



**PODER JUDICIÁRIO FEDERAL
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 1ª REGIÃO**

Gab Des Marcia Leite Nery
Avenida Presidente Antonio Carlos 251 6º andar - Gabinete 51
Castelo RIO DE JANEIRO 20020-010 RJ

**PROCESSO: 0000676-89.2014.5.01.0264 - RTOrd
RECURSO ORDINÁRIO**

ACÓRDÃO

5ª TURMA

RECURSO ORDINÁRIO DA RECLAMADA. VÍNCULO DE EMPREGO. ELEMENTOS CONFIGURADORES. ALEGAÇÃO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS COM AUTONOMIA. ÔNUS DA PROVA. Acerca do ônus da prova, ressalte-se ser inequívoca a incumbência do autor em produzir a prova do fato constitutivo do seu direito, conforme prescrevem o artigo 818 da CLT e o inciso I do artigo 333 do CPC. Porém, se o réu, em sede de contestação, expende alegação de fato impeditivo, extintivo ou modificativo do direito do acionante, ocorre um deslocamento do encargo probatório, transferindo-se a este o ônus de produzir a prova de suas alegações. Na hipótese dos autos, a reclamada, ao reconhecer que o reclamante prestou-lhe serviços diretamente e alegar, contudo, que ele atuava de forma autônoma, opôs fato impeditivo do direito pleiteado, assumindo, assim, o ônus de prová-lo, do qual não se desincumbiu. Recurso Ordinário da reclamada conhecido e não provido.

RECURSO ORDINÁRIO DO RECLAMANTE. FGTS. PRESCRIÇÃO. CINCO OU TRINTA ANOS. DECISÃO DO E. STF. MODULAÇÃO E APLICABILIDADE. Nos autos do ARE 709.212/DF, o pleno do E. STF definiu a prescrição quinquenal para pretensões alusivas ao FGTS. Contudo, e em respeito à segurança jurídica, a Corte Suprema modulou seus efeitos, aplicando o prazo de cinco anos para os casos em que o termo inicial da prescrição ocorra posteriormente àquela decisão. Para os demais casos em que a prescrição está em curso, aplica-se o prazo prescricional que ocorrer primeiro. **CONDENAÇÃO PORMENORIZADA NA FUNDAMENTAÇÃO DA SENTENÇA. EXPRESSA MENÇÃO NO DISPOSITIVO DE QUE OS DIREITOS FORAM RECONHECIDOS NOS TERMOS E LIMITES DA FUNDAMENTAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO. AUSÊNCIA DE DÚVIDA.** Simples leitura da r. sentença não deixa margem para qualquer dúvida acerca do que foi deferido ao reclamante, na medida em que há na parte dispositiva expressa menção de que os direitos ali discriminados foram reconhecidos nos termos e limites fixados na fundamentação. Assim, se a necessária certeza atinente aos critérios e limites da condenação é facilmente extraída da própria decisão, não há o que acrescentar na r. sentença. **DANO MORAL. OBRIGAÇÕES PECUNIÁRIAS PATRONAIS. INADIMPLEMENTO. CONSTRANGIMENTO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. INDENIZAÇÃO INDEVIDA.** Considerando que o dever de indenizar, imposto ao ofensor, decorre do nexo de causalidade entre o ato

PROCESSO: 0000676-89.2014.5.01.0264 - RTOOrd
RECURSO ORDINÁRIO

praticado por ele e o prejuízo imaterial que veio a ser suportado pelo ofendido (que se vê atingindo em sua imagem, em sua honra, em seu conceito profissional, ou em qualquer outro aspecto de ordem subjetiva), imperativa a manutenção da r. sentença, haja vista a inexistência de prejuízo resultante de lesão a direito inerente à personalidade do reclamante. **HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. HIPÓTESES DE CABIMENTO.** Não estando a parte autora assistida pelo sindicato de classe, incabível o deferimento de honorários advocatícios. Inteligência do entendimento consolidado na Orientação Jurisprudencial 305 da SBDI-I e recentemente incorporado ao item I da Súmula 219 do C. TST. **CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. SÚMULA 368 DO COLENDO TST.** É do empregador a responsabilidade pelo recolhimento das contribuições previdenciárias, cujo critério de apuração encontra-se disciplinado no § 4º do artigo 276 do Decreto 3.048/999, que regulamentou a Lei 8.212/1991 e determina que seja calculada mês a mês, aplicando-se as alíquotas previstas no artigo 198, observado o limite máximo do salário de contribuição. Ainda que mantida a responsabilidade previdenciária das partes, ressalto, porém, que se os cálculos se dão mês a mês, quando efetivamente deveriam ter sido recolhidas as contribuições, devem obedecer ao valor histórico. **IMPOSTO SOBRE A RENDA. INSTRUÇÃO NORMATIVA 1.127/11 DA RFB.** A alíquota a incidir, bem como a parcela a ser deduzida do imposto sobre a renda a ser retido nos casos de condenação judicial, levam em consideração tabela progressiva resultante da multiplicação da quantidade de meses, conforme exposto na Instrução Normativa RFB 1.127/11. **CORREÇÃO MONETÁRIA. ÉPOCA PRÓPRIA. SÚMULA 381 DO TST.** O pagamento dos salários até o quinto dia útil do mês subsequente ao vencido não está sujeito à correção monetária. Se essa data limite for ultrapassada, incidirá o índice da correção monetária do mês subsequente ao da prestação dos serviços, a partir do dia primeiro. Assim, se a r. sentença condenou a reclamada a pagar ao reclamante parcelas salariais há muito tempo devidas e não quitadas, é evidente que tais valores sofrerão a incidência da correção monetária em conformidade com a segunda parte da Súmula 381 do C. TST, sendo imperioso salientar que, por ser o salário a base pecuniária de toda a relação laboral, o permissivo do mencionado *standard* jurisprudencial abrange a totalidade dos créditos trabalhistas. Recurso Ordinário do reclamante conhecido e parcialmente provido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso Ordinário, em que figuram, **REINALDO SILVA NOVAES** e **SHEDIL BAR E RESTAURANTE LTDA.**, como recorrentes e recorridos.

Irresignados com a r. sentença de conhecimento (fls. 97/106), da lavra do Exmo. Juiz do Trabalho **Maurício Madeu**, que julgou parcialmente procedentes



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 1ª REGIÃO
Gab Des Marcia Leite Nery
Avenida Presidente Antonio Carlos 251 6º andar - Gabinete 51
Castelo RIO DE JANEIRO 20020-010 RJ

PROCESSO: 0000676-89.2014.5.01.0264 - RTOrd
RECURSO ORDINÁRIO

os pedidos formulados na presente Reclamação Trabalhista que tramitou perante a 4ª Vara do Trabalho de São Gonçalo, recorrem ordinariamente o reclamante (fls. 117/129) e a reclamada (fls. 130/136).

Pretende o reclamante a reforma da r. decisão no que respeita à prescrição do FGTS, à não inclusão dos pedidos no dispositivo da sentença, ao dano moral, aos honorários advocatícios, aos recolhimentos fiscais e previdenciários e à época própria para a correção monetária.

A reclamada, por sua vez, postula a reforma do r. julgado em relação ao vínculo de emprego, às férias e à base de cálculo das verbas devidas ao reclamante.

Contrarrazões oferecidas pelo reclamante (fls. 140/146), sem preliminares.

Devidamente intimada (fl. 138), a reclamada não ofereceu contrarrazões.

Autos não remetidos ao Ministério Público do Trabalho, por ausentes as hipóteses específicas de intervenção (incisos II, XII e XIII do artigo 83 da Lei Complementar 75/1993).

É o relatório.

V O T O

1. CONHECIMENTO

Adequadamente interpostos por partes legítimas, capazes e juridicamente interessadas para impugnar ato recorrível, através de peças formalmente subscritas por procuradores regularmente constituídos (reclamante: fl. 18 - reclamada: fl. 52), tempestivamente apresentadas (fl. 115) e acompanhada - a da reclamada - dos comprovantes dos devidos recolhimentos das custas e do depósito recursal (fls. 135 e 136), e ante a inexistência de fato extintivo ou impeditivo do direito de recorrer, conheço dos Recursos Ordinários das partes, por atendidos os requisitos legais de admissibilidade.

