LENZA. Pedro. Direito Constitucional esquematizado. 17.ed.rev., atul. E ampl. - São Paulo:Saraiva,2013.p.317-318.

105 BRASIL. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. R - 1072-72.2011.5.02.0384 , Relator Ministro: Cláudio Mascarenhas Brandão, Data de Julgamento: 24/09/2014, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 03/10/2014

Salienta-se que no ordenamento jurídico pátrio não deve existir espaço para normas infraconstitucionais que atentem contra a saúde e o meio ambiente de trabalho.

3.4. Das convenções da Organização Internacional do Trabalho

Por meio de disposição constitucional, o art. 5º, § 2º¹⁰⁶, consagrou a possibilidade de ingresso em nosso ordenamento jurídico, por meio de tratados internacionais, de outros direitos e garantias, além dos expressamente previstos no texto constitucional.¹⁰⁷

A ratificação de uma Convenção diz respeito a necessidade de adoção de seus princípios e regras. As Convenções da OIT incorporadas pelo Brasil “podem, então, criar, alterar, complementar ou revogar normas em vigor.”¹⁰⁸

Somado ao argumento exposto anteriormente sobre a possibilidade de cumulação de adicionais, encontra-se a adoção pelo ordenamento pátrio das Convenções nº 148 e nº 155, da Organização Internacional do Trabalho. Ambas as convenções admitem a ocorrência de cumulação entre os adicionais.

“CONVENÇÃO Nº 148 da OIT

PARTE III MEDIDAS DE PREVENÇÃO E DE PROTEÇÃO

Art. 8 — 1. A autoridade competente deverá estabelecer os critérios que permitam definir os riscos da exposição à contaminação do ar, ao ruído e às vibrações no local de trabalho, e a fixar, quando cabível, com base em tais critérios, os limites de exposição.

2. Ao elaborar os critérios e ao determinar os limites de exposição, a autoridade competente deverá tomar em consideração a opinião de pessoas tecnicamente qualificadas, designadas pelas organizações interessadas mais representativas de empregadores e de trabalhadores.

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.

106 BRASIL. Constituição Federal de 1988 .art. 5º,§ 2º CF. 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. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm

107 GÓES. Maurício de Carvalho e Rojas, Ana Paula Freire. A possibilidade de cumulação de adicionais de insalubridade. Revista Justiça do Trabalho. Ano 30 – nº360-Dezembro de 201, HS editora:Porto Alegre.p.52.

108 OLIVEIRA. Sebastião Geraldo de. *Proteção Jurídica à Saúde do Trabalhador*. 3. ed., rev., ampl. E atual. São Paulo: LTR, 2001. pg. 84.

CONVENÇÃO N° 155 da OIT

Art. 11 — Com a finalidade de tornar efetiva a política referida no artigo 4 da presente Convenção, a autoridade ou as autoridades competentes deverá 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 simultânea a diversas substâncias ou agentes.”

Através da análise dos dispositivos acima “verifica-se que as Convenções da OIT expressamente dispõem que deve ser levado em conta o fato de estar o trabalhador exposto simultaneamente a mais”¹⁰⁹ de uma substância ou agente.

Ao comentar o artigo. 11 da Convenção n° 155 da OIT, Georgeonor explica que “devem ser proibidos trabalhos insalubres e perigosos, e, se existirem, devem se sujeitar à autorização e controle de autoridade competente.”¹¹⁰

O que se extrai da leitura dos trechos supracitados é a existência da expressão “exposição simultânea” em ambos os dispositivos. Assim, as referidas convenções determinam a eliminação das situações que agravam o labor do obreiro através de um tratamento em conjunto das mesmas.

Portanto, uma vez que o ordenamento jurídico brasileiro repara a exposição do trabalhador aos riscos e agentes capazes de prejudicar a sua saúde de forma pecuniária, a ratificação das convenções n°148 e 155 da OIT tornaram incompatível o artigo 193, § 2° da CLT e possibilitaram a cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade.

