

ADICIONAL DE PERICULOSIDADE: INTEGRALIDADE DO RISCO*

ADORNO JÚNIOR, Hécio Luiz
Faculdade Santa Lúcia
heliacio.prof@santalucia.br

CÚRCIO, Jony Cezar de Lima
Faculdade Santa Lúcia
jony.curcio@renovias.com.br

RESUMO

A saúde do trabalhador é bem jurídico inalienável e é dever do Estado tutelá-la. A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 7º, enuncia a proteção aos trabalhadores contra a exposição a riscos. A Consolidação das Leis do Trabalho e as Normas Regulamentadoras do Ministério do Trabalho também tutelam a saúde do trabalhador no trabalho perigoso. São assim classificados os que sujeitam os trabalhadores a explosões, incêndios, choques elétricos e substâncias radioativas. Recentemente, foram incluídos neste rol os trabalhadores em serviços de segurança e de entregas com motocicletas. Para referidos trabalhadores, está previsto o adicional de periculosidade, como forma de compensar a exposição aos riscos, no percentual de 30% sobre o salário base. A Súmula 364 do Tribunal Superior do Trabalho, em seu item II, pela antiga redação, permitia a diminuição deste percentual por negociação coletiva, mas foi revogada, porque contrariava o princípio da proteção ao trabalhador. A proposta desta pesquisa é mostrar que não há, efetivamente, como se estabelecer proporcionalidade ao risco de vida para fins de apuração e pagamento do

*Este artigo é parte integrante de Trabalho de Conclusão de Curso defendido em novembro de 2011, pelo discente Jony Cezar de Lima Cúrcio, como pré-requisito para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Faculdade Santa Lúcia, e foi elaborado sob orientação de Prof. Dr. Hécio Luiz Adorno Júnior.

adicional de periculosidade, pois o infortúnio pode ocorrer a qualquer momento.

PALAVRAS-CHAVE: *Direito do Trabalho; Adicional de Periculosidade; Saúde; Segurança; Proporcionalidade.*

INTRODUÇÃO

A saúde do trabalhador é bem jurídico inalienável. Assim, é tutelada pelo Estado, que tem o dever de preservá-la nas relações de trabalho. Nesse campo do Direito do Trabalho, a concessão do adicional de periculosidade para os trabalhadores expostos a riscos é fundamental. É previsto em diversos diplomas legais, como a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 7º, inciso XXIII, a Consolidação das Leis do Trabalho, no artigo 193, a Norma Regulamentadora nº 16 do Ministério do Trabalho e Emprego, e em leis específicas, como a Lei nº 7.369/85, para o setor de energia elétrica, a Lei nº 12.470/2013, para os que atuam com segurança pessoal ou patrimonial, e a Lei nº 12.997/2014, para os trabalhadores que fazem entregas com motocicletas. O Tribunal Superior do Trabalho editou, entre outras, a Súmula 364, para dirimir questões jurídicas relativas ao adicional de periculosidade.

A presente pesquisa inicia-se pela evolução histórico-legislativa da Segurança e Medicina do Trabalho. Serão vistos os diplomas legais que as regulam, para se identificar a evolução do pensamento dos legisladores e a necessidade constante de se ampliar a tutela jurídica no particular. Após o estudo da evolução histórica, serão vistos o conceito do adicional de periculosidade, a partir das distinções entre exposições eventual, permanente e intermitente, as hipóteses de cabimento, o valor e a possibilidade de sua revisão.

Será estudada, ainda, a negociação coletiva, em confronto com a legislação de tutela da saúde do trabalhador e com sua classificação como direito irrenunciável. A Súmula 437, inciso II, do Tribunal Superior do Trabalho, em especial quanto ao entendimento pela invalidade da norma que negocia em prejuízo à saúde do trabalhador, prevaleceu sobre o antigo entendimento estampado no inciso II, da Súmula 364, da mesma Corte. A caracterização do direito ao adicional de periculosidade e a impossibilidade de redução de seu percentual por negociação coletiva receberão atenção específica neste estudo.

Pretende-se, com o presente artigo, sob a ótica da tutela da saúde do trabalhador, em especial quanto ao direito ao recebimento do adicional de periculosidade, mostrar que os diplomas legais que o consagram não

autorizam o pagamento proporcional. Este entendimento motivou a mudança de redação da Súmula 364 do Tribunal Superior do Trabalho, para a exclusão do inciso II, que permitia sua diminuição por negociação coletiva, consagrando linha de pensamento traçada pela Súmula 437, inciso II, do mesmo Tribunal.

2. EVOLUÇÃO JURÍDICA E LEGISLATIVA DA SEGURANÇA E MEDICINA DO TRABALHO NO BRASIL

Entre os direitos fundamentais do ser humano, está o de usufruir de qualidade de vida (artigo 6º da Constituição Federal de 1988). Abrange o trabalhador, especialmente quanto ao direito ao ambiente de trabalho seguro e livre de acidentes, o que é necessário para manter sua integridade física e mental (artigo 7º, inciso XXII, da Constituição Federal de 1988). No entanto, prioriza-se a produção em detrimento da saúde do trabalhador, o que vem sendo observado na sociedade moderna.

