



PROCESSO Nº TST-RR-11734-22.2014.5.03.0042

A C Ó R D ã O
(2ª Turma)
GMMHM/asdc/nt

RECURSOS DE REVISTA INTERPOSTOS SOB A ÉGIDE DA LEI 13.015/2014.

I - RECURSO DE REVISTA DA RECLAMADA. INSTRUÇÃO NORMATIVA 40 DO TST. MATÉRIA NÃO IMPUGNADA POR MEIO DE INTERPOSIÇÃO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO. PRECLUSÃO. A decisão de admissibilidade do presente recurso de revista é posterior a 15/04/2016, portanto, segue a nova sistemática processual estabelecida por esta Corte Superior a partir do cancelamento da Súmula 285 do TST e da edição da Instrução Normativa 40 do TST. Nessa senda, tem-se que é ônus da parte impugnar, mediante a interposição de agravo de instrumento, os temas constantes do recurso de revista que não foram admitidos, sob pena de preclusão. No caso, o Tribunal Regional não admitiu o recurso de revista da reclamada, nos itens das Horas Extras, Adicional de Insalubridade, Adicional Noturno, Prorrogação do Horário Noturno, Domingos e Feriados Laborados, Participação nos Lucros e Resultados, Reflexos das Parcelas de Natureza Salarial em Repouso Semanais Remunerados, e a parte deixou de interpor agravo de instrumento em face de tal decisão, razão por que fica inviabilizada a análise do recurso em relação a tais matérias, ante a preclusão. **Recurso de revista não conhecido.**

CUMULAÇÃO DOS ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE. IMPOSSIBILIDADE. O Tribunal Regional manteve a sentença que entendeu pela possibilidade do pagamento dos adicionais de periculosidade e de insalubridade de



PROCESSO Nº TST-RR-11734-22.2014.5.03.0042

forma cumulada. O referido tema restou pacificado no âmbito desta Corte, com o julgamento do incidente de recurso de revista repetitivo nos autos do processo IRR - 239-55.2011.5.02.0319, na sessão do dia 26/9/2019, na qual o TST firmou os seguintes termos: "*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*". **Recurso de revista da reclamada conhecido e provido.**

II - RECURSO DE REVISTA ADESIVO DO RECLAMANTE.

INTERVALOS INTRAJORNADA. PRÉ-ASSINALAÇÃO NOS CARTÕES DE PONTO. ÔNUS DA PROVA. O Colegiado Regional, sopesando a prova oral produzida nos autos, manteve a sentença que não acolheu a arguição de invalidade dos cartões de ponto juntados aos autos. Considerou ser ônus do autor comprovar a concessão irregular do tempo de descanso e alimentação, por se tratar de fato constitutivo, do qual não se desincumbiu. Nos termos do art. 74, § 2º, da CLT, é permitida a pré-assinalação do período de repouso e, à luz da Súmula 338 do TST, há presunção de veracidade da jornada de trabalho registrada nos cartões de ponto, podendo ser elidida por prova em contrário. Correta a distribuição do ônus da prova, sendo que para se concluir de forma diversa seria imprescindível a reapreciação da prova coligida nos autos, procedimento vedado em sede de recurso de revista, nos termos da Súmula nº 126 do TST. **Recurso de revista não conhecido.**

HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA. INDENIZAÇÃO POR PERDAS E DANOS PELO



PROCESSO Nº TST-RR-11734-22.2014.5.03.0042

PAGAMENTO DE HONORÁRIOS CONTRATUAIS.