Sobre o tema o Desembargador Raul Zoratto Sanvicente defende a tese aqui exposta:

“Estas normas tornaram incompatível o § 2° do artigo 193 da CLT, incluído na Consolidação em 1977 por ocasião do advento da Lei 6.514/77. Evidentemente, a Convenção 155 da Organização Internacional do Trabalho não trata de adicionais de insalubridade e/ou periculosidade, diretamente, porque tais conceitos sequer seriam concebíveis no ambiente daquele ato, cujo escopo é muito mais elevado. Entre outros, é direcionar a uma política nacional conforme o numero 2 do artigo 4: "2. Essa política terá como objetivo prevenir os acidentes e os danos à saúde que forem consequência do trabalho, tenham relação com a atividade de trabalho, ou

109 GÓES. Maurício de Carvalho e Rojas, Ana Paula Freire. A possibilidade de cumulação de adicionais de insalubridade. Revista Justiça do Trabalho. Ano 30 – n°360-Dezembro de 201, HS editora:Porto Alegre. p.53.

110 FILHO. Georgenor de Sousa Franco. Cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade. Coad.2013,Ano XLVII. Fascículo n°14.p121.

se apresentarem durante o trabalho, reduzindo ao mínimo, na medida que for razoável e possível, as causas dos riscos inerentes ao meio ambiente de trabalho".¹¹¹

Embora não discorram diretamente sobre os adicionais de insalubridade e periculosidade, o objetivo de elevação do direito a saúde e ao meio ambiente adequado de trabalho do obreiro presente das convenções da OIT, permite uma interpretação do texto sob o prisma da eliminação dos riscos e não do simples pagamento de adicionais.

A redação dos instrumentos legais não aborda especificamente a realidade brasileira, monetização do risco, pois ela é atrasada e prejudicial aos obreiros. Nesse sentido, resta interpretar o texto de maneira favorável e justa ao trabalhador.

Se mostra incoerente, mediante a leitura do texto das Convenções, afirmar que elas possuem compatibilidade com a proibição da cumulação dos adicionais.

Acerca da força da norma internacional no direito interno:

“Mesmo que não se reconheça a natureza de normas materialmente constitucionais dos tratados internacionais sobre direitos humanos, a jurisprudência consolidada do STF lhes reconhece status de supralegalidade, o que significa afirmar estarem em patamar de hierarquia superior à CLT.”¹¹²

Dessa forma, ainda que o entendimento majoritário não seja o da natureza de norma constitucional dos Tratados que versam sobre direitos humanos, na hipótese da supralegalidade, as convenções encontram-se acima da lei e abaixo da Constituição.

Efetivamente, por dispor contrariamente as Convenções n° 148 e 155 da OIT, o artigo 193, § 2º da CLT foi derogado já que se trata de norma hierarquicamente inferior.

111 BRASIL. TRIBUNAL REGIONAL DA QUARTA REGIÃO. Acórdão do processo 0010431-28.2013.5.04.0511 (RO) Data: 06/05/2015 Origem: 1ª Vara do Trabalho de Bento Gonçalves Orgão julgador: 6a. Turma Redator: Raul Zoratto Sanvicente

112 _____. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. RR - 1072-72.2011.5.02.0384 , Relator Ministro: Cláudio Mascarenhas Brandão, Data de Julgamento: 24/09/2014, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 03/10/2014

CONCLUSÃO

Em face de todo o exposto, restou assente que o adicional de insalubridade e o adicional de periculosidade, por se encontrarem tutelados pela Constituição, devem ser percebidos de forma cumulativa, com o sentido nítido de interpretação ampla e eficaz das normas vigentes e da busca por melhores condições de trabalho, segurança e saúde do trabalhador. Nesse sentido, tal questão se torna crucial para a concretização do Princípio da dignidade humana.

Para que fosse possível chegar a tal conclusão, partiu-se, portanto, de uma abordagem ampla dos dispositivos existentes e das interpretações jurídicas dos Tribunais. Elevou-se o direito dos trabalhadores ao ponto central da discussão e foi levantada a possibilidade de melhor combater os gravames que atingem a saúde e a vida dos obreiros em nosso país.

Assim, muito embora o posicionamento do presente estudo seja contrário a monetização do risco e a conseqüente venda da saúde do trabalhador, há que se interpretar o ordenamento jurídico pátrio e as convenções internacionais ratificadas pelo Brasil de forma harmônica com os Princípios de Direito do Trabalho e Princípios e Constitucionais.

Ainda que a contraprestação pecuniária não seja a solução ideal para a eliminação das condições de labor insalubres e perigosas, ao impossibilitar o pagamento simultâneo dos adicionais a legislação infraconstitucional legitima o locupletamento ilícito dos empregadores e desestimula a eliminação do risco e dos agentes insalubres. Dessa forma, a impossibilidade de cumulação dos adicionais esvazia a ideia de compensação dos danos causados ao labutador.