É possível conciliar a economia com a saúde do trabalhador, pois devem andar paralelamente para o bem social. Os problemas relacionados à saúde do trabalhador intensificaram-se com a Revolução Industrial. A exposição do trabalhador a ambientes perigosos, os riscos de acidentes e as doenças do trabalho cresceram com a potencialização dos meios de produção e com as deploráveis condições a que os trabalhadores permaneciam expostos (ADORNO JÚNIOR; NASCIMENTO, 2009).

A Organização Internacional do Trabalho (OIT), criada em 1919, com o Tratado de Versalhes, editou seis convenções destinadas à proteção da saúde e da integridade física dos trabalhadores. Tratam da limitação da jornada de trabalho, da proteção à maternidade e da proibição do trabalho noturno para mulheres e menores, bem como da fixação da idade mínima para a admissão de crianças nos empregos. Muitas ações governamentais foram adotadas com a intenção de proteger a saúde e a integridade física dos trabalhadores, buscando-se evitar condições perigosas no trabalho. Como exemplo dessas ações, foi pioneiro o decreto legislativo nº 3.724, de 15 de janeiro de 1919, que implantou os serviços de medicina ocupacional e de fiscalização das condições de trabalho nas fábricas. O tema da higiene e da segurança no trabalho começou, assim, a ganhar forma. Outros diplomas legais foram editados com o avanço dos direitos humanos e a criação da Organização Mundial da Saúde (MARTINS, 2011).

No Brasil, tratou-se da matéria da segurança do trabalhador desde a Constituição Federal de 1934. Tanto ela quanto a Constituição Federal de

1937 já previam assistência médica e sanitária aos trabalhadores, respectivamente nos artigos 121, § 1º, h, e 137, I¹. Somente a partir da promulgação da Constituição Federal de 1946, o legislador constituinte utilizou as expressões higiene e segurança no trabalho. A razão da lei era a mesma: a proteção à saúde do trabalhador. A prevenção de acidentes do trabalho sempre foi preocupação da sociedade, para se evitar o exército de mutilados que, por vezes, perambulam pelas ruas, sem emprego e sem destino, recebendo míngua pensão da Previdência Social. Com o advento da Constituição Federal de 1946, a segurança e a higiene do trabalho passaram a ser expressamente resguardadas, o que se observa pelo artigo 157 inciso VIII². A proteção à saúde do trabalhador tem sido ampliada gradativamente, tendo sido ampliada com a Constituição Federal de 1988.

As leis de proteção ao trabalhador foram agrupadas na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), pelo Decreto nº 5.452, de 01 de maio de 1943, na Era Vargas. Em seu capítulo V, trata da segurança e da medicina do trabalho, cuja redação foi dada pela Lei nº 6.514, de 22.12.1977. Seus artigos 154 a 201 tratam de diferentes temas nesta área, entre os quais o adicional de periculosidade. Os artigos 193 e 194 da CLT dispõem sobre a exposição de trabalhadores a trabalhos perigosos³. Em complemento, foi editada, pelo Ministério do Trabalho e Emprego, a Portaria nº 3.214, de 08 de junho de 1978, que contém normas regulamentadoras das atividades

¹ Artigo 121 da Constituição Federal de 1934 - A lei promoverá o amparo da produção e estabelecerá as condições do trabalho, na cidade e nos campos, tendo em vista a proteção social do trabalhador e os interesses econômicos do País. § 1º - A legislação do trabalho observará os seguintes preceitos, além de outros que colimem melhorar as condições do trabalhador: (...) h) assistência médica e sanitária ao trabalhador e à gestante, assegurando a este descanso antes e depois do parto, sem prejuízo do salário e do emprego, e instituição de previdência, mediante contribuição igual da União, do empregador e do empregado, a favor da velhice, da invalidez, da maternidade e nos casos de acidentes de trabalho ou de morte;

Artigo 137 da Constituição Federal de 1937 - A legislação do trabalho observará, além de outros, os seguintes preceitos: (...) i) dia de trabalho de oito horas, que poderá ser reduzido, e somente suscetível de aumento nos casos previstos em lei;

² Artigo 157 da Constituição Federal de 1946 - A legislação do trabalho e a da previdência social obedecerão nos seguintes preceitos, além de outros que visem a melhoria da condição dos trabalhadores: (...) VIII - higiene e segurança do trabalho;

³ Artigo 193 da CLT - São consideradas atividades ou operações perigosas, na forma da regulamentação aprovada pelo Ministério do Trabalho, aquelas que, por sua natureza ou métodos de trabalho, impliquem o contato permanente com inflamáveis ou explosivos em condições de risco acentuado. § 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. Artigo 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.

laborais, como a de número 16, que trata das Atividades e Operações Perigosas.

