

A cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade na visão do Tribunal Superior do Trabalho: análise crítica do entendimento da SBDI-1 no precedente E-RR nº 0001072-72.2011.5.02.0384

Daniel Bofill Vanoni

Advogado. Sócio do Escritório Bofill, Bolson & Reyes Advogados Associados. Pós-Graduado em Direito Público e em Direito Civil e Direito Processual Civil, com atuação nos estados do Rio Grande do Sul e Santa Catarina.

Resumo: O presente artigo objetiva o exame da controvérsia atual no Tribunal Superior do Trabalho sobre a possibilidade de cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade quando fundados em fatos geradores diversos, com exame do precedente E-RR nº 0001072-72.2011.5.02.0384 da Subseção de Dissídios Individuais 1 e do debate jurídico travado entre as correntes antagonistas.

Palavras-chave: Adicional de periculosidade. Adicional de insalubridade. Fatos geradores diversos. Cumulação. Tribunal Superior do Trabalho.

Sumário: **1** Introdução – **2** Controvérsia jurisprudencial do Tribunal Superior do Trabalho acerca da cumulatividade dos adicionais de periculosidade e insalubridade – **3** Do entendimento da SBDI-1 do Tribunal Superior do Trabalho no precedente E-RR nº 0001072-72.2011.5.02.0384 – **4** Da análise crítica da posição majoritária da SBDI-1 do Tribunal Superior do Trabalho – **4.1** Da antinomia normativa entre o art. 7º, XXIII, da Constituição Federal de 1988 e o art. 193, §2º, da CLT – **4.2** Do art. 5º, §§2º e 3º, da Constituição Federal e da hierarquia normativa dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos no ordenamento jurídico pátrio – **5** Conclusão – Referências

1 Introdução

A controvérsia doutrinária e jurisprudencial acerca da possibilidade de cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade sempre foi intensa,¹ mormente diante da aparente antinomia entre o disposto pelo art. 193, §2º, da

¹ Na doutrina, por exemplo, Sérgio Pinto Martins, Arnaldo Sussekind, José Cairo Jr. e Luciano Martinez posicionam-se contrários à cumulação dos adicionais de periculosidade e insalubridade. De outra banda, Homero Batista Mateus da Silva, Augusto Cesar Leite de Carvalho e José Augusto Rodrigues Pinto defendem a possibilidade de cumulação.

CLT e pelas Convenções nº 148 e 155 da Organização Internacional do Trabalho, devidamente incorporadas ao Ordenamento Jurídico Pátrio, respectivamente, através dos Decretos nºs 93.413/86 e 1.254/94 e o art. 5º, §3º, da Constituição Federal.

Tal debate também era refletido por posições antagônicas entre as Turmas do Tribunal Superior do Trabalho, o que acabou determinando o julgamento do tema pela SBDI-1 da Corte Superior no precedente E-RR nº 0001072-72.2011.5.02.0384, o qual concluiu pela impossibilidade de cumulação dos adicionais.

Entretanto, a discussão doutrinária e jurisprudencial ainda permanece latente, inclusive com julgamentos posteriores da 3ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho que declaram expressamente a possibilidade de cumulação dos adicionais e a instauração de incidente de recurso repetitivo pela Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, o que demonstra a necessidade de exame minucioso e crítico acerca do entendimento externado, por apertada maioria, pela SBDI-1 do Tribunal Superior do Trabalho.

2 Controvérsia jurisprudencial do Tribunal Superior do Trabalho acerca da cumulatividade dos adicionais de periculosidade e insalubridade

Antes do julgamento pela SBDI-1 dos Embargos em Recurso de Revista nº 0001072-72.2011.5.02.0384, o Tribunal Superior do Trabalho apresentava nitidamente duas posições antagônicas em relação à possibilidade de cumulação dos adicionais de periculosidade e insalubridade, sendo que a 3ª e a 7ª Turma posicionavam-se favoráveis à cumulatividade e a 2ª Turma e 6ª Turma manifestavam-se contrariamente.

Sublinha-se que a argumentação da 3ª e da 7ª Turma da Corte Superior alicerçava-se na diversidade de fatos geradores dos adicionais de periculosidade e insalubridade e, conseqüentemente, em causas de pedir diversas, o que afastaria a vedação do *bis in idem*, bem como no fato das Convenções nº 148 e 155 da OIT autorizarem o pagamento cumulado dos adicionais e terem sido expressamente incorporadas ao Ordenamento Jurídico Pátrio.

Dada a pertinência ao caso, pede-se vênias para transcrever a ementa do precedente RR nº 107272.2011.5.02.0384, de lavra da 7ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho, a qual ilustra a posição acima referida:

RECURSO DE REVISTA. CUMULAÇÃO DOS ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE. POSSIBILIDADE. PREVALÊNCIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS E SUPRALEGAIS SOBRE A CLT.

JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA DO STF QUANTO AO EFEITO PARALISANTE DAS NORMAS INTERNAS EM DESCOMPASSO COM OS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS. INCOMPATIBILIDADE MATERIAL. CONVENÇÕES NOS 148 E 155 DA OIT. NORMAS DE DIREITO SOCIAL. CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE. NOVA FORMA DE VERIFICAÇÃO DE COMPATIBILIDADE DAS NORMAS INTEGRANTES DO ORDENAMENTO JURÍDICO.

A previsão contida no artigo 193, §2º, da CLT não foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988, que, em seu artigo 7º, XXIII, garantiu de forma plena o direito ao recebimento dos adicionais de penosidade, insalubridade e periculosidade, sem qualquer ressalva no que tange à cumulação, ainda que tenha remetido sua regulação à lei ordinária. A possibilidade da aludida cumulação se justifica em virtude de os fatos geradores dos direitos serem diversos. Não se há de falar em bis in idem. No caso da insalubridade, o bem tutelado é a saúde do obreiro, haja vista as condições nocivas presentes no meio ambiente de trabalho; já a periculosidade traduz situação de perigo iminente que, uma vez ocorrida, pode ceifar a vida do trabalhador, sendo este o bem a que se visa proteger. A regulamentação complementar prevista no citado preceito da Lei Maior deve se pautar pelos princípios e valores insculpidos no texto constitucional, como forma de alcançar, efetivamente, a finalidade da norma. Outro fator que sustenta a inaplicabilidade do preceito celetista é a introdução no sistema jurídico interno das Convenções Internacionais nos 148 e 155, com status de norma materialmente constitucional ou, pelo menos, supralegal, como decidido pelo STF. A primeira consagra a necessidade de atualização constante da legislação sobre as condições nocivas de trabalho e a segunda determina que sejam levados em conta os “riscos para a saúde decorrentes da exposição simultânea a diversas substâncias ou agentes”. Nesse contexto, não há mais espaço para a aplicação do artigo 193, §2º, da CLT. Recurso de revista de que se conhece e a que se nega provimento.²

Já a posição contrária à cumulação dos adicionais de periculosidade e insalubridade advogava que o art. 193, §2º, da CLT foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988 e, a partir de interpretação literal do dispositivo legal, conclui que permanece hígida a impossibilidade de percepção cumulativa dos adicionais.

Novamente, pedem-se escusas para transcrever ementa de precedente da 2ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho demonstrando o entendimento supracitado:

ADICIONAIS DE PERICULOSIDADE E DE INSALUBRIDADE. CUMULAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.

Este Tribunal Superior, após interpretação literal do art. 193, §2º, da CLT, firmou o entendimento de impossibilidade de cumulação de

² RR nº 107272.2011.5.02.0384, 7ª Turma, Rel. Min. Cláudio Brandão, publicado no DEJT em 03.10.2014.

recebimento dos adicionais de periculosidade e de insalubridade. Ao ser prevista a opção entre um adicional e o outro, depreende-se que ao empregado ficou inviabilizada a percepção de ambos os adicionais simultaneamente. Precedentes desta Corte. Neste sentido, é a recente decisão desta Corte, proferida nos autos do Processo nº E-RR-443-80.2013.5.04.0026, publicada no DEJT 10/6/2016.

Agravo de instrumento desprovido.³

Diante da aguçada controvérsia entre órgãos fracionários do Tribunal Superior do Trabalho, a Subseção de Dissídios Individuais I foi instada a se manifestar sobre o tema em recurso de Embargos em Recurso de Revista nº 0001072-72.2011.5.02.0384, precedente este que será objeto de análise no tópico seguinte.

3 Do entendimento da SBDI-1 do Tribunal Superior do Trabalho no precedente E-RR nº 0001072-72.2011.5.02.0384

A Subseção de Dissídios Individuais nº 01 do Tribunal Superior do Trabalho, no julgamento do E-RR nº 0001072-72.2011.5.02.0384 enfrentou a discussão sobre a possibilidade de cumulação dos adicionais de periculosidade e insalubridade.

Antes de apresentar o precedente paradigma do presente estudo, pede-se vênia para fazer breve histórico do caso em exame.

Na ação trabalhista movida por I. B. em face de AMSTED MAXION FUNDIÇÃO E EQUIPAMENTOS FERROVIÁRIOS S.A, o reclamante postulou a condenação da reclamada ao pagamento do adicional de insalubridade em razão de nível de ruídos superiores aos permitidos por lei e contato com tintas solventes e adicional de periculosidade pela exposição ao contato com produtos inflamáveis.

O Juízo da 4ª Vara do Trabalho de Osasco-SP condenou a reclamada ao pagamento, de forma cumulada, dos adicionais de insalubridade e periculosidade.

No julgamento do Recurso Ordinário, a 4ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, complementado pelo julgamento dos embargos declaratórios, manteve a possibilidade de cumulação dos adicionais de periculosidade e insalubridade.