Nesta senda, o empregador e o poder público devem ser os agentes incentivadores das políticas que visam a eliminação das condições inadequadas de trabalho. Somente nesse viés é que os direitos dos trabalhadores podem ser respeitados na forma preceituada na Carta Constitucional.

Portanto, deve prevalecer o Princípio basilar da Dignidade Humana, que nas relações de trabalho nada mais é que a possibilidade de trabalho com segurança, saúde e em um meio ambiente adequado.

Deste modo, esse valor central, albergado pela Constituição de 1988, é lembrado a cada decisão que contraria o entendimento majoritário e conservador e possibilita ao trabalhador o acesso ao seu direito constitucional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, André Luiz Paes de. CLT e Súmulas do TST Comentadas – 12.ed. - São Paulo: Rideel, 2015. - (Série Descomplicada).

BANDEIRA, Márcio Roberto Fernandes. A cumulação dos Adicionais de Insalubridade e de Periculosidade e Direitos Fundamentais. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 18ª Região, Goiânia, ano 11, , dez. 2011.

BARROS. Alice Monteiro de. Curso de direito do trabalho – 2. ed. - São Paulo: Ltr, 2006.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm

_____. Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm

_____. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. TST.SDI-1. OJ nº 278. Acesso em 10.Set.2015.

_____. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. AIRR - 10358-78.2014.5.03.0081 , Relator Ministro: João Oreste Dalazen, Data de Julgamento: 30/09/2015, 4ª Turma, Data de Publicação: DEJT 09/10/2015).

_____. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. RR - 1072-72.2011.5.02.0384 , Relator Ministro: Cláudio Mascarenhas Brandão, Data de Julgamento: 24/09/2014, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 03/10/2014)

_____. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. RR - 1072-72.2011.5.02.0384 , Relator Ministro: Cláudio Mascarenhas Brandão, Data de Julgamento: 24/09/2014, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 03/10/2014)

_____. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. RR - 1072-72.2011.5.02.0384 , Relator Ministro: Cláudio Mascarenhas Brandão, Data de Julgamento: 24/09/2014, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 03/10/2014.

_____. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. RR - 1072-72.2011.5.02.0384 , Relator Ministro: Cláudio Mascarenhas Brandão, Data de Julgamento: 24/09/2014, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 03/10/2014.

_____. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Súmula Nº 228 (redação original) - *Adicional de Insalubridade. Base de cálculo.* O percentual do adicional de insalubridade incide sobre o salário-mínimo de que cogita o art. 76 da Consolidação das Leis do Trabalho.

_____. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO.Súmula Nº 228 (Res 121/2002, nova redação) - *Adicional de insalubridade. Base de cálculo.* O percentual do adicional de insalubridade . incide sobre o salário mínimo de que cogita o art. 76 da CLT, salvo as hipóteses previstas na Súmula nº 17.

_____. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO.RR - 1792-41.2012.5.08.0124 , Relator Desembargador Convocado: Marcelo Lamego Pertence, Data de Julgamento: 13/08/2014, 5ª Turma, Data de Publicação: DEJT 22/08/2014

_____. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. RR – 39900-08.2007.5.06.0016.

_____. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Colaciona-se precedente representativo para a edição da Súmula: "14. (...) não é juridicamente possível, diante do reconhecimento da não-recepção da norma paulista, manter o cálculo do adicional de insalubridade com base no salário-mínimo. Também não me parece juridicamente plausível estabelecer que a base de cálculo do adicional de insalubridade será a remuneração ou o vencimento, sob pena de estarmos a atuar como legislador positivo. (...) Pior do que as duas hipóteses seria concluir que os policiais militares não têm direito ao adicional de insalubridade, por ausência de base de cálculo, uma vez que há lei a lhes assegurar tal parcela remuneratória e que a sua previsão não agride a Constituição." (RE 565714, Relatora Ministra Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julgamento em 30.4.2008, DJe de 8.8.2008).

_____. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO.Súmula nº 132 do TST ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. INTEGRAÇÃO I - O adicional de periculosidade, pago em caráter permanente, integra o cálculo de indenização e de horas extras II - Durante as horas de sobreaviso, o empregado não se encontra em condições de risco, razão pela qual é incabível a integração do adicional de periculosidade sobre as mencionadas horas. (ex-OJ nº 174 da SBDI-1 - inserida em 08.11.2000).

