

**PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRT 2ª REGIÃO**

RO-1000486-47.2014.5.02.0502 - Turma 14



RECURSO DE REVISTA

Recorrente(s): COSMED INDÚSTRIA DE COSMÉTICOS E
MEDICAMENTOS SA

Advogado(a)(s): LUIZ CARLOS AMORIM ROBORTELLA (SP -
25027-D)

Recorrido(a)(s): ROGER ALVES TEIXEIRA SANTOS

Advogado(a)(s): VANDERLEY RICARDO (SP - 278560)

Em face da interposição de Recurso de Revista pelo reclamado constato a existência de decisões conflitantes entre as Turmas do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, no tocante à matéria: **ADICIONAIS DE PERICULOSIDADE E INSALUBRIDADE - CUMULAÇÃO - POSSIBILIDADE.**

Tese adotada pela decisão proferida nestes autos, Processo TRT/SP nº RO 1000486-47.2014.5.02.0502 - 14ª Turma, publicado no DO eletrônico em 12 de maio de 2015:.

Possível a cumulação dos adicionais de insalubridade e de periculosidade quando há exposição simultânea a agentes insalubres e perigosos. Se não, vejamos:

Embora o § 2º do art. 193 da CLT disponha que "o empregado poderá optar pelo adicional de insalubridade que porventura lhe seja devido", o que é repetido na Portaria nº 3.214/1978 do Ministério do Trabalho, na NR-16, item 16.2.1, tem-se que a Constituição Federal, no art. 7º, XXIII, assegura "adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei", sem vedar a cumulação dos adicionais, de forma que a legislação infraconstitucional deve amoldar-se à permissão ampla da Carta Magna.

Por seu turno, a Convenção nº 148 da OIT, art. 8º, item 3, dispõe que:

PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRT 2ª REGIÃO

RO-1000486-47.2014.5.02.0502 - Turma 14

"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".

Por sua vez, a Convenção nº 155 da OIT, ratificada pelo Brasil, dispõe no art. 11, item "b" que: "deverão ser levados em consideração os riscos para a saúde decorrentes da exposição simultânea a diversas substâncias ou agentes".

O pagamento cumulativo é aceito, justamente porque o trabalhador está sujeito a dois tipos diferentes de agressão, a insalubre e a periculosa, que possuem fontes diversas e geram efeitos diferentes.

A questão não guarda relação com a necessidade de regulamentação da norma constitucional, pois os adicionais envolvidos, de periculosidade e de insalubridade, já se encontram de há muito regulamentados. Além disso, a lei ordinária não pode estabelecer norma menos benéfica, ao arripio da Carta Magna. A legislação infraconstitucional poderia regular detalhes, mas sem alterar o comando constitucional.

Portanto, o art. 193, § 2º, da CLT e o item 16.2.1 da NR-16 da Portaria nº 3.214/1978 do Ministério do Trabalho e Emprego não foram recepcionados pela atual Constituição Federal, pois os seus conteúdos não se amoldam às regras da Lei Maior.

As Convenções possuem status supralegal, encontrando-se acima da lei interna e abaixo da Constituição, o que torna inaplicável a legislação infraconstitucional que delas destoam.

Não se olvide, por fim, que, por serem normas posteriores, mais específicas e mais benéficas ao trabalhador, devem prevalecer sobre o teor do art. 193, § 2º, da CLT e do item 16.2.1 da NR-16 da Portaria nº 3.214/1978 do Ministério do Trabalho e Emprego.

Como os adicionais de insalubridade e periculosidade decorrem de fatos geradores diversos, não há justificativa para a imposição de que o trabalhador opte por um dos adicionais.

