

A C Ó R D ã O

(Ac. 8ª Turma)

GMMEA/kcm/bsa

RECURSO DE REVISTA. CONTRATO DE EXPERIÊNCIA. DESCARACTERIZAÇÃO. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. MEMBRO DA CIPA. INDENIZAÇÃO SUBSTITUTIVA. Descaracterizado o contrato de experiência, conforme quadro fático delineado pelo Regional, não há como afastar a conclusão acerca da indeterminação do prazo do último contrato de trabalho e, por consequência, a condição de ser o Reclamante detentor do direito à estabilidade de que trata o art. 10, II, -a-, do ADCT. Incidência das Súmulas 126 e 296, I, do TST. Recurso de Revista não conhecido.

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. REQUISITOS. SÚMULA 219, I, DO TST. O deferimento de honorários advocatícios com fundamento na mera existência de sucumbência revela-se em manifesta desarmonia com o entendimento consubstanciado na Súmula 219, I, do TST, segundo a qual, 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 mínimo legal ou encontrar-se em situação econômica que não lhe permita demandar sem prejuízo do próprio sustento ou da respectiva família. Recurso de Revista conhecido e provido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista nº **TST-RR-19200-92.2008.5.04.0028**, em que é Recorrente **AZEVEDO BENTO S.A. - COMÉRCIO E INDÚSTRIA** e Recorrido **PABLO TIAGO MENEZES PEREIRA**.

O TRT da 4ª Região, mediante o acórdão de fls. 111/114, conheceu do Recurso Ordinário do Reclamante e, no mérito, deu-lhe parcial provimento para condenar a Reclamada ao pagamento de indenização correspondente à remuneração que o Autor receberia se estivesse trabalhando, no período de 20/01/2008 a 16/06/2008, acrescida de 13º salário proporcional, férias proporcionais com acréscimo de 1/3 e depósitos de FGST; bem assim de honorários advocatícios, no percentual de 15% sobre o valor bruto da condenação.

Inconformada, a Reclamada interpõe Recurso de Revista às fls. 116/127, com fulcro no art. 896, -a- e -c-, da CLT, postulando a improcedência dos pedidos formulados na inicial, considerando que o direito à estabilidade não

alcança o empregado em contrato de experiência e que não foram preenchidos os requisitos necessários a concessão dos honorários advocatícios.

O Recurso de Revista foi admitido pelo despacho de fls. 132/132-v, por contrariedade à Súmula 219, I, do TST, quanto à condenação ao pagamento de honorários advocatícios.

Regularmente intimado, o Reclamante não apresentou contrarrazões, conforme certidão a fls. 133-v.

Dispensada a remessa dos autos ao Ministério Público do Trabalho, nos termos do art. 83 do RITST.

É o relatório.

V O T O

O Recurso de Revista é tempestivo (acórdão regional publicado em 28/01/2009, fls. 115, e Apelo protocolizado em 05/02/2009, fls. 116) e ostenta regular representação processual (procuração às fls. 21/22 e 93). Satisfeito o preparo, consoante comprovantes de depósito recursal e de pagamento das custas processuais às fls. 72/73 e 128/129.

Preenchidos, portanto, os pressupostos extrínsecos de admissibilidade do Recurso de Revista.

a) Conhecimento

1 - CONTRATO DE EXPERIÊNCIA. DESCARACTERIZAÇÃO. ESTABILIDADE. MEMBRO DA CIPA. INDENIZAÇÃO SUBSTITUTIVA

Nas razões de Recurso de Revista, a Reclamada insurge-se contra a condenação ao pagamento de indenização substitutiva decorrente do reconhecimento do direito à estabilidade ao argumento de que plenamente válido o contrato de experiência firmado com o Autor, porquanto, embora o empregado já houvesse laborado na Empresa anteriormente, na função de supervisor técnico de manutenção industrial (no período de 15/08/2005 a 10/07/2007), quando foi contratado em 22/10/2007, mediante contrato de experiência de 30 dias, prorrogáveis por mais 60 dias, o qual se findou automaticamente na data estipulada de comum acordo entre as partes, ou seja, 10/01/2008 (Cláusula 11 do respectivo contrato), foi para

exercer a função diversa de instrutor de treinamento industrial.

Alega que os depoimentos testemunhais constantes do acórdão recorrido corroboram a alegação de que na função de supervisor o Reclamante atuava junto à equipe de manutenção, coordenando suas atividades, já na função de instrutor o Autor formulava apostilas e ministrava aulas à equipe de operação, sendo que nessa época deixou de existir a função de supervisor e o pessoal da manutenção se reportava diretamente a gerência industrial.