Inconformada, a reclamada interpôs recurso de revista, o qual foi conhecido e improvido pela 7ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho, a qual declarou

³ AIRR nº 0001146-40.2014.5.03.0014, Rel. Min. José Roberto freire Pimenta, publicado no DEJT em 02.09.2016.

expressamente a possibilidade de cumulação dos adicionais de periculosidade e insalubridade:

RECURSO DE REVISTA. CUMULAÇÃO DOS ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE. POSSIBILIDADE. PREVALÊNCIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS E SUPRALEGAIS SOBRE A CLT. JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA DO STF QUANTO AO EFEITO PARALISANTE DAS NORMAS INTERNAS EM DESCOMPASSO COM OS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS. INCOMPATIBILIDADE MATERIAL. CONVENÇÕES NOS 148 E 155 DA OIT. NORMAS DE DIREITO SOCIAL. CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE. NOVA FORMA DE VERIFICAÇÃO DE COMPATIBILIDADE DAS NORMAS INTEGRANTES DO ORDENAMENTO JURÍDICO. A previsão contida no artigo 193, §2º, da CLT não foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988, que, em seu artigo 7º, XXIII, garantiu de forma plena o direito ao recebimento dos adicionais de penosidade, insalubridade e periculosidade, sem qualquer ressalva no que tange à cumulação, ainda que tenha remetido sua regulação à lei ordinária. A possibilidade da aludida cumulação se justifica em virtude de os fatos geradores dos direitos serem diversos. Não se há de falar em bis in idem. No caso da insalubridade, o bem tutelado é a saúde do obreiro, haja vista as condições nocivas presentes no meio ambiente de trabalho; já a periculosidade traduz situação de perigo iminente que, uma vez ocorrida, pode ceifar a vida do trabalhador, sendo este o bem a que se visa proteger. A regulamentação complementar prevista no citado preceito da Lei Maior deve se pautar pelos princípios e valores insculpidos no texto constitucional, como forma de alcançar, efetivamente, a finalidade da norma. Outro fator que sustenta a inaplicabilidade do preceito celetista é a introdução no sistema jurídico interno das Convenções Internacionais nos 148 e 155, com status de norma materialmente constitucional ou, pelo menos, supralegal, como decidido pelo STF. A primeira consagra a necessidade de atualização constante da legislação sobre as condições nocivas de trabalho e a segunda determina que sejam levados em conta os -riscos para a saúde decorrentes da exposição simultânea a diversas substâncias ou agentes-. Nesse contexto, não há mais espaço para a aplicação do artigo 193, §2º, da CLT. Recurso de revista de que se conhece e a que se nega provimento.⁴

Diante do improvimento do recurso de revista, a demandada interpôs recurso de Embargos de Divergência, o qual restou apreciado pela Subseção de Dissídios Individuais I do Tribunal Superior do Trabalho.

Ao julgar o Recurso de Embargos, a SBDI-1, por apertada maioria, concluiu que o art. 193, §2º, da CLT veda a percepção cumulada dos adicionais de

⁴ RR nº 0001072-72.2011.5.02.0384, 7ª Turma, Rel. Min. Cláudio Mascarenhas Brandão, publicado no DEJT em 03.10.2014.

periculosidade e insalubridade, mostrando-se pertinente transcrever a ementa do julgado:

RECURSO DE EMBARGOS REGIDO PELA LEI Nº 13.015/2014. CUMULAÇÃO DOS ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE - IMPOSSIBILIDADE. Incontroverso nos autos que a reclamada foi condenada ao pagamento do adicional de insalubridade em grau médio no percentual de 20% e do adicional de periculosidade equivalente a 30% do salário base do reclamante. O ordenamento jurídico brasileiro prevê a percepção do adicional de periculosidade, de que trata o artigo 193 da CLT, ao trabalhador exposto à situação de risco, conferindo-lhe, ainda, o direito de optar pelo adicional de insalubridade previsto no artigo 192 do mesmo diploma legal, quando este também lhe for devido. É o que dispõe o artigo 193, §2º, da Consolidação das Leis do Trabalho: “§2º O empregado poderá optar pelo adicional de insalubridade que porventura lhe seja devido.” Desse modo, o referido dispositivo legal veda a cumulação dos adicionais de periculosidade e insalubridade, podendo, no entanto, o empregado fazer a opção pelo que lhe for mais benéfico. Precedentes da SBDI-1 do TST. Recurso de embargos conhecido e provido.

Na ocasião, votaram pela impossibilidade de cumulação dos adicionais os Ministros Renato de Lacerda Paiva, Emmanoel Pereira, Brito Pereira, Aloysio Corrêa da Veiga, Guilherme Caputo Bastos, Márcio Eurico Vitral Amaro e Walmir Oliveira da Costa. Outrossim, foram vencidos os Ministros Augusto César Leite de Carvalho, João Oreste Dalazen, José Roberto Freire Pimenta, Hugo Carlos Scheuermann, Alexandre de Souza Agra Belmonte e Cláudio Mascarenhas Brandão.

