

(Im)pertinência da cumulação dos adicionais de periculosidade e insalubridade: o *bis in idem* e a vedação ao retrocesso

((Im)pertinence of the cumulation of the additional dangerousness and insalubrity: the bis in idem and the seal to backward

SYNTHIA MAGALHÃES ARMONDES

Discente do curso de Direito (UNIPAM)

E-mail: synthiaarmondes@hotmail.com

ANA ÍRIS GALVÃO AMARAL

Professora orientadora (UNIPAM)

E-mail: anairis@unipam.edu.br

Resumo: O presente estudo visa a analisar a possibilidade de cumulação dos adicionais de periculosidade e insalubridade sob os vieses legalista e principiológico adotados pelo ordenamento jurídico. Como forma de compensação pelos riscos comumente encontrados no ambiente laboral, foram estipulados os adicionais, previstos na CLT e em Normas Regulamentadoras, a NR-15 e a NR-16. Em determinadas situações, é possível observar a ocorrência de risco de vida e de prejuízo à saúde advinda de fatores geradores distintos na área ocupacional do empregado, ficando o questionamento se poderia ocorrer o pagamento cumulativo de ambos os adicionais. Em razão da constante divergência doutrinária e jurisprudencial, a questão foi recentemente julgada pelo TST no IRR 239-55.2011.5.02.0319. Todavia, mesmo com o posicionamento do TST, a questão merece ser discutida, em razão do aparente conflito entre o entendimento adotado pelo órgão de cúpula do judiciário trabalhista brasileiro e convenções e tratados internacionais recepcionados pelo ordenamento pátrio.

Palavras-chave: Adicionais. Insalubridade. Periculosidade. Cumulação. *Bis in idem*.

Abstract: This study aims to analyze the possibility of cumulating hazard and health hazard bonuses under the legalistic and principled perspectives adopted by the legal system. The additionals were stipulated in the CLT and Regulatory Norms, NR-15 and NR-16, as a form of compensation for the risks commonly found in the work environment. In certain situations, it is possible to observe the occurrence of life risk and damage to health arising from distinct generating factors in the employee's occupational area, leaving the question of whether the cumulative payment of both bonuses could occur. Due to the constant doctrinal and jurisprudential divergence, the issue was recently judged by the TST in IRR 239-55.2011.5.02.0319. However, even with the TST's position, the issue deserves to be discussed, due to the apparent conflict between the position adopted by the highest body of the Brazilian labor judiciary and international conventions and treaties accepted by the Brazilian legal system.

Keywords: Additional. Unhealthy. Dangerousness. Cumulation. *Bis in idem*.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Com a formação do organismo social e a sua estruturação como Estado no século XVI, foram regulados direitos e obrigações. Entre eles, encontra-se o Direito do Trabalho, considerado como direito social e fundamental, como observado nos artigos 6º e 7º da Constituição Federal.

Desde a Idade Antiga, encontram-se vestígios de algumas garantias protetivas, preventivas ou reparadoras, advindas do surgimento de alguma preocupação com a saúde dos trabalhadores em suas relações laborais, como consequência da convivência em sociedade. Com sua evolução, o Direito do Trabalho incorporou-se ao ordenamento jurídico brasileiro, sendo que, hoje, as garantias de boas condições no meio ambiente laboral visam à consolidação do conceito de trabalho digno e são materializadas no arcabouço normativo, como as normas regulamentadoras, a legislação infraconstitucional, as portarias do Ministério da Economia e a própria Carta Magna, e em mecanismos como as comissões e os órgãos de fiscalização.

No entanto, alguns dos institutos previstos no Direito do Trabalho podem ser objetos de interpretações divergentes pela doutrina e jurisprudência pátria, como ocorre com a cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade.

Referidos adicionais são garantias previstas em Normas Regulamentadoras criadas pelo antigo Ministério do Trabalho, sendo a NR-15, que dispõe acerca do adicional de insalubridade, e a NR-16, que versa sobre adicional de periculosidade, que têm o intuito de regular situações que possuem determinado grau de risco, aos quais os trabalhadores podem estar expostos em seu ambiente de trabalho e, conseqüentemente, possam afetar sua saúde ou expô-los a risco de vida.

Porém, as situações previstas nas Normas Regulamentadoras possuem rol taxativo. Assim, o trabalhador pode-se ver em circunstâncias que, de fato, trazem-lhe algum risco, mas que, legalmente, não são consideradas como tal. Há também hipóteses de que um trabalhador possa estar em ambiente laboral que preencha os requisitos para recebimento de ambos os adicionais, advindos de fatores geradores distintos, o que confronta o disposto no art. 193, § 2º da CLT, que veda a possibilidade de cumulação dos adicionais, devendo o empregado optar pelo recebimento de apenas um deles.

Em contrapartida, há o entendimento de que, por ser a saúde alvo de extremo risco, deveria o empregado receber os adicionais cumulativamente, com respaldo nos princípios da dignidade da pessoa humana, da vedação ao retrocesso e do disposto no artigo 11, "b" da Convenção nº 155 de 1994 da OIT.

Destarte, tendo em vista a rotineira ocorrência de exposição do trabalhador a agentes nocivos e a situações de risco de vida em atividades ocupacionais, surge o questionamento sobre qual posicionamento proporcionaria maior segurança jurídica e atenderia melhor os interesses do trabalhador. Nota-se que a questão é tema do Incidente de Recurso Repetitivo nº 239-55.2011.5.02.0319, "Cumulação de adicionais de periculosidade e de insalubridade amparados em fatos geradores distintos e autônomos", o qual foi julgado em 26 de setembro de 2019 pelo TST.

Todavia, mesmo com o entendimento firmado pelo Tribunal Superior do Trabalho, ainda permanecem divergências. Assim, analisar os fundamentos para ambos

os posicionamentos, à luz dos princípios e garantias fundamentais insculpidos na Constituição Federal de 1988, foi o objetivo da presente pesquisa.

