

Possibilidade de cumulação dos Adicionais de Insalubridade e Periculosidade

Airton Cezar de Menezes¹

RESUMO

Aborda-se nesta pesquisa o tema a possibilidade de cumulação dos adicionais de periculosidade e de insalubridade, delimitado para a não receptividade do § 2º do art. 193 da CLT pelo inciso XXIII do art. 7º da Constituição Federal de 1988. Tem-se como objetivo demonstrar que o trabalhador exposto a situações totalmente distintas deve ter o direito de perceber ambos adicionais e não ter o seu direito mitigado ao ter que optar por um deles. Justifica-se a pesquisa deste tema ao fato da possibilidade do trabalhador que exerce sua atividade laboral em ambientes insalubres e perigosos de perceberem os dois adicionais legalmente previstos e não ter que optar por um deles, como assim determina a CLT. Para tanto, usou-se de metodologia científica com métodos adequados, sendo uma pesquisa bibliográfica, que utilizou o método dedutivo de abordagem; quanto ao tipo, trata-se de pesquisa exploratória. Por fim, teve-se como resultados mais expressivos, que a cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade pode servir como meio de as empresas procurarem melhorar seus meios de trabalho, com mais equipamentos que garantam a segurança e saúde do trabalhador.

Palavras-chave: Consolidação das Leis do Trabalho. Insalubridade. Periculosidade

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objeto analisar a não receptividade do § 2º do art. 193 da Consolidação das Leis do Trabalho pelo inciso XXIII do art. 7º da Constituição Federal de 1988, com a possibilidade de cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade.

¹ Médico e Advogado em Santa Catarina, membro da Comissão de Defesa do Consumidor da OAB/SC – 2010/2012. airton@menezesadvocacia.adv.br

O seu objetivo é demonstrar que o trabalhador exposto a situações totalmente distintas deve ter o direito de perceber ambos adicionais e não ter o seu direito mitigado ao ter que optar por um deles.

Justifica-se esse estudo, uma vez que a possibilidade do trabalhador que exerce sua atividade laboral em ambientes insalubres e perigosos de perceberem os dois adicionais legalmente previstos e não ter que optar por um deles como assim determina a CLT.

Para tanto, principia-se apresentando algumas noções gerais e conceituando os adicionais de insalubridade e periculosidade.

A metodologia utilizada inicialmente, se deu através de levantamento bibliográfico, com fichamento do material encontrado e posteriormente pelo método dedutivo onde foi redigido o artigo dentro dos seus requisitos normativos.

2 DESENVOLVIMENTO

2.1 NOÇÕES GERAIS SOBRE O ADICIONAL DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE

Para melhor entendimento do tema tratado, faz-se necessário definir o que seja insalubridade e periculosidade, de acordo com o texto da Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT).

Sobre insalubridade, o art. 189 da CLT diz que:

Serão consideradas atividades ou operações insalubres aquelas que, por sua natureza, condições ou métodos de trabalho, exponham os empregados a agentes nocivos à saúde, acima dos limites de tolerância fixados em razão da natureza e da intensidade do agente e do tempo de exposição aos seus efeitos.

Por sua vez, o art. 192 do diploma trabalhista aponta o percentual que deve ser pago de acordo com o grau de nocividade, nos seguintes termos:

O exercício de trabalho em condições insalubres, acima dos limites de tolerância estabelecidos pelo Ministério do Trabalho, assegura a percepção de adicional respectivamente 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.

Com relação ao adicional de periculosidade, o art. 193 revela que:

São consideradas atividades ou operações perigosas, na forma da regulamentação aprovada pelo Ministério do Trabalho, aquelas que, por sua natureza ou métodos de trabalho, impliquem o contato permanente com inflamáveis ou explosivos em condições de risco acentuado.

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

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

Com relação a este último parágrafo, a NR 16² repete a mesma ideia, de que, sendo constatada, do mesmo modo, a presença de agentes perigosos, o trabalhador “poderá optar” pelo adicional de insalubridade caso lhe seja devido, nos seguintes termos: “16.2.1 O empregado poderá optar pelo adicional de insalubridade que porventura lhe seja devido”.

Tem-se assim que os referidos adicionais são devidos quando a atividade exercida pelo trabalhador contiver agentes nocivos à sua saúde acima dos limites de tolerância fixados, ou a atividade seja exercida em local que tenha a presença de inflamáveis, eletricidade ou explosivos, que coloque em risco a vida do trabalhador.

2.2 ADICIONAL DE INSALUBRIDADE

A palavra “insalubre” expressa tudo aquilo que origina doença, sendo que a insalubridade é a qualidade de insalubre. Entende-se desse modo que atividade insalubre é aquela que afeta ou causa danos à saúde do empregado, provocando, com o passar do tempo, doenças e outros males.

A insalubridade é definida pela legislação em função do tempo de exposição ao agente nocivo, levando em conta ainda o tipo de atividade desenvolvida pelo empregado no curso de sua jornada de trabalho, observados os limites de tolerância, as taxas de metabolismo e respectivos tempos de exposição.

2 As Normas Regulamentadoras - NR, relativas à segurança e medicina do trabalho, são de observância obrigatória pelas empresas privadas e públicas e pelos órgãos públicos da administração direta e indireta, bem como pelos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário, que possuam empregados regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho – CLT. A NR 16 trata das Atividades e Operações Perigosas (MTE, 2011).

Assim, são consideradas insalubres as atividades ou operações que por sua natureza, condições ou métodos de trabalho, expõem o empregado a agentes nocivos à saúde, acima dos limites de tolerância fixados em razão da natureza, da intensidade do agente e o tempo de exposição aos seus efeitos. (PANTALEÃO, 2011).

O adicional de insalubridade está previsto no art. 7º, inciso XXIII³, da Constituição Federal, com regulamentação pelos arts. 189 e seguintes da Consolidação das Leis do Trabalho. De acordo com entendimento de Garcia (2008, p. 947), atividades insalubres, são 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 (art. 189 CLT).

O trabalho em condições insalubres, além daquelas toleráveis pelo ser humano, expõe o trabalhador numa circunstância de dano à sua saúde, razão pela qual ocasiona o aumento da remuneração, por meio do pagamento do adicional de insalubridade.

De acordo com Martins (2008) o adicional de insalubridade é um direito do empregado e do trabalhador rural, que são expostos a atividades nocivas à saúde e integridade física acima dos limites de tolerância, em razão da natureza e intensidade do agente e do tempo em que fica exposto aos seus efeitos.

Compete ao Ministério do Trabalho e Emprego (MTE) aprovar o quadro das atividades e operações insalubres e adotar normas sobre os critérios de caracterização da insalubridade, os limites de tolerância aos agentes agressivos, meios de proteção e o tempo máximo de exposição do empregado a esses agentes, nos termos do art. 190 da CLT⁴.

As condições de trabalho insalubres encontram-se enumeradas na Norma Regulamentadora (NR) n. 15, que trata das atividades e operações insalubres, além da Portaria nº. 3.214/1978 do Ministério do Trabalho e Emprego⁵,

3 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;

4 Art. 190 - O Ministério do Trabalho aprovará o quadro das atividades e operações insalubres e adotará normas sobre os critérios de caracterização da insalubridade, os limites de tolerância aos agentes agressivos, meios de proteção e o tempo máximo de exposição do empregado a esses agentes.

5 Aprova as Normas Regulamentadoras - NR - do Capítulo V, Título II, da Consolidação das Leis do Trabalho, relativas a Segurança e Medicina do Trabalho.

a qual descreve quais agentes químicos, físicos e biológicos são considerados prejudiciais à saúde do trabalhador, estabelecendo quais são os limites de tolerância do organismo às referidas agressões (OLIVEIRA, 2011).

