

ADICIONAIS LEGAIS E SEUS ASPECTOS POLÊMICOS

LEGAL BONUS AND ITS POLEMICS ASPECTS

Carolina de Souza Novaes Gomes Teixeira¹

Lucas Scarpelli de Carvalho Alacoque²

RESUMO

Destina-se o presente trabalho a analisar, de forma crítica, a política legislativa de criação de adicionais de remuneração para atividades perigosas e insalubres, que se mostram mais gravosas ao trabalhador. Serão analisados os aspectos polêmicos que cercam tal normatização, em especial as discussões a respeito da base de cálculo do adicional de insalubridade, a cumulatividade dos adicionais, seu efeito pedagógico e a própria política de monetização de riscos, à luz do estudo realizado sobre a legislação simbólica como tendência do ordenamento jurídico nacional e internacional. Para se alcançar tal objetivo, utilizou-se o método exploratório, com pesquisa doutrinária e jurisprudencial, buscando posicionamentos diversos relativos aos temas propostos. Resultou a pesquisa na constatação da inexistência de certezas sobre os pontos estudados e na necessidade de mudanças na atual concepção do assunto, devendo a discussão em epígrafe ser intensificada para que se chegue a conclusões relevantes para o Direito do Trabalho e benéficas às partes que a ele se submetem.

Palavras-chave: Adicionais legais. Insalubridade. Periculosidade. Base de cálculo. Cumulatividade.

ABSTRACT

This article's destination is the critical analysis of the legislative policy that creates additional wages due to dangerous and insalubrious activities, more burdensome to workers. The polemical aspects of this regulation will be analyzed, such as the calculation of insalubrity wage, the cumulation of rewards, their pedagogical effects and the own monetary policy, under the lights of a symbolic legislation study, seen as a tendency of national and international law. In order to reach this objective, exploration methods were used, such as jurisprudence and literature researches, searching for different points of view about this subject. This research's result was the discover of the absence of certainty about the studied points and the need to change the actual conception, in order to obtain relevant conclusions for the Labor Law and benefits for those who are involved in it.

Keywords: Additional wages. Insalubrity. Danger. Calculation. Cumulation.

¹ Mestranda em Direito do Trabalho na Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais; docente na Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais; especialista em Direito Privado pela Universidade Cândido Mendes (UCAM) e graduada em Direito na Universidade Federal de Ouro Preto (UFOP).

² Mestrando em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica do Estado de Minas Gerais; oficial judiciário do Tribunal de Justiça de Minas Gerais; graduado em Direito pela Faculdades Milton Campos.

1 INTRODUÇÃO

O desenvolvimento sustentável da nação só pode ser atingido se houver investimento na melhoria das condições de trabalho, a fim de se obter maiores índices de produtividade sadia.

Nos moldes da legislação trabalhista brasileira, é dever do empregador cumprir e fazer cumprir as normas de segurança e medicina do trabalho - artigo 157 da CLT - a fim de resguardar a vida, saúde e integridade do trabalhador, priorizando a prevenção em relação à simples compensação pecuniária pelo dano, alterando a cultura da monetização do risco.

Ao lado do dever patronal coabita o direito fundamental do trabalhador, constitucionalmente previsto, à redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança.

Como forma de compensação à exposição dos trabalhadores a ambientes prejudiciais à saúde, foram criados os adicionais de remuneração, acréscimos salariais decorrentes da prestação de serviços do empregado em condições mais gravosas que o normal. Os adicionais são um *plus* nos salários ou remunerações dos trabalhadores, por exercerem funções que lhes causem um dano efetivo ou potencial.

Entende-se que os direitos fundamentais do trabalhador, assegurados pela Constituição de 1988, são mais importantes que qualquer aspecto econômico, e que por isso não devem ser flexibilizados: assim, os direitos trabalhistas jamais podem ser vistos como custos, que possam ser simplesmente extraídos. A preservação da dignidade e a elevação da condição humana dos trabalhadores são papéis fundamentais dos direitos trabalhistas, que não podem ser postos em questão por nenhum argumento econômico.

No presente artigo, analisaremos a disciplina normativa dos adicionais de remuneração, em especial seus aspectos polêmicos, tais como a base de cálculo da insalubridade, a cumulatividade dos adicionais de periculosidade e insalubridade e a monetização dos riscos.

Analisaremos também qual o papel social dos adicionais de remuneração, se preventivo ou punitivo.

2 SÚMULA VINCULANTE Nº 4 DO STF E A BASE DE CÁLCULO DO ADICIONAL DE INSALUBRIDADE

De acordo com conceituação formulada pelo Ministério do Trabalho e Emprego “[...] atividades insalubres são aquelas que expõem os empregados a agentes nocivos à saúde, acima dos limites legais permitidos”³. Ou seja, há insalubridade quando o empregado sofre agressões de agentes físicos ou químicos acima dos níveis de tolerância estabelecidos pelo próprio Ministério do Trabalho, seja em razão da intensidade do agente ou em decorrência do tempo de exposição aos seus efeitos.

