

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE – FURG

FACULDADE DE DIREITO

TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

EDUARDO BALLESTER LOPES

ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE E A (IM) POSSIBILIDADE
DE CUMULAÇÃO

RIO GRANDE – RS 2016

EDUARDO BALLESTER LOPES

ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE E A (IM) POSSIBILIDADE
DE CUMULAÇÃO

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

Orientador: Prof. Enio Duarte Fernandez Junior.

RIO GRANDE – RS 2016

RESUMO

LOPES, Eduardo Ballester. **ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE E A (IM)POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO** 2016. Trabalho de Conclusão de Curso de Direito. Universidade Federal do Rio Grande, Rio Grande.

Resumo: O labor em condições insalubres, acima do tolerável pelo ser humano, expõe o trabalhador a uma situação de maior dano à sua saúde, razão pela qual propicia o aumento da remuneração, por meio do pagamento do adicional de insalubridade. Por outro lado, têm direito à percepção do adicional de periculosidade, os empregados que laborem em contato com inflamáveis, explosivos, eletricidade e radiação ionizante ou substâncias radioativas. Por disposição expressa de lei, caso o empregado trabalhe em condições perigosas e insalubres simultaneamente, os adicionais não se acumulam, podendo o empregado optar pelo adicional que lhe for mais favorável (artigo 193, parágrafo 2º, da CLT). Evidencia-se, porém, que os adicionais devem ser acumulados por decorrerem de fatos geradores completamente distintos, não havendo qualquer motivo justificável para retirar esse direito dos trabalhadores, 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.

ABSTRACT

The work in unsanitary conditions, above the tolerable for the human being, exposes the worker to a situation of greater harm to their health, which is why provides increased remuneration through the payment of insalubrity. By the way, have the right to receive the additional pay for dangerousness the employees who work in contact with flammable, explosive, electricity and ionizing radiation or radioactive substances. According law if the employee to work in dangerous and unhealthy conditions at the same time, additional non accumulate, the employee can choose for additional whichever is the most favorable. (Article 193, paragraph 2º of the Brazilian Labor Code). It is evident, however, that the additional should be cumulated by result from completely different triggering events, according to this is no justifiable reason to take this right of workers, therefore, it is used an approach to the doctrine, the Brazilian law, and even the recent judgment given by the TST.

Keywords: Insalubrity; Dangerousness; Additional cumulation.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ACT	Acordo Coletivo de Trabalho
CF/88	Constituição Federal de 1988
CCT	Convenção Coletiva de Trabalho
CLT	Consolidação das Leis do Trabalho
EPI	Equipamento de Proteção Individual
MPT	Ministério Público do Trabalho
OIT	Organização Internacional do Trabalho
TRT	Tribunal Regional do Trabalho
TST	Tribunal Superior do Trabalho

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	7
2. DOS ADICIONAIS.....	8
2.1 Adicional de insalubridade.....	12
2.1.2 Fundamentação Legal.....	14
2.1.3 A eliminação e neutralização dos agentes insalubres.....	16
2.1.4 Da perícia.....	18
2.1.5 Base de cálculo.....	19
2.2 Adicional de periculosidade.....	21
2.2.2 Fundamentação Legal.....	23
2.2.3 A eliminação e neutralização da periculosidade.....	25
2.2.4 Da perícia.....	25
2.2.5 Base de cálculo.....	26
3. A POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO DOS ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE.....	27
3.1 Dos Princípios.....	30
3.2 Das Convenções da OIT.....	31
3.3 Da Jurisprudência.....	33
4. CONCLUSÃO.....	37
5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	39

1. INTRODUÇÃO

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

Vale ressaltar que o ordenamento jurídico pátrio por meio da legislação trabalhista protege todo o trabalhador que executa suas funções em atividades insalubres e perigosas, de forma a amenizar o impacto das atividades na saúde do trabalhador. Porém, impossibilita o recebimento de ambos os adicionais cumulativamente quando o funcionário se encontra trabalhando em local insalubre e perigoso, apresentando a necessidade de escolha entre o adicional mais benéfico a ser auferido pelo labutador.

A figura dos adicionais foi criada para desestimular o empregador a submeter os seus trabalhadores a condições de trabalho que atentassem contra sua saúde e sua integridade física.

Com o passar do tempo e com o avanço da tecnologia e da indústria, podemos perceber que esses adicionais não tem cumprido sua função, o que pode ser explicado por seu valor insuficiente para compelir o empregador a manter o ambiente de trabalho seguro e saudável, resultando no pagamento de um valor inexpressivo em uma espécie de monetização de risco da saúde e da vida do empregado.

Ainda que a doutrina caminhe no sentido da cumulação, a jurisprudência, através de uma interpretação literal do artigo 193 §2 da CLT, entende em sua maioria que é vedado o pagamento cumulado de ambos adicionais.

Neste contexto, no primeiro tópico do trabalho será apresentada uma noção geral acerca do adicional de insalubridade, com sua fundamentação legal, base de cálculo, entre outras particularidades. Em seguida o foco passa a ser o adicional de periculosidade, onde os mesmos aspectos do tópico anterior são abordados, agora acerca deste adicional. Por fim serão trabalhados os argumentos de ambas as partes acerca da possibilidade de cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade, com base na doutrina, nos princípios, na jurisprudência e nas convenções da OIT.