Para tanto, a pesquisa foi desenvolvida de maneira teórica, pelo método dedutivo-bibliográfico, tendo como suporte repertório jurisprudencial e doutrinário recente, livros, periódicos especializados e artigos disponíveis na internet sobre o tema.

2 EVOLUÇÃO DA PROTEÇÃO À SAÚDE E À SEGURANÇA DO TRABALHADOR COMO GARANTIA DO TRABALHO DIGNO

Desde o início da vida gregária, na qual os indivíduos foram se organizando sistematicamente, tornando-se uma sociedade política por sua própria natureza, foram apontados, paulatinamente, direitos e deveres a serem seguidos, com o objetivo de nortear os comportamentos de seus membros.

Nesse sistema, foi concebida a Teoria dos Direitos Fundamentais, compreendendo-se a evolução dessas garantias em três gerações: direitos individuais, direitos sociais e direitos de fraternidade, havendo atualmente entendimentos doutrinários acerca da quarta e da quinta geração de direitos fundamentais.

Para fins ilustrativos acerca de tais gerações de direitos fundamentais, para Norberto Bobbio, os direitos de quarta geração estão amplamente relacionados com os avanços da engenharia genética. Já para Paulo Bonavides, relacionam-se com a globalização política, havendo os direitos à democracia, informação e pluralismo. Contudo, a quinta geração dos direitos fundamentais, por sua vez, corresponde ao direito à paz, segundo os ensinamentos de Paulo Bonavides (LENZA, 2020, p. 1102).

Nesse sentido, o direito à saúde e a condições dignas de trabalho inserem-se na segunda geração de direitos fundamentais. Segundo René Mendes e William Waissmann (2007, p. 4-5), há indício de alguma preocupação com a saúde e com a segurança dos trabalhadores a partir de registros relacionados a doenças laborais no Egito Antigo, quando foram reconhecidas lesões nos braços e nas mãos de profissionais que atuavam nas construções.

Nesse sentido, foram observados diversos estudos no campo da medicina ocupacional, na antiguidade, relacionados às doenças que acometiam os trabalhadores, sendo exemplo "*Corpus Hippocraticum* (tratados relativos à saúde escritos por Hipócrates e seus seguidores)".

Com o desenvolvimento do organismo social e em decorrência de seu caráter político-econômico-social (o Mercantilismo e, conseqüentemente, as Grandes Navegações), foram identificadas novas profissões e doenças laborais (MENDES; WAISSMANN, 2007, p. 5-19).

Não é sem motivo, então, que o primeiro livro inteiramente dedicado aos riscos de uma ocupação, redigido por Ellenbog (1440-1499), surge ainda no século XV [...]. O livro, de fato mais um "manual de instruções" dirigido aos ourives da cidade imperial de Augsburg, descreve riscos encontrados no trabalho de ourivesaria e outros tipos de trabalho com metais [...].

O apogeu histórico dos estudos que envolvem a medicina e segurança do trabalho ocorreu em 1700, quando da publicação de *De Morbis Artificum Diatriba* (Tratado sobre as Doenças dos Trabalhadores) de Bernardino Ramazzini, que versava sobre os riscos das doenças ocupacionais e o nexos com mais de cinquenta profissões, sendo pioneiro e considerado como diretriz na área até o século XIX (MENDES; WAISSMANN, 2007, p. 9).

Esse momento possui ampla relação com a Revolução Industrial, iniciada no século XVIII e considerada símbolo do reconhecimento do trabalho como um direito. A partir de então, iniciou-se uma gradativa substituição da atividade manual pela produção em série e, por conseguinte, emergiu extrema preocupação com os avanços e com a lucratividade, que resultaram em convulsão social, desencadeada por péssimas condições de trabalho e por salários aviltantes.

Inaugura-se, assim, uma fase intervencionista do Estado nas relações entre empregados e empregadores, entre o final do século XIX e início do século XX, com a preocupação de se garantirem condições mínimas de proteção jurídica para os considerados hipossuficientes. São exemplos da visão intervencionista, a *Encíclica Rerum Novarum* de 1891 e a *Laborem Exercens*, símbolos do envolvimento da Igreja Católica na causa da união e ascensão do proletariado (LEITE, 2020, p. 36).

Nesse diapasão, consolidou-se o constitucionalismo social, quando ganharam corpo os direitos de segunda dimensão em Constituições de Estados Democráticos de Direito.

Nesse sentido, Darcy Azambuja (2008, p. 194) leciona:

Aqueles são os direitos do indivíduo à vida e à liberdade; estes são os direitos do indivíduo à saúde, à educação, ao amparo contra a moléstia, os acidentes do trabalho e a morte e, em geral, a garantia do seu desenvolvimento moral, intelectual e físico. (grifo nosso)

A primeira Constituição a mencionar os direitos trabalhistas como jornada de trabalho, descanso semanal, proteção à maternidade e salário mínimo foi a Constituição Mexicana de 1917. Em 1919, a Alemanha assentou tais direitos na Constituição Weimar. No mesmo ano, por meio do Tratado de Versalhes, foi criada a OIT – Organização Internacional do Trabalho, marco para o direito dos trabalhadores, firmada na convicção de que a paz universal e permanente somente pode estar baseada na justiça social (LEITE, 2020, p. 36-37).

Outrossim, em 1927 a Itália instituiu a *Carta del Lavoro*, referência para outros Estados como Portugal e Espanha, produzindo efeitos no direito brasileiro. Ainda, em 1948, conforme mencionado por Carlos Henrique Bezerra Leite (2020, p. 41), a Declaração Universal dos Direitos Humanos classificou o trabalho (art. 23º, n.1) como um direito humano e fundamental: “toda a pessoa tem direito ao trabalho, à livre escolha do trabalho, a condições equitativas e satisfatórias de trabalho e à proteção contra o desemprego”.