Adicionais, nas sábias palavras do Ministro Maurício Godinho Delgado (2008, p. 692), “[...] consistem em parcelas contra prestações suplementares devidas ao empregado em virtude do exercício do trabalho em circunstâncias tipificadas mais gravosas”, definição essa que se encaixa perfeitamente aos trabalhos realizados em condições insalubres.

De tal modo, resta pacificado que, ao trabalhador exposto aos agentes insalubres cabe adicional de 40%, 20% ou 10%. Todavia, há dissenso doutrinário e jurisprudencial a respeito da base de cálculo desse adicional.

O artigo 192 da CLT, visando a monetizar a saúde do empregado em detrimento da eliminação ou redução do risco, até mesmo porque nem sempre estes podem ser eliminados por completo, estatui que o trabalho realizado em áreas insalubres será remunerado com um adicional de 40%, 20% ou 10%, dependendo do grau em que se classifique, tendo como base de cálculo o salário mínimo da região⁴.

Contudo, a Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 1988 e, portanto, após o advento da CLT, preceitua em seu art. 7º a impossibilidade da vinculação do salário mínimo para qualquer fim, criando uma incompatibilidade entre a norma infraconstitucional prevista no art. 192 da CLT e o dispositivo constitucional.

Mesmo após transcorridos mais de vinte anos da promulgação da Constituição Federal, ainda permanecem no ordenamento jurídico brasileiro normas incompatíveis com o estabelecido pela Carta Magna de 1988, merecendo tais regras uma atenção cuidadosa do

³ BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. **Dúvidas trabalhistas**. Disponível em: <http://www.mte.gov.br/ouvidoria/duvidas_trabalhistas.asp>. Acesso em: 15 maio 2013.

⁴ Art. 192 - O exercício de trabalho em condições insalubres, acima dos limites de tolerância estabelecidos pelo Ministério do Trabalho, assegura a percepção de adicional respectivamente de 40% (quarenta por cento), 20% (vinte por cento) e 10% (dez por cento) do salário-mínimo da região, segundo se classifiquem nos graus máximo, médio e mínimo. BRASIL. **Decreto-Lei nº 5452/43**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm> Acesso em: 11 maio 2013.

intérprete e aplicador do Direito, ao confrontá-las com os princípios e direitos fundamentais regentes da nova ordem constitucional.

Em atenção a essa incompatibilidade, em 1996 o Tribunal Superior do Trabalho editou a Orientação Jurisprudencial nº02 da SDI-I, estabelecendo que, embora vedada pela Constituição Federal de 1988, a base de cálculo do adicional de insalubridade continuaria a ser o salário mínimo.

Porém, dois anos depois da edição da referida OJ nº2 da SDI-I do TST, visando a conferir uma interpretação harmônica entre os dispositivos constitucionais e infraconstitucionais, o Supremo Tribunal Federal publicou a Súmula Vinculante nº4, que preceitua: “[...] salvo nos casos previstos na Constituição o salário mínimo não pode ser usado como indexador de base de cálculo de vantagem de servidor público, nem ser substituído por decisão judicial”⁵.

Embora munida de boas intenções, a Súmula Vinculante nº4 acabou por engessar a atuação dos magistrados trabalhistas, impossibilitando que a solução do conflito da base de cálculo venha a ser dada através de decisão judicial. Além disso, sob a escusa de que não é permitido ao Poder Judiciário se substituir ao Poder Legislativo, deixou sem solução o conflito.

A Súmula Vinculante nº4 repercutiu também sobre jurisprudência pacificada do TST que cancelou a OJ nº2 SDI-I e alterou a redação da Súmula nº228 para a seguinte:

ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. BASE DE CÁLCULO (redação alterada na sessão do Tribunal Pleno em 26.06.2008)

A partir de 9 de maio de 2008, data da publicação da Súmula Vinculante nº 4 do Supremo Tribunal Federal, o adicional de insalubridade será calculado sobre o salário básico, salvo critério mais vantajoso fixado em instrumento coletivo.⁶

Após a edição da Súmula nº 228 do TST, o conflito relacionado à base de cálculo do adicional de insalubridade restaria solucionado não fosse o ajuizamento de Reclamação Constitucional perante o STF pela Confederação Nacional da Indústria, visando à suspensão da aplicação da Súmula nº 228 do TST, questionando a nova redação que adota o salário básico do trabalhador como base de cálculo para o adicional de insalubridade.

⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante nº 4. **Diário de Justiça**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/DJe_105_11_06_2008.pdf> Acesso em: 18 abr. 2013.

⁶ TST Reedita Súmula 228. JusBrasil Notícias, 07 jul. 2008. Disponível em: <<http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/49810/tst-reedita-sumula-228>>. Acesso em: 08 maio 2013.

O ministro Gilmar Mendes entendeu que a redação da Súmula nº 228 do TST “[...] revela aplicação indevida da Súmula Vinculante nº 4, porquanto permite a substituição do salário mínimo pelo salário básico no cálculo do adicional de insalubridade sem base normativa”⁷, suspendendo, portanto, a aplicação de parte da Súmula nº 228, do Tribunal Superior do Trabalho (TST), sobre pagamento de adicional de insalubridade.

Em suma, até que seja editada norma legal ou convenção coletiva que estabeleça base de cálculo - que não o salário mínimo - para o adicional de insalubridade este continuará a ser o critério aplicável no caso concreto.

