

Relator : Ministro VIEIRA DE MELLO FILHO
Revisor : Ministro ALBERTO BRESCIANI
Suscitante: ALEXANDRE DE SOUZA AGRA BELMONTE - MINISTRO DO TRIBUNAL
SUPERIOR DO TRABALHO
Suscitada : SUBSEÇÃO I ESPECIALIZADA EM DISSÍDIOS INDIVIDUAIS DO
TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO
Embargante: ALEXANDRE ZANARDI TARDIN
Embargada : AMERICAN AIRLINES INC.

LBC/vm

JUSTIFICATIVA DE VOTO VENCIDO
DO EX^{MO}. MINISTRO LELIO BENTES CORRÊA

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

Trata-se de Incidente de Recurso Repetitivo decorrente de proposta formulada pelo Ex^{mo}. Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte, acolhida no âmbito da Eg. SBDI-1 do TST nos autos do Processo n.º EEDRR-239-55.2011.5.02.0319, afetado à própria Seção, em sua composição completa, conforme certidão lavrada em 5/10/2017 (fl. 678).

Sorteados Relator e Revisor os Exm^{os}. Ministros Vieira de Mello Filho e Alberto Bresciani, respectivamente, o **tema** objeto do Incidente foi fixado nos termos do despacho de fls. 3.105/3.106, da lavra do Ex^{mo}. Relator:

“(…) Cumulação de Adicionais de Periculosidade e de Insalubridade amparados em fatos geradores distintos e autônomos.”

O cerne da presente controvérsia centra-se na norma do artigo 193 da CLT, mais precisamente do seu § 2º (grifos acrescidos):

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:

(…)

§ 1º - O trabalho em condições de periculosidade assegura ao

PROC. Nº TST-IRR-239-55.2011.5.02.0319

empregado um adicional de 30% (trinta por cento) sobre o salário sem os acréscimos resultantes de gratificações, prêmios ou participações nos lucros da empresa.

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

O debate assume relevo na medida em que se indaga acerca da recepção do referido preceito de lei pela Constituição da República de 1988, mormente diante do que preceitua o artigo 7º, XXII e XXIII, ao assegurar aos trabalhadores urbanos e rurais:

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;

Busca-se, ainda, exercer o controle de convencionalidade da norma insculpida no artigo 193, § 2º, da CLT, à luz das Convenções n.ºs 148 e 155 da Organização Internacional do Trabalho, ratificadas pelo Brasil.

De um lado, a Convenção n.º 148 da OIT, ao tratar da "Proteção dos trabalhadores contra os riscos profissionais devidos à contaminação do ar, ao ruído e às vibrações no local de trabalho", dispõe, em seu artigo 8º, item 3 (grifos acrescentados):

3. 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.**

De outro lado, a Convenção n.º 155 da OIT, ao versar sobre "segurança e saúde dos trabalhadores e o meio ambiente de trabalho", estabelece, em seus artigos 4 e 11, alínea "b" (grifos acrescentados):

Artigo 4

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.**

PROC. Nº TST-IRR-239-55.2011.5.02.0319

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 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**;

Importante frisar, ainda, que, no âmbito do TST, primeiramente, a SBDI-1, em sessão de julgamento ocorrida em 28/4/2016, havia assentado a tese de que a norma do artigo 193, § 2º, da CLT só é aplicável "se se partir do pressuposto de que o direito, em tese, ao pagamento dos adicionais de insalubridade e de periculosidade deriva de uma única causa de pedir". Concluiu-se, no aludido julgamento, por maioria, que, em se tratando de fatos geradores distintos, o empregado tem direito a perceber cumulativamente os adicionais de insalubridade e de periculosidade, por força do que dispõem os artigos 7º, XXIII, da Constituição da República, 192 e 193, § 1º, da CLT. Nesse sentido direciona-se o acórdão prolatado no julgamento dos Embargos EARR-1081-60.2012.5.03.0064, da lavra do Ex^{mo}. Ministro João Oreste Dalazen, Redator Designado (grifos acrescidos):

ADICIONAIS. PERICULOSIDADE E INSALUBRIDADE. PERCEPÇÃO CUMULATIVA. ART. 193, § 2º, DA CLT. ALCANCE.

1. No Direito brasileiro, as normas de proteção ao empregado pelo labor prestado em condições mais gravosas à saúde e à segurança deverão pautar-se sempre nos preceitos insculpidos no art. 7º, incisos XXII e XXIII, da Constituição Federal: de um lado, a partir do estabelecimento de um meio ambiente do trabalho equilibrado; de outro lado, mediante retribuição pecuniária com vistas a "compensar" os efeitos nocivos decorrentes da

PROC. Nº TST-IRR-239-55.2011.5.02.0319

incontornável necessidade de exposição do empregado, em determinadas atividades, a agentes nocivos à sua saúde e segurança.

