**ACÓRDÃO**

6ª Turma

ACV/vo-val

RECURSO DE REVISTA. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. PRESCRIÇÃO. Evidenciada a possibilidade de êxito da parte a quem aproveita a declaração da nulidade, deixa-se de analisar a preliminar, nos termos do artigo 249, § 2º, do CPC. Recurso de Revista não conhecido.

NULIDADE DO JULGADO. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. ACÚMULO DE FUNÇÕES. Se houve efetiva entrega da prestação jurisdicional pelo Eg. Tribunal Regional do Trabalho, com exposição dos motivos que o levaram a decidir, não há falar em afronta aos artigos 458 do CPC, 832 da CLT e 93, inciso IX, da Constituição Federal. Recurso de revista não conhecido.

NULIDADE. CERCEIO DO DIREITO DE DEFESA. O Eg. Tribunal Regional examinou a matéria com base na prova, consignando que ela fora insuficiente para a comprovação à formação do convencimento do MM. Juízo, não cumprindo o autor com o ônus de provar suas alegações. Tal entendimento não caracteriza o cerceio do direito de defesa. Recurso de revista não conhecido.

PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. MARCO INICIAL. AJUIZAMENTO DA AÇÃO. PROVIMENTO. -Respeitado o biênio subsequente à cessação contratual, a prescrição da ação trabalhista concerne às pretensões imediatamente anteriores a cinco anos, contados da data do ajuizamento da reclamação- (S. 308, I do TST). Decisão do eg. TRT que aplica a prescrição, sem determinar a observância da pretensão dos cinco anos anteriores ao ajuizamento, merece ser adequada, nos termos do art. 7º, XXIX, da CF. Recurso de revista conhecido e provido.

HORAS EXTRAORDINÁRIAS. CARGO DE CONFIANÇA. ART. 62, II DA CLT. O eg. TRT afirma que o reclamante desempenhava encargo de gestão e estava dispensado do controle de horário, a afastar o direito às pretendidas horas extraordinárias. Recurso de revista não conhecido.

ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. BASE DE CÁLCULO. SUSPENSÃO DA SÚMULA 228 DESTE COLENDO TST POR DECISÃO DO EXCELSO STF. RECONHECIMENTO DO SALÁRIO MÍNIMO COMO BASE DE CÁLCULO. SÚMULA VINCULANTE Nº 4 DO EXCELSO STF. PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA. MANUTENÇÃO DESSE PARÂMETRO ATÉ EDIÇÃO DE LEI POSTERIOR SOBRE O TEMA. PROVIMENTO. A Súmula Vinculante nº 4 do excelso Supremo Tribunal Federal, conforme bem definido em decisão mais recente daquela Corte Maior, não permite a imposição de outra base de cálculo para o adicional de insalubridade, ainda que considerada inconstitucional a vinculação do pagamento da respectiva verba ao salário mínimo. A excelsa Suprema Corte entendeu que o artigo 7º, inciso IV, da Constituição da República, revogou a norma relativa à adoção do salário mínimo como base de cálculo para o adicional de insalubridade, mas não permite a atuação do judiciário em substituição para determinar novo parâmetro, sem expressa previsão em lei. Assim, enquanto não houver norma positivada a respeito da base de cálculo do adicional, o salário mínimo é o parâmetro a ser adotado, não sendo possível que o cálculo se faça sobre salário normativo ou salário profissional, por absoluta ausência de respaldo legal. Tal entendimento possibilita a observância ao princípio da segurança jurídica que norteia o Estado de Direito e o devido processo legal. Recurso de revista não conhecido.

MULTA PREVISTA NO ART. 477, § 8º, DA CLT. PAGAMENTO DA RESCISÃO NO PRAZO. PAGAMENTO A MENOR. A aplicação da multa de que cogita o artigo 477, § 8º, da CLT tem pertinência quando o empregador não cumpre o prazo ali estabelecido para a quitação das verbas rescisórias. Sendo incontroverso que a quitação das verbas rescisórias ocorreu dentro do prazo previsto no § 6º do art. 477 da CLT, a mera existência de diferenças em favor do empregado não torna devido o pagamento da multa. Recurso de revista não conhecido.

INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. DISPENSA SEM JUSTA CAUSA. A mera dispensa sem justa causa não caracteriza ato ilícito ou abuso de direito pelo empregador a ensejar reparação por dano moral, visto que inexistente ofensa à imagem ou honra do empregado quando o empregador exerce de forma regular o seu direito potestativo de dispensar sem motivação o empregado. Recurso de revista não conhecido.

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. AUSÊNCIA DE CREDENCIAL SINDICAL. Na Justiça do Trabalho, a assistência judiciária a que se refere à Lei nº 1.060/50, será prestada pelo Sindicato da categoria profissional a que pertencer o trabalhador (caput, art. 14 da Lei nº 5.584/70). Os honorários advocatícios são devidos tão somente nos termos da Lei nº 5.584/70, quando existente, concomitantemente, a assistência do Sindicato e a percepção de salário inferior ao dobro do mínimo legal ou a impossibilidade de se pleitear em juízo sem comprometimento do próprio sustento ou da família. Súmulas nºs 219 e 329 do C. TST. Recurso de revista não conhecido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista n° TST-RR-71900-80.2009.5.04.0005, em que é Recorrente A.L.B. e Recorrido TVSBT CANAL 5 DE PORTO ALEGRE S.A..

Inconformado com o r. despacho de fls. 596/598v, que denegou seguimento ao recurso de revista interposto, agrava de instrumento o reclamante.

Com as razões de fls. 603/615, alega ser plenamente cabível o recurso de revista.

Contrarrazões às fls. 621/628.

Não há parecer do Ministério Público do Trabalho.

É o relatório.

VOTO

I - CONHECIMENTO

Conheço do agravo de instrumento, pois se encontra regular e tempestivo.

II - MÉRITO

1. PRESCRIÇÃO.

O eg. Tribunal Regional declarou a prescrição quinquenal, nos seguintes termos:

No caso, o autor manteve contrato de trabalho com a ré no período de 24.AGO.1981 a 06.DEZ.2008 e ajuizou a presente ação em 24.JUN.2009.

Assim, provido o recurso para pronunciar a prescrição quinquenal das parcelas anteriores a 24.JUN.2004.

(...)

ACORDAM os Magistrados... por maioria de votos,... dar parcial provimento ao recurso da ré para pronunciar a prescrição das parcelas anteriores a 24.JUN.2009,...

Em sede de embargos de declaração, em que o reclamante indicou a existência de contradição, o eg. TRT consignou:

-No que se refere ao prazo prescricional, além de matéria inerente a recurso, com a postulação de reforma, possivelmente não interpreta a parte autora que o prazo prescricional sempre é computado a partir da data do ajuizamento da ação, no caso, 24.JUN.2009. O que o autor menciona como "contradição" nada mais significa do que interpretação do decidido. E, por fim, quanto ao prazo prescricional que a parte entende que não incidente, passível de reforma por meio de recurso específico, além de iniciativa de Projeto de Emenda Constitucional (PEC) para alteração da Constituição Federal, e não mediante decisões judiciais que se destinam à controvérsia individual. O mesmo pode ser referido com relação à base de cálculo do adicional de insalubridade, em que há decisão do STF expressamente citada no acórdão (fls. 520v.-1v ).

O que o autor indica como "contradição" deve ser lido como inconformidade.

Nada a prover.

(...)

ACORDAM os Magistrados... por unanimidade de votos, negar provimento aos embargos de declaração do autor.- (fls. 541-541v - grifamos)

Pelas razões de recurso de revista, renovadas em agravo de instrumento, o reclamante afirma a prescrição das parcelas anteriores ao quinquênio do ajuizamento da ação. Aponta violação dos arts. 7º, XXIX da CF e 11 da CLT.

