



Poder Judiciário
Justiça do Trabalho
Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região

Recurso Ordinário Trabalhista 0100048-33.2016.5.01.0040

Processo Judicial Eletrônico

Data da Autuação: 24/01/2018

Valor da causa: \$36,000.00

Partes:

RECORRENTE: ANA LUCIA DA CUNHA GOMES

ADVOGADO: LUCIANA SANCHES COSSÃO

RECORRENTE: ITAU UNIBANCO S.A.

ADVOGADO: MIGUEL FERNANDO DECLEVA

RECORRIDO: ANA LUCIA DA CUNHA GOMES

ADVOGADO: LUCIANA SANCHES COSSÃO

RECORRIDO: ITAU UNIBANCO S.A.

ADVOGADO: MIGUEL FERNANDO DECLEVA



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 1ª REGIÃO

PROCESSO nº 0100048-33.2016.5.01.0040 (RO)

RECORRENTE: ANA LUCIA DA CUNHA GOMES, ITAU

UNIBANCO S.A.

RECORRIDO: ANA LUCIA DA CUNHA GOMES, ITAU

UNIBANCO S.A.

RELATOR: IVAN DA COSTA ALEMAO FERREIRA

EMENTA

HORAS EXTRAS - PREVALENCIA DOS CONTROLES SOBRE OS DEPOIMENTOS TESTEMUNHAIS CONTRADITÓRIOS

Foram juntados controles de frequência assinados eletronicamente pela autora, com horários variáveis e anotação de horas extras. Contam ainda nos recibos salariais horas pagas em quantidade significativa.

É difícil acreditar que todos os dias a autora trabalhava britanicamente das 8h às 20h com 20min de intervalo. A propósito o intervalo informado pela autora era de 30min.

Tendo em vista a contradição dos depoimentos das testemunhas, entendo que os controles são idôneos por preenchidos as condições legais.

Não havendo demonstrativo de diferenças a favor da reclamante, julgo improcedentes os pedidos de horas extras, ressalvado o deferido com base no art. 384 da CLT.

Visto, relatado e discutido o presente apelo de **RECURSO ORDINÁRIO**, em face da sentença de ID. d54cb92, complementada pela decisão em sede de embargos de declaração de ID 74eadd, proferidas pelo Juízo da 40ª Vara do Trabalho do Rio de Janeiro, na pessoa da Juíza Helen Marques Peixoto, em que são partes: **ANA LUCIA DA CUNHA GOMES** e **ITAU UNIBANCO S.A.**, como recorrentes/recorridos.



Pedidos julgados procedentes, em partes. Custas de R\$ 600,00, calculadas sobre R\$ 30.000,00, valor arbitrado a condenação, pelo reclamado. Deferida a gratuidade de justiça perquirida pela autora.

Inconformadas, recorrem as partes.

Em suas razões de ID b2c9e58, a autora alega a negativa de prestação jurisdicional e o efeito devolutivo em profundidade. No mérito, pugna pelo reforma da sentença no que tange às contribuições previdenciárias; às horas extraordinárias e aos reflexos; aos reflexos do RSR nos sábados e feriados; ao adicional de 100% para as horas extras excedentes as duas primeiras; ao divisor 150/200; ao inadimplemento salarial; aos quilômetros rodados; à equiparação salarial; à integração da ajuda de custo e cesta alimentação e sua projeção no aviso prévio indenizado; à correção monetária e aos juros de mora; aos encargos previdenciários e fiscais; e aos honorários advocatícios.

O reclamado, por sua vez, interpôs recurso de ID 3158663, questionando o acerto da sentença quanto às horas extraordinárias e ao intervalo intrajornadas e do art. 384 da CLT.

Custas processuais e depósito recursal recolhido, conforme comprovantes de IDs 611dd48 e d702bc8.

Ofertas contrarrazões pela reclamante sob o ID 89ce782 e pelo reclamado, no ID. e6acfca.

Não houve remessa dos autos ao douto Ministério Público do Trabalho, por não se vislumbrar qualquer das hipóteses previstas no anexo ao Ofício PRT/1ª Região nº 88/17-GAB, de 24 de março de 2017.

É o relatório.

CONHECIMENTO

Presentes os pressupostos recursais, conheço dos recursos.

DO RECURSO DA AUTORA DA ARGUIÇÃO DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL INCOMPLETA



Em seu apelo, aduz a reclamante que o juízo *a quo* em sua decisão primeira deixou de analisar alguns pontos, sendo que tais omissões não foram sanadas após a oposição de embargos de declaração. Elenca as matérias não analisadas pelo juízo *a quo*:

" Não se manifestou, no que tange aos reflexos nos repousos semanais remunerados, incluindo sábados e feriados, à luz da cláusula das CCT's;*

** Restou omissa a sentença, no que concerne a ausência de manifestação inerente à base de cálculo, no que tange às parcelas salariais tais como: salário base, comissão de cargo, abono único e participação nos lucros e resultados, à luz da Súmula nº 264 do Colendo TST;*

não houve manifestação inerente à aplicação do divisor 220, tendo como base a decisão do IRR da SDI 1 do C. TST, uma vez que AINDA ESTÁ PENDENTE DE JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO, portanto, não há que se falar em aplicação da

referida decisão desde logo, posto que a mesma, não possui eficácia plena no mundo jurídico, não havendo manifestação inerente ao artigo 103-A da CRFB/88, uma vez que somente ao STF é autorizado a edição de Súmulas com efeito vinculante, por votação de 2/3 de seus membros, aos demais órgãos do Judiciário e a administração pública direta e indireta."

Em razão do exposto, requer que sejam apreciadas as matérias pelo juízo *ad quem*, sem retorno dos autos, com fundamento nos arts. 1013 e 1014 do CPC, atentando-se, também, ao efeito devolutivo em profundidade, constante à Súmula 393 do C. TST.