A NR n. 15 considera como trabalho insalubre as atividades sob as condições de: n. 1: ruído contínuo ou intermitente; n. 2: ruídos de impacto; n. 3: exposição ao calor; n. 4: Revogado⁶; n. 5 - radiações ionizantes; n. 6: trabalho sob condições hiperbáricas; n. 7: radiações não ionizantes; n. 8: vibrações; n. 9: frio; n. 10: umidade; n. 11: agentes químicos cuja insalubridade é caracterizada por limite de tolerância e inspeção no local de trabalho; n. 12: poeiras minerais; n. 13: agentes químicos; n. 14: agentes biológicos (MTE, 2011a).

Conforme o art. 195 da CLT, a caracterização da insalubridade far-se-á por meio de perícia a cargo de Médico do Trabalho ou Engenheiro do Trabalho, registrado no Ministério do Trabalho e Emprego.

Conforme evidenciado por Pinto (2005) a constituição da prova técnica se dá através da elaboração de quesitos submetidos a exame para respostas objetivas do perito, e tem por finalidade estabelecer a área de investigação e das respostas dos técnicos, e assim esclarecer os fatos para a formação da convicção do juiz. A Súmula 289 do TST estabelece um dispositivo de grande importância que esclarece quanto à eliminação da insalubridade, destacando que:

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. (MARTINS, 2008, p.633).

Considera-se, no entanto, que o fornecimento de Equipamentos de Proteção Individual (EPI's) não desobriga o empregador de pagar o adicional de insalubridade,; o não fornecimento desses equipamentos podem provocar condições de trabalho insalubre.

Pantaleão (2011) evidencia que a legislação estabelece quais são aqueles agentes considerados nocivos à saúde, não sendo suficiente somente o laudo pericial para que o empregado tenha direito ao respectivo adicional.

6 Revogado pela Portaria nº. 3.751, de 23 de novembro de 1990, que retirou do rol das atividades insalubres o trabalho desenvolvido em ambientes com deficiência de iluminação

Faz-se necessário que a atividade apontada pelo laudo pericial como insalubre esteja prevista na relação oficial elaborada pelo MTE, tal como definido pela NR-15.

O próprio Tribunal Superior do Trabalho - TST julgou improcedente o pedido em uma ação proposta por um ex-empregado de uma empresa no ramo de cana-de-açúcar, o qual ajuizou reclamatória pleiteando entre outros, o pagamento de adicional de insalubridade alegando como insalubre, o trabalho a céu aberto, estando exposto a forte radiação solar, umidade, calor, poeira e ruído.

Mesmo com o laudo do perito designado pelo juiz apontando que o trabalho era insalubre, o TST negou o pedido do ex-empregado uma vez que o trabalho rural não está previsto na relação oficial do Ministério do Trabalho (anexos da NR-15) (PANTALEÃO, 2011).

Cumprе salientar que é imprescindível a classificação da atividade insalubre na relação oficial elaborada pelo MTE para que seja caracterizada a insalubridade, com apoio na Orientação Jurisprudencial nº 4 da Seção I, Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho (SDI-1).

Nº 4 ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. LIXO URBANO. (Nova redação em decorrência da incorporação da Orientação Jurisprudencial nº 170 da SBDI-1, DJ 20.04.2005) I - Não basta a constatação da insalubridade por meio de laudo pericial para que o empregado tenha direito ao respectivo adicional, sendo necessária a classificação da atividade insalubre na relação oficial elaborada pelo Ministério do Trabalho. II - A limpeza em residências e escritórios e a respectiva coleta de lixo não podem ser consideradas atividades insalubres, ainda que constatadas por laudo pericial, porque não se encontram dentre as classificadas como lixo urbano na Portaria do Ministério do Trabalho. (ex-OJ nº 170 da SBDI-1 - inserida em 08.11.2000) Histórico Redação original 4. 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. Inserida em 25.11.1996.

A exposição eventual a agentes insalubres não gera o direito ao adicional de insalubridade. Por sua vez, ao trabalho em caráter intermitente é garantida a percepção do adicional de insalubridade, nos termos da Súmula nº 47 do Tribunal Superior do Trabalho (TST): “Súmula - 47 O trabalho

executado, em caráter intermitente, em condições insalubres, não afasta, só por essa circunstância, o direito à percepção do respectivo adicional”.

Em suma, para comprovar o trabalho em condições insalubres, não basta a constatação da insalubridade acima dos níveis toleráveis, por meio de laudo pericial, sendo necessário ainda o enquadramento da atividade entre as insalubres na relação constante na Norma Regulamentadora nº 15.

Nesse sentido é a conclusão da Súmula 460 do Supremo Tribunal Federal: “Para efeito do adicional de insalubridade, a perícia judicial, em reclamação trabalhista, não dispensa o enquadramento da atividade entre as insalubres, que é ato da competência do Ministro do Trabalho”.

Impende ressaltar, conforme Oliveira (2011) que, se existir reclassificação ou descaracterização da insalubridade, por ato da autoridade competente, o trabalhador não terá direito ao adicional de insalubridade, sem ofensa ao direito adquirido ou ao princípio da irredutibilidade salarial, com amparo na Súmula 248 do Tribunal Superior do Trabalho:

Súmula 248 - ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. DIREITO ADQUIRIDO A reclassificação ou a descaracterização da insalubridade, por ato da autoridade competente, repercute na satisfação do respectivo adicional, sem ofensa a direito adquirido ou ao princípio da irredutibilidade salarial.

É assegurada ao trabalho no exercício de suas funções em condições insalubres, a percepção do adicional de insalubridade equivalente a 40% (quarenta por cento) para a insalubridade de grau máximo, 20% (vinte por cento) para a insalubridade de grau médio e 10% (dez por cento) para a insalubridade de grau mínimo, de acordo com o previsto no art. 192 da CLT⁷.

A base de incidência do adicional de insalubridade na atualidade, de acordo com o previsto na CLT, será o salário mínimo, salvo se o empregado, por força de lei, convenção coletiva ou sentença normativa perceber salário profissional, nos termos das Súmulas 17, do TST: “Súmula - 17 ADICIONAL DE INSALUBRIDADE O adicional de insalubridade devido a empregado que, por força de lei, convenção coletiva ou sentença normativa, percebe salário profissional será sobre este calculado”.

7 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 classificarem nos graus máximo, médio e mínimo.

Há corrente que diverge desse entendimento, argumentando que a previsão do cálculo do adicional de insalubridade com base no salário mínimo não foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988, isso porque viola o art. 7º, inciso IV⁸, do texto constitucional, o qual veda a vinculação do salário mínimo para qualquer fim.

Tanto é que em maio de 2008 o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula Vinculante nº 4⁹ que vedou o uso do salário mínimo como indexador da base de cálculo do adicional de insalubridade, que gerou grande polêmica no meio jurídico com a alteração da redação da Súmula 228 e posterior suspensão da mesma pelo STF até que seja a matéria regulamentada por nova lei que aguarda promulgação.

2.3 ADICIONAL DE PERICULOSIDADE

A periculosidade em saúde e segurança do trabalho é a caracterização de um risco imediato, procedente de atividades ou operações, onde a natureza ou os seus métodos de trabalhos configurem um contato permanente, ou risco acentuado. “A legislação contempla as atividades associadas a explosivos e inflamáveis (CLT, art.193, e NR16 do MTE), a atividade dos eletricitários (Lei 7.369/85 e seu Decreto 93.412/86) e as atividades em proximidade de radiação ionizante e substâncias radioativas (Portaria MTE 3.393/1987 e 518/03)” (RODRIGUES, 2010).

Para Martins (2009, p. 226) o fato da periculosidade: “é aquele que é diário, ainda que por poucos minutos, pois o empregado pode perder a vida numa fração de segundos ao trabalhar com inflamáveis, explosivos ou energia elétrica”.