Buscando uma solução mais simples, entende o doutrinador Jorge Luiz Souto Maior⁸ ser regra constitucional expressa no inciso XXIII, do artigo 7º, da CR/88, a utilização da remuneração do trabalhador como base de cálculo do adicional de insalubridade.

Para o autor, o próprio texto constitucional indica a base de cálculo a ser adotada quando, no inciso XXIII, do artigo 7º, prevê que são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais o adicional de remuneração (frise-se) para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei⁹.

Em relação à eficácia imediata do artigo 7º, antecipando-se aos argumentos contrários a tese de Jorge Luiz Souto Maior, a professora Maria Cecília Máximo Teodoro (2011)¹⁰ afirma possuírem eficácia imediata as normas constitucionais, em especial aquelas referentes aos direitos fundamentais.

Este também é o entendimento do jurista Antônio Álvares da Silva (2010):

Com efeito, sempre defendi que ao dispor a Constituição da República, no art.7º, inciso XXIII, o termo remuneração em vez de salário para qualificar o adicional que deve ser pago pelo trabalho prestado em condições penosas, insalubres ou perigosas,

⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 6.266/DF. Relator: Ministro Gilmar Mendes. **Diário de Justiça**. 15 jul. 2008. Disponível em: <http://www.guiatrabalhista.com.br/tematicas/sumula_tst_stf.htm>. Acesso em: 09 maio 2013.

⁸ MAIOR, Jorge Luiz Souto; SILVA, Alessandro da. **Súmula vinculante: um poder vinculado. O caso da súmula nº4 do STF**. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI65682,11049-Sumula+Vinculante+um+poder+vinculado>>. Acesso em: 10 maio 2013.

⁹ A Constituição da República de 1988 preleciona no art. 7º: “São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...) XXIII - adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei”; **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm> Acesso em: 12 maio 2013.

¹⁰ TEODORO, Maria Cecília Máximo; DOMINGUES, Gustavo Magalhães de Paula Gonçalves. Adicionais de insalubridade e periculosidade: base de cálculo, cumulatividade e efeitos preventivo e pedagógico. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 20., 2011, Vitória. **Anais...** Vitória: UFES, 2011.

o legislador constituinte teve clara intenção de aumentar a base sobre a qual incide o trabalho realizado em condições adversas, revogando assim o art. 192 da CLT.¹¹

O jurista afirma que essa interpretação tem guarida na distinção entre remuneração e salário, presente na própria CLT e, também pelo intuito do legislador em reduzir os riscos inerentes ao trabalho através das normas de saúde, higiene e segurança.

Sendo assim, mesmo após a edição da Súmula Vinculante nº4, entendemos ser mais coerente a aplicação da remuneração como base de cálculo para o adicional de insalubridade. “A base de cálculo do adicional de insalubridade não precisa de previsão por lei infraconstitucional, pois a Constituição, claramente, já a define”¹².

3 CUMULATIVIDADE DOS ADICIONAIS: ENTENDIMENTOS ACERCA DA POSSIBILIDADE

A cumulatividade dos adicionais legais significa sua percepção simultânea por parte do empregado, sem que o recebimento de um exclua o recebimento do outro. Regra geral, a cumulatividade é admitida na legislação trabalhista, excetuando-se o caso dos adicionais de insalubridade e periculosidade. O artigo 193 da CLT preceitua:

Art. 193. São consideradas atividades ou operações perigosas, na forma da regulamentação aprovada pelo Ministério do Trabalho e Emprego, aquelas que, por sua natureza ou métodos de trabalho, impliquem risco acentuado em virtude de exposição permanente do trabalhador a: (Redação dada pela Lei nº 12.740, de 2012)

I - inflamáveis, explosivos ou energia elétrica; (Incluído pela Lei nº 12.740, de 2012)

II - roubos ou outras espécies de violência física nas atividades profissionais de segurança pessoal ou patrimonial. (Incluído pela Lei nº 12.740, de 2012)

§ 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. (Incluído pela Lei nº 6.514, de 22.12.1977)

§ 2º - O empregado poderá optar pelo adicional de insalubridade que porventura lhe seja devido. (Incluído pela Lei nº 6.514, de 22.12.1977)

§ 3º Serão descontados ou compensados do adicional outros da mesma natureza eventualmente já concedidos ao vigilante por meio de acordo coletivo. (Incluído pela Lei nº 12.740, de 2012)¹³

¹¹ MINAS GERAIS. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Recurso Ordinário nº 00091-2010-157-03-00-6. Relator: Antônio Álvares da Silva. **Diário de Justiça**. 14 jun. 2010. Disponível em: <www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev.../decisoes_1a_instancia.pdf>. Acesso em: 05 maio 2013.

¹² MAIOR, Jorge Luiz Souto; SILVA, Alessandro da. **Súmula vinculante: um poder vinculado**: o caso da súmula nº4 do STF. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI65682,11049-Sumula+Vinculante+um+poder+vinculado>>. Acesso em: 10 maio 2013.

¹³ BRASIL. **Decreto-Lei nº 5452/43**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm> Acesso em 11/05/13.