Requer, entretanto, *"que esta Colenda Turma, acolha a preliminar e APRECIE a matéria em tela, SEM NECESSIDADE DO RETORNO DOS AUTOS, ante a previsão expressa nos artigos 1013 a 1014 do NOVO CPC"*.

Analisa-se.

Estranha a preliminar, pois requer que sentença dos embargos de declaração seja anulada, mas que os autos não baixem, sendo julgados desde logo nesta segunda instância.

O que, na verdade, pretende a recorrente? Uma declaração de nulidade que não tem efeito prático? Deve a parte requerer nos autos pedidos claros e com utilidade, sob risco de tornar o processo uma exercício retórico sem efetividade.

Se a sentença forneceu condições adequadas de a parte sucumbente recorrer, não há que se falar em omissão, mas sim em inconformismo. Não se vislumbra, assim, negativa de prestação jurisdicional.

Rejeito.

DO CARGO DE CONFIANÇA

A autora, na inicial, relata que foi admitida em 4.2.2002, tendo o contrato de trabalho firmado entre as partes término no dia 12.11.2015. Informa que, em todo o período



imprescrito, exerceu o cargo de gerente uniclass. Afirma que cumpre jornada de 8h às 20h, com trinta minutos de intervalo intrajornada, de segunda à sexta-feira, não lhe sendo permitido anotar a integralidade de sua jornada. Aponta que nem mesmo as horas extras anotadas foram pagas corretamente, no que tange à quantidade, à base de cálculo, aos seus reflexos e ao divisor.

Pleiteia o pagamento de horas extras excedentes à sexta diária e reflexos, com a aplicação do divisor 150 ou, sucessivamente, 180; adicional de cinquenta por cento sobre as duas primeiras horas suplementares e de cem por cento sobre as subsequentes; base de cálculo composta de todas as verbas adimplidas com habitualidade, tais como salário base, comissão de cargo, abono único e PLR, *"inclusive as verbas requeridas na presente ação como: diferenças salariais em razão da equiparação salarial, quilometro rodado, ajuda alimentação e ajuda cesta alimentação e, pagamento ajuda alimentação e ajuda cesta alimentação durante o curso do aviso prévio indenizado, bem como com base na Súmula nº. 264 do Colendo TST, com todas as verbas de natureza remuneratória constantes nos holerites."* Requer, também, o pagamento horas extras em decorrência da não fruição integral do intervalo intrajornadas e da não observância do art. 384 da CLT.

O reclamado, por sua vez, contesta através da peça de ID b3ff11a, alega, inicialmente, preliminar de prescrição parcial. Sustenta que a autora exercia função de gerente de relacionamento Itaú uniclass que se enquadrava na hipótese do §2º, do artigo 224 da CLT. Defende que a autora atuava com autonomia e fidúcia superiores às depositadas nos cargos de base, sendo um elo entre os clientes e o reclamado. Aponta que a autora possuía padrão remuneratório superior ao piso da categoria, além de ter percebido gratificação de função não inferior a 55% do salário.

Elenca a Ré as responsabilidades funcionais dos ocupantes da função de gerente de relacionamento Itaú uniclass, conforme se observa na página 8 da peça de defesa (ID b3ff11a), que ratificam e confirmam os amplos poderes de mando e representação da demandante.

Por fim, refuta a pretensão autoral de ver remuneradas como extras as horas laboradas além da sexta diária, alegando a idoneidade dos controles de ponto acostado aos autos e a correta adimplemento ou compensação das horas extras por ventura laboradas.

O autor manifestou acerca dos termos da defesa e documentos com esta carreados por meio da petição de ID 49a7cdc.

Foi produzida prova documental e colhidos os depoimentos das partes e de uma testemunha indicada pelo autor.

Encerrada a instrução o Juízo de 1º grau julgou parcialmente procedente os pedidos de hora extra, concluindo que o autor exercia cargo de confiança, nos seguintes termos:



"Como se pode perceber, a reclamante realizava as atividades típicas de um gerente de contas, estando, por conseguinte, inserida na exceção do art. 224, § 2º, da CLT. Esse entendimento está consolidado na Súmula 287, TST, segundo a qual "A jornada de trabalho do empregado de banco gerente de agência é regida pelo art. 224, § 2º, da CLT. Quanto ao gerente-geral de agência bancária, presume-se o exercício de encargo de gestão, aplicando-se-lhe o art. 62 da CLT."

Aplicável, portanto, o parâmetro diário de 8 horas e semanal de 40 horas, acima dos quais as horas trabalhadas são consideradas extraordinárias".

Em sua insurgência recursal, a autora repisa a tese de que não exercia cargo de confiança, enquadrando-se na hipótese prevista no artigo 224, *caput*, da CLT. Aduz que é do réu o ônus de comprovar o exercício de cargo de confiança, ônus probatório que não se desvencilhou a contento. Defende que a prova testemunhal evidencia a ausência de fidúcia do cargo. No mais, reforça a argumentação lançada na inicial de lhe serem devidas horas extras e reflexos a partir da sexta hora diária.

Analisa-se.

Cabe aqui rememorar que o §2º do art. 224 da CLT exclui do regime de seis horas os empregados que "exerçam função de direção, gerência, fiscalização, chefia e equivalentes, ou que desempenhem outros cargos de confiança...", com gratificação acima de um terço. Isso quer dizer que o empregado que passe a exercer confiança acima dos demais, já é considerado apto a se enquadrar ao regime. A lei não exige que o cargo de confiança tenha empregados subordinados a ele, pois a confiança no caso não tem relação com a hierarquia funcional, mas com a responsabilidade.

