



PROCESSO N° TST-ARR-442-93.2010.5.15.0091

A C Ó R D ã O
(8ª Turma)

GMDMC/Ejr/Vb/gr/at

A) AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO PELO RECLAMADO. 1. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. FATO GERADOR. JUROS DE MORA E MULTA. MP 449/2008. CONVERSÃO NA LEI 11.941/2009. INAPLICABILIDADE AOS FATOS ANTERIORES. Constatada a aparente violação do art. 150, III, "a", da Constituição Federal, impõe-se prover o agravo de instrumento para determinar o prosseguimento do recurso de revista. **Agravo de instrumento conhecido e provido. B) RECURSO DE REVISTA. DO RECLAMADO. 1. DIFERENÇAS DE FGTS. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. PRESCRIÇÃO. CONTRATO DE TRABALHO EXTINTO APÓS A VIGÊNCIA DA LEI COMPLEMENTAR n° 110/2001.** A decisão proferida pelo Tribunal de origem não merece nenhum reparo, porquanto, em consonância com o entendimento perfilhado nesta Corte Superior no sentido de que o prazo prescricional bienal deve ser contado a partir do término do contrato de trabalho do empregado, a teor do art. 7º, XXIX, da CF/88. Óbice do artigo 896, § 7º, da CLT e da Súmula n° 333 do TST. **Recurso de revista não conhecido. 2. DIFERENÇAS DE FGTS. ÔNUS DA PROVA.** A jurisprudência desta Corte é no sentido de que incumbe ao empregador a prova da inexistência de diferenças a título de recolhimento de FGTS, já que é da empresa a obrigação legal de efetuar tais depósitos e é ela quem detém os respectivos documentos comprobatórios. Precedentes. Intactos, os artigos 818 da CLT, 333 do CPC e 5º, LIV e LV, da CF. **Recurso de revista não conhecido. 3. HORAS EXTRAS. PRÉ-CONTRATAÇÃO.** O acórdão regional é enfático ao consignar que o reclamado confessa que pagou ao reclamante, até julho de 2006, o valor das horas extras



PROCESSO N° TST-ARR-442-93.2010.5.15.0091

pré-contratadas. Diante desse quadro fático, insusceptível de revisão nesta esfera extraordinária, nos termos da Súmula n° 126 do TST, para se decidir de maneira diversa no sentido de que não restou firmado a pré-contratação de horas extras, necessário seria o reexame da prova, o que impede divisar a alegada violação do artigo 7°, XIII, da CF. **Recurso de revista não conhecido.**

4. CARGO DE CONFIANÇA. O quadro fático descrito pelo Regional não permite concluir que o reclamante exercia cargo de confiança a ser submetido a jornada de 8 horas diárias nos termos do que determina o artigo 224, § 2°, da CLT. Incidência da Súmula 102, I, do TST.

Recurso de revista não conhecido. 5. HORAS EXTRAS. ÔNUS DA PROVA. Consoante se depreende do acórdão regional, a controvérsia não foi dirimida com base nas regras de distribuição do ônus da prova, mas com amparo nos elementos probatórios existentes nos autos, de modo que é impertinente a indicação de violação dos arts. 818 da CLT e 333, I, e 368 do CPC. **Recurso de revista não conhecido. 6. INTERVALO INTRAJORNADA.**

EFEITOS. A matéria relativa aos efeitos da concessão parcial do intervalo intrajornada e sua natureza jurídica não comporta maiores discussões neste Tribunal Superior, porquanto pacificada por intermédio dos itens I e III da Súmula 437 do TST. Incide o óbice do art. 896, § 7°, da CLT e da Súmula 333 do TST. **Recurso de revista não conhecido. 7. DIVISOR APLICÁVEL PARA O CÁLCULO DAS HORAS EXTRAS.**

Não tendo a Corte Regional informado sobre a existência de ajuste individual expresso ou coletivo no sentido de considerar o sábado como dia de descanso remunerado, o recurso não alcança conhecimento por depender do reexame de fatos e provas, nos termos da Súmula n°



PROCESSO N° TST-ARR-442-93.2010.5.15.0091

126 do TST, o que impede o exame da alegada violação dos artigos 58 e 64 da CLT, da contrariedade à Súmula n° 124 do TST e da divergência jurisprudencial colacionada. **Recurso de revista não conhecido. 8. COMPENSAÇÃO DAS HORAS EXTRAS COM A GRATIFICAÇÃO DE FUNÇÃO.** O Regional não emitiu tese quanto ao tema, incidindo o óbice da Súmula 297 desta Corte, ante a ausência de prequestionamento. **Recurso de revista não conhecido. 9. BASE DE CÁLCULO DAS HORAS EXTRAS.** A decisão do Regional se limitou a determinar a observância do disposto na Súmula n° 264 do TST e não se pronunciou sobre a suposta violação dos artigos 112 e 114 do CC, razão pela qual carecem de prequestionamento, nos termos da Súmula n° 297 do TST. **Recurso de revista não conhecido. 10. AUXÍLIO-ALIMENTAÇÃO E AUXÍLIO CESTA-ALIMENTAÇÃO NATUREZA JURÍDICA.** As súmulas e OJs editadas pelos órgãos superiores do Judiciário não estão sujeitas ao princípio da irretroatividade das leis, tendo em vista que expressam apenas o entendimento majoritário das cortes judiciais. Ademais, o Regional não emitiu pronunciamento a respeito da violação do art. 5º, *caput* e XXXVI, da Constituição Federal e 6º, § 1º, da LINDB, por suposta irretroatividade do entendimento da OJ n° 413 da SDI-1 do TST. **Recurso de revista não conhecido. 11. AVISO PRÉVIO E ANOTAÇÃO DA CTPS.** O recurso não está fundamentado de maneira adequada, visto que o reclamado não indica violação de dispositivo de lei federal ou da Constituição da República, contrariedade a súmula e/ou a orientação jurisprudencial do TST ou Súmula Vinculante do STF. O único aresto transcrito não atende ao disposto no artigo 896 da CLT, pois oriundo de Turma desta Corte. **Recurso de revista não**

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico <http://www.tst.jus.br/validador> sob código 1000EC0BBE8292B40.



PROCESSO N° TST-ARR-442-93.2010.5.15.0091

conhecido. 12. REFLEXOS. Prejudicado o exame do tema tendo em vista o não conhecimento do recurso em relação aos temas em que foram deferidos reflexos. **Recurso de revista não conhecido. 13. SUPOSTA CONDENAÇÃO EXTRA PETITA EM "RECOLHIMENTOS PREVIDENCIÁRIOS" ANTERIORES A 1991 E MULTA DE 40%.**

Observa-se da decisão recorrida que foi provido o recurso ordinário do reclamante no tocante às diferenças de recolhimentos do FGTS no período anterior a 1991 e a consequente imposição da multa do FGTS de 40%. Em verdade, houve erro material no acórdão regional ao consignar o provimento do Recurso para condenar o reclamado ao pagamento dos "recolhimentos previdenciários" anteriores a 1991 e acréscimo de 40% sobre esses valores. Logo, não há falar em violação dos artigos 128 e 460 do CPC, muito menos em divergência jurisprudencial por suposto julgamento *extra petita* na forma proposta pelo reclamado. **Recurso de revista não conhecido. 14. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. FATO GERADOR. JUROS DE MORA E MULTA. MP 449/2008. CONVERSÃO NA LEI 11.941/2009. INAPLICABILIDADE AOS FATOS ANTERIORES.**

Os §§ 2º e 3º do art. 43 da Lei nº 8.212/1991, dispositivos introduzidos no ordenamento jurídico pela MP nº 449/2008, convertida na Lei nº 11.941/2009, que fixaram o fato gerador das contribuições previdenciárias incidentes sobre as condenações trabalhistas como sendo a data da prestação dos serviços, não são aplicáveis nas hipóteses em que os serviços foram prestados em momento anterior à sua vigência, como no caso dos autos, sob pena de ofensa ao princípio da irretroatividade das leis tributárias (arts. 150, III, "a", da CF e 105 do CTN). Por conseguinte, os juros



PROCESSO N° TST-ARR-442-93.2010.5.15.0091

de mora e a multa incidentes sobre as contribuições devem ser calculados a partir do dia dois do mês seguinte ao da liquidação da sentença, nos moldes do art. 276 do Decreto n° 3.048/1999. **Recurso de revista conhecido e provido.**

C) AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO PELO RECLAMANTE. 1. FGTS. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. MULTA DE 40%. A pretensão diz respeito às diferenças da multa de 40% do FGTS incidentes sobre os expurgos inflacionários. A decisão recorrida solucionou a controvérsia com base na distribuição do encargo probatório, razão pela qual não há falar em violação do artigo 18, § 1º, da Lei n° 8.036/90. A indicação de contrariedade à súmula do STJ e arestos oriundos de Turmas desta Corte não constituem hipóteses elencadas no artigo 896 da CLT. **2. REFLEXOS DOS REPOUSOS SEMANAIS REMUNERADOS EM SÁBADOS.** A análise do recurso, neste tópico, fica prejudicada, em razão da falta de interesse processual do recorrente. Isso porque, o Regional foi claro ao esclarecer que *"a questão relativa aos reflexos das horas extras e DSR's foi analisada em sede de embargos de declaração e o direito lhe foi conferido"*. **3. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. INDENIZAÇÃO POR PERDAS E DANOS.** A decisão recorrida está em consonância com a jurisprudência deste Tribunal, no sentido de que, no direito processual trabalhista, prevalece o princípio de que a condenação ao pagamento dos honorários advocatícios decorre apenas das hipóteses previstas na Lei n° 5.584/70, e não somente da insuficiência econômica do empregado (Súmulas n°s 219, I, e 329 desta Corte), tampouco se trata de reparação por prejuízos. Aplicação do art. 896, § 7º, da CLT e da Súmula n° 333 desta Corte.

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico <http://www.tst.jus.br/validador> sob código 1000EC0BBEB8292B40.



PROCESSO N° TST-ARR-442-93.2010.5.15.0091

Agravo de instrumento conhecido e não provido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista com Agravo n° **TST-ARR-442-93.2010.5.15.0091**, em que é agravante e recorrido **VERGÍLIO DORIVAL ARANTES** e é agravado e recorrente **BANCO DO BRASIL S.A.**

O Vice-Presidente do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, pela decisão de fls. 2195/2198, denegou seguimento aos recursos de revista interpostos pelas partes.

Inconformados, reclamado e reclamante interuseram agravos de instrumento, respectivamente, às fls. 2221/2238 e 2242/2250, insistindo na admissibilidade dos recursos de revista.

Foram apresentadas contraminuta e contrarrazões, respectivamente, às fls. 2281/2286 e 2254/2261 (reclamado) e fls. 2288/2304 e 2306/2322 (reclamante).

Dispensada a remessa dos autos à Procuradoria-Geral do Trabalho, nos termos do art. 83 do RITST.

É o relatório.

