

CUMULATIVIDADE DOS ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE E DE PERICULOSIDADE

Cristina Lantmann Guimarães¹

RESUMO

Este trabalho apresenta um estudo acerca da possibilidade de cumulação no pagamento dos adicionais de insalubridade e de periculosidade, através de ampla pesquisa legislativa, doutrinária e jurisprudencial. Do cotejo da legislação atinente à matéria, bem como através da aplicação dos princípios basilares do Direito do Trabalho e da hierarquia das normas, constata-se que é possível o adimplemento dos referidos adicionais, de forma cumulada, assegurando os direitos fundamentais à vida e à saúde ao empregado, previstos na Constituição Federal de 1988, seja pelo ônus acarretado ao empregador e, em consequência, sua motivação em eliminar ou neutralizar os agentes considerados insalubres e perigosos das condições de trabalho de seus empregados, seja pela efetiva compensação dos danos sofridos pela saúde e os riscos inerentes à vida e à integridade física do trabalhador.

PALAVRAS-CHAVE: Adicional de insalubridade. Adicional de periculosidade. Cumulatividade. Possibilidade.

1. INTRODUÇÃO

O presente estudo foi desenvolvido, diante da problemática no Direito do Trabalho acerca da possibilidade de percepção cumulativa dos adicionais de insalubridade e de periculosidade.

O adicional de insalubridade consiste em um percentual pecuniário, estabelecido por lei e acrescentado ao salário do empregado que trabalha de forma permanente, acima dos limites de tolerância estabelecidos pelo Ministério do Trabalho, em atividades ou operações insalubres, assim entendidas aquelas decorrentes do contato com agentes físicos, químicos ou biológicos. O adicional em comento visa compensar os danos causados por esses agentes considerados insalubres a sua saúde.

O adicional de periculosidade, por sua vez, também consiste em um percentual pecuniário, mas que tem como objetivo compensar os riscos à vida e à integridade física do empregado que trabalha em atividade ou em ambiente perigoso (área de risco).

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 7º, assegura aos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: “XXII – redução dos riscos inerentes do trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança; XXIII – adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei”.

Os princípios peculiares que norteiam o Direito do Trabalho estabelecem a aplicação da norma mais benéfica ao empregado e a irrenunciabilidade de direitos fundamentais por parte dos trabalhadores.

Entretanto, constatamos, após ampla pesquisa doutrinária, legislativa e jurisprudencial, que a esmagadora maioria dos pensadores e aplicadores do direito sustenta ser inviável a cumulação do pagamento dos adicionais de insalubridade e periculosidade, sob fundamento de que há norma celetista que exclui a percepção simultânea e uma Portaria do Ministério do Trabalho que veda expressamente a cumulatividade dos adicionais em comento.

No estudo, procuramos demonstrar a possibilidade de cumular o pagamento de adicionais de insalubridade, quando constatado mais de um agente insalubre nas atividades do

1. Analista Judiciário e Assistente de Juiz do Trabalho Titular do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª. Região.

empregado, bem como a possibilidade de pagamento simultâneo dos adicionais de insalubridade e de periculosidade, observando-se, principalmente, os princípios peculiares no Direito do Trabalho e a hierarquia e finalidade das normas, a fim de garantir os direitos constitucionais a vida, saúde, dignidade da pessoa humana, bem-estar, justiça e segurança.

2. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE

O adicional de insalubridade é o percentual pecuniário, estabelecido por lei, pago ao empregado que trabalha de forma permanente, acima dos limites de tolerância estabelecidos pelo Ministério do Trabalho, em atividades ou operações insalubres, assim entendidas aquelas decorrentes do contato com agentes físicos, químicos ou biológicos, visando compensar os danos causados por esses a sua saúde, seja pela natureza ou pela intensidade do agente e do tempo de exposição a seus efeitos.

Seu conceito está previsto no artigo 189 da CLT, e o artigo 192 do mesmo diploma legal assegura o recebimento de adicional, respectivamente, de 40% (quarenta por cento), 20% (vinte por cento) e 10% (dez por cento), sobre o salário-mínimo da região, conforme se classifiquem as atividades em insalubres em grau máximo, médio e mínimo.

Para o enquadramento nos graus máximo, médio e mínimo, conforme preleciona Regina Buck (2001, p. 64), necessário que as condições de trabalho estejam acima dos níveis de tolerância fixados na NR-15 da Portaria 3.214/78 do Ministério do Trabalho e que a insalubridade não possa ser neutralizada ou eliminada.

