



PROCESSO N° TST-RR-83900-29.2009.5.09.0020 - FASE ATUAL: E

A C Ó R D ã O
SBDI-1
GMHSP/MV/lr/ev

RECURSO DE EMBARGOS. VIGÊNCIA DA LEI N° 11.496/07. ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. FIXAÇÃO EM PERCENTUAL INFERIOR AO LEGAL. NORMA COLETIVA.

O Tribunal Superior do Trabalho, em composição plenária, sessão realizada no dia 24 de maio de 2011, cancelou o item II da Súmula 364/TST e conferiu nova redação ao item I. Ora, o cancelamento do aludido item II, que expressamente autorizava a fixação, em norma coletiva, de adicional de periculosidade em percentual inferior ao legal e proporcional ao tempo de exposição ao risco, coaduna-se com o entendimento desta Corte de que a matéria relativa ao adicional de periculosidade insere-se na classe dos direitos indisponíveis do trabalhador, aqueles referentes à segurança, à saúde e à higiene no trabalho, já que possibilitam a preservação da higidez física e mental do empregado no exercício diário das suas atividades. Tanto é assim, que o disciplinamento consolidado referente às atividades insalubres ou perigosas está nos artigos 189 a 197, Seção XIII, inserida no Capítulo V, que precisamente diz respeito à "SEGURANÇA E MEDICINA DO TRABALHO". Nesse contexto, - assim como já direciona a OJ-SBDI1-TST-342 em relação ao intervalo intrajornada - é inválida cláusula de norma coletiva que reduz para alguém do percentual fixado em lei o adicional de periculosidade.

Recurso de Embargos conhecido e não provido.

HORAS DE SOBREAVISO. USO DE CELULAR.
Esta Corte Superior tem entendimento



PROCESSO Nº TST-RR-83900-29.2009.5.09.0020 - FASE ATUAL: E

pacificado, consubstanciado na Súmula 428 que "O uso de aparelho de intercomunicação, a exemplo de BIP, "pager" ou aparelho celular, pelo empregado, por si só, não caracteriza o regime de sobreaviso, uma vez que o empregado não permanece em sua residência aguardando, a qualquer momento, convocação para o serviço.", hipótese distinta da relatada nos presentes autos em que ficou registrado no v. acórdão regional transcrito na v. decisão revisanda que houve restrição da liberdade de ir e vir do trabalhador, combinada com escalas de sobreaviso das quais ele participava. **Recurso de Embargos não conhecido.**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos em Recurso de Revista nº **TST-E-RR-83900-29.2009.5.09.0020**, em que é Embargante **BRASIL TELECOM S.A.** e são Embargados **ADRIANO PEDROSO DE MENDONÇA e TELENGE TELECOMUNICAÇÕES E ENGENHARIA LTDA.**

A e. Turma, entre outros temas, não conheceu do recurso de revista interposto pela reclamada, quanto aos temas referentes ao "adicional de periculosidade - fixação inferior ao legal - norma coletiva" e "sobreaviso - uso de celular".

Contra essa decisão, a reclamada interpõe recurso de embargos. No que alude ao adicional de periculosidade, denuncia contrariedade à Súmula 428 do TST e divergência jurisprudencial e, em relação às horas de sobreaviso, afirma que a e. Turma incorreu em violação dos arts. 7º, XXVI, e 8º, III, da Constituição Federal; 611, §1º, da CLT; contrariedade à Súmula 364, II, do TST e colaciona arestos que entende divergentes.

É o relatório.

V O T O



PROCESSO Nº TST-RR-83900-29.2009.5.09.0020 - FASE ATUAL: E

O recurso atende aos requisitos de admissibilidade referentes a tempestividade, representação processual e preparo.

1 - CONHECIMENTO

1.1 - ADICIONAL DE PERICULOSIDADE - FIXAÇÃO EM PERCENTUAL INFERIOR AO LEGAL - NORMA COLETIVA

Eis os termos da v. decisão revisanda:

“ADICIONAL DE PERICULOSIDADE – FIXAÇÃO DE PERCENTUAL INFERIOR AO LEGAL – NORMA COLETIVA

Conhecimento

Assim se pronunciou o Eg. TRT:

‘Não se conforma o recorrente com a r. sentença que conferiu validade a norma coletiva, a qual reduziu o percentual relativo ao adicional de periculosidade de 30% sobre o salário base para ínfimos 4,29% tendo sustentado que o trabalho do instalador não é desenvolvido exclusivamente em área de risco.

