

PROCESSO Nº TST-AIRR-49700-02.2009.5.02.0081

A C Ó R D ã O
(8ª Turma)
GMDMC/Pr/cb/mm

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. 1. NULIDADE DO JULGADO POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. 2. HORAS EXTRAS. BANCÁRIO. CARGO DE CONFIANÇA. 3. HORAS EXTRAS. CARTÕES DE PONTO. 4. AUXÍLIO-REFEIÇÃO. AUXÍLIO CESTA-ALIMENTAÇÃO. NATUREZA INDENIZATÓRIA. NORMA COLETIVA. 5. DANO MORAL. CONFIGURAÇÃO. 6. INDENIZAÇÃO. POSSE DE MÁ-FÉ. FRUTOS PERCEBIDOS. 7. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. REQUISITOS. INDENIZAÇÃO POR PERDAS E DANOS. 8. DESCONTOS PREVIDENCIÁRIOS E FISCAIS. Nega-se provimento ao agravo de instrumento que não consegue infirmar os fundamentos do despacho que denegou seguimento ao recurso de revista. **Agravo de instrumento conhecido e não provido.**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº **TST-AIRR-49700-02.2009.5.02.0081**, em que é Agravante **ANGELA MAIA PIZZOLIO DAWIBIDA** e Agravado **BANCO BRADESCO S.A.**

A Vice-Presidente do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, por meio da decisão proferida às fls. 739/747, denegou seguimento ao recurso de revista interposto pela reclamante.

A reclamante interpôs agravo de instrumento às fls. 749/761, pugnando pelo processamento do seu recurso de revista.

O reclamado apresentou contraminuta às fls. 771/774 e contrarrazões às fls. 766/770.

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

É o relatório.

PROCESSO N° TST-AIRR-49700-02.2009.5.02.0081

V O T O

I - CONHECIMENTO

Preenchidos os pressupostos de admissibilidade recursal, **conheço** do agravo de instrumento.

II - MÉRITO

1. NULIDADE DO JULGADO POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICCIONAL.

Nas razões do recurso de revista, às fls. 648/651, a reclamante sustenta que o Tribunal Regional, não obstante a oposição dos embargos de declaração, manteve-se omissos. Afirma que o acórdão recorrido foi silente em relação à: a) aplicação da Súmula n° 102, I, do TST, quanto ao enquadramento da reclamante na exceção do art. 224, § 2°, da CLT, em face do depoimento das testemunhas convidadas pela reclamante; b) aplicação da Súmula n° 338 e da Orientação Jurisprudencial n° 233 da SDI-1 do TST, quanto à jornada laboral, em face da fraude no registro de horários nos cartões de ponto; c) aplicação da Súmula n° 241 do TST, quanto à integração da ajuda alimentação; d) indenização equivalente ao imposto de renda, quanto aos descontos previdenciários e fiscais; e) à aplicação dos arts. 114 da Constituição Federal, 8° da CLT, 1.216 do Código Civil e 3° da LICC, quanto ao pedido de indenização pelo frutos percebidos na posse de má-fé. Fundamenta o apelo em violação dos arts. 5°, XXXV e LV, e 93, IX, da Constituição Federal, 769, 832 e 897-A da CLT e 458, II, 463 e 515, § 3°, do CPC.

Ao exame.

Inicialmente, conforme a Orientação Jurisprudencial n° 115 da SDI-1 do TST, somente se admite o recurso de revista, quanto à preliminar de nulidade por negativa de prestação jurisdiccional, por violação dos arts. 832 da CLT, 458 do CPC ou 93, IX, da Constituição Federal. Portanto, inócua a alegação de violação dos arts. 5°, XXXV e

PROCESSO Nº TST-AIRR-49700-02.2009.5.02.0081

LV, da Constituição Federal, 769 e 897-A da CLT e 463 e 515, § 3º, do CPC.

A configuração de negativa de prestação jurisdicional depende da ausência de posicionamento judicial a respeito de pedido ou aspecto controvertido, de tal forma que inviabilize a devolução da matéria à instância superior, o que não ocorre na hipótese.

Com efeito, em relação à aplicação das Súmulas nº 102, I, 241 e 338 e da Orientação Jurisprudencial nº 233 da SDI-1 do TST e dos dispositivos legais enumerados pela reclamante, nos termos em que abordados, trata-se de questões jurídicas, permitindo-se considerar prequestionadas as matérias, nos moldes da Súmula nº 297, III, do TST.

No tocante à exceção do art. 224, § 2º, da CLT, o Tribunal Regional asseverou expressamente que "*há prova suficiente dessa fidúcia especial*" (fl. 619).

Quanto à alegação de fraude nos cartões de ponto, o acórdão recorrido registra que "*apresentados os registros, ao empregado cabe fazer prova segura de que os registros não retratam a realidade. Prova que, no caso, não veio*" (fl. 621).

Sobre o pedido alternativo de indenização equivalente ao imposto de renda, em resposta aos embargos de declaração, a Corte de origem asseverou que "*A fundamentação, pelo seu teor, pela sua lógica, já afasta qualquer ideia de indenização*" (fl. 640).

Portanto, a Corte de origem adotou tese explícita sobre as matérias e firmou seu convencimento de forma clara sobre todos os elementos fáticos necessários ao exame das controvérsias.

Nesse passo, não se vislumbra a nulidade pretendida, na medida em que houve a prestação jurisdicional fundamentada, ainda que contrária aos interesses da reclamante, o que não se confunde com a negativa de entrega da jurisdição, restando, portanto, ilesos os arts. 832 da CLT, 458 do CPC e 93, IX, da CF.

Assim, **nego provimento** ao agravo de instrumento.

2. HORAS EXTRAS. BANCÁRIO. CARGO DE CONFIANÇA.

O Tribunal Regional assim decidiu:

PROCESSO N° TST-AIRR-49700-02.2009.5.02.0081

"Cargo de confiança

A autora alega que não exercia cargo de confiança, motivo pelo qual pede que as horas trabalhadas após a sexta diária e trigésima semanal sejam consideradas extraordinárias.

A exceção prevista no art. 224, § 2º da Consolidação das Leis do Trabalho não é tão restrita quanto à do art. 62 do mesmo estatuto, de sorte que a caracterização do cargo de confiança, no setor bancário, não exige amplos poderes de mando. Para que o bancário seja enquadrado naquela exceção, há de ter, pela função que exerce ou pela posição que ocupa, uma especial confiança do empregador. Especial porque o próprio contrato de trabalho já pressupõe um determinado grau de confiança. E há de ser confiança medida objetivamente, já que, por certo, não poderia o enquadramento sujeitar-se ao sabor, ao arbítrio, ao capricho e à conveniência do empregador. Isso abriria portas largas para a fraude.

No caso, há prova suficiente dessa fidúcia especial. A própria autora (fls. 407/408) confirmou que assinava promoção de empregado, contratos e cheques administrativos (ainda que em conjunto), e que liberava valores dos terminais de caixa até o limite de sua alçada, o qual era superior aos dos caixas e escriturários. Afirmou, mais, que *‘se os caixas tivessem algum problema, se reportavam à depoente que por sua vez se reportava ao gerente geral’*. É até muito evidente que tais atribuições não são daquelas que se atribuem a qualquer um. Antes ao contrário, são atribuições típicas de empregados que já fizeram por merecer e já avançaram na disputa por melhor colocação hierárquica. Já foram à frente. Por isso, são empregados escolhidos pelo empregador, porque já ganharam a sua confiança.