2. No plano infraconstitucional, o art. 193 da CLT, ao dispor sobre o direito à percepção de adicional de periculosidade, assegura ao empregado a opção pelo adicional de insalubridade porventura devido (§ 2º do art. 193 da CLT).

3. A opção a que alude o art. 193, § 2º, da CLT não conflita com a norma do art. 7º, XXII, da Constituição Federal. Os preceitos da CLT e da Constituição, nesse ponto, disciplinam aspectos distintos do labor prestado em condições mais gravosas: enquanto o art. 193, § 2º, da CLT regula o adicional de salário devido ao empregado em decorrência de exposição a agente nocivo, o inciso XXII do art. 7º impõe ao empregador a redução dos agentes nocivos no meio ambiente de trabalho. O inciso XXIII, a seu turno, cinge-se a enunciar o direito a adicional "de remuneração" para as atividades penosas, insalubres e perigosas e atribui ao legislador ordinário a competência para fixar os requisitos que geram direito ao respectivo adicional.

4. Igualmente não se divisa descompasso entre a legislação brasileira e as normas internacionais de proteção ao trabalho. As Convenções n.ºs 148 e 155 da OIT, em especial, não contêm qualquer norma explícita em que se assegure a percepção cumulativa dos adicionais de periculosidade e de insalubridade em decorrência da exposição do empregado a uma pluralidade de agentes de risco distintos. Não há, pois, em tais normas internacionais preceito em contraposição ao § 2º do art. 193 da CLT.

5. Entretanto, interpretação teleológica, afinada ao texto constitucional, da norma inscrita no art. 193, § 2º, da CLT, conduz à conclusão de que a opção franqueada ao empregado, em relação à percepção de um ou de outro adicional, somente faz sentido se se partir do pressuposto de que o direito, em tese, ao pagamento dos adicionais de insalubridade e de periculosidade deriva de uma única causa de pedir.

6. Solução diversa impõe-se se se postula o pagamento dos adicionais de insalubridade e de periculosidade, concomitantemente, com fundamento em causas de pedir distintas. Uma vez caracterizadas e classificadas as atividades, individualmente consideradas, como insalubre e perigosa, nos termos do art. 195 da CLT, é inarredável a observância das normas que asseguram ao empregado o pagamento cumulativo dos respectivos adicionais - arts. 192 e 193, § 1º, da CLT. Trata-se de entendimento consentâneo com o art. 7º, XXIII, da Constituição Federal de 1988. Do contrário, emprestar-se-ia tratamento igual a empregados submetidos a condições gravosas distintas: o empregado submetido a um único agente nocivo, ainda que caracterizador de insalubridade e também de periculosidade, mereceria o mesmo tratamento dispensado ao empregado submetido a dois ou mais agentes nocivos, díspares e autônomos, cada qual em si suficiente para gerar um adicional. Assim, se presentes os agentes insalubre e de risco, simultaneamente, cada qual amparado em um fato gerador diferenciado e autônomo, em tese há direito à percepção

PROC. Nº TST-IRR-239-55.2011.5.02.0319

cumulativa de ambos os adicionais.

7. Incensurável, no caso, acórdão de Turma do TST que nega a percepção cumulativa dos adicionais de insalubridade e de periculosidade se não comprovada, para tanto, a presença de causa de pedir distinta.

8. Embargos do Reclamante de que se conhece, por divergência jurisprudencial, e a que se nega provimento. (E-ARR-1081-60.2012.5.03.0064, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Redator Ministro João Oreste Dalazen, DEJT 17/06/2016)

Esse entendimento prevaleceu **até** o julgamento dos Embargos ERR-1072-72.2011.5.02.0384, **em 13/10/2016**, por meio do qual se operou **a alteração do entendimento desta Eg. Seção.**

Com efeito, ao examinar caso em que o reclamante postulava a percepção cumulativa dos adicionais de insalubridade e de periculosidade, em virtude de **fatos geradores distintos**, a Eg. SBDI-1, **por maioria**, deu provimento aos Embargos interpostos pela reclamada para "*excluir da condenação a possibilidade de acúmulo dos dois adicionais*".

O entendimento externado por esta Eg. Seção encontra-se sintetizado na ementa do acórdão lavrado na oportunidade - no qual figurou como Relator o Ex^{mo}. Ministro Renato de Lacerda Paiva -, de seguinte teor:

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. (E-RR-1072-72.2011.5.02.0384, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Relator Ministro Renato de Lacerda Paiva, DEJT 08/09/2017, **quórum de 13 Ministros, vencidos os Ministros ACC, JOD, JRP, HCS, AAB e CMB**).

PROC. Nº TST-IRR-239-55.2011.5.02.0319

A partir de então, esta Eg. Seção passou a adotar a tese jurídica fixada no julgamento dos Embargos ERR-1072-72.2011.5.02.0384 - ainda que, em alguns casos, com ressalvas de entendimento pessoal dos Relatores. Por conseguinte, firmou-se no âmbito da SBDI-1 o entendimento de que o artigo 193, § 2º, da CLT foi recepcionado pela Constituição da República de 1988, sendo vedada a percepção cumulativa dos adicionais de periculosidade e de insalubridade, ainda que decorrentes de fatos geradores distintos.

