PROCESSO Nº TST-RR-566-98.2011.5.02.0254

A C Ó R D Ã O
3ª Turma
GMAAB/lt/lr/smf

RECURSO DE REVISTA. HORAS EXTRAS. INTERVALO INTRAJORNADA. JORNADA CONTRATUAL DE SEIS HORAS DIÁRIAS. PRORROGAÇÃO. A questão acerca do intervalo intrajornada que deve ser concedido quando o empregado labora em sobrejornada, ultrapassando a jornada contratual de seis horas, encontra-se pacificada nesta Corte por meio do item IV da Súmula 437. A decisão do Tribunal de origem, ao considerar que o intervalo intrajornada é de 15 minutos mesmo quando ultrapassada a jornada contratual de seis horas, contrariou a diretriz da referida Súmula. **Recurso de revista conhecido por contrariedade à Súmula nº 437, IV, do TST e provido.**
FGTS. DIFERENÇAS. ÔNUS DA PROVA. Embora a Orientação Jurisprudencial nº 301 da SBDI-1 do TST tenha sido cancelada, o entendimento predominante nesta Corte é no sentido de que cabe ao empregador o ônus de comprovar a regularidade dos depósitos de FGTS. Precedentes. **Recurso de revista conhecido por violação do artigo 818 da CLT e provido.**
HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. REQUISITOS. Mesmo após a promulgação da CF/1988 permanece válido o entendimento consubstanciado na Súmula nº 219 do Tribunal Superior do Trabalho, sendo necessário o preenchimento concomitante dos requisitos de que trata o art. 14 da Lei 5.584/70. Decisão do e. Tribunal de origem em consonância com as Súmulas 219 e 329 do TST e da Orientação Jurisprudencial 305 da SBDI-1. **Recurso de revista não conhecido, no particular.**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista nº **TST-RR-566-98.2011.5.02.0254,** em que é Recorrente **LUIZ**

Firmado por assinatura digital em 15/04/2015 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, conforme MP 2.200-2/2001, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.tst.jus.br/validador sob código 1000E48F6A86E0CC5E.

PROCESSO Nº TST-RR-566-98.2011.5.02.0254

ANTONIO BARBOSA DOS SANTOS e Recorrido **PORTOFER TRANSPORTE FERROVIÁRIO S/C LTDA.**

O Tribunal Regional, por meio da decisão às fls. 146/153 negou provimento ao recurso do autor e deu provimento parcial ao recurso ordinário da empresa para excluir da condenação a devolução de descontos efetuados a título de plano de saúde.

O autor interpôs recurso de revista às fls. 313/325, o qual foi ratificado (fls. 156/165). Busca o provimento quanto aos temas "intervalo intrajornada – prorrogação da jornada contratual de seis horas"; "FGTS" e "honorários advocatícios".

O recurso de revista foi admitido por contrariedade à Súmula 437 do TST (fls. 167/169).

Apresentadas contrarrazões às fls. 171/185.

Não há parecer do Ministério Público do Trabalho.

É o relatório.

V O T O

O recurso é tempestivo (fls. 154 e 156), possui representação regular (fl. 12); preparo isento, pelo que passo à análise dos seus pressupostos específicos.

1 – CONHECIMENTO

1.1 - HORAS EXTRAS - INTERVALO INTRAJORNADA - JORNADA CONTRATUAL DE SEIS HORAS DIÁRIAS - PRORROGAÇÃO

O egrégio Tribunal de origem negou provimento ao recurso do autor, quanto ao tema, sob os seguintes fundamentos:

> "O juízo 'a quo' já deferiu o pagamento de quinze minutos extraordinários diários acrescidos de 50% pela ausência do intervalo intrajornada, e deve ser mantida a decisão atacada.

Firmado por assinatura digital em 15/04/2015 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, conforme MP 2.200-2/2001, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.tst.jus.br/validador sob código 1000E48F6A86E0CC5E.

> Na hipótese de contrato de trabalho **de até seis horas,** como no caso do reclamante (doc. 28, em apartado), o intervalo deverá ser de 15 minutos.
>
> Ocorrendo horas extras, com a prorrogação do labor além de seis horas no dia, tal fato irá gerar direito ao percebimento de horas extras, todavia, o intervalo intrajornada continuará sendo de 15 minutos, pois firmada em cláusula no contrato de trabalho.
>
> No presente caso, não há amparo legal para condenação da reclamada em horas extras. (fls. 147/148, sem grifo no original).

O autor pretende o pagamento de uma hora extra diária com o respectivo adicional, pelo desrespeito aos intervalos para alimentação e descanso, durante o período que houve prorrogação da jornada contratual de seis horas.

Indica violação do artigo 71 da CLT e contrariedade à Súmula 437, IV do TST. Transcreve arestos.