A confiança, no caso, é uma condição subjetiva do empregador, e por isso lhe paga gratificação superior a 1/3, cujo pagamento, na presente hipótese, é incontroverso.

As provas colhidas não demonstram existência de fraude no cargo imputado à autora que, inclusive, recebia a gratificação correspondente.

Nego provimento.

DO REFLEXOS DAS HORAS EXTRAORDINÁRIAS NO RSR - SÁBADOS E FERIADOS

Relata, a autora, na inicial que os instrumentos coletivos de sua categoria profissional, preveem que quando as horas extraordinárias são prestadas durante toda semana anterior, o réu deverá pagar também o valor correspondente ao repouso semanal remunerado, inclusive os sábados e feriados. Requer o reflexo das horas extras, posto que habituais, nos repouso semanais remunerados, inclusive sábados e dias de feriado.



A sentença assim se pronunciou sobre o tema, senão vejamos:

"De acordo com a norma coletiva da categoria, na cláusula referente ao adicional de horas extras, o sábado constitui repouso semanal remunerado, ao lado de domingos e feriados. Note-se que o entendimento sumulado do TST certamente foi estabelecido com base em casos distintos do presente, visto que na situação ora analisada há previsão expressa no instrumento negociado de que o sábado constitui repouso semanal remunerado."

Analisa-se.

Como visto, a recorrente considerou omissa a sentença neste ponto, o que não é verdade.

Não atacando diretamente a sentença, não se verifica a dialeticidade necessária.

Não conheço este apelo por falta de dialeticidade, conforme **Súmula 51** deste Tribunal Regional:

RECURSO. FALTA DE DIALETICIDADE. NÃO CONHECIMENTO.

Não se conhece do recurso que não observar a congruência lógica exigível entre os fundamentos da decisão recorrida e as razões do apelo.

Não conheço por falta de dialeticidade.

DO ADICIONAL DE 100%

Postula, a reclamante, para cálculo das horas extraordinárias, a aplicação do adicional de 100% após as duas primeiras horas suplementadas laboradas.

O Juízo *a quo* indeferiu o pleito, aduzindo que não há que se falar em aplicação do adicional de 100% por falta de amparo legal.

Analisa-se

Como bem pontuado pelo juízo de origem, inexistente previsão legal ou convencional a amparar o pleito da reclamante.

Nego provimento.

DA APLICAÇÃO DO DIVISOR 150/200



A autora recorre da aplicação do divisor de 180/220. Requer que sejam recalculadas as horas extraordinárias utilizando-se o divisor de 150/200.

Analisa-se.

O tema é polêmico em relação ao empregado bancário. Todavia, recentemente o TST pacificou o seu entendimento ao julgar o processo de nº IRR - 849-83.2013.5.03.0138, nos seguintes termos, que ora transcreve-se:

" 2. O divisor corresponde ao número de horas remuneradas pelo salário mensal, independentemente de serem trabalhadas ou não (decidido por maioria); 3. O divisor aplicável para cálculo das horas extras do bancário, inclusive para os submetidos à jornada de oito horas, é definido com base na regra geral prevista no artigo 64da CLT(resultado da multiplicação por 30 da jornada normal de trabalho), sendo 180 e 220, para a jornada normal de seis e oito horas, respectivamente (decidido por maioria); 4. A inclusão do sábado como dia de repouso semanal remunerado, no caso do bancário, não altera o divisor, em virtude de não haver redução do número de horas semanais, trabalhadas e de repouso (decidido por maioria); 5. O número de semanas do mês é 4,2857, resultante da divisão de 30 (dias do mês) por 7 (dias da semana), não sendo válida, para efeito de definição do divisor, a multiplicação da duração semanal por 5 (decidido por maioria); 6. Em caso de redução da duração semanal do trabalho, o divisor é obtido na forma prevista na Súmula n. 431 (multiplicação por 30 do resultado da divisão do número de horas trabalhadas por semana pelos dias úteis) (decidido por maioria)." (grifado)

A autora trabalhava em jornada de oito horas, portanto, o divisor aplicável é de 220.

Ressalto desde logo, com escopo de evitar questionamento por parte da recorrente, que o que vale no presente julgamento é a decisão atual do TST, independentemente de ainda haver algum recurso sobre ela. Sequer houve pedido por parte do recorrente que o feito ficasse suspenso aguardando o resultado final na ação que tramita no TST.

Também não se pode acusar a sentença de omissa a respeito deste tema já que não fez parte do pedido e nem houve pedido superveniente para suspender esta demanda.

Nego provimento.

DO INADIMPLEMENTO SALARIAL

A reclamante aponta na inicial que foi considerada apta para o exercício de suas atividades laborativas pelo INSS, porém foi considerada inapta pelo réu. Aponta que, diante de tal fato, durante o período entre os dias 20.12.2013 e 3.9.2014, bem como de 7.4.2015 a 4.9.2015, não recebeu nenhuma remuneração, já que ficou no aguardo do processo de reconsideração pelo INSS e sem poder laborar. Requer o pagamento referente ao período mencionado, com reflexos com reflexos nos



repousos semanais remunerados (incluindo sábados e feriados - em face da norma coletiva) e, posteriormente a esse agregamento, pelo aumento da média remuneratória, reflexos em férias acrescidas de um terço, décimo terceiro salários e horas extras pagas e não pagas e verbas rescisórias.

O réu contesta o pleito aduzindo que não há nenhum documento nos autos que comprove que a autora recorreu da decisão do INSS, asseverando que se tivesse ciência do recurso teria adiantado o benefício previdenciário como previsto no instrumento coletivo.

Em sentença o juízo *a quo* indeferiu o pleito da obreira, conforme fundamentação a seguir:

"(...)

