

POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO DOS ADICIONAIS DE PERICULOSIDADE E INSALUBRIDADE

SANTOS, Heverton dos¹
AGUERA, Pedro Henrique Sanches²

RESUMO:

O presente estudo tem por objetivo fazer um confronto entre as legislações aplicáveis às relações de trabalho. Tal questionamento faz-se necessário, tendo vista a normatização divergente a respeito da cumulação dos dois adicionais, quais sejam de periculosidade e insalubridade. Dessa forma, as análises de julgados dos tribunais, bem como, das opiniões dos estudiosos do âmbito jurídico, formaram uma base sólida para a construção deste trabalho. Os meios metodológicos empregados ao longo do trabalho foram: pesquisas bibliográficas; pesquisas jurisprudenciais e também pesquisas na internet, em especial os artigos jurídicos. Ao final, conclui-se sobre a viabilidade da efetiva cumulação dos adicionais.

PALAVRAS-CHAVE: Adicionais, Insalubridade, Periculosidade, Cumulação.

POSSIBILITY OF CUMULATION OF ADDITIONAL HAZARDOUS AND UNHEALTHY

ABSTRACT:

The present work consists of a comparison between the legislations applicable to labor relations. Such questioning is necessary, in view of the divergent regulations regarding the addition of the two additional, which are dangerous and unhealthy. In this way, the analysis of the judgments of the courts, as well as the legal experts, formed a solid basis for the construction of this work. The methodological means used throughout the work were: bibliographical research; jurisprudential research and also research on the internet, especially legal articles. At the end, the conclusion on the feasibility of the possibility of cumulation of the additional.

KEYWORDS: Additional, Unhealthy, Dangerous, Cumulation.

1 INTRODUÇÃO

A nossa Constituição Federal, em seu Artigo 7º, XXIII, garante aos trabalhadores o adicional de remuneração para os que exercem atividades perigosas, insalubres e em jornada extraordinária, sem nenhuma ressalva.

Em contraposição à Carta magna, o disposto na Consolidação das Leis Trabalhistas, estabelece que é expressamente vedada a cumulação dos dois adicionais, quais sejam o de periculosidade e insalubridade, em que pese as situações em que de fato o trabalhador está exposto aos dois agentes, o risco à vida e o prejudicial à saúde.

¹ Acadêmico do Curso de Direito do Centro Universitário Assis Gurgacz - FAG. E-mail: hevertonsantos14@gmail.com.

² Professor Orientador. E-mail: ph_sanches@hotmail.com

Neste contexto, tem-se o seguinte questionamento: porque nossa legislação não permite a cumulação do adicional de periculosidade e insalubridade, mesmo o trabalhador estando exposto aos dois malefícios? Diante de tal questionamento, faremos uma análise das legislações aplicáveis à matéria, fazendo uma abrangência constitucional a respeito da problemática.

Tendo em vista a normatização internacional, a qual o Brasil é signatário, qual seja a Organização Internacional do Trabalho (OIT), por meio das Convenções nº 148 e 155, que o Brasil recepcionou, e as mesmas tem vigência, visto que se trata de lei posterior, e conforme nosso ordenamento jurídico, lei posterior revoga a anterior, qual seja o disposto na Consolidação das Leis Trabalhistas, o qual disciplina expressamente que não é possível a cumulação das duas verbas na remuneração.

Diante da normatização internacional, no sentido de que é possível a cumulação dos dois adicionais, pode-se previamente reconhecer que há um confronto de leis no tempo. Tal impasse tem possível solução com os ensinamentos da Lei nº 4.657/1942, Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (LINDB), disciplinando que via de regra a lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a mesma matéria.

Ante a análise da norma que regula a aplicação das normas jurídicas no Brasil, pelo critério de hierarquia, as Convenções que o Brasil é signatário, estão no patamar de normas supralegais, portanto, hierarquicamente superiores à CLT, e em total consonância com a nossa Constituição Federal.

Em razão da hierarquia das normas, bem como, de a norma ser posterior com o entendimento doutrinário e jurisprudencial, entende-se previamente pela possibilidade de cumulação dos dois adicionais.

A respeito da determinação da lei ordinária, essa determina que o trabalhador deva optar pelo adicional que lhe seja devido, coibindo a sua cumulação, no entanto a 7ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho (TST), já decidiu por acolher pedido de pagamento combinado dos referidos adicionais, pautando-se no cumprimento de forma plena e hierárquica da Constituição Federal e das convenções internacionais, uma vez que a Carta Magna não prevê a impossibilidade de cumulação dos referidos adicionais.

Neste sentido, serão analisados os posicionamentos emanados pelos Tribunais Superiores, chegando a uma possível solução para a divergência de posicionamentos, seja a doutrinária,

jurisprudencial, ou mesmo legislativa, que tem possível solução com a aprovação do Projeto de Lei nº 4.983/2013, que está em trâmite.