Esta Corte já pacificou a controvérsia acerca da matéria, por meio das Súmulas 219 e 329 do TST, segundo as quais a condenação ao pagamento de honorários advocatícios não decorre unicamente da sucumbência, sendo necessária a ocorrência concomitante de dois requisitos: a assistência por sindicato da categoria profissional e a comprovação da percepção de salário inferior ao dobro do mínimo legal ou de situação econômica que não permita ao empregado demandar sem prejuízo do próprio sustento ou da respectiva família. De outra parte, a SBDI-1 desta Corte, quanto à indenização por perdas e danos relativa ao ressarcimento dos honorários contratuais, orienta-se no sentido de que, em razão da existência de dispositivo legal específico quanto à matéria (art. 14 da Lei 5.584/1970), não há que se aplicar, de forma subsidiária, o disposto arts. 389, 395 e 404 do CC. Precedentes. Óbice da Súmula nº 333 do TST e do art. 896, § 7º, da CLT. **Recurso de revista não conhecido.**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista nº **TST-RR-11734-22.2014.5.03.0042**, em que é Recorrente **FERROVIA CENTRO-ATLÂNTICA S.A.** e Recorrido **THADEU DAMASCENO DOS SANTOS**.

O Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região negou provimento aos recursos ordinários interpostos pelas partes.

A reclamada interpõe recurso de revista às fls. 780/227, com fundamento no artigo 896 da CLT.

Despacho de admissibilidade às fls. 841/843, com contrarrazões do reclamante apresentadas às fls. 862/865 e recurso de revista adesivo do reclamante às fls. 849/861.



PROCESSO Nº TST-RR-11734-22.2014.5.03.0042

O Juízo de Admissibilidade Regional submeteu a admissibilidade do recurso adesivo ao TST, seguindo a sorte do recurso principal, cujo seguimento foi concedido, tendo em vista a dicção do art. 997 do NCPC (fls. 866/867).

Intimada, a parte reclamada apresentou contrarrazões às fls. 871/878.

É o relatório.

V O T O

I - RECURSO DE REVISTA DA RECLAMADA

Satisfeitos os pressupostos comuns de admissibilidade, examino os específicos do recurso de revista.

1- HORAS EXTRAS. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. ADICIONAL NOTURNO. PRORROGAÇÃO DO HORÁRIO NOTURNO. DOMINGOS E FERIADOS LABORADOS. PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS E RESULTADOS. REFLEXOS DAS PARCELAS DE NATUREZA SALARIAL EM REPOUSOS SEMANAIS REMUNERADOS.

1.1) Conhecimento

A decisão de admissibilidade do presente recurso de revista é posterior a 15/04/2016, portanto, segue a nova sistemática processual estabelecida por esta Corte Superior a partir do cancelamento da Súmula 285 do TST e da edição da Instrução Normativa 40 do TST.

Nessa senda, tem-se que é ônus da parte impugnar, mediante a interposição de agravo de instrumento, os temas constantes do recurso de revista que não foram admitidos, sob pena de preclusão.

No caso, verifica-se que a parte deixou de interpor agravo de instrumento em face da decisão do Tribunal Regional que não admitiu o seu recurso de revista em relação aos temas ora em epígrafe, razão por que fica inviabilizada a análise do apelo em relação a estas matérias, ante a preclusão.

Não conheço.



PROCESSO N° TST-RR-11734-22.2014.5.03.0042

2. CUMULAÇÃO DOS ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE.

2.1) Conhecimento

A reclamada insurge-se contra o entendimento de possibilidade de cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade.

Aponta violação do art. 193, § 2º, da CLT e transcreve arestos a cotejo.

Quanto ao tema em destaque, o TRT assim decidiu:

“(…) Quanto à cumulação dos adicionais de periculosidade e insalubridade, não obstante o inconformismo da ré, esta d. Relatora filia-se ao entendimento de que é possível a cumulação.

A cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade está calcada, a princípio, na ordem constitucional, bem como na norma prevista no artigo 7º, inciso XXIII. Está ali previsto que é direito de todos os trabalhadores a percepção de adicional de remuneração para o exercício de atividades penosas, insalubres e perigosas, sem qualquer ressalva quanto à acumulação.

A leitura do dispositivo constitucional coerente com a preservação do direito fundamental à saúde do trabalhador não permite a exposição a agentes nocivos, sem o pagamento correspondente.

Pelo contrário.