2. MÉRITO

RECURSO ORDINÁRIO DA RECLAMADA

VÍNCULO DE EMPREGO

Aduziu o reclamante, na inicial (fls. 3/7), que trabalhou para a reclamada de 31 de janeiro de 1996 a 18 de abril de 2012 na função de músico, sem que fosse registrado o vínculo de emprego na CTPS; que trabalhou inicialmente sozinho (no formato voz e violão), às sextas-feiras e sábados, recebendo valor fixo por cada apresentação; que posteriormente o sócio da reclamada, Sr. Edson, solicitou a formação de um grupo para apresentações somente aos sábados; que ele e o outro sócio, Sr. Ronaldo, escolheram o nome da banda, indicavam eventual substituto para o músico ausente ou retirante, controlavam os horários de apresentação e ensaio do grupo, que ocorria em média duas vezes por semana, exigiam otimização das apresentações e interferiam na formação do repertório; que sempre agiu como mero líder e porta voz do grupo, repassando o pagamento dos salários, sem qualquer tipo de vantagem; e que a banda foi atração fixa da casa por mais de quinze anos. Postulou, por isso, o reconhecimento do vínculo de emprego com a reclamada e sua condenação aos registros de praxe e ao pagamento das verbas contratuais e resilitórias daí decorrentes.

Defendendo-se (fls. 60/62), alegou a reclamada que o reclamante jamais foi empregado seu, apenas se apresentando com a banda de sua propriedade uma vez por semana; que tal banda também se apresentava em outras casas do gênero; que era ele quem se responsabilizava pelo pagamento das obrigações sociais dos integrantes da banda; que o ajuste com o reclamante configura-se como um contrato tácito de locação de serviços; e que o autor tinha total autonomia para gerir o trabalho de seus subordinados integrantes do grupo musical.

Resolvendo a controvérsia, assim decidiu o i. sentenciante (fls. 98/100), *in verbis*:

"VÍNCULO EMPREGATÍCIO - ANOTAÇÕES EM CTPS – TRABALHO EVENTUAL

Admitida a prestação de serviços, presume-se a relação de emprego. Na verdade, o autor era músico e o líder de uma banda que tocava semanalmente (aos sábados nos últimos anos) nas dependências da ré. O



**PODER JUDICIÁRIO FEDERAL
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 1ª REGIÃO**

Gab Des Marcia Leite Nery
Avenida Presidente Antonio Carlos 251 6º andar - Gabinete 51
Castelo RIO DE JANEIRO 20020-010 RJ

**PROCESSO: 0000676-89.2014.5.01.0264 - RTOrd
RECURSO ORDINÁRIO**

demandante tocou no local por vários anos. A autonomia artística não impede o reconhecimento da relação de emprego e o caso analisado é um exemplo típico do contrato de equipe, cujo líder era o demandante.

O trabalho era prestado de forma habitual, a pessoalidade era evidente porque o demandante era o chefe da equipe e o elo entre a demandada e os demais músicos, existia a onerosidade e subordinação jurídica também se fazia presente, porque quem determinava os horários e dias da apresentação era a demandada, que também fiscalizava a presença destes músicos em dias de apresentação. O depoimento da testemunha Waldir Baptista é bastante esclarecedor: '... que o depoente foi convidado pelo reclamante para integrar a banda, todavia, com o aval do Sr. Edson, dono da ré; que o depoente acertou com o Sr. Edson o cachê que iria receber; ... que o conjunto Adrenalina só tocava na reclamada; ... que foi dispensado pelo Sr. Edson; ... esclarece que o gerente da reclamada controlava o horário que os músicos chegavam para entregar ao Sr. Edson'.

O fato de o autor fazer apresentações uma vez por semana é irrelevante para afastar a relação de emprego. A tese da demandada, com todo respeito, não se sustenta. Apenas o empregado doméstico que é regulamentado por lei especial, exige a continuidade da prestação de serviços como requisito específico para o reconhecimento da relação de emprego. O autor não era empregado doméstico, logo, inexistente a figura do diarista ao empregado regulamentado pelo art. 3º da CLT. Quem presta serviços uma vez por semana o faz de forma habitual, embora não contínuo.

O trabalhador que presta serviços uma vez por semana de forma não eventual (fato incontroverso) é empregado, porque o seu trabalho era habitual e essencial para atividade fim da demandada, o que basta para caracterização da relação de emprego nos moldes do art. 3º da CLT. O autor era músico de uma casa de eventos, logo, é evidente que o trabalho era executado para atingir o objetivo social da demandada.

A fixação do número de dias laborados possui relevância apenas na fixação da remuneração do empregado. Por aplicação do princípio da continuidade da relação de emprego que é estabelecido em benefício do trabalhador (Súmula 212 do C.TST), não cumprindo a empresa com a sua obrigação de manter controles de ponto, fazer o registro na CTPS, existe a presunção de que o autor prestou serviços no período indicado na inicial. Fixo, portanto, que o reclamante trabalhava uma vez por semana (nos sábados) durante o período não prescrito.

A prova testemunhal é divergente quanto à data de saída do reclamante. A testemunha Claudemir informou que o reclamante trabalhou até o segundo sábado do mês de abril de 2012, ao passo que a testemunha Jorge Luiz disse que isso ocorreu até fevereiro de 2012. Ocorre que a própria demandada aduziu na contestação que o trabalho teria ocorrido até março de 2012, sem identificar o último dia laborado de forma específica, o que evidencia que a testemunha da empresa não prestou a informação correta sobre o fato controvertido. Assim, entendo que deva prevalecer a data de saída informado pela testemunha da parte autora.

De outra banda, ainda que assim não fosse, em relação ao tempo de serviço há que se aplicar a presunção favorável ao trabalhador no sentido

PROCESSO: 0000676-89.2014.5.01.0264 - RTOrd
RECURSO ORDINÁRIO

que inexistindo as anotações necessárias em CTPS, presume-se o período declinado na inicial (Inteligência do Enunciado 12 do C. TST). Nesse sentido o Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região já decidiu: 'TEMPO DE SERVIÇO. ANOTAÇÃO EM CTPS. ÔNUS DA PROVA. Como não se desconhece, o empregador é obrigado à manutenção de documentos que retratem fielmente as ocorrências do pacto laboral, devendo apresentá-los em Juízo para a prova de suas alegações. Nesse passo, cabia ao réu produzir a prova segura (preferentemente documental) quanto ao período de duração contratual, bem assim quanto à alegada descontinuidade. Aplicação do princípio da aptidão para a prova. Em consequência, impõem-se acolher o período contratual noticiado na inicial, pois conforme já decidiu o E.TRT da 3ª Região, 'Da mesma maneira que se presume verdadeiras as anotações lançadas na CTPS, a falta de anotação pelo empregador estabelece, ao contrário, presunção favorável ao tempo alegado pelo obreiro' (Juiz Sidnei Lopes). TRT - PR - RO 7.574/97 - Ac. 3ª T. 602/98 - Rel. Juíza Rosalie Michael Bacila Batista - DJPr 16/01/98'.

Divergindo a prova testemunhal deve prevalecer a presunção do período contratual indicado na inicial. Assim, nos termos do art. 3º da CLT, impõe-se o reconhecimento de vínculo empregatício entre as partes no período indicado na inicial (31/01/96 a 18/04/12), na função de músico, com salário de R\$ 250,00 por semana (o autor se apresentava uma vez por semana).

Condeno a reclamada a efetuar as anotações necessárias na CTPS do autor no período reconhecido, nas condições ora fixadas, sob pena de serem realizadas pela Secretaria da Vara. Deverá ser oficiada à autoridade do Ministério do Trabalho e Emprego para aplicação da penalidade administrativa cabível (art. 39 da CLT).

Acolho, nestes termos, o pedido.

[...]

MOTIVO DA RESCISÃO CONTRATUAL - VERBAS RESCISÓRIAS E CONTRATUAIS

O princípio da continuidade da relação de emprego é estabelecido em benefício do empregado, nos termos da Súmula 212 do C.TST, de modo que sendo incontroverso o término da relação jurídica, presume-se a dispensa sem justa causa. Admito, portanto, que o demandante foi dispensado sem justa causa.

Em consequência, condeno a reclamada a pagar ao autor os seguintes pedidos consequentes do período não prescrito: aviso prévio indenizado proporcional ao tempo de serviço, férias acrescidas de 1/3 vencidas de 2.008/2.009, 2.009/2.010, 2.010/2.011 em dobro e simples do período de 2.011/2.012 e proporcionais e gratificações natalinas de todo período não prescrito. As férias do período de 2.007/2.008 passaram a ser exigíveis a partir de janeiro de 2.009, logo, já se encontra fulminado pela prescrição reconhecida. O período de aviso prévio deve integrar o tempo de serviço para todos os efeitos legais, gerando a respectiva projeção nas verbas rescisórias deferidas. A parte demandada deverá indenizar o empregado referente ao FGTS e a multa de 40%. É devida também a multa do art. 477 da CLT, haja vista que irrelevante a controvérsia para a sua aplicação e não há dúvida que não houve pagamento de verbas rescisórias no prazo legal.



