



PROCESSO N° TST-RR-95600-58.2009.5.04.0014

A C Ó R D ã O
(4.ª Turma)
GMMAC/r3/msr/vl/ri

RECURSO DE REVISTA DA RECLAMADA. LITISPENDÊNCIA. PAGAMENTO DE DIFERENÇAS DO FGTS. AÇÃO COLETIVA. SINDICATO. SUBSTITUTO PROCESSUAL. AÇÃO INDIVIDUAL. CONFIGURAÇÃO. Configura-se a litispendência quando a ação coletiva, na qual figura o sindicato como substituto processual, e a ação individual, também em trâmite, têm em comum o pedido e a causa de pedir. Tal posicionamento, adotado no âmbito da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais desta Corte tem como suporte a identidade material das partes, que, em processos distintos, almejam o mesmo efeito jurídico.

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. DESCABIMENTO. AUSÊNCIA DE ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA PELO SINDICATO PROFISSIONAL. SÚMULAS N.ºS 219 E 329 DO TST. A questão do deferimento dos honorários assistenciais no âmbito da Justiça do Trabalho está pacificada por este Tribunal, por meio da Súmula n.º 219, cuja orientação foi mantida mesmo após a promulgação da Constituição Federal de 1988, como confirma o Verbete Sumular n.º 329, também desta Corte. Assim sendo, a prevalecer a diretriz emanada da Súmula n.º 219 do TST, o preenchimento dos requisitos da Lei n.º 5.584/70 é necessário para o deferimento dos honorários advocatícios. Dessa feita, embora o Reclamante tenha juntado a sua declaração de pobreza, ele não se encontra assistido por seu sindicato profissional, razão pela qual indevida a condenação em honorários advocatícios.

Recurso de Revista conhecido em parte e provido. RECURSO DE REVISTA DO RECLAMANTE. IMPOSTO DE RENDA INCIDENTE SOBRE FÉRIAS. Esta



PROCESSO N° TST-RR-95600-58.2009.5.04.0014

Corte, na esteira do art. 6.º, V, da Lei n.º 7.713/88, entende que não incide imposto de renda sobre o pagamento das férias indenizadas, em face do caráter indenizatório dessa verba. Precedentes. **Recurso de Revista conhecido e provido, no tópico. AVISO PRÉVIO PROPORCIONAL. REGULAMENTAÇÃO. AFRONTA AO ART. 7.º, XXI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. NÃO CONFIGURADA.** Na forma da Orientação Jurisprudencial n.º 84 da SBDI-1: "A proporcionalidade do aviso-prévio, com base no tempo de serviço, depende da legislação regulamentadora, visto que o art. 7.º, inc. XXI, da CF/1988 não é auto-aplicável". Esse entendimento permanece firme para algumas situações. De fato, conquanto tenha sido editada a Lei n.º 12.506, de 11 de outubro de 2011, regulamentando o aviso-prévio proporcional, não se pode conferir efeitos retroativos à referida espécie normativa, de forma a alcançar contrato de trabalho que já tenha sido extinto antes da sua entrada em vigor, sob pena de violação do ato jurídico perfeito. No caso dos autos, tendo sido o contrato de trabalho extinto em 20/2/2009, antes, portanto, da entrada em vigor da Lei n.º 12.506/2011, não há como se deferir o aviso-prévio proporcional, visto que, antes da edição da lei, havia efetivamente a omissão legislativa que impedia a aplicação imediata da norma inserta no art. 7.º, XXI, da Constituição Federal. Precedentes da Corte. **Recurso de Revista não conhecido, no tópico.**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista n.º **TST-RR-95600-58.2009.5.04.0014**, em que são Recorrentes



PROCESSO Nº TST-RR-95600-58.2009.5.04.0014

TAP MANUTENÇÃO E ENGENHARIA BRASIL S.A. e ALVEAR JOÃO CARON e Recorridos OS MESMOS.

R E L A T Ó R I O

Contra a decisão do Tribunal Regional do Trabalho da 4.^a Região, que deu parcial provimento ao Apelo Ordinário e aos Embargos de Declaração do Reclamante e negou provimento ao seu Recurso Ordinário e aos seus Embargos de Declaração (a fls. 219-e/228-e e 263-e/266-e), a Reclamada interpõe o presente Recurso de Revista, postulando a reforma do julgado, quanto à litispendência, ao adicional de antiguidade, aos honorários advocatícios e ao adicional de periculosidade (a fls. 271-e/279-e).

Admitido o Apelo (a fls. 287-e/288-e), o Reclamante interpõe Recurso de Revista adesivo a fls. 293-e/298-e, e apresenta contrarrazões a fls. 303-e/315-e.

O Recurso de Revista adesivo foi admitido a fls. 319-e/321-e.

A Reclamada apresentou contrarrazões a fls. 327-e/329-e.

Dispensada a remessa dos autos ao Ministério Público do Trabalho, nos termos do art. 83, § 2.º, II, do RITST.

É o relatório.

V O T O

RECURSO DE REVISTA DA RECLAMADA

Preenchidos os requisitos gerais de admissibilidade, passo à análise dos pressupostos intrínsecos.

