

A POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO DOS ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE.

Ms. Bruno Tavares Padilha Bezerra¹

Débora Arruda dos Santos²

RESUMO

A presente pesquisa tem como finalidade demonstrar a possibilidade de acumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade de acordo com a doutrina, a legislação e a jurisprudência, através do entendimento de que o §2º do Artigo 193 da CLT resta obsoleto comparado às convenções recepcionadas pelo Estado. Assim, primeiramente, foi realizada uma análise sobre a saúde e segurança do trabalho e os adicionais de insalubridade e periculosidade, mostrando suas distinções. Posteriormente o entendimento doutrinário que concordam com a impossibilidade de percepção simultânea dos adicionais de insalubridade e periculosidade, assim como os que defendem a viabilidade de acumulação destas parcelas remuneratórias.

Palavras-chave: Saúde e segurança do trabalho, adicional de insalubridade e periculosidade, acumulação, entendimento jurisprudencial.

ABSTRACT

The present investigation aims at demonstrating a possibility of accumulating additional unhealthiness and dangerousness according to a doctrine, legislation and jurisprudence, through the understanding that Paragraph 2 of Article 193 of the CLT is obsolete compared to the conventions received by the State . Thus, first, an analysis was carried out on health and safety at work and the others on health and safety, showing their distinctions. Subsequently the doctrinal understanding that agrees with the impossibility of simultaneous perception of the additional of insalubrity and dangerousness, as well as those who defend a viability of accumulation of these remuneratory parcels.

Key words: Health and safety at work, additional unhealthiness and dangerousness, accumulation, jurisprudential understanding.

INTRODUÇÃO

A pesquisa apresentada nesse artigo é uma análise sobre o art. 193, §2 da Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT) em relação à possibilidade de percepção simultânea dos adicionais de insalubridade e periculosidade.

O presente estudo busca demonstrar a divergência doutrinária e jurisprudencial acerca da viabilidade de soma dos referidos acréscimos salariais, através do estudo do artigo supracitado da Constituição Federal em seu artigo 7º XXIII e da Convenção nº 155 da Organização Internacional do Trabalho (OIT). Tendo em vista que uma corrente defende a impossibilidade diante da vedação da CLT e a outra argumenta ser possível o recebimento

¹ Professor Orientador do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNIRN.

² Acadêmica do Curso de Direito pelo Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNI-RN. Natal. Rio Grande do Norte

cumulativo dos adicionais, com base na Convenção 155 da OIT e do bem jurídico defendido: a vida do trabalhador.

Os objetivos da pesquisa é comparar o entendimento doutrinário e jurisprudencial acerca do tema buscando refletir sobre os argumentos utilizados para que haja ou não a possibilidade de acumulação dos adicionais e sua repercussão na sociedade.

Para alcançar os objetivos traçados, o método de pesquisa a ser utilizado será comparativo entre os argumentos de quem defende a impossibilidade de cumulação dos adicionais e daqueles que entendem pela possibilidade das parcelas remuneratórias serem percebidas simultaneamente.

O trabalho inicia-se com o estudo a respeito da saúde e segurança no trabalho, demonstrando o seu histórico no Brasil e apresentando seu conceito com o intuito de possibilitar uma compreensão geral acerca do tema desenvolvido.

Após isso, será feita a conceituação e a diferenciação geral quanto às características dos adicionais de insalubridade e periculosidade.

Posteriormente o adicional de insalubridade será analisado em todo o seu aspecto, desde seu conceito até a quem é devido, quando é devido, suas características especiais, base de cálculo, sua neutralização ou eliminação. Demonstrando através das súmulas, Orientações Jurisprudenciais (OJ), CLT, a norma NR 15 da Portaria nº 3.214/78, e a Constituição Federal (CF) sua regulamentação.

Dando continuidade se faz o estudo do adicional de periculosidade demonstrando seu conceito, quem tem legitimidade para recebê-lo, em quais casos, sua eliminação e a base de cálculo.

Ao término de todas as informações importantes sobre os adicionais, passa a demonstrar a posição jurisprudencial e doutrinária desfavorável ao recebimento concomitante dos adicionais, aos quais se justificam com o princípio da legalidade, pois entende que está expresso na CLT a impossibilidade de acumulação e também na recepção do artigo 193 §2ª da CLT pela Constituição Federal.

Logo após é traçado uma análise quanto ao entendimento favorável ao recebimento simultâneo desses adicionais, através do entendimento doutrinário e jurisprudencial que utilizam como argumentos a norma constitucional, a convenção n. 155 da OIT e o princípio da proteção ao trabalhador.

O intuito da doutrina e jurisprudência minoritária é de fazer com que o empregador neutralize ou elimine os riscos para assim melhorar o meio ambiente de trabalho, que seja

tutelado o bem mais precioso, a vida e por fim demonstrar que o §2º do artigo 193 da CLT não foi recepcionado pela CF, em seu art. 7º, inciso XXIII.

Para além, o estudo defende que a Convenção nº 155 da OIT, norma mais recente e supralegal, permite o pagamento simultâneo dos adicionais de insalubridade e periculosidade. Desta forma, demonstra através dos princípios de proteção ao trabalhador, que a Convenção nº155 da OIT se mostra mais benéfica e mais favorável ao trabalhador ao invés do art. 193, §2 da CLT.

Acredita-se que o assunto abordado no presente trabalho seja muito importante para que os trabalhadores tenham a efetividade de direitos fundamentais. Tendo assim, portanto, grande repercussão na vida de quantidade considerável de trabalhadores no Brasil e, também, para que os empregadores tenham maior cautela e se importem mais quanto a minorar ou eliminar os agentes nocivos à saúde e a vida do trabalhador.

2 SAÚDE E SEGURANÇA DO TRABALHO

2.1 Histórico

Até a Revolução Industrial não havia normas relativas à saúde, nem segurança do trabalhador, pois o número de acidentes e de doenças acarretadas pelo labor não geravam preocupação. Com o tempo, os processos industriais evoluíram e, por isso, começaram a surgir várias doenças e acidentes decorrentes do trabalho, logo, a partir desse momento histórico começou a perceber a necessidade de uma proteção ao trabalhador, determinando condições que deveriam ser observadas pelo empregador e realizando fiscalizações para que as mesmas fossem cumpridas.

Demorou muito tempo para que os trabalhadores tivessem uma proteção jurídica relacionada ao bem estar no labor; proteção esta que atualmente se discute mundialmente no intuito de proporcionar ao trabalhador um mínimo ou nenhum risco a sua saúde e/ou vida.

O primeiro instituto a ser tratado pela legislação brasileira foi o de proteção a saúde, na constituição de 1934, citando que era direito do trabalhador a assistência médica e sanitária, em seu art. 121, §1º, h.

Art. 121 - A lei promoverá o amparo da produção e estabelecerá as condições do trabalho, na cidade e nos campos, tendo em vista a proteção social do trabalhador e os interesses econômicos do País.

§ 1º - A legislação do trabalho observará os seguintes preceitos, além de outros que colimem melhorar as condições do trabalhador:

h) assistência médica e sanitária ao trabalhador e à gestante, assegurando a este descanso antes e depois do parto, sem prejuízo do salário e do emprego,

e instituição de previdência, mediante contribuição igual da União, do empregador e do empregado, a favor da velhice, da invalidez, da maternidade e nos casos de acidentes de trabalho ou de morte; (BRASIL, 1934)

Na constituição de 1937 em seu art. 137, § 1º, continuava sendo protegida a saúde do trabalhador, na qual a constituição estipulava que a lei trabalhista iria dispor de normas específicas quanto a este instituto: “art. 137 - A legislação do trabalho observará, além de outros, os seguintes preceitos. I) assistência médica e higiênica ao trabalhador e à gestante, assegurado a esta, sem prejuízo do salário, um período de repouso antes e depois do parto” (BRASIL, 1937).