Aduz que a estabilidade é garantia de emprego e que a indenização substitutiva somente é possível na eventualidade de ser incompatível com a reintegração, a qual não poderia ter sido solicitada, sucessivamente, apenas em sede de Recurso Ordinário, porquanto altera os termos da exordial e atenta contra o devido processo legal. Aponta violação dos artigos 443, § 2º, -c- e 445, parágrafo único, da CLT, e 5º, XXXVI, da Constituição Federal, e 10, II, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Transcreve aresto para o confronto de teses.

Sem razão.

O Regional deu provimento parcial ao Recurso Ordinário do Reclamante para condenar a Reclamada ao pagamento dos salários relativos ao período de estabilidade provisória, aos seguintes fundamentos:

-É incontroverso que o reclamante trabalhou para a reclamada de 15-8-2005 a 10-7-2007, na função de supervisor técnico de manutenção (CTPS, fl. 09), tendo sido novamente admitido em 22-11-2007, na função de instrutor de treinamento, através de contrato de experiência, com prazo de 30 dias, prorrogável por mais 60 dias, findando a prorrogação em 19-01-08 (fls. 12-3), data em que foi extinto o contrato de experiência (TRCT, fl. 44).

Também é incontroverso que o reclamante foi eleito vice-presidente da CIPA de representação dos empregados (fl. 15).

Portanto, cinge-se a controvérsia quanto à validade do contrato de experiência firmado pelas partes após 90 dias da primeira rescisão contratual, quando o reclamante tinha trabalhado por quase 2 anos na empresa na função de supervisor técnico.

O reclamante alega que a atividade de instrutor na qual foi admitido no segundo contrato consistia em ensinar aos demais empregados todos os serviços compreendidos e executados na função de supervisor técnico.

Em depoimento pessoal, o reclamante disse que trabalhou anteriormente - entre 2001 e 2003 - na reclamada prestando serviços através de outra empresa de manutenção de máquinas e depois como autônomo, em algumas oportunidades. Informa que foi admitido em 2005 para atuar como supervisor de manutenção, tendo pedido demissão em julho de 2007. Refere que em outubro de 2007, após uma conversa com a gerência, foi convidado a retornar como instrutor de treinamento; que essa função foi criada neste ato; que não havia essa função anteriormente; que nas novas funções contratadas, houve alterações, já que o depoente não mais respondia por problemas relacionados com a manutenção; que continuou orientando os colegas quando solicitado e passou a ministrar treinamentos operacionais e técnicos (fl. 52).

A testemunha indicada pela reclamada informa que:

quando o depoente foi admitido o A. era supervisor da área de manutenção e como tal coordenava estes 5 colegas, orientava o serviço, acreditando que ensinasse o trabalho, já que era ele quem cobrava; que sempre houve supervisor de manutenção desde o ingresso do depoente; (...) que o instrutor de treinamento fazia capacitação e treinamento de pessoal; que atualmente não existe mais esta função; que o único instrutor que a empresa possuiu foi o A.; que na época em que o A. era instrutor, não havia mais supervisor; (...) que o treinamento ocorria diariamente, salvo quando a necessidade da produção não permitia; que os treinamentos eram ministrados em uma sala da área administrativa, a umas 5 ou 6 pessoas; que o depoente nunca participou dos treinamentos; que nunca presenciou o A. ministrando aulas quando exerceu a função de supervisor, mas a orientação de trabalho aos empregados era ele quem dava, com base nos manuais fornecidos pelas empresas fabricantes; que na área de supervisão, o A. supervisionava a equipe de manutenção e operação; que como instrutor, dava instrução aos operadores e auxiliares de indústria (grifou-se, fl. 53)

Conforme se observa do depoimento da testemunha, ainda como supervisor o reclamante ensinava o trabalho, orientando os empregados. Além disso, de seu depoimento se extrai que a função de supervisor foi substituída pela de instrutor, presumindo-se que se tratava de uma continuidade na realização de atividades equivalentes.

Assim, embora o reclamante tenha sido contratado para um cargo novo, que não existia anteriormente na empresa, com alteração de algumas tarefas (não respondia mais por problemas com a manutenção), obviamente o foi pelo seu conhecimento anterior obtido no exercício da função de supervisor, sendo desnecessário contrato de experiência para 'aferir aspectos subjetivos, objetivos e circunstanciais relevantes à continuidade ou extinção do vínculo empregatício' (Maurício Godinho Delgado, *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2002, p. 529), visto que o empregador teve oportunidade de avaliar a aptidão do empregado no período anterior.

Superada a discussão sobre a natureza do contrato e afirmando-se a indeterminação do prazo, analisa-se a pretensão de estabilidade provisória do cipeiro.

Conforme se verifica pelos documentos das fls. 14-6, o reclamante foi eleito como membro titular da CIPA em 13-12-07.