Afinal, o objetivo do estudo é demonstrar que o pagamento em conjunto de ambos os adicionais, por encarecer o custo da mão de obra, pode ser um estímulo para que o empregador mantenha um ambiente de trabalho seguro e saudável, ainda que a simples monetização do risco não seja a solução ideal.

2. 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 à remuneração dos labutadores expostos às 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

A parcela adicional é contra prestativa visto que paga-se uma quantia a mais na remuneração padrão do empregado em virtude do desconforto, desgaste ou risco vivenciados da responsabilidade e encargos do laboro.

O artigo 457 §1º da CLT dispõe sobre os adicionais que integram a remuneração do trabalhador, segue o dispositivo:

Art. 457, § 1º - Integram o salário não só a importância fixa estipulada, como também as comissões, percentagens, gratificações ajustadas, diárias para viagens e abonos pagos pelo empregador.

O fundamento e o objetivo dos adicionais justificam a normatização e efeitos jurídicos peculiares que o Direito do Trabalho confere a tais parcelas de natureza salarial. Embora sendo salário, os adicionais não se mantêm vinculados ao contrato de trabalho, podendo ser suprimidos, caso desaparecida a circunstância tipificada que ensejava a percepção durante

¹BANDEIRA, Márcio Roberto Fernandes. A cumulação dos Adicionais de Insalubridade e de Periculosidade e Direitos Fundamentais. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 18º 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

certo período. São desse modo um exemplo do chamado “salário condição”, acolhido reiteradamente pela jurisprudência.

A parcela adicional submete-se ao mesmo requisito exigido às outras parcelas contra prestativas para fins de sua integração salarial, no caso, necessitam ter o caráter habitual do fato tipificador. Constatada a habitualidade, os adicionais integram o salário do obreiro para todos os efeitos legais. Irá refletir-se, desse modo, no cálculo do 13º salário, férias com um terço, FGTS, aviso prévio, além da contribuição previdenciária.

Os adicionais, em regra, são calculados percentualmente sobre um parâmetro salarial. Essa característica é o que acaba os conectando com a figura das porcentagens, mencionadas no Art. 547, §1, da CLT.

Fundamentalmente, os adicionais podem ser classificados em dois grandes grupos, os adicionais legais e os adicionais convencionais.

O primeiro deles são os que estão previstos em lei, como é o caso dos adicionais de: insalubridade (Art. 192, CLT; Súmula Vinculante nº4, STF), Periculosidade (Art. 193, §1º, CLT), Penosidade (Art. 7º, XXIII, CF/88), de transferência (Art. 469, §3, CLT) noturno (Art.73, caput, CLT) e de horas extras (Art. 7º, XVI, CF/88).

Já o segundo são os adicionais convencionados pela normatividade infra legal (ACT ou CCT), ou pela vontade unilateral do empregador ou bilateral das partes contratuais. Um exemplo desse tipo de adicional é o adicional de fronteira.

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 argumenta-lo 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.”

Os adicionais de insalubridade e periculosidade têm previsão anterior a Constituição, mas foram recepcionados expressamente por ela, como direito básico do trabalhador. 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 1998:

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.”³

A norma constitucional que assegura o direito dos labutadores 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 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 à 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.”⁴

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.

³ COSTA, Nelson Nery, Constituição Federal Anotada e explicada. 5º ed. rev. Atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 560.

⁴ 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

Dissertando sobre os Direitos Fundamentais Sociais Ingo Wolfgang Sarlet 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.”⁵

A respeito dos direitos sociais na Constituição Federal de 1988, Pedro Lenza lecionou da seguinte maneira “Enquanto direitos fundamentais (alocados no Título II 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).”⁶

Sobre o progresso em termos de aplicabilidade e eficácia dos direitos sociais que o texto da atual Carta Constitucional buscou, 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 é direito de todos, e indica mecanismos, políticas, para a satisfação desses direitos, está preordenando situações jurídicas objetivas com vistas à aplicação desses. “

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.

⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. Os Direitos Fundamentais Sociais Na Constituição de 1988. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ – Centro de atualização Jurídica, v. 1, n.º.1, 2001, Disponível em [http://www.direitopublico.com.br]. Acesso em: 20/07/2016.

⁶ LENZA. Pedro. Direito Constitucional esquematizado. 17.ed.rev., atual. E ampl. - São Paulo:Saraiva,2013.p.1152.

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.

Por conseguinte, como o escopo do presente trabalho é a possibilidade de cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade, não serão abordados maiores aprofundamentos acerca dos outros adicionais, como horas noturnas, horas extras e transferência, visto que esses não são o objeto central da pesquisa.

2.1 Adicional de insalubridade

O adicional de insalubridade está previsto no Art. 189 da CLT, e regulamentado pela Norma Regulamentadora nº 15 (NR 15) do Ministério do Trabalho. O referido artigo da CLT traz a previsão legal do adicional, enquanto que a NR 15 especifica quais atividades são insalubres, e qual o seu respectivo grau.

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.

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)”⁷

A palavra “insalubre” vem do latim e significa tudo aquilo que origina doença, sendo a insalubridade a qualidade do que é insalubre. O conceito legal é também encontrado no Art. 192 da CLT, em que temos:

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.

⁷ 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

O conceito de insalubridade nada mais é do que a existência de agentes agressivos possíveis de levar o trabalhador a adquirir doenças profissionais, que podem ser referentes aos agentes físicos, quais sejam: ruído, calor, radiações, frio, vibrações e umidade e aos agentes químicos: poeira, gases e vapores e névoas, e por fim aos agentes biológicos: microrganismos, vírus e bactérias.

