



Poder Judiciário
Justiça do Trabalho
Tribunal Superior do Trabalho

PROCESSO Nº TST- TST-E-RR-1072-72.2011.5.02.0384

SDI-1
GMHCS/me

Embargante: **AMSTED-MAXION FUNDIÇÃO E EQUIPAMENTOS FERROVIÁRIOS S.A.**

Embargado: **IVANILDO BANDEIRA**

Relator: **Ministro RENATO DE LACERDA PAIVA**

VOTO VENCIDO

Trata-se a discussão acerca da possibilidade ou não de cumulação de adicionais de insalubridade e de periculosidade, ante os termos do art. 193, § 2º, da CLT.

Na hipótese, a e. Sétima Turma conheceu do recurso de revista da reclamada e negou-lhe provimento, por entender que o art. 193, § 2º, da CLT não fora recepcionada pela Constituição Federal de 1988. Eis seus termos:

“ADICIONAL DE PERICULOSIDADE – CUMULAÇÃO COM O ADICIONAL DE INSALUBRIDADE – POSSIBILIDADE CONHECIMENTO

A reclamada sustenta que é incabível cumular os adicionais de insalubridade e periculosidade. Aponta violação do artigo 193, § 2º, da CLT. Transcreve arestos para o confronto de teses.

Os fundamentos da decisão recorrida estão sintetizados na ementa, a seguir transcrita:

‘Adicionais de periculosidade e insalubridade. Opção desnecessária. Cumulação possível. O parágrafo 2º do artigo 193 da CLT, determina que o empregado PODERÁ optar pelo adicional de periculosidade, que a ele seja mais favorável, não que estará obrigado a fazê-lo. A construção jurisprudencial que se fez a respeito foi, preponderantemente, no sentido de que a cumulação dos adicionais (insalubridade e periculosidade) não era possível. Essa leitura, porém, hoje não tem mais sentido. A evolução tecnológica permite concluir que os limites previstos pelas NRs estão ultrapassados e, da mesma forma, que nem toda a população tem a mesma resposta às exposições aos agentes agressivos. Temos, portanto, índices irrealis e generalizações que não trazem segurança ao trabalhador que, por isso mesmo, perde a cada dia um pouco da saúde, sem remédio que não a troca desse bem por uma percentagem do pequeno salário mínimo (no caso da insalubridade), o qual, embora menos aviltante atualmente, ainda não é motivo de orgulho para os brasileiros. Nesse contexto, a percepção de que o trabalhador pode estar, como *in casu*, sujeito a dois diferentes males, simultaneamente, não pode receber da legislação – ou dos intérpretes desta -



PROCESSO Nº TST-E-RR-1072-72.2011.5.02.0384

uma resposta alternativa. Concluir que a exposição a um risco inclui o outro, tendo em conta a distinção dos problemas que envolvem a periculosidade (onde o infortúnio pode redundar na morte imediata e cada minuto de exposição pode equivaler ao último da própria vida) e a insalubridade (onde o trabalhador troca a saúde por dinheiro, vivendo menos, mas com menos necessidades), não pode ser considerada uma resposta logicamente - não é preciso nem se chegar ao universo legal, portanto - adequada. Nos dias que correm, é insuperável a conclusão de que a ciência pode permitir a detecção de agentes insalubres anteriormente impensáveis e que estes podem conviver com situações de extrema periculosidade, não havendo nenhuma razão sincera e verdadeira para dizer-se que o trabalhador merece receber o salário condição – por qualquer dos argumentos que se entenda devida essa retribuição – quando exposto à insalubridade ou à periculosidade, mas o excluir de um dos benefícios quando exposto a ambos. Aliás, não é apenas ilógico, mas extremamente injusto, posto que aquele que está exposto a uma condição menos grave (exposto a um mal apenas) recebe o mesmo que aquele, que está exposto às duas tormentas. Obviamente, não ignoro que se trata de mero paliativo, posto que a monetarização dessas ameaças à saúde, higiene e segurança dos obreiros é coisa que não resolve o problema. Todavia, se a exposição é inevitável, ou já ocorreu por negligência de quem possuía os meios para evitá-la, menos mal remunerar os riscos - todos eles - da forma e através dos remédios que a lei nos oferece, ainda que esta deixa a desejar, do que não os remunerar completamente.’ (fl. 286)

