

PROCESSO nº 0020609-64.2016.5.04.0015 (RO)  
RECORRENTE: MARLON DANIEL REAL, EDISON FREITAS DE SIQUEIRA ADVOGADOS ASSOCIADOS S/S, EDISON SIQUEIRA E MIRIAM SIQUEIRA LTDA, COPIASEGURA - SERVICOS DE COPIAS DE DOCUMENTOS SIGILOSOS, TELEFONIA E TELESERVICOS LTDA. - ME  
RECORRIDO: MARLON DANIEL REAL, EDISON FREITAS DE SIQUEIRA ADVOGADOS ASSOCIADOS S/S, EDISON SIQUEIRA E MIRIAM SIQUEIRA LTDA, COPIASEGURA - SERVICOS DE COPIAS DE DOCUMENTOS SIGILOSOS, TELEFONIA E TELESERVICOS LTDA. - ME  
RELATOR: FERNANDO LUIZ DE MOURA CASSAL

#### EMENTA

VÍNCULO DE EMPREGO. CONFIGURAÇÃO. Negado o vínculo de emprego, mas admitida a prestação de trabalho, é do demandado o ônus da prova do fato impeditivo do direito, forte no que dispõem os artigos 818 da CLT e 373, II, do CPC. Não tendo este se desincumbido a contento do ônus que lhe cabe e presentes os requisitos legais, impõe-se o reconhecimento do vínculo empregatício entre as partes.

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. O deferimento de honorários de advogado, em se tratando de litígio decorrente de relação de emprego, não é cabível fora da hipótese de Assistência Judiciária. Observância das Súmulas 219 e 329 do E. TST, ressalvado entendimento do Relator.

#### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

ACORDAM os Magistrados integrantes da 6ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região: por unanimidade, DAR PARCIAL PROVIMENTO AO

RECURSO ORDINÁRIO DO RECLAMANTE para acrescer à condenação o pagamento de multa do art. 477, § 8º, da CLT. Por unanimidade, NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO ORDINÁRIO DAS RECLAMADAS. Inalterado o valor da condenação.

Intime-se.

Porto Alegre, 07 de fevereiro de 2018 (quarta-feira).

## RELATÓRIO

As partes interpõem recursos ordinários (ID. 27f408e e ID. eb71863), inconformadas com a sentença (ID. cd62140), complementada pela decisão de embargos declaratórios (ID. bea974e), mediante a qual foram acolhidas em parte as pretensões formuladas na inicial.

O autor pretende a reforma da decisão quanto aos itens: a) retificação da CTPS; b) horas extras; c) horas extras nos intervalos; d) comissões e repouso remunerado e FGTS; e) férias em dobro; f) vale refeição; g) multas dos arts. 467 e 477, §8º da CLT; h) honorários assistenciais.

As rés renovam a arguição de carência da ação por ilegitimidade passiva. No mais, pretendem a reforma da decisão nos seguintes pontos: a) vínculo de emprego; b) denúncia da lide/chamamento ao processo/litisconsórcio necessário; c) grupo econômico/responsabilidade solidária ou subsidiária; d) prescrição; e) retificação da CTPS; f) 13º salário e férias; g) repousos semanais e feriados remunerados; h) horas extras e intervalo; i) vales-transporte e veículo próprio; j) extinção contratual; k) FGTS; l) contribuições previdenciárias e fiscais; m) compensação.

Apresentadas contrarrazões recíprocas (ID. 42feb5a e ID. 2e8bd01/ab9b955), os autos são encaminhados a este Tribunal para julgamento.

É o relatório.

## FUNDAMENTAÇÃO

### I - RECURSO ORDINÁRIO DAS RECLAMADAS. MATÉRIAS PREJUDICIAIS.

#### 1. CARÊNCIA DE AÇÃO. ILEGITIMIDADE PASSIVA.

Investem as rés contra a sentença que rejeita a arguição de ilegitimidade passiva. No apelo, reiteram que a terceira reclamada - ATALAIA - nunca manteve nenhum tipo de contrato com o reclamante. Sustentam não existir prova para declarar que a referida empresa integre Grupo Econômico com as demais reclamadas, por ser exclusivamente locadora do prédio onde as duas outras reclamadas possuem uma de suas sedes. Defendem não haver prova nos autos que caracterize grupo econômico entre as reclamadas, e muito menos que desconstrua relação societária profissional, tendo em vista que o reclamante era efetivamente sócio da primeira reclamada, fato que o torna carente de ação quanto ao presente pleito.

Examino.

A carência de ação configura-se quando não concorrer qualquer das suas condições, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual, hipótese em que o processo deve ser extinto, sem resolução de mérito, nos termos do art. 485 do CPC.

A ilegitimidade de parte, invocada pelas ora recorrentes, somente ocorre quando a ação tenha sido ajuizada em face de pessoa diversa daquela em relação à qual é buscado o pronunciamento judicial. Este, contudo, não é o caso dos autos, porquanto o demandante tem por fim exatamente o reconhecimento do vínculo de emprego com as recorrentes, tendo em vista ter prestado serviços em prol

delas. Ainda, na hipótese de não ser reconhecido o vínculo com a segunda e terceira réis, sejam elas condenadas de forma solidária por integrarem grupo econômico, conforme alegado na inicial (Id 98d7171).

Nesse contexto, tenho que as demandadas são parte legítimas para figurar no polo passivo da presente demanda.

Nada a prover.

## 2. DENUNCIAÇÃO À LIDE. CHAMAMENTO AO PROCESSO. LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO.

As reclamadas não se conformam com o indeferimento do pedido de chamamento/denúnciação à lide e formação de litisconsórcio necessário com a OAB/RS. Sustentam que a sentença desrespeitou a Lei Federal nº 8.906/94, que regulamenta a profissão de advogado e a sociedade entre advogados, bem como desafiou o disposto no artigo 3º da CF. Diz que o autor, durante toda contratualidade, atuou com reserva mental e maquinação jurídica. Defende, em síntese, que a sentença, ao declarar o reclamante inapto e incapaz juridicamente como advogado para avaliar seu próprio contrato e atuação como advogado, desconstituiu a sociedade de advogados, cujo registro e atuação foi homologado diversas vezes pela OAB, durante vários anos, e em todas as vezes que foram registradas Alterações de Contrato Social. Assevera que a decisão de origem produziu efeito sobre documento e sociedade sobre qual a OAB disse ser legal e eficaz, sem ouvir a própria OAB, que por Lei Federal é a responsável por fiscalizar e regular as relações jurídicas entre advogados, inclusive as de sociedade. Ainda, aponta agressão à liberdade de empreender e associar-se para fins de exercício da profissão e desenvolvimento das atividades econômicas necessárias ao crescimento do Estado, da economia e da

geração de empregos, valores dispostos no artigo 3º da CF.

Aprecio.

Em defesa, a primeira ré invoca a intervenção de terceiros a qual restou rejeitada em sentença, sob o argumento de que "a intervenção de terceiro invocada em contestação é amparada na alegação de necessidade de a Ordem dos Advogados do Brasil se manifestar "sobre a validade [...] em face de disposições legais federais e soberanas" da relação societária estabelecida entre as partes no plano formal e, portanto, em situação totalmente distinta daquelas que autorizam a denúncia da lide ou o chamamento ao processo." (Id cd62140 - Pág. 3).

Não há motivos para modificar a decisão, pois não sendo o caso de litisconsórcio necessário, como não é, ao autor cabe a delimitação do polo passivo da demanda, não havendo configuração de cerceamento de defesa, porquanto às partes foi assegurada a ampla produção de provas. Neste sentido, é a jurisprudência majoritária deste Tribunal, conforme se verifica do acórdão da 8ª Turma, lavra do Des. Juraci Galvão Júnior cujos fundamentos peço vênia para transcrever:

O magistrado de origem indeferiu o pedido relacionado à intervenção de terceiros formulado pelo réu, em audiência (fl. 126), por entender que cabe à parte autora a eleição do polo passivo.