Confira-se a jurisprudência atual sobre o tema em questão:

RECURSO DE REVISTA. CUMULAÇÃO DOS ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE. POSSIBILIDADE. PREVALÊNCIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS E SUPRALEGAIS SOBRE A CLT. JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA DO STF QUANTO AO EFEITO PARALISANTE

PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRT 2ª REGIÃO

RO-1000486-47.2014.5.02.0502 - Turma 14

DAS NORMAS INTERNAS EM DESCOMPASSO COM OS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS. INCOMPATIBILIDADE MATERIAL. CONVENÇÕES NOS 148 E 155 DA OIT. NORMAS DE DIREITO SOCIAL. CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE. NOVA FORMA DE VERIFICAÇÃO DE COMPATIBILIDADE DAS NORMAS INTEGRANTES DO ORDENAMENTO JURÍDICO. A previsão contida no artigo 193, § 2º, da CLT não foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988, que, em seu artigo 7º, XXIII, garantiu de forma plena o direito ao recebimento dos adicionais de penosidade, insalubridade e periculosidade, sem qualquer ressalva no que tange à cumulação, ainda que tenha remetido sua regulação à lei ordinária. A possibilidade da aludida cumulação se justifica em virtude de os fatos geradores dos direitos serem diversos. Não se há de falar em bis in idem. No caso da insalubridade, o bem tutelado é a saúde do obreiro, haja vista as condições nocivas presentes no meio ambiente de trabalho; já a periculosidade traduz situação de perigo iminente que, uma vez ocorrida, pode ceifar a vida do trabalhador, sendo este o bem a que se visa proteger. A regulamentação complementar prevista no citado preceito da Lei Maior deve se pautar pelos princípios e valores insculpidos no texto constitucional, como forma de alcançar, efetivamente, a finalidade da norma. Outro fator que sustenta a inaplicabilidade do preceito celetista é a introdução no sistema jurídico interno das Convenções Internacionais nos 148 e 155, com status de norma materialmente constitucional ou, pelo menos, supralegal, como decidido pelo STF. A primeira consagra a necessidade de atualização constante da legislação sobre as condições nocivas de trabalho e a segunda determina que sejam levados em conta os riscos para a saúde decorrentes da exposição simultânea a diversas substâncias ou agentes-. Nesse contexto, não há mais espaço para a aplicação do artigo 193, § 2º, da CLT. Recurso de revista de que se conhece e a que se nega provimento. (RR - 1072-72.2011.5.02.0384, Relator Ministro: Cláudio Mascarenhas Brandão, Data de Julgamento: 24/09/2014, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 03/10/2014)

Diante do exposto, o pagamento dos adicionais de insalubridade e de periculosidade pode ser cumulado quando o trabalhador labora exposto a agentes insalubres e perigosos.

TESE DIVERGENTE: Processo TRT/SP nº
0000933-63.2013.5.02.0251 - 12ª Turma, publicado no DO eletrônico em 31 de
julho de 2015:

PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRT 2ª REGIÃO

RO-1000486-47.2014.5.02.0502 - Turma 14

O art. 7º, XXIII, prevê adicional para as atividades penosas, insalubres ou perigosas. No caso, o reclamante já recebe adicional de periculosidade, em conformidade com o dispositivo constitucional supracitado.

*Note-se que a Constituição Federal não dispõe acerca da forma de pagamento desses adicionais - se podem ou não ser cumulados, qual a base de cálculo etc. -, de modo que a matéria é regulada pela legislação infraconstitucional (CLT). **A cumulação dos adicionais é vedada por essa legislação (art. 193, § 2º), vedação esta que não viola o dispositivo constitucional em comento. O que é proibido pela Constituição é a não percepção, pelos trabalhadores que exerçam atividades insalubres ou perigosas, de nenhum desses adicionais, o que, como visto acima, não é o caso dos autos.***

A impossibilidade da cumulação desses adicionais também é reconhecida pelo C. TST, de acordo com os julgados recentes copiados abaixo:

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. Recursos de revista conhecidos e providos. (RR - 1410-44.2011.5.04.0011, Relator Ministro: José Roberto Freire Pimenta, Data de Julgamento: 06/05/2015, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 15/05/2015)

