



Instituto de Ensino Superior “Presidente Tancredo de Almeida Neves”

FERNANDA APARECIDA VIANINI PAULA

**(IM)POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO DO ADICIONAL
DE INSALUBRIDADE E DO ADICIONAL DE
PERICULOSIDADE**

São João del-Rei

2015

FERNANDA APARECIDA VIANINI PAULA

**(IM)POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO DO ADICIONAL
DE INSALUBRIDADE E DO ADICIONAL DE
PERICULOSIDADE**

Monografia apresentada ao curso de Direito do Instituto de Ensino Superior Presidente Tancredo de Almeida Neves – IPTAN – como requisito parcial à obtenção do título de graduado (a), sob a orientação do Prof. Esp. Fúlvio Jacwson Gomes.

São João del-Rei

2015

FERNANDA APARECIDA VIANINI PAULA

**(IM)POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO DO ADICIONAL
DE INSALUBRIDADE E DO ADICIONAL DE
PERICULOSIDADE**

Monografia apresentada ao curso de Direito do Instituto de Ensino Superior Presidente Tancredo de Almeida Neves – IPTAN – como requisito parcial à obtenção do título de graduado (a) em Direito.

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof. Esp. Fúlvio Jawson Gomes (Orientador)

Prof. Msc. Antônio Américo de Campos Júnior

Prof. Elke Mara Resende Netto Armando

Dedico este trabalho aos meus filhos: João Pedro, Maria Beatriz e Guilherme, meus pilares de sustentação. Sem eles, nada sou!

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao meu esposo Luiz Fernando e aos meus filhos: João Pedro e Guilherme pelo incentivo, paciência e cumplicidade.

Aos meus amigos: Francisco Lobato, Claudinei Nascimento, Nilo Lima, Thamara Silveira e Thaís Silveira pela atenção, disponibilidade e empenho na minha vida estudantil, principalmente no que tange aos arranjos da presente monografia.

À minha mãe, Eunice pelo exemplo insuperável de força e fé e ao meu irmão Rodrigo pela lealdade, principalmente nos momentos de maior angústia.

Ao meu pai, Maurício e à minha filha, Bia, que mesmo ausentes são constantes no meu pensamento e coração.

Ao meu orientador, Prof. Esp. Fúlvio Jacwson Gomes, por dividir comigo seus conhecimentos e conduzir-me à realização deste estudo, premiando-me com o domínio admirável do tema proposto.

E, a todos, que de uma forma especial, participaram da minha trajetória acadêmica e contribuíram à minha formação pessoal e profissional.

RESUMO

Este estudo tem como objetivo analisar a possibilidade, ou não, da cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade no contrato de trabalho, quando o trabalhador se vir exposto a ambos os agentes danosos à sua segurança e saúde no ambiente de trabalho. Veremos que a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), a doutrina e os entendimentos jurisprudenciais majoritários vedam a percepção cumulativa, pois entendem que o trabalhador tem o dever de escolher o adicional que lhe seja economicamente mais vantajoso. Todavia, a vedação colide com os princípios constitucionais cardeais, principalmente ao da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho, bem como aos princípios peculiares do Direito do Trabalho, especialmente o da proteção ao trabalhador. Neste contexto, se busca argumentos que justifiquem a cumulação, uma vez que se entende tratar de fatos geradores distintos e autônomos que não se confundem. A teoria das lacunas ontológicas e axiológicas e as normas legislativas pátria conjuntamente às convenções e tratados internacionais, principalmente no que diz respeito às Convenções nº148 e nº 155 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) consubstanciam uma nova orientação a respeito da cumulação, ainda que agrave a situação econômica do empregador. Percebemos que ainda que incipiente, já existe em nosso ordenamento jurídico a possibilidade da percepção cumulativa dos adicionais de insalubridade e periculosidade.

PALAVRAS-CHAVE: Direito do Trabalho; Insalubridade; Periculosidade; Cumulação.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1. NOÇÕES PRELIMINARES DO DIREITO DO TRABALHO	10
1.1 Panorama histórico mundial do Direito do Trabalho.....	11
1.1.1 Evolução do Direito do Trabalho no Brasil	20
2. ADICIONAIS DEVIDOS AO TRABALHADOR	27
2.1 Adicional de insalubridade.....	30
2.2 Adicional de periculosidade	41
3. A (IM)POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO DOS ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE	46
3.1 Argumentos contrários à cumulação dos adicionais	47
3.2 Argumentos a favor da cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade	51
3.2.1 A supremacia da Constituição Federal.....	52
3.2.2 Os princípios constitucionais.....	54
3.2.3 Os princípios específicos do Direito do Trabalho	59
3.2.4 Fatos geradores distintos.....	61
3.2.5 Lacunas ontológicas e axiológicas.....	64
3.2.6 As convenções 148 e 155 da Organização Internacional do Trabalho – OIT	65
3.2.7 Projeto de Lei.....	68
3.2.8 Julgados	69
CONSIDERAÇÕES FINAIS	76
REFERÊNCIAS	79

INTRODUÇÃO

O trabalhador que labora em condição mais gravosa tem direito a perceber um adicional compulsório, como indenização pelos danos sofridos. O adicional de insalubridade é devido ao obreiro que exerce suas atividades em exposição a agentes nocivos, acima da tolerância, que podem causar danos à sua saúde. E o adicional de periculosidade é a percepção que o empregado faz jus toda vez que labora em situação de risco de vida ou de sua integridade física.

Os referidos adicionais foram criados com a intenção de encarecer a mão de obra e com isso, estimular o empregador a oferecer aos seus subordinados um meio ambiente laboral equilibrado, saudável, seguro e livre de infortúnios.

A realidade apresentada é diferente da intenção almejada, uma vez que, o que acontece é um investimento cada vez maior, pelo empregador, pela monetização do risco, que para ele é de inexpressível valor.

Há situações em que o empregado, no exercício de suas funções, o faz sob a incidência de agentes insalubre e perigoso concomitantemente, e tem pela Consolidação das Leis Trabalhistas – CLT, de acordo com o § 2º do art. 193, o dever de optar por receber como pagamento apenas um dos adicionais, por aquele que lhe seja mais vantajoso, pois esta veda a percepção cumulativa daqueles.

A não possibilidade da cumulação dos adicionais é bastante prejudicial ao trabalhador, pois ele incorre em danos a bens distintos. Quando exposto a agente insalubre, tem sua saúde agravada, e quando exposto à agente perigoso, ele tem em risco sua vida ou incolumidade física. São sequelas diferentes, pois se tratam de fatores geradores distintos, autônomos e que não se confundem, devendo suas parcelas ser pagas cumulativamente. A percepção cumulativa não caracteriza *bis in idem*, porque não se trata de pagamento em dobro do mesmo agente, e sim de pagamento por exposição a agentes agressivos diversos.

Tendo como pano de fundo a interpretação dada ao referido dispositivo celetista, por si bastante divergente, a presente monografia tem o condão de analisar os diversos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais controvertidos acerca da matéria.

O *corpus* de análise escolhido trata de tema atual, pois apesar de minoria, as decisões recentes dos Tribunais Regionais do Trabalho (TRT) e do Tribunal Superior do Trabalho (TST) têm sido tendentes à possibilidade da cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade, contrariando a regra geral.

Inserindo-se na vertente teórico-metodológica denominada como jurídico-dogmática, a presente monografia irá buscar a interação de elementos internos do ordenamento jurídico. Procurará justificar a possibilidade da cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade, expondo sua importância como forma de preservar a saúde e integridade física do trabalhador, buscando, para isto, eliminar, neutralizar ou diminuir os fatores de risco e de nocividade à sua saúde. Empregará o método de pesquisa bibliográfica, utilizando como *corpus* metodológico fontes primárias, tais como a jurisprudência e fontes secundárias diretas, quais sejam, legislações, doutrina, artigos científicos e obras de Direito.

A fundamentação utilizada pela corrente majoritária, que defende a impossibilidade da cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade, é baseada no Princípio da Legalidade, como requisito para a aplicação da norma.

A corrente minoritária, porém em crescimento, reúne doutrinadores e magistrados, pela possibilidade de cumular os adicionais, se justifica em destacar o papel das outras normas constitucionais, como os tratados e convenções internacionais da Organização Internacional do Trabalho (OIT), ratificados pelo Brasil, que anseiam pela dignidade do trabalhador, buscando melhorias em sua saúde e proteção no ambiente laboral.

Neste contexto, a fim de analisar os argumentos favoráveis e desfavoráveis à possibilidade de cumulação dos adicionais de insalubridade e de periculosidade, este trabalho se subdividirá em três capítulos.

No primeiro capítulo buscar-se-á traçar um breve relato da origem e evolução histórica do Direito do Trabalho no mundo e especialmente no Brasil.

Esta pesquisa terá a intenção de apresentar os fatores econômicos, políticos e sociais que levaram a formação desse ramo da ciência jurídica, bem como analisar as condições do trabalho na história. Retratará o surgimento das primeiras leis trabalhistas, bem como as primeiras noções de cuidados voltados à proteção do empregado e sua saúde e, conseqüentemente, a implantação das parcelas suplementares, conhecidas como adicionais de insalubridade e periculosidade.

No segundo capítulo apresentar-se-á uma noção geral acerca dos adicionais de insalubridade e de periculosidade, apontando seus destinatários, natureza, conceitos, características, percentagens e base de cálculos, possibilidade de eliminação, neutralização ou diminuição. Também serão abordadas algumas medidas preventivas, como o uso de equipamento de proteção individual (EPI).

Por fim, no terceiro capítulo a ênfase incidirá de forma mais detalhada à grande questão do tema principal deste trabalho: a (im)possibilidade da cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade. Será abordada a controvertida disposição trazida pela Consolidação das Leis Trabalhistas, através do artigo 193, § 2º, que veda a percepção cumulativa dos adicionais de insalubridade e periculosidade, imputando ao trabalhador o dever de optar por apenas um dos adicionais quando ele labora sob a incidência de ambos. Primeiramente será difundido o entendimento da corrente majoritária, que defende o aludido dispositivo celetista, se baseando pelo Princípio da Legalidade. Posteriormente, serão apresentados os argumentos favoráveis à possibilidade de cumulação dos aludidos adicionais, por meio de demonstração da supremacia da Constituição Federal frente às normas hierarquicamente inferiores, os princípios cardeais desta e os peculiares do Direito do Trabalho e as Convenções nº 148 e nº 155 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), ratificadas pelo Brasil. Exibir-se-á, ainda, uma breve explanação à respeito da teoria das lacunas ontológicas e axiológicas, o Projeto de Lei nº 4.983/2013 que tramita na Câmara dos Deputados e um crescente entendimento jurisprudencial a favorecer a tese da cumulação.

1. NOÇÕES PRELIMINARES DO DIREITO DO TRABALHO

Para tratarmos do Direito do Trabalho, faz-se necessário um breve relato de sua origem, bem como de sua evolução, ressaltando, sobretudo, os aspectos políticos e econômicos que influenciam essa trajetória histórica. Aliás, a análise de qualquer ramo do Direito implicará sempre num exame, ainda que sucinto, dessa realidade histórico-cultural vinculada aos seus erros e acertos obtidos no transcurso do tempo.

Ao analisar o que pode acontecer no futuro, é preciso estudar e compreender o passado, estudando o que aconteceu no curso do tempo, Heráclito já dizia: “o homem que volta a banhar-se no mesmo rio, nem o rio é o mesmo rio nem o homem é o mesmo homem”. Isso ocorre porque o tempo passa e as coisas não são exatamente iguais ao que eram, mas precisam ser estudadas para se compreender o futuro. Para fazer um estudo sobre o que pode acontecer no futuro é necessário não perder de vista o passado. Não se pode romper com o passado, desprezando-o. (MARTINS, 2014, p.3).

Ao examinarmos o passado, entendemos melhor os problemas atuais. Este ramo do Direito, o Direito do Trabalho, é marcado pelo dinamismo, uma vez que se relaciona diretamente com questões econômicas e sociais. Tendo desta forma freqüentes mudanças.

Segundo Delgado (2013, p. 81):

[...] a pesquisa e reflexão sobre um fenômeno social não se esgota no momento de sua criação, de sua origem, tendo de incorporar as vicissitudes de sua reprodução social. Enquanto processo, o fenômeno determina-se não somente por sua origem, mas também em função de reprodução ao longo da história.

Portanto, à luz desse pensamento, o primeiro capítulo se propõe a tratar da origem histórica e do desenvolvimento do Direito do Trabalho, tanto em âmbito mundial quanto no Brasil.

1.1 Panorama histórico mundial do Direito do Trabalho

O Direito do Trabalho advém da sociedade industrial e do trabalho assalariado, a partir do momento em que a mão de obra se impõe como algo essencial para a evolução social, tornando-se, assim, primordial para a longevidade dessa evolução, a criação de uma legislação específica, para a sua proteção.

A existência de tal ramo especializado do Direito supõe a presença de elementos socioeconômicos, políticos e culturais que somente despontaram, de forma significativa e conjugada, com o advento e evolução capitalistas. (DELAGADO, 2013, p.79).

A linha cultural da igreja católica prega que o primeiro homem a trabalhar, de fato, para garantir sua subsistência foi Adão, em virtude de ter comido o fruto proibido, conforme narrativa do capítulo terceiro do livro do Gênesis. Portanto, desde então, o trabalho é concebido como fim punitivo. A realização da atividade laboral tem a função de punir essa desobediência original que se comunica a todos os homens. Ainda no âmbito desse entendimento, preconiza renomado autor que:

Trabalho vem do latim *tripalium*, que era uma espécie de instrumento de tortura de três paus ou uma canga que pesava sobre os animais. Era um instrumento usado pelos agricultores para bater, rasgar e esfiapar o trigo, espiga de milho e o linho (MARTINS, 2014, p.4).

Para entender melhor a evolução do Direito do Trabalho, oferece-se, aqui, uma divisão dos acontecimentos em três fases: Sociedade Pré-Industrial, Sociedade Industrial e Trabalho Assalariado e Sociedade Pós-Industrial.

A Sociedade Pré-Industrial foi predominantemente marcada pelo sentido pejorativo do trabalho, considerado como algo degradante, constituído somente pela força física, não carecendo de inteligência e muito menos de realização pessoal. Era usado também como castigo.

À época da escravidão, em que o trabalhador escravo era comparado a uma coisa, um objeto, uma propriedade de seu dono. Pela sua condição, não

era considerado um sujeito de direito, muito menos de direitos trabalhistas. Na verdade o único direito que possuía era o de trabalhar.

Em muito pouco se contrapõe à servidão. Característica do sistema feudal, no qual o trabalhador recebia proteção militar e política de seus senhores, os donos das terras, e a concessão de utilizar as mesmas para o plantio e, em troca, lhes dava parte da sua produção rural. Os trabalhadores não eram livres, pois estavam obrigados a trabalhar e produzir nessas terras. O regime de trabalho era servil, em que os servos constituíam a mão-de-obra típica do sistema. Eles estavam presos à terra que cultivavam, sendo-lhes proibido abandoná-la. Mas, embora privados de liberdade, não poderiam ser considerados escravos, pois tinham alguns direitos e recebiam proteção de seus senhores. Em troca, deviam-lhes diversas obrigações. Segundo Nascimento (2001, p. 37) eram “camponeses presos às glebas que cultivavam, pesava-lhes a obrigação de entregar parte da produção rural como preço pela fixação na terra e pela defesa que recebiam”.

Ainda na Idade Média, surge uma pequena transformação nas relações de trabalho com o surgimento das Corporações de Ofício. Dava-se uma “maior” liberdade ao trabalhador, sendo que a proteção dada a ele era muito menor que os interesses das corporações. Nessa sociedade, havia três categorias de membros: os mestres, os companheiros e os aprendizes. Os mestres eram os donos das oficinas de artesãos. Os companheiros eram trabalhadores livres que recebiam salários. E os aprendizes só aprendiam o ofício ou profissão. Essas corporações se caracterizavam por sua estrutura hierárquica, pela sua capacidade produtiva e pela técnica de produção.

E, finalmente, na sociedade pré-industrial se encontrava outro tipo de relação de trabalho, a locação de serviços. Importante se faz saber que nessa, a obrigação de fazer, de prestar o serviço de prazo determinado, é condicionada à remuneração. “Essa relação de trabalho é tida como precedente da relação de emprego moderna, objeto do direito do trabalho” (NASCIMENTO, 2001, p. 38).

O fenômeno jurídico do Direito do Trabalho surge, propriamente, na Sociedade Industrial e o Trabalho Assalariado. Foram aspectos como a economia, a política, a necessidade de uma legislação para reger a relação de trabalho e a ideia de justiça social que desencadearam esse fenômeno.

Segundo Delgado (2013, p. 84):

O Direito do Trabalho surge da combinação de um conjunto de fatores, os quais podem ser classificados em três grupos específicos: fatores econômicos, fatores sociais, fatores políticos.

Ainda, nessa mesma linha, ressalta o autor que:

Evidentemente que nenhum deles atua de modo isolado, já que não se compreendem sem o concurso de outros fatores convergentes. Muito menos têm eles caráter estritamente singular, já que comportam dimensões e reflexos diferenciados em sua própria configuração interna (...). Entretanto, respeitadas essas limitações, a classificação sugerida mantém-se válida e funcional, por permitir uma visão abrangente do conjunto do processo de construção e consolidação do ramo justralhista. (DELEGADO, 2013, p.85).

Contudo, a principal causa econômica que verificamos foi a Revolução Industrial do século XVIII. Ocasão do surgimento da máquina de vapor como fonte de energia e de sua aplicação nos meios de transportes e nas fábricas.

A Revolução Industrial acabou transformando o trabalho em emprego. Os trabalhadores, de maneira geral, passaram a trabalhar por salários. Com a mudança, houve uma nova cultura a ser aprendida e uma antiga a ser desconsiderada. (MARTINS, 2014, p. 6).

Com o desenvolvimento das fábricas e dos comércios, substituiu-se o trabalho servil e corporativo pelo trabalho assalariado em larga escala. Do mesmo modo que os produtos das corporações foram substituídos pelos das linhas de produções.

Para alimentar a máquina a vapor, fazia-se necessária a instalação das fábricas junto às minas de carvão, como ocorria na Inglaterra. O trabalho nas minas de carvão era abusivo. Os trabalhadores eram expostos a um ambiente escuro, frio, insalubre e tendente a incêndios, explosões, intoxicação por gases, inundações e desmoronamentos, e em troca recebiam baixos salários e alta carga horária de trabalho.

Ocorriam muitos acidentes de trabalho, além de várias doenças decorrentes dos gases, da poeira, do trabalho em local encharcado, principalmente a tuberculose, a asma e a pneumonia. Trabalhavam direta ou indiretamente nas minas praticamente toda a família, o pai, a mulher, os filhos, os filhos dos filhos, etc. Eram feitos contratos verbais vitalícios ou então enquanto o trabalhador pudesse prestar serviços, implicando verdadeira servidão. Certos trabalhadores eram comprados e vendidos com seus filhos. Os trabalhadores ficavam sujeitos a multas, que absorviam seu salário. (MARTINS, 2014, p.7).

Os abusos eram gritantes, a ponto de se exigir das mulheres e crianças jornada de 16 horas ininterruptas e pagamento em valor da metade ou até inferior ao dos homens, por serem consideradas como meia força.

Fazia-se necessária intervenção estatal, com a intenção de melhorar as condições de trabalho e promover o bem estar social. Pretendia-se proteger o trabalhador que fazia parte dessa relação trabalhista, de maneira tão desigual, constituindo a parte hipossuficiente, econômica e jurídica dessa relação. Temos que:

A legislação do trabalho deve assegurar superioridade jurídica ao empregado em razão da sua inferioridade econômica. A lei passa a estabelecer normas mínimas sobre condições de trabalho, que devem ser respeitadas pelo empregador. (FOLCH, *apud* MARTINS, 2014, p.7).