Sucedo que, estando a autora enferma, o empregador só é obrigado a pagar os primeiros 15 dias de licença médica, cabendo o restante do período de licença ao INSS, na forma da Lei 8213. Ora, se o INSS não reconhece tal inaptidão, cabe à reclamante realizar as diligências que entender adequadas em face do ente previdenciário, não havendo que se falar em responsabilidade do empregador pelo período superior a 15 dias em que a reclamante esteve afastada por motivo de doença.

Não procede."

Insurge-se, a obreira apontando que a testemunha confirma que a autora gozou períodos de licenças e afastamentos. Informa que o documento de ID bf98b0c- Pág. 3, comprova que o banco réu tinha ciência do recurso junto ao INSS. Alega que se a interrupção do contrato se der por imposição do empregador, que difere da posição do órgão previdenciário, sem que disponibilize função compatível as condições da empregada, deve manter seus salários, até sua aptidão para o labor.

Analisa-se.

A tese teórica da autora é correta, pois deve o empregador pagar os salários se o empregado se dispôs a trabalhar com a alta do INSS e o empregador o impediu.

Porém, no caso, o fato de a autora ter se insurgido contra a decisão do INSS demonstra que foi a própria que não se considerou apta.

Na verdade, a autora não juntou qualquer documento, como ressaltado pela recorrida, não comprovando que a Ré a impediu de trabalhar. Ou seja, a autora se manteve inerte após ter recorrido da decisão do INSS e agora pretender receber os salários sem a devida prestação de serviços, sem nada comprovar. Não há comprovação de que sequer tentou trabalhar. Trata-se de conjecturas não comprovadas.

Nego provimento.



DOS QUILOMETROS RODADOS

Afirma a reclamante que por imposição do réu utilizou o próprio veículo para realizar atividades inerentes as suas atribuições na instituição bancária, qual seja, visita a clientes, tendo percorrido, em média 600 quilômetros, sem ser ressarcida pelos gastos com combustível e com o desgaste do automóvel. Requer o pagamento de indenização por quilômetro rodado, com base nos veículos de aluguel-taxi, com exceção da remuneração do motorista, bem como que seja reconhecida a natureza salarial de tal verba, para as devidas integrações e reflexos.

O réu refuta a tese obreira, aduzindo que nunca houve determinação no sentido de que a obreira deveria utilizar carro próprio para realização de suas atividades, já que, embora não possua carro próprio, há no réu política de reembolso para utilização de táxi, bastando o funcionário apresentar o recibo. Assevera que a reclamante não prova, em nenhum momento, que solicitou reembolso das alegadas despesas e que estas foram negadas pela instituição bancária, nem os gastos realizados com o veículo.

A decisão primeira entendeu por julgar improcedente o pedido, nos termos a seguir:

"O reclamado, em depoimento pessoal, admite a visita a clientes:

"que em geral não era necessário a reclamante realizar visitas, sendo certo que passou a fazê-lo uma vez a cada 3 meses aproximadamente, como gerente de relacionamento uniclass pessoa jurídica".

A segunda testemunha ouvida informou:

"que raramente o gerente uniclass sai da agência para visitar clientes; que isso também ocorria com a reclamante; que nessa época não havia mais cartão combustível para as visitas externas, sendo certo que a reclamante poderia realizar uma planilha para reembolso".

Como se pode observar, a autora apenas comprova que efetuou uma visita a cliente a cada 3 meses, no período em atuou como gerente de relacionamento uniclass pessoa jurídica. Além disso, não comprovou as despesas alegadas, não se desincumbindo de ônus que lhe cabia.

Dessa forma, não procede esse pedido e reflexos."

Recorre a autora, aduzindo que a prova oral comprova que a demandante utilizava veículo próprio durante a jornada de trabalho em benefício do réu, sem receber reembolso de tais valores. Repisa, no mais, a tese já exposta na inicial.

Analisa-se.



Nenhuma prova foi apresentada pela autora, seja a de que era obrigada a usar seu veículo, sejam as despesas para uso em serviços, e nem mesmo a quilometragem alegada como utilizada mensalmente pela autora na prestação de serviço para o réu, ônus probatório que lhe competia. Chega ser estranho o empregado durante todo o contrato usar veículo próprio e no final do contrato vir a reclamar todas as suas despesas sem qualquer prova de que era obrigado a praticar tal conduta.

Nego provimento.

DA EQUIPARAÇÃO SALARIAL

Pleiteou a reclamante equiparação salarial com a paradigma LIGIA MARIA LOPES MACEDO.

O reclamado, em contestação, aduz que a, além de a autora e a paradigma nunca terem sido lotadas na mesma agência, a primeira exerceu cargo com fidúcia apenas em 2002 e a paradigma já tinha função de confiança desde 1982, inexistindo, portanto, dúvidas sobre o interregno superior a 2 (dois) anos no exercício das funções de confiança, não sendo possível configurar a equiparação, tal como prevê o artigo 461, §1º da CLT. Assevera que a paradigma exerceu funções jamais exercidas pela demandante, quais sejam: assistente júnior, gerente de negócios e gerente de contas de gerência funções. Aponta que a modelo e a autora jamais laboraram exercendo a mesma atividade, tendo a modelo volume de trabalho diferenciado e maior produtividade.

A controvérsia foi dirimida nos seguintes termos:

"(...)

A reclamante afirmou em depoimento pessoal:

"que não conheceu a Sra. Ligia, paradigma; que acredita que ela tivesse as mesmas funções da depoente, mas não se recorda de nenhuma Ligia".

O reclamado e as testemunhas nada afirmaram acerca desse tema.

Diante do afirmado pela autora em seu depoimento, que não soube dizer ao certo, aplicando-se-lhe a confissão ficta, e diante da falta de comprovação dos requisitos inerentes à equiparação salarial, não procede esse pedido e seus consectários."