Infere-se do corpo do decisum que foi declarada a prescrição quinquenal das parcelas anteriores a 24/6/2004, enquanto no dispositivo do acórdão constou a prescrição das parcelas anteriores a 24/6/2009, data do ajuizamento da ação, entendendo o eg. TRT, ao responder os embargos de declaração do autor que apontaram a contradição entre as referidas datas, que a -'contradição' nada mais significa do que interpretação do decidido-, pois -o prazo prescricional sempre é computado a partir da data do ajuizamento da ação- sem, contudo, determinar a retificação do termo prescricional.

Como o que transita em julgado é o dispositivo da decisão, o v. acórdão que aplicou a prescrição das parcelas aparentemente viola o art. 7º, XXIX da CF, pois não determinou que se observe o quinquênio.

Dou provimento ao agravo de instrumento para, convertendo-o em recurso de revista, determinar a reautuação do processo e a publicação da certidão de julgamento para a ciência e intimação das partes e dos interessados de que o julgamento do recurso de revista dar-se-á na primeira sessão ordinária subsequente à data da publicação, nos termo da Resolução Administrativa nº 928/2003 do TST.

RECURSO DE REVISTA

I - NULIDADE DO JULGADO POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. PRESCRIÇÃO.

RAZÕES DE NÃO CONHECIMENTO.

O eg. Tribunal Regional declarou a prescrição quinquenal, nos seguintes termos:

No caso, o autor manteve contrato de trabalho com a ré no período de 24.AGO.1981 a 06.DEZ.2008 e ajuizou a presente ação em 24.JUN.2009.

Assim, provido o recurso para pronunciar a prescrição quinquenal das parcelas anteriores a 24.JUN.2004.

(...)

ACORDAM os Magistrados... por maioria de votos,... dar parcial provimento ao recurso da ré para pronunciar a prescrição das parcelas anteriores a 24.JUN.2009,...

Em sede de embargos de declaração, em que o reclamante indicou a existência de contradição, o eg. TRT consignou:

-No que se refere ao prazo prescricional, além de matéria inerente a recurso, com a postulação de reforma, possivelmente não interpreta a parte autora que o prazo prescricional sempre é computado a partir da data do ajuizamento da ação, no caso, 24.JUN.2009. O que o autor menciona como "contradição" nada mais significa do que interpretação do decidido. E, por fim, quanto ao prazo prescricional que a parte entende que não incidente, passível de reforma por meio de recurso específico, além de iniciativa de Projeto de Emenda Constitucional (PEC) para alteração da Constituição Federal, e não mediante decisões judiciais que se destinam à controvérsia individual. O mesmo pode ser referido com relação à base de cálculo do adicional de insalubridade, em que há decisão do STF expressamente citada no acórdão (fls. 520v.-1v ).

O que o autor indica como "contradição" deve ser lido como inconformidade.

Nada a prover.

(...)

ACORDAM os Magistrados... por unanimidade de votos, negar provimento aos embargos de declaração do autor.- (fls. 541-541v - grifamos)

Pelas razões de recurso de revista, renovadas em agravo de instrumento, o reclamante suscita a negativa de prestação jurisdicional, ao argumento de que o eg. TRT, mesmo instado por meio dos embargos de declaração, não se manifestou a respeito da contradição entre as datas "24.JUN.2004", do corpo do acórdão, e "24.JUN.2009", da decisão e respectiva certidão, estabelecendo erro material ao considerar prescritas todas as parcelas anteriores a 24.JUN.2009, data do ajuizamento da ação. Aponta violação dos arts. 93, IX, da CF, 832 da CLT e 458 do CPC.

Infere-se do corpo do decisum que foi declarada a prescrição quinquenal das parcelas anteriores a 24/6/2004, enquanto no dispositivo do acórdão constou a prescrição das parcelas anteriores a 24/6/2009, data do ajuizamento da ação, entendendo o eg. TRT, ao responder os embargos de declaração do autor que apontaram a contradição entre as referidas datas, que a -'contradição' nada mais significa do que interpretação do decidido-, pois -o prazo prescricional sempre é computado a partir da data do ajuizamento da ação- sem, contudo, determinar a retificação do termo prescricional.

Não houve negativa de prestação jurisdicional, visto que o eg. TRT analisou detalhadamente a matéria relativa à prescrição. Contudo, tendo em vista a possibilidade de julgamento de mérito em favor da parte a quem aproveitaria a decretação da nulidade do julgado regional, invoca-se o disposto no § 2º do art. 249 do CPC para deixar de apreciá-la.

Não conheço.

II - NULIDADE DO JULGADO POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. ACÚMULO DE FUNÇÕES.

RAZÕES DE NÃO CONHECIMENTO.

O reclamante alega negativa de prestação jurisdicional, ao argumento de que não restaram devidamente apreciadas as provas documentais juntadas aos autos, bem como o pedido contido na petição inicial de produção de provas e de juntada pela reclamada de cópias de documentos com o fim de comprovar as funções exercidas e a acumulação delas. Aponta violação dos arts. 93, IX da CF, 832 da CLT, 458, I e II, do CPC.

O eg. TRT, apreciando a questão relativa à prova documental e testemunhal acerca do acúmulo de funções, manteve a sentença que reconheceu que a prova revela apenas confusão entre atribuições e cargos, razão por que o eg. Colegiado a quo entendeu indevidas as diferenças salariais postuladas, uma vez que o autor não comprovou suas alegações.

Quando instado por meio dos embargos de declaração, o eg. Tribunal considerou inexistente omissão a ser sanada.

Assim, a decisão, ainda que contrária ao interesse da parte recorrente, apresentou solução judicial para o conflito, configurando-se efetiva prestação jurisdicional, não havendo que se falar em violação dos arts. 93, IX da CF, 832 da CLT, 458, I e II, do CPC.

Não conheço.

III - NULIDADE DO JULGADO. CERCEIO DO DIREITO DE DEFESA.

RAZÕES DE NÃO CONHECIMENTO

O eg. TRT manteve a r. sentença que indeferiu o pedido de diferenças salariais por acúmulo de funções, sob os seguintes fundamentos:

-O Juízo indefere o pedido de diferenças salariais por acúmulo, fundamentando que a prova não conforta a tese da inicial, revelando apenas confusão entre atribuições e cargos.

Inconformado, o autor argumenta que não foram apreciados os pedidos de acumulo das funções de coordenador de produção e de diretor de imagens, exercidas juntamente com a função de chefe de operações, mesmo havendo farta prova documental e testemunhai confirmando as alegações da inicial.

Entende-se, no mesmo sentido da sentença, que não há prova suficiente a sustentar a tese da inicial. O autor apenas alega que acumulou todas as funções dos cargos que menciona, mas a prova oral não esclarece a questão, apenas indica que há, efetivamente, confusão entre as atribuições e os cargos. E sendo ônus do autor a prova de fato constitutivo de seu direito, deve ser mantida a decisão de improcedência dos pedidos.

Nada a prover.- (fl. 524)

O reclamante alega a nulidade do julgado por cerceio do direito de defesa, ao argumento de que não restaram devidamente apreciadas as provas documentais juntadas aos autos, bem como o pedido contido na petição inicial de produção de provas e de juntada pela reclamada de cópias de documentos com o fim de comprovar as funções exercidas e a acumulação delas. Aponta violação dos arts. 93, IX da CF, 832 da CLT, 458, I e II, do CPC.

Infere-se do decisum que a questão relativa à prova documental e testemunhal acerca do acúmulo de funções foi examinada e mantida a sentença que reconheceu que a prova revela apenas confusão entre atribuições e cargos, razão por que o eg. Colegiado a quo entendeu indevidas as diferenças salariais postuladas, uma vez que o autor não comprovou suas alegações.

Com efeito, o Eg Tribunal a quo explicitou que a pretensão autoral relativamente às diferenças salariais não prospera, pois a prova não demonstrou o direito alegado, referindo-se expressamente aos documentos e testemunhos contidos nos autos. Logo, não há falar em cerceamento do direito de defesa, eis que a prova foi livremente apreciada, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos com a indicação dos motivos que lhe formaram o convencimento do julgador (artigo 131 do CPC).