Somente na constituição de 1946 foi que houve a preocupação também com a segurança do trabalhador em seu labor, no artigo 157: “art. 157 - A legislação do trabalho e a da previdência social obedecerão nos seguintes preceitos, além de outros que visem a melhoria da condição dos trabalhadores: VIII - higiene e segurança do trabalho” (BRASIL, 1946)

Em 1966 foi criada a lei nº 5.161 que autorizava o poder executivo a criar uma fundação que tivesse como objetivo principal a realização de estudos e pesquisas pertinentes aos problemas de segurança, higiene e medicina do trabalho (art. 1º); A chamada Fundação Centro Nacional de Segurança, Higiene e Medicina do Trabalho.

A constituição de 1967 vem para assegurar o direito dos trabalhadores a ter higiene e segurança no trabalho, em seu art. 158: “art. 158 - A Constituição assegura aos trabalhadores os seguintes direitos, além de outros que, nos termos da lei, visem à melhoria, de sua condição social. IX - higiene e segurança do trabalho;” (BRASIL, 1967).

Em 1977, a CLT teve nova redação referente ao instituto em seus artigos 154 e 201, introduzidos pela lei nº 6514, de 1977, passando a tratar como segurança e medicina do trabalho e não mais como higiene e segurança do trabalho. E em 1978, foi criada a Portaria nº 3.214, na qual foram declaradas as atividades insalubres e perigosas no labor.

Por fim, a constituição de 1988 prevê que o trabalhador tem direito a redução dos riscos no seu trabalho, modificando a orientação anteriormente ditadas nas anteriores normas constitucionais (Art. 7º, § XXII): “art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: XXII - redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança” (BRASIL, 1988)

2.2 Conceito

Para Sergio Pinto Martins “A segurança e medicina do trabalho são segmentos do Direito do Trabalho incumbido de oferecer condições de proteção à saúde do trabalhador no

local de trabalho, e de sua recuperação quando não estiver em condições de prestar serviço ao empregador.” (Martins, 2014)

Portanto, fica o empregador obrigado a propiciar um ambiente de trabalho saudável, onde os riscos à saúde e a vida do trabalhador sejam os mínimos possíveis ou nulos. Porém, ocorrendo algo relacionado à saúde e segurança do trabalhador, o empregador deverá ser responsabilizar por sua recuperação.

2.3 Meio Ambiente de Trabalho

A saúde é uma preocupação mundial e é um bem garantido pela Constituição Federal a todo cidadão e, de acordo com a CLT, em seu artigo 160: “Nenhum estabelecimento poderá iniciar suas atividades sem prévia inspeção e aprovação das respectivas instalações pela autoridade regional competente em matéria de segurança e medicina do trabalho.” (BRASIL 1977)

O meio ambiente do trabalho é considerado um dos mais importantes e fundamentais direitos do trabalhador, por isso, várias normas internacionais da OIT, como a de nº 148 e 155, determinam aos seus países-membros a adesão de medidas que garantam proteção à saúde e integridade física e mental do trabalhador.

Desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, a saúde passou a ser um:

Direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. (BRASIL, 1988).

Neste sentido, considera-se que o meio ambiente de trabalho deve estar adaptado de uma forma que contribua para a não ocorrência de acidentes ou doenças laborais, ou seja, o empregador deverá cumprir as normas pertinentes à saúde e segurança do trabalho, ofertando assim aos seus empregados um local de trabalho minimizado ou até mesmo extinto de risco que possam vir a agredir a saúde do trabalhador em seus diversos graus.

Observa-se que a segurança e medicina do trabalho cada vez mais ganha proteção, assim exige maior respeito e cuidados com os trabalhadores.

3. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE

Os adicionais de insalubridade e periculosidade correspondem uma remuneração decorrente da exposição do trabalhador aos agentes nocivos a sua vida e saúde. A legislação

trabalhista protege todo trabalhador que execute suas funções em atividades insalubres ou perigosas, de forma a amenizar o impacto destas atividades na saúde do trabalhador.

Tais atividades possuem características peculiares pertinentes ao seu objeto jurídico, aos percentuais a serem pagos ao empregado que estejam expostos em condições insalubres ou perigosas, quanto às normas que regulamentam NR-15 e NR-16, que estabelecem quais os limites e as atividades que ensejem a percepção dos respectivos pagamentos.

É impossível acabar com os trabalhos insalubres e perigosos, contudo os poderes públicos relutam por melhorá-los em prol da defesa e da reparação dos danos causados por este labor. Assim, de acordo com o inciso XXIII do disposto artigo 7º da Carta Magna, garante aos trabalhadores, que estejam laborando em condições penosas, insalubres ou perigosas, a percepção de um adicional decorrente destas atividades mencionadas.

3.1 Adicional de Insalubridade

Atividades insalubres são aquelas que expõem aos empregados os agentes nocivos à saúde, acima dos limites legais permitidos. Juridicamente, a insalubridade somente é reconhecida quando a atividade ou operação passa a ser incluída em relação baixada pelo Ministério do Trabalho³.

O adicional de insalubridade tem previsão no artigo 7º, inciso XXIII, da Constituição Federal, regulamentado na Consolidação das Leis do Trabalho bem como na NR-15. Seu conceito legal encontra-se no artigo 189 da Consolidação das Leis do Trabalho:

Art.189.: Serão consideradas atividades ou operações insalubres aquelas que, por sua natureza, condições ou métodos de trabalho, exponham os empregados a agentes nocivos à saúde, acima dos limites de tolerância fixados em razão da natureza e da intensidade do agente e do tempo de exposição aos seus efeitos.

Em outras palavras, independentemente da atividade exercida pelo trabalhador, ensejar problemas a sua saúde, se esta não estiver regulamentada na NR 15, ele não terá direito ao pagamento do adicional correspondente.

A NR-15, criada pela Portaria nº 3.214 do Ministério do Trabalho, e publicada em 08 de junho de 1978, é a norma que classifica as atividades ou operações insalubres desenvolvidas pelo trabalhador. Vale destacar que algumas atividades elencadas nesta norma necessitam não somente existir, mas também estar acima do limite imposto na mesma para que reste configurada a insalubridade no labor.

³ “Perguntas Frequentes”, Ministério do Trabalho (ver referências)

A mencionada NR-15 admite como trabalho insalubre atividades desenvolvidas sob tais condições: ruído contínuo ou intermitente, ruídos de impacto, exposição ao calor, radiações ionizantes, condições hiperbáricas, radiações não ionizantes, vibrações, frio, umidade, agentes químicos, poeiras minerais, agentes químicos e biológicos. Portanto, está contido na NR-15, em seus diversos anexos, os trabalhos que necessitam ser acrescidos do adicional de insalubridade, de modo taxativo, demonstrando, também, os limites tolerados.

De acordo com o artigo 190 da CLT:

Art. 190- O Ministério do Trabalho aprovará o quadro das atividades e operações insalubres e adotará normas sobre os critérios de caracterização da insalubridade, os limites de tolerância aos agentes agressivos, meios de proteção e o tempo máximo de exposição do empregado a esses agentes. (BRASIL, 1977)

Portanto, da leitura do artigo citado acima, tem-se que, para se configurar o direito ao adicional de insalubridade, não basta comprovar por meio de perícia que o ambiente de trabalho é nocivo à saúde do empregado, sendo indispensável, também, o enquadramento da atividade entre as insalubres pelo Ministério do Trabalho. Nesse ponto, a NR-15 da Portaria nº 3.214/78, especifica as condições de insalubridade, ou seja, as atividades, mesmo que tidas como insalubres, não serão consideradas como tal, a título de salário, pelo fato de estarem exclusas das classificações da referida norma.

No mesmo sentido, dispõe a Súmula 460 do STF:

Para efeito do adicional de insalubridade, a perícia judicial, em reclamação trabalhista, não dispensa o enquadramento da atividade entre as insalubres, que é ato da competência do Ministro do Trabalho e Previdência Social. (BRASIL, 1964)

Assim como a Súmula 448, I, do TST:

ATIVIDADE INSALUBRE. CARACTERIZAÇÃO. PREVISÃO NA NORMA REGULAMENTADORA Nº 15 DA PORTARIA DO MINISTÉRIO DO TRABALHO Nº 3.214/78. INSTALAÇÕES SANITÁRIAS. (conversão da Orientação Jurisprudencial nº 4 da SBDI-1 com nova redação do item II) – Res. 194/2014, DEJT divulgado em 21, 22 e 23.05.2014.