Vejamos.

A questão acerca do intervalo intrajornada que deve ser concedido quando o empregado labora em sobrejornada, ultrapassando a jornada contratual de 6 horas, encontra-se pacificada nesta Corte por meio do item IV da Súmula 437/TST, que assim dispõe:

> "Ultrapassada habitualmente a jornada de seis horas de trabalho, é devido o gozo do intervalo intrajornada mínimo de uma hora, obrigando o empregador a remunerar o período para descanso e alimentação não usufruído como extra, acrescido do respectivo adicional, na forma prevista no art. 71, *caput* e § 4º, da CLT."

Nesse contexto, quando o empregado for submetido a jornada contínua superior a seis horas, obrigatória a concessão do intervalo para repouso ou alimentação de, no mínimo, uma hora, cabendo ao empregador, em razão do ilícito cometido, suportar o pagamento da indenização prevista no § 4° do indigitado dispositivo legal, que dispõe:

> "Quando o intervalo para repouso e alimentação, previsto neste artigo, não for concedido pelo empregador, este ficará obrigado a remunerar o

Firmado por assinatura digital em 15/04/2015 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, conforme MP 2.200-2/2001, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.tst.jus.br/validador sob código 1000E48F6A86E0CC5E.

período correspondente com um acréscimo de no mínimo cinquenta por cento sobre o valor da remuneração da hora normal de trabalho."

A decisão do Tribunal de origem ao considerar que o intervalo intrajornada é de 15 minutos mesmo quando ultrapassada a jornada contratual de seis horas contrariou a diretriz da Súmula 437, IV, do TST.

Dessa forma, conheço do recurso, por contrariedade à Súmula nº 437, IV, desta Corte.

1.2 – FGTS - ÔNUS DA PROVA

Quanto ao tema, assim se manifestou a e. Corte Regional:

> "Entende o reclamante que "se a reclamada contesta que se encontram corretos os recolhimentos fundiários, não cabendo ao empregado demonstrar, e sim a empresa." Sem razão.
>
> O pacto laboral se desenvolveu na vigência da Lei nº 8.036/90 (Lei do FGTS) que, dentre outras coisas, **deu aos trabalhadores o direito de acesso aos extratos de movimentação de suas contas vinculadas**.
>
> Com efeito, ao **pleitear diferenças de depósitos que alegava não efetuados, o reclamante tinha todas as condições e era seu ônus**, elencar as vislumbradas diferenças, ao invés de lançar aleatoriamente importes que, a seu ver implicaria na correção da tese vestibular (art. 818, da CLT e 333, do CPC)." (fls. 148/149).

Nas razões do recurso de revista, o autor sustenta que deve a empresa trazer aos autos as guias de recolhimento do FGTS, sob as penas do art. 359 do CPC, o que não aconteceu no caso dos autos. Insiste no entendimento de que não é seu ônus a prova dos créditos da parcela em comento.

Alega violação do artigo 818 da CLT e transcreve um aresto para confronto de teses.

Ao exame.

Firmado por assinatura digital em 15/04/2015 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, conforme MP 2.200-2/2001, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.tst.jus.br/validador sob código 1000E48F6A86E0CC5E.

Primeiramente, registre-se que o único aresto às fls. 162/163 desserve ao fim colimado, porquanto proveniente de Turma desta Corte Superior, o que não atende ao art. 896, alínea "a", da CLT.

Sobre o tema, não obstante o cancelamento da Orientação Jurisprudencial 301 da SBDI-1, este Tribunal Superior tem adotado o entendimento de que, em se tratando de pedido de diferenças de FGTS, é do empregador o ônus de provar a inexistência de diferenças, porquanto é da empresa a obrigação legal de efetuar os recolhimentos dos valores relativos ao FGTS na conta vinculada do empregado.

Nesse sentido cito os seguintes precedentes desta Corte:

> "FGTS. DIFERENÇAS. ÔNUS DA PROVA. A teor do art. 818 da CLT, a prova das alegações incumbe à parte que as fizer, e, nos termos do art. 333 do CPC, incumbe ao autor o ônus da provado fato constitutivo do seu direito (inc. I) e ao réu o ônus da prova quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito alegado pelo autor (inc. II). Dessa forma, tendo a reclamada alegado o correto recolhimento dos valores relativos ao FGTS, sustentou fato extintivo do direito alegado pela reclamante, atraindo para si o ônus da prova, nos termos do art. 333, inc. II, do CPC. Note-se que, com o cancelamento da Orientação Jurisprudencial 301 da SDI-1, esta Corte tem adotado o entendimento de que, em se tratando de pedido de diferenças de FGTS, é do reclamado o ônus da provada inexistência de diferenças, uma vez que é do empregador a obrigação legal de efetuar os recolhimentos dos valores relativos ao FGTS na conta vinculada do empregado. Precedentes. Recurso de Embargos de que se conhece e a que se nega provimento." (E-RR - 117800-10.1998.5.02.0464 Data de Julgamento: 06/12/2012, Relator Ministro: João Batista Brito Pereira, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DEJT 14/12/2012).