**PODER JUDICIÁRIO FEDERAL
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 1ª REGIÃO**

Gab Des Marcia Leite Nery
Avenida Presidente Antonio Carlos 251 6º andar - Gabinete 51
Castelo RIO DE JANEIRO 20020-010 RJ

**PROCESSO: 0000676-89.2014.5.01.0264 - RTOrd
RECURSO ORDINÁRIO**

A base de cálculo deverá ser a remuneração acima fixada (R\$ 250,00 por semana – média de R\$ 1.000,00 por mês e mais o adicional noturno).

Acolho, nestes termos, os pedidos".

Recorre a reclamada (fls. 132 e 133), sustentando que não restou comprovado nos autos o labor do reclamante durante o período declinado na exordial; que também não há prova da subordinação jurídica que autorizaria o reconhecimento do vínculo de emprego; que o reclamante não tem direito às férias em razão do fato de laborar em apenas quatro dias por mês; e que não é razoável que os valores devidos ao reclamante sejam calculados com base no último salário recebido da empresa.

Sem razão.

Acerca do ônus da prova, ressalte-se ser inequívoca a incumbência do autor em produzir a prova do fato constitutivo do seu direito, conforme prescrevem o artigo 818 da CLT e o inciso I do artigo 333 do CPC.

Porém, se o réu, em sede de contestação, expende alegação de fato impeditivo, extintivo ou modificativo do direito do acionante, ocorre um deslocamento do encargo probatório, transferindo-se a este o ônus de produzir a prova de suas alegações. Aqui, a legislação pátria adotou a teoria de Carnelutti:

"O critério para distinguir a qual das partes incumbe o ônus da prova de uma afirmação é o do interesse da própria afirmação. Cabe provar a quem tem interesse de afirmar; portanto, quem apresenta uma pretensão cumpre provar-lhe os fatos constitutivos e quem fornece a exceção cumpre provar os fatos extintivos ou as condições impeditivas ou modificativas" (*apud* Moacyr Amaral Santos - Primeiras Linhas de Direito Processual Civil, vol. II - 12ª ed. - Saraiva, 1989 - pp. 346/347).

O que Carnelutti chama de condições impeditivas são os fatos impeditivos de que nos fala Moacyr Amaral Santos:

"Fatos impeditivos são todas aquelas circunstâncias que impedem decorra de um fato o efeito que lhe é normal, ou próprio, e que constitui a sua razão de ser" (Moacyr Amaral Santos - Prova Judiciária no Cível e Comercial, vol. I - 5ª ed. - Saraiva, 1983 - p. 152).

Como bem decidido pelo i. julgador, na hipótese dos autos, a

PROCESSO: 0000676-89.2014.5.01.0264 - RTOrd
RECURSO ORDINÁRIO

reclamada, ao reconhecer que o reclamante prestou-lhe serviços diretamente durante o período compreendido entre os anos de 1996 e 2012 e alegar, contudo, que ele atuava de forma autônoma, opôs fato impeditivo do direito pleiteado, assumindo, assim, o ônus de prová-lo.

Entretanto, nada há nos autos a indicar que o labor prestado pelo reclamante em tal lapso temporal não se enquadrava no conceito de relação de emprego.

Como cediço, o vínculo de emprego se caracteriza pela presença concomitante dos seguintes elementos: pessoalidade, onerosidade, subordinação jurídica e não eventualidade.

In casu, aflorou da instrução processual que o trabalho do reclamante, como músico, está relacionado com os serviços permanentes da reclamada (empresa que explora a atividade de bar, restaurante, discoteca e salão de dança), foi remunerado ao longo do lapso temporal discutido e foi prestado em caráter pessoal e sem qualquer liberdade na administração da prestação de serviços. Nesse sentido, assim declararam as partes e testemunhas por elas indicadas, *verbis*:

Depoimento do reclamante (fl. 92) - "que em 1.996 foi convidado pelo Sr. Edson, dono da demandada, para tocar; que já o conhecia da época de colégio; que passou a tocar no estabelecimento na inauguração em janeiro de 1.996; que o depoente tocava na época com outro músico; que tocava 02 dias na semana, nas sextas e sábados; que tocou desta forma por alguns meses; que o Sr. Edson levou o depoente ao Niterói Shopping para conhecer outros músicos e então passou a tocar com estes na reclamada; que isso a partir de 01 da inauguração da reclamada; que o depoente recebia o pagamento por cada dia que tocava; que na época recebia R\$100,00 por dia; que a banda também tocava nas sextas e sábados; que o pagamento era feito por cada dia que tocava e era feito para o depoente, que fazia o repasse dos valores aos demais músicos da banda; que ficou acertado desta forma com o Sr. Edson; que o depoente recebia o pagamento do gerente; que isso ocorreu até a dispensa da banda; que a banda foi dispensada em 18/04/2012; que o depoente foi chamado pelo Sr. Edson na casa e ele dispensou os serviços da banda; que a banda tocava normalmente entre 23:00 e 04:00; que durante esses anos ocorreram algumas mudanças em razão de outras bandas também tocarem no local; que independentemente do horário, tocavam nestas ocasiões por volta de 03/04 horas; que chegava 01 hora antes e saíam 01 hora após o show; que o depoente esclarece que a partir de 2003/2004 passou a tocar apenas aos sábados; que o depoente indicava eventual integrante da banda e eram contratados com o aval do Sr. Edson".

Depoimento da preposta (fl. 92) - "que não se lembra exatamente, mas que o reclamante tocou por 07/08 anos para a reclamada; que o reclamante foi contratado pelo Sr. Edson; que a depoente tem conhecimento que o reclamante era responsável pela banda e era quem recebia os valores dos



**PODER JUDICIÁRIO FEDERAL
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 1ª REGIÃO**

Gab Des Marcia Leite Nery
Avenida Presidente Antonio Carlos 251 6º andar - Gabinete 51
Castelo RIO DE JANEIRO 20020-010 RJ

**PROCESSO: 0000676-89.2014.5.01.0264 - RTOrd
RECURSO ORDINÁRIO**

músicos; que o reclamante tocava exclusivamente aos sábados; que a banda começava a tocar às 22:00 horas, havia os intervalos e terminava os shows por volta de 01:00 hora; que não sabe informar se os outros membros da banda foram contratados pelo Sr. Edson; que o pagamento era feito pelo valor global e incluía todos os músicos, não havendo valor específico para cada um deles; que a depoente esclarece que o reclamante tratava dos assuntos relacionados à banda com o Sr. Edson, mas pelo que tem conhecimento não estava subordinado a referida pessoa; que o nome da banda era 'Banda Adrenalina'; que a depoente acredita que esta banda tocava em outros estabelecimentos utilizando este nome; que os próprios músicos organizavam o repertório de músicas".

Depoimento da primeira testemunha indicada pelo reclamante (fl. 93) - "que trabalhou para a ré como segurança fiscal de salão por 06/07 meses em 2012, saindo em junho/julho/2012; que o depoente via o reclamante no palco; que quando o depoente entrou o reclamante já tocava na casa; que o reclamante nessa época tocava aos sábados; que além da banda do reclamante, havia outra banda; que na verdade, pelo que se recorda, só houve mudança na ordem da apresentação uma única vez; que a banda do reclamante tocava de 23:00 às 04:00 horas; que o depoente esclarece que chegava por volta das 21:00 horas no serviço e a outra banda já estava tocando; que a outra banda tocava até as 22:00/23:00 horas; que o depoente era *freelancer* mas normalmente trabalhava no estabelecimento durante seu funcionamento às quintas e sábados; que o depoente diz que os assuntos da banda eram tratados pelo reclamante e o sócio Sr. Edson; que pelo que se recorda a banda do reclamante apresentou-se por último duas vezes no mês de abril/2012; que o depoente via que marcavam o horário da banda quando chegavam; que não sabe o motivo pelo qual era feita a marcação".

