XXIII Seminário de Iniciação Científica
XX Jornada de Pesquisa
XVI Jornada de Extensão
V Mostra de Iniciação Científica Júnior
V Seminário de Inovação e Tecnologia

Modalidade do trabalho: Ensaio teórico
Evento: XXIII Seminário de Iniciação Científica

OS ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE E A (IM)POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO.[1]

Daiane Andretta Portella[2], Paulo Marcelo Scherer[3].

[1] Resumo expandido resultante do Trabalho de Conclusão do Curso de Graduação em Direito na UNIJUÍ
[2] Bacharel em Direito pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul - UNIJUÍ
[3] Professor do Curso de Graduação em Direito da UNIJUÍ, Mestre em Direito Humanos pela UNIJUÍ.

INTRODUÇÃO

A atividade laboral nem sempre esta voltada para a auto realização, muitas vezes o ser humano trabalha, única e exclusivamente para receber o salário no final do mês, para assim garantir seu sustento. Então, o mínimo que se espera é que este trabalhador ao menos possa exercer suas atividades em boas condições de trabalho, garantindo seu direito a saúde.

No entanto existem, algumas atividades que por si só produzem efeitos nocivos ao ser humano. Quando empregado e empregador concordam em executar tarefas deste tipo, deverão ser tomadas diversas medidas.

Mesmo com a proteção, nenhuma atividade fica isenta de riscos, por isso os trabalhadores que executam tarefas perigosas e/ou transitam por área comprovadamente insalubre ou perigosa tem proteção legal, e faz jus ao adicional de periculosidade e insalubridade, conforme o caso.

O adicional de insalubridade é devido quando o empregado trabalha exposto a agentes nocivos à saúde, acima dos limites de tolerância. Por sua vez o adicional de periculosidade é pago ao empregado que trabalha em local que coloque em risco a sua vida.

O problema é quando o empregado trabalha em condições insalubres e perigosas ao mesmo tempo, pois segundo § 2º do artigo 193 da CLT o empregado deve optar por um dos adicionais de insalubridade que lhe for devido, o que para a grande maioria significa dizer que, é indevido o pagamento concomitante dos adicionais de insalubridade e periculosidade aos trabalhadores que desenvolvem suas atividades de forma simultânea à ação de dois ou mais agentes que possa representar dano à saúde e risco de vida.

Nessa aspecto, o presente busca analisar a doutrina e a jurisprudência a fim de contribuir para o esclarecimento e entendimento de alguns pontos controversos acerca da (im)possibilidade de cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade, de forma a propor uma aplicação mais justa do Direito.

Modalidade do trabalho: Ensaio teórico
Evento: XXIII Seminário de Iniciação Científica

METODOLOGIA

Quanto aos objetivos gerais, adota-se o método de pesquisa do tipo exploratória. Utiliza no seu delineamento a coleta de dados em fontes bibliográficas, constituída principalmente de doutrina, jurisprudência e artigos disponíveis em meios físicos e na internet. Para o seu desenvolvimento o método de abordagem é o hipotético dedutivo, observando os seguintes procedimentos: a) seleção de bibliografias afins à temática capazes e suficientes para construir um referencial teórico coerente sobre o tema em estudo e que responda ao problema proposto, atingindo assim os objetivos propostos na pesquisa.

RESULTADOS E DISCUSSÕES

A legislação trabalhista protege por meio de normas o trabalhador que executa suas funções em atividades insalubres e perigosas, para assim tentar amenizar o impacto destas atividades na saúde do trabalhador. No entanto, se a atividade exercida for concomitantemente, insalubre e perigosa, será facultado ao empregado que está sujeito a esta condição, optar pelo adicional que lhe for mais favorável, não podendo perceber, cumulativamente, ambos os adicionais.

O trabalhador que labora em condições perigosas tem direito garantido ao adicional de periculosidade, que, como disposto no §1º do art. 193 da CLT, assegura ao empregado um adicional de 30% sobre o salário base, sem acréscimos resultantes de gratificação, prêmios ou participação nos lucros da empresa.

Por sua vez, o trabalho em condições insalubres garante ao trabalhador a percepção do adicional de insalubridade equivalente a 40% (grau máximo), 20% (grau médio) e 10% (grau mínimo), a base de cálculo do adicional de insalubridade é o salário mínimo.

Na prática geralmente o empregado escolhe o adicional de periculosidade, que é calculado sobre o seu salário base, e não o adicional de insalubridade, que em regra é calculado sobre o salário mínimo, a não ser na hipótese de ganhar apenas um salário mínimo e o adicional de insalubridade ser devido em grau máximo (MARTINS, 2012).