Inconformado, a reclamante alega que "os documentos adunados aos autos pelo reclamado, restou comprovado que não fora extrapolado o lapso temporal de 2 anos de função da paradigma, uma vez que a reclamante já era "Gte. Rel Itau I" desde 04/02/2002, ou seja, primeiro que a paradigma, que foi "Gte. Rel Itau I" apenas em 01/04/2011".



Assevera que, ante à igualdade de nomenclatura de função, competia ao réu comprovar a desigualdade das funções desempenhadas.

Analisa-se.

É estranho que o empregado reclame equiparação com outro empregado sem sequer conhecê-lo. No caso, se trata de empregado com mais de 20 anos de casa, sendo a equiparação uma empreitada difícil de ser comprovada.

A autora não se dá ao trabalho de informar qual a função do paradigma, nem o local de trabalho da mesma, certamente porque a desconhece.

Não bastasse a confissão ficta da autora, os documentos apontam ainda que a paradigma provém de outro Banco, Banerj, possuindo outras vantagens pessoais que não alcançariam a obreira.

Nego provimento.

DA AJUDA ALIMENTAÇÃO E AJUDA CESTA BÁSICA

Em sua peça inicial, informou a reclamante que percebeu ajuda de custo alimentação e ajuda cesta básica, no entanto, estas não foram integradas às demais verbas salariais. Defendeu que houve violação à Súmula 241 do TST. Requereu sua integração às demais verbas.

A reclamada, em defesa, argumenta que as referidas vantagens decorrem do instrumento coletivo, que lhes atribui natureza indenizatória. Esclarece que é cadastrada junto ao PAT, o que também afastaria a integração de tais verbas à remuneração para quaisquer efeitos.

O juízo *a quo* não acolheu o pleito autoral, nos seguintes termos:

"Alega a autora que o réu aumentou o salário de seus empregados, sob rubricas que intitulou, dentre outras, de ajuda alimentação e ajuda cesta alimentação, porém não foram consideradas para todos os efeitos legais.

O reclamado afirma que tais verbas possuem natureza indenizatória, conforme previsto na convenção coletiva da categoria dos bancários. Informa que é cadastrada no PAT, afirmando que tais verbas não podem repercutir nas demais verbas pagas à autora.

A autora não comprovou que a reclamada tenha lhe dado aumento salarial sob tal rubrica. Além disso, a convenção coletiva da categoria a qual a autora pertence prevê o caráter indenizatório de

tais parcelas, conforme cláusulas 14ª e 15ª.



Não procede."

Insurge-se a reclamante, aduzindo que fora admitida no réu em 4.2.2002, percebendo auxílio alimentação, com cunho remuneratório. Salieta que o réu não juntou aos autos documento comprobatório da data de adesão ao PAT, devendo ser observada a Súmulas 241 e 51 e OJ 413 da SDI I, todas do TST.

Analisa-se.

O cerne da questão está a declarar a natureza jurídica da respectiva parcela.

O acordo coletivo é claro quanto à ausência de natureza salarial do auxílio-alimentação. Dispõe o parágrafo sexto da Cláusula 14ª (que dispõe sobre o auxílio refeição) dos Acordos Coletivos acostados aos autos, *in verbis*:

"O auxílio sob qualquer das formas previstas nesta cláusula, não terá natureza remuneratória, nos termos da lei 6.321 de 14 de abril de 1976 (...)"

Quanto ao auxílio cesta alimentação, previsto na Cláusula 15ª do instrumento coletivo, seu *caput* dispõe que deverá ser observada as mesmas condições estabelecidas no *caput* e parágrafos 2º e 6º da cláusula anterior.

Por outro lado, embora a reclamante afirma que a adesão ao PAT é posterior a sua contratação, tendo percebido os aludidos benefícios com cunho remuneratório, tal argumentação além de beirar a inovação em grau recursal, sequer foi comprovada pela obreira, ônus probatório que lhe competia.

Nunca é demasiado enfatizar que a negociação coletiva deve merecer o devido prestígio, ante os termos do artigo 7º, inciso XXVI, da CRFB/88.

Quanto ao tema, a jurisprudência do E. TST já pacificou entendimento no sentido de que, se houver previsão em acordo coletivo, é possível atribuir natureza indenizatória à parcela auxílio-alimentação, conforme já assinalado no caso dos bancários, a teor da OJs 123 /TST:

"OJ 123. BANCÁRIOS. AJUDA ALIMENTAÇÃO (inserida em 20.04.1998) A ajuda alimentação prevista em norma coletiva em decorrência de prestação de horas extras tem natureza indenizatória e, por isso, não integra o salário do empregado bancário."

Não sendo salário, não há como deferir reflexos de tais parcelas que constituíam condições de trabalho.

Logo, mantenho incólume a sentença.



Nego provimento.

DA AJUDA ALIMENTAÇÃO E AJUDA CESTA ALIMENTAÇÃO NO AVISO PRÉVIO

Insurge-se o reclamante contra ao indeferimento da percepção da ajuda alimentação e ajuda cesta alimentação no aviso prévio.

Analisa-se.

A norma coletiva é clara ao dispor que tais auxílios só serão concedidos proporcionalmente aos dias laborados.

O aviso prévio da autora fora indenizado, não havendo labor, sendo, portanto, indevidos tais benefícios neste período.

Nego provimento.

DA BASE DE CÁLCULO DAS HORAS EXTRAORDINÁRIAS

A reclamante, na inicial, requer que a base de cálculo das horas extras seja composta de todas as verbas adimplidas com habitualidade, tais como salário base, comissão de cargo, abono único e PLR, "inclusive as verbas requeridas na presente ação como: diferenças salariais em razão da equiparação salarial, quilometro rodado, ajuda alimentação e ajuda cesta alimentação e, pagamento ajuda alimentação e ajuda cesta alimentação durante o curso do aviso prévio indenizado, bem como com base na Súmula nº. 264 do Colendo TST, com todas as verbas de natureza remuneratória constantes nos holerites."