CONHECIMENTO

LITISPENDÊNCIA



PROCESSO N° TST-RR-95600-58.2009.5.04.0014

O Regional rejeitou a preliminar de litispendência, quanto ao pleito do pagamento das diferenças de FGTS, por entender que o ajuizamento de ação coletiva não impediria o trabalhador de ajuizar ação individual. Eis o teor do seu pronunciamento:

“A litispendência pressupõe, na forma do art. 301, §§ 2.º e 3.º, do CPC, a existência de duas ou mais demandas com as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido. No caso dos autos, os documentos colacionados a fls. 236 e seguintes indicam que, de fato, **o sindicato representativo da categoria profissional a que pertence o Reclamante ajuizou demanda com o escopo de obter o pagamento das diferenças de FGTS em favor dos substituídos, além de reajustes salariais.**

Ocorre, todavia, que não se entende que o ajuizamento de ação coletiva caracteriza óbice ao processamento da ação individual em que formulado pedido com igual objeto. O art. 104 do Código de Defesa do Consumidor, de aplicação analógica, preconiza que o ajuizamento de ação coletiva com idêntico objeto não induz litispendência em relação à ação individual, entendimento que se mostra aplicável ao processo trabalhista, por força do art. 769 da CLT, até porque o exercício da tutela protetiva pelo sindicato de classe por meio da substituição processual não tem o condão de impedir o exercício individual do direito de ação pelo trabalhador.

Note-se, ademais, que, pelos pressupostos exigidos para a caracterização da litispendência, não se estaria diante de identidade plena de partes, já que o substituído não é considerado parte na ação, o que corrobora a tese de não incidência da causa extintiva. Sinal-se, também, que é lícito ao trabalhador requerer a desistência da ação coletiva, priorizando a tramitação da ação individual, o que atende, até mesmo, à celeridade processual.

Rejeita-se.”

A Recorrente, em suas razões recursais, sustenta que ajuizamento de ação coletiva pelo Sindicato, como substituto processual, enseja a litispendência em relação à ação individual proposta pelo trabalhador quanto aos pedidos idênticos. O Recurso de Revista lastreia-se em violação dos arts. 301, V e § 3.º, do CPC, 8.º e 769 da CLT e em divergência jurisprudencial.

À análise.

Cinge-se a controvérsia em se averiguar a ocorrência ou não da litispendência em relação à ação coletiva ajuizada pelo Sindicato, na qualidade de substituto processual, e a ação individual ajuizada pelo empregado, as quais possuem o mesmo objeto.



PROCESSO Nº TST-RR-95600-58.2009.5.04.0014

A jurisprudência desta Corte tem se firmado no sentido de que a ação ajuizada pelo Sindicato, como substituto processual, enseja a configuração de litispendência, se, na outra ação proposta pelo trabalhador, integrante daquela categoria profissional, vierem a ser buscados os mesmos direitos lá vindicados. O provimento jurisdicional com relação ao pedido, alcança, pois, a mesma pessoa, já que, em ambas as Reclamações Trabalhistas, o beneficiário é o mesmo Reclamante.

Nessas circunstâncias, havendo identidade formal de partes, nos termos do art. 301, V, § 1.º, do CPC, e evidenciado-se que o Sindicato e o Reclamante objetivam a satisfação dos mesmos interesses em Juízo, há de se reconhecer a litispendência. Nesse sentido, os seguintes precedentes:

“LITISPENDÊNCIA. CONFIGURAÇÃO. SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL E AÇÃO INDIVIDUAL. A existência de ação proposta pelo Sindicato, na condição de substituto processual, dá ensejo ao reconhecimento da litispendência em face de outra ação, ajuizada pelo empregado, integrante da categoria profissional representada, visando ao reconhecimento dos mesmos direitos, com idêntico pedido e causa de pedir. Ileso o artigo 301, § 2.º, do Código de Processo Civil. Recurso de embargos não conhecido.” (TST-E-ED-RR-579314-31.1999.5.05.5555, Rel. Min. Lelio Bentes Corrêa, SBDI-1, DEJT: 23/4/2010.)

“RECURSO DE EMBARGOS. LITISPENDÊNCIA. CONFIGURAÇÃO. SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL E AÇÃO INDIVIDUAL. A teoria da tríplice identidade (tria eadem) não é capaz de justificar todas as hipóteses configuradoras de litispendência, restringindo-se tão somente a uma regra geral. Há casos, como o dos autos, em que se deve aplicar a `teoria da identidade da relação jurídica-, pela qual ocorrerá a litispendência quando houver, entre as ações em curso, identidade da relação jurídica de direito material deduzida em ambos os processos (res in iudicium deducta), ainda que haja diferença em relação a algum dos elementos identificadores da demanda. Configura-se a litispendência o simples fato de haver identidade jurídica e não física. Embargos não conhecidos.” (TST-E-RR-510846/1998, Rel. Min. Aloysio Corrêa da Veiga SBDI-I, DJ 20/2/2009.)

“SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. LITISPENDÊNCIA. Há identidade de partes, a configurar litispendência, entre a ação individual e a proposta por Sindicato na qualidade de substituto processual quando ambas possuem o mesmo objeto. [...]. Recurso de Embargos de que não se



PROCESSO N° TST-RR-95600-58.2009.5.04.0014

conhece.” (TST-E-RR-618547/1999.7, Rel. Min. João Batista Brito Pereira, SBDI-1, DJ 19/12/2008.)

“LITISPENDÊNCIA. SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. DISSÍDIO COLETIVO DE NATUREZA JURÍDICA DE EFEITO CONCRETO. AÇÃO INDIVIDUAL. A substituição processual promovida pelo sindicato é ampla e irrestrita, abrangendo, toda a categoria. Dessa forma, há litispendência entre a ação de Dissídio Coletivo de natureza jurídica e a reclamação trabalhista individual promovida pelo substituído que guarda identidade jurídica, possui idêntico pedido e visa efeito jurídico igual ao daquela. Recurso de Embargos de que não se conhece.” (TST-E-RR-773538/2001.0, Rel. Min. João Batista Brito Pereira, SBDI-1, DJ 22/6/2007.)

Dessarte, tendo o Regional rejeitado a preliminar de litispendência, apesar de reconhecer que havia identidade entre os pedidos referentes ao pagamento do FGTS formulados na presente demanda e na ação coletiva ajuizada pelo Sindicato, sua decisão acabou por violar a literalidade do art. 301, V e § 3.º, do CPC.

Pelo exposto, **conheço** do Recurso de Revista, por violação do art. 301, V e § 3.º, do CPC.

INTEGRAÇÃO DO ADICIONAL POR TEMPO DE SERVIÇO, NA BASE DE CÁLCULO DO ADICIONAL DE PERICULOSIDADE

O Regional, ante a constatação de que a Reclamada, além de recolher o FGTS sobre o adicional por tempo de serviço, integrava a referida verba ao décimo terceiro salário, reconheceu a sua natureza salarial, *in verbis*:

“No que tange ao adicional por tempo de serviço, ainda que as normas coletivas estabeleçam que tal rubrica não se integra ao salário para nenhum efeito trabalhista, como apurado pela julgadora à fls. 588, a Reclamada considerava tais valores para fins de recolhimento de FGTS, além de décimos terceiros salários. Conclui-se, assim, que a parcela foi incorporada ao contrato de trabalho do Reclamante, sendo devida no momento da rescisão.”

Ao apreciar os Embargos de Declaração, entendeu a Corte de origem que, tendo natureza salarial o adicional por tempo de



PROCESSO N° TST-RR-95600-58.2009.5.04.0014

serviço, seria devida a sua integração na base de cálculo do adicional de periculosidade, *in verbis*:

“Sustenta o Reclamante que há omissão no acórdão, uma vez que não foi analisado o pedido de que o adicional de periculosidade seja calculado sobre o salário acrescido do adicional de tempo de serviço, bem como dos reflexos do adicional de periculosidade no adicional por tempo de serviço.

Com razão parcial.

De fato, conforme item III, 1, da fundamentação, foi mantido o entendimento de que o adicional por tempo de serviço integra o salário do Reclamante. Entretanto, na forma da Súmula n.º 191 do TST, a base de cálculo do adicional de periculosidade é o salário básico, não se observando como parâmetro a remuneração. Diante disso, o adicional por tempo de serviço não integra a base de cálculo do adicional de periculosidade.

De outro lado, considerando a natureza salarial adicional por tempo de serviço, o adicional de periculosidade deve ser calculado também sobre o mesmo, porquanto forma a sua base de cálculo.

Logo, dá-se provimento parcial aos Embargos de Declaração para, atribuindo efeito modificativo ao julgado, estabelecer que o adicional de periculosidade deve ser calculado também sobre o adicional por tempo de serviço.”

A Reclamada, em seu Apelo, afirma que, havendo previsão, em norma coletiva, da natureza indenizatória do adicional por tempo de serviço, não poderia haver a integração da referida parcela na base de cálculo do adicional de periculosidade, sob pena de afronta ao art. 7.º, XXVI, da Constituição Federal. Colaciona aresto.

À análise.

A Corte de origem, apesar de mencionar que a norma coletiva previa a natureza indenizatória do adicional por tempo de serviço, reconheceu a sua natureza salarial, pelo fato de a própria Reclamada considerar a aludida verba no cálculo do décimo terceiro salário e nos depósitos do FGTS.

Ora, sendo autorizada a alteração benéfica do contrato de trabalho por parte do empregador, tem-se que ele, ao integrar o adicional por tempo de serviço no cálculo do décimo terceiro salário e nos depósitos do FGTS, acabou por afastar a previsão normativa, conferindo natureza salarial ao adicional em questão.



PROCESSO Nº TST-RR-95600-58.2009.5.04.0014

Dessarte, a Corte de origem, ao afastar o instrumento normativo, não afrontou o art. 7.º, XXVI, da Constituição Federal, mas apenas observou as regras contratuais impostas pelo próprio empregador, que reputou como salarial o adicional por tempo de serviço.