O Tribunal Regional concluiu, como visto, pela possibilidade de cumulação. O aresto transcrito à fl. 313, oriundo do Tribunal Regional da 12ª Região e publicado no DOE de 26/08/2009, consagra tese diametralmente oposta e enseja o conhecimento do recurso de revista, nos moldes do artigo 896, "a", da CLT.

MÉRITO

O exame da controvérsia exige, antes, a análise da estrutura do ordenamento jurídico pátrio que, como de todos sabido, é regido pela Constituição Federal, que servirá de norte para as demais normas buscarem o seu fundamento de validade. Com isso, as disposições infraconstitucionais devem observar os princípios e regras contidos na Lei Maior, sob pena de padecerem do vício da inconstitucionalidade.

Em se tratando de direito ordinário pré-constitucional, com conteúdo contrário às normas advindas de uma nova Constituição, a consequência será distinta: ocorrerá a não-recepção de tal regramento, hipótese que prescindirá da manifestação plenária (cláusula ‘reserva de plenário’ – artigo 97 da *Lex Fundamentalis*), ou seja, as normas anteriormente editadas perdem condição de sustentabilidade em função do novo regramento introduzido e, com isso, deixam de ter o que se pode denominar de ‘aderência constitucional’, condição imprescindível para que possam continuar a produzir seus efeitos.

Sobre o fenômeno da não recepção de normas do ordenamento anterior à nova Carta Constitucional, já se manifestou o STF:

(...).

Significa, nessa linha, afirmar da desnecessidade de pronunciamento do plenário desta Corte sobre o tema ora enfrentado, em face do regramento constitucional, cuja principal indagação consiste em saber da possibilidade de percepção cumulativa dos adicionais de periculosidade e insalubridade, cujo direito encontra-se previsto, respectivamente, nos artigos 192 e 193, § 1º, da CLT, e também é garantido no artigo 7º, XXIII, da Constituição Federal, norma última cujo inteiro teor transcreve-se:



PROCESSO Nº TST-E-RR-1072-72.2011.5.02.0384

(...)

Da interpretação do preceito constitucional referido, extrai-se a conclusão no sentido de que o legislador constituinte assegurou 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, o que ocorre por intermédio de dispositivos da CLT e de Normas Regulamentadoras.

Ao caso, interessa o disposto no artigo 193, § 2º, da CLT, incluído pela Lei nº 6.514, de 22/12/1977, ainda em vigor, e o item 16.2.1 da NR-16 da Portaria nº 3.214/78 do Ministério do Trabalho e Emprego, que preveem a possibilidade de opção, em caso de cumulação. Dispõem as citadas normas:

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

‘16.2.1. O empregado poderá optar pelo adicional de insalubridade que porventura lhe seja devido.’

A análise conjunta desses dispositivos poderia conduzir à ilação de que a regência por lei ordinária mencionada no dispositivo constitucional autorizaria o acolhimento da restrição nelas imposta, no sentido da impossibilidade de percepção conjunta de ambos os acréscimos.

Contudo, a meu sentir, outra é a interpretação, a partir da afirmação de que não há como se sustentar a recepção das normas acima citadas pela Constituição Federal de 1988.

A possibilidade da cumulação dos adicionais se justifica em virtude da origem 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.

São bens jurídicos diversos e com tratamento normativo distinto, seja quanto às hipóteses de cabimento, seja quanto aos percentuais, seja quanto à base de cálculo.

(...)