É bom dizer que não descaracteriza a função de confiança o fato de a autora responder ao gerente geral da agência. Se não fosse subordinado a ninguém então se enquadraria no art. 62 da Consolidação das Leis do Trabalho.

Também assim a jurisprudência no Tribunal Superior do Trabalho:

‘BANCÁRIO GERENTE FIDÚCIA ESPECIAL CARGO DE CONFIANÇA CARACTERIZAÇÃO EXCEÇÃO À JORNADA ESPECIAL ART. 224, § 2º, DA CLT E ENUNCIADO N° 204 DO TST. A interpretação do art. 224, § 2º, da CLT, por força do Enunciado n° 204 do TST, autoriza a conclusão de que o bancário, para ser excluído da jornada normal

PROCESSO N° TST-AIRR-49700-02.2009.5.02.0081

de seis horas, não necessita possuir os amplos poderes de mando, representação e gestão, requisitos esses que identificam, sim, o chamado gerentegeral de agência. O reclamante, conforme expressamente declara o Regional, exerceu a função de gerente, subordinado a um gerentesuperior, razão pela qual é indubitosa sua condição de exercente de cargo de confiança, para efeito do § 2º do art. 224 da CLT. Recurso de embargos não conhecido' (RR 697847/2000, SBDI, Min. Rel. MILTON DE MOURA FRANÇA, DJ 05/12/2003).

Mantenho a sentença." (fl. 619/620)

No recurso de revista, às fls. 652/657, a reclamante postula o pagamento das horas extras excedentes à 6ª diária e 30ª semanal e reflexos. Argumenta que as provas dos autos não demonstram o exercício de função de confiança bancária. Alega que desempenhava tarefas meramente burocráticas, sem atribuições diferenciadas, subordinada aos superiores hierárquicos. Afirma que o reclamado não se desincumbiu do ônus da prova quanto aos fatos impeditivos. Sustenta que a percepção da gratificação de função e o título do cargo não são suficientes para o enquadramento. Indica ofensa ao art. 224, *caput*, e § 2º, e 818 da CLT, 333, II, do CPC, contrariedade às Súmulas nº 102, I, e 109 do TST e arestos para o cotejo de teses.

Ao exame.

Os arestos colacionados às fls. 653 e 655/656 não servem ao fim colimado, porque inespecíficos, nos termos da Súmula nº 296, I, do TST, uma vez que partem da premissa de que o empregado logrou comprovar a ausência dos requisitos do § 2º do art. 224 da CLT, elemento fático não verificado nos presentes autos.

Com efeito, o Tribunal Regional asseverou de forma expressa que "*há prova suficiente dessa fidúcia especial*", apontando que as atribuições desenvolvidas pela reclamante "*não são daquelas que se atribuem a qualquer um*" e denotam "*melhor colocação hierárquica*" (fl. 620). Assim, firmou o convencimento sobre o desempenho de cargo de confiança, de forma que o indeferimento das horas extras excedentes à jornada reduzida dos empregados bancários observou o comando do § 2º do art. 224 da CLT, bem com a diretriz da Súmula nº 102, I, do TST.

PROCESSO Nº TST-AIRR-49700-02.2009.5.02.0081

Registre-se que a controvérsia não foi examinada pela via da distribuição do ônus da prova, o que inviabiliza a ofensa ao art. 818 da CLT e 333, II, do CPC.

Ademais, convém asseverar que a alegação recursal de que o Tribunal Regional "*não conferiu o devido valor a prova produzida nos presentes autos, tampouco a analisou como um todo*" (fl. 652) tão somente evidencia a pretensão de revisão do conjunto fático-probatório dos autos, a qual encontra óbice na Súmula nº 126 do TST.

Registre-se que esta Corte Superior não examina provas e fatos, mas pode proceder a enquadramento jurídico diverso das premissas expressamente consignadas pelo Tribunal de origem. No caso, os elementos fáticos registrados no acórdão recorrido, com base no exame da prova dos autos, não autorizam a conclusão postulada pela reclamante.

Nego provimento ao agravo de instrumento.

3. HORAS EXTRAS. CARTÕES DE PONTO.

O Tribunal Regional adotou a seguinte fundamentação:

"Controle de jornada

Pede a recorrente que os cartões de ponto sejam desconsiderados, ao argumento de que o ponto eletrônico era manipulado pelo réu.

Não tem razão. O cartão de ponto é prova pré-constituída, inclusive por exigência legal. Por isso, é o meio adequado para a comprovação do horário de trabalho. Daí que, apresentados os registros, ao empregado cabe fazer prova segura de que os registros não retratam a realidade. Prova que, no caso, não veio. Mantenho.

Horas extras

Os cartões de ponto (fls. 271/328) registram a quantidade de horas extraordinárias cumpridas pela autora, todas remuneradas, conforme demonstrativos de pagamento (fls. 329/339).

Além disso, ao alegar, na petição inicial, a incorreção do pagamento de horas extras, cabia à autora apontar eventuais diferenças, ônus do qual, também aqui, não se desincumbiu.

PROCESSO N° TST-AIRR-49700-02.2009.5.02.0081

Prejudicado o recurso, portanto, em relação aos reflexos e integrações, adicional, base de cálculo e divisor." (fls. 620/621)

No recurso de revista, às fls. 657/660, a reclamante postula o pagamento de horas extras além da oitava diária. Sustenta que comprovou o cumprimento da jornada laboral alegada na petição inicial. Insiste que logrou demonstrar a invalidade dos controles de ponto mediante prova oral. Fundamenta o apelo em ofensa aos arts. 818 da CLT e 333, I, do CPC, contrariedade à Súmula n° 102, IV, e às Orientações Jurisprudenciais n° 234 e 306 da SDI-1 (*convertidas, respectivamente, nos itens II e III da Súmula n° 338*) do TST e em dissenso pretoriano.

Ao exame.

Não se verifica a contrariedade à Súmula n° 338, II e III, do TST, uma vez que a hipótese não envolve a presunção de veracidade da jornada de trabalho ou a anotação de registros invariáveis de horário de entrada e saída.

Tampouco se verifica contrariedade à Súmula n° 102, IV, do TST, uma vez que o reclamante não logrou comprovar a alegada prestação de labor além da oitava hora diária.

Da mesma forma, não servem ao fim colimado os arestos colacionados às fls. 658/659, porque inespecíficos, uma vez que pressupõe que o teor da prova oral afastou o valor probante dos cartões de ponto, premissa fática não verificada nos presentes autos. Incidente o óbice da Súmula n° 296, I, do TST.

Quanto ao ônus da prova, a Corte Regional distribuiu corretamente o encargo ao entender que cabia à autora demonstrar as alegadas incorreções no pagamento de horas extras. Incólumes os arts. 818 da CLT e 333, II, do CPC.