Por fim, o único aresto trazido a cotejo não rende ensejo à admissão da Revista, pois é oriundo de Turma do TST, hipótese não prevista no art. 896, "a", da CLT.

Ante o exposto, **não conheço** do Apelo, no tópico.

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

A Corte de origem deu provimento ao Recurso Ordinário do Reclamante, deferindo-lhe os honorários advocatícios, ao fundamento de que a mera insuficiência econômica seria o bastante para ensejar a concessão da referida verba, *in verbis*:

“Pugna o Reclamante pelo deferimento de honorários advocatícios.
Com razão.

A assistência judiciária gratuita aos necessitados, incluindo os honorários advocatícios na Justiça do Trabalho, é devida na forma do art. 4.º da Lei n.º 1.060/50, que determina: ‘A parte gozará dos benefícios da assistência judiciária, mediante simples afirmação, na própria petição inicial, de que não está em condições de pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo próprio ou de sua família’.

Logo, em tendo o Reclamante declarado a sua situação de pobreza, à fls. 14, conforme o disposto no art. 790, § 3.º, da CLT, acolhe-se o pedido. O posicionamento adotado por este Colegiado é de que isso basta para a garantia de acesso ao Poder Judiciário, não havendo necessidade de estar a parte, a despeito do previsto nas Súmulas n.º 219 e 329 do TST, assistida pelo sindicato representativo de sua categoria profissional.

Dá-se provimento, assim, ao recurso do Reclamante para condenar a Reclamada ao pagamento de honorários advocatícios de 15% sobre o valor bruto da condenação.”

A Recorrente alega que não são devidos honorários advocatícios, porquanto não preenchidos todos os requisitos previstos na Lei n.º 5.584/1970. O Apelo lastreia-se em contrariedade às Súmulas n.ºs 219 e 329 do TST.

A questão do deferimento dos honorários assistenciais no âmbito da Justiça do Trabalho está pacificada por este Tribunal, por



PROCESSO N° TST-RR-95600-58.2009.5.04.0014

meio da Súmula n.º 219, I, cuja orientação foi mantida mesmo após a promulgação da Constituição Federal de 1988, como confirma o Verbete Sumular n.º 329, também desta Corte, *in verbis*:

“HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. HIPÓTESE DE CABIMENTO

I - Na Justiça do Trabalho, a condenação ao pagamento de honorários advocatícios, nunca superiores a 15% (quinze por cento), não decorre pura e simplesmente da sucumbência, devendo a parte estar assistida por sindicato da categoria profissional e comprovar a percepção de salário inferior ao dobro do salário mínimo ou encontrar-se em situação econômica que não lhe permita demandar sem prejuízo do próprio sustento ou da respectiva família.”

“SÚMULA N.º 329 do TST. Honorários advocatícios. Art. 133 da CF/1988. Mesmo após a promulgação da CF/1988, permanece válido o entendimento consubstanciado na Súmula n.º 219 do Tribunal Superior do Trabalho.”

Assim sendo, a prevalecer a diretriz emanada da Súmula n.º 219 do TST, o preenchimento dos requisitos da Lei n.º 5.584/70 é necessário para o deferimento dos honorários advocatícios.

Dessa feita, embora o Reclamante tenha juntado a sua declaração de pobreza, ele não se encontra assistido por seu sindicato profissional, razão pela qual indevida a condenação em honorários advocatícios, na esteira do entendimento pacificado por esta Corte.

Ante o exposto, **conheço** do Recurso de Revista, por contrariedade às Súmulas n.ºs 219 e 329 do TST.

ADICIONAL DE PERICULOSIDADE

O Regional deu provimento ao Recurso Ordinário do Reclamante, a fim de lhe deferir o adicional de periculosidade. Para tanto, valeu-se dos seguintes fundamentos:

“Concluiu a perita técnica (a fls. 399-407) que o Reclamante não laborou em condições de trabalho perigosas ou insalubres, considerada a legislação vigente. Consta no laudo pericial que o autor trabalhava na sala da gerência, onde fazia o controle e planejamento administrativo da parte técnica dos serviços de manutenção. Descreveu a perita: ‘Com base nos fatos apresentados pela Reclamada e diante da frequência com que os processos de



PROCESSO N° TST-RR-95600-58.2009.5.04.0014

abastecimento ou destaqueio de aeronaves ocorriam, diante do fato de que estes procedimentos obedeciam a determinações de segurança como isolamento da área entendemos que a relação entre a circulação do autor em frente ao Hangar 2 e a realização destas ações concluímos que o Reclamante não trabalhou exposto a condições de risco capaz de lhe conferir o adicional de periculosidade, já que não desenvolvia suas atividades e/ou adentrava de modo habitual na área de risco, conforme Anexo-2 da NR-16 – Atividades e operações perigosas com inflamáveis, Portaria 3214/78’.