A sentença dirimiu a controvérsia nos seguintes termos: "*# base de cálculo na forma da cláusula oitava, § 2º, da norma coletiva, ou seja, tomando-se por base o somatório de todas as verbas salariais fixas*".

Inconformada, a obreira aduz que embora tenha sido deferida a base de cálculo das horas extraordinárias em consonância à norma coletiva acostada aos autos, o juízo de origem não se pronunciou no que tange às seguintes parcelas: salário base, comissão de cargo, abono único e



participação nos lucros e resultados, mesmo após incitado através dos embargos de declaração oportunamente interpostos.

Analisa-se.

Primeiramente, observa-se que a autora é bem genérica quanto à base de cálculo das horas extras, citando, apenas a título de ilustração as verbas que entende que deve compô-la.

Não obstante, a norma coletiva é clara quanto aos haveres que compõe a base de cálculo do sobrelabor. Senão vejamos:

"O cálculo do valor da hora extra será feito tomando-se por base o somatório de todas as verbas salariais fixas, entre outros, ordenado, adicional por tempo de serviço, gratificação de caixa e gratificação de compensador."

Apenas para que não parem dúvidas, resta evidente, de uma simples análise dos contracheques acostados aos autos, que o salário base e a comissão de cargo são verbas habitualmente percebidas pela obreira, não o sendo o abono único e a PLR.

Registre-se que quanto ao PLR a própria norma coletiva, acostada aos autos pela demandante, rege a forma de pagamento e dispõe sobre sua natureza não habitual.

Quanto às demais verbas ora indicadas pela autora, as mesmas não foram consideradas como salário nesta decisão: equiparação salarial, quilometro rodado, ajuda alimentação e ajuda cesta alimentação e, pagamento ajuda alimentação e ajuda cesta alimentação. Ressalta-se que PL também não é salário.

Quanto à gratificação de função, não há notícia por parte da recorrente de que a Ré não considerava tal parcela na hora extra, servindo apenas para futura condenação. A sentença já contemplou este pleito, quando determinou que "a base de cálculo na forma da cláusula oitava, § 2º, da norma coletiva, ou seja, tomando-se por base o somatório de todas as verbas salariais fixas".

Nego provimento, salvo o tema gratificação de função na base de cálculos das horas extras, que não é conhecido por falta de sucumbência.

DOS ENCARGOS FISCAIS

Entende a reclamante que a reclamada deve ser responsabilizada, com exclusividade, pelo pagamento da contribuição previdenciária e do imposto de renda.



O juízo *a quo* indeferiu o pleito, conforme fundamentação retro:

"Alterando entendimento anterior, deverá ser observado, quanto ao IR, o cálculo mês a mês, observando-se as tabelas e alíquotas das épocas próprias, consoante PARECER PGFN/CRJ/Nº 287/2009, sendo devido pelo reclamante, titular da renda.

Não incide imposto de renda sobre os juros de mora, na forma da OJ 400 da SDI-1, do TST"

Analisa-se

A reclamante é contribuinte, a quem cabe recolher imposto de renda, não havendo norma que embase o pleito autoral de repasse de tal encargo ao empregador.

Nego provimento.

DA CORREÇÃO MONETÁRIA E DOS JUROS DE MORA

A reclamante requer a reforma da r. sentença quanto a atualização monetária dos créditos trabalhistas com base Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial (IPCA-E) do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), ou sucessivamente na Taxa SELIC.

Analisa-se.

Considerando a polêmica sobre o tema, inclusive recente apreciação pelo colegiado do TST cassando a liminar antes deferida e, ainda, considerando que o referido processo não transitou em julgado, remeto o tema para fase de liquidação.

Dou parcial provimento para suspender a definição do IPCA-e e remetê-la para a fase de liquidação.

DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

A reclamante requer seja deferido o pagamento dos honorários advocatícios ou, sucessivamente, *"uma indenização de 20% sobre o valor bruto da condenação, para repor o desembolso de 20% da verba honorária dispensada ao patrono signatário e assim haver efetivo reparo do dano sofrido, com fundamento nos artigos 389, 404 e 927 do Código Civil, nos termos da fundamentação"*.

Analisa-se.



Improcede os pedidos de honorários advocatícios, por ausentes os pressupostos da Súmula 219 do TST, vez que a autora, além de se encontrar assistida por advogado particular (procuração- ID d2ccf75 - Pág. 1), não lhe foi deferida a gratuidade de justiça.

Quanto ao pleito sucessivo, este Tribunal firmou o entendimento consubstanciado na súmula 52, cujo teor transcreve-se:

"52 - "PERDAS E DANOS DECORRENTES DA CONTRATAÇÃO DE ADVOGADO. NÃO CABIMENTO. No processo trabalhista, o pagamento de honorários advocatícios e contratuais deve observar os requisitos da Lei no 5.584/70 e o disposto nas Súmulas 219 e 329 do TST."

Nego provimento.

DA EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO- CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA

A autora, em sua inicial, requer que o Banco réu seja condenado ao recolhimento dos encargos previdenciários e fiscais "*ou, sucessivamente, caso outro venha a ser o entendimento desse juízo, seja condenada ao pagamento de uma indenização equivalente aos descontos fiscais, acrescido ao valor final da condenação, ou, no mínimo, seja responsabilizada pelas diferenças que o acúmulo ocasionou, para assim haver efetivo reparo dos danos sofridos, nos termos da fundamentação*".

O juízo a quo dirimiu a controvérsia nos seguintes termos:

"Requer a parte reclamante que seja a ré condenada a efetuar os recolhimentos previdenciários.

