



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 1ª REGIÃO
Gab Des Marcelo Augusto Souto de Oliveira
Av. Presidente Antonio Carlos, 251 7o andar - Gab.42
Castelo Rio de Janeiro 20020-010 RJ

PROCESSO: 0130300-17.2009.5.01.0411 – RTOOrd

A C Ó R D ã O
8ª TURMA

RECURSO ORDINÁRIO. HORAS EXTRAORDINÁRIAS. CONTROLES DE PONTO APÓCRIFOS. Os controles apócrifos não se prestam à comprovação da jornada cumprida pelo autor, pelo que devem ser havidos como inexistentes, com a conseqüente incidência do disposto no item I da Súmula nº 338 do C. TST. A circunstância de eventualmente uma testemunha, ou ainda o próprio empregado reclamante, reconhecer que marcava corretamente a jornada nos controles de frequência não implica necessariamente que os controles juntados pela empresa são aqueles corretamente consignados. A idoneidade do controle está diretamente vinculada à sua autenticidade, que é comprovada pela chancela do empregado no documento.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Recurso Ordinário nº **TRT-RO-0130300-17.2009.5.01.0411**, em que são partes: **MÁRCIO RIZKALLA DOS SANTOS**, como Recorrente, e **BANCO ITAÚ S/A**, como Recorrido.

I - RELATÓRIO

Trata-se de processo originário da MMª 1ª VT/Araruama, com sentença às fls. 462/469, da lavra do juiz **OSWALDO MESQUITA**, julgando



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 1ª REGIÃO
Gab Des Marcelo Augusto Souto de Oliveira
Av. Presidente Antonio Carlos, 251 7º andar - Gab.42
Castelo Rio de Janeiro 20020-010 RJ

PROCESSO: 0130300-17.2009.5.01.0411 – RTOrd

procedente em parte o pedido para condenar a reclamada a pagar a multa prevista no § 8º do art. 477 da CLT.

BANCO ITAÚ S/A opõe embargos declaratórios, às fls. 471/472, que são rejeitados conforme a decisão de fls. 497, 501 e 507.

MÁRCIO RIZKALLA DOS SANTOS interpõe recurso ordinário às fls. 474/492. Em suma, pretende a reforma da sentença quanto aos temas horas extraordinárias, adicional de 100%, intervalo intrajornada, sábado bancário e divisor de 150, quilômetros rodados, adicional por acúmulo de função, venda obrigatória de férias, devolução de desconto indevido, indenização por dano moral, frutos percebidos na posse de má-fé, honorários advocatícios e descontos previdenciários e fiscais.

BANCO ITAÚ S/A apresenta contrarrazões às fls. 517/539. Pugna pelo improvimento do recurso autoral.

Os autos não foram remetidos à Douta 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, ressalvado o direito de futura manifestação, caso entenda necessário.

II - FUNDAMENTAÇÃO

DO CONHECIMENTO

O Recurso Ordinário é tempestivo - as partes foram intimadas para ciência da decisão que julgou os embargos declaratórios, através de publicação no D.O., em 15/07/2011, 6ª feira (fl. 507), e o recurso foi interposto em data anterior a



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 1ª REGIÃO
Gab Des Marcelo Augusto Souto de Oliveira
Av. Presidente Antonio Carlos, 251 7o andar - Gab.42
Castelo Rio de Janeiro 20020-010 RJ

PROCESSO: 0130300-17.2009.5.01.0411 – RTOrd

essa, em 13/10/2010 (fl. 474), porém, após a publicação da sentença e sem influência da decisão dos embargos na matéria recursal - e está subscrito por advogado regularmente constituído (instrumentos de mandato às fls. 36/37). Dele conheço, pois.

DAS HORAS EXTRAORDINÁRIAS

A decisão atacada julgou improcedente o pedido, sob o fundamento de que os controles de ponto juntados pela reclamada, e que não foram impugnados pelo autor na petição inicial, demonstram jornada bem diferente daquela narrada na exordial, que tampouco foi comprovada pela prova testemunhal.

O recorrente argumenta que os controles são inidôneos, tendo sido comprovado que a reclamada não permitia a anotação correta da integralidade da jornada trabalhada. Aduz que a prova coligida pelo reclamante confirmou o labor extraordinário e a imprestabilidade das folhas de presença.

Ab initio, ressalto, no que concerne ao confronto da prova documental com a prova oral, que um dos princípios que norteiam o Direito do Trabalho é o da primazia da realidade sobre os documentos. Sendo assim, a prova documental pode e deve ser superada e sobreposta por outros meios de prova, inclusive pela confissão e pela prova testemunhal, quando estes meios revelam que o que foi documentado não corresponde à realidade fática havida na relação de emprego. Ou seja, se a prova oral revelar que a jornada consignada nos cartões de ponto não corresponde à efetiva jornada laborada pelo empregado, estas informações prevalecem sobre o controle documental da jornada de trabalho.

Segundo ensina Valentin Carrion, “*as presunções auxiliam a solução da lide*”, aduzindo que tais “*suposições são numerosas no processo*”



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 1ª REGIÃO
Gab Des Marcelo Augusto Souto de Oliveira
Av. Presidente Antonio Carlos, 251 7o andar - Gab.42
Castelo Rio de Janeiro 20020-010 RJ

PROCESSO: 0130300-17.2009.5.01.0411 – RTOOrd

trabalhista, justamente porque se presume o que 'ordinariamente acontece' ". No que concerne à jornada do empregado, ainda segundo o saudoso doutrinador, "presume-se o trabalho em jornada normal e não o trabalho em horário extraordinário ou aos domingos" (In Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho, 34ª ed. atualiz. por Eduardo Carrion - São Paulo: Saraiva, 2009, p. 630).

Ou seja, no que concerne aos fatos da lide o ordinário se presume e o extraordinário se prova. Assim, em relação ao pleito de de horas extraordinárias, o ônus da prova é do empregado, já que o fato alegado é constitutivo do direito invocado (CLT, art. 818, e CPC, art. 333, I). Isso somente não se aplica no caso de a jornada indicada na inicial não ser contestada pelo empregador, porque se presumem verdadeiros os fatos não impugnados ou, ainda, se ocorrer a possibilidade legal de inversão do ônus da prova, como na hipótese de sonegação dos controles de frequência por empresas que possuam mais de dez empregados, porque em tal hipótese os controles constituem-se em prova pré-constituída a cargo do empregador (CLT, art. 74, § 2º), de modo que, nessa situação, a lei transfere para a empresa o ônus da prova da jornada, sob pena de presunção de veracidade da jornada indicada na petição inicial (Súmula nº 338, item I, do TST).

A reclamada juntou aos autos os controles da frequência do autor a partir de fl. 300. Ao contrário do que sustenta a sentença, a inidoneidade dos controles de ponto foi expressa e enfaticamente arguida pelo autor na petição inicial, em parágrafo destacado, que ora transcrevo (fl. 03):

Não lhe foi permitido anotar a integralidade da jornada trabalhada.

*Embora a prestação do labor extraordinário tenha ocorrido permanentemente, o Banco não pagou corretamente as horas extras prestadas. Nem mesmo as esparsas horas extras anotadas foram pagas corretamente.
(destaquei)*



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 1ª REGIÃO
Gab Des Marcelo Augusto Souto de Oliveira
Av. Presidente Antonio Carlos, 251 7o andar - Gab.42
Castelo Rio de Janeiro 20020-010 RJ

PROCESSO: 0130300-17.2009.5.01.0411 – RTOrd

Ora, ao afirmar o autor que “não lhe era permitido anotar a integralidade da jornada trabalhada” e que “nem mesmo as esparsas horas extras anotadas foram pagas corretamente”, a óbvia conclusão, inescapável, a que se pode chegar é que os registros de ponto eram fraudados pela empresa, que neles não permitia que os empregados registrassem a correta jornada laborada.

Não bastasse isso, há ainda a veemente declaração autoral de fl. 417, vinda no momento processual em que lhe foi concedida a oportunidade de manifestar-se sobre os documentos juntados com a defesa, de impugnação aos demonstrativos de jornada de trabalho juntados com a defesa às fls. 300/359.

Por essas razões, é absolutamente incompreensível a declaração da sentença no sentido de que o autor não impugnou os controles, o que ora é rechaçado.

Analisando os malsinados cartões, verifico não apresentarem horários britânicos, além de registrarem algumas poucas horas extraordinárias.

Todavia, constato que os controles, em sua totalidade, não contêm a assinatura do autor. Ante tal circunstância, não podem, nos termos do disposto no art. 368 do CPC, ser considerados como prova documental, encontrando-se desprovidos do condão de contrariar a alegação autoral relativa à jornada. De fato, os controles apresentam-se imprestáveis, porque lhes falta elemento essencial que vincule o seu conteúdo à pessoa a quem supostamente se referem, a saber, a assinatura do empregado. Na forma como se encontram, não passam de documentos unilaterais emitidos pela empresa, que exerceu, de forma exclusiva, o poder de determinar-lhes o conteúdo, inclusive quanto à titularidade do exercício da jornada ali consignada.