Registre-se que, mantido o indeferimento da pretensão quanto às horas extras, inviável o exame das razões recursais às fls. 660/668, quanto ao cálculo das horas extras, ao percentual do adicional e aos reflexos e integrações.

Nego provimento ao agravo de instrumento.

PROCESSO Nº TST-AIRR-49700-02.2009.5.02.0081

**4. AUXÍLIO-REFEIÇÃO. AUXÍLIO CESTA-ALIMENTAÇÃO.
NATUREZA INDENIZATÓRIA. NORMA COLETIVA.**

A Corte Regional julgou nos seguintes termos:

"Auxílio-alimentação e auxílio-cesta-alimentação – integração

A recorrente insiste na integração dos valores pagos a título de ajuda-alimentação e cesta-alimentação, dado o caráter salarial desses títulos, bem como a ausência de inscrição do réu no Programa de Alimentação do Trabalhador (PAT).

Não tem razão, todavia. Tais prestações decorrem de obrigação estabelecida em norma coletiva. E de acordo com as cláusulas 14ª, parágrafo sexto e 15ª dos Acordos Coletivos juntados (fls. 35/229), referidos benefícios não têm natureza remuneratória. Ou seja, o contrato é lei entre as partes e, portanto, assim deve ser cumprido.

Mantenho." (fl. 624)

A reclamante, às fls. 668/669, sustenta que as normas coletivas não podem instituir condições de trabalho menos benéficas que aquelas garantidas pela legislação, devendo ser observada a norma mais favorável. Aponta violação dos arts. 7º, VI e XXVI, da Constituição Federal e 457, § 1º, e 458, *caput*, da CLT e contrariedade à Súmula nº 241 do TST.

Ao exame.

Conforme consignado no acórdão regional, os acordos coletivos de trabalho estabelecem os benefícios auxílio-refeição e auxílio cesta-alimentação como parcelas de natureza indenizatória. Assim, inexistente contrariedade à Súmula 241 do TST, cujo teor não abarca essa premissa fática.

O Tribunal de origem deslindou a controvérsia de acordo com a jurisprudência desta Corte Superior, no sentido de que, com amparo no art. 7º, XXVI, da Constituição Federal, a existência de instrumento coletivo que prevê expressamente a natureza indenizatória do auxílio-alimentação afasta a integração dessa parcela ao salário.

Nesse sentido, os seguintes julgados:

PROCESSO Nº TST-AIRR-49700-02.2009.5.02.0081

"AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. AUXÍLIO CESTA ALIMENTAÇÃO. COMPLEMENTAÇÃO APOSENTADORIA. INTEGRAÇÃO. A Corte Regional assentou a inviabilidade de integração das parcelas atinentes ao auxílio-cesta alimentação no cálculo da complementação da aposentadoria, porque fixado em norma coletiva que não teriam natureza remuneratória. Há que se respeitar a negociação coletiva, e, conseqüentemente, a vontade dos convenentes, na esteira do inciso XXVI, do art. 7º, do Texto Constitucional, não havendo como transmutar a natureza jurídica das parcelas para salarial, como pretendem os recorrentes. Agravo de instrumento desprovido." (TST-AIRR-253140-89.2005.5.02.0007, Rel. Min. Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, 1ª Turma, DEJT 19/10/07)

"RECURSO DE REVISTA. AJUDA ALIMENTAÇÃO. NATUREZA INDENIZATÓRIA. PREVISÃO EM ACORDO COLETIVO DE TRABALHO. A atual Carta Magna privilegia a negociação coletiva, incentivando o entendimento direto das categorias, independentemente da intervenção do Estado. Se as categorias patronal e profissional instituíram o benefício da ajuda-alimentação, mas acordaram que não teria natureza salarial, esta vontade das partes há de prevalecer, sob pena de ofensa ao inciso XXVI do art. 7º da Carta Magna. Recurso de revista conhecido e desprovido" (TST-RR-1355/2003-002-18-00.1, Min. Renato de Lacerda Paiva, 2ª Turma, DJU de 28/3/2008).

"AUXÍLIO-ALIMENTAÇÃO. NATUREZA JURÍDICA. POSTERIOR ALTERAÇÃO EM INSTRUMENTO COLETIVO E INSCRIÇÃO NO PAT. 4.1. O auxílio-alimentação pago pela Ré, desde a admissão, detinha natureza salarial, prevista pela Resolução da Diretoria constante da ATA 402/78, que não poderia ser alterada pela adesão da empresa ao PAT ou mediante instrumento normativo, porque posteriores à instituição da benesse. Atribuir natureza indenizatória a vantagem até então percebida como salarial caracteriza alteração prejudicial da cláusula regulamentar, tendo em vista que o benefício, após a sua concessão, já se encontrava incorporado ao contrato de trabalho e ao patrimônio jurídico do trabalhador. Incidência da Súmula 51/TST. 4.2. Por outro lado, considerando

PROCESSO N° TST-AIRR-49700-02.2009.5.02.0081

que a admissão de determinados empregados na empresa ocorreu após a instituição da norma coletiva, que estabeleceu a natureza indenizatória do auxílio-alimentação, não há que se falar em alteração lesiva do pacto laboral, visto que a vantagem jamais foi percebida como de cunho salarial. Nesse aspecto, incabível a integração do auxílio-alimentação nas demais parcelas. Recurso de revista conhecido parcialmente e provido" (TST-RR-118100-76.2008.5.04.0007, Rel. Min. Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, 3ª Turma, DEJT de 03/09/10).

"VALE ALIMENTAÇÃO. NATUREZA INDENIZATÓRIA. NORMA COLETIVA. É válida a norma coletiva que prevê a concessão de ajuda-alimentação de natureza jurídica indenizatória. Ante a prevalência do art. 7.º, XXVI, da CF/88, que assegura o reconhecimento das normas coletivas, fica afastada a viabilidade do processamento do Recurso de Revista por violação do art. 458 da CLT e contrariedade a Súmula 241 do TST." (TST-AIRR-510/2001-001-10-40.2, Min. Maria de Assis Calsing, 4ª Turma, DJU 19/12/08).