Depoimento da segunda testemunha indicada pelo reclamante (fl. 94) - "que trabalhou para a ré por 08 anos; que o depoente era músico integrante da banda 'Adrenalina'; que pelo que tem conhecimento a banda não existe mais; que o depoente trabalhou na banda de 2001 a 2008; que o depoente foi convidado pelo reclamante para integrar a banda, todavia, com o aval do Sr. Edson, dono da ré; que o depoente acertou com o Sr. Edson o cachê que iria receber; que o depoente esclarece que no início, no auge da 'lambada', chegou a trabalhar algumas quintas-feiras e depois passaram a trabalhar apenas aos sábados; que o conjunto 'Adrenalina' só tocava na reclamada; que os músicos tocavam em outros estabelecimentos, mas não com o nome da referida banda; que o depoente esclarece que foi dispensado pelo Sr. Edson; que o Sr. Edson inclusive nem chegou a falar pessoalmente com o depoente; que foi o reclamante quem informou a respeito da sua dispensa; que o depoente esclarece que o gerente da reclamada controlava o horário que os músicos chegavam para entregar ao Sr. Edson; que o Sr. Edson dava opinião sobre o repertório; que havia influência forte do Sr. Edson na banda; que o Sr. Edson pedia para retirar músicas de que não gostava; que o reclamante recebia o pagamento no escritório e passava o valor para os outros músicos".

PROCESSO: 0000676-89.2014.5.01.0264 - RTOOrd
RECURSO ORDINÁRIO

Depoimento da testemunha indicada pela reclamada (fl. 95) - "que trabalha para a ré desde 2009, na função de maitre; que o depoente conhece o reclamante; que o reclamante era o dono da banda 'Adrenalina'; que o reclamante tocou até fevereiro/2012, não se recordando bem a data; que não sabe o motivo pelo qual o reclamante deixou de tocar no estabelecimento; que o reclamante tocava todos os sábados; que havia duas bandas neste dia mas não sabe se a banda do reclamante tocava primeiro ou a outra".

Como se percebe, além de a testemunha indicada pela reclamada nada esclarecer acerca da existência ou inexistência dos elementos caracterizadores do vínculo de emprego na relação mantida entre as partes, as testemunhas indicadas pelo reclamante corroboraram a argumentação autoral relativa à ingerência do proprietário da reclamada na administração dos serviços prestados pelo autor e demais músicos integrantes da banda (através do controle de horários, da definição do repertório, da estipulação da remuneração devida a cada músico e da escolha dos integrantes do grupo musical), evidenciando, assim, a presença da subordinação jurídica, elemento primordial da relação de emprego, evidenciada pela sujeição do empregado às ordens do empregador.

Neste diapasão, comprovada a prestação de serviços pelo reclamante nos moldes estabelecidos no artigo 3º da Consolidação das Leis do Trabalho, agiu com absoluta correção o i. magistrado ao reconhecer o vínculo empregatício no período contratual apontado na peça de ingresso.

Reconhecido o vínculo de emprego entre as partes, são devidos ao reclamante os valores atinentes às férias anuais do período imprescrito do contrato de trabalho, na forma disposta nos artigos 129 e 130 da CLT, cuja proporcionalidade guarda relação direta tão somente com as faltas ao serviço e não com o labor em alguns dias na semana.

Da mesma forma, devidos ao reclamante os valores relativos às parcelas resilitórias decorrentes da ruptura contratual imotivada e os valores atinentes às férias e aos décimos terceiros salários jamais quitados ao longo do lapso contratual reconhecido, é evidente que tais parcelas hão de ser apuradas com base no salário pago no momento da injusta dispensa, na forma do que estabelecem a Súmula nº 7 do C. TST e o artigo 7º do Decreto 57.155 de 3 de novembro de 1965 (que regulamenta a Lei 4.090 de 13 de julho de 1962, que institui a gratificação de Natal para os trabalhadores, com as alterações introduzidas pela Lei 4.749 de 12 de agosto de 1965):



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 1ª REGIÃO
Gab Des Marcia Leite Nery
Avenida Presidente Antonio Carlos 251 6º andar - Gabinete 51
Castelo RIO DE JANEIRO 20020-010 RJ

PROCESSO: 0000676-89.2014.5.01.0264 - RTOrd
RECURSO ORDINÁRIO

Súmula nº 7 do TST

FÉRIAS. A indenização pelo não-deferimento das férias no tempo oportuno será calculada com base na remuneração devida ao empregado na época da reclamação ou, se for o caso, na da extinção do contrato.

Decreto nº 57.155/1965

Art. 7º. Ocorrendo a extinção do contrato de trabalho, salvo na hipótese de rescisão com justa causa, o empregado receberá a gratificação devida, nos termos do art. 1º, calculada sobre a remuneração do respectivo mês.

Nego provimento ao apelo da reclamada.

RECURSO ORDINÁRIO DO RECLAMANTE

PRESCRIÇÃO DO FGTS

Reconhecido o vínculo de emprego entre as partes, assim decidiu o MM. Juízo de primeiro grau acerca da prescrição arguida pela reclamada (fls. 99 e 100), *in verbis*:

"PRESCRIÇÃO

Proposta a ação, em 03/04/14, estão prescritos os direitos anteriores a 03/04/09, nos termos do art. 7º, inciso XXIX, da CF/88, prescrição que ora se acolhe, inclusive no que diz respeito ao FGTS sobre as verbas postuladas, pois prescrita a verba principal, por consequência, não se pode deferir o acessório (Súmula 206 do C. TST). Com a decisão do STF que reconheceu a inconstitucionalidade da legislação ordinária (art. 23, § 5º, da Lei nº 8.036/90), que estendia a prescrição do FGTS para trinta anos, conclui-se que a prescrição quinquenal também deverá ser observada em relação à referida verba sobre o que percebeu o demandante. Em suma, o art. 7º, inciso XXIX, da CF/88 sobrepõe-se à legislação ordinária que previu a prescrição trintenária.

A prescrição quinquenal retroage a partir da data do ajuizamento da ação, conforme tem se posicionado a jurisprudência majoritária: 'PRESCRIÇÃO. Relativamente ao empregado urbano, se intentada a demanda no biênio subsequente à extinção do contrato, opera-se a prescrição parcial no tocante às prestações legalmente exigíveis pertinentes ao quinquênio imediatamente anterior ao ajuizamento da ação. TRT-PR-RO 12.252/96 - Ac. 3ª T. 12.252/96 - Rel. Juiz João Oreste Dalazen - DJPr 21/06/96'.

Acolho, pois, a prejudicial de mérito".

Recorre o reclamante (fls. 119 e 120), argumentando que o efeito

PROCESSO: 0000676-89.2014.5.01.0264 - RTOrd
RECURSO ORDINÁRIO

modulador conferido à decisão do Excelso Pretório acerca da prescrição incidente sobre os valores devidos à conta vinculada do FGTS assegura a aplicabilidade da regra anterior nas ações ajuizadas anteriormente à publicação daquela decisão.

Tem razão.

Como salientado pelo i. julgador, é quinquenal a prescrição do FGTS. Isso porque, recentemente, o pleno do Supremo Tribunal Federal definiu o tratamento da matéria nos autos do ARE 709.212/DF. Contudo, e em respeito à segurança jurídica, a Corte Suprema modulou seus efeitos, aplicando o prazo de cinco anos para os casos em que o termo inicial da prescrição ocorra posteriormente àquela decisão. Para os demais casos em que a prescrição está em curso, determinou a aplicação do prazo prescricional que ocorrer primeiro, *verbis*:

"[...] para aqueles [casos] cujo termo inicial da prescrição ocorra após a data do presente julgamento, aplica-se, desde logo, o prazo de cinco anos. Por outro lado, para os casos em que o prazo prescricional já esteja em curso, aplica-se o que ocorrer primeiro: 30 anos, contados do termo inicial, ou 05 anos, a partir desta decisão. Assim se, na presente data, já tenham transcorrido 27 anos do prazo prescricional, bastarão mais 3 anos para que se opere a prescrição, com base na jurisprudência desta Corte até então vigente. Por outro lado, se na data desta decisão tiverem decorrido 23 anos do prazo prescricional, ao caso se aplicará o novo prazo de 5 anos, a contar da data do presente julgamento" (STF, Pleno, ARE 709.212/DF, voto, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 13.11.2014).

Vale notar que a presente Reclamação Trabalhista foi proposta antes da referida decisão (3 de abril de 2014) e, por essa razão, a nova regra não se aplica ao caso dos autos, porquanto à época não havia mais prazo prescricional em curso.

Não bastasse, e consoante clássica definição, sabe-se que a prescrição atinge tão somente o direito do exercício da pretensão. E nos casos de prestações continuadas, vários são os termos iniciais, com tantas *actio nata* quantas forem as obrigações.

