

TST-IRR-239-55.2011.5.02.0319

Relator originário: **MINISTRO LUIZ PHILIPPE VIEIRA DE MELLO FILHO**

Revisor: **MINISTRO ALBERTO BRESCIANI**

VOTO CONVERGENTE COM O VOTO DO REVISOR

ADICIONAIS DE PERICULOSIDADE E INSALUBRIDADE. POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO. FATOS GERADORES DISTINTOS E AUTÔNOMOS.

Trata-se de incidente de recurso repetitivo suscitado pelo Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte, com fulcro nos arts. 896-B e 896-C, § 1º ao § 4º, da CLT e 2º, § 2º, da Instrução Normativa nº 38 do TST e acolhido com o fim de afetar à SDI-1 a questão jurídica relativa à "Cumulação de Adicionais de Periculosidade e de Insalubridade Amparados em Fatos Geradores Distintos e Autônomos".

O Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, Relator originário, concluiu pela fixação da seguinte tese jurídica:

"I. Preenchidos os requisitos mínimos das normas regulamentadoras, são cumuláveis um adicional de periculosidade e um adicional de insalubridade, por força do disposto no art. 7º, XXII e XXIII, da Constituição Federal de 1988 e nos itens 8.3 e 11, "b", da Convenção nº 155 da OIT, resultando não recepcionada, em parte, pela ordem jurídica vigente a limitação contida no art. 193, § 2º, da CLT.

II. Não são cumuláveis entre si dois ou mais adicionais de insalubridade ou dois ou mais adicionais de

periculosidade, porque dispõem da mesma natureza e de igual premissa de remuneração, no âmbito da higiene e da segurança do trabalho, respectivamente.

III. Para os fins deste julgado, a acumulação não alcança as previsões legais de periculosidade fundadas na atividade desempenhada – como o vigilante e o eletricitário, referidos pela Lei nº 12.740/2012, e o motociclista, amparado pela Lei nº 12.997/2014 –, mas apenas as previsões normativas de periculosidade por contato com risco acentuado no manejo de elementos explosivos, inflamáveis e radiativos.

IV. Com fulcro nos arts. 927, § 3º, do CPC e 3º, XXIII, da Instrução Normativa nº 39/2015 do TST, atribui-se eficácia prospectiva à tese ora firmada, preservando-se as situações consolidadas à luz do entendimento jurisprudencial anterior e considerando-se como marco modulatório a data do presente julgamento.”

A ementa do voto, no que tange à fixação da tese, está redigida nos seguintes termos:

“INCIDENTE DE RECURSO REPETITIVO - TEMA Nº 17 – ADICIONAIS DE PERICULOSIDADE E INSALUBRIDADE – POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO. São cumuláveis os adicionais de periculosidade e de insalubridade amparados em fatos geradores distintos e autônomos, por força do disposto no art. 7º, XXII e XXIII, da Constituição da República e no item 11, “b”, da Convenção nº 155 da OIT, resultando como não recepcionada pela ordem jurídica vigente a limitação contida no art. 193, § 2º, da CLT.”

O Ministro Alberto Bresciani, Revisor, divergiu, propondo a fixação da seguinte tese:

“O art. 193, § 2º, da CLT foi recepcionado pela Constituição Federal e veda a cumulação dos adicionais de insalubridade e de periculosidade, ainda que decorrentes de fatos geradores distintos e autônomos”.

Peço vênias ao Ministro Vieira de Mello Filho, para acompanhar o entendimento externado pelo Ministro Alberto Bresciani.

Contrariamente ao que defende o Ministro Vieira de Mello Filho, entendo que o disposto nos incs. f

XXII e XXIII do art. 7º da Constituição da República e nos arts. 8º, item 3, da Convenção 148 e 11, letra "b", da Convenção 155, ambas da OIT, não conflitam com a regra do art. 193, § 2º, da CLT.

As referidas normas da Organização Internacional do Trabalho fazem referência à "exposição simultânea" apenas para alertar que essa condição deve ser levada em conta para a fixação ou revisão dos critérios e limites de exposição ao risco (item 3 do art. 8º da Convenção 148) ou para se determinar as "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" (art. 11 da Convenção 155 da OIT).

