

**XXV CONGRESSO DO CONPEDI -
CURITIBA**

**DIREITO DO TRABALHO E MEIO AMBIENTE DO
TRABALHO III**

MARIA AUREA BARONI CECATO

NORMA SUELI PADILHA

OTON DE ALBUQUERQUE VASCONCELOS FILHO

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598

Direito do trabalho e meio ambiente do trabalho III [Recurso eletrônico on-line] organização
CONPEDI/UNICURITIBA;

Coordenadores: Maria Aurea Baroni Cecato, Norma Sueli Padilha, Oton De Albuquerque Vasconcelos Filho –
Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-310-8

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado
Democrático de Direito.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Direito do Trabalho. 3. Meio Ambiente
do Trabalho. I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34



XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA
DIREITO DO TRABALHO E MEIO AMBIENTE DO TRABALHO III

Apresentação

Os artigos ora apresentados foram selecionados para apresentação no Grupo de Trabalho Direito do Trabalho e Meio Ambiente do Trabalho III, do XXV Congresso do CONPEDI – Curitiba, e representam pesquisas realizadas pelos autores por meio de três eixos temáticos, a saber: Vulnerabilidade do trabalhador e tutela laboral; Meio ambiente do trabalho; Direito coletivo do trabalho.

Os artigos classificados no eixo 2, designado “Vulnerabilidade do trabalhador e tutela laboral”, têm em comum o fato de serem resultado de pesquisas em que os autores se debruçaram sobre a particular fragilidade do trabalhador em sua relação com o tomador de serviços.

Cabe registrar que as normas que regulamentam as relações laborais, notadamente as atinentes ao trabalho realizado por conta de outrem, (também nominado trabalho subordinado) se destinam – desde o início de seu estabelecimento – a proteger o sujeito nitidamente frágil da relação que se constrói no âmbito do contrato de trabalho. Torna-se evidente, dessa forma, que o direito do trabalho se ergue, em boa parte, no fito de elevar as garantias do trabalhador e reduzir o poder do empregador, objetivando amainar a desigualdade intrínseca aos laços que se fazem entre capital e trabalho na movimentação da economia.

Advinda da compreensão da necessidade de combater o quadro das sérias conseqüências sociais da aludida desigualdade, a tutela laboral cuida, desde meados do Século XIX, de harmonizar o referido liame entre o trabalhador e o dono dos meios de produção que o contrata, malgrado as severas adversidades de ordem política e ideológica enfrentadas.

Esse quadro de conquistas garante, antes de tudo, a estabilidade do capitalismo, mas também tem demonstrando poder assegurar a dignidade do trabalhador, criando um conjunto de condições que correspondem a um patamar de civilização considerável e que, no Brasil, é consonante com os preceitos constitucionais de 1988.

Além da condição de evidente vulnerabilidade (na qual cabem raras exceções), o trabalho por conta de outrem se presta a criar outras situações em que a fragilidade do trabalhador é recrudescida. É sobretudo nesse contexto que se encontram as abordagens dos artigos que,

em seu conjunto, versam sobre: a situação da pessoa com deficiência; o trabalho análogo ao escravo; o assédio moral e as discriminações; a degradação do trabalho pela terceirização; o dano existencial causado pelas relações laborais; a dificuldade do exercício da cidadania pelo trabalhador, dentre outros.

Os artigos que fazem parte da temática encontram-se, abaixo, arrolados:

- RESERVA DE MERCADO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA – UMA ANÁLISE PRINCÍPIOLÓGICA
- A INSERÇÃO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA NO ÂMBITO LABORAL COMO CONTRIBUTO AO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL
- TERCEIRIZAÇÃO: UMA ANÁLISE SOB A ÓPTICA DO PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO DO RETROCESSO
- DA INEFICIÊNCIA DO COMBATE AO TRABALHO ESCRAVO NO BRASIL
- DESAFIOS PARA A REGULAÇÃO: TRABALHO AUTÔNOMO E O DIREITO DO TRABALHO
- DISCRIMINAÇÃO ESTÉTICA FEMININA COMO FATOR DE ASSÉDIO MORAL NO MEIO AMBIENTE DE TRABALHO
- A DISCRIMINAÇÃO NA RELAÇÃO PRÉ-CONTRATUAL DE TRABALHO SOFRIDAS PELOS EGRESSOS DO SISTEMA PRISIONAL E SEUS REFLEXOS NO DIREITO CONSTITUCIONAL
- TRABALHO E EMANCIPAÇÃO SOCIAL: COMPREENSÃO SOLIDÁRIA DA CIDADANIA NO CONTEXTO DO DESENVOLVIMENTO
- A RESPONSABILIDADE TRABALHISTA DO ESTADO COMO TOMADOR DE SERVIÇOS NA TERCEIRIZAÇÃO
- A FORMAÇÃO DO INTELLECTO COMO DIREITO DA PERSONALIDADE GOVERNANÇA POR NÚMEROS E O DANO EXISTENCIAL ORIUNDO DAS RELAÇÕES DE TRABALHO.

O segundo eixo temático do GT, refere-se ao tema do meio ambiente do trabalho que perpassa uma área de conjugação entre o direito do trabalho e o direito ambiental, e suscita um amplo e profícuo espaço de pesquisa ainda a ser aprofundada, pois é uma nova seara de proteção ao ser humano trabalhador e um novo objeto de proteção jurídica que alcança a sua segurança, saúde e qualidade de vida, protegendo-o contra todas as formas de degradação e /ou poluição geradas no ambiente de trabalho.

Referido expressamente pela Carta Constitucional de 1988 é tema de profunda importância e atualidade e sua adequada proteção exige novos mecanismos de tutela jurídica, mais abrangentes e complexos, em busca de uma concreta efetividade deste direito fundamental do ser humano trabalhador, razão pela qual a pesquisa e o debate sobre o tema, propiciada por este profícuo espaço conquistado no CONPEDI, em muito contribui para o necessário fortalecimento da doutrina do Direito Ambiental do Trabalho.

Os artigos ora apresentados pelos autores nesta seara perpassam temas novos e instigantes, aptos a suscitar o aprofundamento da pesquisa e aclarar os diversos desafios impostos a busca da qualidade e do equilíbrio do meio ambiente do trabalho, e abordam desde a responsabilidade de implementação pelo Poder Judiciário, a Justiça Ambiental, a função social da empresa, a responsabilidade civil objetiva, e a busca pela sustentabilidade. E neste sentido apresentam-se os seguintes artigos:

- RESPONSABILIDADE DO PODER JUDICIÁRIO PELA PRESERVAÇÃO DO MEIO AMBIENTE DO TRABALHO E SUSTENTABILIDADE SOCIOAMBIENTAL

- A JUSTIÇA AMBIENTAL E O MEIO AMBIENTE DE TRABALHO EQUILIBRADO

- O MEIO AMBIENTE DO TRABALHO NA ORDEM ECONÔMICA BRASILEIRA: FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA E A PREPONDERÂNCIA DO VALOR SOCIAL DO TRABALHO

- A RESPONSABILIDADE CIVIL DAS MINERADORAS CONCERNENTE AO MEIO AMBIENTE DO TRABALHO

- CONSTRUÇÃO SUSTENTÁVEL E MEIO AMBIENTE DO TRABALHO

O terceiro grupo temático de artigos apresentados teve seu eixo de discussão vinculado ao Direito Coletivo do Trabalho.

