
A INCONSTITUCIONALIDADE DA NÃO CUMULATIVIDADE DOS ADICIONAIS DE PERICULOSIDADE E INSALUBRIDADE

César Alexandre Barbosa¹ e Jéssica Thomaz do Nascimento Silva²

RESUMO: A cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade é obstada por entendimento e estudos ultrapassados, merecendo, portanto, uma devida atualização no entendimento majoritário, com o intuito de garantir aos trabalhadores, que se encontrem em situações perigosas ou insalubres, tantos adicionais quanto forem os agentes nocivos. Com isso, o presente trabalho primou por enveredar pelo estudo de doutrinas consolidadas e protecionistas, além de jurisprudências atuais em diversos Tribunais Regionais. Ademais, fez-se uma análise das legislações infraconstitucionais, tratados assinados pelo Brasil versando sobre a proteção do meio ambiente do trabalho e princípios protetivos do local de labor. O estudo da Constituição seguiu norteando todo o trabalho, sendo ressaltado o que lhe era harmônico e o que não era. Por fim, examinou julgados adeptos da inteligência da possibilidade de cumulação de adicionais de periculosidade e insalubridade.

Palavras-chave: Cumulação de adicionais; insalubridade; periculosidade; meio ambiente do trabalho.

ABSTRACT: The cumulation of additional of insalubrity and risk premiums is hampered by understanding and outdated studies, deserving, therefore, a proper update on the prevailing understanding, in order to ensure at workers, who are in dangerous or unhealthy situations, many additional as are the harmful agents. Thus, the present work excelled plunge into the study consolidated and protectionist doctrines and current case law in several Regional Courts. Moreover, there was an analysis of infra laws, treaties signed by Brazil dealing with the protection of the work environment and protective principles labor place. The study followed the Constitution guiding all the work and highlighted what was harmonious and what was not. Finally, it examined judged supporters of the possibility of additional accumulation of dangerous or unhealthy intelligence.

Keywords: cumulation of additional, working environment, dangerousness, insalubrity.

¹ Advogado. Mestre em Direito. Professor Universitário.

² Bacharel em Direito.

INTRODUÇÃO

O estudo do Direito do Trabalho tem a necessidade de constantes atualizações em consequência das transformações advindas com o decorrer do tempo. Aliás, é um ramo do Direito construído a partir do conhecimento do passado, já que, por ter uma relação direta com situações econômicas, sofre com diversas mudanças.

O presente artigo busca estabelecer argumentos para estabelecer a inconstitucionalidade e não receptividade na Constituição vigente, obrigando o trabalhador a escolher entre o adicional de insalubridade e o adicional de periculosidade, quando o mesmo se encontra em atividade insalubre e perigosa simultaneamente, além dos reflexos dessa política no meio ambiente do trabalho.

O trabalho insalubre expõe o trabalhador a condições danosas à saúde, e as atividades suscetíveis a tais estão estabelecidas na Norma Regulamentadora (NR n. 15, da Portaria n. 3.214/78 do Ministério do Trabalho e Emprego (MTE).

Por sua vez, as atividades perigosas estão postas na NR n. 16 da Portaria mencionada acima, e se caracteriza pela exposição permanente com inflamáveis e explosivos, sendo devido a indivíduos que exerçam atividades em contato com estes agentes.

O trabalho realizado visa o esclarecimento de que, ainda que podendo optar por um dos adicionais, ao qual tem direito, o trabalhador não deve ter excluído o seu direito de acumular tantos adicionais quantos forem os fatos geradores, uma vez que a causa de recebimento de um não se confunde com a do recebimento de outro.

Sendo assim, o presente estudo se pauta em um estudo lógico-dedutivo das legislações infraconstitucionais, súmulas, jurisprudências, normas regulamentadoras, e, claro, da Constituição como norteadora de todos os argumentos, já que aquelas devem primar pela harmonização e coerência com esta.

Além disso, foi realizado um estudo sistemático da vasta doutrina existente sobre a temática, coadunando com o intuito de proteger os direitos fundamentais do trabalhador e os princípios norteadores do Direito do Trabalho.

1 O ADICIONAL DE PERICULOSIDADE

Atividade ou operação perigosa é aquela que, por sua natureza ou método de trabalho, implica em contato permanente com inflamáveis ou explosivos em condições de risco acentuado.

Atualmente, a conceituação de risco acentuado se encontra presente na NR-16, gerada a partir da Portaria n. 3.214/78.

Entende-se como risco uma condição perigosa, potencial ou inerente, que tem o poder de causar interrupção ou interferência do processo organizado de uma atividade, e como área de risco o local onde existe a presença de substância que pode causar risco potencial à vida humana. Áreas estas que podem ser suscetíveis a liberação normal e anormal de líquidos inflamáveis, gases ou vapores inflamáveis.

Entende-se por risco acentuado “o risco potencial de, ocorrendo um sinistro, incêndio ou explosão, causar incapacitação, invalidez permanente ou morte”.

Já o adicional de periculosidade é verba de natureza salarial constitucionalmente recepcionada e prevista, pagando-se uma porcentagem em cima de determinada base de cálculo, sendo vedada norma coletiva que estipule percentual menor que o legal ou proporcional ao tempo de exposição.