_____. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO.Súmula nº 139 TST. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE.Enquanto percebido, o adicional de insalubridade integra a remuneração para todos os efeitos legais. (ex-OJ nº 102 da SBDI-1 - inserida em 01.10.1997)

_____. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO.Oj nº 103 da SDI-1 do TST.

_____. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO.OJ nº 47 da SDI-1 do TST. HORA EXTRA. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. BASE DE CÁLCULO.A base de cálculo da hora extra é o resultado da soma do salário contratual mais o adicional de insalubridade.

_____. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO.Súmula nº 80 TST-INSALUBRIDADE (mantida) - A eliminação da insalubridade mediante fornecimento de aparelhos protetores aprovados pelo órgão competente do Poder Executivo exclui a percepção do respectivo adicional.

_____. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Súmula nº 289 TST INSALUBRIDADE. ADICIONAL. FORNECIMENTO DO APARELHO DE PROTEÇÃO. EFEITO (mantida) - O simples fornecimento do aparelho de proteção pelo empregador não o exime do pagamento do adicional de insalubridade. Cabe-lhe tomar as medidas que conduzam à diminuição ou eliminação da nocividade, entre as quais as relativas ao uso efetivo do equipamento pelo empregado.

_____. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. INSALUBRIDADE (mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003 O trabalho executado em condições insalubres, em caráter intermitente, não afasta, só por essa circunstância, o direito à percepção do respectivo adicional.

_____. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. OJ nº 165 SDI-1 TST. PERÍCIA. ENGENHEIRO OU MÉDICO. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE. VÁLIDO. ART. 195 DA CLT. O art. 195 da CLT não faz qualquer distinção entre o médico e o engenheiro para efeito de caracterização e classificação da insalubridade e periculosidade, bastando para a elaboração do laudo seja o profissional devidamente qualificado.

_____. TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA QUARTA REGIÃO. Acórdão - Processo 0000388-69.2014.5.04.0261 (RO) Data: 17/06/2015 Origem: Vara do Trabalho de Montenegro Órgão julgador: 4a. Turma Redator: João Pedro Silvestrin

_____. TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA QUARTA REGIÃO. Acórdão - Processo 0000128-06.2013.5.04.0203 (RO) Data: 28/05/2015 Origem: 3ª Vara do Trabalho de Canoas Órgão julgador: 11a. Turma Redator: Ricardo Hofmeister De Almeida Martins Costa.

_____. TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA QUARTA REGIÃO. Acórdão do processo 0010431-28.2013.5.04.0511 (RO) Data: 06/05/2015 Origem: 1ª Vara do Trabalho de Bento Gonçalves Órgão julgador: 6a. Turma Redator: Raul Zoratto Sanvicente Participam: Maria Cristina Schaan Ferreira, José Cesário Figueiredo Teixeira.

_____. TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA QUARTA REGIÃO. Acórdão do processo 0010431-28.2013.5.04.0511 (RO) Data: 06/05/2015 Origem: 1ª Vara do Trabalho de Bento Gonçalves Orgão julgador: 6a. Turma Redator: Raul Zoratto Sanvicente.

_____. TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA QUARTA REGIÃO. AIRR - 16235-60.2010.5.04.0000 , Relator Ministro: Alexandre de Souza Agra Belmonte, Data de Julgamento: 07/05/2014, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 09/05/2014)

_____. TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA QUARTA REGIÃO ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. DIREITO ADQUIRIDO (mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003A reclassificação ou a descaracterização da insalubridade, por ato da

autoridade competente, repercute na satisfação do respectivo adicional, sem ofensa a direito adquirido ou ao princípio da irredutibilidade salarial.

_____. TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA QUARTA REGIÃO ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. CAUSA DE PEDIR. AGENTE NOCIVO DIVERSO DO APONTADO NA INICIAL (mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003.A verificação mediante perícia de prestação de serviços em condições nocivas, considerado agente insalubre diverso do apontado na inicial, não prejudica o pedido de adicional de insalubridade.

_____. TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA QUARTA REGIÃO ARE 819386 ED, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 09/06/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-126 DIVULG 29-06-2015 PUBLIC 30-06-2015)

_____. TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA QUARTA REGIÃO Portaria nº 518/03 MTE "Art. 1º Adotar como atividades de risco em potencial concernentes a radiações ionizantes ou substâncias radioativas, o "Quadro de Atividades e Operações Perigosas..."