> "[...] DIFERENÇAS DE DEPÓSITOS DE FGTS. ÔNUS DA PROVA DO RECOLHIMENTO. A controvérsia cinge-se em saber se cabia à reclamante comprovar que os depósitos de FGTS não foram regularmente recolhidos pela reclamada, ou se cabia a essa comprovar que os recolheu

Firmado por assinatura digital em 15/04/2015 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, conforme MP 2.200-2/2001, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.tst.jus.br/validador sob código 1000E48F6A86E0CC5E.

exatamente como devido. A jurisprudência prevalecente neste Tribunal Superior firmou-se no sentido de 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 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" (TST-ARR-209800-50.2007.5.02.0064, 2ª Turma, Relator Ministro José Roberto Freire Pimenta, DEJT de 20/6/2014).

"[…] 4. FGTS. ÔNUS DA PROVA. Tratando-se de prova eminentemente documental e estando os comprovantes dos recolhimentos para o FGTS em poder do empregador, cabe a ele demonstrar a regularidade dos depósitos. Recurso de revista não conhecido" (TST-RR-1386-74.2011.5.04.0024, 3ª Turma, Relator Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, DEJT de 14/3/2014).

"[...] FGTS. DIFERENÇAS. ÔNUS DA PROVA. Esta Corte, com o cancelamento da Orientação Jurisprudencial 301 da SDI-1, tem adotado o entendimento de que, em se tratando de pedido de diferenças de FGTS, é do reclamado o ônus da prova da inexistência de diferenças, uma vez que é do empregador a obrigação legal de efetuar os recolhimentos dos valores relativos ao FGTS na conta vinculada do empregado" (TST-RR-1448-60.2011.5.05.0421, 5ª Turma, Relator Ministro João Batista Brito Pereira, DEJT de 14/2/2014).

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.tst.jus.br/validador sob código 1000E48F6A86E0CC5E.

Firmado por assinatura digital em 15/04/2015 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, conforme MP 2.200-2/2001, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.

"[...] DIFERENÇAS DE FGTS. ÔNUS DA PROVA. Com o cancelamento da OJ n° 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" (TST-ARR-389-55.2011.5.02.0442, 6ª Turma, Relator Ministro Augusto César Leite de Carvalho, DEJT de 14/3/2014).

"[...] 2. FGTS. DIFERENÇAS. Apesar do cancelamento da OJ nº 301 do TST, prevalece nesta Corte Superior a tese de que cabe ao empregador produzir prova quanto às diferenças a título de recolhimento de FGTS, já que é da empresa a obrigação legal de efetuar tais depósitos na conta vinculada do empregado. Precedentes. Agravo de instrumento conhecido e não provido" (TST-AIRR-195700-85.2009.5.01.0246, 8ª Turma, Relatora Ministra Dora Maria da Costa, DEJT de 14/3/2014).

Portanto, não mais se admite hipótese em que seja do empregado o ônus comprobatório de diferenças em depósito de FGTS.

Ante o exposto, conheço do recurso por violação do artigo 818 da CLT.

1.3 - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

O e. Tribunal, quanto ao tema, registrou a seguinte fundamentação:

"Os honorários advocatícios são indevidos, eis que não configurada a hipótese preconizada pela Lei 5.584/70, que dispõe acerca das hipóteses de cabimento dos honorários advocatícios nesta Justiça Especializada, ainda em

Firmado por assinatura digital em 15/04/2015 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, conforme MP 2.200-2/2001, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.tst.jus.br/validador sob código 1000E48F6A86E0CC5E.

vista do disposto no artigo 133, da Constituição Federal. Esta interpretação é corroborada pelas Súmulas n. 219 e 329, do C. TST.

A indenização por perdas e danos decorrente das despesas com advogado se encontra diretamente relacionada aos honorários advocatícios.

Logo, observado que o processo do trabalho detém legislação específica que regulamenta o cabimento de honorários advocatícios – Lei nº 5.584/70, deve ser afastada a aplicação do disposto no art. 404, do Código Civil.

Neste sentido, o Tribunal Superior do Trabalho vem se posicionando, como se verifica da ementa transcrita a seguir: HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. TESE PERDAS EDANOS.

REQUISITOS. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. TESE PERDAS E DANOS. REQUISITOS. Os arts. 389 e 404 , do Código Civil atual, ao incluírem os honorários advocatícios na recomposição de perdas e danos, não revogaram as disposições especiais contidas na Lei 5.584/70, que se aplica ao processo do trabalho, consoante art. 2º, § 2º, da LICC.