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 1ª REGIÃO
Gab Des Marcelo Augusto Souto de Oliveira
Av. Presidente Antonio Carlos, 251 7o andar - Gab.42
Castelo Rio de Janeiro 20020-010 RJ

PROCESSO: 0130300-17.2009.5.01.0411 – RTOOrd

Os controles apócrifos não se prestam, portanto, à comprovação da jornada cumprida pelo autor, pelo quê devem ser havidos como inexistentes, com a consequente incidência do disposto no item I da Súmula nº 338 do C. TST. Nesse sentido é a jurisprudência do C. TST, como se extrai do seguinte arresto:

*AGRAVO DE INSTRUMENTO. HORAS EXTRAORDINÁRIAS. REFLEXOS. ÔNUS PROBATÓRIO. DESPROVIMENTO. [...] II – MÉRITO. HORAS EXTRAORDINÁRIASE E REFLEXOS. ÔNUS PROBATÓRIO. O Eg. Tribunal Regional, ao decidir a questão do ônus probatório referente às horas extraordinárias, consignou: “A primeira reclamada apresentou os controles de horá rio às fls. 58 e 61/62. Na Ata de fl. 102 consta que o autor impugnou os controles de freqüência por não refletirem a sua real jornada, bem como por não estarem assinados. Em depoimento pessoal (fl. 100), o autor declarou que as folhas de ponto trazidas pela ré não refletem corretamente os horários registrados durante a semana. De fato, **os controles apresentados não contêm a assinatura do reclamante, razão, pela qual não são válidos como meio de prova**, isto porque o trabalhador, ao assinar o cartão de ponto, dá autenticidade aos registros. **A ausência da assinatura torna o documento unilateral, não tendo força para comprovar a veracidade dos registros.** O documento particular não traz consigo a presunção de veracidade erga omnes”, mas somente quanto ao signatário. **Assim sendo, tendo em vista que os registros estão apócrifos, presume-se verdadeira a jornada declinada na inicial.** Portanto, a reclamada não se desincumbiu a contento de seu, ônus de provar o fato extintivo do direito do autor em relação aos registros de horário. Por decorrência, correta a decisão que, declarando a invalidade dos controles apresentados, reconheceu os horá rios indicados na inicial; cabe ao juiz de primeiro grau, que manteve contato direto com a testemunha, valorar a prova produzida. Ressalto desde já que não vislumbro a ocorrência de ofensa ao inciso II do artigo 5º da Constituição da República, pelas razões acima expostas. Friso também que os recibos de fls.57/58 apresentados pela primeira ré não podem ser levados em consideração para dedução dos valores pagos a qualquer título, inclusive horas extras, vez que também não estão assinados pelo trabalhador, não sendo capazes de fazer prova quanto aos valores ou à s parcelas neles constantes (fls. 226/227). Nas razões de recurso de revista (fls. 235/244) o reclamado, alega que juntou os controles de ponto e que o reclamante os impugnou, atraindo para si o ônus da prova da jornada de trabalho alegada na petição inicial. Requer a exclusão da condenação ao pagamento das horas extras e reflexos, com fulcro no artigo 92 do CC. Aponta como violados os artigos 818 da CLT e 333, inciso I, CPC; e contrariedade à Súmula nº 338/TST. Traz arestos para o confronto de teses. Nas razões do agravo de instrumento, o reclamado renova os mesmos argumentos do recurso de revista. Não tem razão o agravante. Com efeito, observa-se do v. acórdão transcrito que o Eg. Tribunal Regional entendeu que os controles de ponto apresentados não representavam a realidade dos fatos referente à jornada de trabalho do reclamante porque apócrifos. Tal conclusão baseou-se na prova trazida aos*



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

Gab Des Marcelo Augusto Souto de Oliveira
Av. Presidente Antonio Carlos, 251 7º andar - Gab.42
Castelo Rio de Janeiro 20020-010 RJ

PROCESSO: 0130300-17.2009.5.01.0411 – RTOOrd

*autos, inclusiva na prova colacionada pelo reclamado. A Súmula nº 338 do C. TST orienta neste sentido: JORNADA DE TRABALHO. REGISTRO. ÔNUS DA PROVA (incorporadas as Orientações Jurisprudenciais nºs 234 e 306 da SBDI-1) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005. I - É ônus do empregador que conta com mais de 10 (dez) empregados o registro da jornada de trabalho na forma do art. 74, § 2º, da CLT. A não-apresentação injustificada dos controles de frequência gera presunção relativa de veracidade da jornada de trabalho, a qual pode ser elidida por prova em contrário. (ex-Súmula nº 338 alterada pela Res. 121/2003, DJ 21.11.2003). II - A presunção de veracidade da jornada de trabalho, ainda que prevista em instrumento normativo, pode ser elidida por prova em contrário. (ex-OJ nº 234 da SBDI-1 - inserida em 20.06.2001) III - Os cartões de ponto que demonstram horários de entrada e saída uniformes são inválidos como meio de prova, invertendo-se o ônus da prova, relativo às horas extras, que passa a ser do empregador, prevalecendo a jornada da inicial se dele não se desincumbir. (ex-OJ nº 306 da SBDI-1- DJ 11.08.2003) **O v. acórdão regional coaduna-se com o disposto na Súmula nº 338, ao inverter o ônus da prova, eis que é responsabilidade do empregador comprovar fato extintivo, modificativo ou impeditivo do direito do autor;** e desse encargo, registra o Tribunal Regional, a empresa não se desincumbiu. Ilesa, pois, a Súmula mencionada. Ressalte-se que a análise feita pelo v. acórdão regional, dos documentos juntados pelo próprio reclamado, foi no sentido de que não eram suficientes para comprovar a sua própria veracidade. O que se percebe é o inconformismo do reclamado com a apreciação e valoração concreta da prova colhida pelo E. Tribunal Regional, que é soberano nessa sua análise. Não se trata, no caso concreto, de distribuição do ônus subjetivo da prova, como pretende o reclamado, mas sim do ônus objetivo e deste não há que se falar que o reclamante não se desincumbiu, pois restou provado o trabalho extraordinário, conforme consignado pelo Eg. Tribunal Regional. Assim sendo, quanto ao ônus da prova, não há que se falar em sua distribuição, quando há prova produzida nos autos. Incólumes, portanto, os artigos 818 da CLT e 333, inciso I, do CPC. Quanto aos arestos trazidos para o confronto de teses, referentes à distribuição do onus probandi, estes revelam-se imprestáveis pois partem de situação fática diversa daquela registrada nos autos, uma vez que restou comprovada que foi a empresa quem não se desincumbiu do ônus a seu encargo. Pertinência da Súmula nº 296 do C. TST. No caso, analisar tais questões, como pretendido pelo reclamado, implicaria no reexame de fatos e prova, procedimento impossível em sede de instância de natureza extraordinária. Óbice na Súmula nº 126 desta C. Corte. Em face do exposto, nego provimento ao agravo de instrumento. ISTO POSTO, ACORDAM os Ministros da Sexta Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, negar provimento ao agravo de instrumento. Brasília, 17 de junho de 2009. Firmado por assinatura digital (MP 2.200-2/2001). (NÚMERO ÚNICO PROC: AIRR – 1686/2006-245-01-40, PUBLICAÇÃO: DEJT – 26/06/2009, Acórdão 6ª Turma, Ministro Relator ALOYSIO CORRÊA DA VEIGA)*

Em ocorrendo a hipótese de apresentação pelo empregador de



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 1ª REGIÃO
Gab Des Marcelo Augusto Souto de Oliveira
Av. Presidente Antonio Carlos, 251 7o andar - Gab.42
Castelo Rio de Janeiro 20020-010 RJ

PROCESSO: 0130300-17.2009.5.01.0411 – RTOOrd

prova documental inválida, como no presente caso, a ele incumbirá comprovar a existência do fato impeditivo ao direito do autor – art. 818 da CLT c/c art. 333, inc. II do CPC. Disso não cuidou a ré.

Assim é que, pelas razões expostas, deve ser presumida a veracidade da jornada declinada pelo autor.

Mas não somente por isso. É que a prova testemunhal corroborou, em parte, as assertivas autorais. Porém, antes de passar à análise da extensão da real jornada do autor, faz-se mister enfrentar a questão de estar, ou não, o autor enquadrado em cargo de confiança bancária, questão posta pelas partes e que não foi enfrentada pela sentença de origem.

Em sua petição inicial, o autor invoca em seu favor a jornada geral dos bancários, de seis horas (fl. 03). A reclamada, na defesa, refuta essa alegação, asseverando que o autor, a partir de agosto de 2006, passou a exercer o cargo de Assistente de Gerência, estando enquadrado no art. 224, § 2º, da CLT, com jornada contratual de oito horas.

O autor, em sua réplica, à fl. 415, alega que somente exercia atribuições burocráticas, sem função de confiança, argumentando que não tinha poderes de mando ou de fiscalização, não possuía subordinados.

Segundo a legislação referente a categoria dos bancários, o bancário enquadrado no artigo 224 da CLT possui uma jornada de trabalho de seis horas, devendo ser remunerada como extra a hora trabalhada além da sexta diária. Também ensina a doutrina, bem como os precedentes da jurisprudência colhidos no próprio C. TST, que há uma divisão dos cargos de confiança da categoria dos bancários em dois grupos:

a) empregados que exercem alguma atribuição ou função interna e,



PROCESSO: 0130300-17.2009.5.01.0411 – RTOOrd

por conta disso, necessitam da confiança direta do banco-empregador. Podem ou não possuir poderes de mando ou fiscalização e, ainda, assim de forma restrita. Na verdade, em razão dessas atribuições por eles exercidas, possuem um certo destaque dentro da unidade bancária que exige um certo grau de confiança, pois ainda que seja único o ato deste empregado, poderá acarretar prejuízos ao banco; todavia, não coloca em risco a atividade-fim do empregador nem a sua existência. Estes empregados são aqueles enquadrados no art. 224, § 2º, da CLT. 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 às duas horas excedentes a sexta hora diária – itens II e IV da 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.

V - O advogado empregado de banco, pelo simples exercício da advocacia, não exerce cargo de confiança, não se enquadrando, portanto, na hipótese do § 2º do art. 224 da CLT.

VI - O caixa bancário, ainda que caixa executivo, não exerce cargo de confiança. Se perceber gratificação igual ou superior a um terço do salário do posto efetivo, essa remunera apenas a maior responsabilidade do cargo e não as duas horas extraordinárias além da sexta.

VII - O bancário exercente de função de confiança, que percebe a gratificação não inferior ao terço legal, ainda que norma coletiva contemple percentual superior, não tem direito às sétima e oitava horas como extras, mas tão-somente às diferenças de gratificação de função, se postuladas”.

b) empregados que exercem um determinado cargo no banco em que as suas atribuições substituem o dono do banco, ou seja, atuam como se proprietário fossem, estão investidos de mandato em sua forma legal, seus



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 1ª REGIÃO
Gab Des Marcelo Augusto Souto de Oliveira
Av. Presidente Antonio Carlos, 251 7o andar - Gab.42
Castelo Rio de Janeiro 20020-010 RJ

PROCESSO: 0130300-17.2009.5.01.0411 – RTOrd

encargos são de gestão e percebem remuneração superior ao padrão salarial dos demais funcionários que acaba por diferenciá-lo dos demais empregados. São os altos empregados bancários. Caso este funcionário cometa um único erro, estará colocando em risco a atividade-fim do empregador e até mesmo a sua existência. Apesar deste empregado ser bancário, diante do cargo por ele exercido, está ele regido pelo art. 62 da CLT – Súmula nº 287/TST: “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”. Tem como direitos, a percepção de gratificação do cargo, sem direito a horas extras.