I - Não basta a constatação da insalubridade por meio de laudo pericial para que o empregado tenha direito ao respectivo adicional, sendo necessária a classificação da atividade insalubre na relação oficial elaborada pelo Ministério do Trabalho. (BRASIL, 2014)

A constatação tanto da insalubridade, bem como o grau de incidência da exposição se dá por meio “de perícia, a cargo do médico ou de engenheiro do trabalho, segundo as normas do MTE” e, além disso, “a caracterização e a classificação da insalubridade e da periculosidade, segundo as normas do Ministério do Trabalho, far-se-ão através de perícia a cargo de Médico do Trabalho ou Engenheiro do Trabalho, registrados no Ministério do Trabalho” (Artigo 195, CLT).

A Consolidação das Leis do Trabalho classifica a incidência do agente nocivo à saúde do trabalhador em graus máximos, médios e mínimos, determinando ainda a porcentagem que deverá ser aplicada conforme o nível da exposição.

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, 1977)

No caso da produção da prova ser impossível, dispõe a OJ 278 da SDI-1 do TST que é razoável que o juiz permita outros meios de prova:

ADICIONAL DE INSALUBRIDADE PERICIA LOCAL DE TRABALHO
DESATIVADO. DJ 11.08.03

A realização de perícia é obrigatória para a verificação de insalubridade. Quando não for possível sua realização, como em caso de fechamento da empresa, poderá o julgador utilizar-se de outros meios de prova. (BRASIL, 2013)

Após o laudo pericial, percebido o agente nocivo contido na NR-15 e estipulado o grau de intensidade do agente, é que o empregado terá direito a receber o adicional de insalubridade em 10%, 20% ou 40% do salário mínimo.

A neutralização ou eliminação da nocividade é possível com a efetiva utilização dos equipamentos de proteção individual (EPI) e após medidas que deixem o ambiente de trabalho dentro dos limites de tolerância. No momento em que a insalubridade estiver eliminada ou neutralizada, o empregador não é mais obrigado a pagar o respectivo adicional como descreve o art. 191.

Art. 191 - A eliminação ou a neutralização da insalubridade ocorrerá:
I - com a adoção de medidas que conservem o ambiente de trabalho dentro dos limites de tolerância;

II - com a utilização de equipamentos de proteção individual ao trabalhador, que diminuam a intensidade do agente agressivo a limites de tolerância. (BRASIL, 1977)

O simples fornecimento do aparelho de proteção pelo empregador não o retira da obrigação de pagar o adicional ao empregado. Conforme a Súmula nº 289 do TST:

INSALUBRIDADE. ADICIONAL. FORNECIMENTO DO APARELHO DE PROTEÇÃO. EFEITO (mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003.

O simples fornecimento do aparelho de proteção pelo empregador não o exime do pagamento do adicional de insalubridade. Cabe-lhe tomar as medidas que conduzam à diminuição ou eliminação da nocividade, entre as quais as relativas ao uso efetivo do equipamento pelo empregado. (BRASIL, 2013)

3.2 Legitimação

São legitimados a receber o adicional de insalubridade os empregados urbanos e rurais, bem como os temporários, que se encontrem trabalhando em condições insalubres enquadrados nos casos previstos em lei, como prevê o Artigo 7º, XXXIV, da Constituição Federal e Artigo 12, alínea 'a', da Lei n. 6019/1974.

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

XXXIV - igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso.

Art. 12, alínea 'a', da Lei n. 6019/1974: Ficam assegurados ao trabalhador temporário os seguintes direitos: a) remuneração equivalente à percebida pelos empregados de mesma categoria da empresa tomadora ou cliente calculados à base horária, garantida, em qualquer hipótese, a percepção do salário mínimo regional. (BRASIL, 1974)

O trabalho em condições insalubres, mesmo que de forma intermitente, gera o direito ao recebimento por parte do trabalhador, pois envolve um maior risco à sua saúde

Súmula nº 47 do TST

INSALUBRIDADE (mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003

O trabalho executado em condições insalubres, em caráter intermitente, não afasta, só por essa circunstância, o direito à percepção do respectivo adicional. (BRASIL, 2003)

Vale ressaltar que a Constituição Federal ainda protege o menor de 18 anos dos trabalhos insalubres, em seu artigo o artigo 7º, XXXIII, da CF/88

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:
XXXIII - 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, 1998)

Ainda, o adicional de insalubridade pago em caráter habitual integrará a remuneração do trabalhador, referente ao cálculo das demais verbas (aviso prévio, férias, 13º salário, FGTS, indenização), segundo a súmula 139 do TST, à exceção dos descansos semanais remunerados e feriados, pois, segundo a OJ 103 da SDI-1 do TST, o adicional já os remunera.

ADICIONAL DE INSALUBRIDADE (incorporada a Orientação Jurisprudencial nº 102 da SBDI-1) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005
Enquanto percebido, o adicional de insalubridade integra a remuneração para todos os efeitos legais. (ex-OJ nº 102 da SBDI-1 - inserida em 01.10.1997)
(BRASIL, 1997)

3.3 Adicional de Periculosidade

A lei considera atividades ou operações perigosas todas aquelas que, pela natureza ou métodos de trabalho, coloquem o trabalhador em contato permanente com explosivos, eletricidade, materiais ionizantes, substâncias radioativas, ou materiais inflamáveis, em condições de risco acentuado.

Diferentemente da insalubridade, a periculosidade está presente no risco eminente à vida do empregado, no qual os danos podem ser causados a qualquer instante, ocasionando uma lesão, mutilação ou até mesmo sua morte.

O fato gerador do adicional de periculosidades são os labores que geram um risco acentuado a vida do trabalhador, sendo esta o bem jurídico que se pretende proteger com este instituto.

O artigo 193, seus incisos e o parágrafo 4º, elencam as atividades, em modo geral, que estão sujeitas ao adicional:

Art. 193. São consideradas atividades ou operações perigosas, na forma da regulamentação aprovada pelo Ministério do Trabalho e Emprego, aquelas que, por sua natureza ou métodos de trabalho, impliquem risco acentuado em virtude de exposição permanente do trabalhador a: .
I - inflamáveis, explosivos ou energia elétrica,
II - roubos ou outras espécies de violência física nas atividades profissionais de segurança pessoal ou patrimonial
(...)
§ 4º São também consideradas perigosas as atividades de trabalhador em motocicleta (BRASIL, 2013)

Sobre exposição permanente, Sergio Pinto Martins se posiciona:

Exposição permanente é a mostra, apresentação, exibição constante. O empregado fica exposto de forma permanente, ou seja, diária ao elemento perigoso. No entanto, a pessoa deve estar próxima.

O infortúnio pode acontecer a qualquer momento. Por isso, mesmo que a exposição seja feita por poucos minutos, ela é permanente, pois ocorre todos os dias e poderia ocorrer o infortúnio. (MARTINS, p. 279, 2013)

Em outras palavras, sua exposição ao agente perigoso não precisa ser a todo o momento do labor, independentemente da quantidade de tempo e sim se esta é diária, pois estará exposto ao risco de vida, mesmo que seja por pouco tempo.

A Súmula 364, I do TST, elenca quem tem direito ao adicional de periculosidade, sendo estes o empregado exposto permanentemente ou que, de forma intermitente, sujeita-se a condições de risco. Acrescenta, ainda, o enunciado, que será indevido quando o contato se der de forma eventual, assim considerado o fortuito, ou que, sendo habitual, se der por tempo extremamente reduzido.

ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. EXPOSIÇÃO EVENTUAL, PERMANENTE E INTERMITENTE (inserido o item II) - Res. 209/2016, DEJT divulgado em 01, 02 e 03.06.2016
I - Tem direito ao adicional de periculosidade o empregado exposto permanentemente ou que, de forma intermitente, sujeita-se a condições de risco. Indevido, apenas, quando o contato dá-se de forma eventual, assim considerado o fortuito, ou o que, sendo habitual, dá-se por tempo extremamente reduzido. (ex-Ojs da SBDI-1 nºs 05 - inserida em 14.03.1994 - e 280 - DJ 11.08.2003) (BRASIL, 2013)

A caracterização da atividade perigosa é feita por meio de perícia, a cargo do médico ou de engenheiro do trabalho, segundo as normas do TEM. Por sua vez, como regulamenta o artigo 195 da CLT:

Art. 195 - A caracterização e a classificação da insalubridade e da periculosidade, segundo as normas do Ministério do Trabalho, far-se-ão através de perícia a cargo de Médico do Trabalho ou Engenheiro do Trabalho, registrados no Ministério do Trabalho. (BRASIL, 1977)

Não bastando, porém, que a atividade venha a ser tida como perigosa pelo perito, é, também, necessário que esteja no rol estabelecido pela norma regulamentadora NR16 da portaria n.º 3.214, de 08 de junho de 1978.

