

POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO DOS ADICIONAIS TRABALHISTAS DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE COM BASE NOS ENTENDIMENTOS DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

Yam Lira Moreira¹

Prof. Dr. Marco Aurélio de Medeiros Jordão²

RESUMO

O artigo elaborado analisou os motivos que impedem a possibilidade de cumulação dos adicionais trabalhistas de insalubridade e periculosidade, com o objetivo de analisar os argumentos daqueles que defendem a impossibilidade, bem como daqueles que defendem a possibilidade, sendo estes corroborados ao longo do trabalho. Para tanto, o estudo foi realizado de maneira transdisciplinar à luz do direito constitucional, do trabalho, internacional, e os Direitos Humanos. Outrossim, utilizado o método dedutivo, como abordagem, tendo em vista que parte de pontos gerais, como objetivo de alcançar a defesa da cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade. Em contrapartida, o método de procedimento utilizado foi o comparativo. Logo, foi possível chegar ao resultado de que a viabilidade da possibilidade de cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade, em razão da não recepção do §2º do art. 193 da CLT, estando este dispositivo em desacordo com os princípios da dignidade da pessoa humana e da proteção ao empregado. Além disso, o Estado brasileiro ratificou as convenções de nº 148 e 155 da Organização Internacional do Trabalho, as quais visam melhores condições ao trabalhador, que após a promulgação da EC nº 45/04, adquiriram força de norma supralegal, ao versarem sobre direitos humanos, consequentemente tornaram-se superiores hierarquicamente a CLT, e assim, revogaram de maneira tácita os dispositivos que vão de encontro ao seu texto. Portanto, conclui-se que os empregados que forem expostos a ambientes insalubres e realizarem atividades que ofereçam iminente risco a sua vida, devem ter a incidência dos dois adicionais em sua remuneração.

Palavras-Chave: Adicionais Trabalhista. Insalubridade. Periculosidade. Possibilidade de Cumulação.

ABSTRACT

This article analyzed the reasons that prevent the possibility of cumulation of the additional payment due to work considered insalubrious or dangerous, in aim to analyze the arguments of those who defend the impossibility, as well as those who defend the possibility, being these corroborated throughout the work. Therefore, the study was carried out in a transdisciplinary way in the light of constitutional, international, and human rights. Also, used the deductive method, as an approach, given that part of general points, as an objective to achieve the defense of the cumulation of additional due insalubrity and dangerousness. In contrast, the procedure method used was the comparative one. Therefore, it was possible to arrive at the

¹ Discente do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte (UNI/RN). Email: yamlira@yahoo.com.br

² Docente do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte (Uni-RN). Email:marfilobr@hotmail.com

result that the viability of the possibility of cumulation of the additions of insalubrity and dangerousness, due to the non-acceptance of §2º of art. 193 of the CLT, this device being in disagreement with the principles of the dignity of the human person and the protection of the employee. In addition, the Brazilian State has ratified Conventions Nos. 148 and 155 of the International Labor Organization, which seek better conditions for the worker, who, after the promulgation of EC No. 45/04, acquired strength of supralegal rule, when dealing with human rights , consequently they have become superior hierarchically the CLT, and so, tacitly revoked the devices that go against its text. Therefore, it is concluded that employees who are exposed to unhealthy environments and perform activities that offer imminent risk to their life, should have the incidence of both additional payment in their remuneration.

Keywords: Additional payment. Unhealthy. Dangerous. Possibility of Cumulation.

1 INTRODUÇÃO

O foco do presente artigo é analisar a possibilidade de cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade, tendo em vista que a jurisprudência majoritária brasileira entende por sua impossibilidade legal. Assim, para melhor entendermos as motivações das decisões dos tribunais, decisões, normas constitucionais e infraconstitucionais para alcançar a possibilidade de cumulação dos adicionais, posicionamento adotado neste trabalho.

Destaca-se, primeiramente, a importância dada aos trabalhadores, estando os adicionais de insalubridade e periculosidade previstos no capítulo II da Constituição Federal, fazendo parte dos direitos sociais, consequentemente tratam de direitos humanos, cláusulas pétreas da nossa Carta Magna.

Além disso, buscou-se abordar a origem dos institutos aqui tratados, com o objetivo de fazer distinção entre eles, e assim concluir se tratam da mesma natureza, caracterizando *bis in indemn*, impossibilitando a sua cumulação, ou se tratam de naturezas distintas, justificando a percepção dos dois adicionais em favor do proletariado.

Uma vez que a problemática do presente artigo é: por quais motivos a jurisprudência brasileira ainda decide pela impossibilidade de cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade, mesmo havendo o Estado brasileiro ratificado diferentes tratados de proteção ao empregado?

Com o intuito de solucionar a problemática, foram colacionados julgados das turmas que compõe o Tribunal Superior do Trabalho, das que defendem a impossibilidade da cumulação e da que defende a possibilidade da cumulação, tendo como objetivo demonstrar e analisar os argumentos utilizados, comparando-os, e assim alcançar o resultado de que é possível haver a cumulação dos adicionais.

Em suma, para solucionar a problemática formulada, tem-se como objetivo geral, a distinção das causas de suas incidências e a base de cálculos de cada, aliado ao objetivo específico de analisar os posicionamentos divergentes existentes nas turmas do Tribunal Superior do Trabalho.

Para isso, foi utilizado o método dedutivo, como abordagem, tendo em vista que parte de pontos gerais, como objetivo de se alcançar as conclusões previstas. Em contrapartida, o método de procedimento utilizado foi o comparativo, consistindo no confronto de elementos levantados ao longo do estudo.

Diante o exposto, será obtido o resultado de que as convenções internacionais ratificadas pelo Estado brasileiro devem prevalecer perante as normas infraconstitucionais, possibilitando a cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade em favor do empregado.

2 ADICIONAL DE INSALUBRIDADE

Os adicionais trabalhistas são acréscimos remuneratórios destinados aos trabalhadores que são expostos a ambientes insalubres, determinados pelo Ministério do Trabalho, que por sua natureza sejam nocivos a sua saúde, podendo ser agentes químicos, físicos ou biológicos que superem os limites fixados em razão da natureza, da intensidade e do tempo de exposição a seus efeitos.

Dessa maneira, a autora Regina Célia Buck trata o adicional de insalubridade como uma maneira de compensação ao empregado que exerce sua profissão em condições prejudiciais a sua saúde, causados por agentes nocivos presentes no meio ambiente de trabalho. Enquanto que o conceito legal, previsto no artigo 189 da CLT.

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 (BRASIL, 1943).

Além disso, no art. 7º, XXIII da Constituição Federal, é assegurado a todos os trabalhadores, sejam urbanos ou rurais, temporários ou não, a percepção deste adicional trabalhista. Ao prestar serviço, em ambiente nocivo à saúde, que extrapole a tolerância estabelecida pelo Ministério do Trabalho, o empregado tem o direito de percepção do

adicional de insalubridade que pode ser de 10%, 20% ou 40%, a qual dependerá do grau de exposição ao agente causador, verificado por perito, médico ou engenheiro do trabalho.

Dessa maneira, para a fixação da porcentagem da incidência do adicional de insalubridade, conforme exposto anteriormente, o Tribunal Superior do Trabalho (TST) elaborou a Súmula de nº 448³, a qual não basta apenas a constatação da insalubridade realizada pelo perito, essa também deve estar prevista no rol de atividades insalubres elaborada pelo Ministério do Trabalho.