De acordo com entendimento de Martins (2008), são consideradas atividades perigosas aquelas que, por sua natureza ou métodos de trabalho, impliquem contato permanente com inflamáveis ou explosivos em condições de risco acentuado.

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

IV - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim; [...]

9 **Súmula Vinculante nº. 4 do STF:** Salvo nos casos previstos na constituição, o salário mínimo não pode ser usado como indexador de base de cálculo de vantagem de servidor público ou de empregado, nem ser substituído por decisão judicial.

Süssekind (1999, p. 237) assevera que: “Na periculosidade existe a exposição do trabalhador a um risco que, eventualmente, poderá ocasionar grave sinistro”; corroborando com esse entendimento Oliveira (2004, p. 159) acrescenta também que: “A exposição aos agentes insalubres pode acarretar a perda paulatina da saúde; o contato com os agentes perigosos pode levar à incapacidade ou morte súbita”.

O adicional de periculosidade é um valor devido ao empregado exposto a atividades perigosas. São consideradas perigosas as atividades ou operações, onde a natureza ou os seus métodos de trabalhos configure um contato com substâncias inflamáveis ou explosivos, em condição de risco acentuado (SINDPD, 2011).

O adicional de periculosidade está previsto no art. 7º, inciso XXIII, da Constituição Federal¹⁰. Seu conceito legal está enunciado no art. 193 da CLT, que dispõe quais são as atividades ou operações consideradas perigosas, na forma da regulamentação aprovada pelo Ministério do Trabalho, ou seja, aquelas que, por sua natureza ou métodos de trabalho, exijam o contato constante com inflamáveis ou explosivos em condições de risco proeminente.

Conforme argumentação de Cunha (1982, p. 171): “O adicional de periculosidade também é entendido como a parcela destinada a compensar o trabalho prestado em condições de risco, oriundo do contato permanente com inflamáveis, explosivos ou energia elétrica”.

Rodrigues (2010) acrescenta que tem direito ao adicional de periculosidade todo 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 eventual, ou o que, sendo habitual, dá-se por tempo extremamente reduzido. Salvo se estiver previsto em acordo ou convenção coletiva de trabalho.

Esse autor acrescenta que, atividades perigosas não necessariamente são contempladas pela periculosidade, como se acredita popularmente. É sim perigoso trabalhar em área com risco de animais peçonhentos, mas isto, no entanto, não dá direito ao adicional de periculosidade.

De acordo com Oliveira (2011), as atividades e operações perigosas encontram-se enumeradas na NR nº 16 da Portaria nº 3.214, de 8 de ju-

10 XXIII – adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei;

nho de 1978, do Ministério do Trabalho e Emprego, sendo caracterizadas pelo contato permanente com inflamáveis e explosivos. A exposição intermitente do trabalhador a qualquer um desses fatores de perigo não afasta o pagamento do adicional de periculosidade, conforme determinação da Súmula 364, inciso I, do Tribunal Superior do Trabalho.

Adicional de Periculosidade - Exposição Eventual, Permanente e Intermitente.

I - Faz jus 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.

Os anexos da NR-16 têm as seguintes atividades: n. 1: atividade e operações perigosas com explosivos; n. 2: atividades e operações perigosas com inflamáveis; anexo 3: atividades e operações perigosas com radiações ionizantes ou substâncias radioativas.

Além do adicional previsto na CLT, a Lei n. 7.369/1985¹¹, instituiu ainda, em favor dos empregados que exercerem atividade no setor de energia elétrica, em condições de risco, o direito ao adicional de periculosidade. Este direito se estende aos cabistas, instaladores e reparadores de linhas e aparelhos de empresas telefônicas que ficam expostos à rede elétrica.

A Orientação Jurisprudencial 347 da SDI-I do Tribunal Superior do Trabalho esclarece:

OJ-SDI1-347 - Sistema elétrico de potência. Lei n. 7.369, de 20.09.1985, regulamentada pelo Decreto n. 93.412, de 14.10.1986. Extensão do direito aos cabistas, instaladores e reparadores de linhas e aparelhos em empresa de telefonia.

Importante acrescentar ainda que a Portaria nº. 3.393/1987, ratificada pela Portaria 518/2003, ambas do MTE, passou a considerar o trabalho exposto à radiação ionizante ou a substâncias radioativas como atividade perigosa, haja vista o risco potencial proveniente desse labor.

Conveniente se faz o registro, de acordo com Oliveira (2011), de que parte da doutrina não admite o trabalho submetido a radiação ionizantes ou a substâncias radioativas como atividade perigosa, tendo em vista que

¹¹ BRASIL, Lei n. 7.369 de 20 de setembro de 1985. Institui salário adicional para os empregados no setor de energia elétrica, em condições de periculosidade.

não existe previsão legal nesse sentido. Alega-se que o Ministério do Trabalho e Emprego excedeu sua competência, quando instituiu, através de portaria, uma nova conjectura de atividade perigosa.

Entretanto, tal controvérsia não tem relevância para o presente trabalho, haja vista que este texto visa demonstrar a admissibilidade da cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade.

Dessa forma, têm direito à percepção do adicional de periculosidade, os empregados que laborem em contato com inflamáveis, explosivos, eletricidade e radiação ionizante ou substâncias radioativas.

Com suporte no art. 193, § 1º, da CLT, o valor do adicional de periculosidade será o salário do empregado acrescido de 30%, sem os acréscimos resultantes de gratificações, prêmios ou participações nos lucros da empresa. O adicional de periculosidade incide de forma exclusiva 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 (RODRIGUES, 2010).

Oliveira (2011) descreve que quanto ao eletricitário o valor do adicional de periculosidade será no montante de 30% (trinta) sobre o salário que perceber o empregado, conforme o art. 1º, da Lei 7.369/1985: “O empregado que exerce atividade no setor de energia elétrica, em condições de periculosidade, tem direito a uma remuneração adicional de trinta por cento sobre o salário que perceber”.

Nesse sentido é a conclusão da Súmula 191 do TST, que apresenta a seguinte previsão:

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.

O adicional de periculosidade não constitui direito adquirido, tendo em vista que a eliminação e a neutralização dos agentes nocivos cessam o direito do trabalhador em recebê-lo, com amparo no art. 194 da CLT: “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”.

Com a eliminação do risco à saúde ou à integridade física do empregado, este não terá direito ao adicional de periculosidade, uma vez que o adicional é decorrente da existência do risco, como visto no art. 194 da CLT. No entanto, o correto e ético para o empregador é adaptar o ambiente de trabalho em níveis de segurança, para eliminar ou neutralizar os riscos perigosos, fazendo com que o adicional de periculosidade somente seja utilizado quando essas medidas segurança não forem suficientes.

2.4 POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO DOS ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE

O § 2º, do art. 193, da CLT, tem sido interpretado de forma equivocada, com o passar dos anos. De acordo com esse parágrafo: “O empregado poderá optar pelo adicional de insalubridade que por ventura lhe seja devido”.

A opção dos adicionais de periculosidade e de insalubridade originou-se na Lei n. 2.573, de 15 de agosto de 1955, regulamentada pelo Decreto n. 40.119, de 15 de outubro de 1956, ambos revogados pela Lei n. 6.514/77.

Foi instituído pela Lei n. 2.573/55 o salário adicional para aqueles trabalhadores que prestavam serviços em contato constante com inflamáveis em condições de periculosidade. Seu art. 5º fazia alusão: “Os trabalhadores beneficiados pela presente lei poderão optar pela cota de insalubridade que por ventura lhes seja devida”.

