



Poder Judiciário
Justiça do Trabalho
Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região

Recurso Ordinário Trabalhista 1000169-88.2021.5.02.0054

Relator: IVETE RIBEIRO

Processo Judicial Eletrônico

Data da Autuação: 24/02/2022

Valor da causa: R\$ 404.958,68

Partes:

RECORRENTE: SIMONE DOMINGUES SENDINEZ

ADVOGADO: LUIS GUSTAVO SILVERIO

RECORRENTE: BANCO DO BRASIL SA

ADVOGADO: MOISES DE OLIVEIRA SILVA

RECORRIDO: SIMONE DOMINGUES SENDINEZ

ADVOGADO: LUIS GUSTAVO SILVERIO

RECORRIDO: BANCO DO BRASIL SA

ADVOGADO: MOISES DE OLIVEIRA SILVA



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 2ª REGIÃO

RELATORA: IVETE RIBEIRO

PROCESSO TRT/SP Nº 1000169-88.2021.5.02.0054 - 4ª TURMA

RECURSOS ORDINÁRIOS

RECORRENTES: SIMONE DOMINGUES SENDINEZ E BANCO DO BRASIL S/A

RECORRIDOS: OS MESMOS

ORIGEM: 54ª VARA DO TRABALHO DE SÃO PAULO

RELATÓRIO

Contra a r. sentença de fls. 1794/1804 (ID. 684ee07), cujo relatório adoto, complementada às fls. 1813/1814 (ID. ed6de4b) e fls. 1821/1822 (ID. ccd6042) ante os embargos de declaração opostos às fls. 1806/1812 (ID. 60ad28f) e fls. 1816/1820 (ID. 4cd6984), que julgou procedente em parte a ação trabalhista, recorrem ordinariamente as partes.

Intenta a reclamante, por meio do arrazoadado de fls. 1824/1848 (ID. 914be2e), a modificação do julgado no que concerne aos descontos indevidos, equiparação salarial, participação nos lucros e resultados e importe atribuído à indenização por danos morais.

O reclamado, por sua vez, através das razões de fls. 1857/1951 (ID. 0526a84), busca a alteração do decidido quanto ao protesto antipreclusivo, prescrição quinquenal, limitação da condenação aos valores indicados na inicial, antecipação da tutela, incorporação da gratificação de função, base de cálculo da participação nos lucros e resultados, horas extras, compensação das horas extras deferidas com a gratificação de função, base de cálculo, reflexos, indenização por danos morais, multa normativa, recolhimentos previdenciários e fiscais, justiça gratuita, honorários advocatícios, juros e correção monetária.

Contrarrazões às fls. 1958/1971 (ID. 658e3e0) e fls. 1972/2104 (ID. 4dc67e1).



Assinado eletronicamente por: IVETE RIBEIRO - 21/09/2022 14:02:46 - b2eb4ee

<https://pje.trt2.jus.br/segundograu/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam?nd=22072715114881400000110828995>

Número do processo: 1000169-88.2021.5.02.0054

Número do documento: 22072715114881400000110828995

ID. b2eb4ee - Pág. 1

Despacho desta Relatora às fls. 2105 (ID. 8ef7fa5), determinante do sobrestamento do feito (STF, ARE 1121633, REPERCUSSÃO GERAL - Tema 1046).

Manifestação da reclamante às fls. 2108/2122 (ID. b7dd588), com exame desta Desembargadora às fls. 2123 (ID. 9a7d887).

Novo despacho desta Relatora às fls. 2125 (ID. 47daaea) acerca da retomada do curso do andamento processual.

É o relatório.

VOTO

I - DOS PRESSUPOSTOS

Conheço dos recursos ordinários interpostos pelas partes, por preenchidos os pressupostos processuais de admissibilidade. Consigne-se que o debate proposto pela demandante viabiliza a sua apreciação, não havendo falar na aplicação da Súmula nº 422 do C. TST. Anote-se, ainda, a inversão da ordem de apreciação dos temas, ante a natureza das matérias suscitadas.

Fica informado, por fim, que os números de folhas referidos no voto consideram a apresentação do PDF, formado pelo sistema PJE, em ordem crescente.

II - DAS CONSIDERAÇÕES INICIAIS

II.1. Aplicação da Reforma Trabalhista às Relações Jurídicas em Curso

As alterações legislativas de cunho material (direito do trabalho) só podem ser aplicadas aos contratos e conflitos havidos após a entrada em vigor da Lei nº 13.467/2017, preservando-se o direito adquirido dos trabalhadores (CF, artigo 5º, XXXVI).