V O T O

A) AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO PELO RECLAMADO

I - CONHECIMENTO

Presentes os pressupostos legais, **conheço** do agravo de instrumento interposto pelo reclamado.

II - MÉRITO

1. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. FATO GERADOR. JUROS DE MORA E MULTA. MP 449/2008. CONVERSÃO NA LEI 11.941/2009. INAPLICABILIDADE AOS FATOS ANTERIORES.

Firmado por assinatura digital em 20/05/2015 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-ARR-442-93.2010.5.15.0091

Eis os termos do acórdão:

“FATO GERADOR DAS CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS

O entendimento mais recente, no que diz respeito ao fato gerador da Contribuição Previdenciária, é que o mesmo, se dá na data da prestação dos serviços. Essa modificação, se deu com o advento da Lei nº 11.941/2009, publicada em 28/05/2009, que alterou o Artigo 43 e revogou o Artigo 34, ambos da Lei de Custeio (Lei nº 8.212/91).

Assim, dispõe a nova redação do Art. 43 da Lei nº 8.212/91, dada pela Lei nº 11.941/2009:

“Art. 43 - Nas ações trabalhistas de que resultar o pagamento de direitos sujeitos à incidência de contribuição previdenciária, o juiz, sob pena de responsabilidade, determinará o imediato recolhimento das importâncias devidas à Seguridade Social.

[...]

§ 2º - Considera-se ocorrido o fato gerador das contribuições sociais na data da prestação do serviço.”

A legislação ordinária específica, determina que o marco temporal é, indubitavelmente, a efetiva prestação dos serviços, e não o pagamento dos salários, pois verificada a ocorrência da situação descrita em lei como suficiente e necessária para incidência fiscal, como disposto no Artigo 114 do Código Tributário Nacional.

Com relação ao Imposto de Renda, confrontando as alegações recursais com a r. Sentença, não se verifica prejuízo ao ora Recorrente.

Nego provimento.” (fls. 2079/2080 – grifos no original)

No recurso de revista (fls. 2145/2150), o reclamado sustenta que não há falar em incidência de multas e juros preceituados na lei do custeio previdenciário desde a época da prestação dos serviços



PROCESSO N° TST-ARR-442-93.2010.5.15.0091

e tampouco na adoção do regime de competência, mas sim, a partir da data do efetivo pagamento.

Defende que, no presente caso, não se aplica a MP n° 449/2008, convertida na Lei n° 11.941/2009, a qual deu nova redação ao art. 43 da Lei n° 8.212/1991, sob pena de ofensa ao princípio da irretroatividade da lei tributária. Afirma que só há falar em juros e multa, caso não se proceda aos recolhimentos previdenciários no prazo a que alude o art. 276, *caput*, do Decreto n° 3.048/99, ou seja, até o dia dois do mês seguinte ao da liquidação da sentença.

Aponta violação dos arts. 150, III, "a", da CF e 276, *caput*, do Decreto n° 3.048/99 e divergência jurisprudencial.

Ao exame.

Da análise do acórdão recorrido, é possível concluir que, no presente caso, o Regional aplicou a diretriz dos §§ 2° e 3° do art. 43 da Lei n° 8.212/1991, segundo os quais:

"Art. 43. Nas ações trabalhistas de que resultar o pagamento de direitos sujeitos à incidência de contribuição previdenciária, o juiz, sob pena de responsabilidade, determinará o imediato recolhimento das importâncias devidas à Seguridade Social.

[...]

§ 2° Considera-se ocorrido o fato gerador das contribuições sociais na data da prestação do serviço.

§ 3° As contribuições sociais serão apuradas mês a mês, com referência ao período da prestação de serviços, mediante a aplicação de alíquotas, limites máximos do salário-de-contribuição e acréscimos legais moratórios vigentes relativamente a cada uma das competências abrangidas, devendo o recolhimento ser efetuado no mesmo prazo em que devam ser pagos os créditos encontrados em liquidação de sentença ou em acordo homologado, sendo que nesse último caso o recolhimento será feito em tantas parcelas quantas as previstas no acordo, nas mesmas datas em que sejam exigíveis e proporcionalmente a cada uma delas."

Ocorre que os dispositivos legais transcritos somente foram introduzidos no ordenamento jurídico pátrio em 4/12/2008, data na



PROCESSO N° TST-ARR-442-93.2010.5.15.0091

qual entrou em vigor a Medida Provisória n° 449, posteriormente convertida na Lei n° 11.941/2009, diplomas legais que acrescentaram os §§ 2° e 3° ao art. 43 da Lei n° 8.212/1991.

Não podem, portanto, ser aplicados à prestação de serviços ocorrida antes dessa data, estipulando-a como fato gerador das contribuições previdenciárias incidentes sobre a condenação trabalhista dela decorrente, sob pena de aplicação retroativa da lei tributária, vedada pelos arts. 150, III, "a", da CF e 105 do CTN, segundo os quais:

"Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: [...] III - cobrar tributos: a) em relação a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado."

"Art. 105. A legislação tributária aplica-se imediatamente aos fatos geradores futuros e aos pendentes, assim entendidos aqueles cuja ocorrência tenha tido início mas não esteja completa nos termos do artigo 116."

Nesse sentido já decidiu esta 8ª Turma nos seguintes casos:

"RECURSO DE REVISTA. PROCESSO ELETRÔNICO – EXECUÇÃO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. FATO GERADOR. INCIDÊNCIA DE MULTA E JUROS DE MORA. A aplicação da regra contida no artigo 43, § 3º, da Lei nº 8.212/91, com redação dada pela Medida Provisória nº 449 e pela Lei nº 11.941/09, a fatos ocorridos anteriormente à sua vigência, viola o disposto no artigo 150, III, "a", da Constituição da República, segundo o qual é vedada a cobrança de tributos pela União em relação a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que os houver instituído. Assim, a multa e os juros de mora somente incidirão sobre as contribuições previdenciárias a partir do dia dois do mês seguinte ao da liquidação da sentença, nos moldes do art. 276 do Decreto nº 3.048/1999. Recurso de Revista conhecido e provido." (RR-94200-66.2007.5.03.0059, Relator Ministro Márcio Eurico Vitral Amaro, 8ª Turma, DEJT 4/10/2013)



PROCESSO N° TST-ARR-442-93.2010.5.15.0091

A) AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. EXECUÇÃO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. FATO GERADOR. JUROS DE MORA E MULTA. MP 449/2008. CONVERSÃO NA LEI 11.941/2009. INAPLICABILIDADE AOS FATOS ANTERIORES. Constatada a aparente violação do art. 150, III, -a-, da Constituição Federal, impõe-se prover o agravo de instrumento para determinar o processamento do recurso de revista. Agravo de instrumento conhecido e provido. B) RECURSO DE REVISTA. EXECUÇÃO. 1. QUANTIFICAÇÃO DAS HORAS EXTRAS. PARTICIPAÇÃO EM REUNIÕES. REFLEXOS DAS HORAS EXTRAS EM REPOUSO SEMANAL REMUNERADO, FÉRIAS, 13º SALÁRIO E FGTS. IMPOSTO DE RENDA. O recurso de revista não se encontra adequadamente fundamentado, nos termos do art. 896, § 2º, da CLT, pois o executado não indica violação de nenhum dispositivo da Constituição Federal. Recurso de revista não conhecido. 2. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. FATO GERADOR. JUROS DE MORA E MULTA. MP 449/2008. CONVERSÃO NA LEI 11.941/2009. INAPLICABILIDADE AOS FATOS ANTERIORES. Os §§ 2º e 3º do art. 43 da Lei nº 8.212/1991, dispositivos introduzidos no ordenamento jurídico pela MP nº 449/2008, convertida na Lei nº 11.941/2009, que fixaram o fato gerador das contribuições previdenciárias incidentes sobre as condenações trabalhistas como sendo a data da prestação dos serviços, não são aplicáveis nas hipóteses em que os serviços foram prestados em momento anterior à sua vigência, como no caso dos autos, sob pena de ofensa ao princípio da irretroatividade das leis tributárias (arts. 150, III, -a-, da CF e 105 do CTN). Por conseguinte, os juros de mora e a multa incidentes sobre as contribuições devem ser calculados a partir do dia dois do mês seguinte ao da liquidação da sentença, nos moldes do art. 276 do Decreto nº 3.048/1999. Recurso de revista conhecido e provido.” (RR - 138200-70.2005.5.15.0130, Relatora Ministra: Dora Maria da Costa, Data de Julgamento: 23/04/2014, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 25/04/2014)

E sendo inaplicáveis, no presente caso, os dispositivos legais em referência, a incidência dos juros de mora e da multa somente deve ocorrer na hipótese de desrespeito ao que determina



PROCESSO N° TST-ARR-442-93.2010.5.15.0091

o *caput* do artigo 276 do Decreto n° 3.048/1999, o qual estabelece o prazo para o recolhimento das contribuições previdenciárias resultantes de decisão judicial:

"Nas ações trabalhistas de que resultar o pagamento de direitos sujeitos à incidência de contribuição previdenciária, o recolhimento das importâncias devidas à seguridade social será feito no dia dois do mês seguinte ao da liquidação da sentença."

Sendo esse o momento a partir do qual é devido o pagamento das contribuições, somente dele em diante se pode cogitar em incidência de juros e correções monetárias.

Assim, considerando que, no presente caso, o Tribunal de origem aplicou o art. 43, §§ 2° e 3°, da Lei n° 8.212/1991, com redação da MP n° 449/2008, convertida na Lei n° 11.941/2009, quanto à prestação de serviços ocorrida antes da sua vigência, vislumbra-se aparente violação do art. 150, III, "a", da Constituição Federal.

Por conseguinte, **dou provimento** ao agravo de instrumento para determinar o processamento do recurso de revista.

B) RECURSO DE REVISTA DO RECLAMADO

I - CONHECIMENTO

Satisfeitos os requisitos atinentes à tempestividade e à regularidade de representação, examinam-se os demais pressupostos de admissibilidade do recurso de revista.

1. DIFERENÇAS DE FGTS. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. PRESCRIÇÃO. CONTRATO DE TRABALHO EXTINTO APÓS A VIGÊNCIA DA LEI COMPLEMENTAR n° 110/2001

Sobre o tema, assim se pronunciou o Regional:

“PRESCRIÇÃO



PROCESSO N° TST-ARR-442-93.2010.5.15.0091

Consigno, por primeiro, que, de fato, o termo inicial do prazo prescricional para o empregado pleitear em juízo diferenças da multa do FGTS, decorrentes dos expurgos inflacionários, deu-se com a edição da Lei Complementar nº 110, de 29.06.01, que reconheceu o direito à atualização do saldo das contas vinculadas.

Contudo, no caso dos autos, deixo claro, que a pretensão do Reclamante, iniciou-se somente com o sua dispensa sem justa causa, ocorrida em 28/04/2008. Tendo sido a Ação proposta em 12/04/2010, resta cristalino a observância do prazo prescricional a que alude o Art. 7º, Inciso XXXIX da Constituição da República.