Assim, constituindo o principal fator político, o Estado, a partir desse momento, passou a intervir e regular as formas de trabalho, transformando-se do total liberalismo a um pré-keynesianismo (Estado de bem estar social). A independência, que se tinha antes frente ao trabalhador, é interrompida quando o Estado intervém. O Estado assume responsabilidade frente à ordem trabalhista de natureza pública, porém, ainda dá liberdade contratual nas relações trabalhistas de pessoas jurídicas de direito privado. O Estado atuava para manter a ordem pública, pois o desemprego tinha aumentado muito por conta do desenvolvimento tecnológico da época. A procura era maior que a oferta, e assim aqueles que conseguiam um emprego, aceitavam-no em condições de inferioridade. Trabalhavam em jornadas diárias extensas por salários ínfimos, sem descanso ou férias, sujeitos a todas as condições impostas pelos empregadores.

Segundo Delgado (2013, p. 86), do ponto de vista político, os fatores principais a se considerar para o surgimento do Direito do Trabalho foram as ações gestadas e desenvolvidas no plano da sociedade civil e do Estado.

No plano da sociedade civil, tem fundamental relevância a descoberta, pelos trabalhadores, da ação coletiva (em vez da simples ação individual) como instrumento de atuação, quer no âmbito político (perante o Estado, principalmente), quer no âmbito essencialmente profissional (perante o empregador ou empregadores, portanto). Em seguida, o aperfeiçoamento dessa estratégia coletiva de ação, mediante a formação e consolidação de organizações coletivas de trabalhadores, seja sindicais, seja mais nitidamente políticas. Por fim, como síntese de todo o processo, o surgimento de movimentos claramente políticos, com forte participação obreira, de que são exemplos marcantes o associacionismo sindical nacional e internacional, o socialismo, o comunismo. E inúmeras outras formas de atuação coletiva e política com substantiva participação de trabalhadores, de que seriam também exemplos o trabalhismo, na Inglaterra, e o reformismo cristão, em diversos países europeus.

Como aspectos jurídicos, temos o surgimento do sindicalismo, onde os trabalhadores se uniam, a fim de pleitear interesses que os protegessem. Os interesses eram os de contratação, que se dividia em dois âmbitos, a saber: 1) o coletivo, com as convenções coletivas de trabalho; e 2) o individual, com a ideia de contrato de trabalho.

Por fim, o objetivo era buscar uma legislação específica, a fim de favorecer a dignidade do trabalhador, coibir os abusos do empregador, exterminar as jornadas diárias excessivas, os salários vis, a exploração de menores e mulheres e enfatizar a prevenção diante dos acidentes de trabalho e riscos sociais, como a doença e o desemprego.

Com a Revolução Industrial, o trabalho passou a ser visto como uma mercadoria, que era paga. O proletariado vendia sua força de trabalho, e como a concentração de renda era exorbitante, a maioria da população se contentava com as condições fornecidas.

É a partir da Primavera dos Povos, com os movimentos dos operários do século XIX, que surge a preocupação com a segurança do trabalho. Até então, o número de acidentes era imenso, ocorriam muitas mortes por inalação de componentes químicos e até por algodão nas fábricas têxteis.

Esse cuidado com relação ao trabalhador se estende para uma visão mais ampla que abrange não apenas o aspecto da saúde específica do trabalhador, mas de melhorias de condições do ambiente em que exerce seu trabalho. Aprofunda-se, assim, tanto a medicina do trabalho quanto o Direito do Trabalho, a fim de garantir segurança ao trabalhador no exercício de sua função.

Entende-se ser pertinente a esse estudo a abordagem sucinta da trajetória histórica desse esforço por maior segurança, tanto do trabalhador quanto da melhoria do ambiente em que ele exerce o seu serviço.

Primeiramente, pensando em termos internacionais, que inspiram e suscitam empreendimentos semelhantes no Brasil, podemos destacar o aparecimento do chamado *factoryact*, em 1883, na Inglaterra, que, na verdade, tem origem, também, em trabalhos promulgados desde 1802, tanto na Inglaterra quanto na França.

O consenso desses primeiros textos resulta na primeira legislação trabalhista, de aspecto protecionista, cujo foco se dá em dois aspectos: proibição do trabalho noturno e a proibição de trabalho para menores de 18 anos. Marca-se a preocupação com a saúde do trabalhador ao vedar o trabalho em horário que deveria ser destinado ao descanso, assim como evita-se o abuso de crianças e adolescentes, evitando que sua mão de obra fosse usada de maneira desleal, visando apenas baratear o processo produtivo.

Em seguida, 1884, tanto a Itália quanto a França, no âmbito das garantias concedidas pela Inglaterra aos trabalhadores ingleses, assegura também aos seus trabalhadores semelhantes conquistas, corroborando a tendência mundial pelo trabalho exercido de modo a garantir a integridade dos trabalhadores.

A Alemanha, em 1869, por sua vez, promulga a ordenação industrial, em que impõe a obrigação de uso de equipamento de segurança nos ambientes de trabalho, visando ampliar a proteção aos trabalhadores, em geral. Nesse documento, proíbem-se “greves e coalizões operárias, mas oferece em troca seguro social obrigatório (enfermidades, acidentes, velhice e invalidez)” (MORAES FILHO; MORAES 2014, p. 70). No ano de 1890, o país proíbe, também, o trabalho extraturno de menores e da mulher, além do trabalho insalubre para ambos.

Nesse íterim, fora amplamente semeada a ideia de justiça social como reação à questão social. As fontes de pensamento que defenderam essa ideia foram a doutrina social da Igreja Católica, por meio das Encíclicas, como *Rerum Novarum* (1891)¹, que iniciou uma linha desenvolvida até os dias atuais, e *Laborem Exercens* (1981)².

E ainda, fazendo-se necessário destacar o papel desempenhado por Marx e Engels, que difundiram a união dos trabalhadores, para a construção de uma ditadura do proletariado, supressiva do capital, visando uma futura sociedade comunista.

Surge, no final da Primeira Grande Guerra Mundial, o movimento no sentido de incluir as leis trabalhistas nas Constituições de alguns países. Esse movimento era conhecido como constitucionalismo social. Buscava-se incluir preceitos de defesa social da pessoa, de garantias fundamentais, bem como normas de interesse social, ou seja, do Direito do Trabalho.

Ainda não previstas pelas Constituições, as leis de matéria trabalhista, tinham natureza ordinária. Seu principal objetivo foi coibir a exploração de menores e mulheres, que eram reiteradamente abusadas nas jornadas trabalhistas.

A primeira Constituição a dispor sobre o Direito do Trabalho foi a do México de 1917. O artigo 123 instituiu a jornada de 8 horas diárias, a jornada máxima noturna de 7 horas, proibiu menor de 12 anos a trabalhar, limitou a jornada para 6 horas aos menores de 16 anos, bem como descanso semanal, proteção à maternidade, o direito ao salário mínimo, igualdade salarial,

¹ A Encíclica *Rerum Novarum* (“Das Coisas Novas”) foi escrita pelo Papa Leão XIII e inaugurada em 15 de maio de 1891. Através deste documento a Igreja buscava discutir as relações entre o governo, os negócios e o trabalho. Intentava pela justiça social, apoiando a formação dos sindicatos pelos trabalhadores, porém, defendia a propriedade privada e repudiava o socialismo. Recomendava uma melhor distribuição de riqueza, a intervenção do Estado na economia em favor dos necessitados e a benevolência do patronato à classe operária. Ficou conhecida como a “Carta Magna” do “Magistério Social da Igreja” e o pilar fundamental da Doutrina Social da Igreja.

² A Encíclica *Laborem Exercens* foi escrita pelo Papa João Paulo II e inaugurada em 15 de setembro de 1981. Complementa e atualiza os fundamentos da Encíclica *Rerum Novarum*. Versa sobre o trabalho humano, dotado de espiritualidade, distinguindo o homem das demais criaturas. Preceitua que o trabalho deve engrandecer o homem dignamente como pessoa. Trata dos direitos das mulheres que trabalham, dos emigrantes, camponeses, deficientes, o direito de associação em sindicatos, fundo de subsistência aos desempregados, direito à greve, ao salário família, à aposentadoria, dentre outros.

proteção contra acidentes de trabalho, direito de sindicalização, de greve, de conciliação e arbitragem dos conflitos, de indenização de dispensa e de seguros sociais.

A segunda Constituição a se voltar ao Direito do Trabalho foi da Alemanha, de 1919, conhecida como de Weimar. Foi tida como a base das democracias sociais, uma vez que disciplinava a participação dos trabalhadores nas empresas, a criação de um direito unitário do trabalho, a liberdade de condições de trabalho, o direito a um sistema de seguros sociais, o direito de colaboração dos trabalhadores com os empregadores na fixação dos salários e demais condições de trabalho, bem como a representação dos trabalhadores na empresa.

Após a edição dessas duas Constituições, consideradas até como um marco em relação aos direitos sociais, o trabalho ganha consistência por meio de uma ciência jurídica autônoma, tanto no cenário internacional quanto nacional.

É em 1919, que a OIT – Organização Internacional do Trabalho – é criada pelo Tratado de Versalhes, com a intenção de regular as relações entre empregadores e empregados, promove convenções sobre proteção à saúde física e à integridade do empregado, num claro interesse não apenas pelo labor, pelo lucro que o trabalho proporciona, mas, sobretudo visando garantir condições melhores de trabalho e ampliação da saúde do trabalhador.

Em 1927, surge na Itália a *Carta Del Lavoro*, que foi a base dos sistemas políticos corporativistas, não só da Itália, mas da Espanha, Portugal e Brasil, tendo como princípio a intervenção do Estado na ordem econômica, o controle do Direito Coletivo do Trabalho e, em contrapartida, a concessão por lei de direitos trabalhistas. O lema da *Carta Del Lavoro* ao proclamar, como dizia Mussolini à época: “tudo dentro do Estado, nada fora do Estado, nada contra o Estado” (NASCIMENTO, 2001, p.41), é por si suficiente para dar a ideia de corporativismo.

Segundo Martins (2014, p. 9), tratava-se de um “sistema corporativista-facista” que visava organizar a economia em torno do Estado, impondo regras a todas as pessoas, pois promovia o interesse nacional.

Esse sistema tinha como diretrizes básicas o nacionalismo, a necessidade de organização, a pacificação social e a harmonia entre o capital e o trabalho. A estrutura do sistema era: sindicato único, reconhecido pelo Estado.

Ressaltando que os sindicatos eram privados de autonomia e de liberdade de organização e de ação, formalizando a falsa ideia de corporativismo.

Se, de um lado, a forte presença estatal promoveu a tutela dos assalariados, através de ampla legislação de fundo paternalista, por outro lado, com o dirigismo exercido sobre o movimento sindical, o Estado prejudicou o desenvolvimento sindical (NASCIMENTO, 2001, p.41).

Frisa-se, ainda, que certas semelhanças que Nascimento (2001, p. 42) encontra nos primórdios dos direitos trabalhistas, o período pós-industrial vai além da busca pela proteção, visto que:

No período contemporâneo, também chamado de sociedade pós-industrial, o direito do trabalho, embora mantendo os seus objetivos iniciais de tutela do trabalhador, passou a desempenhar, também, uma função coordenadora dos interesses do capital e o trabalho. As leis trabalhistas de defesa dos interesses dos assalariados passaram a conviver com outras normas destinadas a solucionar questões de épocas de crise. É o caso da estabilidade no emprego, cujo rigor foi abrandado.

À época, portanto, percebe-se que o Direito do Trabalho em si deixa de ter apenas o seu objetivo inicial, o de subsistência num todo, e passa desempenhar um papel basilar de interesse capitalista.

Isso é o reflexo da nova teoria que vinha surgindo, em que havia a necessidade de separação entre o econômico e o social, pois, preconizava-se um Estado neoliberalista, que interviesse o mínimo possível nas relações entre as pessoas.

Em 1950, a OIT, juntamente à Organização Mundial de Saúde – OMS tratou de aprovar uma resolução que estabelecia as funções da medicina do trabalho, como promover o bem estar físico e mental do trabalhador e proteger os danos ocasionados à sua saúde.

Importa, por fim, frisar que a sociedade pós-industrial teve, como finalidade única, o deslocamento do processo de produção da indústria para outros setores do estado. Promovendo, assim, uma evolução mais efetiva e descentralizada, que será nominada de Revolução Tecnológica, cuja primazia está em produzir mais e melhor, enfatizando a informatização, a robótica, a redução da demanda.

1.1.1 Evolução do Direito do Trabalho no Brasil

O Brasil possui imensa área territorial, composto por regiões em diferentes estágios de desenvolvimento econômico. Devido a sua recente história e à natureza de suas primeiras atividades econômicas, não pugnou com as questões trabalhistas como os países europeus. Sendo assim, não apresenta as mesmas características de formação do Direito do Trabalho de outros países.

Em país de formação colonial, de economia essencialmente agrícola, com um sistema econômico construído em torno da relação escravista de trabalho – como o Brasil até fins do século XIX -, não cabe se pesquisar a existência desse novo ramo jurídico enquanto não consolidadas as premissas mínimas para a afirmação socioeconômica da categoria básica do ramo justrabalhista, a relação de emprego (DELGADO, 2013, p.101).

Tem-se que as Constituições brasileiras a princípio regiam sobre o sistema de governo e, só posteriormente, como a Constituição atual, passa-se a tratar de todos os ramos do Direito, em especial, do Direito do Trabalho. A formação desse ramo da ciência jurídica no Brasil se deve tanto a fatores externos quanto internos.

As transformações ocorridas na Europa, a crescente elaboração legislativa de proteção ao trabalhador em diversos países e o compromisso internacional assumido por nosso país ao ingressar na Organização Internacional do Trabalho – OIT, foram influências externas decisivas.

Por sua vez, os fatores internos mais influentes foram: a presença de imigrantes dotados de forte influência anarquista, propiciando inúmeras greves em fins de 1800 e início de 1900, o crescimento desenfreado do setor

industrial, efeito da Primeira Grande Guerra Mundial e a política trabalhista de Getúlio Vargas em 1930.

Pode-se dividir a história jurídica do trabalho no Brasil em uma fase pré-histórica e duas históricas.

A primeira fase, a pré-histórica, começa com o nosso descobrimento, prorrogando-se até a abolição da escravatura em 1888. A Constituição de 1824 apenas tratou de abolir as corporações de ofício. O trabalho escravo, bem como a economia do tipo rural, impediam efetivamente qualquer condição viabilizadora do desenvolvimento de legislação específica

Segundo Delgado,

Embora a Lei Áurea não tenha, obviamente, qualquer caráter just trabalhista, ela pode ser tomada, em certo sentido, como o marco inicial de referência da história do Direito do Trabalho brasileiro. É que ela cumpriu papel relevante na reunião de pressupostos à configuração desse novo ramo jurídico especializado. De fato, constituiu diploma que tanto eliminou da ordem sociojurídica relação de produção incompatível com o ramo just trabalhista (a escravidão), como, em consequência, estimulou a incorporação pela prática social da fórmula então revolucionária de utilização da força de trabalho: a relação de emprego (DELGADO, 2013, p.101-102).

O segundo período vai de 1888 a 1930. Nessa fase, segundo Delgado (2013, p. 102):

[...] a relação de emprego apresenta-se apenas no setor cafeeiro avançado de São Paulo e na emergente industrialização experimentada na capital paulista e no Distrito Federal (Rio de Janeiro).

Assinala-se para liberdade de associação (§ 8º do art.72) decorrente da Constituição de 1891, onde era possível se associar e se reunir, livremente e sem armas, não podendo a polícia intervir, salvo para manter a ordem pública. Sua regulamentação ocorreu em 1893. Apesar dessa possibilidade de atuação coletiva dos trabalhadores, pouco expressiva, inexistia uma dinâmica legislativa intensa e contínua por parte do Estado em face da questão social.

Considerando o tema da preocupação com a saúde e a segurança do trabalhador, o Brasil começa a discutir o assunto e a fomentar garantias já

consolidadas em termos internacionais, a partir do século XX. Embora em 1891, segundo Buck (2009, s. p.), “o governo da Capital tenha determinado, por decreto, a proibição no ambiente de trabalho de menores, além de fixar o horário de trabalho em 7 horas”.

De 1917 a 1919 foram editadas leis isoladas que tratavam sobre o Direito do Trabalho, são elas: a criação do Departamento Nacional do Trabalho e a instituição de Comissões de Conciliação e Conselhos de Arbitragem Obrigatória, em 1917.

E a aprovação, em 1919, do Projeto nº 05, resultante da Lei nº 3.724-1919, regulamentada pelo Decreto nº 13.499-1919, que tratava de acidentes de trabalho, que vigorou até 1934.

Em 1920, dá-se início, propriamente dito, à legislação trabalhista brasileira, inspirada nas propostas veiculadas desde 1908, bem como em toda legislação internacional existente.

O terceiro período começa com a Revolução de 1930. Segundo Delgado (2013, p. 105) esse período “é marcado como fase de institucionalização ou oficialização do Direito do Trabalho”.

Em 1930, cria-se o Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, e, então, a legislação trabalhista ganha consistência no tocante à saúde, à segurança do trabalho, às doenças laborais, garantias que são confirmadas, ainda, pela própria Constituição Federal de 1934.

Passa-se a expedir decretos sobre profissões, trabalho das mulheres (1932), salário mínimo (1936), Justiça do Trabalho (1939). Getúlio Vargas edita a legislação trabalhista com intenção de garantir a ordem pública, ou seja, seu objetivo era de controlar os movimentos trabalhistas no Estado Novo.

Muitas leis ordinárias foram feitas a fim de privilegiar o empregado. Destacam-se: o trabalho de menores (1891); a organização de sindicatos rurais (1903) e urbanos (1907); acidentes de trabalho (1919); o código de menores (1927); o trabalho dos artistas (1928); de falências (1929), de férias, dentre outras.

A Constituição de 1934 é a primeira constituição brasileira a tratar, especificadamente, do Direito do Trabalho. Tinha o condão de garantir a liberdade sindical, isonomia salarial, salário-mínimo, jornada de oito horas de

trabalho, proteção do trabalho das mulheres e menores, repouso semanal, férias anuais remuneradas.

Essa Constituição se sobressaiu às demais pelo pluralismo sindical. Com ela se dá a autorização para criação de mais de um sindicato da mesma categoria profissional ou econômica na mesma base territorial, enquanto que as outras constituições adotaram o princípio do sindicalismo uno.

A Constituição de 1937 foi marcada pelo corporativismo decorrente do golpe de Estado de Getúlio Vargas e fortemente influenciada, como já dito, pela *Carta Del Lavoro* de 1927, e também pela Constituição Polonesa.

São características dessa Constituição: a concepção política do Estado Novo, com restrições impostas ao movimento sindical; a instituição do sindicato único, imposto por lei, vinculado ao Estado, que exercia funções delegadas de poder público, podendo haver intervenção estatal direta em suas atribuições. Proíbe-se a greve, sob a justificativa de que ela era “um recurso antissocial e nocivo à economia” (NASCIMENTO, 2001, p.46) e incompatível aos interesses da produção nacional. Cria-se o imposto sindical, justamente, como forma de submissão das entidades de classe ao Estado.

Estabelecia, ainda, a competência normativa dos tribunais do trabalho, com a intenção de solucionar judicialmente os conflitos trabalhistas, evitando, deste modo, o contato direto entre empregado e empregador.

1943 é o ano da publicação da CLT – Consolidação das Leis Trabalhistas, que trata, até hoje, de um dos conjuntos de leis trabalhistas mais consistentes no âmbito do Direito do Trabalho brasileiro, entendido por estudiosos como principal instrumento de regulamentação das relações individuais e coletivas do trabalho.

Com a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), tem-se a sistematização das leis esparsas dos mais diversos assuntos trabalhistas existentes à época, acrescidas de novos institutos criados pelos juristas que a elaboraram.

Inspira o texto do Decreto-Lei nº 5.452 de 1º de Maio de 1943 (CLT), o Primeiro Congresso Brasileiro de Direito Social, realizado em São Paulo em 1941, as Convenções da OIT que já haviam sido ratificadas, incluindo-se, até mesmo, as que não tinham sido ratificadas, e a Encíclica *Rerum Novarum*, que preconiza a ideia de justiça social.