Nesse sentido, são exemplificativos os seguintes julgados, prolatados posteriormente ao acórdão lavrado nos autos dos Embargos ERR-1072-72.2011.5.02.0384 (grifos acrescentados):

EMBARGOS. RECURSO DE REVISTA. CUMULAÇÃO DE ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. ARTIGO 894, §2º, DA CLT.

INCIDÊNCIA. 1. Acórdão embargado em que foi rechaçada a pretensão de cumulação dos adicionais de periculosidade e de insalubridade. 2. **A SBDI-1, na sessão de 13/10/2016, no julgamento do processo nº E-RR-1072-72.2011.5.02.0384, por apertada maioria, firmou o entendimento no sentido da impossibilidade de cumulação dos adicionais de periculosidade e de insalubridade. Conquanto vencido, este Relator não está convencido da tese ampla abraçada pela SBDI-1, que veda a cumulação inclusive quando o agente perigoso e o insalubre decorram de fatos geradores distintos.** Nessa hipótese, **ressalvo meu entendimento**, pois a cumulação não importaria em remuneração em duplicidade, haja vista que os fatos geradores apurados em concreto são oriundos de causas eficientes autônomas, de modo que não deve incidir o art. 193, § 2º, da CLT. 3. No caso em exame, não há notícia de que, em concreto, os fatos geradores do adicional de insalubridade e de periculosidade possuam causas eficientes autônomas, razão pela qual deve o empregado optar por um dos adicionais. Assim, como o acórdão da Turma está em consonância com a iterativa e notória jurisprudência do TST, o recurso de embargos não alcança conhecimento, incidindo o óbice do § 2º do artigo 894 da CLT. Recurso de embargos não conhecido. (E-RR-10449-23.2014.5.15.0086, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Relator Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte, **julgado em 24/8/2017**, DEJT 01/09/2017).

ADICIONAIS. PERICULOSIDADE E INSALUBRIDADE. PERCEPÇÃO CUMULATIVA. VEDAÇÃO. ARTIGO 193, § 2º, DA CLT. ALCANCE. JURISPRUDÊNCIA DA SBDI-1 DO TST. ARTIGO 894, § 2º, DA CLT. 1. **A SBDI-1 do TST posiciona-se no sentido de que a norma do artigo 193, § 2º, da CLT veda, em toda e qualquer**

PROC. Nº TST-IRR-239-55.2011.5.02.0319

circunstância, a percepção cumulativa dos adicionais de insalubridade e de periculosidade, independentemente de o pedido de cumulação de adicionais derivar de uma única causa de pedir ou de causas de pedir distintas. 2. Consolidação do entendimento segundo o qual a opção a que alude o artigo 193, § 2º, da CLT não conflita com a norma do artigo 7º, XXII e XXIII, da Constituição Federal. 3. Ausência de conflito entre a legislação brasileira e as normas internacionais de proteção ao trabalho. As Convenções nos 148 e 155 da OIT, em especial, não contêm qualquer norma explícita em que se assegure a percepção cumulativa dos adicionais de periculosidade e de insalubridade em decorrência da exposição do empregado a uma pluralidade de agentes de risco distintos. 4. Embargos do Reclamante de que não se conhece, com fundamento no artigo 894, § 2º, da CLT. (E-RR-2013-42.2014.5.12.0027, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Relator Ministro João Oreste Dalazen, **julgado em 3/8/2017**, DEJT 10/08/2017).

AGRAVO REGIMENTAL EM EMBARGOS EM RECURSO DE REVISTA - REGÊNCIA PELA LEI Nº 13.015/2014 - ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE. CUMULAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. Inviável o processamento do recurso de embargos quando evidenciada a conformidade do acórdão turmário com a **jurisprudência desta Subseção, que, em Sessão Ordinária realizada no dia 13/10/2016, firmou o entendimento de que é vedada a percepção cumulativa dos adicionais de insalubridade e periculosidade, ainda que a pretensão se funde em fatos geradores distintos.** Inteligência do artigo 894, § 2º, da CLT. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgR-E-RR-1686-89.2011.5.02.0089, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Relator Ministro Márcio Eurico Vitral Amaro, **julgado em 8/6/2017**, DEJT 16/06/2017).

