



PROCESSO Nº TST-RR-136500-26.2008.5.15.0010

A C Ó R D ã O
(4ª Turma)
JOD/vc/fv

RECURSO DE REVISTA. DIFERENÇAS DE DEPÓSITOS DO FGTS. ÔNUS DA PROVA

1. Em face do princípio da aptidão da prova, prevalece no âmbito do TST o entendimento de que incumbe ao empregador o ônus de provar a regularidade dos depósitos do FGTS, mormente pelo fato de que a empresa naturalmente deve manter em seu poder os comprovantes dos depósitos do FGTS.

2. Hipótese em que a decisão regional inverteu o ônus da prova, ao imputar ao Reclamante o dever de demonstrar a irregularidade do recolhimento do FGTS.

3. Recurso de revista de que se conhece parcialmente e a que se dá provimento, no particular.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista nº **TST-RR-136500-26.2008.5.15.0010**, em que é Recorrente **NIVALDO APARECIDO BELLAN JUNIOR** e Recorridos **AMERICA LATINA LOGISTICA MALHA PAULISTA S.A. - ALL E OUTRO**.

O Eg. TRT da 15ª Região, mediante o acórdão de fls. 1.430/1.442 da numeração eletrônica, negou provimento ao recurso ordinário do Reclamante. Assim, manteve a r. sentença que indeferiu os pedidos de **(a)** indenização por dano moral e pensão mensal vitalícia, em virtude de doença ocupacional, **(b)** horas extras e reflexos, inclusive decorrentes da suposta ausência de intervalos intrajornada, **(c)** diferenças de FGTS,



PROCESSO Nº TST-RR-136500-26.2008.5.15.0010

(d) diferenças da multa sobre o FGTS em virtude de expurgos inflacionários e **(e)** honorários advocatícios.

Inconformado, o Reclamante interpõe recurso de revista, alegando, em síntese, violação de preceitos de lei e contrariedade a súmula e a orientação jurisprudencial do TST. Transcreve arestos para demonstrar divergência jurisprudencial (fls. 1.477/1.491).

Decisão interlocutória que admitiu o recurso de revista às fls. 1.509/1.510.

Não houve remessa dos autos à douta Procuradoria-Geral do Trabalho (art. 83 do RITST).

É o relatório.

1. CONHECIMENTO

Considero atendidos os pressupostos extrínsecos de admissibilidade concernentes à tempestividade (fls. 1.475 e 1.476) e à regularidade de representação (fls. 60 e 1.476). Inexigível o preparo.

1.1. HORAS EXTRAS. ÔNUS DA PROVA

O Eg. TRT de origem manteve a r. sentença que indeferiu o pedido de condenação da Reclamada ao pagamento de horas extras e reflexos, inclusive decorrentes da suposta ausência de intervalos intrajornada.

Para tanto, entendeu o Tribunal *a quo* que o Reclamante não demonstrou suas alegações, não se desincumbindo, dessa forma, do ônus da prova.

Assim constou do acórdão recorrido:

“Tampouco quanto aos títulos em epígrafe o autor fez prova de



PROCESSO Nº TST-RR-136500-26.2008.5.15.0010

suas alegações, o que lhe competia, conforme a inteligência dos artigos 818 da Consolidação das Leis do Trabalho e 333, inciso I, do Código de Processo Civil.

Não é à toa, portanto, que, em suas razões recursais, o laborista avenge tese de inversão do encargo probatório, procurando, desta forma, suprir a deficiência de sua prova.

Assim, tendo em vista a frustrada desincumbência do encargo probatório que recaía sobre a parte reclamante, sem que esta aponte, em seu arrazoado recursal, qualquer elemento hábil a alterar a convicção do Juízo, fica mantida a r. sentença vergastada, bem prolatada nos seguintes termos:

(HORAS EXTRAS – INTERVALO INTRAJORNADA)

A sobrejornada é fato extraordinário e, como tal, sua ocorrência deve ser efetivamente demonstrada pela parte interessada, geralmente o(a) reclamante.

No caso vertente o reclamante limitou-se a aduzir problema, mas não logrou produzir prova cabal de sua alegação, não foi eficiente o bastante para sustentar a argumentação acusatória da inicial neste particular. Nem sequer produziu prova testemunhal.

Improcedentes os pedidos e, por óbvio, o mesmo destino fica reservado aos pedidos acessórios.

(...)

(HORA EXTRA REDUZIDA – PRORROGAÇÃO)

Como nos itens anteriores, o reclamante limitou-se a aduzir problema, sem ter produzido prova cabal de sua alegação.

O autor alega que as horas noturnas reduzidas não eram quitadas corretamente.

A reclamada demonstrou que o autor nunca laborou das 22h00 às 05h00, que as horas noturnas e extras eram quitadas corretamente, de acordo com a análise dos registros de ponto e dos holerites correspondentes, e o reclamante não apontou diferenças.



PROCESSO Nº TST-RR-136500-26.2008.5.15.0010

Portanto, nada há para deferir.

O pedido principal fica rejeitado e, por certo, o mesmo destino fica reservado aos pedidos acessórios.’ (Fls. 641/642).

Consigne-se, nesse passo, ser certo que competia ao laborista (artigos 818 da CLT e 333, inciso I, do CPC) apresentar o competente demonstrativo das diferenças e repercussões almeçadas, ante a demonstração de quitação do sobrelabor, conforme documentos jungidos aos autos.