.....
A prova oral, contudo, socorre a tese do Reclamante. A testemunha trazida pelo reclamante, Sr. Pedro Antônio Custódio, afirmou que (a fls. 537-8): ‘[...] o Reclamante, no dia-a-dia, fazia atualização de informações em sistemas, fazia rondas nas áreas de produção coletando dados e fazendo pesquisas e, eventualmente, transportando peças, além de controle de mão de obra; **que o Reclamante circulava cerca de duas ou três vezes por dia pelo pátio e hangares; que quando isso ocorria sempre havia aeronaves estacionadas, podendo ocorrer destas estarem sendo abastecidas, estimando que o Reclamante circulasse há cerca de 20/30 metros das aeronaves, podendo ocorrer de circular em distância inferior;** que as peças que o Reclamante transportava era entre as oficinas, de tamanhos diversos e em condições de manuseio, eventualmente com alguma ‘sujeirinha’ de combustível; que o Reclamante não fazia nenhuma atividade diretamente nas aeronaves; que os aviões eram abastecidos no pátio, em diferentes locais; que havia cones ou fitas delimitando o espaço; que, a vista dos documentos das fls. 51/52, diz que não havia cones ou fitas; que não lembra a partir de quando estas passaram a ser colocadas; que estima que em 30% da jornada, o Reclamante estivesse circulando pelos hangares; que havia um setor específico para fazer o transporte de ecas entre as áreas’.

Esta prova revela, portanto, que o autor, não obstante estivesse lotado em escritório, tinha como atividade diária tarefas que envolviam deslocamento pessoal no pátio do aeroporto e junto aos hangares, onde as aeronaves são abastecidas, portanto exposto de forma, apesar de intermitente, não eventual ao risco.

Acresça-se o fato de estar registrado no Perfil Profissiográfico Previdenciário (fl. 53) que o autor trabalhava no interior dos hangares e oficinas.

Dá-se provimento ao recurso para deferir adicional de periculosidade com reflexos no aviso-prévio, férias com 1/3, 13.º salários e FGTS com 40%.” (Grifos no original.)

A Recorrente alega ser indevido o adicional de periculosidade, ao argumento de que o Reclamante não trabalhava em condições de risco acentuado, tampouco em contato permanente com



PROCESSO N° TST-RR-95600-58.2009.5.04.0014

inflamáveis. O Recurso de Revista vem calcado em violação do art. 193 da CLT.

Não prospera o Apelo.

O Regional, ao deferir o adicional de periculosidade, lastreou-se nas provas produzidas nos autos, que constatarem que o Reclamante adentrava na área de risco de forma intermitente, durante o desempenho de suas atribuições. Dessa feita, para infirmar as suas razões de decidir e concluir que o Obreiro não laborava em condições de risco acentuado, nem em contato intermitente com área de risco, seria necessário o reexame do conjunto fático-probatório, o que é vedado pela Súmula n.º 126 desta Corte.

Além disso, partindo-se da moldura fática delineada nos autos, verifica-se que a decisão regional se amolda à primeira parte da Súmula n.º 364 do TST, que assim dispõe:

“ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. EXPOSIÇÃO EVENTUAL, PERMANENTE E INTERMITENTE. 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.”

Pelo exposto, **não conheço** do Recurso de Revista, no particular.

MÉRITO

LITISPENDÊNCIA

Conhecido o Recurso de Revista, por violação do art. 301, V e § 3.º, do CPC, a consequência lógica é o seu provimento para, reconhecendo a litispendência, extinguir o processo, sem julgamento do mérito, nos termos do art. 267, V, do CPC, em relação ao pedido de pagamento de diferenças do FGTS, que foram objeto de postulação no Processo n.º 01049-2003-010-04-00-6.

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS



PROCESSO N° TST-RR-95600-58.2009.5.04.0014

Conhecido o Recurso de Revista por contrariedade às Súmulas n.ºs 219 e 329 do TST, o seu provimento é mera consequência, para excluir da condenação os honorários advocatícios.

RECURSO DE REVISTA ADESIVO DO RECLAMANTE

Preenchidos os requisitos gerais de admissibilidade, passo à análise dos pressupostos intrínsecos.

CONHECIMENTO

IMPOSTO DE RENDA SOBRE AS FÉRIAS INDENIZADAS

O Regional entendeu que as férias indenizadas estariam sujeitas à incidência de imposto de renda, sob os seguintes fundamentos:

“Entende o Reclamante que não há incidência de imposto de renda sobre férias indenizadas. Invoca a Súmula n.º 125 do STJ.

Sem razão.

É entendimento desta Turma que as férias indenizadas estão, sim, sujeitas ao desconto. Nesse sentido, aliás, o processo n.º 0134900-34.2008.5.04.0023, relatado pelo Exmo. Desembargador João Alfredo Borges de Miranda, publicado em 13/12/2010: ‘Com razão a Reclamada, porque as férias indenizadas na rescisão contratual sujeitam-se à incidência de imposto de renda. A Súmula n.º 125 do STJ apenas exclui o imposto de renda sobre o pagamento de férias não gozadas por necessidade do serviço, situação não configurada no caso presente.’

Nega-se provimento.”

