Gab Des Alexandre Teixeira de Freitas B. Cunha
Av. Presidente Antonio Carlos,251 10º Andar - Gab.22
Castelo Rio de Janeiro 20020-010 RJ

PROCESSO: 0107800-21.2008.5.01.0207 – RTOrd

ACÓRDÃO

7ª TURMA

RECURSO ORDINÁRIO DO RECLAMADO. HORAS EXTRAORDINÁRIAS. Os empregados de estabelecimentos bancários enquadrados no art. 224, § 2º, da CLT são aqueles que exercem alguma atribuição ou função de confiança direta do banco-empregador, possuindo um certo destaque e um certo grau de fidúcia. Percebem gratificação superior a 1/3 de seu salário básico e o pagamento como extra da hora laborada a partir da 8ª diária, pois que tal gratificação já remunera as duas horas excedentes à sexta hora diária, conforme Súmula nº 102 do c. TST. **RECURSO ADESIVO DO RECLAMANTE. IMPOSTO DE RENDA.** A obrigatoriedade do recolhimento de imposto de renda sobre os rendimentos de pessoa física, no caso sobre o crédito da parte autora, decorre de lei imperativa e de ordem pública (artigo 46, da Lei nº 8.541/92). A adoção do regime de competência para a incidência do imposto de renda é matéria pacificada pelo c. STJ, ao interpretar a legislação tributária, inclusive o art. 46, da Lei nº 8.541/92, decidindo que a forma da incidência do imposto de renda deve ser apurado mês a mês, observando as legislações em suas épocas próprias, o que levou a PGFN, por meio do Ato Declaratório nº 01/2009, autorizar "a dispensa de interposição de recursos e a desistência dos já interpostos nas ações judiciais que tratem do imposto de renda sobre rendimentos tributáveis recebidos acumuladamente".

PROCESSO: 0107800-21.2008.5.01.0207 – RTOrd

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Recurso Ordinário nº **TRT-RO-0107800-21.2008.5.01.0207,** em que são partes: **I) FÁBIO MURILO DA COSTA** e **II) BANCO SANTANDER (BRASIL) S.A.,** como Recorrentes e Recorridos.

I - R E L A T Ó R I O

Cuida-se de recurso ordinário interposto pelo reclamado, e de recurso adesivo interposto pelo reclamante, contra a sentença de fls. 621/629, proferida pela MM. Juíza Nelise Maria Behnken, da 7ª Vara do Trabalho de Duque de Caxias, que julgou procedente em parte o pedido. A r. sentença foi integrada pela r. decisão de fls. 635, que rejeitou os embargos de declaração opostos pelo reclamado. As partes pretendem a reforma do julgado, mediante os fundamentos articulados às fls. 637/655 (reclamado) e 671/683 (reclamante).

Contrarrazões do reclamante, às fls. 660/669, e do reclamado, às fls. 688/700, todos defendendo a manutenção do julgado, na parte que lhe favorece.

Os autos não foram remetidos à d. Procuradoria do Trabalho, por não ser hipótese de intervenção legal (Lei Complementar nº 75/1993) e/ou das situações arroladas no Ofício PRT/1ª Região nº 27/08-GAB, de 15/01/2008.

É o relatório.

II - F U N D A M E N T A Ç Ã O

II.1 - CONHECIMENTO.

Conheço.

O recurso é tempestivo – reclamado ciente da decisão em 30/04/2010, sexta-feira (fls. 630), e interposição em 10/05/2010, segunda-feira (fls. 637); reclamante ciente em 10/06/2010, quinta-feira (fls. 659), e interposição em 14/06/2010, segunda-feira (fls. 660). Estão subscritos por advogados regularmente constituídos (reclamante: procuração de fls. 30 e substabelecimento de fls. 31; reclamado: procuração de fls. 611/612 e substabelecimento de fls. 614). Custas e depósito recursal regularmente

recolhidos (fls. 656/657).

II.2 - MÉRITO.

II.2.1 - RECURSO ORDINÁRIO DO RECLAMADO.

A. JULGAMENTO *EXTRA PETITA.*

Alega o reclamado, em suma, que: o reclamante postulou a integração de comissões de agenciamento, sendo que a defesa alegou a inexistência deste tipo de remuneração; a sentença esclareceu que o único tipo de remuneração parecida com a postulada pelo reclamante era o SRV, impondo a sua condenação, sem que houvesse pedido para tanto; a condenação ao pagamento da integração da parcela SRV ao salário do reclamante é estranha à lide, violando os arts. 2º, 128, 282, 286, 293, 329 e 460, do CPC, de aplicação subsidiária ao processo do trabalho, na forma do art. 769, da CLT.

*Ab initio***,** deve-se destacar, por oportuno, que o julgamento *ultra* e/ou *extra petita* não enseja a nulidade do *decisum*. A parcela da sentença que extrapola a litiscontestação, concedendo mais que o pedido ou parcela não pleiteada, merece reforma na parte excedente, a fim de adequá-la aos limites da lide, questão sediada no mérito recursal.

O Juízo de origem assim julgou o pedido, *verbis:*

> "Aduz a inicial que a título de comissões de agenciamento pela venda de produtos oferecidos pelo Banco, deveria perceber, em média, o equivalente a R$ 100,00 mensais, entretanto, jamais percebeu a referida verba, e por possuir natureza salarial, requer a sua integração ao salário e seus reflexos.
>
> A ré por sua vez, alega que não possui metas individuais, conforme requerido pelo autor, mas sim metas da agência, cuja forma de comissionamento se dá através do SRV (Sistema de Remuneração Variável), a qual

consiste em apurar o atingimento da meta da agência, remunerado proporcionalmente cada empregado de acordo com o cargo, grade, etc.