Essa vertente do Direito do Trabalho tem sua pauta na principiologia do Direito Coletivo, no sindicato e no sindicalismo, na negociação coletiva e nas lutas coletivas. Na experiência brasileira e no contexto dos princípios, tem sido efetivado um debate sobre a sustentabilidade do princípio da equivalência entre os interlocutores sociais no processo negocial coletivo e o da adequação setorial negociada, considerando as recentes decisões flexibilizadoras, em matéria trabalhista, proferidas pelo STF. Apesar de toda essa polêmica, observa-se que ainda que a igualdade substancial estivesse assegurada, assim como a garantia dos próprios direitos trabalhistas; a principiologia advinda da teoria clássica do Direito do Trabalho, em sua perspectiva individual e coletiva, não contempla a maioria dos trabalhadores porque segundo dados do IBGE, apenas 40% da população economicamente ativa encontra-se em relação jurídica vinculada por um elo de subordinação. Senso assim, como acertadamente propõe o Prof. Dr. Everaldo Gaspar Lopes de Andrade, se faz necessário um amplo debate para se discutir a necessidade de ampliação do próprio objeto do Direito do Trabalho, para que esse subsistema jurídico possa atender a todos, ou seja, trabalhadores com carteira assinada, informais, desempregados, desempregáveis e aqueles que desejam viver a partir do trabalho livre.

No âmbito da discussão sobre o sindicato e o sindicalismo, esse órgão que tem na sua gênese a busca pela defesa e direitos dos trabalhadores, tem ele se mostrado ineficiente e necessita de uma reestruturação. O sindicato tem vivenciado crises, pois sua estrutura não se modernizou para acompanhar os efeitos decorrentes das metamorfoses ocorridas no mundo do trabalho.

Sendo esse ator essencial no processo de negociação coletiva, no processo de dissídio coletivo, na efetividade da lutas coletivas, e sobretudo na viabilização do processo emancipatório da classe trabalhadora, faz-se necessário que o sindicato seja reestruturado, em níveis locais, regionais e supra-nacionais, para atender os anseios da sociedade pós-industrial em um mundo globalizado.

Artigos neste Grupo de Trabalho:

- NEGOCIAÇÕES COLETIVAS: LIMITES OBJETIVOS IMPOSTOS PELO TST E OS PARÂMETROS DE INTERPRETAÇÃO FIXADOS PELO STF NO RE Nº 895.759
- NEGOCIADO VERSUS LEGISLADO: O PAPEL DOS ATORES SOCIAIS CONTRA A HEGEMONIA DO CAPITAL FINANCEIRO E A (IN) SUSTENTABILIDADE DA RELAÇÃO DE IGUALDADE NO PROCESSO NEGOCIAL COLETIVO

- POSIÇÃO DO TST E DOS TRIBUNAIS REGIONAIS DO TRABALHO SOBRE CUMULAÇÃO DOS ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE

- A RESPONSABILIDADE DOS SINDICATOS NA ELABORAÇÃO DE INSTRUMENTOS NEGOCIAIS COLETIVOS EM RELAÇÃO AO BANCO DE HORAS.

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - UNIPÊ

Profa. Dra. Norma Sueli Padilha - UNISANTOS e UFMS

Prof. Dr. Oton De Albuquerque Vasconcelos Filho - UPE

A POSIÇÃO DO TST E DOS TRIBUNAIS REGIONAIS DO TRABALHO SOBRE CUMULAÇÃO DOS ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE

THE TST AND THE REGIONAL COURTS OF EMPLOYEES POSITION ON CUMULATION OF INSALUBRITY AND HAZARD ADDITIONALS

**Henrico César Tamiozzo
Fábio César Martins**

Resumo

Este artigo analisa a evolução jurisprudencial da cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade nos Tribunais Regionais do Trabalho (TRTs) e no Tribunal Superior do Trabalho (TST). Apresenta conceitos de adicional de insalubridade, periculosidade, suas normativas e os resultados obtidos após análise de acórdãos dos TRTs entre 1997 e 2016 e do TST, entre 1999 e 2016, com ênfase para o acórdão do TST de 2014 que deu provimento à cumulação dos adicionais. Baseado no estudo sistêmico comparativo produzido, elenca os principais fundamentos dos Tribunais Superiores para conceder ou não a percepção do acúmulo dos adicionais.

Palavras-chave: Insalubridade, Periculosidade, Cumulação, Jurisprudência

Abstract/Resumen/Résumé

This article analyzes the jurisprudential evolution of additional accumulation of health and risk premiums in the Regional Labor Courts (TRTs) and the Superior Labor Court (TST). Presents additional concepts unsanitary, hazardous, its policy and the results obtained after analysis of judgments of TRTs between 1997 and 2016 and TST, between 1999 and 2016, with emphasis on the 2014 TST judgment that upheld the additional of cumulation. Based on comparative systemic study produced lists the main foundations of the Superior Courts to grant or not the perception of the additional buildup.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Insalubrity, Hazardous, Cumulation, Jurisprudence

1 INTRODUÇÃO

Os adicionais de insalubridade e periculosidade possuem fatos geradores distintos: a insalubridade afeta a saúde enquanto a periculosidade põe em risco a integridade física do obreiro. A interpretação dos §§ 1º e 2º, do Art. 193, da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), demonstra que a legislação brasileira não permite a cumulação desses adicionais mesmo na eventualidade da exposição simultânea a um ambiente insalubre e perigoso, concluindo que poderá optar pelo adicional que lhe seja economicamente mais vantajoso.

Considerando a disposição legal mencionada, o objetivo geral deste artigo é analisar a posição dos Tribunais Regionais do Trabalho (TRTs) e no Tribunal Superior do Trabalho (TST) acerca da cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade. Define-se, ainda, como objetivos específicos: i) investigar decisões dos TRTs e TST sobre insalubridade e periculosidade entre os anos de 1997 e 2016; ii) descrever os principais fundamentos utilizados para concessão ou denegação do acúmulo dos adicionais; iii) analisar a evolução dos argumentos favoráveis e contrários, que levam à decisão dos magistrados; iv) demonstrar a postura atual dos Tribunais sobre o tema.

A pesquisa envereda-se à exploração e descrição do pragmatismo jurídico das instâncias superiores em matéria trabalhista, delineando-se em procedimentos técnicos de descrição e interpretação dos dados coletados. A seleção dos dados a serem analisados passará por um crivo qualitativo sobre a proximidade ao tema e subsunção da teoria a casos concretos.

Como dados primários são apresentados os conceitos de adicional de insalubridade e periculosidade e suas normativas. Como dados secundários, serão analisados e descritos os resultados da análise numérica de 293 (duzentos e noventa e três) Acórdãos dos TRTs ao redor do país, entre os anos de 1997 a 2016, destacando algumas decisões em função do elevado valor dos argumentos apresentados. Também serão investigados outros 133 (cento e trinta e três) Recursos de Revista julgados pelo TST, entre os anos de 1999 a 2016, retratando-se, após, os resultados obtidos, com ênfase ao julgamento do Recurso de Revista nº 24390520115150018, proferido pela 7ª Turma do TST na data de 24 de setembro de 2014.

O tema proposto é de relevante aplicação prática, e não raro fomenta discussões merecedoras de estudos mais aprofundados, como o presente, pois faz alusão à incolumidade física dos trabalhadores brasileiros, direito constitucionalmente garantido. A efetividade do ordenamento constitucional requer adaptação ao dinamismo social e acompanhamento das relações laborais e do meio ambiente que lhe envolve.

Aos olhos dos gestores e defensores das empresas, seria impossível a cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade, em função do aumento do custo da mão de obra. Em contrapartida, a aceitação poderia estimular o empresariado a manter um ambiente de trabalho saudável e seguro, como preceitua o Art. 225 da CF/88, reduzindo-se, conseqüentemente, o número de funcionários doentes ou que sofrem acidentes, bem como, despesas com substituição de pessoas e ações judiciais.

Os resultados, baseados no estudo sistêmico e comparativo produzido, elencarão os principais fundamentos utilizados pelos Tribunais Superiores para conceder, ou não, a percepção do acúmulo dos adicionais, além de demonstrar que o não provimento dos pedidos de cumulação coteja, tão-somente, a desqualificação semântica que se atribuiu ao texto celetista, sem considerar valores e princípios constitucionalmente tutelados.