Para o trabalhador ter direito a receber o adicional de periculosidade, é necessário o preenchimento de determinadas condições pré-estabelecidas pelo Ministério do Trabalho. Portanto, obrigatoriamente, o trabalhador deve estar em contato permanente com o agente perigoso, além de a atividade estar definida em Lei, como nos casos da radiação ou substâncias ionizantes, ditadas por portarias do Ministério do Trabalho.

O adicional de periculosidade, gerado pela exposição a agentes explosivos, inflamáveis e/ou expostos à energia elétrica é no montante de 30%, tendo como base de cálculo “o salário sem os acréscimos resultantes de gratificações, prêmios ou participações nos lucros da empresa”, conforme expõe o §1º do art. 193 da Consolidação das Leis do Trabalho.

Para o cálculo do adicional de periculosidade, é necessário descontar ou compensar outros adicionais, da mesma natureza, eventualmente já concedidos por meio de acordo coletivo, por força do §3º do art. 193 da CLT: “§ 3º- Serão descontados

ou compensados do adicional outros da mesma natureza eventualmente já concedidos ao vigilante por meio de acordo coletivo”.

Tal qual o adicional de insalubridade, para ser caracterizada a periculosidade, faz-se necessário o trabalho do médico ou engenheiro do trabalho para elaboração da perícia técnica, isto com base no art. 195 da CLT.

Segundo Saad (1996, p. 178) “se as condições de trabalho são perigosas ou não, também é algo que se prova através da perícia e nunca por meio de regulamentos ou portarias”, ou seja, são consideradas atividades ou operações perigosas as que são reconhecidas pelos regulamentos, aprovados pelo Ministério do Trabalho e Emprego, e atestadas por médicos ou engenheiros do trabalho.

Sendo assim, o trabalho considerado perigoso é aquele onde o trabalhador desenvolve determinada atividade perigosa, e desta gera riscos à sua vida ou incolumidade física. O art. 193 da CLT consegue definir em sua completude o que seria uma atividade perigosa, asseverando o risco acentuado em virtude de exposição permanente do trabalhador a determinados ambientes.

Como exposto acima, as atividades e operações consideradas perigosas encontram-se enumeradas na NR nº 16, sendo caracterizadas pelo contato permanente com inflamáveis e explosivos. Mesmo o trabalhador tendo interrupções do contato com o agente perigoso, ainda assim é devido o adicional de periculosidade, como observa-se na Súmula 364, do TST.

A correta caracterização da periculosidade é conspícua, uma vez que só pode ocorrer a cessação do pagamento do adicional se houver uma efetiva eliminação do risco.

Dessa forma, independente da neutralização ou não, o empregador tem a responsabilidade de fiscalizar a utilização dos equipamentos de proteção cabíveis aos empregados em ambiente de trabalho perigoso.

Sendo assim, pode-se concluir que o fato gerador do adicional de periculosidade não constitui direito adquirido, uma vez cessado tal fato, o adicional respectivo também o é, ou seja, somente enquanto perdurarem os riscos inerentes ao trabalhador.

2 O ADICIONAL DE INSALUBRIDADE

A palavra “insalubre” vem do latim e significa tudo aquilo que pode gerar doenças, resultando a insalubridade naquilo que tem qualidade insalubre.

Para todo trabalhador que atue exposto a agentes nocivos à saúde acima do limite legal permitido, é devido o adicional de insalubridade, levando-se em conta a natureza, a intensidade, o tempo de exposição e o quadro de atividades insalubres aprovado pelo Ministério do Trabalho e Emprego.

O adicional de insalubridade está previsto no art. 7º, inciso XXIII, da Constituição Federal de 1988, tendo sua regulamentação abarcada pelo art. 189 e seguintes da Consolidação das Leis do Trabalho.

Já as atividades insalubres são encontradas dispostas na NR-15, da Portaria 3.214/78, na qual o Ministério do Trabalho descreve agentes químicos, físicos e biológicos que são prejudiciais à saúde do empregado, assim como os respectivos limites de tolerância.

Tal limite de tolerância significa a concentração ou intensidade máxima ou mínima, tendo relação com a natureza e o tempo de exposição do agente, que não resultará em danos à saúde do empregado durante sua vida laboral.

Atualmente, com base no art. 192 da CLT, o trabalho realizado em condições insalubres e que seja acima do limite tolerável pelo Ministério do Trabalho gera a percepção de adicional de 40%, 20% e 10% do salário mínimo regional, a depender da sua intensidade, podendo ser grau máximo, médio ou mínimo. Entretanto, muito já se discutiu sobre a constitucionalidade do salário mínimo como indexador de base de cálculo do adicional de insalubridade, mas tal desenvolvimento será explorado mais adiante.

A Constituição de 1988 ratificou o entendimento que legislações infraconstitucionais anteriores vinham postulando e estabeleceu o “adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei”, deixando escapar uma excelente oportunidade para implementar outros meios de proteger a saúde física e psíquica do trabalhador ou ao menos amenizar os riscos.

Há entendimentos que enveredam pela base de cálculo do adicional de insalubridade ser o salário mínimo. Por outro lado, há entendimentos de que a base

de cálculo seja o salário base do trabalhador, ou seja, o salário normativo.