É importante mencionar que a ocorrência de doença profissional, dentre outros fatores, depende da natureza, da intensidade e do período de exposição ao agente agressor. Ou seja, o mero contato periodicamente do trabalhador com o agente ensejador não caracteriza a existência da insalubridade.

Desta forma, com base nesses fatores expostos acima, foram estabelecidos limites de tolerância a estes agentes causadores, que, no entanto, representam um valor numérico abaixo do qual se acredita expor os trabalhadores aos agentes agressivos, durante a sua vida não contrairá doença profissional, ou seja, o trabalhador exposto ao agente no limite tolerado não é prejudicado em sua saúde, conforme a legislação expõe. Portanto, do ponto de vista prevencionista, não podem ser encarados com total rigidez e sim como parâmetros para a avaliação e o controle dos ambientes de trabalho.

O enfrentamento da legislação brasileira à problemática do trabalho exercido em condições insalubres é a remuneração adicional nos casos em que os trabalhadores estão expostos a tais condições. Sendo assim, o Brasil acabou por adotar o sistema de monetização do risco, com pagamento de adicional pelo trabalho em condições insalubres ou perigosas.

Nesta senda, fica claro o desrespeito do legislador com a saúde do trabalhador, ao determinar o acréscimo salarial ao trabalhador exposto a condições insalubres, não confrontando o causador do dano à saúde do obreiro, e sim, o compensando 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.”⁸

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.

⁸ BARROS. Alice Monteiro de. Curso de direito do trabalho – 2. ed. - São Paulo: Ltr, 2006. p. 1024

“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, repouso 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...”⁹

Assim, dentre a existência de múltiplas formas de combater à insalubridade, as quais temos: remunerar o trabalho, proibir o trabalho, reduzir a jornada, proibir horas extras, conceder descanso ou férias mais longas, a legislação brasileira optou pela monetização do risco com a criação do adicional de insalubridade.

2.1.2 Fundamentação Legal

O artigo. 7º, inciso XXIII, da Lei Maior prevê o adicional de insalubridade como direito dos labutadores urbanos rurais. A interpretação e aplicação desses direitos devem ser orientadas por alguns princípios, dentre os quais, podem ser destacados: dignidade da pessoa humana; valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; valorização do trabalho humano e justiça social; e, o trabalho como base da ordem social.

Temos, então, que a regulamentação legal do adicional de insalubridade encontra-se nos artigos 189 e seguintes da Consolidação das Leis do Trabalho.

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.

Nesse sentido, podemos determinar então dois requisitos essenciais para a existência da insalubridade: (i) exposição a agentes nocivos à saúde do trabalhador; (ii) que essa exposição seja acima dos limites de tolerância fixados em razão da natureza e da intensidade do agente e do tempo de exposição.

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

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

⁹ OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. Estrutura normativa da Segurança e Saúde do Trabalhador no Brasil. Rev. Trib. Reg. Trab. 3ª Reg., Belo Horizonte. V. 45. n° 75, jan/jun 2007. p. 108

“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, gases, 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.”¹⁰

No Art. 190 da CLT temos a definição do Ministério do Trabalho como regulador das atividades insalubres, e quais os critérios usados para caracterizá-las.

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.

No referido dispositivo temos a menção a respeito da necessidade da inclusão da atividade insalubre no quadro de atividades insalubres elaborado pelo Ministério do Trabalho. Desse modo, ainda que determinada atividade exponha a saúde do empregado a um ou mais agentes insalubres, esta, só será considerada, legalmente, como insalubre, se constar do quadro de atividades e operações insalubres aprovados pelo MPT.

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 nº 460 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.

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)

¹⁰ BUCK, Regina Célia. Cumulatividade dos adicionais de insalubridade e periculosidade/Regina Célia Buck. - 2.ed. - São Paulo:LTr, 2015. p.72.

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 a percepção 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.

Ressaltando que ainda que o entendimento anterior do TST considerasse 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.

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.

2.1.3 A eliminação e neutralização dos agentes insalubres

Temos no Art. 191 da CLT as duas hipóteses em que ocorrerá a eliminação ou a neutralização dos agentes insalubres.

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.

Temos então enumeradas as possibilidades de neutralização e de eliminação da insalubridade, onde, 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.

Nesse caso podemos identificar que o inciso I, diz respeito à adequação do ambiente aos 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.

De acordo com a legislação a responsabilidade é do empregador para eliminar os agentes insalubres em que o empregado estiver exposto. Caso não seja possível a sua eliminação, o agente prejudicial deverá ser neutralizado.

Segundo o Art. 194 da CLT, ocorrendo a eliminação da insalubridade, o empregador fica desobrigado a pagar o adicional, ou seja, com a eliminação do agente insalubre, o recebimento do adicional cessa:

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.

Ao que diz respeito à neutralização da insalubridade, o agente insalubre não é extinto, mas sim atenuado, diminuído.

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.

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

De acordo com a redação da súmula 289 do TST fica claro 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.

Segundo a Norma Regulamentadora 6 (NR-6), todo empregador é obrigado a fornecer e promover a fiscalização de EPIs em perfeito estado de conservação e funcionamento a cada atividade, além de: (i) Oferecer orientação e treinamento sobre o uso adequado e conservação do EPI. (ii) Substituir imediatamente EPIs danificados ou extraviados. (iii) Assumir a responsabilidade pela higienização e manutenção do EPI. (iv) Comunicar irregularidades ao Ministério do Trabalho e Emprego.

