

**POSSIBILIDADE JURÍDICA DE CUMULAÇÃO DOS ADICIONAIS DE
INSALUBRIDADE E DE PERICULOSIDADE FRENTE AO CONTROLE DE
CONVENCIONALIDADE**

**LEGAL POSSIBILITY OF CUMULATION OF ADDITIONAL INSURANCE AND
PERICULOSITY ADDITIONAL TO THE CONTROL OF CONVENTIONALITY**

Jéssika Pereira Cordeiro¹

SUMÁRIO

Introdução; 1. Da disciplina dos adicionais de Insalubridade e Periculosidade; 2. Direito Internacional do Trabalho e Controle de Convencionalidade; 3. Estudo de Casos; 4. Crítica; Conclusão; Referências.

RESUMO

Os adicionais de insalubridade e de periculosidade são disciplinados pela Constituição Federal, tratados internacionais, lei e normas regulamentadoras, no entanto, diante da análise dessas fontes normativas, parece existir incompatibilidade material entre essas normas no que tange ao recebimento cumulado dos respectivos adicionais trabalhistas no ordenamento jurídico brasileiro. Diante de tal conflito nos indagamos: em que medida o controle de convencionalidade, nova forma de verificação de compatibilidade das normas que integram o ordenamento jurídico do país, seria ferramenta eficaz para resolução de tal conflito? Nesse trabalho buscaremos através da análise da legislação nacional e internacional, assim como análise da interpretação realizada pela doutrina e jurisprudência do nosso país, examinar a possibilidade jurídica da cumulação dos adicionais de insalubridade e de periculosidade frente ao controle de convencionalidade, com o objetivo de demonstrar a necessidade de reflexão diante da existência de conflito entre fontes jurídicas como também tecer maiores esclarecimentos sobre a possibilidade de aplicação do controle de convencionalidade no ordenamento jurídico brasileiro.

PALAVRAS-CHAVE: Adicionais. Insalubridade e Periculosidade. Controle de Convencionalidade. Jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho.

ABSTRACT

The requirements of insalubrity and dangerousness are regulated by the Federal Constitution, international treaties, laws and regulations; however, through the analysis of normative sources, there seems to be material incompatibility regarding the cumulative receipt of the

¹Artigo apresentado no Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito, sob a orientação do professor Doutor Ricardo Machado Lourenço Filho.

superior labor rights of the Brazilian legal order. In the face of conflict, we ask ourselves: to what extent is the control of convention, a new form of verification of the compatibility of the norms that integrate the legal system of the country, an efficient tool for conflict resolution? In this work, we will seek, through the analysis of national and international legislation, as well as an analysis of interpretation carried out by the doctrine and jurisprudence of our country, to examine the legal possibility of the accumulation of additional sources of insalubrity and dangerousness against the control of conventionality, in order to demonstrate the need for reflection on the existence of conflict between legal sources, as well as further clarifying the possibility of applying conventionality control in the Brazilian legal system.

KEYWORDS: Additional. Unhealthy and Perilous. Control of Conventionality. Jurisprudence of the Superior Court of Labor.

INTRODUÇÃO

Ao analisar as normas que disciplinam a matéria dos adicionais de insalubridade e periculosidade no Brasil, como a Constituição Federal (CF), legislação nacional, convenções internacionais da OIT (Organização Internacional do Trabalho) ratificadas pelo Estado brasileiro, nota-se a existência de conflito entre as respectivas normas, principalmente uma dificuldade de harmonização das normas nacionais com as convenções internacionais que versam sobre o tema, especificamente no que tange às convenções da OIT de n. 148 e n. 155.

Tais tratados versam sobre a constante necessidade de atualização da legislação sobre as condições nocivas de trabalho, bem como trata de assuntos relacionados à segurança, higiene e meio ambiente de trabalho, determinando que sejam considerados os riscos para a saúde, decorrentes da exposição simultânea a diversas substâncias ou agentes, cabendo destacar que esse posicionamento diverge do atual entendimento da jurisprudência majoritária do Tribunal Superior do Trabalho (TST).

Diante do tema, cabe indagar: Em que medida o controle de convencionalidade seria ferramenta eficaz para enfrentar a questão da possibilidade jurídica de cumulação dos adicionais de insalubridade e de periculosidade no ordenamento jurídico brasileiro?

Em face desse questionamento, é necessário compreender qual o tratamento dado aos respectivos adicionais no nosso ordenamento jurídico, assim como realizar uma interpretação sistemática da CF/88, tendo em vista a incorporação das convenções n. 148 e n. 155 da Organização Internacional do Trabalho.

A importância do presente trabalho está especialmente relacionada à necessidade de se estudar o objetivo do direito internacional com maior seriedade, assim como alertar para uma maior valorização dos efeitos que as convenções internacionais se propõem a produzir no

Brasil quando ratificadas. Outro aspecto que será analisado no trabalho é a necessidade de um diálogo entre fontes do direito, a fim de aprimorar o direito trabalhista, visando a preservar direitos dos trabalhadores, utilizando como instrumento a análise da possibilidade de aplicação do controle de convencionalidade no direito brasileiro.

Ao longo do presente trabalho, será apresentada primeiramente qual a disciplina dada aos adicionais de insalubridade e periculosidade em nosso ordenamento jurídico, considerando as convenções internacionais ratificadas pelo Estado brasileiro. Em seguida será apresentada uma introdução ao direito internacional do trabalho, abordando as convenções internacionais que tratam sobre o assunto, seu *status* no ordenamento jurídico brasileiro e a tentativa de demonstrar a melhor maneira de solução para um conflito material entre normas internas e as convenções ratificadas pelo Brasil, momento esse em que será abordado o controle de convencionalidade, assim como suas peculiaridades e funções.

Em um terceiro momento será demonstrado por meio da jurisprudência dois casos julgados na justiça do trabalho, inclusive do ponto de vista de como se enveredou a discussão acerca da possibilidade ou impossibilidade jurídica de cumulação desses adicionais na esfera trabalhista, desde o julgamento do processo no primeiro grau até o Tribunal Superior do Trabalho, casos esses selecionados em virtude de serem primeiros julgados que discutiram a matéria sob o enfoque das convenções internacionais do trabalho no que tange a cumulação dos adicionais.

Por fim, serão indicadas as principais críticas sobre a matéria, para que seja realizada uma maior reflexão quanto à possibilidade de aplicação do controle de convencionalidade na esfera trabalhista.

1. DA DISCIPLINA DOS ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE E DE PERICULOSIDADE

Os adicionais são valores pagos pelo empregador ao empregado em virtude de o trabalhador estar submetido ao desenvolvimento de uma atividade laborativa em circunstâncias de prestação de serviço em condições mais gravosas. Nas palavras de Mauricio Godinho Delgado os adicionais “são essas parcelas contraprestativas suplementares devidas ao empregado em virtude do exercício do trabalho em circunstâncias tipificadas mais

gravosas”.²

A remuneração dos adicionais veio originalmente prevista na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) de 1943, com aplicação desde essa época. Com o surgimento da Constituição de 1988, os respectivos adicionais de insalubridade, periculosidade e ainda o de penosidade, foram alçados a *status* de direito fundamental do cidadão trabalhador, conforme previsto no Art. 7º, inciso XXIII, da Constituição Federal:

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

[...]

XXIII - adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei”.³

Dessa forma os adicionais de insalubridade e de periculosidade são pagos pelo empregador em adição à parcela salarial principal a que o empregado faz jus em decorrência de infortúnios a que se encontra sujeito no exercício de sua atividade laboral. Disciplina essa totalmente relevante para o direito do trabalho, pois a percepção desses adicionais é uma garantia concedida pela Constituição Federal de 1988, assim como a saúde no trabalho são encarados como direito fundamental do trabalhador.

O adicional de insalubridade é o percentual pecuniário, estabelecido por lei, que se acrescenta ao salário do trabalhador como forma de compensá-lo pelo exercício da profissão em condições que acarretam danos à saúde, causados por agentes nocivos, presentes no ambiente de trabalho. Na visão de Sebastião Geraldo de Oliveira⁴, “o trabalho insalubre é aquele que afeta ou causa danos à saúde, provoca moléstias, ou seja, é o trabalho não saudável, não favorável”.

Quanto às situações consideradas insalubres, a CLT, em seu art. 189, disciplina da seguinte maneira:

Art.189 - Serão consideradas atividades ou operações insalubres aquelas que, por sua natureza, condições ou métodos de trabalho, exponham os empregados a agentes nocivos à saúde, acima dos limites de tolerância fixados em razão da natureza e da intensidade do agente e do tempo de exposição aos seus efeitos.⁵

O Tribunal Superior do Trabalho entende ser necessário para que se exija o pagamento

²DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 13. ed. São Paulo: LTr. 2014. p. 789.

³BRASIL. **Constituição Federal**. Art. 7º, inciso XXIII. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 24. mar. 2017.

⁴OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. **Proteção jurídica à saúde do trabalhador**. 2. ed. São Paulo: LTr.1998. p.154.

⁵BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Art. 189. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De15452compilado.htm> Acesso em: 19. mar. 2017.

do adicional, que a condição insalubre exercida pelo trabalhador, esteja na classificação das atividades consideradas insalubres elaborada pelo Ministério do Trabalho e Emprego⁶.

Quanto ao adicional de periculosidade, a legislação celetista dispõe que será devido nos casos em que o trabalhador estiver exposto ou em contato com inflamáveis, com eletricidade, radiações ionizantes ou substâncias radioativas, sujeito a atividades perigosas, essas que por sua natureza ou método de trabalho, possam causar acidentes graves capazes de levar a uma lesão irreparável ou até mesmo a morte.

A CLT confere o seguinte tratamento ao adicional de periculosidade, em especial os incisos I e II, que tipificam as atividades consideradas perigosas, vejamos:

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:

I - inflamáveis, explosivos ou energia elétrica.

II - roubos ou outras espécies de violência física nas atividades profissionais de segurança pessoal ou patrimonial. (grifo nosso)

§ 1º - O trabalho em condições de periculosidade assegura ao 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. (grifo nosso)

§ 3º Serão descontados ou compensados do adicional outros da mesma natureza eventualmente já concedidos ao vigilante por meio de acordo coletivo

§ 4º São também consideradas perigosas as atividades de trabalhador em motocicleta.⁷

Nas palavras de Célia Regina Buck “terão direito a receber o respectivo adicional àqueles que em sua atividade laborativa estejam em situações de risco, condição perigosa, potencial ou inerente, ou seja, onde existe a presença de substância que poderá causar risco potencial à vida humana, decorrente da liberação normal ou anormal de líquidos inflamáveis, vapores ou gases inflamáveis”.⁸

Diversamente das atividades mencionadas como insalubres, pode-se dizer que são consideradas atividades ou operações perigosas, aquelas que em virtude de sua própria natureza ou método de trabalho, colocam o trabalhador em condições de risco acentuado, na

⁶BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. **Norma Regulamentadora. n. 15.** Disponível em: <<http://www.guiatrabalhista.com.br/legislacao/nr/nr15.htm>> Acesso em: 04. abril. 2017.