ADICIONAL DE INSALUBRIDADE E ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. OPÇÃO PELO RECLAMANTE. POSSIBILIDADE. O art. 193, §2º, da CLT estabelece expressamente a não cumulação dos adicionais de periculosidade e de insalubridade, prevendo a possibilidade de opção pelo empregado entre os dois adicionais. Logo, o reclamante pode optar pela parcela que for mais favorável, opção que, segundo a jurisprudência desta Corte, pode ser exercida na execução, assegurada a dedução do título anteriormente recebido, a fim de evitar-se a hipótese de enriquecimento sem causa. Violação de dispositivo de lei não demonstrada. Recurso de revista de que não se conhece. (RR - 129-80.2010.5.03.0087, Relatora Ministra: Kátia Magalhães Arruda, Data de Julgamento: 13/05/2015, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 15/05/2015)

ADICIONAIS DE PERICULOSIDADE E INSALUBRIDADE -

PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRT 2ª REGIÃO

RO-1000486-47.2014.5.02.0502 - Turma 14

CUMULAÇÃO. Esta Corte firmou o entendimento no sentido de que, nos termos do art. 193, § 2º, da CLT, não é possível a cumulação dos adicionais de periculosidade e insalubridade. Deve o reclamante optar pelo pagamento do adicional que lhe for mais benéfico, com a respectiva dedução de valores recebidos indevidamente (precedentes). Recurso de revista conhecido e provido, no particular. (RR - 2014-72.2012.5.15.0137, Relator Ministro: Emmanoel Pereira, Data de Julgamento: 29/04/2015, 5ª Turma, Data de Publicação: DEJT 08/05/2015)

ADICIONAL DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE. PAGAMENTO SIMULTÂNEO. IMPOSSIBILIDADE. O artigo 193, § 2.º, da CLT é literal ao estabelecer que o empregado, nos casos em que sejam devidos os dois adicionais, poderá optar por qual deles quer ser remunerado. Nesses casos, deve ser deferida a compensação dos valores recebidos, sendo vedado, portanto, o recebimento das duas verbas de forma simultânea. Precedentes. (ARR - 381-16.2012.5.04.0013 , Relatora Ministra: Maria de Assis Calsing, Data de Julgamento: 29/04/2015, 4ª Turma, Data de Publicação: DEJT 08/05/2015)

Quanto à Convenção n. 155 da OIT, compartilho do entendimento dos meus colegas desta E. Turma no sentido de que referida convenção não derroga nem mitiga o disposto no art. 193, § 2º, da CLT:

Note-se que a ratificação, pelo Brasil, das Convenções 148 e 155 da OIT não altera esse entendimento. Os mencionados tratados, malgrado disponham sobre as situações em que se acham presentes tipos diversos de agentes nocivos, não disciplinam os efeitos pecuniários decorrentes. São normas meramente programáticas, dirigidas à atividade legiferante do Estado Brasileiro, que não derrogam, nem mitigam a disposição celetista. (PROCESSO TRT/SP Nº 0000211-68.2013.5.02.0432; Rel. Dr. PAULO KIM BARBOSA; Data da publicação: 15-05-2015)

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

Caracterizada a divergência, determino que se proceda à uniformização de jurisprudência, nos termos dos §§ 3º, 4º e 5º do art. 896 da CLT (alterados pela Lei nº 13.015/2104).

Formem-se autos apartados, encaminhando-os à Secretaria do Tribunal Pleno para que, após registro e autuação, seja a questão submetida à apreciação da Comissão de Uniformização de Jurisprudência deste Tribunal. Após, retornem os autos principais à Assessoria de admissibilidade recursal, posto que, nesses autos, já foi lavrado acórdão com relação à matéria supracitada.

PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRT 2ª REGIÃO

RO-1000486-47.2014.5.02.0502 - Turma 14

Determino, outrossim, o sobrestamento de todos os feitos em fase de exame de admissibilidade de Recurso de Revista em que idêntica matéria esteja sendo discutida, dando-se às partes ciência dessa circunstância.

Intimem-se.

São Paulo, 13 de agosto de 2015.

Des. Wilson Fernandes
Vice-Presidente Judicial

/hh