



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 5ª REGIÃO

PROCESSO nº 0000298-46.2016.5.05.0493 (RO)

RECORRENTE: MARCUS KUHLMANN

RECORRIDO: SIZILIA MAGALI KUBEIN

RELATOR: MARCOS OLIVEIRA GURGEL

VÍNCULO DE EMPREGO. RECONHECIMENTO - Para ficar devidamente caracterizada a existência do vínculo empregatício imprescindível a comprovação, de forma clara e evidente, dos requisitos previstos no art. 3.º da CLT, quais sejam, pessoalidade, onerosidade, não eventualidade e subordinação jurídica.

MARCUS KUHLMANN, Reclamante, interpõe **RECURSO ORDINÁRIO**, nos autos do processo, onde consta, como Reclamada, **SIZILIA MAGALI KUBEIN**. A Reclamação Trabalhista (Id.cf8e889) foi julgada improcedente. Foram preenchidos os pressupostos de admissibilidade do recurso (Id.1946369) e das contrarrazões (Id.6107138).

Desnecessária a remessa dos autos ao MPT. É o relatório/mc.

VOTO

Destaque-se que os direitos e obrigações decorrentes do vínculo trabalhista discutido nos autos se consolidaram antes da vigência da Lei nº 13.467/2017 (11/11/2017). Ademais, a sentença foi prolatada também em data anterior ao referido diploma legal.

NATUREZA JURÍDICA DO VÍNCULO

O Reclamante pugna pela reforma da sentença a fim de que seja reconhecida a existência de vínculo empregatício com a Reclamada, condenando-a em todos os pedidos da inicial.

A sentença comporta reparos.

Na hipótese dos autos, conquanto a Reclamada tenha sido regularmente notificada para comparecer à audiência inaugural (Id.28f7c04), a mesma quedou-se ausente em assentada para a qual foi notificada para comparecer sob pena de confissão, tendo o juízo de origem declarado-a fictamente confessa quanto à matéria fática (Id.2b7d4b2).

Assim, a Reclamada não se fez presente em sessão de audiência em que deveria comparecer para ser interrogada e trazer testemunhas. Por tal motivo, foi-lhe aplicada a pena de confissão, fazendo-se presumir a veracidade da tese esposada pelo Autor.

No caso dos autos, o Autor alega que foi admitido pela Reclamada, em 09/08/2014, no exercício da função de Encarregado de Obra e injustamente despedido em 06/10/2015, requerendo o reconhecimento de vínculo.

Ressalte-se que, no caso em comento, não há que se falar em prestação de serviços por intermédio de contrato de empreitada firmado pelo dono da obra, tendo em vista a ausência nos autos de prova neste sentido e face à declaração dos efeitos da revelia.

Destarte, reconhecida a prestação de serviços diretamente pelo Autor em favor do Demandado, nos termos do quanto acima relatado, e não a intermediação de mão-de-obra, outro não pode ser o entendimento senão o de se reconhecer o vínculo de emprego entre as partes, consoante arts. 2º e 3º, CLT.

Inaplicável, na hipótese dos autos, o entendimento jurisprudencial dominante consolidado na OJ 191, SDI-I/TST, relativa ao dono da obra. Tal posicionamento não implica em violação ao art. 455, CLT.

Diante do acima exposto, a sentença deve ser reformada para reconhecer o vínculo empregatício do Reclamante com o Reclamado no período de 09/08/2014 a 06/10/2015, condenando o Réu na obrigação de anotar a CTPS do Autor.

Sentença reformada para reconhecer a relação de emprego e condenar a Reclamada na obrigação de proceder às devidas anotações na CTPS do Reclamante, no prazo de 08 (oito) dias, sob pena de multa diária de R\$100,00 (cem reais), limitada ao valor da obrigação principal. Para o

cumprimento da obrigação de fazer, o Reclamante deve depositar sua CTPS na Secretaria da Vara, no prazo de 5 (cinco) dias, após o trânsito em julgado, ato contínuo será expedida notificação à Reclamada, a partir de quando será contado o prazo para cumprimento da ordem.

VERBAS RESCISÓRIAS

Reconhecida a prestação de serviços e conseqüentemente o vínculo empregatício entre as partes, bem como a revelia do Reclamado, e uma vez não comprovado o adimplemento dos créditos trabalhistas resultantes do vínculo, defere-se: aviso prévio, salários retidos nos meses de agosto e setembro/2015, saldo de salário de outubro/2015 (06 dias), férias simples e proporcionais acrescidas de 1/3, décimo terceiro salário proporcional referente aos anos 2014/2015, FGTS acrescido de 40% de todo o vínculo e indenização compensatória referente ao Seguro-Desemprego.