No presente recurso, discute-se se o cargo exercido pelo autor possui, ou não, a fidúcia especial de que trata o § 2º, do art. 224, da CLT, de modo a excepcioná-la da jornada ordinária dos bancários, de seis horas diárias com módulo semanal de 30 horas. Certo é que, por se tratar de fato modificativo-impeditivo do direito alegado, é da reclamada o ônus de provar o preenchimento das condições impostas pelo mencionado § 2º do art. 224 da CLT.

Segundo ensina Valentin Carrion, acompanhando vasta jurisprudência, qualquer cargo de supervisão remunerado com acréscimo de 1/3 do salário do cargo-base, preenche o requisito legal para exclusão da jornada reduzida, sendo a existência ou não de subordinados “a pedra de toque para sinalizar a chefia” de que trata o § 2º do art. 224 da CLT (*in* Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho, de Valentin Carrion, 2009, Editora Saraiva, 34ª Edição, página 225).

Restou comprovado, nos autos, que o reclamante exercia a função de Assistente de Gerência e que recebia gratificação de função superior a 1/3 do salário-base, conforme se extrai da réplica autoral, às fls. 415/416 e do exame da ficha financeira de fl. 382. Na verdade, a gratificação (R\$ 949,67) era superior a



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 1ª REGIÃO
Gab Des Marcelo Augusto Souto de Oliveira
Av. Presidente Antonio Carlos, 251 7o andar - Gab.42
Castelo Rio de Janeiro 20020-010 RJ

PROCESSO: 0130300-17.2009.5.01.0411 – RTOOrd

80% (oitenta por cento) do salário-base (R\$ 1.144,17). Desse modo, somente há de se perquirir a existência de fidúcia especial, caracterizada principalmente, como se disse, pela existência de poder de mando, ainda que relativo.

No caso dos autos, restou cabalmente demonstrado que o autor não possuía empregados sob sua fiscalização e que não era depositário de qualquer fidúcia especial que o distinguisse dos demais empregados. Neste sentido, a testemunha **Angélica Nery Gonçalves Lopes**, indicada pelo autor (fls. 457/458), assim declarou:

“...; que o autor cuidava de propostas de abertura de contas, venda de produtos, resolvia problemas de clientes, que basicamente era isso; que o autor não tinha ninguém subordinado a si; que o autor estava subordinado ao gerente da agência; que todos os agentes estavam subordinados à gerência, da mesma forma que o autor; ...; que pelo que sabe o autor não tinha poder de assinar contratos quando era assistente; que se fosse abrir uma conta, por exemplo, tinha que reportar-se à gerência; que o autor não tinha autonomia total; ...

A testemunha arrolada pela ré, Sr. **Bruno Torres dos Santos**, à fl. 459, por sua vez, assim depôs:

...; que o cargo do autor era o de assistente de gerência; ...; que o assistente de gerente tinha como atribuição precípua ajudar o gerente; que ele fazia o atendimento de clientes, vendia produtos, proporcionava aos clientes obtenção de crédito; que isso eram coisas que o gerente faria se não fosse uma pessoa muito ocupada; ...; que o autor não tinha subordinados diretos a si, pessoas que obedecessem ordens suas; que por delegação o autor até poderia chefiar os demais agentes comerciais; que isto de fato acontecia nas hipóteses de ausência do gerente; que essa delegação era verbal; que quando isto acontecia o autor de fato exercia essa chefia do grupo; que inclusive foi orientado pelo próprio autor quando chegou à agência em que este trabalhava; ...

Portanto, a prova testemunhal comprova a inexistência de qualquer poder de gestão do autor sobre subordinados, inclusive porque não os tinha. Parelamente, inexistente prova de que possuísse ele qualquer fidúcia especial, presumindo-se o contrário, já que as testemunhas descrevem que as funções por



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 1ª REGIÃO
Gab Des Marcelo Augusto Souto de Oliveira
Av. Presidente Antonio Carlos, 251 7o andar - Gab.42
Castelo Rio de Janeiro 20020-010 RJ

PROCESSO: 0130300-17.2009.5.01.0411 – RTOOrd

ele exercidas eram as de mero auxiliar do gerente.

Pelo exposto, ainda que recebesse ele gratificação pela função exercida, essa gratificação apenas remunerava a maior responsabilidade do cargo, não podendo servir de base para o seu enquadramento na excludente do §2º do art. 224 da CLT. Esse é o entendimento que vem sendo consagrado no C. TST, segundo decisão que abaixo se transcreve:

“BANCÁRIO. HORAS EXTRAS. CARGO DE CONFIANÇA. Viola o art. 224, § 2º, da CLT decisão que julga configurado o exercício de cargo de confiança exclusivamente em razão do recebimento de gratificação de função superior a 50% do salário básico. Precedentes da C. SBDI1. Embargos conhecidos e providos. (...)

2. MÉRITO

A nova redação da Súmula nº 204/TST expressamente condiciona o enquadramento na hipótese legal do art. 224, § 2º, da CLT à prova da reais atribuições do empregado, nestes termos:

'Bancário. Cargo de confiança. Caracterização. 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.'

Logo, não procede decisão que aplica o dispositivo legal com fundamento exclusivamente no recebimento de gratificação de função, mesmo que esta supere em 50% o valor do salário básico, como no caso (fl. 307).

Ademais, a jurisprudência uniforme e reiterada da C. SBDI1 exige, para fins de aplicação da exceção legal, que o reclamante exerça subordinação sobre chefiados. Precedentes:

'HORAS EXTRAS. BANCÁRIO. CARGO DE CONFIANÇA. ATRIBUIÇÕES. ART. 224, § 2º, CLT. VIOLAÇÃO. INEXISTÊNCIA. 1. A configuração do cargo de confiança inscrito no artigo 224, § 2º, da CLT, a excepcionar a empregada bancária da jornada de trabalho de seis horas diárias, exige a inequívoca demonstração de grau maior de fidedelidade. 2. A SBDI1 do TST vem reiteradamente decidindo que a mera denominação do cargo de chefe, sem que haja poder de chefia e, principalmente, chefiados, não permite a inserção da empregada na exceção do § 2º do artigo 224 da CLT. 3. Não afronta o artigo 896 da CLT decisão de Turma do TST que, ao atestar a ausência dos elementos necessários à configuração do cargo de confiança bancário, mantém condenação em horas extras além da sexta diária. A mera denominação do cargo exercido - gerente de contas - não autoriza o



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

Gab Des Marcelo Augusto Souto de Oliveira
Av. Presidente Antonio Carlos, 251 7o andar - Gab.42
Castelo Rio de Janeiro 20020-010 RJ

PROCESSO: 0130300-17.2009.5.01.0411 – RTOOrd

reconhecimento de cargo de confiança bancário, máxime quando, segundo o TRT de origem, a Reclamante não detinha subordinados sob seu comando nem flexibilidade de horário, além de que não ostentava grau maior de fidedignidade, exercendo mera função comissionada. 4. Embargos não conhecidos.' (E-RR-650.806/2000, Rel. Min. João Oreste Dalazen, DJ 24.5.2002)

'2. A SBDI-1 do TST vem reiteradamente decidindo que a mera denominação do cargo de chefe, sem que haja poder de chefia e, principalmente, chefiados, não permite a inserção do Reclamante na exceção do § 2º do artigo 224 da CLT.' (E-RR-754.528/2001, Rel. Min. João Oreste Dalazen, DJ 22.2.2002)

'CARGO DE CONFIANÇA. ART. 224, § 2º, DA CLT. CARACTERIZAÇÃO. A simples nomenclatura do cargo de gerente bem como a percepção da gratificação prevista no art. 224, § 2º, da CLT não são suficientes para configurar a função de confiança, sendo necessária a comprovação de que o autor se destacava dos demais empregados no que se refere à confiança depositada, não exercendo atividades de mera rotina no Banco. A circunstância de o empregado ter subordinados tem norteador o julgador, revelando a fidedignidade especial. Recurso de Embargos de que não se conhece.' (E-RR-481.037/98, Rel. Min. João Batista Brito Pereira, DJ 5.12.2003)

'EMBARGOS - RECURSO DE REVISTA NÃO CONHECIDO - HORAS EXTRAS - CARGO DE CONFIANÇA - ARTIGO 224, § 2º, DA CLT - NÃO-CARACTERIZAÇÃO. A configuração do cargo de confiança referido no artigo 224, § 2º, da CLT, exige demonstração de grau maior de fidedignidade, percepção de gratificação no valor de um terço do salário do cargo efetivo e subordinados. Não tendo o Egrégio Tribunal Regional identificado os requisitos legais, não há como enquadrar o Reclamante na previsão do artigo. Embargos não conhecidos.' (E-RR-443.769/98, Rel. Min. Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, DJ 24.10.2003)

'EMBARGOS. RECURSO DE REVISTA. HORAS EXTRAS BANCÁRIO - CARGO DE CONFIANÇA. Esta Corte já pacificou o entendimento de que a mera nomeação do cargo e o recebimento da gratificação igual ou superior a 1/3 do salário efetivo, por si só não são suficientes para enquadrar a função na hipótese inserta no § 2º do art. 224 da CLT. Imperioso a demonstração da presença de outros requisitos que caracterizem a confiança, como a presença de chefiados.' (E-RR-343.517/97, Rel. Min. Carlos Alberto Reis de Paula, DJ 24.5.2001)

Devidamente fundamentado o recurso de revista em violação do art. 224, § 2º, da CLT, com amparo no art. 143 do RITST, dou provimento aos embargos para condenar a reclamada a pagar horas extras excedentes da sexta diária" (TST-E-RR-282.216/96.7. Relator Ministro Aloysio Corrêa da Veiga. DJ 17/06/2005).

Entendo, pois, que estava o autor submetido à jornada ordinária dos bancários, de seis horas diárias e módulo semanal de trinta horas, e que a



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

Gab Des Marcelo Augusto Souto de Oliveira
Av. Presidente Antonio Carlos, 251 7o andar - Gab.42
Castelo Rio de Janeiro 20020-010 RJ

PROCESSO: 0130300-17.2009.5.01.0411 – RTOrd

gratificação de função apenas remunerava a maior responsabilidade da função.

Embora, como já dito, a jornada da inicial já seja presumida verdadeira, em decorrência da infideldignidade dos controles, passa-se à análise do teor da prova testemunhal relativa à jornada.