Da análise fria do dispositivo legal conclui-se que o fato de o obreiro poder optar pelo adicional de insalubridade que porventura lhe seja devido reflete a impossibilidade de recebimento simultâneo das parcelas. Ou seja, caso o trabalhador desempenhe atividade que se caracteriza ao mesmo tempo como insalubre e perigosa, ser-lhe-á devido apenas um dos adicionais correspondentes, à sua escolha.

Esse tipo de interpretação tem prevalecido nos tribunais e encontra abrigo em boa parte da doutrina. Alice Monteiro de Barros afirma que “[...] caso o empregado trabalhe em condições perigosas e insalubres, simultaneamente, os adicionais não se acumulam, por disposição expressa de lei” (BARROS, 2010, p. 795).

Decidiu o TST no mesmo sentido:

CUMULAÇÃO DE ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE. IMPOSSIBILIDADE. A despeito de não existir norma legal que vede expressamente a cumulação de adicionais de insalubridade ante a exposição do empregado a mais de um agente insalubre, é essa a conclusão que se extrai da leitura dos arts. 192 e 193, § 2º, da CLT, uma vez que este veda até a cumulação de adicionais de periculosidade e de insalubridade. Incólume, pois, o art.5º, inc. II, da Constituição da República.¹⁴

No entanto, tal posicionamento estritamente legalista vem sendo alvo de críticas, especialmente após a constitucionalização das normas trabalhistas, que resultou na inclusão dos adicionais de insalubridade e periculosidade no rol de direitos sociais, além da ratificação por parte do Brasil da Convenção nº 155 da OIT.

4 CUMULATIVIDADE DOS ADICIONAIS: PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL

A constitucionalização do Direito do Trabalho, fenômeno ocorrido com a entrada em vigor da Carta de 1988, significou a inclusão no texto constitucional de “[...] diversificado painel de direitos sociotrabalhistas, ampliando garantias já existentes na ordem jurídica, a par de criar novas no espectro normativo dominante” (DELAGADO, 2008, p. 127). Sabe-se que a entrada em vigor de uma Constituição reinaugura o ordenamento jurídico, fazendo-se necessário verificar a adequação entre a lei antiga e o novo texto constitucional para então concluir-se por sua recepção ou não pela nova Carta¹⁵, visto que nosso ordenamento jurídico

¹⁴ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. E-RR-547380/1999, SBDI-I. Relator: Ministro Brito Pereira. **Diário de Justiça**. 6 fev. 2004. Disponível em <<http://www.direitonet.com.br/jurisprudencia/exibir/564736/TST-E-RR-547380-1999>>. Acesso em: 11 maio 2013.

¹⁵ Kildare Gonçalves Carvalho ensina: “A regra geral é que as leis ordinárias anteriores continuem em vigor, desde que compatíveis com a Constituição superveniente, havendo, no caso, recepção do direito ordinário pelas

não adota a teoria da inconstitucionalidade superveniente. Dessa forma, seria necessário realizar o mencionado juízo de recepção também em relação às normas trabalhistas: ora, o novo aparato constitucional certamente provocou a revogação de muitas delas pela não compatibilidade.

Entendemos, assim, que a regra de não cumulatividade dos adicionais de periculosidade e insalubridade não foi recepcionada pela Constituição Republicana de 1988, já que o art. 7º da Carta Maior garantiu aos trabalhadores a percepção de tais parcelas sem restrição expressa. Vejamos:

A autorização, expressa ou tácita, concedida pela Constituição para a lei estabelecer restrições a direitos fundamentais não é de caráter amplo e ilimitado. Do contrário, correr-se-ia o risco de a legislação ordinária mutilar os direitos assegurados na Constituição [...] A indagação que então se insinua é a seguinte: o teor do § 2º do art. 193 da CLT preserva o conteúdo essencial do inciso XXIII do art. 7º da Constituição, harmonizando-se com os fins desejados pelo legislador constituinte? A resposta, a nosso ver, é negativa, pois o adicional de insalubridade não se confunde com o de periculosidade, e vice-versa, bem assim os fatos geradores de um e outro também não se confundem entre si.¹⁶

Mesmo que se entendesse recepcionado o art. 193 §2º da CLT, este estaria revogado pela Convenção nº 155 da OIT, ratificada pelo Brasil em 18 de maio de 1992 a ver:

Art. 11 – Com a finalidade de tornar efetiva a política referida no artigo 4 da presente Convenção, a autoridade ou as autoridades competentes deverá garantir a realização progressiva das seguintes tarefas: [...] b) a determinação das operações e processos que serão proibidos, limitados ou sujeitos à autorização ou ao controle da autoridade ou autoridades competentes, assim como a determinação das substâncias e agentes aos quais estará proibida a exposição no trabalho, ou bem limitada ou sujeita à autorização ou ao controle da autoridade ou autoridades competentes; deverão ser levados em consideração os riscos para a saúde decorrentes da exposição simultânea a diversas substâncias ou agentes.¹⁷

Tratando o texto convencional da proteção em face da exposição simultânea a diversas substâncias ou agentes, verifica-se que ele tornou possível a percepção cumulativa dos adicionais, bastando ao operador do direito se utilizar do método de interpretação sistemática das normas para se chegar a tal conclusão. O TRT da 12ª Região decidiu nesse sentido:

normas constitucionais [...] Ocorrendo incompatibilidade entre o direito ordinário e as normas constitucionais novas, ainda que programáticas, não poderá o mesmo sobreviver, deixando assim de vigorar” CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional**. 16. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 320-321.