Baseando-se no art. 192 da CLT, como já explicitado acima, é devido adicional de insalubridade ao empregado que realiza seu labor em contato direto ou indireto com agentes insalubres, tendo como base 10%, 20% e 40% sobre o salário mínimo.

No mesmo pensamento, Wagner D. Giglio posicionou-se:

[...] os Tribunais Trabalhistas entenderam que a proibição legal, diz respeito à utilização do salário mínimo como fator 'externo' de indexação econômica, isto é, para efeitos estranhos ao Direito do Trabalho e à Justiça do Trabalho, que aplica o Direito Material do Trabalho aos casos concretos" (GIGLIO, 1997, p. 94).

Ao ser promulgada a Constituição Federal de 1988, posicionamento idêntico foi confirmado através da Orientação Jurisprudencial nº 2 da SBDI-I do TST (cancelada atualmente): "Adicional de insalubridade. Base de cálculo. Mesmo na vigência da CF/1988: salário mínimo".

Muito se persistiu na utilização da indexação do salário mínimo como base de cálculo, ainda mais sendo majoritário ser o entendimento de acordo com o art. 7º, inciso XXII, da Constituição da República. Nesse sentido, Amauri Mascaro Nascimento:

A Consolidação das Leis do Trabalho (art. 192) dispõe que o adicional de insalubridade é calculado sobre o salário mínimo. A Constituição não altera essa regra. Não declara que o adicional incidirá sobre a remuneração. Logo, enquanto não for elaborada lei dispendo em contrário, prevalecerá o critério da Consolidação das Leis do Trabalho. (NASCIMENTO, 1997, p. 249)

Apesar da grande dissonância jurídica, está mais do que evidente não ser suficiente porcentagens sobre o salário mínimo com o intuito de compensar danos causados aos trabalhadores.

Neste mesmo entendimento, Raimundo Simão de Melo sintetiza de modo eficaz:

É evidente que 10%, 20% ou 40% sobre o salário mínimo não são suficientes para reparar os males causados aos trabalhadores em razão do trabalho em ambientes insalubres, pelo que é mais que razoável a fixação desses adicionais sobre o salário percebido pelo obreiro, cuja finalidade não é só indenizá-lo pelo trabalho em condições prejudiciais a saúde, mas, também punir o empregador que não adota medidas destinadas à neutralização dos agentes nocivos à saúde do trabalhador. (MELO, 2013, p. 216).

Para ocorrer a caracterização e classificação tanto da insalubridade quanto da periculosidade, é necessária a perícia, a cargo de médico ou engenheiro do trabalho, devidamente registrado no Ministério Público do Trabalho.

Quem estabelece os critérios para caracterização da insalubridade é a NR-15, da Portaria n.3.214/78, do Ministério do Trabalho, sendo eles: i) avaliação quantitativa; b) qualitativa; c) qualitativa dos riscos inerentes à atividade.

Diante do exposto, a prova pericial é o elemento chave para caracterização do adicional, devendo o juiz determiná-la de ofício, ainda que as partes não tenham requerido, até nos casos de revelia, já que a mesma se configura em prova técnica, apurando o grau da insalubridade e os agentes causadores.

Caso haja constatação da insalubridade no local do trabalho pelo perito, a próxima fase é a identificação da atividade no quadro elaborado pelo Ministério do Trabalho e Emprego, já que o adicional somente será devido quando ocorrer este enquadramento.

3 CUMULATIVIDADE DOS ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE

É notório cada agente insalubre causar um dano diferente à saúde do trabalhador, como, por exemplo, exposição a ambientes extremamente frios ou contato direto com agentes biológicos capazes de gerar danos à incolumidade.

O trabalhador terá direito a receber tantos adicionais de insalubridade quantos forem os agentes a que estiver exposto, tomando-se por base cada anexo da NR-15, da Portaria nº 3.214/78, do Ministério do Trabalho, ou seja, é possível a cumulação de adicionais referentes a agentes insalubres distintos, assegurando ser totalmente possível a aplicação de sua tese diante da confirmação do laudo pericial indicando mais de um agente ensejador do adicional.

Diferente do agente perigoso, o trabalho insalubre gera ao trabalhador danos à saúde a longo prazo, a depender do agente e sua gravidade, e a causa é tida como ação nociva gerada por determinantes físicos, químicos ou biológicos. Tal causa somente ocorre quando os meios coletivos ou individuais de proteção não conseguem prevenir ou reduzir os elementos nocivos.

A doutrina atual prima pelo entendimento correspondente à cumulação de agentes insalubres distintos, pautando-se na diversidade de consequências possíveis à saúde do trabalhador. Essa notoriedade pode ser vista na obra de Raimundo Simão de Melo, como pode ser observado abaixo:

Cientificamente, é indene de dúvida que cada agente insalubre causa diversamente danos à saúde do trabalhador, ou seja, sendo múltiplos os fatores de insalubridade, igualmente múltiplas serão as consequências para a saúde humana. O adicional de insalubridade, como sabido, tem natureza jurídica de indenização pelos danos à saúde do trabalhador, do que decorre, de forma lógica e cristalina, que para cada dano deve haver uma reparação. Assim, por exemplo, se dois são os agentes danosos à saúde do trabalhador, dois deverão ser os adicionais. Exemplificativamente, é o excesso de ruído, que causa prejuízo à audição; a poeira sílica, que causa diversos problemas respiratórios; o chumbo, que causa saturnismo; o benzeno, que causa benzenismo; o mercúrio, que causa o hidrargirismo etc. (MELO, 2013, p. 217).