Sendo assim, tendo em conta o contido nos autos, entendo que o feito encontra-se pronto para julgamento não se podendo falar em necessidade de baixa à origem.

Dou provimento ao Recurso para afastar a prescrição relacionada aos expurgos inflacionários.” (fls. 2070/2071)

Nas razões do recurso de revista (fls. 2144/2145), o reclamado se insurge contra sua condenação ao pagamento de diferenças de multa do FGTS decorrente de expurgos inflacionários, ao argumento de que a pretensão do reclamante encontra-se fulminada pela prescrição.

Sustenta divergência jurisprudencial no sentido de que o prazo prescricional para ajuizamento da ação deve ser contado a partir da publicação da Lei Complementar nº 110/2001, e não do término do contrato de trabalho.

Traz jurisprudência a confronto.

Ao exame.

A decisão proferida pelo Tribunal de origem não merece nenhum reparo, porquanto, em consonância com o entendimento perfilhado nesta Corte Superior no sentido de que o prazo prescricional bienal deve ser contado a partir do término do contrato de trabalho do empregado, a teor do art. 7º, XXIX, da CF/88.

Nesse sentido, colhem-se os seguintes precedentes, oriundos da SDI-1/TST e desta Turma:



PROCESSO N° TST-ARR-442-93.2010.5.15.0091

“RECURSO DE EMBARGOS INTERPOSTO ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI N° 11.496/2007. (...) PRESCRIÇÃO - TERMO INICIAL - FGTS - MULTA DE 40% - DIFERENÇAS DECORRENTES DOS EXPURGOS INFLACIONÁRIOS - CONTRATO DE TRABALHO EXTINTO APÓS A VIGÊNCIA DA LEI COMPLEMENTAR n° 110/2001. VIOLAÇÃO AO ARTIGO 896 DA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO NÃO CONFIGURADA. Quando a rescisão do contrato de trabalho é posterior à publicação da Lei Complementar n° 110/2001, conta-se o prazo prescricional de dois anos após a extinção do contrato de trabalho, nos termos do artigo 7º, inciso XXIX, da Constituição da República, para a propositura da ação pleiteando as diferenças da multa do FGTS em face dos expurgos inflacionários dos planos econômicos. Dessa maneira, no caso, não transcorrido in albis o biênio subsequente à extinção do contrato de trabalho, posterior à edição da Lei Complementar n° 110/2001, não está prescrito o direito de ação do reclamante, à luz do referido dispositivo constitucional (Precedentes desta SBDI1). Contrariedade à Orientação Jurisprudencial n° 344 da SBDI1/TST não configurada. Intacto o artigo 896 consolidado. Recurso de embargos não conhecido. (...)” (E-ED-RR - 159200-06.2004.5.15.0052, Relator Ministro: Renato de Lacerda Paiva, Data de Julgamento: 20/03/2014, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DEJT 28/03/2014)

"RECURSO DE EMBARGOS. DECISÃO EMBARGADA PUBLICADA NA VIGÊNCIA DA LEI N.º 11.496/2007. ACÓRDÃO TURMÁRIO PUBLICADO EM 02/10/2009. PRESCRIÇÃO. DIFERENÇAS DA MULTA DE 40% DO FGTS DECORRENTES DOS EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. RESCISÃO CONTRATUAL POSTERIOR À EDIÇÃO DA LEI COMPLEMENTAR N.º 110/2001. 1. Sendo incontroverso que a extinção do contrato de trabalho deu-se posteriormente à vigência da Lei Complementar n.º 110/2001, incide a regra geral do artigo 7.º, XXIX, da Constituição Federal. Nesse caso, tem-se que o termo inicial da contagem do prazo prescricional constitui a data da rescisão contratual. Precedentes da SDI-1. 2. Recurso de embargos conhecidos e providos." (TST-E-RR-53000-33.2003.5.03.0055, Relator Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos, SDI-1, DEJT 28.10.2011)



PROCESSO N° TST-ARR-442-93.2010.5.15.0091

"RECURSO DE EMBARGOS INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DA LEI 11.496/2007. FGTS. DIFERENÇAS DA MULTA DE 40%. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. PRESCRIÇÃO. RESCISÃO CONTRATUAL POSTERIOR À EDIÇÃO DA LEI COMPLEMENTAR N.º 110/2001. Tendo havido a rescisão contratual em momento posterior à edição da Lei Complementar n.º 110/2001, o prazo prescricional para se postular eventuais diferenças decorrentes do contrato de trabalho, inclusive quanto às diferenças da multa de 40% do FGTS decorrentes dos expurgos inflacionários, é regulado pelo art. 7.º, XXIX, da Constituição Federal, que fixa o prazo de dois anos após a extinção do vínculo empregatício. Inaplicável, por conseguinte, a diretriz inserta na Orientação Jurisprudencial n.º 344 da SBDI-1, por absoluta falta de identidade fática com a hipótese dos autos. (...)" (TST-E-RR-45300-70.2005.5.02.0020, Relatora Ministra Maria de Assis Calsing, SDI-1, DEJT 25.3.2011).

“A) AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO PELA RECLAMADA. 1. DIFERENÇAS DA MULTA DE 40% DO FGTS. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. PRESCRIÇÃO. O Regional consignou que o contrato de trabalho do reclamante foi rescindido em data posterior à publicação da Lei Complementar n° 110/2001. Nesse caso, o entendimento perfilhado nesta Corte Superior é de que o prazo prescricional bienal deve ser contado a partir do término do contrato de trabalho do obreiro, a teor do art. 7º, XXIX, da CF/88. Precedentes da SDI-1/TST. Desse modo, não há falar em aplicação da OJ n° 344 da SDI-1/TST. Em relação à prescrição quinquenal, incide o óbice da Súmula n° 297/TST. (...).” Agravo de instrumento conhecido e não provido. “(AIRR - 2694-92.2010.5.02.0362, Relatora Ministra: Dora Maria da Costa, Data de Julgamento: 18/03/2015, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 20/03/2015)

Nessa linha, o recurso de revista não alcança conhecimento porque a divergência jurisprudencial colacionada encontra-se superada por iterativa, notória e atual posicionamento desta Corte. Óbice do artigo 896, § 7º, da CLT e da Súmula n° 333 do TST.

Não conheço.



PROCESSO N° TST-ARR-442-93.2010.5.15.0091

2. DIFERENÇAS DE FGTS. ÔNUS DA PROVA.

Sobre o tema, o Regional asseverou:

“DIFERENÇAS DE FGTS

Verifica-se da inicial, que o Reclamante postula o pagamento de diferenças do acréscimo de 40% sobre o saldo do FGTS, bem como, os valores, já que o Reclamado não teria efetivado os depósitos do período anterior a 1991.

Em defesa, o Reclamado afirma que sempre pagou corretamente os valores do FGTS, o que se poderia provar pelos extratos analíticos que não foram trazidos aos autos pelo Reclamante.

Porém, em razão do cancelamento da OJ n° 301 da SDI-1 e da alegação de fatos exceptivos do direito do Reclamante, entendo que o ônus da prova era do Reclamado e de tal não se desincumbiu. Ademais, como alegado pelo Reclamante na inicial e não impugnado pela defesa, não se pode falar em extrato analítico da CEF, quando não se sabe em qual instituição financeira teriam sido feitos os depósitos.

Fica, desde já, autorizada a apresentação de extrato dos depósitos em fase de liquidação para apuração dos valores devidos, a fim de se evitar o enriquecimento sem causa.

Dou provimento ao Recurso para condenar o Reclamado ao pagamento dos recolhimentos previdenciários anteriores a 1991 e acréscimo de 40% sobre esses valores.” (fl. 2081)

O reclamado nas razões de revista, às fls. 2142/2143 e 2160/6161, argui a nulidade do acórdão quanto à inversão do ônus da prova em relação à regularidade dos depósitos do FGTS.

Aduz tratar-se de fato público e notório que a Caixa Econômica Federal disponibiliza a todos os trabalhadores meio fácil de acesso aos extratos do FGTS, inclusive por meio da Internet. Assim, competia ao reclamante diligenciar na Caixa Econômica Federal, para obtenção dos referidos extratos e apresentar diferenças que entenda sejam devidas.



PROCESSO Nº TST-ARR-442-93.2010.5.15.0091

Fundamenta o recurso em violação dos artigos 818 da CLT, 333 do CPC e 5º, LIV e LV, da CF.

Ao exame.

Esta Corte consolidou o entendimento de que incumbe ao empregador a prova da inexistência de diferenças a título de recolhimento de FGTS, já que é da empresa a obrigação legal de efetuar tais depósitos e é ela quem detém os respectivos documentos comprobatórios.

A ilustrar, os seguintes precedentes:

"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 prova do 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 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. Precedentes. Recurso de Embargos de que se conhece e a que se nega provimento." (E-RR-117800-10.1998.5.02.0464, Rel. Min. João Batista Brito Pereira, SDI-1, DEJT 14/12/2012)

"RECURSO DE EMBARGOS INTERPOSTO ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI Nº 11.496/2007. DEPÓSITO DO FGTS. ÔNUS DA PROVA. RECURSO DE REVISTA NÃO CONHECIDO. VIOLAÇÃO AO ARTIGO 896 DA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO NÃO CONFIGURADA. A Orientação Jurisprudencial nº 301 da SBDI-1 desta Corte encontra-se cancelada, conforme Res. 175/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31/05/2011; desse modo tal verbete não serve ao propósito de demonstrar a violação ao artigo 896 da Consolidação das Leis do Trabalho.



PROCESSO N° TST-ARR-442-93.2010.5.15.0091

De qualquer maneira, no caso, o TST, ao cancelar a referida diretriz, impôs o entendimento de que é do empregador o ônus da prova em relação à regularidade dos depósitos do FGTS, daí porque é cabível a condenação ao pagamento das respectivas diferenças, eis que, conforme descrito no acórdão regional, o reclamado não se desincumbiu do ônus processual que lhe cabia. Correta a decisão da Turma que não conheceu do recurso de revista da CORSAN. Recurso de embargos não conhecido." (E-ED-RR-7828700-09.2003.5.04.0900, Rel. Min. Renato de Lacerda Paiva, SDI-1, DEJT 13/04/2012)

"(...) 2. DIFERENÇAS DE FGTS. ÔNUS DA PROVA. A jurisprudência desta Corte é no sentido de que incumbe ao empregador a prova da inexistência de diferenças a título de recolhimento de FGTS, já que é da empresa a obrigação legal de efetuar tais depósitos e é ela quem detém os respectivos documentos comprobatórios. Recurso de revista não conhecido. (...)" (RR - 957-56.2010.5.15.0115 Data de Julgamento: 03/12/2014, Relatora Ministra: Dora Maria da Costa, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 05/12/2014.)

Nesse contexto, estando a decisão recorrida em harmonia com a jurisprudência pacificada do TST, descabe cogitar de violação de dispositivos legais, porquanto já foi atingido o fim precípua do recurso de revista, que é a uniformização da jurisprudência.