Invoca a invalidade dessas cláusulas, alegando que preveem percentual ínfimo. Pleiteia o reconhecimento do direito ao recebimento do percentual de 30%.

Razão lhe assiste.

O tema já se encontra consolidado nesta E. Segunda Turma. Entende-se que as normas convencionais que preveem o pagamento de adicional de periculosidade a menor do que o legal são nulas, pois o direito ao percentual mínimo de 30% decorre *de jus cogens* e, por isso, não pode ser objeto de pacto entre os sindicatos, mormente porque que interessa ao Estado tutelar a proteção da integridade física do trabalhador.

Não se trata de negar vigência do disposto no artigo 7º, XXVI, da CF/88, mas de interpretar esse artigo à luz dos demais princípios constitucionais que visam à garantia de condições de trabalho mais dignas e também à luz dos princípios próprios do Direito do Trabalho, principalmente o da norma mais benéfica, que, em última análise, representa também uma garantia legal de preservação dos direitos do trabalhador, sobretudo porque jungida diretamente à questão da saúde do obreiro.

Com efeito, o adicional de periculosidade é destinado a remunerar o empregado exposto a risco acentuado durante as



PROCESSO Nº TST-RR-83900-29.2009.5.09.0020 - FASE ATUAL: E

atividades laborais (artigo 193 celetista). Logo, constatado trabalho perigoso, conforme ocorre *in casu*, deve ser garantido o percentual mínimo de 30%, que, segundo entendimento unânime desta E. Segunda Turma, em casos como o dos autos instaladores de linhas telefônicas), deve ter como base de cálculo o total das verbas salariais percebidas pelo obreiro.

Tal entendimento tem arrimo na Lei 7369/85 (Art. 1º. O empregado que exerce atividade no setor de energia elétrica, em condições de periculosidade, tem direito a uma remuneração adicional de trinta por cento sobre o salário que receber), que, ao trazer no seu bojo a expressão salário que receber, faz alusão ao salário *lato sensu*, ou seja, composto do salário contratual acrescido das parcelas que a partir dele são calculadas, vale dizer, das verbas salariais.

Esta E. Turma igualmente vem firmado o posicionamento de que o perigo não se manifesta de forma fracionada, visto que quando o trabalhador adentra em área de perigo o risco é sempre integral, vale dizer, não diminui nem se torna menos intenso em razão do tempo de exposição ao perigo. Assim, embora o contato com o perigo possa se dar de forma não permanente, o adicional é devido sempre integralmente.

Em que pese a edição da Súmula 364, II, do E. TST, julgados da Suprema Corte Trabalhista vêm determinando o pagamento integral do adicional, seja constante ou eventual o perigo, nos casos de contatos com inflamáveis e/ou explosivos, conforme item I desse mesmo Enunciado (Faz jus ao adicional de periculosidade o empregado exposto permanentemente ou que, de forma intermitente, sujeita-se a condições de risco. Indevido, apenas, quando o contato dá-se de forma eventual, assim considerado o fortuito, ou o que, sendo habitual, dá-se por tempo extremamente reduzido).

Ressalto que o bem maior do trabalhador é sua vida, sendo dever constitucional do empregador colaborar com a preservação dela mediante o emprego de meios que neutralizem o risco ou que, ao menos, o diminua à condição, aceitável. Estando o empregado exposto a perigo, a preocupação do legislador e da própria sociedade é maior, o que gera o direito ao recebimento do adicional de periculosidade, nos termos do artigo 193 da CLT.

No caso em tela, a obrigatoriedade do pagamento do adicional tal como previsto em lei, com observância ao percentual mínimo, decorre da potencialidade da ocorrência de grave acidente nos momentos em que o autor permanecia em área de risco.

Com a devida vênia, ao prever o pagamento proporcional ao tempo de exposição, o Decreto 93.412/86 é ilegal, pois a Lei 7.369/85 não o limita ao tempo de exposição, inclusive matéria



PROCESSO N° TST-RR-83900-29.2009.5.09.0020 - FASE ATUAL: E

já pacificada pela Súmula 361 do TST ('O trabalho exercido em condições perigosas, embora de forma intermitente, dá direito ao empregado a receber o adicional de periculosidade de forma integral, tendo em vista que a Lei 7.369/85. não estabeleceu qualquer proporcionalidade em relação ao seu pagamento.').

Nesse cenário, reputo sem validade as normas coletivas previstas nos ACT juntados aos autos (tais como a cláusula 22 do ACT 2006/2007 - fl. 151), bem como inaplicável ao caso concreto a Súmula 364, II. do E. TST.