Quanto às regras processuais, há que se distinguir a natureza das normas.

As normas processuais secundárias e legítimas, também denominadas processuais em sentido estrito, ou seja, que não afetam a prestação jurisdicional em si e não causam prejuízo material às partes, devem ser aplicadas de imediato, a partir da vigência da norma, observada a imutabilidade dos atos já praticados, ou seja, sua incidência se dará apenas para os atos pendentes e futuros, como por exemplo, a contagem do prazo em dias úteis (artigo 775, da CLT).

As regras que instituem obrigações para as partes ou podem causar prejuízo ao litigante, apenas serão aplicadas aos processos iniciados após a vigência da reforma trabalhista, eis que se tratam de normas processuais ilegítimas, de natureza bifronte, com aspectos que se esbarram no direito material e sua aplicação aos casos em curso ofende a estabilidade que deve existir nas relações jurídicas entre as partes.

III - DO RECURSO ORDINÁRIO DO RECLAMADO

III.1. DO PROTESTO ANTIPRECLUSIVO. DA PRESCRIÇÃO QUINQUENAL

O protesto interruptivo de prescrição, ajuizado em 18/11/2014 pela Confederação Nacional dos Trabalhadores nas Empresas de Crédito (CONTEC) - Processo nº 0001811-03.2014.5.10.0001 - (fls. 122/146), antes, portanto, da Reforma Trabalhista de 2017, serviu ao embasamento do debate nestes autos.

Assim, o marco inicial da prescrição quinquenal, no que pertine ao pagamento da sobrejornada relativamente às horas extras para os empregados do réu que exercem a carga horária de 8 horas, porém, enquadram-se no "caput" do artigo 224 da CLT, é a data da distribuição da ação acima referida, ou seja, em 18/11/2009, consoante dispõe o inciso II, do artigo 202 do Código Civil, de aplicação subsidiária no processo do trabalho: "o protesto judicial interrompe a prescrição". E seu parágrafo único: "*a prescrição interrompida recomeça a correr da data do ato que a interrompeu, ou do último ato do processo para a interromper*". Nesse sentido a Orientação Jurisprudencial nº 392, da SDI-I do C. TST:

"PRESCRIÇÃO. INTERRUÇÃO. AJUIZAMENTO DE PROTESTO JUDICIAL. MARCO INICIAL. (república em razão de erro material) - Res. 209/2016, DEJT divulgado em 01, 02 e 03.06.2016 O protesto judicial é medida aplicável no processo do trabalho, por força do art. 769 da CLT e do art. 15 do CPC de 2015. O ajuizamento da ação, por si só, interrompe o prazo prescricional, em razão da inaplicabilidade do § 2º do art. 240 do CPC de 2015 (§ 2º do art. 219 do CPC de 1973), incompatível com o disposto no art. 841 da CLT."



O protesto antipreclusivo ajuizado pela CONTEC interrompe, no que tange aos direitos pleiteados, tanto o curso da prescrição bienal do direito de ação do empregado do réu, quanto o curso da prescrição quinquenal.

Nesse sentido, o TST:

"(...) II-RECURSO DE REVISTA. BANCO DO BRASIL. ANTERIOR ÀS LEIS NOS 13.015/2014 E 13.467/2017. PRESCRIÇÃO. LEGITIMIDADE DA CONTEC. PROTESTO JUDICIAL. INTERRUPÇÃO DA PRESCRIÇÃO BIENAL E QUINQUENAL. ART. 202, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO CIVIL. 1 - A jurisprudência desta Corte entende que a CONTEC é parte legítima para representar os empregados do Banco do Brasil. Há julgados. 2 - No tocante à prescrição, com base na disposição contida no art. 202, parágrafo único, do Código Civil, "a prescrição interrompida recomeça a correr da data do ato que a interrompeu, ou do último ato do processo que a interromper", esta Corte trabalhista já pacificou o entendimento de que o protesto judicial interrompe tanto a prescrição bienal quanto a quinquenal. Julgados desta Corte, inclusive da SBDI-I do TST. 3 - Logo, estando o acórdão do Tribunal Regional em consonância com a atual, iterativa e notória jurisprudência desta Corte, não há, portanto, violação de dispositivo constitucional ou legal, tampouco divergência jurisprudencial válida, conforme o artigo 896, § 7º, da CLT, e a Súmula nº 333 do TST. 4 - Recurso de revista de que não se conhece." (RR-921-72.2013.5.03.0105, 6ª Turma, Relatora Ministra Kátia Magalhães Arruda, DEJT 8/6/2018)