No caso concreto, o Eg. Tribunal Regional examinou a matéria com base na prova, consignando que ela fora insuficiente para a comprovação à formação do convencimento do MM. Juízo, não cumprindo o autor com o ônus de provar suas alegações e isso não caracteriza o cerceio do direito de defesa, a tornar ilesos os arts. 93, IX da CF, 832 da CLT, 458, I e II, do CPC, que, de regra, são impertinentes para a nulidade indicada, visto que se referem à necessidade de decisões judiciais fundamentadas, aspecto observado pelo v. acórdão regional conforme apreciado no tópico anterior.

Não conheço.

IV - PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. MARCO INICIAL.

CONHECIMENTO

O eg. Tribunal Regional declarou a prescrição quinquenal, nos seguintes termos:

No caso, o autor manteve contrato de trabalho com a ré no período de 24.AGO.1981 a 06.DEZ.2008 e ajuizou a presente ação em 24.JUN.2009.

Assim, provido o recurso para pronunciar a prescrição quinquenal das parcelas anteriores a 24.JUN.2004.

(...)

ACORDAM os Magistrados... por maioria de votos,... dar parcial provimento ao recurso da ré para pronunciar a prescrição das parcelas anteriores a 24.JUN.2009,...

Em sede de embargos de declaração, em que o reclamante indicou a existência de contradição, o eg. TRT consignou:

-No que se refere ao prazo prescricional, além de matéria inerente a recurso, com a postulação de reforma, possivelmente não interpreta a parte autora que o prazo prescricional sempre é computado a partir da data do ajuizamento da ação, no caso, 24.JUN.2009. O que o autor menciona como "contradição" nada mais significa do que interpretação do decidido. E, por fim, quanto ao prazo prescricional que a parte entende que não incidente, passível de reforma por meio de recurso específico, além de iniciativa de Projeto de Emenda Constitucional (PEC) para alteração da Constituição Federal, e não mediante decisões judiciais que se destinam à controvérsia individual. O mesmo pode ser referido com relação à base de cálculo do adicional de insalubridade, em que há decisão do STF expressamente citada no acórdão (fls. 520v.-1v ).

O que o autor indica como "contradição" deve ser lido como inconformidade.

Nada a prover.

(...)

ACORDAM os Magistrados... por unanimidade de votos, negar provimento aos embargos de declaração do autor.- (fls. 541-541v - grifamos)

O reclamante afirma a prescrição das parcelas anteriores ao quinquênio do ajuizamento da ação. Aponta violação dos arts. 7º, XXIX da CF e 11 da CLT.

Infere-se do corpo do decisum que foi declarada a prescrição quinquenal das parcelas anteriores a 24/6/2004, enquanto no dispositivo do acórdão constou a prescrição das parcelas anteriores a 24/6/2009, data do ajuizamento da ação, entendendo o eg. TRT, ao responder os embargos de declaração do autor que apontaram a contradição entre as referidas datas, que a -'contradição' nada mais significa do que interpretação do decidido-, pois -o prazo prescricional sempre é computado a partir da data do ajuizamento da ação- sem, contudo, determinar a retificação do termo prescricional.

Como o que transita em julgado é o dispositivo da decisão, o v. acórdão que aplicou a prescrição das parcelas sem determinar a observação do quinquênio, viola o art. 7º, XXIX da CF.

Conheço do recurso, por violação do art. 7º, XXIX da CF.

MÉRITO

Discute-se no caso o momento a partir do qual se conta a retroação dos efeitos da prescrição.

O eg. TRT, embora tenha considerado em sua fundamentação que tais efeitos se iniciam a partir do ajuizamento da ação, declarou no dispositivo do v. acórdão a prescrição quinquenal das parcelas anteriores ao ajuizamento da ação e deixou de corrigir o equívoco ao responder os embargos de declaração do reclamante, afirmando que a data a ser considerada para a contagem do prazo prescricional é sempre a do ajuizamento da ação.

Assim, não há debate necessário acerca da data efetiva a ser adotada para a contagem do prazo prescricional, mas tão somente deve-se determinar claramente os parâmetros a serem observados, para o fim de evitar controvérsias acerca de eventuais incertezas quanto ao termo a ser considerado e prestigiar a segurança jurídica.

A jurisprudência desta Corte é pacífica acerca da aplicação da prescrição quinquenal, computando-se-a a partir do ajuizamento da ação. Nesse sentido o item I da Súmula nº 308, in verbis:

PRESCRIÇÃO QÜINQÜENAL (incorporada a Orientação Jurisprudencial nº 204 da SBDI-1) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005

I. Respeitado o biênio subsequente à cessação contratual, a prescrição da ação trabalhista concerne às pretensões imediatamente anteriores a cinco anos, contados da data do ajuizamento da reclamação e, não, às anteriores ao quinquênio da data da extinção do contrato. (ex-OJ nº 204 da SBDI-1 - inserida em 08.11.2000)

II. A norma constitucional que ampliou o prazo de prescrição da ação trabalhista para 5 (cinco) anos é de aplicação imediata e não atinge pretensões já alcançadas pela prescrição bienal quando da promulgação da CF/1988. (ex-Súmula nº 308 - Res. 6/1992, DJ 05.11.1992)

Destaque-se que mesmo que se entendesse que se trata de erro material do julgado, necessário e prudente adequar a v. decisão aos termos do art. 7º, XXIX da CF.

Dessa forma a v. decisão regional merece reforma para ser declarada a prescrição das parcelas anteriores ao quinquênio que antecede a data (24/6/2009) do ajuizamento da reclamação trabalhista.

Dou provimento ao recurso de revista para declarar prescritas as parcelas anteriores a 24/6/2004.

V - HORAS EXTRAORDINÁRIAS. CARGO DE CONFIANÇA. ART. 62, II DA CLT.

RAZÕES DE NÃO CONHECIMENTO

O eg. TRT deu provimento ao recurso ordinário da reclamada para excluir da condenação o pagamento de horas extraordinárias e respectivos reflexos. Eis a fundamentação:

O Juízo afirma que a ré não prova o exercício de cargo de confiança, para o efeito do artigo 62 da CLT. Acrescenta que o artigo 62, II, da CLT, que trata da ausência de limite de jornada para os empregados que exercem cargo de gestão, não foi recepcionado pela Constituição Federal. E ausentes os registros de horário, fixa a jornada do autor em conformidade com a inicial limitada pela prova oral. Refere que o contrato de trabalho era regido pela Lei n° 6.615/78, estando o autor submetido à jornada de seis horas, razão do deferimento do pagamento das horas extras além da sexta diária e trigésima sexta semanal.

Inconformada, a ré argumenta que o artigo 62, II, da CLT é compatível com a Constituição Federal, conforme entendimento jurisprudencial majoritário. Afirma que justificou a ausência dos registros de horário por exercer o autor o cargo de chefe operacional, em conformidade com o Termo de Ajustamento de Conduta firmado perante o Ministério Público do Trabalho, que foi desconsiderado pelo Juízo. Acrescenta que a prova oral confirma o fato de o autor não ter controle de horário, bem como possuir de quinze a vinte subordinados, participando de várias situações da empresa. Por cautela, requer seja reduzida a jornada arbitrada na sentença e, nos termos do artigo 18 da Lei n° 6.515/78, considerada a jornada de oito horas, bem como excluídos os reflexos.

Em que pesem as razões da sentença, entende-se que o artigo 62, II, da CLT não é inconstitucional, sendo norma específica que delimita o artigo 7°, XIII, da Constituição Federal, que tem caráter geral. Nesse sentido, a jurisprudência amplamente majoritária, inclusive no âmbito do TST.

No que se refere ao efetivo enquadramento do autor na exceção prevista no artigo 62, II, da CLT, a prova prevalente, no caso, situa-se na confissão real do autor, que indica todos os elementos caracterizadores de exercício de chefia, estando excepcionado do regime legal de duração do trabalho. É incontroverso que o recorrido percebia salário superior a R$4.500,00 por mês, em novembro de 2008, muito acima do piso da categoria, restando cumprida também a exigência do parágrafo único do dispositivo em comento.