O Reclamante, em suas razões recursais, sustenta que, não sendo as férias indenizadas consideradas como salário de contribuição para fins previdenciários, igualmente não se sujeitam à incidência do imposto de renda. O Apelo lastreia-se em violação dos arts. 43 do CTN e 6.º, V, da Lei n.º 7.713/1988 e em divergência jurisprudencial.

Logra êxito o Reclamante em demonstrar dissenso pretoriano com os arestos a fls. 295-e, que expressam tese especificamente divergente da adotada pela decisão regional, no sentido de que as férias indenizadas não estão sujeitas à incidência do imposto de renda.



PROCESSO N° TST-RR-95600-58.2009.5.04.0014

Ante o exposto, **conheço** do Recurso de Revista, por divergência jurisprudencial.

AVISO PRÉVIO PROPORCIONAL

Quanto ao tema em epígrafe, o Regional assim se manifestou:

“Requer o Reclamante reforma da sentença que indeferiu o pedido de aviso-prévio proporcional ao tempo de serviço. Sustenta que a inexistência de regulamentação infraconstitucional não pode obstaculizar o gozo do direito.

Há jurisprudência consolidada (Súmula n.º 6 deste TRT) no sentido de que a norma constitucional que institui o aviso-prévio proporcional, art. 7.º, XXI, da CF, é de eficácia limitada, ou seja necessita de norma regulamentadora para que produza efeitos no mundo jurídico. A questão necessita ser resolvida na esfera do poder legislativo, por meio daqueles que a sociedade elege como representantes.

Nega-se provimento.”

O Reclamante sustenta que deve ser fixado o aviso-prévio proporcional como direito do trabalhador, sobretudo após o julgamento do STF, que entendeu que a omissão legislativa em regulamentar o art. 7.º, XXI, da Constituição Federal seria inconstitucional. Indica afronta ao art. 7.º, XXI, da Constituição Federal.

Sem razão o Recorrente.

Na forma da Orientação Jurisprudencial n.º 84 da SBDI-1: “A proporcionalidade do aviso-prévio, com base no tempo de serviço, depende da legislação regulamentadora, visto que o art. 7.º, inc. XXI, da CF/1988 não é autoaplicável”.

Esse entendimento permanece firme para algumas situações.

De fato, conquanto tenha sido editada a Lei n.º 12.506, de 11 de outubro de 2011, regulamentando o aviso-prévio proporcional, não se pode conferir efeitos retroativos à referida espécie normativa, de forma a alcançar contrato de trabalho que já tenha sido extinto antes da sua entrada em vigor, sob pena de violação do ato jurídico perfeito.



PROCESSO N° TST-RR-95600-58.2009.5.04.0014

Esse posicionamento já foi adotado por algumas Turmas desta Corte, consoante se verifica dos precedentes a seguir transcritos:

“PROPORCIONALIDADE DO AVISO-PRÉVIO COM BASE NO TEMPO DE SERVIÇO. AUSÊNCIA DE LEGISLAÇÃO REGULAMENTADORA. ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL 84 DA SBDI-1 DO TST. O Regional, ao condenar a Reclamada ao pagamento de aviso-prévio proporcional, na ausência de lei que regulamentasse tal instituto, previsto no art. 7.º, XXI, da Constituição Federal, decidiu em desarmonia com o entendimento desta Corte, sedimentado na Orientação Jurisprudencial 84 da SBDI-1. Registre-se, porque oportuno que, em 11 de outubro de 2011, entrou em vigor a Lei n.º 12.506/2011, a qual, suprimindo omissão legislativa, disciplina o aviso-prévio de que trata o Capítulo VI do Título IV da CLT, atendendo, assim, à disposição expressa no artigo 7.º, XXI, da Constituição Federal, quanto ao direito à proporcionalidade. Entretanto, não há como se aplicar ao presente caso as disposições legais contidas no referido diploma legal, diante do princípio da irretroatividade das leis, albergado pelo nosso ordenamento jurídico, em respeito ao ato jurídico perfeito, o direito adquirido e à coisa julgada, conforme previsão expressa do artigo 5.º, XXXVI, da Constituição Federal. Recurso de Revista conhecido e provido.” (TST-RR-160100-38.2005.5.04.0382, Relator Ministro Márcio Eurico Vitral Amaro, 8.ª Turma, DEJT 19/12/2011.)

“AVISO-PRÉVIO PROPORCIONAL (OJ 84/SDI-I/TST). A proporcionalidade do aviso-prévio, fixada pelo art. 7.º, XXI, CF, segundo a jurisprudência dominante (OJ 84, SDI-1, TST), dependia de especificação normativa por lei federal. O advento da Lei n.º 12.506/2011 supriu essa omissão legislativa, fixando a proporcionalidade como direito dos empregados (art.1.º, Lei 12.506/2011), inclusive rurícolas, domésticos e terceirizados, a partir de um ano completo de serviço (art. 1.º, citado), à base de três dias por ano de serviço prestado na mesma entidade empregadora (parágrafo único do art. 1.º, citado) até o máximo de 60 dias de proporcionalidade, perfazendo um total de 90 dias. A proporcionalidade agregada pelo art. 7.º, XXI, CF e Lei n.º 12.506/2011 não prejudica a regência normativa do instituto do pré-aviso fixada pelos artigos 487 a 491 da CLT, que preservam plena efetividade. Contudo, tratando-se de vantagem econômica fixada pela lei nova, publicada em 13/10/2011, a proporcionalidade não pode ter efeito retroativo, em face da regra geral do efeito normativo estritamente imediato fixado pela Constituição para as leis do País (art. 5.º, XXXVI, CF). Recurso de revista não conhecido, no particular.” (TST-RR-145200-46.2007.5.12.0030, Relator Ministro Mauricio Godinho Delgado, 6.ª Turma, DEJT 2/12/2011.)