O chamamento ao processo é modalidade de intervenção de terceiros, no polo passivo da demanda, conforme estabelecem os arts. 77 a 80, do CPC, e tem por objeto, notadamente, a inclusão dos devedores solidários para a cobrança de dívida comum. Todavia, tal espécie interventiva não é obrigatória (diferentemente da denúncia à lide), sendo facultado ao réu o chamamento

e, ao mesmo tempo, recai ao autor o ônus da escolha contra quem demanda.

Assim, ainda que admitida a intervenção de terceiros no Processo do Trabalho, incumbe ao autor da ação decidir contra quem irá promover a demanda, arcando ele próprio com o ônus de eventual erro na escolha.

Na hipótese dos autos, a reclamante, em audiência (fl. 126), expressamente opõe-se ao chamamento ao processo requerido pelo reclamado. Diante disso, não merece reparo o indeferimento do pedido de chamamento ao processo, tendo em vista a oposição manifestada pela autora.

Neste sentido, são diversas as decisões já prolatadas neste Regional:

RECURSO DA RECLAMADA. CHAMAMENTO AO PROCESSO. NULIDADE. Malgrado admitida a intervenção de terceiros no processo do trabalho, incumbe ao autor da ação decidir contra quem irá promover a demanda, arcando ele próprio com o ônus de eventual erro na escolha. Nulidade inexistente. Recurso desprovido. (Acórdão do processo 0000501-69.2011.5.04.0021 (RO), Redator: DENIS MARCELO DE LIMA MOLARINHO, Data: 06/12/2011)

NULIDADE PROCESSUAL. CHAMAMENTO AO PROCESSO. No processo trabalhista incumbe ao autor eleger contra quem deseja ajuizar a ação, de maneira que o chamamento ao processo deve necessariamente contar com a anuência da parte autora, o que não se verificou no caso dos autos. (TRT da 4ª Região, 3a. Turma, 0001188-68.2010.5.04.0025 RO, em 28/09/2011, Desembargador João Ghisleni Filho - Relator. Participaram do julgamento: Desembargador Ricardo Carvalho Fraga, Desembargadora Flávia Lorena Pacheco)

NULIDADE DO PROCESSO. CHAMAMENTO À LIDE. Não tendo os demandantes direcionado a ação contra terceiro, nem aceitado em assim proceder, não há falar em chamamento do processo por iniciativa da reclamada, porquanto do autor da ação os riscos da eventual improcedência da ação contra a parte contra a qual demanda. Assim, rejeita-se a arguição de nulidade. (TRT da 4ª Região, 4a. Turma, 0114300-49.2008.5.04.0004 RO, em 21/01/2010, Desembargador Fabiano de Castilhos Bertolucci - Relator. Participaram do julgamento: Desembargador Ricardo Tavares Gehling, Desembargador Hugo Carlos Scheuermann)

Rejeito a prefacial.

(TRT da 04ª Região, 8a. TURMA, 0000271-98.2013.5.04.0104 RO, em 26/02/2015, Desembargador Juraci Galvão Júnior - Relator. Participaram do julgamento: Desembargador Francisco Rossal de Araújo, Desembargador João Paulo Lucena).

Ademais, a matéria atinente à relação havida entre as partes refere-se ao mérito da demanda e com ele será analisado.

Nesses termos, nego provimento ao recurso.

### 3. PRESCRIÇÃO.

Caso mantido o reconhecimento de vínculo referente ao período não prescrito, requerem as rés seja pronunciada a prescrição quinquenal também quanto ao FGTS, nos termos do inciso I da Súmula 362 do TST.

Examino.

O Juízo de origem pronunciou "a prescrição das pretensões anteriores a 02/05/2011, à exceção daquelas de natureza declaratória, por anotação da Carteira de Trabalho e Previdência Social (CTPS) e que envolve o FGTS incidente sobre a remuneração paga na vigência do contrato de trabalho." (Id cd62140 - Pág. 11).

Verifico que na inicial o autor formulou pedido dos depósitos de FGTS não realizados no curso do contrato, além do FGTS incidente sobre as parcelas postuladas. Assim, a demanda envolve pretensão de depósitos do FGTS como parcela principal.

Sem embargos de decisão anteriores, por disciplina judiciária, aplico a Súmula 130 deste Tribunal, in verbis:

**FGTS. CRITÉRIO DE CONTAGEM DO PRAZO PRESCRICIONAL. ITEM II DA SÚMULA 362 DO TST.** Não transcorridos cinco anos após a data do julgamento do STF (ARE-709212/DF, em 13.11.2014), e, observado o prazo de dois anos após a extinção do contrato de trabalho para o ajuizamento da ação, aplica-se a prescrição trintenária para pleitear diferenças de FGTS.

Nessa esteira e considerando que o contrato de trabalho do reclamante perdurou de 29/11/2004 a 22/01/2016, e a demanda foi ajuizada em 02/05/2016, não há prescrição a ser pronunciada quanto ao FGTS, caso mantido o vínculo de emprego, matéria que será examinada a seguir.

Nego provimento.

#### **4. GRUPO ECONÔMICO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA OU SUBSIDIÁRIA.**

O Juízo declarou a responsabilidade solidária das reclamadas, forte no artigo 2º da CLT (grupo econômico), com o que elas não concordam.

Alegam que são empresas com sócios e objetivos sociais distintos, e que nunca mantiveram nenhuma relação jurídica com o reclamante. Defendem que para que haja grupo econômico é necessário que as empresas possuam sócios e objetivos comuns e, ainda, que uma delas seja controladora do capital social das demais, o que não ocorre no caso dos autos. Ressaltam que desde 5 de setembro de 2014 a segunda reclamada mudou-se do prédio da primeira ré, fato que demonstra o quão frágil é o pedido de reconhecimento de vínculo do reclamante, pois após 02/06/2008 o mesmo não teve qualquer vinculação com a reclamada Cópia Segura.

Examino.

Os argumentos trazidos pelas recorrentes não são capazes de alterar o Julgado, pelo contrário, as razões recursais deixam evidente a formação de grupo econômico entre as empresas envolvidas.

Em razão disso, mantenho a sentença pelos seus próprios fundamentos, a seguir transcritos, na parte que aqui importa (Id cd62140 - Pág. 9):

[...]

As informações prestadas pela testemunha Ingrid também atestam que os RR. são controlados majoritariamente e/ou administrados, direta ou indiretamente, pelas mesmas pessoas físicas (EDISON FREITAS DE SIQUEIRA e MIRIAM FERREIRA SIQUEIRA) e atuam pautados por interesses comuns, a evidenciar a formação de grupo econômico do qual todos eles participam.

Assim, em relação ao período de 01/12/2005 a 02/06/2008 - em que, reitera-se, é incontroversa a existência de

relação de emprego -, tanto por incidência do entendimento consagrado no verbete I da Súmula 331 da Jurisprudência Uniforme do Tribunal Superior do Trabalho - "A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974)" - como pela caracterização de empregador único - o próprio grupo econômico -, o R. EDISON também deteve a condição de empregador do A.

E quanto ao período de 03/06/2008 a 22/01/2016 - em que, no plano formal, o A. deteve a condição de sócio do R. EDISON -, os elementos antes expostos autorizam concluir que a relação jurídica, no plano da realidade, praticamente consistiu em mera continuidade daquela até então existente - e que, recorda-se, tanto no plano formal como no plano da realidade, se caracterizou como de emprego -, exceto quanto ao fato de o A. ter passado a deter a formal condição de gerente de núcleo. Nesse sentido, aliás, são praticamente convergentes os relatos prestados pelas testemunhas André e Ingrid - destacando-se, por elucidativas, as informações prestadas por esta última testemunha, de que "enquanto empregado o reclamante estava sob as ordens do superintendente, gerente de núcleo e diretor; que depois, como gerente de núcleo estava sob as ordens do diretor e do superintendente".

[...]

Tudo isso considerado, nego provimento ao recurso ordinário das rés.