⁷BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho.** Art. 193. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De15452compilado.htm> Acesso em: 25. mar. 2017.

⁸BUCK, Regina Célia. **Cumulatividade dos Adicionais de Insalubridade e de Periculosidade.** 2. ed. São Paulo: LTr. 2015. p. 91.

forma da regulamentação pelo Ministério do Trabalho e Emprego, aquelas que, por sua natureza ou métodos de trabalho, impliquem risco em virtude de exposição permanente do trabalhador a: inflamáveis, explosivos ou energia elétrica; atividades radioativas (com aparelhos de raio-x); roubos ou outra espécie de violência física nas atividades profissionais de segurança pessoal ou patrimonial conforme preceitua o art. 193, da CLT⁹. Cabe ressaltar que o rol do respectivo artigo foi ampliado pela lei nº 12.997, publicada em 20.6.2014, que inseriu no § 4º, no art.193, da CLT, determinando que o trabalhador em motocicleta também se caracteriza como atividade perigosa.

Importante mencionar o que dispõe o § 2º, do art. 193, da CLT, pois o legislador deixou consignado no referido dispositivo da norma celetista o entendimento de que o trabalhador poderá optar pelo adicional de insalubridade que porventura seja devido, texto esse objeto de vasta discussão no âmbito trabalhista, pois quando analisado em conjunto com as convenções n. 148 e n. 155 da OIT geram algumas incongruências no ordenamento jurídico brasileiro.

Cabe ressaltar que esse adicional visa à compensação pelo risco iminente de vida do trabalhador que desempenha suas atividades em contato com o agente perigoso. Assim como ocorre com a insalubridade, a caracterização do adicional de periculosidade é realizada com uma perícia a cargo do médico ou engenheiro do trabalho, devidamente registrado no Ministério do Trabalho.¹⁰

A percepção desse adicional é verba de natureza salarial constitucionalmente garantida, paga no valor de 30% sobre o salário-base do empregado, não sendo permitida, a norma coletiva estipular percentual menor que o legal ou proporcional ao tempo de exposição. Diante da análise acima realizada, fica clara a diferença existente entre ambos os adicionais, quanto a sua incidência e sua base de cálculo.

No entanto, conforme análise da norma infraconstitucional do art. 193, § 2º, da CLT¹¹, em conjunto com a norma regulamentadora n. 15 do Ministério do Trabalho e Emprego¹²,

⁹Possuem direito a percepção do adicional as pessoas que exercem atividades laborativas de segurança pessoal ou patrimonial, como por exemplo, o vigilante, , pois esses profissionais estão sujeitos a roubos e a outros tipos de violência física, colocando de certa forma a vida em risco. (BRASIL. **Lei 12.740/2012**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2012/lei/112740.htm> Acesso em: 10. Abril. 2017).

¹⁰ROCHA. Cláudio Jannotti. RIBEIRO, Ailana Santos. A possibilidade da cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade à luz do direito do trabalho constitucionalizado. **Revista Trabalhista Direito e Processo**. Ano. 13. n. 52. p. 20.

¹¹O referido dispositivo já foi objeto de Projeto de lei, apresentado pelo deputado Carlos Bezerra, no sentido de ser possível a cumulação dos adicionais, alterando a redação dado ao dispositivo, para fazer constar a seguinte

existe o entendimento de que é vedada a cumulação de ambos os adicionais, cabendo ao trabalhador optar pelo adicional que lhe for mais favorável.

Em continuidade ao tratamento dado aos adicionais no ordenamento jurídico, podem ser citadas as Convenções n. 148 e n. 155 da OIT, que tratam da saúde e proteção ao trabalhador.

A Convenção n. 148 da OIT, recomenda a adoção de critérios rígidos para se definir os limites de tolerância e exposição a agentes nocivos à saúde, ou seja, trata da proteção dos trabalhadores contra os riscos profissionais devidos à contaminação do ar, o ruído e as vibrações no ambiente de trabalho. Sendo essa adotada pelo OIT em 1977 e ratificada pelo Brasil em 1982.

Eis o teor da convenção 148 da OIT:

[...] Artigo 8.3. 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. (Convenção nº 148 da OIT);¹³

Já a Convenção n. 155 da OIT, abaixo mencionada, adotada na 67ª Conferência Internacional do trabalho em 1981, foi ratificada pelo Brasil em 18.5.1992, entrando em vigor um ano após, tendo sido finalmente promulgada pelo Decreto n. 1.254/1994, tendo essa convenção como principal objetivo a proteção da saúde e segurança dos trabalhadores e do meio ambiente do trabalho.¹⁴

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

redação “O percebimento do adicional de periculosidade não exclui o direito ao adicional de insalubridade que porventura lhe seja devido”, o respectivo projeto se encontra arquivado. (BRASIL. **Projeto de Lei** 4983/2013 - Câmara dos Deputados. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=565004>> Acesso em: 09. abril. 2017).

¹²No 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. (BRASIL. **Ministério do Trabalho e Emprego**. NR.15.3 . Disponível em: <<http://www.guiatrabalhista.com.br/legislacao/nr/nr15.htm>> Acesso em: 23.abril. 2017).

¹³BRASIL. **Convenção da OIT nº 148**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1980-1989/d93413.htm> Acesso em: 11. abril. 2017.

¹⁴BRASIL. **Convenção da OIT nº 155**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d1254.htm> Acesso em: 11. abril. 2017.

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 simultâneas a diversas substâncias ou agentes. (Convenção nº 155 da OIT).¹⁵

As convenções acima mencionadas tratam sobre o meio ambiente de trabalho como também da proteção à saúde e vida do trabalhador, de forma a proteger de todas as maneiras o bem mais preciso que é a vida de quem labora em condições desfavoráveis, além de trazer disposições benéficas ao trabalhador.

Diante da análise das convenções e do disposto na CLT, parece existir um conflito, do exposto no artigo 193, § 2º, da CLT, quando menciona que o trabalhador poderá optar pelo adicional que porventura lhe seja mais favorável, com as convenções n. 148 e n. 155 da OIT além da contrariedade com o dispositivo constitucional, art. 7º, XXIII, da CF/88, que garante ser direito do trabalhador ambos os adicionais de forma plena.

Após compreensão da disciplina dada aos adicionais pelo ordenamento jurídico brasileiro, se faz necessário analisar a compatibilidade dos dispositivos aqui apresentados, assim como a possibilidade de aplicação do instituto denominado controle de convencionalidade no Brasil, como uma das possíveis formas de solução para os conflitos entre normas integrantes do ordenamento jurídico, sendo necessário entender a figura das convenções internacionais, assim como a sua força normativa dentro do da ordem jurídica brasileira.

2. DIREITO INTERNACIONAL DO TRABALHO E O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE

Ao cuidar dos tratados e convenções internacionais, se faz necessário compreender que as convenções são espécies de tratados com força de documentos obrigacionais, normativos e programáticos aprovados por entidade internacional, a que aderem voluntariamente seus membros, entendimento esse compartilhado pelo Ministro do TST e doutrinador Maurício Godinho Delgado.

¹⁵Art. 4. Todo Membro deverá, em consulta com as organizações mais representativas de empregadores e de trabalhadores, e levando em conta as condições e as práticas nacionais, formular, pôr em prática e reexaminar periodicamente uma política nacional coerente em matéria de segurança e saúde dos trabalhadores e o meio-ambiente de trabalho. (BRASIL. **Convenção 155 da OIT.** Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/node/504>> Acesso em: 04.04.2017).

O referido autor menciona que os tratados e convenções internacionais podem ser fonte formal do Direito interno aos Estados envolvidos. Em suas palavras: “Importante destacar que no Direito do trabalho, as convenções da OIT, quando ratificadas pelo Estado brasileiro, tem se tornado importantes fontes formais justrabalhistas no país”¹⁶.

Flávia Piovesan entende que os tratados de direitos humanos quanto ratificados pelo país, inovam o universo dos direitos nacionalmente consagrados. A referida autora complementa que isso pode ocorrer de três maneiras:

[...] Ora reforçando sua imperatividade jurídica, ora adicionando novos direitos, ora suspendendo preceitos que sejam menos favoráveis à proteção dos direitos humanos. Em todas essas hipóteses, os direitos internacionais constantes dos tratados de direitos humanos apenas vêm aprimorar e fortalecer, nunca a restringir ou debilitar, o grau de proteção dos direitos consagrados no plano normativo interno.¹⁷

Cumprido destacar que o STF adotava o entendimento de que os tratados internacionais estão abaixo da Constituição e no mesmo grau hierárquico das leis ordinárias. A partir de 1988, o constituinte inovou ao estabelecer no art. 5º, § 2º, da CF a incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos como norma constitucional.

Quanto ao *status* conferido pelo Brasil aos tratados internacionais de direitos humanos, cabe ressaltar que o STF, em sessão de dezembro de 2008, modificou em parte, sua jurisprudência sobre o *status* normativo das regras internacionais ratificadas pelo Brasil, que antes eram tidas com o mesmo *status* de lei¹⁸.

O julgamento do processo Recurso extraordinário n. 466.343-1/SP, contribuiu de forma significativa para com a hierarquia dos tratados internacionais que tratam sobre direitos humanos, a maioria de votos sustentou novo patamar normativo para os tratados internacionais de direitos humanos, inspirados pelo § 3º, do art. 5º, da CF/88 introduzido pela emenda constitucional 45/04:

Hierarquia supralegal: os tratados internacionais aprovados sem o quórum de emenda à Constituição possuem *status* supralegal, o qual autoriza a invalidade da legislação infraconstitucional conflitante. Hierarquia de emenda à Constituição: aprovados de acordo com o art. 5º, §3º, CF/88. Hierarquia Ordinária: os tratados internacionais que não sejam pertinentes à

¹⁶DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do Trabalho. 13. ed. São Paulo: LTr. 2014. p. 150-154.

¹⁷GOMES, Luiz Flávio; PIOVESAN, Flávia (coord.). **O sistema interamericano dos Direitos humanos e o direito brasileiro.** São Paulo: Ed. RT. 2000.p. 179.