Segundo ensinamentos de Edwar Gonçalves (2006, p. 379), os agentes químicos a que se refere a invocada Portaria são aqueles que, absorvidos pelo organismo, seja através de contato cutâneo, digestivo ou por via respiratória, produzem, em sua maioria, reações tóxicas. São exemplos de agentes químicos: poeiras (amianto, manganês, mica, sisal, sílica livre cristalizada), benzeno, cromo, chumbo, arsênico, mercúrio, hidrocarbonetos e outros compostos de carbono. Vale ressaltar que cada um destes agentes provoca efeitos diversos. Nesse aspecto, a título exemplificativo, temos que o amianto (asbesto) possui alto grau de nocividade e insalubridade, contendo, as normas que regulam a matéria, inúmeras proibições expressas e recomendações a serem seguidas pelos empregadores para eliminar ou neutralizar o contato do empregado com este agente. Da mesma forma, relativamente ao manganês e ao benzeno – este com reconhecido poder cancerígeno.

Os agentes físicos, por sua vez, prossegue Edwar Gonçalves (2006, p. 371), encontram-se no ambiente de trabalho, de forma que, pela sua anormalidade, também geram danos à saúde do empregado exposto a tais condições. São exemplos: ruído contínuo ou intermitente, ruído de impacto, calor radiante, radiações não-ionizantes, vibrações, frio, pressão hiperbárica e umidade. Da mesma forma, os agentes físicos ensejam efeitos diversos, tais como: na exposição à pressão hiperbárica pode haver ruptura dos alvéolos pulmonares, ruptura do tímpano, dores nas juntas, suor frio, dores abdominais, inconsciência e paraplegia; na exposição a radiações não-ionizantes, pode-se desenvolver distúrbios cardiovasculares e respiratórios, alterações no sistema nervoso central, conjuntivite e câncer de pele; e relativamente à exposição às vibrações, as doenças mais usuais são artrose dos cotovelos, necrose dos ossos dos dedos, problemas nervosos e alteração da sensibilidade táctil.

A presença de microorganismos, vírus, parasitas, bacilos e fungos na atividade em si ou no ambiente de trabalho caracteriza insalubridade decorrente do contato com agentes biológicos, previstos no Anexo 14 da NR-15 da Portaria 3.214/78 do Ministério do Trabalho, ensejando o pagamento do respectivo adicional de insalubridade, em grau médio ou máximo, pois o empregado pode adquirir doenças infecto-contagiosas, tais como: tuberculose, HIV, hepatite, leptospirose, cólera e meningites.

3. ADICIONAL DE PERICULOSIDADE

Conforme preleciona Amauri Mascaro Nascimento (1998), “São consideradas atividades ou operações perigosas aquelas que, por sua natureza ou métodos de trabalho, impliquem o contato permanente com inflamáveis ou explosivos, em condições de risco acentuado”. O empregado sujeito a tais condições tem o direito a receber adicional de periculosidade, cujo valor é de 30% (trinta por cento) sobre seu salário contratual, sem os acréscimos resultantes de gratificações, prêmios ou participações nos lucros da empresa (CLT, artigo 193, § 1º).

O risco acentuado é definido pela NR-16 da Portaria 3.214/78, como sendo aquela “condição perigosa, potencial ou inerente, que pode causar interrupção ou interferência do processo organizado de uma atividade.” (BUCK, 2001, p. 85). Esta mesma Norma Regulamentadora relaciona os agentes perigosos, inflamáveis e/ou explosivos, bem como a área de risco considerada para a caracterização da periculosidade. Já a Lei nº 7.369/85, regulamentada pelo Decreto nº 93.412/86, assegura o pagamento do referido adicional de periculosidade aos empregados no setor de energia elétrica, entendidos como todos aqueles que trabalham em estabelecimento que tenha um setor de eletricidade.

Ao contrário do adicional de insalubridade, o adicional de periculosidade não visa compensar danos à saúde do empregado, mas o risco a sua vida ou a sua integridade física, e não pode ser eliminado através de equipamentos de proteção individual ou coletivo. Tal fato não exime o empregador de adotar todas as medidas de segurança necessárias e recomendadas para minimizar o risco de infortúnios. Porém, como referido, impossível eliminá-lo através de equipamentos de proteção.

O Colendo Tribunal Superior do Trabalho, através da Súmula 364, firmou posicionamento no sentido de que o adicional de periculosidade é devido de forma integral, a razão de 30% (trinta por cento) do salário básico do empregado, admitindo-se, excepcionalmente, o pagamento de percentual inferior ao estabelecido em lei, desde que pactuado através de cláusula específica em convenção ou acordo coletivo. Nesse sentido:

SUM-364 ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. EXPOSIÇÃO EVENTUAL, PERMANENTE E INTERMITENTE. I - Faz jus ao adicional de periculosidade o empregado exposto permanentemente ou que, de forma intermitente, sujeita-se a condições de risco. Indevido, apenas, quando o contato dá-se de forma eventual, assim considerado o fortuito, ou o que, sendo habitual, dá-se por tempo extremamente reduzido. II - A fixação do adicional de periculosidade, em percentual inferior ao legal e proporcional ao tempo de exposição ao risco, deve ser respeitada, desde que pactuada em acordos ou convenções coletivos. (grifo nosso)

4. CUMULATIVIDADE DOS ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE E DE PERICULOSIDADE

4.1 Legislação

No Brasil, em 1920, começaram os ensaios em matéria de legislação trabalhista. A Consolidação das Leis do Trabalho foi criada em 1943, já dispondo sobre higiene e segurança do trabalho, mas o marco principal da saúde do trabalhador em âmbito nacional foi a Constituição Federal de 1988, tratando dos direitos sociais, inclusive sobre saúde, higiene e segurança dos trabalhadores. Em seu artigo 6º temos que “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

Já o artigo 7º da Constituição Federal de 1988, que, assim como o dispositivo acima, também trata de direitos e garantias fundamentais, dispõe que:

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

(...)