A Constituição Federal de 1946 amplia as garantias trabalhistas tanto emanadas da CLT quanto da legislação anterior, confirmando, na prática, sempre com vistas à segurança, à saúde do trabalhador e das próprias melhorias do ambiente do trabalho, reduzindo o risco dos acidentes.

Segundo Martins (2014, p. 12) “é considerada uma norma democrática, rompendo com o corporativismo da Constituição anterior”. Acolhe os princípios liberais na ordem política, respalda o direito de greve, porém, rejeita o direito coletivo do trabalho. Traça, além das normas já existentes, a participação dos trabalhadores nos lucros, repouso semanal remunerado, direito de greve, e estabilidade.

Pela legislação ordinária, novos direitos também começaram a surgir, como a Lei nº 605/49, que tratou das atividades dos empregados vendedores, viajantes e praticistas; Lei nº 4.090/62, que instituiu o 13º salário e a Lei nº 4.266/63 que criou o salário-família, dentre outras garantias legais.

Em 1948 há a publicação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, quando, então, fundamentam-se os princípios dos direitos trabalhistas e previdenciários dentre os direitos que se confirmam a todo ser humano. O Direito ao Trabalho, exercido de modo que garanta a saúde e a integridade do trabalhador, deve ser obrigatoriamente, garantido pelas nações.

Acrescenta-se à legislação vigente, em 1955, o direito ao adicional da periculosidade, a princípio, para trabalhadores em contato com materiais inflamáveis e explosivos, através da Lei nº 2.573/55.

A Constituição de 1967 manteve todos os direitos já estabelecidos nas Constituições anteriores, e ainda introduziu o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS).

As convenções coletivas de trabalho ganharam respaldo pela Lei nº 6.514/1977, a qual se possibilitou estabelecer regras a respeito da segurança e medicina do trabalho.

Em 1978, o Ministério do Trabalho e Emprego aprovou, por meio da Portaria nº 3.214, as Normas Regulamentadoras previstas pela CLT, relativas à segurança e medicina do trabalho, como as que iremos estudar neste trabalho. Foram aprovadas 29 (vinte e nove) Normas Regulamentadoras referentes a este tema.

A OIT, em 1985, promove convenções no sentido de valorizar a proteção do trabalhador contra acidentes de trabalho, saúde no trabalho, que, na verdade, trata-se de uma normatização do Direito já contemplado pela Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Apenas em 1985, o adicional de periculosidade é estendido aos trabalhadores empregados no setor elétrico e, depois, enfim, a todo trabalho que apresenta perigo à vida do trabalhador, nos termos da própria Constituição Federal de 1988 que impõe, ainda, normas de saúde, higiene e segurança, como condições que devem, obrigatoriamente, serem garantidas ao trabalhador que, por sua vez, deve-se adequar a essas normas, de caráter preventivo.

Em cinco de outubro de 1988, foi promulgada a atual Constituição, cujo traço marcante é a inovação. Segundo Delgado (2013, p. 117) “A Constituição de 1988 inova, de modo muito destacado, perante todos os Textos Máximos anteriores, ao estatuir que todo poder emana do povo, que o exercerá por meio de seus representantes eleitos ou diretamente”.

A Carta Magna inclui os direitos trabalhistas em seu Capítulo II, “Dos Direitos Sociais”, do Título II, “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, nos arts. 7º a 11. A Carta Magna vigente traz o seu art. 7º, inserido dentro dos chamados Direitos Sociais, ao contrário das constituições anteriores, que os previam sob a égide das normas de caráter econômico e social. Segundo Martins “Para alguns autores, o art. 7º da Lei Maior vem a ser uma verdadeira CLT, tantos os direitos nele albergados” (MARTINS, 2014, p. 12).

Esse art. 7º da Constituição de 1988 trata de direitos individuais e tutelares do trabalho. O art. 8º dispõe sobre o sindicato e suas relações. O art. 9º especifica regras sobre greve. O art. 10 versa sobre a participação dos trabalhadores em colegiados. E o art. 11 menciona que nas empresas com mais de 200 empregados, é assegurada a eleição de um representante dos trabalhadores para entendimentos com o empregador.

Verifica-se que, na atual Lei Maior, há uma valorização do direito coletivo com a proibição da interferência do Poder Público na organização sindical, embora mantendo o sistema do sindicato único. Nela, novos direitos trabalhistas foram inseridos, como a jornada semanal de 40 horas; a estabilidade no emprego, após um contrato de experiência de 90 dias; a

participação do empregado nos lucros da empresa; a igualdade de direitos dos trabalhadores, em geral, urbanos, rurais, domésticos, servidores públicos federais, estaduais e municipais; multa pelo não pagamento das férias; a greve ampla, geral e irrestrita, e outros direitos já previstos em leis ordinárias que passaram à Constituição em nível maior.

Faz importante ressaltar que a OIT aprovou, em 1985, a Convenção nº 161, que trata da qualidade de vida dos trabalhadores, que é de suma relevância para a análise do art. 7º, inciso XXII, da nossa Constituição Federal de 1988. Cria-se uma preocupação pelos empregadores e pelos entes públicos com o meio de ambiente seguro, e também com a adaptação do trabalho à capacidade física, mental e biológica do trabalhador.

Ressalta-se, aqui, que a elaboração legislativa do Direito do Trabalho é um processo contínuo e dinâmico, que não cessa de ser visto e revisto pelo Congresso e pelo Poder Executivo.

No momento há projetos de Código do Trabalho, Código de Processo do Trabalho, comissão de juristas para atualização e reformulação da Consolidação das Leis do Trabalho, além de outros projetos de lei de relevante alcance social conhecidos como Modernização da Legislação do Trabalho.

Este capítulo teve a intenção de demonstrar a evolução histórica do Direito do Trabalho no mundo, e principalmente no Brasil, procurando dar ênfase ao surgimento e as constantes modificações aos adicionais de insalubridade e periculosidade. Procurou-se demonstrar a transformação do cotidiano laboral em tempos passados conjuntamente à preocupação de entidades como a OIT em regularizar a figura do trabalhador em um ambiente de trabalho equilibrado e propício à sua saúde física, mental e biológica.

2. ADICIONAIS DEVIDOS AO TRABALHADOR

O nosso ordenamento jurídico, notadamente a CLT, dispõe de adicionais compulsórios, como os de horas extraordinárias (artigo 59), por trabalho noturno (artigo 73), por transferência de local da prestação de serviço (artigo 469, §3º) e os adicionais de insalubridade e de periculosidade, (artigos 192 e 193,§1º). De acordo com o Enunciado nº. 181 do Tribunal Superior do Trabalho (TST), ocasionalmente, poderá ser utilizado outro adicional, conhecido como convencional.

Todos estes adicionais são cumulativos, exceto, quando se tratar de trabalhos insalubres e perigosos, que entre si, não podem acumular, sendo esse o tema central deste estudo.

Segundo Nascimento (2001, p. 356-357), adicional é “um acréscimo salarial que tem como causa o trabalho em condições mais gravosas para quem o presta”.

Delgado (2011, p.711), por sua vez, elucida a respeito da parcela do adicional, dizendo que:

Paga-se um *plus* em virtude do desconforto, desgaste ou risco vivenciados, da responsabilidade e encargos superiores recebidos, do exercício cumulativo de funções, etc. Ela é, portanto, nitidamente salarial, não tendo, em consequência, caráter indenizatório (ressarcimento de gastos, despesas; reparação de danos, etc).

Para tanto, o conceito de saúde, aqui, torna-se imprescindível, vez que se impõe como bem maior a ser tutelado. Oliveira (2011, p. 125) ressalta que: “Os primeiros pensamentos que a palavra saúde desperta no intérprete, habitualmente, referem-se à ausência de doenças, hospitais ou atendimento médico”. Ou seja, comumente, quando se fala em saúde, acentua-se um aspecto negativo de saúde, remetendo-lhe a impressão de falta de doença, que de fato, não é inerente ao seu conceito primeiro.

Nesse sentido é que a Organização Mundial de Saúde (OMS) extinguiu o antigo conceito de saúde, como ausência de doença, e adotou uma concepção progressiva e positiva ao estatuir que: “A saúde é um estado de

completo bem-estar físico, mental e social, e não somente a ausência de doença ou enfermidade.” Assim, é que a Lei nº. 8.080/1990 (Lei Orgânica da Saúde) estabelece em seu art. 3º:

Art. 3º. A saúde tem como fatores determinantes e condicionantes, entre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais; os níveis de saúde da população expressam a organização social e econômica do País.

O direito à saúde é, pois, bastante objetivo, devendo ser exigido, efetivamente, do Poder Público, a quem compete, constitucionalmente, instituir políticas que visem garanti-lo aos cidadãos.

Oliveira (2011, p. 125), ressalta que “esse conceito, ao mencionar o completo bem-estar social, acaba por consagrar as interferências do ambiente social na saúde”. Complementa, dizendo que:

Como se vê, pelo entendimento da OMS a saúde não é um ponto determinado que se atinge um estado que se alcança, mas a direção em que se empreende a caminhada. O completo bem-estar representa, portanto, uma constante melhoria que deve ser buscada, sempre.

E, no intuito de prevenir as doenças oriundas das atividades insalubres e de acidentes no trabalho. A Constituição assegura no artigo 7º que:

Art. 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:
XXII – redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança;
XXIII – adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei;
XXVIII – seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa.

Barros (2008, p. 136), acrescenta que a saúde deve ser protegida dada à sua relevância, pois:

Quando o empregado é admitido pelo empregador, leva consigo uma série de bens jurídicos (vida, saúde, capacidade

de trabalho, etc), os quais deverão ser protegidos por este último, com adoção de medidas de higiene e segurança para prevenir doenças profissionais e acidentes no trabalho.

Associa-se, assim, a vida digna e decente do trabalhador à conservação da sua saúde, com a busca constante de melhores condições de trabalho. Por condições de trabalho há que se entender, como ressalta Marques (2001, p. 25): “[...] tratar do sistema organizativo, do conteúdo das atividades e das solicitações no trabalho com a finalidade de melhorar a produção de bens ou realizar a prestação de um serviço.”

Sabe-se que há atividades específicas que prejudicam a saúde e a integridade física e mental do trabalhador. São atividades em que estão presentes agentes nocivos à saúde do trabalhador, e que somadas à exposição constante a elas, como forma de desenvolver suas funções no ambiente de trabalho, colocam-no sempre em risco de perda, não apenas e diretamente da saúde em si.

Foram aprovadas, em 8 de junho de 1978, pelo Ministério do Trabalho, através da Portaria nº 3.214, normas regulamentadoras relativas à segurança do trabalho. Atualmente em número de 36 (trinta e seis). Basile (2009, p. 117), destaca como as mais importantes:

NR2 (inspeção prévia), NR5 (comissão interna de prevenção de acidentes), NR6 (equipamentos de proteção individual – EPI), NR7 (programas de controle médico de saúde ocupacional), NR9 (programas de prevenção de riscos ambientais), NR15 (atividades e operações insalubres) e NR16 (atividades e operações perigosas).

Ressalta Oliveira (2011, p. 153 e 202),

O ambiente de trabalho expõe o empregado a riscos, tanto aqueles mais visíveis que afetam a sua integridade física (agentes perigosos), quanto àqueles mais insidiosos que atuam em longo prazo minando, paulatinamente, sua saúde (agentes insalubres). Os primeiros provocam os acidentes de trabalho, enquanto estes últimos acarretam doenças profissionais ou do trabalho.

A exposição aos agentes insalubres pode acarretar a perda paulatina da saúde; o contato com os agentes perigosos pode, repentinamente, levar à incapacidade ou morte.

Tomando por base os conceitos acima referidos, trataremos, neste capítulo, dos adicionais de insalubridade e de periculosidade, como instrumentos de controle criados pelo legislador, na tentativa de minimizar os danos ocasionados pelas atividades de trabalho que danificam a saúde e a integridade física e mental do trabalhador.

2.1 Adicional de insalubridade

Ao conceituar insalubridade, depara-se com a definição de Saliba e Corrêa (2009, p. 11), segundo os quais: “A palavra ‘insalubre’ vem do latim e significa tudo aquilo que origina doença, e a insalubridade é a qualidade de insalubre.”

O artigo 189, da CLT, traz a definição legal das atividades e operações insalubres. São consideradas atividades insalubres:

Art. 189. 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.

Não há, na literatura específica discordâncias sobre os termos definidos no art. 189 da CLT. O que os autores propõem são diferentes abordagens que fundamentam sua compreensão e relevância, não apenas do aspecto teórico, mas, também, de sua aplicação à vida prática do trabalhador, como essa forma de lhe garantir a saúde no exercício de suas funções laborais.

Saliba e Corrêa (2009, p. 11), criticam positivamente o conceito legal disposto no artigo 189 da CLT, afirmando que ele é:

Tecnicamente correto dentro dos princípios da Higiene Ocupacional [...] a ocorrência da doença profissional, dentre outros fatores, depende da natureza, da intensidade e do tempo de exposição ao agente agressivo.

Por sua vez, Martins (2014, p. 723), defende que: “Na insalubridade, o prejuízo é diário à saúde do trabalhador. A saúde do trabalhador é afetada diariamente. Ela causa doenças. Diz respeito à Medicina do Trabalho”.

Oliveira (2011, p 194), árduo defensor da proteção ao bem maior de todos nós, a saúde, ressalta que:

O trabalho insalubre é aquele exposto a agentes que podem afetar ou causar danos à saúde, provocar doenças, ou seja, é o trabalho não salubre, não saudável. Muitas enfermidades estão diretamente relacionadas e outras são desencadeadas, antecipadas ou agravadas pela profissão do trabalhador ou as condições em que o serviço é prestado.

A legislação trabalhista brasileira, bem como a Constituição Federal de 1988, assegura, através de normas, ao trabalhador que exerce atividades insalubres, na intenção de amenizar os danos sofridos, a percepção de um adicional em pecúnia. Esse adicional está diretamente ligado a um fato gerador, a uma determinada condição, que é aquela que põe em risco a saúde e a integridade física e mental do trabalhador.

O trabalhador que presta serviço com sujeição a agente insalubre, superior ao estabelecido em lei, tem o direito a receber do seu empregador um acréscimo salarial, compulsório, chamado de adicional de insalubridade. Esse adicional persistirá enquanto durar a situação gravosa, sendo, desta forma, uma parcela transitória e de natureza suplementar.

É preciso que haja uma combinação de fatores presentes para que se evidencie o direito à percepção do adicional de insalubridade, tais como:

(a) exposição a agentes nocivos à saúde do trabalhador; (b) que essa exposição seja acima dos limites de tolerância fixados em razão da natureza e da intensidade do agente e do tempo de exposição, pois se a exposição estiver nos limites de tolerância, não há direito ao adicional(MARTINS, 2011, p. 256).

Desse modo, é obrigação do empregador a mensuração do nível dos agentes insalubres a que seus empregados estão submetidos. Apenas dessa forma é que se pode configurar a insalubridade ou o estado de insalubridade a que seus empregados estão expostos, tendo sempre em vista os quantitativos determinados legalmente.

Portanto, trata-se a insalubridade de um acréscimo salarial que decorre da prestação de serviços em condições mais gravosas, assim definidos em lei.

Há autores, como Simonin (1956, s. p.) *apud* Oliveira (2011, p 156) que trazem para o âmbito do conceito de insalubridade, questões quanto à moralidade e à humanidade, ou melhor, a imoralidade e a desumanidade de se expor o trabalhador a agentes insalubres acima do limite de tolerância do homem médio.

Pensamos que o adicional dito de insalubridade é imoral e desumano; é uma espécie de adicional de suicídio; ele encoraja os mais temerários a arriscar a saúde para aumentar seu salário; é contrário aos princípios da Medicina do Trabalho e à Declaração dos Direitos do Homem: nenhuma consideração de ordem econômica deverá jamais compelir a um trabalho que implique o risco de comprometer a saúde de quem o realiza.

O Brasil adotou o sistema de monetarização do risco, vez que se compensa através do pagamento de adicional a todo trabalho efetuado em condições insalubres e perigosas. O que gera também entendimentos controversos de autores.

Oliveira (2011, p 154-155), entende que essa alternativa é a:

Mais cômoda e a menos aceitável. A opção de instituir recompensa monetária pela exposição aos riscos desvia a preocupação com o problema central, que é a saúde do trabalhador. Foram criados mecanismos para conviver com o mal e não para cortá-lo pela raiz. [...] Como assevera Arnaldo Sússekind, “é incompreensível que se permita ao trabalhador vender a saúde em troca de um sobressalário.” (Sússekind, Arnaldo. In: CUNHA, Fernando Whitaker da et AL. Comentários à Constituição. Rido de Janeiro: Freitas Bastos, 1190. V. 1, p. 444).

Martins (2014, p. 725) acrescenta, ainda, neste sentido que:

O ideal é que o empregado não tivesse de trabalhar em condições de insalubridade, que lhe são prejudiciais a sua saúde. Para o empregador, muitas vezes é melhor pagar o ínfimo adicional de insalubridade do que eliminar o elemento nocivo à saúde do trabalhador, que demanda incentivos. O empregado, para ganhar algo a mais do que seu minguado salário, sujeita-se a trabalhar em local insalubre.

Reserva-se ao Ministério do Trabalho e Emprego a competência para estabelecer e aprovar o quadro das atividades e operações insalubres, caracterizá-las, definir os limites de tolerância e os meios de proteção, conforme o disposto no artigo nº 190, da CLT:

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 e tolerância aos agentes agressivos, meios de proteção e o tempo máximo de exposição do empregado a esses agentes.

As atividades insalubres se encontram elencadas na Norma Regulamentadora nº 15 (NR 15), da Portaria nº 3.214/1978, do Ministério do Trabalho e Emprego, podendo ser divididas em três conjuntos bem diferenciados: a) agentes físicos – ruído, calor, radiações, frio, pressões hiperbáricas, vibrações e umidade; b) agentes químicos – poeiras, gases e vapores, névoas e fumos; e c) agentes biológicos – micro-organismos, vírus e bactérias.

Os atos regulamentares do Ministério do Trabalho definem e classificam as atividades insalubres quando o empregado se expõe a: ruído contínuo ou intermitente, ruídos de impacto, exposição ao calor, radiações ionizantes, trabalho sob condições hiperbáricas, radiações não ionizantes, vibrações, frio, umidade, agentes químicos cuja insalubridade é caracterizada por limite de tolerância e inspeção no local de trabalho, poeiras minerais, agentes químicos e agentes biológicos. Tais atos regularmente sofrem alterações.

Há três formas de caracterizar a insalubridade, que são as avaliações: quantitativa, qualitativa e a de riscos inerentes à atividade.

Segundo Saliba e Corrêa (2011, p. 13), a avaliação quantitativa consiste na apuração, pelo perito, por meio de metodologia adota pelas normas de Higiene Ocupacional, e se destaca por “Medir a intensidade ou concentração do agente e compará-la com os respectivos limites de tolerância: a insalubridade será caracterizada somente quando o limite for ultrapassado”.

Na avaliação qualitativa, o perito realizará, no local de trabalho, a verificação do posto de trabalho, a função e as atividades exercidas pelo trabalhador, considerando, segundo Saliba e Corrêa (2011, p. 13): “O tempo de

exposição, a forma de contato com o agente e o tipo de proteção usada, e até mesmo os limites internacionais existentes, visando à fundamentação do parecer técnico”.

O MTE, através da Portaria nº 3.311 de 29/11/1989, estabeleceu critérios de avaliação qualitativa de contatos permanente ou intermitente (de longo prazo) e o eventual (de curto prazo) efetuados pelo empregado, com o intuito de fixar os limites de tolerância aos agentes nocivos à sua saúde.