II - RECURSO ORDINÁRIO DO AUTOR. RECURSO ORDINÁRIO DAS RÉ.S. MATÉRIAS CONEXAS. ANÁLISE CONJUNTA.

## 1. RELAÇÃO DE EMPREGO. ADVOGADO. INICIATIVA DA RUPTURA CONTRATUAL. RESCISÃO INDIRETA. RETIFICAÇÃO DA CTPS.

Buscam as partes a reforma da sentença mediante a qual restou reconhecido o vínculo de emprego "de 29/11/2004 a 22/01/2016, sem solução do continuidade." (Id cd62140 - Pág. 10).

O autor insurge-se contra a decisão que reconheceu o vínculo de emprego entre as partes mas não determinou a função exercida. Requer, assim, a modificação da sentença para incluir a alteração na CTPS para a função de advogado. Por fim, alega ser devido o pagamento em dobro da remuneração das férias e do terço constitucional, e não apenas a dobra, nos termos da Súmula 450 do TST.

As reclamadas alegam que o autor era sócio da sociedade de advogados (primeira reclamada). Inicialmente, requerem a reforma da sentença para que seja afastada a declaração de confissão em virtude do desconhecimento do preposto acerca da data de graduação do reclamante, ao argumento de ser "óbvio e 'insano' - querer que o representante da Reclamada -, ao depor, soubesse a data da formatura do Reclamante" (Id 15a3ba6 - Pág. 30). Sustentam que durante toda relação jurídica mantida com a primeira ré, o autor integrou a sociedade com voz de comando, autonomia e todos direitos e deveres de um sócio. Narram que o reclamante foi convidado e aceitou o convite de livre e espontânea vontade para fazer parte da referida sociedade de advogados, não havendo vício de vontade ou coação capaz de macular tal ato. Aduzem que a primeira testemunha trazida pelo próprio reclamante confirmou em seu depoimento que advogados sócios só ingressavam na sociedade através de um convite. Pleiteiam, assim, seja mantido o cunho societário existente na relação mantida entre o autor e a primeira reclamada, reconhecendo a ilegitimidade ad causam deste. Ressaltam que o próprio

autor comunicou à OAB requerendo a formalização de sua saída da sociedade na condição de sócio. Asseveram que o reclamante era sócio da primeira reclamada, possuía poderes e atitudes de decisão, bem como atuava como gestor e superior hierárquico. Afirmam, em síntese, que as atas de reuniões de sócios juntadas aos autos e os e-mails de Id 14419fc e Id 39fef7b, confirmam o grau de autonomia do reclamante. Defendem que nunca existiu vínculo celetista com a primeira reclamada, tendo o autor sempre recebido pró-labore como sócio, obtido participação nos lucros e resultados, e ainda, tendo se retirado espontaneamente da sociedade em 22/01/2016.

Requerem, assim, a reforma da sentença que reconheceu o vínculo entre as partes, bem como que seja declarada a validade da relação jurídica havida entre o reclamante e a primeira ré, na condição de sócio da sociedade de advogados. Transcrevem jurisprudência. Ainda, pugnam pela reforma da sentença quanto a determinação de assinar a CTPS no período de 29/11/2004 a 22/01/2016, argumentando que no período de 29/11/2004 a 30/11/2005 a relação entre as partes tratou-se de estágio, bem como que no período correspondente de 03/06/2008 a 22/01/2016 a relação entre as partes foi de natureza societária e não celetista. Pleiteiam a reforma da sentença também para excluir da condenação o reconhecimento da rescisão indireta e os pleitos condenatórios decorrentes de tal instituto. Defendem ser descabido o pedido do reclamante quanto a condenação em qualquer tipo de indenização referente a contrato de trabalho e verbas trabalhistas, como "rescisória, FGTS, multa 40%, aviso prévio, seguro desemprego, 13º salário, horas extras, etc." (Id 15a3ba6 - Pág. 47), bem como seguro-desemprego e aviso-prévio de 63 dias. Especificamente, insurgem-se contra a condenação ao pagamento de 13º salário e férias em dobro. Por fim, caso mantida a sentença, requerem seja a OAB informada de que deverá desconstituir e anular todas as alterações contratuais que chancelou mantendo o

reclamante como sócio, sob pena de a sentença ser ineficaz perante referido órgão.

Examino.

Cinge-se o cerne da controvérsia à declaração de vínculo de emprego entre as partes. Para tanto, necessário a configuração dos requisitos previstos pelos artigos 2º e 3º da CLT, em especial a subordinação jurídica do empregado ao empregador, a não eventualidade e a contraprestação em pecúnia.

Na petição inicial o autor relatou que "laborou para a reclamada no período compreendido entre o dia 29 de novembro de 2004 à 22 de janeiro de 2016, quando teve seu contrato rescindido indiretamente" (Id 98d7171 - Pág. 2). Disse, ainda, que exerceu nos últimos meses do contrato a função de "gerente jurídico", percebendo como remuneração a quantia fixa mensal de R\$ 4.109,55 acrescida de comissões variáveis. Ressaltou que no período de 29/11/2004 a 30/11/2005 fora contratado como estagiário, sendo tal contrato totalmente desvirtuado, eis que já havia terminado o curso de direito. Afirmou que, posteriormente, a reclamada registrou na sua CTPS a relação havida entre 01/12/2005 a 02/06/2008, na função de assistente administrativo, tendo sido informado, a partir de junho de 2008, que estaria fazendo parte da sociedade de advogados, como "sócio".

Em defesa, a primeira reclamada negou a existência de vínculo de emprego entre as partes no período de 02/06/2008 até 22/01/2016, afirmando que em 02/06/2008 o reclamante aceitou o convite para participar da Sociedade de Advogados, a qual foi homologada pela OAB, de comum acordo entre as partes, conforme comprova prova documental juntada aos autos. Disse que em tal período o autor, como sócio da primeira demandada

(sociedade de advogados), recebia pró-labore e distribuição de lucros.

Nessa linha, admitida a prestação de serviços pelas reclamadas, mas negado o vínculo, a elas compete o ônus de comprovar que o trabalho prestado pelo autor não estava revestido dos requisitos ensejadores do vínculo de emprego, forte no que dispõem os artigos 818 da CLT e 373, II, do CPC.

De plano, impende registrar que, dentre outros princípios, o Direito do Trabalho é norteado pelo princípio da primazia da realidade sobre a forma, o qual orienta no sentido de que deve prevalecer a realidade fática na qual está inserida a prestação dos serviços em detrimento das formalidades observadas pelas partes no momento do ajuste da contratação.

O conjunto da prova produzida demonstra que a relação havida entre as partes durante todo o período foi de emprego, sendo que o ingresso do autor como "sócio" da reclamada foi apenas utilizado com a finalidade de mascarar a verdadeira natureza jurídica do vínculo mantido entre o autor e as demandadas.

Examina-se a prova produzida.

O preposto da primeira e da segunda rés declarou, em depoimento, que "não sabe se o autor patrocinava ações que não fossem do escritório réu, mas ele não deveria proceder dessa forma; em regra a distribuição de lucros era paga mensalmente; não sabe quando o autor se graduou ou foi aprovado no exame da OAB." (Id f6a9740 - Pág. 1)

Em seu depoimento o autor disse que "parou de trabalhar em razão de atraso nos pagamentos e da falta de pagamento das comissões; [...] nunca patrocinou ações que não fossem do escritório réu; na condição de gerente,

cuidava para que os advogados da sua equipe cumprissem os prazos." (Id f6a9740 - Pág. 1).

