

**Processo:** 0000062-14.2015.5.03.0064 RO  
**Processo (nº antigo):** 00062-2015-064-03-00-9 RO  
**Data de Publicação:** 09/12/2015.  
**Órgão Julgador:** Nona Turma  
**Relator:** Joao Bosco Pinto Lara  
**Revisor:** Monica Sette Lopes

**RECORRENTES:** **Arcelor** mittal Brasil S.A. (1)  
**Valter** Donizete Andrade (2)  
**RecorridoS:** os mesmos

**EMENTA: EQUIPARAÇÃO SALARIAL. REQUISITOS.** A equiparação salarial é cabível quando preenchidos todos os requisitos previstos no art. 461 da CLT, ou seja, o equiparando deve desempenhar as mesmas atividades do paradigma, com igual produtividade e mesma perfeição técnica, com tempo de serviço na função não superior a dois anos e identidade de local de trabalho. Quanto ao ônus da prova, cabe ao empregado a comprovação do fato gerador de seu direito, e ao empregador a prova dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do suposto direito, nos termos da Súmula 06, VIII, do c. TST. Tem-se que no presente caso o conjunto probatório não ampara a pretensão do reclamante.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Recurso Ordinário, interposto contra decisão proferida pela MMª. Juíza da 1ª Vara do Trabalho de João Monlevade em que figuram, como recorrentes, **ARCELOR** MITTAL BRASIL S.A., **VALTER** DONIZETE ANDRADE; como recorridos, OS MESMOS, como a seguir se expõe:

## RELATÓRIO

A MMª. Juíza da 1ª Vara do Trabalho de João Monlevade, pela r. sentença de fls. 204/213, cujo relatório adoto e a este incorporo, julgou procedentes em parte os pedidos iniciais para condenar a reclamada a pagar ao reclamante adicional de periculosidade, acrescido dos reflexos discriminados no dispositivo sentencial.

Inconformada, a reclamada interpõe recurso ordinário às fls. 214/222, pleiteando, em preliminar, a reforma da r. sentença para que seja declarada a extinção dos pedidos iniciais relacionados à condenação ao pagamento dos adicionais de insalubridade e periculosidade, nos termos do art. 269, V do CPC; no mérito, insurge-se contra a condenação ao pagamento do adicional de periculosidade; contra os benefícios da justiça gratuita deferidos ao autor e valor fixado para os honorários periciais.

O reclamante, por sua vez, insiste na equiparação salarial aos paradigmas indicados; bem como na cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade.

Pedem o provimento.

Contrarrazões às fls. 235/241; 242/244.

Dispensável a intervenção do MPT.

É o relatório.

## **VOTO**

### **1. Admissibilidade**

#### **Preliminar arguída em contrarrazões de não conhecimento do apelo por inobservância do Princípio da Dialeticidade (Súmula 422 do TST).**

O reclamado erigiu a preliminar epigrafada às fls. 418-v/419 das contrarrazões, ao argumento de que o reclamante não direcionou suas razões recursais contra os fundamentos adotados na sentença, não observando assim a diretriz da Súmula 422 do TST.

Rejeito.

Ao contrário do que sustenta em suas razões de contrariedade, o autor atacou a decisão de origem de forma fundamentada, tecendo as considerações necessárias e motivando seu pedido de reforma, de modo que não cabe a arguição de inadmissibilidade de seu apelo.

Entendo não caracterizada a hipótese consagrada pelo entendimento jurisprudencial firmado pela Súmula nº 422 do TST, impondo-se o conhecimento do recurso.

Conheço do recurso ordinário, eis que aviado a tempo e modo e regular a representação.

### **2. Mérito**

Ambos os apelos serão examinados em conjunto no tópico Dos adicionais de insalubridade e periculosidade em face da identidade da matéria.