Em depoimento pessoal confessa o autor (fl. 385):

(...) que começou a trabalhar na reclamada em 1981, na função de operador de controle mestre, mas fazia também cinegrafia, produção; que depois passou a ocupar a função de coordenador de produção, em 1986; depois, passou a chefe de operações, função que acumulou com a anterior, além de direção de imagens; que em a partir de determinada data fez também a função de chefe, de programação; (...) que quando iniciou tinha cartão-ponto, mas depois foi retirado; que o chefe de programação monta a programação, passa para as operações, distribui para todos os meios de comunicação, registra as alterações de programação; que o chefe operacional faz tabelas de pessoal, apoia a parte operacional (fitas que estragam, controle de gravações), troca de funcionários, contrata e paga free-lancers; que tinha pouco mais de 20 empregados subordinados ao depoente; que dava suporte ao jornal que ia ao ar às 12h45min; que também dava suporte à programação de esportes; (...). (grifo nosso)

No caso, parece muito claro que o autor exercia função de chefia, com padrão destacado de remuneração e detinha controle sobre os seus subordinados, tanto no momento de troca de empregados, contratação e pagamento de free-lancers.

Não bastasse esta confissão, as testemunhas indicadas pelo autor referem que subordinadas a este, que era o chefe de operações, sendo toda a parte técnica da emissora subordinada ao autor.

E deve ser mencionado, por oportuno, a existência do acordo entabulado entre o Ministério Público do Trabalho e a ré, no âmbito de ação civil pública, em que as partes acordaram a dispensa de registro de horário do cargo de chefe operacional (fls. 387-9). Ainda que isto, por si só, não impeça o Judiciário de reconhecer o não enquadramento do autor na exceção prevista no artigo 62, II, da CLT, certamente corrobora para essa comprovação de estar o autor efetivamente dispensado do controle, pois se presume que o Ministério Público do Trabalho, que tem atribuição de defesa dos direitos dos trabalhadores, também tenha analisado e verificado a natureza gerencial do cargo exercido pelo demandante. Portanto, o autor era de fato dispensado do registro de horários, já que excepcionado da marcação do ponto em razão de sua função de chefia, nos termos do caput do artigo 62 da CLT.

Assim, não há fundamento para atribuição de horas extras ao autor, com provimento ao recurso neste aspecto, para excluir da condenação o pagamento de horas extras e respectivos reflexos.- (fls. 519-520v - grifamos)

O reclamante alega que o fato de perceber salário diferenciado por exercer cargo de chefia não exclui a obrigação do empregador de lhe pagar horas extraordinárias. Sustenta que não se amolda à hipótese do inciso II do artigo 62 da CLT, empregado investido na função de chefe operacional, com o exercício de importantes funções técnicas e algumas administrativas, mas que não goza de poderes suficientes e expressivos para equipará-lo à figura do empregador. Afirma a aplicação dos princípios constitucionais e infraconstitucionais de direito do trabalho a assegurar suas pretensões. Sustenta violação dos arts. 6º da CF, 8º, 62, II da CLT e traz arestos ao confronto de teses.

Infere-se do decisum, fundamentado na confissão e depoimento das testemunhas, que o reclamante exercia cargo de chefia com padrão destacado de remuneração muito acima do piso da categoria e detinha controle sobre os seus subordinados, tanto para troca quanto contratação e pagamento de empregados.

O entendimento do v. acórdão foi no sentido de que o quadro fático delineado revela que o reclamante desempenhava encargo de gestão, enquadrando-se nas disposições do art. 62, II da CLT, registrando, inclusive, que o empregado estava dispensado do controle de horário.

Nesse sentido a matéria foi apreciada e decidida em atenção à prova produzida, sendo insuscetível de reexame nesta instância, a teor da Súmula nº 126 do TST, a tornar ileso o mencionado dispositivo legal e inexequível o apelo por afronta direta e literal dos arts. 6º da CF e 8º da CLT, que tratam apenas, o primeiro, de fixar o trabalho como direito social, e o segundo, de autorizar às autoridades administrativas e judiciais a aplicação da analogia, equidade, jurisprudência e princípios e normas gerais de direito para a solução de conflitos trabalhistas.

Os arestos apresentados são inespecíficos, a teor da Súmula nº 296 do TST, visto que tratam de assinalar o exercício de funções meramente técnicas, enquanto no caso concreto restaram expressamente reconhecidos elementos de encargo de gestão, como remuneração muito acima do piso da categoria e poderes para contratação de empregados.

Não conheço.

VI - ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. BASE DE CÁLCULO.

RAZÕES DE NÃO CONHECIMENTO

O eg. TRT deu provimento ao recurso ordinário da reclamada para definir o salário mínimo como base de cálculo do adicional de insalubridade. Eis o teor da v. decisão:

-Quanto à base de cálculo do adicional de insalubridade, deve ser provido o recurso. Estabelece a Súmula Vinculante n° 4 do Supremo Tribunal Federal:

Salvo nos casos previstos na Constituição, o salário mínimo não pode ser usado como indexador de base de cálculo de vantagem de servidor público ou de empregado, nem ser substituído por decisão judicial.

O TST, por intermédio da Resolução n° 148/2008, publicada no DJ dos dias 08, 09 e 10.JUL.2008, altera a redação de sua Súmula n° 228, a qual passou a contar com a seguinte redação:

A partir de 9 de maio de 2008, data da publicação da Súmula Vinculante n° 4 do Supremo Tribunal Federal, o adicional de insalubridade será calculado sobre o salário básico, salvo critério mais vantajoso fixado em instrumento coletivo.

Em decisão liminar, nos autos do processo n° Rcl/6266, o STF suspendeu a aplicação da Súmula n° 228 do TST, o que autoriza a conclusão de que o entendimento expressamente manifestado pelo STF é no sentido de afastar a possibilidade de substituição da base de cálculo do adicional de insalubridade por melo de decisão judicial, deixando a critério das entidades sindicais e Poder Legislativo.

Assim, entende-se incidente a Súmula Vinculante n° 4 do Eg. STF, devendo ser apurado o adicional de insalubridade sobre o salário mínimo, até que a lei ou norma coletiva modifiquem essa base de cálculo. Assim, remanescem diferenças em favor do autor apenas em razão do grau máximo deferido, sendo excluídas diferenças decorrentes da base de cálculo.

Dá-se parcial provimento ao recurso da ré para definir o salário mínimo como base de cálculo do adicional de insalubridade.- (fls. 520v-521v - grifamos)

O reclamante argumenta que, por força da Súmula Vinculante nº 4 do STF, a base de cálculo do adicional de insalubridade não pode ser o salário mínimo. Alega que o § 1º do artigo 193 da CLT prevê como base de cálculo para adicional de periculosidade o salário sem os acréscimos resultantes de gratificações, prêmios ou participações nos lucros da empresa. Afirma a aplicação dos princípios constitucionais e infraconstitucionais de direito do trabalho a assegurar suas pretensões. Indica violação dos arts. 6º, 7º, XXIII, da CF; 126 do CPC; 8º e 193, § 1º, da CLT; e contrariedade à Súmula Vinculante nº 4 do STF. Colaciona arestos.

Infere-se do v. acórdão regional que a base de cálculo do adicional de insalubridade é o salário mínimo.

Este c. Tribunal Superior do Trabalho há muito tinha consagrado jurisprudência no sentido da adoção do salário mínimo como base de cálculo, como se pode observar do teor da Súmula nº 228, confirmada, então, após o julgamento do incidente de uniformização de jurisprudência nº TST-IUJ-RR-272/2001-079-15-00.5, que estabelecia esse parâmetro para o cálculo do referido adicional mesmo após a Constituição Federal de 1988.