Ademais, também não há falar em violação do art. 5º, LIV e LV, da CF, porquanto em nenhum momento foram negados ao recorrente o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a eles inerentes, inclusive com a utilização da presente medida.

Não conheço.

3. HORAS EXTRAS. PRÉ-CONTRATAÇÃO.

Em relação ao tema, o Regional assim decidiu:



PROCESSO N° TST-ARR-442-93.2010.5.15.0091

“Por fim, com relação à pré - contratação de horas extras e supressão de seu valor, o que acarretou redução salarial, com razão o Autor. Verifica-se dos autos que o Reclamado confessa e pagou ao Reclamante, até julho de 2006 (fls. 711), o valor das horas extras pré - contratadas, o que foi suprimido em agosto do mesmo ano, quando passou a pagar gratificação de função e exigir jornada de oito horas diárias. Portanto, merece provimento o Recurso do Reclamante para declarar a nulidade da pré - contratação de horas extras e determinar que os valores recebidos a tal título (Súmula 199 do C. TST) integrem a sua remuneração para todos os efeitos legais, observando-se os limites impostos pela inicial. Tendo em conta o decidido, bem como, que os valores recebidos devem compor o salário do Autor, não se pode falar que a gratificação de função que lhe foi quitada possa afetar seu direito de incorporação do valor de natureza salarial, sob pena de verdadeira redução.” (fls. 2076/2077)

Nas razões de revista, às fls. 2150/2151, o reclamado insurge-se contra a condenação ao fundamento de que, ao contrário do consignado pelo Regional em relação ao reclamante admitido em 1º/11/1985, entre as partes não restou firmada a pré-contratação de horas extras.

Afirma que, na verdade, os acordos de prorrogação de jornada de trabalho noticiados nestes autos foram firmados entre as partes na conformidade da Cláusula Nova e seus parágrafos do Acordo Coletivo de Trabalho 1996/1999, em que restou regulado o pagamento e compensação de horas extras.

Defende que eventual manutenção da decisão importará em ofensa ao artigo 7º, XIII, da Constituição Federal.

Ao exame.

O acórdão regional é enfático ao consignar que *“verifica-se dos autos que o Reclamado confessa e pagou ao Reclamante, até julho de 2006 (fls. 711), o valor das horas extras pré-contratadas, o que foi suprimido em agosto do mesmo ano, quando passou a pagar gratificação de função e exigir jornada de oito horas diárias”*.

Diante desse quadro fático, insusceptível de revisão nesta esfera extraordinária, nos termos da Súmula nº 126 do TST, para se decidir de maneira diversa no sentido de que não restou firmado a



PROCESSO N° TST-ARR-442-93.2010.5.15.0091

pré-contratação de horas extras, necessário seria o reexame da prova, o que impede divisar a alegada violação do artigo 7º, XIII, da CF.

Não conheço.

4. CARGO DE CONFIANÇA.

Em relação ao tema, o Regional assim decidiu:

“HORAS EXTRAS - REFLEXOS EM DSR's - DIFERENÇAS SALARIAIS

O Reclamante alega na vestibular que durante o período imprescrito laborou, em média, das 07:07:30 às 20:21:30, de segunda à sexta-feira, com intervalo intrajornada de apenas 30/45 minutos. Ato contínuo, sustenta que em pelo menos duas oportunidades na semana sua jornada se estendia até às 22:30, bem como, que laborou em sábados das 08:00 às 15:00, com intervalo para alimentação e descanso de apenas 30/45 minutos, e em domingos, das 08:00 às 10:11:00. Nesse sentido, postula a condenação do Reclamado ao pagamento de horas extras excedentes à 4ª diária e vigésima semanal, conforme o contido no Artigo 20 da Lei nº 8.906/94, intervalo intrajornada e adoção de divisor 100 com adicional de 100% para as extraordinárias. Formula pedido sucessivo de condenação do Reclamado ao pagamento de horas extras excedentes à sexta diária e trigésima semanal, de segunda à sexta-feira, com adicional de 50% e sábados em domingos em dobro com divisor 150, conforme normas autônomas trazidas aos autos, tudo com incidências e reflexos de direito. Alega, ainda, ilegalidade na pré - contratação de horas extras devendo ser aplicada à hipótese o contido na Súmula nº 199 do C. TST.

Em defesa, o Reclamado impugna o pedido do Reclamante de aplicabilidade das normas previstas na Lei nº 8.906/94, já que foi contratado como bancário em 1985, para cumprir jornada de seis horas diárias. Ato contínuo, sustenta que não deve prevalecer as jornadas descritas na inicial, pois conforme os espelhos de ponto eletrônicos e os comprovantes de pagamento, as horas extras eventualmente prestadas foram devidamente anotadas e quitadas ao Autor. Sustenta, ainda, que a partir de 03/07/2006, o Reclamante passou a exercer o cargo em confiança de assistente jurídico já



PROCESSO N° TST-ARR-442-93.2010.5.15.0091

tendo remunerada a 7ª e 8ª hora, como previsto no § 2º do Artigo 224 da CLT, entretanto, como foi efetivado no cargo a partir de outubro de 2006, quitou o valor de R\$ 3.418,19, a título de horas extras do período de agosto/setembro de 2007 (código 036). Com relação ao período imprescrito, anterior à data do exercício do cargo em comissão, sustenta que o Autor se ativava em jornada de 08 horas e que as duas horas extras sempre foram remuneradas, através do código 036 dos comprovantes de pagamento. O Banco nega a necessidade de labor em sábados e domingos, bem como, que a partir de 03/07/2006, não houve mais anotação de controle de jornada, em razão do cargo de confiança ocupado pelo Reclamante e que o divisor a ser aplicado deve ser o 180 e 220, este pelo período do exercício do cargo de confiança. Ainda, requer, em caso de condenação, que a base de cálculo das horas extras seja o salário base e anuênios, conforme ajustes coletivos da categoria e possibilidade de dedução/compensação dos valores já quitados. Com relação ao intervalo intrajornada o Reclamado alega que o Reclamante sempre usufruiu o período corretamente e que as horas extras, como dito alhures, já foram quitadas, tampouco, podendo falar-se em pagamento de uma hora pela supressão parcial com reflexos, em virtude da natureza indenizatória da verba. Por fim, no que concerne à pré - contratação de horas extras, alega o Reclamado que exatamente no ano de contratação do Autor foi editada a Súmula nº 119 do C. TST, que vedou referida possibilidade, bem como, que em 1986, ajuste coletivo da categoria que garantiu aos empregados o labor em seis horas com recebimento das oito anteriormente ajustadas como extraordinárias, ou seja, já foram integradas ao salário base dos bancários.

O r. Juízo *a quo*, assim decidiu a questão, peço *venia* para transcrever trecho do decidido:

...”Observa-se que o reclamante foi contratado em 01/11/85, anteriormente à promulgação da Lei 8.906/94, mediante jornada de “6 horas diárias, podendo ser prorrogada por 2 (duas) horas, mediante acordo escrito, com o pagamento do acréscimo legal e totalizando 40 (quarenta) horas semanais. (fl. 647). O reclamante pertence à categoria diferenciada dos advogados. Entretanto, por haver dedicação exclusiva ao



PROCESSO N° TST-ARR-442-93.2010.5.15.0091

reclamado, ao mesmo não se aplica a jornada de 4 horas diárias estabelecida no artigo 20 da Lei 8.906/94, conforme exceção prevista em sua parte final: A jornada de trabalho do advogado empregado, no exercício da profissão, não poderá exceder a duração diária de quatro horas contínuas e a de vinte horas semanais, salvo acordo ou convenção coletiva ou em caso de dedicação exclusiva. (g.n.) O parágrafo único do art. 12 do Regulamento Geral do Estatuto da Advocacia estabelece que: “ Em caso de dedicação exclusiva, serão remuneradas como extraordinárias as horas trabalhadas que excederem a jornada normal de oito horas diárias. ” Considerando-se o regime de dedicação exclusiva, indefiro o pedido de receber como extras as horas laboradas além da 4ª diária, bem como de seus reflexos nos demais títulos postulados. O conjunto probatório demonstra que além do reclamante exercer função de confiança, tendo poderes para representar o banco reclamado, com acesso a documentos sigilosos, recebendo gratificação de função superior a 1/3 do salário do cargo efetivo, nos termos do art. 224, parágrafo 2º da CLT, verifica-se que o reclamante também trabalhava externamente, em diversas comarcas, enquadrando-se na exceção prevista no artigo 62, I da CLT. Embora as duas primeiras testemunhas do reclamante (que trabalhavam na portaria e na manutenção) tenham confirmado os horários de entrada e saída declinados na inicial, nada mencionaram sobre o labor ao longo da jornada. Isto porque o reclamante realizava audiências e acompanhava processos em várias comarcas, conforme respectivas listagens de ações sob sua responsabilidade (fls. 90/176, 179/235, 264/281, 317/385, e relatórios de viagens às fls. 236/263. Neste sentido: Advogado. Horas extras. Trabalho não exclusivo. A demonstração de que o advogado empregado goza de livre disposição de seu tempo, dentro do horário de funcionamento de seu cliente empregador, para executar tarefas relacionadas ao contrato de trabalho, bem como aquelas alheias ao empregador, inclusive externamente, afasta a presunção de que esteja à disposição do empregado



PROCESSO N° TST-ARR-442-93.2010.5.15.0091

durante todo o tempo, tornando indevidas as horas extras. (TRT/SP – 005582006000702002 – RO – Ac. 6ª T 20090727023 – Rel. Rafael Edson Pugliese Ribeiro – DOE 18/09/09). Conforme bem fundamentado pelo Exmo. Juiz Federal do Trabalho, Dr. Valdomiro Paes Landim, nos autos da Reclamação Trabalhista n° 0000047- 73.2011.5.15.0089, que tramitou perante a 2ª Vara do Trabalho de Bauru, não há que se analisar o exercício de cargo de chefia, mas sim de confiança bancária: Afigura-se relevante consignar-se que para a solução da demanda apresenta-se inócua a discussão sobre a existência ou não de poderes de gestão, sobre a existência de procuração para agir em nome do banco ou sobre a existência de subordinados. Com efeito, a perquirição sobre o fato de o empregado possuir poderes de mando e gestão e poderes para praticar atos em nome do empregador e ser ou não a autoridade máxima no local de trabalho está relacionada à discussão sobre a excludente de que trata o art. 62 da CLT. No caso, não se discute essa matéria. De outra parte, a investigação sobre a existência de subordinados diz respeito à configuração de cargo de chefia, matéria também não discutida no caso em apreciação. O que seria passível de discussão, se não houvesse a opção, era a configuração ou não de cargo de confiança bancária. E, nesse caso, a conclusão seria no sentido de que o cargo exercido pela reclamante configura manifesto cargo de confiança bancária. A análise da descrição das atividades descritas na inicial conduzem à ilação segura no sentido de que o cargo conferia e exigia acesso a informações e dados sigilosos a que os escriturários comuns não tinham. Portanto, exigiam fidúcia especial. É de notório conhecimento que o acesso no sistema de consultas da instituição bancária é realizado por meio de senha pessoal e que os níveis da senha dependem do perfil do cargo. Assim, patente que a reclamante, em virtude do cargo, tinha acesso privilegiado a informações e dados a que os escriturários comuns não tinham, circunstância que atrai a configuração do cargo de confiança bancária. Diante desses elementos, afigura-se insustentável a tese defendida na