No ordenamento jurídico brasileiro, a Constituição de 1824 trouxe alusão ao direito de livre associação, bem como à liberdade de ofícios e profissões. Além disso, aos poucos foram-se esvaindo as características do trabalho escravo, por meio da Lei do

Ventre Livre (1871), da Lei Saraiva Cotegipe ou Lei dos Sexagenários (1885) e da Lei Áurea (1888).

A Constituição de 1891, por sua vez, tratou, de forma mais ampla, da liberdade de associação, mas apenas a Constituição de 1934 tratou, de forma específica, do Direito do Trabalho. A Constituição de 1937 reconheceu a necessidade do intervencionismo estatal e, em 1943, foi aprovada a Consolidação das Leis do Trabalho, passo extremamente importante para as garantias dos trabalhadores, tornando-se o Brasil uma referência (LEITE, 2020, p. 36-41).

Na Constituição Federal de 1988, o trabalho é considerado um direito fundamental e social, previsto no capítulo “Direitos e Garantias Fundamentais”, em seus artigos 6º e 7º. Além disso, no artigo 200, VIII, a Carta Magna prevê a importância de se promoverem condições que possam garantir o equilíbrio no meio ambiente laboral e, à vista disso, incrementar o conceito de trabalho digno.

É sabido que todas as demais normas-regras e normas-princípios devem seguir as orientações da Lei Maior do Estado Democrático de Direito. Assim, as garantias constitucionais denotam preocupação em garantir boas condições de trabalho em todos os momentos da relação empregatícia, especialmente com a atuação preventiva e reparadora de possíveis mazelas que possam advir da relação laboral¹. Sobrelevam-se, assim, os papéis dos órgãos de fiscalização, das convenções e das normas regulamentadoras (OLIVO, 2017, *on-line*).

Como forma de prevenção de acidentes e doenças ocupacionais, os artigos 157 e 158 da CLT impõem deveres tanto a empregados quanto a empregadores; já os artigos 160 e 161 dispõem sobre a inspeção prévia dos estabelecimentos e sobre a possibilidade de embargo ou interdição por meio de laudo técnico, nos casos em que seja demonstrado grave e iminente risco aos trabalhadores.

Um dos mecanismos de prevenção de infortúnios no meio ambiente laboral é o fornecimento (pelo empregador) dos EPIs – Equipamento de Proteção Individual – e a obrigatoriedade (pelos empregados) de uso deles. Conforme disposto na Norma Regulamentadora nº 6, é considerado EPI, “todo dispositivo ou produto, de uso individual utilizado pelo trabalhador, destinado à proteção de riscos suscetíveis de ameaçar a segurança e a saúde no trabalho”.

Em consonância com o preceituado no art. 166 da Consolidação das Leis do Trabalho, é obrigação do empregador fornecer, de forma gratuita, os EPIs aos seus empregados, bem como fiscalizar seu uso, sob pena de estes sofrerem sanções, como indicado no art. 157 do estatuto celetizado.

Ainda, o colendo Tribunal Superior do Trabalho firmou o entendimento, na Súmula 289, de que não basta o simples fornecimento do equipamento de proteção individual para eximir o empregador de sua responsabilidade para garantir um ambiente laboral saudável; também são fundamentais o treinamento e a efetiva fiscalização de seu uso. Isso ocorre porque a desobrigação do pagamento do adicional

¹ Como exemplo, são fundamentais os exames médicos, que devem ser realizados na admissão e demissão, bem como periodicamente, havendo apenas como ressalva a variabilidade para os exames periódicos em razão do tipo de trabalho ou função, tempo e grau de risco ao qual o trabalhador é exposto (OLIVO, 2017, *on-line*).

só acontece com a neutralização do agente nocivo no ambiente laboral, como indicado na Súmula 80 do TST. Por outro lado, a CLT estipula, no art. 158, parágrafo único, “b”, que a recusa injustificada do empregado em utilizar o EPI é considerada falta grave.

Outro mecanismo importante na prevenção é a atuação da CIPA – Comissão Interna de Prevenção de Acidentes –, que deve ser constituída de forma paritária, conforme o grau de risco da empresa, e nos casos em que esta possua, no mínimo, vinte empregados. Seu objetivo é reunir representantes das duas partes que compõem a relação de trabalho, para o incremento da proteção. Os representantes do empregador são indicados e os dos empregados são eleitos e gozam de estabilidade até um ano após o fim do seu mandato, inclusive os suplentes, respaldados no disposto no art. 165 da CLT e art. 10, II, “a” do ADCT.

3 ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE E DE PERICULOSIDADE

Segundo classificação dada pela doutrina, os adicionais, tanto de insalubridade quanto de periculosidade, possuem natureza jurídica de salário, mesmo não sendo previstos expressamente no artigo 457, §1º da CLT. Esses adicionais têm o objetivo de “compensar o trabalho realizado em situações que exijam maior desconforto do empregado em razão do tempo e do lugar da prestação do serviço ou que representem maior perigo ou risco para a sua saúde” (LEITE, 2019, p. 493).

Para Mauricio Godinho Delgado (2019, p. 907):

O que distingue os adicionais de outras parcelas salariais são tanto o fundamento quanto o objetivo de incidência da figura jurídica. Os adicionais correspondem a parcela salarial deferida suplementarmente ao obreiro por este se encontrar, no plano do exercício contratual, em circunstâncias tipificadas mais gravosas. A parcela adicional é, assim, nitidamente contraprestativa: paga-se um *plus* em virtude do desconforto, desgaste ou risco vivenciados, da responsabilidade e encargos superiores recebidos, do exercício cumulativo de funções, etc.

Tais adicionais são devidas quando estiverem presentes suas condicionantes, que podem variar a depender da gravidade e da complexidade existente em um ambiente ocupacional e que podem acarretar risco de vida ou perigo à saúde do trabalhador, conforme disposto nos artigos 193 e 194 da CLT, sendo que, quando deixam de existir, o empregador possui o direito de cessar o pagamento dos referidos adicionais.