#### **Preliminar. Renúncia do autor quanto às pretensões relacionadas ao pagamento dos adicionais de insalubridade e periculosidade. ? Recurso da reclamada**

A reclamada suscita a preliminar epigrafada sustentando que o reclamante teria renunciado à pretensão de pagamento dos adicionais de insalubridade e periculosidade na ação ajuizada pelo Sindicato representante de sua categoria profissional, feito de nº 000306-1997-064-03-00-8, pelo que requer a extinção dos pedidos, nos termos do art. 269, V, do CPC.

Configura inovação recursal a tese objeto do presente tópico, eis que não foi apresentada ao juízo de primeiro grau em contestação (fls. 19/28).

Referida tese não poderá ser conhecida, sob pena de supressão de instância e ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

#### **Dos adicionais de insalubridade e periculosidade ? Matéria comum a ambos os apelos**

O laudo pericial produzido nos autos (fl. 173) concluiu por caracterizada a insalubridade em grau médio, por ruído (Anexo 1 da NR 15), e a periculosidade por inflamáveis (Anexo 2 da NR 16), tendo o juízo *a quo* deferido ao reclamante apenas o pagamento do adicional de periculosidade, mais benéfico, ante a vedação da cumulação de ambos os adicionais (fls. 207/209).

Insurge-se a reclamada em face da decisão sustentando que o reclamante jamais esteve exposto a quaisquer condições perigosas ou insalubres. Sucessivamente, requer

a redução do valor fixado para pagamento dos honorários periciais.

O reclamante, por sua vez, pleiteia a condenação da ré ao pagamento de ambos os adicionais, sustentando que a exigência de que o autor faça a opção por apenas um deles viola o art. 5º, II da CR/88, bem como o art. 11, b da Convenção nº 155 da OIT.

Examino.

A matéria em apreço foi objeto de prova técnica (laudo pericial, fls. 157 e seguintes), cuja conclusão foi no sentido de que o reclamante esteve exposto à insalubridade em grau médio pela exposição ao agente físico ruído, uma vez que para a função por ele desempenhada os resultados das medições realizadas indicam níveis de ruído acima dos limites de tolerância, e não foi comprovado o fornecimento de EPI (protetores auriculares) capaz de neutralizar ou eliminar o risco em questão (fls. 161/162).

Por outro lado, também foi constatada a periculosidade por inflamáveis *em todo o pacto laboral imprescrito, pelo lapso temporal de acoplar e desacoplar o mangote ao caminhão tanque, e ligar e desligar a bomba de óleo em área de risco, de acordo com o apurado a atividade ocorria em torno de uma vez por semana, quando o reclamante trabalhava na Casa da Caldeira.* (fl. 173)

Segundo o artigo 436 do CPC, o juiz não está adstrito ao laudo pericial, podendo formar sua convicção com base em outros elementos ou fatos provados nos autos e até mesmo de ofício determinar a realização de nova perícia.

Conforme consta à fl. 165 do laudo, no que toca a alegada exposição do autor ao risco por inflamáveis, ficou constatado que *o reclamante engatava e desengatava o mangote ao caminhão tanque, além de ligar e desligar a bomba e que esta atividade ocorria em torno de uma vez por semana.* Em depoimento pessoal (fl. 202), o recorrido corroborou que apenas desempenhava a tarefa de *engate ou desengate de caminhão de óleo diesel.*

Mas ao contrário do que vem decidido da origem, extrai-se das constatações do laudo, aliadas ao depoimento pessoal do próprio autor, que ele não faz jus ao adicional de periculosidade, eis que apesar de lida com inflamáveis na operação acima descrita, não há risco normativo para o caso concreto, além do fato relevante de que esta operação se dava por tempo extremamente reduzido.

Primeiro, tem o aspecto da inexistência de risco normativo, na medida em que o Anexo II da NR 16 não contempla, entre as atividades ou áreas de risco normatizado aquilo que diz respeito à funções e ao local de trabalho do reclamante.