Sentença reformada.

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

Na Justiça do Trabalho, a condenação em honorários advocatícios pressupõe assistência sindical e percepção de salário inferior ao dobro do mínimo legal ou declarar que não tem condições de arcar com as despesas processuais, sem prejuízo do próprio sustento ou da respectiva família. Neste sentido as Súmulas 219 e 329/TST e Orientações Jurisprudenciais 304 e 305 da SDI-I/TST.

Nestes autos, o Autor não foi assistido por seu Sindicato de classe, o que afasta o direito ao pagamento dos honorários advocatícios.

Indefere-se.

INDENIZAÇÃO PELA CONTRATAÇÃO DE ADVOGADO

Sem razão a Reclamante quando insiste no deferimento do pedido formulado a título de honorários advocatícios e indenização pelos gastos na contratação de Advogado.

A Súmula 60/TRT5 trata sobre o tema:

SÚMULA TRT5 Nº 0060. INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS CONTRATUAIS. PERDAS E

DANOS. INDENIZAÇÃO INDEVIDA. Os honorários advocatícios, na Justiça do Trabalho, somente são devidos, quando preenchidos, concomitantemente, os requisitos exigidos no artigo 14 da Lei n.º 5.584/70, o direito ao benefício da justiça gratuita e à assistência do sindicato. A concessão desses honorários, a título ressarcitório, com fundamento nos artigos 389 e 404 do Código Civil, não encontra guarida no processo do trabalho, que tem regramento próprio.

Tal sempre foi o posicionamento deste Relator, tendo em vista que, nestes casos, o Demandante busca, por via transversa, a condenação da Reclamada em honorários advocatícios. Ocorre que, nos termos da Súmula 219 do TST, na Justiça do Trabalho, para a condenação no pagamento de honorários advocatícios afigura-se imprescindível a presença simultânea dos seguintes requisitos: a assistência da parte por sindicato da categoria profissional e a comprovação da percepção de salário inferior ao dobro do salário mínimo ou se encontrar em situação econômica que não lhe permita demandar sem prejuízo do próprio sustento ou da respectiva família.

Desta forma, não se encontrando o Reclamante assistido pelo sindicato da categoria, não há que se falar em condenação em honorários advocatícios.

Sem reformas.

PARÂMETROS PARA LIQUIDAÇÃO

No que se refere aos juros, aplica-se o índice de 1% ao mês, nos termos do quanto prescrito no § 1º do art. 39 da Lei 8177/91, ou seja, contados do ajuizamento da reclamatória e aplicados *pro rata die*. Ressalte-se que a mora só é afastada com o efetivo pagamento ao credor. Assim, o depósito da quantia executada ou mesmo qualquer outra forma de garantia o juízo não tem condão de elidir a incidência dos juros e correção monetária.

Quanto à correção monetária, deve ser observada a Súmula 381 do TST e artigo 459, parágrafo único, da CLT. Conforme já salientado, apenas o efetivo pagamento ao credor afasta a mora. Deste modo, o depósito dos valores ou mesmo qualquer outra forma de garantia do juízo não afasta a aplicação dos juros e da correção monetária.

Em relação aos recolhimentos de contribuições previdenciárias e fiscais devem ser observadas as disposições da Súmula 368/TST. Quanto à responsabilidade pelo pagamento, deve prevalecer o entendimento consignado no item II da súmula supra, que incorporou a OJ 363 da SDI-I/TST. Em atenção ao entendimento sumulado, não há qualquer justificativa para se transferir ao empregador a obrigação que tem como destinatário o Reclamante, na condição de credor, de ter

descontado dos seus haveres os valores devidos (sua quota-parte) a título de recolhimento fiscal, para o Imposto de Renda.

As contribuições sociais deverão ser executadas de acordo com o parágrafo único do art. 876 da CLT, devendo incidir apenas sobre as verbas de natureza salarial decorrentes da condenação. Em observância ao artigo 832, §3º, da CLT, e demais legislação previdenciária, as parcelas intituladas 1/3 de férias e FGTS possuem natureza indenizatória e não integraram o salário de contribuição para fins previdenciários.

O imposto de renda deve ser quantificado com os parâmetros da IN 1500 de outubro/2014, e a ser apurado sobre o montante dos rendimentos pagos, mediante a utilização de tabela progressiva resultante da multiplicação da quantidade de meses a que se refiram os rendimentos pelos valores constantes da tabela progressiva mensal correspondente ao mês do recebimento ou crédito - fator gerador por regime caixa (Súmula 368, item VI do TST c/c art. 12-A da Lei nº 7.713). Ressalte-se, ainda, que a parcela de juros deve ser excluída da apuração do Imposto de Renda, uma vez que possui natureza eminentemente indenizatória (OJ nº 400 da SDI-I do TST).