ADICIONAIS. PERICULOSIDADE E INSALUBRIDADE. PERCEPÇÃO CUMULATIVA. VEDAÇÃO. ARTIGO 193, § 2º, DA CLT. ALCANCE. JURISPRUDÊNCIA DA SbDI-1 DO TST. ARTIGO 894, § 2º, DA CLT 1. **A SbDI-1 do TST firmou entendimento no sentido de que a norma do artigo 193, § 2º, da CLT veda, em toda e qualquer circunstância, a percepção cumulativa dos adicionais de insalubridade e de periculosidade, independentemente de o pedido de cumulação de adicionais derivar de uma única causa de pedir ou de causas de pedir distintas.** 2. Consolidação do entendimento segundo o qual a opção a que alude o artigo 193, § 2º, da CLT não conflita com a norma do artigo 7º, XXII e XXIII, da Constituição Federal. 3. Ausência de conflito entre a legislação brasileira e as normas internacionais de proteção ao trabalho. As Convenções nos 148 e 155 da OIT, em especial, não contêm qualquer norma explícita em que se assegure a percepção cumulativa dos adicionais de periculosidade e de insalubridade em decorrência da exposição do empregado a uma pluralidade de agentes de risco distintos. 4. Embargos do Reclamante de que não se conhece, com fundamento no artigo 894, § 2º, da CLT. (E-ED-RR-58600-23.2011.5.17.0004, Subseção I Especializada em

PROC. Nº TST-IRR-239-55.2011.5.02.0319

Dissídios Individuais, Relator Ministro João Oreste Dalazen, julgado em 30/3/2017, DEJT 11/04/2017).

Sucedede que, mesmo após a reiteração de julgados no âmbito da Eg. SBDI-1 no sentido da vedação de cumulação dos adicionais decorrentes de fatos geradores distintos, a questão persistiu controvertida perante algumas Turmas do TST.

Consoante ressaltado pelo Ex^{mo}. Ministro Alexandre Agra Belmonte na proposta de instauração do presente Incidente, *"mesmo depois do julgamento do E-RR-1072-72.2011.5.02.0384, há decisões divergentes entre as Turmas e mesmo a cisão de entendimento entre os componentes das Turmas, votos convergentes com ressalva e decisões não unânimes."* (fl. 680).

De fato, há precedentes recentes de Turmas em que **ou** se manteve o entendimento acerca da possibilidade de cumulação dos adicionais de insalubridade e de periculosidade decorrentes de fatos geradores distintos - em contraposição à tese jurídica então prevalecente na SBDI-1 -, **ou** se registrou ressalva de entendimento pessoal do Relator nesse sentido. Mencionam-se exemplificativamente os seguintes julgados (grifos acrescidos):

(...) II - RECURSO DE REVISTA ADESIVO DO RECLAMANTE - INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DAS LEIS Nº 13.015/2014 E 13.105/2015. **ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO COM O ADICIONAL DE PERICULOSIDADE.** O art. 193 da CLT, que se reporta ao adicional de periculosidade, dispõe, em seu § 2º, que o empregado pode optar pelo adicional de insalubridade. Em exercício hermenêutico desse comando, usualmente procedido pelas Cortes Trabalhistas, é comum concluir-se que, mesmo exposto o trabalhador, simultaneamente, a agentes potencialmente nocivos à saúde e geradores de risco à integridade física ou à vida, não acumularia dois adicionais, de periculosidade e de insalubridade, devendo observar a determinação da lei quanto à opção. Ora, é cediço que as normas atinentes à saúde ostentam caráter de ordem pública e, portanto, são inderrogáveis pela vontade das partes. E, por esse viés, cabe ao empregador zelar pelo meio ambiente laboral saudável, buscando eliminar os riscos que atentam contra a saúde do trabalhador (art.7º, XXII, da CF). Dessa forma, o pagamento pelo trabalho em condições diferenciadas, entre elas as de exposição a riscos à saúde, integridade física e vida do trabalhador, não apenas visa a remunerar as condições especiais do labor, como também a encarecer a mão de obra, objetivando a realização, pelo empregador, da efetiva diminuição ou eliminação dos riscos. No entanto, em face da impossibilidade de se