Entretanto, desse ônus não se desincumbiu, como bem salientou o N. Julgador singular.

Impende salientar que repetir o pagamento de uma verba já adimplida caracterizaria o pagamento em dobro do mesmo crédito, o que propiciaria ao autor o enriquecimento sem causa ou acarretaria *bis in idem*, conduta vedada pelos artigos 884 a 886 do Código Civil, fonte subsidiária do Direito do Trabalho, a teor do artigo 8º, parágrafo único, da Consolidação das Leis do Trabalho.

Decidir somente se pautando na adução preambular, para deferir um fato constitutivo da pretensão do autor, é subjugar a primazia da realidade, que é elemento principiológico e axiológico arraigado no Direito e Processo do Trabalho, e que jamais poderá ser desprestigiado na ponderação do Julgador.

Ressalte-se que é dever do Juiz assegurar às partes igualdade de tratamento, como institui o artigo 125, inciso I, do Código de Processo Civil, sendo-lhe vedado presumir a existência de subtração/inadimplemento do direito, já que houve a quitação de sobrejornada durante todo o contrato de trabalho. No que concerne ao critério de distribuição do *ônus probandi*, vigora o princípio da igualdade das partes, não se justificando, portanto, uma interpretação mais favorável ao reclamante quanto ao encargo probatório.

Afinal, ao Julgador, não é permitido suprir a incúria do autor que, olvidando-se de seu encargo probatório, deixa de apontar (adequadamente) diferenças de verbas que entende devidas a si.

Pretender que o Juízo investigue qual seria a incorreção



PROCESSO Nº TST-RR-136500-26.2008.5.15.0010

supostamente havida, não apenas extrapola os limites constitucionais de competência atribuídas à Justiça do Trabalho, mas evidencia a intenção de transformar este órgão judiciário em mera contadoria da parte, com efeitos perniciosos sobre a imparcialidade, atributo indispensável que devem ostentar aqueles que exercem a Jurisdição.

[...]

Sentença que se mantém, portanto.” (fls. 1.435/1.437 da numeração eletrônica; grifos nossos)

Sustenta o Reclamante, no recurso de revista, que a decisão recorrida, ao manter a r. sentença que indeferiu o pedido de horas extraordinárias, incorreu em inversão do ônus da prova. Para tanto, salienta que a Reclamada não desconstituiu a jornada de trabalho declinada na petição inicial, pois apresentou cartões de ponto sem a assinatura do empregado, sendo confessa, portanto, nos termos da Súmula nº 338 do TST. Aponta violação dos arts. 333, II, do CPC e 818 da CLT, além de contrariedade à Súmula nº 338 desta Corte.

As normas legais concernentes à distribuição do ônus da prova são “regras de julgamento”, cuja finalidade é dotar o juiz de um critério para decidir a lide nos casos em que não se produziu a prova, ou que a prova revelou-se insuficiente para lhe formar o convencimento. Destinam-se, enfim, a permitir ao juiz sair de um impasse, já que também não lhe é dado abster-se de compor o conflito de interesse.

Daí se segue, a *contrario sensu*, que é logicamente inconcebível a vulneração do art. 818 da CLT e do art. 333 do CPC sempre que o órgão jurisdicional soluciona o litígio com base nas provas efetivamente produzidas. A



PROCESSO Nº TST-RR-136500-26.2008.5.15.0010

infringência a esses preceitos legais somente se pode divisar nos casos em que, por inexistente ou insuficiente a prova, o Juiz, invertendo inadvertidamente a distribuição do ônus da prova, julga a causa em desfavor da parte a quem, segundo a lei, não tocava o ônus de produzir a prova não produzida.

Na espécie, todavia, não se configura a alegada inversão do ônus da prova.

De acordo com o Regional, o Reclamante não comprovou suas alegações, pois não apresentou "**demonstrativo das diferenças e repercussões almejadas, ante a demonstração de quitação do sobrelabor, conforme documentos jungidos**" (fl. 1.346).

Como se constata, a questão foi solucionada com base na prova documental produzida pela Reclamada, que, opondo resistência à pretensão deduzida às horas extras, demonstrou que nada era devido a tal título.

Anoto, por outro lado, que carece do indispensável prequestionamento o fato ora trazido pelo Reclamante no sentido de que os cartões de ponto apresentados são inidôneos como prova, pois não contêm a assinatura do empregado.

Trata-se de questão não abordada pelo Tribunal *a quo*, que, tampouco, foi instado a suprir eventual lapso mediante embargos de declaração. Incidência da Súmula nº 297 do TST.

Assim, não diviso violação dos arts. 333, II, do CPC e 818 da CLT, muito menos contrariedade à Súmula nº 338 desta Corte.



PROCESSO Nº TST-RR-136500-26.2008.5.15.0010

Não conheço do recurso de revista.

1.2. DOENÇA OCUPACIONAL. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL E PENSÃO MENSAL VITALÍCIA

O Eg. TRT de origem negou provimento ao recurso ordinário do Reclamante. Indeferiu, assim, o pedido de indenização por dano moral e pensão mensal vitalícia, na medida em que considerou não configurada a doença ocupacional (perda auditiva). Asseverou que, de acordo com o laudo pericial, “o autor não é portador de doença ocupacional e encontra-se apto para o trabalho” (fl. 1.433).