Os documentos juntados às fls. 463/481 comprovam que a ré adota o sistema citado na defesa (SRV), tendo a testemunha Alex Sandro, indicada pelo autor, ratificado que o pagamento da comissão estava vinculado ao atingimento de metas pela agência como um todo.

As fichas financeiras carreadas aos autos às fls. 392/413, comprovam o pagamento de forma habitual da parcela denominada "Sist. Remun. Variave", tal rubrica corresponde a comissão de agenciamento, paga em valor superior ao postulado, portanto, improcede o pedido de pagamento da verba denominada de comissão de agencinamento. Ademais, o autor não informa como encontrou a médica indicada na inicial.

Restou comprovado que o autor recebia habitualmente remuneração variável pelos resultados obtidos em sua agência, configurando parcela salarial e não indenizatória. Tal parcela deve integrar as verbas de caráter salarial pagas ao autor, como disposto no § 1º do artigo 457 da CLT e também previsto na Súmula nº 93 ndo TST, com a seguinte redação: (...)

Por conseguinte, a média percebida a título

> de “Sist. Remun. Variave” será integrada ao salário do autor, e, em razão da habitualidade, incidirá na base de cálculo do repouso semanal remunerado, das horas extras, dos 13º salários, das férias+1/3, e dos depósitos do FGTS” (fls. 627 - *sic*).

Observo, que na inicial, o autor pretende o “pagamento da verba denominada de comissões de agenciamento, numa média de R$ 100,00 (cem reais)” e respectivos reflexos (item ‘j’ do pedido - fls. 27).

Resta claro, portanto, que a sentença não extrapolou os limites da lide.

Ademais, bem andou ao determinar os reflexos da prestação, de natureza nitidamente salarial, percebida no curso do contrato.

Nada a reparar.

B. REMUNERAÇÃO VARIÁVEL E SUA INTEGRAÇÃO.

Sustenta o reclamado, em suma, que: a atividade do autor não era a venda de valores e títulos mobiliários de outras empresas do grupo econômico, mas o atendimento caixa e subgerente bancário, ofertando eventualmente produtos de seu empregador, conforme a necessidade do cliente, o que atrai a aplicação da Súmula nº 93, do c. TST; referida súmula trata da venda de títulos e valores mobiliários, como ações, debêntures e quotas de fundos de investimento, sendo certo que existem outros tipos de valores mobiliários, conforme art. 2º, da Lei nº6.385/76; a parcela em apreço não se confunde com aquela prevista no art. 78, parágrafo único, da CLT, ou seja, a remuneração variável legal é aquela verificada quando “o salário for ajustado por empreitada, ou convencionado por tarefa ou peça”, fora dessas situações, a remuneração variável não é considerada salário; a parcela é benéfica, sendo aplicável o art. 114, do Código Civil; a finalidade da parcela é incentivar o cumprimento de metas de produção e a rentabilidade na rede comercial (agências e PAB’s), fixadas periodicamente pela empresa; se mantida a sentença, devem ser

observados os limites de integração previstos na cláusula 8ª, parágrafo 2º, da norma coletiva.

As alegações do reclamado não deixam dúvidas de que havia o pagamento de remuneração variável, atrelada ao cumprimento de metas de produção e rentabilidade na rede comercial, fixadas pelo próprio banco.

Com isso, atraiu para si o encargo probatório, pois invocou fato impeditivo e modificativo ao direito do autor (CPC, art. 333, inc. II, e CLT, art. 818).

Conforme verificado pela sentença, os documentos de fls. 463/481 comprovaram a adoção, pelo banco, do sistema de remuneração variável, citado na defesa como SRV, fato este confirmado pela prova testemunhal.

Também ficou comprovado pelas fichas financeiras (fls. 392/413), o pagamento habitual da referida vantagem.

Ora, o pagamento habitual da parcela em apreço tem natureza salarial, razão pela qual integra o salário.

Assim, correta a sentença, ao determinar a sua integração, pela média, ao salário do autor, gerando reflexos em repouso semanal remunerado, horas extraordinárias, 13º salário, férias e depósitos do FGTS.

Nego provimento.

C. HORAS EXTRAORDINÁRIAS.

O reclamado alega, em suma, que: o autor exercia a função de caixa, estando sujeito a jornada de 06 horas; a impugnação dos controles de frequência desobriga o empregador de juntá-los aos autos, pois são inservíveis como meio de prova, sendo o ônus probatório, no particular, do empregado; do período de 31/07/2003 a 31/05/2005, o reclamante não fez prova da jornada laborada, época em que trabalhou como escriturário-caixa, de segunda a sexta-feira, das 10 às 16 horas, com variações que observavam a jornada de 06 horas diárias, e intervalo de 15 a 30 minutos, folgando aos domingos e feriados; os horários de entrada e saída eram corretamente registrados; os depoimentos do reclamante e de

sua testemunha estão sincronizados, demonstrando a fragilidade da prova e a parcialidade da testemunha; eventuais horas extraordinárias foram corretamente pagas e integradas; no período de 01/05/2006 a 26/01/2009, o reclamante era subgerente e estava enquadrado no art. 224, § 2º, da CLT, sendo certo que esta norma não está restrita aos exercentes de cargo de confiança com subordinados ou que tenham amplos poderes de mando; o preposto informou que, não apenas o reclamante, mas o próprio gerente geral tinha que assinar os documentos em conjunto; houve o pagamento de comissão de cargo superior a 30% do salário-base, de modo a remunerar a maior responsabilidade; inexistindo o principal falecem todos os acessórios, nos moldes do art. 92, do Código Civil; caso mantida a sentença, requer o reconhecimento apenas do adicional de horas extraordinárias sobre a 7ª e 8ª diárias, pois a remuneração era para o trabalho de 08 horas diárias, bem como sejam computados eventuais excessos após o 10º minuto diário, conforme art. 58, da CLT: deve ser observado o somatório de todas as verbas fixas, não se incluindo as parcelas variáveis, e, ainda, o salário acrescido de gratificação de função e ATS.