A Constituição Federal de 1988 elevou a dignidade da pessoa humana à categoria de fundamento da República, como está expresso em seu artigo 1º, inciso III. É princípio maior do ordenamento jurídico brasileiro, verdadeiro epicentro axiológico. Neste sentido, Reale (1999, p. 140) ensina que “o valor da pessoa humana é mesmo um *valor fonte* o fundamento último da ordem jurídica, na medida que o ser humano é o fundamental, algo que vale por si mesmo, identificando-se seu ser com *sua valia*” (destaques do original). Silva (2007) anota que a dignidade da pessoa humana é um valor supremo, que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida. A saúde e a segurança do trabalhador não são temas meramente trabalhistas, pois alcançam patamares equivalentes aos mais altos e sublimes direitos do ser humano. Têm valores social e humanístico elevados, pois são voltados para o bem estar da sociedade como um todo.

A Constituição Federal de 1988 definiu o que se chama de mínimo existencial social. De forma mais sistemática que os textos constitucionais que a precederam, relacionou as necessidades vitais básicas dos trabalhadores urbanos e rurais e de sua família, no inciso IV, do artigo 7º. Assim, a saúde e a proteção à vida do trabalhador devem ser tidas como fim precípua da sociedade. São essenciais à dignidade da pessoa humana, não podendo ser desprezadas em relação ao trabalhador. Neste sentido, a Constituição Federal de 1988 positivou a saúde do trabalhador como direito fundamental entre os direitos sociais. De forma mais profunda e avançada que nas Constituições anteriores, em seu artigo 7º, nos incisos XXII e XXVIII, tratou especificamente da segurança e da higiene do trabalho.

Para que efetivamente sejam preservadas a saúde e a vida do trabalhador, é necessário que o ambiente de trabalho fique livre de riscos e totalmente salubre. Fiorillo (2008, p. 50) o define como:

[...] o local onde as pessoas desempenham suas atividades laborais, seja remuneradas ou não, cujo equilíbrio está baseado na salubridade do meio e na ausência de agentes que comprometam a incolumidade físico-psíquica dos trabalhadores, independentemente da posição que ostentem (homens ou mulheres, maiores ou menores de idade, celetistas, servidores públicos, autônomos etc.). [...]

Essa preocupação também está expressa na Constituição Federal de 1988, uma vez que prevê a responsabilidade de se elaborar normas

específicas para que o trabalhador tenha um ambiente livre de condições insalubres e perigosas. Diferentemente da insalubridade, que pode ser neutralizada pela aplicação de dispositivos de segurança e higiene, como o equipamento de proteção individual, o agente perigoso é mais difícil de ser neutralizado. Para combater essa situação desfavorável, foi instituído, além das medidas protetivas, o direito ao adicional de periculosidade, como acréscimo à remuneração do trabalhador (FIORILLO, 2008).

3. O TRABALHO EM CONDIÇÕES PERIGOSAS

3.1 Conceito de periculosidade

O termo periculosidade é usado em duas acepções: a primeira, de trabalho desenvolvido pelo trabalhador em ambiente perigoso, tanto à sua saúde como à sua vida; a segunda, como consequência da primeira, para o recebimento de um adicional ao salário (SALIBA; CORRÊA, 2010). O tema é muito discutido no meio trabalhista, para se delimitar as situações de exposição do trabalhador a ambientes que o prejudiquem e que possam levar à sua morte, se os devidos cuidados não forem tomados. A caracterização da periculosidade deve ser feita por perícia realizada por engenheiro de segurança do trabalho ou por médico do trabalho, devidamente registrados no Ministério do Trabalho e Emprego. Como compensação pela exposição aos riscos do trabalho perigoso, o empregador deve pagar o adicional de periculosidade ao trabalhador, acrescendo-o à sua remuneração.

O conceito de adicional de periculosidade é ditado pela CLT, em seu artigo 193, *caput*, ao dispor que é aquele “que, por sua natureza ou métodos de trabalho, impliquem o contato permanente com inflamáveis ou explosivos em condições de risco acentuado”. O próprio legislador conceitua o adicional de periculosidade e, de forma clara e precisa, seleciona as atividades e operações que serão consideradas perigosas, tanto por sua natureza como por seu método de trabalho. As hipóteses de cabimento de referido adicional também são descritas na lei, bem como o grau de risco necessário para a caracterização do labor perigoso. A doutrina conceitua o adicional de periculosidade a partir da letra de referido dispositivo de lei (MARTINS, 2011).

Pelo conceito legal de periculosidade, percebe-se que a condição de exposição ao perigo é fundamental para que o trabalho ou a operação sejam considerados perigosos. O artigo 193 da CLT dita que devem ser reconhecidos quando existir contato permanente. Segundo Martins (2011, p. 671), “o contato permanente de que fala o artigo 193 da CLT tem de ser

entendido como diário, mesmo que seja feito por poucas horas durante o dia”.

A jurisprudência trabalhista atribui maior abrangência ao dispositivo legal, pois a Súmula 364 do Tribunal Superior do Trabalho consagra o entendimento de que, mesmo que não haja exposição contínua à atividade perigosa, mas apenas intermitente, caracteriza-se o trabalho perigoso⁴. Apenas a exposição meramente eventual, que é a fortuita, não caracteriza o trabalho perigoso. O trabalho realizado diariamente nessa condição, ainda que de modo eventual e de pouca duração, é assim caracterizado, podendo causar sérios prejuízos à saúde e à vida do trabalhador, com risco de morte.