2 ADICIONAL DE INSALUBRIDADE

O adicional de insalubridade é aquele pago quando o obreiro exerce seu labor em condições insalubres acima dos limites de toleradas pela legislação brasileira, levando-se em conta as condições físicas do *homo medius*. Define-se doutrinariamente o termo insalubre como “elemento prejudicial à saúde, que dá causa à doença. O prejuízo é causado diretamente à saúde do trabalhador. A insalubridade causa doenças. Diz respeito à Medicina do Trabalho”. (MARTINS, 2008, p. 273). Ambiente do trabalho insalubre é aquele em que “há insalubridade, para os efeitos das normas pertinentes da legislação do trabalho, quando o empregado sofre a agressão de agentes físicos ou químicos acima dos níveis de tolerância fixados pelo Ministério do Trabalho, em razão da natureza e da intensidade do agente e do tempo de exposição aos seus efeitos (critério quantitativo); ou, ainda, de agentes biológicos e alguns agentes químicos relacionados pelo mesmo órgão (critério qualitativo)”. (SUSSEKIND et al, 1997, pg. 899).

O adicional de insalubridade é previsto no Art. 7º, inciso XXIII, da CF/88, e regulamentado nos Arts. 189 e seguintes da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), como espeque na definição de atividades ou operações insalubres como sendo:

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).

Já as atividades e operações insalubres encontram-se especificadas na NR 15, da Portaria nº 3.293/1978 do Ministério do Trabalho e Emprego (MTE), a qual descreve os agentes químicos, físicos e biológicos prejudiciais à saúde do empregado, bem como os respectivos limites de tolerância. O trabalho em ambientes insalubres ocasiona um aumento na remuneração do empregado, de forma proporcional à intensidade do contato. Quanto maior a intensidade, maior o valor do adicional, e vice-versa, tal como define o Art. 192 da CLT:

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%, 20% e 10% do salário mínimo, segundo se classifiquem nos graus máximo, médio e mínimo.

Segundo Alice Monteiro de Barros (2007, p. 767):

O trabalho em condições insalubres, ainda que intermitente (Súmula n. 47 do TST), envolve maior perigo para a saúde do trabalhador e, por isso mesmo, ocasiona um aumento na remuneração do empregado. Em consequência, o trabalho nessas condições, acima dos limites de tolerância estabelecidos pelo Ministério do Trabalho, assegura ao empregado o direito ao recebimento de um adicional, de 10%, 20% ou 40% sobre o salário mínimo, ou mínimo profissional, conforme se classifique a insalubridade, respectivamente, no grau mínimo, médio ou máximo, segundo apurado por perito, médico ou engenheiro do trabalho registrado no Ministério do Trabalho.

Verifica-se, desta forma, e também com espeque na Súmula nº 47 do TST, que mesmo na hipótese do labor em ambiente insalubre não permanecer durante toda a jornada, isso não implica restringir o direito do empregado, que considerará as horas de serviço para fixar a porcentagem do adicional. Muito embora seja direito do trabalhador em condições insalubres o adicional proporcional, vale destacar que o inciso XXII, do Art. 7º, da CF/88, previu a necessidade de “redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança”, buscando a higidez do meio ambiente de trabalho, por julgar ser fundamental e essencial à dignidade da pessoa humana. Ou seja, não basta o pagamento de adicionais: deseje-se a diminuição das circunstâncias maléficas aos trabalhadores em geral.

Sergio Pinto Martins critica o adicional de insalubridade ao perceber que a maioria dos empregadores calculam e concluem que vale a pena pagar um pouco mais, por expor a segurança e saúde de um trabalhador (MARTINS, 2009, p. 644):

O ideal é que o empregado não tivesse que trabalhar em condições de insalubridade, que lhe são prejudiciais a sua saúde. Para o empregador, muitas vezes é melhor pagar o ínfimo adicional de insalubridade do que eliminar o

elemento nocivo à saúde do trabalhador, que demanda incentivos. O empregado, para ganhar algo a mais do que seu minguado salário, sujeita-se a trabalhar em local insalubre.

A CLT prevê no Art. 191 ser possível a eliminação ou neutralização da insalubridade, sendo que nestes casos o adicional não será devido. Tal medida pode ocorrer, por exemplo, com a utilização de Equipamentos de Proteção Individual (EPI), que anulam ou reduzem os possíveis efeitos de agentes nocivos à saúde humana.

Vale ressaltar que o fornecimento de EPI pelo empregador não exime o pagamento do adicional, visto se tratar de uma compensação feita ao trabalhador que tem a saúde diariamente consumida. Continua sendo obrigação do empregador tomar medidas que conduzam à diminuição ou eliminação da nocividade. A Súmula nº 289 do TST, pacificou o entendimento jurisprudencial sobre o tema.

Verifica-se que a obrigação do empregador não se restringe ao fornecimento dos Equipamentos de Proteção Individual (EPI), cabendo-lhe, sobretudo, orientar e treinar o empregado sobre o uso adequado, guarda e conservação, além de exigir o seu uso. Lembra-se que a recusa e não utilização do EPI pelo empregado pode levar a sua demissão por justa causa, pois o empregador goza da faculdade de aplicar-lhe penalidades que variam da advertência até a dispensa por justa causa, motivada por indisciplina ou insubordinação, nos termos do Art. 482, alínea “h”, da CLT.

A partir de maio de 2008, o cálculo do adicional de insalubridade que tinha como base de cálculo o salário-mínimo, passou a ser feito com a incidência da alíquota (porcentagem) sobre o salário básico do empregado, segundo estabeleceu o Supremo Tribunal Federal, vindo a suspender a eficácia da Súmula nº 228 do TST, até que haja definitiva orientação.

A comprovação da insalubridade dá-se por meio de estudo no ambiente de trabalho do empregado. Este estudo poderá ser feito previamente pela própria empresa, a exemplo do Perfil Profissiográfico Previdenciário (PPP), mas também em sede judicial, por meio de perícia, procedimento obrigatório nesse tipo de demanda, que poderá comprovar a existência do agente insalubre apontado na reclamatória, ou ainda, qualquer outro agente previsto no quadro do MTE. Essa ampla possibilidade de descobrir-se o agente insalubre no decorrer do processo, é definido pela Súmula nº 293 do TST.

Encontrado um ou mais agentes nocivos ao trabalhador, é seu direito receber materiais que ajudam em sua proteção, bem como ter um acréscimo sobre seu salário base, proporcional à agressividade a que está sujeito.

3 ADICIONAL DE PERICULOSIDADE

O adicional de periculosidade é um valor devido ao empregado exposto a atividades perigosas, na forma da regulamentação aprovada pelo Ministério do Trabalho e Emprego (MTE). Um trabalhador desenvolve uma atividade de perigo quando esta tem o potencial de causar risco à sua vida ou à sua incolumidade física. Sérgio Pinto Martins define o adicional de periculosidade como “o acréscimo devido ao trabalhador que presta serviços em condições perigosas, na forma da lei” (MARTINS, 2013, p. 179).

Segundo Sebastião Geraldo de Oliveira “[...] no ambiente de trabalho podem existir agentes que atuam instantaneamente, com efeitos danosos imediatos, que são chamados de agentes perigosos ou “periculosos”. E completa dizendo que o “[...] contato com os agentes periculosos pode levar à incapacidade ou morte súbita”. (OLIVEIRA, 2002, p. 143).

O exercício do trabalho em circunstâncias perigosas assegura ao trabalhador, independentemente do grau de perigo, à percepção de um adicional único, fixado em 30% (trinta por cento), que incide sobre o salário base, ou seja, sem os acréscimos resultantes de gratificações, prêmios ou participação nos lucros da empresa.

As atividades e operações perigosas são as constantes nos Anexos da NR nº 16. O Anexo 1 descreve as atividades e operações perigosas com explosivos. O Anexo 2 elenca as atividades e operações perigosas com inflamáveis. O Anexo (*) versa sobre as atividades e operações perigosas com radiações ionizantes ou substâncias radioativas. O Anexo 3 descreve as atividades e operações perigosas com exposição a roubos ou outras espécies de violência física nas atividades profissionais de segurança pessoal ou patrimonial. O anexo 4 trata das atividades e operações perigosas com energia elétrica, e por fim, o Anexo 5 elenca as atividades perigosas em motocicleta.