2 OS PONTOS RELEVANTES ACERCA DA POSSIBILIDADE DA CUMULAÇÃO DO ADICIONAL DE PERICULOSIDADE E INSALUBRIDADE

2.1 ASPECTOS HISTÓRICOS DO DIREITO DO TRABALHO NO BRASIL

Findada a escravidão, e proclamada a República em 1889, iniciou-se o período chamado de período econômico liberal do direito do trabalho. Tal período ficou caracterizado por inovações, principalmente no campo das indústrias, que sem grande importância, acabaram contribuindo para o posterior desenvolvimento da legislação trabalhista no Brasil. Após esse momento histórico, começaram a surgir as grandes indústrias nacionais, impulsionadas pela ideia do Liberalismo econômico. Com a ideia do Liberalismo econômico o Estado tomou um posicionamento omissivo ante as relações de trabalho, nas lições de Amauri Mascaro Nascimento:

Assim, o período liberal, mesmo diante dos acontecimentos políticos e sociais, não foi propício para a revolução jurídica na ordem trabalhista, diante do pensamento que presidia nossas principais ações. Qualquer medida legislativa de regulamentação do trabalho podia ser interpretada como séria restrição da autonomia da vontade e incompatível com os princípios considerados válidos para a plena emancipação nacional (NASCIMENTO, 2013, p.98).

Esse posicionamento omissivo do Estado é até compreensível à época, visto que o momento era de desenvolvimento da economia, e ainda impulsionado pela Revolução Industrial.

No começo do século XX, começaram então a surgir os primeiros direitos trabalhistas de forma positivada. Uma corrente mais tímida, afinal no momento era pautada pelo desenvolvimento das indústrias, nem que isso custasse a mínima existência de direitos trabalhistas. Em que pese esse fator de desenvolvimento da economia, a partir de 1930, iniciou-se a ampliação da oficialização do Direito do Trabalho no Brasil. Nos dizeres de Francisco Ferreira Jorge Neto e Jouberto de Quadros Pessoa Cavalcante, (2008, p.31) “Com o governo de Getúlio Vargas, o ideal da intervenção estatal nas relações de trabalho passa a ter aceitação, notadamente, pela influência histórica do modelo corporativista italiano”. Como exemplo dessa ampliação, ressalta-se a criação de uma importante instituição às relações do trabalho, o Ministério do Trabalho, criado em 1930.

Diante dessa evolução, logo em 1931 veio à normatização prevendo a possibilidade de criação das instituições sindicais, com os ideais de melhoria das condições dos trabalhadores e com o fito de justiça social. Obviamente que as instituições sindicais também vieram de forma mais tímida, e ainda com receio por parte dos grandes empresários. Mesmo havendo a possibilidade das associações sindicais, ainda havia algumas restrições, a exemplo da proibição da sindicalização de funcionários públicos. Tal proibição possivelmente era motivada para que não existissem greves no setor público, ou seja, não havendo sindicatos representando os servidores, isso tornaria muito mais difícil a mobilização deles para pleitear direitos perante o Estado.

De acordo com os ensinamentos de Nascimento (2013, p.105), extraímos que “a Constituição de 1934 previu o sistema da pluralidade sindical, mas há críticas quanto ao seu artificialismo e à criação de “sindicatos de carimbo”, existentes só no papel”. Tais sindicatos eram apenas instituições formais, existiam apenas com o fito de representação formal de determinada classe trabalhadora, que na maioria das vezes tinha como seus dirigentes os próprios patrões.

A partir de 1937, houve ampliação das normas trabalhistas, causando desordem, pois as leis eram esparsas, tratavam de situações ou profissões específicas, gerando assim a problemática por conta dessa fragmentação. Diante dessa situação, surgiu então, a Consolidação das Leis do Trabalho, em 1943, com o objetivo de primeiramente ampliar os direitos trabalhistas.

Conforme as palavras de Nascimento:

O Governo resolveu, então, reunir os textos legais num só diploma, porém foi mais além de uma simples compilação porque, embora denominada Consolidação, a publicação acrescentou inovações, aproximando-se de um verdadeiro Código. Não obstante, a matéria de previdência social e de acidentes do trabalho permaneceu separada em outras leis (NASCIMENTO, 2013, p.99).

A Consolidação das Leis Trabalhistas surgiu também como necessidade de compilar os dispositivos a respeito da legislação trabalhista, bem como, ampliar direitos trabalhistas.

2.2 CONCEITUAÇÃO DOS ADICIONAIS

2.1.1 Insalubridade

Com o advento da Consolidação das Leis Trabalhistas em 1943, visivelmente houve ampliação dos direitos trabalhistas. Dentre inovações trazidas pela consolidação, destaca-se a tutela

especial às atividades laborais perigosas e insalubres. Nas lições de Delgado (2012, p. 759), os adicionais são, “parcelas contraprestativas suplementares devidas ao empregado em virtude do exercício do trabalho em circunstâncias tipificadas mais gravosas”, quais sejam em ambientes perigosos, ou insalubres.

Quanto às atividades insalubres, a CLT, em seu artigo 189, também trouxe a conceituação, qual seja, as atividades que, por sua natureza, condições ou métodos de trabalho, submetam o obreiro 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 (BRASIL, 1943).