A reclamada dispensou o reclamante em 19-01-08, data em que encerrou o prazo do contrato de experiência (TRCT fl. 44). No entanto, como decidido na origem, *'considerando que o contrato então ativo não era propriamente de experiência, mas sim a prazo indeterminado'* (fl. 58), presume-se que a despedida ocorreu sem justa causa por iniciativa do empregador, no período de garantia do emprego.

A CF/88 em seu art. 10, II, -a-, do ADCT estabelece que fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa do empregado eleito para cargo de direção de comissões internas de prevenção de acidentes, desde o registro de sua candidatura até um ano após o final de seu mandato. O art. 165 da CLT dispõe: *'Os titulares da representação dos empregados nas CIPA (s) não poderão sofrer despedida arbitrária, entendendo-se como tal a que não se fundar em motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro.'*

Com base nisso, a sentença determinou a reintegração do autor ao emprego, registrando que a lei assegura o direito ao emprego, e não à indenização, sendo esta hipótese prevista apenas para casos de incompatibilidade.

No entanto, em sede recursal, o reclamante junta cópia da sua CTPS praticamente ilegível, mas informa no recurso a admissão em outra empresa desde 17-6-08 (fls. 80-3). Dessa forma, inviável deferir a reintegração ao antigo emprego. Assim, tem direito à indenização pelo período da estabilidade, desde a despedida até 16-6-08, dia imediatamente anterior à sua admissão no novo emprego.

Diferentemente do fundamentado na sentença, entende-se que no pedido da letra C, fl. 06 da inicial (*'Declaração de nulidade da dispensa, indenizando o reclamante ao período da estabilidade, inclusive com pagamento de férias, 13º salário, aviso prévio, depósitos do FGTS e parcelas resilitórias devidas ao término do prazo'*), o reclamante postula o pagamento do período de afastamento.

(...)

Portanto, dá-se parcial provimento ao recurso do reclamante, para condenar a reclamada ao pagamento de indenização correspondente à remuneração que receberia se estivesse trabalhando, de 20-01-08 a 16-6-08, inclusive 13º salário proporcional, férias proporcionais com 1/3 e depósitos de FGTS.

Nega-se provimento ao recurso da reclamada.- (fls. 111-v/113-v - **negritos não pertencem ao original**)

É incontroverso, conforme consignado no acórdão recorrido, que o Reclamante firmou, em outubro de 2007, contrato de experiência, com prazo de 30 dias, prorrogado por 60 dias; que o Autor foi eleito vice-presidente da CIPA de representação dos empregados em 13/12/2007; e, que foi dispensado em 19/01/2008, quando findou o prazo do contrato de experiência.

Nos termos do art. 10, II, -a-, do ADCT, é vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa do empregado eleito para cargo de direção de

comissões internas de prevenção de acidentes, desde o registro de sua candidatura até um ano após o final de seu mandato. Apesar de o dispositivo não estabelecer distinção entre contratos por prazo determinado e indeterminado, doutrina e jurisprudência têm renegado o direito à estabilidade quando se trata da primeira modalidade.

Entretanto, observado o quadro fático delineado pelo Regional, verifica-se que, conquanto algumas atividades fossem diferentes, o Autor foi contratado para nova função na Empresa em decorrência dos conhecimentos e habilidades adquiridos na função exercida anteriormente, por quase dois anos, o que, no caso concreto, afasta a caracterização do contrato de experiência pela ausência da finalidade de avaliação da aptidão do empregado, observado, ainda, o disposto no art. 478, § 1º, da CLT. A pretensão de desconstituir a assertiva do Regional importaria, necessariamente, em reexame de fatos e provas, o que encontra óbice na Súmula 126 do TST.

Desse modo, descaracterizado o contrato de experiência e verificado que o Reclamante fora dispensado sem justa causa quando era portador do direito à estabilidade, tem-se que a decisão ao contrário do alegado, está em consonância com o art. 10, II, -a-, do ADCT, o que afasta a apontada ofensa desse dispositivo, bem assim dos arts. 443, § 2º, -c- e 445, parágrafo único, da CLT, e 5º, XXXVI, da CF.

O aresto colacionado a fls 124 é inespecífico, na medida em que não se refere à mesma situação fática tratada nos autos, em que se afastou a caracterização do contrato de experiência. Incidência da Súmula 296, I, do TST.