Desse modo, apesar da necessidade de regulamentação da norma constitucional, não poderia a legislação infraconstitucional ultrapassar o limite por ela imposto e instituir norma menos benéfica ao trabalhador em detrimento da garantia insculpida no artigo 7º, *caput*, da Constituição Federal, de estipulação de outros direitos que visem à melhoria de sua condição social e, especialmente, em desrespeito ao princípio de proteção da dignidade da pessoa humana do obreiro.

Na hipótese, o legislador infraconstitucional estaria apto a tratar de detalhes necessários à efetivação do direito aos adicionais, como, por exemplo, regular as situações que caracterizam a insalubridade ou periculosidade no meio ambiente de trabalho, contudo, sem a permissão de alterar o núcleo essencial da aludida regra. A regulamentação complementar prevista no artigo 7º, XXIII, deve-se pautar pelos princípios e valores insculpidos no texto constitucional, como forma de alcançar, efetivamente, a finalidade da norma.

O eminente Ministro desta Corte, Augusto César Leite de Carvalho, em sua obra ‘Direito do Trabalho: Curso e Discurso’ (Aracaju: Evocati, 2011, pp. 200-201), com precisão cirúrgica, enfatiza:

‘A Consolidação das Leis do Trabalho, em seu artigo 193, §2º, prevê que ‘o empregado poderá optar pelo adicional de insalubridade que porventura lhe seja devido’. À parte o desvio de ótica, pois não pode ser uma ventura laborar em condições insalubres, é certo que o citado



PROCESSO Nº TST-E-RR-1072-72.2011.5.02.0384

dispositivo sempre foi interpretado como uma proibição a que o empregado pudesse exigir os dois adicionais, quando ambos os agentes, insalubre e perigoso, estiverem presentes.

Na esteira dessa compreensão, o item 15.3 da Norma Regulamentadora 15 do Ministério do Trabalho estabelece: 'No caso de incidência de mais de um fator de insalubridade, será apenas considerado o de grau mais elevado, para efeito de acréscimo salarial, sendo vedada a percepção cumulativa'. Interpretando-se assim o art. 193, §2º da CLT, bem se vê que se cuida de regra injusta, pois permite que o empregado labore em situação de risco à sua integridade física sem que receba o adicional correspondente, pois estaria recebendo adicional relativo a agente nocivo à sua saúde, ou vice-versa.

Ao versar sobre essa impossibilidade legal de acumulação dos dois adicionais, Rodrigues Pinto lembra que tal norma proibitiva é um legado da Lei 2.573/55, que instituiu o adicional de periculosidade, mas é enfático: 'Explicação jurídica não encontramos para isso, daí entendermos ter havido uma recaída do legislador em favor do poder econômico'. A orientação jurisprudencial que tem prevalecido é, entretanto, a de que os adicionais de insalubridade e de periculosidade são inacumuláveis.

Como quer que seja, é hora de se questionar a validade dessa norma frente ao que preceitua o artigo 7º, XXIII, da Constituição, que diz ser direito do trabalhador o 'adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei'. Ante o postulado da norma mais favorável, consagrado no *caput* desse dispositivo constitucional, a norma legal está autorizada a regular os casos em que são devidos os adicionais de penosidade, insalubridade ou periculosidade e a fixar os respectivos percentuais. A conjunção *ou* estaria presente, no texto do inciso sob análise, pois o uso da conjunção aditiva (*e*) faria concluir que toda atividade penosa também seria insalubre e, por igual, necessariamente perigosa.

A nosso entendimento, não estaria o legislador infraconstitucional autorizado a suprimir o direito ao adicional de periculosidade, em hipótese que a lei enumera como de risco. E como o suprime sem qualquer justificativa, o artigo 193, §2º da CLT se apresenta, pura e simplesmente, como a negação de um direito fundado na Constituição.