PROC. Nº TST-IRR-239-55.2011.5.02.0319

alcançar um ambiente totalmente isento dos riscos à saúde, o pagamento dos adicionais visa compensar o risco à saúde e à vida e a integridade do trabalhador. Os arts. 190 e 193 da CLT, que preveem o pagamento dos adicionais de insalubridade e de periculosidade, embora sejam taxativos quanto à caracterização das atividades insalubres e perigosas pelo Ministério do Trabalho, não trazem nenhuma vedação para a sua cumulação, inclusive porque visam remunerar situações distintas de gravame à saúde. Os referidos dispositivos, em especial o § 2º do art. 193, devem ser interpretados à luz da Constituição Federal, notadamente em face dos princípios nela insculpidos, tais como os da dignidade da pessoa humana, da valorização social do trabalho, da proteção à saúde e meio ambiente do trabalho e do princípio da redução dos riscos inerentes ao trabalho, visto que a saúde e a integridade física não se vendem e não se compram, preservam-se, sendo fundamentais à dignidade do ser humano. Sabido que a insalubridade compromete a saúde do trabalhador, enquanto a periculosidade expõe a risco a sua vida ou integridade física, não haveria sentido falar-se em opção por um deles, na medida em que a escolha de um dos adicionais não elimina a incidência do outro. No momento em que o empregado é obrigado a optar por um dos adicionais, com agentes agressores diversos, estar-se-ia precarizando o postulado nos arts. 6º e 194 da Constituição Federal, de que a saúde é um direito social e no art. 7º, XXIII, da Constituição Federal, que prevê o pagamento do adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas. Convém ressaltar que as Convenções 148 e 155 da Organização Internacional do Trabalho, ratificadas pelo Brasil, recomendam interpretação mais ampla, ou, ao menos, mais voltada ao aprimoramento das condições de trabalho e extensão da proteção a que o empregado faz jus, estabelecendo limites aos riscos profissionais. Assim, em face de a Constituição Federal, no artigo 7º, XXIII, ter garantido de forma plena o direito ao recebimento dos adicionais de penosidade, insalubridade e periculosidade, sem nenhuma ressalva quanto à cumulação, não estaria recepcionado o dispositivo da CLT. Procurando, no entanto, estabelecer o sentido e alcance da norma celetista à luz da Constituição de 1988, com interpretação conforme a Lei Maior, chego à conclusão de que o intuito da norma, em relação à opção por um dos adicionais, diz respeito a fatos que levam simultaneamente a uma situação de insalubridade e de risco. E aí a opção por um dos adicionais se impõe, com recepção da norma celetista. Por esse prisma, a interpretação a ser conferida à norma não pode ser a mesma quando os fatos geradores da insalubridade e da periculosidade são diversos e não se confundem. Nesta hipótese, a norma do art. 193, § 2º, da CLT não incide, pelo simples fato de que não há opção a ser feita. São fatores distintos e cada qual faz incidir o adicional correspondente. Interpretação distinta corresponderia a negar um direito fundado na Constituição Federal. **Assim, por quaisquer dos enfoques que se pretenda, seja pela não recepção do art. 193, § 2º, da CLT pela Constituição Federal, seja pela sua interpretação conforme aos princípios constitucionais, entendo plenamente cabível a cumulação dos adicionais de periculosidade e de insalubridade quando as circunstâncias que os ensejarem forem diversas. É precisamente a**

PROC. Nº TST-IRR-239-55.2011.5.02.0319

hipótese em exame, ao extrair-se dos autos que o autor estava sujeito ao agente perigoso inflamáveis e ao agente insalubre frio quando atuava em câmara fria. Recurso de revista conhecido, por violação do artigo 193, § 2º, da CLT, e provido. (RR - 21024-82.2014.5.04.0026, Redator Ministro: Alexandre de Souza Agra Belmonte, Data de Julgamento: 07/06/2017, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 03/07/2017, **vencido o Exmo. Ministro Alberto Bresciani**)

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA EM FACE DE DECISÃO PUBLICADA A PARTIR DA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. CUMULAÇÃO DOS ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE. **Ressalvado o meu entendimento pessoal**, a Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, no julgamento do processo E-RR-1072-72.2011.5.02.0384, em 13/10/2016, assentou que deve prevalecer a norma expressa no artigo 193, § 2º, da CLT, segundo a qual é vedada a percepção cumulativa dos adicionais de insalubridade e de periculosidade. Assim, ainda que presentes ambos os agentes, simultaneamente, cada qual amparado em um fato gerador diferenciado e autônomo (fatores ou causa de pedir distintos), descabe a dupla condenação. Concluiu, diante de tais aspectos, pela necessidade de o empregado optar por um desses adicionais. Precedentes. Agravo de instrumento a que se nega provimento. (AIRR - 227-43.2012.5.15.0093, Relator Ministro: Cláudio Mascarenhas Brandão, Data de Julgamento: 21/06/2017, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 30/06/2017)

(...) RECURSO DE REVISTA ADESIVO DO RECLAMANTE - CUMULAÇÃO DO ADICIONAL DE INSALUBRIDADE E DO ADICIONAL DE PERICULOSIDADE - IMPOSSIBILIDADE. 1. **Ressalvado posicionamento** no sentido de que a norma contida no art. 193, § 2º, da CLT não foi recepcionada pela Constituição Federal - que o seu art. 7º, XXIII, garantiu o direito dos trabalhadores ao recebimento dos adicionais de insalubridade e de periculosidade, sem ressalva acerca da cumulação; que a possibilidade de recebimento cumulado dos mencionados adicionais se justifica em face de os fatos geradores dos direitos serem diversos; que a inclusão no sistema jurídico interno das Convenções Internacionais nºs 148 e 155, com a qualidade de normas materialmente constitucionais ou supralegais, como decidido pelo STF, determina a atualização contínua da legislação acerca das condições nocivas de labor e a consideração dos riscos para a saúde do trabalhador oriundos da exposição simultânea a várias substâncias insalubres e agentes perigosos - não mais é aplicável a mencionada norma da CLT, sendo possível o pagamento conjunto dos adicionais de insalubridade e de periculosidade. 2. **Recentemente, no Julgamento do E-RR-1072-72.2011.5.02.0384, da relatoria do Ministro Renato de Lacerda Paiva, julgado em 13/10/2016, a SBDI-1 do TST, por maioria, concluiu que qualquer decisão, quer por causa distinta quer por causa única, em que seja permitido o recebimento dos adicionais de forma cumulativa, contraria**