_____. TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA SEGUNDA REGIÃO. Acórdão Nº:20150435511 Processo Nº:00002863420125020015 Ano:2015 Turma:8ªData De Publicação: 25/05/2015

_____. TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA TERCEIRA REGIÃO.Processo:0000521-33.2014.5.03.0102 RO; Data de Publicação: 09/10/2015; Órgão Julgador: Primeira Turma; Relator:Convocada Martha Halfeld F. de Mendonca Schmidt; Revisor:Jose Eduardo Resende Chaves Jr.)

BUCK, Regina Célia. Cumulatividade dos adicionais de insalubridade e periculosidade/Regina Célia Buck. - 2.ed. - São Paulo:LTr, 2015.

BUENO, Rodrigo Ribeiro. Reflexos, repercussões, incidências e integrações nas parcelas trabalhistas pleiteadas na petição inicial e deferidas na sentença. Rev. Trib. Trab. 3ºReg. Belo Horizonte, vol.42,n.72. p.101-111,jul/dez.2005.

CAIRO JR., José. Curso de direito do trabalho – direito individual e coletivo do trabalho. Salvador: JusPodvim, 2014; 9º ed. rev. Ampl. E atual. p.424.

CANOTILHO. J.J. Gomes; coordenadores: J.J. Gomes Canotilho, Marcus Orione Gonçalves Correia e Erica Paula Barcha Correia. Direitos Fundamentais Sociais/ – São Paulo: Saraiva, 2010.

CARRION, Valentin, Comentários à consolidação das leis do trabalho/ 34.ed.atul. Por Eduardo Carrion – São Paulo: Saraiva, 2009.p.184.

COSTA, Nelson Nery, *Constituição Federal Anotada e explicada*. 5º ed. rev. Atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense, 2012.

DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. 10.ed. São Paulo: Ltr, 2011.

FILHO, Georgenor de Sousa Franco. Cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade. Coad.2013 Ano XLVII. Fascículo nº14. p.121

GÓES, Maurício de Carvalho e Rojas, Ana Paula Freire. A possibilidade de cumulação de adicionais de insalubridade. Revista Justiça do Trabalho. Ano 30 – nº360-Dezembro de 201, HS editora:Porto Alegre.p.52.

GUIMARÃES, Cristina Lantmann. Cumulatividade dos adicionais de insalubridade e periculosidade. Rev. TRT18, Goiânia, ano 12, 2012. p.333.

HOUAISS. Dicionário Houaiss da língua portuguesa/ Antônio Houaiss e Mauro de Salles Villar, elaborado pelo instituto Antônio Houaiss de Lexicografia e Banco de Dados Da Língua Portuguesa S/C Ltda, 1.ed. - Rio de Janeiro:Objetiva,2009.

LENZA, Pedro. Direito Constitucional esquematizado. 17.ed.rev., atual. E ampl. - São Paulo:Saraiva,2013.

MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do Trabalho*. - 29. ed. - São Paulo: Atlas, 2013.

MARTINS FILHO. Ives Gandra da Silva. *Manual esquemático de direito e processo do trabalho* – 10ed. Rev. E ampl. - São Paulo: Saraiva. 2002. p. 79.

MELO, Raimundo Simão de. Direito Ambiental do Trabalho e a Saúde do Trabalhador. Editora Ltr:São Paulo, 2004, págs.154.

MENEZES, Airton Cezar de. Possibilidade de Cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade. Unisul de fato e de direito – ano III- nº 5- Jul/dez 2012.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Proteção Jurídica à Saúde do Trabalhador*. 3. ed., rev., ampl. E atual. São Paulo: LTR, 2001.

PINTO, José Augusto Rodrigues. Curso de direito individual do trabalho. 4.ed. São Paulo, Ltr, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os Direitos Fundamentais Sociais Na Constituição de 1988. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ – Centro de atualização Jurídica, v. 1, nº.1, 2001, Disponível em [<http://www.direitopublico.com.br>]. Acesso em: 10/09/2015.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo, São Paulo, Malheiros,34º ed, rev. Atual., 2010.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Em defesa da ampliação da competência da justiça do trabalho. Revista Ltr- Legislação do Trabalho. Ano 70. Editora LTR:Rio de Janeiro,2006. p.15

SUSSEKIND, Arnaldo. Direito Constitucional do Trabalho. Rio de Janeiro:Renovar,1999.p.236.