Fundamentou a decisão nos seguintes termos:

“Conforme os ensinamentos de Octávio Bueno Magano, em sua obra Lineamentos de infortunística (1976, pp. 30 e 37), ‘*Acidente de Trabalho é o evento verificado no exercício do trabalho de que resulte lesão corporal, perturbação funcional ou doença que cause a morte ou a perda ou redução, permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho*’.

Tomando como base o conceito acima, são identificadas, portanto, as seguintes características: a) evento danoso; b) decorrente do exercício do trabalho a serviço da empresa; c) que provoca lesão corporal ou perturbação funcional; d) que causa morte ou a perda (ou redução) da capacidade para o trabalho (permanente ou temporária).

Noutros termos, entende-se necessário o fato, ou seja, que entre a atividade do empregado e o acidente haja uma relação de causa e efeito, o que se denomina nexa etiológico ou nexa causal; além dos demais fatores citados acima.

A responsabilidade civil, em razão de acidente de trabalho, ou a doença a ele equiparada, está calcada na Constituição Federal, que assegura aos trabalhadores, no seu artigo 7º, inciso XXVIII, o direito ao seguro contra acidentes do trabalho, sem excluir a indenização a que o empregador está obrigado, quando incorrer



PROCESSO Nº TST-RR-136500-26.2008.5.15.0010

em dolo ou culpa.

Portanto, impera inferir que, à luz da previsão constitucional, não se pode falar em responsabilidade objetiva da reclamada, haja vista que a Carta Magna reza a forma de se aferir a responsabilidade por acidente de trabalho, alinhando-se à teoria subjetiva.

Logo, a prova da culpa do agente constitui pressuposto necessário do dano indenizável, pois, segundo essa concepção, a responsabilidade do causador do dano somente se configura se agiu com dolo ou culpa.

Exige-se, pois, do lesado, para vencer a demanda, que demonstre a ação ou omissão do agente, a existência do dano e do nexo de causalidade, e ainda que prove culpa ou dolo do réu.

Não subsistirá o dever do empregador de indenizar caso o dano resultante de acidente decorra de culpa exclusiva da vítima ou se não demonstrada a culpa do empregador e o nexo de causalidade.

Feitas essas considerações e ante todas as premissas lançadas, passa-se à análise fática do caso em testilha e, por conseguinte, da aplicação de todo o arcabouço formado acima.

Para tanto, impende a análise minuciosa da prova produzida nos autos, notadamente do laudo pericial, a fim de se extrair os escorreitos pontos a elucidar a celeuma posta em juízo.

Com efeito, o criterioso laudo pericial médico confeccionado às fls. 558/567 concluiu de forma peremptória que o autor não é portador de doença ocupacional e encontra-se apto para o trabalho.

Referiu o Sr. Louvado, inclusive, que, durante a entrevista, o periciando apresentou-se vigil e manteve conversação normal, não aparentando qualquer dificuldade para a compreensão da fala, tampouco cofolia (deterioração da qualidade da fala; voz do surdo).

Referiu, mais, que o acometimento assimétrico da perda auditiva do reclamante não é compatível com PAIR, mas sim relacionada à idade (presbiacusia), sequer tendo sido constatada a existência de



PROCESSO Nº TST-RR-136500-26.2008.5.15.0010

ruído acima dos limites de tolerância no ambiente de trabalho.

Restou constatado, ainda, que a perda auditiva do autor não compromete sua capacidade laborativa, e tanto isto é verdade que, após o seu desligamento da reclamada, reverteu seus préstimos para outras duas empresas.

Desta feita, estando o reclamante dotado de plena capacidade laborativa, resta afastada a natureza ocupacional do agravo em questão, como se verifica do teor da alínea 'c' do § 1º do art. 20 da Lei nº 8.213/91.

[...]

Obviamente que a perda auditiva pode ocorrer em razão de várias causas, sejam ou não ocupacionais. Quando relacionada ao trabalho, possui como principal fator de risco a exposição a níveis elevados de ruído por período de tempo prolongado (cinco anos ou mais). A PAIR (Perda Auditiva Induzida por Ruído) apresenta como características mais notáveis o fato de quase sempre ser bilateral e simétrica (perdas similares e irreversíveis em ambos os ouvidos), o que tampouco é o caso.

Desse modo, entende esta Relatoria que ficou categoricamente constatada a inexistência de acidente de trabalho atípico; e isto sem nem entrarmos na seara da culpa da acionada, em momento algum verificada.

Logo, e por todo o exposto, improcede a pretensão obreira ao recebimento de indenização reparatória de danos morais e de pensão mensal vitalícia, devendo, nesses termos, ser desprovida a insurgência recursal autoral.” (fls. 1.432/1.435 da numeração eletrônica; grifos nossos)

Insiste o Reclamante, no recurso de revista, na condenação da Reclamada ao pagamento de indenização por dano moral e pensão mensal vitalícia, pois comprovada a doença ocupacional. Salienda, outrossim, que, nos casos de doença ocupacional, a responsabilidade do empregador pelos danos causados é objetiva. Afirma, ainda, que o nexo de causalidade



PROCESSO Nº TST-RR-136500-26.2008.5.15.0010

resultou reconhecido no laudo pericial. Aponta violação dos arts. 932 e 933 do Código Civil.

É certo que esta Corte já se manifestou no sentido de que o dano moral, nos casos de acidente de trabalho e de doença profissional equiparada a acidente de trabalho, independe da efetiva prova do prejuízo, bastando, para tanto, a comprovação da lesão e do nexo de causalidade, conforme exemplificam os precedentes E-RR-816513-56.2001.5.15.5555 e RR-43200-06.2007.5.04.0251.