O Decreto n. 40.119/56, que regulamentou a citada lei, em seu art. 11, estatuiu que aos trabalhadores beneficiados por este decreto tinham assegurado o direito de optar pela remuneração adicional ou pela cota de previdência, que acaso lhes sejam devidas, todavia, não lhes era possível acumular esses benefícios.

A maioria daqueles que interpretam o referido dispositivo legal, entendem e indicam a incompatibilidade da acumulação dos dois adicionais, devendo o trabalhador optar por aquele que lhe seja mais favorável. De acordo com observação de Oliveira (2010, p. 287):

[...] vale esclarecer que com a ratificação e vigência nacional da Convenção da Organização Internacional do Trabalho (OIT) n. 155, o § 2s, do art. 193, da CLT, foi revogado pela alínea “b”, do art. 11, da citada convenção, determinando-se que deverão ser considerados os riscos para a saúde decorrentes da exposição simultânea a diversas substâncias ou agentes.

Cordeiro (2007) acrescenta também que:

Entre as regras de interpretação de normas trabalhistas encontramos a regra de aplicação da “norma mais favorável ao trabalhador”, derivada do Princípio Protetor, onde reza que no conflito entre duas ou mais normas aplicáveis ao caso concreto, deverá prevalecer aquela que seja mais benéfica ao empregado, regra albergada pelo nosso sistema jurídico laboral, através de interpretação do art 620 da CLT e súmula 202 do Egrégio Tribunal Superior do Trabalho.

Deste modo, no conflito entre as normas em epígrafe, certamente a norma mais favorável é a Convenção nº 155, que permite a cumulação entre os adicionais de insalubridade e periculosidade.

O §2º do referido art. faz uso da expressão “poderá”, isto significa que é uma possibilidade e não uma determinação proibitiva de cumulação de adicionais¹². O entendimento doutrinário sobre este parágrafo é o de que se o trabalhador encontrar-se exposto aos riscos da insalubridade e da periculosidade terá de optar pelo recebimento de somente um dos adicionais.

Conforme salienta Cunha (1982), o adicional de periculosidade não pode coexistir com o da insalubridade e, com embasamento no art. 193, §2º, da CLT, havendo periculosidade e insalubridade no ambiente de trabalho, o trabalhador deverá optar por um dos adicionais, visto que é vedada a cumulação.

Com o mesmo entendimento, Costa (1978) e Martins Filho (1997) advertem que se deve observar que o trabalhador não pode receber concomitantemente o adicional de insalubridade e o de periculosidade. O empregado pode optar por um dos dois adicionais.

Por sua vez, Martins (2009) acrescenta que, com relação à opção, esta cabe ao trabalhador, e não ao empregador, podendo o primeiro escolher o adicional que melhor lhe aprouver, na hipótese de serem devidos os dois, até mesmo o pior, ou seja, o que lhe for menos favorável. Não poderá, no entanto, existir o pagamento dos dois adicionais ao mesmo tempo.

Contudo, adverte Almeida (1993), na prática, o trabalhador opta pelo adicional que lhe for mais favorável economicamente. Há vários tipos de adicionais em nossa legislação. Adicional noturno, adicional de horas extras, adicional de transferência, entre outros.

12 A redação do § 2º do art. 193 da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT é a mesma do item 16.2.1 da Norma Regulamentadora - NR-16. “O empregado poderá optar pelo adicional de insalubridade que porventura lhe seja devido”.

Oliveira (2004, p. 284):

A regra geral aplicada para compensar, separadamente, cada condição adversa é a cumulação dos respectivos adicionais. No caso de o obreiro trabalhar à noite, em sobrejornada, receberá o adicional das horas extras e o adicional noturno; se for transferido e laborar em local perigoso, receberá os adicionais de transferência e de periculosidade, cumulativamente.

No entanto, verifica-se da análise dos autores citados que, no caso de o trabalhador estar exposto a agentes insalubres diversos (ruídos excessivos, calor, radiações, vibrações, frio, umidade, agentes químicos e biológicos, entre outros) e agentes perigosos diversos (inflamáveis e energia elétrica) a cumulação não poderá ocorrer, devendo o trabalhador optar pelo recebimento do adicional de periculosidade ou do adicional de insalubridade, aquele lhe for mais adequado. A maioria dos doutrinadores estudados garante que a cumulação do adicional de insalubridade com o de periculosidade é proibida pela legislação e, por tal motivo, não admite a cumulação de adicionais.

Contrariando a esse entendimento Oliveira (2004, p. 284-286) acrescenta que:

A regra geral é que o trabalhador receba cumulativamente os adicionais, para compensar separadamente cada condição adversa. Assim, se o empregado trabalhar à noite em sobrejornada receberá o adicional das horas extras juntamente com o adicional noturno; se for transferido e trabalhar em local perigoso receberá cumulativamente os adicionais de transferência e de periculosidade etc.

No entanto, se o trabalhador estiver exposto, simultaneamente, a mais de um agente insalubre, receberá o adicional de insalubridade apenas de um deles, isso porque a NR-15 item 3 da Portaria 3.214/78 vedou a percepção cumulativa, determinando que seja considerado somente o agente de grau mais elevado. [...]

Ora, se o trabalhador estiver exposto a um, a alguns ou a todos os agentes, receberá somente um adicional?

Não há razão biológica, nem lógica e muito menos jurídica para tal vedação. Em termos biológicos, está comprovado que a exposição simultânea a mais de um agente agressivo reduz a resistência do trabalhador, agravando-se ainda mais a situação pelo efeito sinérgico das agressões, isto é, a presença de mais de um agente insalubre além de somar, em muitas circunstâncias, multiplica os danos à saúde. [...].

Também não é lógico nem razoável conferir apenas um adicional na exposição simultânea, fugindo da regra básica de atribuir reparação distinta para cada dano. Um trabalhador, por exemplo, exposto a excesso de ruído (com prejuízo para a audição) e à poeira de sílica (que afeta o sistema respiratório) só recebe o adicional por uma das agressões. Esta regra, aliás, desestimula o empresário a melhorar o ambiente de trabalho, porque tendo um agente insalubre, poderá ter dois, três ou vários outros que o desembolso será sempre o mesmo. Pelo enfoque jurídico, observa-se que o item 15.3 da NR-15 mencionada não tem validade porque extrapola os limites da lei instituidora da vantagem. Não pode uma simples portaria, ato administrativo que é, limitar o alcance da fonte normativa primária da vantagem, no caso os arts. 189 e 192 da CLT. Se a lei não vedou a percepção cumulativa em decorrência da exposição simultânea que prejudica órgãos distintos do trabalhador, não pode a portaria restringir a abrangência da norma.

Corroborando com esse entendimento Souto Maior (2000, p. 235-236), sustenta:

Ainda, a respeito da saúde do trabalhador, de grande perspicácia a observação de Sebastião Geraldo de Oliveira no sentido de 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. Com efeito, a Convenção 148 da OIT, ratificada pelo Brasil, com vigência desde outubro de 1986, dispõe que os critérios e limites de exposição deverão ser fixados em consideração a 'qualquer aumento dos riscos profissionais resultante da exposição simultânea a vários fatores nocivos no local de trabalho' (art. 8.3). Além disso, conforme lembra este autor, a Constituição da República estabeleceu a regra de que se devem reduzir os riscos inerentes ao trabalho (art. 7º, XXII) e a postura jurisprudencial e doutrinária não incentiva a atitude empresarial neste sentido. [...].

Frise-se, ainda, neste assunto, a disposição do art. 11, alínea b, da Convenção 155 da OIT, ratificada pelo Brasil, e com vigência interna desde setembro de 1994: '[...] deverão ser levados em consideração os riscos para a saúde decorrente da exposição simultânea a diversas substâncias ou agentes'. Com isso, não tem aplicabilidade, também, a regra do § 2º do art. 193 da CLT, que impede a acumulação dos adicionais de insalubridade e de periculosidade.