A avaliação qualitativa de riscos inerentes à atividade é a que caracteriza a insalubridade pela inspeção pericial realizada no local de trabalho. É baseada nas atividades de que não se têm como eliminar ou neutralizar a insalubridade, nem mesmo por meio de equipamentos de proteção individual.

E corroborando o aspecto legal e imparcial dessa aferição, o MTE impõe a obrigatoriedade de que um perito faça essa avaliação, conforme o artigo nº 195 CLT:

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

O parágrafo primeiro desse art. 195, da CLT enseja a possibilidade das empresas e dos sindicatos das categorias requererem ao Ministério do Trabalho a realização de perícias, a fim de caracterizar e classificar possíveis atividades insalubres ou perigosas constantes nas suas atividades.

Cumprido salientar, no entanto, que “quem irá definir o quadro de atividades e operações insalubres é o Ministério do Trabalho e não o perito, pois é preciso verificar se há elementos agressivos à saúde do obreiro.” (MARTINS, 2010, p. 202).

Assim, a caracterização da insalubridade somente será possível se fizer parte da Norma Regulamentadora 15 e seus anexos, com a participação fundamental do perito, responsável legal pela constatação do ambiente em questão, ora analisado, determinando se ele se enquadra ou não nas situações de insalubridade definidos em lei.

Nesse sentido, há, ainda, a Súmula nº 460 do Superior Tribunal Federal (STF), que dispõe:

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 Ministério do Trabalho.

Destaca-se, também, o entendimento jurisprudencial do TST de que há necessidade de classificação da atividade insalubre na relação oficial elaborada pelo MTE (Orientação Jurisprudencial nº 4 do SDI do TST)³. Desta forma, o perito fica adstrito ao constante na Norma Regulamentadora 15 da Portaria nº 3.214/78 na apuração da insalubridade não podendo inovar.

Oliveira (2011, p. 197) ressalta que o legislador teria falhado:

Porquanto se limitou a regulamentar o adicional de insalubridade para os danos ao corpo físico do trabalhador, quando a saúde abrange o completo bem-estar físico, mental e social. Não alcançou, assim, a “insalubridade Psíquica”, cujos efeitos danosos não podem ser ignorados.

O limite de tolerância, a que se refere a definição de insalubridade, de acordo com o Ministério do Trabalho (NR 15), é a “concentração ou intensidade máxima ou mínima não nociva à saúde do trabalhador durante sua vida laboral, estando relacionado com a natureza e o tempo de exposição ao agente.” (MORAES FILHO; MORAES, 2014, p. 398).

Todas as vezes que o trabalhador se sujeitar aos agentes insalubres superiores aos limites impostos pelo Ministério do Trabalho, seu empregador será obrigado a lhe pagar o adicional de 40%, 20% ou 10% do salário mínimo caso o risco seja classificado nos graus máximo, médio e mínimo, respectivamente. Prescreve o art. 192 da CLT:

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

³Orientação Jurisprudencial nº 04/TST – Adicional de Insalubridade. Necessidade de classificação da atividade insalubre na relação oficial elaborada pelo Ministério do Trabalho, não bastando a constatação por laudo pericial. CLT, art. 190. Aplicável.

por cento) do salário mínimo da região, segundo se classificarem nos graus máximo, médio e mínimo.

Há grande polêmica quanto à base de cálculo do adicional de insalubridade incidir sobre o salário mínimo. Em 21 de agosto de 1969, o Tribunal Superior do Trabalho (TST) editou a Súmula 17, que estabeleceu que o “adicional de insalubridade devido a empregado que percebe, por força de lei, convenção coletiva ou sentença normativa, salário-profissional, será sobre este calculado”⁴.

A Lei nº 6.514 de 22 de dezembro de 1977, deu nova redação ao art. 192 da CLT, instituindo a base de cálculo do adicional de insalubridade ao salário mínimo, como já visto anteriormente. Em 19 de setembro de 1985, o Tribunal Superior do Trabalho, TST, editou a Súmula 228⁵, cuja redação foi alterada em 2003. Segundo a mesma, a base de cálculo do adicional de insalubridade ensejaria sobre o salário mínimo, ressalvadas, porém, as hipóteses anteriormente previstas pela Súmula 17 já mencionada:

Adicional de Insalubridade. Base de cálculo. O percentual do adicional de insalubridade incide sobre o salário mínimo de que cogita o art. 76 da CLT, salvo as disposições previstas no Enunciado 17.

Porém, apesar do disposto no art. 192 da CLT, no que se refere à base de cálculo do adicional de insalubridade, a Constituição da República de 1988, em seu art. 7º, XXIII, dispõe que os empregados urbanos, rurais e avulsos têm direito ao “adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei”.

E, além disto, na própria Carta Magna, em seu art. 7º, IV⁶, a Constituição também estabeleceu expressamente que é vedada a vinculação do salário mínimo para qualquer fim.

⁴A redação original da Súmula 17, instituída pela RA 28/1969, foi publicada DO-GB 21.08.1969. A Resolução 29/1994, publicada no DJ 12, 17 e 19.05.1994 cancelou a Súmula 17. A Resolução 121/2003, publicada no DJ 19,20 e 21.11.2003 restaurou a referida Súmula. Por fim, na sessão do tribunal Pleno do TST realizada em 26.06.2008 foi novamente cancelada. (Resolução 148/2008, publicada no DJ 04 e 07.07.2008 e republicada DJ 08,09 e 10.07.2008).

⁵Resolução 14/1985, publicada no DJ 19.09.1985 e 24, 25 e 26.09.1985.

⁶Art. 7º, IV – Salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades básicas e às de sua família com moradia, alimentação,

Em 29 de março de 1996, o Tribunal Superior do Trabalho editou a Orientação Jurisprudencial nº 2, da Subseção de Dissídios Individuais que dispunha que a base de cálculo do adicional de insalubridade seria o salário mínimo, mesmo na vigência da Constituição Federal de 1988: “OJ 2 da SDI-1/TST. Adicional de insalubridade. Base de cálculo. Mesmo na vigência da CF/88: salário mínimo”.

Segundo Cantelli (2012, p. 193) mesmo na,

Contração do entendimento constitucional e de diversos julgados do próprio Supremo Tribunal Federal, a jurisprudência dominante do Tribunal Superior do Trabalho insistia na tese de que o adicional de insalubridade deveria ser calculado sobre o salário mínimo (Súmula 228/TST), exceto quando houvesse um piso salarial superior ao mínimo legal (Súmula 17/TST).

Em 30 de abril de 2008, o Superior Tribunal Federal aprovou a Súmula Vinculante nº 4⁷, que veda a utilização do salário mínimo como indexador de qualquer vantagem de servidor público ou de empregado.

Ante a essa Súmula Vinculante nº 4, o Tribunal Superior do Trabalho, em 10 de Julho de 2008, publicou a Resolução 148, que cancelou a Súmula 17, a OJ 2 e alterou a Súmula 228, que passou a ter a seguinte redação: “A partir de 09 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.”

Entretanto, em 11 de julho de 2008, um dia após a publicação da nova redação da Súmula 228, a Confederação Nacional das Indústrias, ajuizou a Reclamação 6.266/DF, perante o STF, alegando que a nova redação da Súmula 228 do TST conflitava com a Súmula Vinculante nº 4 do STF, no que se referia à fixação do salário contratual como base de cálculo do adicional de insalubridade. Em 15 de julho de 2008, o Ministro Gilmar Mendes, então presidente do STF, por liminar, mandou suspender a aplicação da Súmula 228 do TST. Ou seja, o próprio STF foi contrário ao esposado pelo TST, adotando a

educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte, previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim.

⁷Salvo 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.

técnica decisória do Direito alemão conhecida como “declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade”. Entendeu que se tratava de vinculação inconstitucional, mas sem possibilidade de substituir a base de cálculo do adicional de insalubridade por meio de decisão judicial, mas, tão somente, por meio de lei ordinária, e assim permanecer a leitura do art. 192 da CLT como responsável pelo tema.

Alice Monteiro de Barros (2009, p. 195) diz que:

A norma alusiva ao cálculo do salário mínimo continua a reger as relações obrigacionais, em face da impossibilidade do Poder Judiciário se substituir ao legislador para definir critério diverso destinado à regulamentação da matéria.

Portanto, o adicional de insalubridade continuará a ser calculado tendo como base o salário mínimo, até que se edite uma nova lei ou que reformule a existente que trata do assunto. A parte da Súmula 228 do TST, que permite a utilização do salário contratual, ficou suspensa liminarmente.

O adicional de insalubridade é devido enquanto perdurar a existência de agentes nocivos e de risco à saúde mental e física do empregado.

Acrescente-se, também, que com fulcro na Súmula 139 do TST, “enquanto percebido, o adicional de insalubridade, integra a remuneração para todos os efeitos legais.” O subitem 15.3 da NR 15 da Portaria nº 3.214/78, sustenta que “no caso de incidência de mais de um fator de insalubridade, será apenas considerado o de grau mais elevado, para efeito de acréscimo salarial, sendo vedada a percepção cumulativa”.

Barros (2010, p. 790), diverge desta disposição ao considerar que:

[...] se as condições de trabalho do empregado são duplamente gravosas, é cabível o pagamento dos dois adicionais, pois houve exposição a dois agentes insalubres diferentes, que podem ocasionar prejuízos a diversos órgãos do corpo humano.

A presença verificada do agente insalubre gera compulsoriamente o pagamento do adicional de insalubridade, enquanto a sua eliminação ou neutralização faz com que o mesmo não se torne exigível, como se verifica no artigo 191 da CLT:

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.

O equipamento de proteção individual ao trabalhador (EPI), segundo Saliba e Corrêa (2009, p.20):

Deve adequar-se ao risco e possuir fator de proteção que permita reduzir a intensidade ou concentração do agente insalubre a limites de tolerância. Além disso, o uso efetivo do EPI é fundamental: portá-lo não significa uso efetivo. A NR-6 estabelece que a empresa é obrigada a fornecer gratuitamente o EPI adequado à atividade, treinar o trabalhador para o uso e torná-lo obrigatório. Já o ,trabalhador é obrigado a conservar e usar o EPI.

Dentre todas essas medidas, o uso efetivo do EPI pelo empregado, com a função de diminuir ou eliminar a nocividade, é obrigatório, podendo o trabalhador que resiste ao seu uso, inclusive, ser dispensado por justo motivo.

Há autores, no entanto, como Oliveira (2011, p. 164) que fazem duras críticas à preferência pela neutralização do risco pelo uso do EPI, quando salienta que:

A exceção tornou-se regra no Brasil. Em vez de eliminar a insalubridade na fonte ou de adotar medidas coletivas de neutralização, o empresário prefere a solução mais cômoda, mais barata, porém a menos eficiente: fornecer o equipamento de proteção individual – EPI. Para o trabalhador, muitas vezes, o EPI é sinônimo de desconforto, incômodo que limita as percepções, causando, algumas vezes, até mesmo a sensação de insegurança.

Admitem que, em algumas situações, é imprescindível o uso do referido equipamento, mas enfatizam que a prioridade é a prevenção. E

defendem nesse caso a Súmula 289⁸ do TST, por essa determinar que ainda é devido o pagamento do adicional, mesmo quando fornecido o EPI.

Saliba e Corrêa (2009, p. 21), vão além e confirmam que a cessação do pagamento do adicional só ocorrerá em duas situações, a saber:

não basta a reclassificação ou descaracterização de um agente nocivo, é preciso que tal eliminação ou neutralização seja homologada pelo MTE; e b) deve o empregador, quando a insalubridade é reconhecida por sentença transitada em julgado, propor nova avaliação pericial do local no sentido de se constatar a eliminação ou neutralização do risco.

Uma vez eliminada a insalubridade, cessa o direito ao recebimento do adicional, pois essa é parcela condicional à existência do agente gravoso acima do limite de tolerância. Haja vista a comprovação do artigo 194 da CLT da transitoriedade da parcela do adicional referido:

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.

Há que se ressaltar, segundo Oliveira (2011, p 148) que:

A primeira atuação do empregador deve ter como objetivo eliminar totalmente os riscos à vida ou à saúde do trabalhador. Mas quando isso não for viável tecnicamente, a redução deverá ser a máxima possível e exequível, de acordo com os conhecimentos da época. Dizendo de outra forma: a exposição aos agentes nocivos deverá ser a mínima possível, e, mesmo assim, deverá reduzir progressivamente na direção do risco zero.

A atitude de minimizar o máximo possível a exposição aos agentes nocivos deverá obedecer a um princípio, desenvolvido por Oliveira (2011), denominado de princípio do risco mínimo regressivo, em que o empregador tem o dever de reduzir os riscos inerentes ao trabalho até onde for possível, em

⁸Súmula 289. O simples fornecimento do aparelho de proteção pelo empregador não o exime do pagamento do adicional de insalubridade, cabendo-lhe tomar as medidas que conduzam à diminuição ou eliminação da nocividade, dentre as quais as relativas ao uso efetivo do equipamento pelo empregado.

cada época, de acordo com o conhecimento adquirido e a conscientização mais apurada.

O trabalhador que ensejar ação com o pleito de receber adicional de insalubridade, fundado em exposição a um determinado agente químico, físico ou biológico, não tem seu pedido vinculado à causa de pedir podendo o magistrado deferir o pleito baseando-se em outro agente diferente do apontado na petição inicial pelo reclamante. Comprovado mediante perícia, sendo que esse é o meio obrigatório para esse tipo de demanda, será o pedido julgado procedente, uma vez que o outro agente também faça parte do quadro do Ministério do Trabalho e Emprego. O entendimento é de que se trata de matéria técnica sobre a qual nem o trabalhador nem seu procurador possuem domínio.

Martins (2014, p. 725) ressalta a existência de algumas propostas para uma nova legislação a fim de amenizar os efeitos do trabalho insalubre, a saber:

o adicional de insalubridade ser calculado sobre o salário do empregado, como acontece com o adicional de periculosidade, pois o valor vinculado ao salário mínimo é ínfimo e não remunera o trabalho em condições adversas à saúde; (b) o número de dias de férias deveria ser maior para pessoas que trabalham em locais insalubres; e (c) a jornada de trabalho do empregado que presta serviços em condições insalubres deveria ser reduzida, de forma a ter menor contato com elementos insalubres.

Oliveira (2011, p. 166) também coaduna com essa intenção e acrescenta que o empregado não deveria ter a possibilidade de efetuar horas extraordinárias, quando já exerce a jornada de 44 horas semanais nas condições nocivas à sua saúde e integridade física e mental.

2.2 Adicional de periculosidade

A periculosidade consiste no “risco, a possibilidade de ocorrer o infortúnio. É matéria ligada a Engenharia do Trabalho” (MARTINS, 2014, p. 725).

A distinção dos termos risco e perigo é definida da seguinte forma por Lopes Neto (2005, p 100): “Risco é a probabilidade da ocorrência de um evento que cause e possa causar dano, enquanto perigo é a situação ou condição em que o risco seja acentuado”.

No tópico anterior, mencionamos que os agentes insalubres atuam de forma lenta, provocando efeitos em longo prazo. Na periculosidade, os agentes podem atuar instantaneamente, com efeitos danosos imediatos, podendo, repentinamente ocasionar a incapacidade ou a morte.

Enquanto na insalubridade temos que, se não for eliminada ou neutralizada, o trabalhador a ela exposto tem continuamente um fator prejudicial a sua saúde, já a periculosidade não importa fator contínuo de exposição do trabalhador, mas apenas um risco, que não age biologicamente contra seu organismo, mas que, na configuração do sinistro, pode ceifar a vida do trabalhador ou mutilá-lo (MARTINS, 2014, p. 425).

O artigo 193 da CLT traz algumas atividades perigosas que podem causar, como entende Formolo (2006, p. 55) um “infortúnio súbito, imediato, capaz de tolher a vida ou provocar lesão grave de um momento para outro”.

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.

Depreende-se, pois, que, segundo Saliba e Corrêa (2009, p. 15) “foram determinados três pressupostos para a configuração da periculosidade: 1) contato com inflamáveis e explosivos; 2) caráter permanente; e 3) em condições de risco acentuado”.

O caráter permanente expresso pelo artigo 193 da CLT tem de ser entendido como diário, mesmo que seja feito por poucas horas ao dia. Aliás, a Súmula 364, do TST é clara ao determinar que mesmo a exposição com interrupções do empregado ao fator de perigo não afasta o pagamento do adicional:

Súmula 364. 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.

A profissão de motoboy, moto taxista, moto frete e de serviço comunitário de rua, foi recentemente promovida à atividade perigosa, acrescentando-se o parágrafo 4º ao artigo 193 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).

A Norma Regulamentadora 16 da Portaria nº 3.214/78, que trata especificadamente sobre as atividades ou operações perigosas, traz no seu quadro as atividades que fazem jus ao adicional de periculosidade que são: as executadas com explosivos, sujeitos à degradação química ou autocalítica, bem como aqueles sujeitos às ações de agentes exteriores, bem como calor, umidade, faíscas, fogo, fenômenos sísmicos, choques e atritos. O transporte, o processamento e a armazenagem de inflamáveis líquidos e gasosos liquefeitos, como exemplo, o operador de bomba em postos de combustível. Os profissionais que exercem atividade no setor elétrico, chamados de eletricitários que desenvolvem a atividade fim, expostos em contato direto e intermitente com sistema elétrico de potência, excluindo os demais trabalhadores do mesmo setor, para os quais a energia elétrica é um insumo. Aos empregados expostos à radiação ionizante ou à substância radioativa, apesar de estar disposta nesta norma e não ter previsão em lei, sendo norma administrativa⁹. Aos vigilantes e seguranças, que atuam no setor de segurança pessoal e patrimonial, que estão sujeitos a roubos ou outras espécies de violência física nas atividades que exercem; e recentemente aos motociclistas que desenvolvem atividades laborais. Ressaltando que só serão consideradas,

⁹Esclarece a Orientação Jurisprudencial 345 da SBDI-1 do TST que a exposição do empregado à radiação ionizante ou à substância radioativa enseja e percepção do adicional de periculosidade, pois a regulamentação Ministerial (Portarias do Ministério do Trabalho nº 3.393, de 17.12.1987, e 518, de 7.4.2003), ao reputar perigosa a atividade, reveste-se de plena eficácia, por ser expedida por força de delegação legislativa contida no art. 200, *caput*, e inciso VI, da CLT. No período de 12.12.2002 a 6.4.2003, enquanto vigeu a Portaria nº 496 do Ministério do Trabalho, o empregado faz jus ao adicional de insalubridade.

para cálculo de adicional de periculosidade, as atividades acima determinadas, pois se faz necessária tal previsão normativa, de rol taxativo.

O adicional de periculosidade é verba de natureza salarial, garantida constitucionalmente, a qual é paga no importe de 30% (trinta por cento) sobre o salário-base, sem os acréscimos resultantes de gratificações, prêmios ou participações nos lucros da empresa, não cabendo norma coletiva estipular percentual menor que o legal ou proporcional ao tempo de exposição. Sendo que, no caso dos eletricitários, através da Lei nº 7.369/1985, o adicional de periculosidade, também de 30% (trinta por cento), incide sobre a totalidade das parcelas de natureza salarial, apresentando-se mais vantajoso em relação as demais categorias profissionais.

Art. 193, § 1º, CLT. O trabalho em condições de periculosidade assegura ao empregado um adicional de 30% (trinta por cento) sobre o salário sem os acréscimos resultantes de gratificações, prêmios ou participações nos lucros da empresa.

Caso o adicional de periculosidade seja pago com habitualidade, prevê a Súmula 132 do TST, que:

Súmula nº 132. ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. INTEGRAÇÃO

I – O adicional de periculosidade, pago em caráter permanente, integra o cálculo de indenização e de horas extras (ex-Prejulgado nº 3). (ex-Súmula nº 132 – RA 102/1982, DJ 11.10.1982/ DJ 15.10.1982 – e ex - OJ nº 267 da SBDI-1 – inserida em 27.09.2002)

II - Durante as horas de sobreaviso, o empregado não se encontra em condições de risco, razão pela qual é incabível a integração do adicional de periculosidade sobre as mencionadas horas. (ex - OJ nº 174 da SBDI-1 – inserida em 08.11.2000)

A Súmula nº 191 do TST, complementa o art. 193 § 1º da CLT:

Súmula nº 191. 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.