Na espécie, todavia, constato que o Eg. Regional, analisando o conjunto fático-probatório, notadamente o laudo pericial, consignou que "o autor não é portador de doença ocupacional e encontra-se apto para o trabalho" (fl. 1.433). Acrescentou, ainda, que, "durante a entrevista, o periciado apresentou-se vígil e manteve conversação normal, não aparentando qualquer dificuldade para a compreensão da fala, tampouco cofolalia (deterioração da qualidade da fala; voz do surdo)" (fl. 1.433). Asseverou, ademais, que a perda auditiva do Reclamante relaciona-se com a idade (presbiacusia).

Nesse sentido, é incontroversa a premissa fática de que o Reclamante não foi acometido de doença ocupacional em virtude das atividades desempenhadas na Reclamada. A patologia que o acometeu é decorrência da idade.

À vista disso, inexistindo a comprovação da lesão (doença ocupacional), para alcançar-se conclusão em sentido diverso, necessário proceder-se ao reexame de fatos e provas, conduta, no entanto, vedada no âmbito restrito do recurso de revista. Incidência da Súmula nº 126 do TST.



PROCESSO Nº TST-RR-136500-26.2008.5.15.0010

Assim, inviável o exame da suposta violação dos arts. 932 e 933 do Código Civil.

Não conheço do recurso de revista.

1.3. DIFERENÇAS DE DEPÓSITOS DO FGTS. ÔNUS DA PROVA

O Regional manteve o indeferimento do pedido de diferenças de FGTS. Para tanto, adotou a tese no sentido de que era do Reclamante o ônus de comprovar em juízo a ausência de depósitos do FGTS.

Assim decidiu aquela Corte:

“Veja-se que, consoante as ilustradas preleções de Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, ao comentarem o artigo 333 do CPC (in Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante, 9ª edição rev., ampl. e atual. até 1º de março de 2006, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, pág. 532): ‘Segundo a regra estatuída por Paulo, compilada por Justiniano, a prova incumbe a quem afirma e não a quem nega a existência de um fato (Dig. XXII, 3, 2). O autor precisa demonstrar em juízo a existência do ato ou fato por ele descrito na inicial como ensejador de seu direito.’

Assim, refutado expressamente o fato constitutivo do direito do autor, a este cabia o ônus de comprovar em juízo a ausência de depósitos do FGTS, nos termos dos artigos 818 da Consolidação das Leis do Trabalho e 333, inciso I, do Código de Processo Civil.

Cabia ao próprio obreiro instruir a petição inicial com os documentos necessários à demonstração de sua pretensão, quais sejam, extratos analíticos solicitados junto à Caixa Econômica Federal, o que, no entanto, olvidou-se de fazê-lo.

Os comprovantes de recolhimentos do FGTS são documentos comuns, competindo ao reclamante, caso não esteja de posse deles, diligenciar junto às entidades competentes, e assim obtê-los normalmente.

Desta feita, não merece reparo a r. decisão oburgada, que muito



PROCESSO Nº TST-RR-136500-26.2008.5.15.0010

bem entendeu que o autor não fez prova dos fatos constitutivos do direito vindicado, conforme lhe incumbia, a teor dos artigos 818 da Consolidação das Leis do Trabalho e 333, inciso I, do Código de Processo Civil, não tendo juntado aos autos um único extrato analítico de sua conta, tampouco apontado as diferenças das quais se julga credor.” (fl. 1.438 da numeração eletrônica)

Sustenta o Reclamante, no recurso de revista, que o ônus da prova quanto à regularidade dos depósitos do FGTS é da Reclamada, cabendo-lhe apresentar as respectivas guias de recolhimento. Aponta violação do art. 818 da CLT e transcreve aresto supostamente divergente.

O aresto apresentado como paradigma, às fls. 1.488/1.489, não se presta para demonstrar a divergência jurisprudencial, pois, embora originário do Tribunal Superior do Trabalho, não há indicação do órgão prolator da decisão. Logo, não se sabe se provém de Turma desta Corte, fonte não autorizada pelo art. 896 da CLT, ou se da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais.

Diviso, no entanto, violação do art. 818 da CLT.

Como se sabe, o Tribunal Pleno do TST cancelou a Orientação Jurisprudencial nº 301 da SbDI-1, que retratava o entendimento do Tribunal relativamente à distribuição do ônus da prova na hipótese de diferenças de FGTS.

Nessa situação, passou a prevalecer no âmbito desta Corte, em face do princípio da aptidão para a prova, diretriz no sentido de que cabe ao empregador o ônus de provar a regularidade dos depósitos do FGTS, mormente pelo fato de



PROCESSO Nº TST-RR-136500-26.2008.5.15.0010

que a empresa naturalmente deve manter em seu poder os comprovantes dos depósitos do FGTS.