O adicional de insalubridade é a parcela compensatória de caráter salarial, prevista no artigo 189 da CLT, paga aos trabalhadores que exercem atividades que, por sua natureza, condições ou métodos de trabalho, expõem o indivíduo a extremo risco de nocividade à saúde; esses agentes nocivos são classificados em um rol taxativo previsto na Norma Regulamentadora 15, criada pelo antigo Ministério do Trabalho. Essa norma estabelece o quadro indicativo das atividades e operações laborais consideradas como insalubres, o respectivo grau de insalubridade (mínimo, médio ou máximo), os níveis de tolerância do organismo humano a esses agentes nocivos, bem como medidas preventivas a serem adotadas (MARTINEZ, 2020, p. 383).

Como regra geral, a obrigação do pagamento do adicional de insalubridade varia entre 10%, 20% e 40% do salário mínimo, conforme disposição do art. 192 da CLT, que corresponde a grau mínimo, médio e máximo de exposição da saúde do trabalhador a agentes nocivos. As graduações de perniciosidade são estabelecidas em perícias realizadas tanto por médicos quanto por engenheiros especializados em Medicina ou Engenharia do Trabalho, registrados no extinto Ministério do Trabalho e Emprego, de acordo com o art. 195 da legislação trabalhista.

Para fazer jus ao adicional de insalubridade, é necessário que o agente agressor ultrapasse um patamar denominado limite de tolerância; apenas quando ultrapassado, surge a obrigação de pagar o adicional em graus variados, independentemente se a atividade ocupacional é prestada de forma intermitente, em consonância com o disposto na Súmula 47 do TST. Segundo Luciano Martinez (2020, p. 383), o mencionado limite corresponde à “concentração ou a intensidade máxima ou mínima, relacionada com a natureza e o tempo de exposição ao agente, que não causará dano à saúde do trabalhador durante sua vida laboral”. No entanto, em virtude da possibilidade de variação de concentração desse limite, tal adicional poderá sofrer, conseqüentemente, alteração em seu recebimento, podendo ocorrer até mesmo sua supressão, sem que se caracterize prejuízo ao princípio do direito adquirido, nos termos da Súmula 248 do TST.

O adicional de periculosidade, por sua vez, é pago como complemento salarial nas atividades ocupacionais que, por sua natureza ou métodos de trabalho, sujeitam o trabalhador a risco acentuado em razão da exposição permanente a inflamáveis, explosivos, energia elétrica, roubos ou outras espécies de violência física nas atividades profissionais de segurança pessoal ou patrimonial, conforme previsão no artigo 193 da CLT. Foi ainda classificado como profissão suscetível do adicional de periculosidade o trabalhador em motocicleta, por meio da Lei 12.997/2014, que acrescentou o § 4º ao dispositivo legal.

Sua regulamentação está contida na Norma Regulamentadora 16 que, assim como a NR-15, traz rol taxativo acerca do que pode ser classificado como causas geradoras, seus limites, zonas de risco e de conforto. Além das atividades especificadas na Consolidação das Leis Trabalhistas, integra o rol taxativo de causas geradoras do adicional a radiação ionizante/radioatividade. Também é considerada atividade laboral perigosa e, portanto, suscetível de pagamento do adicional de periculosidade, a praticada pelos bombeiros civis, resguardada no artigo 6º, III da Lei 11.901/2009 (MARTINEZ, 2019, p. 390).

O artigo 193 da CLT, no § 6º, fixa o adicional de periculosidade em 30% do salário base do empregado, ou seja, o referencial para a percentagem é o salário contratual do trabalhador sem os acréscimos advindos de gratificações, prêmios ou participações nos lucros da empresa. Contudo, em razão da periculosidade existente na atuação laboral do empregado, devido à constante exposição a condições de risco, esse adicional trará repercussões na base de cálculo do adicional noturno (LEITE, 2020, p. 500).

Assim como ocorre com o adicional de insalubridade, a prestação de serviços, mesmo que de forma intermitente, não descaracteriza o direito ao recebimento do adicional de periculosidade integralmente, em consonância com o entendimento do Tribunal Superior do Trabalho exposto na Súmula 361. Como ressalva, conforme

indicação da Súmula 364, I, também do Egrégio Tribunal Superior trabalhista, apenas não atrai o pagamento do referido adicional os casos de exposição de forma eventual, sendo considerado assim um caso fortuito; havendo a habitualidade, esta ocorre com tempo extremamente reduzido (MARTINEZ, 2020, p. 398).

Quando o pagamento do adicional é efetuado por mera liberalidade do empregador, de forma espontânea, pode tornar incontroversa a discussão acerca da existência do trabalho em condições de risco ou perigo à saúde, sendo desnecessárias até as perícias efetuadas por profissionais capacitados e registrados no Ministério do Trabalho, conforme entendimento disposto em Súmula 453 do TST.

Ante o exposto, observa-se que, mesmo possuindo natureza de complemento salarial, os adicionais de insalubridade e de periculosidade são uma remuneração com objetivo compensatório, uma vez que o trabalhador, ao ser exposto aos agentes nocivos em sua atividade ocupacional, põe em risco a saúde e a vida.

4 (IN)APLICABILIDADE DO *BIS IN IDEM* E POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO

Como aludido por Robson Shelton Medeiros da Silva (2019, *on-line*), é menos corriqueira a ocorrência de atividades ocupacionais em que são preenchidos os requisitos para os adicionais de periculosidade e de insalubridade provenientes de um mesmo fato gerador. Apresenta, como exemplo, o trabalhador que presta serviços em mineradora e percebe adicional de insalubridade em virtude dos ruídos provocados pela detonação de explosivos e pleiteia o adicional de periculosidade em razão do manuseio de tais materiais explosivos. A questão tem entendimentos doutrinários e jurisprudenciais quanto à possibilidade de cumulação dos referidos adicionais.