Também, sabe-se que o tempo de exposição do empregado ao agente perigoso é critério essencial na abordagem do tema. Tanto é assim que a Súmula 364, do TST, em sua nova redação, preconiza:

**ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. EXPOSIÇÃO EVENTUAL, PERMANENTE E INTERMITENTE** (cancelado o item II e dada nova redação ao item I) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011 *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 forma eventual, assim considerado o fortuito, ou o que, sendo habitual, dá-se por tempo extremamente reduzido.*

Por essa razão, quando o trabalho é realizado em condições perigosas habitualmente, mas apenas por tempo extremamente reduzido considerando sua jornada integral, diária, semanal ou mensal, o adicional respectivo é indevido, ao contrário do trabalho executado permanentemente ou em caráter intermitente sob tais condições (Súmula 364, do TST, do TST).

Repita-se, o trabalho nestas condições, mas por tempo extremamente reduzido, constitui óbice ao recebimento do adicional em epígrafe como caso dos autos, já que o contato do empregado com as atividades perigosas era de uma vez por semana e apenas durante o engate e desengate do mangote ao caminhão tanque, o que afasta o direito à percepção do adicional de periculosidade, nos exatos termos do verbete supracitado.

Por certo que esta situação não só se assemelha, mas é mesmo idêntica, à situação do motorista que faz, ele próprio, o abastecimento do caminhão uma vez por semana, quando há variada jurisprudência, inclusive desta Turma, no sentido de não reconhecer a existência de trabalho perigoso, até mesmo por falta de enquadramento normativo, essencial para a configuração do evento.

Mas de outra parte a sentença reconheceu a caracterização da insalubridade em grau médio, pela exposição do recorrido ao agente físico ruído, também com base na conclusão pericial, apenas não deferindo o respectivo adicional diante da impossibilidade de cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade, prevista no art. 193, § 2º da CLT.

Uma vez afastada a caracterização da periculosidade, passa-se à análise da pretensão recursal apresentada pela ré de exclusão do direito ao adicional de insalubridade, assistindo-lhe razão também neste aspecto.

Quanto à insalubridade constatada, tem-se que o próprio reclamante corroborou em depoimento pessoal a neutralização do ruído ao qual esteve exposto, porque declarou de forma expressa à fl. 202 que utilizava protetor auricular.

É imperioso concluir que o reclamante não faz jus ao pagamento de nenhum dos adicionais pleiteados, pelo que ficaria prejudicada a análise do recurso por ele interposto.

Ainda que assim não fosse, diga-se ao autor que não mereceria acolhida a sua pretensão recursal, encontrando-se correta a r. sentença que aplicou à hipótese dos autos o entendimento previsto no art. 193, § 2º. É expressa a vedação legal de acumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade, e a Convenção 155 da OIT não traz disposição específica em sentido contrário, a não ser enunciação de princípios já agasalhados pelo nosso direito interno.

Não prospera a tese recursal, muito embora se tenha notícia de recente e minoritária jurisprudência no TST no mesmo sentido, quando se sabe que este pagamento acumulado encontra óbice intransponível no artigo 193, §2º, da CLT, que permanece hígido em face da Constituição. Aliás, vem se tornando fato corriqueiro na jurisprudência trabalhista, notadamente do TST, com grande prejuízo para as garantias legais e constitucionais da segurança das relações jurídicas e do exato cumprimento das previsões contratuais, desconhecer ou não aplicar expressa disposição de lei, sem que se lhe declare a inconstitucionalidade, contorcionismo jurídico utilizado para violar o consagrado Princípio da Reserva de Plenário.

A mencionada jurisprudência do TST, *data maxima venia*, se inscreve no rol daquelas decisões que, fundadas apenas em princípios de natureza constitucional, que se dirigem mais ao legislador ordinário do que ao Estado-juiz, teimam em fazer tábula rasa do direito legislado, levando a níveis paroxísticos a quantidade de conflitos e ações trabalhistas.