Em amparo a tal assertiva, colho os seguintes precedentes de Turmas do TST:

"[...] DIFERENÇAS DE FGTS. ÔNUS DA PROVA. A questão alusiva à distribuição do ônus da prova na hipótese de pedido de diferenças do FGTS foi objeto de recente debate nesta Corte uniformizadora. Concluiu o Tribunal Superior do Trabalho, em sua composição plenária, que, em face do princípio da aptidão para a prova, cabe ao empregador o ônus de comprovar a regular quitação das contribuições devidas ao FGTS. Por esse motivo, resultou cancelada a Orientação Jurisprudencial n.º 301 da SBDI-I desta Corte superior, consoante Resolução n.º 175/2011, publicada no DEJT dos dias 27, 30 e 31/05/2011. Recurso de revista conhecido por divergência jurisprudencial e não provido." *(TST-RR-104440-02.2001.5.04.0026, Rel. Ministro Lelio Bentes Corrêa, 1ª Turma, DEJT de 17/6/2011)*

"[...] DIFERENÇAS DE FGTS. ÔNUS DA PROVA. CANCELAMENTO DA ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL Nº 301 DA SBDI-1 DO TST. Na 6ª Sessão Extraordinária do Tribunal Pleno dessa Corte, realizada no dia 24/5/2011, por maioria de votos, aprovou-se o cancelamento da Orientação Jurisprudencial n.º 301 da SBDI-1, pela qual se entendia que, definido pelo reclamante o período no qual não houve depósito do FGTS, ou houve em valor inferior, e alegada pela reclamada a inexistência de diferença nos recolhimentos de FGTS, essa atraía para si o ônus da prova, incumbindo-lhe demonstrar o fato extintivo do direito do autor. A partir desse cancelamento, entende-se que, independentemente de especificação, pelo empregado, do período da alegada falta ou diferença de recolhimento do FGTS, tratando-se de obrigação legal do empregador o depósito da aludida parcela, compete-lhe, mesmo quando genericamente alegada pelo reclamante qualquer irregularidade no cumprimento dessa obrigação legal pela parte contrária, a prova da regularidade



PROCESSO Nº TST-RR-136500-26.2008.5.15.0010

desses recolhimentos, por todo o período laborado, seja por se tratar de fato extintivo do direito do autor, seja por força do princípio da aptidão para a prova, segundo o qual a prova deve ser feita pela parte que tiver melhores condições para produzi-la, que, no caso, é a empresa, por lhe ser exigível manter a documentação pertinente guardada. Recurso de revista não conhecido.” (RR-484100-19.2009.5.09.0004, Rel. Min. José Roberto Freire Pimenta, 2ª Turma, DEJT de 14/2/2014)

“[...] **FGTS. ÔNUS DA PROVA.** 1. O Tribunal Regional negou provimento ao recurso ordinário interposto pelo Reclamado e manteve o deferimento do pedido de pagamento dos valores devidos a título de recolhimento da contribuição para o FGTS em relação a todo o período laboral. Para tanto, adotou a tese no sentido de era do Reclamado o ônus de provar o regular recolhimento dos depósitos do FGTS. 2. Conforme dispõe o art. 333, II, do CPC, o ônus da prova compete ao réu, quanto à existência de fato extintivo do direito do autor. Assim, ao atribuir ao Reclamado o ônus de demonstrar o correto recolhimento das contribuições para o FGTS, a Corte de origem decidiu em conformidade com o comando previsto em lei, porquanto se trata de fato extintivo do direito do Reclamante. Recurso de revista de que se conhece, por divergência jurisprudencial, e a que se nega provimento.” (RR-32300-70.2008.5.22.0107, Rel. Min. Fernando Eizo Ono, 4ª Turma, DEJT de 24/6/2011)

"[...] **DEPÓSITOS DE FGTS. ÔNUS DA PROVA.** Não há violação dos artigos legais apontados, porquanto, em se tratando de depósito da parcela de FGTS de obrigação legal a cargo do patrão, compete a ele, e não ao empregado, a prova da regularidade dos recolhimentos efetuados. Correta, portanto, a decisão que inverteu o ônus da prova pela hipótese prevista no CDC, também aplicável nesta seara trabalhista (art. 769 da CLT). Ressalte-se, inclusive, o recente cancelamento da OJ n.º 301 da SDI-1 do TST, por não se justificar a antes necessária alegação de inexistência de diferenças nos recolhimentos do FGTS, pelo empregador, para fins de inversão



PROCESSO Nº TST-RR-136500-26.2008.5.15.0010

do ônus da prova. Revista não conhecida." (TST-RR-3154500-34.2008.5.09.0028, Rel. Min. Maria de Assis Calsing, 4ª Turma, DEJT de 1/7/2011)

"[...] **DIFERENÇAS DE FGTS. ÔNUS DA PROVA.** É ônus da reclamada a demonstração de que foram recolhidos corretamente os valores a título de FGTS na conta vinculada no empregado. Recurso de revista de que não se conhece." (RR-677500-33.2007.5.09.0015, Rel. Min. Kátia Magalhães Arruda, 5ª Turma, DEJT de 5/8/2011)

"[...] **DIFERENÇAS DE FGTS. ÔNUS DA PROVA.** Com o cancelamento da OJ nº 301 da SBDI-1 do TST, o entendimento desta Corte está consolidado no sentido de que, cabendo ao empregador o recolhimento do FGTS, compete a ele também demonstrar a regularidade dos depósitos efetuados. A mencionada alteração jurisprudencial leva à conclusão de que o ônus da prova, nos casos de diferenças de FGTS, será regulado pelo princípio da aptidão para a prova, pelo qual o encargo probatório é distribuído entre as partes conforme a facilidade de produção da prova. Nesse passo, tratando-se de fato extintivo do direito do reclamante, incumbe à reclamada a comprovação do regular recolhimento dos depósitos do FGTS. Recurso de revista conhecido e provido, no tema." (RR-1631440-62.2005.5.09.0012, Rel. Min. Augusto César Leite de Carvalho, 6ª Turma, DEJT 25/10/2013)