Assim como na insalubridade, a caracterização e a classificação da periculosidade, também, serão feitas por meio de perícia, a cargo do Engenheiro de Segurança, nos termos do artigo 195 da CLT e na NR-28.

O adicional de periculosidade, em ação judicial, também deverá ser comprovado por meio de perícia técnica, exceto para o operador de bomba de gasolina, que já tem presunção de exposição ao risco. Nos termos da Súmula 39 do TST, “os empregados que operam em bomba de gasolina têm o direito ao adicional de periculosidade”.

Somente quando os agentes perigosos forem aprovados pelo Ministério do Trabalho e Emprego e inseridos em seus quadros regulamentadores, é que poderão ter seus efeitos pecuniários incluídos, conforme dispõe o artigo 196 da Lei Celetista.

E, finalmente, o direito do empregado ao adicional de periculosidade cessará com a eliminação do risco à sua saúde ou incolumidade física. Não constitui direito adquirido, podendo a qualquer momento cessar seu recebimento, desde que devidamente comprovado, via perícia homologada pelo Ministério do Trabalho e Emprego, assim como na insalubridade.

Há situações em que o empregado exerce atividade, ao mesmo tempo, insalubre e perigosa, ou seja, exposto ao agente nocivo à sua saúde e ao agente gravoso causador de lesão ou risco de vida, hipótese objeto deste trabalho. Neste caso, a lei, através do art. 193, § 2º, da CLT, lhe confere o dever de optar pelo adicional que melhor lhe convier, não cabendo a acumulação dos dois adicionais. No caso, sendo o adicional de insalubridade calculado tendo como base o salário mínimo e o adicional de periculosidade tendo como base o salário base, quase sempre o trabalhador opta pelo adicional de periculosidade por lhe ser mais rentável.

Ante o exposto, em referência aos adicionais de insalubridade e de periculosidade, trataremos a seguir, no próximo capítulo, da (im)possibilidade de acumular esses dois adicionais, quando do contato do empregado com eles concomitantemente.

3. A (IM)POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO DOS ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE

Vimos, no capítulo anterior, que o adicional de insalubridade é devido ao obreiro que exerce suas atividades em exposição a agentes nocivos que podem causar danos à sua saúde. E que o adicional de periculosidade é a percepção que o empregado faz jus toda vez que labora em situação de risco à vida ou de sua integridade física. E que não basta, apenas que a perícia técnica comprove a existência dos agentes agressivos, pois estes têm que estar enquadrados nos itens das Normas regulamentadoras nº 15 e nº 16, respectivamente, da Portaria nº 3.214/78 para que sejam considerados devidos.

Como já dito, existem situações em que o empregado no exercício de suas funções, o faz submetido a agente insalubre e perigoso, concomitantemente, e tem pela Consolidação das Leis Trabalhistas – CLT, o dever de optar por receber como pagamento, apenas um dos adicionais, o que lhe for mais vantajoso, pois é vedada a percepção cumulativa desses.

A doutrina pátria, e o entendimento jurisprudencial, de forma quase unânime, apoiam a previsão legal, e seguem no sentido de vedar a percepção cumulativa dos adicionais de insalubridade e periculosidade quando o empregado exerce atividades nas quais haja exposição aos agentes gravosos, e sofra iminente risco de vida concomitantemente.

Este capítulo tem a finalidade de analisar as questões acerca da (im)possibilidade de cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade.

Trata-se de matéria bastante atual e controvertida, pois, tem-se, de um lado, uma corrente doutrinária majoritária defensora da incumulatividade dos adicionais e, do outro lado, entendimentos jurisprudenciais recentes voltados para a possibilidade da percepção cumulativa dos mesmos.

3.1 Argumentos contrários à cumulação dos adicionais

A acumulação dos adicionais de insalubridade e de periculosidade reúne posições contraditórias. De um lado, há doutrinadores que defendem a impossibilidade de que o empregado perceba cumulativamente ambos os adicionais. Do outro, há os que entendem não haver nenhuma ilegalidade na percepção de ambos os adicionais por um mesmo empregado, visto que se trata de direitos de natureza distinta.

A partir dos autores que defendem a impossibilidade da acumulação de percepção dos adicionais, pode-se pensar numa série de argumentos contrários à cumulação dos adicionais.

Dentre eles se destacam o próprio poder de escolha dado ao empregado que optará, em caso de exercer trabalho que implica simultaneamente em serviço insalubre e perigoso, “pelo adicional que melhor lhe convir” (MORAES FILHO; MORAES, 2014, p.402), permitindo que ele analise e escolha o que melhor atenda as suas necessidades, seja ele o de maior valor ou até mesmo o de menor valor.

Garcia (2008, p. 338), ampliando esse entendimento, sustenta que:

Por fim, como o art. 193, §2º, da CLT, assegura o direito do empregado de optar entre o adicional de periculosidade e o adicional de insalubridade, prevalece o entendimento de que ele não faz jus ao recebimento de ambos os adicionais ao mesmo tempo. Conseqüentemente, não há como integrar o adicional de insalubridade no cálculo do adicional de periculosidade, justamente porque o recebimento deste afasta o direito do primeiro.

Desse modo, percebe-se, como diz Martins (2012, p. 262) que:

Não se está impedindo o empregado de receber o adicional, tanto que ele vai escolher o adicional que for maior. Está também de acordo com o princípio da legalidade, de que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer algo a não ser em virtude de lei.

Aliás, nesse sentido, Barros (2012, p. 628) reitera que: “caso o empregado trabalhe em condições perigosas e insalubres, simultaneamente,

os adicionais não se acumulam, por disposição expressa em lei. O empregado poderá optar pelo adicional que lhe for mais favorável.”

Ademais, essa vertente atesta o amparo de sua argumentação no Princípio da Legalidade, pelo exposto no artigo 193, §2º, da CLT, pelo item 15.3 da NR-15 da Portaria nº 3.214/82 do Ministério do Trabalho, que veda, taxativamente, a percepção cumulativa, tanto quanto o disposto pelo artigo 7º, inciso XXIII da Constituição Federal. Nesse último fundamento, há a estipulação de quais os adicionais serão concedidos e há a utilização da conjunção coordenativa “ou” na estipulação quanto ao pagamento dos adicionais, o que faz considerar pela vedação implícita à percepção cumulativa dos adicionais referidos.

Item 15.3, NR-15. No caso de incidência de mais de um fator de insalubridade, será apenas considerado o de grau mais elevado, para efeito do acréscimo salarial, sendo vedada a percepção cumulativa.

Art. 7º, CRFB/88. 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 (grifos nossos).

Portanto, amplamente consubstanciada na definição do referido princípio, essa vertente alega que o artigo 193, §2º, da CLT, foi recepcionado pela Constituição Federal. A fundamentação é de que a norma ordinária, no caso, a Lei nº 5.452 de 1943, é totalmente compatível com a nova ordem constitucional inaugurada em 1988, que por ser a mais importante hierarquicamente entre as normas brasileiras, determina as diretrizes para que as normas sejam acolhidas ou não no ordenamento jurídico pátrio.

Outro argumento, ainda, utilizado pela doutrina e jurisprudência é o locupletamento do empregado, caso fosse possível a percepção cumulativa, uma vez que ele devendo optar por um adicional, aquele que lhe for mais vantajoso, e fizer a percepção por dois adicionais, estaria se enriquecendo sem causa, pois lhe é devido receber somente por um, sendo certo que não há violação ao Princípio da Legalidade quanto à vedação da cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade.

Ainda neste sentido,

ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE. CUMULAÇÃO. O deferimento do adicional de periculosidade, quando a empresa já pagava o adicional de insalubridade, enseja, face à vedação legal da cumulação das benesses referidas (§ 2º, art. 193 da CLT), a determinação de que sejam deduzidos os valores satisfeitos durante a contratualidade relativamente ao adicional de insalubridade, ainda que inexistia pedido expresso neste sentido na defesa. (Tribunal Regional do Trabalho. Recurso Ordinário nº 0848-2007-025-12-00-4, da 3ª Turma do tribunal do Estado de Santa Catarina, Xanxerê, SC, 13 de novembro de 2009)

Destarte, é possível verificar que o recurso foi acolhido de sobremaneira que seja deduzido do empregado o valor correspondente do adicional de insalubridade, pois de acordo com a lei, é impossível a percepção cumulativa dos adicionais de insalubridade e periculosidade, quando o empregado labora exposto aos agentes nocivos à sua saúde e quando há risco iminente de vida, simultaneamente, cabendo a ele escolher o que melhor lhe aprouver. A decisão foi embasada no § 2º do artigo 193 da CLT juntamente ao Item 15.3 da NR 15 da Portaria Ministerial nº 3.214/78.

No caso de incidência do agente nocivo, acrescido a um fator de insalubridade, será considerado o de maior grau, vedando-se a percepção cumulativa. Assim, veja-se:

ADICIONAIS DE PERICULOSIDADE E INSALUBRIDADE. CUMULAÇÃO. VEDAÇÃO PREVISTA NO ART. 193, § 2º, DA CLT. Nos termos do art. 193, § 2º, da CLT, o autor pode optar pelo pagamento do adicional que lhe é mais benéfico. Portanto, esse dispositivo legal inviabiliza a percepção cumulada dos adicionais de insalubridade e periculosidade.

PERICULOSIDADE. INSALUBRIDADE. OPÇÃO. A mera formulação de pedido de adicional de periculosidade, quando a empresa já pagava o adicional de insalubridade, traduz opção pelo de maior valor, mesmo que não explícita. Ainda que não haja pedido na defesa, o Juiz deverá determinar a dedução dos valores pagos, independente de requerimento na defesa, diante da expressa previsão de não-cumulação dos adicionais. (Tribunal Regional do Trabalho. Recurso Ordinário nº 02543-2005-032-12-00-3, da 2ª Vara do Trabalho de Santa Catarina, São José, SC, 17 de outubro de 2008)

INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE. CUMULAÇÃO DE PEDIDOS. POSSIBILIDADE. Entendo que o § 2º do art. 193 da

CLT veda a cumulação de recebimento pelo trabalhador do adicional de insalubridade e do adicional de periculosidade, não impede que o autor formule pedido por ambos os adicionais a fim de ser efetuada a apuração tanto da existência de insalubridade como de periculosidade, em razão da possibilidade do trabalhador estar sujeito a ambas condições, cabendo ao trabalhador optar por um dos adicionais, na hipótese de ser constatada a existência de ambas as situações. Recurso ordinário não provido neste aspecto. (Tribunal Regional do Trabalho. Recurso Ordinário nº 00754-2004-027-12-00-5, da 2ª Vara do Trabalho do Estado de Santa Catarina, Criciúma, SC, 14 de setembro de 2007)

Nesse diapasão, tem decidido o Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região na mesma linha de pensamento, a exemplo dos seguintes julgados:

ADICIONAL DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE. NÃO CUMULAÇÃO. 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). Frise-se que a Convenção 155 da OIT - Organização Internacional do Trabalho - não trata da cumulação de adicionais. Portanto, não revoga a disposição celetista antes mencionada nem é com ela incompatível ou com a regulamentação respectiva vigente (Portaria 3.214/78 e Anexos) TRT da 3ª Região; PJe: 0010073-12.2014.5.03.0073 (RO); Disponibilização: 04/05/2015, DEJT/TRT3/Cad.Jud, Página 510; Órgão Julgador: Décima Turma; Relator: Deoclecia Amorelli Dias)

Corroborando a esse entendimento, o julgado do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, veja-se:

ADICIONAL DE PERICULOSIDADE, ADICIONAL DE INSALUBRIDADE – ACUMULAÇÃO ADICIONAIS DE PERICULOSIDADE E INSALUBRIDADE – CUMULAÇÃO – IMPOSSIBILIDADE. Não pode haver cumulatividade dos adicionais de insalubridade e periculosidade, considerando a disposição expressa no parágrafo 2º do art. 193 da CLT, que confere ao empregado que labora em condições perigosas e insalubres o direito a optar pelo adicional que lhe for mais favorável, ou seja, o legislador afastou a possibilidade de superposição de adicionais quando verificada a cumulação de riscos, regra legal que se manteve íntegra, mesmo depois da promulgação da Constituição da República. (TRT da 3ª Região; PJe: 0010358-78.2014.5.03.0081 (RO); Disponibilização: 07/05/2015, DEJT/TRT3/Cad.Jud, Página 111; Órgão Julgador: Quarta Turma; Relator: Julio Bernardo do Carmo)

E ainda em recente decisão, veja-se:

RECURSO DE REVISTA. CUMULÇÃO DOS ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE E DE PERICULOSIDADE. IMPOSSIBILIDADE. O Tribunal Regional manteve a decisão primária quanto à possibilidade de cumulação dos adicionais de periculosidade e insalubridade, com base em dispositivos constitucionais e em Convenções da OIT. Porém esta Corte adota entendimento de que não é possível a cumulação dos referidos adicionais, nos termos do artigo 193, § 2º, da CLT. Ao ser prevista a opção entre o adicional de insalubridade e de periculosidade, depreende-se que ao empregado ficou inviabilizada a percepção de ambos os adicionais simultaneamente. O acórdão regional merece reforma a fim de adequar-se à jurisprudência desta Corte. (Processo: RR - 10037-31.2014.5.15.0074. Data de Julgamento: 02/09/2015, Relatora Ministra: Dora Maria da Costa, 8º Turma, Data da Publicação: DEJT 04/09/2015.)

Deste feito, a vertente majoritária defende ser impossível a percepção cumulativa dos adicionais de insalubridade e periculosidade quando o empregado labora, simultaneamente, exposto aos agentes nocivos à sua saúde e submetido a atividade que ocasione risco iminente de vida, cabendo-lhe optar pela percepção de apenas um deles.

3.2 Argumentos a favor da cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade

No item anterior vimos os entendimentos de diversos doutrinadores e diferentes julgados que defendem que o obreiro não faz jus à percepção cumulativa dos adicionais de insalubridade e de periculosidade, quando labora exposto a agentes insalubres e perigosos, ao mesmo tempo.

Agora, apontaremos os principais argumentos que substanciam a possibilidade de cumulação dos referidos adicionais, apresentando como dispositivos e princípios constitucionais e específicos do Direito do Trabalho, convenções internacionais da OIT e jurisprudências que balizam tal interpretação.

3.2.1 A supremacia da Constituição Federal

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 é conhecida por assegurar aos trabalhadores um patamar apurado de direitos e garantias, segundo o qual a conquista e afirmação de sua dignidade passam pela sua intangibilidade física e psíquica. O texto de 1988 traz como marca defender a dignidade da pessoa humana, a construção de uma sociedade justa com a promoção do bem de todos, a diminuição dos riscos inerentes ao trabalho, a proteção ao trabalhador, o valor social do trabalho, a função social da propriedade e da preservação do meio ambiente de trabalho e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Em especial, o texto de 1988 garantiu o direito social do trabalhador à redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança (CR/88: Lições Preâmbulares, art. 1º, III e IV, art. 3º, I e IV, art. 7º, XXII, art. 170, III, art. 200, VIII e art. 225).

A Lei Maior confere ao trabalho, em seu artigo 1º, status de fundamento da República como valor social, juntamente à soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana e ao pluralismo político. No art. 6º imprime ao trabalho o valor de direito social. Institui através do art. 170 que a ordem econômica apoia-se na valorização do trabalho e enfatiza no art. 193, que a ordem social tem como base o primado do trabalho. A educação, conforme art. 205, visa o pleno desenvolvimento da pessoa e qualificação do trabalho, sustentado pelo art. 214, IV, que salienta que o plano de educação deverá ser voltado dentre outros fins, para a formação do trabalho. Assim, Melo (2006, p. 126) aduz que:

Quando a Constituição fala em dignidade humana, em valor social do trabalho, em pleno emprego em defesa do meio ambiente, está afirmando categoricamente que não basta qualquer trabalho, mas trabalho decente, trabalho adequado, trabalho seguro, como forma de preservar a saúde do trabalhador, como o mais importante bem que dispõe, considerando, outrossim, como bem supremo.

A Constituição Federal é norma suprema do ordenamento jurídico, de hierarquia superior às demais. As normas infraconstitucionais, para ter validade, precisam ser compatíveis com as normas constitucionais e devem ser

interpretadas de maneira harmoniosa em todo o conjunto devendo prevalecer sempre a Lei Superior.

O artigo 7º, XXIII deveria ser argumento mais que satisfatório à possibilidade de cumular adicionais de remuneração ao trabalhador quando exposto concomitantemente a diversos agentes agressivos. Ele dispõe que o empregado tem o direito à percepção de adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas na forma da lei, que garante de forma plena o direito mencionado tendo em vista que não institui qualquer ressalva quanto à cumulação. Porém, como já dito a CLT veda no §2º do art. 193 tal concorrência de adicionais.

Eis aí um exemplo nítido de embate de normas jurídicas em que a norma superior e mais nova deve prevalecer. Deste modo, Martins (2014, p. 67) nos ensina que:

O ordenamento jurídico pode ter critérios para resolver o conflito de regras. Dependendo do caso, a regra de maior hierarquia tem preferência sobre a de menor hierarquia, ou a mais nova tem preferência sobre a mais antiga (§ 1º, do art. 2º do Decreto-Lei nº 4.657/42) ou a mais específica sobre a mais genérica.

Embora exista a autorização constitucional pela possibilidade da regulamentação dos adicionais pela lei infraconstitucional, esta não pode limitar, minimizar e nem prejudicar os direitos já garantidos constitucionalmente.

(...) embora a lei possa, em certos casos, impor restrições aos direitos fundamentais, sem dúvida não pode fazê-lo ao ponto de comprometer o conteúdo essencial do direito que estiver em questão (FORMOLO, 2006, p. 53).

Ademais, conclui Leite (2015, p. 396):

Por conta da literalidade do referido dispositivo consolidado, a doutrina majoritária sustenta que são inacumuláveis os adicionais de insalubridade e periculosidade. No entanto. A interpretação teleológica da regra em causa autoriza a possibilidade de acumulação, mormente se adotarmos a interpretação conforme a Constituição, já que o texto constitucional estimula a adoção de normas tendentes a reduzir

os riscos inerentes ao trabalho, isto é, as doenças e os acidentes de trabalho, e reconhece como direitos fundamentais dos trabalhadores os adicionais de remuneração para as atividades perigosas, insalubres ou penosas (CF, art. 7º, XXII e XXIII).

Portanto, fica evidenciado que o art. 193 § 2º da CLT não foi, em nosso entendimento, recepcionado pela nossa Carta Magna de 1988. O que permitiria a possibilidade de percepção dos adicionais de insalubridade e periculosidade quando o obreiro se sujeita à exposição concomitante aos agentes danosos e perigosos à sua saúde e integridade física.

3.2.2 Os princípios constitucionais

Observar e aplicar os princípios podem ser meio, eficaz, para justificar a possibilidade de cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade, pois Martins (2014, p.66) nos ensina que:

É o princípio o primeiro passo na elaboração das regras, pois dá sustentáculo a elas. O princípio é mais abrangente que uma simples regra; além de estabelecer certas limitações, fornece fundamentos que embasam uma ciência e visam a sua correta compreensão e interpretação. Violar um princípio é muito mais grave do que violar uma regra. A não observância de um princípio implica ofensa não apenas a específico dispositivo, mas a todo sistema jurídico.

Os princípios possuem funções de informação, ao servir de inspiração e orientação ao legislador, de integração, ao atuar como suplemento às omissões ou lacunas da lei, de interpretação, ao auxiliar os intérpretes e aplicadores da lei na compreensão da norma jurídica e de construção do ordenamento jurídico.

O Direito tem, dentre outras, a finalidade de assegurar a convivência harmônica a todos os membros da sociedade, imputando-lhes deveres, obrigações e prerrogativas. Como vimos, o Direito do Trabalho surgiu da necessidade de proteger o empregado, figura hipossuficiente da relação de trabalho.