Note-se que as normas referidas e todas as demais determinações contidas nas referidas Convenções são direcionadas a dar **efetividade** à política nelas previstas voltadas à "Segurança e Saúde dos Trabalhadores e o Meio Ambiente de Trabalho" (Convenção 148) e à "Proteção dos Trabalhadores Contra os Riscos Profissionais Devidos à Contaminação do Ar, ao Ruído e às Vibrações no Local de Trabalho" (Convenção 148). Não há, em nenhuma dessas Convenções, qualquer previsão ou menção da possibilidade de compensação financeira pela exposição do empregado a condição perigosa ou insalubre de trabalho.

Dessa forma, não havendo sequer previsão de pagamento de adicional, não vejo em que ponto essas normas conflitam com o disposto no art. 193, § 2º, da CLT.

Por seu turno, o art. 7º, incs. XXII e XXIII, da Constituição da República dispõem que "são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:"

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

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

Veja que a ordem em que essas normas foram inseridas na Constituição da República revela que a prioridade deve ser a redução dos riscos inerentes ao trabalho e, somente de forma supletiva ou complementar, há a previsão de pagamento do adicional.

Nesse ponto, seguindo o entendimento do Ministro Revisor, também reputo importante destacar que o inc. XXIII do art. 7º prevê o pagamento de "adicional" (no singular) e utiliza a conjunção alternativa "ou" ao relacionar as atividades que geram o direito ao acréscimo remuneratório. Essas circunstâncias, ainda que não possam ser interpretadas como determinação expressa de exclusão de um adicional por outro, também não exprimem a determinação de pagamento simultâneo de adicionais decorrentes de atividades diversas.

Por fim, verifica-se que a Constituição da República, ao prever o direito ao adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, dispõe que esse direito será exercido na forma disciplinada por lei ordinária.

Dessa forma, além de nada dispor expressamente sobre o recebimento simultâneo dos adicionais - seja para possibilitar ou para vedar a percepção cumulativa -, a Constituição da República atribui à lei ordinária a competência para definir os critérios e a forma de pagamento do referido adicional.

Por todos esses fundamentos, entendo que não há incompatibilidade entre o art. 193, § 2º, da CLT e o art. 7º, incs. XXII e XXIII, da Constituição da República, motivo pelo qual continua vigente o disposto na CLT quanto à necessidade de opção por um dos adicionais eventualmente devidos, independentemente da exposição a agentes diversos. Nesse sentido é o seguinte julgado da SDI-1, de minha relatoria, *verbis*:

"RECURSO DE EMBARGOS INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DA LEI 13.015/2014. CUMULATIVIDADE DOS ADICIONAIS DE PERICULOSIDADE E DE INSALUBRIDADE. INVIABILIDADE. Na dicção do § 2º do art. 193 da CLT, é vedada a percepção cumulativa de adicionais de periculosidade e insalubridade, visto que o

caput e o § 1º desse dispositivo tratam das atividades perigosas e do direito do empregado ao adicional respectivo, enquanto aquele (§ 2º) estabelece que o empregado poderá optar pelo adicional de insalubridade que porventura lhe seja devido. Dessa forma, resta claro que o preceito disciplina a forma de pagamento do trabalho realizado em condições de risco, facultando ao empregado, no caso de exposição a agentes insalubre e periculoso, optar pelo adicional mais vantajoso. Assim se dá, porque é a norma do art. 7º, inc. XXIII, da Constituição da República que atribui à lei ordinária a competência para definir a forma de pagamento dos adicionais de periculosidade e de insalubridade. Esse é o entendimento atual e iterativo desta Corte. Precedentes. Recurso de Embargos de que se conhece e a que se nega provimento" (E-ED-RR-1362-54.2012.5.04.0010, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Relator Ministro João Batista Brito Pereira, DEJT 26/08/2016).

Ante o exposto, peço vênha ao Ministro Ministro Vieira de Mello Filho, Relator originário, para acompanhar o Ministro Alberto Bresciani, Revisor, no que se refere à proposta de fixação da seguinte tese jurídica:

"O art. 193, § 2º, da CLT foi recepcionado pela Constituição Federal e veda a cumulação dos adicionais de insalubridade e de periculosidade, ainda que decorrentes de fatos geradores distintos e autônomos".

É como voto.

06/09/2019


JOÃO BATISTA BRITO PEREIRA

Ministro Presidente do Tribunal Superior do Trabalho