Por fim, cumpre elucidar que a discussão acerca da comprovação da periculosidade dos serviços prestados pelo autor é impertinente no caso em apreço, tendo em vista que a percepção pelo obreiro do respectivo adicional, ainda que em percentual indesejado, demonstra o reconhecimento dessa periculosidade pelas rés ao longo da relação empregatícia.

Diante disso, **dou provimento**, para condenar as rés ao pagamento das diferenças salariais decorrentes da redução do percentual de adicional de periculosidade de 30% para 4,29%, em RSR's, férias + 1/3, 13° salários, aviso prévio, horas extras e na incidência de FGTS + 40%." (fls. 610/613)

A Reclamada alega que o pagamento do adicional de periculosidade em percentual inferior (4,29%) foi definido em acordo Coletivo de Trabalho, devendo prevalecer sobre o percentual legal. Indica violação aos arts. 5º, II e 7º, XXVI, da Constituição e contrariedade à Súmula 364 do TST. Colaciona arestos à divergência.

Conforme se infere do acórdão transcrito, o Eg. Tribunal Regional registrou a existência de acordo coletivo prevendo o pagamento do aludido adicional em percentual inferior ao legal, afastando, contudo, a sua vigência e aplicando ao caso a Súmula nº 361 desta Corte.

Sobre a matéria, este Tribunal Superior recentemente alterou ser posicionamento, cancelando o item II da Súmula nº 364, que consagrava ser possível a fixação de adicional de periculosidade em percentual inferior ao legal e proporcional ao tempo de exposição ao risco, desde que pactuada em acordo ou convenção coletiva.

O Eg. TRT decidiu em conformidade com o entendimento atual desta Corte. Os arestos transcritos não viabilizam o conhecimento do apelo, porquanto estão superados por iterativa, notória e atual jurisprudência desta Eg. Corte, atraindo o óbice da Súmula nº 333 e do art. 896, § 4º, da CLT.

Ante o exposto, não conheço."



PROCESSO Nº TST-RR-83900-29.2009.5.09.0020 - FASE ATUAL: E

A reclamada sustenta que o pagamento de diferenças de adicional de periculosidade não obstante a existência de norma coletiva estabelecendo percentual inferior ao legal, viola os arts. 7º, XXVI, e 8º, III, da Constituição Federal; e 611, § 1º, da CLT, contraria a Súmula 364, II, do TST e diverge da jurisprudência colacionada.

Passo à análise.

Inviável o recurso de embargos por ofensa a dispositivo constitucional ou a legislação infraconstitucional, em face da entrada em vigor da Lei nº 11.496/07, que, conferindo nova redação ao art. 894 da CLT, restringiu a admissibilidade do apelo à demonstração de divergência jurisprudencial e contrariedade a Súmula do TST ou do STF.

Também não se cogita de contrariedade à Súmula 364, II, do TST, porquanto cancelada pelo e. Tribunal Pleno, em sessão realizada no dia 24 de maio de 2011.

Entretanto, a jurisprudência colacionada nas razões de embargos autorizam o conhecimento do recurso, no particular, ao adotarem tese de ser devido o adicional de periculosidade no percentual estipulado em norma coletiva, não obstante inferior ao legal.

Conheço.

1.2. HORAS DE SOBREVISO - USO DO CELULAR

A e. Turma não conheceu do recurso de revista interposto pela reclamada, no tocante ao tema em epígrafe, valendo-se da seguinte fundamentação:

“SOBREVISO – USO DO CELULAR

Conhecimento

Consignou o Eg. TRT:

‘Entendeu o *decisum* que o fato de o obreiro permanecer com o celular ligado não lhe dá o direito de receber as horas de sobreaviso. Inconformado, o recorrente alega que a prova testemunhal produzida nos autos confirma o trabalho em sistema de sobreaviso, conforme se depreende dos depoimentos



PROCESSO N° TST-RR-83900-29.2009.5.09.0020 - FASE ATUAL: E

testemunhais. Sublinha ainda a prova documental (docs. 23/52) na qual consta a escala de sobreaviso incluindo o nome do obreiro dentre os participantes da escala de sobreaviso.

Assiste-lhe razão.

De fato tanto a prova testemunhal como a documental demonstram que o obreiro estava jungido ao sistema de sobreaviso. Às fls. 417 disse a testemunha que o obreiro ficava de sobreaviso no celular um final de semana por mês. Por outro lado, as escalas de fls. 49 e seguintes demonstram que o obreiro participava da escala de sobreaviso mediante utilização de celular.