De outra banda, ainda segundo a mesma Norma Regulamentadora, temos que obriga-se o empregado, quanto ao EPI a: (i) Usá-lo apenas para a finalidade a que se destina. (ii) Responsabilizar-se por sua guarda e conservação. (iii) Comunicar ao empregador qualquer alteração que o torne impróprio para uso. (iv) Cumprir as determinações do empregador e do Ministério do Trabalho.

2.1.4 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 temos:

“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.”¹¹

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

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.

Consequentemente, é plenamente possível o deferimento de adicional de insalubridade com base em agente insalubre diferente do apontado no pedido realizado pelo labutador com base no princípio da celeridade tão marcante no Processo do Trabalho.

Nesse sentido André Luiz Paes de Almeida esclarece o tema mais detalhadamente:

“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

¹¹ BUCK, Regina Célia. Cumulatividade dos adicionais de insalubridade e periculosidade/Regina Célia Buck. - 2.ed. - São Paulo:LTr, 2015, p.76.

insalubridade, mas em razão de outro fator, como cheiro excessivo, será devido o adicional.”¹²

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

2.1.5 Base de cálculo

Acerca do ponto, temos inúmeras 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) e posterior alteração (2003) era análoga, no sentido de utilização do salário-mínimo como base de cálculo.

Todavia, no ano de 2008, o Supremo Tribunal Federal, editou a Súmula Vinculante n° 4, 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:

Súmula n° 228 do TST. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. BASE DE CÁLCULO. A partir de 9 de maio de 2008, data da publicação da Súmula Vinculante n° 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 n° 6266, o Ministro do STF Gilmar Mendes, liminarmente, suspendeu a eficácia da Súmula 228 do TST, e impossibilitou a utilização do salário mínimo como base de cálculo 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

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

indevida da Súmula Vinculante n.4, porquanto permite a substituição do salário mínimo pelo salário básico no cálculo adicional de insalubridade sem base normativa."¹³

Com base na 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 à 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.¹⁴

José Cairo Júnior elucidada 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”.¹⁵

¹³ STF - Rcl: 6266 DF, Relator: Min. CÁRMEN LÚCIA, Data de Julgamento: 14/10/2008, Data de Publicação: DJe-208 DIVULG 03/11/2008 PUBLIC 04/11/2008.

¹⁴ 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

¹⁵ 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.

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

Nesta senda, 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.”¹⁶

“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 prequestionamento, incide o óbice da Súmula 297/TST. Recurso de Revista não conhecido.”¹⁷

Nesse sentido, torna-se necessário uma 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, devido à relevância e urgência da matéria.

2.2 Adicional de 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.

¹⁶ 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)

¹⁷ 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

O adicional está previsto no Art. 193 da CLT, e regulamentado pela NR-16 da portaria nº 3,214/78, onde a norma regulamentadora traz especificamente as atividades e operações perigosas.

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

I - inflamáveis, explosivos ou energia elétrica;

II - roubos ou outras espécies de violência física nas atividades profissionais de segurança pessoal ou patrimonial.

Com a leitura do inciso I do artigo supracitado, temos que são consideradas atividades perigosas aquelas que se caracterizam por contato permanente do empregado com inflamáveis, explosivos ou energia elétrica em condições de risco acentuado.

O termo “permanente” instiga uma discussão sobre o assunto, pois ao passo que na insalubridade o trabalhador encontra-se permanentemente em contato com agentes físicos, químicos e biológicos capazes de prejudicar sua saúde, na periculosidade não tem importância o 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 do trabalhador ou mutilá-lo.

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/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...”¹⁸

Nesta senda, podemos entender risco como uma ou mais condições de uma variável, com o potencial necessário para causar 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 há a existência da exposição do trabalhador a um risco que, eventualmente, poderá ocasionar grave sinistro.

¹⁸ 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.

2.2.2 Fundamentação Legal

O adicional de periculosidade está previsto no Inciso XXIII do Art. 7º da Carta Maior Brasileira. A periculosidade é visualizada como sendo um fato gerador de direito social fundamental, sendo esse conteúdo adicionado à Constituição somente no ano 2000 através de Emenda Constitucional.

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.

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. 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.

Acerca do ponto o TST se posicionou a respeito:

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 nºs 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 nº 496 do Ministério do Trabalho, o empregado faz jus ao adicional de insalubridade.

Mais recentemente, com a criação da Lei nº 12.997/2014, foi acrescentado o §4º ao artigo 193 da CLT, no qual as atividades desenvolvidas por trabalhadores em motocicletas passam a ser consideradas perigosas.

A Súmula nº 39 do TST garante o recebimento do adicional pelos labutadores que operam bomba de gasolina e a Súmula nº 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. Sendo assim, é necessário que a atividade esteja prevista na NR-16 da Portaria nº 3.214/78 e seja realizada na área de risco nela prevista.

Ademais, seja obrigatória a inclusão da atividade na NR 16 para o percebimento 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.”¹⁹

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

OJ n° 347. ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. SISTEMA ELÉTRICO DE POTÊNCIA. LEI Nº 7.369, DE 20.09.1985, REGULAMENTADA PELO DECRETO Nº 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.”