Todavia, convém sublinhar que a controvérsia sobre a possibilidade de cumulação dos adicionais de periculosidade e insalubridade derivados de fatos geradores distintos ainda persiste no Tribunal Superior do Trabalho, tanto que foi instaurado o incidente de Recurso Repetitivo nº 239-55.2011.5.02.0319 pela Subseção I Especializada em Dissídios Individuais em 14.12.2017 (Tema nº 17), o qual se encontra pendente de julgamento.

4 Da análise crítica da posição majoritária da SBDI-1 do Tribunal Superior do Trabalho

Em que pese a respeitabilidade dos argumentos da tese vencedora da Subseção de Dissídios Individuais I do Tribunal Superior do Trabalho, observa-se que não parece ter encontrado a solução adequada ao caso concreto de acordo com o Ordenamento Jurídico Pátrio.

Sem intento de esgotar a discussão, o objetivo do presente estudo é examinar, de forma crítica, a posição majoritária adotada pela Subseção de Dissídios

Individuais I do Tribunal Superior do Trabalho adentrando na discussão de fundo do tema.

Em suma, a discussão travada perante a Subseção de Dissídios Individuais 1 do Tribunal Superior do Trabalho consiste na solução da aparente antinomia normativa entre o art. 7º, XXIII, da Constituição Federal de 1988 e o art. 193, §2º, da CLT, bem como do conflito deste dispositivo com o teor das Convenções Internacionais nº 148 e 155 da Organização Internacional do Trabalho diante da sua hierarquia normativa no Ordenamento Jurídico pátrio, temas que serão abordados individualmente a seguir.

4.1 Da antinomia normativa entre o art. 7º, XXIII, da Constituição Federal de 1988 e o art. 193, §2º, da CLT

A primeira discussão travada no precedente E-RR nº 0001072-72.2011.5.02.0384 na Subseção de Dissídios Individuais 1 do Tribunal Superior do Trabalho foi a antinomia normativa estabelecida entre o art. 7º, XXIII, da Constituição Federal e o art. 193, §2º, da CLT.

O voto proferido pelo Min. Relator, o qual conduziu a corrente vencedora, apregouo que o art. 193, §2º, da CLT obsta o pagamento cumulado dos adicionais de insalubridade e periculosidade, ainda que decorrentes de fatos geradores diversos, mas não adentrou na discussão sobre a antinomia do dispositivo em questão com o art. 7º, XXIII, da Constituição Federal e tampouco sobre a particularidade da existência de fatos geradores diversos no caso concreto.

Dada a pertinência ao caso, pede-se vênha para transcrever parcialmente o voto proferido pelo Min. Renato Lacerda:

O ordenamento jurídico brasileiro prevê a percepção do adicional de periculosidade, de que trata o artigo 193 da CLT, ao trabalhador exposto à situação de risco, conferindo-lhe, ainda, o direito de optar pelo adicional de insalubridade previsto no artigo 192 do mesmo diploma legal, quando este também lhe for devido.

É o que dispõe o artigo 193, §2º, da Consolidação das Leis do Trabalho:

“§2º O empregado poderá optar pelo adicional de insalubridade que porventura lhe seja devido.”

Desse modo, o referido dispositivo legal veda a cumulação dos adicionais de periculosidade e insalubridade, podendo, no entanto, o empregado fazer a opção pelo que lhe for mais benéfico.

Valentin Carrion, in Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho, 33ª edição, ed. Saraiva, 2008, pg. 189, ao tratar do tema em epígrafe, dispôs, *in verbis*:

“A lei impede a acumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade; a escolha de um dos dois pertence ao empregado, art. 193, §2º), após o trânsito em julgado da sentença, no processo de conhecimento. Tal opção, pela sistemática processual e economia de provas, deverá ser feita na petição inicial ou, se o juiz sanear o processo, no início.”

Portanto, não sendo possível a cumulação dos adicionais de periculosidade e insalubridade, em razão da vedação legal, devem ser deduzidos os valores pagos pela reclamada ao reclamante a título de adicional de insalubridade.

Da leitura do voto do Min. Relator não se extrai qualquer debate sobre a antinomia normativa entre a norma do art. 193, §2º, da CLT com o art. 7º, XXIII, da Constituição Federal, tampouco sobre o critério utilizado para superar a contradição ou até mesmo a argumentação de fundo que alicerça a conclusão da maioria.