Estando o trabalhador submetido a diversos riscos, um agente insalubre e outro perigoso, terá o direito a perceber adicionais distintos. Mesmo porque, estão jungidos a situações fáticas e jurídicas completamente díspares: de um lado visa o adicional de insalubridade compensar eventuais marcas deixadas na saúde do trabalhador e, na outra face, está o adicional de periculosidade vinculado à proteção da vida do obreiro. Ademais, são os percentuais e bases de cálculo também dessemelhantes.

Se o ideal (e distante da realidade) é a não exposição dos obreiros a nenhum ambiente nocivo à saúde/vida, o possível, no contexto atual, é a monetização do risco que deve implicar na reparação integral do possível dano.

Noutro turno, ainda corrobora o entendimento adotado, as Convenções Internacionais 148 e 155, da Organização Internacional do Trabalho, ambas ratificadas pelo Brasil, que têm status de norma supralegal e, segundo entendimento adotado pelo Eminentíssimo Ministro do Tribunal Superior do Trabalho, Cláudio Brandão, reafirmando a vigência e efetividade das normas internacionais contidas em tais convenções e que são parte do ordenamento jurídico interno "não há mais espaço para



PROCESSO Nº TST-RR-11734-22.2014.5.03.0042

aplicação do artigo 193, §2º, da CLT". (TST. 0001072-72.2011.5.02.0384 RR. 7ª Turma. Data de publicação: 02/10/2014)

O artigo 8º, item 3, da Convenção 148, da OIT, ratificada pelo Brasil em 14/01/1982, dispõe:

"Os critérios e limites de exposição deverão ser fixados, completados e revisados a intervalos regulares, de conformidade com os novos conhecimentos e dados nacionais e internacionais, e tendo em conta, na medida do possível, qualquer aumento dos riscos profissionais resultantes da exposição simultânea a vários fatores nocivos no local de trabalho".

E o artigo 11, item b, da Convenção 155, da OIT, ratificada pelo Brasil em 18/05/1992, determina:

"Deverão ser levados em consideração os riscos para a saúde decorrentes da exposição simultânea a diversas substâncias ou agentes".

Trata-se, conforme decidido pelo Colendo TST no julgamento da ação trabalhista retro mencionada, de controle de convencionalidade das leis, segundo afirmado por Georgenor de Sousa Franco Filho e Valério de Oliveira Mazzuoli, em artigo intitulado Incorporação e Aplicação das Convenções Internacionais da OIT no Brasil[1].

Assim, sendo as normas internacionais - Convenções 148 e 155, da OIT - especiais e cronologicamente mais recentes do que o dispositivo celetista (artigo 193, §2º, da CLT), prevalecem aquelas, em detrimento deste.

Cabível destaque o precedente do Colendo Tribunal Superior do Trabalho, admitindo a cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade, *in litteris*:

"Note-se que o inciso XXIII do art. 7º, acima transcrito, não faz ressalva quanto à cumulação dos adicionais, permitindo concluir que o § 2º do art. 193 da CLT, incluído pela Lei nº 6.514 de 22.12.1977, não foi recepcionado pela Constituição Cidadã de 1988. Evidente o conflito do dispositivo celetista não apenas com os direitos dos trabalhadores que visam à melhoria de sua condição social (art. 7º), como também com os princípios fundamentais constitucionais mencionados (art. 1º).

Ainda que o dispositivo constitucional não seja autoaplicável, por submeter à lei ordinária (na forma da lei), com esteio em sua máxima efetividade, se o intérprete partisse da premissa de que a norma celetista foi recepcionada, seria imperativo que considerasse a faculdade conferida pelo termo "poderá", o que, em cotejo com os demais princípios e regras aplicáveis à matéria (norma mais benéfica), sinalizariam para o deferimento dos adicionais de modo cumulativo.



PROCESSO Nº TST-RR-11734-22.2014.5.03.0042

Saliente-se que o constituinte, ao garantir um meio ambiente seguro, mediante diversas medidas protetivas, o fez como um todo, nele incluindo o do trabalho (art. 200, VIII, CF).