¹⁸BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 466.343-1/SP.** . Relator Ministro Cezar Peluso. Brasília, 22 de novembro de 2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>> Acesso em: 10. abril.2017

temática dos direitos humanos detêm hierarquia semelhante à legislação ordinária.¹⁹

Na doutrina e na jurisprudência, surgiram correntes para enfatizar como os tratados de direitos humanos se incorporam ao direito nacional. A ideia da supralegalidade foi capitaneada pelo Ministro Gilmar Mendes, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 466.343/SP, já mencionado acima, onde aborda quatro correntes existentes para os tratados internacionais, *in verbis*:

A vertente que reconhece a natureza supra constitucional dos tratados em convenções em matéria de direitos humanos; O posicionamento que atribui caráter constitucional a esses diplomas internacionais; A tendência que reconhece o *status* de lei ordinária a esse tipo de documento internacional; Por último, a interpretação que atribui caráter supralegal aos tratados e convenções sobre direitos humanos.²⁰

O Ministro Gilmar Mendes em seu voto no julgado mencionado incrementou o debate ao dizer que, com o advento do § 3º, do art. 5º, da CF, o constituinte reformador teria demonstrado à importância dos tratados sobre direitos humanos, não sendo possível conferir *status* de emenda à Constituição, ao menos deveria ser dado tratamento jurídico especial.

O precedente mencionado, de relatoria do Ministro Cezar Peluso, trouxe o entendimento, em linhas gerais, de que “os tratados de direitos humanos paralisam a eficácia da legislação infraconstitucional com ele incompatível graças à sua supremacia hierárquica”. Esse entendimento parece permitir interpretar a possibilidade de se afastar à norma interna quando incompatível com tratado internacional de direitos humanos, ratificado pelo país.

O entendimento é compartilhado por Carlos Antônio Nobrega Filho, em seu trabalho sobre o *status* jurídico da supralegalidade das Convenções da OIT. Para o autor, a jurisprudência do STF iniciou com o entendimento que as normas internacionais são superiores à lei; posteriormente retrocedeu, e assinalou a paridade normativa entre o direito internacional e o direito infraconstitucional interno²¹ e mencionado nesse trabalho, avançou no sentido de reconhecer *status* de supralegalidade das normais internacionais que versem sobre direitos humanos, com o julgamento acima mencionado.

¹⁹LIMA, Lorena Costa. Internalização dos tratados de direitos humanos: Recurso Extraordinário nº 466.343/SP. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 16. n. 2983. 1 set. 2011. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/19902>> Acesso em: 1.dez. 2016.

²⁰BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário nº 466.343-1/SP. Relator Ministro Cezar Peluso. Brasília. 22 de novembro de 2006. p. 86. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>> Acesso em: 10. maio. 2017.

²¹BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário 80.004, Sergipe, Relator: Min. Xavier de Albuquerque. Diário da Justiça da União, Brasília, 29. dez.1997. Disponível em:< <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>> Acesso em: 10. maio. 2017.

Com relação às convenções internacionais de direitos humanos, entre as quais se incluem as convenções da OIT, prevê o art. 5º, § 3º, da Constituição Federal de 1988, que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos terão *status* equivalentes ao das emendas constitucionais, desde que aprovada por *quórum* qualificado.²²

Contudo essa norma não se aplica às convenções 148 e 155 da OIT, pois o art. 5º, § 3º, da Constituição Federal, foi incluído no ordenamento em 2004 e as respectivas convenções em momento anterior, por meio da emenda constitucional 45/04.

Esse ponto mencionado acima pode levar à reflexão sobre a possibilidade de utilização do controle de convencionalidade, se essas convenções possuem *status* supralegal, e permitem a verificação da compatibilidade de uma lei frente à convenção, a lei poderá ter sua aplicabilidade afastada em virtude de sua inconvenção. Isto, nos casos em que a lei for contrária à convenção e menos benéfica ao trabalhador.

Ao tratar do controle de convencionalidade que é compreendido como a análise da compatibilidade das normas de direito interno com as convenções internacionais, é importante destacar o que diz respeito à natureza das convenções internacionais do trabalho como norma de direitos humanos²³. Nesse aspecto o doutrinador Valério Mazzuoli as elevam ao patamar de conteúdo constitucional, com os seguintes argumentos:

Não se pode esquecer que, sendo as convenções internacionais do trabalho tratados internacionais que versam sobre direitos humanos (notadamente direitos sociais), sua integração ao direito brasileiro dá-se com o *status* de norma materialmente constitucional.²⁴

Destaca ainda Valério Mazzuoli a ideia de que a “Emenda Constitucional nº 45/04, que acrescentou o § 3º, ao art. 5º, da Constituição Federal de 1988, trouxe a possibilidade de os tratados internacionais de direitos humanos serem aprovados com um *quórum* qualificado, a fim de passarem (desde que ratificados e em vigor no plano internacional) de um *status* materialmente constitucional para a condição (formal) de tratados equivalentes às emendas constitucionais”.

Conclui o autor em sua obra que tal acréscimo constitucional trouxe ao direito brasileiro um “novo tipo de controle à produção normativa doméstica”, que é o controle de convencionalidade das leis, destaca ainda os seguintes pontos:

²²Art.5,§ 3º. Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. (BRASIL. **Constituição Federal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> acesso em: 18. maio. 2017).

²³MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 4.ed. São Paulo: RT, 2009. p. 923.

²⁴MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 4.ed. São Paulo: RT, 2009. p. 924.

À medida que os tratados de direitos humanos ou são materialmente constitucionais (art. 5º, § 2º da CF) ou material e formalmente constitucionais (art. 5º, § 3º da CF) é lícito entender que, para além do clássico “controle de constitucionalidade”, deve ainda existir um “controle de convencionalidade” das leis, que é como já explicitado, a compatibilização da produção normativa doméstica com os tratados de direitos humanos ratificados pelo governo e em vigor no ordenamento jurídico do país.²⁵

Dessa forma pode-se dizer que as convenções n. 148 e n. 155 da OIT ganham força normativa dentro do ordenamento jurídico brasileiro, principalmente no que tange à proteção da saúde do trabalhador.

Existe interpretação de que o art. 193, § 2º, da CLT, determina a vedação do recebimento cumulativo dos adicionais de insalubridade e periculosidade²⁶ e deixa a critério do empregado a escolha que lhe for mais favorável, entendimento complementado pelas normas regulamentadoras NR-15 e 16 do Ministério do Trabalho e Emprego.²⁷

Já no texto da Constituição Federal, art. 7º, inciso XXII, existe expressamente a garantia ao trabalhador dos adicionais de insalubridade, periculosidade e penosidade na forma da lei. Em compatibilidade com a Constituição Federal, as duas convenções internacionais da OIT, já mencionadas anteriormente, foram internalizadas ao ordenamento jurídico brasileiro. Sendo elas normas posteriores à legislação celetista e que preveem uma proteção mais efetiva aos trabalhadores em relação à saúde e à segurança, caberia aplica-las por serem mais benéficas.

Diante do que prevê a Constituição Federal de 1988, surge um questionamento no âmbito trabalhista, sobre a não recepção do dispositivo celetista, pela nova ordem constitucional em virtude de sua divergência com Constituição Federal, convenções, entendimento esse compartilhado no trabalho científico sobre a possibilidade de cumulação dos respectivos adicionais, realizado por Eduardo Rodrigues do Nascimento²⁸.

Nesse momento é importante destacar o papel do controle de convencionalidade,

²⁵MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O Controle Jurisdicional da convencionalidade das Leis**. 4.ed.São Paulo: RT,2016.p.80-85.

²⁶ MARTINS, Ives Gandra. Cumulação dos Adicionais de Insalubridade e Periculosidade. **1º Caderno de Pesquisas Trabalhistas do Grupo de Pesquisa de Direito do Trabalho**. IDP. ed. Magister Ltda. Porto Alegre: 2017. p.48-50.

²⁷No 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. (BRASIL. **Ministério do Trabalho e Emprego**. NR.15.3 . Disponível em: <<http://www.guiatrabalhista.com.br/legislacao/nr/nr15.htm>> Acesso em: 23.abril. 2017).

²⁸RODRIGUES, Eduardo do Nascimento. Cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade: uma análise matemática das consequências do atual entendimento jurisprudencial dominante sobre o tema na renda do trabalhador. **Revista TST, Brasília**. vol. 81. n° 4. out/Dez. 2015. p.136.

instrumento que pode ser utilizado quando uma norma interna é incompatível com um tratado ou convenção internacional, conforme explica Valério Mazzuoli:

Nesse sentido, entende-se que o controle de convencionalidade (ou o de supralegalidade) deve ser exercido pelos órgãos da justiça nacional relativamente aos tratados aos quais o país se encontra vinculado. Trata-se de adaptar ou conformar os atos ou leis internas aos compromissos internacionais assumidos pelo Estado, que criam para estes deveres no plano internacional com reflexos práticos no plano do seu direito interno. Doravante, não somente os tribunais internacionais (ou supranacionais) devem realizar esse tipo de controle, mas também os tribunais internos. O fato de serem os tratados internacionais (notadamente os de direitos humanos) imediatamente aplicáveis no âmbito do direito doméstico, garante a legitimidade dos controles de convencionalidade e de supralegalidade das leis no Brasil.²⁹

Entende-se legítima a aplicação do controle de convencionalidade³⁰, nesse caso com o objetivo de proteger o direito dos trabalhadores, afastando por meio desse instrumento a vedação da cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade em virtude da recepção das convenções internacionais n. 148 e n. 155 da OIT, que possuem status de supralegalidade, além de sua total compatibilidade com a norma constitucional, art. 7º, inciso XXIII, que versa sobre direito fundamental do trabalhador.

Valério Mazzuoli ao tratar do procedimento para realização do controle de convencionalidade traz a ideia de que os tratados de direitos humanos, paradigma do controle concentrado de convencionalidade, autorizam que os legitimados para a propositura das ações do controle abstrato, previstas no art. 103 da CF/1988, proponham tais medidas no STF como meio de retirar a validade de uma norma interna, que viole um tratado internacional de direitos humanos em vigor no país.

Já em relação aos tratados internacionais comuns, a ideia é no sentido de que eles servem de paradigma ao controle de supralegalidade das normas infraconvencionais, de modo que a incompatibilidade destas com os preceitos contidos naqueles invalida a disposição legislativa em benefício da aplicação do tratado.

²⁹MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 2. ed. v. 4. São Paulo: RT, 2011, p. 133-134.

³⁰O STJ em recente julgamento realizou o controle de convencionalidade, por meio de decisão proferida pela quinta turma, quanto a descriminalização do desacato de autoridade, sob o argumento “O controle de convencionalidade não se confunde com o controle de constitucionalidade, uma vez que a posição supralegal do tratado de direitos humanos é bastante para superar a lei ou ato normativo que lhe for contrária” vide voto na íntegra STJ. 5ª Turma. (BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça. REsp. 1640084/SP**, Rel. Min. Ribeiro Dantas, julgado em 15/12/2016. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=1640084&b=ACOR&p=true&l=10&i=3>> Acesso em: 12. junho. 2017).