Logo, a classificação das atividades insalubres e dos graus de insalubridade estão definida na Norma Reguladora nº 15 do Ministério do Trabalho, sendo mínimo (10%), médio (20%) e máximo (40%). Vale ressaltar que para ser considerada uma atividade insalubre é necessário que o agente causador esteja previsto na NR-15. Está que faz parte da Portaria do MTE de nº 3.214/78, que tem como objetivo regular as atividades insalubres as quais os trabalhadores são expostos durante suas atividades laborais. Em seu anexo 14 está a relação das atividades e dos agentes causadores da insalubridade trabalhista.

Caso haja uma reclassificação ou desclassificação da insalubridade, ato este realizado pelo Ministério do Trabalho, irá causar efeitos na remuneração do trabalhador, mas esta mudança não ferirá o direito adquirido ou a princípio da irredutibilidade. A razão é que a percepção do adicional é devido enquanto perdurar a incidência dos agentes causadores da insalubridade, caso o empregador disponibilize equipamentos e melhore as condições do ambiente de trabalho, ao ponto de cessar ou reduzir ao nível de tolerância que não mais justifique a percepção do adicional. Para isso, é necessária nova perícia no ambiente, e sendo favorável, o empregado deixará de recebê-lo, correspondendo o entendimento do TST, o qual pode ser visto na Súmula 248, “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.” (TST, 2017)

O simples fato de fornecer equipamentos de proteção individual (EPI) aos empregados, por si só, não cessa com o direito de receber o adicional, para isso é necessário que o empregador diminua ou acabe com a nocividade no ambiente de trabalho, ainda deve fiscalizar para garantir que os seus subordinados realmente utilizem os equipamentos.

Assim definiu o Tribunal Superior do Trabalho na Súmula 289 da SDI-1:

³ Súmula 448, SDI-1, TST. ATIVIDADE INSALUBRE. CARACTERIZAÇÃO. PREVISÃO NA NORMA REGULAMENTADORA Nº 15 DA PORTARIA DO MINISTÉRIO DO TRABALHO Nº 3.214/78. INSTALAÇÕES SANITÁRIAS. 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. TST, 2014)

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 (TST, 2003).

Conforme previsão legal, art. 192 da CLT, o adicional de insalubridade é calculado com base no salário mínimo:

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. (CLT,1943)

Devido a vedação do art. 7º, IV, da CF/88⁴, a qual veda a vinculação do salário-mínimo para qualquer fim, o Supremo Tribunal Federal (STF) elaborou a súmula vinculante nº 4⁵, vedando a utilização do salário-mínimo como base de cálculo de vantagem de servidor público e empregado, salvo nos casos permitidos pela própria Constituição. Em razão da súmula vinculante, o TST elaborou a súmula nº 228, na qual definiu a base de cálculo para o adicional, sendo este realizado a partir do salário base do empregado. “A partir de 9 de maio de 2008, data da publicação da Súmula Vinculante nº 4 do Supremo Tribunal Federal, o adicional de insalubridade será calculado sobre o salário básico, salvo critério mais vantajoso fixado em instrumento coletivo” (TST, 2012).

Com a elaboração da súmula 228 do TST, foi ajuizado reclamação constitucional, o STF entendeu que o TST estava ultrapassando os limites do Poder Judiciário e legislando no lugar do Poder Legislativo, ao determinar que o adicional seria calculado a partir do salário base. Sendo assim, o Supremo decidiu pela suspensão da súmula elaborada pelo Tribunal Superior do Trabalho, e no mesmo ato declarou a inconstitucionalidade do cálculo, com base no salário mínimo, mas não decidiu pela sua nulidade até que outra norma seja criada determinando outra base de cálculo para o adicional de insalubridade.

Até que se edite norma legal, continuará sendo aplicado o salário mínimo para cálculo do adicional de insalubridade. O Ministro Ives Gandra M. Filho

⁴ C.F 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;

⁵ Súmula Vinculante 4 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.

ressaltou que a Suprema Corte adotou técnica decisória do Direito Constitucional alemão, como declaração de inconstitucionalidade, sem pronúncia de nulidade, ou seja, a norma alusiva ao cálculo do salário mínimo continua a reger as relações obrigacionais, em face da impossibilidade do Poder Judiciário se substituir ao legislador para definir critério diverso destinado à regulamentação da matéria (TST-RR-872/2005-042-15-00 - Publicação DJ 13.6.08 - Acórdão 7• T. – Relator Ministro Ives Gandra Martins Filho) (BARROS, 2016, p. 516).

Por tanto, o assunto foi abordado de maneira explanativa com o intuito de mostrar as causas de origem para a percepção do adicional, além da sua base de cálculo, a qual incidirá na remuneração do empregado, e assim fazer a distinção com o adicional de periculosidade.

3 ADICIONAL DE PERICULOSIDADE

Enquanto que o adicional de insalubridade indeniza o trabalhador exposto a algum agente prejudicial a sua saúde, o adicional de periculosidade indeniza aquele que presta serviço em áreas que ofereçam risco iminente a sua vida, quando exposto a determinadas situações, como inflamáveis, explosivos, energia elétrica, violência física nos serviços de segurança, com fulcro no art. 193 da CLT⁶.

Além disso, a doutrinadora Vólia Bonfim define como:

O adicional de periculosidade é devido ao empregado que trabalhe diretamente com inflamáveis, explosivos, eletricidade, roubos ou outras espécies de violência física nas atividades profissionais de segurança pessoal e patrimonial (art.193 da CLT c/c OJs nº 324 e 347 da SDI-I do TST) e os trabalhadores com motocicletas (ou mototaxistas ou motociclistas) (CASSAR, 2017, p. 827).

Posteriormente também foi incluída, através da vigência da Lei 12.997/14, no artigo supramencionado, as atividades realizadas em moto, tornando-se o seu parágrafo 4º: “São também consideradas perigosas as atividades de trabalhador em motocicleta” (CLT, 1943)

Nesse sentido Martins (2011) afirma que a percepção do adicional basta apenas o “risco”, capaz de por fim a vida do trabalhador ou de mutilá-lo, não podendo ser esse risco advindo de agente biológico contra o seu organismo.

⁶ 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.(BRASIL,1943).

Desse modo, para que o empregado passe a receber o adicional é necessário que seja feita perícia no ambiente de trabalho, sendo desnecessária que os peritos, médicos ou arquitetos sejam ligados ao Ministério do Trabalho, bastando apenas serem devidamente qualificados⁷. Diferente do adicional de insalubridade, a partir do momento em que o empregador paga, de maneira espontânea, valor indenizatório em razão da periculosidade, não importando o valor, dispensa-se a realização de perícia, já que a constatação do exercício do trabalho em ambiente perigoso será incontroverso.⁸

Assim como o adicional de insalubridade, o adicional de periculosidade possui um rol taxativo e regulado por norma elaborada pelo Ministério do Trabalho. Dado o nome de Norma Reguladora nº 16 (NR-16), esta norma traz em seu texto as causas motivadoras para a percepção do adicional de periculosidade.

Em seus anexos 1 e 2, a NR-16 regula os trabalhos perigosos com explosivos e com os inflamáveis, onde cada ponto traz as condições de percepção, para aqueles que trabalham em contato direto com os elementos além dos funcionários que trabalhem em áreas próximas aos elementos, com raios variando de 3 metros até 1.350 metros.

Estando de acordo com o previsto nos anexos supramencionados, o TST elaborou a Súmula 364⁹ na qual estabelece, em seu inciso I, que para receber pelo adicional de periculosidade não sendo necessário que o trabalhador esteja em contato permanente as condições de perigo, visto que de maneira intermitente já garante ao empregado a percepção da indenização a título de adicional.