Temos que no 193 da CLT, a legislação utilizou a expressão “exposição permanente” com o sentido de labor diário com o risco. Nesta senda, 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.”

¹⁹ 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.

Temos então que, ao contrário da insalubridade, tem-se a impossibilidade de graduar a periculosidade através do tempo de labor na área periculosa, 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 infelicidade.

2.2.3 A eliminação e neutralização da periculosidade

A situação de periculosidade se caracteriza quando um funcionário está exposto ao risco, e diversamente do que acontece com a insalubridade, o simples uso de EPI's não é capaz de eliminar a periculosidade. Segundo 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 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.”²⁰

Nesse sentido, o objetivo do legislador ao determinar o pagamento do adicional de periculosidade não é o realizar a “compra do labutador” a fim de que o mesmo exponha sua vida ao risco do trabalho e sim, como um ônus ao empregador por não evitar que seus funcionários laborem em situação de risco.

A neutralização do risco não é suficiente para o não pagamento do adicional de periculosidade, é necessária a eliminação por completo do risco, portanto, para o adicional de periculosidade não ser devido, o labutador deve deixar de realizar suas atividades na área de periculosidade, ou o risco deve ser eliminado por completo do local.

2.2.4 Da perícia

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.

Apesar da previsão legal, o TST na Súmula 453, admitiu, que em juízo, é desnecessária a perícia quando o empregador já realizava o pagamento do adicional por liberalidade.

²⁰ GUIMARÃES. Cristina Lantmann. Cumulatividade dos adicionais de insalubridade e periculosidade. Rev. TRT18, Goiânia, ano 12, 2012. p.333.

“ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. PAGAMENTO ESPONTÂNEO. CARACTERIZAÇÃO DE FATO INCONTROVERSO. DESNECESSÁRIA A PERÍCIA DE QUE TRATA O ART. 195 DA CLT. (conversão da Orientação Jurisprudencial nº 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.”

Nesta senda, encontra-se evidenciada certa evolução, com a edição da Súmula supracitada, onde até mesmo em casos de revelia a perícia era 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.

2.2.5 Base de cálculo

O adicional de periculosidade incide em 30% (trinta por cento) sobre o salário base, sem os acréscimos resultantes de gratificações, prêmios ou participações nos lucros da empresa conforme artigo 193 da CLT.

Temos ainda o esclarecimento da Súmula 191 do TST, onde outros adicionais percebidos pelo obreiro não incidem no cálculo do adicional de periculosidade.

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.

Analisando o dispositivo acima identificamos uma exceção, no caso dos eletricitários, diferentemente dos outros trabalhadores, o cálculo do adicional deve ser feito utilizando-se a soma das parcelas de natureza salarial.

Mister salientar que a Súmula 132 do TST impede a integração do adicional de horas de sobreaviso, uma vez que não estando no local perigoso e sim em espera do chamado para laborar não resta caracterizada uma situação de risco.

3. A POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO DOS ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE

Os adicionais protetivos, conforme já explanado anteriormente, encontram-se dispostos no Inciso XXIII, do Art. 7º da CF/88 e regulamentados pela CLT no artigo 189 e seguintes.

Uma grande parte dos doutrinadores e operadores do Direito interpreta, ainda hoje, o artigo 193,§2º da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) de maneira equivocada, de maneira a impossibilitar a percepção dos adicionais de insalubridade e periculosidade simultaneamente afirmando que o dispositivo legal é claro no sentido de que é impossível a cumulação dos adicionais.

Nesse sentido, restando comprovado por meio de perícia à caracterização do fato gerador para os dois adicionais, o empregado deverá optar somente pelo que achar mais benéfico.

Acerca do ponto, Regina Célia Buck elucidada:

“A lei é que impede a cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade, por estrita observância da não-incidência de um adicional sobre outro, imputando ao trabalhador a opção, no caso de sua atividade achar-se caracterizado entre as duas hipóteses de proteção legal. Estando presentes as condições insalubres e condições perigosas no ambiente de trabalho obreiro, deve ser-lhe deferido a maior vantagem, evidenciando, em regra, que o adicional de periculosidade é financeiramente mais vantajoso e deve ser observado o princípio da regra mais benéfica.”²¹

Amparado no Princípio da Legalidade, é de que a lei prevê claramente que é proibida a cumulação dos adicionais, nos termos do § 2º do artigo 193 da CLT, e ainda no item 15.3 da NR-15 da portaria do Ministério do Trabalho nº 3.214/782.

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

I – inflamáveis, explosivos ou energia elétrica;

II - roubos ou outras espécies de violência física nas atividades profissionais de segurança pessoal ou patrimonial.

§ 1º - O trabalho em condições de periculosidade assegura ao empregado um adicional de 30% (trinta por cento) sobre o salário sem os acréscimos resultantes de gratificações, prêmios ou participações nos lucros da empresa.

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

§ 3º Serão descontados ou compensados do adicional outros da mesma natureza eventualmente já concedidos ao vigilante por meio de acordo coletivo.

²¹ BUCK, Regina Célia. Cumulatividade dos adicionais de insalubridade e periculosidade. São Paulo: LTr, 2001., p. 114.

15.3 No caso de incidência de mais de um fato de insalubridade, será apenas considerado o de grau mais elevado, para efeito de acréscimo salarial, sendo vedada a percepção cumulativa.