PROC. Nº TST-IRR-239-55.2011.5.02.0319

flagrantemente o § 2º do art. 193 da CLT, porque tal faculdade não retira a impossibilidade de cumulação, estando prevista a possibilidade de opção pelo empregado do percebimento do adicional que melhor lhe convier. 3. No caso dos autos, o Tribunal Regional entendeu ser impossível a cumulação dos adicionais de periculosidade e de insalubridade, com fundamento no art. 193, § 2º, da CLT. Assim, fica mantida a decisão regional. Recurso de revista não conhecido. (RR - 20444-88.2014.5.04.0014, Relator Ministro: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, Data de Julgamento: 08/03/2017, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 10/03/2017)

Num tal contexto, a controvérsia que perdura em algumas Turmas do TST motivou o acolhimento da proposta apresentada pelo Ex^{mo}. Ministro Alexandre Agra Belmonte e a efetiva instauração do presente Incidente de Recurso Repetitivo perante a Eg. SBDI-1.

Retoma-se, portanto, o debate acerca da seguinte questão jurídica: à luz do ordenamento jurídico brasileiro e das normas internacionais de proteção do trabalho, faz jus ao pagamento cumulativo dos adicionais de insalubridade e de periculosidade o empregado sujeito ao labor em condições insalubres e de risco à vida - perigosas -, provenientes de fatos geradores distintos?

O Ex^{mo}. Ministro Vieira de Mello Filho, Relator originário do Incidente, ao examinar a controvérsia sob a ótica dos artigos 7º, XXII e XXIII, da Constituição da República, e 193, § 2º, da CLT, e das Convenções n.ºs 148 e 155 da OIT, concluiu que **são cumuláveis** os adicionais de periculosidade e insalubridade em tais circunstâncias.

Eis, em síntese, os fundamentos esposados por Sua Ex^a.:

(...) Assim, a vedação da cumulação de adicionais que a legislação infraconstitucional instaura, ao limitar a amplitude da proteção que a Constituição da República assegura, restringindo onde o constituinte não o fez e, mais grave, afastando-se do paradigma de tutela ao qual o Documento Político de 1988 se alinha, submete-se ao controle de constitucionalidade, materializado, no caso, pela não recepção da referida norma.

(...)

No caso, os itens 8.3 da Convenção nº 148 e 11, “b”, da Convenção nº 155 da OIT, ambas ratificadas pelo Brasil, asseguram que sejam considerados, na ordem jurídica interna de cada país membro, “*os riscos para a saúde decorrentes da exposição simultânea a diversas substâncias ou agentes*”. O vetor interpretativo colocado com clareza e de forma

PROC. Nº TST-IRR-239-55.2011.5.02.0319

coerente com o caráter genérico das normas internacionais orienta-se no sentido de que a multiplicidade de exposições deve gerar uma multiplicidade de medidas e/ou consequências jurídicas.

Evidente que não dialoga com esse paradigma a diretriz assentada no art. 193, § 2º, da CLT, ao determinar que, para a duplicidade da exposição, a insalubridade e a periculosidade decorram uma única consequência, de escolha do trabalhador.

(...)

É nessa perspectiva e com reconhecimento da força normativa direta, da hierarquia suprallegal e da otimização da interpretação constitucional que os dispositivos das Convenções da OIT, normas internacionais de direitos humanos, ostentam, bem como mediante aplicação do fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana e do princípio *pro homine*, que se declara a inconstitucionalidade e a inconveniência do art. 193, § 2º, da CLT, cuja aplicação deve ser afastada para que se admita a cumulatividade de um adicional de insalubridade e de um adicional de periculosidade na hipótese em que o sujeito trabalhador esteja, simultaneamente, exposto a agentes insalubres e perigosos no seu trabalho, ficando, ademais, sinalizado o comando constitucional no sentido de que, em situações como essa, sejam empregadas, com prioridade, todas as medidas necessárias à redução dos riscos inerentes ao trabalho.

A partir de tais fundamentos, o Ex^{mo}. Ministro Relator originário propugnou a adoção de **tese jurídica vinculante**, enunciada nos seguintes termos:

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 no item 11, “b”, a convenção n.º 155 da OIT, resultando não recepcionada 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.

PROC. Nº TST-IRR-239-55.2011.5.02.0319

O Ex^{mo}. Ministro Alberto Bresciani - designado Redator para o acórdão -, assentou entendimento distinto, a saber:

(...) Pela topografia dos incisos - o XXII trata da redução dos riscos inerentes ao trabalho e o XXIII, do adicional pelo exercício de atividades de risco -, observa-se que a prevenção deve ser priorizada em relação à compensação, por meio de retribuição pecuniária, dos efeitos nocivos do ambiente de trabalho à saúde do trabalhador (a chamada monetização do risco).