O Direito do Trabalho nasce da existência de uma desigualdade material entre os sujeitos da relação de emprego, o que justifica um ramo jurídico especializado para, no plano legal, tentar equilibrar a diferença social e econômica existente no plano fático entre trabalhador e empregador. (MAGALHÃES, GUERRA, 2014, p.167).

Os princípios fundamentais explicitados pela Carta Mor devem ser o alicerce para qualquer análise em relação às normas de proteção à vida e à saúde dos trabalhadores. Eles servem de informação, inspiração e de fundamento estrutural, às normas jurídicas. Sem eles ou em desacordo a eles temos um ordenamento jurídico fadado ao insucesso.

Como fundamento da República, o princípio da Dignidade da Pessoa Humana, determina que em face dele todas as normas devem ser criadas, aplicadas e interpretadas.

A constitucionalização do princípio da dignidade da pessoa humana modifica, em sua raiz, toda a construção jurídica: ele impregna toda a elaboração do Direito, porque ele é o elemento fundante da ordem constitucionalizada e posta na base do sistema. Logo, a dignidade da pessoa humana é princípio havido como superprincípio constitucional, aquele no qual se fundam todas as escolhas políticas estratificadas no modelo de Direito plasmado na formulação textual da Constituição. (ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *O Direito à vida digna*. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 38.)

Nessa vertente, entendemos que a dignidade da pessoa humana do trabalhador tem valor supremo, tem força de *superprincípio* e deve ser garantida pelo Estado Democrático de Direito.

Nesse contexto questionamos se ela é respeitada quando o obreiro exerce concomitantemente as atividades em que fica exposto a agente insalubre e em eminente risco de vida ou de sua integridade física, restando-lhe optar em perceber apenas um dos adicionais.

Outro fundamento da República determinado pela Constituição Federal é o princípio do valor social do trabalho, sendo este precedente ao valor social da livre iniciativa. Significa que se beneficia o trabalhador antes mesmo de apreciar sua atividade, pois há primazia do trabalho em face da ordem econômica e social. Associamos esse princípio ao art. 170 do referido diploma que trata da ordem econômica dispondo basicamente que ela é fundada na

valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, a fim de assegurar a todos vida digna, bem estar e justiça social.

Direito social é uma nomenclatura bastante vaga e genérica, porém Martins (2014, p. 16) leciona que: “Direitos sociais são garantias estabelecidas às pessoas para a proteção de suas necessidades básicas, visando garantir uma vida com um mínimo de dignidade”.

Em conformidade com o art. 6º da CRFB são a educação, a saúde, a moradia, o trabalho, a alimentação, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, à segurança pública, enfim, direitos voltados a proteção das pessoas.

A efetivação desse princípio faz com haja uma “valorização do trabalho em dimensões éticas que não ficam reduzidas a meras expressões monetárias” (OLIVEIRA, 2011, p. 140). Isto quer dizer que os valores sociais se sobrepõem aos valores econômicos. Faz com que o trabalhador devesse ser bem recompensado pelo trabalho prestado, propiciando melhor qualidade de vida, provida de educação, saúde, aquisição de bens, ocupação de um lugar socialmente reconhecido, realização de projetos, sustento seu e de sua família, dentre muitos outros. Possibilita meios de desfrutar de uma vida melhor, minimizando as desigualdades, a pobreza e as exclusões.

Neste sentido, Delgado (2009, p.36) leciona que:

o emprego, regulado e protegido por normas jurídicas, desponta [...] como o principal veículo de inserção do trabalhador na arena socioeconômica capitalista, visando propiciar-lhe um patamar consistente de afirmação individual, familiar, social, econômica e, até mesmo, ética.

Formolo (2006, p. 59), sustenta a não recepção do art. 193, § 2º da CLT por considerar que houve uma inversão dos valores em que naquele resta claro privilegiar o capital ao trabalho, dado que:

deixou-se o legislador celetista orientar por uma prevalência do interesse do capital sobre o trabalho, possivelmente temendo que o desembolso simultâneo dos dois adicionais se revelasse excessivamente oneroso à classe empresarial e produzisse conseqüências negativas para a economia.

Sendo certo que a Carta Mor privilegia o valor social do trabalho ao valor social da livre iniciativa, temos que o art. 193, § 2º celetista juntamente a Norma Regulamentadora nº 15, item 3, da Portaria nº 3.214/78, do Ministério do Trabalho e Emprego, conforme visto no capítulo anterior, vão na contramão dessa ordem. A limitação trazida pelo aludido artigo nos remete a uma nítida prevalência aos interesses econômicos, que não favorece o obreiro, especialmente quando ele faz jus ao recebimento cumulativo dos adicionais de insalubridade e de periculosidade. É notório que o legislador celetista fere o princípio norteador do valor social do trabalho. Tal princípio não é efetivado quando o trabalhador tem agravado sua saúde e integridade física, por não ter o empregador eliminado, tampouco neutralizado, o ambiente laboral e nem mesmo proporcionado um acréscimo salarial decorrente da exposição simultânea aos agentes agressivos ensejadores dos referidos adicionais.

é correto afirmar que, por via indireta, a saúde obteve *status* de fundamento da República Federativa do Brasil, como consectário dos preceitos da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF 1988) e o do valor social do trabalho (art. 1º, IV, CF 1988). (COSTA, 2012, p. 188)

A intenção do legislador constituinte foi de garantir uma sadia qualidade de vida ao trabalhador. Para tanto fez garantir um ambiente de trabalho seguro, equilibrado e sustentável, afinal é onde o obreiro passa a maior parte do seu tempo de vida.

O homem passa a maior parte da sua vida útil no trabalho, exatamente no período da plenitude de suas forças físicas e mentais, daí por que o trabalho, freqüentemente, determina o seu estilo de vida, influencia nas condições de saúde, interfere na aparência e apresentação pessoal e até determina, muitas vezes, a forma da morte. (OLIVEIRA, 2011, p. 142)

Assim temos que não há como tratar meio ambiente em geral sem meio ambiente de trabalho, pois este está inserido naquele. Oliveira (2011, p. 142) leciona que: “é impossível alcançar qualidade de vida sem ter qualidade de trabalho, nem se pode atingir meio ambiente equilibrado e sustentável, ignorando o meio ambiente do trabalho”.

O empregador tem que garantir ao empregado condições mínimas de segurança, higiene e saúde. O legislador com o intuito de proteger o obreiro instituiu diversos adicionais, tais como os de insalubridade e periculosidade, à remuneração deste a fim de majorar os custos do empregador. A real intenção não é a monetização dos riscos, e sim a eliminação ou minimização dos agentes gravosos à saúde e à vida do trabalhador.

o objetivo da CR/88 ao prever o direito à percepção dos adicionais é de cunho social e não financeiro, pois seu intuito é o de desestimular o empregador a continuar exigindo trabalho em situações gravosas, compelindo-o a tomar providências no sentido de alcançar melhorias consideráveis no ambiente de trabalho, fazendo deste local um lugar ecologicamente equilibrado. (Silva, Zapata, 2013, s. p.)

Neste sentido, corrobora Pena (2011, p. 103):

O pagamento cumulativo dos adicionais, aumentando o custo operacional do empregador, deve servir de estímulo para investimentos na melhoria do ambiente laboral, buscando afastar o agente agressivo. Afinal, pergunta-se: por que razão o empregador investiria quantias vultuosas na eliminação dos agentes agressivos ou na edificação de um ambiente de trabalho não prejudicial ao empregado, quando existe a possibilidade de manter esse ambiente, pagando ao trabalhador um adicional irrisório? O ideal seria o pagamento do adicional somente quando, apesar de adotadas as medidas necessárias e cabíveis relativas ao ambiente de trabalho, persistisse a nocividade/periculosidade/penosidade, e não como uma troca da saúde ou da vida do trabalhador pelo adicional, de valor ínfimo.

Temos então que o objetivo da Constituição é proteger a saúde e o meio ambiente de trabalho, priorizando a prevenção e visando a eliminação, neutralização ou a redução máxima dos riscos em face do pagamento de adicionais e indenizações. Quando se tem o respeito ao meio ambiente de trabalho saudável e o obreiro é submetido às atividades insalubres e perigosas concomitantemente, ele deve ser recompensado com ambos os adicionais, contrariando o dispositivo da CLT. Para que isso se concretize é preciso enfatizar o princípio da máxima efetividade da norma constitucional, pois é dever do empregador reduzir os riscos inerentes ao trabalho e promover um meio ambiente do trabalho equilibrado.

Aqui vale destacar o princípio da máxima efetividade, da eficiência ou princípio da interpretação efetiva, segundo o qual se deve atribuir à norma constitucional o sentido que maior eficácia lhe dê. Se o legislador assegurou ao trabalhador “a redução dos riscos inerentes ao trabalho” e “adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas”, não é possível admitir que uma norma infraconstitucional restrinja o alcance de referidos dispositivos constitucionais, porque isso prejudicaria sua máxima efetividade. [...] a cumulação dos adicionais se mostra como medida necessária para estimular os empregadores a adaptarem o ambiente/condições laborais de molde a reduzir os “riscos inerentes ao trabalho”. [...] O princípio da máxima efetividade da norma constitucional rotineiramente tem sido adotado como fundamento em decisões que exigem um novo olhar para as normas infraconstitucionais (PENA, 2011, p. 88).

Diante de todo o exposto conclui-se que a lei infraconstitucional que impossibilita a cumulação dos adicionais não pode reduzir o alcance da norma constitucional, tendo em vista que fere de morte os principais princípios da Constituição.

3.2.3 Os princípios específicos do Direito do Trabalho

Como vimos no item anterior o Direito do Trabalho surge diante da necessidade de nivelar desigualdades existentes nas relações entre empregador e empregado. E para tanto, como ramo autônomo da ciência jurídica, ele é construído à base de princípios, dentre os quais o mais importante é o da proteção ao trabalhador.

O princípio da proteção ao trabalhador é compreendido sob três aspectos: “*in dubio pro operário*”; em que havendo conflito de interpretações deve-se optar pela que mais favoreça o empregado; a norma mais favorável, que aplica a disposição que favorecer o empregado, independentemente de hierarquia das fontes; e a condição mais benéfica, que havendo uma nova condição não pode cabe renunciar à já alcançada. A legislação trabalhista é regida sob a égide desse princípio, principalmente nos Títulos II e III que permeiam a proteção à saúde, higiene e segurança do trabalhador. Segundo Sussekind (*apud* Oliveira, 2011, p. 46) “a necessidade de proteção social aos

trabalhadores constitui a raiz sociológica do Direito do Trabalho e é imanente a todo seu sistema jurídico.”

Ainda constam os princípios da imperatividade das normas trabalhistas, a irrenunciabilidade dos direitos, a inalterabilidade contratual lesiva, a primazia da realidade e a continuidade da relação de emprego, que são nada menos que desdobramentos do princípio da proteção.

O princípio da proteção orienta que a estrutura do Direito do Trabalho é voltada a conter os excessos da opressão da classe dominante. Tem o condão de oferecer regras ao oprimido na tentativa de igualar as partes.

Delgado (2013, p. 190) aduz que:

Informa este princípio que o Direito do Trabalho estrutura em seu interior, com suas regras, institutos, princípios e presunções próprias, uma teia de proteção à parte hipossuficiente na relação empregatícia – o obreiro -, visando retificar (ou atenuar), no plano jurídico, o desequilíbrio inerente ao plano fático do contrato de trabalho.

No princípio da irrenunciabilidade dos direitos, o obreiro não pode abrir mão dos direitos listados na legislação trabalhista; caso o faça, presume-se coação por parte do empregador. As normas trabalhistas são cogentes, tendo como pressuposto o art. 9º da CLT, “são nulos os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos trabalhistas”.

O princípio da inalterabilidade contratual lesiva declara que o contrato de trabalho pode ser alterado no decorrer da relação, porém somente para beneficiar as condições do empregado, restando proibidas as alterações desfavoráveis.

O princípio da primazia da realidade sobre a forma propaga que na relação de trabalho deve prevalecer os fatos reais, ou seja, a relação empregatícia como acontece de fato e não a forma possivelmente construída em descompasso com a verdade.

Nos termos do princípio da continuidade da relação de emprego há primazia de que os contratos de trabalho devem ser por tempo indeterminado, exceto os contratos a termo; afinal é por meio deles que o trabalhador condiciona a qualidade de sua vida.

O princípio da norma mais favorável implica um conflito de normas numa mesma situação jurídica. Neste caso o operador do direito do trabalho deve invocar a norma que mais favoreça o empregado independentemente da escala hierárquica das normas jurídicas. Deve-se observar três situações distintas, quais sejam, no momento da elaboração da regra, no confronto entre regras concorrentes e na interpretação das normas jurídicas. Se for para beneficiar o trabalhador norma infraconstitucional pode ter respaldo sobre norma constitucional alheia a tal benefício e vice versa.

A norma de hierarquia inferior não poderá, validamente, restringir ou afastar a proteção definida em norma de grau superior. Por isso, havendo conflito entre lei e Constituição, pretendendo, a lei, restringir ou extinguir o conteúdo mínimo de proteção assegurado ao trabalhador pela Lei Maior, prevalecerá o princípio da supremacia da Constituição, e a lei será tida por inconstitucional. (FORMOLO, 2006, p. 53)

Silva (2004, p. 163) entende que “a lei anterior com elas incompatível deve ser considerada revogada, por inconstitucionalidade”.

Diante do exposto verificamos que a impossibilidade de cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade fere os princípios inerentes ao Direito do Trabalho. Permitir que o empregado exerça atividades que causem dano à sua saúde e perigo à vida e negar-lhes o recebimento por ambos adicionais que a cada um é de direito, restando-lhe optar por apenas um deles, é uma grave ofensa ao princípio da proteção.

3.2.4 Fatos geradores distintos

Conforme discutimos neste trabalho, o adicional de insalubridade é devido ao trabalhador que labora exposto aos agentes químicos, físicos ou biológicos que possam afetar sua saúde, causando-lhe enfermidades. E o adicional de periculosidade é devido ao trabalhador que labora exposto a riscos que possam lhe causar um “infortúnio súbito, imediato, capaz de lhe tolher a vida ou provocar lesão grave de um momento para outro” (Formolo, 2006, p. 55).

Assim, temos que o obreiro precisa se sujeitar à exposição a agentes diversos: químicos, físicos ou biológicos, contidos na Norma Regulamentadora (NR) nº 15, da Portaria nº 3.214/1978 do Ministério do Trabalho e Emprego, observados os limites de tolerância, os quais põem em risco sua saúde, para que faça jus ao adicional de insalubridade. E temos que o obreiro para ter o direito ao adicional de periculosidade precisa exercer atividades ou operações perigosas, aprovadas e regulamentadas pela Norma Regulamentadora (NR) nº 16, também da Portaria nº 3.214/1978 do Ministério do Trabalho e Emprego, que consubstanciam em incapacidade, mutilação ou morte súbita.

O bem da vida em questão é diferente, não cabendo a impossibilidade da cumulação. O art. 193, § 2º da legislação trabalhista que veda a percepção das duas parcelas e oferece ao empregado a opção de escolha pelo adicional que melhor lhe aprouver não pode prevalecer.

Neste sentido, Garcia (2012, p. 1109) assevera que:

[...] merece fundada crítica, pois se o empregado está exposto tanto ao agente insalubre como também à periculosidade, nada mais justo e coerente do que receber ambos os adicionais (art. 7º, inciso XXIII, da CF88), pois os fatos geradores são distintos e autônomos.

Souto Maior (2000, p. 235) compartilha do mesmo entendimento e expõe que:

[...] o entendimento doutrinário e jurisprudencial dominante, no que se refere à impossibilidade de recebimento de mais de um adicional, por acumulação de agentes agressivos no ambiente de trabalho, não pode prevalecer.

A legislação celetista é contrária a possibilidade da cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade. Ela permite ao obreiro optar por apenas um dos adicionais de remuneração, àquele que for mais favorável ao trabalhador, o que nos permite considerar que o obreiro só recebe por uma atividade, a outra ele labora sem nenhuma contraprestação. Fere de forma sinalagmática o contrato de trabalho, pois este tem que ser bilateral e recíproco em obrigações que se equivalham. O § 2º do art. 193 da CLT é bastante preciso ao definir a existência das atividades em que o obreiro se sujeita

exposto aos agentes insalubres e perigosos ao mesmo tempo, tendo em vista que permite ao empregado optar por apenas um deles, afinal é como escolher o adicional de periculosidade e renunciar ao adicional de insalubridade ou vice-versa, pois os dois não se cumulam.

Formolo (2006, p. 64) afirma que:

No caso de optar pelo adicional de periculosidade, estará trabalhando em condições insalubres “de graça”, ou seja, sem nenhuma compensação pecuniária e vice-versa, no caso de optar pelo adicional de insalubridade (caso em que o labor em condições perigosas será prestado sem nenhuma compensação pecuniária), ao arrepio da Constituição e sujeitando-se a manifesto desequilíbrio e desvantagem na relação contratual, comprometida que fica, em rigor, em equivalência das prestações dos sujeitos contratantes.

[...] É como se dissesse ao empregado: sim, sua atividade é realmente insalubre, pois se enquadra nas normas que a definem como tal, mas mesmo assim você não tem direito ao adicional de insalubridade, porque veja que azar, sua atividade é também perigosa e você já recebe o adicional de periculosidade...; ou então: sim, sua atividade é realmente perigosa, pois se enquadra nas normas que a definem como tal, mas mesmo assim você não tem direito ao adicional de periculosidade porque, afinal de contas, quem mandou trabalhar em atividade que, além de perigosa, é também insalubre e, ainda por cima, optar pelo adicional de insalubridade?

Invocar a cumulação desses adicionais não caracteriza *bis in idem*, isto é, pagamento em dobro, pois como pudemos constatar cada adicional está adstrito a um bem da vida distinto, tem fatos geradores diferentes, sequelas diferentes e não se confundem. Ademais, não cabe alegar a impossibilidade de cumulação, pois os adicionais em geral são parcelas suplementares pagas ao empregado quando ele exerce uma atividade especial. Se não fosse possível, como justificar a cumulação dos adicionais de transferência com o adicional noturno ou mesmo os adicionais de horas extras com adicional de insalubridade e assim por diante.

O legislador celetista foi tendencioso ao empregador e infeliz ao permitir somente a opção por um dos adicionais, afinal, como sugere Formolo (2006, p. 66) em seu trabalho, seria plausível obrigar o empregado a optar entre o pagamento do 13º salário e as férias? É o que acontece quando tratamos da não possibilidade da cumulação pelo dispositivo celetista. Isto

significa que houve uma reparação parcial ou incompleta pela prestação do trabalho. Em suma, resta, sem dúvida alguma, que há uma incongruência em relação à impossibilidade da cumulação pelos fatos geradores distintos, bem como pelo raciocínio dado aos demais adicionais.

3.2.5 Lacunas ontológicas e axiológicas

Vimos no decorrer deste trabalho que o direito do trabalho sofre constantes modificações por todo um contexto político, econômico, social e cultural. Tem como principal característica o dinamismo, ao ponto de por diversas vezes, a realidade mudar antes do Direito, ficando este sem normas para tutelar determinado fato. Pode acontecer também de as normas ficarem incompatíveis, de forma não harmônica ao contexto das novas mudanças. Diante disto podemos concluir que existem lacunas no nosso ordenamento jurídico e para tanto necessitamos buscar fonte normativa subsidiária, conforme art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) e art. 8º da CLT¹⁰.

Segundo Delgado (2009, p. 223):

A integração comporta, portanto, um conjunto de mecanismos voltados a assegurar o suprimento das lacunas apresentadas pelas fontes principais do sistema jurídico perante determinado caso concreto. Este instituto é que permite atender-se ao princípio da plenitude da ordem jurídica, informador de que a ordem jurídica sempre terá, necessariamente, uma resposta normativa para qualquer caso concreto posto a exame do operador do Direito.