No entanto, o entendimento da doutrina majoritária é que é impertinente a cumulação dos adicionais advindos de um mesmo fato gerador, como analisado no julgamento do E-ARR-1081-60.2012.5.03.0064:

5. Entretanto, interpretação teleológica, afinada ao texto constitucional, da norma inscrita no art. 193, § 2º, da CLT, conduz à conclusão de que a opção franqueada ao empregado, em relação à percepção de um ou de outro adicional, somente faz sentido se se partir do pressuposto de que o direito, em tese, ao pagamento dos adicionais de insalubridade e de periculosidade deriva de uma única causa de pedir (BRASIL, 2016).

Paira, ainda, grande discussão doutrinária e jurisprudencial sobre a pertinência da cumulação de tais adicionais advindos de fatos geradores distintos. Atualmente, parte considerável da doutrina e da jurisprudência é desfavorável à cumulação, alegando que, além de haver dispositivo legal que versa sobre a impossibilidade de cumulação, caso essa ocorresse haveria a violação do princípio do *ne bis in idem*.

O princípio do *bis in idem*, amplamente visualizado no Direito Penal brasileiro, possui ampla relação com a dignidade da pessoa humana e tem como objetivo garantir ao indivíduo a não repetição de uma punição em virtude de um mesmo fato gerador.

Assim, como uma das principais fundamentações para a impossibilidade de cumulação dos adicionais de periculosidade e insalubridade é que, ao receber os dois

adicionais, o trabalhador estaria recebendo duas vezes a contraprestação pelo serviço que possui situação de risco e, conseqüentemente, haveria a incidência do *bis in idem*, o que é vedado.

No entanto, tal entendimento parece impertinente, uma vez que a situação enfrentada pelo empregado exposto a agentes nocivos e a causas geradoras de periculosidade em seu local de trabalho provoca sérios riscos para a sua saúde e vida, sendo essas ameaças extremamente acentuadas. Por essa razão, justo seria o recebimento de ambos os adicionais.

Assim, o posicionamento que defende a aplicabilidade do *bis in idem* e, conseqüentemente, a impossibilidade para a cumulação dos adicionais de periculosidade e insalubridade violam princípios e garantias previstos na Constituição Federal, como o princípio da dignidade da pessoa humana, que possui natureza intrínseca ao indivíduo, e o princípio da vedação ao retrocesso, visto que todas as garantias à saúde e à segurança do trabalho adquiridas com a evolução do indivíduo como organismo social seriam desconsideradas.

Diante disso, é necessário refletir que, mesmo com o pagamento de ambos os adicionais, a saúde do trabalhador está amplamente afetada. Ocorrem muitos casos em que não existem quaisquer alternativas para reparação. Ao empregado que se dedicou, em sua prestação de serviços, expondo-se a situações de risco e a agentes nocivos à sua saúde, esses adicionais nada mais seriam do que uma compensação pelo prejuízo à sua saúde.

Dessa maneira, a violação da garantia do trabalho digno acarretaria também a violação ao princípio da vedação ao retrocesso, uma vez que este possui ampla relação, sobretudo com os direitos sociais, e objetiva a proibição do legislador e do administrador de criar normas ou outras medidas que possam minorar dos direitos usufruídos pela sociedade.

Assim, mesmo não sendo expressamente previstos na Constituição de 1988, existem pontos que mostram pertinência desse princípio com o disposto na Lei Maior, visto que estes são decorrentes do sistema jurídico constitucional e que podem ser considerados como patrimônio da cidadania, pois foram incorporados a partir de um mandamento constitucional (BARROSO, 2009). Como exemplo, o art. 5º, XXXVI da Constituição Federal determina que a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

Destarte, a definição da impossibilidade de cumulação dos adicionais de insalubridade, e de periculosidade, por analogia, violaria toda a evolução das garantias ocorridas no ordenamento jurídico laboral, a classificação do direito do trabalhador como um direito fundamental, os direitos e garantias individuais positivados na Constituição Federal, bem como todas as disposições adotadas pelo ordenamento jurídico estatal em internalização de tratados e Convenções internacionais (NUNES JÚNIOR, 2020, p. 1003).

Portanto, o posicionamento de que é impertinente a cumulação dos discutidos adicionais confirma uma afronta à dignidade da pessoa humana, bem como às disposições previstas na Constituição Pátria, caracterizando um retrocesso dos pilares da ordem jurídica brasileira, que defende, veementemente, os direitos e garantias

fundamentais dos trabalhadores, preocupando-se com sua saúde, segurança e, sobretudo, com a configuração do conceito de trabalho digno.

Dessa maneira, a problemática acerca da possibilidade ou não da cumulação do pagamento dos adicionais de periculosidade e de insalubridade apresenta grande discussão. No âmbito doutrinário, aqueles que são contrários à cumulação têm como principal fundamento a observância de princípios legais, quais sejam o artigo 193, § 2º, previsto na Consolidação das Leis do Trabalho, que indica que cabe ao empregado a escolha de qual adicional deseja receber, podendo observar, dessa maneira, uma ampla preocupação com o positivismo e o princípio da legalidade. Como adeptos de tal corrente doutrinária, encontram-se os professores Sérgio Pinto Martins, Valentin Carrion e Ives Gandra da Silva Martins Filho (OLIVO, 2017, *on-line*).

Em contrapartida, a corrente doutrinária que defende² a pertinência da cumulação dos referidos adicionais vale-se do princípio de supralegalidade, advindo do controle de convencionalidade³, bem como das normas internacionais. Isso ocorre entendendo que o fundamento está no artigo 11, “b” da Convenção 155 da OIT, que dispõe que “deverão ser levados em consideração os riscos para a saúde decorrentes da exploração simultânea a diversas substâncias ou agentes”.