Não fossem bastantes os argumentos apontados, a vedação à cumulação dos adicionais afronta as Convenções 148 e 155 da OIT, das quais é signatário o Brasil. Sobre o tema, peço vênua para adotar as razões lançadas pelo Ministro Cláudio Brandão do C. TST, em recente julgado (contra o qual foi interposto recurso de embargos e admitido, ora concluso para voto com o Ministro Renato de Lacerda Paiva), como segue:

"(...) outro fator que sustenta a inaplicabilidade dos preceitos analisados é a introdução no sistema jurídico interno das Convenções Internacionais nos 148, promulgada pelo Decreto nº 93.413 de 15/10/86, com vigência nacional a partir de 14 de janeiro de 1983, e 155, promulgada pelo Decreto nº 1.254 de 29/09/94, com vigência nacional a partir de 18 de maio de 1993.

As normas internacionais incorporadas passaram a admitir a hipótese de cumulação dos adicionais e estabelecem critérios e limites dos riscos profissionais em face da exposição simultânea a vários fatores nocivos. É o que se extrai dos trechos abaixo citados:

"Artigo 8.3. Os critérios e limites de exposição deverão ser fixados, completados e revisados a intervalos regulares, de conformidade com os novos conhecimentos e dados nacionais e internacionais, e tendo em conta, na medida do possível, qualquer aumento dos riscos profissionais resultante da exposição simultânea a vários fatores nocivos no local de trabalho." (Convenção nº 148 da OIT - destaquei);

"Artigo 11. Com a finalidade de tornar efetiva a política referida no artigo 4 da presente Convenção, a autoridade ou as autoridades competentes deverão garantir a realização progressiva das seguintes tarefas:

(...)

b) a determinação das operações e processos que serão proibidos, limitados ou sujeitos à autorização ou ao controle da autoridade ou autoridades competentes, assim como a determinação das substâncias e agentes aos quais estará proibida a exposição no trabalho, ou bem limitada ou sujeita à autorização ou ao controle da autoridade ou autoridades competentes; deverão ser levados em consideração os riscos para a saúde decorrentes da exposição simultâneas a diversas substâncias ou agentes."(Convenção nº 155 da OIT - destaquei).

Sendo diferentes os fatores de risco à saúde, cada um dos adicionais de periculosidade e insalubridade busca compensar o trabalhador pela exposição particularizada a cada um deles e, caso ocorra simultaneamente, a regra internacional autoriza sejam considerados, de igual modo, também de modo cumulativo, como assinalado nas conclusões lançadas acima."

Impõe-se observar que os adicionais se referem a agentes distintos (insalubres/perigosos), tutelam bens jurídicos distintos (saúde/vida), possuem base de cálculo e percentuais também distintos.



PROCESSO Nº TST-RR-11734-22.2014.5.03.0042

Nessa esteira, não se pode falar em pagamento em duplicidade ou enriquecimento sem causa. Aliás, quanto à ausência de causa, não há como negar que, se a exposição é real e constatada por perícia técnica (pressuposto para caracterização), a causa está provada e, se enriquecimento há, só pode ser da parte patronal, que expõe o trabalhador a mais de um tipo de agente danoso, mas remunera apenas um deles.

Não se pode ignorar que muitas vezes a insalubridade decorre de negligência patronal. O empregador descumpra normas regulamentares, como as relativas ao regular fornecimento e fiscalização de EPI's, mas acaba sendo agraciado pela interpretação conferida ao dispositivo celetista, já que o trabalhador costuma optar pelo adicional de periculosidade, economicamente mais vantajoso. Não lhe sendo reconhecido o direito à remuneração pelos riscos concomitantes à sua saúde e à sua vida, ironicamente, opta pela vida, ainda que já não tenha a mesma saúde.(TST. RR - 2439-05.2011.5.15.0018. 7ª Turma. Rel. Min. Luiz Philippe Vieira de Mello Filho. Data de publicação 04/12/2015)

(...)

Assim, o autor faz jus ao recebimento de ambos os adicionais, como lhe foi deferido." - destaquei.

Analiso.

Cinge-se a controvérsia sobre a possibilidade de recebimento cumulado dos adicionais de insalubridade e periculosidade.