"AUXÍLIO-ALIMENTAÇÃO. NATUREZA JURÍDICA. PREVISÃO EM NORMA COLETIVA. NATUREZA INDENIZATÓRIA. Se a parcela foi inicialmente instituída por mera liberalidade da empregadora, conforme se apurou nos autos, desde o início do contrato de trabalho, a adesão posterior da empregadora ao PAT, bem como a atribuição de natureza indenizatória via acordo coletivo não podem alterar a natureza salarial do auxílio-alimentação em relação aos reclamantes admitidos em data anterior aos acordos coletivos que estipularam o auxílio-alimentação pago pela empresa atribuíam natureza indenizatória à parcela. Todavia, para aqueles empregados admitidos após 1987, a jurisprudência desta Corte está pacificada no sentido de prestigiar o pactuado em norma coletiva, em observância ao estabelecido no artigo 7º, XXVI, da Constituição Federal, porquanto os ajustes firmados mediante acordo e convenção coletiva visam à prevenção e composição dos conflitos pelos próprios trabalhadores. Precedentes. Conhecido e parcialmente provido." (TST-RR-32300-90.2008.5.07.0009, Rel. Min. Emmanoel Pereira, 5ª Turma, DEJT de 13/05/11)

PROCESSO N° TST-AIRR-49700-02.2009.5.02.0081

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. EMPREGADA NA ATIVA ADMITIDA POSTERIORMENTE ÀS NORMAS COLETIVAS QUE INSTITUÍRAM A NATUREZA INDENIZATÓRIA DO AUXÍLIO-ALIMENTAÇÃO. Na hipótese, o Regional consignou que a Reclamante foi admitida quando não mais vigorava o antigo Regulamento Empresarial da CEF, do qual se extraía a natureza salarial do auxílio-alimentação e após normas coletivas que alteraram a norma regulamentar instituindo o caráter indenizatório da verba. Desse modo, na hipótese, não se há falar em contrariedade à Súmula 51/TST, porquanto define exatamente que as cláusulas regulamentares que revoguem ou alterem vantagens anteriormente concedidas somente atingirão os trabalhadores admitidos após sua revogação, hipótese dos autos. Agravo de instrumento desprovido." (TST-AIRR-119440-38.2007.5.06.0006, Relator Ministro Mauricio Godinho Delgado, 6ª Turma, DEJT de 26/06/09).

"CEF. AUXÍLIO CESTA ALIMENTAÇÃO. INSTRUMENTO COLETIVO QUE PREVÊ A NATUREZA INDENIZATÓRIA DA PARCELA. IMPOSSIBILIDADE DE INTEGRAÇÃO. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA. 1. A Constituição Federal, em seu art. 7º, XXVI, prestigia expressamente as convenções e acordos coletivos de trabalho. Todavia, o benefício instituído via instrumentos normativos deve ser interpretado de forma restritiva, observando-se os exatos limites em que foi ajustado. 2. No caso, o Reclamante, empregado da CEF, pleiteia a integração do benefício auxílio cesta alimentação que foi estabelecido via acordo coletivo com caráter indenizatório. 3. O acórdão recorrido, entendendo que tal previsão normativa não era válida, reformou a sentença e declarou a natureza salarial da referida verba. 4. Ora, se as partes pactuaram expressamente possuir a parcela discutida natureza indenizatória, não se pode alterar o expressamente estabelecido nas normas coletivas, sendo, nesse sentido, indevida a integração pleiteada. Recurso de revista parcialmente conhecido e provido" (TST-RR-50700-60.2009.5.04.0702, Relatora Juíza Convocada Maria Doralice Novaes, 7ª Turma, DEJT de 08/04/11).

"RECURSO DE REVISTA. (...) 5. AJUDA-ALIMENTAÇÃO E AUXÍLIO CESTA-ALIMENTAÇÃO. NATUREZA INDENIZATÓRIA.

PROCESSO N° TST-AIRR-49700-02.2009.5.02.0081

NORMA COLETIVA. A decisão regional que reconhece a validade da cláusula a qual dispõe sobre a natureza indenizatória das parcelas em epígrafe está em consonância com a iterativa, notória e atual jurisprudência desta Corte, conforme arestos colacionados. Tese amparada no art. 7º, XXVI, da Constituição Federal. Precedentes. Recurso de revista não conhecido. (...) (TST-RR-9400-25.2006.5.02.0009, Rel. Min. Dora Maria da Costa, 8ª Turma, DEJT 09/11/12)

Ilesos, portanto, os arts. 457 e 458 da CLT.

Nego provimento.

5. DANO MORAL. CONFIGURAÇÃO.

Consta do acórdão recorrido a seguinte fundamentação:

"Danos morais

Não tem razão a recorrente. Pede-se a reparação de danos morais com base no fato de que no dia em que foi demitida estava fantasiada de fada, em razão de festa comemorativa do banco réu. Afirma que seu superior teria falado aos demais funcionários *"que fez questão de dispensá-la fantasiada de fada, para que se lembre para o resto de sua vida e que era uma lição para todos os demais presentes"*.

Entretanto, a própria testemunha da autora (fls. 409/411) afirmou que *"nessa reunião foi dito que a reclamante foi dispensada, já que não tinha seguido as normas do banco, e que aquilo era um exemplo para todos, no sentido de que aqueles que não cumprissem as normas do banco fossem dispensados; que na reunião não foi dito expressamente que a dispensa seria lembrada porque a reclamante estava fantasiada"* (grifei).

Ademais, é incontroverso que todos os empregados da agência estavam fantasiados naquele dia, ou seja, não foi um privilégio só dela. Daí que não há prova alguma do suposto constrangimento relatado pela autora." (fl. 623 – grifos no original)

A reclamante, às fls. 669/672, postula o pagamento de indenização por dano moral, no valor correspondente a cem remunerações.

PROCESSO N° TST-AIRR-49700-02.2009.5.02.0081

Sustenta ter comprovado a sujeição a humilhações e constrangimentos causados pelo superior hierárquico na data de sua dispensa, ocasião em que estava fantasiada de fada. Argumenta que a afronta à dignidade implica dano moral, presentes o nexo causal e a culpa. Aduz que o montante deve ser proporcional à ofensa e ter efeito pedagógico. Indica ofensa aos arts. 1º, III, 5º, V e X, da Constituição Federal e 186 e 927 do Código Civil.

Ao exame.

Esta Corte Superior não examina provas e fatos, nos termos da Súmula nº 126 do TST, apenas podendo proceder a enquadramento jurídico diverso diante das premissas expressamente consignadas pelo Tribunal de origem. No caso, os elementos fáticos registrados no acórdão recorrido, com base no exame da prova dos autos, não autorizam a conclusão postulada pela reclamante.

Com efeito, a Corte Regional afastou a condenação sob o fundamento de que *"não há prova alguma do suposto constrangimento relatado pela autora"*, consignando que o motivo da dispensa foi o descumprimento de normas do empregador e assinalando que *"todos os empregados da agência estavam fantasiados naquele dia"* (fl. 623).

Diante desse contexto fático, uma vez que não houve demonstração da ocorrência da humilhação e constrangimento alegados pela reclamante, o indeferimento da indenização por dano moral não violou os dispositivos indicados.

Nego provimento.

6. INDENIZAÇÃO. POSSE DE MÁ-FÉ. FRUTOS PERCEBIDOS.

O Tribunal Regional apreciou a matéria com base nos seguintes fundamentos:

"Frutos percebidos pela posse de má-fé"

Pede a recorrente a devolução dos frutos (financeiros) auferidos com o uso dos valores referentes aos direitos reconhecidos pelo julgado, com fundamento no art. 1.216 do Código Civil.

PROCESSO N° TST-AIRR-49700-02.2009.5.02.0081

Tal dispositivo está capitulado no Livro III, que trata do Direito das Coisas. O capítulo em que está inserido o referido artigo cuida do direito da posse e a disposição tem como objetivo penalizar o possuidor de má-fé.

A aplicação do artigo de lei tem lugar tão-só quando o caso versar assuntos alusivos a institutos possessórios. Seria o caso, por exemplo, do empregador ou empregado que retém de má-fé determinada ferramenta de trabalho de propriedade de uma das partes.

