

PROCESSO nº 0002137-69.2017.5.09.0652 (ROT)

ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. PAGAMENTO CUMULADO. LIBERALIDADE DO EMPREGADOR. CONDIÇÃO CONTRATUAL MAIS BENÉFICA. DIREITO ADQUIRIDO. REDUÇÃO INJUSTIFICADA DO PERCENTUAL. MANUTENÇÃO DAS CONDIÇÕES DE TRABALHO. ALTERAÇÃO CONTRATUAL LESIVA. IMPOSSIBILIDADE. Segundo tese fixada pela Subseção I Especializada em Dissídios Individuais (SDI-1) do Colendo Tribunal Superior do Trabalho, no julgamento do Incidente de Recurso Repetitivo (IRR) 239- 55.2011.5.02.0319, o art. 193, § 2º, da CLT, ao estabelecer que, havendo periculosidade no ambiente de trabalho, o empregado poderá optar pelo adicional de insalubridade que porventura lhe seja devido, foi recepcionado pela Constituição Federal e veda a cumulação dos adicionais de insalubridade e de periculosidade, ainda que decorrentes de fatos geradores distintos e autônomos. Caso, todavia, o empregador, espontaneamente, realize o pagamento cumulativo dos adicionais de periculosidade e insalubridade, essa condição caracteriza-se como direito adquirido do empregado, aderindo ao contrato de trabalho como cláusula contratual mais benéfica, insuscetível de ser modificada unilateralmente pelo empregador, a teor do disposto no artigo 468 da CLT e do entendimento firmado pela Súmula 51 do C. TST. Assim, se inalteradas as condições de trabalho, é ilícita a redução do percentual pago a título de adicional de insalubridade, ainda que o empregado já receba, por força de condição contratual mais benéfica, o pagamento cumulativo de adicional de periculosidade. Diferenças de adicional de insalubridade devidas. Sentença mantida.

RELATÓRIO

V I S T O S, relatados e discutidos estes autos de **RECURSO ORDINÁRIO (1009)**, provenientes da **MM. 18ª VARA DO TRABALHO DE CURITIBA**.

Inconformadas com a r. sentença proferida pela Exma. Juíza do Trabalho **FLAVIA DANIELE GOMES**, que acolheu parcialmente os pedidos, recorrem as

partes, tempestivamente.

O réu, através do RECURSO ORDINÁRIO, postula a reforma da r. sentença quanto às seguintes matérias: a) adicional de periculosidade - acordo judicial - quitação; b) adicional de insalubridade - impossibilidade de acumulação e c) honorários advocatícios.

Custas recolhidas.

Depósito recursal efetuado.

Contrarrazões apresentadas pela autora.

A autora, através de RECURSO ORDINÁRIO ADESIVO, postula a reforma da r. sentença quanto ao seguinte ponto: honorários advocatícios.

Contrarrazões apresentadas pelo réu.

Os autos não foram remetidos ao Ministério Público do Trabalho, em virtude do disposto no artigo 28 da Consolidação dos Provimentos da Corregedoria-Geral da Justiça do Trabalho.

FUNDAMENTAÇÃO

ADMISSIBILIDADE

Presentes os pressupostos legais de admissibilidade, ADMITO os recursos ordinários, bem assim as regulares contrarrazões.

Direito intertemporal

Esclareça-se, de plano, com o fim de evitar a oposição desnecessária de embargos declaratórios, que as normas de direito material contidas na Lei 13.467/2017 e na Medida Provisória 808 serão aplicadas apenas aos fatos ocorridos após as suas respectivas datas de vigência. Sob o aspecto processual, a aplicação dessas normas respeitará os atos já praticados e as situações consolidadas sob a vigência da lei revogada (arts. 14 e 15, do NCPC, c/c art. 769, da CLT).