O adicional de periculosidade tem previsão legal no Art. 7, inciso XXII, da CF/88. Por sua vez, a CLT trata do tema a partir do Art. 193:

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.

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

§ 2º - O empregado poderá optar pelo Adicional de insalubridade que porventura lhe seja devido. (BRASIL, 1943)

Importa dizer que apenas pelo fato do trabalhador ter que transitar com certa frequência por determinadas áreas de risco, já lhe dá direito ao recebimento do adicional de periculosidade, sendo indiferente se permanece ou não naquele ambiente durante toda sua jornada. Da mesma forma, tem direito ao complemento o empregado que tem contato com explosivos ou inflamáveis, por mais que não seja de modo permanente.

A Súmula nº 364 do TST eliminou a possibilidade de ajuste de percentuais por acordos e convenções coletivas de trabalho. Nesse sentido, o disposto na NR nº 16 do MTE, passa a ser a única legislação em vigor sobre o assunto:

SUMÚLA Nº 364 do TST – ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. EXPOSIÇÃO EVENTUAL, PERMANENTE E INTERMITENTE – Resolução 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011. 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. (TST, 2011).

Antes da atual redação, existia um item II na Súmula nº 364 do TST, que permitia por meio de acordos ou convenções coletivas, a fixação do adicional de periculosidade em percentual inferior ao legal e proporcional ao tempo de exposição ao risco. A mudança ocorreu em função da uniformização da jurisprudência no sentido de que a exposição ao risco gera direito ao adicional de forma integral, ainda que a exposição ocorra de forma intermitente.

Uma das justificativas para a alteração é que a expressão “tempo extremamente reduzido”, inserta na Súmula nº 364, assume contornos de subjetividade ao não definir com precisão aquilo que será ou não considerado como tempo extremamente reduzido, entendendo os Ministros daquela Corte que cada caso deve ser analisado separadamente dentro do contexto exposto.

O Art. 194 da CLT traz a previsão das condições em que cessará o direito ao adicional de insalubridade ou periculosidade:

Art. 194 - O direito do empregado ao adicional de insalubridade ou de periculosidade cessará com a eliminação do risco à sua saúde ou integridade física, nos termos desta Seção e das normas expedidas pelo Ministério do Trabalho. (BRASIL, 1943)

Uma dúvida recorrente no pagamento do adicional de periculosidade era se o mesmo incidia também sobre horas extras e outras indenizações decorrentes do contrato de trabalho.

Tal questão foi pacificada com a edição da Súmula nº 132 do TST, que de quebra, aproveitou para dirimir a situação do trabalhador em horas de sobreaviso.

Seguindo o entendimento do que ocorre com a insalubridade, a situação de perigo em ambiente de trabalho pode ser indicada pela própria empresa, ou até por sindicatos da categoria, que poderão buscar auxílio do MTE. Caso haja divergência e o caso vier a ser debatido na Justiça do Trabalho, o Juiz nomeará perito para realização de um laudo técnico, após diligente vistoria, tudo corroborado com o Art. 195 da CLT.

A regra processual inserta no Art. 195 da CLT é taxativa, no sentido de que a caracterização/classificação das atividades insalubres e perigosas no curso da reclamatória dependerá, inegavelmente, de reconhecimento pericial. Em outras palavras, é indispensável a realização da perícia, porque não é permitido ao magistrado valer-se de conhecimentos pessoais, de natureza técnica, visando dispensar a perícia.

3.1 ANÁLISE DOS RECURSOS ORDINÁRIOS JULGADOS PELOS TRIBUNAIS REGIONAIS DO TRABALHO (TRTs)

O delineamento ou procedimentos técnicos utilizados na obtenção dos resultados deste trabalho tem base teórica, apresentada até então, que abrange a pesquisa bibliográfica (dados primários), assim como base documental, que começa a ser apresentada a seguir (dados secundários, que ainda não receberam um tratamento analítico ou podem ser reelaborados de acordo com os objetos da pesquisa), consubstanciados nos Acórdãos de vários Tribunais pátrios (LAKATOS e MARCONI, 1991).

Assim, o trabalho limitou-se à pesquisa detalhada nos Tribunais Regionais do Trabalho nos Estados brasileiros e no Tribunal Superior do Trabalho, de decisões que versam sobre cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade.

Os dados foram utilizados na construção dos gráficos foram coletados do sítio ‘www.lexml.gov.br’, um portal especializado em informação jurídica e legislativa do Brasil, de iniciativa do Senado Federal, utilizado com ferramenta de busca de pesquisa pelo sítio do TST, cujo objetivo é unificar, organizar e facilitar o acesso às informações descritivas de legislação, jurisprudência e proposições legislativas de órgãos da administração pública federal, estadual e municipal.

Primeiro foram encontrados 293 (duzentos e noventa e três) Recursos Ordinários (ROs) dos TRTs de diferentes regiões do País, no período de 1997 a 2016. Deste total, 92 (noventa e dois) deles comportou provimento, julgando pela procedência da cumulação dos

adicionais. O gráfico 1 apresenta o número total de ROs, em função do ano, julgados sobre o assunto, assim como o número de ROs providos, com progressão anual.

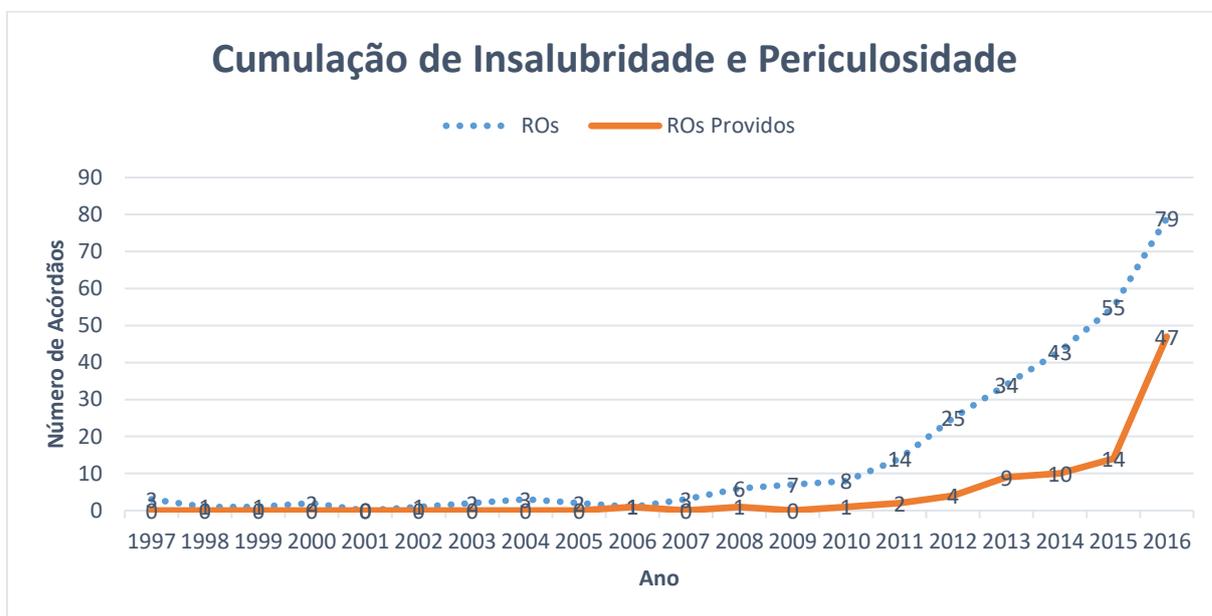


Fig. 1: ROs procedentes de cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade
Fonte: própria

Verifica-se que a partir do ano de 2010 até o ano de 2016, o número Recursos Ordinários (ROs) julgados cresceu de forma exponencial. No ano de 2016 os dados vão até o mês de setembro. Observa-se, que em termos percentuais, o número de ROs providos em 2015 foi de 25,6%, ao passo que até setembro de 2016 esse percentual foi de 59,5%, ou seja, mais que o dobro em comparação ao ano anterior.