"(...) II - RECURSO DE REVISTA DO RECLAMADO INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DA LEI Nº 13.015/14 - PROTESTO JUDICIAL - INTERRUPÇÃO DA PRESCRIÇÃO BIENAL E QUINQUENAL 1. O protesto judicial interrompe tanto a prescrição bienal quanto a quinquenal, de maneira que o marco inicial para contagem do quinquênio prescricional deve ser a data do ajuizamento do protesto. Julgados desta Corte. 2. No caso, interrompido o prazo prescricional em 15/12/2010, quando ainda vigente o contrato de trabalho, renasceu o prazo quinquenal para o exercício das pretensões retroativas a 15/12/2005, a expirar em 15/12/2015. Ajuizada a presente ação em 16/10/2013, foi observado pelo Reclamante o prazo prescricional. (...)" (ARR-20093-61.2013.5.04.0011, 8ª Turma, Relatora Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, DEJT 9/3/2018)

Lado outro, não obstante ser o réu incontroversamente representado pela Confederação dos Trabalhadores do Ramo Financeiro - CONTRAF, o C. TST já se pronunciou pela legitimidade da CONTEC, derruindo a frágil tese patronal:

"AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO PELA RECLAMANTE. 1. PROTESTO INTERRUPTIVO DE PRESCRIÇÃO. A SDI-1/TST já decidiu que a Contec detém legitimidade para representar os interesses dos empregados do Banco do Brasil em negociações e dissídios coletivos. Outrossim, segundo o contexto fático-probatório registrado no acórdão regional, o qual é insuscetível de reexame a teor da Súmula nº 126 do TST, houve a interrupção da prescrição em razão de protesto judicial ajuizado pela Contec em 2009, na qualidade de substituto processual, e o protesto posterior ajuizado pelo Sindicato dos Empregados em Estabelecimentos Bancários de Belo Horizonte e Região não poderia novamente interromper a prescrição, que só pode ser interrompida uma vez, nos moldes do entendimento constante do art. 202 do Código Civil. Diante desse contexto, ileso os arts. 7º, XXVI, 8º, III, da CF; 202, I, II, do CC; 141, 492, 726, 867, 1.013 do CPC; 8º, parágrafo único, 533, 535 e 611, § 2º, 617, § 1º, da CLT bem como não há contrariedade às OJs nos 359 e 392 da SDI-1 desta Corte. 2. (...)" (ARR-1 1431-88.2015.5.03.0004, 8ª Turma, Relatora Ministra Dora Maria da Costa, DEJT 25/04/2019) - g.n. -



Malgrado não se discutir, na presente demanda, a legitimidade do ente sindical para a propositura do debatido protesto, consigne-se que, ainda que ilegítimo, a ação movida interrompe a prescrição. Inteligência da Orientação Jurisprudencial nº 359 da SDI-1 do C TST:

"SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. SINDICATO. LEGITIMIDADE. PRESCRIÇÃO. INTERRUPTÃO (DJ 14.03.2008)

A ação movida por sindicato, na qualidade de substituto processual, interrompe a prescrição, ainda que tenha sido considerado parte ilegítima "ad causam".

No presente caso, o protesto judicial, de 18/11/2014, interrompe a prescrição quinquenal para 18/11/2009 e a bienal para 18/11/2016.

Nessa senda, não obstante o protesto formulado pela CONTEC possuir plena eficácia, a presente ação foi ajuizada apenas em 17/02/2021, sendo que o protesto interruptivo não mais beneficia a reclamante.

Nesse sentido, nossa mais alta Corte Trabalhista:

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO ANTES DA LEI N.º 13.015/2014. (...) HORAS EXTRAS. PRESCRIÇÃO. PROTESTO JUDICIAL. Na Justiça do Trabalho, o protesto interruptivo previsto no artigo 202, II, do Código Civil revela-se suficiente para interromper o prazo da prescrição, visto que o referido protesto demonstra o interesse inequívoco da parte em evitar o transcurso do tempo e a perda do direito à pretensão na Justiça, nos moldes da Orientação Jurisprudencial 392 da SBDI-1 do TST, recomeçando o transcurso do prazo da data do último ato processual, nos termos do artigo 202, parágrafo único, do Código Civil. Assim, o marco inicial da prescrição quinquenal é o dia do ajuizamento do protesto judicial. Na hipótese, restou incontroverso que o ajuizamento da Notificação Judicial (processo nº 1219.751/97-9) pelo Sindicato da Categoria Profissional do reclamante ocorreu em 09/12/1997, data em que renasceu o prazo quinquenal para reivindicar pretensões compreendidas entre os cinco anos retroativos (09/12/1992) e os cinco anos posteriores (09/12/2002). Logo, o dies a quo para manter os efeitos da interrupção da prescrição foi 09/12/2007. Infere-se do acórdão regional que o reclamante ajuizou a presente reclamação trabalhista apenas 18/12/2007, ou seja, 9 (nove) dias após o decurso do termo final do prazo para evitar a perda dos efeitos do protesto interruptivo da prescrição. Dessa forma, correto o acórdão regional que pronunciou a prescrição de todas as parcelas, inclusive das horas extras objeto de ação de protesto interruptivo, ajuizada pelo Sindicato da Categoria Profissional do reclamante, asseverando que o autor não renovou nem ajuizou a ação principal dentro dos cinco anos posteriores à interrupção. Agravo de instrumento a que se nega provimento. (...)." (Processo: AIRR - 19577-79.2010.5.04.0000 Data de Julgamento: 24/05/2017, Relatora Ministra: Maria Helena Mallmann, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 02/06/2017) (g.n.)

Nessa contextura, considerada a data da distribuição da presente ação, havida em 17/02/2021, se encontram prescritas todas as verbas anteriores a 17/02/2016, nos termos do inciso XXIX, do artigo 7º da Constituição Federal e artigo 11 da CLT.



III.2. DA LIMITAÇÃO DA CONDENAÇÃO AOS VALORES INDICADOS NA INICIAL

Os valores indicados na inicial revelam uma estimativa da pretensão da reclamante, sendo que os importes relativos às verbas deferidas devem ser apurados em liquidação de sentença, não se podendo exigir que a demandante traga, na prefacial, a conta liquidada.

Portanto, a indicação de valor estimado ao pedido, nos termos do § 1º, do artigo 840 da CLT e § 2º, do artigo 12, da IN nº 41/2018, não limita a execução quando passível de liquidação.

Nesse sentido, preleciona Felipe Bernardes, na obra Manual de Processo do Trabalho:

"(...) Em suma, a exigência de liquidação dos pedidos na petição inicial não se aplica quando houver complexidade nos cálculos envolvidos. Essa é a única interpretação do art. 840, §1º, da CLT, que se compatibiliza com o princípio constitucional do acesso à justiça. Ressalve-se que o TST, na IN 414/2018, adotou a interpretação segundo a qual para fim do que dispõe o art. 840, §§ 1º e 2º, da CLT, o valor da causa será estimado, observando-se, no que couber, o disposto nos arts. 291 a 293 do Código de Processo Civil. Nessa ótica, não apenas nas situações de cálculos contábeis complexos, mas em todo e qualquer caso não haveria propriamente necessidade de liquidação da inicial, mas mera estimativa de valores não vinculante para o Judiciário, que poderia inclusive conceder valor superior sem que se cogitasse decisão ultra petita." (FELIPE, BERNARDES: "Manual de Processo do Trabalho", Volume Único, 2ª edição, Ed. JusPodivm, 2019, pág 437).

Além disso, não se pode exigir a liquidação dos pedidos na fase de conhecimento, considerando que a reclamante ainda não teria tido o acesso aos documentos de posse da parte reclamada.

III.3. DA INCORPORAÇÃO DA GRATIFICAÇÃO DE FUNÇÃO. DA ANTECIPAÇÃO DA TUTELA

Do percuciente exame da documentação residentes no caderno processual eletrônico infere-se que a autora recebe gratificação de função desde 26/12/2000, por ocupar os cargos relacionados nos documentos de fls. 1166/1170, anteriormente, portanto, à licença previdenciária e "bem antes da promulgação da Lei 13.467/17, que introduziu os parágrafos 1º e 2º ao art. 468 da CLT. Assim, há que se entender que o direito à gratificação integra o patrimônio jurídico da autora.", como bem pontuado na origem.



Pois bem. Nos termos do artigo 468 da CLT, a perda da função de confiança não caracteriza alteração lesiva ao contrato de trabalho. Todavia, não obstante o poder diretivo da reclamada para dispor das funções de confiança, não se admite a supressão ou mesmo a redução da gratificação recebida pelo empregado por período igual ou superior a dez anos.