No que tange a forma de efetividade para o controle de convencionalidade, Valério Mazzuoli contribui com a questão, ao dizer que: “Os juízes e tribunais nacionais estão obrigados a controlar preliminarmente, ou *ex-officio*, a convencionalidade das leis, invalidando as normas domésticas menos benéficas incompatíveis com os tratados de direitos humanos em vigor no Estado”.³¹

Dessa forma ratificando o entendimento do STF, a inconvenção da lei, em sede de controle abstrato das normas, terá também efeito “*erga omnes*” e vinculante para todos os órgãos do Poder Judiciário e para a Administração Pública, nos moldes da declaração abstrata de inconstitucionalidade.

Quanto aos efeitos do controle, importante destacar que a declaração de inconvenção há de ter efeito *ex tunc*, para a solução do litígio em que se apresenta, pois se a norma inconvenção não tem valor jurídico, ela é inválida desde o momento em que foi editada.

3. ESTUDOS DE CASOS SOBRE A CUMULAÇÃO DOS ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE

Após a compreensão da disciplina conferida aos adicionais no ordenamento jurídico brasileiro, assim como os esclarecimentos quanto à importância do controle de convencionalidade diante do conflito apresentado, faz-se necessário compreender de que forma a jurisprudência trabalhista tem se posicionado quanto à possibilidade de cumulação dos adicionais de insalubridade e de periculosidade.

Nesse caso foram selecionados dois processos objeto de julgamento no TST, pela Subseção de Dissídios Individuais (SBDI-I) momento em que houve análise pelos ministros quanto aplicação das convenções da OIT n. 148 e n. 155, ratificadas pelo Brasil, principalmente no que tange ao controle de convencionalidade, primeira oportunidade em que se discutiu com mais amplitude na Corte Superior do Trabalho o tema objeto de pesquisa do presente trabalho.

Outro motivo para escolha dos casos foi a sua inovação quanto ao voto de um dos ministros, no que se refere à possibilidade de aplicação do controle de convencionalidade

³¹MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 2. ed. v. 4. São Paulo: RT, 2011, p.70.

frente à discussão sobre a viabilidade jurídica da cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade.

3.1 Estudo de Caso Referente ao Processo E-ARR - 1081-60.2012.5.03.0064

O primeiro caso a ser analisado se refere ao processo E-ARR - 1081-60.2012.5.03.0064, que tramita na Justiça do Trabalho, oportunidade em que o empregado pleiteia o recebimento cumulativo dos adicionais de insalubridade e periculosidade tendo em vista sua exposição à situação de dano a saúde e de perigo para a vida na atividade em que laborava.³²

Segundo consta na perícia apresentada no processo, o reclamante sempre laborou sujeito a condições insalubres e perigosas, notadamente em virtude do calor intenso, ruído excessivo, produtos químicos, inalação de gases e poeiras tóxicas, bem como, desempenhava tarefas atinentes à manutenção elétrica de máquinas e equipamentos, energizados e desenergizados, sujeito ao risco da energia elétrica de baixa, média e alta tensão, pois ligava e desligava disjuntores, dentro do sistema elétrico de potência. Consta ainda na petição inicial que a reclamada possui estação e sub-estações geradora de energia elétrica que recebem e distribuem esta energia, para as diversas áreas de sua usina industrial, em João Monlevade, Minas Gerais.³³

Na sentença do referido processo, constou que o laudo da perícia técnica concluiu pela caracterização da insalubridade, em grau médio, em virtude da exposição a ruído e pelo contato com hidrocarbonetos, bem como pela periculosidade, decorrente do trabalho com energia elétrica.³⁴

Dessa forma restou consignada na sentença a confirmação à exposição ao risco, mediante o relatório perfil profissiográfico previdenciário, e insalubridade, pelo contato com agentes químicos, no entanto, a conclusão da sentença foi no sentido de que o reclamante não faz jus ao recebimento de ambos os adicionais em virtude de existir vedação expressa no art.

³²BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Autos do processo eletrônico. **E-ARR - 1081-60.2012.5.03.0064**. p. 577. Relator Min. Cláudio Mascarenhas Brandão, red. p/ acórdão Min. João Oreste Dalazen. Data de Julgamento: 28/04/2016, DEJT 17/06/2016.

³³BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Autos do processo eletrônico. **E-ARR - 1081-60.2012.5.03.0064**. p. 251. Relator Min. Cláudio Mascarenhas Brandão, red. p/ acórdão Min. João Oreste Dalazen. Data de Julgamento: 28/04/2016, DEJT 17/06/2016.

³⁴São consideradas atividades ou operações perigosas, aquelas que, por sua natureza ou métodos de trabalho, impliquem risco acentuado em virtude de exposição permanente do trabalhador a: Inflamáveis, explosivos ou energia elétrica; Roubos ou outras espécies de violência física nas atividades profissionais de segurança pessoal ou patrimonial. (BRASIL. Ministério do Trabalho e emprego. **Norma Regulamentadora n. 16** – Disponível em <<http://www.guiatrabalhista.com.br/guia/periculosidade.htm>> Acesso em 07.março. 2017).

193, § 2º, da CLT. Dessa forma, o juiz condenou apenas ao pagamento do adicional de periculosidade, por entender mais favorável ao trabalhador, calculado à razão de 30% do seu salário.

Foi interposto Recurso Ordinário, pela parte reclamante e recorrida, em que o reclamante requer o recebimento de ambos os adicionais, invocando a Convenção n. 155 da OIT, já a reclamada alega nas razões do recurso interposto que o reclamante não faz jus ao recebimento do adicional de periculosidade.

A reclamada contra a condenação ao pagamento de adicional de periculosidade alega que a exposição do reclamante à eletricidade era meramente eventual e fora do sistema elétrico de potência, diante dos argumentos apresentados o Tribunal entendeu que, conforme demonstrado no laudo pericial, a exposição ao agente perigoso de energia elétrica ocorria de forma habitual e deixou claro que não há proteção eficaz para neutralizar a periculosidade, entendendo, dessa forma, ser devido o adicional de periculosidade.

Já quanto ao pedido da reclamante de cumulação de ambos os adicionais, entendeu o Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, em consonância com entendimento do juiz de primeiro grau, que o pedido de percepção cumulativa dos adicionais encontra óbice na vedação legal prevista no art. 193, § 2º, da CLT, mencionando ainda que esta impossibilidade de cumulação dos adicionais de remuneração se mostra evidenciada, ainda, quando da leitura do art. 194, da CLT³⁵:

O reclamante sustenta ter direito ao pagamento do adicional de insalubridade em cumulação com o adicional de periculosidade, aduzindo que, "em relação a cada adicional, as causas e razões são diferentes, pois em um há prejuízo à saúde do trabalhador e em outro há o risco de vida". Invoca a Convenção 155 da OIT. Não lhe assiste razão.

O pedido do reclamante de percepção cumulativa dos adicionais encontra óbice na vedação legal expressamente prevista no art. 193, §2 da CLT, que diz que "o empregado poderá optar pelo adicional de insalubridade que lhe seja devido", sendo que esta impossibilidade de cumulação dos adicionais de remuneração se mostra evidenciada, ainda, quando da leitura do art. 194, da CLT, quando o texto nos diz que "o direito do empregado ao adicional de insalubridade ou de periculosidade cessará com a eliminação do risco à saúde ou integridade física".

Insta esclarecer que, embora ratificada, a Convenção 155 da OIT não se sobrepõe aos referidos dispositivos legais. Portanto, não são cumuláveis os

³⁵Art. 194 da CLT- O direito do empregado ao adicional de insalubridade ou de periculosidade cessará com a eliminação do risco à sua saúde ou integridade física, nos termos desta Seção e das normas expedidas pelo Ministério do Trabalho. (BRASIL. **Consolidação das leis do Trabalho**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De15452compilado.htm> Acesso em: 08.mai. 2017).

adicionais, devendo ser mantida a sentença, que deferiu o pagamento do adicional de periculosidade, por ser mais benéfico. Nego provimento.³⁶

O reclamante, não satisfeito com a decisão do Egrégio Tribunal, interpõe Recurso de Revista e Agravo em Recurso de Revista, para o TST, julgado pela 2ª Turma do Tribunal, sob relatoria do Ministro José Roberto Freire Pimenta, que reafirma a tese do Tribunal Regional no sentido da impossibilidade de cumular os adicionais, com ementa publicada nos seguintes termos:

RECURSO DE REVISTA DO RECLAMANTE. ADICIONAL 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 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.³⁷

Ainda no TST foi interposto pela parte reclamante Embargos à Subseção I de Dissídios Individuais, sessão essa que busca a uniformização da jurisprudência dentro do Tribunal.³⁸

Após julgamento pela Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, o voto vencedor foi redigido pelo Ministro João Oreste Dalazen, onde firmou o entendimento de que não é possível a cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade, salvo nos casos em que há fatores distintos que justifiquem o pagamento de ambos, com os seguintes argumentos expressos na ementa:

ADICIONAL DE INSALUBRIDADE E DE PERICULOSIDADE. CUMULAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. PREVALÊNCIA DO ART. 193, § 2º, DA CLT ANTE AS CONVENÇÕES Nº 148 E 155 DA OIT. É vedada a percepção cumulativa dos adicionais de insalubridade e de periculosidade ante a expressa dicção do art. 193, § 2º, da CLT. Ademais, não obstante as Convenções n.ºs 148 e 155 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) tenham sido incorporadas ao ordenamento jurídico brasileiro, elas não se sobrepõem à norma interna que consagra entendimento diametralmente oposto, aplicando-se tão somente às situações ainda não reguladas por lei. Sob esse fundamento, a SBDI-I, por unanimidade, conheceu do recurso de embargos, por divergência

³⁶BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Autos do processo eletrônico. **E-ARR - 1081-60.2012.5.03.0064**. p. 327. Relator Min. Cláudio Mascarenhas Brandão, red. p/ acórdão Min. João Oreste Dalazen. Data de Julgamento: 28/04/2016, DEJT 17/06/2016.

³⁷BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Autos do processo eletrônico. **E-ARR - 1081-60.2012.5.03.0064**. p. 408-430. Relator Min. Cláudio Mascarenhas Brandão, red. p/ acórdão Min. João Oreste Dalazen. Data de Julgamento: 28/04/2016, DEJT 17/06/2016.

