



Poder Judiciário
Justiça do Trabalho
Tribunal Superior do Trabalho

PROCESSO N° TST-IRR-239-55.2011.5.02.0319

Relator: MINISTRO LUIZ PHILIPPE VIEIRA DE MELLO FILHO

Revisor: MINISTRO ALBERTO LUIZ BRESCIANI DE FONTAN PEREIRA

TEMA: INCIDENTE DE RECURSO DE REVISTA REPETITIVO. TEMA 17. CUMULAÇÃO DOS ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE. AGENTES DISTINTOS. IMPOSSIBILIDADE

VOTO VENCIDO

Trata-se de incidente de recurso repetitivo suscitado pelo Exmo. Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte para analisar controvérsia referente à cumulação de adicionais de periculosidade e de insalubridade amparados em fatos geradores distintos e autônomos.

O Exmo. Ministro Relator, Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, propôs a seguinte tese jurídica sobre a matéria: "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".

Contudo, prevaleceu a tese jurídica oposta apresentada pelo eminente Ministro Revisor, Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, nos seguintes termos: "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".

Meu voto foi assentado nos seguintes termos:

Inicialmente, registrei que, na minha atividade como Magistrado (31 anos nesse mister), a minha posição era no entendimento do que agora foi apresentado pelo eminente Ministro Revisor, de impossibilidade de cumulação dos adicionais, tendo em vista a redação do artigo 193, § 2º, da CLT. Nesse sentido, há julgado de minha Relatoria na Segunda Turma, em 2015, citado no voto de Sua Excelência.



Poder Judiciário
Justiça do Trabalho
Tribunal Superior do Trabalho

PROCESSO Nº TST-IRR-239-55.2011.5.02.0319

Assim como Saulo de Tarso, passando a São Paulo, no meu caminho para Damasco, aqui nesta Subseção I, deparei-me com a questão nos precedentes citados da tribuna.

O primeiro, da lavra do Exmo. Ministro João Oreste Dalazen, redator designado, de abril de 2016, Processo nº E-ARR-1081-60.2012.5.03.0064, em que se impugnava acórdão de minha lavra, julgado na Segunda Turma. Os embargos eram do reclamante, porque o seu pedido de pagamento dos dois adicionais tinha sido julgado improcedente. Nessa ocasião, prevaleceu o entendimento pela manutenção da decisão embargada e o ponto decisivo foi que não havia causas de pedir e fatores diversos, ou seja, trata-se de apenas um agente, que caracterizava a condição de trabalho insalubre e perigosa. Na ementa desse precedente, constou que, havendo fatores distintos, poderia ocorrer o pagamento simultâneo dos dois adicionais, o que resultou numa outra discussão nesta Subseção, no julgamento do Processo nº E-RR-1072-72.2011.5.02.0384, em outubro de 2016, em que foi Relator o Exmo. Ministro Renato de Lacerda Paiva, ocasião em que se discutiu a controvérsia à luz da existência de dois fatores distintos e autônomos entre si, prevalecendo, por sete votos a seis, a tese de que não era possível acumular os adicionais, independentemente de o pedido de acumulação se derivar de uma única causa de pedir ou de causas de pedir distintas. Nessa ocasião, declarei expressamente que estava mudando o meu entendimento sobre a matéria.

Feita essa introdução para demonstrar a mudança do meu posicionamento sobre a questão, passei a expor os meus fundamentos sobre os quais assentei meu voto para acompanhar o Relator.

O pedido de cumulação dos adicionais de insalubridade e de periculosidade, amparados em fatos geradores distintos e autônomos, tem assento constitucional, conforme se infere do artigo 7º, incisos XXII e XXIII, da Constituição Federal, cujo teor é o seguinte:

“Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

(...)



Poder Judiciário
Justiça do Trabalho
Tribunal Superior do Trabalho

PROCESSO Nº TST-IRR-239-55.2011.5.02.0319

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;"

No âmbito infraconstitucional, a CLT possui a seguinte regra sobre a matéria no artigo 193, § 2º, que foi acrescentado em 1977 pela Lei nº 6.514/77, *in verbis*:

“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:

(...)

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

Não se olvida que este Tribunal Superior, após interpretação literal do artigo 193, § 2º, da CLT, firmou o entendimento de impossibilidade de cumulação de 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. Assim, se o reclamante recebia o pagamento do adicional de insalubridade e entende que a percepção do adicional de periculosidade lhe será mais vantajosa, poderá optar por deixar de recebê-lo e passar a receber o outro, ou vice-versa.

Esse foi o entendimento que prevaleceu nesta Subseção no julgamento já referido do Processo nº E-ARR-1081-60.2012.5.03.0064, em 28/4/2016, cujo redator designado para a lavratura do acórdão foi o Ministro João Oreste Dalazen. Eis a ementa do referido julgado:

“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



PROCESSO N° 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 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. 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 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



Poder Judiciário
Justiça do Trabalho
Tribunal Superior do Trabalho

PROCESSO Nº TST-IRR-239-55.2011.5.02.0319

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, Redator Ministro: João Oreste Dalazen, Data de Julgamento: 28/4/2016, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DEJT 17/6/2016).