Para tal posicionamento, com a ratificação da Convenção, houve a revogação tácita do art. 193, §2º da CLT, em virtude dos tratados internacionais ou Convenções possuírem força de norma supralegal, enquanto a CLT possui força de norma infraconstitucional e, por essa razão, ocuparem o “segundo degrau da pirâmide normativa brasileira”, acima das leis e abaixo da Constituição”, confirmando a teoria de Hans Kelsen (NUNES JÚNIOR, 2020, p. 449).

Destaca-se o parecer de Vólia Bomfim Cassar (2018, p. 827-850):

Infelizmente e de forma absurda, o TST vem sustentando que os adicionais não se acumulam caso o empregado esteja exposto a mais de um agente nocivo, baseado na vedação contida no item 15.3 da NR-15, da Portaria nº 3.214/78. Entendemos de forma diversa. Se o adicional visa indenizar a nocividade do trabalho executado pelo empregado, se as nocividades são múltiplas, os adicionais também deveriam ser. Ademais, não pode uma portaria impor obstáculo não criado pela lei.

Assim, observa-se que referida discussão é fomentada por grande parte dos juristas brasileiros, firmando a jurisprudência no sentido da impossibilidade de cumulação:

² Para fins ilustrativos, integram a corrente favorável à cumulação dos adicionais de periculosidade os doutrinadores Luciano Martinez, Carlos Henrique Bezerra e José Augusto Rodrigues Pinto (SILVA, 2019, *on line*).

³ Conforme aludido por Flávio M. A. Nunes Júnior, 2019, p. 449), “o controle de verificação das leis com a Constituição é o já conhecido controle de constitucionalidade. O controle de verificação da compatibilidade das leis com os tratados e convenções supralegais é o controle de convencionalidade”.

ADICIONAIS DE PERICULOSIDADE E INSALUBRIDADE - IMPOSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO - Conforme dispõe o § 2º do artigo 193 da CLT, empregado que se submete a condições de insalubridade e de periculosidade pode optar pelo adicional que lhe for mais benéfico. O legislador considerou a possibilidade de cumulação do risco, mas descartou a da sobreposição do pagamento dos adicionais (TRT-3 - RO: 00113084320175030094 0011308-43.2017.5.03.0094, Relator: Luis Felipe Lopes Boson, Terceira Turma. Data de Publicação: 29/05/2019).

No entanto, tal questão tem sido alvo de debates incessantes. Enquanto a jurisprudência recente mostrou-se favorável à impossibilidade de cumulação, grande parte da doutrina defende a cumulatividade.

Assim, em razão da extrema instabilidade das decisões, a matéria foi objeto de inúmeros recursos, sendo que, atualmente, como tentativa de consolidação de parecer sobre a questão, está em curso o Incidente de Recurso de Repetitivo nº 239-55.2011.5.02.0319, “Cumulação de adicionais de periculosidade e de insalubridade amparados em fatos geradores distintos e autônomos”, decorrente de ação trabalhista de ex-empregado da companhia aérea *American Airlines*; este prestava serviços como agente de tráfego e, em razão de sua atividade ocupacional, recebia adicional de insalubridade devido ao ruído provocado pelas turbinas dos aviões no ambiente laboral, no entanto pleiteava adicional de periculosidade em razão do contato com produtos inflamáveis no abastecimento das aeronaves.

O recurso foi julgado em 26 de setembro de 2019 fixando a tese jurídica de vedação à cumulação dos adicionais de periculosidade e insalubridade. No entanto, mesmo com o posicionamento do Tribunal Superior do Trabalho, permanecerão as divergências doutrinárias sobre a questão, visto que, como defendido pelo relator do IRR, Ministro Vieira de Mello, o entendimento prevalecido afronta as disposições da Convenção 155 da OIT sobre segurança e saúde dos trabalhadores.

5 (IN)APLICABILIDADE DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE E A PIRÂMIDE KELSEANA

Como já mencionado ao longo deste estudo, a questão aqui discutida possui dois posicionamentos, sendo um a favor e outro contra a cumulação.

Para aqueles desfavoráveis à cumulação, o certo seria a aplicação do artigo 193, §2º da CLT, que dispõe sobre o empregado optar pelo adicional que porventura lhe seja devido. Já aqueles que defendem ser possível, entendem que deve ser observada a Convenção 155 da OIT.

A Convenção acima mencionada é norma internacional, que versa sobre direitos humanos, sendo o Brasil signatário desta, portanto, possível a aplicação do controle de convencionalidade.

Dessa forma, é necessário entender sobre essa modalidade de controle legal, que nada mais é do que a verificação da compatibilidade das leis com os tratados e convenções supraleais. Esse controle se divide em algumas correntes de posicionamentos.

Para uma primeira corrente, esse tipo de norma possui um caráter de supraconstitucionalidade, regulamentando situações que fogem da jurisdição regional; para o segundo posicionamento, defendido por Valério Mazzuoli, todos os tratados internacionais que tratam de direitos humanos e foram ratificados no Brasil têm nível de norma constitucional.

Já para uma terceira corrente, esses tratados possuem caráter de norma supralegal, sendo observado nos fundamentos de Hans Kelsen, mas inserindo novo patamar em sua “pirâmide legal”, posicionamento já pacificado pelo Supremo Tribunal Federal através do Recurso Extraordinário nº 466.343-1/SP, onde a norma estaria abaixo da Constituição Federal, mas acima das leis infraconstitucionais (FERACIN, *on-line*).

Verifica-se, portanto, que o controle de convencionalidade deve ser aplicado para tal situação, uma vez que a Convenção 155 foi internalizada antes da EC 45/04, possuindo um caráter de supralegalidade, não se aplicando o artigo 193, §2º da CLT, que não deveria ser recepcionado, uma vez que vai de encontro ao disposto na Convenção e na Constituição Federal.

Sabe-se que a Constituição dispôs sobre o assunto, porém não se pode fazer uma interpretação restritiva, já que se trata de disposição relacionada aos direitos do trabalhador.