A classificação do trabalho como perigoso depende da lei. Muitos outros trabalhos também poderiam ser assim considerados, mas não serão se não estiverem enquadrados por lei. Apenas os trabalhos que estão expressamente previstos pela legislação como perigosos poderão ser entendidos desta forma, gerando o direito ao adicional de periculosidade.

3.2 Hipóteses de cabimento

A proteção do trabalhador contra o trabalho perigoso encontra guarida na Constituição Federal de 1988 (artigo 7º, incisos XXII e XXIII) e na CLT. Esta última, em seu artigo 193, relaciona apenas dois trabalhos ou operações perigosas: com líquidos inflamáveis e com explosivos. Pela aplicação do princípio da legalidade (artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal de 1988), não é possível incluir outras situações como perigosas sem expressa previsão legal. A CLT, no artigo 200, inciso VI, e parágrafo único, regulamenta a matéria⁵. Para Martins (2011, p. 672):

⁴ Súmula 364 Tribunal Superior do Trabalho - Adicional de periculosidade. Exposição eventual, permanente e intermitente (conversão das Orientações Jurisprudenciais nºs 5, 258 e 280 da SDI-1) - Res. 129/2005 - DJ 20.04.05). I - 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. (ex-OJs nº 05 - Inserida em 14.03.1994 e nº 280 - DJ 11.08.2003).

⁵ Artigo 200 da CLT - Cabe ao Ministério do Trabalho estabelecer disposições complementares às normas de que trata este Capítulo, tendo em vista as peculiaridades de cada atividade ou setor de trabalho, especialmente sobre: (...) VI - proteção do trabalhador exposto a substâncias químicas nocivas, radiações ionizantes e não-ionizantes, ruídos, vibrações e trepidações ou pressões anormais ao ambiente de trabalho, com especificação das medidas cabíveis para eliminação ou atenuação desses efeitos, limites máximos quanto ao tempo de exposição, à intensidade da ação ou de seus efeitos sobre o organismo do trabalhador, exames médicos obrigatórios, limites de idade, controle permanente dos locais de trabalho e das demais exigências que se façam necessárias; (...) Parágrafo único - Tratando-se de radiações ionizantes e explosivos, as normas a que se refere este artigo serão expedidas de acordo com as resoluções a respeito adotadas pelo órgão técnico.

[...] Apenas em três casos é devido o adicional de periculosidade. Por contato com: (a) inflamáveis (artigo 193 da CLT); (b) explosivos (artigo 193 da CLT); (c) energia elétrica (Lei nº 7.369/85 c/c o Dec. nº 93.412/86). A Lei não prevê o pagamento de adicional de periculosidade em relação a contatos com substâncias ionizantes ou radioativas. [...]

O trabalho com líquidos inflamáveis caracteriza periculosidade, segundo o artigo 193 da CLT. Uma vez sanado o problema de interpretação da expressão contato permanente, surge outra questão: a da quantidade necessária para que o produto seja realmente perigoso à vida do trabalhador. Para dirimi-la, o Ministério do Trabalho e Emprego editou a Norma Regulamentadora nº 16, com o título Atividades e Operações Perigosas, para especificar padrões de relação entre o agente, sua quantidade e o risco que oferece, como permite o artigo 200 da CLT. Foi editada pela Portaria nº 3.214/78 e pela Lei nº 6.514/77 que, em seu item 16.1, anexo 2, estabelece as atividades que serão consideradas perigosas.

Em se tratando de líquidos inflamáveis, não se pode determinar a periculosidade de forma simples. Devem ser verificados fatores como tempo de exposição, quantidade e distância dos produtos inflamáveis, bem como o efetivo exercício das atividades relacionadas na norma regulamentadora, o que é feito por engenheiro de segurança ou por médico do trabalho, como dispõe a lei. O mesmo procedimento vale para a caracterização da periculosidade por explosivos. A Norma Regulamentadora 16, em seus itens 16.1 e 16.5, relaciona os explosivos entre as atividades e operações que devem ser consideradas perigosas, remetendo o intérprete ao anexo 1.

A periculosidade pela exposição à energia elétrica não está prevista na CLT, mas sim em lei específica, que é a de número 7.369/85, especialmente em seu artigo 1º. Segundo Garcia (2008, p. 950):

[...] A Lei 7.369 de 20 de Setembro de 1985 (regulamentada pelo decreto 93.412/1986), estabeleceu o direito ao adicional de periculosidade de 30% sobre o salário, ao empregado que exerce atividade no setor de energia elétrica. Sobre esse tema de acordo com a sumula 361 do Tribunal Superior do Trabalho: Adicional de periculosidade. Eletricitário. Exposição intermitente. O trabalho exercido em condições perigosas, embora de forma intermitente, dá direito ao empregado a receber o adicional de periculosidade de forma integral, porque a Lei 7.369 de 20.09.1985 não estabeleceu nenhuma proporcionalidade em relação ao seu pagamento. [...]