XXII - redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança;

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

Acerca dos direitos fundamentais, vale ressaltar José Afonso da Silva (2000, p. 185), que elucida tratar-se de “direitos intransferíveis, inegociáveis, porque não são de conteúdo econômico-patrimonial. Se a ordem constitucional os confere a todos, deles não se pode desfazer, porque são indisponíveis.” (grifo nosso). Prossegue o renomado jurista (idem), esclarecendo que “Não se renunciam direitos fundamentais. Alguns deles podem até não ser exercidos, pode-se deixar de exercê-los, mas não se admite sejam renunciados.” (grifo nosso).

Diante das normas constitucionais acima transcritas, verifica-se que são direitos e garantias fundamentais a saúde, a segurança, a redução dos riscos inerentes ao trabalho, o adicional de remuneração para atividades insalubres ou perigosas, além de outros que visem à melhoria das condições sociais dos empregados. E, conforme ensinamento de José Afonso da Silva (idem), estes direitos e garantias - à saúde, à segurança, à redução dos riscos inerentes ao trabalho, ao adicional de remuneração para atividades insalubres ou perigosas, além de outros que visem à melhoria das condições sociais dos trabalhadores urbanos e rurais - são indisponíveis, são irrenunciáveis.

Observa-se que a intenção do legislador constituinte era, a toda evidência, proteger a saúde do trabalhador, com a implementação de medidas a reduzir os riscos inerentes ao trabalho e compensar pecuniariamente os danos sofridos por sua saúde pelo labor em condições insalubres, perigosas e penosas.

Entretanto, restringindo os direitos e garantias assegurados na Constituição Federal de 1988, a Portaria nº 3.214/78 do Ministério do Trabalho, no item 15.3 da NR 15, dispõe: “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.” (grifo nosso).

Ainda em relação às normas de proteção à saúde, à vida e à diminuição dos riscos inerentes ao trabalho, Convenções da Organização Internacional do Trabalho - OIT - foram incorporadas ao ordenamento jurídico - todas com o objetivo de promover melhores condições e segurança no ambiente de trabalho, formas de prevenção à saúde, à integridade física do trabalhador e a acidentes de trabalho.

A esse respeito, o artigo 11, alínea b, da Convenção 155 da OIT, ratificada pelo Brasil, com vigência a partir de setembro de 1994, dispõe que “deverão ser levados em consideração os riscos para a saúde decorrentes da exposição simultânea a diversas substâncias ou agentes.” (grifo nosso)

Importante frisar que “No Brasil, a força hierárquica dos tratados internacionais em geral é idêntica à das demais normas primárias (em regra, o tratado internacional, ao incorporar-se ao ordenamento interno, o faz com status de lei ordinária federal).” (ALEXANDRINO; PAULO. 2011, p. 26).

4.2 Princípios peculiares do Direito do Trabalho

Segundo a doutrina de Américo Plá Rodrigues (1978), os princípios do Direito do Trabalho são: princípio de proteção, da primazia da realidade, da irrenunciabilidade, da continuidade, da boa-fé e da razoabilidade. Porém, analisaremos apenas os princípios da proteção e

da irrenunciabilidade, pois atinentes ao estudo em comento.

O princípio da proteção baseia-se na norma mais favorável e na condição mais benéfica. A jurista Alice Monteiro de Barros (2008, p. 180) refere que seu objetivo consiste em tentar corrigir desigualdades, decorrentes da condição de hipossuficiente do empregado, atribuindo uma superioridade jurídica em favor deste.

Como conceitua Arnaldo Süssekind (1993, p. 129), “o princípio da norma mais favorável, em virtude do qual, independente da sua colocação na escala hierárquica das normas jurídicas, aplica-se, em cada caso, a que for mais favorável ao trabalhador.”

A condição mais benéfica diz respeito a situações pessoais mais vantajosas, que se incorporam ao patrimônio jurídico do empregado, por força do contrato de trabalho, seja de forma expressa ou tácita, e que não podem ser suprimidas (artigo 468 da CLT). Existem limitações à aplicação da norma mais benéfica, porque este princípio não assegura a incorporação ao contrato de trabalho de vantagens conferidas por norma coletiva; vantagens concedidas por regulamento interno do empregador ao empregado admitido após sua revogação; e a edição de norma posterior mais vantajosa do que a condição mais benéfica.