O Tribunal Regional manteve a sentença quanto ao entendimento pela possibilidade do pagamento dos adicionais de periculosidade e de insalubridade de forma cumulada.

O referido tema restou pacificado no âmbito desta Corte, com o julgamento do incidente de recurso de revista repetitivo nos autos do processo IRR - 239-55.2011.5.02.0319, na sessão do dia 26/9/2019, na qual o TST firmou os seguintes termos: "*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*".

Assim, é indevida a cumulação dos adicionais de periculosidade e insalubridade, cabendo ao reclamante optar pelo mais vantajoso, a teor do art. 193, § 2.º, da CLT.

Conheço do recurso de revista, por violação do art. 193, § 2º, da CLT.



PROCESSO Nº TST-RR-11734-22.2014.5.03.0042

2.2) Mérito

Conhecido o recurso de revista por violação do art. 193, § 2º, da CLT, **dou-lhe provimento** para, reconhecendo a impossibilidade de cumulação dos adicionais de periculosidade e insalubridade, determinar que o reclamante opte, na fase de liquidação, pelo adicional que entenda ser mais favorável.

II - RECURSO ADESIVO DO RECLAMANTE.

Uma vez conhecido o recurso de revista principal, passa-se à apreciação do recurso de revista adesivo interposto pelo reclamante, nos termos do art. 997, §2º, do CPC/2015.

Satisfeitos os pressupostos comuns de admissibilidade, examino os específicos do recurso de revista adesivo.

1. INTERVALOS INTRAJORNADA. PRÉ-ASSINALAÇÃO NOS CARTÕES DE PONTO. ÔNUS DA PROVA.

O reclamante não se conforma com o indeferimento de horas extras decorrentes de não fruição de intervalos intrajornada.

Aponta divergência jurisprudencial.

Transcrevo os fundamentos do acórdão quanto ao tema em destaque:

“O autor pleiteia o pagamento de horas extras decorrentes da não concessão dos intervalos intrajornada, aduzindo que os cartões de ponto, que contêm a pré-assinalação do tempo para descanso e alimentação, não são válidos como meio de prova.

O Juízo de Origem considerou dividida a prova oral quanto ao tema e indeferiu a pretensão obreira.

Examino.

Acerca do tema, a 1ª testemunha apresentada pelo autor nada disse acerca do intervalo intrajornada, enquanto a 2ª testemunha ouvida a pedido do obreiro afirmou:

"era raramente para eu fazer 1h de intervalo, o líder chamava e interrompia; quanto ao autor era a mesma coisa, tinha vez que tinha solda e ele era chamado" (pr'pId. 52f9a70).



PROCESSO Nº TST-RR-11734-22.2014.5.03.0042

A testemunha apresentada pela empresa, por sua vez, declarou que:

"o depoente trabalhava no horário administrativo de 7 as 17 e o autor também, com 1h30min de intervalo (...); não fazia intervalo junto com o autor, mas no mesmo horário" (Id. 52f9a70).

Como se vê nos depoimentos acima transcritos e conforme bem salientado pelo Juízo Sentenciante, a prova oral ficou dividida no que se refere ao tempo de gozo do intervalo intrajornada.

Considerando-se que, nos termos dos artigos 818 da CLT e 373 do NCPC, incumbia ao autor comprovar a concessão irregular do tempo de descanso e alimentação, por se tratar de fato constitutivo de seu direito, o pleito não merece acolhimento. Nada a prover."

Analiso.

Conforme se observa dos fundamentos do acórdão no item, o Tribunal Regional, sopesando a prova oral produzida nos autos, manteve a sentença que não acolheu a arguição de invalidade dos cartões-ponto juntados aos autos, por considerar que *"nos termos dos artigos 818 da CLT e 373 do NCPC, incumbia ao autor comprovar a concessão irregular do tempo de descanso e alimentação, por se tratar de fato constitutivo de seu direito, o pleito não merece acolhimento"*.