Quanto à exposição às substâncias radioativas e ionizantes, Garcia (2008, p. 951-952) discorda da exclusão feita por Martins (2011):

[...] Não se verifica previsão expressa na lei, fixando a exposição a radiação ionizante ou a exposição à substância radioativa, como hipóteses de periculosidade propriamente. Cabe consignar que a portaria GM/MTE 496 de 11.12.2002 (DOU 12.02.2002) em seu artigo 1º, revogou a portaria 3.393/1987, a qual tratava do direito ao referido adicional de periculosidade com relação ao labor em atividades e operações perigosas com radiações ionizantes ou substâncias radioativas. No entanto, posteriormente, foi publicada no Diário Oficial da União de 07.04.2003 a portaria 518 de 04 de Abril de 2003. Esta norma revogou, em seu artigo 4º, a anterior portaria 496 de 2002, voltando a estabelecer em seu artigo 2º que o trabalho em atividades e operações com radiações ionizantes ou substâncias radioativas, assegura ao empregado o adicional de periculosidade, conforme quadro constante em seu anexo mencionado no artigo 1º. [...]

O adicional de periculosidade para os casos de exposição a substâncias radioativas e ionizantes foi instituído por portaria e não por lei, o que gera polêmicas quanto à sua validade. Para Martins (2011, p. 638), “não há dúvida de que as substâncias radioativas e ionizantes fazem mal à saúde do trabalhador. O objetivo da portaria 518 é resguardar a saúde do empregado, mas não tem previsão em lei”. O entendimento jurisprudencial majoritário, ditado pela Orientação Jurisprudencial nº 345 da Seção Especializada em Dissídios Individuais-I do Tribunal Superior do Trabalho, é no sentido de ser devido o adicional de periculosidade para os trabalhadores que atuam nessas circunstâncias⁶.

Mais recentemente, com a edição das Leis nºs. 12.470/2012 e 12.997/2014, foram incluídas, no artigo 193 da CLT, outras duas hipóteses de cabimento do adicional de periculosidade: a dos trabalhadores em segurança pessoal ou patrimonial e a dos motociclistas.

Por fim, como situação de trabalho análoga a dos eletricitários quanto

⁶ Orientação Jurisprudencial nº 345 da Seção Especializada em Dissídios Individuais-I do Tribunal Superior do Trabalho - A exposição do empregado à radiação ionizante ou à substância radioativa enseja a percepção do adicional de periculosidade, pois a regulamentação ministerial (Portarias do Ministério do Trabalho nºs 3.393, de 17.12.1987, e 518, de 07.04.2003), ao reputar perigosa a atividade, reveste-se de plena eficácia, porquanto expedida por força de delegação legislativa contida no art. 200, caput, e inciso VI, da CLT. No período de 12.12.2002 a 06.04.2003, enquanto vigou a Portaria nº 496 do Ministério do Trabalho, o empregado faz jus ao adicional de insalubridade.

ao direito ao recebimento adicional de periculosidade, pode ser mencionada a dos cabistas de telefonia fixa. O trabalho é realizado nas mesmas condições de perigo em que atuam os eletricitários. Dá ensejo ao recebimento de referido adicional, conforme Orientação Jurisprudencial nº 347 da Subseção Especializada de Dissídios Individuais - I do Tribunal Superior do Trabalho⁷.

3.3 Valor do adicional de periculosidade

A periculosidade gera risco iminente à vida do trabalhador, que não é passível de total elisão por medidas preventivas. É diferente da insalubridade, situação em que o empregador, fornecendo o equipamento de proteção individual e controlando os limites de tolerância, poderá elidir seus efeitos e evitar o pagamento do respectivo adicional.

O adicional de periculosidade está previsto na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 7º, inciso XXIII, que dispõe que é devido o “adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei”. A CLT trata do adicional em estudo em seu artigo 193, parágrafo 1º, assegurando o percentual de 30% sobre o salário contratual como base de cálculo.

Para os eletricitários, a Lei nº 7.369/1985, em seu artigo 1º, prevê que o percentual de 30% deve incidir sobre a totalidade da remuneração, diferentemente dos que trabalham com inflamáveis e explosivos, para os quais a apuração é feita somente sobre o salário base. Como ensina Garcia (2008, p. 17), “para o cálculo do adicional de periculosidade, pertinente aos empregados em atividade no setor de energia elétrica, deve-se levar em conta este conceito mais amplo de salário e não o salário básico propriamente”. Por outro lado, a Súmula 364 do Tribunal Superior do Trabalho, em seu inciso II, previa a possibilidade de negociação de percentual menor por norma coletiva, mas sua redação já foi alterada, para se retirar a antiga permissão de negociação coletiva *in pejus*.