Todavia, o Min. Relator colaciona dois precedentes da Subseção I de Dissídios Individuais da Corte, sendo que no E-RR nº 0000443-80.2013.5.04.0026⁵ está delineado o pensamento da corrente vencedora de que inexistente antinomia entre os dispositivos legais e constitucionais em questão, o qual pode ser resumido da seguinte forma: a) o art. 7º, XXIII, da Constituição Federal se trata de norma constitucional de eficácia contida, regulamentado pela CLT, conclusão extraída da expressão “na forma da lei” presente na parte final do dispositivo; b) a interpretação literal (gramatical) do dispositivo constitucional a partir da conexão ‘ou’ acarreta a conclusão que foi utilizada conjunção exclusiva e não inclusiva; c) a legislação infraconstitucional ao regulamentar os adicionais de periculosidade e insalubridade excluiu a possibilidade de percepção cumulada destas verbas pelo trabalhador.

O art. 193, §2º, da CLT, ao conceder ao empregado a prerrogativa de optar pelo adicional que lhe for mais favorável, afastou a possibilidade de cumulação. Cabe ressaltar que muito antes da promulgação da Constituição Federal de 1988, a qual incluiu os direitos sociais do trabalhador de redução dos riscos inerentes ao trabalho, a CLT já tinha a previsão de pagamento dos adicionais em questão. Não há como se concluir que haja na atual Carta Constitucional qualquer disposição expressa ou tácita acerca da não recepção do art. 193, §2º, da CLT, seja porque ao prever o pagamento dos adicionais, usou a expressão, na forma da lei, sendo, portanto, norma constitucional de eficácia contida, regulamentada, portanto, pela CLT; seja porque utilizou do conectivo ou e não e, donde se depreende que foi utilizada uma conjunção exclusiva e não inclusiva.⁶

⁵ E-RR nº 0000443-80.2013.5.04.0026, Rel. Min. Aloysio Corrêa da Veiga, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, publicado no DEJT em 10.06.2016.

⁶ E-RR nº 0000443-80.2013.5.04.0026, Rel. Min. Aloysio Corrêa da Veiga, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, publicado no DEJT em 10.06.2016.

Já a corrente vencida, capitaneada pelo Min. Cláudio Brandão, por sua vez sustenta a existência de antinomia entre os dispositivos em questão e conclui pela não recepção da norma infraconstitucional pela Constituição Cidadã de 1988. Em apartada síntese, indicam-se os argumentos externados: a) o art. 193, §2º, da CLT não foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, pois conflita com o seu art. 7º, *caput* e inciso XXIII; b) por mais que a norma constitucional do art. 7º, XXIII, tenha natureza de norma de eficácia contida, a sua regulamentação pela legislação infraconstitucional possui limites impostos pela natureza do direito em questão (direito fundamental) e pelo princípio interpretativo da máxima efetividade da Constituição que não são observados pelo art. 193, §2º, da CLT; c) a interpretação literal correta do art. 7º, XXIII, da Constituição Federal não obsta a cumulação dos adicionais de periculosidade e insalubridade.⁷

A previsão contida no artigo 193, §2º, da CLT não foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988, que, em seu artigo 7º, XXIII, garantiu de forma plena o direito ao recebimento dos adicionais de penosidade, insalubridade e periculosidade, sem qualquer ressalva no que tange à cumulação, ainda que tenha remetido sua regulação à lei ordinária. A possibilidade da aludida cumulação se justifica em virtude de os fatos geradores dos direitos serem diversos. Não se há de falar em bis in idem. No caso da insalubridade, o bem tutelado é a saúde do obreiro, haja vista as condições nocivas presentes no meio ambiente de trabalho; já a periculosidade traduz situação de perigo iminente que, uma vez ocorrida, pode ceifar a vida do trabalhador, sendo este o bem a que se visa proteger. A regulamentação complementar prevista no citado preceito da Lei Maior deve se pautar pelos princípios e valores insculpidos no texto constitucional, como forma de alcançar, efetivamente, a finalidade da norma.⁸

Consabido que havendo antinomia normativa aparente entre disposições legais sobre matéria de direito do trabalho, a solução hermenêutica deve observar os critérios de interpretação da legislação trabalhista, dentre eles o princípio da proteção (tutela) e, em especial, o seu subprincípio *in dubio, pro operário*, o qual estabelece que “no caso de que uma norma seja suscetível de entender-se de vários modos, deve-se preferir a interpretação mais favorável ao trabalhador.”⁹

Logo, no caso em testilha em que há dúvida objetiva acerca do conteúdo normativo do art. 7º, XXIII, da Constituição Federal acerca da possibilidade ou não de cumulatividade dos adicionais de periculosidade e insalubridade, evidente

⁷ Argumentos estes presentes no voto proferido pelo Min. Cláudio Brandão no RR nº 0001072-72.2011.5.02.0384, 7ª Turma, publicado no DEJT em 03.10.2014.

⁸ RR nº 0001072-72.2011.5.02.0384, 7ª Turma, Rel. Min. Cláudio Brandão, publicado no DEJT em 03.10.2014.