"[...] **FGTS. DIFERENÇAS. ÔNUS DA PROVA.** O cancelamento da Orientação Jurisprudencial n.º 301 da SBDI-1 desta Corte, pela Resolução n.º 175/2011, sinaliza a adoção de novo posicionamento jurisprudencial, no sentido de atribuir ao empregador o ônus de comprovar a correção dos depósitos de FGTS, independentemente da especificação do período de débito, pelo empregado, e da alegação de inexistência de diferenças,



PROCESSO Nº TST-RR-136500-26.2008.5.15.0010

pela empresa. Com efeito, o ônus da prova deve ser atribuído à parte que melhor tem condições de produzi-la. No caso do FGTS, é mais plausível exigir que a empresa apresente a documentação, que ela naturalmente deve manter, atinente aos depósitos de FGTS de seus funcionários, a fim de comprovar a regularidade dos recolhimentos, do que exigir que o empregado diligencie junto à Caixa Econômica Federal, para obter os comprovantes relativos a todo o período imprescrito." (*TST-RR-100100-72.2005.5.15.0089, Relator: Ministro Pedro Paulo Manus, 7ª Turma, DEJT 12/8/2011*)

Dessa forma, a decisão a regional, ao imputar ao Reclamante o ônus de demonstrar a irregularidade do recolhimento dos depósitos de FGTS, inverteu o ônus da prova.

Assim, **conheço do recurso de revista**, por violação do art. 818 da CLT.

1.4. DIFERENÇA DA MULTA SOBRE OS DEPÓSITOS DO FGTS. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS

O Eg. Regional negou provimento ao recurso ordinário do Reclamante. Assim, no particular, manteve a r. sentença que indeferiu o pedido de diferença da multa do FGTS decorrente de expurgos inflacionários ocorridos no saldo do FGTS em janeiro/89 e abril/90.

Entendeu aquela Corte, em síntese, "que a Reclamada cumpriu a determinação legal referente ao pagamento da multa sobre todos os depósitos realizados na conta vinculada do autor (§ 1º do art. 16 da Lei nº 8.036/90), com as atualizações feitas pelo órgão gestor até aquele momento". Acrescentou, também, que "ninguém naquela oportunidade poderia afirmar com absoluta segurança que havia expurgo de índices de correção" (fl. 1.439).

Assim consta da decisão recorrida:

"Imprescindível ressaltar que a quitação da verba na época



PROCESSO N° TST-RR-136500-26.2008.5.15.0010

própria, consoante o ordenamento jurídico vigente, constitui ato jurídico perfeito, e, nessa condição, não pode ser alterado por lei posterior (§ 1º, do artigo 6º, da Lei de Introdução ao Código Civil, e inciso XXXVI, do artigo 5º, da Constituição Federal).

Assim, se a reclamada cumpriu a determinação legal referente ao pagamento da multa de 40% sobre todos os depósitos realizados na conta vinculada do autor (§ 1º, do artigo 18, da Lei nº 8.036/90), com as atualizações feitas pelo órgão gestor até aquele momento, desonerou-se de sua obrigação, não podendo ser apenada por um erro que não cometeu.

Deste modo, fica preservada a r. sentença, cujos fundamentos, por judiciosos que são, esta Relatoria também adota:

'Segundo o autor, a reclamada pagou a multa fundiária de 80% prevista pela cláusula 4.49 da CCT, porém há diferença decorrente de expurgo inflacionário ocorrido no saldo do FGTS referente a janeiro/89 e abril/90, e pleiteia o recebimento da diferença.

A reclamada alega que pagou corretamente de acordo com o saldo que constava na data do desligamento do reclamante.

É certo que, em face da decisão do Supremo Tribunal Federal em processo cujo resultado foi amplamente divulgado, não há a menor dúvida de que o expurgo acima mencionado efetivamente ocorreu e, portanto, houve um prejuízo efetivo não só para a reclamante, mas para todos os trabalhadores na mesma situação vivida por ela, ou seja, era de empregada da reclamada em 1989/1990, e mais, foi dispensada sem justa causa.

Porém, fato irrefutável é o de que, no momento da rescisão contratual ocorrida, o pagamento (depósito) efetuado pela reclamada deu-se com base no valor existente e corrigido até aquela data; ninguém naquela oportunidade poderia afirmar com absoluta segurança que havia expurgo de índices de correção.

Desta forma, foi criado um paradoxo: no momento da exigência da obrigação, cumprida com base nos parâmetros



PROCESSO Nº TST-RR-136500-26.2008.5.15.0010

legais disponíveis no momento próprio da quitação, a reclamada efetuou o depósito do valor da multa fundiária de forma correta. Ou seja, tomando como base de cálculo o valor depositado.

Importa ressaltar que dessa resolução (alteração da base de cálculo) a reclamada não participou e não tinha, nem poderia ter, atuação ou influência, ao passo que, no caso da multa fundiária, bem como dos depósitos mensais ao FGTS, era e é mera cumpridora de normas, tais quais as demais empresas empregadoras do país.

É claro que, e isso já foi dito ao início, houve prejuízo ao reclamante. Mas há de se perquirir quem foi o causador ou a causadora do prejuízo. Atenção, no caso em estudo não basta apurar quem deveria cumprir a obrigação de depositar (pagar), essa já está identificada e, como se viu, depositou (pagou) o que era devido; é preciso cobrar de quem efetivamente prejudicou a reclamante, ou seja, causou o dano.