¹⁰Art. 4º, LINDB. Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

Art. 8º, CLT. As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito do trabalho, e ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.

Parágrafo único. O direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho, naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste.

A doutrina diante dessa perspectiva passa a identificar não só as lacunas normativas, mas também as lacunas ontológicas e axiológicas do Direito.

A lacuna normativa é quando há ausência de norma sobre determinado fato específico. A lacuna ontológica consta de normas, porém elas são incompatíveis aos fatos sociais, uma vez que não conseguiram acompanhar a evolução nas relações sociais. A lacuna axiológica também consta de normas, porém quando aplicadas tornam-se injustas ou insatisfatórias.

Podemos concluir que o § 2º do art. 193 da CLT que veda a percepção cumulativa dos adicionais de insalubridade e periculosidade não dispõe de lacuna normativa, mas sofre de lacuna ontológica e axiológica. Nesta porque carece, pelo aplicador do Direito, a busca no ordenamento jurídico de outro fundamento para justificar a possibilidade da cumulação, sendo que sem esse procedimento sua aplicação torna-se injusta e insatisfatória. E naquela, por a norma estar em desacordo com o contexto sionormativo em que vivemos, uma vez que esse artigo remonte de 1977.

3.2.6 As convenções 148 e 155 da Organização Internacional do Trabalho (OIT)

Como vimos no decorrer do trabalho, a OIT tem profunda influência na legislação trabalhista, visando proteger a vida e a saúde dos trabalhadores, propiciando trabalho digno e universalização da justiça social. São diversas as convenções que interferem diretamente na vida de cada trabalhador. Porém, para justificarmos a possibilidade da cumulação dos adicionais, trataremos, especialmente, da Convenção 148 – Convenção sobre a proteção dos trabalhadores contra os riscos devidos à contaminação do ar, ao ruído e às vibrações no local de trabalho, em vigor no Brasil desde 14.1.1983, através do Decreto nº 93.416/1986 e da Convenção 155 – Convenção sobre segurança e saúde dos trabalhadores e meio ambiente de trabalho, em vigor no nosso país desde 18.5.1993, pelo Decreto nº 1.254/1994.

A convenção 148 da OIT dispõe no seu artigo 8º, item 3, a importância de estipular critérios e limites em razão a qualquer aumento dos riscos

profissionais resultantes da exposição simultânea no local de trabalho a vários agentes nocivos. Assim temos:

Artigo 8º.

[...]

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.

Isto quer dizer que o referido artigo estipula que se o trabalhador labora em atividade insalubre e perigosa concomitantemente, ele teve aumentado a agressividade à sua saúde e aos riscos de vida, devendo portanto, receber pelos dois adicionais. Afinal além de estipular os critérios e limites de exposição, os intervalos para cada atividade, também considerou o aumento do risco gerado quando o obreiro incide simultaneamente a vários agentes agressivos no local de trabalho.

Temos fatos geradores distintos, ou seja, mais de um agente agressor diferente, devendo haver a percepção de cada adicional correspondente a cada agente agressor, fato que não considera-se *bis in idem*. Portanto, fica evidente a possibilidade da cumulação dos adicionais.

A convenção 155 da OIT esclarece através do artigo 11, b, 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 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 exploração simultâneas a diversas substâncias ou agentes. [...]

Semelhantemente ao art. 8.3 da Convenção nº 148, o artigo acima mencionado também aborda os efeitos combinados dos agentes agressivos. A

intenção é proteger o trabalhador de tudo que for nocivo à sua saúde, pois pode ser que a exposição a um agente agressivo que esteja dentro dos limites toleráveis, não ocasione grandes danos. Porém, quando exposto a vários agentes possa alcançar patamares muito superiores a tolerância. Segundo Oliveira (2011, p. 93) “A presença de vários agentes agressivos, pelo efeito sinérgico, em vez de somar, multiplica os malefícios.”

Conseqüentemente o aludido pelo art. 11, “b”, da Convenção 155 da OIT entra em colisão com o disposto pelo § 2º, do art. 193 da CLT, pois ele autoriza a percepção da remuneração dos dois adicionais quando o empregado labora com incidência simultânea a diversas substâncias ou agentes nocivos à sua saúde ou à vida.

As convenções e tratados internacionais são fontes formais do Direito do Trabalho, que manifestam a exteriorização das normas jurídicas. Delgado (2002, p. 136) define que fonte formal é “o fenômeno de exteriorização final das normas jurídicas, os mecanismos e modalidades mediante os quais o direito transparece e se manifesta”.

Necessário se faz destacar que a Constituição Federal de 1988 estipulou através da redação do parágrafo segundo do fundamental art. 5º, que: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

Desta forma, a própria Constituição conferiu aos direitos previstos nas convenções o valor jurídico de norma constitucional, mesmo não estando enunciados sob a forma de norma constitucional, pois também constam no rol de direitos fundamentais previsto no texto constitucional.

Ademais a Emenda Constitucional nº 45/2004 avançou consideravelmente na valorização dos tratados e convenções internacionais ao dispor no art. 5º, § 3º, que:

Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Assim temos que os tratados e convenções internacionais ratificados pelo Brasil após 2004, têm força de emenda constitucional, e os ratificados antes de 2004, são tidos como normas supralegais, as quais estão acima das leis infraconstitucionais, mas inferiores a Constituição Federal.

Neste sentido, Amorim Júnior (2012, p. 20) leciona que:

Pode-se concluir, portanto que as Convenções da OIT ratificadas antes da Emenda Constitucional nº 45 de 2004 ostentam no Brasil natureza supralegal, pelo que afastam a aplicação de toda legislação ordinária ou complementar com elas conflitantes. Só não podem contrariar a Constituição da República pela sua supremacia sobre todo o ordenamento jurídico nacional.

Para Varella (2012, p. 88) os “tratados em geral revogam as normas de direito anteriores que lhes sejam contrárias”, portanto mesmo que os tratados e convenções internacionais fossem tratados como norma infraconstitucional, a Convenção 155 da OIT, ratificada em 1994, prevaleceria ao art. 193, § 2º da CLT, bem como de todo o Decreto-Lei 5.452/42, que instituiu a CLT, por ser mais recente, o que por si só, possibilitaria a cumulação dos adicionais.

3.2.7 Projeto de Lei

Encontra-se em tramitação na Câmara dos Deputados, em regime de prioridade, o Projeto de Lei nº 4.983/2013, de autoria do Deputado Carlos Bezerra (PMDB-MT), que objetiva permitir o recebimento cumulativo dos adicionais de insalubridade e periculosidade alterando a CLT.

Segundo o texto justificativo do projeto:

[...] não há razão plausível para a imposição pela escolha de percebimento de apenas um dos adicionais quando há exposição do trabalhador a ambas as situações de risco – ambiente de trabalho sob a incidência de agentes (físicos, químicos e biológicos) nocivos à sua saúde e atividade desenvolvida sob condições que põem sua vida em risco (contato permanente com inflamáveis, explosivos e eletricidade). Ao contrário, a efetiva diversidade de fatos geradores enseja o percebimento de ambos os direitos que deles decorrem – a compensação financeira pela insalubridade

e a reparação financeira pela periculosidade. (BEZERRA, 2013)

O referido projeto vai de encontro ao disposto no § 2º, do art. 193¹¹ da CLT que veda a percepção cumulativa dos adicionais, oferecendo a condição do empregado optar pelo que melhor o beneficie e sugere nova redação ao dispositivo.

Torçamos para que o Projeto de Lei nº 4.983/13 que já fora apensado ao PL 2.549/92, do Senado. Carlos Bezerra seja aprovado, pois a nova proposta é mais condizente à realidade do trabalhador que tem sua saúde e vida comprometidas quando exposto a atividades nocivas e perigosas simultaneamente, e não é devidamente remunerado para tal. E que a nova norma venha a mobilizar o empregador no sentido de buscar neutralizar, diminuir, ou até mesmo eliminar, os agentes gravosos do meio ambiente laboral, visando maior dignidade ao trabalhador.

3.2.8 Julgados

A doutrina e a jurisprudência majoritária tendem a negar a possibilidade da cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade, pois argumentam que o § 2º do art. 193 da CLT foi recepcionado pela Constituição Federal e que não se nega o adicional, simplesmente deixa o critério da escolha para o obreiro que se sujeita a exposição do agente nocivo à sua saúde e às condições adversas no ambiente de trabalho capazes de provocar lesões ou morte súbita. No entanto, podemos visualizar alguns entendimentos jurisprudenciais, embora minoritários, a favor da cumulação.

Os magistrados favoráveis ao pagamento cumulativo dos adicionais baseiam suas fundamentações em princípios constitucionais e específicos do Direito do Trabalho, na introdução no sistema jurídico brasileiro das Convenções 148 e 155 da OIT, no fato da não recepção do § 2º do art. 193 da CLT pela Constituição Federal, por considerar tratar de fatos geradores distintos que não se confundem e na tentativa de redução da monetização do risco.

¹¹ Art. 193, § 2º. O recebimento do adicional de periculosidade não exclui o direito ao adicional de insalubridade que por ventura lhe seja devido.

Temos o julgado de 23/06/2015, em que a Sétima Turma do TRT da 3ª Região tendeu favorável à cumulação baseando na suprallegalidade da Convenção nº 155 da OIT, que determina que sejam considerados os “riscos para a saúde decorrentes da exposição simultânea a diversas substâncias ou agentes” e da aplicação da norma mais favorável ao trabalhador, veja-se:

CUMULAÇÃO DE ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE. POSSIBILIDADE JURÍDICA. O Direito do Trabalho adota como princípio fundamental a aplicação da norma mais favorável ao trabalhador. Com isto, incidindo sobre a mesma situação fática duas ou mais normas, deve ser aplicada aquela que for a mais benéfica ao trabalhador. É certo que o art. 193 da CLT veda a cumulação de adicional de insalubridade com o adicional de periculosidade. No entanto, também compõe o nosso ordenamento jurídico a Convenção n. 155 da OIT, que admite essa cumulação, desde que presente a exposição simultânea a agentes insalubres e condições perigosas (art. 11, “b”). Por força do aludido princípio, deve prevalecer a citada Convenção da OIT. Convenção que, ademais, tem *status* suprallegal, o que, ainda que fosse o princípio invocado, a faria prevalecer sobre a CLT. (TRT da 3ª Região; Processo: 0001911-19.2012.5.03.0131 RO; Data de Publicação: 23/06/2015; Órgão Julgador: Sétima Turma; Relator: Convocado Cleber Lucio de Almeida; Revisor: Paulo Roberto de Castro)

O entendimento de 19/05/2015, que tem como Relator, Dr. Fernando Luiz G. Rios Neto, da 3ª Turma, sendo favorável à cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade, fundando-se na supremacia da Constituição Federal e na suprallegalidade das Convenções 148, que “consagra a necessidade da atualização constante da legislação sobre as condições nocivas de trabalho” e 155, que considera os “riscos para a saúde decorrentes da exposição simultânea a diversas substâncias ou agentes” da OIT, como se verifica:

ADICIONAL DE PERICULOSIDADE E INSALUBRIDADE. CUMULAÇÃO. POSSIBILIDADE. EFICÁCIA HORIZONTAL DE DIREITOS FUNDAMENTAIS. De acordo com precedentes desta Turma e também da 7ª Turma do TST, considerando o disposto nos arts. 1º, III e 7º, XXII da CF e nas Convenções 148 e 155 da OIT e visando a redução dos riscos inerentes ao trabalho, além da necessária desmonetização da saúde da pessoa humana, é possível a cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade no caso de trabalhador submetido à atividade duplamente nociva (interpretação

evolutiva do art. 193, § 2º, da CLT). (TRT da 3ª Região; PJe: 0010963-63.2014.5.03.0165 (RO); Disponibilização: 19/05/2015, DEJT/TRT3/Cad. Jud, Página 184; Órgão Julgador: Sétima Turma; Relator: Fernando Luiz G. Rios Neto)

Os princípios constitucionais, especialmente o Princípio da dignidade da pessoa humana também são argumentos muito difundidos entre os magistrados no momento de suas decisões, vejamos:

ADICIONAIS DE PERICULOSIDADE E DE INSALUBRIDADE. CUMULAÇÃO. POSSIBILIDADE. A vedação contida no art. 193 da CLT encontra-se suplantada pelos princípios constitucionais, especialmente o da dignidade da pessoa humana. Se o empregado, submetido a condições insalubres no ambiente de trabalho, tem agravada essa situação pela exposição à condição de risco, de forma habitual e decorrente da atividade exercida, não é aceitável (ou justo) que tenha de optar o trabalhador por receber apenas um dos adicionais. Ou seja, se na execução das atividades laborativas o empregado se submete, concomitantemente, a duas condições gravosas à sua saúde, deve receber remuneração condizente com essa situação, que, a toda evidência, não configura *bis in idem*, haja vista a existência de fatos geradores distintos: exposição a agente insalubre (agentes agressivos à saúde) e exposição à condição de risco de vida. (00927-2013-152-03-00-3 RO – acórdão em 17/07/2015 – 1ª Turma – Relator: Emerson José Alves Lage, Revisor: José Eduardo Resende Chaves Jr.)

No acórdão acima podemos verificar a fundamentação pelo princípio da dignidade da pessoa humana, pois como já afirmamos, não é condizente a percepção de um só adicional quando o obreiro exerce suas atividades exposto a agente nocivo à sua saúde e com risco de vida simultaneamente. E pelo fato de tratar de adicionais distintos, de fatos geradores diferentes, que não se confundem e não configurar *bis in idem*, ou seja, não trata de pagamento em duplicidade, pois os agentes são duplos, insalubre e perigoso, sendo verbas diferentes, cada qual para seu fator específico de incidência.

Há outro julgado do TRT da 3ª Região favorável à cumulação que fundamentou sua decisão na suprelagalidade das Convenções 148 e 155 da OIT, nos fatores geradores diversos, na não proibição de cumular adicionais, como cumulação do adicional de horas extras ao adicional noturno, não podendo privar de cumulação somente os adicionais de insalubridade e periculosidade. Invocou também o princípio da dignidade da pessoa humana e

o princípio da proteção do trabalhador. Expôs que o que realmente se faz preciso é desmonetizar os riscos à saúde e à vida do obreiro, devendo o empregador propiciar meio de ambiente de trabalho equilibrado e seguro, neutralizando, eliminando ou diminuindo os agentes gravosos, pois se entende que a opção por um dos adicionais desestimula os empregadores ao tal combate.¹²

O Tribunal Superior do Trabalho em algumas decisões tem afastado a prevalência do art. 193 § 2º da CLT e tem-se mostrado favorável à cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade quando o trabalhador exerce atividades exposto, simultaneamente, aos agentes nocivos à sua saúde e em situação de perigo iminente à sua vida. Para tanto, também se utiliza do fundamento da supremacia das normas constitucionais, na suprallegalidade das Convenções 148 e 155 da OIT, nos fatos geradores distintos que não se confundem, não se compensam e nem se substituem e, portanto, não configuram *bis in idem* e na indisponibilidade dos direitos fundamentais.

RECURSO DE REVISTA. [...] 4. ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE. PAGAMENTO NÃO

¹²ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE. POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO. EFICÁCIA HORIZONTAL DE DIREITOS FUNDAMENTAIS. Interpretação evolutiva do art. 193, par. 2º, art. 7º, “XXII – redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança”, direito fundamental, que se prepondera sobre os demais) e do Direito Internacional do Trabalho (Convenção 155 da OIT, ratificada pelo Brasil, e portanto, possuindo eficácia pelo menos suprallegal, conforme já estabelecido pelo Superior Tribunal Federal) leva à conclusão acerca da possibilidade de cumulação dos adicionais, como o de horas extras e de horas noturnas -, sobretudo quando se argumenta sob o prisma da proteção à saúde do trabalhador. A monetização dos riscos é medida insuficiente para a prevenção de doenças e acidentes no trabalho. Mais efetivas são medidas preventivas, destinadas a assegurar o ideário da preservação da dignidade da pessoa humana e do avanço que deve permear as relações de trabalho. A possibilidade de recebimento cumulado estimula o empregador na melhoria das condições do meio ambiente de trabalho – prevenção -, o que está no coração das normas de proteção à saúde do trabalhador no Brasil e no mundo, favorecendo, de outro lado, a redução dos custos para a empresa. 2) RESCISÃO INDIRETA. Para a configuração da rescisão indireta é necessário que a falta cometida pelo empregador seja de tal monta que abale ou torne impossível a continuidade do contrato, o que ficou provado nos autos. No caso em tela, o réu não quitou o adicional de periculosidade e horas extras; não recolheu o FGTS, além de reiteradamente atrasar no pagamento dos salários ao longo do contrato de emprego. Evidencia-se, portanto, descumprimento de obrigações legais e contratuais suficientemente graves para justificar a rescisão indireta do contrato de trabalho. (TRT da 3ª Região; Processo: 0002444-31.2013.5.03.0005 RO; Data de Publicação: 02/12/2014; Órgão Julgador: Sétima Turma; Relator: Convocada Martha Halfeld F. de Mendonça Schmidt; Revisor: Fernando Luiz G. Rios Neto)

CUMULATÓRIO. OPÇÃO POR UM DOS ADICIONAIS. Ressalvado o entendimento deste Relator, o fato é que, segundo a jurisprudência dominante nesta Corte, é válida a regra do art. 193, § 2º, da CLT, que dispõe sobre a não cumulação dos adicionais de periculosidade e de insalubridade, cabendo a opção pelo empregado entre os dois adicionais. Assim, se o obreiro já percebia o adicional de insalubridade, porém entende que a percepção do adicional de periculosidade lhe será mais vantajosa, pode requerê-lo, ou o contrário. O recebimento daquele adicional não é óbice para o acolhimento do pedido de pagamento deste, na medida em que a lei veda apenas a percepção cumulativa de ambos os adicionais. Todavia, nessa situação, a condenação deve estar limitada ao pagamento de diferenças entre um e outro adicional. Para a ressalva do Relator, caberia o pagamento das duas verbas efetivamente diferenciadas (adicional de periculosidade e o de insalubridade), à luz do art. 7º, XXIII, da CF, e do art. 11-b da Convenção 155 da OIT, por se tratar de fatores e, principalmente, de verbas/parcelas manifestamente diferentes, não havendo *bis in idem*. Recurso de revista conhecido e parcialmente provido, no particular. [...]

Ressalve-se o entendimento deste Relator no sentido de que o adicional de insalubridade e o adicional de periculosidade são parcelas sumamente diferentes, que não se compensam, nem se substituem, não podendo ser deduzidas. Desse modo, por força do texto normativo do art. 7º, XXII e XXIII da CF, combinado com o art. 11-b, da Convenção 155 da OIT, o sentido do art. 193, §2º, CLT, tem que ser reinterpretado para permitir a acumulação das parcelas diferentes, porém não a duplicidade de pagamento da mesma verba pela ocorrência de duplo fator agressivo. Ou seja, não se pagam, é óbvio, dois adicionais de insalubridade em vista da existência de dois agentes insalubres, pois a verba é a mesma; porém pagam-se as duas verbas distintas (insalubridade e periculosidade), caso existam seus fatores específicos de incidência.