PROCESSO N° TST-ARR-442-93.2010.5.15.0091

prefacial e inacolhível o pleito de horas extras pelo trabalho nas sexta e sétima horas. Por consequência, também improcede o pleito de indenização na forma da Súmula 291 do Colendo TST, porquanto não houve supressão de horas extras. Efetivamente, as atividades desenvolvidas pelo reclamante, responsável por inúmeras ações em defesa de banco reclamado na região de Bauru demonstram que o reclamante não tinha sua jornada fiscalizada, não se sujeitando a qualquer tipo de controle, sendo que seus coordenadores laboravam em cidade distinta que o mesmo, a exemplo de sua terceira testemunha, que trabalhava em São Paulo (fl. 796), o que comprova sua autonomia e fidúcia especial quanto ao trabalho realizado na região de Bauru, sendo que recebia gratificação de função superior a 1/3 do salário do cargo efetivo. Os demonstrativos salariais acostados às fls. 81/85 revelam que o valor pago a título de gratificação pelo cargo comissionado (R\$ 3.813,12 em março de 2008 – fl.84) representou mais de 65 % do salário padrão do cargo efetivo (R\$ 5.729,72 em março de 2008). Em consequência, indefiro o pedido de horas extras (inclusive referente ao intervalo intrajornada) e reflexos nos demais títulos postulados, quer pela autonomia que o reclamante possuía para cumprimento de seu trabalho (art. 62, I da CLT), quer pelo exercício de função de confiança, nos termos do artigo 224, parágrafo 2º, da CLT”...

...”Os holerites de pagamento comprovam que referente ao período imprescrito (a partir de 12/04/05) a reclamada deixou de pagar os reflexos das horas extras quitadas nos DSRs referentes aos seguintes meses: de abril a outubro de 2005 (fls. 75/77). Sem razão o reclamado ao alegar que os DSRs já estavam abrangidos no valor das horas extras quitadas, quer por não ser admitida a prática de salário comlessivo, quer por não ter comprovado detalhadamente (com os respectivos cálculos) tais fatos, motivo pelo qual condeno o reclamado a pagar ao reclamante os reflexos das horas extras quitadas no período de 12/04/05 a 31/10/05 nos DSRs”...



PROCESSO N° TST-ARR-442-93.2010.5.15.0091

O Reclamado insurge-se contra a r. Sentença, alegando que não se pode falar em reflexos das horas extras em DSR's pelo período compreendido entre 12/04/2005 até 31/10/2005, já que a verba teria sido quitada sob a rubrica 036 e, posteriormente, em virtude de questionamentos, passou a quitar a verba sob rubrica diferenciada, ou seja, a 054. Por fim, que o sábado do bancário é considera dia útil não trabalhado, não se podendo falar em reflexos em tais dias.

O Autor, através de extenso arrazoado, sustenta que o Reclamado confessa o pagamento de horas extras pré - contratadas, bem como, que deveria ter trazido aos autos os controles de jornada e comprovantes de pagamento, já que alega regularidade das anotações e quitação de horas extras. Ato contínuo, que o r. Juízo *a quo* decidiu que o Reclamante exercia função que estaria excepcionada pelo Artigo 62 da CLT, entretanto, tal alegação, sequer fez parte da defesa e que a única tese levantada pelo Reclamado, foi de enquadramento no contido no § 2º do Artigo 224 da CLT, estando sujeito a jornada de 08 horas diárias, portanto, havendo violação ao previsto nos Artigos 128 e 460 do CPC. Com relação ao enquadramento no contido no § 2º do Artigo 224 da CLT, sustenta que não merece prevalecer, já que ficou comprovado nos autos que sempre exerceu a mesma função desde a contratação, ou seja, a de advogado, devendo ser aplicada à hipótese o previsto na Súmula nº 102 do C. TST. Pugna pela aplicação do contido na Lei nº 8.906/94, pois não comprovado nos autos a adoção de regime de dedicação exclusiva.

Pois bem.

Inicialmente, cumpre consignar que cabia ao Reclamado juntar aos autos os controles de jornada de todo o período imprescrito, o que não fez. Com relação ao período de exercício de suposto cargo de confiança excepcionado pelo § 2º do Artigo 224 da CLT, como alegado em defesa, o Reclamante, em tese, deveria cumprir jornada de 08 horas diárias e 40 semanais, não se podendo falar em desnecessidade de anotação da efetiva jornada de trabalho. Portanto, não estando excepcionado pelo Artigo 62 da CLT, o que ocorre somente com os gerentes gerais de agência, o Autor não poderia ter sido dispensado da anotação de jornada de trabalho. Assim sendo, em virtude da falta de juntada de controles de jornada aos autos, milita a favor do Reclamante presunção de veracidade da jornada declinada na



PROCESSO N° TST-ARR-442-93.2010.5.15.0091

vestibular que não foi ilidida por meio de outra prova, pois não foram ouvidas testemunhas do Banco e não existem outros elementos de prova aptos a tanto. Some-se a isso, que as testemunhas trazidas pelo Autor corroboram sua alegações iniciais quanto a jornada de trabalho, inclusive, quanto ao fato de que a ocupação do cargo de assistente jurídico foi um engodo do Banco, já que suas funções nunca foram alteradas (fls. 796/797). Portanto, tendo em conta o contido nos autos, entendo que a jornada do Reclamante deve ser aquela descrita na vestibular, inclusive quanto ao período de intervalo para alimentação e descanso, que fixo em 40 minutos diários, com exceção dos sábados, domingos e feriados. Quanto a estes, nada obstante o ônus pertencer ao Reclamado e tendo em conta que as provas produzidas nos autos pertencem a ele e ao julgador, analisando o depoimento das testemunhas do Reclamante e o alegado na inicial, fixo que o labor ocorreu em dois sábados e outros dois domingos ao mês durante o período imprescrito e nos horários declinados na vestibular, não havendo indicação de feriados laborados, o que os exclui da condenação. (...) Com relação ao Recurso do Reclamado, as horas extras deverão refletir em DRS's, já que a quitação, mesmo havendo campo próprio nos comprovantes de pagamento, ou seja, o 054, não foi feita, não se podendo falar em pagamento complessivo, inclusive, sobre os dias de sábado, pois existe previsão normativa para tanto.

Ato contínuo, **tendo em conta a jornada descrita na vestibular e acolhida judicialmente, bem como, o Princípio da Primazia da Realidade, não se pode concluir que o Reclamante não tivesse se submetido ao regime de dedicação exclusiva ao Banco, o que afasta a aplicação do contido na Lei n° 8.906/94, devendo serem consideradas como extras as horas excedentes à sexta diária e trigésima sexta semanal, bem como, o divisor 150 (Súmula n° 124 do C. TST) com adicionais legais ou convencionais, o que for melhor e com os reflexos de direito, observados os limites impostos pela inicial. As horas laboradas em sábados e domingos serão remuneradas em dobro com os reflexos de direito.** Deverá ser aplicado o contido na Súmula n° 264 do C. TST, não se podendo falar em observação ao supostamente convencionado.

(...)



PROCESSO N° TST-ARR-442-93.2010.5.15.0091

Para que se evite o enriquecimento sem causa, fica autorizada a dedução das horas extras efetivamente quitadas ao Reclamante pela sua quantidade e não pelos valores, desde que já comprovado o pagamento nos autos, com exceção das quitadas em virtude da pré - contratação, já que estas na verdade integraram os salários do Autor.

Dou parcial provimento ao Recurso do Reclamante para fixar, pela média, sua jornada de trabalho como sendo das 07:30 às 21:00, de segunda à sexta-feira, com intervalo intrajornada de 40 minutos, e em duas oportunidades na semana sua jornada se estendia até às 22:30, bem como, que laborou em dois sábados e em dois domingos ao mês das 08:00 às 15:00, com intervalo para alimentação e descanso de 40 minutos, e das 08:00 às 10:30, respectivamente, fazendo jus às horas extras excedentes à sexta diária e trigésima sexta semanal e divisor 150, com adicionais legais ou convencionais, dobras e reflexos legais, conforme os limites impostos pela inicial. Condenar o Reclamado ao pagamento de uma hora pela supressão do intervalo intrajornada com adicional de 50% e reflexos. Deve ser aplicado o contido na Súmula n° 264 do C. TST. Declarar a nulidade da pré - contratação de horas extras e determinar que os valores recebidos a tal título (Súmula 199 do C. TST), integrem a sua remuneração para todos os efeitos legais, observando-se os limites impostos pela inicial, inclusive pelo período em que recebeu gratificação de função. Para que se evite o enriquecimento sem causa, fica autorizada a dedução das horas extras efetivamente quitadas ao Reclamante pela sua quantidade e não pelos valores, desde que já comprovado o pagamento nos autos.

Nego provimento ao Recurso do Reclamado.” (fls. 2071/2077 – grifos apostos)

Nas razões de revista, à fl. 2151, o reclamado insurge-se contra a condenação ao fundamento de que, em face da comprovação da percepção de gratificação superior a 1/3 do salário do reclamante, em evidência de que o cargo exercido era de confiança, ficando ele enquadrado na exceção prevista no parágrafo 2° do art. 224 da CLT, contando-se a jornada extraordinária somente após a oitava hora trabalhada.

Ao exame.



PROCESSO N° TST-ARR-442-93.2010.5.15.0091

Ao contrário do que alega o reclamado o quadro fático descrito pelo Regional não permite concluir que o reclamante exercia cargo de confiança a ser submetido a jornada de 8 horas diárias nos termos do que determina o artigo 224, § 2º, da CLT.

Com efeito, o Regional, ao acolher a jornada descrita na inicial considerando como extras as horas excedentes à sexta diária e trigésima sexta semanal, registrou expressamente que o reclamante não poderia ter sido dispensado da anotação de jornada de trabalho, já que não se cogitava de gerente geral de agência (artigo 62 da CLT), que não foram ouvidas testemunhas do Banco e que as testemunhas do empregado confirmaram suas alegações iniciais quanto à jornada de trabalho, inclusive, *"quanto ao fato de que a ocupação do cargo de assistente jurídico foi um engodo do Banco, já que suas funções nunca foram alteradas"*.

Diante do quadro fático delineado, insuscetível de reexame nesta instância superior, nos termos da Súmula 102, I, do TST, descabe cogitar de violação do art. 224, § 2º, da CLT.

Não conheço.

5. HORAS EXTRAS. ÔNUS DA PROVA.

A fundamentação do acórdão quanto ao tema já foi transcrita no tópico anterior.