Comprovada a incidência do adicional de periculosidade, este deve ser calculado sobre o salário base, no percentual de 30% (art. 193 §1º), incidindo apenas sobre o salário contratual

(súmula 191 do TST). Todavia, não reflete nos acréscimos resultantes de gratificações, prêmios ou participações no lucro da empresa.

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

§ 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. (BRASIL, 2012)

Súmula nº 191 do TST

ADICIONAL. PERICULOSIDADE. INCIDÊNCIA (nova redação) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003.

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. (BRASIL, 2013)

Diversamente do adicional de insalubridade, no qual sua base de cálculo é sobre o salário mínimo, fixado por lei e corrigido anualmente pelo governo, a base de cálculo do adicional de periculosidade é em cima do salário-base, também chamado de salário contratual, é o acordado pelo empregador diretamente com o empregado. Vale ressaltar que o recebimento do adicional de periculosidade não enseja direito adquirido, uma vez que é um salário condição, conforme cita Martins:

Salário-condição é o pagamento feito pelo empregador ao empregado, em decorrência do contrato de trabalho, dependente do estabelecimento de condições específicas que devem ser cumpridas pelo obreiro. Representa um acréscimo ao salário incondicionado.

Tem o salário-condição natureza salarial, pois decorre de condição estabelecida pelo empregador para seu pagamento.

(...)

São espécies de salário-condição: adicionais (horas extras, noturno, periculosidade, insalubridade, por tempo de serviço, transferência etc.), prêmios, gratificações ajustadas. Se o empregador determina que pagará salário a quem substituir certo funcionário, também haverá salário-condição, enquanto durar a condição. (MARTINS, 2015)

Sendo assim, o adicional está condicionado a um fator gerador, estipulado pelo próprio empregador, relacionado à atividade exercida do empregado e, somente o recebe, enquanto perdurar a condição de perigo. Portanto, eliminado o perigo a sua integridade física, o empregado não será mais devido, cessando o pagamento do atinente adicional, conforme o art. 194.

Por outro lado, o pagamento efetuado por liberalidade do empregador ao empregado, ainda que em percentagem menor que o estipulado na legislação, em atividades perigosas não elencadas na norma regulamentadora NR 16, mesmo que de forma proporcional ao tempo de exposição ao risco, a prova técnica é dispensada, pois incontroversa a existência do trabalho em condições perigosas.

OJ-SDI1-406 ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. PAGAMENTO ESPONTÂNEO. CARACTERIZAÇÃO DE FATO INCONTROVERSO. DESNECESSÁRIA A PERÍCIA DE QUE TRATA O ART. 195 DA CLT. (cancelada em decorrência da sua conversão na Súmula nº 453) - Res. 194/2014, DEJT divulgado em 21, 22 e 23.05.2014

O pagamento de adicional de periculosidade efetuado por mera liberalidade da empresa, ainda que de forma proporcional ao tempo de exposição ao risco ou em percentual inferior ao máximo legalmente previsto, dispensa a realização da prova técnica exigida pelo art. 195 da CLT, pois torna incontroversa a existência do trabalho em condições perigosas. (BRASIL, 2010)

Por fim, o adicional de periculosidade é considerado salário e não indenização, pois da mesma forma que ocorre com o de salubridade, remunera o trabalho prestado nas condições de risco acentuado. Se for pago de forma habitual, o adicional de periculosidade integrará o cálculo de indenização e de horas extras e quanto às horas em que o trabalhador permanece em regime de sobreaviso, por não estar trabalhando em condições perigosas, é incabível a integração do adicional de periculosidade sobre tais horas, que são recebidas na proporção de um terço da hora normal nos termos da Súmula 132 do TST.

132 - ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. INTEGRAÇÃO (INCORPORADAS AS ORIENTAÇÕES JURISPRUDENCIAIS NºS 174 E 267 DA SBDI-1) - RES. 129/2005, DJ 20, 22 E 25.04.2005.

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

II - Durante as horas de sobreaviso, o empregado não se encontra em condições de risco, razão pela qual é incabível a integração do adicional de periculosidade sobre as mencionadas horas. (ex-OJ nº 174 da SBDI-1 - inserida em 08.11.2000) (BRASIL, 2000).

3.4 Legitimação

Do mesmo modo que o adicional de insalubridade são legitimados a receber o adicional de periculosidade os empregados urbanos, rurais e os temporários que se encontrem

trabalhando em condições perigosas verificados nos casos previstos em lei, como determinam o artigo 7º, XXXIV, da Constituição Federal e o artigo 12, alínea 'a', da Lei n. 6019/1974

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

XXXIV - igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso.

Artigo 12, alínea 'a', da Lei n. 6019/1974 Ficam assegurados ao trabalhador temporário os seguintes direitos: a) remuneração equivalente à percebida pelos empregados de mesma categoria da empresa tomadora ou cliente calculados à base horária, garantida, em qualquer hipótese, a percepção do salário mínimo regional.

A Súmula 212 do STF dá aos empregados de postos de revenda de combustível líquido o direito ao recebimento do adicional por trabalho perigoso. No mesmo sentido, a Súmula 39 do TST estabelece que os empregados que operam em bomba de gasolina têm direito ao adicional de periculosidade, sendo, ainda, desnecessária a realização de perícia técnica. Do mesmo modo, os bombeiros profissionais possuem o direito ao recebimento do adicional de periculosidade, sendo, também, conforme dispõe o artigo 6º, inciso III, da Lei 11.901-2009.

Art. 6º É assegurado ao Bombeiro Civil:

III - adicional de periculosidade de 30% (trinta por cento) do salário mensal sem os acréscimos resultantes de gratificações, prêmios ou participações nos lucros da empresa;

Ademais, a OJ 385 da SDI-1 do TST dispõe que é devido o pagamento do adicional de periculosidade ao empregado que desenvolve suas atividades em edifício (construção vertical), seja em pavimento igual ou distinto daquele onde estão instalados tanques para armazenamento de líquido inflamável, em quantidade acima do limite legal, considerando-se como área de risco toda a área interna da construção civil. (BRASIL, 2009)

OJ-SDI1-385. Adicional de Periculosidade. Devido. Armazenamento de líquido inflamável no prédio. Construção vertical. (DEJT divulgado em 09, 10 e 11.06.2010)

É devido o pagamento do adicional de periculosidade ao empregado que desenvolve suas atividades em edifício (construção vertical), seja em pavimento igual ou distinto daquele onde estão instalados tanques para armazenamento de líquido inflamável, em quantidade acima do limite legal, considerando-se como área de risco toda a área interna da construção vertical. (BRASIL, 2010)

Apesar de não haver previsão na CLT em seu artigo 193, existe a hipótese dos materiais ionizantes (raios x) citados pelo TST, o qual se posicionou sobre esta condição prevendo o recebimento do adicional de periculosidade, nos termos da OJ 345 da SDI-1 do TST.

345 - ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. RADIAÇÃO IONIZANTE OU SUBSTÂNCIA RADIOATIVA.

Devido à exposição do empregado à radiação ionizante ou à substância radioativa enseja a percepção do adicional de periculosidade, pois a regulamentação ministerial (Portarias do Ministério do Trabalho nºs 3.393, de 17.12.1987, e 518, de 07.04.2003), ao reputar perigosa a atividade, reveste-se de plena eficácia, porquanto expedida por força de delegação legislativa contida no art. 200, caput, e inciso VI, da CLT. No período de 12.12.2002 a 06.04.2003, enquanto vigeu a Portaria nº 496 do Ministério do Trabalho, o empregado faz jus ao adicional de insalubridade. (BRASIL, 2003)

O adicional de periculosidade deverá compor, ainda, a base de cálculo do adicional noturno, da mesma forma que o de salubridade, já que também, neste horário, o trabalhador permanece sob as condições de risco, conforme esclarece a OJ 259 da SDI-1 do TST.