Não há como admitir a ilação de que aplicável o referido dispositivo de lei em razão da apropriação pelo empregador de quantia decorrente da obrigação contratual. É que, em se tratando de quantia relativa ao contrato de trabalho e derivada da obrigação contratual de pagar parcelas remuneratórias, não se pode emprestar a tais parcelas natureza jurídica que não exprima também o valor social do trabalho. Releva que, considerada essa dimensão, causa repúdio a ideia de que o salário ou a remuneração, e assim, as parcelas que deveriam ter sido pagas pelo empregador e, indevidamente, não foram, correspondam ao preço, no seu sentido econômico, da força de trabalho. Conquanto possuam expressão econômica, as parcelas remuneratórias ajustadas não possuem a natureza jurídica de coisa e, sob esse aspecto, o mencionado artigo não se aplica ao direito do trabalho. O trabalho não pode ser considerado como mercadoria e nem o salário como seu preço. Mantenho a sentença." (fls. 624/625)

A reclamante, às fls. 672/675, insiste no pedido de indenização. Sustenta que o reclamado agiu de má-fé ao reter os valores correspondentes aos débitos reconhecidos em juízo, visto que auferiu lucro por meio de juros superiores àqueles adotados para atualização do crédito trabalhista. Pugna pela responsabilização objetiva. Indica ofensa aos arts. 8º da CLT, 3º da LICC e 1.216 do Código Civil. Transcreve aresto para confronto jurisprudencial.

Sem razão.

O Tribunal Regional deslindou a controvérsia em plena sintonia com o posicionamento adotado por esta Corte Superior, no sentido de ser indevido o pagamento de indenização pecuniária correspondente aos eventuais lucros auferidos pela instituição bancária com a inadimplência de direitos trabalhistas de seus empregados, uma vez que a previsão do

PROCESSO Nº TST-AIRR-49700-02.2009.5.02.0081

art. 1.216 do Código Civil versa sobre direito real e não se aplica ao direito do trabalho, de natureza obrigacional.

Nesse sentido, os seguintes precedentes:

"RECURSO DE REVISTA. FRUTOS PERCEBIDOS NA POSSE POR MÁ-FÉ. INDENIZAÇÃO. A indenização por frutos percebidos na posse por má-fé, prevista no art. 1.216 do Código Civil, por referir-se a direito real, revela-se incompatível com o direito de trabalho, porquanto o contrato de trabalho ostenta conteúdo obrigacional. Acresce que a posse de má fé deve ser comprovada, não constituindo justificativa suficiente para configurá-la o fato de ser a empregadora instituição financeira, sendo certo que as verbas postuladas e deferidas judicialmente eram controvertidas, especialmente as horas extraordinárias, uma vez que o reclamado sustentava o enquadramento do autor na exceção do art. 224, § 2º, da CLT. Ressalte-se, ainda, que a legislação específica e a jurisprudência pacificada determinam a aplicação da correção monetária e dos juros de mora como forma de recompor o valor das parcelas reconhecidas em Juízo. Precedentes do TST. Recurso de revista conhecido e provido." (TST-RR-306500-62.2006.5.02.0084, Rel. Min. Walmir Oliveira da Costa, 1ª Turma, DEJT 09/03/12)

"RECURSO DE REVISTA. (...) 9. INADIMPLEMENTO DE VERBAS TRABALHISTAS. INDENIZAÇÃO PELO USO DO DINHEIRO. ARTIGO 1.216 DO CC. IMPOSSIBILIDADE. A pretensão da reclamante é a de que, com base no artigo 1.216 do CC, seja a reclamada condenada ao pagamento de indenização dos -frutos colhidos e percebidos-, por ter usufruído de dinheiro que seria da reclamante (aquele decorrente do não pagamento tempestivo de suas verbas trabalhistas). O artigo 1.216 do CC, que trata do possuidor de má-fé, não é substrato jurídico para a pretensão ora declinada. Isso porque, no caso, há inadimplemento contratual e não percepção de frutos decorrentes de posse ilegítima bens móveis ou imóveis da reclamante. Deve-se esclarecer que, não paga a quantia que o credor teria direito, no caso o reclamante, cabe-lhe exigir judicialmente a obrigação de forma cumulada com juros de mora e perdas e danos eventualmente sofridos. Estes últimos, para serem concedidos, ressalta-se, devem ser comprovados, pois apenas a prova de efetivo dano da ensejo à indenização. No mais, a

PROCESSO N° TST-AIRR-49700-02.2009.5.02.0081

obrigação inadimplida é recomposta com o pagamento de juros de mora, de forma a refutar o enriquecimento ilícito de qualquer das partes. Recurso de revista não conhecido. (...)" (TST-RR-33700-42.2006.5.15.0089, Rel. Min. Guilherme Augusto Caputo Bastos, 2ª Turma, DEJT 01/02/13)

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA (...) 4. DEVOLUÇÃO DOS FRUTOS RECEBIDOS PELA POSSE DE MÁ-FÉ. ALEGAÇÃO DE RETENÇÃO DE TÍTULOS TRABALHISTAS. 4.1. O Código Civil de 2002, ao tratar dos efeitos da posse, dispõe no art. 1.216, que o possuidor de má-fé responde por todos os frutos colhidos e percebidos, bem como pelos que, por culpa sua, deixou de perceber, desde o momento em que se constituiu de má-fé; tem direito às despesas da produção e custeio. 4.2. Não prospera a pretensão ao pagamento de indenização a título de -devolução dos frutos da posse de má-fé-, com fulcro no art. 1.226 do Código Civil, porquanto há regramento específico trabalhista estabelecendo critérios de atualização dos débitos reconhecidos. 4.3. Ademais, o dispositivo em questão não ensejaria a devolução pretendida, uma vez que trate da posse de má-fé e seus efeitos, nada versando sobre a retenção de créditos trabalhistas, relação de natureza nitidamente obrigacional. 4.4. Por fim, não há notícias de que o empregador tenha agido com dolo, malícia ou má-fé, retendo créditos trabalhistas devidos à reclamante, e nem que tenha se utilizado do montante para obtenção de lucro. 4.5. Assim, por qualquer ângulo de análise, deve ser rechaçada a cominação. Precedentes. Agravo de instrumento conhecido e desprovido." (TST-AIRR-45400-21.2009.5.02.0461, Rel. Min. Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, 3ª Turma, DEJT 08/03/13)

"RECURSO DE REVISTA. INDENIZAÇÃO PECUNIÁRIA. FRUTOS PERCEBIDOS NA POSSE DE MÁ-FÉ. DECISÃO REGIONAL DE ACORDO COM A JURISPRUDÊNCIA DO TST. O TST vem firmando posicionamento no sentido de ser indevido o pagamento de indenização pecuniária correspondente aos eventuais lucros auferidos pela instituição bancária, com a inadimplência de direitos trabalhistas de seus empregados. Estando a decisão de acordo com a jurisprudência do TST, não se conhece da Revista, nos termos do artigo 896, § 4.º, da CLT. Recurso de Revista não