¹⁶ FORMOLO, Fernando e SILVA, Janaína Saraiva. **Cumulação de Adicionais**. Disponível em:

<<http://www.amatra4.org.br/publicacoes/cadernos/caderno-07?start=20>>. Acesso em: 14 maio 2013.

¹⁷ OIT. **Convenção nº 155**. Disponível em: <<http://www.oit.org.br/node/504>> Acesso em: 01 maio 2013.

Insalubridade e periculosidade. Possibilidade de cumulação. Não recepção do § 2º do art. 193 da CLT. (...) Os adicionais de insalubridade e de periculosidade são verbas distintas que visam finalidades distintas, uma vez que o objeto tutelado por um deles em nada se confunde com o do outro. (...) Partindo-se das técnicas de interpretação sistemática, que se caracteriza pela busca da harmonia da norma ao ordenamento jurídico, e teleológica (finalística), que leva em conta a finalidade visada pela legislação, exsurge que a CRFB intencionalmente não previu a limitação dos direitos inerentes à saúde, higiene e segurança (...) Portanto, considerando que o § 2º do art. 193 da CLT contraria frontalmente a orientação passada por todos esses preceitos superiores, não mais subsiste a possibilidade de sua aplicação porque não-recepcionado pela CRFB/1988, motivo porque a exposição simultânea do trabalhador a agentes insalubres e perigosos enseja a cumulação dos respectivos adicionais, de insalubridade e de periculosidade.¹⁸

Entendemos, assim, ser perfeitamente cabível a percepção cumulativa dos adicionais de insalubridade e periculosidade, tanto pela permissão constitucional e legal como pela simples razoabilidade desse raciocínio, que simplesmente concede o direito àquele cuja conduta se subsumir na determinação legal.

5 CUMULATIVIDADE DOS ADICIONAIS: O CARÁTER PEDAGÓGICO DA CUMULATIVIDADE DOS ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE

O pagamento dos adicionais de remuneração, além de indenizar o trabalhador pelo exercício do trabalho em circunstâncias tipificadas mais gravosas, também possui o condão de gerar um efeito pedagógico e preventivo de atividades insalubres e perigosas por parte das empresas, ou seja, além de servir como uma compensação financeira ao empregado que se encontra exposto a múltiplos agentes novíços à sua saúde, também tem como objetivo estimular as empresas a diminuir, ou até mesmo neutralizar, os ambientes insalubres e perigosos.

Entende o TST - através da Súmula 289¹⁹ - que, o simples fornecimento de equipamentos de proteção individual de segurança não exime o empregador do pagamento de

¹⁸ SANTA CATARINA. Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região. Recurso Ordinário nº 0003710-06.2011.5.12.0027-10. Relatora: Maria de Lourdes Leiria. **Diário de Justiça**. 31 jan. 2013. Disponível em: <<http://consultas.trt12.jus.br/SAP2/DocumentoListar.do?plocalConexao=sap2&ptipo=PDF&pidDoc=244010>>. Acesso em: 03 maio 2013.

¹⁹ Dispõe a referida súmula que “[...] o simples fornecimento do aparelho de proteção pelo empregador não o exime do pagamento do adicional de insalubridade, cabendo-lhe tomar as medidas que conduzam à diminuição ou eliminação da nocividade, dentre as quais as relativas ao uso efetivo do equipamento pelo empregado”. BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 289. **Diário de Justiça**. Disponível em: <http://www.dji.com.br/normas_inferiores/enunciado_tst/tst_0289.htm>. Acesso em: 10 maio 2013.

adicionais. Somente a neutralização total dos riscos retira do empregador a obrigatoriedade do pagamento dos adicionais de remuneração.

Da análise do entendimento sumulado pelo Tribunal Superior do Trabalho verifica-se que é obrigação do empregador proporcionar ao seu empregado um ambiente seguro, saudável, hígido e livre de agentes que venham a proporcionar a insalubridade e a periculosidade.

Ignorar o direito do trabalhador em receber, cumulativamente, os adicionais de insalubridade e periculosidade, é estimular o empregador a não buscar meios que neutralizem as nocividades ou eliminem os riscos da atividade.

Deve a obrigação de pagar persistir enquanto persistirem os agentes, haja vista que, quanto maior for a sua obrigação pecuniária, maior será o empenho da empresa em neutralizar os riscos, já que esses são a causa do pagamento dos adicionais. Este também é o entendimento do pesquisador Luã Lincoln Leandro Oliveira:

A disposição legal hodierna estimula essa conduta desidiosa do Empregador, tendo em vista que é mais cômodo e lucrativo, o pagamento de somente um adicional, quando o trabalhador laborar sob a incidência de agentes insalubres e perigosos, do que buscar meios para neutralizar os agentes nocivos ou eliminar os riscos da atividade.²⁰

A possibilidade de cumulação de tantos adicionais quanto forem os agentes nocivos a que estiver exposto o trabalhador estimula o empregador a melhorar as condições de trabalho e a proporcionar um ambiente hígido e sem riscos ao empregado, pois a redução de agentes nocivos, a curto prazo, levaria também a uma redução de custos da própria empresa.