PROCESSO Nº TST-RR-95600-58.2009.5.04.0014

No caso dos autos, tendo sido o contrato de trabalho extinto em 20/2/2009, antes, portanto, da entrada em vigor da Lei n.º 12.506/2011, não há como se deferir o aviso-prévio proporcional, visto que, antes da edição da lei, havia efetivamente a omissão legislativa que impedia a aplicação imediata da norma inserta no art. 7.º, XXI, da Constituição Federal.

Ileso, nesse contexto, o art. 7.º, XXI, da Constituição Federal.

Pelo exposto, **não conheço** do Recurso de Revista, no particular.

MÉRITO

IMPOSTO DE RENDA SOBRE AS FÉRIAS INDENIZADAS

Cinge-se a controvérsia em se averiguar a possibilidade de incidência ou não do imposto de renda sobre as férias indenizadas.

A questão já não comporta maiores discussões, porquanto esta Corte, na esteira do artigo 6.º, V, da Lei n.º 7.713/88, entende que não incide imposto de renda sobre o pagamento das férias indenizadas, em face do caráter indenizatório da aludida parcela.

Nesse sentido, têm-se os seguintes precedentes:

“RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO PELO RECLAMANTE. DESCONTOS A TÍTULO DE IMPOSTO DE RENDA SOBRE FÉRIAS INDENIZADAS. A jurisprudência deste Tribunal Superior converge no sentido da não incidência do imposto de renda sobre as férias indenizadas, diante de imposição legal expressa no inc. V do art. 6.º da Lei n.º 7.713/88, que exclui da base de incidência do imposto de renda as parcelas de natureza indenizatórias recebidas por ocasião da rescisão do contrato de trabalho, nas quais se incluem as férias indenizadas. Recurso de revista parcialmente conhecido e provido.” (TST-RR-10100-46.2009.5.02.0057, Rel. Min. Walmir Oliveira da Costa, 1.ª Turma, DEJT 5/8/2011.)

“[...] DEVOLUÇÃO DE IMPOSTO DE RENDA - FÉRIAS INDENIZADAS. É certo que o pagamento a título de adicional de 1/3 de férias tem natureza eminentemente salarial, nos termos do artigo 7.º, XVII, da Carta Magna, e portanto, suscetível à tributação. As férias não gozadas são recebidas como compensação pela renúncia a um direito, e, conquanto



PROCESSO N° TST-RR-95600-58.2009.5.04.0014

constituam acréscimo patrimonial, não são passíveis de tributação, nos termos das exceções referentes à isenção legal, das hipóteses dos incisos XVI, XVII, XIX, XX e XXIII do art. 39 do Regulamento do Imposto de Renda e Proventos de Qualquer Natureza, aprovado pelo Decreto n.º 3.000/99 e art. 6.º, V, da Lei n.º 7.713/88). Recurso de revista conhecido e desprovido.” (TST-RR-158/2000-015-01-00.1, Ac. 2.ª Turma, Rel. Min. Renato de Lacerda Paiva, DEJT 6/2/2009.)

“[...] 3. IMPOSTO DE RENDA SOBRE FÉRIAS INDENIZADAS. Estão excluídas da base de incidência do imposto de renda as parcelas de natureza indenizatórias recebidas por ocasião da rescisão do contrato de trabalho, nas quais se incluem as férias indenizadas. Inteligência do art. 6.º, V, da Lei n.º 7.713/88. Recurso de revista conhecido e provido.” (TST-RR-5436/2007-035-12-00.8, Rel. Min. Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, 3.ª Turma, DEJT 4/9/2009.)

“RECURSO DE REVISTA DA RECLAMADA PRELIMINAR DE NULIDADE POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. [...] IMPOSTO DE RENDA - INCIDÊNCIA SOBRE FÉRIAS INDENIZADAS. 1 - A par da discussão sobre a aplicabilidade ou não da Súmula n.º 125/STJ à espécie, é indubitoso o caráter indenizatório das férias em comento, o que atrai a inteligência da norma do artigo 6.º, inciso V, da Lei n.º 7.713/88, que exclui da base de cálculo do imposto de renda as verbas indenizatórias percebidas por ocasião da despedida ou rescisão do contrato de trabalho, entre as quais se incluem as férias indenizadas. 2 - Esse entendimento está conforme o artigo 43 do Código Tributário Nacional, o qual preconiza em seu caput e incisos que o imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza tem como fato gerador a aquisição de disponibilidade econômica ou jurídica de renda ou proventos de qualquer natureza, assim entendidos os acréscimos patrimoniais não compreendidos no conceito de renda, tida como produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos. 3 - Como as férias indenizadas não consubstanciam renda, nem acréscimo patrimonial de qualquer natureza, mas tão somente visam reparar a violação do direito do trabalhador ao descanso anual e ao lazer, correta a decisão recorrida ao manter o deferimento do pleito de devolução dos descontos de imposto de renda efetuados sobre as férias indenizadas, posicionamento que encontra eco em inúmeros julgados deste TST. Precedentes. 4 - Recurso desprovido.[...]” (TST-RR-1129000-14.2004.5.09.0004, Rel. Min. Antônio José de Barros Levenhagen, 4.ª Turma, Data de Publicação: 13/11/2009.)