Apesar da divergência apresentada por esses doutrinadores, o tema é tratado de forma resumidamente, onde se reconhece que, se o trabalhador estiver exposto concomitantemente a mais de um agente insalubre, terá di-

reito 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 n. 3.214/78, do MTE. Admitem, ainda que vagamente, a possibilidade de cumulação do adicional de insalubridade com o de periculosidade.

Quanto ao entendimento jurisprudencial sobre a cumulação de adicionais, a regra dominante nos Tribunais brasileiros não difere da doutrina, entanto, é possível encontrar divergências jurisprudenciais que, embora minoritárias, dão acolhimento à possibilidade de cumulação dos adicionais de insalubridade e de periculosidade.

Os aplicadores do direito justificam seus entendimentos. Seguindo o Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, de São Paulo:

17199263 - ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. CUMULAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. Por expressa determinação do §2º do art. 193, da CLT, ainda vigente, por compatível com as normas constitucionais, o empregado que se submete a riscos de periculosidade pode fazer a opção pelo adicional de insalubridade, se esse lhe for mais benéfico, o que implica dizer que o legislador considerou a possibilidade de cumulação do risco, mas descartou a da superposição de adicionais¹³.

No Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, do Rio Grande do Sul, prevalece a interpretação de que a cumulação dos adicionais é vedada pela legislação. Afirmam, por esta jurisprudência, que estando presentes as condições insalubres e condições perigosas no ambiente de trabalho do trabalhador, deve ser-lhe deferida a maior vantagem, evidenciando, em regra, que o adicional de periculosidade é financeiramente mais vantajoso e deve ser observado o princípio da regra mais benéfica.

22470922 - PRELIMINARMENTE. REEXAME NECESSÁRIO INCABÍVEL. Não se efetua o reexame necessário (art. 1º, inciso V, do Decreto-Lei n. 779/69) quando o valor da condenação é inferior a 60 (sessenta) salários mínimos. Aplicação do art. 475, § 2º, do CPC e da Súmula nº 303, I, "a", do TST. Mérito. Adicional de penosidade. Possibilidade de cumulação com o adicional de insalubridade. A norma interna que instituiu o adicional de penosidade no âmbito da reclamada é mais benéfica aos empregados, sendo que a extensão da vantagem a todos os servidores resultou de acordos homologados judicialmente,

13 TRT 3ª R.; RO 1815-45.2010.5.03.0043; Sexta Turma; Rel. Des. Anemar Pereira Amaral; DJEMG 10/10/2011; Pág. 192.

nos quais foi expressamente prevista a não cumulatividade com os adicionais de insalubridade e periculosidade. Diante disso, não cabe a cumulação dos adicionais deferida na origem. Recurso da reclamada provido. Vencido o relator¹⁴.

Para a jurisprudência majoritária, não existe na lei, amparo suficiente para acumulação de adicional de insalubridade, pela constatação de agentes insalubres, com o de periculosidade, sendo esta a justificativa maior para a não concessão da cumulação dos adicionais.

Porém, em sentido contrário, encontram-se jurisprudências favoráveis à cumulação dos adicionais, quando na realização da perícia, se já apurado agente insalubre e perigoso nas atividades do trabalhador, impondo, assim, o pagamento dos adicionais correspondentes, cumulativamente, eis que, os riscos à saúde, neste caso, são multiplicados. Em decisão do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, tem-se que:

17039907 - ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE. POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO. Havendo prova técnica a demonstrar que em um determinado período do contrato o reclamante estivera exposto, simultaneamente, a dois agentes agressivos, um insalubre e outro perigoso, ele faz jus ao pagamento de ambos, haja vista que o disposto no art. 193, §2º da CLT não é compatível com os princípios constitucionais de proteção à vida e de segurança do trabalhador¹⁵.

Fica assim o entendimento de que, quando apurado por laudo pericial a existência de dois agentes insalubres, é devido o pagamento dos adicionais correspondentes, cumulativamente, isso porque, são multiplicados os riscos à saúde do trabalhador e que a portaria que aprovou as normas regulamentadoras do adicional de insalubridade, proibindo a acumulação de mais de um agente insalubre, extrapolou de sua competência, uma vez que estabeleceu restrição a direito não previsto na lei. Por outro lado, quando são dois ou mais agentes insalubres, o pagamento de somente um adicional incentiva a manutenção de um ambiente de trabalho agressivo à saúde do trabalhador.

14 TRT 4ª R.; RO 00374-2008-027-04-00-8; Primeira Turma; Rel. Des. José Felipe Ledur; Julg. 27/08/2009; DEJTRS 02/09/2009; Pág. 54.

15 TRT 3ª R.; RO 00354-2006-002-03-00-4; Primeira Turma; Rel. Juiz Marcus Moura Ferreira; Julg. 23/10/2006; DJMG 27/10/2006.

No entanto, conforme entendimento de Gonçalves (2011), se coexistem as condições motivadoras dos adicionais estudados, deveriam de igual maneira, ser devidos de forma cumulativa, mesmo que contrariando o disposto no art. 193, §2º.

Até porque, além de se tratarem de adicionais com causas diversas, a insalubridade traz danos à saúde do trabalhador que serão percebidos ao longo dos anos de exposição ao risco, enquanto que na Periculosidade o risco é iminente, ou seja, a qualquer momento pode acontecer um acidente que poderá incapacitar o obreiro para o trabalho permanentemente. Ademais, não há nada que impeça que um mesmo ambiente de trabalho seja insalubre e perigoso (GONÇALVES, 2011).

Gonçalves (2011) corrobora o entendimento de que existe divergência nos julgados atuais que se dividem entre a concessão e a proibição. Alguns magistrados levantam a não receptividade do art. 193, §2º, da CLT frente à Constituição Federal. “Isto porque o sistema legal de normas jurídicas brasileiras é escalonado, ou seja, possui grau de validade e hierarquia”. No mesmo sentido, as normas possuem um grau de força em presença das demais, e cada norma editada deve estar em conformidade com a norma que lhe é superior. Sendo a Constituição Federal a norma de maior hierarquia, todas as outras devem respeitar seus princípios e regras.

Sustetam os magistrados, no mesmo sentido, que suas decisões se baseiam em princípios constitucionais, tais como o da dignidade da pessoa humana, como se verifica em julgado do Tribunal Regional do Trabalho de Santa Catarina, a seguir:

ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. CUMULAÇÃO. POSSIBILIDADE. O adicional de insalubridade visa a indenizar danos causados ao trabalhador pelo contato diuturno com agentes agressivos a sua saúde. O adicional de periculosidade tem por fim compensar o risco à vida a que o trabalhador está exposto em decorrência do contato com os agentes perigosos. Dessa forma, infere-se que os dois adicionais possuem fatos geradores diversos, diante do que devem ser pagos cumulativamente, sempre que o trabalhador exercer atividade que, por sua natureza, condições ou método de trabalho, o exponha de forma concomitante a agentes insalubre e situações de perigo. O direito à cumulação dos adicionais está alicerçado no princípio da proteção da dignidade da pessoa humana (art. 1º, CRFB/88), no inciso XXII do art. 7º da CRFB/88, que

impõe a adoção de medidas tendentes a propiciar a diminuição dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança e também na convenção nº 155 da OIT, que determina de que sejam considerados os riscos para a saúde decorrentes da exposição simultânea a diversas substâncias ou agentes (art. 11, b)¹⁶.