Em respeito à unidade de convicção do E. Colegiado, aplicamos o entendimento que vem sendo adotado, e para tanto, adotamos os argumentos judiciosos da Desembargadora Ana Carolina Zaina em casos análogos:

‘Urge homenagear a interpretação ideológica do preceito legal do artigo 244, 2º, da CLT, buscando-se o alcance social da norma, tal como a dada no voto de lavra do Exmo. Ministro Marco Aurélio de Mello (in REPERTÓRIO DE JURISPRUDÊNCIA TRABALHISTA - João de Lima Teixeira Filho - RJ 1983. v. II - p. 960), quando ainda ocupava o honroso cargo de Ministro da Excelsa Corte Trabalhista, quando do julgamento do Recurso de Revista 2.123/81.

Nessa ocasião, o Exmo. Ministro expôs que a interpretação literal da norma citada deve dar espaço à interpretação que busca a ratio legis, de modo que o sobreaviso não se restrinja ao cumprimento do regime na própria residência, bastando que haja meio eficiente de localização e convocação do empregado, nas situações em que o empregador solicita seus préstimos laborais, o que já caracteriza a limitação da locomoção do obreiro, o qual deve portar qualquer tipo de aparelho que permita a sua localização.

Comungo desse entendimento, também adotado pela d. maioria desta E. Segunda Turma, no sentido de que é devido o pagamento das horas de sobreaviso quando comprovada a limitação de locomoção do obreiro.

Assim, no caso concreto, considero que ao portar celular e sistema de caixa postal, podendo ser chamado para trabalhar a qualquer momento, o autor tinha a sua liberdade de ‘ir e vir’ comprometida, devendo permanecer de prontidão para eventual atendimento, circunstância que, a meu ver, configura regime de sobreaviso.

Desse modo, por aplicação analógica do disposto no art. 244, § 2º, da CLT, as horas de sobreaviso devem ser remuneradas à base de um terço da hora normal, excluídas as horas efetivamente trabalhadas pelo autor durante o apontado



PROCESSO Nº TST-RR-83900-29.2009.5.09.0020 - FASE ATUAL: E

período de sobreaviso (que já se encontram incluídas entre as horas extras), pois não se trata de remunerar o labor prestado, mas o tempo à disposição da empregadora.’

Ante o exposto, dou provimento, para condenar a ré ao pagamento de horas de sobreaviso, assim entendidas aquelas em que o autor ficou à disposição, sem prestar trabalho efetivo, conforme escalas juntadas aos autos, das 19h30min às 07h30min, com remuneração correspondente a 1/3 do valor da hora normal, calculada conforme divisor e base de cálculo definidos para as horas extras, com reflexos em RSR's e, com esses, em férias + 1/3, 13º salários, aviso prévio e incidência de FGTS + 40%.’ (fls. 608/610)

Em Recurso de Revista, a Reclamada alega que a ligação era feita ao celular, não havendo impedimento ou cerceamento de locomoção. Aponta contrariedade à Orientação Jurisprudencial nº 49 da SDI-1 (atualmente convertida na Súmula nº 428 do TST) e traz arestos.

O Tribunal Regional, com base no depoimento testemunhal e nos documentos juntados aos autos, assentou que o Reclamante participava da escala de sobreaviso mediante a utilização de celular, podendo ser chamado a qualquer momento para trabalhar, devendo permanecer de prontidão para eventual atendimento, com sua liberdade de ‘ir e vir’ comprometida. Nesse passo, verifica-se que a Corte de origem entendeu caracterizado o regime de sobreaviso, não apenas em razão do uso de celular, mas por considerar que o Reclamante efetivamente ficava à disposição da Empregadora quando era escalado para os plantões.

Não há se falar, pois, em ofensa à Súmula nº 428 desta Corte. Ademais, os arestos transcritos à divergência não impulsionam o conhecimento do Recurso de Revista por serem inespecíficos e não contemplarem a hipótese fática dos autos.

Não conheço.”

Nas razões de embargos, a reclamada afirma ser indevida a condenação a ela imposta, porque comprovado o uso de celular. Transcreve arestos ao embate de teses e denuncia contrariedade à Súmula 428 do TST.

Vejamos.