PROCESSO Nº TST-AIRR-49700-02.2009.5.02.0081

conhecido." (TST-RR-69600-03.2009.5.09.0072, Rel. Min. Maria de Assis Calsing, 4ª Turma, DEJT 15/03/13)

"RECURSO DE REVISTA DA RECLAMANTE. (...) INDENIZAÇÃO PECUNIÁRIA. FRUTOS PERCEBIDOS NA POSSE DE MÁ-FÉ. Na jurisprudência desta Corte Superior, adota-se o entendimento de que não é devido o pagamento de indenização pecuniária equivalente aos lucros da instituição bancária no mercado financeiro com a aplicação do dinheiro que seria destinado à quitação dos créditos do reclamante. Violação de lei não demonstrada. Arestos inservíveis. Recurso de revista de que não se conhece. (...)" (TST-RR-48400-68.2007.5.02.0018, Rel. Min.: Kátia Magalhães Arruda, Data de Julgamento: 24/04/2012, 5ª Turma, DEJT 04/05/2012)

"RECURSO DE REVISTA. (...) INDENIZAÇÃO. FRUTOS PERCEBIDOS NA POSSE DE MÁ-FÉ. A discussão trazida nos autos trata de débitos trabalhistas controvertidos, e que somente foram reconhecidos em juízo. Nesse contexto, inaplicável a regra inserta no art.1.216, do Código Civil, por tratar de regra de direito real, dizendo respeito aos efeitos da posse (Capítulo III, Título I, Livro III, do Código Civil). No vínculo obrigacional, no qual se insere a prestação de serviços, lato sensu, não se pode admitir que os rendimentos da relação de trabalho se equiparem a coisa da qual o pretendo titular possa retirar utilidades. Daí, não se pode trazer para o direito obrigacional o preceito típico destinado aos efeitos da posse, como, v.g., a faculdade de invocar os interditos. A legislação trabalhista possui critérios específicos para os acréscimos sobre débitos reconhecidos na Justiça do Trabalho. Não há como se concluir que o banco reclamado tenha retido os valores devidos à reclamante por má-fé, nem que tenha aferido lucros exorbitantes utilizando este crédito trabalhista nos seus investimentos. Recurso de revista conhecido e desprovido." (TST-RR-287600-31.2006.5.02.0084, Rel. Min. Aloysio Corrêa da Veiga, 6ª Turma, DEJT 19/10/12)

"RECURSO DE REVISTA. (...) FRUTOS PERCEBIDOS NA POSSE DE MÁ-FÉ. A jurisprudência pacífica desta Corte entende não ser aplicável às relações trabalhista a norma inscrita no artigo 1.216 do Código Civil,

PROCESSO N° TST-AIRR-49700-02.2009.5.02.0081

porquanto esta se refere a um direito real, enquanto aquelas se encontram no âmbito das relações obrigacionais. Ademais, a legislação trabalhista somente prevê, como forma de reconstituição do valor perdido com a demora no pagamento, a sua correção monetária e a incidência dos juros de mora. Precedentes. Aplicação da Súmula nº 333 do TST e do artigo 896, § 4º, da CLT. (...)" (TST-RR-34000-76.2007.5.15.0086, Rel. Min. Pedro Paulo Manus, 7ª Turma, DEJT 31/08/12)

"RECURSO DE REVISTA. INDENIZAÇÃO PECUNIÁRIA DOS FRUTOS PERCEBIDOS. A jurisprudência desta Corte Trabalhista tem entendido ser indevido o pagamento de indenização pecuniária correspondente aos eventuais lucros auferidos pela instituição bancária com a inadimplência de direitos trabalhistas de seus empregados. Recurso de revista conhecido e provido, no particular." (TST-RR-205100-60.2002.5.02.0014, Rel. Ministra Dora Maria da Costa, 8.ª Turma, DEJT 15/10/2010)

Nesse passo, a pretensão recursal encontra óbice na Súmula nº 333 do TST e no art. 896, § 4º, da CLT, uma vez que alcançada a uniformização da jurisprudência trabalhista, finalidade precípua do recurso de revista, restando ilesos os dispositivos indicados.

Nego provimento ao agravo de instrumento.

7. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. REQUISITOS. INDENIZAÇÃO POR PERDAS E DANOS.

A Corte de origem apreciou a matéria sob os seguintes fundamentos:

"Honorários advocatícios

Insiste a recorrente na condenação em honorários advocatícios. A seu ver, não são proibidos e o *jus postulandi* é uma faculdade da parte. Pede, sucessivamente, indenização de 20% sobre o valor bruto da condenação, como forma de repor o desembolso da verba honorária dispensada aos advogados, com fundamento nos artigos 389, 404 e 927 do Código Civil.

Não tem razão.

PROCESSO Nº TST-AIRR-49700-02.2009.5.02.0081

Na Justiça do Trabalho, a condenação em honorários advocatícios cabe, exclusivamente, nos casos previstos na Lei nº. 5.584, de 26 de junho de 1970, ou seja, é necessário que a parte esteja assistida por seu sindicato de classe e esteja em situação econômica que não lhe permita demandar sem prejuízo do próprio sustento ou da respectiva família. No caso, não estão presentes os tais requisitos, uma vez que a autora está assistida por advogado particular.

Aliás, como está no item I da Súmula 219 do Tribunal Superior do Trabalho, ratificada pela Súmula 329, *‘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 estar assistida por sindicato da categoria profissional e comprovar a percepção de salário inferior ao dobro do salário mínimo ou encontrar-se em situação econômica que não lhe permita demandar sem prejuízo do próprio sustento ou da respectiva família’* (destaque não original).

De fato, o *jus postulandi* é uma faculdade da parte, assim como o é a contratação de advogado particular. Não bastasse, poderia a recorrente, ainda, se valer da assistência jurídica oferecida por seu sindicato. Assim, ao optar pela contratação do advogado, a recorrente assumiu o ônus de arcar com os honorários correspondentes.

Também não há direito a indenização. Apesar de chamar de ‘indenização’, o que se pede, na verdade, é verba honorária. A ordem dos fatores não altera o produto. Mantenho." (fls. 626/627)

No recurso de revista, às fls. 675/678, a reclamante postula o pagamento dos honorários advocatícios. Argumenta que a atuação do advogado é indispensável à administração da Justiça e ao acesso ao Poder Judiciário. Afirma que o crédito é devido à reclamante, não ao patrono, o que impede a execução autônoma. Alternativamente, requer a condenação ao pagamento de indenização de 20% (vinte por cento) sobre o valor bruto apurado, para reembolso da verba dispensada aos advogados contratados. Impugna a aplicação da Súmula nº 219 do TST. Indica violação dos arts. 5º, II, 37, *caput*, e 133 da Constituição Federal, 778 e 791

PROCESSO N° TST-AIRR-49700-02.2009.5.02.0081

da CLT, 389, 404 e 927 do Código Civil, 14 do CPC, 22 e 23 da Lei n° 8.906/94, e à Lei n° 5.584/70. Compila arestos para o cotejo de teses.

Ao exame.