O referido dispositivo legal confere ao empregado que labora em condições perigosas e insalubres o direito de optar pelo adicional de insalubridade se lhe for mais favorável, o que importa na conclusão de que o legislador afastou a possibilidade de superposição de adicionais quando verificada a cumulação de riscos, regra legal que se manteve íntegra mesmo depois da promulgação da Constituição da República.

Neste sentido colhem-se os seguintes arestos do TST:

*"(...) ADICIONAIS DE PERICULOSIDADE E INSALUBRIDADE.*

*CUMULAÇÃO. INDEVIDA. O artigo 193, § 2º, da Consolidação das Leis do Trabalho preconiza caber ao empregado a opção quanto ao adicional que porventura lhe seja devido. Se o adicional de periculosidade melhor retribui o trabalho em condições de risco e em exposição a agentes insalutíferos, o empregado poderá fazer a opção por aquele, ainda que auferisse, no curso do contrato, o adicional de insalubridade. Nesse caso, resta ao julgador determinar a dedução dos valores já pagos a título de adicional de insalubridade, de modo que não se configure o pagamento cumulativo das referidas parcelas. Precedentes da Corte. Recurso de revista conhecido e provido. (...) " (RR - 49400-03.2008.5.04.0022 Data de Julgamento: 18/12/2012, Relator Ministro: Lélío Bentes Corrêa, 1ª Turma, Data de Publicação: DEJT 21/12/2012)*

*(...) ADICIONAL DE PERICULOSIDADE E INSALUBRIDADE.*

*CUMULAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. Nos termos do artigo 193, § 2º, da CLT, não é possível acumular a percepção dos adicionais de insalubridade e periculosidade, devendo o trabalhador optar pelo que lhe é mais benéfico. Precedentes. No caso dos autos, o Tribunal Regional do Trabalho, no que consignou que é vedada a percepção cumulada de adicional de periculosidade e de adicional de insalubridade, decidiu em sintonia com o entendimento dessa Corte Superior. Motivo pelo qual correta a decisão que denegou seguimento ao recurso de revista do reclamante. (Processo: AIRR - 2494-36.2011.5.02.0076 Data de Julgamento: 25/02/2015, Relator Ministro: Emmanoel Pereira, 5ª Turma, Data de Publicação: DEJT 06/03/2015.)*

*(...) ADICIONAL DE PERICULOSIDADE E DE INSALUBRIDADE.*

*CUMULAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. 1. Pacífico o entendimento acerca da impossibilidade de cumulação dos adicionais de periculosidade e insalubridade, podendo, no entanto, o empregado fazer a opção pelo que lhe for mais benéfico, nos termos do §2º, do art. 193, da CLT. Precedentes.*

*2. Acórdão regional que indefere a cumulação de adicionais, pretendida pelo autor, vai ao encontro da atual jurisprudência desta Corte, surgindo como óbice ao processamento do recurso que se visa a destrancar o disposto na Súmula 333 do TST e no art. 896, § 7º, da CLT.*

*3. Agravo de instrumento de que se conhece e a que se nega provimento.*

*(Processo: AIRR - 656-78.2012.5.04.0234 Data de Julgamento: 03/12/2014, Relatora Desembargadora Convocada: Sueli Gil El Rafihi, 4ª Turma, Data de Publicação: DEJT 05/12/2014.)*

Provejo o recurso da reclamada para absolvê-la da condenação ao pagamento do adicional de periculosidade e reflexos deferidos em sentença.

Nego provimento ao recurso do reclamante.

Invertidos os ônus da sucumbência quanto aos honorários periciais, ora reduzidos para R\$ 1.000,00, faculta-se ao perito a habilitação para recebimento da verba honorária, na forma da Resolução 66/2010 do CSJT.

### **Equiparação salarial ? Recurso do reclamante**

Insiste o reclamante na condenação da empresa ré ao pagamento das diferenças salariais advindas da equiparação aos paradigmas indicados Carlos Roberto Taveira, Carlos Antônio Tomaz e José Luiz Peixoto, sustentando que a prova oral produzida corroborou a identidade entre as funções desempenhadas por todos eles, sendo que ficou comprovada pelos documentos anexados pela própria empresa ré às fls. 33, 78, 86 e 100 dos autos a inexistência de diferença superior a dois anos no tempo de exercício do cargo de operador de fluidos.