Pelo princípio de irrenunciabilidade, de acordo com os ensinamentos de Alice Monteiro de Barros (2008, p. 186), tem-se que as normas que tutelam o empregado e asseguram direitos são indisponíveis, não podendo o trabalhador renunciá-los, presumindo-se o temor do empregado de ser despedido ou não ser admitido, caso não renunciasse aos direitos.

4.3 Doutrina e Jurisprudência

A doutrina e jurisprudência majoritárias são claras ao referir que “Não poderá o adicional de insalubridade ser acumulado com o de periculosidade, cabendo ao empregado a opção por um dos dois.” (ALEXANDRINO; PAULO. 2011, p. 307). Fundamentam-se na tese de que o item 15.3 da NR-15 da Portaria 3.214/78 vedou expressamente a cumulatividade dos referidos adicionais, bem como o § 2º do artigo 193 da CLT ao dispor que “o empregado poderá optar pelo adicional de insalubridade que porventura lhe seja devido.” (ALEXANDRINO; PAULO. idem)

Em razão destas normas, a doutrina e a jurisprudência, em sua esmagadora maioria, afirmam que os adicionais de insalubridade, inclusive pela existência de mais de um agente insalubre nas atividades de um mesmo empregado, e de periculosidade não podem ser pagos cumulativamente, devendo ser adimplido o de grau mais elevado ou aquele mais vantajoso pecuniariamente ao empregado.

Nesse sentido, citam-se os seguintes arestos, que revelam o entendimento predominante nos Regionais de todo país e da mais alta Corte trabalhista:

CUMULAÇÃO DOS ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE. Na dicção do § 2º do art. 193 da CLT, proíbe-se a percepção cumulativa de adicionais de periculosidade e insalubridade, visto que o caput e o § 1º desse dispositivo tratam das atividades perigosas e do direito do empregado ao adicional respectivo, enquanto aquele (§ 2º) estabelece que o empregado poderá optar pelo adicional de insalubridade que porventura lhe seja devido. Dessa forma, resta claro que o preceito disciplina o trabalho realizado em condições de risco, facultando ao empregado, no caso de exposição a agente insalubre e perigoso, optar pelo adicional mais vantajoso. (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista nº 35400-56.2006.5.03.0002, 5ª Turma, Rel. Min. João Batista Brito Pereira, DEJT 28.6.2010).

RECURSO DE REVISTA. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. DOIS AGENTES INSALUBRES. GRAU MÉDIO E MÍNIMO. CUMULATIVIDADE. IMPOSSIBILIDADE. I - Discute-se nos autos a viabilidade de serem cumulativamente concedidos ao trabalhador os diferentes graus de insalubridade detectados pelo laudo pericial provenientes de

agentes insalubres por ruído excessivo e contato com poeira de cimento. II - O § 2º do artigo 193 da CLT possibilita ao empregado optar pelo adicional de insalubridade a que tenha direito, ainda que também o tenha em relação ao adicional por atividades perigosas, a teor de seu caput. III - Significa dizer que o dispositivo contém vedação à percepção concomitante dos adicionais de periculosidade e de insalubridade, advindo, o primeiro, de fatores 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 (artigo 189 da CLT) e o segundo, de atividades ou operações perigosas, na forma da regulamentação aprovada pelo Ministério do Trabalho, que, por sua natureza ou métodos de trabalho, impliquem o contato permanente com inflamáveis ou explosivos em condições de risco acentuado (artigo 192, caput, da CLT). IV - Embora não exista expressa previsão legal para a situação na qual se constate mais de um agente insalubre no local de trabalho, e sobre os quais recaiam graus diferentes de ofensa à saúde, é razoável a exegese de que, se a lei não autoriza a percepção simultânea de adicionais de insalubridade e periculosidade, cujas origens são sabida e diversamente delimitadas, também não permite a ilação de que sejam cumuláveis os percentuais relativos ao grau médio e mínimo, como no caso presente. Precedente da SBDI-1. V - A vedação vem também expressa no Item 15.3 da NR 15, in verbis: “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” (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista nº 124400-56.2005.5.04.0008, 4ª Turma, Rel. Min. Antônio José de Barros Levenhagen, DJ 15.8.2008).

Porém, há doutrinadores e precedentes jurisprudenciais contrários a esta tese, ainda que bastante raros. Ressalta-se, a esse respeito, adotando posicionamento divergente ao entendimento majoritário, o que preleciona o renomado jurista Sebastião Geraldo de Oliveira:

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

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

(...)

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

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

(...)

Também não é lógico nem razoável conferir apenas um adicional na exposição simultânea, fugindo da regra básica de atribuir reparação distinta para cada dano. Um trabalhador, por exemplo, exposto a excesso de ruído (com prejuízo para a audição) e à poeira de sílica (que afeta o sistema respiratório) só recebe o adicional por uma das agressões. Esta regra, aliás, desestimula o empresário a melhorar o

ambiente de trabalho, porque tendo um agente insalubre, poderá ter dois, três ou vários outros que o desembolso será sempre o mesmo.