A primeira testemunha ouvida a convite do autor, André Luiz Correa de Oliveira, declarou que "quando deixou de atuar como trainee, se associou formalmente ao escritório réu; foi convidado a participar do quadro social do escritório réu e aceitou o convite; acredita que o mesmo ocorreu com o autor; até onde sabe, todos os advogados que lá atuavam eram sócios; acredita que na sua época somente eram empregados os estagiários e os trainees; na prática, a realidade do trabalho que executava não mudou quando passou de trainee a associado; tinham que cumprir horário, das 09h às 18h, ao que recorda; a partir de 2009, ocupou a posição de subgerente; numa época, recebeu de Anelise, que era supervisora, determinação para que exigisse de um determinado advogado associado, Tarso Hofmeister, que observasse o horário, pois ele era um pouco desregrado nos horários; em cumprimento àquela determinação, fez uma reunião de núcleo e pediu que todos os advogados observassem horário; participou de uma única reunião com a finalidade de tratar sobre os rumos do escritório réu, o que ocorreu em agosto/2012, motivada por uma crise que o país estava vivendo e, na sua avaliação, o escritório réu estava passando por dificuldades; dessa reunião participaram todos os associados e todos tiveram oportunidade de opinar com ideias para superar as dificuldades; naquela reunião não ocorreram decisões, apenas compilação das ideias; ao que recorda, não firmava atas de reuniões envolvendo os sócios; somente firmava atas de alterações do quadro social, o que resultava de ingresso e saída de associados e alteração de endereço do escritório réu, que não exigiam a realização de reuniões; na condição formal de sócio não participava de processos decisórios; lhe era facultado captar clientes, mas não podia negociar valores; acredita que os processos decisórios eram formulados pelo Dr. Edson, Dra. Anelise, Dra. Miriam e Dr. Daniel, todos sócios

do escritório réu; a realidade até aqui relatada era comum a todos os colegas advogados, inclusive o autor". (Id f6a9740 - Pág. 2)

A segunda testemunha ouvida a convite do autor, Roberta da Silva Domingues, afirmou que "nos dois últimos períodos em que lá trabalhou, o autor já detinha a condição de gerente de núcleo; não integrava o núcleo gerenciado pelo autor; recebia somente salário fixo; sabe que formalmente o autor era associado; [...] não sabe quanto o autor recebia; não sabe se os associados participavam de reuniões, que não aquelas das quais todos participavam, que visavam a questões operacionais; não sabe se o horário trabalhado pelo autor era fiscalizado; no seu caso, documentava a duração do trabalho; nunca viu ocorrerem reuniões envolvendo somente advogados associados; não sabe como eram formulados os processos decisórios". (Id f6a9740 - Pág. 2)

A testemunha ouvida a convite das rés, Michele Moreira Ribeiro, afirmou que "ninguém fiscalizava o horário que o autor trabalhava; o autor era sócio; havia outros sócios, mas não sabe quantos; por trabalhar diretamente com o autor, ficava sabendo o que ele estava fazendo; ocorria, com uma certa frequência, que não sabe precisar, do autor participar de reuniões envolvendo sócios; não sabe o que era tratado nas reuniões envolvendo sócios". (Id f6a9740 - Pág. 3)

Pelos depoimentos acima transcritos demonstram que o autor integrou a sociedade quando já laborava em prol do escritório - já que a primeira testemunha do autor afirma que também foi convidada "a participar do quadro social do escritório réu e aceitou o convite" - não havendo qualquer indício de que a rotina de trabalho tenha se alterado a partir do seu ingresso na sociedade. Ainda, as decisões finais e as diretrizes do trabalho eram todas dadas pelo sócio majoritário, Édison Freitas de Siqueira. O reclamante, como

sócio, não detinha qualquer poder no escritório, nem tinha plena liberdade na condução do seu trabalho.

Também chama a atenção o contrato social juntado (Id b6635b0), que demonstra **que o sócio patrimonial Édison possuía como número de quotas 2.299.583, sendo que os demais sócios (sócios de serviço) possuíam cada um apenas 7 (Fábio e Marlon) e 3 como número de quotas (Stefan - Id b6635b0 - Pág. 2), o que indica uma grande disparidade entre os poderes do sócio patrimonial em relação aos demais "sócios", os quais na verdade nada mais eram do que meros empregados da referida sociedade.**

Outrossim, pelo depoimento pessoal do autor e da testemunha André pode-se concluir que havia pagamento de salário fixo mensal (além da distribuição de lucros e comissões). Recebendo o autor o pagamento de um valor fixo, não há falar que ele assumisse os riscos típicos de uma sociedade, em que deve haver divisão dos lucros e das perdas, restando, assim, ausente a affectio societatis.

Dessa forma, e considerando-se o conjunto da prova produzida, entendo inequívoca a existência de relação de emprego entre as partes a partir de 29/11/2004, restando comprovado que os serviços prestados pelo autor não o foram na condição de "sócio", mas na condição de empregado, com preenchimento dos requisitos contidos no artigo 3º da CLT.

No mesmo sentido já decidiu este Tribunal:

**"VÍNCULO DE EMPREGO. ADVOGADA. CONFIGURAÇÃO. TRABALHO AUTÔNOMO NÃO CARACTERIZADO.** Demonstrando o contexto probatório que a prestação de serviços se revestiu dos requisitos previstos pelos arts. 2º e 3º da CLT, ante a inexistência de

autonomia na prestação dos serviços, impõe-se a declaração de vínculo de emprego".

(TRT da 04ª Região, 8a. Turma, 0000987-77.2013.5.04.0023 RO, em 26/03/2015, Desembargador João Paulo Lucena - Relator. Participaram do julgamento: Desembargador Juraci Galvão Júnior, Desembargador Fernando Luiz de Moura Cassal)

"VÍNCULO DE EMPREGO. ADVOGADO. Admitida a prestação de serviços, incumbe à reclamada a prova de que a relação ocorreu em outros moldes que não mediante relação empregatícia, conforme previsão do art. 818 da CLT. No caso, a prova não permite concluir que o autor trabalhou na condição de advogado associado, na forma do art. 39 do Regulamento Geral do Estatuto da Advocacia e da OAB. Por presentes seus requisitos caracterizadores, mantém-se a sentença que reconhece a relação empregatícia. Recurso da reclamada a que se nega provimento". (TRT da 04ª Região, 8a. Turma, 0000001-15.2011.5.04.0017 RO, em 13/12/2012, Desembargador Francisco Rossal de Araújo - Relator. Participaram do julgamento: Desembargador Juraci Galvão Júnior, Juíza Convocada Angela Rosi Almeida Chapper)

Quanto à rescisão indireta, ressalta-se que o contrato de trabalho, por suas próprias características, implica direitos e deveres para ambas as partes, sendo que, dentre os direitos assegurados ao empregado está o de receber a respectiva contraprestação pelo serviço prestado. Nesta linha, preconiza o artigo 483, alínea "d" da CLT que "O empregado poderá considerar rescindido o contrato e pleitear a devida indenização quando: [...] d) não cumprir o empregador as obrigações do contrato".

**No caso, a demanda foi ajuizada em 02/05/2016, alegando o reclamante na inicial que deixou de trabalhar em 22/01/2016.**

Entendo que para haver rescisão indireta o contrato de emprego por culpa do empregador, o pacto deve estar em vigor. É o que se extrai do caput do art. 483 da CLT ("O empregado poderá considerar rescindido o contrato e pleitear a devida indenização quando: [...]" - sublinhei). Portanto, há necessidade de que contrato de trabalho exista e esteja vigente para que o empregado possa considerá-lo rescindido por culpa patronal.

No caso, é incontroverso que o contrato de trabalho já estava extinto ao tempo do ajuizamento da ação, não havendo falar em rescisão por despedida indireta. Logo, impõe-se afastar o reconhecimento da rescisão indireta do contrato de trabalho.

Por outro lado, não há falar que a iniciativa da despedida foi do autor, porquanto "o empregador incorreu no inadimplemento de importantes obrigações decorrentes do contrato de trabalho." (Id cd62140 - Pág. 19), como bem apontado pela decisão de origem.

Com efeito, o ônus de demonstrar que a iniciativa da demissão foi do autor incumbia às reclamadas, porquanto invocaram fato extintivo do direito do autor às reparações rescisórias devidas caso fosse reconhecida a rescisão indireta do contrato de trabalho, nos termos do art. 818 da CLT e do art. 373, II, do CPC.