O artigo 7º, VI, da Constituição Federal dispõe de forma expressa acerca da proibição da redução salarial, com vistas à proteção do trabalhador. Portanto, embora permaneça o empregador com o poder de destituir o empregado da função que vinha exercendo, fica vedada a desestabilização de sua vida financeira, que contava, por longo tempo, com aquela parcela em sua remuneração. Assim, não há falar em inexistência de lei determinando a incorporação, diante do texto constitucional.

Nesse sentido, posicionou-se nossa mais alta Corte Trabalhista, por meio da Súmula nº 372:

"GRATIFICAÇÃO DE FUNÇÃO. SUPRESSÃO OU REDUÇÃO. LIMITES (conversão das Orientações Jurisprudenciais nos 45 e 303 da SBDI-1) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005

I - Percebida a gratificação de função por dez ou mais anos pelo empregado, se o empregador, sem justo motivo, revertê-lo a seu cargo efetivo, não poderá retirar-lhe a gratificação tendo em vista o princípio da estabilidade financeira. (ex-OJ nº 45 da SBDI-1 - inserida em 25.11.1996)

II - Mantido o empregado no exercício da função comissionada, não pode o empregador reduzir o valor da gratificação. (ex-OJ nº 303 da SBDI-1 - DJ 11.08.2003)"

Saliente-se ser inaplicáveis as inovações introduzidas pela Lei nº 13.467/2017, ante o princípio da irretroatividade, uma vez que a relação jurídica objeto da presente ação consolidou-se em período anterior à sua vigência, qual seja, a autora já tinha mais de dez anos de exercício de função de confiança e percepção da gratificação de função antes da entrada em vigor da Reforma Trabalhista, não sendo alcançada pela alteração promovida no § 2º, do artigo 468 da CLT.

Nesse sentido:

"A) RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO PELA RECLAMANTE. GRATIFICAÇÃO DE FUNÇÃO EXERCIDA POR MAIS DE DEZ ANOS. INCORPORAÇÃO. A superveniência da reforma trabalhista, perpetrada pela Lei nº 13.467/2017, que acresceu o artigo 468, § 2º, da CLT, não constitui fato novo capaz de influenciar no julgamento da presente lide, mormente porque não há falar em retroatividade da referida norma para circunstância consolidada anteriormente à sua vigência. É dizer que, no caso em tela, os fatos constitutivos atinentes à percepção da gratificação por período superior a 10 anos ocorreram antes mesmo da alteração legislativa em comento, já que consta dos autos o exercício de funções de confiança de 13/4/2007 a 5/6/2017. Dessarte, nos termos da Súmula nº 372, I, do TST, merece reforma a decisão regional para deferir a incorporação da gratificação de função postulada. Recurso de revista conhecido e provido." (ARR-514-69.2017.5.12.0010, 8ª Turma, Relatora Ministra Dora Maria da Costa, DEJT 09/04/2021)



"AGRAVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA REGIDO PELA LEI 13.467/2017. INCORPORAÇÃO DE GRATIFICAÇÃO DE FUNÇÃO RECEBIDA POR MAIS DE 10 ANOS. 1. O debate proposto diz respeito ao direito obreiro à incorporação da gratificação de função com base na Súmula 372, I, do TST, considerando a nova disciplina dada ao art. 468, §2º, da CLT, acrescido pela Lei 13.467/2017. 2. O Pleno desta Corte, diante das alterações das normas processuais da Consolidação das Leis do Trabalho conferidas pela Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017, editou a Instrução Normativa nº 41/TST, que dispõe, em seu artigo 1º, in verbis: " Art. 1º A aplicação das normas processuais previstas na Consolidação das Leis do Trabalho, alteradas pela Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017, com eficácia a partir de 11 de novembro de 2017, é imediata, sem atingir, no entanto, situações pretéritas iniciadas ou consolidadas sob a égide da lei revogada. " 3. Logo, as inovações apontadas não se aplicam ao caso dos autos, porquanto se trata de contrato de trabalho celebrado antes da vigência da aludida norma, sendo que o recebimento de gratificação de função, pelo Reclamante, por mais de dez anos, se consolidou anteriormente à alteração legislativa. 4. Nesse contexto, não afastados os fundamentos da decisão agravada, nenhum reparo merece a decisão. Ademais, constatado o caráter manifestamente inadmissível do agravo, impõe-se a aplicação da multa prevista no artigo 1.021, §4º, do CPC/2015, no percentual de 5% sobre o valor da causa (R\$ 40.000,00), o que perfaz o montante de R\$ 2.000,00, a ser revertido em favor do Agravado, devidamente atualizado, nos termos do referido dispositivo de lei. Agravo não provido, com aplicação de multa" (Ag-AIRR-20020-47.2017.5.04.0012, 5ª Turma, Relator Ministro Douglas Alencar Rodrigues, DEJT 09/04/2021)