Pelo enfoque jurídico, observa-se que o item 15.3 da NR-15 mencionada não tem validade porque extrapola os limites da lei instituidora da vantagem. Não pode uma simples portaria, ato administrativo que é, limitar o alcance da fonte normativa primária da vantagem, no caso os arts. 189 e 192 da CLT. Se a lei não vedou a percepção cumulativa em decorrência da exposição simultânea que prejudica órgãos distintos do trabalhador, não pode a portaria restringir a abrangência da norma. (OLIVEIRA, 1996)

No mesmo diapasão, importante elucidação de Jorge Luiz Souto Maior:

Ainda a respeito da saúde do trabalhador, de grande perspicácia a observação de Sebastião Geraldo de Oliveira no sentido de que o entendimento doutrinário e jurisprudencial dominante, no que se refere à impossibilidade de recebimento de mais de um adicional, por acumulação de agentes agressivos no ambiente de trabalho, não pode prevalecer. Com efeito, a Convenção 148 da OIT, ratificada pelo Brasil, com vigência desde outubro de 1986, dispõe que os critérios e limites de exposição deverão ser fixados em consideração a “qualquer aumento dos riscos profissionais resultante da exposição simultânea a vários fatores nocivos no local de trabalho” (art. 83). Além disso, conforme lembra este autor, a Constituição da República estabeleceu regra de que se devem reduzir os riscos inerentes ao trabalho (art. 7º, XXII) e a postura jurisprudencial e doutrinária não incentiva a atitude empresarial neste sentido. Ademais, como frisa Sebastião Geraldo, “Se a lei não vedou a percepção cumulativa em decorrência da exposição simultânea que prejudica órgãos distintos do trabalhador, não poderia a portaria restringir a abrangência da norma”, referindo-se à Portaria n. 3.214/78, que, no item 15.3 da NR-15, vedou, expressamente, esse recebimento acumulativo de adicionais. (SOUTO MAIOR, 2000, p. 348-349)

A jurisprudência a respeito, também bastante escassa, manifesta-se sob os seguintes fundamentos:

O e. Tribunal Regional deu provimento ao recurso ordinário da reclamante, assim se manifestando:

“1. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE E PENOSIDADE. CUMULAÇÃO.

A recorrente não se conforma com o indeferimento do pedido de adicional de insalubridade, sustentado ser possível sua cumulação com o de penosidade em face de sua natureza distinta, salientando que a prova pericial demonstrou o labor em condições insalubres em grau máximo e médio.

Data venia do entendimento esposado pelo MM. Juízo de primeiro grau, diverge-se.

Inicialmente porque o adicional de penosidade foi instituído pela reclamada em sede de regulamento, o que retira a parcela do princípio geral de não cumulatividade de adicionais. De outro lado, porque não há vedação legal quanto ao pagamento dos adicionais de penosidade e de insalubridade concomitantemente, mormente porque a parcela em questão foi instituída por liberalidade da recorrida. Por último, porque o adicional de insalubridade é direito reconhecido na Constituição Federal (inciso XXIII do art. 7º), sendo, portanto, irrenunciável, não se submetendo a disposições fixadas em instrumentos de autocomposição.

De outro lado, a prova pericial evidencia que a demandante, servente, desenvolvia duas atividades em contato diário com agentes químicos e biológicos considerados

insalubres pela norma regulamentadora, na limpeza das dependências da ré, nas quais estavam incluídos cinco banheiros, dos quais, além da limpeza geral, era retirado o lixo.

Tem-se que a limpeza de várias instalações sanitárias, que servem a um grande número de pessoas, como é o caso dos autos, enseja a percepção do pretendido adicional em grau máximo, na forma como apurado por meio da prova pericial. O risco do contato com tais agentes, origina-se no fato de que pessoas aparentemente saudáveis, possuem no seu organismo germes patogênicos sem apresentarem sinais clínicos das doenças. Para que o mal se instale, basta que haja suscetibilidade do organismo da pessoa exposta à virulência do germe mesmo que esse contato, seja breve e único. Não obstante sejam quantitativamente distintos o lixo domiciliar e o lixo urbano, qualitativamente ambos se equivalem, porquanto compostos de agentes patogênicos similares, expondo a saúde do obreiro a agentes nocivos. O trabalho com recolhimento de lixo e de limpeza de sanitários, etc. gera direito ao adicional de insalubridade em grau máximo (agentes biológicos), nos termos da Portaria nº 3.214/78 do MTb, NR-15, Anexo 14.

São devidos os postulados reflexos em férias com 1/3, 13º salários, aviso-prévio, FGTS e horas extras, em face de seu indiscutível caráter salarial.