Intimações e notificações

O art. 272, § 5º, do CPC dispõe que “constando dos autos pedido expresso para que as comunicações dos atos processuais sejam feitas em nome dos advogados indicados, o seu desatendimento implicará nulidade”. Nesse sentido, o entendimento consolidado pela Súmula 427 do C. TST: “Havendo pedido expresso de que as intimações e publicações sejam realizadas exclusivamente em nome de determinado advogado, a comunicação em nome de outro profissional constituído nos autos é nula, salvo se constatada a inexistência de prejuízo”.

Entretanto, ao contrário do que ocorre nos autos físicos, no sistema do PJe incumbe à própria parte, diretamente ou por meio de seu advogado, efetivar o credenciamento e a habilitação dos procuradores para os quais pretende sejam remetidas as notificações e intimações (art. 5º e §§, Resolução CSJT nº 185/2017).

Assim, consideram-se válidas as comunicações dos atos processuais realizadas em nome dos advogados, previa e devidamente, cadastrados pelas partes ou por seus procuradores no sistema processual do PJe.

MÉRITO

RECURSO ORDINÁRIO DO RÉU

(...)

b) adicional de insalubridade - impossibilidade de acumulação

A r. Juíza de origem condenou o réu ao pagamento de diferenças de adicional de insalubridade, sob os seguintes fundamentos:

O artigo 195, “caput”, da CLT, prevê expressamente a necessidade de realização de perícia técnica quando há pedido de pagamento do respectivo adicional.

No entanto, consoante já relatado, os documentos acarreados aos autos apontam que a autora já percebeu no período imprescrito até dezembro/2015, adicional de insalubridade no percentual de 40% do salário mínimo (fl. 114).

A partir de janeiro/2016, no entanto, passou a receber adicional de insalubridade no percentual de 20% sobre o salário mínimo (v.g., fl. 118).

Destarte, em razão de o réu reconhecer o labor insalubre da reclamante, é desnecessário, conseqüentemente, a realização de perícia técnica para a averiguação de tal condição.

A controvérsia reside então no percentual a ser aplicado, já que durante a contratualidade houve o rebaixamento do percentual pago.

Ocorre que, em depoimento pessoal, o réu informou que *“não houve alteração nas atribuições da autora durante o contrato de emprego, sequer no período anterior e posterior a redução do adicional de insalubridade”*.

Logo, desfalece de qualquer justificativa a alteração do percentual pago de 40% para 20% a título de insalubridade, já que não houve a alteração nas atividades cumpridas pela trabalhadora.

Saliento que o pagamento de adicional de insalubridade em percentual adotado pelo empregador por mera liberalidade transmuda-se em vantagem contratual, de caráter permanente, enquanto perdurar a identidade na prestação de serviços, na forma do artigo 468 da CLT e, sua modificação unilateral pelo empregador importa em alteração ilícita do contrato de trabalho.

Observo ainda que a despeito do entendimento já fixado pelo TST em Incidente de Recurso Repetitivo (IRR 239- 55.2011.5.02.0319), firmando a tese de que é vedado a cumulação dos adicionais de insalubridade e de periculosidade, ainda que decorrentes de fatos geradores distintos e autônomos, no caso tal jurisprudência é inaplicável, porquanto a cumulação era praticada por mera liberalidade do empregador, e sua alteração configura violação ao artigo 468 da CLT, consoante já fundamentado.

Acolho o pedido para condenar o réu no pagamento das diferenças de adicional de insalubridade, devendo ser levado em consideração, para cômputo da parcela, o percentual de 40%.

A recorrente, não resignada com a r. decisão, alega que o pagamento de adicional de insalubridade realizado durante o contrato decorreu de mera liberalidade do empregador. Assevera que o acúmulo de função alegado na inicial não ficou comprovado, de modo que, à vista das alegações da inicial, não haveria diferenças de “adicional de periculosidade” (*sic*). Argumenta, por fim, ser indevida cumulação de adicional de periculosidade com adicional de insalubridade e requer seja afastada a

condenação ao pagamento de diferenças de adicional de insalubridade.