3.5 Acumulação dos adicionais de Insalubridade e Periculosidade

Segundo interpretação do artigo 193 §2º da CLT, os adicionais de insalubridade e periculosidade não poderão ser cumulados, devendo o empregado decidir quais deles optará por receber, no caso da sua atividade ensejar o recebimento de ambos.

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

§ 2º - O empregado poderá optar pelo adicional de insalubridade que porventura lhe seja devido (BRASIL, 2012)

Sobre o tema, Martins (2014) declara que, por não ter direito concomitante ao adicional de insalubridade e periculosidade, o empregado deve optar por um deles. Demonstrando ser o mais vantajoso escolher pelo adicional de periculosidade, pois este é calculado sobre o salário e não sobre o salário-mínimo. Acrescenta ainda que, a possibilidade de percepção conjunta de ambos os adicionais, somente é possível diante de alteração da norma celetista, sob pena de decisão contrária ao arcabouço normativo vigente. Por sua vez, Barros (2011) entende que a impossibilidade de cumulação das parcelas remuneratórias se dá por disposição expressa da lei.

Verifica-se que a posição desfavorável à acumulação dos adicionais é baseada na violação do princípio da legalidade, pois o legislador afirmou que o empregado deve optar pela parcela remuneratória devida. Sendo assim, o pagamento simultâneo dos adicionais afrontaria a lei celetista, a qual regulamenta dispositivo da Constituição Federal (Art. 7º

XXIII), que não se posiciona quanto à cumulação, apenas trata da percepção dos adicionais e cita que tais institutos serão regulamentados por lei. A lei, por sua vez, é a CLT, que assegurou a possibilidade de escolha pelo empregado por um dos adicionais que lhe sejam devidos, regulamentando a previsão constitucional.

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; (BRASIL, 1988)

No mesmo sentido, o Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região editou a súmula nº 76, confirmando a impossibilidade de acumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade, e enfatizou que não há violação aos dispositivos constitucionais.

Súmula nº 76 – ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE. ACUMULAÇÃO, IMPOSSIBILIDADE.
O pagamento cumulativo dos adicionais de insalubridade e periculosidade encontra óbice no artigo 193, § 2º, da CLT, o qual faculta ao empregado o direito de optar pelo adicional mais favorável. Inexistência de violação aos incisos XXII e XXIII, do artigo 7º, da Constituição. (BRASIL, 2015)

Tanto a doutrina quanto a jurisprudência, de forma quase majoritária, sustentam a impossibilidade de cumulação desses adicionais. Os principais argumentos usados é a disposição contida no art. 193, §2 da CLT, e sua recepção pela Constituição de 1988.

Art. 193. São consideradas atividades ou operações perigosas, na forma da regulamentação aprovada pelo Ministério do Trabalho e Emprego, aquelas que, por sua natureza ou métodos de trabalho, impliquem risco acentuado em virtude de exposição permanente do trabalhador a:
§ 2º - O empregado poderá optar pelo adicional de insalubridade que porventura lhe seja devido. (BRASIL, 1988)

Neste sentido, Martins (2014) entende que não se está impedindo o empregado de receber o adicional, tanto que ele vai escolher o adicional que for maior. Está também de acordo com o princípio da legalidade, de que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer algo a não ser em virtude de lei.

Nesta mesma linha, o Tribunal Superior de Justiça decidiu pela não cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade:

TST - RECURSO DE REVISTA : RR 13956020115120041 1395-60.2011.5.12.0041

RECURSO DE REVISTA. ADICIONAL DE PERICULOSIDADE E INSALUBRIDADE. CUMULAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.

O § 2º do artigo 193 da CLT assegura ao empregado a possibilidade de optar, caso a função desempenhada seja concomitantemente insalubre e perigosa, pelo adicional que lhe seja mais vantajoso, a saber: o de periculosidade ou insalubridade. Assim, o egrégio Tribunal Regional, ao decidir pela possibilidade de cumulação dos dois adicionais, violou o artigo 193, § 2º, da CLT. Recurso de revista conhecido e provido. (BRASIL, 2013)

Assim como o Superior Tribunal de Justiça, a maioria das decisões nos Tribunais Regionais é no sentido de que é indevido o pagamento concomitante dos adicionais de insalubridade e periculosidade:

CUMULAÇÃO DE ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE. INDEVIDA.

Indevida, na forma da lei, a cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade, cabendo ao empregado escolher entre eles, desde que verificada a presença das duas agravantes. (BRASIL, 2014)

CUMULAÇÃO DE ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE. IMPOSSIBILIDADE.

A norma contida no § 2º do art. 193 da CLT, recepcionado pela Lex Fundamental, impede a acumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade, cabendo ao empregado optar pelo adicional que deseje receber. (BRASIL, 2015)

Estas decisões tem amparo em entendimentos doutrinários e jurisprudenciais que entendem ser indevido o pagamento concomitante desses adicionais. A jurisprudência dominante explica que o §2 do artigo 193 da CLT, foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988 e que o “ou” contido no artigo 7º inciso XXIII significa uma vedação para a hipótese de cumulação dos adicionais.

3.5 Da possibilidade de acumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade

O adicional de insalubridade diverge do de periculosidade, em diversos sentidos, um deles é o bem jurídico protegido. No de salubridade se protege a saúde do trabalhador, já com o adicional de periculosidade se protege a vida. Seus fatos geradores não se confundem, são distintos e por isto, quando o trabalhador labora de forma simultânea a agentes insalubres e a condições perigosas, significa que está obrigado a trabalhar em tal situação e receber apenas um dos adicionais, baseando-se na CLT, artigo 193 §2º.

Tal artigo, embora anterior à Constituição de 1988, veio regulamentar o direito à percepção dos adicionais, vedando a cumulação de ambos, e fazendo com que o empregado

opte pelo adicional que lhe for favorável. Conforme Martinez (2013): “uma vez certificado o direito à percepção do adicional de periculosidade, o empregado poderia abrir mão deste, optar pelo de salubridade, caso este também lhe fosse devido”.

Sendo assim, interpretando a legislação infraconstitucional brasileira de forma extremamente literal e excluindo as medidas mais atualizadas e mundiais, manteve-se a impossibilidade da acumulação dos adicionais, tendo que o trabalhador escolher qual irá receber em caso da percepção dos dois adicionais.

Algumas vezes as normas internas e externas entram em conflito por versarem sobre a mesma matéria de maneira distinta. A dúvida ocorre em relação à hierarquia entre as Convenções e a CF e CLT. Sobre o Tema, - Cassar (2011) diz: “o que é pacífico é a supremacia da nossa Carta Política sobre os tratados e convenções internacionais, salvo quando o tratado versar sobre direitos humanos mais favoráveis.”.

Sobre a hierarquia em relação às normas infraconstitucionais e as Convenções, o informativo 109 do STF posicionasse da seguinte maneira:

Cumpra assinalar, finalmente, que os atos internacionais, uma vez regularmente incorporados ao direito interno, situam-se no mesmo plano de validade e eficácia das normas infraconstitucionais. Essa visão do tema foi prestigiada em decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 80.004-SE (RTJ 83/809, Rel. p/ o acórdão Min. CUNHA PEIXOTO), quando se consagrou, entre nós, a tese - até hoje prevalecente na jurisprudência da Corte (e recentemente reiterada no julgamento da ADI nº 1.480-DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO) - de que existe, entre tratados internacionais e leis internas brasileiras, de caráter ordinário, mera relação de paridade normativa.

A normatividade emergente dos tratados internacionais, dentro do sistema jurídico brasileiro, por isso mesmo, permite situar esses atos de direito internacional público, no que concerne à hierarquia das fontes, no mesmo plano e no mesmo grau de eficácia em que se posicionam as leis internas (BORGES, p.27/28, 1984).