³⁸Foi interposto Recurso extraordinário pela parte reclamada sob o argumento da existência de confronto entre os artigos 1º, III e IV, e 7º, *caput*, XXII e XXIII, da Constituição Federal; artigo 11, “b”, da Convenção 155 da OIT; e art. 193, §2º, Consolidação das Leis do Trabalho (BRASIL. **Tribunal Superior do Trabalho**. Autos do Processo eletrônico. E-ARR - 1081-60.2012.5.03.0064. p.577-582).

jurisprudencial, e no mérito, por maioria, negou-lhe provimento. TST-E-ARR-1081-60.2012.5.03.0064, SBDI-I, rel. Min. Cláudio Mascarenhas Brandão, red. p/ acórdão Min. João Oreste Dalazen, 28.4.2016.³⁹

Para o Ministro, a opção a que alude o art. 193, § 2º, da CLT não conflita com a norma do art. 7º, inciso XXIII, da Constituição Federal e os preceitos da CLT, nesse aspecto, entende que disciplinam aspectos distintos do labor prestado em condições mais gravosas. Importante destacar o posicionamento do Ministro quanto à aplicação das convenções internacionais:

[...] Além de haver norma expressa em sentido, art. 193, § 2º, da Consolidação das Leis do Trabalho, no sentido de vedar a percepção cumulativa de ambos adicionais, não reconhece nas Convenções Internacionais 148 e 155 da Organização Internacional do Trabalho, conquanto incorporadas ao ordenamento jurídico nacional, brasileiro mais precisamente, a possibilidade de essas convenções sobreponem-se à norma jurídica interna do direito positivo em sentido diametralmente oposto.

[...] As Convenções n.ºs 148 e 155 da OIT 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.⁴⁰

Pondera ainda, no sentido de que a norma internacional tem aplicação, porque ostenta a mesma natureza de lei, mas não para revogar ou derrogar lei interna em sentido exposto e oposto, mas sim para integrar-se ao ordenamento jurídico e, portanto, regular as situações ainda não reguladas pela lei interna⁴¹.

Argumenta que essa circunstância o leva à convicção de que as convenções não são determinantes para a concessão ao direito de acúmulo dos adicionais de insalubridade e de periculosidade, mas destaca que essa cumulação não é absoluta, pois, quando se tratarem de causas de pedir distintas, não caberia à norma celetista prever tal vedação, tendo aplicação apenas quando se tratam de uma única causa de pedir, como se observa abaixo:

A 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.⁴²

³⁹BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Autos do processo eletrônico. **E-ARR - 1081-60.2012.5.03.0064**. p. 509. Relator Min. Cláudio Mascarenhas Brandão, red. p/ acórdão Min. João Oreste Dalazen. Data de Julgamento: 28/04/2016, DEJT 17/06/2016.

⁴⁰BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Autos do processo eletrônico. **E-ARR - 1081-60.2012.5.03.0064**. p. 515. Relator Min. Cláudio Mascarenhas Brandão, red. p/ acórdão Min. João Oreste Dalazen. Data de Julgamento: 28/04/2016, DEJT 17/06/2016.

⁴¹Ibidem. p. 527

⁴²BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Autos do processo eletrônico. **E-ARR - 1081-60.2012.5.03.0064**. p. 550. Relator Min. Cláudio Mascarenhas Brandão, red. p/ acórdão Min. João Oreste Dalazen. Data de Julgamento: 28/04/2016, DEJT 17/06/2016.

Em continuidade relata que solução diversa se impõe quando 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.⁴³ Destaca ainda, ser inarredável a observância das normas que asseguram ao empregado o pagamento cumulativo dos respectivos adicionais previstos nos arts. 192 e 193, § 1º, da CLT, por se tratar de entendimento consentâneo com o art. 7º, inciso XXIII, da Constituição Federal de 1988.

Finaliza o voto no sentido de que, se estão presentes os agentes insalubres 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.

Além dos argumentos acima mencionados, é necessário destacar alguns argumentos dos ministros, colhidos na respectiva sessão de julgamento da SBDI-I⁴⁴ e consignados no voto vencido do ministro relator, quanto ao tema da cumulação dos adicionais, diante da análise fica evidente a grande divergência de entendimento existente no Tribunal quanto à possibilidade de cumulação dos adicionais, em especial no que tange a força normativa conferida às convenções da OIT.

O voto do Ministro Cláudio Brandão foi proferido no sentido de admitir a cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade, considerando o reconhecimento pelo Supremo Tribunal Federal da eficácia supralegal das normas ratificadas pelo Brasil que dizem respeito a direitos humanos, às quais se equivalem os tratados internacionais da OIT. O Ministro, em sua justificativa de voto vencido, apresentou alguns argumentos que merecem destaque.

Em primeiro momento ele reconhece que o direito aos adicionais de insalubridade e periculosidade são assegurados pela Constituição Federal de 1988, art. 7º, inciso XXIII e que a possibilidade de regulação dos adicionais por lei ordinária não autoriza a redução do alcance

⁴³Art. 195 da CLT - A caracterização e a classificação da insalubridade e da periculosidade, segundo as normas do Ministério do Trabalho, far-se-ão através de perícia a cargo de Médico do Trabalho ou Engenheiro do Trabalho, registrados no Ministério do Trabalho. (BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452compilado.htm> Acesso em: 08. maio. 2017).

⁴⁴BRASIL. **Tribunal Superior do Trabalho**. Processo E-ARR n.º 1081-60/2012, da relatoria do Ministro João Oreste Dalazen, publicado em 17/6/2016. Disponível em: <<http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/resumoForm.do?consulta=1&numeroInt=178444&anoInt=201>> Acesso em: 19. maio. 2017.

do preceito constitucional, em interpretação restritiva, sob pena de atingir, frontalmente, o princípio da máxima efetividade da Constituição.

Para o Ministro 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 dessa forma significaria afirmar estarem em patamar de hierarquia superior à CLT.

Há por parte do ministro grande valorização das normas internacionais ratificadas pelo Brasil, destacando que, 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 supralegal, além de conteúdo mais favorável ao trabalhador.

Destaca ainda que as convenções n. 148 e 155 da OIT determinam que sejam levados em consideração os riscos a saúde, decorrentes da exposição simultânea a diversas substâncias ou agentes, o que é representado, no Brasil, pela compensação propiciada pela percepção dos adicionais de insalubridade e periculosidade:

As Convenções 148 e 155 da OIT autorizam a possibilidade de cumulação, derogando, no particular, a CLT, que impõe ao empregado a obrigatoriedade que faça a opção por um dos adicionais, seja porque a própria norma determina que seja feita a observância de fatores distintos quando houver a exposição simultânea a riscos diversos, isso está no item 8.3 da Convenção 148 e no art. 11 da Convenção 155, item b.⁴⁵

Por fim entende que tais convenções derogaram a regra prevista no art. 193, § 2º da CLT, assim como o item 16.2.1 da norma regulamentadora n. 16 do Ministério do Trabalho e Emprego (MTE) que vedam a cumulação dos adicionais.

Em complemento aos argumentos mencionados acima, o Ministro Cláudio Mascarenhas Brandão, destaca em sua justificativa de voto vencido a o entendimento de outros ministros que convergiram com seu posicionamento.

No voto do Ministro Augusto César, houve referência aos seguintes argumentos:

O art. 7º, XXIII, da Constituição Federal impede que se consagre a tese da não acumulação dos adicionais em destaque, pela simples razão de nossa Constituição não descer a detalhes, por não ser analítica. Há diversos dispositivos constitucionais que são compreendidos e aplicados a partir do

⁴⁵BRASIL. **Convenção OIT**. BRASIL. **Convenção da OIT**. Convenção nº 148 e 155. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1980-1989/d93413.htm> Acesso em: 11. abril. 2017.

pressuposto de que se trata de uma norma aberta que tem um conteúdo mínimo imperativo.⁴⁶

Alerta que o nosso sistema não é como o sistema kelseniano ou como o nomodinâmico, em que a norma superior apenas autoriza a norma inferior a regular a matéria. Destaca que: “O nosso sistema é garantista, como também se assemelham as constituições ocidentais do período pós-guerra. Sendo o nosso sistema nomoestático, ele traz, a partir da Constituição, um conteúdo imperativo mínimo que deve ser observado pelo legislador infraconstitucional”.⁴⁷

Menciona ainda que os adicionais estão consagrados como direito fundamental não viável sua supressão. Para o ministro a única conduta que o legislador infraconstitucional não pode ter, a pretexto de se exigir a regulamentação legal, é negar o direito ao adicional de periculosidade ou insalubridade nos casos em que o pressuposto fático está presente.

Para o ministro há ainda afronta clara ao art. 7º, inciso XXII, da Constituição Federal de 1988, quando se interpreta o dispositivo, do art. 193, § 2º, da CLT, de modo a negar-se o que a Constituição estabeleceu como direito fundamental. Por outro lado, destaca o ministro que a Convenção n. 155 da OIT preconiza, com todas as letras, que a compensação financeira no caso do adicional deve ser para cada agente insalubre e para cada agente perigoso.

Neste sentido esclarece: “O que dizemos é se houver um agente insalubre e um agente perigoso que nada tem a ver com esse agente insalubre, por força do dispositivo constitucional e da Convenção n. 155 da OIT, os dois adicionais terão de ser assegurados”.⁴⁸

Com esses argumentos a conclusão do ministro é de que o art. 193, § 2º, da CLT, já não permite e nem comporta interpretação pela vedação de cumulação dos adicionais, sem que se enfrentem os controles de constitucionalidade e de convencionalidade que fariam acumuláveis esses adicionais.

Já os argumentos destacados no voto do Ministro Hugo Carlos Scheuermann no sentido de que a questão trata da saúde e da vida do trabalhador, e que sempre houve questionamento por sua parte acerca do princípio da isonomia, neste caso, destacando em seu voto que no momento em que se decidiu pela impossibilidade de cumulação estaria igualando o

⁴⁶BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Autos do processo eletrônico. **E-ARR - 1081-60.2012.5.03.0064**. p. 515. Relator Min. Cláudio Mascarenhas Brandão, red. p/ acórdão Min. João Oreste Dalazen. Data de Julgamento: 28/04/2016, DEJT 17/06/2016.

⁴⁷BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Autos do processo eletrônico. **E-ARR - 1081-60.2012.5.03.0064**. p. 525. Relator Min. Cláudio Mascarenhas Brandão, red. p/ acórdão Min. João Oreste Dalazen. Data de Julgamento: 28/04/2016, DEJT 17/06/2016.

⁴⁸Ibidem. p. 528.

trabalhador que está sujeito a três ou quatro agentes nocivos, que lhe causam três ou quatro tipos de doenças, com aquele que tem o risco de contrair uma só.⁴⁹

Houve destaque também os argumentos trazidos pelo Ministro Alexandre Agra Belmonte:

O § 1.º do art. 5.º da Constituição Federal é claro no sentido de que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. O § 2.º determina que “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.⁵⁰

Alerta ser o caso de aplicação das Convenções n. 145 e 148 da OIT, ratificadas pelo Brasil, as quais evidentemente precisam gerar algum efeito no âmbito interno, mencionando também que a jurisprudência precisa discutir quais são esses efeitos, assim como o legislador precisa levá-las em consideração para futuras leis que serão propostas.