Ademais, insta salientar que a violência do agente insalubre opera de forma cumulativa e paulatina. Cumulativa porque, na maioria dos casos, os males que abordam os trabalhadores são progressivos e irreversíveis, a exemplo da perda auditiva, pneumoconioses e intoxicações agudas, o organismo do trabalhador vai sendo lesado aos poucos, como é o caso da silicose.

Hodiernamente não é raro o trabalhador executar suas atividades laborativas em contato com mais de um agente insalubre, e a questão pontual se resume em: é possível cumular os adicionais de insalubre oriundos de agentes nocivos distintos?

Entendimento doutrinário e jurisprudencial clássico rejeitam a possibilidade da cumulação dos mencionados adicionais, baseando-se para tanto em regulamentação administrativa correspondente a qual assevera 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”.

Entretanto, no ordenamento jurídico não existe óbice na possibilidade de cumular adicionais de insalubridade, ao contrário, uma vez que os art. 189 e 192 da CLT não abarcam a problemática em estudo, não há o porquê da restrição imposta pela NR acima referida.

Um pior fator se encontra na grande incoerência da recepção da Convenção nº 155 da OIT (Organização Internacional do Trabalho), uma vez que a mesma foi

aprovada, ratificada e promulgada no Brasil (através do Decreto legislativo nº 2/92 e Decreto Presidencial nº 1.254/94), e sem razão alguma tal norma é inaplicada na práxis trabalhista.

Acontece que a Convenção nº 155, com temática sobre a política de segurança e saúde do trabalhador, do meio ambiente do trabalho e da prevenção de acidentes e danos à saúde do trabalhador em todos os ramos da atividade econômica, foi incorporada ao ordenamento jurídico com *status* de lei ordinária. Em seu art. 11, letra b, está explicitado que, para efeitos dos danos à saúde do trabalhador, se faz necessária a consideração simultânea dos vários agentes ou substâncias nocivas ao organismo humano.

Outrossim, no item 5 da mesma Convenção, responsabiliza o membro signatário para formular, pôr em prática, e examinar periodicamente sua política nacional, de forma coerente com o instrumento referencial.

Em síntese, toda essa controvérsia paira sobre um limbo jurídico, prejudicando o trabalhador em contato direto com agentes distintos e prejudiciais a sua saúde. Nesse mesmo sentido, se manifesta Melo:

A não cumulatividade dos adicionais de insalubridade, além de ilógica, injusta e ilegal, leva ao enriquecimento ilícito do empregador e o desestimula a cumprir as normas de prevenção do meio ambiente e dos riscos à saúde do trabalhador, com pesado gravame para a sociedade brasileira que, finalmente, responde pelas diversas consequências oriundas dos acidentes e doenças do trabalho. (MELO, 201, p. 218).

Sendo assim, é possível perceber que, apesar de não haver óbice normativo à cumulatividade do adicional de insalubridade por vários agentes insalubres, os julgados do Brasil optam por seguir uma Portaria totalmente em desacordo com o ordenamento jurídico, atentando com isso contra a hierarquia das normas.

4 A CUMULAÇÃO DOS ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE

Tanto o trabalho realizado em condições insalubres, quanto os prestados em ambientes perigosos danificam a saúde do trabalhador. Na primeira hipótese, os

danos causados à saúde provocam o adoecimento do trabalhador com o decorrer dos anos, já a atividade perigosa pode resultar em incapacidade ou morte súbita.

No que tange a insalubridade, sua eliminação ou neutralização ocorre através da utilização de Equipamentos de Proteção Individual (EPI) ou através de medidas que modifiquem o meio ambiente de trabalho nos limites de tolerância. Já no que toca a periculosidade, só é possível sua eliminação ou neutralização caso ocorra a substituição dos produtos inflamáveis e eliminação de condições consideradas de risco ou da própria atividade perigosa.

Nota-se que os adicionais são devidos por motivos e fundamentações distintas. Não há qualquer fundamento jurídico, biológico ou lógico que autorize concluir pela impossibilidade de cumulação dos adicionais.

Na mesma linha de pensamento, Rodrigues Pinto expressa profunda indignação com a impossibilidade de acumular a percepção dos dois adicionais em voga, apontando:

Causa profunda espécie que o art. 193, §2º, da CLT, herdando restrição levantada desde a Lei n. 2.573/55, que institui o adicional de periculosidade, tenha aberto ao empregado submetido às duas condições mais severas de serviço, simultaneamente, o direito de 'optar pelo adicional de insalubridade que porventura lhe seja devido', quando comprovado pericialmente que também trabalhou em condição perigosa. Explicação jurídica não encontramos para isso, daí entendemos ter havido uma recaída do legislador em favor do poder econômico. (PINTO, 2000, p. 344).

Süssekind diferencia os adicionais pelo motivo ensejador de cada um, ou seja, por sua natureza:

Como se infere, a periculosidade se distingue da insalubridade, porque esta, enquanto não houver sido eliminada ou neutralizada, afeta continuamente a saúde do trabalhador; já a periculosidade corresponde apenas a um risco, que não age contra a integridade biológica do trabalhador, mas que eventualmente (sinistro), pode atingi-lo de forma violenta. (SÜSSEKIND, 2005, p. 935).