A eventual precedência dos atos internacionais sobre as normas infraconstitucionais de direito interno somente ocorrerá - presente o contexto de eventual situação de antinomia com o ordenamento doméstico -, não em virtude de uma inexistente primazia hierárquica, mas, sempre, em face da aplicação do critério cronológico (*lex posterior derogat priori*) ou, quando cabível, do critério da especialidade (RTJ 70/333 - RTJ 100/1030 - RT 554/434). (BRASIL, 1988)

Portanto, a Constituição Federal encontra-se hierarquicamente a cima das convenções, com exceção quando estas versarem sobre direitos humanos mais favoráveis e as convenções estão acima da legislação no mesmo sentido e quando cronologicamente mais atuais.

Em 22 de junho de 1981, foi adotada a Convenção nº 155 sobre segurança e saúde dos trabalhadores e o meio ambiente de trabalho, que o Brasil igualmente ratificou, tendo sido promulgada pelo Decreto nº 1.254, de 29 de setembro de 1994. Ela determina que sejam levados em conta os "riscos para a saúde decorrente da exposição simultânea a diversas substâncias ou agentes" (Brasil, 1994). Tal Convenção, como demonstrado, é mais recente que a Legislação Celetista que versa sobre o assunto.

Como versa decisão de Recurso pelos Exm^{os}. Srs. Desembargadores da Primeira Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 19ª Região, sobre a suprallegalidade da convenção:

RECURSO DE REVISTA DO RECLAMANTE - ADICIONAL DE INSALUBRIDADE - ADICIONAL DE PERICULOSIDADE - CUMULAÇÃO - POSSIBILIDADE - PREVALÊNCIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS E SUPRALEGAIS SOBRE A CLT - JURISPRUDÊNCIA DO STF - OBSERVÂNCIA DAS CONVENÇÕES NºS 148 E 155 DA OIT. No julgamento do RR-1072-72.2011.5.02.0384, de relatoria do Min. Cláudio Mascarenhas Brandão, esta Turma firmou entendimento de que a norma contida no art. 193, § 2º, da CLT não foi recepcionada pela Constituição Federal, que, em seu art. 7º, XXIII, garantiu o direito dos trabalhadores ao recebimento dos adicionais de insalubridade e de periculosidade, sem ressalva acerca da cumulação. A possibilidade de recebimento cumulado dos mencionados adicionais se justifica em face de os fatos geradores dos direitos serem diversos. Além disso, a inclusão no sistema jurídico interno das Convenções Internacionais nºs 148 e 155, com a qualidade de normas materialmente constitucionais ou supralegais, como decidido pelo STF, determina a atualização contínua da legislação acerca das condições nocivas de labor e a consideração dos riscos para a saúde do trabalhador oriundos da exposição simultânea a várias substâncias insalubres e agentes perigosos. Assim, não se aplica mais a mencionada norma da CLT, sendo possível o pagamento conjunto dos adicionais de insalubridade e de periculosidade. Recurso de revista do reclamante conhecido e provido. (BRASIL, 2016)

Considerando o que diz o artigo 193 §2º da CLT, o entendimento é de que o empregado não faz jus ao recebimento de ambos os adicionais ao mesmo tempo, entendimento este que, no entanto, merece análise, pois, se o empregado está exposto tanto ao agente insalubre, como também à periculosidade, nada mais justo e coerente do que receber ambos os adicionais uma vez que os fatos geradores são distintos e autônomos. .

Sobre o tema, Martinez (2013) acrescenta:

Pois bem, independentemente da leitura que se possa fazer do mencionado dispositivo, a verdade é que ele foi revogado pela convenção n. 155 da OIT, cuja integração ao ordenamento jurídico brasileiro foi dada com status de supralegalidade desde o ano de 1994. Anota-se que a referida Convenção foi aprovada pelo Decreto n. 2, de 17 de março de 1992, ratificada em 18 de maio de 1992 e promulgada pelo Decreto n. 1.254, de 19 de setembro de 1994. Trata-se, portanto, de texto legislativo de hierarquia superior e de data mais recente. (MARTINEZ, p. 312, 2013)

O acréscimo dado pelos adicionais não tem apenas como escopo minorar os malefícios causados por estes, nem tão somente desestimular os empregadores a adotar atividades que sejam insalubres ou perigosas, tem também como fundamento reduzir os agentes ensejadores ao máximo. Isso ocorre, visto que, em algumas atividades, estes são inerentes, protegendo assim o bem-estar de quem labora em condições insalubres e perigosas e por fim proteger a dignidade humana do trabalhador.

Por conta disso, com respaldo na Convenção nº 155, através de uma interpretação baseada na supralegalidade desta sobre os preceitos infraconstitucionais contidos na CLT e, percebendo-se que essa norma é mais favorável e lhe traz uma condição mais benéfica do que esta, restando constatada a existência de um ambiente simultaneamente insalubre e perigoso, o trabalhador deve ter direito à percepção dos dois adicionais pelo fato de que um não resolve o problema do outro. Desta forma, seus fatos geradores serão distintos e o bem jurídico tutelado também.

Lenza (2014) afirma que os princípios, no âmbito legal, são espécies de normas e referências para o intérprete. Por sua, Mendes (2015) completa dizendo que tem função argumentativa, determinam, facultam ou vedam algo e seu teor é mais abrangente do que a regra. Servindo então para inspirar e orientar o legislador e o aplicador do direito, ou seja, eles inspiram, guiam, orientam, fundamentam a construção do ordenamento jurídico, não sendo absolutos e imutáveis, pois podem mudar de acordo com a realidade fática provocando mudanças na legislação. .

Em relação à segurança e medicina do trabalho, a legislação trabalhista protege todo trabalhador que executa tais funções, através da inserção dos adicionais de remuneração para que, de alguma forma, amenizem o impacto causado por este labor.

O princípio da proteção surge na intensão de contrabalancear as relações de trabalho entre empregador e empregado, limitando a autonomia privada, protegendo a parte hipossuficiente da relação.

Sobre o assunto, Volia Bonfim Cassar (2011) diz que:

A diretriz básica do Direito do trabalho é a proteção do trabalhador, uma vez que o empregado não tem a mesma igualdade jurídica que o empregador (...). A finalidade do Direito do Trabalho é a de alcançar uma verdadeira igualdade substancial entre as partes e, para tanto, necessário é proteger a parte mais frágil desta relação: o empregado. (CASSAR, p. 185, 2011)

Nesse intuito, foi criado o princípio da proteção, para promover a igualdade entre as partes, não privilegiando um em detrimento do outro, fazendo com que o Estado intervenha nas relações entre empregado e empregador, limitando a autonomia das partes.

O princípio da proteção divide-se em três princípios: Princípio da Prevalência da norma mais favorável ao trabalhador; Princípio da prevalência da condição mais benéfica ao trabalhador; e o Princípio do *in dubio, pro misero*. Dois, dentre os três, são utilizados como argumento para a cumulação dos adicionais, os quais são o Princípio da Prevalência da norma mais favorável ao trabalhador e o da condição mais benéfica.

O primeiro diz respeito a conflito entre normas aplicáveis no mesmo caso, prevalecendo aquela ao qual for mais favorável para o empregado. No caso em questão, existe um conflito referente à Convenção nº 155 da OIT e o Artigo 193, §2 da CLT. Sendo o texto da Convenção mais favorável ao empregado.

A segunda aborda que “há de se manter a condição anterior se mais benéfica” (Martinez, 2014), ou seja, toda condição mais vantajosa ao trabalhador e a ele concedida, seja tacitamente ou expressamente, prevalecerá sobre qualquer mudança futura, mais desfavorável ao mesmo. Portanto, a norma anterior, cuja é a CLT, não deverá ser utilizada no caso em questão, visto que ela é anterior e não traz condições mais benéficas ao trabalhador.

Entende-se que é bem válido que os valores sociais devem se sobrepor aos econômicos, por isso, a possibilidade de cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade é o estímulo para o empregador neutralizar ou eliminar os riscos e melhorar o meio ambiente de trabalho, cumprindo assim com sua finalidade.

Embora a jurisprudência brasileira, majoritariamente, entenda que não cabe a cumulação dos dois adicionais em comento, algumas decisões dos tribunais já decidem diferentes.