6 MONETIZAÇÃO DOS RISCOS: CONCEITO

Entende-se por monetização (ou monetarização) dos riscos a política de aumento da remuneração do trabalhador que está exposto a agentes agressivos, em razão da possibilidade da ocorrência de acidente do trabalho ou desenvolvimento de doença ocupacional (OLIVEIRA, 2001, p. 136). São os adicionais legais reflexos diretos da política

²⁰ OLIVEIRA, Luã Lincoln Leandro. **A admissibilidade da cumulação do adicional de insalubridade e periculosidade**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9891&revista_caderno=25>. Acesso em: 17 maio 2013.

de monetização de riscos, à medida que recompensam financeiramente aquele que labora em condições de risco à própria integridade física.

São muitas as críticas direcionadas à política de monetização de riscos. Boa parte da doutrina associa tal prática à venda da saúde do obreiro, por tornar atrativa economicamente a prática do trabalho mais gravoso e, de certa forma, dispensar a necessidade de prevenção (SAAD; SAAD; BRANCO, 2005, p. 192)²¹. É o caso da lição de Sebastião Geraldo de Oliveira:

Observa-se um movimento permanente de instituir recompensas pelos riscos, o que desvia a preocupação com o problema central, que é a saúde do trabalhador. Foram criados mecanismos para conviver com o mal e não para cortá-lo pela raiz [...] De fato, a justificativa para o pagamento do adicional pelo trabalho em condições adversas não resiste a cinco minutos de reflexão séria. O adicional – não há como deixar de perceber – significa venda da saúde ou de parte da própria vida, daí o rótulo que vem recebendo de adicional do suicídio ou da morte (OLIVEIRA, 2001, p. 138-139).

Por outro lado, também se entende que certas atividades, cuja proibição é inviável economicamente, apresentam riscos inerentes à integridade do trabalhador e de impossível eliminação. Christiani Marques (2007, p. 120) assevera:

A monetarização do risco pode levar a crer que a saúde tem um preço quando realizado o pagamento de um adicional. Ressalta-se novamente que não se está dizendo ser o empregador o grande vilão da história da humanidade, pois existem inúmeras atividades que não possuem condições de eliminação total dos riscos gerados por agentes agressivos. Nessas hipóteses deve-se harmonizar o princípio fundamental da dignidade da humana e a ordem econômica, para que a potencialidade do risco seja diminuída.

Deve-se procurar, portanto, soluções no caso concreto para que cada atividade tenha seus riscos reduzidos ao máximo e que a monetização não prevaleça em detrimento da efetiva proteção à saúde do trabalhador. Neste contexto, apresentam-se alternativas à mencionada política, que serão trabalhadas adiante.

²¹ Outros autores, de forma mais radical, chegam a defender o dever dos empregadores de “eliminar, a tempo, qualquer risco à vida ou à saúde dos empregados. Cabe-lhes não apenas cumprir a lei; devem ir mais além para atender às peculiaridades do ambiente de trabalho ou para anular fatores personalíssimos que o legislador não tem meios para prever ou indicar em cada caso concreto”.

7 ALTERNATIVAS À MONETIZAÇÃO DOS RISCOS

Em face das críticas apontadas à política de monetização dos riscos, a doutrina tem se esforçado para buscar formas alternativas de promover a melhora das condições de trabalho. No direito comparado, verifica-se que, além do aumento da remuneração, foram utilizadas medidas como a proibição do trabalho e a redução da jornada, além da existência de normatização rígida relativa ao meio ambiente de trabalho (SAAD; SAAD; BRANCO, 2005, p. 201).

No que tange à proibição do trabalho que envolve riscos, resta claro que tal medida poderia inviabilizar atividades essenciais, como os serviços hospitalares ou de vigilância, não sendo razoável para resolver a situação em tela.

A redução da jornada, por outro lado, tem sido bem aceita entre os estudiosos como uma forma de minorar os riscos sem os quantificar economicamente. Oliveira (2001, p. 140) leciona:

A redução da jornada é a saída ética para enfrentar a questão. Em vez de reparar com dinheiro a perda da saúde, deve-se compensar o desgaste com maior período de descanso, transformando o adicional monetário em repouso adicional. A menor exposição diária, combinada com um período de repouso mais dilatado, permite ao organismo humano recompor-se da agressão, mantendo a higidez. Essa alternativa harmoniza as disposições constitucionais de valorização do trabalho, colocando o trabalhador em prioridade com relação ao interesse econômico.

Comungamos do entendimento de Oliveira. De fato, a redução da jornada possibilita não só a recomposição do trabalhador como a possibilidade de maior oferta de empregos. No entanto, entendemos que as políticas de proteção à integridade física do trabalhador devem ser acompanhadas de uma maior estruturação dos órgãos de fiscalização das relações de trabalho, para que, mediante rígida supervisão, se dê efetivo cumprimento às normas de saúde e segurança já existentes por parte dos empregadores.