Ressalta também que o caput do art. 7º, da Constituição Federal de 1988, estabelece como direito dos trabalhadores, além daqueles expressamente listados em seus incisos, “outros que visem à melhoria de sua condição social”, o que se aplicaria exatamente na hipótese desse processo. Salienta, por fim, que tem deferido os dois adicionais concomitantemente quando as causas de incidência da insalubridade e de periculosidade são distintas. Quando se tratar de uma mesma circunstância, aí sim, o empregado tem o direito de optar por um deles, ou seja, se a causa de incidência dos dois adicionais forem idênticas aplica-se o art. 193, § 2º, da CLT.

Decidiram os ministros da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, conhecer dos embargos, por divergência jurisprudencial, e, no mérito, por maioria, negar-lhes provimento, ficando vencidos os Ministros Cláudio Mascarenhas Brandão, Relator, Augusto César Leite de Carvalho, Hugo Carlos Scheuermann e Alexandre de Souza Agra Belmonte, que votaram pela possibilidade de se cumular os adicionais.

3.2 Estudo Caso Referente ao Processo E-ED-RR- 1072-72.2011.5.02.0384

O segundo caso objeto de análise deste trabalho trata de reclamação trabalhista ajuizada por um moldador de máquina que alega ter como atribuições durante todo o período em que laborou para a empresa as seguintes atividades: colocar a caixa de moldagem sobre o

⁴⁹BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Autos do processo eletrônico. **E-ARR - 1081-60.2012.5.03.0064**. p. 556. Relator Min. Cláudio Mascarenhas Brandão, red. p/ acórdão Min. João Oreste Dalazen. Data de Julgamento: 28/04/2016, DEJT 17/06/2016.

⁵⁰Ibidem. p. 557.

modelo, fazer a extração do modelo, estripa (acabamento com lixa), pintura, fechamento, macharia, travamento das caixas de transporte para área de vazamento.

Através do laudo pericial ficou consignado que o reclamante sempre trabalhou exercendo as atividades mencionadas acima, como também exercia as atividades em contato com resina, areia sílica, pó, catalizadores, tinta e álcool, além dos ruídos, vibrações, calor das peças e riscos no setor que trabalhava.⁵¹

A sentença, proferida pela 4ª Vara do Trabalho de Osasco, foi no sentido de que a Constituição Federal de 1988 prevê, no artigo 7º, inciso XXIII, os dois adicionais para situações diversas, já que um remunera o risco da atividade e o outro a deterioração da saúde decorrente da atividade, dessa forma não houve ressalvas quando à necessidade de escolha pelo trabalhador por um dos dois adicionais. Dessa forma a sentença foi no sentido da possibilidade de cumulação dos adicionais, nos seguintes termos:

Ao contrário do que previsto na CLT, a qual determina que no caso de existência tanto de labor em condições perigosas quanto de labor em condições insalubres, deve o trabalhador optar por um deles apenas, a CF/88 promulgada posteriormente possui previsão de ambos os adicionais, para situações diversas, já que um remunera o risco e o outro a deterioração da saúde decorrente da atividade, mas sem qualquer ressalva da necessidade de escolha pelo trabalhador por um dos adicionais, o que entende ter levado o juízo à conclusão de que a carta Magna de 1988 não recepcionou a previsão consolidada de necessidade de escolha pelo trabalhador por um dos dois adicionais, sendo possível o deferimento de ambos.⁵²

Constou ainda na sentença que a prova pericial indicou a existência de ruído acima do legalmente permitido, como o uso e o manuseio de substâncias químicas absorvíveis pela pele e pelas vias respiratórias, de forma que, mesmo com o uso dos equipamentos fornecidos pelo empregador, não seriam capazes de neutralizar totalmente a insalubridade existente no local de trabalho. Diante desses argumentos, o pedido da reclamação trabalhista foi julgado procedente para condenar a empresa ao pagamento cumulativo dos adicionais de insalubridade e de periculosidade.

Inconformada com a decisão, a empresa reclamada interpôs recurso para o Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, que manteve a sentença de primeiro grau para deferir o pagamento de ambos adicionais, por entender que o § 2º, do artigo 193, da CLT, possui

⁵¹BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Autos do Processo eletrônico. **E-ED-RR- 1072-72.2011.5.02.0384**. p. 44 -57. Relator Ministro Cláudio Mascarenhas Brandão. Data de Julgamento: 24/09/2014. Data de Publicação: DEJT 03/10/2014.

⁵²Ibidem. p. 244.

determinação de que o empregado poderá optar pelo adicional, que a ele seja mais favorável, e não que estará obrigado a fazê-lo.

A construção jurisprudencial que se fez a respeito desse dispositivo foi preponderantemente no sentido de que a cumulação dos adicionais não era possível, mas que essa leitura hoje não teria mais sentido, ressaltando ainda alguns argumentos que abarcam a monetização do risco:

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 monetização 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.⁵³

Após a análise dos argumentos apresentados na sentença e no acórdão do TRT, é importante destacar que não houve qualquer menção às convenções n. 148 e n. 155 da OIT, fazendo referência apenas de que há vedação da cumulação dos adicionais na norma celetista.

Houve interposição pela empresa reclamada de Recurso de Revista, o qual foi julgado pela 7ª turma do TST, que se posicionou no sentido de que, o reclamante faria jus a receber acumuladamente os adicionais de insalubridade e periculosidade, afastando a argumentação de que o art. 193, § 2º, da CLT prevê a opção pelo adicional mais favorável ao trabalhador, dessa maneira negou provimento ao recurso da empresa, sob o entendimento de que normas constitucionais e supralegais, hierarquicamente superiores à CLT, autorizam a cumulação dos adicionais.

De acordo com o relator do recurso, Ministro Cláudio Brandão a Constituição da República de 1988, no artigo 7º, inciso XXIII, garantiu de forma plena o direito ao recebimento dos adicionais de penosidade, insalubridade e periculosidade, sem qualquer ressalva quanto à cumulação, não recepcionando assim aquele dispositivo da CLT.⁵⁴

O Ministro Cláudio Mascarenhas Brandão destaca ainda os seguintes argumentos:

A cumulação se justifica em virtude de os fatos geradores dos direitos serem diversos e não se confundirem, a cumulação dos adicionais não implica

⁵³BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Autos do Processo eletrônico. **E-ED-RR- 1072-72.2011.5.02.0384**. p. 287. Relator Ministro Cláudio Mascarenhas Brandão. Data de Julgamento: 24/09/2014. Data de Publicação: DEJT 03/10/2014.

⁵⁴BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Autos do Processo eletrônico. **E-ED-RR- 1072-72.2011.5.02.0384**. p. 333. Relator Ministro Cláudio Mascarenhas Brandão. Data de Julgamento: 24/09/2014. Data de Publicação: DEJT 03/10/2014.

pagamento em dobro, pois a insalubridade diz respeito à saúde do empregado quanto às condições nocivas do ambiente de trabalho, enquanto 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.⁵⁵

Ao tratar das normais internacionais, o relator expressa seu entendimento no sentido de que a opção prevista na CLT é inaplicável também, devido à introdução no sistema jurídico brasileiro das Convenções n. 148 e n. 155 da OIT, conforme decidido pelo Supremo Tribunal Federal. A Convenção n. 148 "consagra a necessidade de atualização constante da legislação sobre as condições nocivas de trabalho", e a n. 155 determina que sejam levados em conta os "riscos para a saúde decorrente da exposição simultânea a diversas substâncias ou agentes".

Destaca ainda o relator que essas convenções superaram a regra prevista na CLT e na Norma Regulamentadora n. 16 do Ministério do Trabalho e Emprego⁵⁶ no que se refere à percepção de apenas um adicional quando o trabalhador estiver sujeito a condições insalubres e perigosas no trabalho. A decisão da Turma foi unânime, composta pelos ministros Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, Cláudio Mascarenhas Brandão e Douglas Alencar Rodrigues.

Cabe ressaltar que no voto acima mencionado, da 7ª turma do TST, foi adotado, expressamente, o entendimento do controle difuso de convencionalidade, quando declara que a previsão contida no art. 193, § 2º, da CLT, que dispõe sobre a possibilidade de o empregado optar pelo adicional que lhe seja mais favorável, é incompatível com a Constituição Federal e com as convenções n. 148 e n. 155 da OIT, admitido que a Constituição Federal de 1988, garante de forma plena o direito ao recebimento dos adicionais, sem qualquer ressalva no que tange à cumulação, e dessa forma também julgou inconveniente, em virtude da contrariedade com as convenções que permite a hipótese de cumulação dos adicionais pela exposição simultânea a vários fatores de nocivos.

Inconformada com o entendimento firmado na turma no julgamento de Recurso de Revista, a reclamada interpôs Embargos a SBDI-I do TST, órgão responsável pela uniformização da jurisprudência do Tribunal⁵⁷, sob o fundamento de que os adicionais não são

⁵⁵BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Autos do Processo eletrônico. **E-ED-RR- 1072-72.2011.5.02.0384**. p. 344. Relator Ministro Cláudio Mascarenhas Brandão. Data de Julgamento: 24/09/2014. Data de Publicação: DEJT 03/10/2014.

⁵⁶BRASIL. **Ministério do Trabalho e Emprego. Norma Regulamentadora** nº 16 do MTE, disponível em <<http://www.guiatrabalhista.com.br/legislacao/nr/nr16.htm>> Acesso em 10.abril. 2017.

⁵⁷BRASIL. **Tribunal Superior do Trabalho**. Disponível em <http://www.tst.jus.br/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/turma-mantem-acumulacao-de-adicionais-de-insalubridade-e-periculosidade> Acesso em: 11. abril. 2017.

cumuláveis, e que o próprio inciso XXIII do artigo 7º, da Constituição Federal de 1988, assegura os adicionais na forma da lei.

A Subseção I de Dissídios Individuais do TST decidiu por uma votação com mínima diferença, sete votos a seis, reformar a decisão da Turma e absolver a reclamada da condenação ao pagamento dos adicionais de periculosidade e insalubridade cumulativamente ao reclamante, ou seja, o entendimento majoritário foi o de que o § 2º, do art.193, da CLT veda a cumulação, ainda que os adicionais tenham fatos geradores distintos.

O Relator desse processo Ministro Renato de Lacerda Paiva, entendeu que o dispositivo legal previsto no art. 193, § 2º, da CLT, veda a cumulação dos adicionais de periculosidade e insalubridade, podendo, no entanto, o empregado fazer a opção pelo que lhe for mais benéfico.