No que se refere ao fato gerador do INSS, de acordo com os itens IV e V da Súmula 368/TST, na quantificação dos valores devidos a título de contribuição previdenciária, acrescidos de juros de mora e atualização monetária, deve ser observado o período da prestação dos serviços. Se anterior à 04.03.2009, considera-se como fato gerador o regime de caixa, correspondente à data do efetivo pagamento das verbas trabalhistas, configurando-se a mora a partir do dia dois do mês seguinte ao da liquidação. A partir de 05.03.2009, o fato gerador corresponde ao regime de competência para aplicação dos acréscimos legais moratórios, considerando-se o mês de competência em que o crédito é merecido, e não quando é recebido. Tal é a interpretação dada ao preceito contido no art.43 da Lei n.8.212/91, com as alterações dadas pela Medida Provisória nº 449 de 2008, posteriormente convertida na Lei 11.941/2009.

Devem ser observados, ainda, os dias efetivamente laborados, a evolução salarial do Reclamante e deduzidos os valores comprovadamente pagos sob o mesmo título das verbas deferidas.

Tais são os parâmetros para liquidação do julgado.

Ante o exposto, **DOU PROVIMENTO PARCIAL** ao Recurso Ordinário do Reclamante para julgar **PROCEDENTE, EM PARTE**, a Reclamação Trabalhista, nos seguintes

termos: a) reconhecer a existência de vínculo de emprego entre as partes e condenar a Reclamada na obrigação de proceder às devidas anotações na CTPS do Reclamante, no prazo de 08 (oito) dias, sob pena de multa diária de R\$100,00 (cem reais), limitada ao valor da obrigação principal. Para o cumprimento da obrigação de fazer, o Reclamante deve depositar sua CTPS na Secretaria da Vara, no prazo de 5 (cinco) dias, após o trânsito em julgado, ato contínuo será expedida notificação à Reclamada, a partir de quando será contado o prazo para cumprimento da ordem; b) condenar o Reclamado a pagar aviso prévio, salários retidos nos meses de agosto e setembro/2015, saldo de salário de outubro/2015 (06 dias), férias simples e proporcionais acrescidas de 1/3, décimo terceiro salário proporcional referente aos anos 2014/2015, FGTS acrescido de 40% de todo o vínculo e indenização compensatória referente ao Seguro-Desemprego. Mantido o valor da causa. Invertido o ônus da sucumbência. Tudo nos termos da fundamentação supra.

Acordam os Excelentíssimos Desembargadores integrantes da **1ª Turma** do Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região, na sua **21ª Sessão ordinária**, realizada em **02.08.2018**, cuja pauta foi divulgada no Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho, edição do dia 23.07.2018, sob a Presidência eventual do Excelentíssimo Desembargador **EDILTON MEIRELES DE OLIVEIRA SANTOS** e com a presença dos Excelentíssimos Desembargadores **MARCOS OLIVEIRA GURGEL** e **SUZANA MARIA INÁCIO GOMES**.

Por unanimidade, **DAR PROVIMENTO PARCIAL** ao Recurso Ordinário do Reclamante para julgar **PROCEDENTE, EM PARTE**, a Reclamação Trabalhista, nos seguintes termos: a) reconhecer a existência de vínculo de emprego entre as partes e condenar a Reclamada na obrigação de proceder às devidas anotações na CTPS do Reclamante, no prazo de 08 (oito) dias, sob pena de multa diária de R\$100,00 (cem reais), limitada ao valor da obrigação principal. Para o cumprimento da obrigação de fazer, o Reclamante deve depositar sua CTPS na Secretaria da Vara, no prazo de 5 (cinco) dias, após o trânsito em julgado, ato contínuo será expedida notificação à Reclamada, a partir de quando será contado o prazo para cumprimento da ordem; b) condenar o Reclamado a pagar

aviso prévio, salários retidos nos meses de agosto e setembro/2015, saldo de salário de outubro/2015 (06 dias), férias simples e proporcionais acrescidas de 1/3, décimo terceiro salário proporcional referente aos anos 2014/2015, FGTS acrescido de 40% de todo o vínculo e indenização compensatória referente ao Seguro-Desemprego. Mantido o valor da causa. Invertido o ônus da sucumbência. Tudo nos termos da fundamentação supra.

MARCOS OLIVEIRA GURGEL
Relator