Quanto ao deferimento de indenização substitutiva e à alegação da Reclamada de que o Reclamante deveria ter realizado pedido de reintegração na inicial e não apenas em sede recursal, cumpre ressaltar que este Tribunal já se manifestou sobre a possibilidade de o empregado detentor de estabilidade provisória pleitear apenas a indenização substitutiva, não sendo obrigatório o pedido de reintegração. Nesse sentido, os seguintes precedentes: RR-4100-78.2005.5.09.0670, 2ª Turma, Rel. Min. Guilherme Augusto Caputo Bastos, DEJT de 25/02/2011; RR-1600040-84.2004.5.09.0652, 6ª Turma, Rel. Min. Mauricio Godinho Delgado, DEJT de 24/09/2010; ED-AIRR e RR-21219/2002-900-01-00, 1ª Turma, Rel. Min. Walmir Oliveira da Costa, DEJT de 07/04/2009; RR-48000-97.2007.5.23.0041, 8ª Turma, Rel. Min. Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, DEJT de

25/09/2009; RR-298/2003-302-02-00, 3ª Turma, Rel. Min. Carlos Alberto Reis de Paula, DJ de 16/03/2007.

Não conheço do recurso.

2 - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. REQUISITOS. SÚMULA 219, I, DO TST

A Reclamada insurge-se contra a condenação ao pagamento de honorários advocatícios, sob a alegação de que o Autor não preencheu os requisitos previstos na Lei nº 5.584/70, pois ausente a credencial do sindicato da categoria profissional, bem assim comprovação de que não possui condições econômicas para demandar. Indica ofensa aos arts. 5º, LXXIV, da Constituição da República, 791 da CLT, 1º e 3º da Lei nº 7.115/83, e 14 e 16, da Lei nº 5.584/70, e contrariedade às Súmulas 219 e 329, do TST, além de transcrever arestos para o cotejo de teses.

Com razão.

O Regional deu provimento ao Recurso Ordinário interposto pelo Reclamante, no particular, para acrescer à condenação o pagamento de honorários assistenciais. Para tanto, adotou os seguintes fundamentos:

-O reclamante declarou sua carência econômica na inicial (item 3, fl. 06), o que por si só o habilita a obter o direito à assistência judiciária, pois se trata de direito que se insere entre os direitos fundamentais, conforme art. 5º, LXXIV, da CF/88, não estando sujeito a ser esvaziado pela ação do intérprete. Se o Estado não põe à disposição dos cidadãos serviço de assistência judiciária nos moldes referidos nessa norma, estes possuem o direito de buscar amparo em quem está habilitado para tanto, que é o advogado. De outra parte, não parece jurídico obrigar o trabalhador a buscar assistência judiciária em sindicato profissional. Isso porque a Constituição Federal a tanto não obriga e porque nem sempre há serviço de assistência judiciária na frágil estrutura sindical ora existente. Ademais, os sindicatos não possuem o monopólio para prestar assistência judiciária. Restrição à liberdade proveniente de lei editada à época da ditadura militar que não pode prevalecer frente à Constituição democrática vigente.

Dá-se provimento ao recurso do reclamante para condenar a reclamada ao pagamento de honorários advocatícios no percentual de 15% sobre o valor bruto da condenação.- (fls. 113-v)

Na Justiça do Trabalho, para fins de condenação ao pagamento de honorários advocatícios, é imprescindível que a parte esteja assistida por sindicato da categoria profissional e comprove a percepção de salário inferior ao dobro do mínimo legal ou se encontre em situação econômica que não lhe permita demandar sem prejuízo do próprio

sustento ou da respectiva família, tal qual disposto na Súmula 219, I, e na OJ 305 da SBDI-1 do TST.

Assim, tendo em vista que a fundamentação adotada pelo Regional para deferir os honorários advocatícios pautou-se na mera declaração de pobreza, resta demonstrada a alegada contrariedade à Súmula 219, I, do TST, a autorizar o conhecimento do Recurso de Revista.

Por fim, cumpre salientar que, conquanto o Autor tenha declarado a impossibilidade de demandar sem prejuízo do próprio sustento (fls. 3), efetivamente não se encontra assistido por advogado credenciado junto ao sindicato da sua categoria profissional (procuração a fls. 8).

Conheço do Recurso de Revista por contrariedade à Súmula 219, I, do TST.

b) Mérito

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. REQUISITOS. SÚMULA 219, I, DO TST

Conhecido o Recurso de Revista por contrariedade à Súmula 219, I, do TST, a consequência lógica é o seu provimento para, reformando parcialmente o acórdão regional, excluir da condenação os honorários advocatícios.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Oitava Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, conhecer do Recurso de Revista, apenas quanto ao tema -Honorários Advocatícios. Requisitos. Súmulas 219, I, do TST-, por contrariedade à Súmula 219, I, do TST, e, no mérito, dar-lhe provimento para, reformando parcialmente o acórdão regional, excluir da condenação os honorários advocatícios.

Brasília, 23 de maio de 2012.

Firmado por assinatura digital (Lei nº 11.419/2006)

Márcio Eurico Vitral Amaro

Ministro Relator