Dessa forma, é necessário aplicar ao caso a interpretação teleológica, para extrair a finalidade da norma, que é proteger o trabalhador e, assim, aplicar a interpretação extensiva, de forma a ampliar seu alcance e possibilitar a cumulação dos adicionais.

6 ANÁLISE PÓS-JULGAMENTO DO INCIDENTE DE RECURSO DE REPETITIVO Nº 239-55.2011.5.02.0319

Com o julgamento do Incidente de Recurso de Repetitivo - IRR n. 239-55.2011.5.02.0319, “Cumulação de adicionais de periculosidade e de insalubridade amparados em fatos geradores distintos e autônomos”, que se posicionou pela impossibilidade da cumulação dos adicionais, observa-se a existência de três correntes: a que defende a impossibilidade, em razão do disposto no art. 193, § 2º, da CLT, que permite a opção do empregado ao recebimento de apenas um dos adicionais, mais vantajoso à sua situação; a que acredita que, por uma interpretação teleológica das Convenções 148 e 155 da OIT aliada ao indicado no texto constitucional, é lícita a cumulação dos adicionais de periculosidade e insalubridade, nas hipóteses advindas de um mesmo fato gerador; e a que acredita na possibilidade de pagamento cumulativo, em virtude de os trabalhadores estarem diante de situações de extremo risco à vida e à saúde, baseando-se nos princípios da dignidade da pessoa humana, da vedação ao retrocesso e do art. 11, “b”, da Convenção n. 155 de 1994, da Organização Internacional do Trabalho - OIT.

Além disso, é possível apontar mais um argumento favorável à impossibilidade do recebimento cumulativo destes adicionais. O art. 7º, XXIII da Constituição Federal, ao estabelecer que o direito ao “adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei” deveria sofrer uma análise minuciosa, de forma que a conjunção “ou” e a palavra “adicional” no singular conferissem o objetivo de

alternatividade de direitos a serem escolhidos pelo trabalhador. Nesse sentido, foi explanado no voto:

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

Destaco, no ponto, que foi opção do constituinte, que elaborava Carta analítica, deixar claros os bens jurídicos tutelados, ao enumerar três adicionais, em lugar de prescrever, de forma geral, o acréscimo salarial pelo trabalho em condições de risco.

Ainda que assim não fosse, Ingo Sarlet ressalta, expressamente, ‘o fato de todos os direitos fundamentais serem restringíveis’ [...].

Diante disso, observa-se uma contenção do ajuizamento de demandas trabalhistas relacionadas ao tema em questão. Isso ocorre porque, com o entendimento firmado pelo Tribunal Superior do Trabalho da impossibilidade de cumulação dos adicionais de periculosidade ou de insalubridade, estes são limitadores dos pedidos devido a uma possível condenação em litigância de má-fé.

Todavia, observa-se que tal atitude é paradoxal. Tal análise advém da circunstância de que o próprio acórdão do Incidente de Recursos Repetitivos indicou que não vê óbices ao estabelecimento e permissão da cumulação destes, pelas partes interessadas, por meio de negociação coletiva. Nesse sentido, o voto vencedor acrescentou que a possibilidade de tal cumulação “pode ser estabelecida e permitida, pelas partes interessadas, na via da negociação coletiva”.

Assim, surge a indagação de que, como pode então tal temática ser objeto de uma negociação coletiva se, em tese, já foi vista como impossível na esfera judiciária, já que foi um dos apontamentos da decisão do respectivo tribunal.

Em resposta a tal posicionamento, foram opostos embargos declaratórios, conhecidos, porém negados. Posteriormente, foi interposto Recurso Extraordinário, porém, está concluso para julgamento desde 4 de novembro de 2020.

No entanto, percebe-se que, independentemente da decisão a ser ainda proferida, a possível solução, já indicada no acórdão do IRR como uma forma de apaziguamento para aqueles se mostram favoráveis à cumulação do pagamento dos adicionais de periculosidade e de insalubridade, seria ainda conflituosa com o direito fundamental ao acesso à justiça, insculpido no art. 5º, XXXV da Constituição Federal, bem como com o princípio da condição mais benéfica ao trabalhador, previsto no art. 468 da CLT.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pelo exposto, percebe-se que o tema perquirido é objeto de frequente e antiga polêmica. Observando-se a evolução do posicionamento doutrinário e jurisprudencial sobre a questão, verifica-se a instabilidade dos posicionamentos; em consequência disso, houve o julgamento de Incidente de Recurso de Repetitivo nº 239-55.2011.5.02.0319, “Cumulação de adicionais de periculosidade e de insalubridade amparados em fatos geradores distintos e autônomos”.

No entanto, mesmo tendo firmado o posicionamento da corrente desfavorável à cumulação dos referidos adicionais, sobretudo diante do atual cenário de reformas e discussões no âmbito trabalhista, ainda persistem as divergências doutrinárias, que defendem veementemente a inexistência de *bis in idem* e que a postura tendente ao não pagamento cumulativo dos adicionais viola o patrimônio da sociedade adquirido de mandamentos estabelecidos pela Constituição, bem como outras garantias advindas do avanço da sociedade como um todo, como ocorre com a Convenção 155 da OIT, que também demonstra o viés internacional dessas garantias e direitos fundamentais e seu caráter de suprallegalidade.

Assim, verifica-se que a decisão do TST possui fortes indícios de violação às garantias preconizadas na Convenção 155 da OIT, inculcada no ordenamento jurídico brasileiro, bem como aos princípios e garantias fundamentais insculpidas na Carta Magna. Ademais, por ser o Brasil signatário desta Convenção Internacional, que versa sobre direitos humanos, percebe-se a ampla possibilidade de aplicação do controle de convencionalidade e da teoria piramideana de Hans Kelsen, devido ao caráter suprallegal dessa norma.