No entanto, quem nega provimento ao pedido de cumulação dos referidos adicionais, fundamenta-se no fato de não se verificar confrontação com a Constituição Federal, em razão de que um dos adicionais será devido em caso de possíveis danos a saúde do trabalhador, por conseguinte, de qualquer maneira, ele será recompensado pelo risco, tal como pode ser observado no julgado:

CUMULAÇÃO DOS ADICIONAIS DE PERICULOSIDADE E INSALUBRIDADE. A cumulação dos adicionais de insalubridade e de periculosidade não se harmoniza com os princípios e com o sistema de valores presentes na Constituição Federal. A opção por um ou outro dos adicionais não esvazia o conteúdo da norma constitucional que confere proteção aos empregados, porque o adicional mais expressivo é garantido. Provimento negado ao recurso do reclamante. (R.O. n.º 0129500-30.2008.05.04.0511, Tribunal Regional do Trabalho do Rio Grande do Sul, Redator José Felipe Ledur, publicado em 27/10/2010).

Porém, o que se deve ser colocado em primeiro plano é a saúde do trabalhador e tentar protegê-la de todas as formas possíveis, já que o sustento dele e de sua família estará sujeito a sua capacidade laboral. Além do mais, argumenta Gonçalves (2011) quanto mais dispendioso for para o empregador manter o local de trabalho em condições insalubres e perigosas, mais cuidado e empenho este terá em promover um ambiente de trabalho saudável.

Outra justificativa adequada para que se dê a cumulação dos adicionais é que, quando encontrados agentes insalubres e perigosos, os trabalhadores deverão receber os dois adicionais, para proteger à saúde e sua vida, que estará sujeita a maior exposição ao risco, e evitar o enriquecimento ilícito.

Nesse ponto, é necessário que se observe que os adicionais, seja de periculosidade ou de insalubridade, são verificados através de perícia, por pessoa técnica responsável, engenheiro ou médico do trabalho, nomeados pelo Juiz competente. Gonçalves (1998, p. 106) afirma que:

16 TRT 12ª R.; RO 02815-2009-028-12-00-0; Primeira Câmara; Relª Juíza Viviane Colucci; Julg. 08/09/2011; DOESC 15/09/2011.

Os adicionais de periculosidade e insalubridade são devidos após a constatação por perícia a cargo do engenheiro ou médico do trabalho, e são reclamáveis perante a Justiça do Trabalho, nos últimos 5 anos de labor, respeitado o prazo prescricional de 2 anos para ajuizamento da ação. A perícia é determinada pelo juiz do feito.

Por sua vez, Martins (2009, p. 305) acrescenta ainda que, “quando faltar conhecimento ao juiz, este deverá indicar um técnico que possa fazer o exame dos fatos objeto da causa, transmitindo esses conhecimentos ao magistrado, por meio de um parecer que recebe o nome de perícia”.

Está previsto no art. 195 da CLT que: “A caracterização e a classificação da insalubridade e da periculosidade, segundo as normas do Ministério do Trabalho, far-se-ão através de perícia a cargo do Médico ou Engenheiro do Trabalho, registrados no Ministério do Trabalho”.

Se for de vontade das partes, essas poderão indicar assistentes técnicos e apresentar condições. A lei não apresenta disposição de que a perícia de insalubridade deva ser realizada por médico e a de periculosidade por engenheiro. Pode a perícia ser realizada tanto por médico como por engenheiro do trabalho, de acordo com o art. 195 da CLT. Observe-se que a opção mencionada pelo art. é alternativa, ou seja, a lei diz que a perícia será realizada por engenheiro ou médico do trabalho. O perito, nomeado pelo juiz, é um auxiliar da Justiça, que fornece elementos para ajudar o juiz a formar sua convicção sobre a contenda.

Sobre a função do perito, Castello Filho (2000, p. 104) entende que essa:

Sua função precípua é de assessorar tecnicamente o juiz e levar ao seu conhecimento as reais condições do ambiente de trabalho do reclamante, por meio de um laudo pericial conclusivo e convincente, com o seu respectivo e obrigatório embasamento técnico e legal.

Importante enfatizar que a perícia deve considerar os fatos e não questões jurídicas, ainda que tais fatos sejam especiais, em decorrência das suas condições técnicas, artísticas ou científicas, ou seja, quando a verificação, valoração ou interpretação não seja possível com os conhecimentos ordinários de pessoas medianamente cultas e de juízes cuja preparação é fundamentalmente jurídica. Dentre os deveres do perito segundo Nascimento, ele devera “agir como um auxiliar da Justiça na busca da verdade.” (NASCIMENTO, 2010, p. 215).

Depois da aceitação de sua nomeação, o perito assume o compromisso de apurar a verdade, sob pena de responder com as penalidades previstas no art. 147 do CPC e no art. 342 do Código Penal. Entende-se, dessa maneira, que o Direito objetiva alcançar a justiça, sendo certo ainda que o Direito é uma ciência, e, como ciência, tem princípios que devem ser compreendidos por todos aqueles que têm a obrigação de conviver com ele, na elaboração, execução ou fiscalização do seu cumprimento. Martins (2009, p. 306) enfatiza ainda que:

Entretanto, se a perícia exigir conhecimentos técnicos que só o médico ou só o engenheiro possuam, deverá ser realizada apenas por um deles e não pelo outro e, quando não necessitar de conhecimentos especializados em determinado assunto, a perícia de insalubridade ou de periculosidade poderá ser realizada tanto pelo engenheiro como pelo médico.

Caso se perceba a necessidade de um exame médico na perícia, é evidente que o engenheiro não poderá realizá-lo, já que não tem conhecimentos médicos para tal, ou, caso exija conhecimentos técnicos que somente o engenheiro possui, é óbvio também que o médico não poderá emitir parecer a respeito, sendo certo que nestes casos, deverá ser nomeado o perito mais habilitado para cada caso. Consistindo a perícia sobre pontos de conhecimentos de ambos, ela poderá ser realizada por um ou outro. A perícia técnica deverá ser realizada para apuração das condições insalubres e perigosas no ambiente de trabalho do obreiro e de suas atividades na empresa. Cumprido ressaltar, que é comum ser apurado em laudo pericial que o trabalhador estava exposto tanto a agentes insalubres como a agentes perigosos.

Evidencia-se dessa forma, que existem divergências no que se refere à interpretação do § 2º, do art. 193 da CLT, porquanto há entendimento também no sentido de que a lei veda a cumulação de adicionais e, por outro lado, existem entendimentos, minoritários, de que a lei permite esta cumulação. Por conseguinte, o referido parágrafo é interpretado de forma equivocada por parte doutrina ou da jurisprudência.

As leis e atos anteriores à Constituição Federal não podem ser objeto de controle de constitucionalidade. Nesse caso o que se verifica então é se a norma foi recepcionada pela Constituição. (LENZA, 2000).

Assim, entende-se que, se a norma em questão não colide com a nova Constituição promulgada, ela foi recepcionada. Caso contrário, ocorreu o não recepcionamento da norma.

Como efeito da não recepção, considera-se a norma vigente e válida, porém, ineficaz.

Sendo assim, o inciso XXIII do art. 7º da Constituição Federal, ao contrário do previsto no §2º do art. 193 da CLT, não exige a que o trabalhador quando exposto simultaneamente a agentes insalubres diversos e perigosos tenha que fazer a opção pelo que lhe for pecuniariamente mais benéfico.

Assim, além de obrigar o trabalhador a escolher um ou outro adicional, -quando na verdade sofre mitigação de sua saúde de forma múltipla, - fere também o princípio constitucional da proteção da dignidade da pessoa humana, previsto no art. 1º da Constituição Federal.

Por óbvio a Constituição Federal no sistema de hierarquia das normas está no topo da pirâmide, sendo superior à CLT e a qualquer outra norma do ordenamento jurídico brasileiro, devendo prevalecer seus princípios e normativas, e não a ela se contrapor.