Sem razão.

O art. 193, § 2º, da CLT, prevê que, havendo periculosidade no ambiente de trabalho, *“o empregado poderá optar pelo adicional de insalubridade que porventura lhe seja devido”*. Autoriza, assim, a aplicação da norma mais benéfica, mas não ampara o pagamento de adicional de periculosidade e insalubridade concomitantemente.

Nesse sentido, o entendimento exarado pela Subseção I Especializada em Dissídios Individuais (SDI-1) do Tribunal Superior do Trabalho, no julgamento do Incidente de Recurso Repetitivo - IRR 239- 55.2011.5.02.0319, firmando a tese no sentido de que *“o art. 193, § 2º, da CLT foi recepcionado pela Constituição Federal e veda a cumulação dos adicionais de insalubridade e de periculosidade, ainda que decorrentes de fatos geradores distintos e autônomos”*.

Contudo, no caso em exame, constata-se que o pagamento cumulativo dos adicionais de periculosidade e de insalubridade **derivam de liberalidade do empregador, transmutando-se em cláusula contratual mais benéfica**, que aderiu ao contrato de trabalho e, portanto, é insuscetível de ser alterada unilateralmente pelo empregador, sob pena de violação ao disposto no artigo 468 da CLT e contrariedade ao entendimento firmado pela Súmula 51 do C. TST.

Portanto, considerando a ausência de justificativa válida e legal para redução do percentual pago a título de adicional de insalubridade, pois, conforme admitiu o preposto do réu em depoimento, *“não houve alteração nas atribuições da autora durante o contrato de emprego, sequer no período anterior e posterior a redução do adicional de insalubridade”*, correta a r. sentença ao condenar o reclamado ao pagamento das diferenças advindas redução dos valores pagos sob tal título.

O indeferimento do pedido de diferenças salariais por acúmulo de função, sob o fundamento de que a autora admitiu que durante o contrato não houve alteração nas atribuições, em nada modifica a conclusão acerca do direito às diferenças relativas ao adicional de insalubridade, pois esse foi pago espontaneamente pelo empregador durante todo o período não prescrito, não havendo justificativa para redução dos valores, na medida em que inalteradas as condições de trabalho, conforme admitido pelo próprio recorrente.

Pelo exposto, NEGO PROVIMENTO.

(...)

ACÓRDÃO

Em Sessão Telepresencial realizada nesta data, sob a Presidência do Excelentíssimo Desembargador Francisco Roberto Ermel; presente a Excelentíssima Procuradora Darlene Borges Dorneles, representante do Ministério Público do Trabalho; sustentou oralmente a advogada Josiane Pacheco da Cruz inscrita pela parte recorrente U. C. C.; computados os votos dos Excelentíssimos Desembargadores Sueli Gil El Rafihi, Francisco Roberto Ermel e Arnor Lima Neto, **ACORDAM** os Desembargadores da 6ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, por unanimidade de votos, **EM ADMITIR OS RECURSOS ORDINÁRIOS DAS PARTES**, assim como as respectivas contrarrazões. No mérito, por maioria de votos, vencido parcialmente o excelentíssimo Desembargador Arnor Lima Neto, no tocante ao adicional de periculosidade, **EM DAR PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO ORDINÁRIO DO RÉU** para, nos termos da fundamentação, afastar a condenação ao pagamento de honorários advocatícios aos procuradores da autora. Sem divergência de votos, **EM DAR PROVIMENTO AO RECURSO ORDINÁRIO ADESIVO DA AUTORA** para, nos termos da fundamentação, afastar a condenação ao pagamento de honorários advocatícios aos procuradores do réu.

Custas inalteradas, por ora.

Intimem-se.

Curitiba, 1 de julho de 2020.

Intimem-se.

Curitiba, 16 de setembro de 2020.

SUELI GIL EL RAFIHI

Relatora