Ademais, o art. 8, item 3, da Convenção 148 da OIT preconiza: 'Os critérios e limites de exposição deverão ser fixados, completados e revisados a intervalos regulares, de conformidade com os novos conhecimentos e dados nacionais e internacionais, e tendo em conta, na medida do possível, qualquer aumento dos riscos profissionais resultante da exposição simultânea a vários fatores nocivos no local de trabalho'. O Estado brasileiro novamente se comprometeu, ao ratificar a Convenção 155 da OIT, a implementar o que recomenda o seu art. 11, b: 'deverão ser levados em consideração os riscos para a saúde decorrentes da exposição simultânea a diversas substâncias ou agentes'.

Portanto, a orientação jurisprudencial que predomina, no sentido de que são inacumuláveis os adicionais de insalubridade e de periculosidade, frustra, a nosso ver, o desígnio constitucional e também o compromisso assumido pelo Brasil quando ratificou as convenções 148 e 155 da OIT; em rigor, essa orientação relativiza o direito fundamental à compensação monetária pela exposição a agentes nocivos à saúde ou à integridade física do trabalhador.'



PROCESSO Nº TST-E-RR-1072-72.2011.5.02.0384

Diante dos argumentos expostos, percebe-se claramente que o artigo 193, § 2º, da CLT e o item 16.2.1 da NR-16 da Portaria nº 3.214/78 do Ministério do Trabalho e Emprego não foram recebidos pela atual Constituição, uma vez que os seus conteúdos não se coadunam com os princípios e regras trazidos no texto constitucional. Trata-se da chamada incompatibilidade material.

(...)

Sendo diferentes os fatores de risco à saúde, cada um dos adicionais de periculosidade e insalubridade busca compensar o trabalhador pela exposição particularizada a cada um deles e, caso ocorra simultaneamente, a regra internacional autoriza sejam considerados, de igual modo, também de modo cumulativo, como assinalado nas conclusões lançadas acima.

(...)

Em síntese conclusiva, afirmo:

a) o direito aos adicionais de insalubridade e periculosidade é assegurado no artigo 7º, XXIII, da Constituição Federal, de forma plena, sem qualquer ressalva no que tange à cumulação;

b) a possibilidade de regulação por lei ordinária, mencionada no citado dispositivo, não autoriza a redução do alcance do preceito constitucional, em interpretação restritiva, sob pena de atingir, frontalmente, o princípio da máxima efetividade da Constituição;

c) mesmo que não se reconheça a natureza de normas materialmente constitucionais dos tratados internacionais sobre direitos humanos, a jurisprudência consolidada do STF lhes reconhece *status* de supralegalidade, o que significa afirmar estarem em patamar de hierarquia superior à CLT;

d) em virtude de constituírem instrumentos consagradores de direitos sociais, as convenções da OIT correspondem a tratados de direitos humanos e, por conseguinte, possuem tal hierarquia normativa, além de conteúdo mais favorável;

e) as Convenções nº 148 e 155 determinam sejam levados em consideração os riscos para a saúde, decorrentes da exposição simultânea a diversas substâncias ou agentes, o que é representado, no Brasil, no caso em tela, pela compensação propiciada pela percepção dos adicionais de insalubridade e periculosidade;

f) tais convenções derogaram a regra prevista no art. 193, § 2º, da CLT e o item 16.2.1 da NR-16 da Portaria nº 3.214/78 do Ministério do Trabalho e Emprego, no que se refere à percepção de apenas um adicional, em caso de estar o empregado sujeito a condições insalubres e perigosas no trabalho executado.

(...)

Destarte, irretocável a decisão regional que reconheceu a possibilidade de cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade.”

O eminente Ministro Renato de Lacerda Paiva, relator, conheceu do recurso de embargos da reclamada, e, no mérito, deu-lhe provimento para excluir da condenação a possibilidade de acumulação dos adicionais.

O eminente Ministro Augusto César Leite de Carvalho divergiu de S. Exa. para negar provimento aos embargos da reclamada.



PROCESSO Nº TST-E-RR-1072-72.2011.5.02.0384

Voto com a divergência para negar provimento aos embargos.