Por fim, mesmo ainda estando em curso o Incidente de Recurso de Repetitivo nº 239-55.2011.5.02.0319, visto que, após a decisão que se manifestou desfavorável à cumulação dos adicionais de periculosidade e insalubridade, foram opostos embargos declaratórios e, conseqüentemente interposto Recurso Extraordinário, nota-se que a atual postura do Egrégio Tribunal não deve modificar-se. Independentemente disso, já se analisa a possível aplicação do controle de convencionalidade para garantir a possibilidade de cumulação dos adicionais de periculosidade e de insalubridade. A partir disso, será possível chegar a análises mais minuciosas, que poderão servir como base de pesquisas futuras sobre os direitos e garantias dos trabalhadores, sobretudo aqueles relacionados aos danos extrapatrimoniais decorrentes dos acidentes laborais.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 5. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

AZAMBUJA, Darcy. **Teoria geral do Estado**. 4. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Globo, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira**. 9. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 19. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

BRASIL. **Decreto-lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm.

BRASIL. **Constituição de 1988**. Disponível em: <https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=CON&numero=&ano=1988&ato=b79QTWE1EeFpWTb1a>.

BRASIL. Tribunal Superior de Justiça. **E-ARR 1081-60.2012.5.03.0064**. Relator: Ministro João Oreste Dalazen. Data de Julgamento: 28 abr. 2016. Data de Publicação: 17 jun. 2016. Disponível em: <https://www.portaljustica.com.br/acordao/754719>.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da Terceira Região. **IRR 239-55.2011.5.02.0319**. Relator: Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho. Data do julgamento: 26 set. 2019. Data da publicação: 15 maio 2020. Disponível em: <https://portal.trt3.jus.br/internet/jurisprudencia/incidentes-suscitados-irr-iac-arginc-tst/casos-repetitivos-tst>.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da Terceira Região. **RO 00113084320175030094 0011308-43.2017.5.03.0094**. Relator: Luís Felipe Lopes Boson, Terceira Turma. Data de Publicação: 29 maio 2019. Disponível em: <https://trt-3.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/716075981/recurso-ordinario-trabalhista-ro-113084320175030094-0011308-4320175030094?ref=serp>.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula 47**. Disponível em: <https://www.tst.jus.br/sumulas>.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula 80**. Disponível em: <https://www.tst.jus.br/sumulas>.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula 289**. Disponível em: <https://www.tst.jus.br/sumulas>.

BRASIL. Ministério do Trabalho e Previdência. **NR 15: atividades e operações insalubres**. Disponível em: <https://www.gov.br/trabalho-e-previdencia/pt-br/composicao/orgaos-especificos/secretaria-de-trabalho/inspecao/seguranca-e-saude-no-trabalho/ctpp-nrs/norma-regulamentadora-no-15-nr-15>

BRASIL. Ministério do Trabalho e Previdência. **NR 16**: atividades e operações perigosas. Disponível em: <https://www.gov.br/trabalho-e-previdencia/pt-br/composicao/orgaos-especificos/secretaria-de-trabalho/inspecao/seguranca-e-saude-no-trabalho/ctpp-nrs/norma-regulamentadora-no-16-nr-16>

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. 16. ed. São Paulo: Método, 2018.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**: obra revista e atualizada conforme a lei da reforma trabalhista e inovações normativas e jurisprudenciais posteriores. 19. ed. São Paulo: LTr, 2020.

FERACIN, Vanessa Capra Kloeckner. **A nova pirâmide jurídica formada após a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº 466.343-1/SP**. Disponível em: http://www.anima-opet.com.br/pdf/anima2/Vanessa_Capra_Kloeckner_Feracin.pdf.

FERREIRA JUNIOR, Mario. **Saúde no trabalho**: temas básicos para o profissional que cuida a saúde dos trabalhadores. São Paulo: Roca, 2002.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito do trabalho**. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**®. 24. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MAIA, Rodolfo Tigre. O princípio do ne bis in idem e a Constituição Brasileira de 1988. **Boletim Científico**, Brasília, ano. 4, n. 16, p. 11-75, jul./ set. 2005. Disponível em: <http://escola.mpu.mp.br/publicacoes/boletim-cientifico/edicoes-do-boletim/boletim-cientifico-n-16-julho-setembro-de-2005/o-principio-do-ne-bis-in-idem-e-a-constituicao-brasileira-de-1988>.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do trabalho**. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v.4.

MENDES, René; WAISSMANN, William. Aspectos históricos da patologia do trabalho. In: MENDES, René *et al.* (org.). **Patologia do trabalho atualizada e ampliada**. São Paulo: Atheneu, 2007.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**: teoria geral, comentários aos arts. 1º ao 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1998.

NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

OLIVO, Krishina Antônia Yukie. Da cumulação dos adicionais de periculosidade e insalubridade. **JusBrasil**, Araraquara, ago. 2017. Disponível em: <https://krishinaolivo.jusbrasil.com.br/artigos/537033128/monografia-da-cumulacao-dos-adicionais-de-periculosidade-e-insalubridade>.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **C155**: segurança e saúde dos trabalhadores. Disponível em: https://www.ilo.org/brasilia/convencoes/WCMS_236163/lang--pt/index.htm.

SILVA, Robson Shelton Medeiros da. A cumulação de adicionais de periculosidade e insalubridade: análise com base na doutrina, jurisprudência e legislações interna e internacional. **Âmbito Jurídico**, n. 185, ano XXII, jun./jul. 2019. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-do-trabalho/a-cumulacao-de-adicionais-de-periculosidade-e-de-insalubridade-analise-com-base-na-doutrina-jurisprudencia-e-legislacoes-interna-e-internacional/>.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz Souto. **Curso de direito do trabalho**: teoria geral do direito do trabalho. São Paulo: LTr, 2011.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Em defesa da ampliação da competência da justiça do trabalho. **Revista LTr**, v. 70, p. 13-22, 2006. Disponível em: http://www.jorgesoutomaior.com/uploads/5/3/9/1/53916439/em_defesa_da_ampliaÇÃo_da_competência_da_justiça_do_trabalho.pdf.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 18 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2020.