Assim está disposto na Súmula 338 do TST:

"SUM-338 JORNADA DE TRABALHO. REGISTRO. ÔNUS DA PROVA (incorporadas as Orientações Jurisprudenciais nºs 234 e 306 da SBDI-I) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005

I - É ônus do empregador que conta com mais de 10 (dez) empregados o registro da jornada de trabalho na forma do art. 74, § 2º, da CLT. A não-apresentação injustificada dos controles de frequência gera presunção relativa de veracidade da jornada de trabalho, a qual pode ser elidida por prova em contrário. (ex-Súmula nº 338 – alterada pela Res. 121/2003, DJ 21.11.2003)

II - A presunção de veracidade da jornada de trabalho, ainda que prevista em instrumento normativo, pode ser elidida por prova em contrário. (ex-OJ nº 234 da SBDI-I - inserida em 20.06.2001)

III - Os cartões de ponto que demonstram horários de entrada e saída uniformes são inválidos como meio de prova, invertendo-se o ônus da prova, relativo às horas extras, que passa a ser do empregador, prevalecendo a jornada da inicial se dele não se desincumbir. (ex-OJ nº 306



PROCESSO Nº TST-RR-11734-22.2014.5.03.0042

da SBDI-I- DJ 11.08.2003)

Nos termos do art. 74, § 2º, da CLT, é permitida a pré-assinalação do período de repouso e, à luz da Súmula 338 do TST, há presunção de veracidade da jornada de trabalho registrada nos cartões de ponto, podendo ser elidida por prova em contrário. O Tribunal Regional entendeu que o reclamante não se desincumbiu deste ônus.

Transcrevo precedentes desta 2ª Turma:

“2 - HORAS EXTRAS. INTERVALO INTRAJORNADA. PRÉ-ASSINALAÇÃO. Em face da existência de pré-assinalação dos intervalos intrajornada, o ônus da prova, quanto à fruição incorreta, é do reclamante. Agravo de instrumento não provido. 3 - PISO SALARIAL. ACT. Não se vislumbra qualquer vício na cláusula que dispõe sobre a possibilidade de diferenciação salarial entre empregados ocupantes do mesmo cargo, desde que respeitado a existência de valor mínimo de piso salarial (coerente com extensão e complexidade do trabalho, nos termos do art. 7º, V, da CF) e de que o princípio da isonomia não tenha sido quebrado. Não obstante, na hipótese, não houve indicação de paradigma que pudesse revelar que empregados na mesma situação funcional fossem tratados de forma diferente. Agravo de instrumento não provido” (AIRR-1994-05.2014.5.03.0183, 2ª Turma, Relatora Ministra Delaide Miranda Arantes, DEJT 13/11/2020).

HORAS EXTRAS. CARTÕES DE PONTO. ÔNUS DA PROVA. O Regional reputou válidos os cartões de ponto ao fundamento de que apontam horários variados e indicam o labor em jornada extraordinária, não tendo sido infirmados por prova em contrário. Releva destacar que a pré-assinalação do intervalo intrajornada não induz à conclusão de marcação britânica, pois o art. 74, § 2º, da CLT determina tão somente a obrigatoriedade de o empregador anotar os horários de entrada e saída, não havendo previsão em lei quanto ao registro do período de repouso. Correta a distribuição do ônus da prova, não se verifica violação dos artigos 818 da CLT, 333, I, do CPC, tampouco contrariedade à Súmula 338/TST. Agravo de instrumento não provido. ” (AIRR-1876-56.2013.5.02.0065, 2ª Turma, Relatora Ministra Maria Helena Mallmann, DEJT 29/05/2020).

Nesta esteira, correta a distribuição do ônus da prova, sendo que para se concluir de forma diversa seria imprescindível a reapreciação da prova coligida nos autos,



PROCESSO N° TST-RR-11734-22.2014.5.03.0042

procedimento vedado em sede de recurso de revista, nos termos da Súmula n° 126 do TST.

Assim, **não conheço do recurso.**

2. HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS. INDENIZAÇÃO POR PERDAS E DANOS PELO PAGAMENTO DE HONORÁRIOS CONTRATUAIS.