Esta coleta de dados permite algumas afirmações, e dentre elas, identifica-se um aumento dos pedidos judiciais de cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade, e grande parte deles tem chegado até a segunda instância, provando-se o complexo cenário nacional das relações de trabalho.

Observa-se também que o primeiro Recurso Ordinário provido em defesa da cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade, foi no ano de 2006 no Tribunal do Trabalho da 3ª Região, cuja ementa segue à frente:

Região 3- MG – 1ª Turma

EMENTA: ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE. POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO. Havendo prova técnica a demonstrar que em um determinado período do contrato o reclamante estivera exposto, simultaneamente, a dois agentes agressivos, um insalubre e outro perigoso, ele faz jus ao pagamento de ambos, haja vista que o disposto no art. 193, parágrafo

2o. da CLT não é compatível com os princípios constitucionais de proteção à vida e de segurança do trabalhador. (TRT-MG, 2006).

No ano de 2007, dos três ROs que versavam sobre o tema, todos foram negados. Dos acórdãos, transcreve-se a ementa do mais completo deles igualmente oriundo do Tribunal mineiro, que esclarece os fundamentos do indeferimento:

Região 3- MG – 2ª Turma

EMENTA: ADICIONAL DE PERICULOSIDADE DE INSALUBRIDADE. NÃO CUMULAÇÃO - Por expressa determinação do parágrafo 2o. do art. 193, da CLT, ainda vigente, por compatível com as normas constitucionais, o empregado que se submete a riscos de periculosidade pode fazer a opção pelo adicional de insalubridade, se esse lhe for mais benéfico, o que implica dizer que o legislador considerou a possibilidade de cumulação do risco, mas descartou a da superposição de adicionais. A Convenção 155, da OIT, promulgada pelo Decreto 1254/94, não prevê a possibilidade de cumulação dos adicionais e, por isso, mesmo tendo ingressado no nosso ordenamento pela ratificação, não revogou a disposição celetista mencionada. Ali tão-somente ficou determinado que sejam considerados os riscos para a saúde do empregado decorrentes de exposição simultânea a diversas substâncias e agentes (art. 11, alínea b), o que não é incompatível com as normas celetistas ou com regulamentação respectiva vigente (Portaria 3.293/78 e Anexos). (TRT-MG, 2007).

Em 2008, dos 6 (seis) ROs analisados, nota-se que o assunto ainda era delicado e envolto de resistência, tanto é que apenas 1 (um) dos recursos foi provido, desta vez no Estado de Santa Catarina, cuja ementa transcreve-se:

Região 12- SC – 1ª Turma

EMENTA: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO QUANTO À BASE DE CÁLCULO DAS HORAS INTERVALARES. Existente a omissão apontada, acolhem-se os embargos declaratórios para supri-la com o esclarecimento da base de cálculo das horas intervalares a considerar, computando-se simultaneamente os adicionais de insalubridade e periculosidade, que não se repelem, logo sem que um exclua o outro. Relativamente à saúde do trabalhador, todos os riscos devem ser considerados e, por corolário, abre-se vez à cumulação dos adicionais, cada qual visando remunerar uma condição especial de labor (insalubridade e periculosidade). (TRT-SC, 2008).

A tese de cumulação ainda continuou sendo rechaçada pela maioria dos Tribunais brasileiros no ano de 2009, pois dos 9 (nove) ROs julgados, nenhum deles comportou provimento. Semelhantemente ocorreu em 2010, quando dos 8 (oito) ROs julgados pelos Tribunais Regionais do Trabalho, somente 1 (um) deles foi provido, novamente no Estado de Santa Catarina. Pela notoriedade da conquista, faz-se presente sua ementa:

Região 12- SC – 1ª Turma

EMENTA: ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. CUMULAÇÃO. POSSIBILIDADE. O adicional de insalubridade visa indenizar danos causados ao trabalhador pelo contato diuturno com agentes agressivos a sua saúde. O adicional de periculosidade tem por fim compensar o risco à vida a que o trabalhador está exposto em decorrência do contato com o agente perigoso. Dessa forma, infere-se que os dois adicionais possuem fatos geradores diversos, diante do que devem ser pagos cumulativamente, sempre que o trabalhador exercer atividade que, por sua natureza, condições ou método de trabalho, o exponha de forma concomitante a agentes insalubre e situações de perigo. O direito à cumulação dos adicionais está alicerçado no princípio da proteção da dignidade da pessoa humana (art.1º, CF/88), no inciso XXII do art. 7º da CF/88, que impõe a adoção de medidas tendentes a propiciar a diminuição dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança e também na Convenção nº 155 da OIT, que determina de que sejam considerados os riscos para a saúde decorrentes da exposição simultânea a diversas substâncias ou agentes (art. 11, b). (TRT-SC, 2010).

Foi a partir do ano de 2011 que os pioneiros magistrados catarinenses, da 1ª Turma do TRT da 12ª Região, fizeram a diferença ao mudar de posição e deferir todos os recursos que chegavam até eles sobre cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade. Foi assim que dos 14 (quatorze) ROs julgados pelos Tribunais Regionais do Trabalho (TRTs) no ano de 2011, 2 (dois) foram providos pela 1ª Turma do TRT da 12ª Região (SC). Já em 2012, do total de 25 (vinte e cinco) ROs julgados, 4 (quatro) foram providos, e em crescente, em 2013, dos 34 (trinta e quatro) ROs julgados, 9 (nove) foram providos.

Observa-se que nos anos de 2012 e 2013, todas as decisões procedentes no território nacional foram proferidas pela 1ª Turma do Tribunal Regional de Santa Catarina, sob os mesmos fundamentos e na mesma linha de julgamento dos pretéritos anos.

Já em 2014 houve adesão de outros Tribunais à corrente defensora do acúmulo de adicionais, como da 3ª Região (Estado de Minas Gerais) e da 8ª Região (Estados do Pará e Amapá), já que do total de 48 (quarenta e oito) ROs julgados por todos os TRTs do país, 10 (dez) mereceram acolhimento. A título de exemplo:

Região 8 – PA e AP – 4ª Turma

EMENTA: RECURSO DA RECLAMADA INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE. CUMULAÇÃO. POSSIBILIDADE. Com relação à cumulação de insalubridade e periculosidade, a jurisprudência atual, inclusive no Colendo TST, é favorável a essa possibilidade, que não implica pagamento em dobro, já que a insalubridade está associada à saúde do empregado, em face das condições nocivas do ambiente de trabalho, enquanto a periculosidade está associada ao próprio bem da vida, retratando o perigo iminente, decorrente de um evento que pode ceifar a vida do empregado em frações de segundo. (TRT-PA/AP, 2014).

Em nítida evolução, no ano de 2015, dos 55 (cinquenta e cinco) ROs que chegaram até os Tribunais Regionais sobre o tema de cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade, 14 (quatorze) receberam procedência, o que remete a uma margem de aproximadamente 25,5% do total.

Repara-se que aos poucos a ideia vem sendo disseminada. A cada ano mais magistrados filiam-se ao grupo dos defensores da concentração dos adicionais para um mesmo empregado. Dos 14 (quatorze) recursos deferidos nesse sentido no ano de 2015, proveem dos TRTs dos Estados de Minas Gerais, Santa Catarina, Pará e Amapá, mas de Turmas distintas, senão veja-se:

Região 3 – MG – 7ª Turma
CUMULAÇÃO DE ADICIONAIS
DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE. POSSIBILIDADE
JURÍDICA. O Direito do Trabalho adota como princípio fundamental a aplicação da norma mais favorável ao trabalhador. Com isto, incidindo sobre a mesma situação fática duas ou mais normas, deve ser aplicada aquela que for mais favorável ao trabalhador. É certo que o art. 193 da CLT veda a cumulação de adicional de insalubridade com o adicional de periculosidade. No entanto, também compõe o nosso ordenamento jurídico a Convenção n. 155 da OIT, que admite esta cumulação, desde que presente a exposição simultânea a agentes insalubres e condições perigosas (art. 11, "b"). Por força do aludido princípio, deve prevalecer a citada Convenção da OIT. Convenção que, ademais, tem status supralegal, o que, ainda que não fosse o princípio invocado, a faria prevalecer sobre a CLT. (TRT-MG, 2015).