Ainda, quanto ao inciso XXIII, entendendo-se que a Lei não possui palavras inúteis, a conjunção "ou", por si só, bem como a utilização da palavra "adicional", no singular, admite supor-se alternatividade entre os adicionais. Assim, quer pela sua natureza, quer por sua literalidade, não há que se falar em restrição, pela Constituição Federal, ao art. 193, § 2º, da CLT, no que diz respeito à vedação à cumulação de adicionais (porque respeitado o seu núcleo essencial), ainda que Lei possa, no futuro, autorizá-la, dado o caráter progressivo dos direitos sociais (art. 7º, *caput*, da Constituição Federal).

(...) Como se verá adiante, defendo que a teleologia do texto do art. 193, § 2º, é, propriamente, a vedação à cumulação, para priorizar o paradigma preventivo de tutela da saúde do trabalhador.

(...)

Também não me parece que as normas internacionais de direitos humanos comprometam a interpretação sobre o tema que tem prevalecido neste Tribunal.

(...)

As Convenções internacionais preocupam-se com a saúde do trabalhador e a classificação de atividades. O enfoque é, portanto, nitidamente, preventivo, para que a evolução tecnológica não torne, por exemplo, os limites previstos pelas Normas Regulamentares brasileiras ultrapassados.

(...)

Então, o que se tem é: há Lei e jurisprudência consolidada sobre a matéria. Nada, na conjuntura social, foi alterado para a ampliação da remuneração dos trabalhadores, tal como se propõe.

Não se pode, ou não é desejável, em regime democrático, sob o argumento de interpretação, dobrar-se a lei (*bend the Law*) para pretender-se que diga mais do que efetivamente o fez, principalmente em contraposição ao planejamento (planning) nacional e internacional, em políticas sobre saúde no ambiente de trabalho.

(...)

Este é, a meu ver, o caso dos autos. Em lugar de se monetizar o risco, a ênfase deve ser na prevenção e proteção da saúde do trabalhador.

PROC. Nº TST-IRR-239-55.2011.5.02.0319

A partir desses fundamentos, o Ex^{mo}. Ministro Alberto Bresciani propôs a fixação da seguinte **tese jurídica**, ao final prevalecente:

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.

Ao exame.

Cediço que a norma contida no inciso XXII do artigo 7º da Constituição da República assegura aos trabalhadores "*a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança*". Assim, referido preceito constitucional ostenta caráter preventivo em relação à exposição dos empregados a condições adversas de labor.

O inciso XXIII do mesmo artigo 7º, por sua vez, garante o direito à percepção do adicional correspondente em face da exposição do empregado a um meio ambiente de trabalho penoso, insalubre ou perigoso, remetendo à lei ordinária a prerrogativa de regulamentar a percepção destes adicionais.

Tal competência foi exercida pelo legislador ordinário ao fixar as condições para percepção dos adicionais de insalubridade e de periculosidade, nos termos dos artigos 189, 192 e 193 da Consolidação das Leis do Trabalho.

A seu turno, no plano internacional, como visto, a Convenção nº 148 da OIT, ao tratar da "*proteção dos trabalhadores contra os riscos profissionais devidos à contaminação do ar, ao ruído e às vibrações no local de trabalho*", dispõe, no artigo 8º, item 3, que os critérios e limites de exposição aos agentes mencionados deverão observar, "*na medida do possível, qualquer aumento dos riscos profissionais resultante da exposição simultânea a vários fatores nocivos no local de trabalho.*"

Importante frisar que o referido dispositivo encontra-se inserido na Parte III da aludida Convenção, intitulada "Medidas de Prevenção e Proteção". Ao erigir a ponderação em torno de "*qualquer aumento dos riscos decorrentes da **exposição simultânea** a mais de um fator nocivo*" como aspecto relevante para a fixação, complementação e revisão periódica dos critérios e limites de exposição, o aludido item 3 do artigo 8º afina-se aos escopos

PROC. Nº TST-IRR-239-55.2011.5.02.0319

preventivo e de restrição da exposição dos empregados a ambientes de trabalho nocivos, que norteou a Convenção n.º 148 da OIT. Reforça esse entendimento o teor do artigo 4º, item 1, da mesma Convenção, no sentido de que *"a legislação nacional deverá dispor sobre a adoção de medidas no local de trabalho para **prevenir e limitar os riscos** profissionais devidos à contaminação do ar, ao ruído e às vibrações, e para proteger os trabalhadores contra tais riscos"*.