A testemunha **Angélica Nery Gonçalves Lopes**, indicada pelo autor (fls. 457/458), assim declarou:

“...; que o autor costumava chegar na agência às 08h00, da mesma forma que a depoente; que ambos se viam chegando; que a depoente ia embora às 20h30/21h00; que nessa época era a chefe de serviço bancário, a tesoureira; que o autor costumava ir embora cerca de 30 minutos antes; ...; que o autor tinha intervalo; que acredita que ele tinha uns 20 ou 30 minutos; ...

O depoimento da testemunha arrolada pela ré, Sra. **Tatiana de Paulo Dias de Sousa**, às fls. 458/459, não pode ser aproveitado porque, segundo suas próprias palavras, somente laborou com ele até setembro de 2004, ou seja fora do período imprescrito.

O depoimento da testemunha arrolada pela ré, Sr. **Bruno Torres dos Santos**, à fl. 459, tampouco pode ser aproveitado, porque afirmou textualmente que não via o autor chegar e tampouco o via sair do trabalho.

Portanto, a única testemunha cujo depoimento pode ser apreciado validamente confirma a jornada alegada na inicial, qual seja, das oito às dezenove e trinta horas, com vinte minutos de intervalo (fl. 03).

Deste modo, ante a confirmação da jornada declinada na inicial, o pedido de horas extraordinárias deve ser julgado procedente.

Pela mesma motivação acima destacada – ausência de juntada dos controles e confirmação pela prova oral -, presume-se a ausência de concessão



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 1ª REGIÃO
Gab Des Marcelo Augusto Souto de Oliveira
Av. Presidente Antonio Carlos, 251 7o andar - Gab.42
Castelo Rio de Janeiro 20020-010 RJ

PROCESSO: 0130300-17.2009.5.01.0411 – RTOrd

integral do intervalo intrajornada, pois competia à reclamada demonstrar, inequivocamente, que o autor dele gozava.

A supressão do intervalo, ainda que parcial, como é o caso em exame, implica o pagamento total do período correspondente, com acréscimo de no mínimo 50%. Entendimento cristalizado na OJ nº 307 do C. TST, *in verbis*:

“Após a edição da Lei n. 8.923/1994, a não-concessão total ou parcial do intervalo intrajornada mínimo, para repouso e alimentação, implica o pagamento total do período correspondente, com acréscimo de, no mínimo, 50% sobre o valor da remuneração da hora normal de trabalho (art. 71 da CLT)”.

Tal parcela reflete nas demais verbas do contrato de trabalho, ante a sua natureza salarial, conforme dispõe a Orientação Jurisprudencial nº 354 da SBDI-I, *in verbis*:

*“INTERVALO INTRAJORNADA. ART. 71, § 4º, DA CLT. NÃO CONCESSÃO OU REDUÇÃO. NATUREZA JURÍDICA SALARIAL.
Possui natureza jurídica salarial a parcela prevista no art. 71, § 4º, da CLT, com redação introduzida pela Lei nº 8.923, de 27 de julho de 1994, quando não concedido ou reduzido pelo empregador o intervalo mínimo intrajornada para repouso e alimentação, repercutindo, assim, no cálculo de outras parcelas salariais”.*

Portanto, cabe o acréscimo na condenação em horas extraordinárias de uma hora diária pela ausência de concessão integral do intervalo intrajornada.

Dou provimento ao recurso, pois, para julgar procedente o pedido de horas extraordinárias no período que se estende do marco prescricional, que ora fixo em 10 de novembro de 2004, ante o ajuizamento da ação em 10 de novembro de 2009 (fl. 02), até a data da dispensa, considerando-se extraordinárias as horas laboradas após a sexta diária, segundo a jornada relatada na inicial, qual seja, das oito às dezenove e trinta horas, com acréscimo de uma hora extraordinária diária decorrente da ausência de concessão integral do intervalo



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 1ª REGIÃO
Gab Des Marcelo Augusto Souto de Oliveira
Av. Presidente Antonio Carlos, 251 7o andar - Gab.42
Castelo Rio de Janeiro 20020-010 RJ

PROCESSO: 0130300-17.2009.5.01.0411 – RTOrd

intrajornada.

DOS PARÂMETROS PARA O CÁLCULO DAS HORAS EXTRAORDINÁRIAS - ADICIONAL DE 100% - DIVISOR DE 150

- Do adicional de 100%

O recorrente, caso deferida a sobrejornada pleiteada, invoca o entendimento contido no Precedente Normativo nº 03 do TRT da 4ª Região como supedâneo da utilização do adicional de horas extraordinárias de 100% (cem por cento).

Todavia, como é sabido, os precedentes normativos, mesmo os editados pelo TST, como o próprio nome diz, constituem-se em jurisprudência para a criação de norma e não para aplicação. Explico. No julgamento de Dissídios Coletivos, os Tribunais do Trabalho agem como legisladores, criando normas aplicáveis aos contendentes e, para tanto, têm o poder de, no vazio legislativo, fazer nascer direitos. Os precedentes, portanto, são, por assim dizer, súmulas que orientam essa atividade de criar normas, mas não servem de jurisprudência para aplicar normas. Portanto, não constitui fonte formal de direito, mas simples orientação jurisprudencial quando, na qualidade de criador da norma, o Tribunal julga dissídio coletivo. Nesse sentido, é menos do que uma súmula, que interpreta o direito no caso concreto. Desse modo, não constitui norma apta a subsidiar a concessão do adicional requerido.

Assim, não há fundamento legal que dê respaldo ao pedido de adicional de 100% para as horas extraordinárias prestadas além da 2ª diária. A prevalecer entendimento diverso, violado seria o princípio da legalidade (CF, art. 5º, II).

Pelo exposto, **nego provimento ao recurso**, no caso.



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 1ª REGIÃO
Gab Des Marcelo Augusto Souto de Oliveira
Av. Presidente Antonio Carlos, 251 7o andar - Gab.42
Castelo Rio de Janeiro 20020-010 RJ

PROCESSO: 0130300-17.2009.5.01.0411 – RTOOrd

- Do divisor de 150

O recorrente pretende ainda que, reformada a sentença quanto às horas extraordinárias, seja utilizado o divisor de 150, uma vez que o sábado dos bancários é considerado dia de repouso remunerado pela norma coletiva da categoria.

De fato, verifica-se que o parágrafo primeiro da cláusula 8ª da norma coletiva do período de 2007/2008 (fl. 177), estabelece que os bancos devem pagar o repouso semanal remunerado relativo às horas extraordinárias laboradas, entendendo-se como repouso semanal remunerado inclusive os sábados e os feriados, quando houvesse prestação de sobrejornada pelo empregado durante toda a semana anterior.

Tal cláusula é repetida nas convenções coletivas anteriores (fls. 64 e seguintes).

Como se sabe, o art. 7º, XXVI, da Constituição Federal garante o reconhecimento dos acordos e convenções coletivas, de modo que a cláusula normativa em apreço deve ser respeitada.

Deste modo, embora se possa entender que o sábado manteve sua natureza de dia útil não trabalhado para efeito de contagem do módulo semanal de trabalho (o que possui implicação na apuração do divisor de horas extras), há expressa autorização normativa para a repercussão das horas extras na remuneração do sábado e dos feriados.

Portanto, o trabalho em jornada extraordinária, se habitual, deve ser considerado na integração dos repouso semanais, considerando-se como tal os



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 1ª REGIÃO
Gab Des Marcelo Augusto Souto de Oliveira
Av. Presidente Antonio Carlos, 251 7o andar - Gab.42
Castelo Rio de Janeiro 20020-010 RJ

PROCESSO: 0130300-17.2009.5.01.0411 – RTOOrd

sábados e feriados na situação normativamente prevista

Contudo, a jornada dos bancários vem definida em lei, sendo de seis horas por dia e de trinta por semana, com expressa exceção do sábado, segundo dispõe o art. 224 da CLT, o que implica no divisor de 180 (6 horas x 30 dias). A autorização normativa para a repercussão das horas extras na remuneração do sábado e dos feriados limita-se somente a isso, em nada autorizando a modificação da natureza jurídica dos sábados para efeito de contagem dos dias laborados na semana pelos bancários, que para tal manteve sua natureza de dia útil não trabalhado, com implicação na apuração do divisor de horas extras.

Sendo assim, no presente caso, reconhecido que o autor estava submetido à jornada ordinária dos bancários, o divisor a ser utilizado é o decorrente da lei, de 180 horas, resultado da multiplicação da jornada de seis horas por trinta, na forma do art. 64 da CLT.

Assim, **nego provimento ao recurso**, no particular.

- Dos parâmetros para o cálculo das horas extraordinárias

Ante as decisões anteriores, determina-se que, no cálculo das horas extraordinárias, sejam observados os seguintes parâmetros: (a) as horas extraordinárias deverão ser remuneradas com o adicional de 50% (cinquenta por cento); (b) são consideradas extraordinárias as horas laboradas além da trigésima semanal; (c) não se incluem no cálculo das horas extraordinárias os períodos de afastamento comprovado do autor por motivo de doença ou faltas ao serviço; (d) as horas extraordinárias deverão ser calculadas sobre o salário base acrescido das demais verbas habituais (Súmula 264 do C. TST); (e) haverá a dedução das verbas pagas sob idêntico título; (f) deverá ser utilizado o divisor 180.

São devidos os reflexos das horas extraordinárias em RSR (inclusive sábados e feriados), férias, terço constitucional sobre férias, gratificações



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 1ª REGIÃO
Gab Des Marcelo Augusto Souto de Oliveira
Av. Presidente Antonio Carlos, 251 7º andar - Gab.42
Castelo Rio de Janeiro 20020-010 RJ

PROCESSO: 0130300-17.2009.5.01.0411 – RTOOrd

natalinas, FGTS e indenização compensatória de 40% e aviso prévio.

Indefere-se, todavia, o reflexo em outras parcelas do RSR já majorado pelo reflexo das horas extras, por constituir *bis in idem*, na forma do entendimento contido na OJ nº 394 da SDI1 do C. TST, *in verbis*:

TST - Orientação Jurisprudencial nº 394 da SDI-1

REPOUSO SEMANAL REMUNERADO - RSR. INTEGRAÇÃO DAS HORAS EXTRAS. NÃO REPERCUSSÃO NO CÁLCULO DAS FÉRIAS, DO DÉCIMO TERCEIRO SALÁRIO, DO AVISO PRÉVIO E DOS DEPÓSITOS DO FGTS. (DEJT divulgado em 09, 10 e 11.06.2010)

A majoração do valor do repouso semanal remunerado, em razão da integração das horas extras habitualmente prestadas, não repercute no cálculo das férias, da gratificação natalina, do aviso prévio e do FGTS, sob pena de caracterização de “bis in idem”.