A esta especializada não cabe inferir a respeito dessa questão, qual seja, concluir pela responsabilidade desta ou daquela pessoa, desta ou daquela entidade, deste ou daquele órgão público, não. Há que se trabalhar dentro do limite disposto pelo teor do art. 114 da CF/88.

É importante frisar, no entanto, e, por outro lado, que nem mesmo os trabalhadores empregados desde 1998, ou antes, ainda em atividade, tiveram o direito à correção integral dos saldos de suas contas vinculadas efetivamente garantidos. Basta verificar que, após a decisão do STF (Supremo Tribunal Federal) sobre o expurgo e aprovação, pelo Senado Federal, das normas referentes à reposição das perdas do FGTS (vulgo 'expurgo'), foram, esses mesmos trabalhadores, convidados a colaborar para a cobertura do rombo.

E mais, se quiserem (os trabalhadores) participar da distribuição dos valores a corrigir, haverão de comprometer-se, mediante 'termo de adesão' e... desistir de recorrer à justiça.



PROCESSO Nº TST-RR-136500-26.2008.5.15.0010

Forçoso concluir, então, que houve mesmo prejuízo para o reclamante em face do expurgo noticiado e já reconhecido, mas a reclamada, quando do momento em que estava obrigada a fazer o depósito correspondente e devido, não poderia prever a situação, tampouco ainda que fosse possível prever, estaria obrigada a tanto, uma vez que a determinação legal (art.18 parágrafo primeiro da Lei 8036/90) vigente na oportunidade e ainda hoje, foi efetiva e integralmente cumprida, tendo em vista os dados disponíveis no momento do cumprimento da obrigação.

Com efeito, seria total incoerência condenar alguém ou uma empresa, neste caso, por ter cumprido rigorosamente a lei estabelecida e vigente.

A reclamada não burlou nenhuma norma legal; ocorre que há responsáveis pela fixação de índices que deviam orientar (e orientaram) a correção de saldos de depósitos fundiários, e tais responsáveis estabeleceram índices, hoje se sabe, incompatíveis por sua conta e risco, não se pode esperar ou pretender que terceiros em relação à fixação do percentual acima citado, sem nenhuma influência ou responsabilidade na questão, assumam a conta.

Finalmente, a obrigação da reclamada de fazer o depósito da multa fundiária está atualmente impossibilitada de ser renovada ou complementada uma vez que integral e legalmente cumprida. Esta obrigação, em relação às partes deste feito, está resolvida. Resta apurar o(s) responsável(is) pelas perdas e danos (prejuízo) causados à reclamante em face do expurgo de índices, que maculou a base legal de cálculos, mas essa tarefa não está adstrita ao rol de atribuições constitucionais desta especializada, tal como se viu acima.

A pretensão do reclamante fica denegada nesta esfera do judiciário, ao passo que a reclamada não pode ser responsabilizada a integralizar o depósito tal como pretendido, neste caso, e pelas razões supra. (fls. 642-vº/643-vº).’’

Alega o Reclamante, no recurso de revista, que



PROCESSO Nº TST-RR-136500-26.2008.5.15.0010

é devida a diferença da multa do FGTS, uma vez que percebeu valores inferiores aos devidos em decorrência dos expurgos inflacionários ocorridos em janeiro/89 e abril/90. Aduz, ainda, que a Lei Complementar nº 110/2001 reconheceu o direito a tais diferenças. Sustenta, também, que houve inversão do ônus da prova, na medida em que a Reclamada não comprovou a alegação relativamente ao correto pagamento do valor da multa. Aponta violação do art. 818 da CLT.

Na espécie, o Regional asseverou que "a Reclamada cumpriu a determinação legal referente ao pagamento da multa sobre todos os depósitos realizados na conta vinculada do autor [...] com as atualizações feitas pelo órgão gestor até aquele momento".

Portanto, não se cuida de ônus da prova, visto que o acervo probatório coligido ao processo foi suficiente para formar o convencimento do Tribunal de origem.

Assim, se a controvérsia foi solucionada com base nas provas produzidas, não houve inversão inadvertida do *ônus probandi* em desfavor do Reclamante.

Nessa circunstância, não diviso violação do art. 818 da CLT.

Por outro lado, ressalto que a questão não foi dirimida à luz da Lei Complementar nº 110/2001, que, por esse motivo, carece do indispensável prequestionamento. Incidência da Súmula nº 297 do TST.

Não conheço do recurso de revista.

1.5. INTERVALO INTRAJORNADA. NÃO CONCESSÃO.

NATUREZA JURÍDICA DA PARCELA. REFLEXOS



PROCESSO Nº TST-RR-136500-26.2008.5.15.0010

O Reclamante, no recurso de revista, pretende a repercussão, nas demais parcelas, das horas deferidas como extraordinárias em virtude do desrespeito ao intervalo mínimo intrajornada, ante a natureza salarial da parcela. Aponta violação do art. 71 da CLT e contrariedade à Orientação Jurisprudencial nº 354 da SbDI-1 desta Corte. Transcreve arestos supostamente divergentes.

Constato que o recurso de revista, no particular, encontra-se sem objeto.

De acordo com o Reclamante, houve condenação da Reclamada ao pagamento de horas extraordinárias em virtude do descumprimento do intervalo intrajornada. Daí o pedido de reflexos.