A exceção trazida pela jurisprudência para o caso de inflamáveis está na hipótese de abastecimento de avião que os tripulantes decidem permanecer na aeronave, estes não têm a indenização, conforme a Súmula 447 do TST.

⁷ C.F. OJ 165 165. **PERÍCIA. ENGENHEIRO OU MÉDICO. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE. VÁLIDO. ART. 195 DA CLT (inserida em 26.03.1999)** O art. 195 da CLT não faz qualquer distinção entre o médico e o engenheiro para efeito de caracterização e classificação da insalubridade e periculosidade, bastando para a elaboração do laudo seja o profissional devidamente qualificado.

⁸ C.F. **Súmula nº 453 do TST ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. PAGAMENTO ESPONTÂNEO. CARACTERIZAÇÃO DE FATO INCONTROVERSO. DESNECESSÁRIA A PERÍCIA DE QUE TRATA O ART. 195 DA CLT. (conversão da Orientação Jurisprudencial nº 406 da SBDI-1) – 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.

⁹ C.F. **Súmula nº 364 do TST 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)

SÚMULA N. 447 ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. PERMANÊNCIA A BORDO DURANTE O ABASTECIMENTO DA AERONAVE. INDEVIDO. Res. 193/2013, DEJT divulgado em 13, 16 e 17.12.2013 Os tripulantes e demais empregados em serviços auxiliares de transporte aéreo que, no momento do abastecimento da aeronave, permanecem a bordo não têm direito ao adicional de periculosidade a que aludem o art. 193 da CLT e o Anexo 2, item 1, "c", da NR 16 do MTE. (TST, 2013).

Enquanto que o anexo 3, da mesma norma, regula as operações perigosas com a exposição a roubos ou outras espécies de violência física nas atividades de segurança.

Através da OJ 345¹⁰ da SDI-1, o Tribunal Superior do Trabalho entendeu que a exposição do empregado à radiação ionizante ou à substância radioativa enseja a percepção do adicional de periculosidade, fazendo parte da NR-16 como anexo em que lista as operações consideradas perigosas nesse ambiente de trabalho.

Por último, o anexo 4 regulamenta os trabalhos realizados em instalações ou equipamentos elétricos energizados em alta tensão; nos quais se parecem com os que a NR-10 estabelece; em instalações ou equipamentos com baixa tensão no sistema elétrico de consumo (SEC); e em empresas que os funcionários trabalham com sistema elétrico de potência (SEP).

Através da orientação jurisprudencial nº 347, que vale ser destacada, o TST, entendeu que o adicional de periculosidade também é devido aos empregados cabistas, pois estes também estão expostos a sistema elétrico de alta potência.

Por último, o anexo 5, incluso pela Portaria 1.565/2014 do MTE, acresceu que as atividades laborais exercidas com a utilização de motocicletas e motonetas são consideradas perigosas, alterando o art. 193 da CLT com a elaboração do parágrafo 4º.

Vale ressaltar que o iminente risco de vida no ambiente de trabalho não é suscetível de eliminação, os equipamentos individuais de segurança (EPI) em nada solucionam a questão, já que o risco é bastante elevado e inesperável, cabendo apenas a indenização durante o tempo de serviço nesses meios.

O adicional de periculosidade indeniza o trabalhador em 30% (trinta por cento) calculado a partir do seu salário base sem acréscimos de gratificação, prêmios ou participações nos lucros, conforme o §1º do art. 193 da CLT. Ainda, conforme a letra da lei

¹⁰ **345. ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. RADIAÇÃO IONIZANTE OU SUBSTÂNCIA RADIOATIVA. DEVIDO (DJ 22.06.2005)** A 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 vigorou a Portaria nº 496 do Ministério do Trabalho, o empregado faz jus ao adicional de insalubridade.

que prevê o adicional, deve-se descontar ou compensar do adicional outros da mesma natureza já concedidos ao vigilante por meio de acordo coletivo.(art.193, §3º), sendo assim, através da interpretação extensiva pode-se dizer que o dispositivo é utilizado para as demais categorias de trabalho as quais recebam o adicional.

Em consonância as normas elaboradas pelo legislador, o Superior Tribunal do Trabalho criou a Súmula 191, I:

SÚMULA n. 191 ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. INCIDÊNCIA. BASE DE CÁLCULO (cancelada a parte final da antiga redação e inseridos os itens II e III) - Res. 214/2016, DEJT divulgado em 30.11.2016 e 01 e 02.12.2016 I – O adicional de periculosidade incide apenas sobre o salário básico e não sobre este acrescido de outros adicionais (TST, 2016).

Enquanto que na Súmula 132, do mesmo tribunal, ficou definido que os trabalhadores expostos permanentemente aos riscos iminentes de vida, terão o adicional como integrante dos cálculos nas horas extras e de indenização. Ainda na mesma súmula, ficou vedado a percepção do adicional nas situações que o empregado encontra-se sobreaviso, pois estando longe do ambiente de risco, não há motivos para que receba o adicional em sua remuneração apenas pela justificativa que estava a disposição do empregador.

SÚMULA nº 132 do TST 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) (TST, 2005).

4 DA IMPOSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO

Analisando o acórdão dos embargos em recurso revista do processo nº TST-E-RR-10722-70.2013.5.12.0037, é possível trazer os principais pontos utilizados na defesa da impossibilidade da cumulação dos adicionais.

RECURSO DE EMBARGOS. RECURSO DE REVISTA NÃO
CONHECIDO. CUMULAÇÃO DOS ADICIONAIS DE

INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE. IMPOSSIBILIDADE. O art. 193, §2º, da CLT, ao conceder ao empregado a prerrogativa de optar pelo adicional que lhe for mais favorável, afastou a possibilidade de cumulação. Cabe ressaltar que muito antes da promulgação da Constituição Federal de 1988, a qual incluiu os direitos sociais do trabalhador de redução dos riscos inerentes ao trabalho, a CLT já tinha a previsão de pagamento dos adicionais em questão. Não há como se concluir que haja na atual Carta Constitucional qualquer disposição expressa ou tácita acerca da não recepção do art. 193, §2º, da CLT, seja porque ao prever o pagamento dos adicionais, usou a expressão, na forma da lei, sendo, portanto, norma constitucional de eficácia contida, regulamentada, portanto, pela CLT; seja porque utilizou do conectivo ou e não e, donde se depreende que foi utilizada uma conjunção exclusiva e não inclusiva. Registre-se que não se ignora que as Convenções Internacionais sobre direitos humanos tem status de norma supralegal, conforme entendimento do STF. No entanto, da leitura dos arts. 8º, III, da Convenção nº 145 e 11, b, da Convenção nº 155, ambas da OIT, não há como se chegar à conclusão de que há a determinação, previsão ou recomendação de pagamento cumulado dos adicionais em questão. As referidas normas tão-somente preveem que sejam considerados os riscos para a saúde do empregado decorrentes de exposição simultânea a diversas substâncias e agentes. Tratam, pois, da, individualização dos riscos e não de cumulação de adicionais. Neste contexto, tendo em vista o expressamente disposto em lei, não há que se falar em cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade. Recurso de embargos conhecido e não provido.(grifo nosso)

A impossibilidade de cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade ainda é majoritária perante os tribunais do sistema jurídico brasileiro. Através da Lei nº 6.514/77 foi alterado o art. 193 original, para trazer o primeiro conceito das atividades perigosas.