Ocorre que só é dado a esta Especializada executar as contribuições previdenciárias relativas aos valores constantes dos acordos que homologar ou das condenações que impuser. Este o entendimento consagrado na Súmula 368, do TST. Também o STF se pronunciou sobre o assunto, criando a Súmula vinculante 53.

Assim, com relação às verbas contratuais incontroversas, pagas pela empregadora no decorrer do pacto laboral, não compete à Justiça do Trabalho sua cobrança/execução.

Quanto às contribuições incidentes sobre eventual condenação imposta na presente demanda, embora este órgão jurisdicional deva atuar de ofício, realizando a cobrança e execução dos valores devidos pela empresa, a reclamante não é titular das contribuições, sendo ilegítima para postulá-las.

Com efeito, o credor é o INSS, cabendo a este exigir em Juízo seu crédito ou, como dito, devendo o julgador trabalhista, como órgão estatal, executá-lo, na forma do art. 114, VIII, CRFB/88.

Extingue-se, pois, sem resolução do mérito, o pedido de recolhimentos previdenciários, por força do art. 485, IV e VI, do CPC, c/c art. 769, da CLT."



Insurge-se, a recorrente, contra a sentença que extinguiu o processo sem resolução do mérito, no que tange aos recolhimentos previdenciários, alegando que tal decisão está em desacordo com o disposto no artigo 33, § 5º, da lei 8.212/91.

Analisa-se.

Ressalta-se, inicialmente que a responsabilidade pelo custeio da Previdência Social é tanto do empregador quanto do empregado, de acordo com o art. 195, incisos I e II, e artigo 11, alíneas "a" e "c", da lei 8212/91, devendo o empregador providenciar o recolhimento das contribuições previdenciárias a seu cargo e do autor, incidentes sobre as parcelas de natureza salarial decorrente da sentença de condenação.

Não obstante, a competência da Justiça do Trabalho, em relação aos recolhimentos previdenciários, limita-se as sentenças condenatórias em pecúnia que proferir e aos valores, objeto de acordo homologado, que integrem o salário contribuição. Entendimento consubstanciado na Súmula 368, I do TST.

Na decisão proferida pelo juízo primeiro, observa-se que houve observância ao verbete sumular, não se olvidado a promover a execução dos encargos previdenciários devidos pelo réu, decorrentes das condenações impostas na decisão ora em análise.

Contudo, como bem pontudo na decisão ora recorrida, a reclamante não possui legitimidade para pleitear as contribuições previdenciárias, pois tal legitimidade pertence à União, único e exclusivo credor deste crédito.

Nego provimento.

DO RECURSO DO ITAÚDA JORNADA DE TRABALHO

A autora relata narra que, permanentemente, laborou em regime de horas extras, cumprindo jornada média das 8h às 20h, de segunda à sexta-feira, com usufruto de trinta minutos de intervalo. Sustenta que não lhe foi permitido anotar integralmente a jornada trabalhada.

Em sua peça de bloqueio, o réu rechaça as alegações de labor após o registro do ponto. Exalta a validade dos controles de ponto.



A reclamante manifestou-se acerca da defesa e documentos, através da petição de ID a2c5415, apontando que não foram acostados aos autos todos os controles de frequência do período imprescrito e que, os apresentados, não consignam a real jornada laborada e estão apócrifos.

Em audiência (fls.691/693), foram colhidos os depoimentos pessoais das partes e inquiridas duas testemunhas, sendo uma conduzida pela obreira e outra pelo reclamado.

Findada a instrução, o Juízo primeiro deu fim à controvérsia nos seguintes termos:

"(...)

Quanto à jornada laborada, nesse ponto a testemunha apresentada pela ré possui interesse jurídico, porque era ela própria a cuidar do ponto. Logo, se houvesse alguma ilegalidade no ponto, ela poderia ser responsabilizada. Nesse aspecto, portanto, seu depoimento não pode ser considerado.

Sendo assim, prevalece a jornada declinada na exordial, qual seja: das oito horas às vinte horas (08h:00min às 20h:00min), com trinta minutos (30min) de intervalo intrajornada, de segunda a sexta-feira.

São devidas, portanto, horas extraordinárias, assim consideradas as excedentes da 8ª diária e 40ª semanal, não computado no módulo semanal as já consideradas no diário.

Dada a habitualidade com que foram prestadas, deverão repercutir em repouso semanal remunerado, férias acrescidas de 1/3, 13º salários, aviso prévio, FGTS e multa de 40%. Não há que se falar em repercussão da diferença de RSR em outras parcelas, por força da OJ-SDII-394 do Eg. TST, alterando o juízo entendimento anteriormente adotado.

De acordo com a norma coletiva da categoria, na cláusula referente ao adicional de horas extras, o sábado constitui repouso semanal remunerado, ao lado de domingos e feriados. Note-se que o entendimento sumulado do TST certamente foi estabelecido com base em casos distintos do presente, visto que na situação ora analisada há previsão expressa no instrumento negociado de que o sábado constitui repouso semanal remunerado.

Para o cálculo do valor da hora extra, deverá ser observado:

base de cálculo na forma da cláusula oitava, § 2º, da norma coletiva, ou seja, tomando-se por base o somatório de todas as verbas salariais fixas;

divisor de 220 (e não de 200, porque esse não inclui os repouso semanais remunerados);

evolução salarial do reclamante;

adicional de 50%, não havendo que se falar em aplicação do adicional de 100%, por falta de amparo legal;

os dias efetivamente trabalhados;

a dedução dos valores já pagos a idêntico título.

Ante a habitualidade das horas extras prestadas, resta descaracterizado eventual acordo de compensação existente, na forma da Súmula 85, TST.



No que tange ao intervalo intrajornada, o juízo *a quo*, deferiu o pleito, sob a seguinte fundamentação:

"Revendo entendimento anterior, aplica-se o que foi consolidado pelo TST na Súmula 437, TST.