Nas razões de revista, às fls. 2152/2153, o reclamado insurge-se contra a condenação ao pagamento de horas extras ao fundamento de que os controles de jornada carreados aos autos possuem presunção de veracidade, especialmente pelo fato de que o reclamante não produziu nenhuma prova a refutar tais anotações.

Aponta violação dos artigos 818 da CLT e 333, I, e 368 do CPC. Colaciona arestos.

Ao exame.

Consoante se depreende do acórdão regional, a controvérsia não foi dirimida com base nas regras de distribuição do ônus da prova, mas com amparo nos elementos probatórios existentes nos autos,



PROCESSO N° TST-ARR-442-93.2010.5.15.0091

de modo que é impertinente a indicação de violação dos arts. 818 da CLT e 333, I, e 368 do CPC.

Na mesma linha, a divergência jurisprudencial (fl. 2152/2153) mostra-se inservível porque apenas retrata a questão do ônus da prova quanto às horas extras.

Não conheço.

6. INTERVALO INTRAJORNADA. EFEITOS.

Eis os termos do acórdão:

“Sendo assim, condeno o Reclamado ao pagamento de uma hora pela supressão do intervalo intrajornada com adicional de 50% e reflexos, conforme o previsto na Súmula n° 437 do C. TST, não se podendo falar em *bis in idem* com as horas extras, já que as verbas possuem naturezas jurídicas diversas.” (fl. 2076)

Em suas razões de revista, às fls. 2153/2155, o reclamado sustenta ser indevido o pagamento integral do intervalo de uma hora e possuir a verba natureza indenizatória.

Fundamenta o recurso em divergência jurisprudencial. Examina-se.

A matéria relativa aos efeitos da concessão parcial do intervalo intrajornada e sua natureza jurídica não comporta maiores discussões neste Tribunal Superior, porquanto pacificada por intermédio dos itens I e III da Súmula n° 437 do TST, a qual ora se reproduz:

"INTERVALO INTRAJORNADA PARA REPOUSO E ALIMENTAÇÃO. APLICAÇÃO DO ART. 71 DA CLT (conversão das Orientações Jurisprudenciais n°s 307, 342, 354, 380 e 381 da SBDI-1) - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012

I - Após a edição da Lei n° 8.923/94, a não concessão ou a concessão parcial do intervalo intrajornada mínimo, para repouso e alimentação, a empregados urbanos e rurais, implica o pagamento total do período correspondente, e não apenas daquele suprimido, com acréscimo de, no



PROCESSO N° TST-ARR-442-93.2010.5.15.0091

mínimo, 50% sobre o valor da remuneração da hora normal de trabalho (art. 71 da CLT), sem prejuízo do cômputo da efetiva jornada de labor para efeito de remuneração.

[...]

III - Possui natureza salarial a parcela prevista no art. 71, § 4º, da CLT, com redação introduzida pela Lei nº 8.923, de 27 de julho de 1994, quando não concedido ou reduzido pelo empregador o intervalo mínimo intrajornada para repouso e alimentação, repercutindo, assim, no cálculo de outras parcelas salariais."

Logo, a decisão recorrida está em consonância com a jurisprudência deste Tribunal. Incide o óbice do art. 896, § 7º, da CLT e da Súmula nº 333 da SDI-1 do TST.

Não conheço.

7. DIVISOR APLICÁVEL PARA O CÁLCULO DAS HORAS EXTRAS

Eis os termos do acórdão:

“Ato contínuo, tendo em conta a jornada descrita na vestibular e acolhida judicialmente, bem como, o Princípio da Primazia da Realidade, não se pode concluir que o Reclamante não tivesse se submetido ao regime de dedicação exclusiva ao Banco, o que afasta a aplicação do contido na Lei nº 8.906/94, devendo serem consideradas como extras as horas excedentes à sexta diária e trigésima sexta semanal, bem como, o divisor 150 (Súmula nº 124 do C. TST) com adicionais legais ou convencionais, o que for melhor e com os reflexos de direito, observados os limites impostos pela inicial.” (fl. 2076)

Sustenta o reclamado (fls. 2156/2159) que o julgado recorrido merece reforma, para aplicação, ao caso concreto, do divisor 180 ou 220, tendo em vista que o sábado é dia útil não trabalhado.

Argumenta não ser possível a aplicação retroativa da nova redação da Súmula 124 do TST, sob pena de afronta ao art. 5º, *caput* e XXXVI, da Constituição Federal e 6º, § 1º, da LINDB.



PROCESSO N° TST-ARR-442-93.2010.5.15.0091

Fundamenta o recurso em violação dos artigos 58 e 64 da CLT, 5º, *caput* e XXXVI, da Constituição Federal e 6º, § 1º, da LINDB; em contrariedade às Súmulas 124 e 277 do TST e em divergência jurisprudencial.

Ao exame.

Inicialmente, ressalte-se, por relevante, que as súmulas e OJs editadas pelos órgãos superiores do Judiciário não estão sujeitas ao princípio da irretroatividade das leis, tendo em vista que expressam apenas o entendimento majoritário das cortes judiciais.

Logo, não há falar em violação do art. 5º, *caput* e XXXVI, da Constituição Federal e 6º, § 1º, da LINDB, muito menos em contrariedade à Súmula n° 277 do TST ou divergência jurisprudencial com o aresto de fl. 2158.

O Tribunal, ao determinar a aplicação do divisor 150, limitou-se a registrar que o empregado estava submetido à jornada diária de 6 horas, razão pela qual incidia a Súmula 124 do TST.

Ora, a Súmula n° 124 desta Corte Superior, dispõe, *in verbis*:

"BANCÁRIO. SALÁRIO-HORA. DIVISOR (redação alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 14.09.2012) – Res. 185/2012 – DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012

I – O divisor aplicável para o cálculo das horas extras do bancário, se houver ajuste individual expresso ou coletivo no sentido de considerar o sábado como dia de descanso remunerado, será:

a) 150, para os empregados submetidos à jornada de seis horas, prevista no *caput* do art. 224 da CLT;

b) 200, para os empregados submetidos à jornada de oito horas, nos termos do § 2º do art. 224 da CLT.

II – Nas demais hipóteses, aplicar-se-á o divisor:

a) 180, para os empregados submetidos à jornada de seis horas prevista no *caput* do art. 224 da CLT;

b) 220, para os empregados submetidos à jornada de oito horas, nos termos do § 2º do art. 224 da CLT."



PROCESSO N° TST-ARR-442-93.2010.5.15.0091

Diante desse quadro fático, não tendo a Corte Regional informado sobre a existência de ajuste individual expresso ou coletivo no sentido de considerar o sábado como dia de descanso remunerado, nem foi instado a se manifestar por meio de embargos de declaração, o recurso não alcança conhecimento por depender do reexame de fatos e provas, nos termos da Súmula n° 126 do TST, o que impede o exame da alegada violação dos artigos 58 e 64 da CLT, contrariedade à Súmula n° 124 do TST e da divergência jurisprudencial colacionada (fl. 2156).

Não conheço.

8. COMPENSAÇÃO DAS HORAS EXTRAS COM A GRATIFICAÇÃO DE FUNÇÃO.

O Regional adotou os seguintes fundamentos:

“Para que se evite o enriquecimento sem causa, fica autorizada a dedução das horas extras efetivamente quitadas ao Reclamante pela sua quantidade e não pelos valores, desde que já comprovado o pagamento nos autos, com exceção das quitadas em virtude da pré - contratação, já que estas na verdade integraram os salários do Autor.” (fl. 2077)

Às fls. 2159/2160, o reclamado requer a compensação das horas extraordinárias deferidas com o valor correspondente à gratificação de função auferida pelo reclamante.

Aponta divergência jurisprudencial.

Não prospera o inconformismo.

O Regional não emitiu tese quanto ao tema, incidindo o óbice da Súmula 297 desta Corte, ante a ausência de prequestionamento.

Não conheço.

9. BASE DE CÁLCULO DAS HORAS EXTRAS

O Regional adotou os seguintes fundamentos:



PROCESSO N° TST-ARR-442-93.2010.5.15.0091

“Art. 458 - Além do pagamento em dinheiro, compreende-se no salário, para todos os efeitos legais, a alimentação, habitação, vestuário ou outras prestações "in natura" que a empresa, por força do contrato ou do costume, fornecer habitualmente ao empregado. Em caso algum será permitido o pagamento com bebidas alcoólicas ou drogas nocivas.

Art. 468 - Nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e ainda assim desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia.

SUM. 51 - NORMA REGULAMENTAR. VANTAGENS E OPÇÃO PELO NOVO REGULAMENTO. ART. 468 DA CLT.

I - As cláusulas regulamentares, que revoguem ou alterem vantagens deferidas anteriormente, só atingirão os trabalhadores admitidos após a revogação ou alteração do regulamento.

SUM. 241 - SALÁRIO-UTILIDADE. ALIMENTAÇÃO

O vale para refeição, fornecido por força do contrato de trabalho, tem caráter salarial, integrando a remuneração do empregado, para todos os efeitos legais.”

Entendo, ainda, que o fato do Banco Reclamado ter se filiado ao Programa de Alimentação do Trabalhador – PAT, ou ter pactuado em norma coletiva a natureza indenizatória do benefício, não tem o condão de alterar a natureza jurídica do auxílio-alimentação para aqueles empregados que foram contratados antes da filiação ou da normatização coletiva.

Neste sentido, converge a OJ n° 413 da SBDI-1, do C. TST, *in verbis*:



PROCESSO N° TST-ARR-442-93.2010.5.15.0091

**“OJ-SDI1-413 AUXÍLIO-ALIMENTAÇÃO.
ALTERAÇÃO DA NATUREZA JURÍDICA. NORMA
COLETIVA OU ADESÃO AO PAT. (DEJT divulgado em
14, 15 e 16.02.2012).**

A pactuação em norma coletiva conferindo caráter indenizatório à verba “auxílio-alimentação” ou a adesão posterior do empregador ao Programa de Alimentação do Trabalhador - PAT - não altera a natureza salarial da parcela, instituída anteriormente, para aqueles empregados que, habitualmente, já percebiam o benefício, a teor das Súmulas nos 51, I, e 241 do TST.”

Nego provimento.” (fls. 2077/2079 – grifos no original)

Sustenta o reclamado (fl. 2160) não ser possível a aplicação retroativa do entendimento consubstanciado na OJ n° 413 da SDI-1 do TST, sob pena de afronta ao art. 5°, *caput* e XXXVI, da Constituição Federal e 6°, § 1°, da LINDB.

Ao exame.

As súmulas e OJs editadas pelos órgãos superiores do Judiciário não estão sujeitas ao princípio da irretroatividade das leis, tendo em vista que expressam apenas o entendimento majoritário das cortes judiciais.

Ademais, o Regional não emitiu pronunciamento a respeito da violação do art. 5°, *caput* e XXXVI, da Constituição Federal e 6°, § 1°, da LINDB, por suposta irretroatividade do entendimento da OJ n° 413 da SDI-1 do TST.

Não conheço.