A sentença condenou o reclamado ao pagamento de horas extraordinárias, referentes a diversos períodos, sempre considerando o autor caixa bancário (fls. 622/625).

Por tais razões, a apreciação das razões trazidas no recurso do réu limitar-se-á ao período igualmente delimitado no apelo, vale dizer, do período de 31/07/2003 a 31/05/2005 e de 01/05/2006 a 26/01/2009.

Quanto à questão afeta à impugnação dos controles de frequência e a sua ausência nos autos, observo que toda discussão sobre o tema acaba por ser irrelevante, na medida em que há prova nos autos tanto da jornada reconhecida pelo MM. Juízo de origem, quanto da inidoneidade dos controles.

Segundo tal perspectiva, repito, a discussão acerca do encargo probatório derivada da juntada, ou não, de controles de frequência

aos autos afigura-se tangencial ao debate necessário ao deslinde da controvérsia.

Mais.

Ainda que assim não fosse, o réu se julga dispensado de juntar aos autos os controles de frequência (fls. 644/645), simplesmente pelo fato de o autor, desde a inicial, impugnar os mencionados controles.

Ora, evidentemente, equivocada a sua tese.

O teor da Súmula nº 338, do c. TST, já seria fundamento suficiente para afastar tal argumento.

No entanto, se o empregador não cuida de trazer aos autos os controles de frequência, pelo simples argumento de que o empregado, desde o primeiro momento processual - quando do ajuizamento da demanda -, os impugnou, permite ao julgador concluir justamente o contrário: que os controles de frequência não são idôneos. Se o considerassem idôneos, mesmo impugnados os controles, teria o cuidado de trazê-los aos autos.

Há mais porém.

A teor do § 2º, art. 74, da CLT, o *onus probandi* da jornada de trabalho cabe, em regra, ao empregador, o que refoge à sistemática estabelecida pelos artigos 818, da Consolidação e 333, do CPC, salvo quando aquele demonstra empregar menos de dez trabalhadores.

Os controles de frequência que ficam em poder do empregador são prova pré-constituída em matéria de jornada de trabalho.

Neste sentido, a jurisprudência cristalizada pela Súmula nº 338, do c. TST.

Ademais, o réu foi notificado para trazer aos autos os controles de frequência sob as penas do artigo 359, do CPC (notificação de fls. 184, item 06).

Com efeito, o art. 359, *caput,* e seu inciso I, do CPC, aplicáveis subsidiariamente ao processo do trabalho (art. 769, da CLT), estabelecem que o juiz deve admitir como verdadeiros os fatos que, por

meio dos documentos, a parte pretendia provar, se o requerido não efetuar a exibição, nem fizer qualquer declaração no prazo do art. 357, do CPC.

Saliento que, quando não apresentada justificativa para o descumprimento do comando de exibição dos documentos, a consequência será a admissão pelo julgador de veracidade do fato que se pretendia provar por intermédio dos documentos não apresentados.

Passo, então, a apreciar a existência, ou não, de horas extraordinárias nos períodos expressamente delimitados no recurso do réu (fls. 646/647)

C.1 - do período de 31/07/2003 a 31/05/2005:

O Juízo de origem condenou o réu ao pagamento das horas extraordinárias, referentes ao lapso temporal entre julho de 2003 e maio de 2005, sob o fundamento de que a prova testemunhal confirmou a tese do autor de inidoneidade dos controles de ponto (fls. 623). Entendeu, ainda, que o reclamante estava inserido no *caput* do art. 224, da CLT (fls. 622).

Conforme os termos do próprio recurso, incontroverso que o reclamante era caixa bancário, sendo certo que a denominação de "escriturário caixa", não tem o condão de enquadrá-lo no art. 224, § 2º, da CLT, mormente quando, também no recurso, há a afirmação de que a jornada contratual era das 10 às 16 horas, ou seja, de 06 horas diárias de trabalho.

A prova testemunhal, diversamente do que faz crer o réu, não revela a ausência de ânimo em depor da testemunha conduzida pelo autor, a fls. 618, respalda a jornada reconhecida na Instância de origem.

Destarte, nego provimento ao apelo, no particular.

C.2 - do período de 01/05/2006 a 26/01/2009:

O art. 224, § 2º, da CLT, ao afastar os trabalhadores investidos de funções diretivas e equivalentes do regime de duração de seis horas, fez inserir os referidos empregados no regime geral de duração da jornada - 8 horas diárias -, salvo no que se refere ao limite semanal, eis que o sábado se constitui em dia útil não laborado nas instituições

bancárias.