O pagamento do adicional de periculosidade não gera direito adquirido. Se deixar de existir o risco à integridade física do trabalhador, o direito ao adicional também cessará, como prescreve o artigo 194 da CLT. Tanto a

⁷ Orientação Jurisprudencial nº 345 da Seção Especializada em Dissídios Individuais-I do Tribunal Superior do Trabalho - É devido o adicional de periculosidade aos empregados cabistas, instaladores e reparadores de linhas e aparelhos de empresas de telefonia, desde que, no exercício de suas funções, fiquem expostos a condições de risco equivalente ao do trabalho exercido em contato com sistema elétrico de potência.

presença da periculosidade quanto a eliminação do risco devem ser averiguadas por profissional devidamente habilitado e inscrito no Ministério do Trabalho (médico do trabalho ou engenheiro do trabalho), conforme artigo 195, § 2º, da CLT. Uma vez arguida a discussão em juízo, o Juiz designará perícia, que será feita por profissional legalmente habilitado, ou, na sua falta, pelo Ministério do Trabalho. Convencendo-se da existência do risco ao trabalhador, determinará o pagamento do adicional de periculosidade por sentença.

O empregador tem a possibilidade de suspender o pagamento com a eliminação da periculosidade, o que ocorre com a transferência do trabalhador da área de risco, para o que deverá valer-se de ação revisional, com fundamento no artigo 471 do Código de Processo Civil (CPC), se a obrigação de pagamento decorrer de sentença judicial. O dispositivo legal tem caráter mandamental e, ao mesmo tempo, inibitório. Portanto, que para o empregador possa deixar de cumprir a ordem judicial, deverá obter nova sentença que o desobrigue do pagamento do adicional.

Por se tratar de medida de caráter inibitório, é temporária. Assim, se o trabalhador voltar a ser exposto ao perigo, fará jus novamente ao adicional de periculosidade. Discute-se se a ação ofende a coisa julgada, mas conforme artigo 471 do CPC, por se tratar de relação jurídica continuativa, a parte poderá pedir a revisão da sentença, caso ocorra a mudança da situação de fato. A revisão é possível porque a sentença que condena o empregador ao pagamento do adicional de periculosidade tem, implícita, a cláusula *rebus sic stantibus*. Modificadas as situações de fato ou jurídicas com base nas quais se formou a coisa julgada material, será possível a propositura de nova ação, já que embasada em nova causa de pedir.

4. NEGOCIAÇÃO COLETIVA E TUTELA DO TRABALHADOR

A Súmula nº 364 do Tribunal Superior do Trabalho, em sua redação original, previa, em seu inciso II, a possibilidade de se fixar o adicional de periculosidade em percentual inferior ao legal e de modo proporcional ao tempo de exposição ao risco, por acordo ou por convenção coletiva. Para Martins (2011), o entendimento jurisprudencial em referência consagrava o reconhecimento constitucional das normas coletivas, conforme inciso XXVI, do artigo 7º, da Constituição Federal de 1988. Sustenta que a negociação entre empregadores e sindicatos deve propiciar o diálogo contínuo. O sindicato tem a responsabilidade de buscar melhores condições de trabalho para os empregados que representa, preservando seus interesses, inclusive contra

o trabalho perigoso. Deve negociar de boa fé, de modo a respeitar preceitos constitucionais para zelar pela saúde e, em caso de trabalho perigoso, pela vida do trabalhador.

A caracterização, por intermédio de perícia, de trabalho em condição de risco, dá ensejo ao recebimento do adicional de periculosidade de forma integral. Não se pode reduzir o percentual a patamar inferior ao previsto em lei. O empregador e o sindicato não têm o poder de negociar validamente cláusula normativa em desvantagem aos trabalhadores e contra a lei. A CLT prevê, no artigo 193, o adicional de 30% para os trabalhadores que se ativam em locais perigosos, sendo complementada pela Norma Regulamentadora nº 16 do Ministério do Trabalho e Emprego. A legislação estabelece parâmetros suficientes para se saber os tipos de trabalhos que são considerados perigosos. A periculosidade está relacionada a risco à vida do trabalhador. A qualquer momento, independentemente do tempo de exposição, o risco pode ceifar sua vida.

Quando se trata de riscos iminentes à vida do trabalhador, o tempo de exposição não deve ser considerado fator determinante para a redução do respectivo adicional. A legislação de tutela à saúde do trabalhador não pode ser afastada por negociação coletiva. A abertura para a negociação coletiva mais efetiva deve ser estimulada, mas não como forma de subtrair direitos expressamente tutelados por lei para a proteção da saúde do trabalhador, caso da apuração do adicional de periculosidade com o percentual de 30% (DELGADO, 2013).