O Ministro Aloysio Corrêa da Veiga juntou voto convergente em que decidiu pela impossibilidade de cumulação dos adicionais de periculosidade e de insalubridade, pelo mesmo fundamento do Ministro relator, ressaltado ainda que a opção diz respeito à impossibilidade de cumulação quer seja uma causa, quer seja outra. Destaca ainda que “as regras internacionais, de fato, não trazem qualquer novidade, porque tratam do gênero”.⁵⁸

O Ministro Augusto César abriu divergência mencionando que em julgamento anterior da sessão⁵⁹, houve a ressalva de que a cumulação de insalubridade e periculosidade seria assegurada nos casos de fatores diversos. Sua compreensão é de que os adicionais de insalubridade e periculosidade são cumuláveis e que fatos supervenientes de ordem jurídica estariam provocando a reinterpretação do art. 193, § 2º, da CLT.⁶⁰

Destaca o ministro que a Convenção n. 155 da OIT, na linha do que já é recomendado pela Convenção n. 148, exige à consideração dos riscos derivados da exposição “simultânea a diversas substâncias ou agentes”, o que na visão do ministro induz à necessidade de pagamento cumulado dos adicionais de insalubridade e periculosidade, quando for o caso, ou mesmo que se estabeleça a cumulação de vários outros adicionais, um para cada agente

⁵⁸BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Autos do Processo eletrônico. SBDI-I- **E-ED-RR- 1072-72.2011.5.02.0384**, p. 553. Relator Ministro Renato de Lacerda Paiva, julgado em 13/10/2016.

⁵⁹Processo objeto do primeiro estudo de casos deste trabalho, TST-E-ARR-1081-60.2012.5.03.0064, SBDI-I, rel. Min. Cláudio Mascarenhas Brandão, red. p/ acórdão Min. João Oreste Dalazen, 28.4.2016. (BRASIL. **Tribunal Superior do Trabalho**. Autos processo E-ED-RR- 1072-72.2011.5.02.0384. Disponível em: <<http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/resumoForm.do?consulta=1&numeroInt=129317&anoInt=2013>> Acesso em: 22. maio. 2017).

⁶⁰BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Autos do Processo eletrônico. SBDI-I- **E-ED-RR- 1072-72.2011.5.02.0384**, p. 580. Relator Ministro Renato de Lacerda Paiva, julgado em 13/10/2016.

agressivo a que esteja o trabalhador exposto em sua jornada de trabalho. Faz ainda as seguintes observações:

Para compensar o risco à saúde do trabalhador, as agressões decorrentes do trabalho em condições insalubres ou perigosas, além da adoção de regras voltadas a neutralização ou eliminação da presença de agentes agressores, o Brasil adotou, desde 1940, a estratégia de monetizar o risco, ou seja, optou-se por aumentar a remuneração para compensar a exposição do empregado a fator de adoecimento, lesão física ou morte indispensável à consecução da atividade econômica. Apesar de não ser esta, segundo o senso comum, a estratégia mais adequada para a proteção do trabalhador, pois em rigor não o protege, penso ser justo e jurídico que o trabalhador exposto a adversidades várias não seja tratado em igualdade com aquele que é submetido a apenas uma das condições adversas, a insalubridade ou a periculosidade.⁶¹

Para o ministro a força normativa dos princípios constitucionais da igualdade e da proporcionalidade conspira, enfim, para assegurar ao empregado atingido por agentes nocivos à sua saúde e também à sua integridade física compensação pecuniária distinta para cada um dos agentes de risco.

Para ele, no caso concreto, o acórdão consignou a sujeição do autor simultaneamente a fatores distintos e autônomos que em uma mesma atividade ensejariam o pagamento do adicional de insalubridade, não neutralizada pelos EPIs (preparação de tintas com solventes que poderiam ser absorvidos por vias dermais, respiratórias, digestivas e mucosas em geral, bem assim verificados níveis de ruídos superiores aos limites admitidos na NR-15) e de periculosidade (manuseio de material inflamável em razão da diluição de tintas com álcool), a justificar a condenação cumulada dos adicionais.

O Ministro Alexandre Agra Belmonte menciona que por quaisquer dos enfoques que se pretenda, seja pela não recepção do art. 193, § 2º, da CLT pela Constituição Federal de 1988, seja pela sua interpretação conforme aos princípios constitucionais, entende plenamente cabível a cumulação dos adicionais de periculosidade e de insalubridade, notadamente quando as circunstâncias que os ensejaram forem diversas.

Convém ressaltar que, segundo o ministro, as Convenções n. 148 e n. 155 da OIT, 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.⁶²

⁶¹BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Autos do Processo eletrônico. SBDI-I- **E-ED-RR- 1072-72.2011.5.02.0384**, p. 603. Relator Ministro Renato de Lacerda Paiva, julgado em 13/10/2016.

⁶²BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Autos do Processo eletrônico. SBDI-I- **E-ED-RR- 1072-72.2011.5.02.0384**, p. 614. Relator Ministro Renato de Lacerda Paiva, julgado em 13/10/2016.

O Ministro Cláudio Mascarenhas Brandão reiterou o entendimento já exposto quando foi relator do processo na 7ª Turma do TST, no sentido da possibilidade da cumulação dos adicionais.

O Ministro João Oreste Dalazen entende, como mencionado no voto do processo anterior, se há causas de pedir e, portanto, a presença de agentes nocivos distintos, há direito à acumulação dos adicionais de periculosidade e de insalubridade.⁶³

Utiliza como fundamento de seu voto o argumento de que a norma do art.193, § 2º, da CLT, além de plenamente recepcionada pela Constituição Federal de 1988, não conflita com normas de direito internacional. Sob outra perspectiva, no entanto, entende, à luz do mencionado artigo 193, § 2º, da CLT, a vedação de cumulatividade dos adicionais de periculosidade e de insalubridade não é absoluta, assim para o ministro 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.

Ressalta ainda que, por não conterem dispositivos formalmente em contraposição ao § 2º, do art. 193 da CLT, as Convenções n. 148 e n. 155, assim como é característico das normas internacionais emanadas da OIT, ostentam conteúdo aberto, de cunho genérico. “Funcionam basicamente como um código de conduta para os Estados membros”. Não criam assim, no caso, direta e propriamente obrigações para os empregadores representados pelo Estado signatário.

Em suma, a corrente majoritária da SDI-I entendeu que os adicionais não são cumuláveis, por força do § 2º, do art. 193, da CLT. Para a maioria dos ministros, a opção prevista nesse dispositivo implica na impossibilidade de cumulação, independentemente das causas de pedir.

O voto vencedor foi o do relator, ministro Renato de Lacerda Paiva, seguido pelos ministros Emmanoel Pereira, Brito Pereira, Aloysio Corrêa da Veiga, Guilherme Caputo Bastos, Márcio Eurico Vitral Amaro e Walmir Oliveira da Costa.

Já quanto à possibilidade de cumulação dos adicionais, seis ministros ficaram vencidos: Augusto César Leite de Carvalho, João Oreste Dalazen, José Roberto Freire Pimenta, Hugo Carlos Scheuermann, Alexandre Agra Belmonte e Cláudio Brandão. Eles

⁶³BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Autos do Processo eletrônico. SBDI-I- **E-ED-RR- 1072-72.2011.5.02.0384**, p. 571. Relator Ministro Renato de Lacerda Paiva, julgado em 13/10/2016.

mantiveram o entendimento de que, diante da existência de duas causas de pedir, baseadas em agentes nocivos distintos, a cumulação é devida.

4. CRÍTICAS

Após análise dos casos acima, constata-se a existência de um conflito aparente de teses jurídicas, havendo, contudo, um direcionamento majoritário da jurisprudência em sentido contrário à cumulação dos adicionais e, conseqüentemente, ocorre um distanciamento da aplicação do controle de convencionalidade nos casos apresentados.

Dessa forma propõem-se uma reflexão dos argumentos apresentados nos votos dos magistrados, frente aos postulados do direito internacional do trabalho, sobretudo, as convenções da OIT ratificadas pelo Brasil, para que dessa forma se torne viável, à luz da aplicação efetiva do controle de convencionalidade, conceder o devido valor que as normas oriundas da OIT possuem para garantir a efetivação dos direitos trabalhistas no Brasil, nesse caso a possibilidade de cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade.

Dos argumentos apresentados nos julgados analisados, merece destaque o argumento de que a norma internacional não pode derogar norma interna, pois, parece que tal posicionamento é contrário a força normativa que as convenções internacionais possuem, além de não observar o posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal quanto a adoção do *status* de suprallegalidade aos tratados internacionais que tratam sobre direitos humanos, analisados no segundo tópico desse trabalho. Relevante destacar, no que tange a esse entendimento, que os tratados internacionais, enquanto fontes do direito internacional positivo têm por finalidade a produção de efeitos jurídicos no ordenamento do Estado.⁶⁴

Dessa forma verifica-se não ser cabível alegar que as convenções ostentam conteúdo aberto, de cunho genérico, de forma a funcionar basicamente como um código de conduta para os Estados membros e que não criam direta e propriamente obrigações para os empregadores representados pelo Estado signatário, pois as mesmas possuem efeitos jurídicos a serem produzidos além da força normativa que impõe quando ratificada pelo Estado.

⁶⁴REZEK, Francisco. **Direito Internacional Público**: curso elementar. 14 ed. ver. São Paulo: Saraiva. 2013. p. 38.

Dessa forma esses tratados de direitos humanos *strito sensu* impactam sobremaneira nos Estados que os ratificaram impondo substanciais alterações em vários direitos e garantias trabalhistas vigorantes no plano interno.⁶⁵

Outro ponto de crítica é o distanciamento do direito internacional do trabalho, concretizados no ordenamento jurídico brasileiro pelo afastamento das convenções ratificadas pelo país, como observado nos julgados objeto de análise desse trabalho, tornando-se importante ressaltar que essas convenções destinadas à garantia de condições de trabalho mais dignas, quando ratificadas por um Estado membro da OIT, no caso o Brasil, geram direitos subjetivos na ordem jurídica interna deste.⁶⁶

Propõem-se um maior diálogo entre essas fontes, por meios de abertura de novas interpretações e, sobretudo, entre organismos internacionais e o estado membro para que as convenções possam cumprir o seu real papel dentro da ordem jurídica que integre, faz-se necessário, todavia, que as cortes internacionais passem a examinar com maior frequência as convenções da OIT, pois são tratados multilaterais de observância obrigatória”.⁶⁷

Nos casos objeto de análise deste trabalho, houve afastamento por parte do Judiciário das convenções da OIT n. 155 e n. 148, assim como nítida discussão e conflito quanto à aplicação ou não do disposto no art. 193, § 2º, da CLT, sua compatibilidade com as convenções acima mencionadas e a com a Constituição Federal de 1988. Faz-se necessário declarar a recepção ou não de tal dispositivo pela Carta Magna de 1988, mas como solução intermediária entende-se aplicável o controle de convencionalidade diante da existência dessa incompatibilidade material entre o dispositivo de lei e as convenções, consideradas de natureza supra legal.