Ante a conceituação pela própria CLT, para Corrêa e Saliba (2015, p. 11), a palavra “insalubre” tem origem do latim, representando quaisquer fatos que acarretam doença, tendo por qualidade de insalubre. Ou seja, quaisquer fatores atípicos que impactem direta ou indiretamente na saúde do obreiro, deve ser entendida como fator insalubre.

Para a efetiva caracterização do adicional de insalubridade, Martins (2011, p.256), leciona que, “não basta apenas que o trabalhador esteja exposto a fatores insalubres, é necessário que haja habitualidade e intensidade dos malefícios, bem como que estes fatores estejam violando os limites de tolerância estabelecidos na Norma Regulamentadora nº 15, do Ministério do Trabalho e Emprego, para então possibilitar o enquadramento em labor insalubre”.

Diante do exercício de labor, sob agente prejudicial à saúde acima dos limites de tolerância estabelecidos pelo Ministério do Trabalho, o art.192, da CLT, vem disciplinar:

Art. 192 - O exercício de trabalho em condições insalubres, acima dos limites de tolerância estabelecidos pelo Ministério do Trabalho, assegura a percepção de adicional respectivamente de 40% (quarenta por cento), 20% (vinte por cento) e 10% (dez por cento) do salário-mínimo da região, segundo se classifiquem nos graus: máximo, médio e mínimo. (BRASIL, 1943).

Em razão do descumprimento dos limites de tolerância estabelecidos, nasce o direito ao recebimento do adicional de insalubridade, de modo que sua amplitude deve ser apurada durante perícia, visto que há diferentes graus. Conforme mencionado anteriormente, o art. 192, da CLT, dispõe sobre os graus de insalubridade, servindo inclusive de base para a porcentagem do valor devido.

No entendimento de Paula (2008, p.27), “o fator de relevância para aferir o grau de insalubridade, é apenas o reflexo do quanto o empregado está sendo exposto, sendo considerada principalmente a intensidade dos agentes, bem como o tempo de exposição”. Ainda, é importante equilíbrio para a caracterização, pois longas exposições e pequenas concentrações de agentes, ou o

inverso, grandes concentrações por curta exposição, não tem o condão de caracterizar a insalubridade.

No mesmo sentido, o Tribunal Superior do Trabalho, de acordo com o entendimento da súmula 47, entende que é possível a caracterização do trabalho insalubre, ainda que intermitente, pois mesmo intermitente não elimina a exposição do obreiro ao trabalho prejudicial à sua saúde.

Finda a conceituação do mencionado adicional, verifica-se que por rigor do artigo 192, da CLT, restando caracterizada a insalubridade, o trabalhador deve perceber percentual de 40% (quarenta por cento), 20% (vinte por cento) e 10% (dez por cento), respectivamente grau máximo, médio e mínimo. O mencionado artigo, ainda determina que o fator para base do cálculo seja o salário mínimo da região.

O artigo 192, da CLT, disciplina ainda que, o enquadramento das atividades como insalubres será aprovado pelo Ministério do trabalho, que determinará quais os requisitos para a efetiva caracterização, bem como delimitará os limites de tolerância aos agentes que o trabalhador estará exposto, quais os meios aptos à proteção do obreiro, e ainda qual será o tempo máximo de exposição, a depender da elevação do risco à saúde (BRASIL, 1943).

Acerca do tema, Saraiva leciona:

Para se configurar a existência do direito ao adicional de insalubridade não a constatar que o ambiente de trabalho é agressivo à saúde do empregado, sendo indispensável o enquadramento da atividade ou operação entre as insalubres pelo Ministério do Trabalho, conforme menciona a Súmula 460 do STF (SARAIVA, 2012, p.359).

Sendo reconhecida a incidência do adicional, há ainda, normas legais impondo ao empregador a neutralização ou eliminação do agente nocivo, através de adoção de medidas de conservação do ambiente laboral, e caso não sendo suficiente, o fornecimento de equipamentos de proteção individual (EPIs) a fim de neutralizar a intensidade dos efeitos causados pelos agentes insalubres.

2.1.2 Periculosidade

No mesmo sentido do adicional de insalubridade, o pagamento do adicional de periculosidade, também busca de certa forma compensar o trabalhador, porém neste caso compensa-se pela exposição a agentes, os quais importam em risco à vida, sendo este não menos importante que o anterior.

Nesse sentido, o adicional de periculosidade atinge o trabalhador que labora sob condições que possam causar “infortúnio súbito, imediato, capaz de lhe tolher a vida ou provocar lesão grave de um momento para outro” (FORMOLO, 2006, p. 55). Ou seja, ceifando a sua vida de forma repentina e imediata.

Extraindo lições do Direito Penal, pode-se comparar o trabalho perigoso à culpa consciente, que nos ensinamentos de Fernando Capez (2011, p.235), “culpa consciente ou com previsão é aquela em que o agente prevê o resultado, embora não aceite. Há no agente a representação da possibilidade do resultado, mas ele a afasta, de pronto, por entender que evitará e que sua habilidade impedirá o evento lesivo previsto”. Por mais que seja um conceito do Direito Penal, o trabalho perigoso pode ser interpretado como “culpa consciente” do empregador, obviamente que a responsabilidade não é uma sanção penal, e sim o pagamento do referido adicional.