Além das vedações taxativas, o artigo 7º inciso XXIII da Constituição Federal, prevê quais adicionais serão concedidos, com a redação do conectivo “ou”, o que para a corrente majoritária, reflete implicitamente uma vedação para a hipótese de cumulação dos adicionais.

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;

É importante ressaltar, desde já, que atualmente, o posicionamento majoritário da doutrina e na jurisprudência, é pela impossibilidade de cumulação dos adicionais de periculosidade e insalubridade, como se vê nos julgados abaixo do TST:

RECURSO DE REVISTA. CUMULAÇÃO. ADICIONAL DE PERICULOSIDADE E DE INSALUBRIDADE. IMPOSSIBILIDADE. Não se vislumbra afronta direta e literal do art. 7.º, XXIII, da Constituição Federal, uma vez que o aludido dispositivo constitucional estabelece o direito aos adicionais de periculosidade, insalubridade -na forma da lei-. No caso, como escorreitamente decidido pelo Regional, é o disposto no § 2.º do art. 193. E o aludido dispositivo celetista veda a cumulação dos adicionais de periculosidade e insalubridade, podendo, no entanto, o empregado fazer a opção pelo que lhe for mais benéfico. Precedentes desta Corte no mesmo sentido. Recurso de Revista não conhecido.²²

RECURSO DE REVISTA. ADICIONAL DE PERICULOSIDADE E INSALUBRIDADE. CUMULAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. O § 2º do artigo 193 da CLT assegura ao empregado a possibilidade de optar, caso a função desempenhada seja concomitantemente insalubre e perigosa, pelo adicional que lhe seja mais vantajoso, a saber: o de periculosidade ou insalubridade. Assim, o egrégio Tribunal Regional, ao decidir pela possibilidade de cumulação dos dois adicionais, violou o artigo 193, § 2º, da CLT. Recurso de revista conhecido e provido.²³

A necessidade de escolha entre os adicionais surgiu com a lei n. 2573/55, 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”.

O ordenamento jurídico brasileiro acabou por adotar o sistema da monetização do risco das atividades insalubres e perigosas, mostrando uma distorção de valores, onde se

²² TST - RR: 1360003720095040751 136000-37.2009.5.04.0751, Relator: Maria de Assis Calsing, Data de Julgamento: 22/05/2013, 4ª Turma, Data de Publicação: DEJT 24/05/2013

²³ TST - RR: 13956020115120041 1395-60.2011.5.12.0041, Relator: Guilherme Augusto Caputo Bastos, Data de Julgamento: 15/05/2013, 5ª Turma, Data de Publicação: DEJT 24/05/2013

acaba por abrir mão da saúde e bem estar do trabalhador através de uma contraprestação pecuniária de valor irrisório muitas vezes.

De maneira cartesiana, tendo o trabalho em condições insalubres direito a percepção de um valor adicional “A” e o labor em ambiente perigoso o direito ao recebimento de um adicional de valor “B”, 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 trabalhadores expostos a apenas uma das condições capazes de ensejar dano à saúde do trabalhador e os laboradores expostos as duas condições maléficas.

Nesse sentido temos que, 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 descritos no rol da NR-15.

Conseqüentemente, é possível observar a falta de estímulo da legislação na função de que o empregador tome providências para neutralizar ou eliminar a insalubridade do ambiente de trabalho, caso ela exista, visto que não faz diferença alguma sua existência do ponto de vista do empregador pois este não necessita efetuar a contraprestação salarial sobre o adicional.

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.”²⁴

Em contrapartida do entendimento majoritário, Regina Célia Buck, defende a possibilidade do recebimento dos adicionais de forma simultânea:

“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

²⁴ 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

trabalhador está exposto, ou seja, dizem respeito a bens jurídicos diversos: saúde x vida.”²⁵

No trecho descrito, é defendida 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.

3.1 Dos Princípios

Por se tratar de princípio fundamental do direito do trabalho, o artigo 7º, caput, da Constituição Federal de 1988 é o ponto de partida para toda e qualquer criação legislativa e interpretação das normas: “São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem a melhoria de sua condição social:[...]”

Em que pese à norma reguladora dos direitos inerentes ao trabalhador possuir legislação específica, a Constituição Federal tem o condão de direcionar a interpretação da lei ordinária. Para isso, é regrada de princípios norteadores que possuem suma relevância para o ordenamento jurídico.

No que tange aos direitos sociais, os direitos trabalhistas são expostos no texto constitucional regados de princípios do Direito do Trabalho, com fulcro de reafirmar a preponderância dos fundamentos constitucionais da dignidade da pessoa humana e valores sociais do trabalho. Dentre os princípios norteadores do Direito do Trabalho, o princípio da proteção, que se desdobra em outros três, sendo eles: princípio da norma mais favorável, condição mais benéfica e in dubio pro operário, é considerado o mais importante entre eles. O princípio protetor, em suma, protege a figura do empregado por ser a parte mais fraca do contrato. Importa na garantia da preservação, ao longo do contrato, da forma mais vantajosa ao trabalhador.

Nesse contexto, o princípio da proteção, sob o condão de criar uma compensação da desigualdade existente no plano fático e econômico, nos demonstra que a empresa infelizmente só implementa melhorias aos seus empregados em razão de lei ou decisões judiciais desfavoráveis aos seus interesses. Deste modo, só há de se falar em proteção do trabalhador, quando seus direitos são reconhecidos e assegurados pelo Estado.