As matérias de que tratam os arts. 37, *caput*, da Constituição Federal, 778 da CLT, 14 do CPC e 22 e 23 da Lei n° 8.906/94 não foram objeto do acórdão recorrido, faltando-lhes o indispensável prequestionamento. Incidente o óbice da Súmula n° 297 do TST.

Quanto à violação do art. 5°, II, da Constituição Federal, inviável o conhecimento do recurso de revista, em face da impossibilidade de se configurar a sua violação literal e direta, pois a matéria conta com previsão expressa em norma infraconstitucional.

Quanto aos honorários advocatícios, ao adotar a tese de que o direito depende do preenchimento dos requisitos previstos no art. 14 da Lei n° 5.584/70, o Tribunal Regional decidiu em conformidade com as Súmulas n° 219, I, e 329 do TST:

"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 estar assistida por sindicato da categoria profissional e comprovar a percepção de salário inferior ao dobro do salário mínimo ou encontrar-se em situação econômica que não lhe permita demandar sem prejuízo do próprio sustento ou da respectiva família."

"Mesmo após a promulgação da CF/1988, permanece válido o entendimento consubstanciado na Súmula n° 219 do Tribunal Superior do Trabalho."

Logo, incide a aplicação do art. 896, § 4°, da CLT e da Súmula n° 333 do TST como óbice ao conhecimento do recurso de revista, restando ilesos os arts. 133 da Constituição Federal e 791 da CLT.

Em relação ao pedido alternativo, não se verifica a violação dos arts. 389, 404 e 927 do Código Civil, pois o pagamento de honorários advocatícios conta com disciplina específica no direito processual trabalhista, prevista na Lei n° 5.584/70, o que afasta a

PROCESSO Nº TST-AIRR-49700-02.2009.5.02.0081

aplicação subsidiária das normas do Código Civil e a pretensão de indenização por danos materiais.

Nesse sentido, os seguintes precedentes:

"RECURSO DE REVISTA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CONDENAÇÃO A TÍTULO DE DANOS MATERIAIS COM FUNDAMENTO NOS ARTS. 389 E 404 DO CÓDIGO CIVIL. IMPOSSIBILIDADE. LEI Nº 5.584/70. ASSISTÊNCIA SINDICAL. OBRIGATORIEDADE. A pretensão de indenização por danos materiais formulada com fundamento nos arts. 389 e 404 do Código Civil, e acolhida pelo Tribunal Regional, objetiva, por vias transversas, o deferimento de honorários advocatícios, os quais na Justiça do Trabalho, para as controvérsias oriundas da relação de emprego, como na espécie, não decorrem pura e simplesmente da sucumbência (arts. 20 e 36 do CPC), estando condicionado à concomitância de dois requisitos distintos, assim estabelecidos pela Lei 5.584/70: assistência sindical e benefício da Justiça Gratuita, conforme o entendimento sedimentado nas Súmulas nº 219 e nº 329 e na Orientação Jurisprudencial nº 305 da SBDI-1, todas do TST. Logo, não estando a reclamante assistida por sua entidade de classe não faz jus aos honorários advocatícios, ainda que a título indenizatório, ante a existência de disciplina legal específica no Processo do Trabalho regulamentando a matéria. Recurso de revista parcialmente conhecido e provido." (TST-RR-284-37.2012.5.14.0401, Rel. Min. Walmir Oliveira da Costa, 1ª Turma, DEJT 23/11/12)

"HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. PERDAS E DANOS PREVISTOS NA LEGISLAÇÃO CIVIL. Os honorários advocatícios constituem acessório inseparável do pedido principal de pagamento das perdas e danos, visto que o pagamento da indenização advinda da contratação de advogado não existe por si só, pois pressupõe a existência do pedido principal de pagamento das perdas e danos, não se configurando, assim, a hipótese dos artigos 389 e 404 do Código Civil. No mais, no processo trabalhista, ao contrário do que estabelecido no processo civil, não vigora o princípio da sucumbência como único critério para a concessão da verba honorária, que é regulada pelo artigo 14 da Lei nº 5.584/70. Assim, a

PROCESSO Nº TST-AIRR-49700-02.2009.5.02.0081

sua concessão se encontra condicionada também ao preenchimento dos requisitos indicados na Súmula nº 219, item I, do TST. Esta Corte já se posicionou no entendimento de que, mesmo após a promulgação da Constituição Federal de 1988, permanece válido o teor da Súmula nº 219 do TST, conforme se infere dos termos da Súmula nº 329 do TST, que ratificou o mencionado precedente. Esse entendimento é igualmente confirmado pela Orientação Jurisprudencial nº 305 da SBDI-1. Extrai-se da decisão recorrida não estarem, neste caso, configurados os requisitos exigidos na Justiça Trabalhista para o deferimento da verba honorária, pelo menos no que se refere à assistência sindical. Assim, o Regional, ao indeferir o pagamento da verba honorária, agiu em perfeita consonância com as Súmulas nos 219 e 329 do TST, pelo que não há falar em ofensa aos dispositivos invocados. Recurso de revista conhecido e provido." (TST-RR-335-66.2012.5.14.0007, Rel. Min. José Roberto Freire Pimenta, 2ª Turma, DEJT 15/03/13)

"RECURSO DE REVISTA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. INDENIZAÇÃO POR DANO MATERIAL. RESSARCIMENTO DE DESPESA COM ADVOGADO. O e. TRT deferiu indenização por danos materiais para ressarcimento de despesa com honorários advocatícios contratuais, com fundamento nos artigos 389, 404 e 927 do Código Civil. Ocorre que em face de o artigo 791 da CLT conferir às partes capacidade postulatória para virem a juízo na Justiça do Trabalho, os honorários advocatícios previstos nos referidos artigos 389 e 404 do Código Civil, ainda que não se confundam com o encargo decorrente da sucumbência, não podem ser concedidos, pois na Justiça do Trabalho o deferimento de honorários advocatícios tem regramento próprio, nos termos da Súmula 219 e da OJ 305 da SBDI-1, todas do TST. Assim, ausente a assistência sindical, na medida em que a pretensão foi deferida com fundamento nos artigos 389, 404 e 927 do Código Civil, não se há falar em indenização para ressarcimento da despesa com honorários advocatícios. Precedentes. Recurso de revista conhecido por contrariedade à Súmula 219 do TST e provido." (TST-RR-907-09.2010.5.02.0433, Rel. Min. Alexandre de Souza Agra Belmonte, 3ª Turma, DEJT 15/03/13)

PROCESSO N° TST-AIRR-49700-02.2009.5.02.0081

"RECURSO DE REVISTA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. INDENIZAÇÃO POR PERDAS E DANOS. DESCABIMENTO. Na Justiça do Trabalho, os honorários advocatícios são disciplinados por legislação específica, ficando a sua percepção condicionada ao preenchimento das exigências contidas no art. 14 da Lei n.º 5.584/1970. Daí o porquê de os arts. 389 e 404 do Código Civil não terem aplicação nesta Justiça Especializada, sendo incabível o pagamento de indenização por perdas e danos para fins de fazer face ao pagamento de honorários advocatícios. Estando patente nos autos que o Autor não está assistido por seu Sindicato, são indevidos os honorários advocatícios, devendo ser excluída da condenação a indenização por perdas e danos concedida pelo Regional. Recurso de Revista parcialmente conhecido e provido." (TST-RR-953-81.2011.5.03.0094, Rel. Min. Maria de Assis Calsing, 4ª Turma, DEJT 22/02/13)

"(...) HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. No processo do trabalho, no caso de honorários advocatícios, não tem aplicação subsidiária a legislação civil (arts. 389 e 404 do CCB), pois não há lacuna na legislação trabalhista sobre a matéria, devendo ser observada a Lei nº 5.584/70. Precedentes. Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento." (TST-RR-223000-16.2008.5.02.0024, Rel. Min. Kátia Magalhães Arruda, 5ª Turma, DEJT 13/05/11).