A 7ª Turma do Egrégio Tribunal Superior do Trabalho, em seus julgados vem mantendo o posicionamento da possibilidade de acumulação para a percepção pecuniária⁴ que resultou no Andamento do Processo n. 0011453-94.2015.5.15.0075 - RTOrd - 22/03/2016 do TRT-15:

⁴ TST, Recurso de Revista e 7ª Turma: ver referências.

UMULAÇÃO DOS ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE. POSSIBILIDADE. PREVALÊNCIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS E SUPRALEGAIS SOBRE A [CLT](#). JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA DO STF QUANTO AO EFEITO PARALISANTE DAS NORMAS INTERNAS EM DESCOMPASSO COM OS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS. INCOMPATIBILIDADE MATERIAL. CONVENÇÕES NOS 148 E 155 DA OIT. NORMAS DE DIREITO SOCIAL. CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE. NOVA FORMA DE VERIFICAÇÃO DE COMPATIBILIDADE DAS NORMAS INTEGRANTES DO ORDENAMENTO JURÍDICO. A previsão contida no artigo 193, § 2º, da CLT não foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988, que, em seu artigo 7º, XXIII, garantiu de forma plena o direito ao recebimento dos adicionais de penosidade, insalubridade e periculosidade, sem qualquer ressalva no que tange à cumulação, ainda que tenha remetido sua regulação à lei ordinária. A possibilidade da aludida cumulação se justifica em virtude de os fatos geradores dos direitos serem diversos. Não se há de falar em *bis in idem*. No caso da insalubridade, o bem tutelado é a saúde do obreiro, haja vista as condições nocivas presentes no meio ambiente de trabalho; já a periculosidade traduz situação de perigo iminente que, uma vez ocorrida, pode ceifar a vida do trabalhador, sendo este o bem a que se visa proteger. A regulamentação complementar prevista no citado preceito da Lei Maior deve se pautar pelos princípios e valores insculpidos no texto constitucional, como forma de alcançar, efetivamente, a finalidade da norma. Outro fator que sustenta a inaplicabilidade do preceito celetista é a introdução no sistema jurídico interno das Convenções Internacionais nos 148 e 155, com status de norma materialmente constitucional ou, pelo menos, supralegal, como decidido pelo STF. A primeira consagra a necessidade de atualização constante da legislação sobre as condições nocivas de trabalho e a segunda determina que sejam levados em conta os "riscos para a saúde decorrentes da exposição simultânea a diversas substâncias ou agentes". Nesse contexto, não há mais espaço para a aplicação do artigo 193, § 2º, da CLT. Precedente desta Turma. Recurso de revista de que se conhece e a que se nega provimento.

ACORDAM os Ministros da Sétima Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, conhecer do recurso de revista, quanto ao tema "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", por divergência jurisprudencial, e, no mérito, negar-lhe provimento. Ainda, à unanimidade, conhecer do recurso de revista quanto ao tema "honorários advocatícios", por contrariedade à Súmula nº 219 desta Corte, e, no mérito, dar-lhe provimento para excluir da condenação o pagamento dos honorários de advogado. Fica mantido o valor da condenação, para fins processuais.

22 de Abril de 2015.

ADICIONAL DE PERICULOSIDADE E INSALUBRIDADE - FATOS GERADORES DISTINTOS - CUMULAÇÃO - POSSIBILIDADE. No julgamento do E-ARR-1081-60.2012.5.03.0064, de relatoria do Ministro João Oreste Dalazen, a SDBI-1 deste Tribunal Superior do Trabalho, a partir de interpretação teleológica em consonância com o texto constitucional da norma prevista no art. 193, § 2º, da CLT, concluiu que a opção facultada ao empregado, em relação à percepção do adicional de periculosidade ou do adicional de insalubridade, "somente faz sentido se se partir do pressuposto de que o direito, em tese, ao pagamento dos adicionais de insalubridade e de periculosidade deriva de uma única causa de pedir ou do mesmo fato gerador". Assim, firmou entendimento no sentido de que, caso o pagamento concomitante dos adicionais de periculosidade e insalubridade seja requerido com fundamento em causas de pedir distintas, e caracterizadas as atividades insalubre e perigosas, cada qual com fato gerador diferenciado e autônomo, é possível a percepção cumulada dos referidos adicionais, nos termos dos arts. 192 e 193, § 1º, da CLT. Referida interpretação é coerente com o art. 7º, XXIII, da Constituição Federal, pois, caso contrário, "emprestar-se-ia tratamento igual a empregados submetidos a condições gravosas distintas: o empregado submetido a um único agente nocivo, ainda que caracterizador de insalubridade e também de periculosidade, mereceria o mesmo tratamento dispensado ao empregado submetido a dois ou mais agentes nocivos, díspares e autônomos, cada qual em si suficiente para gerar um adicional". No caso dos autos, caracterizada a periculosidade nas atividades do reclamante em face do contato com o agente perigoso produtos inflamáveis, pelo fato de laborar habitualmente em área de risco no momento da desgaseificação de tanques de combustível de aeronaves, bem como a insalubridade diante do contato com tinta com solvente a base de hidrocarboneto aromático, na atividade de pintura de aeronaves, plenamente possível percepção concomitante dos adicionais de periculosidade e insalubridade. Deve incidir a Súmula nº 333 do TST.

Alguns Tribunais Regionais aderem ao mesmo pensamento:

TRT-19 - RECURSO ORDINÁRIO : RO 00000945320165190059
0000094-53.2016.5.19.0059

EMENTA RECURSO ORDINÁRIO PATRONAL. ADICIONAIS DE PERICULOSIDADE E DE INSALUBRIDADE. CUMULAÇÃO. POSSIBILIDADE. CONVENÇÕES 148 E 155 DA OIT. REVOGAÇÃO DO § 2º DO ARTIGO 193, DA CLT. O ENTENDIMENTO EXPRESSO NA CLT, EM SEU ART. 193, § 2º, QUE VEDA A POSSIBILIDADE DE ACUMULAÇÃO DOS ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE, RECENTEMENTE FOI REVOGADO PELAS CONVENÇÕES 148 E 155 DA OIT, RATIFICADAS PELO BRASIL, QUE SE ENCONTRAM TAMBÉM RESPALDADAS NO ART. 7º, XXIII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. APELO DESPROVIDO. II.

PROCESSO: 0002002-36.2012.5.04.0405 RO

ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE. POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO. Os adicionais de insalubridade e

periculosidade dizem respeito a fatos geradores diversos, razão pela qual não há que se falar em impossibilidade de cumulação, mormente porque tais adicionais tem por escopo a proteção à saúde, direito consitucionalmente garantido.

(...)

Por todo exposto, declaro que o pagamento dos adicionais de insalubridade e de periculosidade pode ser cumulado quando o empregado trabalha exposto a mais de um agente causador de insalubridade e/ou periculosidade, como no caso em análise.

Rejeito.

<http://trt-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/129088429/recurso-ordinario-ro-20023620125040405-rs-0002002-3620125040405/inteiro-teor-129088439>

O entendimento que reconhece a cumulatividade ao trabalhador exposto aos dois adicionais em questão, tem a intenção de protegê-lo e fazer com que o empregador tome medidas para que o trabalho deixe de ser insalubre ou perigoso, garantindo um trabalho digno e seguro.

A Constituição Federal ao dispor sobre os direitos fundamentais relativos às atividades insalubres e perigosas não restringiu tais direitos, sendo assim, uma interpretação que restrinja os direitos coletivos fere a própria Carta Constitucional.

Realizada esta análise da legislação, doutrina e jurisprudência sobre o meio ambiente de trabalho e a cumulatividade dos adicionais de insalubridade e periculosidade, passa-se a concluir o estudo.

CONCLUSÃO

A presente pesquisa buscou analisar o artigo 193, §2 da Consolidação das Leis Trabalhista e a posição doutrinária e jurisprudencial quanto à possibilidade de acumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade.

Majoritariamente, a doutrina e a jurisprudência, numa interpretação extremamente literal, concorda que os adicionais em questão não podem ser cumulados, devendo o trabalhador exposto a ambos escolher qual deles deseja receber.