Muito embora cada adicional vise compensar fatos geradores distintos, o art. 193 §2º da CLT veda a percepção de ambos concomitantemente, devendo, o trabalhador optar por aquele que lhe for mais favorável.

A Constituição Federal da República de 1988, em seu art. 7º, XXIII, garantiu expressamente a possibilidade de percepção de remuneração, quando realizadas atividades penosas, insalubres ou perigosas:

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

[...]

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

Verifica-se acima, no artigo da Constituição brasileira vigente, não haver manifestação de que deve o empregado optar por um dos adicionais quando se encontrar exposto ao trabalho insalubre e perigoso, e até mesmo penoso (mesmo não existindo norma regulamentado o adicional por penosidade) de forma concomitante, e sim que será remunerado o labor em atividades penosas, insalubres ou perigosas.

Sendo a CRFB/88 norma de maior hierarquia no ordenamento jurídico, e estabelecendo em seu art. 1º, inciso III e IV que a República Federativa do Brasil tem como fundamentos, dentre outros, a dignidade da pessoa humana e valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, além deste, estabelecendo em seu art. 7º, incisos XXII e XXIII, que são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, a redução dos riscos causados em atividade laborativa, por meio de normas de saúde, higiene e segurança, e ainda, reconhecendo a necessária tutela do meio ambiente do trabalho em seu art. 200 inciso VIII e art. 225, nada mais nítido do que a intenção do legislador em fazer valer o adicional de remuneração para cada condição prejudicial exposta ao trabalhador.

Nota-se que, ao tratar do adicional de remuneração para atividades penosas, insalubres ou perigosas, a Constituição não vislumbrou qualquer obstáculo à cumulação, afastando, assim, o argumento de possível norma de eficácia contida, e mesmo assim o sendo, estas normas segundo Silva:

[...] desde a entrada em vigor da Constituição, produzem, ou têm possibilidade de produzir, todos os efeitos essenciais, relativamente aos interesses, comportamentos e situações, que o legislador constituinte, direta e normativamente, quis regular. (SILVA, 1999, p. 101).

Portanto, a norma esmiuçada não tem qualquer condicionante a uma norma posterior, não existindo qualquer limitação no texto à cumulação de adicionais, ou até mesmo obrigação de possível autorização. Se a norma constitucional não traz tal limitação, não pode lei regulamentadora instituir essa restrição.

Outro argumento importante é a questão da recepção do §2º do art. 193 e da NR-15, em seu item 15.3 pela Carta Constitucional vigente. As normas infraconstitucionais existentes quando da implementação de uma Constituição necessitam ser compatíveis com a mesma, o que não ocorreu nas normas ressaltadas, principalmente no que diz respeito à dignidade da pessoa humana e o direito à redução dos riscos provenientes do meio ambiente de trabalho.

Neste sentido, assevera Melo:

Quando a Constituição fala em dignidade humana, em valor social do trabalho, em pleno emprego e 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 de que dispõe, considerando, outrossim, como bem supremo. (MELO, 2013, p. 126).

É cediço na Carta Magna serem os valores sociais sobrepostos aos econômicos. Isto significa que, mesmo havendo dificuldade em estabelecer critérios conceituais para dignidade da pessoa humana e justiça social, o simples fato da possibilidade de cumulação dos adicionais já ratifica esses preceitos, valorizando-os.

Outrossim, não se pode olvidar da hierarquia, na pirâmide das normas, dos tratados que versam sobre direitos humanos recepcionados pelo Brasil, principalmente da Convenção nº 155 da OIT, em seu art. 11, alínea b (como já exposto anteriormente), deixando claro ser possível a cumulação dos adicionais frente a exposição do trabalhador a diversos agentes ou substâncias nocivas. Sendo assim, com base no art. 5º, § 2º da CRFB/88, uma vez ratificada, a convenção incorpora-se à legislação interna.

Encontram-se hoje, na jurisprudência, julgados corroborando com falta de receptividade na Constituição Federal do art. 193 § 2º da CLT, como pode ser observado abaixo:

CUMULAÇÃO DE ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE. Frente aos comandos constitucionais insculpidos no art. 7º, inciso XXII e XXIII da Constituição Federal, não é mais viável sustentar a recepção na Ordem de 1988 no art. 193, §2º, da CLT. Mais ainda depois da incorporação ao direito interno da Convenção 155 da OIT, ocorrida em 1944. (TRT, 8ª, 0000523-69.2011.5.04.0008 RO, Segunda Turma, Relator: Raul Zoratto Sanvicente, 13.12.2012)

ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE. Cumulação. A norma do art. 193, §2º, da CLT não foi recepcionada na Ordem de 1988 e, de qualquer sorte, derogada em razão da ratificação, pelo Brasil, da Convenção 155 da OIT. Devida a cumulação de ambos os adicionais, portanto. (TRT, 16º, 0001232-80.2011.5.04.0016 RO, Segunda Turma, Raul Zoratto Sanvicente, 07.03.2013).

Outro viés favorável à temática se encontra nos princípios fundamentais do trabalho, tendo o princípio da norma mais favorável maior enfoque, já que a doutrina clássica o divide em três situações favoráveis a impossibilidade de cumulação dos adicionais, pois via-se uma pretensão do legislador, ao criar tais regras, a de equilibrar as possibilidades de vantagem entre empregado e empregador.