É o que ensina Maluf (1998, p. 203):

A Constituição, pela sua natureza superior, justifica bem o nome que se lhe dá de lei das leis. Ela contém os princípios basilares da ordem social, política, econômica e jurídica. Esses princípios, essencialmente dogmáticos, orientam e disciplinam a conduta dos governantes e dos particulares. A eles se subordinam necessariamente as leis e os atos de governo.

Surge então o princípio central do direito público constitucional, que é o da constitucionalidade das leis e dos atos administrativos.

A formulação desse princípio parte da classificação das leis em constitucionais e ordinárias. As primeiras têm supremacia absoluta sobre as segundas. A lei ordinária deve ajustar-se à letra e ao espírito da Constituição, como condição sine qua non de validade.

Dizemos à letra e ao espírito porque, como é óbvio, além dos princípios expressos, decorre na Constituição princípios implícitos, isto é, princípios que não estão escritos, mas que se deduzem do regime adotado, da substância ideológica e das próprias normas expressas.

Pois bem. A lei ordinária ou ato administrativo que colidir, no todo ou em parte, com um preceito constitucional expresso ou implícito considerar-se-á inconstitucional.

A lei ou artigo de lei ordinária, quando inconstitucional, não será aplicado; e o ato administrativo será anulado.

O controle da constitucionalidade de uma norma pode ser feito de forma difusa ou concentrada. No controle difuso de constitucionalidade,

também chamado de controle por via incidental ou por via de defesa, a inconstitucionalidade da norma não é o objeto principal da lide, mas sim, questão prejudicial, na qual, busca-se o provimento judicial pela declaração da inconstitucionalidade da norma, sendo que pode ser decretada pelo juiz singular, porém seu efeito é restrito às partes litigantes, não gerando automaticamente a inconstitucionalidade da norma para todos.

Já o controle concentrado é diferente, e a inconstitucionalidade da norma é o próprio objeto em questão, cabendo somente ao Supremo Tribunal Federal, que é o guardião da Constituição, julgar a questão conforme disciplina o art. 102, inciso I, alínea “a”¹⁷ da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, onde não existem partes e os efeitos da decisão transitada em julgado, que declarar inconstitucional a norma são, via de regra, retroativos (*ex tunc*), gerais (*erga omnes*), ripristinatórios e vinculantes.

Até o presente momento, porém, o Supremo Tribunal Federal não apreciou o eventual não recepcionamento do §2º do art. 193 da CLT pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Entende a maioria dos Tribunais que a norma teria sido recepcionada, estando portanto vigente e válida em sua plenitude, não podendo o trabalhador receber de forma cumulativa os adicionais de insalubridade e periculosidade.

De acordo com o que foi analisado, os adicionais, seja de insalubridade ou de periculosidade, foram estabelecidos para indenizar o trabalhador, quando não existe a possibilidade da eliminação ou neutralização dos agentes insalubres ou por não ser admissível eliminar os riscos aos quais o trabalhador está exposto em virtude da prestação laboral. Saliente-se assim a imprevisibilidade do momento em que o infortúnio pode ocorrer, no caso de agentes perigosos. Süssekind (2010, p. 923) argumenta ainda que:

A periculosidade se distingue da insalubridade, porque esta, enquanto não houver sido eliminada ou neutralizada, afeta continuamente à 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.

17 Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I – processar e julgar, originariamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação direta declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal;

As normas legais, no direito do trabalho, precisam necessariamente ser interpretadas e apreciadas a favor de quem o legislador pretendeu proteger. Isto é, tratando-se de normas integrantes do direito material do trabalho, é preciso que seja aplicado o princípio da norma mais favorável ao trabalhador e o princípio interpretativo *in dubio pro operario*, reconhecendo-se, dessa forma, o direito ao recebimento cumulado dos adicionais de insalubridade e de periculosidade.

Fica o entendimento de que, por princípio da norma mais favorável, que, “a regra mais favorável ao trabalhador é aquela que autoriza aplicar a disposição que mais favorece o empregado, independentemente dos critérios clássicos da hierarquia das fontes.” (OLIVEIRA, 2004, p. 47).

No mesmo sentido, Plá Rodrigues (1993, p. 42-43) leciona que: “a regra de norma mais favorável determina que, no caso de haver mais de uma norma aplicável, deve-se optar por aquela que seja mais favorável, ainda que não seja a que corresponda aos critérios clássicos de hierarquia das normas”.

Quanto ao princípio *in dubio pro operário*, ensina Oliveira (2004, p. 47) que “é aquele pela qual o aplicador do direito, no caso de haver várias interpretações possíveis, deve optar por aquela que mais favoreça ao empregado”. E ainda, no que se refere ao *in dubio pro operario*, Plá Rodrigues (1993, p. 43) define que “é o critério que deve utilizar o juiz ou o intérprete para escolher, entre vários sentidos possíveis de uma norma, aquele que seja mais favorável ao trabalhador”.

No pagamento dos adicionais, quer de insalubridade, quer de periculosidade, o que se objetiva é o fornecimento de uma compensação econômica ao trabalhador, por esse laborar exposto a situação de risco, por ter de ficar submetido em razão do cumprimento de suas obrigações contratuais. Para Oliveira (2004, p. 285):

Uma simples portaria não pode limitar o alcance da fonte normativa primária da vantagem, no caso, os arts. 189 e 192 da CLT. Se a lei não proibiu a percepção cumulativa em decorrência da exposição concomitante, que prejudica órgãos distintos do trabalhador, não pode a portaria restringir a abrangência desta norma.

Concorda com esse entendimento Meirelles (2010, p. 108) “O regulamento é ato inferior a lei, dentro da hierarquia das normas, não podendo contrariar nem restringir ou ampliar suas disposições, sendo-lhe somente permitido explicar a lei, dentro dos limites por ela estabelecidos”.

Para Oliveira (2004, p. 284), “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”, ou seja, a presença de agentes insalubres e de agentes perigosos no mesmo ambiente de trabalho multiplica os danos à saúde e à vida do trabalhador.

Além disso, o objetivo da norma não é exclusivamente o pagamento de adicionais, mas induzir, que as empresas a encontrar alternativas para a redução ou neutralização dos agentes agressivos, sejam insalubres, sejam perigosos. Ora, o estancamento da cumulação dos adicionais de insalubridade e de periculosidade instiga as empresas a desrespeitarem o disposto no inciso XXII, do art. 7º, da Constituição Federal, que dispõe sobre a redução dos riscos relativos ao trabalho.

Nesse aspecto, Oliveira (2004, p. 285) sustenta que:

A não cumulação dos adicionais desestimula os empresários a cumprir o mandamento constitucional (art. 7º, XXII), porque, tendo no estabelecimento um agente insalubre qualquer, outros agentes danosos poderão aparecer “que o desembolso com o adicional será o mesmo”, ou seja, tendo que optar por um adicional, não importaria a quantidade de agentes insalubres ou perigosos presentes, corroborando para que as empresas não busquem soluções para eliminar ou neutralizar os agentes agressivos e os riscos causados ao trabalhador, pois não tem um ônus maior, pagando apenas um adicional.

Entende-se, pela doutrina analisada que, sendo permitida, a cumulação dos adicionais conduziria os empregadores a se preocuparem mais em encontrar maneiras para a eliminação ou neutralização dos agentes agressivos à saúde, à vida e à integridade física dos trabalhadores, proporcionando-lhes melhores condições de trabalho e um ambiente mais saudável, dando relevância, dessa maneira, à dignidade humana do trabalhador.

Importante ressaltar ainda que o investimento empresarial para proporcionar um ambiente de trabalho saudável, prevenindo acidentes e danos à saúde do trabalhador resulta, segundo Sússekind (2010, p. 912) certifica que, “[...] na continuidade da produção, na eliminação de desperdícios e na obtenção de melhor qualidade do produto, e, sobretudo, num benefício maior para a sociedade”.