Indefere-se, ainda, a repercussão em saldo salarial, porque constitui salário em sentido estrito, de modo que é ele a base de cálculo da remuneração extraordinária, delas não podendo sofrer majoração reflexa, inclusive pela efetiva possibilidade de repercussões reflexas infinitas (horas extras calculadas sobre salário que, sofrendo repercussão de horas extras, é majorado e aumenta o valor das horas extras que volta a repercutir sobre o salário e assim sucessivamente).

Por fim, indefere-se a repercussão em vale-transporte, cujo valor corresponde à efetiva despesa com o deslocamento do trabalhador, não se alterando em função de horas extraordinárias.

DOS QUILÔMETROS RODADOS

A sentença atacada julgou improcedente o pedido de pagamento de indenização por quilômetros rodados, sob o fundamento de inexistência de prova de utilização do veículo particular do autor para atender interesses do banco.

O recorrente busca a reforma da sentença, afirmando estar incorreta a sentença quando afirma que “não há prova nos autos nem da distância



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 1ª REGIÃO
Gab Des Marcelo Augusto Souto de Oliveira
Av. Presidente Antonio Carlos, 251 7o andar - Gab.42
Castelo Rio de Janeiro 20020-010 RJ

PROCESSO: 0130300-17.2009.5.01.0411 – RTOOrd

percorrida e nem dos valores gastos pelo autor com tais despesas”.

Contudo, o autor não indica, precisamente, onde, nos autos, está a prova da utilização de seu veículo próprio em benefício da reclamada ou ainda da quantidade de quilômetros percorridos exclusivamente com essa finalidade. Essa prova tampouco é vislumbrada por este Relator. A retórica do recurso, portanto, encontra-se vazia de embasamento material e não se presta a justificar a modificação da sentença.

Ademais, entendo que, no caso, é irrelevante a existência ou não de prova da utilização, pelo autor, de seu veículo particular em benefício do banco reclamado. Isso porque não há prova de norma coletiva ou regulamento interno da empresa que ampare a pretensão. Inexiste lei que obrigue o empregador a custear as despesas de combustível e manutenção do veículo do próprio empregado, ainda que seja ele utilizado para o trabalho.

Estando a sentença correta, pois de fato não produziu o autor prova do fato constitutivo de seu direito, e também porque o pedido não encontra amparo na lei, em norma coletiva ou regulamento interno da empresa, **nego provimento ao recurso**.

DO ADICIONAL POR ACÚMULO DE FUNÇÃO

A sentença recorrida julgou improcedente o pedido de diferenças salariais por acúmulo de função, sob o fundamento de ausência de prova do acúmulo.

O autor recorrente entende que o pedido deve ser julgado procedente por ausência de impugnação específica e reafirma que acumulava as



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 1ª REGIÃO
Gab Des Marcelo Augusto Souto de Oliveira
Av. Presidente Antonio Carlos, 251 7o andar - Gab.42
Castelo Rio de Janeiro 20020-010 RJ

PROCESSO: 0130300-17.2009.5.01.0411 – RTOrd

funções de Atendente Comercial e de Assistente de Gerente.

Em princípio, entendo que o exercício de mais de uma função, por força de um único contrato de trabalho e durante a mesma jornada, não gera direito à multiplicidade de salário, salvo ajuste ou norma expressa em contrário. A exigência de exercício de mais uma tarefa pelo empregado insere-se no *jus variandi*, em seu poder diretivo, que autoriza o empregador o poder de atribuir as atividades a serem desempenhadas pelo empregado. É o entendimento que se extrai da leitura do parágrafo único do art. 456 da CLT. Sendo assim, o salário mensal corresponderia à contraprestação devida pelo empregador em virtude de todas as tarefas desenvolvidas pelo empregado, desde que tais atividades sejam compatíveis com a condição pessoal do trabalhador, ou seja, com sua qualificação profissional e seus atributos físicos e intelectuais, como determina do parágrafo único do mesmo art. 456 consolidado.

Entretanto, o caráter sinalagmático e comutativo do contrato de trabalho impõe a observância de reciprocidade e equivalência das obrigações assumidas pelas partes. Em outras palavras: não pode alguém receber salário incompatível com o trabalho executado, devendo o salário corresponder, de forma justa, ao trabalho executado, remunerando todas as atividades desenvolvidas pelo empregado que não fujam à sua qualificação profissional e outras condições pessoais.

Nesse sentido, não é correto o empregado acumular funções e receber tão-somente o salário correspondente a uma só função. Assim, ainda que não em sua literalidade, o princípio contido no art. 460 da CLT permite o deferimento de salários não pactuados quando constatado o exercício de função diferente da pactuada. O acúmulo de funções, no entanto, deve ser habitual e deve envolver função diversa daquela para a qual foi contratado o empregado. A eventualidade no exercício de outras funções ou o exercício habitual de algumas



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 1ª REGIÃO
Gab Des Marcelo Augusto Souto de Oliveira
Av. Presidente Antonio Carlos, 251 7o andar - Gab.42
Castelo Rio de Janeiro 20020-010 RJ

PROCESSO: 0130300-17.2009.5.01.0411 – RTOrd

tarefas não caracteriza alteração qualitativa apta à percepção de um *plus* salarial. Em outras palavras: a atividade secundária desenvolvida pelo empregado não pode estar inserida em sua obrigação contratual relativa à atividade principal. Em tal caso, não haverá acúmulo mas, meramente, o exercício da atividade para a qual foi contratado.

Inicialmente destaco que o autor, na petição inicial, pleiteou eu recebimento de adicional por acúmulo de função, sob a alegação de que, no período de 2004 a agosto de 2006, acumulou as funções de Atendente Comercial e de Assistente de Gerente.

Entretanto, entendo que a prova produzida – testemunhal -, no que concerne ao pedido de acúmulo de funções, mais do que frágil, é completamente omissa acerca da alegação autoral relativo ao acúmulo. De fato, nenhuma das testemunhas, em nenhum momento de seus depoimentos, efetua qualquer declaração sobre o autor ter exercido, concomitantemente, as funções de Atendente Comercial e de Assistente de Gerente.

Assim, entendo não ter sido caracterizada a novação contratual consistente em alteração qualitativa do contrato de trabalho do autor.

Pelo exposto, **nego provimento ao recurso**, no item.

DA VENDA OBRIGATÓRIA DE FÉRIAS

A decisão de 1º grau julgou improcedente o pedido, sob o fundamento de que o banco limitava-se a preferir, sugerir e pedir o gozo de vinte dias de férias, com abono de dez dias, não obrigando os empregados a tal, tanto que havia empregados que vendiam e outros que não.



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 1ª REGIÃO
Gab Des Marcelo Augusto Souto de Oliveira
Av. Presidente Antonio Carlos, 251 7o andar - Gab.42
Castelo Rio de Janeiro 20020-010 RJ

PROCESSO: 0130300-17.2009.5.01.0411 – RTOrd

O recorrente argumenta que a prova testemunhal que havia pressão e coação para o empregado tirar vinte dias de férias.

Inicialmente, transcrevo o disposto no art. 143 da CLT:

CLT:

...

Art. 143 - É facultado ao empregado converter 1/3 (um terço) do período de férias a que tiver direito em abono pecuniário, no valor da remuneração que lhe seria devida nos dias correspondentes.

Como se observa, a conversão da terça parte das férias em abono pecuniário constitui-se em faculdade do empregado. Vale dizer, o empregado possui direito potestativo de gozar trinta dias de férias e pode, exclusivamente segundo sua conveniência, converter parte delas em dinheiro, recebendo o equivalente, com acréscimo do terço constitucional. Não cabe ao empregador exigir que o empregado goze apenas vinte dias. Em ocorrendo essa hipótese, a situação é exatamente a mesma do empregado que recebe a remuneração das férias, porém sem poder gozá-las.

No caso dos autos, a prova testemunhal é categórica quanto à existência de coação para que o empregado gozasse apenas de vinte dias de férias e convertesse os outros dez em pecúnia. A testemunha **Angélica Nery Gonçalves Lopes**, indicada pelo autor (fls. 457/458), assim declarou:

“...; que sempre houve pressão no sentido de que os 30 dias de férias não fossem integralmente usufruídos; que a pressão era para que se usufruísse 20 dias e vendesse 10 dias; que isso era comunicado aos demais como se fora uma orientação superior; que o gerente é quem se encarrega disso; que os motivos é que as metas deveriam ser cumpridas; que não havia pessoal para repor; que havia também a possibilidade de serem promovidos; que a depoente sempre tirou 20 dias; que havia gente que tirava 30, mas a maioria usufruía 20 dias; ...

Segundo esse relato, o gerente da agência, afirmando seguir orientação da hierarquia superior, pressionava os subordinados para que estes gozassem apenas vinte dias de férias por ano e vendessem os demais dez dias. Ora, se um gerente geral



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

Gab Des Marcelo Augusto Souto de Oliveira
Av. Presidente Antonio Carlos, 251 7º andar - Gab.42
Castelo Rio de Janeiro 20020-010 RJ

PROCESSO: 0130300-17.2009.5.01.0411 – RTOrd

de agência afirma para os subordinados que a alta direção do banco deseja que eles não gozem vinte dias, sugerindo inclusive que isso pode prejudicar suas carreiras no que toca às promoções, está claro que isso deixa de ser entendido como sugestão e passa a ser obedecido como ordem. Essa conclusão não é mitigada pela declaração da testemunha de que havia empregados que logravam gozar os trinta dias de férias, já que estes eram poucos e, em tese, poderiam ser privilegiados pelo gerente ou laborar em atividades menos importantes para o atingimento das metas. A própria testemunha arrolada pela ré, Sra. **Tatiana de Paulo Dias de Sousa**, às fls. 458/459, confirmou o assédio gerencial para o gozo de vinte dias:

...; que sempre tirou 30 dias de férias, mas já passou pelo fato de o gerente ter tentado dissuadi-la, mais que isso, de coagi-la, a tirar 20 dias de férias ou, então, quebrá-las; que apesar de tudo isso, tirou sempre 30; que resolvia desta forma porque sabe que este era seu direito; que o fato de não ter tirado os 20 dias nunca lhe ocasionou nenhum tipo de retaliação, somente mal-estar de sentir que, para a gerência, naquele momento, não estava agindo como uma funcionária tão comprometida; que já presenciou isto acontecer com outras pessoas da agência; ...