11. AVISO PRÉVIO E ANOTAÇÃO DA CTPS.

Eis os termos do acórdão:

“RETIFICAÇÃO DA CTPS



PROCESSO N° TST-ARR-442-93.2010.5.15.0091

O ora Recorrente insurge-se contra a r. Sentença, quanto a retificação da CTPS do Reclamante.

A questão é de singela solução e se resolve pelo contido no § 1º do Artigo 487 da CLT e OJ nº 82 do C. TST.

Deixo claro que, o fato de ter havido o pagamento das verbas decorrentes da projeção do aviso prévio não retira o direito do Autor à anotação na CTPS, da efetiva data de sua saída, ainda que o período lhe tenha sido indenizado.

Nego provimento.” (fl. 2079)

O reclamado (fls. 2161/2162) sustenta que a data de saída a ser consignada na Carteira de Trabalho e Previdência Social do empregado deva ser a data do último dia efetivamente trabalhado na empresa.

Indica divergência jurisprudencial.

Ao exame.

O recurso não está fundamentado de maneira adequada, visto que o reclamado não indica violação de dispositivo de lei federal ou da Constituição da República, contrariedade a súmula e/ou a orientação jurisprudencial do TST ou Súmula Vinculante do STF.

O único aresto transcrito não atende ao disposto no artigo 896 da CLT, pois oriundo de Turma desta Corte.

Não conheço.

12. REFLEXOS

O reclamado (fl. 2163) sustenta que sendo indevido o principal, conseqüentemente, são indevidos seus reflexos porque meros acessórios, nos termos do artigo 92 do Código Civil.

Ao exame.

Prejudicado o exame do tema tendo em vista o não conhecimento do recurso em relação aos temas em que foram deferidos reflexos.

Não conheço.



PROCESSO N° TST-ARR-442-93.2010.5.15.0091

13. SUPOSTA CONDENÇÃO EXTRA PETITA EM "RECOLHIMENTOS PREVIDENCIÁRIOS" ANTERIORES A 1991 E MULTA DE 40%.

O reclamado (fls. 2162/2163) insurge-se contra a sua suposta condenação extra petita ao pagamento de recolhimentos previdenciários anteriores a 1991 e multa de 40% sobre esses recolhimentos.

Fundamenta o recurso em violação dos artigos 128 e 460 do CPC e em divergência jurisprudencial.

Ao exame.

Ao contrário do que afirma o reclamado não houve condenação ao pagamento de recolhimentos previdenciários, muito menos com acréscimo de 40% sobre esses valores.

Com efeito, o que se observa da decisão recorrida é que foi provido o recurso ordinário do reclamante no tocante respeito às diferenças de recolhimentos do FGTS no período anterior a 1991 e a consequente imposição da multa fundiária de 40%.

Em verdade, houve erro material no acórdão regional ao consignar o provimento do recurso para condenar o reclamado ao pagamento dos "recolhimentos previdenciários" anteriores a 1991 e acréscimo de 40% sobre esses valores (fl. 2081).

Logo, não há falar em violação dos artigos 128 e 460 do CPC, muito menos em divergência jurisprudencial por suposto julgamento extra petita na forma proposta pelo reclamado.

Não conheço.

14. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. FATO GERADOR. JUROS DE MORA E MULTA. MP 449/2008. CONVERSÃO NA LEI 11.941/2009. INAPLICABILIDADE AOS FATOS ANTERIORES.

Tendo em vista os fundamentos expostos por ocasião da análise do agravo de instrumento, ficou demonstrada a ofensa ao art. 150, III, "a", da Constituição Federal em decorrência da aplicação do art. 43, §§ 2º e 3º, da Lei nº 8.212/91, com redação da MP nº 449/2008,



PROCESSO N° TST-ARR-442-93.2010.5.15.0091

convertida na Lei n° 11.941/2009, quanto à prestação de serviços ocorrida antes da sua vigência.

Assim, **conheço** do recurso de revista por violação do art. 150, III, "a", da Constituição Federal.

II - MÉRITO

CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. FATO GERADOR. JUROS DE MORA E MULTA. MP 449/2008. CONVERSÃO NA LEI 11.941/2009. INAPLICABILIDADE AOS FATOS ANTERIORES.

Como consequência lógica do conhecimento do recurso de revista por violação do art. 150, III, "a", da Constituição Federal, **dou-lhe provimento** para afastar a prestação de serviços como fato gerador da contribuição previdenciária e determinar que os juros de mora e a multa incidentes sobre as contribuições previdenciárias decorrentes da condenação sejam calculados a partir do dia dois do mês seguinte ao da liquidação da sentença (art. 276 do Decreto n° 3.048/99).

C) AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO PELO RECLAMANTE

I - CONHECIMENTO

Presentes os pressupostos legais, **conheço** do agravo de instrumento interposto pelo reclamante.

II - MÉRITO

1. FGTS. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. MULTA DE 40%.

Eis os fundamentos do Regional:

“EXPURGOS INFLACIONÁRIOS



PROCESSO N° TST-ARR-442-93.2010.5.15.0091

O Reclamante alega na vestibular que o Reclamado não observou os valores dos expurgos inflacionários quando do pagamento do acréscimo de 40% sobre o saldo do seu FGTS.

Em defesa, o Reclamado alega que a parcela estaria prescrita, o que foi afastado alhures, bem como, que cabia ao Reclamante a comprovação de prejuízos, ônus do qual não se desincumbiu.

Pois bem.

Verifica-se dos autos que o Reclamante alega que o Reclamado não pagou o acréscimo de 40% sobre os expurgos inflacionários, entretanto, em momento algum, demonstra o prejuízo. Não trouxe aos autos qualquer documento comprovando o recebimento da verba, tampouco, demonstrou que o Reclamado não tivesse quitado referido acréscimo sobre o valor dos expurgos. Portanto, tendo em conta que foi afastada a prescrição relacionada ao pedido, decido pela sua improcedência.

Nego provimento.” (fls. 2080/2081)

O reclamante, às fls. 2175/2181, insiste na condenação do reclamado ao pagamento da multa de 40% do FGTS sobre os expurgos inflacionários.

Aduz que a Lei Complementar n° 110/2001 expressamente reconhece o direito às diferenças de FGTS decorrentes dos expurgos inflacionários. Assim, para efeito de incidência na multa de 40% se torna absolutamente desnecessária qualquer comprovação de adesão ao “maior acordo do mundo” ou, ainda, de ajuizamento de demanda específica na Justiça Federal. Por outro lado, não paira nenhuma dúvida a respeito da responsabilidade do reclamado pelo pagamento de tais diferenças, conforme, inclusive, prevê a Lei n° 8.036/90.

Fundamenta o recurso em violação do artigo 18, § 1°, da Lei n° 8.036/90, contrariedade à Súmula n° 252 do STJ e divergência jurisprudencial.

Ao exame.

A pretensão diz respeito às diferenças da multa de 40% do FGTS incidentes sobre os expurgos inflacionários.

O Regional foi categórico ao consignar que o reclamante “*não trouxe aos autos qualquer documento comprovando o*



PROCESSO N° TST-ARR-442-93.2010.5.15.0091

recebimento da verba, tampouco, demonstrou que o Reclamado não tivesse quitado referido acréscimo sobre o valor dos expurgos”.

Com efeito, verifica-se que a decisão recorrida solucionou a controvérsia com base na distribuição do encargo probatório, razão pela qual não há falar em violação do artigo 18, § 1º, da Lei n° 8.036/90.

A indicação de contrariedade à Súmula do STJ e arestos oriundos de Turmas desta Corte não constituem hipóteses elencadas no artigo 896 da CLT.

Nego provimento.

2. REFLEXOS DOS REPOUSOS SEMANAIS REMUNERADOS EM SÁBADOS.

Sobre o tema, assim decidiu o Regional:

“Com relação ao Recurso do Reclamado, as horas extras deverão refletir em DRS’s, já que a quitação, mesmo havendo campo próprio nos comprovantes de pagamento, ou seja, o 054, não foi feita, não se podendo falar em pagamento complessivo, inclusive, sobre os dias de sábado, pois existe previsão normativa para tanto.” (fl. 2076)

Respondeu em embargos de declaração:

“Apenas para esclarecer, a questão relativa aos reflexos das horas extras e DSRs foi analisada em sede de embargos de declaração e o direito lhe foi conferido (fls. 854vº). Não há qualquer omissão quanto aos critérios para dedução de valores das horas extras, conforme se verifica, às fls. 949 e, por fim, quanto aos expurgos inflacionários e honorários advocatícios não existem omissões e as matérias já se encontram prequestionadas.” (fl. 2102)

O reclamante, às fls. 2181/2187, sustenta que os reflexos dos repousos semanais remunerados deferidos sobre as horas extras são devidos inclusive sobre os sábados, haja vista previsão normativa nesse sentido.



PROCESSO N° TST-ARR-442-93.2010.5.15.0091

Afirma que os instrumentos normativos juntados aos autos fazem previsão expressa no sentido de que o sábado é, para todos os efeitos, dia de repouso, cabendo inclusive os reflexos de horas extras sobre ele (artigo 8º das CCTs).

Fundamenta o recurso em violação do artigo 7º, XXVI, da CF, contrariedade às Súmulas 51 e 288 desta Corte, em contrariedade às Súmulas e em divergência jurisprudencial.

Ao exame.

A análise do recurso, neste tópico, fica prejudicada, em razão da falta de interesse processual do recorrente. Isso porque, conforme se infere do trecho acima transcrito, o Regional foi claro ao esclarecer que *"a questão relativa aos reflexos das horas extras e DSR's foi analisada em sede de embargos de declaração e o direito lhe foi conferido"*.

Nego provimento.

3. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. INDENIZAÇÃO POR PERDAS E DANOS.

O Regional, quanto ao tema, consignou:

“REPARAÇÃO - DESPESAS PROCESSUAIS

Inicialmente, verifica-se da r. Sentença que o r. Juízo *a quo*, decidiu pela improcedência da Reclamação no que diz respeito aos honorários advocatícios, já que não preenchidos os requisitos legais. Entretanto, acolhendo a tese do Reclamante de reparação integral dos prejuízos advindos da demanda condenou o Reclamado ao pagamento de 20% sobre o valor da condenação, com fundamento no Artigo 404 do Código Civil.

Portanto, existindo norma especial que regula a matéria não há que se falar em aplicação do disposto no Artigo 404 do Código Civil e condenar, por via transversa, aliás, como se verifica da causa de pedir da inicial, o Reclamado ao pagamento pelos gastos com advogado.

Dou provimento para excluir da r. Sentença a condenação ao pagamento de reparação de danos.” (fl. 2080)



PROCESSO Nº TST-ARR-442-93.2010.5.15.0091

O reclamante (fls. 2187/2192) insiste na condenação aos honorários advocatícios, ao fundamento de que o advogado é indispensável à administração da Justiça, sendo devida apenas a sucumbência como requisito para concessão da verba.