O artigo 193, da CLT, conceitua o que seria o trabalho perigoso. Em síntese, o trabalho perigoso é aquele que, por sua natureza ou métodos de trabalho, implique em elevado risco à vida do trabalhador. O mesmo diploma legal assegura ao trabalhador que exerce atividades sob estas condições, tenha direito a um adicional, conforme disposto no §1º do mencionado artigo, “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” (BRASIL, 1943).

O referido artigo, ainda traz um rol exemplificativo de atividades perigosas, sendo aquelas em que há exposição de: “I – inflamáveis, explosivos ou energia elétrica; II – roubos ou outras espécies de violência física nas atividades profissionais de segurança pessoal ou patrimonial; §4º São também consideradas perigosas as atividades de trabalhador em motocicleta” (BRASIL, 1943).

Frisa-se que há uma grande diferença entre um adicional e outro, enquanto o adicional de insalubridade exige que o trabalhador se exponha determinado tempo para se caracterizar, aqui não há esse quesito, pois já se caracteriza de imediato, diante da grave consequência que pode resultar, inclusive no trabalho intermitente (SARAIVA, 2010, p. 355)

A respeito do trabalho intermitente, leciona Viana:

Tal como acontece com o adicional de insalubridade, o de periculosidade é devido no trabalho intermitente; mas indevido no eventual, o mesmo acontecendo, segundo o TST, se o tempo de exposição é extremamente reduzido (Súmula nº364). Mas esta última conclusão é discutível: embora a CLT exija exposição permanentemente com explosivos ou inflamáveis (193), essa permanência deve ser entendida como a exposição rotineira, ainda que por tempo muito curto: afinal, pode-se perder a vida em um minuto (VIANA, 2014, p.119).

Diante da conceituação do trabalho perigoso, assim como, o direito ao adicional em razão do risco a que esse trabalhador está exposto, entende-se que a indenização, pagamento do adicional, tem grande importância, pois tem por escopo compensar o obreiro pelo risco que este se expõe diariamente em sua atividade profissional, sendo plenamente indenizável, uma vez que ocorrida, pode ceifar a vida do trabalhador, sendo este o bem a que se visa proteger.

3 DA COMPARAÇÃO DO TRABALHO DO MENOR SOB A ÓTICA CONSTITUCIONAL E DEMAIS LEGISLAÇÕES

Considerando o quão prejudicial é o trabalho sob condições perigosas ou insalubres, a própria Constituição Federal veda que menores pratiquem atividades sob estas condições, o disposto no art. 7º, XXXIII, da CF, “proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos” (BRASIL, 1988).

A legislação ordinária, qual seja a CLT, vêm conceituando quem seria o menor para fins trabalhistas, conforme o artigo 402:

Considera-se menor para os efeitos desta Consolidação o trabalhador de quatorze até dezoito anos. Parágrafo único - O trabalho do menor reger-se-á pelas disposições do presente Capítulo, exceto no serviço em oficinas em que trabalhem exclusivamente pessoas da família do menor e esteja este sob a direção do pai, mãe ou tutor, observado, entretanto, o disposto nos arts. 404, 405 e na Seção II (BRASIL, 1943).

Em consonância com a nossa Carta Magna, a legislação ordinária vem disciplinando também as restrições às atividades dos menores de dezoito anos, conforme art. 403, parágrafo único, “O trabalho do menor não poderá ser realizado em locais prejudiciais à sua formação, ao seu desenvolvimento físico, psíquico, moral e social e em horários e locais que não permitam a frequência à escola” (BRASIL, 1943).

No mesmo sentido da CLT, a Lei 8.069/90, Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 60, proíbe o trabalho aos menores de 16 anos de idade, salvo na condição de aprendiz, permitida a partir dos 14 anos de idade. A proibição trazida pela legislação visa justamente proteger a criança e o adolescente, presumindo que até completar 18 anos de idade, o menor tem como prioridade receber educação, para a conclusão do seu desenvolvimento físico e mental sadio (BRASIL, 1990).

Diante das restrições que são aplicadas aos menores, é indiscutível que a própria legislação competente entende que o trabalho nas condições citadas são extremamente prejudiciais à saúde, ao desenvolvimento físico e inclusive à moralidade do trabalhador. Em face dessa realidade, tais atividades são realmente prejudiciais ao obreiro, seja ele menor de idade ou não, inclusive sendo proibida ao primeiro, de tão grave que é a situação, não poder laborar nessa situação independentemente de ser indenizado.

Em recente julgado, o Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, condenou uma empresa que manteve um funcionário, menor de idade, exercendo atividades em contato com substâncias cancerígenas. Diante do reconhecimento da insalubridade, a reclamada foi condenada ao pagamento do referido adicional ao menor, e ainda condenada à indenização por danos morais. O relator ressaltou que o trabalho do menor em condições insalubres, viola o artigo 405, inciso I, da CLT, portanto caracterizando dano moral *in repta*, ou seja, o dano moral presumido (SECOM/TRT4, 2018).