⁹ RODRIGUEZ, 2014, p. 107.

que a solução hermenêutica a ser adotada deve ser aquela que alcance maior proteção ao trabalhador, de sorte que imperativa a conclusão de que a interpretação adequada da norma constitucional em questão deve concluir que o legislador constituinte originário autorizou a percepção cumulada dos adicionais, mormente se tratando de fatos geradores distintos.

Portanto, a partir da conclusão de que o art. 7º, XXIII, da Constituição Federal autoriza a percepção cumulada dos adicionais de periculosidade e insalubridade, evidente que há antinomia normativa entre este dispositivo e o art. 193, §2º, da CLT, devendo prevalecer o disposto pela norma constitucional seja pela adoção do critério hierárquico, seja pela aplicação do princípio da proteção, em especial seu subprincípio de aplicação da norma mais favorável.

4.2 Do art. 5º, §§2º e 3º, da Constituição Federal e da hierarquia normativa dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos no ordenamento jurídico pátrio

O segundo ponto do debate entre as correntes antagônicas no Tribunal Superior do Trabalho consiste na ratificação e incorporação pelo Brasil das Convenções nº 148 e 155 da OIT e da sua hierarquia no sistema de fontes do direito interno, com a conseqüente revogação do art. 193, §2º, da CLT.

Novamente o acórdão em exame omite-se de forma completa e absoluta sobre tal discussão. Entretanto, mais uma vez se recorre aos argumentos externos noutra ocasião pela Subseção de Dissídios Individuais I no já citado precedente E-RR nº 0000443-80.2013.5.04.0026 pela corrente vencedora, a qual entende que as Convenções nº 148 e 155 da OIT não determinam o pagamento cumulativo dos adicionais de periculosidade e insalubridade.

[...] Registre-se que não se ignora que as Convenções Internacionais sobre direitos humanos tem status de norma supralegal, conforme entendimento do STF. No entanto, da leitura dos arts. 8º, III, da Convenção nº 145 e 11, b, da Convenção nº 155, ambas da OIT, não há como se chegar à conclusão de que há a determinação, previsão ou recomendação de pagamento cumulativo dos adicionais em questão. As referidas normas tão-somente preveem que sejam considerados os riscos para a saúde do empregado decorrentes de exposição simultânea a diversas substâncias e agentes. Tratam, pois, da individualização dos riscos e não de cumulação de adicionais.¹⁰

¹⁰ E-RR nº 0000443-80.2013.5.04.0026, Rel. Min. Aloysio Corrêa da Veiga, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, publicado no DEJT em 10.06.2016.

De outra banda, a corrente vencida sustenta que o caráter supralegal das Convenções nº 148 e 155 da OIT acarretam a paralização da eficácia normativa do art. 193, §2º, da CLT.

Outro fator que sustenta a inaplicabilidade do preceito celetista é a introdução no sistema jurídico interno das Convenções Internacionais nos 148 e 155, com status de norma materialmente constitucional ou, pelo menos, supralegal, como decidido pelo STF. A primeira consagra a necessidade de atualização constante da legislação sobre as condições nocivas de trabalho e a segunda determina que sejam levados em conta os “riscos para a saúde decorrentes da exposição simultânea a diversas substâncias ou agentes”. Nesse contexto, não há mais espaço para a aplicação do artigo 193, §2º, da CLT.¹¹

Antes de adentrar na discussão nevrálgica estabelecida entre as correntes antagônicas do Tribunal Superior do Trabalho, pertinente recordar de forma breve a discussão acerca da posição hierárquica das Convenções nº 148 e 155 da Organização Internacional do Trabalho no Ordenamento Jurídico pátrio.

A Carta Magna de 1988 estabeleceu a cláusula de abertura do catálogo de direitos fundamentais em seu art. 5º, §2º, prevendo que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

Embora grande parte da doutrina constitucionalista sempre tenha conferido o caráter fundamental aos direitos humanos previstos em Tratados e Convenções Internacionais de que o Brasil era signatário, o Supremo Tribunal Federal mantinha posição de que a sua incorporação ao direito interno teria o caráter infraconstitucional.

Após a EC nº 45/2004, com a inserção do parágrafo terceiro ao art. 5º da Constituição Federal, a discussão voltou à cena, sendo que no precedente RE nº 466.343/SP¹² o Supremo Tribunal Federal assentou que os direitos humanos previstos em Tratados e Convenções Internacionais incorporados ao Ordenamento Jurídico antes da referida emenda constitucional passariam a ter caráter supralegal, sendo que somente os que fossem submetidos ao rito legislativo previsto pelo art. 5º, §3º teriam hierarquia constitucional.

Logo, na esteira da posição consolidada do Supremo Tribunal Federal, as disposições das Convenções nº 148 e 155 da Organização Internacional do

¹¹ RR nº 0001072-72.2011.5.02.0384, 7ª Turma, Rel. Min. Cláudio Brandão, publicado no DEJT em 03.10.2014.