Tanto a doutrina quanto a jurisprudência, de forma quase unânime, sustentam a impossibilidade de cumulação desses adicionais. Este entendimento expresso na CLT, da não possibilidade de cumulação, até os dias atuais é o entendimento majoritário na doutrina e jurisprudência, que utiliza como principal fundamento o princípio da legalidade,

Neste sentido, Sergio Pinto Martins (2012, p.262) entende que “não se está impedindo o empregado de receber o adicional, tanto que ele vai escolher o adicional que for maior. Está também de acordo com o princípio da legalidade, de que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer algo a não ser em virtude de lei.”

Modalidade do trabalho: Ensaio teórico
Evento: XXIII Seminário de Iniciação Científica

A jurisprudência dominante explica que o §2 do artigo 193 da CLT, foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988. Esse entendimento decorre do fato de que o artigo 7º inciso XXIII prevê o Direito ao adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas. O conectivo "ou" para a corrente majoritária significa uma vedação para a hipótese de cumulação dos adicionais.

Cabe ainda destacar que segundo o entendimento de alguns juristas, conceder a cumulação destes adicionais significa aceitar o enriquecimento ilícito do empregado, já que o trabalhador já tem o direito de escolher o adicional mais vantajoso economicamente.

No entanto, ainda que minoritário já a entendimento doutrinário de que, se os dois adicionais têm causas e razões diferentes devem ser pagos cumulativamente.

Os argumentos utilizados são a supremacia da norma constitucional, a convenção n. 155 da OIT, o respeito ao princípio da norma mais favorável, e o estimulo para o empregador neutralizar ou eliminar os riscos e também o melhoramento do meio ambiente de trabalho.

O adicional de insalubridade não se confunde com o de periculosidade, pois o valor devido é em razão de fatos geradores que também não se confundem entre si. Se os fatos geradores são distintos e o trabalhador se sujeita de forma simultânea a agentes insalubres e a condições perigosas, significa que está obrigado a trabalhar em tal situação e receber apenas um dos adicionais.

Fernando Formolo (2006) afirma que a aplicação do §2 do art. 193 da CLT induz, à pura e simples negação do direito expressamente assegurado no inciso XXIII do art. 7º da CF/88, é como se dissesse ao empregado "sim, sua atividade é realmente insalubre, pois se enquadra nas normas que a definem como tal, mas mesmo assim você não tem direito ao adicional de insalubridade, porque veja que azar, sua atividade é também perigosa e você já recebe o adicional de periculosidade".

A Constituição é norma suprema no ordenamento jurídico, sendo que a validade das demais normas tem como pressuposto a compatibilidade com as normas constitucionais. Em seu art. 1º, incisos III e IV, estabelece que o Brasil deve ser constituído em Estado democrático, e tem como fundamentos a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e a livre iniciativa.

Além disso a Constituição em seu art. 7º, caput e inciso XXIII, dispõe que são direitos do trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que vissem melhoria da sua condição social, a redução dos riscos inerentes ao trabalho, através de normas de saúde, higiene e segurança.

Outro argumento favorável à cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade é a supra legalidade dos tratados sobre direitos humanos, em especial a a Convenção 148 da OIT que consagra a necessidade de atualização constante da legislação sobre as condições nocivas de

trabalho e a Convenção 155 da OIT, que determina que seja levado em conta os riscos para a saúde decorrentes da exposição simultânea a diversas substâncias ou agentes.

Um dos princípios fundamentais do Direito do Trabalho é o da norma mais favorável, que segundo Mauricio Godinho Delgado (2007, p.198) o operador do Direito do Trabalho deve optar pela regra mais favorável ao obreiro em três situações distintas: no instante de elaboração da regra ou no contexto de confronto entre regras concorrentes ou por fim, no contexto de interpretação das regras.

Tal princípio segundo o autor supramencionado dividiu-se em três situações, as quais se enquadram no que tange a impossibilidade de cumulação dos adicionais, umas vez que o legislador no momento da elaboração da lei, favoreceu em partes o empregador, permitindo ao empregado escolher um dos adicionais quando deveria este receber pelos dois. Depois de construída a regra, o mesmo princípio permite optar em determinada situação de conflito de regras, aquela mais favorável ao empregado.

Ainda este mesmo princípio, permite ao operador jurídico escolher a interpretação da norma mais favorável ao trabalhador, quando estiver perante um quadro de conflitos de interpretações, sendo assim o art. 7º, XXII da CF/88, não faz menção expressa sobre a vedação da cumulação dos adicionais, o que demonstra que a Constituição não recepcionou o §2º do artigo 193 da CLT.

O objetivo do legislador, quando instituiu o adicional pelo labor em condições adversas, era aumentar a remuneração do empregado, permitindo assim uma qualidade de vida melhor e principalmente forçar o empregador a eliminar/reduzir a nocividade do ambiente de trabalho, no entanto o custo com o pagamento do adicional é menor do que os investimentos necessários para reduzir/eliminar os agentes nocivos (PENA, 2011).