4 POSSIBILIDADE DE ACÚMULO DOS ADICIONAIS

Restando incontroversa a motivação pela qual existem os adicionais, e ademais todos os aspectos apresentados, chega-se ao entendimento que ambos têm cunho indenizatório, e não se confundem.

Do ponto de vista prático, ilustra-se uma situação fática em que um trabalhador esteja exposto aos dois malefícios:

Empregado de mineradora que, no trabalho de campo, ativa-se em contato direto com detonação de explosivos (periculosidade – fato gerador 1) e, por essa razão, também está exposto a ruído intenso (insalubridade – também advinda do mesmo fato gerador 1, qual seja, trabalho com explosivos) (OSTRABALHISTAS, 2016).

Este é apenas um exemplo, de inúmeros que poderá ser mencionado. Situações comuns e rotineiras em que infelizmente o trabalhador está exposto aos dois agentes prejudiciais.

Neste contexto, têm-se os ensinamentos de Maurício Godinho Delgado, o qual discorre sobre o princípio da proteção.

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 (DELGADO, 2013, p.190).

Diante de tal princípio, é inegável que a proteção ao trabalhador, parte hipossuficiente na relação de trabalho, não deve ficar em segundo plano, sendo esta o centro de gravitação da relação de trabalho. Em face ao princípio, a nossa legislação, seja constitucional ou lei ordinária, preocupa-se grandemente com a vida/saúde do obreiro.

O entendimento da Consolidação das Leis do Trabalho, em seu art.193, 2º, regulamenta que, “o empregado poderá optar pelo adicional de insalubridade que por ventura lhe seja devido” (BRASIL, 1943). Tal dispositivo viola os direitos do trabalhador, uma vez que mesmo exposto aos dois malefícios, quais sejam o risco à vida e o prejudicial à sua saúde, só poderá receber por um deles.

Com o advento da nossa Constituição Federal, de 1988, em seu artigo 7º, trouxe como cláusula pétrea um rol de direitos assegurados aos trabalhadores, tanto para os urbanos quanto para os rurais. Conforme o inciso XXIII do mencionado artigo, “adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei” (BRASIL, 1988).

Em razão do disposto na Constituição, grande discussão se levantou na época sobre a possibilidade de revogar o texto da CLT, porém mesmo sendo entendimento posterior, a legislação fora mantida.

Como é sabido, o direito à vida, à saúde e a dignidade, são direitos sociais fundamentais que são inerentes ao ser humano, portanto é um dever do Estado a garantia de regulamentação, bem como, a efetivação dos referidos direitos, de acordo com o art.6º, da Constituição Federal:

São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição (BRASIL,1988).

Em que pese o entendimento constitucional, infelizmente no exercício de algumas atividades laborais, o obreiro é exposto a situações que acarretam risco à sua saúde e segurança, tais situações devem ser disciplinadas pelo Direito do Trabalho, e devem atender às situações específicas, e ainda, adotar regulamentações que possam efetivamente diminuir ou eliminar os fatores que geram insegurança aos trabalhadores.

Conforme Santos (2018), tais condições de risco são inseridas no ordenamento jurídico brasileiro como insalubres ou perigosas. Essas condições insalubres produzem um dano indireto à saúde do trabalhador, portanto causando prejuízos de forma cumulativa e gradativa. Para compensar esse dano sofrido pelo trabalhador, há a previsão de pagamento de adicional em seu salário, no

importe de 10%, 20% ou 40% sobre o salário, a depender do grau de insalubridade da atividade. No mesmo diapasão, há a regulamentação para as atividades perigosas, que são aquelas que trazem um perigo direto e imediato à vida do trabalhador. Tais atividades consideradas perigosas, também geram o pagamento do adicional, de 30% sobre o salário base do empregado (MIGALHAS, 2017).

O entendimento pela cumulação dos dois adicionais vem com o viés de garantia da efetiva aplicação dos princípios trabalhistas, devendo a lei ser interpretada sempre em favor da parte hipossuficiente na relação, qual seja, o trabalhador.

Em termos biológicos, está comprovado que a exposição simultânea a mais de um agente agressivo reduz a resistência do trabalhador, agravando-se ainda mais a situação pelo efeito sinérgico das agressões, isto é, a presença de mais de um agente insalubre além de somar, em muitas circunstâncias, multiplica os danos à saúde. (...) Destarte, não há se falar em restituição do prejuízo do empregado por um só fato gerador, quando o obreiro laborar em circunstâncias de incidência, concomitante, de dois fatos geradores, pois suas sequelas são distintas (AMBITO JURÍDICO, 2011).

Neste contexto, em recente julgado do Tribunal Superior do Trabalho, garantiu a possibilidade da cumulação dos dois adicionais. No caso em apreço, o Tribunal entendeu que seria possível a cumulação, sob o fundamento de que a norma interna da empregadora instituía o adicional de penosidade expressamente, determinando que o empregado optasse por esse em detrimento do adicional de insalubridade ou periculosidade. De acordo com a ementa do acórdão da 6ª Turma, autos n.º 150-45.2015.5.04.0801:

AGRAVO DE INSTRUMENTO DA RECLAMANTE. RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DA LEI 13.015/14. FASE. ADICIONAL DE PENOSIDADE INSTITUÍDO POR NORMA REGULAMENTAR. POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO COM O ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. ANTE POSSÍVEL VIOLAÇÃO DO ART. 7º, XXIII, DA CF, PROVÊ-SE O AGRAVO DE INSTRUMENTO PARA DETERMINAR O PROCESSAMENTO DO RECURSO DE REVISTA (BRASIL, 2018).