Desse modo, ante a jornada anteriormente reconhecida, é devida a remuneração de uma hora de trabalho por dia de efetivo trabalho do obreiro, acrescida do adicional de 50%, com reflexos em RSR, 13º salários, férias acrescidas de 1/3, FGTS com 40% e aviso prévio.

Para o cálculo do valor da hora, deverão ser observados os mesmos parâmetros acima."

Em seu apelo, o réu exalta a idoneidade dos controles de ponto trazidos aos autos, salientando que é da autora o ônus de comprovar a jornada apontada na exordial. Aduz que os cartões de ponto não são apócrifos por possuir a assinatura eletrônica do reclamante. Aponta que os controles de ponto sem registro refletem o período que a obreira se encontrava em gozo de licença médica, de 15.8.13 a 3.9.14.

Assevera que os cartões de ponto não eram britânicos e que a prova testemunhal confirma a tese defensiva. No mais, repisa a tese defensiva.

Quanto ao intervalo, aduz que a reclamante fruía de uma hora, conforme legalmente previsto. Ressalva a natureza indenizatória da referida verba, caso seja mantida a condenação, e o pagamento apenas dos minutos não usufruídos.

Analisa-se.

Data vênia, não vejo motivo para desconsideração da testemunha da Ré o fato de ela ser gerente geral da agência, até porque temos julgados diversas ações de gerentes gerais com os mesmos pedidos dos demais empregados. Não se pode comparar o gerente geral como sócio ou algo parecido, pois se trata de instituições gigantes. Inclusive o juízo colheu extenso depoimento desta testemunha, o que presumiu a sua utilidade.

A testemunha da Ré confirma a idoneidade dos controles: *"...que a partir da época do depoente, como gerente geral, os empregados da agência registram corretamente o ponto"*.

Já a testemunha da autora afirmou *"que os controles de ponto não refletem a real jornada laborada, pois marcavam de acordo com as determinações do gerente geral da agência (Sra. Ana Carla, Sr. Eduardo); que realizavam tarefas administrativas antes de abrir o sistema; que cumpria jornada das 8h as 20h, de segunda a sexta-feira, com 20 minutos de intervalo alimentar; que a reclamante cumpria em média a mesma jornada da depoente, inclusive quanto ao intervalo; que algumas horas extras poderiam ser registradas"*.



Foram juntados controles de frequência assinados eletronicamente pela autora, com horários variáveis e anotação de horas extras. Contam ainda nos recibos salariais horas pagas em quantidade significativa.

É difícil acreditar que todos os dias a autora trabalhava britanicamente das 8h às 20h com 20min de intervalo. A propósito o intervalo informado pela autora era de 30min.

Tendo em vista a contradição dos depoimentos das testemunhas, entendo que os controles são idôneos por preenchidos as condições legais.

Não havendo demonstrativo de diferenças a favor da reclamante, julgo improcedentes os pedidos de horas extras, ressalvado o deferido com base no art. 384 da CLT.

Dou provimento para afastar a condenação de horas extras, salvo as deferidas com base no art. 384 da CLT, mas limitados estes às horas extras incontroversas.

DO INTERVALO PREVISTO NO ARTIGO 384 DA CLT

Na peça inicial a autora reclamou o cumprimento do art. 384 da CLT.

O juízo de primeiro grau deferiu o pleito: "*ante a constitucionalidade do disposto no art. 384, da CLT, devido à autora o pagamento de 15 minutos antes da jornada extraordinária, por dia de efetivo trabalho em regime de horas extras, com reflexos em RSR, 13º salários, férias acrescidas de 1/3, FGTS com 40% e aviso prévio.*"

Analisa-se.

Embora este Relator não concorde com a constitucionalidade do art. 384 da CLT, especialmente para as trabalhadoras que se encontram na ativa e que certamente serão discriminadas, curvo-me ao entendimento deste Tribunal Regional, que aprovou súmula a respeito:

SÚMULA 53 - "PROTEÇÃO AO TRABALHO DA MULHER. ARTIGO 384 DA CLT.A inobservância do intervalo previsto no art. 384 da CLT enseja os mesmos efeitos do descumprimento do intervalo interjornada."

Nego provimento

CONCLUSÃO



PELO EXPOSTO, **CONHEÇO** os recursos, salvo o tema reflexos "das horas extraordinárias no rsr - sábados e feriados" por falta de dialeticidade, e o tema "gratificação de função na base de cálculos das horas extras", que não é conhecido por falta de sucumbência, e no mérito **DOU-LHES PARCIAL PROVIMENTO**, ao da autora para suspender a definição do IPCA-e e remetê-la para a fase de liquidação; e a da Ré para afastar a condenação de horas extras, salvo as deferidas com base no art. 384 da CLT, mas limitados estes às horas extras incontroversas. Fixo o valor da causa em R\$10.000,00 e custas pela Ré de R\$200,00.

ACÓRDÃO

A C O R D A M os Desembargadores que compõem a 9ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região, **POR CONHECER** os recursos, salvo o tema reflexos "das horas extraordinárias no rsr - sábados e feriados" por falta de dialeticidade, e o tema "gratificação de função na base de cálculos das horas extras", que não é conhecido por falta de sucumbência, e no mérito **DAR-LHES PARCIAL PROVIMENTO**, ao da autora para suspender a definição do IPCA-e e remetê-la para a fase de liquidação; e a da Ré para afastar a condenação de horas extras, salvo as deferidas com base no art. 384 da CLT, mas limitados estes às horas extras incontroversas. Fixado o valor da causa em R\$10.000,00 e custas pela Ré de R\$200,00.

DES IVAN DA COSTA ALEMAO FERREIRA
Relator