Neste sentido, Godinho assevera:

O operador do Direito do Trabalho deve optar pela regra mais favorável ao obreiro em três situações distintas: no instante da elaboração da regra (princípio orientador da ação legislativa, portanto) ou no contexto de confronto entre regras concorrentes (princípio orientador do processo de hierarquização das normas trabalhistas) ou por fim, no contexto de interpretação das regras jurídicas (princípio orientador do processo de revelação do sentido da regra trabalhista). (GODINHO, 2007, p. 315)

O mesmo princípio atua evidenciando a hierarquia das regras jurídicas, ensejando a possibilidade, nos casos de conflitos de regras, de utilizar aquela a mais favorável ao trabalhador, o que no caso é a aplicação da Convenção n. 155 da OIT, ensejando o pagamento de adicionais por cada fato gerador.

As leis relativas ao direito do trabalho buscam cada vez mais a otimização do trabalhador com o seu trabalho, entretanto, não pode existir qualidade onde há insegurança. A qualidade de uma empresa está diretamente ligada aos recursos humanos, podendo ter seu potencial afetado quando um operário não se sente seguro no seu ambiente de trabalho.

Ao ser implementado o adicional, sua função era aumentar a remuneração percebida pelo empregado, possibilitando, assim, uma melhor qualidade de vida ao mesmo, mas, principalmente, forçar o empregador a eliminar ou reduzir os riscos

oriundos do ambiente de trabalho. Entretanto, o custo com pagamento do adicional se torna inexpressivo diante dos necessários investimentos para redução ou eliminação dos agentes nocivos.

Conseqüentemente, o empregador vê uma forma de lucrar, ao pagar o adicional ao invés de neutralizar ou eliminar os riscos no meio ambiente do trabalho, evidenciando um custo benefício.

Por fim, urge ressaltar que atualmente, na Câmara dos Deputados, tramita projeto de Lei n. 4.938/2013 com o intuito de alterar o §2º do art. 193 da CLT para permitir, assim, a possibilidade do trabalhador receber de forma cumulada os adicionais de insalubridade e periculosidade.

Após todas as argumentações expostas, é válido um esboço do panorama jurisprudencial, que vem se atualizando pela busca de um cenário hígido, seguro e sadio no meio ambiente do trabalho.

5 JURISPRUDÊNCIAS FAVORÁVEIS À CUMULAÇÃO

Atualmente, o que prevalece é o entendimento da impossibilidade da acumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade, entretanto, é possível notar o surgimento de um novo modo expressivo às condições do meio ambiente do trabalhador.

Com foco no exposto nos incisos XXII e XXIII do art. 7º da CRFB/88, o qual garante a proteção à saúde, higiene e segurança do trabalho e na aplicação da Convenção n. 155 da OIT, o TRT da 4ª região vem se posicionando favorável ao acúmulo, senão observe-se abaixo:

ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO. Se o trabalhador laborava, ao mesmo tempo, em condições insalubres e perigosas, possível a cumulação dos adicionais respectivos, na medida em que a norma prevista no § 2º do art. 193 da CLT não é compatível com a Constituição da República, tendo em vista as disposições do art. 7º, incisos XXII e XXIII, e do art. 200, inciso VIII. Aplicação da Convenção 155 da OIT, cujo art. 11, "b", *in fine*, determina que "deverão ser levados em consideração os riscos para a saúde decorrentes da exposição simultânea a diversas substâncias ou agentes". (Processo TRT 4ª Região n.º RS 0000062-35.2013.5.04.0006; Rel. Marcelo José Ferlin D'Ambroso; julgamento 03/07/2014)

O mesmo Tribunal também já se pronunciou sobre a influência negativa que os adicionais causam nos empregadores, uma vez que o mesmo desestimula a eliminação ou neutralização das condições de risco no trabalho, observe-se:

ADICIONAL DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE. CUMULAÇÃO. POSSIBILIDADE. À luz do que dispõem os incisos XXII e XXIII do art. 7º da Constituição Federal de 1988 e o item 4.1 da Convenção nº 155 da OIT, não mais subsiste o preceito do § 2º do art. 193 da CLT, que veda o recebimento simultâneo dos adicionais de insalubridade e periculosidade, na medida em que a limitação à opção por um dos adicionais encerra desestímulo aos empregadores na eliminação das condições de risco no trabalho, na contramão do que pretende uma efetiva política de saúde e segurança dos trabalhadores. (Processo TRT 4ª Região n.º RS 0000504-77.2013.5.04.0013; Rel. Maria Helena Lisot; julgamento 30/07/2014)

Ainda analisando julgados do mesmo Tribunal acima, já foi proferida decisão com pedido de cumulação dos adicionais de periculosidade, insalubridade e dano moral, o que também já ocorreu no TRT da 4ª região:

ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE. POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO. Os adicionais de insalubridade e periculosidade dizem respeito a fatos geradores diversos, razão pela qual não há que falar em impossibilidade de cumulação. O pagamento de tais adicionais tem por escopo proteger a saúde do trabalhador. (TRT-4 - 8ª Vara do Trabalho de Porto Alegre - RO: 00001697320135040008 RS 0000169-73.2013.5.04.0008, Rel. MARCOS FAGUNDES SALOMÃO, Data de Julgamento: 13/05/2014)

Ainda julgando improcedente o pedido de cumulação, o relator Marcos Fagundes Salomão preza pela possibilidade da cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade quando o empregado é exposto a condições adversas no ambiente de trabalho, e fundamenta, inclusive, que a Constituição da República Federal não veda o pagamento simultâneo destes adicionais. Entretanto, por maioria dos votos da Turma, o pedido foi julgado improcedente, levando em conta o art. 193, §2º da CLT.