No entendimento da reclamante, o termo de opção pelo adicional de penosidade seria nulo, pois impediria a aplicação de preceitos trabalhistas irrenunciáveis. Assim entendeu a 6ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho ao reconhecer a possibilidade de cumulação dos adicionais a uma agente da Fundação de Atendimento Socioeducativo do Rio Grande do Sul. Por maioria, a turma reconheceu que esse tipo de transação implica na renúncia a direito previsto em norma constitucional e trabalhista de caráter obrigatório, acarretando prejuízo para o empregado. Segundo fundamentou o relator, ministro Augusto César Leite de Carvalho, “não cabe condicionar o exercício desse direito a não fruição de qualquer outro direito” (BRASIL, 2018). Ao examinar o

recurso, no entanto, o relator do caso no TST apontou que o direito ao adicional de insalubridade, assegurado no artigo 192 da CLT e no artigo 7º, XXIII, da Constituição Federal, é norma de ordem pública relacionada às condições de trabalho insalubres acima dos limites de tolerância estabelecidos pelo Ministério do Trabalho. Por isso, a turma deu provimento ao recurso e determinou a remessa do processo ao TRT para apreciação do pedido relativo ao adicional de insalubridade.

Em outro julgado semelhante, o Tribunal Superior do Trabalho, também entendeu pela possibilidade da cumulação dos referidos adicionais, assim dispondo:

RECURSO DE REVISTA EM FACE DE DECISÃO PUBLICADA ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. 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 (BRASIL, 2015).

O Tribunal Superior do Trabalho, 7ª Turma, no recurso de revista nº TST-RR-1072-72.2011.5.02.0384, manteve a sentença de 1º grau, reconhecendo a possibilidade de cumular os adicionais de insalubridade e periculosidade. Conforme fundamentação da decisão, o relator destacou a não receptividade do art. 193, §2º da CLT pela Constituição Federal de 1988, argumentando que o dispositivo em questão padece de vício de inconstitucionalidade, tendo em vista contradizer princípios e regras específicas determinadas na Lei Maior. O embasamento da decisão veio das Convenções nº 148 e 155 da Organização Internacional do Trabalho convenções estas ratificadas pelo ordenamento jurídico brasileiro, respectivamente em 22 de Maio de 1991, por intermédio do DECRETO Nº 131 (BRASIL, 1991), e em 29 de Setembro de 1994, por meio do DECRETO nº 1254 (BRASIL, 1994), que disciplinam tanto a revisão constante dos limites de exposição, bem como, que seja levado em consideração todo e qualquer fator que eleve o risco no exercício do labor.

Em ambas as decisões têm-se o entendimento de que normas constitucionais e supralegais são hierarquicamente superiores à CLT, e não vedam a possibilidade de cumular os adicionais. Ainda, as duas verbas não caracterizam pagamento em dobro, ou “bis in idem”, visto que, um trata

da insalubridade e refere-se à saúde do trabalhador, por sua vez, a periculosidade se traduz em situação de perigo iminente à vida do trabalhador.

Ainda sobre a eficácia (efetividade) da norma Constitucional, Barroso entende que:

O intérprete constitucional deve ter compromisso com a efetividade da Constituição: entre interpretações alternativas e plausíveis, deverá prestigiar aquela que permita a atuação da vontade constitucional, evitando, no limite do possível, soluções que se refugiem no argumento da não autoaplicabilidade da norma ou na ocorrência de omissão do legislador (BARROSO, 2011, p. 329).

No mesmo segmento, Kelsen (1998, p. 155), em sua Teoria Pura do Direito, leciona que “o ordenamento jurídico não consiste em um conjunto de normas jurídicas horizontais, ou seja, em pé de igualdade, mas sim, de modo escalonado, ou vertical, onde uma norma serve de amparo à outra”. Pode-se extrair dessas lições, que o ordenamento jurídico é composto por normas hierarquicamente distintas, devendo ser feito um juízo de valor para prevalecer àquela norma superior.

Formolo (2006, p.63), por sua vez, ensina que, “uma vez que a Constituição Federal assegura o direito ao recebimento dos adicionais, não trazendo qualquer ressalva, sendo esta a Lei Maior, não deve uma lei hierarquicamente inferior, restringir garantias estabelecidas pela primeira”, sendo que o conflito aparente de normas é resolvido respeitando-se primeiramente a norma superior, qual seja a Carta Magna.

Diante da relevância do tema ora discutido, há um Projeto de Lei em tramitação, de autoria do Deputado Federal Sr. Carlos Bezerra, PL 4983/2013, que visa justamente alterar o texto do artigo 193, §2º, da CLT, justificando pelo seguinte motivo:

Todavia 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 põe 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. (PL 4983/2013).