Considerando a sucessão de lesões mensais e tomando-se, por exemplo, a mais antiga (1996 - apenas para facilitar a compreensão, ignoro meses e utilizo apenas períodos anuais), bem como o prazo trintenário, à época da propositura desta ação, faltavam 12 anos para a prescrição (que ocorreria em 2026). Porque prazo maior que os cinco anos contados a partir da decisão do E. STF, a respectiva pretensão prescreveria em 2019.

O mesmo raciocínio se aplica, evidentemente, às lesões ocorridas a partir de então (de 1997 a 2012), que, considerando o prazo trintenário,



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 1ª REGIÃO
Gab Des Marcia Leite Nery
Avenida Presidente Antonio Carlos 251 6º andar - Gabinete 51
Castelo RIO DE JANEIRO 20020-010 RJ

PROCESSO: 0000676-89.2014.5.01.0264 - RTOrd
RECURSO ORDINÁRIO

prescreveriam a partir de 2027, estendendo-se até 2042. Porque prazos superiores a cinco anos contados da decisão da Corte Suprema, a tais pretensões aplica-se a prescrição quinquenal, prescrevendo todas elas em 2019.

Por conseguinte, a prescrição incidente sobre as parcelas pleiteadas nos autos é regulada pelas disposições constantes das Súmulas 206 e 362 do C. TST:

Súmula 206. FGTS. INCIDÊNCIA SOBRE PARCELAS PRESCRITAS. A prescrição da pretensão relativa às parcelas remuneratórias alcança o respectivo recolhimento da contribuição para o FGTS.

Súmula 362. FGTS. PRESCRIÇÃO. É trintenária a prescrição do direito de reclamar contra o não-recolhimento da contribuição para o FGTS, observado o prazo de 2 (dois) anos após o término do contrato de trabalho.

Dou provimento ao apelo do reclamante, no particular, para determinar a incidência do entendimento consubstanciado nas Súmulas 206 e 362 do C. TST em relação à prescrição dos valores devidos pela reclamada a título de FGTS.

NÃO INCLUSÃO DOS PEDIDOS NO DISPOSITIVO DA SENTENÇA

Sinaliza o reclamante, nas razões recursais (fls. 120 e 121), que, em razão do fato de não ter constado da parte dispositiva da sentença a condenação ao pagamento das gratificações natalinas integrais e proporcionais e da indenização prevista para o caso de recusa patronal de tradição das guias do seguro desemprego, e para que se evite embaraço na fase de execução do julgado, deve ser complementado aquele dispositivo, a fim de que dele constem expressamente todos os direitos reconhecidos na fundamentação.

Não tem razão.

Ao que observo, simples leitura da r. sentença não deixa margem para qualquer dúvida acerca do que foi deferido ao reclamante, na medida em que há na parte dispositiva expressa menção de que os direitos ali discriminados foram reconhecidos nos termos e limites fixados na fundamentação (fl. 106 - grifos acrescidos), *verbis*:

PROCESSO: 0000676-89.2014.5.01.0264 - RTOOrd
RECURSO ORDINÁRIO

"III - DISPOSITIVO

ISTO POSTO, julgo PROCEDENTES EM PARTE os pedidos, a fim de condenar a reclamada SHEDIL BAR E RESTAURANTE LTDA a pagar ao reclamante REINALDO SILVA NOVAES, nos termos e limites da fundamentação, as seguintes verbas: a) aviso prévio indenizado; b) gratificações natalinas do período não prescrito; d) férias acrescidas de 1/3 vencidas em dobro, simples e proporcionais do período não prescrito; c) multa do art. 477 da CLT; d) indenização do FGTS e multa de 40% do período não prescrito; e) adicional noturno que deverá ser considerado para o cálculo das verbas deferidas. A parte demandada deverá efetuar as anotações na CTPS da parte autora, sob pena de serem realizadas pela Secretaria da Vara, assim como entregar as guias do seguro-desemprego. As verbas deferidas deverão ser acrescidas de juros e correção monetária na forma da lei. Contribuições fiscais e previdenciárias deverão ser calculadas em liquidação de sentença. Custas devidas pela reclamada no importe de R\$ 800,00 calculadas sobre o valor provisoriamente arbitrado à condenação de R\$ 40.000,00. Oficiem-se ao à Caixa Econômica Federal, ao INSS e à Superintendência Regional do Trabalho para as providências cabíveis. CIENTES AS PARTES. Nada mais".

Assim, se a necessária certeza atinente aos critérios e limites da condenação é facilmente extraída da própria decisão, não há o que acrescentar na r. sentença.

DANO MORAL

Salientou o reclamante, na exordial (fls. 8/10), que a falta de anotação do contrato de trabalho em sua carteira profissional e conseqüente ausência de recolhimentos previdenciários e para o FGTS, somada à injusta dispensa sem o cumprimento das obrigações resilitórias após dezesseis anos de trabalho, inclusive em relação ao seguro desemprego, ocasionou grandes transtornos em sua vida em razão do completo desamparo e do estado de penúria e angústia a que foi lançado, razão pela qual faz ao pagamento de indenização por dano moral equivalente a trinta vezes a sua remuneração.

Resistindo à pretensão (fls. 64 e 65), asseverou a reclamada que o decurso do longo tempo entre a dispensa e a propositura da presente ação pulverizou qualquer ato patronal que caracterizasse o alegado dano moral.

A improcedência do pleito foi assim fundamentada (fl. 101), *in verbis*:

"DANO MORAL - INDENIZAÇÃO

O descumprimento da legislação trabalhista, por si só, não gera dano à honra, à intimidade ou à integridade moral do trabalhador, não se podendo banalizar o instituto do dano moral. No caso não houve qualquer agressão a moral do empregado. A própria relação de emprego era controvertida, logo, entendo que na hipótese sequer existia verbas rescisórias incontroversas.



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 1ª REGIÃO

Gab Des Marcia Leite Nery
Avenida Presidente Antonio Carlos 251 6º andar - Gabinete 51
Castelo RIO DE JANEIRO 20020-010 RJ

PROCESSO: 0000676-89.2014.5.01.0264 - RTOrd
RECURSO ORDINÁRIO

Rejeito, pois, o pedido no particular".

Recorre o reclamante (fls. 121 e 122), repisando as assertivas exordiais.

Sem razão.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, tornou-se indiscutível que os sofrimentos de ordem moral, tais como a dor, a aflição, a angústia, a humilhação, a honra, constituem eventos de natureza danosa, passíveis, portanto, de indenização.

Aurélio Buarque de Holanda Ferreira (*in* Novo Aurélio Século XXI: O Dicionário da Língua Portuguesa, 3ª ed., RJ, Nova Fronteira, 1999) apresenta as seguintes acepções para o termo "dano":

"Dano. [Do lat. *damnu.*] substantivo masculino. 1. Mal ou ofensa pessoal, prejuízo moral. 2. Prejuízo material causado a alguém pela deterioração ou inutilização de bens seus. 3. Estrago, deterioração, danificação".

A doutrina, por seu turno, é fértil ao conceituar o dano moral. Nesse passo, Eduardo Sócrates Castanheira Sarmiento, Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (*in* A Indenização por Dano Moral e o Imposto de Renda – Revista do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro), ensina que o dano moral tem uma gama variada de conceituação.

Dentre elas, a citada pelo Professor Yussef Said Cahali (*in* Dano Moral, Editora Revista dos Tribunais, SP, 1998, 2ª edição), que leciona ser

"possível distinguir-se, no âmbito dos danos, a categoria dos danos patrimoniais, de um lado, dos chamados danos morais, de outro; respectivamente, o verdadeiro e próprio prejuízo econômico, e o sofrimento psíquico ou moral, as dores etc",

definindo, de forma bem abrangente, o dano moral como sendo

"a privação ou diminuição daqueles bens que têm um valor precípuo na vida do homem e que são a paz, a tranquilidade de espírito, a liberdade individual, a integridade individual, a integridade física, a honra e os demais sagrados afetos, classificando-se desse modo, em dano que afeta a parte social do patrimônio moral (honra, reputação, etc.), dano moral que molesta a parte afetiva do patrimônio moral (dor, tristeza, saudade, etc.), dano moral

PROCESSO: 0000676-89.2014.5.01.0264 - RTOOrd
RECURSO ORDINÁRIO

que provoca direta ou indiretamente dano patrimonial (cicatriz deformante, etc.), e dano moral puro (dor, tristeza, etc)".