(BRASIL, TST, RR – 84-39.2012.5.04.0003, Relator Ministro: Maurício Godinho Delgado, Data de Julgamento: 19/03/2014, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 21/03/2014)

A propósito, podemos citar outras decisões do colendo Tribunal Superior do Trabalho:

RECURSO DE REVISTA. CUMULAÇÃO DOS ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE. POSSIBILIDADE. INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE. POSSIBILIDADE. PREVALÊNCIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS E SUPRALEGAIS SOBRE A CLT. JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA DO STF QUANTO AO EFEITO PARALISANTE DAS NORMAS INTERNAS EM DESCOMPASSO COM OS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS. INCOMPATIBILIDADE MATERIAL. CONVENÇÕES Nº 148 E 155 DA OIT. NORMAS DE DIREITO

SOCIAL. CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE. NOVA FORMA DE VERIFICAÇÃO DE COMPATIBILIDADE DAS NORMAS INTEGRANTES DO ORDENAMENTO JURÍDICO. A previsão contida no artigo 193, § 2º, da CLT não foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988, que, em seu artigo 7º, XXIII, garantiu de forma plena o direito ao recebimento dos adicionais de penosidade, insalubridade e periculosidade, sem qualquer ressalva no que tange à cumulação, ainda que tenha remetido sua regulação à lei ordinária. A possibilidade da aludida cumulação se justifica em virtude de os fatos geradores dos direitos serem diversos. Não se há de falar em bis in idem. No caso da insalubridade, o bem tutelado é a saúde do obreiro, haja vista as condições nocivas presentes no meio ambiente de trabalho; já a periculosidade traduz situação de perigo iminente que, uma vez ocorrida, pode ceifar a vida do trabalhador, sendo este o bem a que se visa proteger. A regulamentação complementar prevista no citado preceito da Lei Maior deve se pautar pelos princípios e valores insculpidos no texto constitucional, como forma de alcançar, efetivamente, a finalidade da norma. Outro fator que sustenta a inaplicabilidade do preceito celetista é a introdução no sistema jurídico interno das convenções Internacionais nº 148 e 155, com status de norma materialmente constitucional ou, pelo menos, supralegal, como tem decidido o STF. A primeira consagra a necessidade de atualização constante da legislação sobre as condições nocivas de trabalho e a segunda determina que sejam levados em consideração os “riscos para a saúde decorrentes da exposição simultânea a diversas substâncias ou agentes”. Nesse contexto, não há mais espaço para a aplicação do artigo 193, § 2º, da CLT. Recurso de revista que se conhece e a que se nega provimento. (BRASIL, TST, RR-1871-87-2013.5.12.0022, Data de Julgamento: 12/08/2015, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 14/08/2015)

O Relator Ministro Cláudio Mascarenhas Brandão justificou a possibilidade da cumulação dos adicionais no fato do pagamento não ter duplicidade em virtude de tratar-se de fatores geradores dos adicionais distintos, que não se confundem. Além disso, utilizou do status de norma materialmente constitucional das Convenções 148 e 155 da OIT e da norma mais favorável ao trabalhador, à sua saúde e à busca ao meio ambiente de trabalho equilibrado. E por fim, assegurou que o § 2º do art. 193 da CLT e o item 16.2.1 da NR 16 da Portaria nº 3.214/78 do Ministério do Trabalho e Emprego não foram recepcionados pela Constituição Federal por não estarem em consonância com as normas e princípios constitucionais.

Diante de todo o exposto temos que a impossibilidade em cumular os adicionais de insalubridade e periculosidade ainda é entendimento majoritário entre os doutrinadores e jurisprudências. Porém novas decisões a favor da

percepção dos dois adicionais simultaneamente já podem ser visualizadas tanto em instâncias ordinárias quanto em instâncias especiais.

Entendemos ser necessário uma mudança no texto legal consolidado e nos argumentos das decisões judiciais em prol da cumulatividade dos adicionais, pois a negação desse direito fere normas, garantias e princípios constitucionais e específicos do Direito do Trabalho assegurados ao trabalhador, principalmente no que tange à sua saúde, higiene e segurança.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Buscou-se analisar, neste trabalho, a possibilidade ou não da cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade, quando o obreiro labora, simultaneamente, sob a incidência dos agentes nocivos à sua saúde e em risco de vida ou à sua incolumidade física.

Verificou-se que o trabalho era tido como algo ofensivo e degradante e que se tornou de fato, um fenômeno jurídico, a partir da Revolução Industrial do século XVIII. E, que desde então, a preocupação em proteger a vida e a saúde do trabalhador é uma constante no mundo e especialmente no Brasil.

Aferiu-se que o trabalhador que desempenha atividades em caráter especial, que prejudique sua saúde, faz jus a uma parcela suplementar, que no caso em tela, referiu-se aos adicionais de insalubridade e periculosidade.

Foi retratado que o adicional de insalubridade é devido ao trabalhador que exerce suas atividades exposto a agente nocivo à sua saúde, acima do limite de tolerância e que faça parte do rol taxativo da Norma Regulamentadora nº 15, da Portaria nº 3.214/1978 do Ministério do Trabalho e Emprego (MTE). E que o adicional de periculosidade, constante da Norma Regulamentadora nº 16, da referida Portaria é garantido ao trabalhador que exerce sua atividade sob o risco de lesão ou da própria vida.

Demonstrou-se que há situações em que o trabalhador exerce atividades sob a incidência, concomitante, dos agentes gravosos, ensejando a percepção dos dois adicionais acima referidos. A questão trazida é a vedação, trazida pelo artigo 193, § 2º da Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), a qual imputa ao obreiro o dever de escolha pelo adicional que lhe seja mais vantajoso, impossibilitando a percepção cumulativa.

Apurou-se que não existe vedação à cumulação de outros adicionais, encontrando óbice tão somente quanto à insalubridade e periculosidade, ocasionando um paradoxo de coerências.

Apesar de ter apresentado uma corrente majoritária a favor da impossibilidade da cumulação dos adicionais, orientadas pelo Princípio da Legalidade, o presente trabalho apresentou diversos argumentos contrários a tal vedação.

A vertente, ainda que incipiente, justificou-se pela possibilidade da cumulação dos referidos adicionais, apontando primeiramente, a supremacia da Constituição Federal frente às normas de hierarquia inferior, não recepcionando desta forma o § 2º do art. 193 da CLT. Argumentou-se que o art. 7º, inciso XXIII, da Carta Magna garantiu de maneira plena o direito à percepção dos adicionais, pois não fez qualquer ressalva quanto à cumulação.

Analisaram-se os princípios constitucionais cardeais, como da dignidade da pessoa humana do trabalhador, na valorização social do trabalho, a proteção à saúde e ao meio ambiente de trabalho equilibrado, seguro e saudável. E também os princípios peculiares do Direito do Trabalho, especialmente da proteção do trabalhador em que, havendo conflito de normas, deve-se prevalecer a que melhor beneficiar o empregado, e que na dúvida, a interpretação deve sempre se voltar a ele.

Doutrinou-se que os fatos geradores são distintos, autônomos e que não se confundem. Trazem sequelas diferentes e não constituem *bis in idem*, pois o pagamento não é considerado em dobro, pois são parcelas diferentes: uma de insalubridade e outra de periculosidade.

Apontou-se a teoria das lacunas ontológicas e axiológicas, pois o dispositivo celetista que veda a percepção cumulada dos adicionais, quando aplicado, torna a norma injusta e insatisfatória, pois desestimula o empregador a eliminar, neutralizar ou reduzir os riscos inerentes ao trabalho e ao mesmo tempo desvaloriza a saúde e a vida do trabalhador.

Retratou-se a supralegalidade das Convenções nº 148 e nº 155 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), ratificadas pelo Brasil, que tratam de direitos humanos, devendo ter *status* superior às normas infraconstitucionais, devendo, portanto prevalecer frente ao dispositivo celetista ora referido.

Exibiu-se um Projeto de Lei que busca uma nova proposição legislativa, em que altera o conteúdo da norma celetista, permitindo a percepção cumulativa dos adicionais e novos julgados aderindo à tese contrária a até então difundida, caracterizando verdadeiro sinal de avanço.

Portanto, demonstrou-se que a cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade se faz urgente, pois é um meio eficaz de obrigar o empregador a buscar a eliminação, neutralização ou redução dos riscos

inerentes à saúde e à vida do trabalhador, bem como de proporcionar a este um ambiente de trabalho equilibrado, saudável e seguro. Não há mais que se falar em monetização de riscos, pois se trata de valor inexpressível aos bolsos patronais. Além do que ficou evidente que são parcelas distintas oriundas de fatos geradores distintos, que devem ser pagos separadamente. Tendo em vista que todo o ordenamento jurídico se volta à proteção do trabalhador, a vedação existente no artigo celetista, entra em colisão, com todos os direitos e garantias fundamentais tanto almejados, e por fim, conquistados pelos trabalhadores.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Dayse Coelho de, coord. *Temas de direito do trabalho contemporâneo*. Curitiba: Juruá, 2012.

AMORIM JÚNIOR, Cleber Nilson Ferreira. Princípios específicos do direito tutelar da saúde e segurança do trabalhador. *Ciência jurídica do trabalho*, São Paulo, v. 15, n. 91, jan/fev. 2012.

ARAÚJO, Francisco Rossal de. A saúde do trabalhador como direito fundamental (no Brasil). *Justiça do trabalho*, Porto Alegre, v. 27, n. 317, maio. 2010.

BALBINO, Rodrigo Pasqua de Oliveira. O novo regramento do adicional de periculosidade. *Jus Navegandi*, Teresina, ano 18, nº 3.501, 31 de jan. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/23599>>. Acesso em: 20 abr. 2015.

BARROS, Alice Monteiro de. *Curso do direito do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2008.

_____. *Curso de direito do trabalho*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2009.

_____. *Curso de direito do trabalho*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2010.

_____. *Curso de direito do trabalho*. 8. ed. São Paulo: LTr, 2012.

BRASIL, (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988.

_____. Decreto n. 1.254, de 29 de Setembro de 1994. Promulga a Convenção n. 155, da Organização Internacional do Trabalho, sobre Segurança e Saúde dos Trabalhadores e o Meio Ambiente de Trabalho. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/112849/decreto-1254-94>>. Acesso em: 06 mar. de 2015.

_____. Decreto nº 93.413, de 15 de outubro de 1986. Promulga a *Convenção nº 148* sobre a Proteção dos Trabalhadores Contra os Riscos Profissionais Devidos à Contaminação do Ar, ao Ruído e às Vibrações no Local de Trabalho. Disponível em: <http://www2.camara.gov.br/legin/fed/decret/1980-1987/decreto-93413-15-outubro-1986-443822-retificado_15543-pe.html>. Acesso em: 18 jul. 2015.

_____. (1943). *Decreto-Lei nº 5.452*, de 1º de maio de 1943. Consolidação das leis do trabalho. Lex: coletânea: edição federal, São Paulo, v.7, 1943, suplemento.

_____. (1990). *Lei nº 8.080*, de 19 de setembro de 1990. Brasília: Congresso Nacional; 1990. Disponível em <www.planeta.gov.br>. Acesso em: 23 abr. 2015.

_____. Tribunal Regional do Trabalho. Recurso Ordinário nº 0848-2007-025-12-00-4, da 3ª Turma do Tribunal do Estado de Santa Catarina, Xanxerê, SC, 13 de novembro de 2009. Acesso em: 11 jun. 2015.

_____. Tribunal Regional do Trabalho. Recurso Ordinário nº 02543-2005-032-12-00-3, da 2ª Vara do Trabalho de Santa Catarina, São José, SC, 17 de outubro de 2008. Disponível em: <http://www2.trt12.jus.br/doi/visualizarDocumento.do.?acao=doc&acordao=true&id=62463>>. Acesso em: 10 jun. 2015.

_____. Tribunal Regional do Trabalho. Recurso Ordinário nº 00754-2004-027-12-00-5, da 2ª Vara do Trabalho do Estado de Santa Catarina, Criciúma, SC, 14 de setembro de 2007. Disponível em: http://www2.trt12.gov.br/acordaos/2007/5/01069_2007.pdf>. Acesso: em 10 jun. 2015.

_____. Tribunal Regional do Trabalho. Recurso Ordinário nº 00026-2005-027-12-00-4, da 2ª Vara do Trabalho de Santa Catarina, Criciúma, SC, 14 de maio de 2007. Disponível em: <http://consultas.trt12.gov.br/SAP2/ProcessoListar.do>>. Acesso em: 11 jun. 2015.

_____. Tribunal Regional do Trabalho. Recurso Ordinário nº 00143-2003-127-15-00-8, da 2ª Vara do Trabalho do Estado de São Paulo, Campinas, SP, 26 de junho de 2006. Disponível em: <http://www.trt15.jus.br/voto/patr/2006/028/02816306.doc>>. Acesso em: 11 jun. 2015.

_____. Lei nº 6.514, de 22 de dezembro de 1977. Altera o Capítulo V do Título II da Consolidação das Leis do Trabalho, relativo a segurança e medicina do trabalho e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16514.html>. Acesso em: 03 mar. 2015.

_____. Projeto de Lei 4.983/13. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesweb/prop_mostrarintegra?codteor=1058886&filename=PL+4983/2013>. Acesso em: 20 jul. 2015.

BASILE, César Reinaldo Offa. *Direito do trabalho: teoria geral a segurança e saúde*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CANTELLI, Paula Oliveira (coord). *Temas do direito do trabalho contemporâneo*. Curitiba: Juruá, 2012.

CONDÉ, Bruna Batista. *Possibilidade de cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade*. Brasília: UniCEUB, 2013.

CORDEIRO, Luis Fernando. *Possibilidade constitucional e legal de cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade*. Disponível em: <http://www.professorcordeiro.com/index.php?option=com_content&view=article&id=56:possibilidade-constitucional-e-legal-de-cumula%C3%A7%C3%A3o-dos-adicionais-de-insalubridade-e-periculosidade&catid=41:artigos-do-professor-cordeiro&Itemid=54>. Acesso em 13 jun. 2015.

COSTA, Joaquim Barros Martins da. A possibilidade de acumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade. *Repertório IOB de jurisprudência: trabalhista e previdenciário*, São Paulo, n. 6, 2. quin. mar. 2012.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2002.

_____. *Curso de Direito do Trabalho*. 8. ed. São Paulo: LTr, 2009.

_____. *Curso de direito do trabalho*. 10. ed. São Paulo: LTr, 2011.

_____. *Curso de direito do trabalho*. 12 ed. São Paulo: LTr, 2013.

FORMOLO, Fernando. *A acumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade*. Justiça do Trabalho, São Paulo, n. 269, maio 2006.

GARCIA, Gustavo Felipe Barbosa. *Curso de Direito do Trabalho*. 2. ed. São Paulo: Método, 2008.

_____. Gustavo Felipe Barbosa. *Curso de Direito do Trabalho*. 6. ed. São Paulo: Forense, 2012.

GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. *Curso de direito do trabalho*. 17 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito do trabalho*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

LEMOES, Tayara Talita. *A emenda constitucional 45/04 e as alterações na recepção dos tratados internacionais de direitos humanos*. Disponível em: <<http://www.cedin.com.br/revistaeletronica/artigos/A%20EMENDA%20CONSTITUCIONAL%2045%20Tayara%20Talita%20Lemos.pdf>>. Acesso em: 29 ago. 2015.

LOPES NETO, André. *Risco e perigo*. Revista CIPA, São Paulo, v. XXVI, n. 311, p.100, out. 2005.

MAGALHÃES, Aline Carneiro e GUERRA, Roberta Freitas de. Uma análise sobre a cumulatividade dos adicionais de insalubridade e periculosidade. *Revista SJRJ*, Rio de Janeiro, v. 21, n. 40, ago. 2014.

MARQUES, Christiane. *A proteção o ao trabalho penoso*. Tradução de Mário da Gama Kury. Brasília: UNB, 2001.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Comentários à CLT*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

_____. *Comentários à CLT*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

_____. *Direito do Trabalho*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

_____. *Direito do Trabalho*. 27. ed, São Paulo: Atlas, 2011.

_____. *Direito do trabalho*. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MEDANHA, Marcos Henrique. *Adicional de insalubridade: salário mínimo ou base?* Disponível em: <http://www.saudeocupacional.org/2012/02/adicional_de_insalubridade_salario.html>. Acesso em: 09 mar. 2015.

MELO, Raimundo Simão de. *Direito ambiental do trabalho e saúde do trabalhador: responsabilidades legais, dano material, dano moral, dano estético, perda de uma chance*. *Revista LTR*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2006.

MONTEIRO, Thiago Loures M. M. *Possibilidade de cumulação do adicional de insalubridade com periculosidade*. Disponível em <thiagoloures.jusbrasil.com.br/artigos/112014763/possibilidade-de-cumula%C3%A7%C3%A3o-do-adicional-de-insalubridade-com-periculosidade> Acesso em: 10 mar. 2015.

MORAES FILHO, Evaristo de; MORAES, Antônio Carlos Flores de. *Introdução ao direito do trabalho*. 11. ed. São Paulo: LTr, 2014.

MORAIS, Carlos Roberto Naves. *Perguntas e respostas em segurança e medicina do trabalho* (incluindo NRS comentadas e PPP). 2. ed. Belo Horizonte: Editora RTM, 2006.

MTE. NR 15 – *Atividades e operações insalubres*. Brasília, DF, 06 jul. 1978. Disponível em: <[http://portal.mte.gov.br/data/files/8a7C816A36A27C140136A8089B344C39/NE-15%20\(atualizada%202011\)%20II.pdf](http://portal.mte.gov.br/data/files/8a7C816A36A27C140136A8089B344C39/NE-15%20(atualizada%202011)%20II.pdf)>. Acesso em: 12 mar. 2015.

MTE. NR 16 – *Atividades e operações perigosas*. Brasília, DF, 06 jul. 1978. Disponível em: <[http://portal.mte.gov.br/data/files/8a7C816A35F7884401366032742033EF/NR-16%20\(atualizada%202012\).pdf](http://portal.mte.gov.br/data/files/8a7C816A35F7884401366032742033EF/NR-16%20(atualizada%202012).pdf)>. Acesso em: 12 mar. 2015.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao direito do trabalho*. 27. ed. rev. e atual. São Paulo: LTr, 2001.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Proteção jurídica à saúde do trabalhador*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: LTr, 2011.

OMC. *Constituição da Organização Mundial da Saúde*. Nova Iorque, EUA, 1946. Disponível em <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS->

Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-As%C3%BAde/constitu%C3%A7%C3%A3o-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>. Acesso em: 26 mar. 2015.

ONU. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Paris, FRA, 1948. Disponível em: <http://unicrio.org.br/img/DeclU_D_HumanosVersInternet.pdf>. Acesso em: 28 mar. 2015.

PENA, Tânia Mara Guimarães. Cumulação de Adicionais na relação de emprego – Respeito ao Direito Humano à Saúde do Trabalhador. *Revista do Tribunal Regional da 3ª Região*. V. 54, n. 84, jul/dez. 2011. Disponível em: <http://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev_84/tania_mara_guimaraes_pena.pdf>. Acesso em: 22 jul. 2015.

PORTELLA, Daiane Andretta. Os adicionais de insalubridade e periculosidade e a (im) possibilidade de cumulação. Disponível em: <<http://bibliodigital.unijui.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/2533/Daiane%20Andretta%20Portella.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 15 mar. 2015.

RODRIGUES, Sabina Helena Silva de Carvalho. *Possibilidade de cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade no contrato de trabalho*. 2014. 64 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2014.

SALIBA, Tuffi Messias; CORRÊA, Márcia Angelim Chaves. *Insalubridade e periculosidade: aspectos técnicos e práticos*. 9. ed. São Paulo: LTr, 2009.

SILVA, Débora Caroline Pereira da e ZAPATA, Daniela Lage Mejia. *A cumulatividade dos adicionais de insalubridade e periculosidade no atual direito brasileiro*. Disponível em: <<http://npa.newtonpaiva.br/direito/?p=1107>>. Acesso em: 24 mar. 2015.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

SILVA, Leandro Luciano; SILVA, Lillian Moraes. Fundamentos para cumulação de adicionais de insalubridade e periculosidade no ordenamento jurídico brasileiro. *Repertório IOB de jurisprudência: trabalhista e previdenciário*, São Paulo, n. 12, jun. 2011.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *O Direito do Trabalho como Instrumento de Justiça Social*. São Paulo: LTr, 2000.

TRINDADE, Washington Luiz da. *Segurança e higiene do trabalho*. São Paulo: LTr, 1989.

VARELLA, Marcelo Dias. *Direito internacional público*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

VENDRAMINI, Antônio Carlos. Insalubridade versus periculosidade. *Suplemento Trabalhista*, São Paulo, n. 162, ago. 1998.