No entanto, em relação à matéria, foi editada a Súmula Vinculante nº 4 pelo excelso Supremo Tribunal Federal, após julgamento histórico de tema de repercussão geral no recurso extraordinário RE-565.714 RG/SP, de relatoria da Exma. Sra. Ministra Cármen Lúcia, em Sessão Plenária realizada no dia 30.04.2008, tendo em vista a disposição contida no artigo 7º, inciso IV, da Constituição da República, que expressamente veda a vinculação do salário mínimo para qualquer fim.

Dispõe a referida Súmula Vinculante que:

-Salvo nos casos previstos na Constituição, o salário mínimo não pode ser usado como indexador de base de cálculo de vantagem de servidor público ou de empregado, nem ser substituído por decisão judicial-.

Nesse contexto, o Tribunal Pleno desta C. Corte, em decisão publicada em 4.7.2008, editou a Resolução nº 148/2008, modificando a redação da Súmula nº 228 e cancelando a Súmula nº 17, na tentativa de ajustar o entendimento da Casa ao teor da Súmula Vinculante nº 4 do STF.

Eis o teor da nova redação da Súmula nº 228 deste c. Tribunal Superior do Trabalho:

-ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. BASE DE CÁLCULO (redação alterada na sessão do Tribunal Pleno em 26.06.2008) Res. 148/2008, DJ 04 e 07.07.2008 - Republicada DJ 08, 09 e 10.07.2008 A partir de 9 de maio de 2008, data da publicação da Súmula Vinculante nº 4 do Supremo Tribunal Federal, o adicional de insalubridade será calculado sobre o salário básico, salvo critério mais vantajoso fixado em instrumento coletivo-.

Todavia, o excelso Supremo Tribunal Federal, em 15.7.2008, mediante decisão da lavra do Exmo. Ministro Presidente daquela Corte, concedeu liminar nos autos da Reclamação nº 6.266/DF, ajuizada pela Confederação Nacional da Indústria - CNI, suspendendo a aplicação da nova redação da Súmula nº 228, na parte em que permite a utilização do salário básico para calcular o adicional de insalubridade.

Assim se manifestou o Exmo. Ministro Presidente da excelsa Corte Suprema:

-(...) Com efeito, no julgamento que deu origem à mencionada Súmula Vinculante nº 4 (RE 595.714/SP, Rel. Min. Cármen Lúcia, Sessão de 30.4.2008 Informativo nº 510/STF), esta Corte entendeu que o adicional de insalubridade deve continuar sendo calculado com base no salário mínimo, enquanto não superada a inconstitucionalidade por meio de lei ou convenção coletiva.

Dessa forma, com base no que ficou decidido no RE 565.714/SP e fixado na Súmula Vinculante nº 4, este Tribunal entendeu que não é possível a substituição do salário mínimo, seja como base de cálculo, seja como indexador, antes da edição de lei ou celebração de convenção coletiva que regule o adicional de insalubridade. Logo, à primeira vista, a nova redação estabelecida para a Súmula nº 228/TST revela aplicação indevida da Súmula Vinculante nº 4, porquanto permite a substituição do salário mínimo pelo salário básico no cálculo do adicional de insalubridade sem base normativa.

Assim, ante a necessidade de adequação jurisdicional ao teor da Súmula Vinculante nº 4, tenho que outra não pode ser a solução da controvérsia senão a permanência da utilização do salário mínimo como base de cálculo do adicional de insalubridade, até a superveniência de norma legal dispondo em outro sentido ou até que as categorias interessadas se componham em negociação coletiva.-

Do exposto, depreende-se que o excelso Supremo Tribunal Federal, ao examinar a utilização do salário mínimo como base de cálculo do adicional de insalubridade, prevista no artigo 3º da Lei Complementar nº 432/85 do Estado de São Paulo, assim como a atualização da verba de acordo com a correção do salário mínimo, prevista em seu § 1º, aí caracterizado o fator de indexação, concluiu que essa vinculação poderia ensejar obstáculo à recomposição salarial daquele valor pelo legislador, em razão dos reajustes em cadeia que daí decorreriam. Assim, entendeu ser conflitante a adoção desse parâmetro com a vedação expressa contida no inciso IV do artigo 7º da Carta Magna.

Dessa forma, normas que assim estabelecem e que são anteriores à Constituição Federal de 1988 não foram por ela recepcionadas, na medida em que inexiste dúvida razoável quanto à impossibilidade de utilização do salário mínimo como parâmetro para o cálculo de quaisquer acréscimos pecuniários.

Logo, não é possível a adoção do salário mínimo como base de cálculo do adicional de insalubridade, sob pena de utilizá-lo como fator de indexação, o que impediria o seu reajuste, em virtude de sucessivas correções de outras verbas que estariam a ele atreladas.

Este c. Tribunal Superior do Trabalho, nesse ínterim, formulou nova redação à Súmula 228, já transcrita alhures, que assegurou o salário básico para o cálculo do adicional de insalubridade, salvo critério mais vantajoso previsto em negociação coletiva.

Entretanto, conforme já havia me manifestado perante esta c. Corte, a substituição por decisão judicial também não é permitida, a revelar a impossibilidade de existir jurisprudência que sinalize a utilização de um referencial como base de cálculo do adicional de insalubridade, porque estar-se-ia incorrendo em função legiferante, devendo ser fixado esse parâmetro mediante norma legal ou negociação coletiva.

Esse entendimento, conforme a transcrição da decisão do Exmo. Ministro Gilmar Mendes, é que determinou a suspensão da aplicação da Súmula 228 do c. TST, numa interpretação do princípio da segurança jurídica alicerçando a manutenção da jurisprudência, com o fim de não serem surpreendidas as partes com um parâmetro para cálculo do adicional de insalubridade, sem que lei assim o dispusesse.

Veja que a solução apontada pela eminente Ministra Relatora naquele caso relativo aos policiais militares do Estado de São Paulo também não foi aceita pelos demais integrantes da Corte Suprema. A Relatora, para não impedir o percebimento da parcela pelos servidores até que legislação própria viesse a definir nova base de cálculo, em face da declaração de não ter havido recepção da norma pela Constituição da República, dado o empecilho do uso do salário mínimo como tal e a impossibilidade de a Administração Pública conceder benefício sem respaldo de lei, considerou o valor monetário - em reais, a partir da data do trânsito em julgado da decisão que julgou o recurso extraordinário, observados os índices oficiais de correção monetária para sua atualização.

Prevaleceu, contudo, o princípio da non reformatio in pejus, pela forma de atualização ali descrita, dada a correção prevista na lei complementar estadual atrelada ao salário mínimo, de modo que ficou assegurada a manutenção do pagamento como de praxe pelo Estado de São Paulo, até o advento de lei instituidora de base de cálculo para o adicional de insalubridade e respectiva correção, a despeito da declaração de inconstitucionalidade.

Desse modo, enquanto não for editada lei prevendo a base de cálculo do adicional de insalubridade, não incumbe ao Judiciário Trabalhista definir outra base, não normatizada, conforme decidiu a Suprema Corte.

Com o cancelamento da Súmula nº 17 do c. TST, a suspensão da Súmula nº 228 do c. TST, e a medida adotada pelo excelso Supremo Tribunal Federal, ao determinar a suspensão desse último verbete sumular e orientar pelo aguardo de iniciativa do Poder Legislativo quanto à base de cálculo a ser adotada, permanece o adicional de insalubridade a ser calculado sobre o salário mínimo.

Destaque-se que não se está discutindo a realidade do salário mínimo ou do salário profissional para atendimento das necessidades básicas do trabalhador. Um é fixado por lei e o outro deriva de uma profissão regulamentada.

O que se desenrolou no debate no excelso STF foi a repercussão diante das consequências jurídicas da adoção de fator de indexação salarial, contrariamente ao que preceitua o artigo 7º, inciso IV, da Constituição Federal, destacada a impossibilidade de o julgador legislar sobre o tema.

A segurança jurídica, que norteia as relações entre as partes no processo, é fundamento suficiente para que a repercussão da matéria tenha a interpretação dada pela excelsa Corte Suprema.