Até o mês de setembro de 2016, dos 79 (setenta e nove) ROs julgados, provenientes dos TRTs dos Estados de Minas Gerais, Pará e Amapá, 47 (quarenta e sete) foram providos, representando 56,6% do total, ou seja, atualmente está prevalecendo, no âmbito dos TRTs, a tese de acumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade. Existem posicionamentos contrários nas diferentes Turmas dos TRTs, pois, a título de exemplo, no TRT de Minas Gerais as 1ª, 4ª e 7ª Turmas tem entendimento pela cumulação dos adicionais, enquanto as outras se posicionam contrárias à cumulação.

3.2 ANÁLISE DOS RECURSOS DE REVISTA JULGADOS PELO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO (TST)

O gráfico 2 apresenta o número de Recursos de Revista (RRs) em função do ano, versando sobre o tema da cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade, julgados pelas turmas do TST do ano de 1999 a 2016. O gráfico 2, abaixo, foi construído a partir dos dados coletados do sítio 'www.lexml.gov.br'. Dos 113 (cento e treze) RRs julgados até hoje pelo colendo Superior Tribunal de Justiça, 4 (quatro) são da 1ª Turma, 13 (treze) da 2ª Turma, 29 (vinte e nove) da 3ª Turma, 14 (catorze) da 4ª Turma, 18 (dezoito) da 5ª Turma, 14 (catorze) da 6ª Turma, 6 (seis) da 7ª Turma e 15 (quinze) da 8ª Turma, apenas 1(um) mereceu provimento.

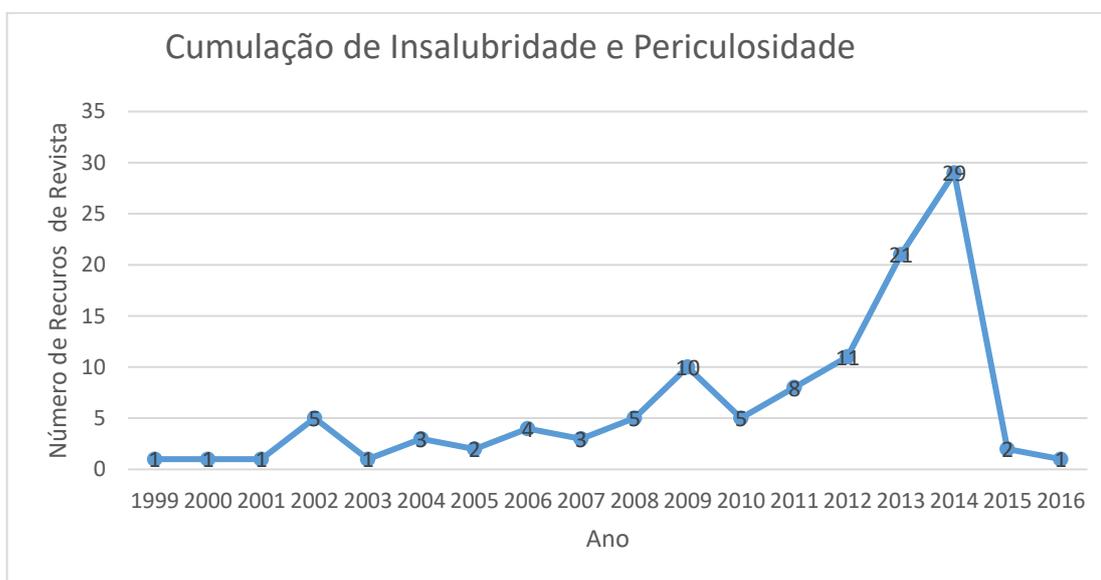


Fig. 2: RRs procedentes de cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade
Fonte: própria

O provimento foi dado no julgamento do Recurso de Revista nº 1072-72.2011.5.02.0384, emanado no dia 24/09/2014 pela 7ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho ganhou repercussão nacional e pelo valor dos fundamentos e consonância com a presente pesquisa, merece transcrição:

EMENTA: RECURSO DE REVISTA. CUMULAÇÃO DOS ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE. POSSIBILIDADE. PREVALÊNCIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS E SUPRALEGAIS SOBRE A CLT. JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA DO STF QUANTO AO EFEITO PARALISANTE DAS NORMAS INTERNAS EM DESCOMPASSO COM OS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS. INCOMPATIBILIDADE MATERIAL. CONVENÇÕES NOS 148 E 155 DA OIT. NORMAS DE DIREITO SOCIAL. CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE. NOVA FORMA DE VERIFICAÇÃO DE COMPATIBILIDADE DAS NORMAS INTEGRANTES DO ORDENAMENTO JURÍDICO. A previsão contida no artigo 193, § 2º, da CLT não foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988, que, em seu artigo 7º, XXIII, garantiu de forma plena o direito ao

recebimento dos adicionais de penosidade, insalubridade e periculosidade, sem qualquer ressalva no que tange à cumulação, ainda que tenha remetido sua regulação à lei ordinária. A possibilidade da aludida cumulação se justifica em virtude de os fatos geradores dos direitos serem diversos. Não se há de falar em bis in idem. No caso da insalubridade, o bem tutelado é a saúde do obreiro, haja vista as condições nocivas presentes no meio ambiente de trabalho; já a periculosidade traduz situação de perigo iminente que, uma vez ocorrida, pode ceifar a vida do trabalhador, sendo este o bem a que se visa proteger. A regulamentação complementar prevista no citado preceito da Lei Maior deve se pautar pelos princípios e valores insculpidos no texto constitucional, como forma de alcançar, efetivamente, a finalidade da norma. Outro fator que sustenta a inaplicabilidade do preceito celetista é a introdução no sistema jurídico interno das Convenções Internacionais nos 148 e 155, com status de norma materialmente constitucional ou, pelo menos, supralegal, como decidido pelo STF. A primeira consagra a necessidade de atualização constante da legislação sobre as condições nocivas de trabalho e a segunda determina que sejam levados em conta os riscos para a saúde decorrentes da exposição simultânea a diversas substâncias ou agentes. Nesse contexto, não há mais espaço para a aplicação do artigo 193, § 2º, da CLT. Recurso de revista de que se conhece e a que se nega provimento. (TST, 2014).

A 7ª Turma do TST declarou, por unanimidade, que a previsão contida no artigo 193, parágrafo 2º, da CLT era incompatível com a Constituição de 1988, que garante o direito ao recebimento dos adicionais de penosidade, insalubridade e periculosidade, sem se contrapor à cumulação dos adicionais. Outro fator que sustentou a inaplicabilidade do preceito celetista foi a violação as Convenções 148 e 155 da OIT (presente no nosso sistema jurídico interno com status de norma materialmente constitucional ou, pelo menos, supralegal, como decidido pelo STF), que admitem a hipótese de cumulação dos adicionais e estabelecem critérios e limites dos riscos profissionais em face da exposição simultânea a vários fatores nocivos.

4 ANÁLISE DOS RESULTADOS

A partir dos julgamentos pesquisados e mencionados neste trabalho, coletados dos TRTs do país e também no TST, é possível responder ao principal objetivo desta investigação, acerca de quais seriam os fundamentos para a percepção ou denegação da cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade, fazendo-se, ao final, uma análise conclusiva dessas fundamentações.