Contudo, as rés não se desincumbiram do ônus de demonstrar tal fato, uma vez que não apresentaram nenhum documento apto a indicar o alegado pedido de demissão do autor. Conforme as informações prestadas em audiência, entendo que a iniciativa no rompimento do pacto laboral foi das rés, uma vez que o autor afirmou que "parou de trabalhar em razão de atraso nos pagamentos e da falta de pagamento das comissões" (Id f6a9740 - Pág. 1).

Por consequência, ainda que não se reconheça a existência de falta grave a autorizar a rescisão indireta do contrato de trabalho, com base no princípio da continuidade da relação de emprego, impõe-se atribuir às rés a iniciativa da ruptura contrato, de forma imotivada, em 22/01/2016, mantendo-se, por fundamento diverso, a condenação ao pagamento de "(a) 13º salários referentes aos exercícios 2011, 2012, 2013, 2014 e 2015; (b) acréscimo de 1/3 incidente sobre a remuneração de férias referentes aos períodos aquisitivos 2009/2010, 2010/2011, 2011/2012, 2012/2013, 2013/2014 e 2014/2015; [...] (g) salários referentes ao trabalho prestado de 01/12/2015 a 22/01/2016, abatendo-se o valor pago; (h) aviso prévio; (i) 13º salário proporcional; (j) férias proporcionais (com 1/3); (k) indenização compensatória de 40% sobre o FGTS objeto de condenação; (l) diferenças de FGTS incidente sobre a remuneração paga na vigência do contrato de trabalho; e (m) FGTS incidente sobre prestações de natureza remuneratória objeto de condenação.", e ainda, de "alvará destinado ao encaminhamento do seguro-desemprego." (Id cd62140 - Pág. 25).

No que concerne às férias e ao décimo terceiro, melhor sorte não assiste aos recorrentes. Reconhecido o vínculo de emprego com as rés, o autor tem direito a tais parcelas. Sendo assim, coaduno com o entendimento vertido na sentença, cujos fundamentos acresço às presentes razões de decidir na parte que aqui importa (Id cd62140 - Pág. 12-13):

Os relatos colhidos em audiência, em especial aquele prestado pela testemunha André - que vivenciou realidade bastante próxima daquela vivenciada pelo A. -, permitem reconhecer que o A. usufruiu férias durante 30 (trinta) dias em relação a cada período aquisitivo, o que, a considerar a informação prestada pelo A., ocorreu sem prejuízo à percepção da remuneração correspondente - restando

incontroverso que essa remuneração foi paga sem o acréscimo de 1/3.

Fixadas essas premissas, remanesce devido ao A., em relação a cada um dos períodos aquisitivos, o acréscimo de 1/3 incidente sobre a remuneração paga em razão das férias já concedidas. E em relação ao último período aquisitivo (2014/2015), o valor é devido de forma simples, em razão da ocorrência de extinção do contrato de trabalho anteriormente ao advento do termo final do período concessivo.

Assim, a considerar também o quanto decidido em item anterior, a respeito do alcance da prescrição, são devidos ao A.: 13º salários referentes aos exercícios 2011, 2012, 2013, 2014 e 2015 (todos à razão de 12/12); e acréscimo de 1/3 incidente sobre a remuneração de 30 (trinta) dias de férias, em relação aos períodos aquisitivos 2009/2010, 2010/2011, 2011/2012, 2012/2013, 2013/2014 (devido em dobro) e 2014/2015 (devido de forma simples)

Quanto ao pedido de alteração na CTPS para a função de advogado, não assiste razão ao autor. Como bem analisado pela sentença, "quanto ao período de 03/06/2008 a 22/01/2016 - em que, no plano formal, o A. deteve a condição de sócio do R. EDISON -, os elementos antes expostos autorizam concluir que a relação jurídica, no plano da realidade, praticamente consistiu em mera continuidade daquela até então existente - e que, recorda-se, tanto no plano formal como no plano da realidade, se caracterizou como de emprego -, exceto quanto ao fato de o A. ter passado a deter a formal condição de gerente de núcleo. Nesse sentido, aliás, são praticamente convergentes os relatos prestados pelas testemunhas André e Ingrid - destacando-se, por elucidativas, as informações prestadas por esta última testemunha, de que 'enquanto empregado o reclamante estava sob as ordens do superintendente, gerente de núcleo e diretor; que

depois, como gerente de núcleo estava sob as ordens do diretor e do superintendente". (Id cd62140 - Pág. 9)

Por fim, as razões recursais das reclamadas não demonstram necessidade de expedição de ofícios à OAB em razão dos fatos alegados.

Por estes fundamentos, nego provimento aos recursos.

## 2. HORAS EXTRAS. INTERVALOS.

O Juízo de origem condenou as rés ao pagamento de "(d) horas extras, assim entendidas as decorrentes do trabalho prestado além dos limites definidores da duração do trabalho normal, com reflexos em repousos semanais remunerados, 13º salários, férias (com 1/3) e aviso prévio; (e) horas extras, assim entendidas as decorrentes do trabalho prestado em prejuízo ao gozo do intervalo intrajornada mínimo, com reflexos em repousos semanais remunerados, 13º salários, férias (com 1/3) e aviso prévio". (Id cd62140 - Pág. 25)

Contra a decisão recorrem as partes.

Requer o autor o reconhecimento da pena de confissão nos autos pelo sócio da ré Dr. Edison Siqueira ao reconhecer a média de trabalho do autor como sendo das 9h30min às 12h. Sustenta que, havendo o reconhecimento da confissão arguida, deve ser reconhecido os termos da inicial, como real jornada de trabalho de jornada de 4 horas de acordo com o pleito do item "d.11", considerando, ainda, que o ônus da prova da jornada de trabalho era do empregador, ônus do qual não se desincumbiu. Afirma que cumpria jornada das 9h às 18h30min, sendo que restou comprovado que em muitas situações já estava laborando em horário anterior às 9h. Requer seja reformada a sentença para aplicação da jornada de 4h em face da confissão do preposto da ré. Caso não seja este o

entendimento, pleiteia seja desconsiderado o registro de acesso, eis que não representa documento idôneo e não se presta para balizar as horas extras do autor, devendo ser reconhecida a jornada de trabalho da inicial. Ainda, requer a reforma da sentença para que seja pago ao ora recorrente o montante correspondente à totalidade dos intervalos, mesmo nas oportunidades em que a fruição foi parcial, com fulcro no inciso I, da Súmula 437, do TST.

Alegam as reclamadas, em síntese, que o reclamante era sócio do escritório e não possuía controle de jornada, motivo pelo qual deve ser afastada a condenação ao pagamento de horas extras e de intervalos intrajornada.

Analiso.

As rés não trouxeram aos autos registro de horário nem mesmo do período em que o autor manteve contrato de trabalho formalizado, ônus que lhes incumbia a teor do disposto no artigo 74, § 2º, da CLT.

Outrossim, mantida a sentença quanto ao vínculo de emprego, como analisado em item anterior, não há falar em trabalho "autônomo". Nesse contexto, tendo em conta que as reclamadas não cumpriram com o dever de documentação que lhes cabia, incide no caso o entendimento preconizado pela Súmula nº 338, I, do TST. No aspecto transcrevo parte da sentença que bem analisa a situação trazida a conhecimento (Id cd62140 - Pág. 16-18):

A só consideração da alegação articulada na petição inicial a respeito da efetiva duração do trabalho prestado pelo A. - de que "o autor trabalhava, de segunda a sexta-feira, das 08:30 horas às 18:30/19:30, em média, dispondo de não mais que 20 minutos de intervalo" - e a informação prestada pelo A. em audiência - de que ele "nunca patrocinou ações que não fossem do escritório réu" - são

indicativas de que, no plano da realidade, o A. se sujeitou a regime de dedicação exclusiva, circunstância que afasta a possibilidade de reconhecimento da sujeição do A. a regime de duração do trabalho normal correspondente a 4 (quatro) horas diárias e 20 (vinte) horas semanais.