Art.193 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. (Lei 6.514, de 22.12.1997)(CLT, 1943).

Com esta mesma lei foram criados dois parágrafos, sendo um deles o que impossibilita a percepção do adicional de insalubridade e periculosidade juntos, que diz que “O empregado poderá optar pelo adicional de insalubridade que porventura lhe seja devido” (art. 193, §2º, da CLT). Assim, ao conceder a prerrogativa de escolha ao empregado, o legislador afastou a possibilidade de cumulação, nos ambientes de trabalho que são, ao mesmo tempo, perigosos e insalubres.

Devido a Lei 6.514 ter sido promulgada em 1977, é defendido que ela foi recepcionada pela Constituição de 1988, sob a tese de que o art. 7º, XXIII, da CF/88,

“adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei.” (BRASIL, 1988), é norma de eficácia contida, que para produzir seus efeitos é necessária a elaboração de uma norma infraconstitucional, sendo esta, nesse caso a CLT., e consequentemente, entendendo que houve recepção do art. 193, §2º da CLT.

Além disso, sobre o instituto da recepção, o doutrinador Pedro Lenza (2014), de maneira sucinta, o define dizendo que as normas incompatíveis com a nova constituição serão revogadas, por não terem sido recepcionadas, e aquelas que não contrariarem a nova Carta Magna serão recepcionadas, podendo, ainda, serem interpretada de uma nova maneira em harmonia com a nova norma.

Ainda analisando o art. 7º, XXIII, da CF/88, é argumentado que se fosse a vontade do legislador permitir a cumulação dos adicionais, ele teria utilizado o conectivo ‘E’ ao invés do ‘OU’, sendo o inciso XXIII – “adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres e perigosas, na forma da lei”, logo estão utilizando o elemento gramatical e filosófico, analisando apenas a letra da lei.

Em relação as convenções internacionais ratificadas pelo Brasil, após a vigência da Emenda Constitucional de nº 45 de 2004 que acrescentou o §3º¹¹ no art. 5º, LXXVIII, no qual as convenções internacionais que versarem sobre direitos humanos, após aprovados conforme prevê o parágrafo, terão força constitucional.

Enquanto que as convenções ratificadas pelo país antes da emenda possuem força de normas supralegais, mas infraconstitucionais. Assim determinou o STF ao julgar os recursos extraordinários 466.343 e o 349.703, destacando para o voto do Ministro Gilmar Mendes.

Em seu voto, o Ministro Gilmar Mendes, acompanhando o voto do relator, acrescentou os seguintes fundamentos: “[...] parece mais consistente a interpretação que atribui a característica de supralegalidade aos tratados e convenções de direitos humanos. Essa tese pugna pelo argumento de que os tratados sobre direitos humanos seriam infraconstitucionais, porém, diante de seu caráter especial em relação aos demais atos normativos internacionais, também seriam dotados de um atributo de supralegalidade. Em outros termos, os tratados sobre direitos humanos não poderiam afrontar a supremacia da Constituição, mas teriam lugar especial reservado no ordenamento jurídico. Equipara-los a legislação ordinária seria subestimar o seu valor especial no contexto do sistema de proteção dos direitos da pessoa humana” (LENZA, 2014, p. 691).

¹¹ §3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais (BRASIL, 1988).

Ao analisarem as convenções nº 148 (art. 8º, item 3), promulgada pelo Decreto nº 93.413/86 com vigência nacional a partir de 1983, e 155 (art.11, b), promulgada pelo Decreto nº1.254/94, com vigência nacional em 1993, ambas da OIT, que servem de argumento para aqueles que defendem a cumulação dos adicionais, é ressaltado que em nenhuma delas está expresso que o país signatário deve pagar ao empregado de maneira cumulativa os adicionais de insalubridade e periculosidade.

Dessa forma, dispõem os dispositivos das Convenções supramencionados:

Art. 8.3: Os critérios e limites de exposição deverão ser fixados, completados e revisados a intervalos regulares, de conformidade com os novos conhecimentos e dados nacionais e internacionais, e tendo em conta na medida do possível, qualquer aumento dos riscos profissionais resultante da exposição simultânea a vários fatores nocivos no local de trabalho. [...]

Art. 11 – Com a finalidade de tornar efetiva a política referida no artigo 4 da presente Convenção, a autoridade ou as autoridades competentes deverá garantir a realização progressiva das seguintes tarefas:

b) a determinação das operações e processos que serão proibidos, limitados ou sujeitos à autorização ou ao controle da autoridade ou autoridades, assim como a determinação das substâncias e agentes aos quais estará proibida a exposição no trabalho, ou bem limitada ou sujeita à autorização ou ao controle da autoridade ou autoridades competentes deverão ser levados em consideração os riscos para a saúde decorrentes da exposição simultânea a diversas substâncias ou agentes.

Portanto as convenções ratificadas pelo Brasil, são reconhecidas como uma busca de melhores condições de prestações de serviço ao trabalhador, mas diante da ausência de previsão legal expressa permitindo a cumulação dos adicionais em questão e a previsão de que esse deve optar por um deles, fica vedado a possibilidade da percepção dos dois adicionais na remuneração do empregado devido a existência da vedação no §2º do artigo 193 da CLT.

Entretanto, em consonância com o julgado em SDI-1, há diferentes julgados, de diferentes turmas que seguem o mesmo entendimento, prevalecendo o argumento da recepção do §2º do art. 193 da CLT.

[...] ADICIONAIS DE PERICULOSIDADE E DE INSALUBRIDADE. CUMULAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. **Este Tribunal Superior, após interpretação literal do artigo 193, § 2º, da CLT, firmou o entendimento de impossibilidade de cumulação de recebimento dos adicionais de periculosidade e de insalubridade. Ao ser prevista a opção entre um adicional e o outro, depreende-se que às empregadas ficou inviabilizada a percepção de ambos os adicionais simultaneamente. Assim, se as reclamantes recebiam o pagamento do adicional de insalubridade e entende que a percepção do adicional de periculosidade lhe será mais vantajosa, poderá optar por deixar de recebê-lo e passar a receber o**

outro, ou vice-versa. Precedentes desta Corte. Recurso de revista não conhecido. [...]” (ARR - 656-83.2012.5.04.0006 , Relator Ministro: José Roberto Freire Pimenta, Data de Julgamento: 26/08/2015, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 04/09/2015) (grifo nosso).

[...] 2. ADICIONAIS DE PERICULOSIDADE E INSALUBRIDADE. CUMULAÇÃO.[...] **Já o § 2º do último dispositivo consolidado indicado estabelece que "o empregado poderá optar pelo adicional de insalubridade que porventura lhe seja devido". Tem-se, assim, que o legislador, ao possibilitar ao empregado a opção pelo recebimento do adicional porventura devido, por certo, vedou o pagamento cumulado dos dois títulos.** [...]” (AIRR - 1648-04.2011.5.02.0081 , Relator Ministro: Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, Data de Julgamento: 26/08/2015, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 04/09/2015)(grifo nosso).