Veja-se que a testemunha é clara: havia coação para o não gozo dos trinta dias de férias. A circunstância de a testemunha enfrentar essa coação e gozar os trinta dias é absolutamente irrelevante, já que nem todos os trabalhadores possuem uma condição pessoal que lhes possibilite resistir às coações patronais, por conta do evidente risco de perderem seus empregos.

A reparação, no caso, se provado que o autor recebeu os abonos de férias, deixando de gozar os trinta dias de férias legalmente previstas, consistiria na condenação da reclamada à dobra prevista no art. 137 da CLT, já que o direito do autor de gozar os dez dias que foi obrigado a vender, durante o prazo concessivo, foi violado pela reclamada.

Contudo, ainda que comprovada a coação da empresa, nos limites fixados pela petição inicial, que declarou que a exigência de venda de férias perdurou somente até o ano de 2006 (fl. 12), e ante a fixação do marco



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 1ª REGIÃO
Gab Des Marcelo Augusto Souto de Oliveira
Av. Presidente Antonio Carlos, 251 7o andar - Gab.42
Castelo Rio de Janeiro 20020-010 RJ

PROCESSO: 0130300-17.2009.5.01.0411 – RTOrd

prescricional quinquenal em 10 de novembro de 2004, somente poderia ser julgado procedente o pedido se restasse comprovado que o autor, no período de 10 de novembro de 2004 a 31 de dezembro de 2006, recebeu o abono de férias relativos aos dez dias vendidos. Isso porque a inicial é categórica no sentido de que ele foi obrigado a vender os dez dias, de modo que, se vendeu, necessariamente deve ter recebido. Destaco: o autor não diz que os dez dias foram simplesmente suprimidos de suas férias, inclusive porque, sendo esse o caso, o pedido seria meramente de férias não gozadas e não quitadas.

Entretanto, o autor não produziu uma única prova de ter recebido, em seus recibos salariais, os dez dias relativos aos abonos. Aliás, sequer juntou os recibos salariais do período. As fichas financeiras juntadas pela ré, a partir de fl. 360, demonstram ter ele sempre recebido a integralidade das férias, sem conjuntamente receber a rubrica respectiva do abono. Veja-se, a propósito, a ficha financeira de fl. 370, que indica ter o autor recebido a remuneração correspondente a dezenove dias de férias em setembro/2005 (R\$ 612,78) e mais o adiantamento relativo aos onze dias que seriam gozadas no mês de outubro/2005 (R\$ 1.671,21), correspondendo a trinta dias de férias. A ficha financeira não contém qualquer menção a um eventual recebimento de abono de férias. O mesmo se diga da ficha financeira de fl. 375, que registra o recebimento integral de férias de trinta dias no mês de dezembro de 2006, nada tendo sido contabilizado a título de abono de férias.

Portanto, ainda que tenha sido comprovado que, de fato, existia, mais do que pressão, coação sobre os empregados para que eles vendessem as férias, o fato é que a prova dos autos evidencia que o autor, assim como a testemunha Tatiana, resistiu a essa pressão e não vendeu os dez dias, gozando a integralidade de suas férias.

Pelo exposto, **nego provimento ao recurso**, no tópico.

DA DEVOLUÇÃO DE DESCONTO INDEVIDO



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 1ª REGIÃO
Gab Des Marcelo Augusto Souto de Oliveira
Av. Presidente Antonio Carlos, 251 7o andar - Gab.42
Castelo Rio de Janeiro 20020-010 RJ

PROCESSO: 0130300-17.2009.5.01.0411 – RTOrd

A decisão *a quo* julgou improcedente o pedido, sob o fundamento de que o C. TST já pacificou o entendimento de que descontos para seguro de vida nada têm de ilegais.

O recorrente alega que os descontos violam os princípios da intangibilidade e irredutibilidade dos salários, previstos no art. 462 da CLT, e, ademais, não trazem benefícios reais ao empregado.

Inicialmente transcreve-se o teor da Súmula nº 342 do C. TST:

“Descontos salariais efetuados pelo empregador, com autorização prévia e por escrito do empregado, para ser integrado em planos de assistência odontológica, médico-hospitalar, de seguro, de previdência privada, ou de entidade cooperativa, cultural ou recreativo-associativa de seus trabalhadores, em seu benefício e de seus dependentes, não afronta o disposto no art. 462 da CLT, salvo se ficar demonstrada a existência de coação ou de outro defeito que vicie o ato jurídico” (Grifou-se).

Como se pode observar, o entendimento do C. TST acompanha o princípio da intangibilidade dos salários (art. 462 da CLT), no sentido de que toda e qualquer retenção ou desconto efetuado na remuneração dos empregados deve ser justificado pelo empregador, assim como conter a autorização prévia e por escrito do empregado.

Neste diapasão é o magistério do Prof. Sérgio Pinto Martins em sua obra *Direito do Trabalho*, 2ª ed., Editora Malheiros, 1995, p. 236, onde leciona que *“serão lícitos os descontos mencionados se houver autorização prévia e por escrito do empregado, pois caso não exista autorização anterior e por escrito o desconto não será válido. Assim, é possível entender que o desconto não poderá ser feito tacitamente, mas somente por escrito e com antecedência”*. Destaquei.

Em sendo comprovado o desconto salarial, cabe ao empregador, consoante o disposto nos artigos 818 da CLT e 333, II, do Código de Processo



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 1ª REGIÃO
Gab Des Marcelo Augusto Souto de Oliveira
Av. Presidente Antonio Carlos, 251 7o andar - Gab.42
Castelo Rio de Janeiro 20020-010 RJ

PROCESSO: 0130300-17.2009.5.01.0411 – RTOOrd

Civil, comprovar a autorização por escrito do autor de forma a legitimá-los, o que deverá fazer através da comprovação da existência de qualquer documento assinado pelo reclamante que noticie sua permissão para os descontos.

E, no presente caso, a reclamada de fato comprovou que o autor concordou com o desconto para o seguro de vida em grupo, conforme os documentos de fls. 262/264. Aliás, a concordância com os descontos, de seguro de vida ou de plano de saúde, é incontroversa, limitando-se o autor a alegar a inexistência de um benefício real para si, pois não poderia ter usufruído do numerário correspondente à sua morte, durante o contrato, e uma vez demitido perde a condição de beneficiado. A tese é estapafúrdia e beira o *non sense*. O recorrente pretende que, já que a indenização decorrente de sua morte beneficiaria, não a si mesmo, mas sua família, disso não lhe resultaria qualquer benefício. Ou seja, segundo a tese do recorrente, seguros de vida, sem exceção, não trazem benefícios aos segurados, já que todos prevêm a morte do segurado como condição para o pagamento da indenização aos beneficiários. Dito ainda de um outro modo: o recorrente sustenta que a paz e a tranquilidade de sua própria família, que é o objetivo de se fazer um seguro de vida, não constituem, para si, um benefício. Se isso constituir a realidade do pensamento do autor, e não de mera retórica e excesso na defesa do direito, trata-se de evidente demonstração de extremo egoísmo, que todavia não afasta a conclusão lógica de que o seguro de vida constitui, sim, um relevante benefício moral para o próprio segurado e não para os beneficiários, já que reconforta saber, pelo menos aos indivíduos mentalmente sãos, que os entes queridos ficarão em posição financeira confortável mesmo após a sua morte.

Não bastasse isso, a proposta de seguro de fl. 262 revela que o seguro não é somente de vida, como também de acidentes pessoais. Ou seja, ainda que aceita a egoística tese autoral, havia de fato um benefício direto para o autor, caso o sinistro envolvesse lesão corporal com incapacidade parcial ou total



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 1ª REGIÃO
Gab Des Marcelo Augusto Souto de Oliveira
Av. Presidente Antonio Carlos, 251 7o andar - Gab.42
Castelo Rio de Janeiro 20020-010 RJ

PROCESSO: 0130300-17.2009.5.01.0411 – RTOrd

para o trabalho, caso em que a indenização devida lhe seria paga diretamente e não para os beneficiários indicados na apólice.

Inexistindo evidência de coação do empregado ou outro qualquer defeito ou vício de vontade que macule o ato jurídico, os descontos, autorizados pelo empregado, são válidos.

Portanto, **nego provimento ao recurso do reclamante.**

DA INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL

A sentença de 1º grau julgou improcedente o pedido, sob o fundamento de inexistência de prova da lesão alegada, aduzindo que a mera cobrança de metas, por si, não é capaz de produzir tal lesão.

O autor recorrente afirma que havia cobrança de cumprimento das atividades diárias com ameaças de demissão e cobrança excessiva, o que constitui assédio moral. Entende que a prova testemunhal comprovou a alegação.

Não há dúvida de que a ordem jurídica tutela não apenas bens materiais ou aqueles patrimoniais, mas também aqueles bens de índole moral, bens que, às vezes, são psíquicos, sentimentais, relacionados à esfera íntima, a privacidade da pessoa, como a honra.

“Constituição Federal:

Art. 5º – Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

...

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

...

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 1ª REGIÃO
Gab Des Marcelo Augusto Souto de Oliveira
Av. Presidente Antonio Carlos, 251 7o andar - Gab.42
Castelo Rio de Janeiro 20020-010 RJ

PROCESSO: 0130300-17.2009.5.01.0411 – RTOrd

“pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;”

Como se sabe, os elementos da responsabilidade civil (da obrigação de indenizar), da qual o dano moral é mera espécie, são: a) a prática de um ato ilícito; b) o dano causado por este ato ilícito e c) o nexo de causa e efeito entre o ato e o dano.

Paralelamente, constitui assédio moral no trabalho toda e qualquer conduta abusiva, manifestando-se, sobretudo, por comportamentos, palavras, atos, gestos, escritos que possam trazer dano à personalidade, à dignidade ou à integridade física ou psíquica de uma pessoa, pôr em perigo seu emprego ou degradar o ambiente de trabalho.

O assédio também tem lugar através de atos mais concretos, como rigor excessivo, confiar tarefas inúteis ou degradantes, desqualificação, críticas em público, xingamentos, isolamento, inatividade forçada, ameaças, exploração de fragilidade psíquicas e físicas, limitação ou coibição de qualquer inovação ou iniciativa do trabalhador, obrigação de realizar autocríticas em reuniões públicas, exposição ao ridículo; inclusão no rol de empregados de menor produtividade; divulgação de doenças e problemas pessoais de forma direta e/ou pública etc.