A Convenção Europeia para Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, em seu artigo 6º, traz o direito a um processo equitativo, que gera o princípio da confiança, ou seja, da segurança jurídica. Assegura, assim, que a jurisprudência é fonte formal do direito e que a sua aplicação também deve observar o princípio em destaque.

Nesse sentido, o princípio da segurança jurídica, base do direito a um processo equitativo, consagrou também o direito à proteção dos interesses legítimos das partes, ou seja, consagrou o respeito à jurisprudência anterior.

A mudança súbita da jurisprudência pode provocar um sentimento de insegurança jurídica ou mesmo de injustiça em relações às instituições públicas.

Ressalte-se que não só a observância desse princípio, como também a repercussão do tema, evidencia não haver confiança se a surpresa se tornar um elemento inserido no ordenamento, o que bem cuidou de se extirpar do contexto e do objeto da Súmula Vinculante nº 4 do excelso Supremo Tribunal Federal, que não permite ao Judiciário definir o que a lei não definiu ainda.

Releva notar que não há notícia nos autos de qualquer negociação coletiva prevendo a adoção expressa da remuneração ou de salário normativo como base de cálculo do adicional de insalubridade.

Se assim é, o entendimento adotado pelo eg. Tribunal Regional, de ser o salário mínimo a base de cálculo do adicional de insalubridade, está em consonância com a orientação da Súmula Vinculante nº 4 do excelso Supremo Tribunal Federal.

Não é crível, no entanto, diante dessa nova perspectiva, fique o empregado ao largo da proteção ínsita aos trabalhos realizados em ambientes insalubres, porque a vedação de utilização do salário mínimo como base para o cálculo do adicional de insalubridade, tal como previsto no artigo 192 da CLT, impediria o percebimento do próprio adicional. Contudo, não se pode chegar à conclusão inadmissível de estar abolida a respectiva vantagem, expondo-se à consequência absurda de, com isso, ter embaraço ao acesso ao Judiciário por não mais subsistir o parâmetro de cálculo para o adicional tal como fixado na legislação trabalhista.

Desse modo, está-se diante de um verdadeiro impasse pelo advento da Súmula Vinculante nº 4 frente ao teor do artigo 192 da CLT, indubitavelmente não recepcionado pelo direito constitucional vigente.

Por outro lado, assegurada a manutenção do pagamento como de praxe pelo Estado de São Paulo, até o advento de lei instituidora de base de cálculo para o adicional de insalubridade e respectiva correção, a despeito da declaração de inconstitucionalidade, surge à baila discussão acerca do princípio da isonomia.

É que, declarada a inconstitucionalidade da utilização do salário mínimo, e, a despeito disso, assegurado o pagamento como de praxe pelo Estado de São Paulo, o excelso STF, frente ao princípio da non reformatio in pejus, restringiu os efeitos dessa declaração.

Em que pese a súmula vinculante não ter tratado de nenhuma modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, como o fez a decisão do recurso extraordinário em comento - apesar de haver previsão expressa dessa possibilidade no artigo 4º da Lei nº 11.417/2006, que disciplina a edição, revisão e cancelamento das súmulas vinculantes -, tal decisão impõe, no mínimo, a observância de que, nos casos análogos ao do RE-595.714/SP, não se fale em aplicação absoluta da Súmula Vinculante nº 4, em razão do princípio da isonomia e, bem assim, restrinja-se os efeitos da vedação de indexação do salário mínimo, mas, com base nele, mantenha-se o pagamento da parcela, conforme o caso.

Logo, pelo princípio da igualdade, ao menos em todos os casos em que já houver a praxe de pagamento do adicional de insalubridade e/ou recurso de qualquer das partes, caso se verifique a vedação de reforma em prejuízo, há que se manter o pagamento da parcela nos mesmos parâmetros adotados pelo excelso STF na decisão em que se discutiu a redação da Súmula Vinculante nº 4, isto é, -o adicional de insalubridade deve continuar sendo calculado com base no salário mínimo, enquanto não superada a inconstitucionalidade por meio de lei ou convenção coletiva, vedada a indexação-.

Assim, se a pretensão buscada pelo reclamante deduzida em juízo refere-se a diferenças de adicional de insalubridade pela utilização da remuneração como base de cálculo, e estando inviabilizada a fixação de novo parâmetro por decisão judicial, nos termos da parte final da Súmula Vinculante nº 4 do excelso Supremo Tribunal Federal, até que lei venha a dispor acerca do novo parâmetro a ser adotado, deve-se ser mantida a v. decisão recorrida que determinou o salário mínimo como base de cálculo do adicional de insalubridade, a tornar ilesos os arts. 6º, 7º, XXIII, da CF, 126 do CPC, 8º e 193, § 1º, da CLT.

Nesse sentido, os seguintes precedentes da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais desta c. Corte:

-RECURSO DE EMBARGOS DA RECLAMANTE - BASE DE CÁLCULO DO ADICIONAL DE INSALUBRIDADE - SÚMULA VINCULANTE Nº 4 DO EXCELSO STF - SUSPENSÃO LIMINAR DA SÚMULA Nº 228 DO TST. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE SEM DECLARAÇÃO DE NULIDADE. Conclui-se da detalhada descrição do julgamento do caso líder pelo Plenário do excelso STF (conforme notícias divulgadas no Informativo - STF-510) que, não obstante tenha sido mantida a conclusão de que o artigo 7º, IV, da Constituição Federal de 1988 veda a utilização do salário mínimo como base de cálculo do adicional de insalubridade, deve ser mantida aquela base de quantificação seja em nome da inexistência de pronunciamento erga omnes no caso líder, seja pela vedação da atuação do excelso STF como legislador positivo, ou ainda pela impossibilidade de reformatio in pejus de decisões em favor dos autores das centenas de milhares de ações trabalhistas que ingressaram em juízo para ver aumentada, e não reduzida ou congelada, a base de cálculo do referido adicional. Assim, nos termos de r. despacho do e. Presidente do excelso Pretório - o adicional de insalubridade deve continuar sendo calculado com base no salário mínimo, enquanto não superada a inconstitucionalidade por meio de lei ou convenção coletiva- (R-6266-DF). Precedentes deste c. Tribunal. Recurso de embargos da Reclamante não conhecido mais uma vez quanto ao tema - base de cálculo do adicional de insalubridade.- (Processo: E-ED-RR - 464572/1998.0, Data de Julgamento: 05/02/2009, Relator Ministro Horácio Raymundo de Senna Pires, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, DJ 20/02/2009)

-EMBARGOS. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. BASE DE CÁLCULO. SUSPENSÃO DA SÚMULA 228 DO C. TST POR DECISÃO DO E. STF. DECISÃO DA C. TURMA QUE APLICA A REDAÇÃO ATUAL DA SÚMULA. APLICAÇÃO INDEVIDA. CONTRARIEDADE À SÚMULA VINCULANTE 4 DO E. STF. PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA. MANUTENÇÃO DO SALÁRIO MÍNIMO COMO BASE DE CÁLCULO, ATÉ EDIÇÃO DE LEI POSTERIOR SOBRE O TEMA. A decisão do E. STF que elaborou a Súmula Vinculante 4, conforme bem definido em decisão mais recente daquela Corte Maior, não permite a imposição de outra base de cálculo para o adicional de insalubridade, ainda que considerada inconstitucional a vinculação do pagamento ao salário mínimo. O E. STF entendeu que o art. 7º, IV, da CF, revoga a norma que adota o salário mínimo como base de cálculo para o adicional de insalubridade, mas não permite a atuação do judiciário em substituição para determinar a base de cálculo, e não admite, também, a adoção de outro referencial, não previsto em lei. Assim, enquanto não houver lei prevendo a base de cálculo do adicional, o salário mínimo é o parâmetro a ser adotado, não sendo possível que o cálculo se faça sobre salário normativo ou salário profissional, por ausência de previsão legal. Tal entendimento possibilita a observância ao princípio da segurança jurídica que norteia o Estado de Direito e o devido processo legal. Embargos conhecidos e providos. (-).- (Processo: E-RR - 1794/2004-001-17-00.4, Data de Julgamento: 05/02/2009, Relator Ministro Aloysio Corrêa da Veiga, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, DJ 20/02/2009)

Incidência da Súmula nº 333 desta Corte e do § 4º do art. 896 da CLT a obstar o processamento do recurso de revista.