Ressalta-se, neste contexto, a grande relevância da atuação do Ministério do Trabalho e Emprego, responsável pela regulamentação das normas de saúde e segurança laborais e da fiscalização do cumprimento dessas normas, bem como a do Ministério Público do Trabalho, ao qual cabe

O ajuizamento da ação civil pública no âmbito da Justiça do Trabalho, para a defesa de interesses coletivos, quando desrespeitados os direitos sociais constitucionalmente garantidos, podendo, ainda, instaurar inquérito civil e outros

procedimentos administrativos, sempre que cabíveis para assegurar a observância dos direitos sociais constitucionalmente garantidos aos trabalhadores.²²

No entanto, a insuficiência de estrutura dos órgãos mencionados *retro* - que assim deixam de cumprir suas finalidades institucionais - e a ausência de cumprimento das normas assecuratórias da integridade física do obreiro nos motivam refletir sobre o possível caráter simbólico da atual legislação protetiva brasileira.

8 SEGURANÇA E SAÚDE DO TRABALHADOR E LEGISLAÇÃO SIMBÓLICA

O aprofundamento dos estudos em legística material ao redor do mundo levou ao descobrimento de uma possível característica simbólica dos diplomas legais. Segundo a lição de Marcelo Neves (2001, p. 30), a legislação simbólica poderia ser definida como a “[...] produção de textos cuja referência manifesta à realidade é normativo-jurídica, mas que serve, primária e hipertroficamente, a finalidades políticas de caráter não especificamente normativo-jurídico”, ou seja, aquela que serve a função política mas deixa de se concretizar no âmbito jurídico.

Dentre as modalidades de legislação simbólica, destaca-se a legislação-álibi, conhecida como aquela que:

Tem a função de aparentar uma solução dos respectivos problemas sociais ou, de convencer o público das boas intenções do governo, ou seja, ela é utilizada com a finalidade de demonstrar ao eleitorado que determinada demanda foi objeto de leis, sendo secundário demonstrar se tais leis atingiram os efeitos desejados pelo eleitorado.²³

Cabe, assim, questionar: teriam as normas de proteção à segurança e à saúde do trabalhador caráter simbólico? Significariam tais normas um álibi estatal?

Entendemos ser possível afirmar que parte da normatização em tela possui sim caráter simbólico, chegando-se a essa conclusão a partir da seguinte análise: o Estado, tendo por base as alarmantes estatísticas de acidentes do trabalho e doenças ocupacionais, edita leis

²² SANTOS, Elvécio Moura; GUGEL, Maria Aparecida. **O Ministério Público e as questões de segurança e saúde no trabalho**. Disponível em:

<http://www.pgt.mpt.gov.br/publicacoes/seguranca/mpt_questoes_seg_saude.pdf>. Acesso em: 10 maio 2013.

²³ SILVA, Ziziane César de França. **O impacto das leis simbólicas propostas e aprovadas na Câmara dos Deputados: produção ou inflação legislativa?** Disponível em:

<http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/682/impacto_leis_ziziane.pdf?sequence=1>. Acesso em: 14 maio 2013.

protetivas que nascem com o intuito de garantir aos trabalhadores melhor qualidade de vida, evitando a ocorrência dessas intempéries. No entanto, parte dessas normas não cuida de afastar os riscos das atividades, mas apenas aumenta a remuneração daqueles que laboram de forma mais gravosa. Lado outro, as normas que tratam de forma efetiva da segurança dos trabalhadores não são acompanhadas de mudanças estruturais que garantam a ampla fiscalização de seu cumprimento. Ora, conforme já salientado, a mera concessão de um adicional não afasta os riscos de uma atividade; a ausência de fiscalização leva ao descumprimento massificado da lei, e, via de consequência, à ausência de sua concretização no âmbito social, o que de fato vem ocorrendo na atualidade.

Tem-se, portanto, um exemplo claro de legislação-álibi, editada apenas como “[...] uma tentativa de dar a aparência de uma solução dos respectivos problemas sociais ou, no mínimo, da pretensão de convencer o público das boas intenções do legislador” (NEVES, 2001, p. 39). O caráter de álibi da mencionada legislação seria passível de reversão, dependendo da devida vontade política para buscar medidas de efetivação da legislação e garantir aos trabalhadores seus direitos constitucionalmente previstos.

9 CONCLUSÃO

A introdução no ordenamento jurídico brasileiro de parcelas salariais adicionais como compensação pelo trabalho em uma atividade mais gravosa representou, a princípio, um avanço no tratamento da questão da saúde e segurança do obreiro por parte do Estado. No entanto, a política em discussão é alvo de críticas e ainda requer avanços em diversos aspectos.

O parâmetro atual da base de cálculo do adicional de insalubridade ainda se mostra insuficiente para compensar o trabalhador pelos danos à saúde, dependendo a matéria de vontade política para ser devidamente regulamentada. Por outro lado, perde-se também com a vedação legal de cumulatividade na percepção dos adicionais de insalubridade e periculosidade, o que desnatura o caráter pedagógico dessas medidas.

A própria política de monetização de riscos, presente em diversos países, é inadmissível caso seja instituída de forma isolada, por promover simplesmente a venda da integridade física do empregado. Deve ela, portanto, ser acompanhada de mecanismos de prevenção e fiscalização das normas de saúde e segurança no trabalho, visando à máxima redução dos riscos da atividade laboral.