Por sua vez, o pioneiro no assunto, o sueco HEINZ LEYMAN, conceitua o assédio moral como a deliberada degradação das condições de trabalho através do estabelecimento de comunicações não éticas (abusivas), que se caracterizam por um comportamento hostil de um superior ou colega contra um indivíduo que apresenta, como reação, um quadro de miséria física, psicológica e social duradoura. E isso é suficiente para causar abalo psicológico, desconforto excessivo.

A primeira abordagem, então, deve ser sobre a existência ou não de ato ilícito capaz de gerar dor extrema, um desconforto excessivo. Transcrevo o



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

Gab Des Marcelo Augusto Souto de Oliveira
Av. Presidente Antonio Carlos, 251 7o andar - Gab.42
Castelo Rio de Janeiro 20020-010 RJ

PROCESSO: 0130300-17.2009.5.01.0411 – RTOrd

depoimento da testemunha **Angélica Nery Gonçalves Lopes**, indicada pelo autor (fls. 457/458):

“...; que Flávio era gerente; que ele era uma pessoa normal; que nunca teve nada contra ele; que era um gerente atuante, com umas cobranças; que viu Flávio sempre cobrando metas; que quando a agência ia bem as cobranças eram feitas de forma mais leve; que quando a agência vai mal, as cobranças são feitas de uma forma aterrorizante; que nunca viu Flávio chamando ninguém de incompetente; que já viu Flávio, por exemplo, dizendo aos demais “antes de ser derrubado, derrubaria todos os outros”; que a depoente acha que não precisava de tanta ênfase; ...

Segundo esse relato, ainda que comprove a ameaça de demissão, não havia tratamento degradante ou vexatório por parte do gerente geral em relação aos subordinados ou, ainda, cobrança excessiva de metas dirigida especificamente ao reclamante. Limitava-se ele, de uma forma geral, a pressionar todos os gerentes subalternos quanto ao cumprimento das metas estabelecidas. É possível que a pressão tenha sido forte, mas não desbordava dos limites aceitáveis da urbanidade e daquilo que o homem-médio deve esperar de um mercado de trabalho competitivo como o do sistema financeiro.

O que a testemunha relata é a existência de forte pressão, exercida pelo gerente da agência, na cobrança das metas. Mas o relato não comprova, de forma nenhuma, a existência de algum tipo de humilhação, agressividade, tratamento degradante ou mesmo falta de cortesia. A testemunha apenas o ouviu afirmar que “antes de ser derrubado, derrubaria todos os outros”. Ora, tal advertência, dirigida aos gerentes subalternos de forma geral e não ao autor particularmente, busca sinalizar que o descumprimento das metas poderia ensejar a dispensa. Ou seja, dizia o óbvio. Qualquer empregado sabe que se deixar de cumprir as metas desejadas pelo patrão corre o risco de perder o emprego. Entretanto, esse fato, por si só, não é capaz de ensejar a indenização pleiteada.

Assim, concluo que a mera “pressão” na cobrança de cumprimento das metas estabelecidas, ainda que realizada de forma forte pelo superior



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 1ª REGIÃO
Gab Des Marcelo Augusto Souto de Oliveira
Av. Presidente Antonio Carlos, 251 7o andar - Gab.42
Castelo Rio de Janeiro 20020-010 RJ

PROCESSO: 0130300-17.2009.5.01.0411 – RTOOrd

hierárquico, mas sem comprovação de tratamento degradante ou vexatório para o trabalhador e sem desbordar dos limites aceitáveis da urbanidade, por si só, não configura assédio moral e não é capaz de ensejar a indenização pleiteada.

Pelo exposto, **nego provimento ao recurso ordinário**, no tópico.

DOS FRUTOS PERCEBIDOS NA POSSE DE MÁ-FÉ

A decisão atacada julgou improcedente o pedido, sob o fundamento de que a tese de posse de má-fé não possui repercussão trabalhista.

O autor recorrente invoca os arts. 114, da Constituição Federal, e 1.216, do Código Civil, argumentando que o banco-reclamado, deixando de pagar os direitos devidos, tira vantagens dos empréstimos que faz do dinheiro, utilizando dinheiro alheio para angariar proveito próprio.

Não há dúvida de que a posse de má-fé produz, como consequência jurídica, a obrigação de o possuidor de má fé responder por todos os prejuízos que causar ao esbulhado, notadamente pelos frutos da coisa, tantos os colhidos e percebidos, como os que, por culpa sua, deixaram de ser percebidos. Destaca-se que o possuidor de má-fé não tem direito a quaisquer frutos.

Todavia, no presente caso, embora reconhecido o inadimplemento de obrigações trabalhistas, não restou comprovado que tal inadimplemento ocorreu em virtude de má-fé da reclamada, ou seja, de que tenha ela agido com o dolo de se apropriar indevidamente dos créditos do reclamante para obtenção de lucro no mercado financeiro, como alegado pela recorrente. E má-fé, como se sabe, não basta ser alegada, sendo mister sua prova inequívoca.

De todo o exposto, **nego provimento ao recurso ordinário**, no particular.



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 1ª REGIÃO
Gab Des Marcelo Augusto Souto de Oliveira
Av. Presidente Antonio Carlos, 251 7o andar - Gab.42
Castelo Rio de Janeiro 20020-010 RJ

PROCESSO: 0130300-17.2009.5.01.0411 – RTOrd

DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

A decisão irresignada julgou improcedente o pedido de honorários advocatícios, por não preenchidos os requisitos da Lei nº 5.584/70.

O autor renova o pedido.

Todavia, comungo do entendimento de que, no processo do trabalho, mantém-se o *jus postulandi* das partes, de maneira que a presença do advogado não é obrigatória, embora aconselhável.

Assim, os honorários advocatícios somente são devidos nesta Justiça Laboral quando preenchidos os requisitos da Lei 5.584/70, ou seja, (a) miserabilidade Jurídica e (b) assistência sindical. Este é o entendimento contido na Súmula nº 329 do C. TST, que assim dispõe:

“Na Justiça do Trabalho, a condenação em honorários advocatícios, nunca superiores a 15%, não decorre pura e simplesmente da sucumbência, devendo a parte estar assistida por sindicato da categoria profissional e comprovar a percepção de salário inferior ao dobro do mínimo legal, ou encontrar-se em situação econômica que não lhe permita demandar sem prejuízo do próprio sustento ou da respectiva família.”

Logo, não há falar no pagamento de honorários advocatícios ao reclamante, se não preenche ele os requisitos dos arts. 14 e seguintes da Lei nº 5.584/1970. E no presente caso o reclamante está assistido por advogado particular (fl. 36), razão pela qual é indevido o pagamento da verba honorária.

Nego provimento ao recurso, no tópico.

DOS DESCONTOS PREVIDENCIÁRIOS E FISCAIS



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 1ª REGIÃO
Gab Des Marcelo Augusto Souto de Oliveira
Av. Presidente Antonio Carlos, 251 7o andar - Gab.42
Castelo Rio de Janeiro 20020-010 RJ

PROCESSO: 0130300-17.2009.5.01.0411 – RTOOrd

A decisão sob exame declarou que, sobre a única parcela deferida, multa do art. 477, § 8º, da CLT, não incide contribuição previdenciária ou imposto de renda.

O recorrente pretende, caso acolhido o recurso, que os descontos previdenciários e fiscais sejam imputados exclusivamente à reclamada, argumentando que a falta de recolhimento oportuno alforria o empregado.

Inicialmente, destaco que o imposto de renda de fato deve ser calculado sobre o montante a ser pago ao autor, nos exatos termos do artigo 46, da Lei 8.541/92, observando-se as isenções previstas na legislação tributária.

Todavia, o art. 20 da Medida Provisória n.º 497/2010, convertido no art. 44 da Lei n.º 12.350, de 20 de dezembro de 2010, alterou a Lei n.º 7.713/1988, nela incluindo o art. 12-A, definindo nova forma de cálculo do imposto de renda sobre valores acumulados de rendimentos do trabalho, pagos espontaneamente pelo empregador ou por força de decisão judicial trabalhista, inclusive afastando sua incidência sobre determinados valores, como pensão alimentícia e honorários advocatícios não indenizados. Transcreve-se o art. 12-A da referida Lei n.º 7.713/1988:

Lei n.º 7.713, de 22 de dezembro de 1988.

Altera a legislação do imposto de renda e dá outras providências.

...

Art. 12-A. Os rendimentos do trabalho e os provenientes de aposentadoria, pensão, transferência para a reserva remunerada ou reforma, pagos pela Previdência Social da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, quando correspondentes a anos-calendários anteriores ao do recebimento, serão tributados exclusivamente na fonte, no mês do recebimento ou crédito, em separado dos demais rendimentos recebidos no mês. (Incluído pela Lei n.º 12.350, de 2010)

§ 1o O imposto será retido pela pessoa física ou jurídica obrigada ao pagamento ou pela instituição financeira depositária do crédito e calculado sobre o montante dos rendimentos pagos, mediante a utilização de tabela progressiva resultante da multiplicação da quantidade de meses a que se



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

Gab Des Marcelo Augusto Souto de Oliveira
Av. Presidente Antonio Carlos, 251 7o andar - Gab.42
Castelo Rio de Janeiro 20020-010 RJ

PROCESSO: 0130300-17.2009.5.01.0411 – RTOOrd

refiram os rendimentos pelos valores constantes da tabela progressiva mensal correspondente ao mês do recebimento ou crédito. (Incluído pela Lei nº 12.350, de 2010)

§ 2o Poderão ser excluídas as despesas, relativas ao montante dos rendimentos tributáveis, com ação judicial necessárias ao seu recebimento, inclusive de advogados, se tiverem sido pagas pelo contribuinte, sem indenização. (Incluído pela Lei nº 12.350, de 2010)

§ 3o A base de cálculo será determinada mediante a dedução das seguintes despesas relativas ao montante dos rendimentos tributáveis: (Incluído pela Lei nº 12.350, de 2010)

I – importâncias pagas em dinheiro a título de pensão alimentícia em face das normas do Direito de Família, quando em cumprimento de decisão judicial, de acordo homologado judicialmente ou de separação ou divórcio consensual realizado por escritura pública; e (Incluído pela Lei nº 12.350, de 2010)

II – contribuições para a Previdência Social da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. (Incluído pela Lei nº 12.350, de 2010)

§ 4o Não se aplica ao disposto neste artigo o constante no art. 27 da Lei no 10.833, de 29 de dezembro de 2003, salvo o previsto nos seus §§ 1o e 3o. (Incluído pela Lei nº 12.350, de 2010)