Não conheço.

VII - MULTA PREVISTA NO ART. 477, § 8º, DA CLT. PAGAMENTO DA RESCISÃO NO PRAZO. PAGAMENTO A MENOR.

RAZÕES DE NÃO CONHECIMENTO

O eg. TRT deu provimento ao recurso ordinário da reclamada para excluir da condenação a multa prevista no artigo 477, § 8°, da CLT, ao seguinte fundamento:

-O Juízo condena a ré ao pagamento de diferenças das rubricas descritas no termo de rescisão contratual, pela observância da remuneração já majorada em face do reajuste previsto na norma coletiva e, por consequência, em razão do pagamento a menor das verbas rescisórias, defere ao autor a multa prevista no artigo 477, § 8°, da CLT.

Inconformada, a ré insiste que as parcelas rescisórias foram devidamente contraprestadas. Afirma que o fato de a extinção contratual ter sido homologada pouco antes da convenção coletiva que atribuiu reajuste, não autoriza a incidência da multa prevista no artigo 477, § 8°, da CLT.

Entende-se, no mesmo sentido do recurso, não ser possível a condenação ao pagamento da multa do artigo 477, § 8°, da CLT, na hipótese de verbas rescisórias reconhecidas judicialmente, por não configurada a mora do empregador na satisfação das parcelas rescisórias.

É certo que a ré efetuou o depósito das verbas rescisórias no prazo correto, tendo a condenação ao pagamento da multa decorrido de reajuste salarial não concedido pela ré. Não incide, portanto, a multa, tendo em vista que não configurada a mora do empregador, mas simplesmente reconhecida diferença devida a título de verbas resilitórias.

Assim, dá-se provimento ao recurso ordinário da ré para excluir da condenação a multa prevista no artigo 477, § 8°, da CLT.- (fls. 522-522v)

O reclamante sustenta que a reclamada efetuara a menor o pagamento das verbas resilitórias, estabelecendo com a sua inadimplência a mora definida nos artigos 394 e 395 do Código Civil, além do enriquecimento sem causa. Afirma a aplicação dos princípios constitucionais e infraconstitucionais de direito do trabalho a assegurar suas pretensões. Aponta violação dos arts. 6º da CF, 8º, 477, § 8º, da CLT, e 394 e 395 do Código Civil.

Infere-se do decisum o entendimento de que não é possível a condenação ao pagamento da multa do artigo 477, § 8°, da CLT, visto que as diferenças das parcelas rescisórias somente foram reconhecidas judicialmente, o que não configura a mora do empregador, ainda que se trate de reajuste salarial previsto em norma coletiva não concedido pela reclamada.

A multa pelo atraso no pagamento de verbas rescisórias está previsto no art. 477 da CLT.

A penalidade prevista no § 8º do referido dispositivo legal é cabível quando houver mora no pagamento das parcelas constantes do termo de rescisão contratual.

Dispõe o art. 477 da CLT:

Art. 477 - É assegurado a todo empregado, não existindo prazo estipulado para a terminação do respectivo contrato, e quando não haja ele dado motivo para cessação das relações de trabalho, o direto de haver do empregador uma indenização, paga na base da maior remuneração que tenha percebido na mesma empresa.

(...)

§ 6º - O pagamento das parcelas constantes do instrumento de rescisão ou recibo de quitação deverá ser efetuado nos seguintes prazos:

(...)

§ 8º - A inobservância do disposto no § 6º deste artigo sujeitará o infrator à multa de 160 BTN, por trabalhador, bem assim ao pagamento da multa a favor do empregado, em valor equivalente ao seu salário, devidamente corrigido pelo índice de variação do BTN, salvo quando, comprovadamente, o trabalhador der causa à mora.

No caso, depreende-se do v. acórdão regional que a condenação ao pagamento da multa deu-se não em razão de o seu pagamento ter sido realizado fora do prazo legal, mas sob o fundamento de que o pagamento das verbas rescisórias foi realizado a menor, tendo as diferenças decorrentes da não concessão dos reajustes previstos nas normas coletivas sido reconhecidas em Juízo.

Assim, sendo incontroverso que o pagamento das verbas rescisórias ocorreu dentro do prazo previsto no § 6º do art. 477 da CLT, a mera existência de diferenças em favor do empregado não torna devido o pagamento da multa.

Neste sentido cito os recentes precedentes:

-MULTA DO ART. 477, § 8º, DA CLT. DIFERENÇAS - A aplicação da multa de que cogita o art. 477, § 8º, da CLT tem pertinência quando o empregador não cumpre o prazo estabelecido para a quitação das verbas rescisórias. Pelo que se depreende do acórdão do e. Tribunal Regional, não houve o alegado atraso no pagamento da rescisão, mas sim pagamento a menor (diferenças de verbas rescisórias reconhecidas ex judicis). Nesse diapasão, sendo incontroverso que o pagamento das verbas rescisórias ocorreu dentro do prazo previsto no § 6º do art. 477 da CLT, a mera existência de diferenças em favor do empregado não torna devido o pagamento da multa. Recurso de revista não provido.

Processo: RR - 145800-14.2006.5.17.0014 Data de Julgamento: 13/04/2011, Relator Ministro: Horácio Raymundo de Senna Pires, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 29/04/2011.

MULTA PREVISTA NO ARTIGO 477, § 8º, DA CLT. PAGAMENTO A MENOR. Este Tribunal Superior tem-se posicionado no sentido de não ser aplicável a multa prevista no parágrafo 8º do artigo 477 da CLT quando é efetuado o pagamento das verbas rescisórias a menor, em decorrência de verbas reconhecidas em juízo, uma vez que a referida sanção somente deve ser imposta ao empregador que não paga as parcelas rescisórias no prazo a que alude o parágrafo 6º do mesmo dispositivo legal. Agravo de instrumento conhecido e não provido. Processo: AIRR - 15740-52.2008.5.06.0122 Data de Julgamento: 13/04/2011, Relatora Ministra: Dora Maria da Costa, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 19/04/2011.

Incólumes, portanto, os arts. 8º e 477, § 8º da CLT.

A matéria decorre de aplicação e interpretação de disposição legal específica contida no art. 477, § 8º da CLT, a afastar o disposto nos arts. 394 e 395 do Código Civil, abaixo transcritos, e a violação direta e literal do art. 6º da CF.

Art. 394. Considera-se em mora o devedor que não efetuar o pagamento e o credor que não quiser recebê-lo no tempo, lugar e forma que a lei ou a convenção estabelecer.

Art. 395. Responde o devedor pelos prejuízos a que sua mora der causa, mais juros, atualização dos valores monetários segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.

Parágrafo único. Se a prestação, devido à mora, se tornar inútil ao credor, este poderá enjeitá-la, e exigir a satisfação das perdas e danos.

Não conheço.

VIII - INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. DISPENSA SEM JUSTA CAUSA.

RAZÕES DE NÃO CONHECIMENTO

O eg. TRT deu provimento ao recurso ordinário da reclamada para excluir da condenação a indenização por danos morais. Assim consignou sobre o tema:

-O Juízo entende que o ato de despedida do empregado deve ser motivado para não caracterizar abuso de direito. Afirma que o autor, após prestar serviço para a ré por mais de 27 anos, foi desrespeitado, não apenas perdeu sua principal fonte de subsistência, como também o local em que passava a maior parte de seu tempo, o convívio com os colegas, a condição de parte da empresa, o respeito de sua empregadora que nem se preocupou em motivar o ato de despedida. Em razão disso, condena a ré ao pagamento de indenização por dano extrapatrimonial, no valor de R$30.000,00.