“RECURSO DE REVISTA. [...] 3. ADICIONAL DE PERICULOSIDADE E INSALUBRIDADE. CUMULAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. NÃO CONHECIMENTO. [...] **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.** Precedentes. Assim, estando a decisão regional em consonância com a atual jurisprudência desta Corte, não há falar em divergência jurisprudencial (artigo 896, § 7º, da CLT e Súmula nº 333). Recurso de revista de que não se conhece.” (RR - 1611-20.2011.5.12.0009 , Relator Ministro: Guilherme Augusto Caputo Bastos, Data de Julgamento: 22/09/2015, 5ª Turma, Data de Publicação: DEJT 02/10/2015)(grifo nosso)

Diante o exposto, pode-se constatar que quase todas as turmas do TST julgam pela impossibilidade da cumulação dos adicionais trabalhistas de insalubridade e periculosidade, sendo a 7ª Turma a exceção diante das outras defendendo a cumulação dos adicionais.

4 POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO

Antes de abordar os argumentos que justificam a possibilidade de cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade, é necessário apresentar a OIT, Organização Internacional do Trabalho. Surgiu em 1919 com o Tratado de Versalles logo após o fim da I Guerra Mundial, possuindo organização tripartite formada pelo representantes dos governos, das organizações dos trabalhadores e das organizações dos empregadores. Tornou-se a responsável pela formulação de aplicação de normas internacionais de trabalho através de convenções ou por recomendações, as quais possuem caráter normativo e informativo, respectivamente, para os Estados integrantes.

E após a II Guerra Mundial, no ano de 1944, foi promulgada a Declaração de Filadélfia, tida como a Carta Magna da OIT, a qual contém em seu preâmbulo os objetivos da organização.

Considerando que existem condições de trabalho que implicam para grande número de indivíduos, mísera e privações, e que o descontentamento que daí decorre põe em perigo a paz e a harmonia se refere, por exemplo, à regulamentação das horas de trabalho, à fixação de uma duração máxima do dia e da semana de trabalho, ao recrutamento da mão-de-obra, à luta contra o desemprego, à garantia de um salário que assegure condições de existência convenientes, à proteção dos trabalhadores contra moléstias graves ou profissionais e os acidentes do trabalho, à proteção das crianças, dos adolescentes e das mulheres, às pensões de velhice e invalidez, à defesa dos interesses dos trabalhadores empregados no estrangeiro, à afirmação do princípio “para igual trabalho, mesmo salário”, à afirmação do princípio da liberdade sindical, à organização do ensino profissional e técnico, e outras medidas análogas; (1944)

Ainda na Declaração da Filadélfia está integrado em seu anexo os princípios fundamentais, os quais são os responsáveis por reger a organização até os dias atuais.

A Conferencia reafirma os princípios fundamentais sobre os quais repousa a Organização, principalmente os seguintes:

- a) o trabalho não é uma mercadoria;
- b) a liberdade de expressão e de associação é uma condição indispensável a um processo ininterrupto;
- c) a penúria, seja onde for, constitui perigo para a prosperidade geral;
- d) a luta contra a carência, em qualquer nação, deve ser conduzida com infatigável energia, e por um esforço internacional contínuo e conjugado, no qual os representantes 20 dos empregadores e dos empregados discutam, em igualdade, com os dos Governos, e tomem com eles decisões de caráter democrático, visando o bem comum.(1944)

Com o decorrer dos anos, a OIT foi ganhando mais força no âmbito mundial, ampliando a quantidade de Estados membros em razão de que os que eram integrantes da ONU passam a fazer parte dela também. Em 1998 com a Declaração dos Direitos e Princípios Fundamentais do Trabalho, a organização deu importante passo para a proteção do empregado, ampliando o seu rol com os princípios da liberdade sindical e o reconhecimento efetivo do direito de negociação coletiva, da eliminação de todas as formas de trabalho forçado ou obrigatório, da abolição efetiva do trabalho infantil e da eliminação da discriminação em matéria de emprego e ocupação (GARCIA, 2017).

E por fim, vale ressaltar, a Declaração Sobre a Justiça Social para uma Globalização Equitativa, é simplificada pelo doutrinador Gustavo Garcia como:

Trata-se de relevante Declaração que leva em consideração o contexto atual da globalização, caracterizado pela difusão de novas tecnologias, circulação das ideias, intercâmbio de bens e serviços, crescimento da movimentação de

capital e de fluxos financeiros, internacionalização do mundo dos negócios e dos seus processos, bem como pelo aumento do diálogo e da circulação de pessoas, especialmente trabalhadoras e trabalhadores, que transforma profundamente o mundo do trabalho.

Outrossim, analisando o mérito, a possibilidade de cumulação dos adicionais começou após o Brasil ratificar convenções da OIT, sendo as principais para o assunto a 148 e a 155. A Convenção 148 da OIT trata sobre a proteção dos trabalhadores contra os riscos profissionais em razão da exposição ao ar contaminado, a ruído e as vibrações no local de trabalho. Enquanto que a Convenção 155 da OIT trata da segurança e saúde dos trabalhadores e o local de trabalho.

As convenções supracitadas possuindo força de tratado-lei contêm em seus textos como os Estados devem agir para regulamentar o que é proposto. Vale destacar na Convenção 148 da OIT, no art. 8º.3, o trecho em que diz:” Os critérios e limites de exposição deverão ser fixados, completados e revisados a intervalos regulares, **de conformidade com os novos conhecimentos e dados nacionais e internacionais[...]**” (1989) (grifo nosso). Ao ratificar a referida convenção, o Brasil concordou que não só levaria em consideração o que já era aplicado em âmbito nacional, mas também o que era no âmbito internacional.

Já na Convenção 155 da OIT, art. 11, b, deve-se analisar a parte: ”[...] **deverão ser levados em consideração os riscos para a saúde decorrentes da exposição simultâneas a diversas substâncias ou agentes;**” (1992) (grifo nosso). Assim entende-se que a recomendação da Organização internacional do Trabalho as exposições diversas e simultâneas substâncias ou agentes, não fazendo exclusões.

Como já fora dito, de maneira sucinta, anteriormente, a Emenda Constitucional nº 45 deu as convenções ratificadas pelo Brasil que versam sobre direitos humanos, a força de norma constitucional, ao ser aprovada por procedimento previsto na Constituição. E para aquelas que foram ratificadas pelo Estado brasileiro antes da emenda, o STF já definiu que elas integram o sistema jurídico brasileiro como normas infraconstitucionais e supralegais.

O impasse para a aplicação das convenções 148 e 155 produzirem seus efeitos é a inexistência de forma expressa que os adicionais devem ser pagos juntos quando os dois existirem no ambiente laboral. Com isso, o art. 193, §2º se sobressai, pois ao fazerem interpretação literal do dispositivo, este também não determina que os adicionais sejam pagos em conjunto, é facultado ao empregador escolher qual dos dois deseja receber em sua remuneração.

Ao analisar a ano que a Lei 6.514/77, a que modificou o texto do art. 193 original e acrescentou o §2º, contata-se que ela foi elaborada durante a vigência da Constituição de

1967, tempos de ditadura militar, no qual a restrição aos direitos individuais e trabalhistas foi rigorosa. Assim não é possível interpretar o §2º, do art. 193 da CLT de forma literal, pois assim voltaremos aos tempos de revolução francesa em que o juiz era tido apenas como a “boca” da lei, ficando vedado a decidir de maneira adversa do texto legal. Logo, não é possível dizer que o §2º do art. 193 da CLT não foi recepcionado, já que a Constituição do 1988 é o oposto da constituição anterior a ela, garantindo uma parte só para tratar os direitos trabalhistas e promovendo a dignidade da pessoa humana.

Assim é necessário que o interprete utilize o princípio da máxima efetividade constitucional ao interpretar as normas. Nas palavras de Barroso.