Conforme Pena (2011, p.79), “a própria doutrina e a jurisprudência, de forma quase idêntica, asseveram a impossibilidade de cumulação dos adicionais de periculosidade e insalubridade”, porém, admitem a cumulação de outros adicionais, quando previstos em normas coletivas, a exemplo do adicional de insalubridade e o risco de vida.

No mesmo sentido da possibilidade de cumulação, José Augusto Rodrigues Pinto, ressalta que:

O direito à cumulação é de uma lógica irresponsável: se a situação de desconforto pessoal tem correspondência numa indenização, o valor desta deve abranger tantos percentuais, quantas sejam as circunstâncias causadoras do desconforto, que traz um dano efetivo ao trabalhador, ou do risco a que ele é exposto. Por isso mesmo, causa profunda espécie que o artigo 193, §2º da CLT, herdando restrição levantada desde a Lei nº. 2.573/55, que instituiu o adicional de periculosidade, tenha aberto ao empregado submetido às duas condições mais severas de serviço, simultaneamente, o dilema de optar pelo adicional de insalubridade que porventura lhe seja devido' quando comprovado pericialmente que também trabalhou em condição perigosa. Não encontramos explicação jurídica para isso, daí entendemos ter havido uma recaída do legislador em favor do poder econômico. E recaída amargamente irônica, além de tudo ao deixar ao empregado escolher a melhor entre duas desgraças: ficar doente ou morrer, simplesmente (PINTO, 2007, p. 425-427).

Conforme explanado pelo autor, o recebimento dos dois adicionais é direito intrínseco, sendo um tanto retrógrada a fatídica situação em que o empregado tenha que optar por um adicional em prejuízo do outro.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho abordou, detalhadamente, acerca da possibilidade de cumulação dos adicionais de periculosidade e insalubridade, bem como, a conceituação desses, as leis que os instauram, e os graus de exposição e seus percentuais de pagamento sobre o salário do trabalhador.

Quanto ao adicional de periculosidade, resumidamente, este consiste no trabalho que gera risco de vida ao trabalhador, por meio de um infortúnio e imediato, sendo capaz inclusive de ceifar a vida do trabalhador. Esse adicional difere-se da insalubridade quanto a não ter variável, ou seja, independentemente do risco exposto, o percentual é único.

O adicional de insalubridade, no mesmo sentido, são fatores determinados pela própria lei, àqueles que acarretam danos à saúde do empregado, de forma gradativa ao longo do tempo.

Quanto ao pagamento, verificou-se que de acordo com a legislação vigente, não é possível o recebimento das duas verbas, em que pese às situações fáticas em que o trabalhador esteja exposto aos dois malefícios. O §2º do art. 193, da CLT, apesar de aparentar uma interpretação lógica, causa diversas divergências na doutrina, assim como na jurisprudência. Em sentido contrário a interpretação majoritária, pela vedação à cumulatividade, o próprio Tribunal Superior do Trabalho, em alguns casos, já decidiu em sentido diverso, ou seja, pela possibilidade de cumulação, com fundamentos em normas constitucionais e tratados internacionais.

Com relação aos argumentos apresentados, entende-se que a cumulatividade dos adicionais, consiste na simples aplicação do disposto na Constituição Federal quanto aos direitos indisponíveis, ademais respeitando a hierarquia das normas, bem como, a norma ordinária ser anterior à Constituição de 1988.

Portanto, o Tribunal Superior do Trabalho, conforme precedentes emanados deve consolidar a tese da cumulatividade dos adicionais, garantindo assim os direitos trabalhistas inerentes a determinadas atividades que importem riscos à vida e à saúde do obreiro.

Diante do trabalhador que labora sob ambas as circunstâncias – insalubres e perigosas – o direito ao recebimento é uma compensação mínima que lhe deveria ser garantida, tendo em vista o prejuízo causado à sua saúde e integridade física, portanto tais entendimentos resultam em prejuízos aos trabalhadores.

Como forma de solucionar a controvérsia contida na legislação, tem-se o projeto de Lei nº 4.983/2013, em andamento na Câmara dos Deputados, que traz a mudança na redação do dispositivo que veda a possibilidade da cumulação dos adicionais, trazendo então, a legalidade da concomitância dos dois adicionais. Aprovando o mencionado projeto, haveria então uma harmonia da jurisprudência, e até mesmo doutrinária, e acima de tudo, entendimento uniforme do tema. Além da consolidação do entendimento, haveria o mais importante, o efetivo pagamento dos dois adicionais ao trabalhador exposto aos dois malefícios, o risco à vida, e o prejudicial à sua saúde, não apenas com a finalidade remuneratória, mas sim, com o fito de justiça.

REFERÊNCIAS

BARROS, Aline Monteiro. P. **Curso de Direito do Trabalho**. 2 ed. São Paulo: LTr, 2006.

BARROSO. Luís Roberto. P. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**, 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 30 set. 2018.

BRASIL. Decreto lei Nº 5452, de 01 de maio de 1943. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm> Acesso em: 30 set. 2018.