¹² Rel. Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, publicado no DJ em 05.06.2009.

Trabalho, ao versarem sobre direitos fundamentais de segunda dimensão (econômicos, sociais e culturais) e, portanto, direitos humanos, possuem hierarquia supralegal.¹³

Regressando à discussão de fundo proposta, a contenda reside na existência ou não de disposição no texto normativo das Convenções nº 148 e 155 da OIT que recomende ou indique a possibilidade de cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade, mormente quando decorrentes de fatos geradores distintos.

A resposta a tal questionamento é positiva, em especial em razão do disposto pelos arts. 4º e 11, alínea 'b', da Convenção nº 155 da OIT, dispositivos que se pede vênia para transcrever abaixo:

Artigo 4º

1. Todo Membro deverá, em consulta às organizações mais representativas de empregadores e de trabalhadores, e levando em conta as condições e a prática nacionais, *formular, por em prática e reexaminar periodicamente uma política nacional coerente em matéria de segurança e saúde dos trabalhadores e o meio ambiente de trabalho.*

2. *Essa política terá como objetivo prevenir os acidentes e os danos à saúde que forem consequência do trabalho, tenham relação com a atividade de trabalho, ou se apresentarem durante o trabalho, reduzindo ao mínimo, na medida que for razoável e possível, as causas dos riscos inerentes ao meio ambiente de trabalho.*

[...] Artigo 11

Com a finalidade de tornar efetiva a política referida no artigo 4 da presente Convenção, a autoridade ou as autoridades competentes deverão garantir a realização 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 exploração simultâneas a diversas substâncias ou agentes;* (grifos nossos)

Ao determinar que o País signatário da Convenção nº 155 formule, coloque em prática e reexamine uma política nacional de segurança e saúde dos trabalhadores e meio ambiente do trabalho, a qual tem como objetivo prevenir os acidentes e os danos à saúde, claro está que a proteção deve atingir tanto a saúde do trabalhador (insalubridade) quanto os riscos à sua vida (periculosidade).

¹³ Nesse sentido, MAZZUOLLI, 2013, p. 244.

De outra banda, dentre as medidas determinadas para a consecução do objetivo previsto pelo art. 4º, o art. 11, alínea 'b', da Convenção nº 155 estatui que devem ser levados em consideração os riscos à saúde derivados de exploração simultânea de substâncias ou agentes, ou seja, que o País signatário observe as situações em que há exposição a causas diversas de insalubridade e periculosidade.

Logo, o conteúdo normativo do art. 4º e do art. 11, alínea 'b', da Convenção nº 155 da OIT permite concluir que devem ser observado pelo País signatário todos os riscos à saúde e segurança do trabalhador, inclusive simultâneos, e que devem ser adotadas todas as medidas necessárias para a prevenção de danos à saúde e acidentes do trabalho, com o reexame periódico da política nacional de segurança e saúde dos trabalhadores.

Evidente que tal comando normativo é incompatível com o disposto pelo art. 193, §2º, da CLT, o que acarreta a sua revogação seja pelo critério da hierarquia – recordando que a Convenção nº 155 da OIT possui caráter supralegal, seja pela aplicação do princípio da proteção, em especial seu subprincípio de aplicação da norma mais favorável.¹⁴

Aliás, no mesmo sentido o entendimento do ilustre doutrinador Valério de Oliveira Mazzuoli ao comentar decisão anterior da Subseção I de Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho idêntica à analisada no presente artigo, destacando o equívoco na interpretação e aplicação das Convenções nº 148 e 155 da OIT:

Tribunal Superior do Trabalho protagonizou um dos capítulos mais tristes de sua história ao não reconhecer valor (qualquer valor) às convenções internacionais do trabalho ratificadas e em vigor no Brasil, que têm (segundo o Supremo Tribunal Federal) prevalência sobre todas as normas infraconstitucionais brasileiras. A corte simplesmente fez tábula rasa de convenções importantíssimas e mais benéficas ao trabalhador, ao reformar o entendimento da 7ª Turma do TST que, controlando a convencionalidade da Consolidação das Leis do Trabalho, havia entendido (corretamente) pela prevalência das convenções internacionais da Organização Internacional do Trabalho para garantir aos empregados o direito à cumulação dos adicionais de periculosidade e insalubridade.

[...] Ocorre que, levado o tema Subseção I da Seção Especializada em Dissídios Individuais do TST, contrariou-se todas as convenções internacionais da OIT sobre a matéria e descartou-se o princípio da primazia da norma mais favorável ao trabalhador.

Parece inacreditável que um tribunal superior consiga dizer, especialmente no momento atual de engajamento cada vez maior do país na

¹⁴ No mesmo sentido SILVA, 2016, p. 162.

seara internacional, que os tratados de direitos humanos (que são tratados especiais) não se sobrepõem às normas internas menos benéficas, e que, ademais, as normas da OIT de proteção dos trabalhadores configuram apenas códigos de conduta incapazes de criar obrigações para as partes.