**Por extensão, define-se que o A. se sujeitou a regime de duração do trabalho normal correspondente a 8 (oito) horas diárias e 40 (quarenta) horas semanais.**

Os relatos testemunhais, a considerar os períodos a que se referem e o conhecimento manifestado pelos respectivos depoentes, comparados com os registros existentes nos documentos denominados "registros de acesso" - documentos que, é incontroverso, visavam ao registro dos horários em que o A. ingressava e se retirava do estabelecimento em que ele executava o trabalho -, autorizam reconhecer que, de modo geral, aqueles documentos são idôneos a retratar a efetiva duração do trabalho prestado pelo A., exceto, principalmente, quando eles não consignam registros de horários próximos daqueles em que se costuma almoçar. Assim, em relação às ocasiões em que aqueles documentos não consignam registros de horários próximos daqueles em que se costuma almoçar, define-se que o A. usufruía intervalo intrajornada equivalente a 30 (trinta) minutos.

Tem-se, assim, que a efetiva duração do trabalho prestado pelo A. se encontra retratada nos documentos denominados "registros de acesso", exceto em relação às ocasiões em que eles não consignam registros de horários próximos daqueles em que se costuma almoçar, ocasiões em que o intervalo intrajornada deve ser considerado como usufruído em equivalente a 30 (trinta) minutos.

Ademais, em relação a possíveis períodos em que os documentos não são exibidos e/ou ocasiões em que os

documentos não consignam outros horários praticados, define-se, desde já, que a ausência de registros necessários à quantificação da duração do trabalho prestado pelo A. deve ser suprida com base na média que for apurada nos períodos em que existentes os registros. Ainda como consequência do quanto até aqui decidido, a quantificação da efetiva duração do trabalho prestado pelo A. pressupõe, também, a consideração da regra contida no art. 58, § 1º, da CLT.

A consideração da efetiva duração do trabalho prestado pelo A., conforme aqui definida, atesta a ocorrência dos fatos constitutivos do direito afirmados na petição inicial - trabalho extraordinário propriamente dito e trabalho prestado em prejuízo ao gozo do intervalo intrajornada mínimo (CLT, art. 71) -, restando incontroverso o inadimplemento das correspondentes obrigações.

O direito assegurado no § 4º do art. 71 da CLT é interpretado como restrito ao período de efetivo prejuízo ao gozo do intervalo mínimo estabelecido legalmente, e não, em qualquer situação, à integralidade do mesmo período, sob pena de conferir-se idêntico tratamento a situações que possam se revelar totalmente diversas - basta considerar, por exemplo, que o prejuízo ao gozo do intervalo seja correspondente a cinco minutos, em uma situação, e a cinquenta minutos, em outra -, além do que em alguma medida é alcançada a finalidade almejada pelo direito assegurado no art. 71 da CLT, pois é presumível que o empregado, quando usufrui parte do intervalo, o faz com a finalidade de se alimentar ou descansar.

As prestações aqui reputadas devidas devem ser apuradas mediante aplicação dos entendimentos consagrados na Súmula 264 da Jurisprudência Uniforme do Tribunal Superior do Trabalho ("A remuneração do serviço suplementar é composta do valor da hora normal, integrado por parcelas de natureza salarial e acrescido do adicional

previsto em lei, contrato, acordo, convenção coletiva ou sentença normativa") e, especificamente quanto às horas extras propriamente ditas, diante da forma de remuneração adotada na vigência do contrato de trabalho - parte dela, conforme já exposto em item específico, com base na produção apresentada pelo A., representada pelos pagamentos efetuados a título de "participação do faturamento dos clientes" - na Súmula 340 da Jurisprudência Uniforme do Tribunal Superior do Trabalho ("O empregado, sujeito a controle de horário, remunerado à base de comissões, tem direito ao adicional de, no mínimo, 50% (cinquenta por cento) pelo trabalho em horas extras, calculado sobre o valor-hora das comissões recebidas no mês, considerando-se como divisor o número de horas efetivamente trabalhadas") e na Orientação Jurisprudencial 397 da Subseção 1 de Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho ("O empregado que recebe remuneração mista, ou seja, uma parte fixa e outra variável, tem direito a horas extras pelo trabalho em sobre jornada. Em relação à parte fixa, são devidas as horas simples acrescidas do adicional de horas extras. Em relação à parte variável, é devido somente o adicional de horas extras, aplicando-se à hipótese o disposto na Súmula n.º 340 do TST").

Diante da habitualidade com que aqui são admitidas como verificadas as situações correspondentes (TST, Súmula 376, item II) e diante da natureza remuneratória da prestação instituída no § 4º do art. 71 da CLT, conforme assim literalmente lá assegurada - nesse sentido, também, o entendimento consubstanciado na Súmula 437 da Jurisprudência Uniforme do Tribunal Superior do Trabalho (verbete III): "Possui natureza salarial a parcela prevista no art. 71, § 4º, da CLT, com redação introduzida pela Lei nº 8.923, de 27 de julho de 1994, quando não concedido ou reduzido pelo empregador o intervalo mínimo intrajornada para repouso e alimentação, repercutindo, assim, no cálculo de outras parcelas salariais" -, os valores assim

devidos repercutem nas parcelas arroladas no pedido a título de reflexos - repouso semanais remunerados, em razão da elevação da correspondente base de cálculo (Lei 605/1949, art. 7º, alíneas "a" e "b"); 13º salários (TST, Súmula 45); férias (com 1/3) (CLT, art. 142, § 5º); aviso prévio (CLT, art. 487, § 5º) -, exceto na parte em que pressupõem a também consideração dos repouso semanais e feriados remunerados após majorados pelos reflexos, por incidência do entendimento consagrado na Orientação Jurisprudencial 394 da Subseção 1 Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho ("A majoração do valor do repouso semanal remunerado, em razão da integração das horas extras habitualmente prestadas, não repercute no cálculo das férias, da gratificação natalina, do aviso prévio e do FGTS, sob pena de caracterização de 'bis in idem'").

O direito aqui reconhecido pressupõe efetiva execução do trabalho e, por extensão, não abrange períodos em que o A. esteve afastado do trabalho, conforme forem identificados na fase de liquidação.

Acolhe-se parcialmente o pedido (itens "d.11" e "d.12") e reconhece-se ao A. o direito à percepção de: horas extras, assim entendidas as decorrentes do trabalho prestado além dos limites definidores da duração do trabalho normal (8 horas diárias e 40 horas semanais), com reflexos em repouso semanais remunerados, 13º salários, férias (com 1/3) e aviso prévio; e horas extras, assim entendidas as decorrentes do trabalho prestado em prejuízo ao gozo do intervalo intrajornada mínimo (CLT, art. 71), com reflexos em repouso semanais remunerados, 13º salários, férias (com 1/3) e aviso prévio.

A inexistência de documentação da jornada, todavia, não enseja presunção absoluta de veracidade da jornada de trabalho sustentada pelo empregado, na medida em que a inobservância da norma pelo empregador inverte o ônus da

prova, competindo a este o ônus de provar a realização de jornada diversa da declinada na petição inicial.

Nesse contexto, correta a decisão originária ao acolher os registros constantes nos "registros de acesso", em atenção ao princípio da razoabilidade.

Nego provimento aos recursos.

### 3. COMISSÕES. REPOUSO REMUNERADO E FERIADOS.

Sustenta o autor ser incontroverso o recebimento de comissão em face do fechamento de contratos, sendo, por força do art. 457, §1º, da CLT, parcelas de natureza salarial. Defende que recebia um valor por fora, conforme comprova a prova documental e a testemunhal. Diz que, uma vez reconhecido e comprovado o pagamento de comissão, deve ser declarada a integração das comissões no valor de R\$ 1.600,00 como remuneração, condenando as rés ao pagamento dos "reflexos sobre horas extras, férias mais 1/3, 13º salários, repousos semanais remunerados e feriados, aviso prévio e FGTS mais 40%. Da mesma sorte, deve ser reconhecida todos reflexos de todas as rubricas do item "d.7", "d.16" e "d.20". (Id 27f408e - Pág. 5). Requer seja reformada a sentença que reconheceu o reflexo somente sobre repouso semanal remunerado e feriados, e que reconsidere a remuneração do reclamante para incidência dos FGTS e seus reflexos, conforme item "d.7", "d.16" e "d.20".