Recentemente o TST proferiu decisão coligando todo o pensamento exposto, na qual o Relator Cláudio Brandão inova as decisões do Tribunal Superior, e expõe de forma lógica a possibilidade de cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade:

Recurso de revista. Cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade. Possibilidade. Prevalência das normas constitucionais e supralegais sobre a CLT. Jurisprudência consolidada do STF quanto ao efeito paralisante das normas internas em descompasso com os tratados internacionais de direitos humanos. Incompatibilidade material. Convenções nºs 148 e 155 da OIT. Normas de Direito Social. Controle de convencionalidade. Nova forma de verificação de compatibilidade das normas integrantes do ordenamento jurídico. A previsão contida no artigo 193, § 2º, da CLT não foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988, que, em seu artigo 7º, XXIII, garantiu de forma plena o direito ao recebimento dos adicionais de penosidade, insalubridade e periculosidade, sem qualquer ressalva no que tange à cumulação, ainda que tenha remetido sua regulação à lei ordinária. A possibilidade da aludida cumulação se justifica em virtude de os fatos geradores dos direitos serem diversos. Não se há de falar em *bis in idem*. No caso da insalubridade, o bem tutelado é a saúde do obreiro, haja vista as condições nocivas presentes no meio ambiente de trabalho; já a periculosidade traduz situação de perigo iminente que, uma vez ocorrida, pode ceifar a vida do trabalhador, sendo este o bem a que se visa proteger. A regulamentação complementar prevista no citado preceito da Lei Maior deve se pautar pelos princípios e valores insculpidos no texto constitucional, como forma de alcançar, efetivamente, a finalidade da norma. Outro fator que sustenta a inaplicabilidade do preceito celetista é a introdução no sistema jurídico interno das Convenções Internacionais nos 148 e 155, com *status* de norma materialmente constitucional ou, pelo menos, supralegal, como decidido pelo STF. A primeira consagra a necessidade de atualização constante da legislação sobre as condições nocivas de trabalho e a segunda determina que sejam levados em conta os riscos para a saúde, decorrentes da exposição simultânea a diversas substâncias ou agentes. Nesse contexto, não há mais espaço para a aplicação do artigo 193, § 2º, da CLT. Recurso de revista de que se conhece e a que se nega provimento. ” (TST, 7.ª T., RR 1072-72.2011.5.02.0384, Rel. Min. Cláudio Mascarenhas Brandão, DEJT 03.10.2014)

A priori, o Relator entende não haver pagamento em dobro nos casos de acumulação, uma vez que os fatos geradores dos adicionais serem diversos e inconfundíveis.

Como fundamento para o julgado, o ministro emergiu a Convenção 148 da OIT que “consagra a necessidade de atualização constante da legislação sobre as condições nocivas de trabalho”, além, é claro, da Convenção n. 155 da OIT, já que determina a vigilância dos “riscos para a saúde, decorrentes da exposição simultânea e diversas substâncias ou agente”. Informando, assim, a urgência da prevalência do princípio da norma mais favorável.

Ademais, o Relator posicionou-se no sentido da não recepção pela Constituição vigente do art. 193, §2º, da CLT e do item 16.2.1 da NR-16 da Portaria

3.214/78 do Ministério do Trabalho e Emprego, não havendo sequer harmonia com princípio e regras encontrados na Carta Magna.

Diante das decisões favoráveis que cada vez mais vêm se atualizando, inclusive pelo TST, urge a mudança do cenário do meio ambiente do trabalho, devendo os tribunais analisar se a política mais eficaz à prevenção da saúde, da vida, que são os bens mais protegidos do ordenamento jurídico atual, seria fazer o trabalhador escolher por um dos adicionais inerentes a sua atividade, ou seja, escolher por um dos males que o acomete.

CONCLUSÃO

O presente trabalho buscou esclarecer a necessidade de atualização do entendimento majoritário jurisprudencial, criando um obstáculo à efetivação dos direitos fundamentais de proteção à saúde do trabalhador e dignidade da pessoa humana, ao impossibilitar a cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade.

A insalubridade gera ao trabalhador um aumento na remuneração obtida ao se encontrar exposto a agentes nocivos que afetam sua saúde, ocasionando diferentes doenças. Já exposto à periculosidade, o mesmo se encontra diante de riscos à sua integridade física, gerando possibilidade até de morte inesperada.

Grandes diferenças surgem entre os adicionais. A insalubridade interfere com o tempo de exposição do trabalhador a diversos agentes agressivos, apresentando três graus de agressividade de acordo com a variação do agente.

Já a periculosidade não possui grau para risco exposto, pois todos os agentes estão alocados no mesmo nível de risco, para tanto, o trabalhador recebe o percentual de 30% sobre o salário recebido, excluídas gratificações, prêmios ou participações nos lucros empresariais.