"RECURSO DE REVISTA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. INDENIZAÇÃO POR PERDAS E DANOS. No processo do trabalho, não tem aplicação subsidiária a legislação civil quanto a honorários advocatícios (arts. 389, 395 e 404 do CCB), pois não há lacuna na legislação trabalhista sobre a matéria, e deve ser observada a Lei nº 5.584/70, cujos requisitos não foram preenchidos no caso dos autos. Recurso de revista a que se dá provimento. (...)" (TST-RR-719-73.2010.5.05.0193, Rel. Min. Kátia Magalhães Arruda, 6ª Turma, DEJT 14/12/12)

"RECURSO DE REVISTA. (...) HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. PERDAS E DANOS. A contratação de advogado particular para patrocinar a presente demanda decorreu da vontade da reclamante, o qual poderia ter se utilizado da faculdade do 'jus postulandi', ou então, se socorrido da

PROCESSO N° TST-AIRR-49700-02.2009.5.02.0081

assistência sindical gratuita. Se optou pela contratação de profissional particular, sem que este fosse imprescindível à reivindicação judicial dos seus direito, deve arcar com as despesas daí resultantes. Não se há de falar, portanto, em perdas e danos, decorrentes de conduta da parte contrária. Incólume o artigo 404 do Código Civil. Acórdão proferido em consonância com a Súmula nº 219 do TST. Incidência do óbice previsto no § 5º do art. 896 da CLT. Recurso de revista de que se conhece parcialmente e a que se dá provimento." (TST-RR-85700-14.2008.5.15.0068, Rel. Min. Pedro Paulo Manus, 7ª Turma, DEJT 10/08/12)

"(...) 4. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. REQUISITOS. INDENIZAÇÃO POR PERDAS E DANOS. No direito processual trabalhista, prevalece o princípio de que a condenação ao pagamento dos honorários advocatícios se dá apenas nos casos previstos na Lei nº 5.584/70, além de não se tratar de reparação por prejuízos, nos termos dos artigos 402 e 404 do Código Civil. Recurso de revista não conhecido." (RR - 27700-18.2008.5.02.0089 Data de Julgamento: 23/05/2012, Relatora Ministra: Dora Maria da Costa, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 25/05/2012)

Portanto, **nego provimento** ao agravo de instrumento.

8. DESCONTOS PREVIDENCIÁRIOS E FISCAIS.

O Tribunal Regional assim decidiu:

"Descontos previdenciários e fiscais

O critério de apuração e retenção das contribuições previdenciárias, em virtude de condenação judicial, já está pacificado pelo Tribunal Superior do Trabalho, conforme Súmula 368.

Lembre-se que o empregador é responsável pelo recolhimento das contribuições, mas não é o único responsável pelo pagamento. Assim, com relação à contribuição previdenciária, há responsabilidade tanto do empregador como do empregado quanto ao pagamento da quota-parte de cada um.

PROCESSO Nº TST-AIRR-49700-02.2009.5.02.0081

Quanto à contribuição fiscal, o imposto é calculado sobre o total do crédito, e não mês a mês. De acordo com o art. 46, caput, e parágrafo 2º, da Lei nº 8.541, de 23 de dezembro de 1992, dispõe: "*O imposto sobre a renda incidente sobre os rendimentos pagos em cumprimento de decisão judicial será retido na fonte pela pessoa física ou jurídica obrigada ao pagamento, no momento em que, por qualquer forma, o rendimento se torne disponível para o beneficiário... § 2º Quando se tratar de rendimento sujeito à aplicação da tabela progressiva, deverá ser utilizada a tabela vigente no mês de pagamento*". (fl. 625)

No recurso de revista, às fls. 678/679, a reclamante postula que o reclamado seja condenado a responder pelos descontos fiscais e previdenciários que deixou de arrecadar. Pede que seja deferida indenização pelos encargos previdenciários e fiscais decorrentes da presente reclamação trabalhista. Requer, ainda, que os juros de mora sejam excluídos da base de cálculo do imposto de renda e que a contribuição previdenciária não incida sobre as parcelas indenizatórias. Argumenta que se o recolhimento tivesse observado o mês de competência, a faixa de contribuição seria mínima. Indica ofensa aos arts. 150, II, e 153, § 4º, I, da Constituição Federal, 832, § 3º, da CLT, 33, § 5º, da Lei nº 8.212/91 e 46, § 1º, da Lei nº 8.541/92.

Ao exame.

Quanto à responsabilidade pelos descontos, convém assinalar que a indicação de ofensa aos arts. 150, II, e 153, § 4º, I, da Constituição Federal esbarra no óbice da Súmula nº 297 do TST, em razão da ausência do prequestionamento, uma vez que a Corte Regional não adotou tese específica, nem foi instada a tanto mediante embargos de declaração.

Ao entender que o empregador responde apenas pelo recolhimento das contribuições, cabendo a cada um o pagamento de sua quota-parte, o acórdão foi proferido em plena sintonia com a Orientação Jurisprudencial nº 363 da SDI-1 do TST:

**"363. DESCONTOS PREVIDENCIÁRIOS E FISCAIS.
CONDENAÇÃO DO EMPREGADOR EM RAZÃO DO
INADIMPLEMENTO DE VERBAS REMUNERATÓRIAS.**

PROCESSO Nº TST-AIRR-49700-02.2009.5.02.0081

RESPONSABILIDADE DO EMPREGADO PELO PAGAMENTO. ABRANGÊNCIA (DJ 20, 21 e 23.05.2008). 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."

Portanto, ileso o art. 33, § 5º, da Lei nº 8.121/91. No tocante ao pedido alternativo de indenização, formulado à fl. 679 do recurso de revista, verifica-se que as razões recursais não se amparam na indicação de nenhuma das hipóteses de admissibilidade previstas no art. 896 da CLT.

Por fim, a controvérsia quanto à base de incidência do imposto de renda e da contribuição previdenciária não foi apreciada pela Corte Regional, o que, novamente, atrai o óbice da Súmula nº 297 do TST, inviabilizando o exame da ofensa aos arts. 46, § 1º, da Lei nº 8.541/92 e 832, § 3º, da CLT.

Nego provimento.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Oitava Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, **conhecer** do agravo de instrumento e, no mérito, **negar-lhe provimento**.

Brasília, 05 de junho de 2013.

Firmado por assinatura digital (Lei nº 11.419/2006)

DORA MARIA DA COSTA

Ministra Relatora