“RECURSO DE REVISTA. FÉRIAS INDENIZADAS. INCIDÊNCIA DO IMPOSTO DE RENDA. De acordo com o art. 6.º, V, da Lei n.º 7.713/88, estão excluídas da base de incidência do imposto de renda as parcelas de natureza indenizatória recebidas por ocasião da rescisão do contrato de trabalho, nas quais se incluem as férias indenizadas. Recurso de revista de que se conhece e a que se nega provimento.”



PROCESSO N° TST-RR-95600-58.2009.5.04.0014

(TST-RR-217000/2005-064-02-00, Rel. Min. Kátia Magalhães Arruda, 5.^a Turma, DJ 13/11/2009.)

“[...] IMPOSTO DE RENDA SOBRE FÉRIAS INDENIZADAS. INDEVIDO. Em face da natureza indenizatória da rubrica, os descontos para o fisco são indevidos.[...]” (TST-AIRR-17109/2002-900-04-00.8, Ac. 7.^a Turma, Rel. Min. Pedro Paulo Manus, DEJT 8/5/2009.)

“[...] RECURSO DE REVISTA DA RECLAMADA. FÉRIAS INDENIZADAS E PRÊMIO APOSENTADORIA. NATUREZA INDENIZATÓRIA. NÃO INCIDÊNCIA DO IMPOSTO DE RENDA. 1. As férias vencidas e não gozadas, convertidas em pecúnia por ocasião da rescisão do contrato de trabalho, têm natureza indenizatória, em face do caráter punitivo do empregador e reparatório do direito do empregado ao descanso e ao lazer, e, portanto, não estão sujeitas à incidência do imposto de renda, por disposição expressa no inciso V do artigo 6.º, da Lei n.º 7.713/88. 2. Já quanto ao prêmio aposentadoria, esta Corte, por meio da Orientação Jurisprudencial n.º 207 firmou o entendimento de que A indenização paga em virtude de adesão a programa de incentivo à demissão voluntária não está sujeita à incidência do imposto de renda. Recurso de revista não conhecido.” (TST-RR-623/2000-011-01-00.9, Ac. 8.^a Turma, Rel. Min. Dora Maria da Costa, DEJT 4/5/2009.)

“IMPOSTO DE RENDA. INCIDÊNCIA SOBRE PARCELAS DE NATUREZA INDENIZATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. De acordo com o artigo 43 do Código Tributário Nacional, as verbas indenizatórias percebidas por ocasião da despedida ou rescisão do contrato de trabalho não devem ser computadas na base de cálculo do imposto de renda, porque não consubstanciam renda, nem acréscimo patrimonial, mas visam à reparação pelo dano ao patrimônio do empregado. Recurso de embargos conhecido e provido.” (TST-E-RR-2802600-71-2002-5-10-0900, Rel. Min. Augusto César Leite de Carvalho, Subsecção I Especializada em Dissídios Individuais, DT-10/9/2010.)

Pelo exposto, **dou provimento** ao Recurso de Revista, a fim de determinar a devolução do imposto de renda sobre as férias indenizadas.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Quarta Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade: I) conhecer do Recurso de Revista da Reclamada, quanto à litispendência, por violação do art. 301, V e § Firmado por assinatura digital em 09/05/2012 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, conforme MP 2.200-2/2001, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.



PROCESSO N° TST-RR-95600-58.2009.5.04.0014

3.º, do CPC, e, no mérito, dar-lhe provimento para, reconhecendo a litispendência, extinguir o processo sem julgamento do mérito, nos termos do art. 267, V, do CPC, em relação ao pedido de pagamento de diferenças do FGTS, que foram objeto de postulação no Processo n.º 01049-2003-010-04-00-6; quanto aos honorários advocatícios, por contrariedade às Súmulas n.ºs 219 e 329 do TST, e, no mérito, dar-lhe provimento para excluir da condenação os honorários advocatícios; II) conhecer do Recurso de Revista do Reclamante, apenas quanto à incidência do imposto de renda sobre as férias indenizadas, por divergência jurisprudencial, e, no mérito, dar-lhe provimento para determinar a devolução do imposto de renda sobre as férias indenizadas.

Brasília, 09 de maio de 2012.

Firmado por assinatura digital (MP 2.200-2/2001)

MARIA DE ASSIS CALSING

Ministra Relatora