Assim, permanece válido o entendimento de que, nos termos do art. 14, caput e § 1º, da Lei 5.584/70, a sucumbência, por si só, não justifica a condenação ao pagamento de honorários pelo patrocínio da causa, que, no âmbito do processo do trabalho, se revertem para o sindicato da categoria do empregado, conforme previsto no art. 16 da Lei 5.584/70.

Portanto, a condenação aos honorários tem natureza contraprestativa da assistência judiciária, que, por sua vez, somente beneficia à parte que atender, cumulativamente, aos seguintes requisitos: estar assistida por seu sindicato de classe e comprovar a percepção mensal de importância inferior ao salário mínimo legal, ficando assegurado igual benefício ao trabalhador de maior salário, desde que comprove que sua situação econômica não lhe permite demandar sem prejuízo do sustento próprio ou de sua família (Súmulas 219, I, do TST).Recurso de Revista conhecido e provido (TSTRR369/ 20050131700.9, Rel.Min. José Simpliciano Fontes de F. Fernandes; data de julgamento: 05/03/2008, 2ª Turma; data de publicação: 04/04/2008).

Correta a decisão.” (fls. 149/150).

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.tst.jus.br/validador sob código 1000E48F6A86E0CC5E.

Firmado por assinatura digital em 15/04/2015 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, conforme MP 2.200-2/2001, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.

Em razões de revista, o autor alega que a regra da Lei nº 5.584/70 "foi revogada e não teve efeito repristinatório, com as L. 10288 e 10.537, que alteraram os arts. 789 a 790-B da CLT." (fl. 164).

Indica afronta aos arts. 133 da Constituição da República e 20 do CPC.

À análise.

Mesmo após a promulgação da Constituição Federal de 1988, permanece válido o entendimento consubstanciado na Súmula nº 219 do Tribunal Superior do Trabalho.

Observa-se que a v. decisão regional está em conformidade com as Súmulas 219 e 329 do TST e, ainda, com a OJ 305 da SBDI-1.

Nesse contexto, a indigitada violação de legislação federal não autoriza o conhecimento do recurso de revista porque superada por Súmula de jurisprudência deste c. Tribunal. Incidência da Súmula 333/TST.

Não conheço.

2 - MÉRITO

2.1 - HORAS EXTRAS - INTERVALO INTRAJORNADA - JORNADA CONTRATUAL DE SEIS HORAS DIÁRIAS - PRORROGAÇÃO

A decorrência lógica do conhecimento do recurso por contrariedade à Súmula nº 437, IV, do TST é o seu provimento para condenar a empresa no pagamento, de forma integral, de uma hora extra diária, com o respectivo adicional, nos termos da Súmula 437, I, do TST, decorrente do intervalo intrajornada parcialmente usufruído, nos períodos em que ultrapassada a jornada contratual de seis horas.

2.2 – FGTS - ÔNUS DA PROVA

Como consequência do conhecimento do recurso de revista por violação do art. 818 da CLT, DOU-LHE PROVIMENTO para condenar a empresa ao recolhimento dos valores devidos a título de FGTS sobre as

Firmado por assinatura digital em 15/04/2015 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, conforme MP 2.200-2/2001, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.tst.jus.br/validador sob código 1000E48F6A86E0CC5E.

verbas de natureza salarial pagas durante o contrato de trabalho e não recolhidos corretamente, conforme se apurar em liquidação de sentença.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Terceira Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade: I - conhecer do recurso de revista quanto ao tema "horas extras – intervalo intrajornada – jornada contratual de seis horas – prorrogação", por contrariedade à Súmula nº 437, IV, do TST e, no mérito, dar-lhe provimento para condenar a empresa ao pagamento, de forma integral, de uma hora extra diária, com o respectivo adicional, nos termos da Súmula 437, I, do TST, decorrente do intervalo intrajornada parcialmente usufruído, nos períodos em que ultrapassada a jornada contratual de seis horas; II - conhecer do recurso de revista quanto ao tema "FGTS – ônus da prova", por violação do artigo 818 da CLT e, no mérito, dar-lhe provimento para condenar a empresa ao recolhimento dos valores devidos a título de FGTS sobre as verbas de natureza salarial pagas durante o contrato de trabalho e não recolhidos corretamente, conforme se apurar em liquidação de sentença; III – não conhecer do recurso de revista quanto ao tema "honorários advocatícios".

Brasília, 15 de Abril de 2015.

Firmado por assinatura digital (MP 2.200-2/2001)
ALEXANDRE AGRA BELMONTE
Ministro Relator

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.tst.jus.br/validador sob código 1000E48F6A86E0CC5E.

Firmado por assinatura digital em 15/04/2015 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, conforme MP 2.200-2/2001, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.