As rés defendem que a decisão que as condenou ao pagamento de repousos semanais e feriados remunerados sobre os valores pagos a título de parcela variável com reflexos em 13º, 1/3 de férias e aviso prévio referem-se a verbas trabalhistas, sendo que o autor era sócio da empresa, motivo pelo qual deve ser modificada a sentença.

Analiso.

Verifico que o Juízo de origem determinou a observância da OJ 397 da SDI-1 do TST no tocante à base de cálculo das horas extras. **É incontroverso que o reclamante recebia remuneração mista, composta de salário fixo e parcela variável a título de comissões, ainda que sem a devida escrituração.** Nesse contexto, tal como decidido, aplica-se a Súmula 340 do TST, em simetria com a Orientação Jurisprudencial 397 da SDI-1 do TST:

COMISSIONISTA MISTO. HORAS EXTRAS. BASE DE CÁLCULO. APLICAÇÃO DA SÚMULA N.º 340 DO TST. (DEJT divulgado em 02, 03 e 04.08.2010)

O empregado que recebe remuneração mista, ou seja, uma parte fixa e outra variável, tem direito a horas extras pelo trabalho em sobre jornada. Em relação à parte fixa, são devidas as horas simples acrescidas do adicional de horas extras. Em relação à parte variável, é devido somente o adicional de horas extras, aplicando-se à hipótese o disposto na Súmula n.º 340 do TST.

Nego provimento aos recursos.

III - RECURSO ORDINÁRIO DO RECLAMANTE.  
MATÉRIAS REMANESCENTES.

1. VALE-REFEIÇÃO.

Inconforma-se o autor com o indeferimento do pedido de pagamento do vale-refeição, ao argumento de que restou evidenciado nos autos que as rés garantiam a todos os seus empregados o pagamento de referida verba, não tendo recebido a mesma. Defende que não se pode rejeitar a condenação das reclamadas ao pagamento do vale-refeição do período de 02/05/2011 a 02/05/2016, porquanto

ausente o pagamento de tais parcelas, bem como por se tratar de prestações continuadas, de trato sucessivo, cujo prazo prescricional renova-se mês a mês, em situação diversa de incidência de prescrição total do direito de ação. Diz que descabe o entendimento disposto na Súmula 294 do TST. Invoca a aplicação do art. 468 da CLT. Requer seja reformada a sentença para que sejam deferidos os itens "d.14 e d.15", conforme postulado na inicial.

Examino.

Na inicial, o autor postulou os seguintes pedidos: "d.14) Pagamento das diferenças salariais resultantes da integração do "vale refeição" nos repousos semanais remunerados, e após, o reflexo no cálculo das férias acrescidas do terço constitucional, décimo terceiro salários, aviso prévio, horas extras pagas e não pagas, bem como no FGTS com 40%, conforme item " III.9" acima; d.15) Pagamento do vale refeição suprimido em 02/06/2008, com as mesmas integrações pleiteadas no pedido "d.14", conforme item " III.9" acima" (Id 98d7171 - Pág. 20), ao argumento de que recebeu tal parcela até 02/06/2008.

Conforme se infere dos autos, é incontroverso que a parcela "vale-refeição" foi suprimida em 02/06/2008.

Diante disso, resta aplicável ao caso o contido na Súmula 294 do TST que assim reza:

**PRESCRIÇÃO. ALTERAÇÃO CONTRATUAL.**  
**TRABALHADOR URBANO (mantida) - Res. 121/2003, DJ**  
**19, 20 e 21.11.2003**

Tratando-se de ação que envolva pedido de prestações sucessivas decorrente de alteração do pactuado, a prescrição é total, exceto quando o direito à parcela esteja também assegurado por preceito de lei."

Esse tem sido o posicionamento majoritariamente adotado pelo Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região:

**PRESCRIÇÃO TOTAL. ATO ÚNICO DO EMPREGADOR. DIREITO NÃO ASSEGURADO POR PRECEITO DE LEI. OCORRÊNCIA.** Tratando-se de ação que envolve direito não assegurado por preceito de lei, decorrente de ato único do empregador, há incidência da prescrição total do direito de ação, sendo aplicável ao caso a prescrição total mencionada na regra geral da súmula 294 do TST.

(TRT da 4ª Região, 8ª Turma, 0020037-32.2016.5.04.0008 RO, em 25/05/2017, Desembargador João Paulo Lucena)

**PRESCRIÇÃO. BÔNUS ALIMENTAÇÃO. ATO ÚNICO DO EMPREGADOR. SÚMULA 294 DO TST.** A lesão noticiada nos autos decorreu de alteração da forma de pagamento de benefício pactuado pelo empregador, configurando ato único deste último. Parcela não prevista em lei, e sim no regramento da empresa. Incidência da prescrição quinquenal total, por força da Súmula 294 do TST. (TRT da 4ª Região, 2ª Turma, 0020199-46.2016.5.04.0131 RO, em 31/03/2017, Marcelo José Ferlin D'Ambroso)

Diante do exposto, entendo aplicável ao caso o entendimento contido na Súmula 294 do TST e considerando que a parcela foi suprimida em 02/06/2008 e a presente ação ajuizada em 02/05/2016, transcorreu lapso temporal superior a 5 anos, motivo pelo qual resta configurada a prescrição total da pretensão do autor.

Na mesma trilha da sentença, entendo que "O quanto consigna a petição inicial a respeito da prestação vale-refeição, de que ela "deixou de ser paga após a rescisão contratual (nula) havida em 02 de junho de 2008", revela que ela envolve, além de alteração contratual promovida pelos RR. em 02/06/2008, obrigação não instituída por lei - o ordenamento jurídico não impõe ao empregador a

obrigação de fornecer alimentação aos seus empregados, direta ou indiretamente -, circunstância que atrai a incidência do entendimento consagrado na Súmula 294 da Jurisprudência Uniforme do Tribunal Superior do Trabalho." (Id cd62140 - Pág. 11).

Nesta esteira, não merece reparos a sentença que declarou a prescrição do direito. Em face dos fundamentos expostos, não se verifica afronta aos dispositivos e Súmulas invocados no apelo.

Nada a reparar, portanto.

## 2. MULTAS DOS ARTS. 467 E 477, §8º, DA CLT.

Irresigna-se o autor contra a decisão que indeferiu o pagamento das multas dos artigos 467 e 477, §8º, da CLT. Alega que, considerando o reconhecimento de vínculo de emprego e da condenação das rés ao pagamento de parcelas condenatórias, é cabível a aplicação da multa prevista no art. 467 da CLT. Ressalta, ainda, que restou comprovado nos autos a ausência de pagamento do mês de dezembro e saldo de salário de janeiro de 2016, havendo assim parcelas incontroversas que possibilitam a aplicação da penalização às rés. Requer a condenação das reclamadas ao pagamento das multas previstas no arts. 467 e 477, §8º, da CLT.

Examino.

A decisão em que reconhecida como de emprego a relação havida entre as partes é de natureza declaratória, o que implica o reconhecimento de uma relação jurídica preexistente como sendo de emprego, não havendo falar em a relação se constituir a partir da declaração. Por conseguinte, declarada como de emprego a relação que já ocorreu, por certo, as parcelas decorrentes do vínculo de emprego tornam-se incontroversas e eram devidas ao autor

ao tempo em que transcorria o contrato de trabalho. Com isso, o pagamento das parcelas rescisórias deveria ter ocorrido no prazo legal, contado a partir do término de tal contrato.

Logo, é cabível a aplicação da multa prevista no § 8º do art. 477 da CLT, porquanto a declaração judicial da relação de emprego também significa o reconhecimento do não atendimento, por parte das rés, da legislação trabalhista, uma vez que contratou o trabalho do autor, travestido de relação diversa, com o intuito de se eximir das obrigações trabalhistas inerentes à contratação com vínculo de emprego.