Ocorre, também, o fato da insalubridade ter a possibilidade de ser neutralizada ou eliminada, ou por utilização de equipamentos de proteção individual, que a neutraliza, ou por medidas coletivas asseguradoras do ambiente de trabalho dentro dos limites toleráveis, o que a eliminaria.

Dois benefícios seriam visíveis aos trabalhadores brasileiros, caso fosse possível acumular os adicionais. Se de um lado, ao receber quantia decorrente de periculosidade ou insalubridade, houvesse ao menos o mínimo de compensação pela situação vislumbrada, de outro, as melhorias na condição do trabalho garantiriam um bem-estar e qualidade de vida ao empregado, melhorando, conseqüentemente, a realização de suas atividades e otimização da economia da empresa.

A visão ideal seria a proibição do trabalho insalubre ou perigoso, ou até a redução da jornada de trabalho dos que se encontram laborando em tais ambientes, como vislumbrado no decorrer deste estudo, mas tal perspectiva ainda seria viável à economia do Brasil.

Uma vez adotante da monetização do risco, a República Federativa do Brasil necessita melhorar a efetivação de sua política, e a liberação da cumulação de tantos quantos adicionais o trabalhador tem direito se mostra a melhor alternativa.

Salienta-se que, com o advento da CRFB/88, e, por conseguinte seu art. 7º, os trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social, têm direito a: XXII – redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança; e XXIII – adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosos na forma da lei.

Acontece que, por via contrária, a CLT no art. 193 §2º, obsta a percepção cumulativa dos adicionais de periculosidade e insalubridade, tendo prevalência o entendimento de que o trabalhador, ainda que sujeito a agentes diversos, deve escolher por um dos adicionais.

Entretanto, a CLT, sendo de 1943, contraria o disposto na CRFB/88. Com isso, visando à hierarquia das normas, a Constituição atual deve prevalecer, pois o nascimento da CLT ocorreu em momento histórico completamente distinto do atual, ou seja, a classe mais avantajada era privilegiada pela lei.

No mesmo sentido, a NR-15, no item 15.3 da Portaria 3.214/78 inibe o pagamento de mais de um grau de insalubridade, julgando ser eficaz permanecer o de grau mais elevado. Além deste, o item 16.2.1 veda o pagamento do adicional de insalubridade e periculosidade de forma simultânea.

Outro conflito encontrado está na ratificação da Convenção n.155 da OIT pelo Brasil, a qual determina a consideração dos riscos à saúde decorrente da exposição simultânea a diversas substâncias ou agentes. Mais um elemento positivo à temática.

Ante o exposto, verificou-se não haver vedação explícita a cumulação de adicionais, sendo perfeitamente possível e constitucional a percepção de ambos simultaneamente. Por isso, o presente trabalho teve a preocupação em juntar elementos, como os reflexos no meio ambiente do trabalho e a recepção de tratados no Direito brasileiro versando sob as condições dignas de labor, para afastar qualquer argumento ensejador da impossibilidade da cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade.

REFERÊNCIAS

Código Civil de 1916 - Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L3071impressao.htm. Último acesso em 08/09/2015.

CUNHA, Maria Inês S. A. da. **Direito do Trabalho**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 6. ed. São Paulo: LTr, 2007.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental brasileiro**. 11. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____; RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Manual de Direito ambiental e legislação aplicável**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1999.

FORMOLO, Fernando. **Acumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade**. *Justiça do Trabalho*. v. 23, n. 269, maio/2006.

GIGLIO, Wagner D. **Direito Processual do Trabalho**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

MARQUES, Christiani Marques. **A proteção ao trabalho penoso**. Tradução de Mário Gama Kury. Brasília: UnB, 2001.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Comentários à CLT**. 9. ed. São Paulo: LTr 2005.

MELO, Raimundo Simão de. **Direito ambiental do trabalho e a saúde do trabalhador: responsabilidades legais, dano material, dano moral, dano estético, indenização pela perda de uma chance, prescrição**. 5. ed – São Paulo: LTr, 2013.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Teoria jurídica do salário**. 2. ed. São Paulo: LTr, 1997.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. **Proteção jurídica à saúde do trabalhador**. 2. ed. São Paulo: LTr, 1998.

Pinto, José Augusto Rodrigues. **Curso de direito individual do trabalho**. 4. ed., São Paulo, LTr, 2000.

SENDIM, José de Souza Cunhal. **Responsabilidade civil por danos ecológicos**. Coimbra: Almedina, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed. 2. tir. rev. atual. ampl., São Paulo: Malheiros, 1999.

SILVA, José da. **Direito Ambiental Constitucional**. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

SUSSEKIND, Arnaldo. **Convenções da OIT**. São Paulo: LTr, 1994.

_____; MARANHÃO, Délio, VIANNA, Segadas, TEIXEIRA, Lima. **Instituições de Direito de Trabalho**. 22. ed. Vol. 2. São Paulo: LTr, 2005.

VENDRAME, Antônio Carlos. **Insalubridade versus periculosidade. Suplemento Trabalhista**. São Paulo: LTr, n. 162.

Recebido em: 10/10/2016

Aceito em: 15/12/2017