VALENTIN CARRION leciona que:

> "Os hábitos contemporâneos permitem distinguir duas espécies de empregados absolutamente distintas, apesar de terem a mesma denominação; de um lado, o gerente titular, ou principal, da agência bancária, com mais poderes de representação e de decisão, sem fiscalização imediata, a não ser a genérica de regulamentos e normas internas, e, de outro lado, um ou vários gerentes de segundo nível, que prestam conta e submissão ao gerente-titular. A CLT acolhe o primeiro, no art. 62, II, e os segundos, verdadeiros subgerentes, apesar de outra denominação que utilizam, e que estão inseridos, junto com outros cargos de confiança de segundo nível, no art. 224, § 2º, da CLT" (Comentários á Consolidação das Leis do Trabalho, São Paulo: Saraiva, 1998, pp. 112/113).

Os empregados de estabelecimentos bancários, enquadrados no art. 224, § 2º, da CLT, são aqueles que exercem alguma atribuição ou função de confiança direta do banco-empregador, possuindo um certo destaque e um certo grau de fidúcia. Percebem gratificação superior a 1/3 de seu salário básico e o pagamento como extra da hora laborada a partir da 8ª hora diária, pois esta gratificação já remunera as duas horas excedentes a sexta hora diária, conforme Súmula nº 102, do c. TST:

> "BANCÁRIO. CARGO DE CONFIANÇA.
> I - A configuração, ou não, do exercício da função de confiança a que se refere o art.

> 224, § 2º, da CLT, dependente da prova das reais atribuições do empregado, é insuscetível de exame mediante recurso de revista ou de embargos.
>
> II - O bancário que exerce a função a que se refere o § 2º do art. 224 da CLT e recebe gratificação não inferior a um terço de seu salário já tem remuneradas as duas horas extraordinárias excedentes de seis.
>
> III - Ao bancário exercente de cargo de confiança previsto no artigo 224, § 2º, da CLT são devidas as 7ª e 8ª horas, como extras, no período em que se verificar o pagamento a menor da gratificação de 1/3.
>
> IV - O bancário sujeito à regra do art. 224, § 2º, da CLT cumpre jornada de trabalho de 8 (oito) horas, sendo extraordinárias as trabalhadas além da oitava."

No caso dos autos, inclusive como destacado pela própria sentença, os documentos de fls. 405/444 comprovam que o reclamante percebia gratificação de função superior a 1/3 do seu salário-base, elemento suficiente para enquadrar o reclamante na norma exceptiva do art. 224, § 2º, da CLT.

Por sua vez, o fato de qualquer bancário estar enquadrado no art. 224, § 2º, da CLT, não desobriga o empregador de proceder aos registros da jornada de seu empregado.

A exclusão contida no dispositivo retromencionado refere-se à jornada especial de 06 horas, permanecendo íntegra a obrigação de proceder ao controle diário da jornada de todos os trabalhadores bancários.

Portanto, a omissão do empregador em trazer aos autos a integralidade dos controles de frequência, atrai, sim, a incidência da

Súmula nº 338, do c. TST.

Devidas, assim, as horas extraordinárias além da 8ª laborada, quanto ao período de 01/05/2006 a 26/01/2009.

A base de cálculo das horas extraordinárias é a estabelecida na Súmula nº264, do c. TST, já estabelecida pela sentença.

Dou provimento parcial, para determinar que as horas extraordinárias devidas no período de 01/05/2006 a 26/01/2009 são aquelas praticadas além da 8ª hora diária.

D. EQUIPARAÇÃO SALARIAL.

O reclamado sustenta, em suma, que: o reclamante não fez prova da equiparação salarial; a sentença violou os arts. 5º, inc. I, e 7º, inc. XXX, da Carta Magna e 5º e 461, da CLT.

O Juízo de origem condenou o réu ao pagamento das diferenças salariais decorrentes da equiparação salarial, sob o fundamento de que o réu não fez prova das diferenças de produtividade e de perfeição técnica entre reclamante e paradigma.

Com efeito, diversamente do que sustenta o réu, seguindo a diretriz da Súmula nº 06, item VIII, do c. TST, era seu o ônus probatório.

Isso porque, ao afirmar em defesa que havia diferença de produtividade e perfeição técnica entre as atividades realizadas pelo reclamante e pela paradigma, sra. Érica Jordão (fls. 219), contrapôs, à tese inicial, fato impeditivo ao direito do autor.

Também não fez prova da diferença de tempo superior a 02 (dois) anos no serviço, uma vez que reclamante e paradigma eram subgerentes II, com intervalo de tempo de menos de 01 (um) ano.

Destarte, nego provimento.

II.2.2 - RECURSO ADESIVO DO RECLAMANTE.

A. HORAS EXTRAORDINÁRIAS.

Alega o reclamante, em suma, que: deve ser aplicada a Orientação Jurisprudencial nº 233, da SBDI-I, do c. TST, para a condenação do réu ao pagamento das horas extraordinárias do período de

junho de 2005 a maio de 2006; está provado o trabalho extraordinário, sem o seu correto registro, conforme exigência do banco; a prova oral confirmou o trabalho diário das 09 às 17 horas, até julho de 2006.

O Juízo de origem indeferiu o pagamento das horas extraordinárias referentes ao período de junho de 2005 a maio de 2006, sob o fundamento de que o reclamante não se desincumbiu do encargo probatório de que os cartões de ponto não refletem a real jornada trabalhada. Asseverou, ainda, que não há como ser aplicada a Orientação Jurisprudencial nº 233, da SBDI-I, do c. TST, por não considerar que se assemelham os trabalhos realizados no posto localizado na empresa Transpetro, em Duque de Caxias, com aquele realizado em agência bancária no bairro do Leblon, RJ.

Irreparável a sentença, no particular.