O Tribunal Superior do Trabalho entendeu por bem revisar sua Súmula 364, para excluir o inciso II de seu texto, devolvendo a matéria à lei, que já a disciplinava. O inciso excluído feria o princípio da prevalência da norma mais benéfica ao trabalhador. Também embasaram a mudança de entendimento jurisprudencial os princípios da proteção e da irrenunciabilidade de direitos. O princípio da proteção é o mais importante na relação de trabalho e abarca os demais. Como ensina Martins (2011, p. 69):

[...] Pode-se dizer que o princípio da proteção pode ser desmembrado em três: (a) o *in dubio pro operario*, (b) o da aplicação da norma mais favorável ao trabalhador; (c) o da aplicação da condição mais benéfica ao trabalhador. (...) A regra da norma mais favorável está implícita no *caput* do artigo 7º da Constituição, quando prescreve além de outros que visem à melhoria da sua condição social (...). É a aplicação da regra do Direito adquirido (art. 5º XXXVI, da CF), do fato de o trabalhador já ter conquistado certo direito, que não pode ser modificado, no sentido de se outorgar uma condição desfavorável ao obreiro. [...]

O artigo 193, § 1º, da CLT assegura ao trabalhador o direito ao recebimento de adicional de periculosidade no valor de 30% de seu salário. Por ser mais benéfico ao trabalhador, não poderá ser afastado por negociação coletiva ou renunciado. É indispensável à saúde e à integridade física do trabalhador, como forma de compensação do risco iminente à sua vida. Tanto o Estado como aquele que representa a categoria a que pertence o trabalhador, que é o sindicato, devem zelar pela saúde no ambiente de trabalho. Ainda que o trabalhador queira renunciar ao direito, não conseguirá, pois se trata de regra cogente.

Os direitos trabalhistas, em especial os que tutelam a saúde do trabalhador, são irrenunciáveis. Exemplo de irrenunciabilidade é o direito ao gozo de férias, pois o descanso é devido pelo ano de labor, com o intuito de preservar a saúde, um dos bens jurídicos de maior importância para o trabalhador. Nesse sentido, Martins (2011, p. 70) invoca a legislação trabalhista da Venezuela:

[...] Dispõe o artigo 3º da lei trabalhista da Venezuela que ‘em nenhum caso serão renunciáveis as normas e disposições que favoreçam os trabalhadores’. O parágrafo único prevê que ‘a irrenunciabilidade não excluía possibilidade de conciliação ou transação sempre que se realize por escrito e contenha uma relação circunstanciada dos fatos que a motivem e os direitos nela compreendidos’. [...]

Pelo artigo 9º da CLT, “serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação”. A irrenunciabilidade é certa no direito brasileiro, ainda mais no tocante aos direitos trabalhistas. Contudo, existe a possibilidade do trabalhador renunciar os seus direitos em Juízo, transacionando-os. Se estiver na empresa, ficará implícita a fraude, pois poderá ser coagido ou influenciado a fazê-lo. Para Martins (2011, p. 70):

[...] Poderá, entretanto, o trabalhador renunciar a seus direitos se estiver em juízo, diante do juiz do trabalho, pois neste caso não se pode dizer que o empregado esteja sendo forçado a fazê-lo. Estando o trabalhador ainda na empresa é que não se poderá falar em renúncia a direitos trabalhistas, pois poderia dar ensejo a fraudes. É possível também, ao trabalhador, transigir, fazendo concessões recíprocas, o que importa um ato bilateral. [...]

Para a validade da transação, é necessário que exista dúvida na

relação jurídica (*res dubia*). Segundo Martins (2011), inexistente transação quando se trata de verbas rescisórias, vez que são irrenunciáveis pelo trabalhador. A Súmula 276 do Tribunal Superior do Trabalho deixa claro que é irrenunciável o aviso prévio, entendimento que foi seguido pela ementa de jurisprudência abaixo transcrita:

[...] Emprego. Interpretação restritiva. Irrenunciabilidade. As normas devem ser interpretadas de acordo com os fins sociais a que se dirige (art. 5º da LICC). No ramo trabalhista vigem os princípios da irrenunciabilidade e o da proteção que englobam a aplicação da norma mais favorável ao obreiro. Não se pode utilizar o intérprete de meios restritivos ao direito do obreiro como quer a reclamada (TRT 15º Processo Nº 00990-2007-086-15-00-5 RO). [...]

A Orientação Jurisprudencial nº 342 da Seção Especializada em Dissídios Individuais I do Tribunal Superior do Trabalho, em seu inciso I, já sinalizava que as normas coletivas deveriam ser interpretadas segundo os limites das regras de proteção à saúde dos trabalhadores.⁸ Foi convertida no inciso I da Súmula 437 do mesmo Tribunal. Se a norma coletiva não assegurar a preservação da saúde do trabalhador, suprimindo direito amparado por norma constitucional, será inválida (ADORNO JÚNIOR; NASCIMENTO, 2009). Para Martins (2011, p. 559), “a norma coletiva não poderia suprimir ou reduzir intervalo, pois trata-se de norma de ordem pública e de higiene do trabalho a concessão do intervalo contido no art. 71 da CLT”.