Efetividade significa realização do Direito, a atuação prática da norma, fazendo prevalecer no mundo dos fatos os valores e interesses por ela tutelados. Simboliza, portanto, a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever-ser normativo e o ser da realização social. O interprete constitucional deve ter compromisso com a efetividade da Constituição: entre interpretações alternativas e plausíveis, deverá prestigiar aquela que permita atuação da vontade constitucional, evitando, no limite do possível, soluções que se refugiem no argumento da não autoaplicabilidade de norma ou na ocorrência de omissão do legislador (CANOTILHO, 2014, ano GOMES, et all. Comentários à constituição do Brasil. São Paulo, Saraiva, 2014. P249)

Como o Supremo não decidiu pela não receptividade do §2º do art. 193 da CLT, é defeso que a método interpretativo seja utilizado o científico-espiritual, que trata a interpretação da constituição de maneira dinâmica, como preceitua o doutrinador Pedro Lenza (2014).

A análise da norma constitucional não se fixa na literalidade da norma, mas parte da realidade social e dos valores subjacentes do texto da Constituição. Assim, a Constituição deve ser interpretada como algo dinâmico e que se renova constantemente, no compasso das modificações da vida em sociedade.

Ao analisar o art. 7º, XXII e o XXIII, da CF/88, ambos devem ser analisados de maneira extensiva combinando com as convenções ratificadas pelo Brasil, como o doutrinador Mauricio Godinho Delgado defende em seu livro.

O adicional de insalubridade e o adicional de periculosidade são **parcelas sumamente diferentes**, que não se compensam, nem se substituem, não podendo ser deduzidas. **Desse modo, por força do texto normativo do art. 7º XXII e XXIII da CF, combinado com o art.11-b, da Convenção 155**

da OIT, o sentido do art. 193, §2º da CLT, tem de ser reinterpretado para permitir a acumulação das parcelas diferentes, porém não a duplicidade de pagamento da mesma verba pela ocorrência de duplo fator agressivo. Ou seja, não se pagam, é óbvio, dois adicionais de insalubridade em vista da existência de dois agentes insalubres, pois a verba é a mesma; porém pagam-se as duas verbas distintas (insalubridade e periculosidade), caso existam seus fatores específicos de incidência. (GODINHO, 2009, 654)(grifo nosso).

Consequentemente ao defenderem a tese da possibilidade de cumulação dos adicionais trabalhistas em questão, vale ressaltar a natureza dos adicionais que são distintos, pois um trata da saúde e o outro trata do risco iminente de vida; a base de cálculo diferentes enquanto um incide sobre o salário mínimo o outro incide sobre o salário base; e a porcentagens são distintas enquanto um há diferentes graus, a depender do nível de exposição o outro é fixo. Logo devem ser pagos ao trabalhador a título indenizatório sem a incidência de bis in idem.

Por fim, a jurisprudência minoritária que aplica a cumulação do adicional e tentam fazer com que haja mudança no entendimento jurisprudencial, para que os dois adicionais sejam pagos juntos ao empregado quando houver exposição do empregado a ambientes de trabalho insalubres e grande risco de vida ao mesmo tempo.

Assim decidiu a 7ª Turma do TST, a única turma do Tribunal Superior do Trabalho a julgar a favor da cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade.

RECURSO DE REVISTA DA RECLAMADA - CUMULAÇÃO DO ADICIONAL DE INSALUBRIDADE E DO ADICIONAL DE PERICULOSIDADE - 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 julgadora 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. No caso, a Corte a quo manteve a sentença que deferira o pedido de pagamento do adicional de insalubridade em grau máximo decorrente do contato com álcalis cáusticos e hidrocarbonetos e de pagamento do adicional de periculosidade em face da exposição do obreiro à fonte radioativa. 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, afigurando-se acertado o entendimento adotado pela Corte a quo que manteve a condenação ao pagamento cumulado dos adicionais de insalubridade e de periculosidade. Recurso de revista não conhecido. (TST - RR: 7761220115040411, Relator: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, Data de Julgamento: 20/05/2015, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 22/05/2015)

RECURSO DE REVISTA EM FACE DE DECISÃO PUBLICADA ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. CUMULAÇÃO DOS ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE. POSSIBILIDADE. PREVALÊNCIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS E SUPRALEGAIS SOBRE A CLT. JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA DO STF QUANTO AO EFEITO PARALISANTE DAS NORMAS INTERNAS EM DESCOMPASSO COM OS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS. INCOMPATIBILIDADE MATERIAL. CONVENÇÕES NOS 148 E 155 DA OIT. NORMAS DE DIREITO SOCIAL. CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE. NOVA FORMA DE VERIFICAÇÃO DE COMPATIBILIDADE DAS NORMAS INTEGRANTES DO ORDENAMENTO JURÍDICO. **A previsão contida no artigo 193, § 2º, da CLT não foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988, que, em seu artigo 7º, XXIII, garantiu de forma plena o direito ao recebimento dos adicionais de penosidade, insalubridade e periculosidade, sem qualquer ressalva no que tange à cumulação, ainda que tenha remetido sua regulação à lei ordinária.** A possibilidade da aludida cumulação se justifica em virtude de os fatos geradores dos direitos serem diversos. Não se há de falar em bis in idem. No caso da insalubridade, o bem tutelado é a saúde do obreiro, haja vista as condições nocivas presentes no meio ambiente de trabalho; já a periculosidade traduz situação de perigo iminente que, uma vez ocorrida, pode ceifar a vida do trabalhador, sendo este o bem a que se visa proteger. A regulamentação complementar prevista no citado preceito da Lei Maior deve se pautar pelos princípios e valores insculpidos no texto constitucional, como forma de alcançar, efetivamente, a finalidade da norma. **Outro fator que sustenta a inaplicabilidade do preceito celetista é a introdução no sistema jurídico interno das Convenções Internacionais nos 148 e 155, com status de norma materialmente constitucional ou, pelo menos, supralegal, como decidido pelo STF. A primeira consagra a necessidade de atualização constante da legislação sobre as condições nocivas de trabalho e a segunda determina que sejam levados em conta os "riscos para a saúde decorrentes da exposição simultânea a diversas substâncias ou agentes".** Nesse contexto, não há mais espaço para a aplicação do artigo 193, § 2º, da CLT. Recurso de revista de que se conhece e a que se nega provimento. (TST - RR: 18718720135120022, Relator: Cláudio Mascarenhas Brandão, Data de Julgamento: 12/08/2015, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 14/08/2015)

A doutrinadora Vólia Bonfim (2014), é a favor da cumulação, e veementemente contra quando as decisões são baseadas na Portaria 3.393/87, item 15.3 da NR-15 que expressamente veda a possibilidade de cumulação, “15.3 No caso de incidência de mais de um fator de insalubridade será apenas considerado o de grau mais elevado, para efeito de

acréscimo salarial, sendo vedada a percepção cumulativa” (2014), já que uma portaria não pode impor obstáculo que a lei não impôs.

Trazendo a discussão, as convenções internacionais ratificadas pelo Brasil com matéria de direitos humanos são tidas como matérias constitucionais, normas supralegais. Assim defende o doutrinador Valério Mazzuoli, os tratados e convenções internacionais que versem sobre direitos humanos e que tenham ingressado no ordenamento jurídico brasileiro antes da Emenda Constitucional nº 45/04 e, por essa razão, sem quórum qualificado exigido (art.5,§3º), possuem status de norma supralegal (MAZZUOLI, 2009, p.172).