BRASIL, Decreto 131, de 22 de maio de 1991. **Promulga a Convenção nº 135, da Organização Internacional do Trabalho - OIT, sobre a Proteção de Representantes de Trabalhadores**.

Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0131.htm>. Acesso em: 30 set. 2018.

BRASIL, Decreto 1254, de 29 de setembro de 1994. **Promulga a Convenção número 155, da Organização Internacional do Trabalho, sobre Segurança e Saúde dos Trabalhadores e o Meio Ambiente de Trabalho**, concluída em Genebra, em 22 de junho de 1981. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D1254.htm>. Acesso em: 30 set. 2018.

BRASIL, Lei 8.069, de 13 de julho de 1990. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 25 mai. 2019.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Adicional de penosidade instituído por norma regulamentar. possibilidade de cumulação com o adicional de insalubridade**. TST-RR-150-45.2015.5.04.0801. Thais Garcia Deon contra Fundação de Atendimento Socioeducativo - fase/rs. Relator: Min. Augusto César Leite de Carvalho. Acórdão de 8 de agosto de 2018. Disponível em: < <http://www.tst.jus.br/web/guest/consulta-unificada> >. Acesso em: 26 out. 2018.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de revista interposto pela reclamada. cumulação dos adicionais de periculosidade e insalubridade. impossibilidade**. TST-ARR-1368-85.2015.5.08.0126. Ildeni Martins dos Santos Medeiros contra Vale S.A. . Relator: Min. Claudio Mascarenhas Brandao. Acórdão de 12 de agosto de 2015. Disponível em: < <http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=ARR%20-%201368>>. Acesso em: 05 Nov. 2018.

BRASIL. **Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro**. Promulgada em 04 de setembro de 1942. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 05 nov. 2018.

BRASIL. Câmara Legislativa. **PL 4983/2013**. Autor Carlos Bezerra – PMDB/MT. Apresentação em 19/02/2013. Disponível em: < https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=6C5DFB85468B92A3232506CC48C8E47C.proposicoesWebExterno2?codteor=1058886&filename=PL+4983/2013>. Acesso em: 31 mar. 2019.

CORRÊA, Marcia Angelim Chaves; SALIBA, Tuffi Messias. **Insalubridade e Periculosidade: aspectos técnicos e práticos**. 14. ed. São Paulo: LTr, 2015.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 11ª edição. São Paulo: LTr, 2012.

_____. **Curso de Direito do Trabalho**. 12 ed. São Paulo: LTr, 2013.

FORMOLO, Fernando. **A acumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade**. Justiça do Trabalho, v. 23 São Paulo, n. 269, maio 2006.

GOMES, Luiz Flavio; PIOVESAN, Flavia Coord. P. **O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro**. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros. P. **Direito do Trabalho**. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

KELSEN, Hans. 1881-1973. **Teoria pura do direito** [Tradução João Baptista Machado]. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MACHADO, Juliano. **Trabalhador menor de idade submetido a atividade insalubre deve ser indenizado**. Disponível em: <<https://www.trt4.jus.br/portais/trt4/modulos/noticias/198628>>. Acesso em: 31 mar. 2019.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MIZIARA, Raphael. **Percepção cumulativa dos adicionais insalubridade e periculosidade de acordo com a atual e mais recente jurisprudência do TST: um esclarecimento necessário**. Disponível em: < <http://ostrabalhistas.com.br/percepcao-cumulativa-dos-adicionais-insalubridade-e-periculosidade-de-acordo-com-atual-e-mais-recentejurisprudencia-do-tst-um-esclarecimento-necessario/>>. Acesso em: 03 Nov. 2018.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. P. **Curso de Direito do Trabalho**. 28 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

OLIVEIRA, Luã Lincoln Leandro. **A admissibilidade da cumulação do adicional de insalubridade e periculosidade**”. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9891. Acesso em: 31 Mar. 2019.

PAULA, Ricardo Guimarães. **Caracterização técnico-jurídica da insalubridade e periculosidade e sua aplicação na gestão de segurança em pedreiras**. Dissertação (Mestrado em Engenharia) – Escola Politécnica, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

PENA, Tânia Mara Guimarães. **Cumulação de adicionais na relação de emprego – respeito ao direito humano à saúde do trabalhador**. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, Belo Horizonte, n. 84, p.79-106.

PINTO, José Augusto Rodrigues. **Tratado de direito material do trabalho**. São Paulo: LTr, 2002.

SANTOS, Débora Faria dos. **Possibilidade de cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade na Justiça do Trabalho**. Disponível em: < <https://www.migalhas.com.br//dePeso/possibilidade+de+cumulacao+dos+adicionais+de+insalubridade+e> >. Acesso em: 26 out. 2018.

SARAIVA, Renato. **Direito do trabalho**. 12. ed. São Paulo: Método, 2010.

_____. **Direito do Trabalho**. 15 ed. Rio de Janeiro: Método, 2012.

VIANA, Márcio Túlio. **A proteção social do trabalhador no mundo globalizado – O Direito do trabalho no liminar século XXI**. Revista da Faculdade de Direito da UFMG, n.37, 2000.