Sem razão.

A equiparação salarial exige a concorrência de todos os requisitos estabelecidos no artigo 461 da CLT, ou seja, o equiparando deve desempenhar as mesmas tarefas dos paradigmas, com igual produtividade e mesma perfeição técnica, com tempo de serviço na função não superior a dois anos e na mesma localidade, entendendo-se esta como mesma região socioeconômica.

Quanto ao ônus da prova, cabe ao reclamante a comprovação do fato gerador de seu direito, e à empregadora, a prova dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos da equiparação salarial, nos termos da Súmula 06, VIII, do C. TST.

Entende-se por identidade funcional a circunstância de os trabalhadores comparados realizarem o mesmo trabalho, englobando atribuições, poderes, responsabilidades e prática de atos materiais concretos.

Sabe-se que a jurisprudência já firmou o entendimento de que a denominação dos cargos não é fator essencial para a apreciação do pedido equiparatório, devendo haver coincidência das funções exercidas. Ou seja, o que se deve ter em foco, em observância ao princípio da primazia da realidade, não é a igualdade formal dos cargos, mas a igualdade substancial entre as tarefas desempenhadas, não importando se os cargos têm ou não a mesma denominação (Súmula nº 06, III, do TST).

Na hipótese dos autos, de forma diversa da tese recursal sustentada, o conjunto probatório não é favorável ao reclamante.

Não obstante os documentos apresentados pela ré, intitulados remanejamento interno (sendo o de fl. 33 referente ao autor; o de fl. 78 ao paradigma Carlos Roberto Taveira; o de fl. 86 ao paradigma Carlos Antônio Tomaz; e o de fl. 100 ao paradigma José Luiz Peixoto - fl. 100), revelarem a inexistência de diferença superior a dois anos no tempo do exercício da função de operador de fluidos pelo reclamante e empregados indicados como modelos, não ficou demonstrado nos autos o alegado desnível salarial.

Isso porque as fichas financeiras colacionadas às fls. 35/51, 120/123 e 131/135, documentos não impugnados pelo autor (vide manifestação sobre a defesa, fls. 148/152), demonstram que ele auferia remuneração superior àquela auferida pelo paradigma Carlos Roberto Taveira.

Por outro lado, não vieram aos autos as fichas financeiras referentes aos paradigmas Carlos Antônio Tomaz e José Luiz Peixoto, o que impede a constatação do alegado desnível salarial hábil a autorizar a equiparação pleiteada.

Salienta-se que nem na inicial (fls. 03/06) e nem na manifestação à defesa (fls. 148/154) o reclamante apresentou requerimento no sentido de que a empresa ré apresentasse os referidos documentos sob as penas do art. 359 do CPC, por meio dos quais seria possível comprovar se os supracitados empregados efetivamente auferiam maior salário que o recorrente, e nem mesmo indicou o indigitado desnível salarial.

Também não houve determinação na instância de origem para que fossem juntados, sob pena de aplicação do art. 359 do CPC, não havendo como imputar essa punição em sede recursal, sob pena de cerceamento de defesa.

Volvendo ao exame da prova oral, tem-se que o próprio autor afirmou em depoimento (fl. 202) que conhecia os paradigmas Gildásio Lorentz Rodrigues e José Luiz Peixoto, os quais já desempenhavam a função de operador de caldeira (pertencente ao cargo de operador de fluidos) *antes de o depoente iniciar o desempenho desta tarefa.*; ou seja, ele terminou por admitir que os paradigmas possuíam maior experiência no exercício da função, o que foi corroborado nos demais depoimentos, senão vejamos.