Da leitura e exame dos fundamentos dos 293 (duzentos e noventa e três) Recursos Ordinários dos TRTs, bem como, dos 133 (centro e trinta e três) Recursos de Revista proferidos pelo TST, constata-se que os argumentos para não provimento dos pedidos de cúmulo dos adicionais de insalubridade e periculosidade foram basicamente:

- i) A lei impede a acumulação de adicionais, devendo o empregado optar por aquele que por ventura lhe seja devido e for mais benéfico, nos termos dispostos no § 2º, do Art. 193, da CLT;
- ii) O § 2º, do Art. 193, da CLT é compatível com as normas constitucionais e que o legislador considerou a possibilidade de cumulação do risco da exposição do obreiro a um ambiente insalubre e perigoso, mas descartou a superposição dos adicionais;
- iii) A Convenção nº 155 da OIT, promulgada em território nacional pelo Decreto nº 1254/94, não prevê a possibilidade de cumulação dos adicionais e, mesmo ratificada, não revogou a disposição celetista. A Convenção determinou que sejam considerados os riscos para a saúde do empregado decorrentes da exposição simultânea a diversos substâncias e agentes (Art. 11, alínea “b”), o que não é incompatível com as normas celetista ou com a regulamentação respectiva vigente (Portaria nº 3.293/78).

Da análise da fundamentação para o não provimento da cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade, verifica-se que esta baseia-se, exclusivamente, na interpretação literal dos dispositivos normativos, quais sejam, Art. 193 da CLT e da Convenção nº 155 da OIT, ou seja, coteja-se somente o significado léxico das palavras do texto legal, sem considerar qualquer outro valor, ou mesmo a hermenêutica jurídica-constitucional.

De certo que esse pensamento retrógrado não pode ser mantido, pois no mínimo, existe uma lacuna de ordem ontológica e axiológica no Art. 193 da CLT. Sobre as principais espécies de lacunas, leciona Maria Helena Diniz (2001, p. 437): a) normativa, quando se tiver ausência de norma sobre determinado caso; b) ontológica, se houver norma, mas ela não corresponder mais aos fatos sociais, quando, por exemplo, o grande desenvolvimento das relações sociais e o progresso acarretarem o anquilosamento da norma positiva; c) axiológica, ausência de norma justa, isto é, existe um preceito normativo, mas, se for aplicado, sua solução será insatisfatória ou injusta.

A norma trabalhista apresenta manifesto envelhecimento que, na prática, impede ou dificulta a prestação jurisdicional justa e efetiva. A lacuna ontológica do Art. 193, § 2º, da CLT não mais se compatibiliza com o contexto social e normativo atual, pois não há como negar que as enormes mudanças que ocorreram e o desenvolvimento das relações políticas, sociais e econômicas, aumentando a complexidade do ambiente laborativo, desde a promulgação do texto original em 1943.

Há igualmente uma lacuna axiológica, vista pela necessidade do interprete da norma de buscar, no ordenamento jurídico, outros fundamentos para o caso concreto, onde o obreiro presta seu serviço submetido, concomitantemente, a agentes nocivos diversos, capazes de

provocar danos distintos à sua vida, o que inclui prejuízo à saúde no caso da insalubridade, e risco de vida no caso da periculosidade.

Em contrapartida, os fundamentos utilizados para dar deferimento aos pedidos de cúmulo, dentre os ROs dos TRTs – total de 293 acórdãos, com 92 providos – e os RRs do TST – total de 133 acórdãos, com 1 provimento – são elencados:

- i) O Art. 193, § 2º, da CLT não é compatível com os princípios constitucionais de proteção à vida e da segurança do trabalhador;
- ii) Não há qualquer restrição no texto constitucional à cumulação dos adicionais. Se presentes uma ou mais situações nocivas à saúde o adicional deve incidir sobre todas as hipóteses;
- iii) Os adicionais de insalubridade e de periculosidade possuem fatos geradores diversos, diante do que devem ser pagos cumulativamente, sempre que o trabalhador exercer atividades que, por sua natureza, condição ou método de trabalho, o exponha de forma concomitante a agentes insalubres e situações de perigo;
- iv) O direito à cumulação dos adicionais está alicerçado no princípio da proteção da dignidade da pessoa humana insculpido no Art. 1º, CF/88, e também no inciso XXII, do Art. 7º, XXII, da CF/88, que impõe a adoção de medidas voltadas a propiciar a diminuição dos riscos inerentes ao trabalho, por meio das normas de saúde, higiene e segurança, sem esquecer da Convenção nº 155 da OIT, que determina que sejam considerados os riscos para a saúde decorrentes da exposição simultânea a diversas substâncias ou agentes (Art. 11, alínea “b”);
- v) É possível a cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade, em interpretação evolutiva do Art. 193, § 2º, da CLT, de acordo com os ditames da Constituição (Art. 5º, § 2º e Art. 7º, XXII, ao falar da redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança, direito fundamental, que se prepondera sobre os demais) e do Direito Internacional do Trabalho (Convenção nº 155 da OIT, ratificada pelo Brasil, possuindo eficácia pelo menos supralegal, segundo interpretação do STF);
- vi) A possibilidade de recebimento cumulado estimula o empregador na melhoria das condições do meio ambiente de trabalho - prevenção, que tem preferência sobre a reparação dos prejuízos -, o que está no coração das normas de proteção à saúde do trabalhador no Brasil e no mundo. Esta parece ser a solução que melhor atende aos valores positivados nas normas-princípio da Constituição e à necessidade de concretizar, com a maior efetividade possível, os direitos fundamentais ligados à remuneração de

atividades penosas, insalubres ou perigosas (Art. 7º, XXII), à vedação do retrocesso social (Art. 7º, *caput*), à proteção à saúde do trabalhador (Art. 7º, XXII) e à dignidade da pessoa humana (Art. 1º, III), além de constituir aplicação de preceitos do Direito Internacional do Trabalho (Convenção nº 155 da OIT);

vii) O § 2º, do Art. 193, da CLT não foi recepcionado pela *Lex Fundamental* de 1988, em virtude da necessária observância aos princípios e direitos fundamentais, tal como a efetividade da dignidade humana, em especial na garantia de um meio ambiente de trabalho saudável;

viii) A vedação da aplicação do Art. 193, § 2º, da CLT é justificada pela introdução no sistema jurídico interno das Convenções Internacionais nº 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 única da norma celetista;

6 CONCLUSÃO

Da análise jurisprudencial da percepção da cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade nos TRTs e no TST, observou-se que nos TRTs ocorre um movimento, analisando o número de recursos providos do ano de 1997 até 2016, no sentido do aumento de julgados em prol da cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade.

Os argumentos para a percepção da cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade são, em síntese: que não há restrição constitucional a cumulação dos adicionais; que os adicionais de insalubridade e de periculosidade possuem fatos geradores diversos, diante do que devem ser pagos cumulativamente; que o direito à cumulação dos adicionais está alicerçado no princípio da proteção da dignidade da pessoa humana (art. 1º, CF/88), no inciso XXII do art. 7º da CF/88 e na Convenção nº 155 da OIT, que determina que sejam considerados os riscos para a saúde decorrentes da exposição simultânea a diversas substâncias ou agentes (art. 11, b); que é possível a cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade, em interpretação evolutiva do art. 193, par. 2º da CLT; que as normas e princípios Constitucionais como: os direitos fundamentais ligados à remuneração de atividades penosas, insalubres ou perigosas (art. 7º, XXII), à vedação do retrocesso social (art. 7º, *caput*), à proteção à saúde do trabalhador (art. 7º, XXII) e à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), permitem a cumulação

dos adicionais de insalubridade e periculosidade; que o § 2º do artigo 193 da CLT não foi recepcionado pela *Lex Fundamental* de 1988, em virtude da necessária observância aos princípios e direitos fundamentais, tal como a efetividade da dignidade humana, em especial na garantia de um meio ambiente de trabalho saudável, pelo que não deve ter mais aplicação no direito pátrio.

No TST, tem-se uma decisão pontual, com fundamentos sólidos, que pode representar o início de um novo olhar sobre a possibilidade de percepção simultânea sobre os adicionais, na qual aplica-se a interpretação evolutiva da norma infraconstitucional em consonância com os princípios constitucionais e os direitos fundamentais, suprimindo lacunas de ordem ontológica e axiológica.