Contudo, o artigo 193, § 2º, da CLT não possui abrangência suficiente para alcançar hipótese em que o empregado esteja exposto a dois agentes diversos, um perigoso e outro insalubre.

Com efeito, o referido dispositivo apenas determina que o empregado opte pelo adicional que porventura lhe seja devido somente se a causa de pedir for única. Se forem duas, por outro lado, é razoável que o empregado receba, simultaneamente, ambos os adicionais.

Essa controvérsia surgiu apenas em 1977, com a Lei nº 6.514/77, que acrescentou o § 2º ao artigo 193 da CLT, preteritamente, pois, ao ordenamento constitucional pós-1988. Nessa época, o Brasil também não tinha ratificado as Convenções nºs 148 e 155 da OIT, o que somente ocorreu, respectivamente, em 1986, com o Decreto nº 93.413, e em 1994, com o Decreto nº 1.254.

Nesse contexto, verifica-se que a jurisprudência sobre a matéria formou-se sobre outro cenário jurídico, à luz da existência apenas do artigo 193, § 2º, da CLT.

Desse modo, cabe conferir ao referido dispositivo celetista interpretação evolutiva, já que é necessário que os Tribunais acompanhem a evolução da situação econômica e social e até mesmo da doutrina e da jurisprudência.

Assim, quando surgiu o novo ordenamento constitucional com a promulgação da Constituição Federal de 1988, erigiu-se a patamar constitucional o direito fundamental dos trabalhadores à redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança, bem como ao pagamento do adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei, nos termos do artigo 7º, incisos XXII e XXIII, da Carta Magna, em uma combinação de técnicas, num caráter



Poder Judiciário
Justiça do Trabalho
Tribunal Superior do Trabalho

PROCESSO N° TST-IRR-239-55.2011.5.02.0319

repressivo ou monetizante e preventivo dos riscos inerentes ao trabalho.

Com isso quer-se dizer que, caso interpretado o dispositivo celetista na forma tradicional, com todas as vênias, não haverá contribuição para a redução dos riscos inerentes ao trabalho.

Até concordo que a melhor maneira de produzir esse resultado é o aspecto monetário, mas, sim, o inibitório ou preventivo - que, talvez, seja mais drástico, pois interditar um estabelecimento é muito mais oneroso do que aumentar os custos da remuneração dos trabalhadores submetidos a riscos à saúde e à segurança. Mas essa não é a única e talvez não seja a maneira mais prudente e moderada de fazê-lo, pois o incremento dos custos do trabalho submetido a condições insalubres ou perigosas é uma técnica que pode não ser a melhor, mas é ponderável, uma vez que toda decisão empresarial trabalha com custos, mas tem limites legais e constitucionais. Portanto, o incremento dos custos nas atividades perigosas ou insalubres é uma técnica inteligente e eficaz para induzir os empregadores a investir na prevenção desses riscos e dessas atividades lesivas à saúde ou causadoras de riscos aos empregados.

Então, se não for dada uma interpretação à legislação infraconstitucional que induza os empregadores a investir na prevenção, na verdade, com todas as vênias, não se estará fazendo nada para alcançar o resultado previsto na Constituição. Não haverá incremento de custos, redução de riscos nem indução a investimentos. Haverá apenas a proclamação de que deve o empregador investir na prevenção dos riscos e da proteção da saúde dos seus empregados, mas nada será feito e nada acontecerá na prática.

Logo, com todas as vênias, a prevenção, nesse caso, é pela maior oneração da atividade. Essa é a ideia declarada pelo próprio legislador, quando permitiu a opção, na CLT, por um dos adicionais. Isso também está previsto no inciso XXIII do artigo 7º da Constituição Federal: é direito fundamental dos trabalhadores a percepção dos adicionais de penosidade, de insalubridade e de periculosidade, na forma da lei.



Poder Judiciário
Justiça do Trabalho
Tribunal Superior do Trabalho

PROCESSO Nº TST-IRR-239-55.2011.5.02.0319

Assim, não é preciso alterar a lei. Basta conferir-lhe interpretação evolutiva para acompanhar a nova ordem constitucional, bem como as normas internacionais sobre a matéria.

Com todas as vênias, eu superaria a respeitável colocação de que o incremento do pagamento desses dois adicionais não produziria resultados positivos. Entendo que produziria sim!

Com efeito, a leitura que se faz do artigo 193, §2º, da CLT, generalizando sua aplicação, tanto aos casos em que há um fator único, que simultaneamente ameaça a saúde e produz situação de risco ao trabalhador, mas também quanto aos casos em que há dois fatores simultâneos, paralelos e independentes, um causando lesão à saúde ou produzindo perigo de lesão à saúde e o outro, risco à vida do empregado, poderia produzir o mesmo resultado.