²⁵BUCK, Regina Célia. Cumulatividade dos adicionais de insalubridade e periculosidade/Regina Célia Buck. - 2.ed. - São Paulo:LTr, 2015, p.121.

Nesta senda, 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.

Com a interpretação literal do art. 193 da CLT, temos não só o desrespeito com o princípio da proteção como uma interpretação favorável ao empregador, visto que, o mesmo acaba por expor o trabalhador a determinadas condições, e o remunera referente a outras mais brandas.

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

Acerca do Ponto, 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).”²⁶

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.

3.2 Das Convenções da OIT

Por meio de disposição constitucional, o art. 5º, § 2º, 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.

Nesse sentido, a ratificação de uma Convenção resulta na 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.

²⁶ 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.

A norma da CLT que exige que o trabalhador opte por um dos adicionais se tornou inaplicável com ratificação pelo Brasil das convenções 148 e 155 da OIT, que têm status de norma constitucional "ou, pelo menos, supralegal", conforme a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

“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.

CONVENÇÃO Nº 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.”

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.

Nesse sentido, partindo do entendimento que no ordenamento jurídico brasileiro ocorre a monetarização do risco, onde o empregado repara a exposição do trabalhador aos riscos e agentes capazes de prejudicar a sua saúde com pecúnia, a ratificação das convenções nº148 e 155 da OIT tornaram incompatível o artigo 193, § 2º da CLT e possibilitaram a cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade.

Acerca do ponto, o Desembargador Raul Zoratto Sanvicente defende a tese aqui exposta:

“Estas normas tornaram incompatível o § 2º 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 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"²⁷

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.

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.”²⁸

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.

3.3 Da Jurisprudência

Exposto o fato de que a referida discussão levantada no presente trabalho detém posicionamentos diferenciados e divergentes tanto na doutrina quanto na jurisprudência, é relevante apresentar e explicar as jurisprudências mais recentes que qualificam a possibilidade de acumulação dos dois adicionais quando comprovado a concomitante presença de ambos no laboro, e também o lado jurisprudencial que desclassifica a possibilidade jurídica de cumulação dos respectivos adicionais.

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.

²⁷ BRASIL. TRIBUNAL REGIONAL DA QUARTA REGIÃO. Acórdão do processo 001043128.2013.5.04.0511 (RO) Data: 06/05/2015 Origem: 1ª Vara do Trabalho de Bento Gonçalves Órgão julgador: 6a. Turma Redator: Raul Zoratto Sanvicente

²⁸ 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, quando a perícia verifica o labor em área considerada de risco e a exposição a agentes listados na NR-15, resta ao obreiro optar pela mais vantajosa. Assim, decidiu a 4º 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. (...)”²⁹

Com base na jurisprudência acima colacionada, fica claro que o Tribunal entendeu pela existência das duas situações agravantes de labor e ao final concluiu por ser inviável a cumulação dos adicionais, cabendo à reclamante optar por aquele adicional que entendesse ser mais benéfico.

Nesse sentido, temos também a decisão da maioria dos tribunais do trabalho.

“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 acumulam.”³⁰

“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.”³¹

“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

²⁹ BRASIL. TRIBUNAL REGIONAL DA QUARTA REGIÃO. Acórdão - Processo 000038869.2014.5.04.0261 (RO) Data: 17/06/2015 Origem: Vara do Trabalho de Montenegro Órgão julgador: 4a. Turma Redator: João Pedro Silvestrin.

³⁰ 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

³¹ BRASIL. TRIBUNAL REGIONAL DA QUARTA REGIÃO. Acórdão - Processo 000012806.2013.5.04.0203 (RO) Data: 28/05/2015 Origem: 3ª Vara do Trabalho de Canoas Órgão julgador: 11a. Turma Redator: Ricardo Hofmeister De Almeida Martins Costa.

2º da CLT. O que, a contrário sensu veda a cumulação dos adicionais. Mantenho a sentença. Nego Provento.³²

Ainda no sentido proibicionista da cumulação, 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.”

Ainda que em proporções muito menores, os posicionamentos favoráveis à cumulação dos adicionais vêm 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 de o empregado optar pela percepção do adicional de insalubridade em detrimento ao de periculosidade.³³

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

³² 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

³³ BRASIL. TRIBUNAL REGIONAL DA SEGUNDA REGIÃO. Acórdão Nº:20150435511 Processo Nº:00002863420125020015 Ano:2015 Turma:8ª Data De Publicação: 25/05/2015.

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 supralegal, segundo interpretação do STF).”³⁴

É nítido, neste patamar que a jurisprudência se encontra em total divisão com relação à possibilidade ou não de cumulação dos respectivos adicionais, de um lado se encontra a posição de que a cumulação é algo impossível, pois fere diretamente a própria legislação. Do outro lado, a jurisprudência que defende a possibilidade jurídica de cumulação de ambos adicionais ao trabalhador, sustentando, que a não cumulação fere os princípios fundamentais e a própria legislação.

Acerca do ponto, O Tribunal Superior do Trabalho não possui posicionamento uniforme em relação ao tema, tendo indeferido pleitos de cumulação em sua maioria.

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.

³⁴ 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.)

4. CONCLUSÃO

Em consonância com tudo que foi exposto, resta claro que o pagamento dos adicionais é uma simples forma de monetizar o risco, ao passo de que, o objetivo central não é exterminar o trabalho que cause malefícios resultantes de insalubridade ou periculosidade, mais sim o compensar como de direito e amenizar os riscos e se for possível retirar o malefício ocasionado com medidas eficazes.