A primeira testemunha ouvida a rogo do recorrente, Percival Geraldo

Marciano Machado, declarou à fl. 202 que: [...] *conheceu todos os paradigmas, pelo que pode informar que todos desempenhavam as mesmas funções sem quaisquer diferenças, inclusive no que tange à produtividade e perfeição técnica; que o depoente e demais paradigmas já desempenhavam a função há mais de 2 anos quando o reclamante iniciou a função; [...]* (grifos nossos).

Por fim, a segunda testemunha por ele indicada, Romero dos Santos, no mesmo sentido afirmou: [...] *que quando o reclamante iniciou o exercício da função de operador de fluido, o depoente e os demais paradigmas já exerciam essa função há mais de 2 anos; [...]* (fl. 202-v).

Portanto, a míngua de prova do desnível salarial entre autor e paradigmas, aliada à comprovação nos autos do fato impeditivo à equiparação salarial, consubstanciado na maior experiência dos paradigmas no exercício da função de operador de fluidos, mantenho a r. decisão que julgou improcedente a pretensão inicial relacionada à equiparação salarial.

Nada a prover.

### **Justiça gratuita ? Recurso da reclamada**

Sustenta a reclamada merecer reforma a r. sentença quanto ao deferimento dos benefícios da justiça gratuita ao reclamante, pois ele não comprovou o preenchimento dos requisitos previstos no art. 14, § 1º, da Lei nº 5.584/70.

Razão não lhe assiste.

O benefício da justiça gratuita é um direito para os que preenchem os requisitos legais, e pode até mesmo ser concedido de ofício, como dispõe o art. 790, § 3º, da CLT, com redação dada pela Lei nº 10.537/02.

Na hipótese, o reclamante requereu à fl. 07 os benefícios da justiça gratuita e declarou que não pode arcar com as despesas processuais, sem prejuízo próprio e da família. Presentes, portanto, os requisitos para sua concessão.

Cabia à reclamada provar que o reclamante não é pobre no sentido legal, encargo do qual não se desincumbiu.

Nego provimento.

### **3. Conclusão**

Ante o exposto, conheço do recurso ordinário interposto pela reclamada, bem como do apelo adesivo do reclamante e, no mérito, nego provimento ao recurso do reclamante e dou provimento ao apelo interposto pela empresa ré para, julgando improcedentes os pedidos da inicial, absolvê-la da condenação que lhe foi imposta. Invertidos os ônus da sucumbência, caberá ao reclamante o pagamento de custas de R\$ 800,00, calculadas sobre R\$ 40.000,00 (valor dado à causa na inicial, fl. 06), ISENTA, conforme declaração de pobreza de fl. 07. Também ficam invertidos os ônus da sucumbência quanto aos honorários periciais, ora reduzidos para R\$ 1.000,00, facultando-se ao perito a habilitação para recebimento da verba honorária, na forma da Resolução 66/2010 do CSJT.

### **MOTIVOS PELOS QUAIS,**

**O Tribunal Regional do Trabalho da Terceira Região**, em Sessão da sua Nona Turma, hoje realizada, analisou o presente processo e, à unanimidade, conheceu do recurso ordinário interposto pela reclamada, bem como do apelo adesivo do reclamante; no mérito, sem divergência, negou provimento ao recurso do reclamante e deu provimento ao apelo interposto pela empresa ré para, julgando

improcedentes os pedidos da inicial, absolvê-la da condenação que lhe foi imposta. Invertidos os ônus da sucumbência, caberá ao reclamante o pagamento de custas de R\$800,00, calculadas sobre R\$40.000,00 (valor dado à causa na inicial, fl. 06) ISENTO, conforme declaração de pobreza de fl. 07. Também ficaram invertidos os ônus da sucumbência quanto aos honorários periciais, ora reduzidos para R\$1.000,00, facultando-se ao perito a habilitação para recebimento da verba honorária, na forma da Resolução 66/2010 do CSJT.

Belo Horizonte, 01 de dezembro de 2015.

**JOÃO BOSCO PINTO LARA**  
**Desembargador Relator**