A ré alega que a despedida sem justa causa está dentro dos limites do direito potestativo da empregadora, não havendo qualquer ilicitude passível de reparação por danos morais. Cita jurisprudência, discorre acerca do dano moral e sua reparação, requerendo a reforma da sentença.

Em que pesem os fundamentos da sentença, não se pode ter como indenizável poder potestativo do empregador de dispensa do empregado, que não constitui ato ilícito. Mera inconformidade com a dispensa sem justa causa não fundamenta a indenização por dano moral.

No caso, não há evidência de qualquer promessa feita por parte da ré de manter o autor no emprego, ou mesmo alegação de ter sido a despedida discriminatória ou realizada de forma a ofender a honra ou a imagem do empregado.

O Juízo defere a indenização com fundamento na ausência de motivação da despedida, mas o simples fato de o autor ter prestado serviços para a ré durante mais de vinte e sete anos não significa que uma nova exigência para a sua despedida - como exige a Julgadora de origem - exsurja. Não há fundamento jurídico para o deferimento de dano moral em caso de despedida sem justa causa, pois o exercício de um direito, sem abuso, não enseja ato ilícito.

Assim, merece reparo a decisão para excluir da condenação a indenização por danos morais.- (fls. 522v-523)

O reclamante afirma que restou devidamente reconhecida nos autos a ocorrência de ofensa à honra do reclamante pela prática de ato abusivo, destituído de boa-fé objetiva. Afirma a aplicação dos princípios constitucionais e infraconstitucionais de direito do trabalho a assegurar suas pretensões. Indica violação dos arts. 5º, V, 6º e 7º, I, da CF; 8º da CLT, 187 e 422 do Código Civil.

Infere-se do decisum o entendimento de que a dispensa sem justa causa está dentro do poder potestativo do empregador, não sendo passível de indenização por dano moral quando não caracterizado ato discriminatório ou realizado de forma a ofender a honra ou a imagem do empregado.

A mera dispensa por justa causa não caracteriza ato ilícito ou abuso de direito pelo empregador a ensejar reparação por dano moral, a tornar incólumes os arts. 5º, V, 6º e 7º, I, da CF, 8º da CLT, 187 e 422 do Código Civil, visto que inexistente ofensa à imagem ou honra do empregado quando o empregador exerce de forma regular o seu direito potestativo de dispensar sem motivação o empregado.

Não conheço.

IX - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. AUSÊNCIA DE CREDENCIAL SINDICAL.

RAZÕES DE NÃO CONHECIMENTO

O eg. TRT deu provimento ao recurso ordinário da reclamada para excluir da condenação os honorários advocatícios. Consta do v. acórdão recorrido:

-Pretende a ré a exclusão dos honorários assistenciais deferidos por ausentes os requisitos legais e jurisprudenciais, nos termos da Lei n° 5.584/70 e Súmulas n° 219 e 329 do TST.

Entende-se que os honorários são devidos apenas nos termos da lei - artigo 14 da Lei n° 5.584/70 - e jurisprudência majoritária - Súmulas n° 219 e 329 do TST.

No caso, ausente a credencial sindical, não são devidos os honorários assistenciais, sendo imperiosa a reforma da sentença.

Recurso provido.-

Nas razões do recurso de revista, renovadas em agravo de instrumento, o reclamante aduz que o não reconhecimento da sucumbência, enquanto não for criada a Defensoria Pública no âmbito da Justiça do Trabalho, parece atribuir privilégio aos advogados detentores de credenciais sindicais, sem que revertam em benefício direto aos trabalhadores reclamantes. Afirma a aplicação dos princípios constitucionais e infraconstitucionais de direito do trabalho a assegurar suas pretensões. Indica violação dos arts. 6º da CF e 8º da CLT.

o eg. Tribunal Regional consignou que o reclamante não atendeu aos requisitos da Súmula 219 do TST, não fazendo, portanto, jus ao pagamento de honorários advocatícios, visto que ausente a credencial sindical.

O artigo 133 da Constituição Federal consagrou um princípio programático ao estabelecer que o advogado é essencial à administração da Justiça. Dentre a essencialidade da participação do advogado está a possibilidade de ele fazer parte dos concursos públicos para ingresso na magistratura, compondo as bancas examinadoras, a de participar da composição dos tribunais com acesso pelo quinto constitucional e, também, como detentor do jus postulandi.

Não há, no entanto, um monopólio do jus postulandi, nem consagração disso pela Constituição Federal, haja vista que no habeas corpus, manteve-se a possibilidade de ser ele impetrado sem a assistência do advogado.

Na Justiça do Trabalho houve a recepção do artigo 791 da CLT pelo atual texto constitucional, e o fato de assegurar ao empregado a possibilidade de estar em juízo postulando a sua pretensão não desnatura a essencialidade do advogado na administração da justiça. Por isso que os honorários advocatícios, decorrentes da sucumbência, não encontram fundamento específico no artigo 133, mas na legislação infraconstitucional que deles cuida, no caso, a Lei nº 5.584/70, que dispõe acerca dos requisitos para a percepção de honorários advocatícios na Justiça do Trabalho:

-Art. 14. Na Justiça do Trabalho, a assistência judiciária a que se refere a Lei nº 1.060, de 5 de fevereiro de 1950, será prestada pelo sindicato da categoria profissional a que pertencer o trabalhador.

§ 1º A assistência é devida a todo aquele que perceber salário igual ou inferior ao dobro do mínimo legal, ficando assegurado igual benefício ao trabalhador de maior salário, uma vez provado que sua situação econômica não lhe permite demandar, sem prejuízo do sustento próprio ou da família.

§ 2º A situação econômica do trabalhador será comprovada em atestado fornecido pela autoridade local do Ministério do Trabalho e Previdência Social, mediante diligência sumária, que não poderá exceder de 48 (quarenta e oito) horas.

§ 3º Não havendo no local a autoridade referida no parágrafo anterior, o atestado deverá ser expedido pelo Delegado de Polícia da circunscrição onde resida o empregado.-

A matéria já se encontra pacificada inclusive no Excelso Supremo Tribunal Federal, que vem acatando a jurisprudência dos Tribunais Trabalhistas, a teor do acórdão que se transcreve:

"PROCESSUAL CIVIL. TRABALHO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. LEI 5.584, DE 26.06.70. I. - Inexistência de verba honorária, em decorrência da sucumbência, nas reclamações trabalhistas, a não ser na hipótese da Lei 5.584, de 26.06.70. Jurisprudência dos Tribunais do Trabalho acolhida. II. Embargos de declaração recebidos, em parte." REED-1925999/SP DJ 07.6.96. Relator Ministro Carlos Velloso.

Esta c. Corte Superior também já consolidou seu entendimento acerca da matéria, nos termos das Súmulas de nos 219 e 329, as quais dispõem, in verbis:

-Honorários advocatícios. Hipótese de cabimento.

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

-Honorários advocatícios. Art. 133 CF/1988.

Mesmo após a promulgação da CF/1988, permanece válido o entendimento consubstanciado no Enunciado nº 219 do Tribunal Superior do Trabalho.-

Além do mais, está pacificado na Seção de Dissídios Individuais deste c. Tribunal Superior o entendimento de que, 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 do sindicato. Neste sentido a Orientação Jurisprudencial nº 305 da SBDI-1 do c. TST.

A matéria, portanto, decorre de normas infraconstitucionais específicas, a afastar ofensa direta e literal do art. 6º da CF e tornar inaplicável o art. 8º da CLT, cuja incidência se restringe às hipóteses de falta de disposições legais ou contratuais aplicáveis ao caso concreto.

Não conheço.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Sexta Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, dar provimento ao agravo de instrumento para, destrancando o recurso de revista, dele conhecer apenas quanto ao marco inicial da prescrição quinquenal, por violação do art. 7º, XXIX da CF, e, no mérito, dar-lhe provimento para declarar prescritas as parcelas anteriores a 24/6/2004.

Brasília, 23 de Novembro de 2011.

Firmado por Assinatura Eletrônica (Lei nº 11.419/2006)

**Aloysio Corrêa da Veiga**

**Ministro Relator**