A diversidade de localidades e de postos de trabalho - Duque de Caxias X Capital / posto avançado bancário dentro de uma empresa X agência bancária de um bairro da zona sul carioca - são situações extremas que afastam a aplicação da Orientação Jurisprudencial nº 233, da SBDI-I, do c. TST.

Como também não houve prova, mais especificamente, testemunhal, quanto à jornada de trabalho realizada neste período, não há como prevalecer a tese autoral.

Nego provimento.

B. DIVISOR 150.

Sustenta o reclamante, em suma, que: o acordo coletivo de trabalho estabelece que o sábado é dia de repouso, devendo, assim, ser adotado o divisor 150 para o cálculo das horas extraordinárias.

Incabível o divisor 150 pretendido pelo recorrente, seja em razão de o art. 224, da CLT, não assegurar tal direito, seja porque o autor não fez prova da existência de previsão normativa nesse sentido.

Ademais, o sábado do bancário, apesar das normas coletivas é dia útil não trabalhado, que não se confunde com repouso remunerado,

para fins de cálculo de divisor para apuração das horas extraordinárias.

Todavia, tal vantagem não tem o condão de alterar o divisor a ser adotado no cálculo das horas extraordinárias, que permanece sendo o 180, tendo em vista que a jornada corresponde a 06 horas. Este divisor, 180, decorre de cálculo aritmético, previsto em lei (CLT, art. 64; Lei nº 8.542/1.992, art. 6º, § 1º), salvo norma interna ou coletiva que preveja divisor mais vantajoso, o que não foi apresentado pelo reclamante.

Nego provimento.

C. ADICIONAL DE 100%.

o adicional de 50% deve ser aplicado para as 02 primeiras horas extraordinárias e, para as seguintes, o adicional de 100%, conforme arts. 59 e 225, da CLT e Precedente nº 03, do TRT/RS.

Os dispositivos legais invocados pelo reclamante (CLT, arts. 59 e 225) não possuem a extensão interpretativa por ele pretendida.

Por sua vez, jurisprudência de outro Tribunal não tem efeito vinculativo a esta Corte, com aplicação *intra muros,* sendo impertinente a sua invocação.

O pedido do autor, a rigor, carece de amparo legal. Somente a previsão em regulamento interno ou norma coletiva assegurar-lhe-ia tal direito, sendo ônus do reclamante a sua prova, da qual não se desvencilhou.

Nego provimento.

D. BASE DE CÁLCULO DAS HORAS EXTRAORDINÁRIAS.

O reclamante sustenta, em suma, que: devem ser incluídas na base de cálculo das horas extraordinárias, as parcelas gratificação semestral incorporada, auxílio creche, abono único e participação nos lucros e resultados, conforme assegura a cláusula 12ª do acordo coletivo, que exemplifica essas parcelas como verbas salariais fixas; estas parcelas eram pagas com habitualidade.

O Juízo de origem determinou a aplicação da Súmula nº 264, do c. TST e indeferiu a integração pretendida, sob o fundamento de que as

normas coletivas que vieram aos autos expressamente estabelecem que as vantagens não possuem natureza salarial.

Observo, de início, que as parcelas que o reclamante pretende ver incluídas na base de cálculo das horas extraordinárias (gratificação semestral incorporada, auxílio creche, abono único e participação nos lucros e resultados), são parcelas que não são pagas com habitualidade mensal e, por sua natureza, não tem a tipicidade de integrar o salário como base de cálculo de qualquer outra vantagem remuneratória.

Como se não bastasse, o reclamante somente trouxe aos autos as convenções coletivas de trabalho (fls. 45/183).

Os acordos coletivos de trabalho que, segundo o recorrente, lhe assegurariam tal direito, não vieram aos autos.

À míngua de prova, improcede o pedido.

Nego provimento.

E. INTERVALO INTRAJORNADA.

Alega o autor, em suma, que: durante todo o período imprescrito laborou em sobrejornada, ultrapassando o limite de 06 horas diárias, sem o intervalo legal; até julho de 2006, dispunha de 15 minutos de intervalo, sendo que a partir de então, passou a gozar de 30 minutos de intervalo, os quais não eram corretamente registrados; deve ser aplicado o art. 71, § 4º, da CLT e a Orientação Jurisprudencial nº 307, da SBDI-I, do c. TST.

O Juízo de origem indeferiu o pedido, sob o fundamento de que o intervalo concedido era compatível com a jornada de trabalho de 06 horas para a qual fora contratado.

Uma vez reconhecido no recurso do réu que o reclamante estava enquadrado no art. 224, § 2º, da CLT, no período de 01/05/2006 a 26/01/2009, a consequência é que, neste mesmo período, o intervalo legal do autor era de 01 hora.

Desta forma, estando comprovado que o intervalo deste período era inferior ao legalmente estabelecido, faz jus o reclamante ao

pagamento do intervalo.

A natureza salarial do intervalo intrajornada, suprimido ou concedido parcialmente, e a sua repercussão no salário é medida que se impõe por expressa disposição legal (CLT, art. 71, § 4º).

É que a supressão ou concessão parcial do intervalo intrajornada implica o pagamento total do período correspondente, com acréscimo de 50%, equiparando-se tal prestação ao pagamento de horas extraordinárias e gerando, pois, reflexos sobre direitos calculados sobre o salário-base, nos termos das Orientações Jurisprudenciais nº 307 e 354, da SBDI-I, do c. TST.

Não bastasse isso, o art. 457, § 1º, da CLT, determina quais são as parcelas que integram o complexo salarial do trabalhador, dentre elas, o adicional compulsório compreendido em termos genéricos, na medida em que inexiste limitação quanto a espécies de adicionais.