Já o jurista francês Savatier, citado por Caio Mario da Silva Pereira (*in* Responsabilidade Civil, Editora Forense, RJ, 1989), nos legou uma noção clássica, observando que o dano moral é como

"qualquer sofrimento humano que não é causado por uma perda pecuniária", e abrange todo atentado à reputação da vítima, à sua autoridade legítima, ao seu pudor, à sua segurança e tranqüilidade, ao seu amor-próprio estético, à integridade de sua inteligência, a suas afeições, etc. (*in Traité de la responsabilité civile*, vol. II, n. 525).

Nas palavras da Professora Maria Helena Diniz (*in* Curso de Direito Civil Brasileiro, Editora Saraiva, SP, 1998),

"dano moral vem a ser a lesão de interesses não patrimoniais de pessoas física ou jurídica, provocada pelo fato lesivo". Complementando a questão, assim se posiciona: "O dano moral, no sentido jurídico não é a dor, a angústia, ou qualquer outro sentimento negativo experimentado por uma pessoa, mas sim uma lesão que legitima a vítima e os interessados reclamarem uma indenização pecuniária, no sentido de atenuar, em parte, as conseqüências da lesão jurídica por eles sofridos".

Não obstante a evolução do conceito de dano moral, desde a simples diferenciação negativa, que o identifica como aquele que não se enquadra no conceito de dano material, até a vinculação a uma lesão que atinge o âmago do indivíduo, causando-lhe dor, sofrimento, humilhação, vexame ou angústia, os problemas persistem e demandam solução, pois desse conteúdo dependem as diversas hipóteses de reparação.

Na busca de delinear essa caracterização do dano, a doutrina tem admitido duas classificações do dano moral: subjetivo e objetivo, em função do destinatário da ofensa, se a honra subjetiva ou objetiva da pessoa física.

Nesse diapasão, ocorre o dano moral subjetivo quando o indivíduo é atacado em sua honra subjetiva, que diz respeito ao que cada um pensa de si mesmo, importando a lesão em afetação interna da vítima, o que resulta em padecimentos internos, absorvidos pela própria alma humana, como dor, angústia, tristeza, sofrimento, insônia etc.. Efeitos juridicamente passíveis de reparação.

O dano moral objetivo, por seu turno, afeta a pessoa em sua honra objetiva, que concerne à consideração social, aos valores de dignidade, ao apreço



**PODER JUDICIÁRIO FEDERAL
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 1ª REGIÃO**

Gab Des Marcia Leite Nery
Avenida Presidente Antonio Carlos 251 6º andar - Gabinete 51
Castelo RIO DE JANEIRO 20020-010 RJ

**PROCESSO: 0000676-89.2014.5.01.0264 - RTOrd
RECURSO ORDINÁRIO**

moral da pessoa física perante seu meio civil de convivência. A honra objetiva também pode ser maculada pela agravo moral, ocorrendo, entretanto, a repercussão extrínseca do dano moral suportado pela vítima, ou seja, o prejuízo dar-se-á externamente ao ofendido, afrontando-lhe a moral na órbita social

Em que pese o esforço de facilitação, é imprescindível entender-se que o dano moral não pode ser confundido com a sua consequência, ou seja, conforme lição da professora Maria Helena Diniz supramencionada, os inúmeros sentimentos negativos que atingem a vítima de um evento danoso não constituem, mais do que a consequência ou repercussão do dano, não podendo ser com ele confundido, até porque podem advir de qualquer prejuízo, seja ele moral ou material.

Assim, ante a multiplicidade de conceitos, é imperativo conceber-se que o dano moral não se justifica simplesmente pelo fato da pessoa experimentar sentimentos negativos, atentando-se para a circunstância de que, diante do desenvolvimento das relações humanas, os mais variados fatores da vida social interferem na conexão dos acontecimentos.

No caso trazido à baila, não restou demonstrada nos autos qualquer atitude da reclamada tendente a desmoralizar o reclamante frente a terceiros, seja dentro ou fora do âmbito do local de prestação de serviços. O conjunto probatório não demonstra a ocorrência de qualquer espécie de dano moral sofrido pelo autor apto a justificar a indenização pretendida.

Observe-se que a questão atinente ao reconhecimento do vínculo de emprego e às obrigações resilitórias já restaram decididas, não constituindo fatos capazes de ocasionar dano moral.

Assim, considerando que o dever de indenizar, imposto ao ofensor, decorre do nexo de causalidade entre o ato praticado por ele e o prejuízo imaterial que veio a ser suportado pelo ofendido (que se vê atingindo em sua imagem, em sua honra, em seu conceito profissional, ou em qualquer outro aspecto de ordem subjetiva), imperativa a manutenção da r. sentença, haja vista que não restou demonstrado prejuízo resultante de lesão a direito inerente à personalidade do autor.

Nego provimento ao apelo da reclamante, no particular.

PROCESSO: 0000676-89.2014.5.01.0264 - RTOOrd
RECURSO ORDINÁRIO

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

Postulou o reclamante, na peça de ingresso (fls. 13/15), a condenação da reclamada ao pagamento de honorários advocatícios, na forma do que dispõe o artigo 389 do Código Civil.

Opondo-se ao pleito (fl. 65), sublinhou a reclamada que não estão presentes os pressupostos exigidos pela Lei 5.584/1970 e pela Súmula 329 do C. TST para a procedência do pedido.

Assim decidiu o MM. Juízo *a quo* acerca da matéria (fl. 101), *in verbis*:

"HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

Os honorários advocatícios na Justiça do Trabalho só são devidos quando preenchidos os requisitos previstos no art. 14 da Lei n. 5.584/70, o que não ocorreu no caso em tela, pois o autor não está assistido pelo sindicato de sua categoria profissional.

Ressalte-se que o art. 133 da CF/88 e a Lei n. 8.906/94 nada alteraram em relação aos honorários advocatícios na Justiça do Trabalho.

Rejeito, pois, o pedido".

Recorre o reclamante (fls. 122 e 123), repisando os argumentos expedidos na inicial.

Não lhe assiste razão.

É consabido que os honorários advocatícios sucumbenciais têm por finalidade garantir o livre acesso ao Poder Judiciário, pilar de cidadania e dignidade da pessoa humana. Aquele que é obrigado a submeter-se à atividade substitutiva estatal, por conta da vedação à auto-tutela e à justiça privada, nada deveria pagar, porque, do contrário, obtém direito menor do que efetivamente é titular. Nesse sentido, satisfaz-se a parte vencedora no processo comum com o deferimento dos respectivos honorários. Aqui, porém, em razão da manutenção do *jus postulandi*, sequer precisaria de advogado o reclamante.

E se sequer precisaria de advogado, a pretensão diz respeito, portanto, ao pagamento do valor contratado com o advogado que o assistiu na ação. Trata o caso, pois, de honorários contratuais.

Nos termos do artigo 24 da Lei 8.906/1994 (Estatuto da Advocacia),

A decisão judicial que fixar ou arbitrar honorários e o contrato escrito que os estipular são títulos executivos [...].

[...]

§ 3º. É nula qualquer disposição, cláusula, regulamento ou convenção



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 1ª REGIÃO
Gab Des Marcia Leite Nery
Avenida Presidente Antonio Carlos 251 6º andar - Gabinete 51
Castelo RIO DE JANEIRO 20020-010 RJ

**PROCESSO: 0000676-89.2014.5.01.0264 - RTOrd
RECURSO ORDINÁRIO**

individual ou coletiva que retire do advogado o direito ao recebimento dos honorários de sucumbência.

Ressalto, porém, que o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade deste parágrafo na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.194-4.

O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, em decisão da lavra do i. Ministro José Delgado, nos autos do Recurso Especial nº 295.987, confere autonomia aos mencionados honorários:

HONORÁRIOS DE ADVOGADO - DESAPROPRIAÇÃO - 1. A Lei nº 8.906, de 4.7.94 (Estatuto da OAB), em seu art. 24, garante aos advogados receberem, de modo autônomo e direto, os honorários advocatícios e os fixados pela decisão judicial, desde que anexe o respectivo contrato, na fase de execução da sentença, deduzindo-se o valor a que tem direito da quantia recebida pelo constituinte. 2. Os honorários advocatícios são créditos privilegiados em face de concurso de credores, falência, liquidações extrajudiciais, concordatas e insolvência civil. 3. Honorários advocatícios fixados em ação de desapropriação podem ser levantados, de modo direto e autônomo pelo profissional, sem que seja obrigado a provar os requisitos exigidos pelo art. 34, do DL nº 3.365/41 (Lei das Desapropriações). 4. Recurso conhecido, porém, improvido (STJ - REsp 295.987 - SP - 1ª T - Rel. Min. José Delgado - DJU 02.04.2001) (o grifo não pertence ao original).