Dessa forma merece destaque o argumento de que o art. 193, § 2º, da CLT, já não permite e não comporta interpretação de vedação da cumulação dos adicionais sem que se enfrentem os controles de constitucionalidade e de convencionalidade que, diferentemente, permitem o recebimento os adicionais de periculosidade e insalubridade.

Diante da matéria analisada, fica evidente a natureza da fundamentalidade dos

⁶⁵FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Direito internacional do trabalho: o estado da arte sobre a aplicação das convenções internacionais da OIT no Brasil**, São Paulo: LTr, 2016. p. 5.

⁶⁶SUSSEKIND, Arnaldo. **Direito Internacional do Trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2000. p. 181.

⁶⁷MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Integração das Convenções e Recomendações Internacionais da OIT no Brasil e sua aplicação sob a perspectiva do princípio do pro homine. **Revista do Tribunal do Trabalho da 15ª Região**, n. 43. 2013. p. 86.

adicionais trabalhistas, por tratarem da proteção à saúde do trabalhador,⁶⁸ bem como seus contornos fáticos ou jurídicos. Dessa maneira torna-se necessário defender a constitucionalidade da cumulação dos adicionais de insalubridade e de periculosidade, cabendo ressaltar que as convenções internacionais, seriam a base de validade do direito do trabalho juntamente com a Constituição Federal de 1998.

Ao realizar o controle de convencionalidade quanto à cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade, entende-se que ela se justifica em virtude da origem dos direitos previstos constitucionalmente serem diversos, além de uma total incompatibilidade material entre a norma celetista, e o previsto nas convenções internacionais ratificadas pelo Brasil.

Frente ao conflito entre normas que integram o ordenamento jurídico brasileiro, principalmente no objeto de análise desse trabalho e dos conceitos aqui apresentados, verifica-se que o controle de convencionalidade é instrumento que busca controlar compatibilidade entre a norma infraconstitucional e as convenções internacionais, por meio do processo de compatibilidade vertical, sobretudo material, das normas de direito interno com os comandos das convenções internacionais, com o objetivo de valorizar a aplicabilidade do direito internacional e apresentar uma solução ao caso concreto para que esteja de compatibilizada com as fontes jurídicas que o ordenamento possui.

CONCLUSÃO

Diante dos argumentos mencionados no decorrer desse trabalho, em primeiro momento, deve-se observar que os adicionais de periculosidade e insalubridade são espécies de indenização que incide sobre distintas violações à saúde do empregado, pois na primeira há um risco de óbito e na segunda há um prejuízo à saúde, afetando a condição física do trabalhador. Desta forma, entende-se necessário remunerá-lo sempre que exposto às duas situações simultaneamente.

A Constituição Federal garante esses adicionais aos trabalhadores, sem os restringir, conforme demonstrado. A norma celetista prevista no art. 193, § 2º, da CLT por mencionar que o trabalhador poderá optar pelo adicional de insalubridade que porventura for mais favorável,

⁶⁸SILVA, José Antônio Ribeiro de Oliveira. **A saúde do Trabalhador como um Direito Humano: Conteúdo Essencial da Dignidade Humana**. São Paulo: LTr. 2008. p. 134.

torna-se totalmente incompatível com a garantia concedida na Constituição Federal. Ainda quanto à regulamentação dos adicionais ressalta-se a existência de normas internacionais ratificadas pelo Brasil, quais sejam as convenções n. 148 e n. 155 da OIT, que determinam que sejam considerados os riscos para a saúde decorrente da exposição simultânea a diversas substâncias ou agentes, o que permite interpretação de forma mais benéfica ao trabalhador, e se observadas permitiriam a cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade.

Importante destacar que, após o Supremo Tribunal Federal ter reconhecido o *status* normativo supralegal dos tratados de direitos humanos, abriu-se caminho para o efetivo controle de convencionalidade de normas que afetam direitos individuais.

Diante de todos os argumentos tecidos no presente trabalho, cabe ressaltar a importância do controle de convencionalidade, quanto à sua aplicabilidade em nosso país, instrumento esse que permite avaliar se a legislação de determinado Estado é ou não compatível com os tratados e convenções internacionais ratificados, ou seja, trata-se de um novo tipo de controle das regras internas, totalmente aplicável a questão aqui tratada, quanto à possibilidade de cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade frente às convenções internacionais n. 148 e n. 155 da OIT.

É necessária uma maior reflexão por parte do Judiciário Trabalhista quanto à aplicação dessas convenções, pois conforme análise dos julgados, que se posicionam em sentido diverso da adoção das convenções, a divergência é grande quanto a sua aplicação e os efeitos que realmente deveriam produzir na ordem jurídica brasileira.

Nesse cenário, torna-se imperativo que o Estado brasileiro e os operadores do direito do trabalho adotem medidas para que as normas relativas à segurança e à saúde dos trabalhadores, já existentes no ordenamento jurídico do país, sejam cumpridas e, portanto, permitida a percepção simultânea dos adicionais de insalubridade e periculosidade indicando como instrumento viável, o controle jurisdicional de convencionalidade.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição Federal.** Art. 7º, inciso XXIII. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 24. mar. 2017.

BRASIL. **Constituição Federal.** Art. 5, § 3º. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> acesso em: 18. maio.2017.

BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Art. 193 da CLT. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452compilado.htm> Acesso em: 25. mar. 2017.

BRASIL. **Consolidação das leis do Trabalho**. Art. 194 da CLT. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452compilado.htm> Acesso em: 08. maio.2017.

BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Art. 195 da CLT. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452compilado.htm> Acesso em: 08. maio.2017.

BRASIL. **Convenção 155 da OIT**. Art. 4º. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/node/504>> <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d1254.htm> acesso em: 04. abril.2017.

BRASIL. **Convenção da OIT nº 155**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d1254.htm> Acesso em: 11. abril. 2017.

BRASIL. **Convenção OIT nº 148 e 155**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1980-1989/d93413.htm> Acesso em: 11. abril. 2017.

BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. **Norma Regulamentadora nº 15**. Disponível em: <<http://www.guiatrabalhista.com.br/legislacao/nr/nr15.htm>> Acesso em: 04. abril. 2017.

BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. **Norma Regulamentadora nº 16**. Disponível em <<http://www.guiatrabalhista.com.br/guia/periculosidade.htm>> Acesso em 07.março. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 466.343-1/SP**. Relator Ministro Cezar Peluso, Brasília, 22 de novembro de 2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>> Acesso em: 10. abril.2017.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Autos do Processo eletrônico. **E-ED-RR- 1072-72.2011.5.02.0384**. Relator Ministro Cláudio Mascarenhas Brandão. Data de Julgamento: 24/09/2014. Data de Publicação: DEJT 03/10/2014.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Autos do Processo eletrônico. SBDI-I- **E-ED-RR-1072-72.2011.5.02.0384**. Relator Ministro Renato de Lacerda Paiva, julgado em 13/10/2016.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Autos do Processo eletrônico. SDI-I- **E-ARR-1081-60.2012.5.03.0064**. Relator Min. Cláudio Mascarenhas Brandão, red. p/ acórdão Min. João Oreste Dalazen Data de Julgamento: 28/04/2016, DEJT 17/06/2016.

BRASIL. **Tribunal Superior do Trabalho** Turma mantém acumulação de adicionais de insalubridade e periculosidade. Disponível em <<http://www.tst.jus.br/noticias/>>

/asset_publisher/89Dk/content/turma-mantem-acumulacao-de-adicionais-de-insalubridade-e-periculosidade > Acesso em: 11. abril. 2017.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Processo E-ARR n.º 1081-60/2012**, da relatoria do Ministro João Oreste Dalazen, publicado em 17/6/2016. Disponível em: <<http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/resumoForm.do?consulta=1&numeroInt=178444&anoInt=201>> Acesso em: 19. abril. 2017.

BRASIL. **Projeto de Lei 4983/2013** - Câmara dos Deputados. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=565004>> Acesso em: 09. abril. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial. 1640084/SP**. Rel. Min. Ribeiro Dantas, julgado em 15/12/2016. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=1640084&b=ACOR&p=true&l=10&i=3>> Acesso em: 12. junho. 2017.

BRASIL. **Lei 12.740/2012**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112740.htm> Acesso em: 10. Abril. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 80.004**, Sergipe, Relator: Min. Xavier de Albuquerque. Diário da Justiça da União, Brasília, 29.dez.1997. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>> Acesso em: 10. maio. 2017.

BUCK, Regina Célia. **Cumulatividade dos Adicionais de Insalubridade e de Periculosidade**. 2ª. ed. São Paulo: LTr. 2015. p. 91.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 13. ed. São Paulo: LTr. São Paulo. 2014. p. 150-154.

FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Direito internacional do trabalho: o estado da arte sobre a aplicação das convenções internacionais da OIT no Brasil**. São Paulo: LTr. 2016. p. 5.

GOMES, Luiz Flávio; PIOVESAN, Flávia (coord.). **O sistema interamericano dos Direitos humanos e o direito brasileiro**. São Paulo: Ed. RT. 2000. p. 179.

LIMA, Lorena Costa. Internalização dos tratados de direitos humanos: Recurso Extraordinário nº 466.343/SP. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 16. n. 2983. 1 set. 2011. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/19902>> Acesso em: 1. dez. 2016.

MARTINS, Ives Gandra. Cumulação dos Adicionais de Insalubridade e Periculosidade. **1º Caderno de Pesquisas Trabalhistas do Grupo de Pesquisa de Direito do Trabalho**. IDP. Ed. Magister Ltda. Porto Alegre: 2017. p. 48-50.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 4. ed. São Paulo: RT. 2009. p. 923.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O Controle Jurisdicional da convencionalidade das Leis**. 4. ed. São Paulo: RT. 2016.p.80-85.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Integração das Convenções e Recomendações Internacionais da OIT no Brasil e sua aplicação sob a perspectiva do princípio do pro homine. **Revista do Tribunal do Trabalho da 15ª Região**. n. 43, 2013. p. 86.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. **Proteção jurídica à saúde do trabalhador**. 2.ed. São Paulo: LTr.1998. p.154.

REZEK, Francisco. **Direito Internacional Público**: curso elementar. 14. ed. ver. São Paulo: Saraiva 2013. p. 38.

ROCHA. Cláudio Jannotti. RIBEIRO, Ailana Santos. A possibilidade da cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade à luz do direito do trabalho constitucionalizado. **Revista Trabalhista Direito e Processo**. ano 13. n. 52. p. 20.

RODRIGUES, Eduardo do Nascimento. Cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade: uma análise matemática das consequências do atual entendimento jurisprudencial dominante sobre o tema na renda do trabalhador. **Revista TST**. Brasília. vol. 81. nº 4. out/Dez. 2015. p. 136.

SUSSEKIND, Arnaldo. **Direito Internacional do Trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr. 2000. p. 181.