Sucedede que tal premissa não se confirma, pois, na realidade, as horas extras foram indeferidas pelo Regional, por ausência de prova, inclusive as decorrentes do suposto descumprimento do intervalo intrajornada.

Assim, se não subsiste o principal, o acessório segue a mesma sorte.

Por esse motivo, não diviso violação do art. 71 da CLT e contrariedade à Orientação Jurisprudencial nº 354 da SbDI-1 desta Corte, tampouco divergência com os arestos apresentados para o confronto de teses.

Não conheço do recurso de revista.

1.6. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

O Eg. TRT de origem manteve o indeferimento do pedido de condenação da Reclamada ao pagamento de honorários



PROCESSO Nº TST-RR-136500-26.2008.5.15.0010

advocatícios. Para tanto, ressaltou que o Reclamante não se encontra assistido pelo sindicato de classe.

Eis o que consta do acórdão recorrido:

“A condenação em honorários advocatícios não decorre pura e simplesmente da sucumbência, sendo necessário, também, o atendimento simultâneo e concomitante dos requisitos previstos no artigo 14 da Lei n.º 5.584/70, quais sejam: a) a parte estar assistida pelo sindicato de sua categoria profissional; e, b) que comprove a percepção de salário inferior ao dobro do mínimo legal, ou encontre-se em situação econômica que não lhe permita demandar sem prejuízo do próprio sustento ou de sua família.

O artigo 8º da CLT estabelece, em seu parágrafo único, que:

[...]

O artigo 769 do mesmo diploma legal, determina, por seu turno:

[...]

Da análise de ambos os artigos, verifica-se que, tanto no âmbito do direito material, como no do direito processual, a CLT prevê a possibilidade de aplicação de institutos de direito comum, mas apenas de forma subsidiária e desde que não sejam incompatíveis com os preceitos celetistas.

Não há que se falar, por conseguinte, em aplicação do artigo 389 e 404 do Código Civil, invocados pelo reclamante, uma vez que há norma específica regulando a matéria.

Assim, deve prevalecer o disposto no artigo 14 da Lei nº 5.584/70, cujos pressupostos o autor não preencheu, por não estar assistido pelo sindicato de classe.

Esta, aliás, é a orientação contida nas Súmulas nº 219 e 329 do Colendo Tribunal Superior do Trabalho.

Não há que se falar em indenização pelas despesas decorrentes da contratação de causídico particular, visto que tal se deu por livre opção da parte reclamante, preferindo-a à reclamação pessoal ou à assistência sindical, que não lhe gerariam ônus desta natureza.”
(fls. 1.441/1.442 da numeração eletrônica;



PROCESSO Nº TST-RR-136500-26.2008.5.15.0010

grifos nossos)

Insiste a Reclamada, no recurso de revista, em que faz jus aos honorários advocatícios. Alega que a regra insculpida na Lei nº 5.584/70 foi revogada, bem assim que não houve reprivatização pelas Leis nºs 10.288 e 10.537, que alteraram os arts. 789 a 790-B da CLT.

Desfundamentado o recurso, neste ponto.

O Recorrente menciona os arts. 133 da Constituição Federal, 389 e 404 do Código Civil. No entanto, em nenhum momento, os aponta expressamente como violados.

Ademais, como visto, o Eg. Regional indeferiu o pedido de honorários advocatícios decorrentes exclusivamente da sucumbência, salientando que não houve assistência sindical.

Assim, a decisão recorrida guarda plena consonância com a Súmula nº 219 do TST, da qual emana diretriz no sentido de que, "na Justiça do Trabalho, a condenação em honorários advocatícios [...] 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 mínimo legal, ou encontrar-se em situação econômica que não lhe permita demandar sem prejuízo do próprio sustento ou da respectiva família".

Não conheço do recurso de revista.

2. MÉRITO DO RECURSO

2.1. DIFERENÇAS DE DEPÓSITOS DO FGTS. ÔNUS DA

PROVA

Como corolário do reconhecimento da violação do art. 818 da CLT, **dou provimento** ao recurso de revista para



PROCESSO Nº TST-RR-136500-26.2008.5.15.0010

condenar a Reclamada ao pagamento das diferenças de depósito do FGTS, nos limites do pedido, a serem apuradas em liquidação.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Quarta Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade:

1) conhecer do recurso de revista em relação ao tema "Diferenças de Depósito do FGTS. Ônus da Prova", por violação do art. 818 da CLT, e, no mérito, dar-lhe provimento para condenar a Reclamada ao pagamento das diferenças de depósito do FGTS, nos limites do pedido, a serem apuradas em liquidação;

2) não conhecer do recurso de revista no tocante aos tópicos: "Horas Extras. Ônus da Prova", "Doença Ocupacional. Indenização por Dano Moral e Pensão Mensal Vitalícia", "Diferença da Multa sobre os Depósitos do FGTS. Expurgos Inflacionários", "Intervalo Intrajornada. Não concessão. Natureza Jurídica da Parcela. Reflexos" e "Honorários Advocatícios";

3) rearbitrar, provisoriamente, o valor da condenação em R\$ 15.000,00 (quinze mil reais). Custas processuais pela Reclamada sobre o valor da condenação, de momento fixadas em R\$ 300,00 (trezentos reais).

Brasília, 23 de Abril de 2014.

Firmado por Assinatura Eletrônica (Lei nº 11.419/2006)

JOÃO ORESTE DALAZEN
Ministro Relator