Se é injusto requerer que pague a parte vencedora honorários do advogado que foi obrigada a contratar, também não é justo que seja imposto à parte vencida o pagamento de valores livremente arbitrados por outrem. Nesse sentido, os honorários contratuais correm por conta única e exclusiva de quem os contratou. Limita-se a obrigação da parte vencida aos honorários advocatícios decorrentes da sucumbência, conforme estipulação legal, procedimento e competência próprios.

Não comungo, assim, com a tese que deu origem ao Enunciado 53 da Primeira Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho, consoante as propostas apresentadas na Comissão IV (Responsabilidade Civil em danos Patrimoniais e Extra-patrimoniais) daquela jornada, cuja ementa estabelece o seguinte:

REPARAÇÃO DE DANOS. HONORÁRIOS CONTRATUAIS DE ADVOGADO. Os artigos 389 e 404 do Código Civil autorizam o Juiz do Trabalho a condenar o vencido em honorários contratuais de advogado, a fim de assegurar ao vencedor a inteira reparação do dano (grifei).

PROCESSO: 0000676-89.2014.5.01.0264 - RTOOrd
RECURSO ORDINÁRIO

Não há prova nos autos acerca dos honorários contratuais. A tanto não se presta o documento de fl. 18. Não é contrato a procuração, antes mero instrumento daquele, o mandato. O referido documento não demonstra consenso de vontades, não traz as assinaturas de ambas os contratantes, elemento essencial do negócio jurídico.

Se não comprova o reclamante tenha contratado com seu advogado os respectivos honorários, o caso dos autos limita-se à análise dos honorários sucumbenciais (não tratado pelo enunciado citado, conforme teor das propostas debatidas no âmbito da respectiva Comissão).

Incidem sobre a matéria, via de consequência, as disposições contidas na Lei 5.584/1970, que prevê a condenação em honorários apenas na hipótese de assistência judiciária. Acresça-se a tais fundamentos que a Súmula 329 do C. TST cristalizou entendimento jurisprudencial uniforme segundo o qual mesmo após a promulgação da Constituição da República de 1988 permanece válido o entendimento consubstanciado na Súmula 219 do mesmo Tribunal Superior.

In casu, não estando a parte autora assistida por seu sindicato de classe, deferir o pagamento de honorários advocatícios implica contrariar o entendimento pacificado na Orientação Jurisprudencial 305 da SBDI-I e recentemente incorporado ao item I da Súmula 219 do C. TST:

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CABIMENTO.

I - Na Justiça do Trabalho, a condenação ao pagamento de honorários advocatícios, nunca superiores a 15% (quinze por cento), não decorre pura e simplesmente da sucumbência, devendo a parte, concomitantemente: a) estar assistida por sindicato da categoria profissional; b) comprovar a percepção de salário inferior ao dobro do salário mínimo ou encontrar-se em situação econômica que não lhe permita demandar sem prejuízo do próprio sustento ou da respectiva família (art. 14,§1º, da Lei nº 5.584/1970).

Nego provimento ao apelo do reclamante, no particular.

RECOLHIMENTOS FISCAIS E PREVIDENCIÁRIOS

Destacou o reclamante, na inicial (fl. 10), que deve a reclamada ser condenada ao pagamento de indenização equivalente aos valores retidos a título de contribuições fiscais e previdenciárias, por sua exclusiva culpa pelo inadimplemento de tais obrigações.

Sem qualquer impugnação na defesa, assim decidiu o i. julgador



**PODER JUDICIÁRIO FEDERAL
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 1ª REGIÃO**

Gab Des Marcia Leite Nery
Avenida Presidente Antonio Carlos 251 6º andar - Gabinete 51
Castelo RIO DE JANEIRO 20020-010 RJ

**PROCESSO: 0000676-89.2014.5.01.0264 - RTOrd
RECURSO ORDINÁRIO**

acerca da questão (fls. 105 e 106), *in verbis*:

"[...]

Não é devida qualquer indenização ao empregado por dedução da sua quota por decisão judicial, porque em qualquer hipótese o demandante deve dar a sua contribuição para a previdência social, como é pacífico na jurisprudência já referida acima.

No que diz respeito ao imposto de renda ele incidirá sobre as verbas de natureza salarial, conforme já definido alhures, excluindo-se os juros, observando-se a metodologia de cálculo determinada pela Instrução Normativa nº 1.145/2011 no sentido de que para cada 'pagamento realizado' deve ser composta uma 'Tabela Progressiva Acumulada', cuja 'quantidade de meses' será obtida multiplicando-se a 'quantidade de meses total' pelo resultado da divisão entre o 'valor pago' e o 'total da dívida'.

Nesse sentido é a atual jurisprudência do TST, adaptando-se a nova legislação tributária vigente:

[...]"

Recorre o reclamante (fls. 123 e 124), repisando as assertivas exordiais.

Não tem razão.

As contribuições previdenciárias e fiscais a serem recolhidas pelo empregador sujeitam-se aos termos expostos na Súmula 368 do C. TST.

Quanto ao imposto sobre a renda, o referido *standard* jurisprudencial expõe que

é do empregador a responsabilidade pelo recolhimento das contribuições fiscais, resultantes de crédito do empregado oriundo de condenação judicial, devendo incidir sobre o valor total da condenação, referente às parcelas tributáveis, calculado ao final, nos termos do artigo 46 da Lei 8.541/82 e Provimento CGJT 01/96. E isso porque o citado artigo 46 e o Decreto 3.000/99, que regulamenta a tributação, fiscalização, arrecadação e administração do imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza, definem o regime de caixa e o cumprimento da decisão judicial como fato gerador. Nesse sentido, não se pode concluir estejam as reclamadas a agir em desamparo do sistema legal vigente.

Entretanto, ainda que mantida sua estrutura teórica, em especial no que concerne à base de cálculo (valor total da condenação) e à alíquota incidente (a

PROCESSO: 0000676-89.2014.5.01.0264 - RTOrd
RECURSO ORDINÁRIO

do momento do pagamento), a interpretação do mencionado entendimento sumular deve ser adequada aos comandos da Instrução Normativa 1.127/11, expedida pela Receita Federal do Brasil e publicada no Diário Oficial da União em 8 de fevereiro de 2011.

O imposto, decorrente de decisão da Justiça do Trabalho, continua a ser retido pelo empregador e calculado sobre o montante do valor pago. A alíquota a incidir, bem como a parcela a ser deduzida do imposto a ser retido, entretanto, levam em consideração tabela progressiva resultante da multiplicação da quantidade de meses, conforme exposto na Instrução Normativa RFB 1.127 de 07 de fevereiro de 2011, cujos trechos, que interessam ao presente feito, transcrevo abaixo:

Instrução Normativa RFB 1.127, de 07 de fevereiro de 2011

Dispõe sobre a apuração e tributação de rendimentos recebidos acumuladamente de que trata o art. 12-A da Lei nº 7.713, de 22 de dezembro de 1988.

Artigo 1º. Na apuração do Imposto sobre a Renda da Pessoa Física (IRPF) incidente sobre os rendimentos recebidos acumuladamente (RRA), deve ser observado o disposto nesta Instrução Normativa.

Artigo 2º. Os RRA, a partir de 28 de julho de 2010, relativos a anos-calendário anteriores ao do recebimento, serão tributados exclusivamente na fonte, no mês do recebimento ou crédito, em separado dos demais rendimentos recebidos no mês, quando decorrentes de:

I - ...

II - rendimentos do trabalho.

§ 1º. Aplica-se o disposto no *caput*, inclusive, aos rendimentos decorrentes de decisões das Justiças do Trabalho, Federal, Estaduais e do Distrito Federal.

§ 2º. Os rendimentos a que se refere o *caput* abrangem o décimo terceiro salário e quaisquer acréscimos e juros deles decorrentes.

Artigo 3º. O imposto será retido, pela pessoa física ou jurídica obrigada ao pagamento ou pela instituição financeira depositária do crédito, e calculado sobre o montante dos rendimentos pagos, mediante a utilização de tabela progressiva resultante da multiplicação da quantidade de meses a que se referem os rendimentos pelos valores constantes da tabela progressiva mensal correspondente ao mês do recebimento ou crédito.

§ 1º. O décimo terceiro salário, quando houver, representará em relação ao disposto no *caput* um mês-calendário.