Reverte-se à ré o ônus quanto ao pagamento dos honorários periciais de acordo com a orientação contida na Súmula 236 do TST.

Dou, pois, provimento ao recurso, na espécie, para acrescer à condenação o pagamento de adicional de insalubridade em grau máximo, cumulativamente com o adicional de penosidade já pago, com reflexos em férias com 1/3, 13º salários, aviso-prévio, FGTS e horas extras." (fls. 580-581, grifos nossos).

Foram opostos embargos de declaração, que foram rejeitados, ao fundamento de que não são cabíveis para nova apreciação da matéria sobre a qual já houve decisão fundamentada ou ainda para submeter o julgador a um questionário (fl. 600).

A reclamada opõe, então, recurso de revista às fls. 603-624. Preliminarmente, aduz a nulidade do acórdão regional porquanto a e. Turma "não se manifestou sobre questão primordial ao julgamento da lide e que foi invocada pela Fundação no decorrer do feito, ou seja, o fato de que o Ato nº 007 da reclamada, que instituiu o pagamento do referido adicional de penosidade veda expressamente a percepção do referido adicional cumulativamente com outros instituídos pela legislação trabalhista e resguarda o direito do empregado de optar por um destes caso seja mais benéfico" (fl. 607). Denuncia violação dos artigos 165, 458, II, 535, I e II, do CPC e 5º, XXXV, LIV, LV, e 93, IX, da CF.

No mérito, insiste que a reclamante teria firmado termo de opção pelo adicional de penosidade, em detrimento do adicional de insalubridade. Afirma que, por força do art. 193, § 2º, da CLT, os adicionais não podem ser pagos cumulativamente. Denuncia violação dos arts. 193, § 2º e 444 da CLT; 5º, II e 7º, XXII, da CF e 114 do CC de 1916. Traz arrestos para cotejo de tese.

Sem razão.

Em relação à preliminar de nulidade, a teor do que dispõe a OJ nº 115 desta e. Corte, os artigos 165 e 535, I e II, do CPC e 5º, XXXV, LIV, LV, da CF não ensejam o conhecimento do recurso. Outrossim, a Corte Regional afirmou que não havia vedação ao recebimento dos adicionais de forma concomitante, e assentou que, caso existisse tal vedação, o reclamante não poderia dispor do adicional de insalubridade por se tratar de direito indisponível. Não se há falar, portanto, em negativa de prestação jurisdicional, mas tão-somente em decisão contrária ao intento das reclamadas. Indenes os artigos 458 do CPC e 93, IX, da CF.

No mérito, não se cogita de ofensa, da forma literal como exige o artigo 896 da CLT, ao artigo 193, § 2º, da CLT, que trata da possibilidade de opção do empregado pelo adicional de insalubridade, nada dispondo acerca da proibição de se cumular os adicionais de penosidade e periculosidade.

Da mesma forma, inviável a denunciada mácula ao artigo 7º, XXIII, da CF, que prevê o direito aos adicionais por exercício de atividade penosa, insalubre ou perigosa, não proibindo o recebimento acumulado das verbas. (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista nº 780/1999-011-04-00.3, 3ª. Turma, Rel. Min. Horácio Senna Pires, DJ 16.12.2009).

Verifica-se, através das transcrições acima, que o estudo de todo conjunto de normas relativas à saúde e à segurança do trabalho e dos princípios do Direito do Trabalho enseja o reconhecimento da possibilidade de cumulação dos adicionais de insalubridade e de periculosidade.

Sob ponto de vista da saúde do trabalhador, Alice Monteiro de Barros afirma que:

“se as condições de trabalho do empregado são duplamente gravosas, é cabível o pagamento dos dois adicionais, pois houve exposição a dois agentes insalubres diferentes, que podem ocasionar prejuízos a diversos órgãos do corpo humano. Nesse sentido, pronunciamo-nos favoravelmente ao pagamento dos dois adicionais a empregado que trabalhava operando raios x e ainda mantinha contato com portadores de moléstia contagiosa”. (BARROS, 2008, p. 779-780).

Impende esclarecer que a doutrina é favorável à cumulatividade no pagamento de dois ou mais adicionais de insalubridade, mas filia-se à tese majoritária no que se refere à cumulação dos adicionais de insalubridade e de periculosidade, posicionando-se desfavoravelmente, também sob o fundamento de que o § 2º do artigo 193 da CLT veda tal percepção.

4.4 Possibilidade de cumulação

O Direito do Trabalho, como demonstrado acima, possui princípios peculiares que visam compensar a desigualdade existente entre empregado e empregador, atribuindo àquele – hipossuficiente - superioridade jurídica, aplicando-se a norma mais benéfica, dentre todas as existentes no ordenamento jurídico, e a condição mais benéfica incorporada pelo contrato de trabalho ao patrimônio jurídico do empregado. Da mesma forma, assegura irrenunciabilidade de direitos fundamentais, previstos na Constituição Federal de 1988.