O reclamante busca a condenação da reclamada "ao pagamento dos honorários sucumbenciais e perdas e danos, conforme expresso na inicial". Refere que requereu na inicial, requereu na inicial, "o pagamento dos honorários advocatícios convencionais, no importe de 30%, incidente sobre o valor bruto do crédito do reclamante, e sucumbenciais, estes a razão de 20%, incidentes sobre o valor da condenação, ambos corrigidos desde a data do ajuizamento da ação até o efetivo pagamento".

Aponta divergência jurisprudencial.

O Tribunal Regional entendeu que não são devidos os honorários advocatícios sucumbenciais, tampouco indenização título de perdas e danos pelo pagamento dos honorários contratuais.

Assim consta no acórdão recorrido:

"(...) Prevalece, nesta Especializada, o princípio do jus postulandi, inexistindo obrigatoriedade de a parte ser assistida por advogado (artigos 791 e 840, § 2º, da CLT), podendo os empregados e empregadores reclamar pessoalmente perante esta Especializada. Muito embora o artigo 133 da Constituição da República tenha consagrado a indispensabilidade do advogado à administração da Justiça, é pacífico que tal dispositivo não revogou o artigo 791 da CLT. Já o artigo 22 da Lei 8.906/99 não tem o efeito de gerar a condenação dos honorários por arbitramento judicial.

Logo, se o autor optou pela contratação de advogado particular, dispensando a assistência do sindicato da sua categoria que lhe é facultada por Lei, deve arcar com os ônus daí decorrentes, não se havendo falar em indenização por danos materiais pelos valores despendidos com honorários advocatícios.

Nesta esteira, a Súmula 219 do TST, corroborada pela Súmula 329 do mesmo Tribunal. Não se aplica, portanto, à espécie, o disposto no Enunciado n° 53, aprovado na 1ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho ou no Enunciado n° 161, aprovado pela III Jornada de Direito Civil.

Frise-se que as disposições do Código Civil só são aplicáveis ao Processo do Trabalho quando inexistir norma especial versando sobre a



PROCESSO Nº TST-RR-11734-22.2014.5.03.0042

mesma matéria, de forma que a regência do pagamento de honorários advocatícios pela Lei 5.584/70 afasta o disposto na Legislação Civil e no Código de Processo Civil. Assim, não se há falar em aplicação dos artigos 389, 395 e 404 do Código Civil ao caso concreto.

Como se vê, em consequência do *jus postulandi*, não são devidos, no processo laboral, honorários advocatícios decorrentes da simples sucumbência em lides empregatícias, eis que as partes possuem a faculdade, e não a obrigação, de utilizarem-se dos serviços profissionais de um advogado. A pactuação extrajudicial celebrada com os causídicos que a representam em Juízo não tem o alcance de configurar dano.

Aliás, a respeito dos honorários contratuais, foi julgado, na sessão do Tribunal Pleno do dia 14/05/15, o IUJ 00368-2013-097-03-00-4, tendo sido aprovada a Súmula 37, que assim dispõe:

"POSTULADO DA REPARAÇÃO INTEGRAL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. PERDAS E DANOS. INTELIGÊNCIA DOS ARTIGOS 389 E 404 DO CÓDIGO CIVIL. É indevida a restituição à parte, nas lides decorrentes da relação de emprego, das despesas a que se obrigou a título de honorários advocatícios contratados, como dano material, amparada nos arts. 389 e 404 do Código Civil."

Desta forma, entende-se que os honorários advocatícios só são devidos na Justiça do Trabalho quando atendidos os requisitos previstos na Lei 5.584/70 e as disposições das Súmulas 219 e 329 do C. TST.

Nego provimento."

Analiso.

Esta Corte já pacificou a controvérsia acerca da matéria, por meio das Súmulas 219 e 329 do TST, segundo as quais a condenação ao pagamento de honorários advocatícios não decorre unicamente da sucumbência, sendo necessária a ocorrência concomitante de dois requisitos: a assistência por sindicato da categoria profissional e a comprovação da percepção de salário inferior ao dobro do mínimo legal ou de situação econômica que não permita ao empregado demandar sem prejuízo do próprio sustento ou da respectiva família.