Desta forma, o empregador acha melhor continuar pagando o adicional, ao invés de neutralizar ou eliminar os riscos no ambiente de trabalho, o que para ele é um custo benefício. Caso fossem dois trabalhadores a exercer tais funções, cada um deles perceberia o seu respectivo adicional, e, sendo somente um trabalhador, este receberia apenas um dos adicionais, desta forma caracteriza o próprio enriquecimento sem causa do empregador, que colocando um empregado para realizar as duas funções paga somente por uma delas.

Cabe destacar ainda, que encontra-se em tramitação na Câmara dos Deputados o projeto de Lei nº 4.983/2013 que tem como objetivo alterar o §2º do artigo 193 da CLT e permitir o recebimento cumulado dos adicionais de insalubridade e periculosidade.

O entendimento jurisprudencial não difere da doutrina, no entanto, é possível cada vez mais encontrar divergências jurisprudenciais, que embora minoritárias, acolhem à possibilidade de cumulação destes adicionais. Os Tribunais regionais em algumas decisões já se posicionam favorável à cumulação utilizando dos mesmos argumentos da doutrina.

Modalidade do trabalho: Ensaio teórico
Evento: XXIII Seminário de Iniciação Científica

Até então as decisões do Tribunal Superior do Trabalho eram contra a cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade, no entanto, em recente e inovadora decisão da sétima turma do Tribunal Superior do Trabalho afastou a argumentação do art. 193, §2 da CLT e negou recurso da empresa, sob o entendimento de que normas constitucionais e supralegais, hierarquicamente superiores à CLT, autorizam a cumulação dos adicionais.

Segundo, o relator de tal decisão Ministro Claudio Mascarenhas Brandão a cumulação dos adicionais não implica o pagamento em dobro, a acumulação se justifica em virtude dos fatos geradores dos direitos serem diversos e não se confundirem.

A partir das decisões favoráveis que já haviam sendo tomadas por alguns Tribunais Regionais, e recentemente pelo Tribunal Superior do Trabalho é fato que a doutrina e os diversos tribunais brasileiros devem repensar sobre a possibilidade de cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade e ampliar estas decisões, para assim garantir um dos direitos explícitos da Constituição, que é a saúde.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É notório que tanto a doutrina quanto a jurisprudência majoritariamente defendem a não cumulação, entendendo que o empregado exposto simultaneamente a agentes insalubres e perigosos no ambiente de trabalho, deverá optar pelo adicional mais benéfico.

No entanto, há um novo posicionamento que vem surgindo na doutrina e também nos Tribunais, entendendo e aplicando com maior justiça os princípios do direito do Trabalho, mais especificamente no que se refere à proteção da saúde do trabalhador.

Os altos índices de acidentes nos trabalho reforçam a necessidade de se adotar uma nova postura em relação a este tema, pois, de acordo com o exposto, cada um dos agentes gravosos prejudica um bem diverso e autônomo, logo, o acréscimo financeiro também deveria ser distinto, não como forma de compensar a deterioração da saúde ou risco de vida, e sim de acarretar uma majoração no valor a ser pago pelo empregador, servindo assim como estimulo para que sejam adotadas políticas de eliminação ou redução dos riscos, tornando o ambiente de trabalho um lugar seguro.

Espera-se que com o passar do tempo haja uma mudança paradigmática que entenda possível a cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade. Pois, acredita-se que não é correto o trabalhador sujeitar-se as duas situações prejudiciais a sua saúde e receber compensação de apenas uma delas, uma vez que o maior bem que uma pessoa possui é a vida e está não deve ser objeto de negociação na relação de trabalho, situação que é garantida pela Constituição Federal.

PALAVRAS-CHAVE: Direito do Trabalho; Saúde; Riscos; Segurança; Remuneração.

Modalidade do trabalho: Ensaio teórico
Evento: XXIII Seminário de Iniciação Científica

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 6 jun. 2015.

DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 6. ed. São Paulo: LTR, 2007.

FORMOLO, Fernando. A Acumulação dos Adicionais de Insalubridade e Periculosidade. Justiça do Trabalho. V.23, n.269, maio/2006.

MARTINS, Sergio Pinto. Direito do Trabalho. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

PENA, Tânia Mara Guimarães. Cumulação de Adicionais na relação de emprego – Respeito ao Direito Humano à Saúde do Trabalhador. Revista do Tribunal Regional da 3º Região. V.54, n.84, jul/dez. 2011. Disponível em:< http://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev_84/tania_mara_guimaraes_pena.pdf> Acesso em: 10 jun. 2015.