Uma norma infraconstitucional, como o art. 193 da CLT, especificamente no seu parágrafo 2º, não pode restringir o alcance da norma constitucional, pois o legislador constituinte assegurou ao trabalhador “a redução dos riscos inerentes ao trabalho” e “adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas”, e também pelo fato da norma celetista afrontar os princípios da dignidade da pessoa humana, do valor social do trabalho e da proteção do trabalhador.

Os adicionais de insalubridade e periculosidade possuem fatos geradores diversos, ou seja, a insalubridade prejudica a saúde do trabalhador, ao passo que, a periculosidade põe em risco a sua integridade física. O objetivo da percepção cumulativa dos adicionais é estimular o empregador a proporcionar um ambiente de trabalho adequado ao labor do obreiro, ou seja, ecologicamente equilibrado, e não a mercantilização dos bens da vida tutelados pelos pagamentos dos adicionais.

Do exposto verifica-se que as decisões pela percepção dos adicionais de insalubridade e periculosidade, há luz da interpretação evolutiva que faz o cotejamento da norma, § 2º do artigo 193 da CLT, com os princípios constitucionais, com as normas de proteção da saúde e segurança do trabalhador e com um ambiente de trabalho ecologicamente equilibrado, percebe-se que não há mais espaço, nesse contexto, para a aplicação do artigo 193, § 2º, da CLT.

REFERÊNCIAS

BARROS, Alice Monteiro. Curso de Direito do Trabalho. 3.ed. São Paulo: LTR, 2007.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. CLT. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De15452.htm> Acesso em Fev.2016.

BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho. CLT. Art. 189. 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De15452.htm> Acesso em Fev.2016.

DINIZ, Maria Helena. Compêndio de introdução à ciência do direito. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. Fundamentos de metodologia científica. 3. ed. São Paulo: Atlas 1991.

OIT. Convenção 155. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/node/504>> Acesso em Nov. 2015.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo. Proteção Jurídica à saúde do Trabalhador. 4.Ed. São Paulo: LTR, 2002.

MARTINS, Sérgio Pinto. Direito do trabalho. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

_____. O Adicional de periculosidade e a lei n. 12.740/12. Suplemento Trabalhista nº 32. São Paulo: LTR, 2013.

SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas; TEIXEIRA, Lima. Instituições de Direito do Trabalho. vol. II, 16. ed. São Paulo: LTr, 1997.

TRT. Acórdãos. Rede de Informação Legislativa e Jurídica. Disponível em: <<http://www.lexml.gov.br>>. Acesso em Mar. 2016.

TRT-MG. Acórdãos. Rede de Informação Legislativa e Jurídica. Disponível em: <<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:justica.trabalho;regiao.3:tribunal.regional.trabalho;turma.1:acordao:2006-10-23;00354-2006-002-03-00-4>>Acórdão TRT 3ª / Primeira Turma / 2006-10-23. Acesso em Jun. 2016.

TRT -MG. Acórdãos. Rede de Informação Legislativa e Jurídica. Disponível em: <<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:justica.trabalho;regiao.3:tribunal.regional.trabalho;turma.2:acordao:2007-03-13;00628-2006-063-03-00-5>>Acórdão TRT 3ª / Segunda Turma / 2007-03-13. Acesso em Jun. 2016.

TRT -SC. Acórdãos. Rede de Informação Legislativa e Jurídica. Disponível em: <<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:justica.trabalho;regiao.12:tribunal.regional.trabalho;turma.1:acordao:2008-04-08;02305-2004-003-12-00-1,179000>>ACÓRDÃO TRT 12ª / SECRETARIA DA 1A TURMA / 2008-05-20. Acesso em Jun. 2016.

TRT -SC. Acórdãos. Rede de Informação Legislativa e Jurídica. Disponível em: <<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:justica.trabalho;regiao.12:tribunal.regional.trabalho;turma.1:acordao:2010-09-14;00142-2009-049-12-00-4,00142-2009-049-12-00-4,163983>>ACÓRDÃO TRT 12ª / SECRETARIA DA 1A TURMA / 2010-10-13. Acesso em Jun. 2016.

TRT -SC. Acórdãos. Rede de Informação Legislativa e Jurídica. Disponível em: <<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:justica.trabalho;regiao.12:tribunal.regional.trabalho;turma.1:acordao:2014-09-03;0001302-46.2013.5.12.0003,01302-2013-003-12-00->>

1,286850">ACÓRDÃO TRT 12ª / SECRETARIA DA 1A TURMA / 2014-10-03. Acesso em Jun. 2016.

TRT -MG, 2014a. Acórdãos. Rede de Informação Legislativa e Jurídica. Disponível em: <ahref="http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br;justica.trabalho;regiao.3:tribunal.regional.trabalho;turma.7:acordao:2014-12-18;0001279-34.2010.5.03.0043">Acórdão TRT 3ª / Setima Turma / 2014-12-18. Acesso em Jun. 2016.

TRT -MG, 2014b. Acórdãos. Rede de Informação Legislativa e Jurídica. Disponível em: <ahref="http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br;justica.trabalho;regiao.3:tribunal.regional.trabalho;turma.7:acordao:2014-11-25;0001045-32.2013.5.03.0048">Acórdão TRT 3ª / Setima Turma / 2014-11-25. Acesso em Jun. 2016.

TRT -MG, 2015. Acórdãos. Rede de Informação Legislativa e Jurídica. Disponível em: <ahref="http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br;justica.trabalho;regiao.3:tribunal.regional.trabalho;turma.7:acordao:2015-06-05;0011250-45.2014.5.03.0094">Acórdão PJe TRT 3ª / Setima Turma / 2015-06-05. Acesso em Jun. 2016.

TRT -PA/AP. Acórdãos. Rede de Informação Legislativa e Jurídica. Disponível em: <ahref="http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br;justica.trabalho;regiao.8:tribunal.regional.trabalho;turma.4:acordao:2014-12-02;0001866-89.2012.5.08.0126">ACÓRDÃO TRT 8ª / 4ª T / RO 0001866-89.2012.5.08.0126. Acesso em Jun. 2016.

TRT -PA/AP, 2015. Acórdãos. Rede de Informação Legislativa e Jurídica. Disponível em: <ahref="http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br;justica.trabalho;regiao.8:tribunal.regional.trabalho;turma.2:acordao:2015-08-19;0001534-27.2013.5.08.0114">ACÓRDÃO TRT 8ª / 2ª T / RO 0001534-27.2013.5.08.0114. Acesso em Jun. 2016.

TST. Acórdãos. Rede de Informação Legislativa e Jurídica. Disponível em: <http://www.lexml.gov.br>. Acesso em Mar. 2016.

TST. Recursos de Revista. 2014. Disponível em: <http://www.lexml.gov.br.> Acesso em Set. 2016.

TST. Súmulas da Jurisprudência Uniforme do Superior Tribunal do Trabalho. Súmula nº 47. 2003. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/sumulas>. Acesso em Jun. 2016.

TST. Súmulas da Jurisprudência Uniforme do Superior Tribunal do Trabalho. Súmula nº 289. 2003. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/sumulas>. Acesso em Jun. 2016.

TST. Súmulas da Jurisprudência Uniforme do Superior Tribunal do Trabalho. Súmula nº 132. 2005. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/sumulas>. Acesso em Set. 2015.

TST. Súmulas da Jurisprudência Uniforme do Superior Tribunal do Trabalho. Súmula nº 228. 2008. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/sumulas>. Acesso em jun. 2016.

TST. Súmulas da Jurisprudência Uniforme do Superior Tribunal do Trabalho. Súmula nº 364. 2011. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/sumulas>. Acesso em jun. 2016.

TST. Súmulas da Jurisprudência Uniforme do Superior Tribunal do Trabalho. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/sumulas>>. Acesso em Set. 2015.