Importante destacar que essa interpretação não fere o que dispõem o artigo 97 da Constituição Federal e a Súmula Vinculante nº 10 do STF, no tocante à cláusula de reserva de plenário, uma vez que não se está declarando a inconstitucionalidade da norma, mas, sim, procedendo à sua interpretação evolutiva.

Além disso, o dispositivo em análise é anterior à promulgação da Constituição Federal de 1988, de modo que a análise de sua compatibilidade com o novo sistema constitucional não é feita pelo controle de constitucionalidade, mas pelo fenômeno da recepção, que dispensa a observância da cláusula do *full bench*.

Por outro lado, também entendo que a questão passa pela aplicação do princípio da isonomia substancial, além de incidirem ao caso os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, de estatura constitucional referendada pelo § 2º do artigo 5º da Constituição Federal, que dispõe 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", pois não é razoável nem proporcional que trabalhadores submetidos a dois agentes - um perigoso e outro insalubre - recebam o mesmo tratamento que um trabalhador que é submetido a apenas um deles.

No que tange às normas internacionais, a Convenção nº 155 da OIT, ratificada pelo Brasil em 1994, com *status* supralegal, conforme novo entendimento do Supremo Tribunal Federal,



Poder Judiciário
Justiça do Trabalho
Tribunal Superior do Trabalho

PROCESSO Nº TST-IRR-239-55.2011.5.02.0319

dispõe com todas as letras que deverá ser levada em conta a existência de vários agentes cumulativos, sendo esse o seu sentido. Esse é outro quadro de fundo, que foi alterado e leva à nova interpretação da norma - antes, a própria promulgação da Constituição Federal de 1988 e, num segundo momento, essa viragem jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal atribuindo maior eficácia a essas normas internacionais do trabalho, no caso, as Convenções n^{os} 148 e 155.

Isso me parece que é motivo bastante para que possa ser revisada a interpretação a respeito do artigo 193, § 2º, da CLT.

Por isso, em um primeiro momento, admito a não recepção do preceito celetista pela Constituição Federal de 1988 por incompatibilidade material.

Em um segundo momento, não há necessidade sequer de declarar a não recepção do artigo 193, § 2º, da CLT, bastando interpretá-lo conforme à Constituição e às Convenções n^{os} 148 e 155 da OIT, sem alteração de texto.

Em suma, basta, em uma interpretação evolutiva do artigo 193, § 2º, da CLT, mudar a interpretação até agora dominante dele, para entender que esta opção do empregado somente será necessária nos casos em que houver um único fator perigoso ou lesivo à sua saúde, não o aplicando nos casos, como o presente, em que estiver comprovada e reconhecida pelo Regional a existência de dois fatores autônomos - um de risco (periculosidade) e outro de lesão à saúde (insalubridade). Será um caso de reinterpretação do texto legal infraconstitucional conforme à Constituição, considerando os princípios da isonomia substancial, da proporcionalidade e da razoabilidade e, principalmente, à Convenção n^o 155 da OIT (ratificada pelo Brasil, de caráter supralegal, segundo atual jurisprudência do Supremo Tribunal Federal), que determina que "deverão ser levada em conta a multiplicidade de fatores de risco", em casos como este.

A interpretação tradicional desse preceito da CLT claramente não leva isso em conta, violando diretamente essa regra da Convenção n^o 155 da OIT.



Poder Judiciário
Justiça do Trabalho
Tribunal Superior do Trabalho

PROCESSO Nº TST-IRR-239-55.2011.5.02.0319

Trata-se, portanto, de dar interpretação conforme ao artigo 193, § 2º, da CLT, sem redução ou alteração do seu texto.

Assim, por um motivo ou por outro, pedindo vênias ao eminente Revisor e àqueles que o acompanharam, ponderando a questão importante do critério da apreciação do resultado, a ameaça ou a possibilidade de criação de um passivo trabalhista está sendo resolvida pelo voto prudente e bem fundamentado do Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, quando Sua Excelência propõe a modulação dos efeitos dessa alteração da jurisprudência desta Corte para não retroagir, produzindo seus efeitos a partir da data do julgamento deste incidente.

A tese que propus teria um efeito indutor na conduta dos empresários brasileiros nessas situações em que existam dois fatores de risco à vida e à saúde do empregado.

Desse modo, com todas as vênias ao eminente Ministro Revisor, cujo voto brilhante me lembrou os fundamentos que já foram meus, acompanhei o Relator, sendo devido, portanto, o pagamento de ambos os adicionais ao trabalhador sujeito a dois fatores autônomos e distintos.

Brasília, 26 de setembro de 2019.

JOSÉ ROBERTO FREIRE PIMENTA
Ministro do Tribunal Superior do Trabalho

GMJRP/ap/JRP/li