§ 5o O total dos rendimentos de que trata o caput, observado o disposto no § 2o, poderá integrar a base de cálculo do Imposto sobre a Renda na Declaração de Ajuste Anual do ano-calendário do recebimento, à opção irreatável do contribuinte. (Incluído pela Lei nº 12.350, de 2010)

§ 6o Na hipótese do § 5o, o Imposto sobre a Renda Retido na Fonte será considerado antecipação do imposto devido apurado na Declaração de Ajuste Anual. (Incluído pela Lei nº 12.350, de 2010)

§ 7o Os rendimentos de que trata o caput, recebidos entre 1o de janeiro de 2010 e o dia anterior ao de publicação da Lei resultante da conversão da Medida Provisória no 497, de 27 de julho de 2010, poderão ser tributados na forma deste artigo, devendo ser informados na Declaração de Ajuste Anual referente ao ano-calendário de 2010. (Incluído pela Lei nº 12.350, de 2010)

§ 8o (VETADO) (Incluído pela Lei nº 12.350, de 2010)

§ 9o A Secretaria da Receita Federal do Brasil disciplinará o disposto neste artigo. (Incluído pela Lei nº 12.350, de 2010)

Assim, a partir da publicação da referida MP 497/2010, o imposto de renda incidente sobre os rendimentos decorrentes de decisão judicial é calculado



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 1ª REGIÃO
Gab Des Marcelo Augusto Souto de Oliveira
Av. Presidente Antonio Carlos, 251 7o andar - Gab.42
Castelo Rio de Janeiro 20020-010 RJ

PROCESSO: 0130300-17.2009.5.01.0411 – RTOOrd

sobre o valor total da condenação deduzido da contribuição previdenciária, de eventual pensão alimentícia e das despesas com a ação judicial, inclusive honorários advocatícios pagos pelo contribuinte e não indenizados pela própria decisão judicial. O valor líquido daí apurado será submetido a uma tabela progressiva própria, especial, que será apurada da seguinte forma: os valores da tabela progressiva do mês do recebimento do crédito deverão ser multiplicados pelo número de meses a que se referem os rendimentos recebidos.

Como exemplo, imagine-se um trabalhador que recebe determinado valor no mês de abril de 2010, em decorrência de sentença judicial trabalhista que lhe reconheceu certo direito que lhe foi sonogado no mês de abril de 2009, portanto doze meses antes do recebimento do crédito. A tabela progressiva relativa ao mês de recebimento do crédito (abril de 2010) é a seguinte:

Tabela Progressiva para o cálculo mensal do Imposto de Renda de Pessoa Física a partir do exercício de 2011, ano-calendário de 2010.		
Base de cálculo mensal em R\$	Alíquota %	Parcela a deduzir do imposto em R\$
Até 1.499,15	-	-
De 1.499,16 até 2.246,75	7,5	112,43
De 2.246,76 até 2.995,70	15,0	280,94
De 2.995,71 até 3.743,19	22,5	505,62
Acima de 3.743,19	27,5	692,78

(extraída de <http://www.receita.fazenda.gov.br/aliquotas/ContribFont.htm>, em 28/12/2010)

A partir da tabela supra, alcança-se a tabela progressiva específica para a apuração do imposto de renda no exemplo dado, a partir da multiplicação de todos os valores acima pelo número de meses a que se refere o rendimento recebido, no caso, doze meses. A tabela progressiva a ser utilizada no exemplo fica assim:

Tabela Progressiva Própria		
Base de cálculo mensal em R\$	Alíquota %	Parcela a deduzir do imposto em R\$



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 1ª REGIÃO
Gab Des Marcelo Augusto Souto de Oliveira
Av. Presidente Antonio Carlos, 251 7o andar - Gab.42
Castelo Rio de Janeiro 20020-010 RJ

PROCESSO: 0130300-17.2009.5.01.0411 – RTOOrd

Até 17.989,80	-	-
De 17.989,81 até 26.961,00	7,5	1,349.16
De 26.961,01 até 35.948,40	15,0	3,371.28
De 35.948,41 até 44.918,28	22,5	6,067.44
Acima de 44.918,29	27,5	8,313.36

No exemplo dado, qualquer crédito trabalhista acumulado cujo valor líquido seja inferior a R\$ 17.989,80 estaria isento de tributação. Na segunda faixa de tributação, a alíquota seria de 7,5%, com parcela a deduzir de R\$ 1.349,16. E assim sucessivamente. Somente condenações com valor líquido superior a R\$ 44.918,29 estariam sujeitas à alíquota máxima de 27,5%, com direito à dedução de R\$ 8.313,36.

Não há dúvida de que a nova metodologia de cálculo do imposto de renda incidente sobre rendimentos trabalhistas acumulados reduz substancialmente a possibilidade de prejuízo ao trabalhador pela acumulação indevida de seus créditos, já que promove um aumento da tabela progressiva das alíquotas proporcional ao tempo de duração do inadimplemento, o que implica correspondente aumento da faixa de isenção e de incidência progressiva das alíquotas devidas. Assim, não cabe a condenação do empregador por eventual imposto pago a maior sem a inequívoca demonstração do prejuízo.

No que tange à contribuição previdenciária, não há falar em responsabilidade exclusiva do empregador, e nem invocar o § 5º do art. 33 da Lei nº 8.212/91, que assim dispõe:

Art. 33. ...

...

§ 5º O desconto de contribuição e de consignação legalmente autorizadas sempre se presume feito oportuna e regularmente pela empresa a isso obrigada, não lhe sendo lícito alegar omissão para se eximir do recolhimento, ficando diretamente responsável pela importância que deixou de receber ou arrecadou em desacordo com o disposto nesta Lei.



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 1ª REGIÃO
Gab Des Marcelo Augusto Souto de Oliveira
Av. Presidente Antonio Carlos, 251 7o andar - Gab.42
Castelo Rio de Janeiro 20020-010 RJ

PROCESSO: 0130300-17.2009.5.01.0411 – RTOrd

Entretanto, o dispositivo concerne à relação entre o empregador e o Fisco, estando este último autorizado a executar diretamente o primeiro em caso de omissão na retenção da cota-parte do empregado na contribuição previdenciária devida pelos valores efetivamente pagos no curso do contrato de trabalho, já que a retenção constitui responsabilidade tributária acessória do empregador. Essa autorização, contudo, não impede que a empresa, em ação regressiva, exija do empregado o ressarcimento do valor por ela recolhido, pois a obrigação principal de fato é do empregado por força de lei.

E mais, o referido dispositivo não diz respeito às verbas trabalhistas reconhecidas em sentença judicial trabalhista e ainda não pagas. Somente na hipótese de ausência de retenção, pela empresa reclamada, da cota do empregado no momento do pagamento do crédito judicialmente reconhecido é que poderia o INSS fazer valer o disposto no dispositivo em comento.

Desta forma, não há falar em responsabilidade exclusiva do empregador pelo pagamento das contribuições previdenciárias. O autor deverá responder por sua cota-parte na contribuição previdenciária, cabendo ao banco-reclamado proceder ao cálculo, dedução e recolhimento dos valores devidos à previdência social, conforme dispõe o item III da Súmula nº 368 do C.TST, valor esse que deve ser abatido do montante a ser pago à parte autora, exceto, por óbvio, a cota patronal a título de contribuição previdenciária, pois a empresa também é contribuinte *ex vi legis*.

Por fim, ressalto não haver como existir prejuízo para o reclamante, na medida em que, na forma do art. 28, § 5º, da Lei nº 8.212/91, a contribuição previdenciária devida pelo empregado é limitada ao teto do salário de contribuição. Ou seja, a acumulação de valores não poderá importar em aumento do valor a ser recolhido por parte da reclamante.

Portanto, **nego provimento ao apelo** e determino, *ex officio*, que, na apuração do imposto de renda, seja utilizada a tabela progressiva instituída pela Lei nº 12.350, de 20 de dezembro de 2010.



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 1ª REGIÃO
Gab Des Marcelo Augusto Souto de Oliveira
Av. Presidente Antonio Carlos, 251 7o andar - Gab.42
Castelo Rio de Janeiro 20020-010 RJ

PROCESSO: 0130300-17.2009.5.01.0411 – RTOrd

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

ACORDAM os Desembargadores que compõem a 8ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região, por unanimidade, conhecer o Recurso Ordinário e, no mérito, por maioria, a ele DAR PARCIAL PROVIMENTO para julgar procedente o pedido de horas extraordinárias no período que se estende do marco prescricional, fixado em 10 de novembro de 2004, até a data da dispensa, considerando-se extraordinárias as horas laboradas após a sexta diária, segundo a jornada relatada na inicial, qual seja, das oito às dezenove e trinta horas, com acréscimo de uma hora extraordinária diária decorrente da ausência de concessão integral do intervalo intrajornada. Tudo conforme a fundamentação. A natureza das parcelas deferidas é aquela prevista no art. 28 e parágrafos da Lei nº 8.212/91. A parte reclamada deverá proceder ao cálculo, dedução e recolhimento dos valores devidos à previdência social e ao imposto de renda - (Provs. 01/96 e 02/93 da CG/TST), os quais serão abatidos do montante a ser pago à parte reclamante. O imposto de renda eventualmente devido será calculado sobre o montante a ser pago à parte autora, nos termos do artigo 46, da Lei 8.541/92, observando-se as isenções previstas na legislação tributária e os ditames do art. 44 da Lei nº 12.350/2010 que definiu nova forma de cálculo do imposto de renda sobre valores acumulados de rendimentos do trabalho, pagos espontaneamente pelo empregador ou por força de decisão judicial trabalhista. Juros e correção monetária, na forma da lei. O índice a ser adotado para a atualização monetária é aquele previsto na Súmula nº 381/TST. A liquidação será realizada por simples cálculos. Atribui-se à condenação o novo valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), com custas no importe de R\$ 2.000,00 (dois mil reais), pela reclamada.

Rio de Janeiro, 08 de novembro de 2011.



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 1ª REGIÃO
Gab Des Marcelo Augusto Souto de Oliveira
Av. Presidente Antonio Carlos, 251 7o andar - Gab.42
Castelo Rio de Janeiro 20020-010 RJ

PROCESSO: 0130300-17.2009.5.01.0411 – RTOrd

MARCELO AUGUSTO SOUTO DE OLIVEIRA
Desembargador Federal do Trabalho
Relator

MASO/maf/cal