O mesmo raciocínio aplica-se à Convenção n.º 155 da OIT, que dispõe sobre *"segurança e saúde dos trabalhadores e o meio ambiente de trabalho"*, cujo objetivo é a formulação, efetivação e o reexame periódico de uma política nacional coerente em matéria de segurança do trabalho, nos termos do seu artigo 4º. Daí a alusão que se faz, no item 2 do dispositivo mencionado, ao objetivo de prevenir acidentes e danos à saúde, *"reduzindo ao mínimo, na medida que for razoável e possível, as causas dos riscos inerentes ao meio ambiente de trabalho"*. Tal redução de riscos chancela a conduta do Estado, consoante o artigo 11, alínea "b", no sentido de proibir, limitar ou, ainda, autorizar o exercício da atividade perigosa e insalubre.

Do quanto exposto, infere-se, de forma clara, que as referidas Convenções, ao estatuírem os meios que deverão ser implementados em nível nacional, de acordo com as condições e práticas nacionais, pelas vias legislativa, regulamentar ou qualquer outro meio, efetivamente contemplam a proteção à saúde e à segurança no trabalho a partir da proibição, da exigência de autorização ou da limitação do exercício de atividades de risco à vida ou à incolumidade física. É de indagar-se, pois: a oneração do trabalho em atividade insalubre e perigosa é ou não um meio eficaz de limitação?

Ora, se é certo que a denominada "monetização" do risco não consubstancia nem o melhor meio, nem o mais eficaz, não é menos verdade que desonerar a exploração do trabalho insalubre simultâneo ao exercício de atividade perigosa acaba por conduzir a resultado contrário aos princípios enunciados nas Convenções n.ºs 148 e 155 da OIT, na medida em que favorece, ou deixa de desestimular, como deveria, o labor em tais condições.

De tal modo, consubstanciar-se-ia flagrante

PROC. Nº TST-IRR-239-55.2011.5.02.0319

incompatibilidade com o conteúdo das aludidas Convenções e o texto constitucional a adoção de uma compreensão da legislação pátria que conduzisse ao reconhecimento da impossibilidade de cumulação dos adicionais, quando amparados em fatos geradores distintos.

Não obstante, a norma insculpida no § 2º do artigo 193 da Consolidação das Leis do Trabalho é passível de interpretação conforme a Constituição da República e as normas internacionais ratificadas pelo Brasil, de modo a limitar sua abrangência às hipóteses de vedação de acumulação de adicionais devidos em face do mesmo fato gerador. A *contrario sensu*, semelhante interpretação autoriza o pagamento cumulativo dos adicionais de insalubridade e de periculosidade, em decorrência do labor prestado simultaneamente em condições de risco à saúde e à vida do empregado, sempre que motivadas por fatos geradores distintos.

Cuida-se, em substância, de exegese que mais se afina às disposições do artigo 7º, XXIII, da Constituição da República, que explicitamente assegura a percepção do adicional correspondente em face da exposição do empregado a agentes insalubres ou perigosos. Insta salientar, nesse ponto - sem embargo dos que entendem em sentido contrário -, que o fato de o texto constitucional adotar a conjunção "ou", ao reportar-se ao direito a adicional de remuneração para as atividades insalubres **ou** perigosas, não implica reconhecer, por si só, óbice à percepção cumulativa dos referidos adicionais. Tal interpretação, puramente gramatical, além de completamente apartada do espírito que imbuiu a elaboração das normas internacionais de proteção ao trabalho ratificadas pelo Brasil, nem de longe se harmoniza ao escopo reparador do próprio preceito constitucional, com vistas a compensar o empregado pela imposição de labor em condições adversas à sua incolumidade física, seja à saúde ou à própria vida.

Registre-se, por derradeiro, que, não fosse pela força e coerência das disposições constitucionais, plenamente integradas e articuladas com as Convenções ratificadas pelo Brasil, o direito à percepção cumulativa dos adicionais, em se tratando de fatos geradores distintos, encontra guarida também no Direito Civil brasileiro. Não se olvida, a propósito, o teor da norma insculpida no artigo 927, cabeça, do Código Civil de 2002 (artigo 159 do Código Civil de 1916), que impõe o dever de reparação a todo aquele que

PROC. N° TST-IRR-239-55.2011.5.02.0319

causar prejuízo a outrem. Nesse contexto, a reparação do dano à saúde do empregado, advindo de condições insalubres de labor impostas pela necessidade do serviço, não pode ser elidida pela circunstância de a atividade profissional desenvolver-se, ao mesmo tempo, em condições de periculosidade. Do contrário, incorrer-se-ia em odiosa discriminação, de todo incompatível com o princípio da isonomia inscrito no artigo 5º, cabeça, da Constituição da República, tal qual ressaltado pelo Ex^{mo}. Ministro Hugo Carlos Scheuermann, em sua manifestação.

Eis as razões pelas quais, *data venia* da douta maioria, acompanhei, com ressalva de fundamentação, o voto proferido pelo Ex^{mo}. Ministro Relator originário.

Brasília, 26 de setembro de 2019.



LELIO BENTES CORRÊA
Ministro do TST