Acompanho, na íntegra, os fundamentos apresentados no voto divergente, acrescentando que decisão contrária a este entendimento, a meu ver, viola o princípio do tratamento igual. Isso porque um trabalhador, em situação muito mais gravosa, sujeito a três ou quatro agentes insalubres que lhe causem doenças distintas e ainda colocam sua vida em risco em face do trabalho em área sujeito a explosivos ou inflamáveis, vai perceber a mesma remuneração que outro trabalhador que apenas tem contato um agente insalubre.

Além disso, o art. 193, § 2.º, da CLT, ao dizer que “O empregado poderá optar pelo adicional de insalubridade que porventura lhe seja devido.”, não é óbice para acumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade, quando se tratar de hipótese em que os agentes são distintos, a partir de uma interpretação à luz das normas e princípios constitucionais, conforme fundamentos constantes no acórdão TST-E-ARR-1081-60.2012.5.03.0064, da relatoria do Ministro João Oreste Dalazen, DEJT de 17/06/2016.

Assim, quando os agentes forem distintos é possível a cumulação dos adicionais de insalubridade e de periculosidade.

No caso, conforme consignado no acórdão regional, foi confirmada pela prova pericial a presença de insalubridade, não neutralizada pelos EPIs, decorrente da atividade exercida pelo reclamante de “preparação de tintas com solventes que poderiam ser ‘absorvidos por vias dermais, respiratórias, digestivas e mucosas em geral’, bem assim verificado níveis de ruídos superiores aos limites admitidos na NR-15, não tendo sido suficientes os EPIs até. então fornecidos’.

Além disso, ficou consignado que o reclamante também manuseava materiais inflamáveis, ao exercer atividade consistente na “diluição das tintas com álcool, cujas atividades estão descritas na inicial e não foram impugnadas pela reclamada”, e que referido material não era corretamente armazenado.

Eis os termos do acórdão regional:

“A presença de insalubridade foi confirmada pelos laudos trazidos por ambas as partes, limitando-se o recurso à neutralização dos seus efeitos mediante o uso de EPIs fornecidos ao reclamante. Todavia, não é o que se extrai da prova documental, pois os comprovantes de entrega de itens de proteção demonstram o



PROCESSO Nº TST-E-RR-1072-72.2011.5.02.0384

fornecimento irregular, por exemplo, de respiradores (estes, apenas em 2007) ou mesmo protetores auriculares. O autor fazia preparação de tintas com solventes que poderiam ser ‘absorvidos por vias demais, respiratórias, digestivas e mucosas em geral’, bem assim verificado níveis de ruídos superiores aos limites admitidos na NR-15, não tendo sido suficientes os EPIs até então fornecidos. Sendo assim, de fato, o reclamante trabalhava em ambiente insalubre, e faria jus ao adicional legal.

O reclamante também manuseava materiais inflamáveis, considerando que efetuava a diluição das tintas com álcool, cujas atividades estão descritas na inicial e não foram impugnadas pela reclamada (fls. 05). Não consta dos autos prova de que referido material era corretamente armazenado, e também não se cogita da hipótese de contato meramente eventual do obreiro com tais substâncias, pois a pintura dos moldes também era atribuição rotineira do recorrido. Veja-se, o perigo, neste caso, é permanente: haja vista a potencialidade de um sinistro fatal a qualquer momento.

Ao contrário da insalubridade, que é uma agressão atual, a periculosidade diz respeito sempre à probabilidade do risco, aqui, permanente e, ‘in casu’, enquadrado na NR-16, evidenciando o direito do autor em perceber o adicional de periculosidade”.

Nesse contexto, tratando-se de agentes e fatores laborais distintos (ruídos excessivos, para a insalubridade e inflamáveis, para a periculosidade), mostra-se possível, no caso, a cumulação de adicionais.

Ante o exposto, conheço dos embargos por divergência jurisprudencial e, no mérito, nego-lhe provimento.

Brasília, 18 de outubro de 2016.

HUGO CARLOS SCHEUERMANN
Ministro do TST