4.1 CORROBORANDO COM O ENTENDIMENTO DA 7ª TURMA DO TST

Verifica-se que os agentes causadores e os cálculos dos adicionais de insalubridade e periculosidade são distintos. Sendo o adicional de insalubridade o trabalho realizado em ambientes que prejudiquem a saúde do empregado, seja por ruídos, calor, agentes biológicos, poeira mineral, e o cálculo é realizado com base no nível de exposição verificado no ambiente, podendo ser alto (40%), médio (20%) e baixo (10%), a ser calculado sobre o salário mínimo vigente. Enquanto que o adicional de periculosidade é percebido quando se verifica o risco iminente de vida em atividades ou operações, como na manipulação de inflamáveis, contato com energia elétrica de alta tensão, explosivos, segurança, com porcentagem única 30% calculado sobre o salário base da categoria.

Infelizmente, não é possível acabar com o risco eminente de vida através do uso de EPI (Equipamento de Proteção Individual), pois o risco está ligado totalmente a atividade desenvolvida. Contudo, a insalubridade do ambiente de trabalho por ser sanada com o uso de EPI ou com melhorias no local, podendo reduzir ou sanar o agente prejudicial a saúde do empregado e assim fazer com que não haja mais motivos para a percepção do adicional de insalubridade, sem prejudicar o princípio do direito adquirido.

Outrossim, sendo imposto ao proletariado escolher qual dos dois adicionais ele deseja receber a indenização, acaba tornando-se mais cômodo e barato para os empresários, que ao invés de indenizarem pelos dois adicionais, ele só pagará a indenização de um. A imposição de pagar pelos dois adicionais, serviria como uma conduta coercitiva indireta, a qual estimularia o empregado a acabar ou diminuir a incidência do adicional de insalubridade, melhorando o ambiente e a proteção ao empregado, e consequentemente deixaria de pagar pelo adicional, já que o empregado teria sua saúde preservada.

Ao analisar a Constituição Federal, percebeu-se que o art. 7º, XXIII, não estabelece nenhuma restrição a possibilidade de cumulação dos adicionais, enquanto isso no art. 193, §2º da CLT é imposto que o empregado deve optar qual adiciona ele deseja receber, mesmo havendo agentes e/ou circunstâncias que justifiquem a percepção dos dois, fazendo assim entender que o dispositivo da CLT não foi recepcionado pela Constituição de 1988 que visa a proteção ao princípio da dignidade da pessoa humana e do trabalhador.

Como também os métodos interpretativos utilizados pelos tribunais/turmas que julgam pela improcedência da cumulação, os quais estão em desacordo com a Carta Magna. Visto que ao defenderem a tese de que nas convenções ratificadas não há nenhum dispositivo expresso dizendo que os adicionais de insalubridade e periculosidade devem ser pagos juntos, e, em contrapartida, o nosso ordenamento jurídico já possui dispositivo que determina expressamente que o trabalhador deve escolher entre eles.

Para alcançar esse entendimento está sendo utilizado o método interpretativo literal, o qual defende que a norma deve ser aplicada conforme escrita, não cabendo ao intérprete fazer qualquer associação com o mundo extrajurídico. Sendo que este método aliado ao princípio da máxima efetividade da constituição são incompatíveis, considerando que a Constituição de 1988 buscou em seu texto a garantia dos direitos humanos, onde o direito protetor do empregado se encontra, devendo fazer uso do método científico que analisa não só a norma, mas também a sociedade com o intuito de se alcançar a melhor decisão à luz dos princípios constitucionais.

Por último, foi abordado as convenções internacionais da OIT ratificadas pelo Estado brasileiro, em especial a 148 e a 155 que preveem maiores proteções ao empregado, regulando melhorias ao ambiente de trabalho quando o empregado sofre prejuízos por mais de um agente ou circunstância. Após a Emenda Constitucional nº 45, as convenções internacionais que tratam sobre direitos humanos adquiriram força de norma infraconstitucional e supralegal, sendo superiores a CLT, conseqüentemente.

Logo, em um caso de antinomia jurídica, quando duas normas entram em conflito, há alguns critérios para solucioná-lo, sendo a cronologia, a hierarquia e a especialidade. Analisando a hierarquia entre as normas discutidas ao longo do trabalho, após a Emenda Constitucional nº 45, prevalece as convenções internacionais da OIT ratificadas pelo Brasil, em razão de sua classificação ser de supralegal, culminando na possibilidade de cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade em favor do empregado.

5 - CONCLUSÃO

Com este artigo, buscou-se explicar os principais argumentos que sustentam a impossibilidade e a possibilidade de cumulação dos adicionais de insalubridade e de periculosidade através de entendimentos doutrinários e jurisprudenciais.

Após o estudo, chegou-se a conclusão de que os adicionais de insalubridade e de periculosidade devem ser cumulados para integrar a remuneração do empregado quando estes incidirem ao mesmo tempo e por agentes diferentes.

Como exposto inicialmente, foi explanado as causas que justificam a percepção do adicional de insalubridade analisando a letra de lei, a jurisprudência e da Norma Reguladora nº 15 elaborada pelo Ministério do Trabalho. Em seus anexos, a NR-15 trata os agentes causadores do ambiente insalubre e os índices de gravidade dos adicionais que serve para os peritos do Ministério do Trabalho fazerem a perícia e definirem o nível a que o empregado está exposto. Com isso a porcentagem do adicional será definido, podendo ser 10% (dez por cento) quando o nível for baixo, 20% (vinte por cento) quando for médio e 40% (quarenta por cento) quando for alto, a qual será calculada sobre o salário mínimo, conforme decisão em sede de liminar de reclamação ajuizada perante o STF.¹²

Seguindo para o estudo do adicional de periculosidade, realizada análise legal e jurisprudencial e da Norma Reguladora nº 16 do Ministério do Trabalho, sendo as atividades ou operações que exponham o empregado ao risco iminente de vida. Diferente da insalubridade que pode ser sanada ou reduzida ao nível de tolerância aceitável pelo MTE fazendo com que o pagamento não seja mais devido. Pelas atividades ameaçarem a vida do empregado, não existe níveis de maior ou menor risco, sendo a indenização no valor de 30% (trinta por cento), calculado sobre o valor do salário básico da categoria.

Passando a analisar os julgados que decidiram pela impossibilidade da cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade, foi realizada análise dos votos em alguns acórdãos do Tribunal Superior do Trabalho, nos quais defendem que: o §2º do art.193 foi recepcionado pela Constituição de 1988; e os tratados internacionais ratificados pela Estado brasileiro, não contêm em seu texto, de maneira expressa, que os adicionais devem incidir de maneira conjunta na remuneração do empregado.

Outrossim, ao analisar os julgados que decidiram pela possibilidade da cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade, foi analisado os votos dos acórdãos

¹² Acontece que a Confederação Nacional da Indústria ajuizou, em 17.7.2008, reclamação perante o STF, sustentando que a nova redação da Súmula n.228 do TST, ao fixar o salário com base de cálculo do adicional de insalubridade, conflitava com a Súmula Vinculante nº 4 daquela Corte. O pedido liminar formulado foi acolhido pelo Presidente do STF, em 15.7.2008, tendo sido determinado, por despacho, a suspensão da Súmula n.228 do TST.(BARROS, 2016, p.516).

proferidos pela 7ª Turma do Tribunal Superior, a qual defende veementemente a possibilidade de cumulação, com base: na não recepção do §2º do art. 193 da CLT pela Constituição de 1988; e na hierarquia das convenções internacionais que tratam sobre direitos humanos, após a Emenda Constitucional nº45 que deu a elas força Supralegal.