No mesmo sentido, converge o entendimento preconizado pela Súmula 58 deste Regional, segundo a qual:

A circunstância de a relação de emprego ter sido reconhecida em juízo não afasta o direito à multa prevista no art. 477, § 8º, da CLT.

Por outro lado, entendo que há manifesta controvérsia nos autos a respeito do pagamento das verbas rescisórias requeridas na inicial, na medida em que o próprio vínculo de emprego era até então controvertido. Por esse motivo, não é devida a multa do art. 467 da CLT, como bem analisado pela sentença.

**Diante do exposto, dou parcial provimento ao recurso para acrescer à condenação o pagamento da multa do art. 477, § 8º, da CLT.**

### 3. HONORÁRIOS ASSISTENCIAIS.

Reitera o autor o pedido de pagamento de honorários assistenciais, com base na Súmula 61 deste Tribunal.

Examino.

A concessão da assistência judiciária aos necessitados - que inclui o direito relativo aos honorários advocatícios - encontra-se regulada no inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal. A Constituição vigente, o contrário da anterior, não remete à lei ordinária a definição, ou a limitação, do direito à assistência judiciária gratuita, impondo ao Estado a respectiva obrigação. Não é razoável, pois, na contingência de o próprio Estado não prover os meios adequados à prestação da assistência, negar a possibilidade de a parte indicar advogado que expressamente aceite o encargo, amparado em faculdade legal jamais revogada.

Nessa linha de raciocínio, havendo nos autos declaração de pobreza e tendo a parte autora nomeado assistente judiciário que aceita o encargo, entendo devidos os honorários de assistência judiciária, ainda que não tenha sido juntada credencial sindical.

Entretanto, com o cancelamento da Súmula 61 deste Tribunal, por disciplina judiciária, sigo a jurisprudência predominante no sentido de que o deferimento de honorários de AJ, em se tratando de litígio decorrente de relação de emprego, só é cabível se o reclamante estiver assistido pelo sindicato de sua categoria profissional, nos termos das Súmulas 219 e 329 do TST.

Considerando não litigar o autor por meio de advogado credenciado pelo sindicato profissional, não há falar em honorários advocatícios.

Nego provimento ao recurso.

**IV - RECURSO ORDINÁRIO DAS RECLAMADAS.  
MATÉRIAS REMANESCENTES.**

**1. VALE-TRANSPORTE. VEÍCULO PRÓPRIO.**

Irresignam-se as rés contra o deferimento do pedido de indenização dos vales-transporte. Inicialmente, requerem a reforma da sentença para que seja afastada a confissão decorrente do suposto desconhecimento do preposto acerca do meio de transporte utilizado pelo reclamante. Argumentam que "foram juntados documentos fartos sobre reembolso de despesa de transporte do Reclamante, tratando-se de matéria cuja prova é documental e não decorrente de depoimento - ainda mais por conclusão subjetiva absurda do juízo" (Id 15a3ba6 - Pág. 30). Sustentam que tais parcelas são incompatíveis com o contrato societário mantido entre as partes. Caso mantida a sentença, requerem que seja fixada "data de início e fim de tal exação, de forma a constar como período inicial a data de 02/05/2011 e final data de início do recesso do judiciário em dezembro de 2012, uma vez que há relatos nos autos que o escritório faz o recesso judicial." (Id 15a3ba6 - Pág. 45).

Ao exame.

Na inicial, noticia o autor que, a partir de 02/06/2008, deixou de perceber os vales-transporte a que tinha direito. Pleiteou, assim, indenização correspondente considerando duas passagens por dia de trabalho.

Em audiência, o preposto das rés disse que "não sabe se o autor se deslocava para o trabalho fazendo uso de transporte público; acha que raramente o autor usava veículo próprio a trabalho; não sabe precisar o critério utilizado para ressarcimento de gastos em razão do uso de veículo pelo autor" (Id f6a9740 - Pág. 1).

Já o autor, em depoimento pessoal, disse que "usou transporte público nos deslocamentos casa-trabalho e vice-versa até dezembro/2012, gastando duas passagens ao dia; a partir de janeiro/2013, nas ocasiões em que usou

veículo próprio a trabalho, recebeu ressarcimento a base de quilômetros rodados no valor unitário de R\$ 0,80" (Id f6a9740 - Pág. 1).

Na mesma trilha da sentença, entendo que o desconhecimento do preposto sobre a matéria importa em confissão, nos termos do parágrafo único do artigo 843 da CLT, in verbis: "É facultado ao empregador fazer-se substituir pelo gerente, ou qualquer outro preposto que tenha conhecimento do fato, e cujas declarações obrigarão o preponente".

Cabe destacar, ainda, que a confissão emergente do citado artigo é ficta, cujos efeitos atribuídos são os de presunção relativa de veracidade da matéria fática alegada pela parte adversa, admitindo-se, por conseguinte, a contraprova, que, no caso dos autos, não existe.

Com efeito, inobstante os argumentos do apelo, não há elementos probatórios capazes de afastar a tese do autor.

Diante do exposto, nego provimento ao recurso das rés.

## 2. FGTS.

As reclamadas sustentam que não há parcelas a serem deferidas, tendo em vista a inexistência de relação de emprego no período requerido. Salientam que o FGTS incide somente sobre as parcelas remuneratórias, as quais são as definidas em lei.

Remanescendo parcelas de natureza remuneratória objeto da condenação imposta, nos termos da fundamentação supra, impõe-se manter integralmente a sentença quanto ao recolhimento do FGTS acrescido de 40%.

## 3. CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS E FISCAIS.

Defendem as rés a inexistência de contribuições sociais ou previdenciárias no caso, ao argumento de que as mesmas estão nos termos e nas conformidades exigidas para o tipo de contrato mantido entre as partes. Dizem que tratando-se de relação societária, não há falar nestas exações, inexistindo crédito ao empregado face a inexistência de vínculo empregatício. Caso mantida a sentença que reconheceu o vínculo entre as partes, requerem sejam autorizados os descontos fiscais cabíveis, nos créditos do autor, das parcelas referente as integrações de FGTS, aviso prévio e férias.

As contribuições previdenciárias e fiscais decorrem de expressa disposição legal (Leis 8.212/91 e 8.541/92), sendo matéria de ordem pública e de aplicação obrigatória. Tais contribuições devem ser recolhidas pelo empregador e descontadas dos haveres do empregado a parte de responsabilidade deste, já que os valores respectivos são sempre devidos pelo empregado ao Órgão Previdenciário e à Receita Federal.

Adoto o entendimento vertido na Orientação Jurisprudencial 363 da SDI-1 do TST, in verbis:

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

Assim, correta a autorização dos descontos previdenciários e fiscais, estabelecida em primeiro grau, sendo que os critérios específicos para o cálculo serão estabelecidos na liquidação da sentença.

Nesse contexto, nego provimento ao recurso das reclamadas.

#### 4. COMPENSAÇÃO.

Pleiteiam as rés seja deferida a compensação dos valores eventualmente recebidos pelo reclamante a título de retirada da sociedade e a título de valores não fixos da remuneração, uma vez que tratavam-se de benefícios estendidos aos sócios. Assim, argumentam que, caso mantida a sentença, merecem ser compensados com eventuais verbas condenatórias.

Nos termos do decidido em primeiro grau, "A existência de pagamentos já promovidos sob títulos objeto de condenação é considerada em itens próprios, mediante limitação da condenação ao pagamento de diferenças ou determinação de abatimento dos valores já pagos - destacando-se que não são objeto do pedido as prestações pagas em razão da extinção do contrato de trabalho (ID 36698a8)."

FERNANDO LUIZ DE MOURA CASSAL

Relator

VOTOS:

PARTICIPARAM DO JULGAMENTO:

DESEMBARGADOR FERNANDO LUIZ DE MOURA  
CASSAL (RELATOR)

DESEMBARGADORA MARIA CRISTINA SCHAAN  
FERREIRA

DESEMBARGADOR RAUL ZORATTO SANVICENTE.