PROCESSO Nº TST-RR-83900-29.2009.5.09.0020 - FASE ATUAL: E

Os arestos dados a cotejo não autorizam o conhecimento do recurso por divergência, à luz da Súmula 296 do TST. É que partem do pressuposto de que a locomoção do trabalhador não ficou restrita pelo uso do telefone celular, hipótese não evidenciada nos presentes autos, em que ficou registrado na v. decisão recorrida: "O Tribunal Regional, com base no depoimento testemunhal e nos documentos juntados aos autos, assentou que o Reclamante participava da escala de sobreaviso mediante a utilização de celular, podendo ser chamado a qualquer momento para trabalhar, devendo permanecer de prontidão para eventual atendimento, com sua liberdade de 'ir e vir' comprometida".

Também não se cogita de contrariedade à Súmula 428 do TST, em face da peculiaridade fática dos presentes autos, qual seja, a restrição da liberdade de ir e vir do trabalhador, combinada com escalas de sobreaviso das quais ele participava, conforme registrado no v. acórdão regional transcrito na v. decisão revisanda.

Não conheço.

2 - MÉRITO

2.1 - ADICIONAL DE PERICULOSIDADE - FIXAÇÃO EM PERCENTUAL INFERIOR AO LEGAL - NORMA COLETIVA

Cinge-se a controvérsia à possibilidade ou não de redução do adicional de periculosidade por meio de norma coletiva.

O e. Tribunal Pleno, em sessão realizada no dia 24 de maio de 2011, cancelou o item II do referido Verbete sumular e conferiu nova redação ao item I.

Eis seus termos:

“ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. EXPOSIÇÃO EVENTUAL, PERMANENTE E INTERMITENTE (cancelado o item II e dada nova redação ao item I). Tem direito ao adicional de periculosidade o empregado exposto permanentemente ou que, de forma intermitente, sujeita-se a condições de risco. Indevido, apenas, quando o contato dá-se de



PROCESSO Nº TST-RR-83900-29.2009.5.09.0020 - FASE ATUAL: E

forma eventual, assim considerado o fortuito, ou o que, sendo habitual, dá-se por tempo extremamente reduzido”.

Ora, o cancelamento do aludido item II, que expressamente autorizava a adoção de adicional de periculosidade em percentual inferior ao legal e proporcional ao tempo de exposição ao risco por meio de norma coletiva, coaduna-se com o entendimento desta Corte de que a matéria relativa ao adicional de periculosidade insere-se no contexto dos direitos indisponíveis do trabalhador, aqueles referentes à segurança, à saúde e à higiene no trabalho, já que possibilitam a preservação da higidez física e mental do empregado no exercício diário das suas atividades.

Tanto é assim, que o disciplinamento consolidado referente às atividades insalubres ou perigosas está nos artigos 189 a 197, Seção XIII, inserida no Capítulo V, que precisamente diz respeito à “SEGURANÇA E MEDICINA DO TRABALHO”.

Com muita acuidade, as instâncias ordinárias vislumbraram a impossibilidade de redução da vantagem prevista em norma de ordem pública por negociação coletiva. Reitero a ponderada e judiciosa observação, *in verbis*:

“O i. julgador de origem entendeu que, assim como o intervalo intrajornada, o pagamento de adicional de periculosidade é destinado à proteção da saúde e segurança do trabalhador, não sendo admissível a redução de seu percentual por meio de norma coletiva (aplicação analógica da OJ 342 do TST).

Deve ser mantida a r. sentença.

(...)

a reclamada pagava ao autor o adicional de periculosidade em percentual de 5%, com base no acordo coletivo de fls. 239/242. Acontece que a norma instituidora do referido adicional (art. 193, § 1º, da CLT) é de ordem pública e visa minimizar os reflexos maléficos à saúde do trabalhador pelo labor em tal condição, por isso, não admite renúncia ou mesmo redução do seu valor, ainda que por negociação coletiva, sendo possível, como bem fez o magistrado a quo, a aplicação da já mencionada OJ 342 do C. TST por analogia.



PROCESSO N° TST-RR-83900-29.2009.5.09.0020 - FASE ATUAL: E

De outro giro, entendo que a norma coletiva não pode prevalecer sobre a legislação trabalhista quando for menos benéfica ao empregado que o previsto na própria lei, porquanto o caráter imperativo desta última restringe o campo de atuação da vontade das partes, como direciona a OJ 31 da SDC do C. TST.”

Ante o exposto, nego provimento ao recurso de embargos.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, conhecer do recurso de embargos apenas quanto ao tema “adicional de periculosidade - fixação inferior ao percentual legal - norma coletiva”, por divergência jurisprudencial, e, no mérito, negar-lhe provimento.

Brasília, 10 de Novembro de 2011.

Firmado por Assinatura Eletrônica (Lei n° 11.419/2006)

HORÁCIO RAYMUNDO DE SENNA PIRES

Ministro Relator