Portanto, as horas extraordinárias do intervalo intrajornada refletem, por seu pagamento, no cálculo das demais parcelas salariais.

Dou provimento.

F. REPOUSO DO DIGITADOR.

Sustenta o autor, em suma, que: em razão da atividade penosa de digitador praticada, tinha direito ao intervalo de 10 minutos a cada 50 minutos trabalhados; contrariando a previsão normativa, bem como o item 17.6.4, letra ‘d’, da NR 17, da Portaria nº 3.751, do MTPS, a sentença não deferiu o pedido.

O Juízo de origem indeferiu o pedido, sob o fundamento de que o reclamante não exercia a função de digitador, sendo que a utilização do computador era como mera ferramenta de trabalho, não como trabalho efetivo. Destacou, ainda, que a NR 17 não obriga a concessão do intervalo, mas apenas desaconselha o trabalho contínuo, constituindo o seu descumprimento como mera infração administrativa.

Observo que o fato de a NR 17 não estabelecer o pagamento de uma indenização para o intervalo não concedido não significa que tal

parcela não seja devida.

Vale dizer, a NR 17 simplesmente concedeu um tratamento mais benéfico ao digitador (10 minutos de descanso, para cada 50 minutos de trabalho). Antes da NR 17, era pacífico o entendimento de que o digitador tem direito ao mesmo tratamento dos serviços permanentes de mecanografia, art. 72, da CLT (que estabelece um intervalo de 10 minutos para cada 90 minutos de trabalho, não deduzidos da jornada de trabalho).

Todavia, *in casu*, a prova testemunhal de fls. 619/620, em nada esclareceu acerca da forma como ocorria o trabalho do reclamante, quando caixa, ou, ainda, quando gerente. Em outras palavras, não ficou provado o trabalho direto com serviço de digitação.

Desta forma, não está regido pela NR 17, do MTE, que assegura ao digitador o intervalo de 10 minutos para cada 50 minutos trabalhados, o empregado bancário que não exerce atividades exclusivas de digitação**.**

Nego provimento.

G. DEVOLUÇÃO DOS DESCONTOS.

O autor alega, em suma, que: o empregado não pode responder pelos riscos da atividade econômica; decorre da atividade econômica patronal, o risco presumível pelo manuseio do dinheiro; deve ser acrescido à condenação a devolução do valor de R$ 59,88, acrescido de juros e correção monetária; também foram efetuados, arbitrariamente, descontos de seguro de vida em folha de pagamento, os quais devem ser restituídos, acrescidos de juros e correção monetária.

O Juízo de origem indeferiu o pedido de devolução do valor de R$ 59,88, sob o fundamento de que fora contratado o desconto correspondente à diferença de caixa. Quanto ao seguro de vida, o fundamento para o seu indeferimento foi a Súmula nº 342, do c. TST.

Os descontos salariais que totalizaram R$ 59,88 (cinquenta e nove reais e oitenta e oito centavos) corresponderam à diferença de caixa (fls. 43/44).

O desconto de tal natureza encontra autorização legal (CLT, art. 462, § 1º), pois contratado entre as partes, a fls. 237.

Inocorrendo tal permissivo contratual, eventual reposição de perda, pelo empregado, será contrária à lei, afigurando-se impróprio falar em quebra de caixa.

Como existiu, repito, esta autorização, correta a sentença que indeferiu a devolução pretendida.

Melhor sorte alcança o autor, quanto aos descontos salariais efetuados a título de seguro de vida.

A permissão para descontos salariais relativos a seguro de vida, quando da admissão do empregado (fls. 237), denuncia vício de consentimento, dado o estado de hipossuficiência a que, em regra, submetido.

O simples fato de nomear, o laborista, beneficiários, não elide a eiva apontada, porquanto mantida a pressão decorrente da diversidade econômica entre as partes.

Como se não bastasse, tais deduções salariais agridem não apenas o art. 462, da CLT, mas os princípios da intangibilidade e irredutibilidade salarial.

Há mais.

Os descontos para empresas de seguros integrantes do mesmo grupo econômico de entidade bancária caracteriza prática moderna e indisfarçável do *truck sistem*, vedado pelo ordenamento jurídico pátrio.

A nulidade da declaração emitida é inafastável, deixando de aplicar, *data venia*, a Súmula nº 342, do c. TST.

Logo, faz-se mister a devolução dos valores indevidamente descontados.

Dou provimento, no particular.

H. FRUTOS PERCEBIDOS NA POSSE DE MÁ-FÉ.

O autor sustenta, em suma, que: o réu está na posse de verbas salariais devidas e não pagas ao autor; deve ser aplicado o art.

1.216, do Código Civil; não se trata, apenas, de atualizar o crédito trabalhista, mas deferir o pagamento de parcela que repare o mau vezo de usar dinheiro alheio para angariar proveito próprio; tal fato é notório, dispensando a produção de prova, na forma do art. 334, inc. I, do CPC; deve ser aplicado o art. 1.216 do Código Civil.