Süssekind (2010, p. 911) salienta ainda sobre o lado humano da Segurança e Medicina do Trabalho:

A vida humana tem, certamente, um valor econômico. É um capital que produz e os atuários e matemáticos podem avaliá-lo. Mas a vida do homem possui, também, um imenso valor afetivo e um valor espiritual inestimável, que não se podem pagar com todo o dinheiro do mundo. Nisto consiste, sobretudo, o valor da prevenção em que se evita a perda irreparável de um pai, de um marido, de um filho, enfim, daquele que sustenta o lar proletário e preside os destinos de sua família. A prevenção é como a saúde. Um bem no qual só reparamos quando o acidente e a moléstia chegam.

Vislumbra-se, assim, que é admissível a cumulação dos adicionais de insalubridade e de periculosidade, desde que o trabalhador, simultaneamente, esteja exposto a eles ao mesmo tempo, ou seja, havendo o concurso de agentes lesivos que, além de colocarem em risco a integridade física do trabalhador, afetam sua saúde.

3 CONCLUSÃO

É de clareza solar que o maior bem que possuímos é a própria vida e para que possamos preservar e conseqüentemente prolongar a mesma se faz necessário a adoção de hábitos saudáveis e políticas de saúde preventivas, incluindo também o ambiente de trabalho.

Com a incidência concomitante durante o pacto laboral de contato com agentes insalubres múltiplos e perigosos, certamente multiplicam-se também os danos sofridos pelo corpo humano, mitigando por vezes a saúde do trabalhador e conseqüente sua expectativa de vida, devendo ele além de receber por parte do empregador os equipamentos de proteção individual que visem restringir a agressão desses agentes, ser indenizados de forma individual e cumulativa por cada agente agressor identificado.

Diante disso, é que desde 1988 a Constituição Federal prevê a possibilidade de cumulação dos adicionais de periculosidade e insalubridade que vem sendo gradativamente reconhecido pelos nossos Tribunais, visto o entendimento ainda que minoritário da não recepção do §2º do art. 193 da CLT, pela Lei Maior.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Jair José de. **Adicional de periculosidade. Empregados no setor de energia elétrica**: comentários à lei n. 7.369/85. São Paulo: LTr, 1993.
- BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BRASIL. **Decreto-lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 1 nov. 2011.
- BRASIL. **Lei n. 2.573, de 15 de agosto de 1955**: institui salário adicional para os trabalhadores que prestem serviços em contato permanente com inflamáveis em condições de periculosidade. Disponível em: <http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/fraWeb?OpenFrameSet&Frame=frmWeb2&Src=%2Flegisla%2Flegislacao.nsf%2FViw_Identificacao%2Flei%25202.573-1955%3FOpenDocument%26AutoFramed>. Acesso em: 1 nov. 2011.
- BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **AIRR - 6658100-06.2002.5.04.0900**. Relator Ministro Pedro Paulo Manus. Brasília, DF, 29 de abril de 2009. Disponível em: <<https://aplicacao.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=AI RR - 6658100-06.2002.5.04.0900&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAAAqG6AAK&dataPublicacao=08/05/2009&query=insalubridade e periculosidade cumulacao>>. Acesso em: 1 nov. 2011.
- CASTELLO FILHO, Orlando. É nula a perícia. **Revista CIPA**, São Paulo, ano 21, n. 244, p. 104, mar. 2000.
- CORDEIRO, Luis Fernando. Possibilidade constitucional e legal de cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade. **Revista LTr - Suplemento Trabalhista**, v. 43, n. 142, dez./2007.
- COSTA, José de Ribamar da. **Noções de direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 1978.
- CUNHA, Maria Inês S. A. da. **O nascimento das fábricas**. 5. ed. São Paulo: Brasiliense, 1982.
- GARCIA, Gustavo Felipe Barbosa. **Curso de direito do trabalho**. 2 ed. São Paulo: Método, 2008.
- GONÇALVES, Elenice de Souza. **(Im)possibilidade de cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade**. Disponível em: <<http://www.oab-sc.org.br/institucional/artigos/29856-1.htm>>. Acesso em: 1 nov. 2011.
- GONÇALVES, Victor. **Advocacia trabalhista em primeiro grau**. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 1998.
- LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. São Paulo: LTr, 2000.
- MALUF, Sahid. **Teoria geral do Estado**. 24. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 1998.

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. **Manual esquemático de direito e processo do trabalho**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Comentários à CLT**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do trabalho**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 36. ed. São Paulo: RT, 2010.

MTE – Ministério do Trabalho e Emprego. **Norma Regulamentadora n. 15**. Disponível em: <<http://portal.mte.gov.br/legislacao/norma-regulamentadora-n-15-1.htm>>. Acesso em: 01 de nov de 2011a.

MTE – Ministério do Trabalho e Emprego. **Normas regulamentadoras**. Disponível em: <<http://portal.mte.gov.br/legislacao/normas-regulamentadoras-1.htm>>. Acesso em: 01 de nov de 2011.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito processual do trabalho**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

OLIVEIRA, Luã Lincoln Leandro. A admissibilidade da cumulação do adicional de insalubridade e periculosidade. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, 90. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9891>. Acesso em: 1 nov. 2011.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. **Proteção jurídica à saúde do trabalhador**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. **Proteção jurídica à saúde do trabalhador**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2004.

PANTALEÃO, Sérgio Ferreira. **Insalubridade - não basta somente o laudo pericial**. Disponível em: <<http://www.guiatrabalhista.com.br/tematicas/insalubridade.htm>>. Acesso em: 1 nov. 2011.

PINTO, José Augusto Rodrigues. **Processo trabalhista de conhecimento**. 7. ed. São Paulo: LTr, 2005.

PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípios de direito do trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 1993.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. **RO n. 0037400-53.2008.5.04.0027**. Rel. Des. José Felipe Ledur. Porto Alegre, RS, 27 de agosto de 2009. Disponível em: <http://gsa1.trt4.jus.br/search?q=cache:X0lwKXB42zEJ:iframe.trt4.jus.br/nj4_jurisp/jurispnovo.ExibirAcordaoRTF%3FpCodAndamento%3D32155078+inmeta%3ADATA_DOCUMENTO%3A2002-01-01..2010-06-01+insalubridade+periculosidade+cumula%C3%A7%C3%A3o++&client=jurisp&site=jurisp&output=xml_no_dtd&proxystyle sheet=jurisp&ie=UTF-8&lr=lang_pt&access=p&oe=UTF-8>. Acesso em: 1 nov. 2011.

RODRIGUES, Leandro. **O que é periculosidade?** Publicado em: 17/03/2011. Disponível em: <http://www.qualidadebrasil.com.br/artigo/seguranca_no_trabalho/o_que_e_periculosidade>. Acesso em: 1 nov. 2011.

SANTA CATARINA. Tribunal Regional do Trabalho da 12^a Região. **RO n. 00066-2008-014-12-00-2**. Rel. Des. Mirna Uliano Bertoldi. Florianópolis, SC, 26 de agosto de 2009. Disponível em: <<http://consultas.trt12.jus.br/doi/visualizarDocumento.do?acao=doc&xacordao=true&id=93547>>. Acesso em: 1 nov. 2011.

SINDPD. Sindicato dos Trabalhadores em Informática e Tecnologia da Informação do Paraná. **O que é adicional de periculosidade?** Disponível em: <<http://www.sindpdpr.org.br/faq/que-e-adicional-periculosidade>>. Acesso em: 1 nov. 2011.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **O direito do trabalho como instrumento de justiça social**. São Paulo: LTr, 2000.

SÜSSEKIND, Arnaldo. **Direito constitucional do trabalho**. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

SÜSSEKIND, Arnaldo. **Direito constitucional do trabalho**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.