§ 2º. A fórmula de cálculo da tabela progressiva acumulada, a que se refere o *caput*, para o ano-calendário de 2011, deve ser efetuada na forma prevista no Anexo Único a esta Instrução Normativa.

A questão relativa às contribuições previdenciárias a serem recolhidas pelo empregador há muito encontra-se consolidada pela Súmula 368 do C. TST, que deverá ser aplicada ao caso.



PROCESSO: 0000676-89.2014.5.01.0264 - RTOrd
RECURSO ORDINÁRIO

É do empregador a responsabilidade pelo recolhimento das contribuições previdenciárias, cujo critério de apuração encontra-se disciplinado no § 4º do artigo 276 do Decreto 3.048/1999, que regulamentou a Lei 8.212/1991 e determina que seja calculada mês a mês, aplicando-se as alíquotas previstas no artigo 198, observado o limite máximo do salário de contribuição.

Os artigos 194 e 195 da Constituição da República dispõem que a seguridade social será financiada por toda a sociedade, participando desse sistema de custeio o empregador e o empregado, sob formas diversas. Tem-se a consagração da equidade como princípio fundamental a reger o sistema de custeio da seguridade social, de modo que o empregador não pode suportar integralmente a responsabilidade pelas contribuições.

Em prol deste entendimento, a Orientação Jurisprudencial 363 da SDI-1:

DESCONTOS PREVIDENCIÁRIOS E FISCAIS. CONDENAÇÃO DO EMPREGADOR EM RAZÃO DO INADIMPLEMENTO DE VERBAS REMUNERATÓRIAS. RESPONSABILIDADE DO EMPREGADO PELO PAGAMENTO. ABRANGÊNCIA. A responsabilidade pelo recolhimento das contribuições social e fiscal, resultante de condenação judicial referente a verbas remuneratórias, é do empregador e incide sobre o total da condenação. Contudo, a culpa do empregador pelo inadimplemento das verbas remuneratórias não exime a responsabilidade do empregado pelos pagamentos do imposto de renda devido e da contribuição previdenciária que recaia sobre sua quota-parte.

Sob a égide da Súmula retromencionada, são calculadas mês a mês, nelas incidindo as alíquotas relativas, fato que admite seja a quota do empregado recolhida pelo valor histórico, recaindo sobre o empregador a obrigação da respectiva correção e aplicação de juros.

Os itens II e III do referido *standard* jurisprudencial não deixam dúvidas de que é do empregador apenas a responsabilidade pelo recolhimento das contribuições previdenciárias resultantes de crédito do empregado oriundo de condenação. Embora a condenação não altere a responsabilidade, reconhece, entretanto, o fato gerador contínuo, porque calculadas mês a mês, nelas incidindo as alíquotas relativas.

Ainda que mantida a responsabilidade previdenciária das partes,

PROCESSO: 0000676-89.2014.5.01.0264 - RTOOrd
RECURSO ORDINÁRIO

ressalto, porém, que se os cálculos se dão mês a mês, quando efetivamente deveriam ter sido recolhidas as contribuições, devem obedecer ao valor histórico. Exigir que a atualização de tais valores seja suportada pelo empregado, que a ela não deu causa, é lesá-lo mais uma vez. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, comete ato ilícito, e fica obrigado a repará-lo (§ 5º do artigo 33 da Lei 8.212/1991, na forma dos artigos 186 e 927 do Código Civil).

Nego provimento ao apelo do reclamante, no particular.

ÉPOCA PRÓPRIA

Enfatizou o reclamante, na peça vestibular (fls. 11/13), que a Taxa Referencial não é idônea para restabelecer o equilíbrio contratual em relação às obrigações dele decorrentes e reconhecidas em processo judicial, razão pela qual deve ser aplicado ao caso dos autos o INPC ou qualquer outro índice que melhor reflita a perda do poder aquisitivo do credor trabalhista.

Em contestação (fl. 64), aduziu a reclamada que a atualização dos créditos trabalhistas é regulada exclusivamente pela Lei 8.177/1991.

Resolvendo a questão, assim decidiu o i. sentenciante (fl. 106), *in verbis*:

"CORREÇÃO MONETÁRIA ÉPOCA PRÓPRIA

Considerando-se que a matéria já se tornou pacífica na jurisprudência, determino a observância da Súmula 381 do C. TST no que tange à época própria para a correção monetária. Não houve declaração de inconstitucionalidade do art. 39 da Lei nº 8.177/91, logo, não há como se afastar da sistemática ali prevista para atualização dos créditos trabalhistas, cujo critério deve ser analisado globalmente, visto que envolve atualização e juros. As decisões do STF não analisaram o disposto no art. 39 da Lei nº 8.177/91, logo, não são aplicáveis ao caso concreto. Com efeito, não vejo como afastar do caso concreto a aplicação das tabelas de atualização do TRT da 1ª Região. Rejeito, pois, o pedido de aplicação de outros índices de atualização monetária".

Recorre o reclamante (fls. 124 e 125), alegando que o entendimento consubstanciado na Súmula 381 do C. TST tem aplicabilidade restrita aos salários e não aos créditos trabalhistas reconhecidos em sentença judicial.

Sem razão.

A correção monetária constitui mera recomposição do valor principal,



**PODER JUDICIÁRIO FEDERAL
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 1ª REGIÃO**

Gab Des Marcia Leite Nery
Avenida Presidente Antonio Carlos 251 6º andar - Gabinete 51
Castelo RIO DE JANEIRO 20020-010 RJ

**PROCESSO: 0000676-89.2014.5.01.0264 - RTOrd
RECURSO ORDINÁRIO**

como forma de adequação matemática do valor monetário corroído pela inflação. A propósito, o Superior Tribunal de Justiça assim situou o tema:

"a correção monetária não constitui um *plus*, senão uma mera atualização da moeda, aviltada pela inflação, impondo-se como um imperativo da ordem jurídica, econômica e ética. Jurídica, porque o credor tem o direito tanto de ser integralmente ressarcido dos prejuízos da inadimplência, como o de ter por satisfeito, em toda a sua inteireza, o seu crédito pago com atraso. Econômica, porque a correção nada mais significa senão um mero instrumento de preservação do valor do crédito. Ética, porque o crédito pago sem correção importa em um verdadeiro enriquecimento sem causa do devedor, e a ninguém é lícito tirar proveito de sua própria inadimplência" (Revista do STJ 74/387).

Há intensa polêmica acerca do marco inicial para o incidência da atualização monetária. Os que entendem que a contagem da correção monetária inicia-se a partir do mês da prestação do serviço consideram que o pagamento do salário no mês subsequente é mera faculdade conferida pela legislação ao empregador, sem atentar para o fato de que a constituição do crédito trabalhista ocorre, efetivamente, no mês subsequente ao da prestação dos serviços. Antes disso, o empregado não tem direito ao salário, a não ser que o empregador queira pagá-lo antecipadamente, o que se constitui, à evidência, mera liberalidade.

Pode-se afirmar com segurança que a aplicação do índice do mês da prestação dos serviços importaria na atualização de algo que sequer era devido.

Assim, o pagamento dos salários até o quinto dia útil do mês subsequente, independente do dia, não está sujeito à correção monetária. Tão somente se esta data limite for ultrapassada incidirá o índice de correção monetária do mês subsequente ao da prestação dos serviços a partir do dia primeiro. Nesse sentido, a efetiva data do pagamento em nada interfere na respectiva atualização, conforme interpretação dada ao artigo 459 da CLT pelo C. TST mediante a Súmula 381.

Por fim, é importante salientar: porque é o salário base pecuniária de toda a relação laboral, o permissivo da Súmula 381 do C. TST abrange a totalidade dos créditos trabalhistas.

Nego provimento ao apelo do reclamante, no particular.

**PROCESSO: 0000676-89.2014.5.01.0264 - RTOOrd
RECURSO ORDINÁRIO**

3. DISPOSITIVO

A C O R D A M os Desembargadores que compõem a Quinta Turma do Tribunal Regional do Trabalho da Primeira Região, por unanimidade, CONHECER dos Recursos Ordinários interpostos pelas partes e, no mérito, NEGAR PROVIMENTO ao apelo da reclamada e DAR PARCIAL PROVIMENTO ao apelo do reclamante, para determinar a incidência do entendimento consubstanciado nas Súmulas 206 e 362 do C. TST em relação à prescrição dos valores devidos pela reclamada a título de FGTS. Mantido o valor da condenação.

Rio de Janeiro, 3 de Novembro de 2015.

DESEMBARGADORA DO TRABALHO MÁRCIA LEITE NERY
Relatora