Peço vênia, para adotar os fundamentos utilizados pelo Exmo. Desembargador José Geraldo da Fonseca, acerca da matéria, *in verbis*:

> "O art.1.216 do Código Civil diz que "o possuidor de má-fé responde por todos os frutos colhidos e percebidos, bem como pelos que, por culpa sua, deixou de perceber, desde o momento em que se constituiu de má-fé". Esse artigo somente se aplica à posse, e não às dívidas de dinheiro, tanto que está inserido no Título I, Capítulo III do Código Civil, que trata justamente da posse. Os frutos, a que o artigo 1.216 se refere, são os frutos do uso da coisa, e não os frutos do uso do dinheiro. Para as dívidas de dinheiro, o Código tem disciplina própria e, para o direito do trabalho, vale a L. nº 8.177/91, que regula suficientemente a lide. De fato, cai em mora quem não paga e o credor que não quer receber no tempo, lugar e forma que a lei ou o contrato dispuserem . O devedor responde pela mora e pelos juros, além da correção monetária e dos honorários de advogado . Esses são, em rigor, os efeitos do retardamento culposo do pagamento das verbas resilitórias, e nenhum outro. A

doutrina explica, com constrangedora clareza, que possuidor de má-fé é aquele que conhece o vício que macula a sua posse . Lê-se em Aristóteles , "que uma coisa não pode ser e não ser ao mesmo tempo". Falar-se em "possuidor de má-fé" implica, por senso lógico, falar de alguém que se apossa indevidamente daquilo que pertence ao outro, daquilo que o outro possuía, de boa-fé, e não possui mais, pela malícia do primeiro. Se a sociedade empresária dispensa imotivadamente um empregado, e não lhe paga as verbas rescisórias, não está, até aí, se apossando de nada que pertencesse ao empregado, exceto se se levar ao absurdo de que, exercendo sobre o contrato o seu incontestável direito potestativo de resilir, esteja se apossando de um direito expectativo, ou de uma expectativa de direito, ou de um ilíquido e futuro direito de crédito do empregado sobre eventual quantum de verbas indenizatórias. Não é a isso, por óbvio, a que o art.1.216 do Código Civil se refere. Não se pode perder de vista a localização topográfica do artigo. Direito é sistema. O artigo fala da posse, do direito de propriedade, do bem físico que alguém, por malícia, retira ao uso do outro e passa a usar e a fruir em proveito próprio. É só por isso que o art.1.216 do Código Civil pune o possuidor de má-fé não apenas com a

devolução de todos os frutos que colheu enquanto esteve na posse clandestina do bem, mas também com a restituição daqueles que, por sua culpa, deixou de auferir, e que o verdadeiro possuidor talvez colhesse porque é presumível o seu maior interesse na conservação do seu patrimônio. Se o devedor responde por suas obrigações com todos os seus bens presentes e futuros, o crédito trabalhista do empregado, que tem por fundamento a rescisão imotivada do contrato de trabalho, está garantido pela totalidade do patrimônio do devedor. Se fosse possível aplicar o art.1.216 do Código Civil às dívidas de dinheiro, o empregado, possuidor de boa-fé, teria de provar, primeiro, que o devedor se apossou, de má-fé, daquilo que lhe pertencia, mas já se viu que o que garante a obrigação decorrente da terminação do contrato de trabalho é a totalidade do patrimônio do devedor, e não este ou aquele bem, e, depois, que, de posse clandestina daquele que lhe (ao empregado) pertencia, o devedor negociou no mercado a juros abusivos e obteve ganho que, como frutos do dinheiro, devem ser repassados ao verdadeiro possuidor. Numa palavra, o empregado teria de provar, além da má-fé do patrão, que o patrão emprestou com usura o seu (do empregado) dinheiro, e não qualquer dinheiro em caixa. Ora, se esse raciocínio

> fosse rigorosamente exato, o devedor que quebra, ou cai em mora, ou não honra obrigações de pagar por inadimplemento, ou pede recuperação judicial nada teria de pagar aos empregados, seus credores, porque o simples insucesso do empreendimento seria prova bastante de que, mesmo retendo indevidamente o dinheiro que, em tese, pertencia aos empregados, nada lucrou com isso, e tanto não lucrou que foi à falência ou pediu recuperação judicial porque a bancarrota era iminente, e se, mesmo de má-fé, nada lucrou, nada tem de restituir".

Destarte, nego provimento.

I. RECOLHIMENTOS FISCAIS E PREVIDENCIÁRIOS.

Alega o recorrente, em suma, que: o banco é o responsável pelo inadimplemento dos recolhimentos fiscais e previdenciários, na época própria, devendo ser o único responsável por tal ônus; tivesse recolhido os impostos mês a mês, a faixa de contribuição seria mínima; sucessivamente, requer, a título de indenização, o valor atribuído ao empregado pelos encargos fiscais e previdenciários desta ação.

O Juízo de origem indeferiu o pedido, sob o fundamento de que a incidência do imposto de renda é determinada pelo art. 46, da Lei nº 8.541/92, e a contribuição previdenciária, pelas normas editadas pelo INSS.

A obrigatoriedade do recolhimento de imposto de renda sobre os rendimentos de pessoa física, no caso sobre o crédito da parte autora, decorre de lei imperativa e de ordem pública (art. 46, da Lei nº 8.541/92).