Por outro lado, o entendimento fundado na convenção nº 155 da OIT, norma mais recente e supralegal, de acordo com o STF, uma vez que o trabalhador tenha direito a percepção de ambos os adicionais, ou seja, quando sua exposição é simultânea a agentes nocivos insalubres e perigosos, a remuneração devida ao trabalhador deve ser proporcional aos prejuízos causados, não devendo este escolher dentre qual deve receber, mas receber os dois.

Apesar de este entendimento ser minoritário, esta vertente vem sendo bem aceita pois entende que a cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade, demonstra que o fator gerador da percepção de cada adicional é diferente e, por isso, devem ser recebidos quando assim for necessário, fazendo com que o empregador tome medidas cabíveis para minorar os malefícios causados ou extingui-los e que a vida e a saúde do empregado sejam protegidos.

Dentro dessa percepção é que a análise foi e nesta demonstrada que vem crescendo a posição da jurisprudência e doutrina quanto à cumulação dos adicionais, pois a finalidade da legislação é sem dúvidas tutelar o bem jurídico da vida.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. Constituição (1934). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em: 09 de novembro de 2016;
- _____. Constituição (1946). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1934. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>. Acesso em: 09 de novembro de 2016;
- _____. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em:
- _____. Constituição da República Federativa do Brasil De 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em: 12 nov. 2016.
- _____. Constituição da república federativa do brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 11 nov. 2016.
- _____. Lei no 5.161, de 21 de outubro de 1966. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5161.htm>. Acesso em: 12 nov. 2016.
- _____. Lei nº 6.514, de 22 de dezembro de 1977. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6514.htm>. Acesso em: 12 nov. 2016.

- _____. Decreto-lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 11 nov. 2016.
- CASSAR, Vólia Bonfim. Direito do Trabalho. 5. ed. Niteroi: Impetus, 2011;
- CONSULTORIA TRABALHISTA. Doutrina e jurisprudência. Disponível em: <http://coad.com.br/app/webroot/files/trab/pdf/ct_net/2013/ct1413.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2016.
- JORNAL CARTA FORENSE. Salário-condição. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/salario-condicao/182>>. Acesso em: 11 nov. 2016.
- JOSÉ ALFREDO BORGES, in Revista de Direito Tributário, vol. 27/28, p. 170-173; FRANCISCO CAMPOS, in RDA 47/452; ANTONIO ROBERTO SAMPAIO DORIA, "Da Lei Tributária no Tempo", p. 41, 1968; GERALDO ATALIBA, "Apontamentos de Ciência das Finanças, Direito Financeiro e Tributário", p. 110, 1969, RT; IRINEU STRENGER, "Curso de Direito Internacional Privado", p. 108/112, 1978, Forense; JOSÉ FRANCISCO REZEK, "Direito dos Tratados", p. 470/475, itens 393-395, 1984, Forense, v.g;
- JUSBRASIL. andamento do processo n. 0011453-94.2015.5.15.0075 - rtord - 22/03/2016 do trt-15. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/317038331/andamento-do-processo-n-0011453-9420155150075-rtord-22-03-2016-do-trt-15?ref=topic_feed>. Acesso em: 10 nov. 2016.
- _____. Trt-1 - recurso ordinário : ro 01159005620095010036 rj. Disponível em: <<http://trt-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/120117806/recurso-ordinario-ro-1159005620095010036-rj>>. Acesso em: 11 nov. 2016.
- _____. Trt-19 - recurso ordinário : ro 00005738020155190059 0000573-80.2015.5.19.0059. Disponível em: <<http://trt-19.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/266840663/recurso-ordinario-ro-5738020155190059-0000573-8020155190059/inteiro-teor-266840721>>. Acesso em: 10 nov. 2016.
- _____. Tst - recurso de revista : rr 6934820105040017. Disponível em: <<http://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/387586260/recurso-de-revista-rr-6934820105040017/inteiro-teor-387586306>>. Acesso em: 10 nov. 2016.

- _____. Tst - recurso de revista : rr 7734720125040015. Disponível em: <<http://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/185396466/recurso-de-revista-rr-7734720125040015/inteiro-teor-185396489>>. Acesso em: 10 nov. 2016.
- _____. Trt-19 - recurso ordinário : ro 00000945320165190059 0000094-53.2016.5.19.0059. Disponível em: <<http://trt-19.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/384174254/recurso-ordinario-ro-945320165190059-0000094-5320165190059>>. Acesso em: 11 nov. 2016.
- _____. Tst - recurso de revista : rr 6934820105040017. Disponível em: <<http://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/387586260/recurso-de-revista-rr-6934820105040017/inteiro-teor-387586306>>. Acesso em: 11 nov. 2016.
- _____. Tst - recurso de revista : rr 7734720125040015. Disponível em: <<http://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/185396466/recurso-de-revista-rr-7734720125040015/inteiro-teor-185396489>>. Acesso em: 11 nov. 2016.
- LENZA, Pedro. Direito constitucional esquematizado. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- MARTINEZ, Luciano. Curso de direito do trabalho. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- MARTINS, Sergio Pinto. Direito do Trabalho. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de direito constitucional. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- MINISTÉRIO DO TRABALHO. Nr 15 - atividades e operações insalubres. Disponível em: <<http://trabalho.gov.br/images/documentos/sst/nr/nr15/nr15-anexo15.pdf>>. Acesso em: 09 nov. 2016.
- _____. Nr 16 - atividades e operações perigosas. Disponível em: <<http://trabalho.gov.br/images/documentos/sst/nr/nr16.pdf>>. Acesso em: 09 nov. 2016.
- _____. Perguntas frequentes. Disponível em: <<http://trabalho.gov.br/perguntas-frequentes?catid=9>>. Acesso em: 10 nov. 2016.
- MONTEIRO, Alice Barros de. Curso de direito do trabalho. 7 ed. São Paulo: LTr 75, 2011
- _____. Lei no 6.019, de 3 de janeiro de 1974.. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6019.htm>. Acesso em: 11 nov. 2016.

- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Informativo stf. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo109.htm>>. Acesso em: 10 nov. 2016.
- _____. Súmula 460. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarjurisprudencia.asp?s1=460.ume.%20nao%20s.flsv.&base=basesumulas>>. Acesso em: 13 nov. 2016.
- TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. 103. adicional de insalubridade. repouso semanal e feriados (nova redação) - dj 20.04.2005. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/oj_sdi_1/n_s1_101.htm#tema103>. Acesso em: 13 nov. 2016.
- _____. 278. adicional de insalubridade. perícia. local de trabalho desativado (dj 11.08.2003). Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/oj_sdi_1/n_s1_261.htm#tema278>. Acesso em: 13 nov. 2016.
- _____. 406. adicional de periculosidade. . Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/oj_sdi_1/n_s1_401.html#tema406>. Acesso em: 13 nov. 2016.
- _____. Súmula nº 132 do tst. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/sumulas_com_indice/sumulas_ind_101_150.html#sum-132>. Acesso em: 11 nov. 2016.
- _____. Súmula nº 364 do tst. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/sumulas_com_indice/sumulas_ind_351_400.html#sum-364>. Acesso em: 13 nov. 2016.
- _____. Súmula nº 448. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/sumulas_com_indice/sumulas_ind_401_450.html#sum-448>. Acesso em: 13 nov. 2016.
- _____. Súmula nº 47 do tst. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/sumulas_com_indice/sumulas_ind_1_50.html#sum-47>. Acesso em: 13 nov. 2016.
- TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DE SÃO PAULO. Portaria n.º 3.214, de 08 de junho de 1978. Disponível em: <http://www.trtsp.jus.br/geral/tribunal2/orgaos/mte/portaria/p3214_78.html>. Acesso em: 12 nov. 2016.

- _____. Súmulas do tribunal superior do trabalho. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/sumulas_com_indice/sumulas_ind_101_150.html#sum-139>. Acesso em: 11 nov. 2016.
- TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DO RIO GRANDE DO SUL. Súmulas da jurisprudência do trt da 4ª região. Disponível em: <<http://www.trt4.jus.br/portal/portal/trt4/consultas/jurisprudencia/sumula>>. Acesso em: 11 nov. 2016.