Trata-se, como salta aos olhos, de exemplo a não ser seguido. Decisão dessa índole, que despreza anos de conquistas dos direitos dos trabalhadores e toda a evolução da doutrina sobre a matéria, configura verdadeiro contrassenso – desde o desconhecimento da jurisprudência do STF que aloca os tratados de direitos humanos em nível supralegal, até a desarrazoada referência de que os tratados de direitos humanos apenas “ostentam conteúdo aberto, de cunho genérico” – capaz de responsabilizar o Estado brasileiro na seara internacional. Que o TST possa refletir sobre essa catastrófica decisão, que além de demonstrar desconhecimento das regras mínimas de interpretação do Direito Internacional dos Direitos Humanos, desprezou por completo o princípio basilar da Justiça do Trabalho da primazia da norma mais favorável ao trabalhador.¹⁵

5 Conclusão

A discussão interna estabelecida no Tribunal Superior do Trabalho foi expressada no precedente E-RR nº 0001072-72.2011.5.02.0384 de lavra da Subseção I de Dissídios Individuais da Corte, em que, por apartada maioria, prevaleceu a tese da impossibilidade de cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade, mesmo quando decorrentes de fatos geradores diversos.

Entretanto, longe de resolver de forma definitiva a discussão jurisprudencial acerca da interpretação do art. 193, §2º, da CLT diante do disposto pelo art. 7º, XXIII, da Constituição Federal e das Convenções nº 148 e 155 da Organização Internacional do Trabalho, o precedente em exame apenas expressou a aguçada controvérsia ainda existente na Corte, a qual possivelmente seja solucionada com caráter vinculante no incidente de Recurso Repetitivo nº 0000239-55.2011.5.02.0319 (Tema nº 17).

Sem o intuito de esgotar o debate travado na Corte Superior, mas objetivando a contribuição para a solução constitucionalmente adequada à controvérsia, o presente estudo examinou as duas posições antagônicas do Tribunal Superior do Trabalho, em especial quanto à antinomia entre o art. 193, §2º, da CLT com o art. 7º, XXIII, da Constituição Federal e com as disposições das Convenções nº 148 e 155 da Organização Internacional do Trabalho.

As respostas às questões centrais do debate levam às seguintes conclusões: a) a solução da antinomia entre o art. 192, §2º, da CLT com o art. 7º, XXIII,

¹⁵ TST desrespeita tratados internacionais ao julgar pagamentos de adicionais.

da Constituição Federal aponta para a não recepção do dispositivo infraconstitucional; b) a incorporação das Convenções nº 148 e 155 da Organização Internacional do Trabalho pelo Ordenamento Jurídico pátrio como normas supralegais acarretam a revogação da regra da CLT, soluções diametralmente opostas ao entendimento majoritário do Tribunal Superior do Trabalho.

Cumulation of Additional Unhealthy and Dangerousness in the View of the Superior Court of Labor: critical analysis of the understanding of SBDI-1 in the court precedent E-RR n.º 0001072-72.2011.5.02.0384

Abstract: This article aims at examining the current controversy in the Superior Labor Court on the possibility of cumulating additional unhealthy and dangerousness work when based on diverse generative facts, examining the court precedent E-RR n. 0001072-72.2011.5.02.0384 of the Subsection of Individual Dissidents 1 and of the legal debate between the antagonistic thesis.

Keywords: Additional dangerousness. Additional unhealthy. Diverse generative facts. Cumulating. Superior Labor Court.

Referências

- CAIRO JR., José. *Curso de direito do trabalho*. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2011.
- MARTINEZ, Luciano. *Direito do trabalho*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- MARTINS, Sérgio Pinto. *Comentários à CLT*. São Paulo: Atlas, 2015.
- MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Integração das convenções e recomendações internacionais da OIT no Brasil e sua aplicação sob a perspectiva do princípio *pro homine*. *Revista TST*. Brasília, v. 79, n. 3, p. 233-254, jul./set. 2013.
- MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *TST desrespeita tratados internacionais ao julgar pagamentos de adicionais*. Disponível em: www.conjur.com.br. Acesso em: 06 mar. 2019.
- RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios do direito do trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTR, 2015.
- SILVA, Homero Batista Mateus da. *Curso de direito do trabalho aplicado*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. v. 3.
- SUSSEKIND, Arnaldo. *Direito do trabalho*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

VANONI, Daniel Bofill. A cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade na visão do Tribunal Superior do Trabalho: análise crítica do entendimento da SBDI-1 no precedente E-RR nº 0001072-72.2011.5.02.0384. *Revista Fórum Trabalhista – RFT*, Belo Horizonte, ano 8, n. 34, p. 23-37, jul./set. 2019.