De outra parte, a SBDI-1 desta Corte, quanto à indenização por perdas e danos relativa ao ressarcimento dos honorários contratuais, orienta-se no sentido de que, em razão da existência de dispositivo legal específico quanto à matéria (art. 14 da Lei 5.584/1970), não há que se aplicar, de forma subsidiária, o disposto nos arts. 389, 395 e 404 do CC.



PROCESSO Nº TST-RR-11734-22.2014.5.03.0042

Cito os precedentes:

"RECURSO DE EMBARGOS. REGÊNCIA DA LEI Nº 11.496/07. [...] HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. REQUISITOS. É firme a jurisprudência deste Tribunal Superior quanto à impossibilidade do reconhecimento de perdas e danos pela contratação de advogado particular para atuar na Justiça do Trabalho, em razão da não aplicação dos arts. 389, 395 e 404 do Código Civil às ações trabalhistas, em que os honorários advocatícios são cabíveis apenas nas hipóteses previstas na Súmula nº 219 do TST. Recurso de embargos de que não se conhece." (E-RR-82800-26.2004.5.15.0027, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Relator Ministro Walmir Oliveira da Costa, DEJT 16/03/2018)

"EMBARGOS REGIDOS PELA LEI Nº 11.496/2007. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. PERDAS E DANOS PREVISTOS NA LEGISLAÇÃO CIVIL. ARTIGOS 389, 395 E 404 DO CÓDIGO CIVIL. INAPLICABILIDADE. Nos termos da jurisprudência sedimentada nesta Corte, são inaplicáveis na Justiça do Trabalho os artigos 389, 395 e 404 do Código Civil para fins de deferimento dos honorários advocatícios. Referida verba constitui acessório inseparável do pedido principal de pagamento das perdas e danos, uma vez que o pagamento da indenização advinda da contratação de advogado não existe por si só, pressupondo a existência do pedido principal de pagamento das perdas e danos, não se configurando, assim, a hipótese dos artigos 389 e 404 do Código Civil. Ademais, no processo trabalhista, ao contrário do que estabelecido no processo civil, não vigora o princípio da sucumbência como único critério para a concessão da verba honorária, que é regulada pelo artigo 14 da Lei nº 5.584/70. Assim, a sua concessão encontra-se condicionada também ao preenchimento dos requisitos indicados na Súmula nº 219, item I, do TST. Esta Corte já se posicionou no sentido de que, mesmo após a promulgação da Constituição Federal de 1988, permanece válido o entendimento consubstanciado na Súmula nº 219 do TST, conforme se infere dos termos da Súmula nº 329 do TST, que ratificou o mencionado precedente. Nesse contexto, a Turma, ao entender que os honorários advocatícios na Justiça do Trabalho são devidos em qualquer hipótese, contrariou a Súmula nº 219, item I, do Tribunal Superior do Trabalho. Embargos conhecidos e providos." (TST-E-RR 1018-51.2012.5.11.0019, Rel. Min. José Roberto Freire Pimenta, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, DEJT 24/03/2017)

Incidência do artigo 896, § 7º, c/c a Súmula nº

333/TST.

Não conheço do recurso.



PROCESSO N° TST-RR-11734-22.2014.5.03.0042

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Segunda Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade: **I- conhecer** do recurso de revista da reclamada quanto ao tema referente à *possibilidade de pagamento dos adicionais de insalubridade e periculosidade de forma cumulada*, por violação do art. 193, § 2º, da CLT, e, no mérito, **dar-lhe provimento** para, reconhecendo a impossibilidade de cumulação dos adicionais de periculosidade e insalubridade, determinar que o reclamante opte, na fase de liquidação, pelo adicional que entenda ser mais favorável; **II - não conhecer** do recurso de revista adesivo do reclamante.

Brasília, 19 de maio de 2021.

MARIA HELENA MALLMANN
Ministra Relatora