No exemplo brasileiro, temos que a pouca efetividade da legislação protetiva, causada pela ausência de uma estrutura preventiva e fiscalizadora relevante, tem culminado na permanência de altos índices de acidentes do trabalho e doenças ocupacionais, sendo possível afirmar o caráter simbólico dessas normas.

Deve-se, portanto, intensificar o debate a respeito da matéria tratada, para que sejam reduzidas as incertezas e divergências que nela imperam e que sejam encontradas soluções para o atual contexto de tolerada agressão à integridade física do trabalhador.

REFERÊNCIAS

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 6. ed. São Paulo: LTr, 2010.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 5452/43**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 11 maio 2013.

BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. **Dúvidas trabalhistas**. Disponível em: <http://www.mte.gov.br/ouvidoria/duvidas_trabalhistas.asp>. Acesso em: 15 maio 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação nº 6.266/DF**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. 15 jul. 2008. Disponível em: <http://www.guiatrabalhista.com.br/tematicas/sumula_tst_stf.htm>. Acesso em: 09 maio 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante nº 4**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/DJe_105_11_06_2008.pdf>. Acesso em: 18 abr. 2013.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **E-RR-547380/1999**, SBDI-I. Relator: Ministro Brito Pereira. 6 fev. 2004. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/jurisprudencia/exibir/564736/TST-E-RR-547380-1999>>. Acesso em: 11 maio 2013.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula nº 17**. Disponível em: <http://www.dji.com.br/normas_inferiores/enunciado_tst/tst_0017.htm>. Acesso em: 18 abr. 2013.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula nº 289**. Disponível em: <http://www.dji.com.br/normas_inferiores/enunciado_tst/tst_0289.htm>. Acesso em: 10 maio 2013.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional**. 16. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 7. ed. São Paulo: LTr, 2008.

FORMOLO, Fernando; SILVA, Janaína Saraiva. **Cumulação de adicionais**. Disponível em: <<http://www.amatra4.org.br/publicacoes/cadernos/caderno-07?start=20>>. Acesso em: 14 maio 2013.

MAIOR, Jorge Luiz Souto; SILVA, Alessandro da. **Súmula vinculante**: um poder vinculado. O caso da súmula nº4 do STF. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI65682,11049sumula+Vinculante+um+poder+vinculado>>. Acesso em: 10 maio 2013.

MARQUES, Christiani. **A proteção ao trabalho penoso**. 1. ed. São Paulo: LTr, 2007.

MINAS GERAIS. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Recurso Ordinário nº 00091-2010-157-03-00-6. Rel. Des Antônio Álvares da Silva. **Diário de Justiça**. 14 jun. 2010. Disponível em: <www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev.../decisoess_1a_instancia.pdf>. Acesso em: 05 maio 2013.

OIT. **Convenção nº 155**. Disponível em: <<http://www.oit.org.br/node/504>>. Acesso em: 01 maio 2013.

OLIVEIRA, Luã Lincoln Leandro. **A admissibilidade da cumulação do adicional de insalubridade e periculosidade**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9891&revista_caderno=25>. Acesso em: 17 maio 2013.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. **Proteção jurídica à saúde do trabalhador**. 1. ed. São Paulo: LTr, 2001.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

SAAD, Eduardo Gabriel; SAAD, José Eduardo; BRANCO, Ana Maria Saad Castello. **Consolidação das Leis do Trabalho comentada**. 38. ed. São Paulo: LTr, 2005.

SANTA CATARINA. Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região. Recurso Ordinário nº 0003710-06.2011.5.12.0027-10. Relatora: Maria de Lourdes Leiria. **Diário de Justiça**. 31 jan. 2013. Disponível em: <<http://consultas.trt12.jus.br/SAP2/DocumentoListar.do?plocalConexao=sap2&ptipo=PDF&pidDoc=244010>>. Acesso em: 03 maio 2013.

SANTOS, Elvécio Moura; GUGEL, Maria Aparecida. **O Ministério Público e as questões de segurança e saúde no trabalho**. Disponível em: <http://www.pgt.mpt.gov.br/publicacoes/seguranca/mpt_questoes_seg_saude.pdf>. Acesso em: 10 maio 2013.

SILVA, Ziziane César de França. **O impacto das leis simbólicas propostas e aprovadas na Câmara dos Deputados**: produção ou inflação legislativa? Disponível em: <http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/682/impacto_leis_ziziane.pdf?sequencia=1>. Acesso em: 14 maio 2013.

TEODORO, Maria Cecília Máximo; DOMINGUES, Gustavo Magalhães de Paula Gonçalves. Adicionais de insalubridade e periculosidade: base de cálculo, cumulatividade e efeitos preventivo e pedagógico. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 20., 2011, Vitória. **Anais...** Vitória: UFES, 2011.

TST Reedita Súmula 228. JusBrasil Notícias, 07 jul. 2008. Disponível em: <<http://fg.jusbrasil.com.br/noticias/49810/tst-reedita-sumula-228>>. Acesso em: 08 maio 2013.