Aponta violação dos artigos 5º, caput, 133 da CF, 16 da Lei nº 5.584/70, contrariedade às Súmulas nºs 219, 329 e 425 e OJ 305 da SDI-1, todas, do TST e divergência jurisprudencial.

Sem razão.

No direito processual trabalhista, prevalece o princípio de que a condenação ao pagamento dos honorários advocatícios decorre apenas das hipóteses previstas na Lei nº 5.584/70, e não somente da insuficiência econômica do empregado, tampouco se trata de reparação por prejuízos, nos termos dos arts. 402 e 404 do Código Civil.

Precedentes:

“HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. PERDAS E DANOS. ARTS. 389 E 404 DO CÓDIGO CIVIL. INAPLICABILIDADE NA JUSTIÇA DO TRABALHO. ASSISTÊNCIA SINDICAL. NÃO CONFIGURAÇÃO. SÚMULA Nº 219, I, DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO 1. Na Justiça do Trabalho, a condenação em honorários advocatícios continua a não decorrer pura e simplesmente da sucumbência. Permanece a exigência de satisfação dos requisitos de assistência jurídica por sindicato da categoria profissional e de apresentação de declaração de hipossuficiência econômica, exceto nas causas em que o ente sindical figure como substituto processual e nas lides que não derivem da relação de emprego. Incidência da Súmula nº 219, I, do TST, em pleno vigor. 2. Por essa razão, a jurisprudência da SbDI-1 do TST sedimenta-se no sentido de que os arts. 389 e 404 do Código Civil são inaplicáveis ao processo do trabalho. Precedentes. 3. Contraria o entendimento consagrado na Súmula nº 219, I, do TST acórdão de Turma do TST que impõe condenação em honorários advocatícios a título de indenização por perdas e danos, mormente se o empregado não se encontra assistido pelo sindicato representativo da categoria profissional. 4. Embargos de que se conhece, por contrariedade ao item I da Súmula nº 219 do TST, e a que se dá provimento.” (E-RR - 1398-17.2012.5.04.0004, Relator Ministro: João Oreste Dalazen, Data de Julgamento: 05/02/2015, Subseção I



PROCESSO N° TST-ARR-442-93.2010.5.15.0091

Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DEJT 20/02/2015)

“RECURSO DE REVISTA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. RELAÇÃO DE EMPREGO. REQUISITOS. ASSISTÊNCIA SINDICAL. AUSÊNCIA. INDEVIDOS. 1. Hipótese em que o Tribunal regional entendeu que -A indenização por perdas e danos repara os prejuízos da autora, advindos do dispêndio com os honorários do causídico contratado, com suporte no caput do art. 404 do CC-. Afastou a aplicação do art. 14 da Lei 5.584/70, ao fundamento de que -(...) embora não se trate aqui de aplicar a sucumbência, afasta-se o argumento (equivocado, diga-se) de que no âmbito trabalhista, há lei própria regulando estritamente a incidência de honorários (Lei 5.584/70). Em verdade, constata-se que houve revogação do art. 14 dessa Lei, com a edição da Lei 10.288/01, por sua vez revogada pela Lei n° 10.537/02, que passou a regulamentar o disposto nos arts. 789 e 790 da CLT, não havendo em nosso ordenamento jurídico o efeito repristinatório tácito-. 2. O § 10 do art. 789 da CLT, incluído pela Lei 10.288/2001 e posteriormente revogado pela Lei 10.537/2002 apenas estendeu a assistência jurídica prestada pelo Sindicato aos trabalhadores que percebessem cinco salários mínimos, sendo essa disposição legal que deixou de existir e não a própria assistência sindical estabelecida na Lei 5.584/70 aos que percebem menos de dois salários mínimos ou que declarem sua miserabilidade jurídica. Havendo, portanto, previsão expressa na Lei 5.584/70 quanto às hipóteses em que deferidos honorários advocatícios na Justiça do Trabalho, não há falar em indenização a título de honorários advocatícios com base no art. 404, caput, do Código Civil de 2002. Precedentes. 3. Por sua vez, a teor da OJ 305/SDI-I do TST, -na Justiça do Trabalho, o deferimento de honorários advocatícios sujeita-se à constatação da ocorrência concomitante de dois requisitos: o benefício da justiça gratuita e a assistência por sindicato-, e, nos moldes do item I da Súmula 219/TST, -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



PROCESSO N° TST-ARR-442-93.2010.5.15.0091

respectiva família-. 4. No caso, o MM. Não obstante tenham sido concedidos os benefícios da justiça gratuita, a autora não está assistida pelo seu Sindicato de classe, mas por advogado particular. Indevidos, portanto, os honorários advocatícios. 5. Violação do art. 14 da Lei 5.584/70 caracterizada. Recurso de revista conhecido e provido.” (RR - 1589-76.2012.5.02.0373 Data de Julgamento: 26/02/2014, Relator Ministro: Hugo Carlos Scheuermann, 1ª Turma, Data de Publicação: DEJT 07/03/2014)

“RECURSO DE REVISTA 1. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. PERDAS E DANOS PREVISTOS NA LEGISLAÇÃO CIVIL. ARTIGOS 389 E 404 DO CC. INAPLICÁVEIS. A controvérsia se resume em saber se cabível a condenação da reclamada ao pagamento, a título de reparação de danos, dos honorários advocatícios convencionais ou extrajudiciais, aqueles originalmente pactuados entre as partes. Apesar de facultativa a representação por advogado no âmbito da Justiça Trabalhista (artigo 791 da CLT), a contratação do causídico se traduz em medida razoável, talvez até imprescindível, daquele que se vê obrigado a demandar em juízo, especialmente ao se considerar toda a complexidade do sistema judiciário, que, para um adequado manejo, requer conhecimentos jurídicos substanciais, que não são, via de regra, portados pelo juridicamente leigo. Nessa linha é que a contratação de advogado, não poucas vezes, traduz-se em verdadeiro pressuposto do adequado exercício do direito constitucional de acesso à Justiça (artigo 5º, XXXVI, da Constituição Federal), pois sem o auxílio profissional de um advogado poderia o demandante, por falhas técnicas, ter prejudicado o reconhecimento de seus direitos materiais. Certo que para ter substancialmente satisfeitos seus direitos trabalhistas o reclamante foi obrigado a contratar advogado e a arcar com as despesas desta contratação (honorários convencionais ou extrajudiciais), deve a reclamada ser condenada a reparar integralmente o reclamante. Isso porque foi aquela que, por não cumprir voluntariamente suas obrigações, gerou o referido dano patrimonial (despesas com honorários advocatícios convencionais). Incidência dos artigos 389, 395 e 404, do CC. Princípio da reparação integral dos danos. Precedente do STJ. No entanto, por disciplina judiciária curvo-me ao entendimento majoritário desta Corte Superior que, em casos similares, já decidiu pela inaplicabilidade dos artigos 389 e 404 do CC na seara



PROCESSO N° TST-ARR-442-93.2010.5.15.0091

trabalhista, limitando a concessão da verba honorária às hipóteses de insuficiência econômica do autor acrescida da respectiva assistência sindical, inexistente no caso em exame. Recurso de revista conhecido e provido.” (RR - 1961-03.2012.5.02.0057, Relator Ministro: Guilherme Augusto Caputo Bastos, Data de Julgamento: 11/02/2015, 5ª Turma, Data de Publicação: DEJT 20/02/2015)

“RECURSO DE REVISTA (...) 2. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. INDENIZAÇÃO POR PERDAS E DANOS. INAPLICABILIDADE NA JUSTIÇA DO TRABALHO. SÚMULAS 219 e 329 DO TST. O Tribunal Regional entendeu indevido o pagamento de honorários advocatícios, ao fundamento de que inaplicáveis ao processo do trabalho os arts. 389 e 404, do Código Civil. A condenação ao pagamento dos honorários advocatícios, com apoio nas disposições do Código Civil, constitui verdadeira indenização por perdas e danos, a qual busca recompor os prejuízos sofridos em razão da contratação de advogado, o que se distancia da hipótese prevista nas Súmulas 219 e 329 do TST, que tratam especificamente da concessão de honorários assistenciais no âmbito da Justiça do Trabalho. Ademais, não cabe aplicação subsidiária dos artigos 389, 395 e 404 do Código Civil ao processo do trabalho, nos termos do art. 769 da CLT. Precedentes da SBDI-1 do TST. Recurso de revista não conhecido.” (RR - 1386-45.2011.5.02.0472, Relator Ministro: Douglas Alencar Rodrigues, Data de Julgamento: 11/02/2015, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 20/02/2015)

“RECURSO DE REVISTA. (...) 6. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. REQUISITOS. INDENIZAÇÃO POR PERDAS E DANOS. No direito processual trabalhista prevalece o princípio de que a condenação ao pagamento dos honorários advocatícios se dá apenas nos casos previstos na Lei nº 5.584/70, não se tratando de reparação por prejuízos, nos termos dos artigos 389, 395 e 404 do Código Civil. Precedentes. Ademais, na hipótese, o reclamante, consoante asseverado pelo Regional, não se encontra assistido por sindicato de sua categoria. Recurso de revista não conhecido.” (RR - 9-17.2013.5.03.0092, Relatora Ministra:



PROCESSO N° TST-ARR-442-93.2010.5.15.0091

Dora Maria da Costa, Data de Julgamento: 11/02/2015, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 20/02/2015)

O Regional consigna que o reclamante não preencheu os requisitos necessários para a concessão dos honorários advocatícios, nos termos das Súmulas n°s 219, I, e 329 desta Corte.

Logo, estando a decisão do Tribunal Regional em harmonia com a jurisprudência pacificada por esta Corte Superior, não há falar em violação dos dispositivos legais indicados, tampouco em divergência jurisprudencial, nos termos do art. 896, § 7º, da CLT e da Súmula n° 333 do TST.

Nego provimento.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Oitava Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade: a) conhecer do agravo de instrumento do reclamado e, no mérito, dar-lhe provimento para, destrancando o recurso de revista, determinar que seja submetido a julgamento na primeira sessão ordinária subsequente à publicação da certidão de julgamento do presente agravo, reautuando-o como recurso de revista; b) conhecer do recurso de revista do reclamado apenas quanto ao tema "Contribuição previdenciária. Fato gerador. Juros de mora e multa", por violação do art. 150, III, "a", da Constituição Federal, e, no mérito, dar-lhe provimento para afastar a prestação de serviços como fato gerador da contribuição previdenciária e determinar que os juros de mora e a multa incidentes sobre as contribuições previdenciárias decorrentes da condenação sejam calculados a partir do dia dois do mês seguinte ao da liquidação da sentença (art. 276 do Decreto n° 3.048/99); c) conhecer do agravo de instrumento do reclamante e, no mérito, negar-lhe provimento.

Brasília, 20 de Maio de 2015.
Dora Maria da Costa

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

DORA MARIA DA COSTA



PROCESSO N° TST-ARR-442-93.2010.5.15.0091

Ministra Relatora

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico <http://www.tst.jus.br/validador> sob código 1000EC0BBEB8292B40.