Todavia, o c. STJ, em sucessivas decisões, ao interpretar a legislação tributária, inclusive o art. 46, da Lei nº 8.541/92, pacificou o entendimento segundo o qual, a forma da incidência do imposto de renda

deve se processar mês a mês, observando as legislações vigentes em suas épocas próprias, segundo se vê do seguinte aresto:

> "TRIBUTÁRIO. REVISÃO JUDICIAL DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. IMPOSTO DE RENDA RETIDO NA FONTE. VALORES PAGOS ACUMULADAMENTE. 1. No cálculo do imposto incidente sobre rendimentos pagos acumuladamente, devem ser levadas em consideração as tabelas e alíquotas das épocas próprias a que se referem tais rendimentos, nos termos previstos no art. 521 do RIR (Decreto 85.450/80). A aparente antinomia desse dispositivo com o art. 12 da Lei 7.713/88 se resolve pela seguinte exegese: este último disciplina o momento da incidência; o outro, o modo de calcular o imposto. Precedentes: Resp 617081/PR, 1ª T, Min. Luiz Fux, DJ 29.05.2006 e Resp 719.774/SC, 1ª T, Min. Teori Albino Zavascki, DJ 04.04.2005. 2. Recurso especial a que se nega provimento." (STJ. 1ª Turma. Relator Ministro Teori Albino Zavascki. DJ 16/08/2007)

Por força dessas decisões reiteradas, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional publicou, em 14/05/2009, o Ato Declaratório nº 01, por meio do qual autoriza a dispensa de interposição de recursos e a desistência dos já interpostos nas ações judiciais que tratem do imposto de renda sobre rendimentos tributáveis recebidos acumuladamente:

> "ATO DECLARATÓRIO PROCURADOR-GERAL DA FAZENDA NACIONAL - PGFN Nº 1 DE 27.03.2009

> O PROCURADOR-GERAL DA FAZENDA NACIONAL, no uso da competência legal que lhe foi conferida, nos termos do inciso II do art. 19, da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002, e do art. 5º do Decreto nº 2.346, de 10 de outubro de 1997, tendo em vista a aprovação do Parecer PGFN/CRJ/Nº 287/2009, desta Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, pelo Senhor Ministro de Estado da Fazenda, conforme despacho publicado no DOU de 13/05/2009,
>
> DECLARA que fica autorizada a dispensa de interposição de recursos e a desistência dos já interpostos, desde que inexista outro fundamento relevante: "nas ações judiciais que visem obter a declaração de que, no cálculo do imposto renda incidente sobre rendimentos pagos acumuladamente, devem ser levadas em consideração as tabelas e alíquotas das épocas próprias a que se referem tais rendimentos, devendo o cálculo ser mensal e não global.".
>
> JURISPRUDÊNCIA: Resp 424225/SC (DJ 19/12/2003); Resp 505081/RS (DJ 31/05/2004); Resp 1075700/RS (DJ 17/12/2008); AgRg no REsp 641.531/SC (DJ 21/11/2008); Resp 901.945/PR (DJ 16/08/2007).
>
> LUÍS INÁCIO LUCENA ADAMS”

Ora, se a própria autoridade a quem compete preservar o crédito tributário manifesta entendimento contrário ao regime de caixa, por

coerência, parece-me deva o Judiciário posicionar-se no mesmo sentido.

Com efeito, reformulo entendimento anteriormente manifestado, no sentido de aplicação, no particular, do entendimento contido na Súmula nº 368, do c. TST.

No que diz respeito à cota previdenciária, o empregador tinha o dever legal de observar e cumprir a legislação trabalhista, efetuando o correto pagamento das verbas salariais do empregado nas épocas próprias, o que não foi feito.

Deveria, ainda, reter a cota previdenciária de responsabilidade do empregado, recolhendo-se-lhe à Previdência Social (art. 30, I, "a" e "b", da Lei nº 8.212/91).

Não cumprindo a obrigação que lhe cabia, torna-se diretamente responsável pela importância que deixou de deduzir (art. 33, § 5º, da Lei nº 8.212/91), devendo recolhê-la sem abater do valor da condenação ora imposta.

Destarte, dou provimento, para determinar o regime de competência do imposto de renda, bem como que o reclamado é o responsável direto pelo pagamento da contribuição previdenciária.

J. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

O recorrente sustenta, em suma, que: são devidos os honorários advocatícios, eis que desde a Carta Magna, o sindicato não mais exerce o monopólio na Justiça do Trabalho.

O Juízo de origem indeferiu o pedido, pela ausência dos requisitos da Lei nº 5.584/70.

Com efeito, na Justiça do Trabalho são indevidos honorários advocatícios quando não preenchidos os requisitos previstos na Lei nº 5.584/70, art. 14, §§ 1º e 2º, ou seja, miserabilidade do empregado e assistência pelo respectivo sindicato de sua categoria, consoante entendimento pacificado pelas Súmulas nº 219 e 329, ambas do c. TST.

Ademais, o art. 133, da Carta Maior, não teve o condão de revogar o *jus postulandi* das partes no Processo do Trabalho (art. 791,

CLT), pois se trata de norma com eficácia contida, ainda não regulamentada.

Na hipótese vertente, o reclamante está assistido por advogado particular (fls. 30/31), razão pela qual é indevido o pagamento da verba honorária.

Nego provimento.

III - D I S P O S I T I V O

ACORDAM os Desembargadores que compõem a 7ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região, por maioria, dar parcial provimento ao recurso ordinário interposto pelo reclamado, para determinar que as horas extraordinárias devidas no período de 01/05/2006 a 26/01/2009 são aquelas praticadas além da 8ª hora diária. Por maioria, dar parcial provimento ao recurso adesivo interposto pelo reclamante, para acrescer à condenação o pagamento do intervalo intrajornada, com reflexos no cálculo das demais parcelas salariais, bem assim a devolução dos valores correspondentes aos descontos efetuados a título de seguro de vida, e para determinar o regime de competência do imposto de renda, observando que o reclamado é o responsável direto pelo pagamento da contribuição previdenciária. Mantidos inalterados os valores já atribuídos a título de custas e condenação.

Rio de Janeiro, 9 de fevereiro de 2011.

Alexandre Teixeira de Freitas Bastos Cunha

Relator

dcz