Mesmo não se aplicando ou se fossem inexistentes tais princípios, a própria Constituição Federal de 1988 atribuiu caráter indisponível às garantias e aos direitos elencados nos artigos 5º ao 17, como já os citados: direito à saúde, à segurança, à redução dos riscos inerentes ao trabalho, ao adicional de remuneração para atividades insalubres ou perigosas, além de outros que visem à melhoria das condições sociais dos trabalhadores urbanos e rurais.

Embora nesse contexto, a doutrina e a jurisprudência majoritárias aplicam normas restritivas de direitos e admitem a renúncia de direitos fundamentais, olvidando-se que o Direito do Trabalho é regido por princípios especiais, dentre eles o da norma mais benéfica, e do princípio constitucional da indisponibilidade das garantias e direitos fundamentais.

Por outro lado, considerando-se a hierarquia das normas, a Constituição Federal de 1988 não veda a cumulação dos adicionais de insalubridade e de periculosidade, assim como também o § 2º do artigo 193 da CLT não proíbe expressamente a percepção cumulativa dos adicionais, mas concede faculdade de o empregado optar pelo adicional de insalubridade que lhe seja devido. Nessa senda, não se pode presumir que a norma celetista tenha vedado o pagamento,

restringindo direitos, quando a lei não dispõe expressamente nesse sentido.

A esse respeito, tem-se que a norma estabelece que o empregado “poderá optar” pelo adicional. Não veda expressamente o pagamento cumulado dos adicionais de insalubridade e de periculosidade.

Por analogia, cita-se o § 2º do artigo 879 da CLT que dispõe: “Elaborada a conta e tornada líquida, o Juiz poderá abrir às partes prazo sucessivo de 10 (dez) dias para impugnação fundamentada com a indicação dos itens e valores objeto da discordância, sob pena de preclusão.” Neste dispositivo, a norma consolidada faculta ao Juiz abrir às partes prazo para impugnação à conta de liquidação, sob pena de preclusão. Esta faculdade não obriga o Juiz a abrir prazo às partes e, por outro lado, também não proíbe que o faça. Mesmo raciocínio lógico pode ser usado, relativamente ao § 2º do artigo 193 da CLT, de forma que o empregado tenha a faculdade de optar pelo adicional de insalubridade devido e, de outra banda, não seja compelido a escolher apenas um adicional a ser pago em detrimento dos demais também constatados em suas atividades.

Sob outra ótica, seguindo ensinamentos de Hely Lopes Meirelles (1989, p. 108), de extrema relevância frisar que uma Portaria é hierarquicamente inferior à lei, e, por tal razão, não pode contrariar, restringir ou ampliar suas disposições, cabendo somente explicitar a lei, dentro dos limites por ela traçados.

Por conseguinte, o item 15.3 da NR-15 da Portaria nº 3.214/78 do Ministério do Trabalho, é ilegal ao vedar a cumulação do pagamento dos adicionais de insalubridade e de periculosidade, pois contraria e restringe direitos assegurados pela Constituição Federal e pelas Convenções da OIT ratificadas pelo Brasil - incorporadas ao ordenamento jurídico, assumindo status de lei ordinária federal - e prevê renúncia de direitos constitucionalmente indisponíveis.

Ainda sob o enfoque jurídico, tem-se que a referida Portaria instituiu um adicional compressivo e, no Direito do Trabalho, salário compressivo não é admitido, de forma unânime, pela doutrina e pela jurisprudência, conforme orientação contida na Súmula 91 do Colendo Tribunal Superior do Trabalho: “Nula é a cláusula contratual que fixa determinada importância ou percentagem para atender englobadamente vários direitos legais ou contratuais do trabalhador.”

Sob o ponto de vista da saúde do trabalhador, este estudo, ao tratar dos adicionais de insalubridade e de periculosidade, demonstrou que o adicional de insalubridade visa compensar os danos à saúde do empregado e que cada agente considerado insalubre pode provocar diferentes tipos de danos, inclusive de forma cumulada. Já o adicional de periculosidade foi instituído para compensar risco à vida e à integridade física do trabalhador. Portanto, o pagamento dos adicionais em comento possui fato gerador diverso, inclusive quando constatada insalubridade por dois ou mais agentes insalubres, pois os efeitos no organismo são peculiares a cada um dos agentes.

O fato de o adicional de insalubridade e do adicional de periculosidade serem pagos a razão do maior percentual devido, de forma não cumulada, ainda que constatados vários agentes insalubres nas condições de trabalho do empregado e/ou de periculosidade, incentiva o empregador a não adotar todas as medidas de segurança necessárias e cabíveis a neutralizar e/ou elidir os agentes respectivos, pois não sofre nenhum ônus pecuniário ao deixar seus trabalhadores expostos a vários agentes insalubres e perigosos. Em não arcando com nenhum ônus complementar, o Estado e o empregador deixam de cumprir e de incentivar o cumprimento de garantias e de direitos fundamentais, relativamente à saúde, à redução dos riscos inerentes ao trabalho e ao adicional de remuneração para atividades insalubres ou perigosas.