Com essa interpretação clara, a percepção cumulada dos adicionais torna-se questão crucial para a concretização do Princípio da dignidade humana, considerando-se que a saúde do trabalhador é um bem tão importante como sua vida, à possibilidade de cumulação dos adicionais não pode ser tratada com descaso. Fato extremamente relevante para o pagamento cumulativo dos adicionais, é que aumentando o custo operacional do empregador, deve servir de estímulo para investimento na melhoria do ambiente laboral, buscando assim afastar o agente agressivo. Afinal pergunta-se, por que razão o empregador investiria quantias vultosas na eliminação dos agentes agressivos ou na edificação de um ambiente, pagando ao trabalhador um adicional irrisório ou até mesmo não o pagando.

Ainda que se tenha por regra a vedação da cumulação dos adicionais segundo o artigo 193 §2º da Consolidação das Leis do Trabalho, onde o entendimento é de que uma vez sujeito o trabalhador simultaneamente a agentes insalubres e perigosos, deverá optar pela percepção do mais favorável. Embora o posicionamento do presente estudo seja contrário a monetização do risco e a consequente 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 legítima o descaso dos empregadores e desestimula a eliminação do risco e dos agentes insalubres.

Ficou demonstrado que a defesa pela cumulação dos referidos adicionais não se baseia como forma de monetizar o risco, mas, ao contrário, como maneira de forçar o empregador a buscar medidas que visem à melhoria das condições no meio ambiente laboral, considerando que a Lei Magna garante o direito ao trabalho em ambiente ecologicamente equilibrado, salubre e sem riscos e, em decorrência disso, à redução dos riscos inerentes ao trabalho.

O que se pretende com este trabalho, não é majorar o financeiro, mais sim a injustiça que ocorre com o trabalhador, que já é afetado por agentes agressivos, que claramente o prejudicam em sua saúde e higiene. Levando-se em conta a preocupação de que o adicional é uma forma que a legislação obteve para se compensar os prejuízos que advêm da exposição a esses agentes, a não cumulação é extremamente prejudicial ao obreiro, em vista que cada um dos agentes gravosos resulte em danos distintos. O fato gerador de cada um dos adicionais é distinto e autônomo, logo, o acréscimo financeiro também deveria sê-lo.

Portanto, com base no princípio da proteção, que estrutura todo o Direito do Trabalho, no Princípio basilar da Dignidade Humana, e de acordo com as garantias constitucionais e do entendimento da Organização Internacional do Trabalho resta-se comprovado que não há que se falar em vedação da cumulação dos adicionais.

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

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

_____. Decreto nº 1.254, de 29 de setembro de 1994. Promulga a Convenção nº 155. Da Organização Internacional do Trabalho, sobre Segurança e Saúde dos Trabalhadores e o Meio Ambiente do Trabalho. Disponível em: WWW.planalto.gov.br/civil_3/decreto/19901994/D1254.htm>

_____. Portaria MTE n.º 1.297, de 13 de agosto de 2014. NR 15 - ATIVIDADES E OPERAÇÕES INSALUBRES. Disponível em: <http://trabalho.gov.br/images/Documentos/SST/NR/NR15/NR15-ANEXO15.pdf>

_____. Portaria MTE n.º 05, de 07 de janeiro de 2015 NR 16 - ATIVIDADES E OPERAÇÕES PERIGOSAS. Disponível em: <http://trabalho.gov.br/images/Documentos/SST/NR/NR16.pdf>

_____. 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.

_____. 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).

_____. 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.

_____. TRIBUNAL REGIONAL DA QUARTA REGIÃO. Acórdão do processo 001043128.2013.5.04.0511 (RO) Data: 06/05/2015 Origem: 1ª Vara do Trabalho de Bento Gonçalves Órgão julgador: 6a. Turma Redator: Raul Zoratto Sanvicente.

_____. 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 REGIONAL DA QUARTA REGIÃO. Acórdão - Processo 000038869.2014.5.04.0261 (RO) Data: 17/06/2015 Origem: Vara do Trabalho de Montenegro Órgão julgador: 4a. Turma Redator: João Pedro Silvestrin.

_____. TRIBUNAL REGIONAL 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.

_____. TRIBUNAL REGIONAL DA QUARTA REGIÃO. Acórdão - Processo 000012806.2013.5.04.0203 (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 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.

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

_____. 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.).

_____. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. TST.SDI-1. OJ n° 278. Acesso em 10.Set.2015.

_____. TST - RR: 1360003720095040751 136000-37.2009.5.04.0751, Relator: Maria de Assis Calsing, Data de Julgamento: 22/05/2013, 4ª Turma, Data de Publicação: DEJT 24/05/2013.

_____. TST - RR: 13956020115120041 1395-60.2011.5.12.0041, Relator: Guilherme Augusto Caputo Bastos, Data de Julgamento: 15/05/2013, 5ª Turma, Data de Publicação: DEJT 24/05/2013.

_____. STF - Rcl: 6266 DF, Relator: Min. CÁRMEN LÚCIA, Data de Julgamento: 14/10/2008, Data de Publicação: DJe-208 DIVULG 03/11/2008 PUBLIC 04/11/2008.

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

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.

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

CARRION, Valentin. CLT Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho. 35. ed.São Paulo: Editora Saraiva,2010.

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

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

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.

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.

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

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.

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.

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.