Portanto, conclui-se pela possibilidade de cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade, em acordo com os julgados da 7ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho, destacando que o §2º do art.193 não foi recepcionado pela Constituição Federal vigente, pois esta busca a defesa do princípio da dignidade da pessoa humana e a proteção do empregado, separando um capítulo só para o assunto. Ressaltando, ainda, o princípio da máxima vigência da constituição, que possui a constituição como parâmetro interpretativo.

Além disso, há a possibilidade de eliminação da insalubridade no ambientes de trabalho, através de melhorias no local e o fornecimento de equipamentos de proteção individual (EPI), fazendo assim, com que o adicional sirva como uma maneira de coesão indireta, para que o empregador promova melhorias no ambiente de trabalho, consequentemente melhorando a qualidade de vida do empregado. Ratificando, ainda mais, a possibilidade da cumulação dos adicionais trabalhistas de insalubridade e periculosidade.

A distinção da incidência dos institutos, a insalubridade com agentes causadores prejudiciais a saúde do empregado, presentes no ambiente de trabalho, calculada sobre o salário mínimo; e a periculosidade presente nas atividades e operações de risco iminente a vida do empregado, calculado sobre o salário base da categoria do trabalhador. Assim ratificando a cumulação dos adicionais trabalhistas objetos desse trabalho.

Por fim, em respeito máximo aos direitos humanos, aos princípios da dignidade da pessoa humana, da efetividade máxima da constituição, do principio in dubio pro operário, a possibilidade de cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade, devem ser acolhidos em favor do empregado, este que expõe sua saúde e sua vida ao mínimo de dignidade.

REFERÊNCIAS

BARROS, Alice. **Direito do Trabalho**. 10. ed. São Paulo: LTR, 2016. 904 p.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 23 nov. 2017.

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: 23 nov. 2017.

BRASIL. Ministério do Trabalho. **Norma Regulamentadora nº 15**: atividades e Operações Insalubres. Disponível em: <<http://trabalho.gov.br/seguranca-e-saude-no-trabalho/normatizacao/normas-regulamentadoras/norma-regulamentadora-n-15-atividades-e-operacoes-insalubres>>. Acesso em: 23 nov. 2017.

BRASIL. Ministério do Trabalho. **Norma Regulamentadora nº 16**. Disponível em: <<http://trabalho.gov.br/images/Documentos/SST/NR/NR16.pdf>>. Acesso em: 23 nov. 2017.

BUCK, Regina Célia. **Cumulatividade dos adicionais de insalubridade e periculosidade**. 2. ed. São Paulo: LTR, 2015.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 9. ed. Rio de Janeiro: Editora Método, 2014. 1333 p.

CONSTITUIÇÃO DA OIT E TRATADO DA FILADÉLFIA. 1944. Disponível em: <http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/decent_work/doc/constituicao_oit_538.pdf>. Acessado em: 23 nov. 2017.

CONVENÇÕES DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). Convenção n. 155: segurança e saúde dos trabalhadores e o meio ambiente de trabalho. **DOU 30/09/1994**. Disponível em: <http://www.trtsp.jus.br/geral/tribunal2/LEGIS/CLT/OIT/OIT_155.html>. Acesso em: 23 nov. 2017.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 16. ed. São Paulo: LTR, 2017. 1691 p.

GARCIA, Gustavo Felipe Barbosa. **Curso de Direito do Trabalho**. 11. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2017.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. 1452 p.

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

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO (TST). Súmula nº 447 do TST Súmula Nº 447 adicional de periculosidade. Permanência a bordo durante o abastecimento da aeronave. INDEVIDO. Res. 193/2013, **DEJT divulgado** em 13, 16 e 17.12.2013. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_401_450.html#SUM-447>. Acesso em: 23/11/2017.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO (TST) Súmula nº 132 do TST 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**. Acesso em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_101_150.html#SUM-132>. Acesso em: 23 nov. 2017.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO (TST). 165. **PERÍCIA. ENGENHEIRO OU MÉDICO. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE. VÁLIDO. ART. 195 DA CLT (inserida em 26.03.1999).** Disponível em:

<http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/OJ_SDI_1/n_s1_161.htm#TEMA165>. Acesso em: 23 nov. 2017.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO (TST). 345. Adicional de periculosidade. Radiação ionizante ou substância radioativa. Devido. **DJ 22.06.2005.** Disponível em:

<http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/OJ_SDI_1/n_s1_341.htm#TEMA345>. Acesso em 23 nov. 2017.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO (TST). 347. adicional de PERICULOSIDADE. sistema elétrico de potência. Lei n.º 7.369, de 20.09.1985; regulamentada pelo decreto Nº 93.412, DE 14.10.1986. EXTENSÃO DO DIREITO AOS CABISTAS, INSTALADORES E reparadores de linhas e aparelhos em empresa de telefonia. **Dj 25.04.2007.** disponível em:< http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/OJ_SDI_1/n_s1_341.htm#TEMA345>. Acesso em 23/11/2017.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO (TST). **Embargo em recurso de revista: E-RR 107227020135120037** . recurso de embargos. recurso de revista não conhecido. cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade. impossibilidade. Disponível em:

<<https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/348451150/embargo-em-recurso-de-revista-e-rr-107227020135120037/inteiro-teor-348451157>>. Acesso em: 23 nov. 2017.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO (TST). **RR 18718720135120022, recurso de revista em face de decisão publicada antes da vigência da lei nº 13.015/2014:** cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade. possibilidade. prevalência das normas constitucionais e supraleais 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. Disponível em:

<<https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/219769434/recurso-de-revista-rr-18718720135120022>>. Acesso em: 23 nov. 2017.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO (TST). **RR 7761220115040411, Recurso de Revista da reclamada:** cumulação do adicional de insalubridade e do adicional de periculosidade - possibilidade - prevalência das normas constitucionais e supraleais sobre a CLT - jurisprudência do STF - observância das convenções n. s 148 E 155 DA OIT.

Disponível: <<https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/190543608/recurso-de-revista-rr-7761220115040411/inteiro-teor-190543647>>. Acesso em: 23 nov. 2017.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO (TST). Súmula nº 191 Adicional de periculosidade. Incidência. Base de cálculo (cancelada a parte final da antiga redação e inseridos os itens II e III) - Res. 214/2016, **DEJT** divulgado em 30.11.2016 e 01 e 02.12.2016. Disponível em:

<http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_151_200.html#SUM-191>. Acesso em: 23 nov. 2017.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO (TST). Súmula nº 289 do TST insalubridade. Adicional. Fornecimento do aparelho de proteção. Efeito (mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_251_300.html#SUM-289>. Acesso em: 23 nov. 2017.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO (TST). Súmula nº 364 do TST adicional de periculosidade. Exposição eventual, permanente e intermitente (inserido o item II) - Res. 209/2016, **DEJT** divulgado em 01, 02 e 03.06.2016. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_351_400.html#SUM-364>. Acesso em: 23 nov. 2017.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO (TST). Súmula nº 453 do TST adicional de periculosidade. pagamento espontâneo. caracterização de fato incontroverso. desnecessária a perícia de que trata o art. 195 DA CLT. (conversão da Orientação Jurisprudencial nº 406 da SBDI-1) – Res. 194/2014, **DEJT**, divulgado em 21, 22 e 23.05.2014. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_451_600.html#SUM-453>. Acesso em: 23 nov. 2017.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). Súmula Vinculante 4. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1195>>. Acesso em: 23 nov. 2017