Considerando-se os princípios peculiares ao Direito do Trabalho, os princípios constitucionais, a intenção do legislador e a hierarquia das normas, sendo cada um desses fatores levados em conta de forma conjunta ou separadamente, há respaldo para a cumulação dos adicionais de insalubridade e de periculosidade, quando constatados dois ou mais agentes insalubres e/ou perigosos nas atividades do mesmo trabalhador.

5. CONCLUSÃO

O tema em estudo merece atenção dos doutrinadores, legisladores e aplicadores do direito, pois trata da vida, da integridade física e da saúde de seres humanos que, diariamente, permanecem expostos a condições inadequadas de trabalho, insalubres e perigosas.

A interpretação doutrinária e jurisprudencial, em sua esmagadora maioria, desatende à intenção do legislador que, a toda evidência, ao promulgar a Constituição Federal e ao incorporar ao ordenamento jurídico as normas celetistas e as convenções da OIT, visava proteger a vida, a integridade física e a saúde do trabalhador, de forma a proporcionar um ambiente de trabalho mais saudável e apropriado para o desempenho da atividade laboral, bem como para o bem-estar geral do empregado.

Vale ressaltar que a intenção primeira das normas que dispõem acerca da saúde e segurança no trabalho não é a compensação dos danos à saúde e dos riscos sofridos pelos empregados, mas, sim, a efetiva eliminação ou a neutralização dos mesmos, o que observamos não ocorrer, pois os empregadores não sofrem um ônus pecuniário que os motive a eliminar ou elidir os efeitos dos agentes insalubres e perigosos.

Importa destacar que, da forma como pagos atualmente os adicionais de insalubridade e de periculosidade nas situações em que são constatados dois ou mais agentes, sequer os danos à saúde, à vida e à integridade física do empregado são efetivamente compensados.

Em decorrência lógica, verificamos que, tomando-se como base a doutrina e jurisprudência predominantes, nenhuma finalidade da legislação acerca da saúde e segurança do trabalho é alcançada, pois não motiva o empregador a adotar medidas para eliminar ou neutralizar a presença de agentes considerados insalubres ou perigosos, bem como também não indeniza adequadamente o empregado pelos danos a que exposta sua saúde, sua vida e sua integridade física.

Salientamos a relevância e a urgência de o Estado adotar medidas para que sejam cumpridas as normas protetivas já existentes, em relação à saúde, à vida e à integridade física, bem como edite nova legislação assecuratória, caso ainda persistam eventuais dúvidas acerca da possibilidade da percepção cumulativa dos adicionais em comento. Da mesma forma, mister que os doutrinadores e aplicadores do direito revejam seus posicionamentos, deixando de interpretar isoladamente um dispositivo legal, e atentem-se para todo conjunto de princípios e normas relativas à saúde e segurança no trabalho, e atentem-se, principalmente, de que a tutela concedida (ou retirada) diz respeito, em última análise, a bens jurídicos maiores e fundamentais, que extrapolam os limites do simples formalismo ou da letra fria da lei, quais sejam: a vida, a dignidade da pessoa humana, o bem-estar, a segurança e a justiça.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BARROS, Alice Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho. 4ª ed. São Paulo: LTr, 2008.
- BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho (1943). 34ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 2011.
- BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. Portaria nº 3.214, de 08 de junho de 1978.
- BUCK, Regina Célia. Cumulatividade dos adicionais de insalubridade e periculosidade. São Paulo: LTr, 2001.
- GONÇALVES, Edwar Abreu. Manual de segurança e saúde no trabalho. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2006.

- LEDUR, José Felipe. Direitos fundamentais sociais: efetivação no âmbito da democracia participativa. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.
- MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 14ª ed. São Paulo: RT, 1989.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de direito do trabalho. 15ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 1998.
- OLIVEIRA, Geraldo Sebastião de. Proteção jurídica à saúde do trabalhador. São Paulo: LTr, 1996.
- OLIVEIRA, Sebastião Geraldo. Da percepção cumulativa do adicional de insalubridade. Revista TRT – 3ª. Região. Belo Horizonte, 22(51): 29-36, jul.91/jun.92.
- PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. Manual de direito do trabalho. 15ª ed. São Paulo: Método, 2011.
- PLÁ RODRIGUES, Américo. Princípios de Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 1978.
- SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 18ª ed. Brasil: Malheiros Editores, 2000.
- SILVA, José Antônio Ribeiro de Oliveira. A saúde do trabalhador como um direito humano: conteúdo essencial da dignidade humana. São Paulo: LTr, 2008.
- SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. O direito do trabalho como instrumento da Justiça Social. São Paulo: LTr, 2000.
- SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Delio; VIANNA, Segadas. Instituições de direito do trabalho. 14ª ed. São Paulo: LTr, 1993.