À norma coletiva são vedadas a supressão e a redução de intervalos para descanso, pois o artigo 71 da CLT é preceito legal de ordem pública, de tutela da saúde do trabalhador. Inexiste violação ao inciso XXVI, do artigo 7º, da Constituição Federal de 1988, quanto ao reconhecimento das convenções e dos acordos coletivos, pois deve ser interpretado em respeito às normas de ordem pública. Assim, se a norma coletiva contiver cláusula que ofenda normas de higiene e segurança do trabalho, que são de ordem pública, perderá sua validade. Ainda segundo Martins (2011, p. 559), “a previsão da lei é mais favorável do que a da norma coletiva, que não pode

⁸ Orientação Jurisprudencial nº 342 da Seção Especializada em Dissídios Individuais I do Tribunal Superior do Trabalho - Intervalo intrajornada para repouso e alimentação. Não concessão ou redução. Previsão de norma coletiva. Validade. É inválida cláusula de acordo ou convenção coletiva de trabalho compreendendo a supressão ou redução do intervalo intrajornada, porque este constitui medida de higiene, saúde e segurança do trabalho garantido por norma de ordem pública (artigo 71 da CLT, e art. 7º XXII, da CF 88) infenso à negociação coletiva.

modificar a primeira. O mínimo previsto na lei não pode ser modificado para pior pela norma coletiva”.

A Súmula 364 do Tribunal Superior do Trabalho, em seu inciso II, vinha em sentido contrário a essa orientação jurisprudencial da mesma Corte, vez que autorizava a diminuição do percentual de periculosidade por negociação coletiva. Na medida em que precarizava a proteção da lei, foi acertadamente revista pelos Ministros daquela Corte.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o crescimento da industrialização, foi necessário o surgimento de normas mais abrangentes para a tutela da saúde dos trabalhadores pelo Estado. A higiene e a segurança do trabalho passaram a ter lugar de destaque nos ordenamentos jurídicos. No Brasil, a edição da CLT, regulamentada pela Portaria nº 3.214, de 1978, do Ministério do Trabalho e Emprego, em matéria de adicional de periculosidade, foi significativa neste sentido. Com o advento da Constituição Federal de 1988, a tutela da dignidade da pessoa do trabalhador garantiu a proteção à sua saúde. Solidificaram-se os conceitos de saúde e de higiene no ambiente de trabalho, exigindo-se maiores responsabilidades dos empregadores.

O trabalho em condições perigosas deve ser compensado com o pagamento de adicional, inclusive como para desestimular sua ocorrência, pois a exposição do trabalhador ao risco de morte deve ser evitada. A compensação financeira é feita por meio do pagamento do adicional de periculosidade, no valor de 30% do salário base do trabalhador. Para sua apuração, é necessária a realização de perícia no local do trabalho, a cargo de profissionais legalmente habilitados (médicos ou engenheiros do trabalho).

A exposição à periculosidade pode ocorrer de forma permanente, habitual, intermitente ou eventual e somente nesta última hipótese não haverá o direito ao adicional. Discute-se se esse direito pode ser flexibilizado por negociação coletiva, mas é certo que o sindicato, como representante da categoria profissional, deve negociar a favor dos trabalhadores que a integram. Os princípios da proteção, da prevalência da norma mais favorável e da irrenunciabilidade de direitos, quanto mais quando se trata de norma constitucional de proteção à higiene e à saúde dos trabalhadores, não permitem a flexibilização.

A Súmula 364 do Tribunal Superior do Trabalho busca disciplinar o pagamento do adicional de periculosidade. Contudo, em seu inciso II, na redação original, permitia a redução de seu percentual mediante negociação

coletiva. Não levava em consideração a iminência do risco, no que foi revista. Recebeu, acertadamente, nova redação, com a supressão de seus incisos, quando se eliminou a possibilidade de redução do percentual de 30% previsto em lei por negociação coletiva, para se priorizar a rigidez das normas de tutela da saúde do trabalhador.

REFERÊNCIAS

ADORNO JÚNIOR, H. L.; NASCIMENTO C. M. A.. O direito tutelar do trabalho e a saúde mental do trabalhador. **Caderno de Estudos e Pesquisas Universitas**. Mogi Mirim: Santa Lúcia, ano 2, nº 2, 2009, p. 49-65.

DELGADO, M. G.. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 12ª edição, 2013, 1504 p.

FIORILLO, C. A. P.. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 4ª edição, São Paulo: Saraiva, 2008, 866 p. GARCIA, G. F. B.. **Curso de direito do trabalho**. 2ª edição, São Paulo: Método, 2008, 1.215 p.

GARCIA, G.F.B.. **Curso de direito do trabalho**. 2ª edição, São Paulo: método, 2008, 1215p.

MARTINS, S. P.. **Direito do trabalho**. 27ª edição, São Paulo: Atlas, 2011, 902 p.

REALE, M.. **Fontes e modelos do direito**. 1ª edição, São Paulo: Saraiva, 1999, 144 p.

SALIBA, T. M.; CORRÊA, M. A. C.. **Insalubridade e periculosidade: aspectos técnicos e práticos**, 9ª edição, São Paulo, LTr, 2010, 280 p.

SILVA, J. A. R. de O.. A saúde do trabalhador como um direito humano. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região**, nº 31, Jul/Dez 2007. Disponível em <http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/bitstream/handle/2011/22101/saude_trabalhador_direito_humano.pdf?sequence=1>. Acesso em maio de 2011.