Nessa contextura, a gratificação de função percebida por dez anos ou mais, integra o salário do empregado e a ausência do pagamento constitui redução salarial vedada pelo artigo 7º, VI, da Constituição Federal, revelando-se acertada a sentença guerreada.

Por fim, a antecipação de tutela visa a imediata entrega do bem da vida à autora, antes do julgamento final do processo, desde que presentes os requisitos da verossimilhança do direito e do *periculum in mora*, verificados no presente caso, tornando irrepreensível a r. decisão de fls. 1718/1719, tornada definitiva na sentença guerreada, a teor de fs. 1797, não parecendo despicienda sua transcrição, porquanto adotada, também, como razões de decidir:

"[...] A reclamante, desde a propositura da presente ação, busca que a gratificação que foi suprimida seja reintegrada à sua remuneração.

Após a audiência em 25/06/2021, na qual foram colhidos os depoimentos pessoais das partes (fls. 1715 a 1717), e analisando o teor da tese defensiva, reconsidero as decisões de fls. 647 e 1709 e defiro a tutela de manutenção da gratificação de função suprimida da autora, já que, à época de seu afastamento para tratamento de saúde, já contava com mais de dez anos de seu recebimento, fazendo jus, assim, à incorporação da parcela, nos termos da Súmula 372, da Jurisprudência Uniforme do TST.

De acordo com a Instrução Normativa 369-1, item 9.4.6 (mencionada na contestação, às fls. 797 dos autos), o Banco poderia retirar do trabalhador, quando afastado por mais de 180 dias, sua função comissionada, resultando em uma drástica redução salarial. Segundo o reclamado, este seria o justo motivo previsto no texto da referida Súmula 372.

Ocorre, porém, que aplicação desse entendimento na forma preconizada na defesa, no caso concreto, de trabalhador adoecido (a reclamante se recupera de um câncer de mama), fere direitos constitucionais tais como o direito à saúde e à integridade física, e está em choque frontal com o da proteção do trabalhador. Não é razoável supor que um trabalhador, no exercício legítimo de cargo em comissão ou função comissionada, seja economicamente prejudicado caso adoença, já que, dentre os direitos sociais descritos no art. 6º, da Constituição Federal, estão a saúde e o trabalho, como já dito. [...]"



III.4. DA BASE DE CÁLCULO DA PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS E

RESULTADOS

Ante o caráter salarial e habitual da verba incorporada - gratificação de função -, na conformidade dos fundamentos esposados no item precedente, corretos os reflexos na PLR, extraindo-se dos instrumentos coletivos, como regra básica, que a parcela em debate - PLR, "[...] corresponderá a 90% (noventa por cento) do salário-base acrescido das verbas fixas de natureza salarial, [...]" (v., p.e., fls. 495 e fls. 641), contextura a revelar a correção do julgado hostilizado.

III.5. DAS HORAS EXTRAS. DA BASE DE CÁLCULO. DOS REFLEXOS. DA COMPENSAÇÃO DAS HORAS EXTRAS DEFERIDAS COM A GRATIFICAÇÃO DE FUNÇÃO

Repisa o réu a tese defensiva no sentido de ter a autora, até 23/06/2019, exercido cargo de confiança, consoante disposto no § 2º, do artigo 224 da CLT, razão pela qual pugna pela reforma da r. sentença volvida ao pagamento de horas extras, assim consideradas aquelas excedentes a 6ª hora diária.

Sem razão, contudo.

De início, cumpre assinalar que o cargo de confiança bancário não se confunde com o cargo de confiança geral previsto no artigo 62 da CLT, visto que este último se caracteriza por amplos poderes de mando, gestão e representação, enquanto o exercente de cargo de confiança bancário possui apenas poderes de fiscalização, direção, gerência e equivalentes, conforme dispõe o § 2º, do artigo 224 da CLT.

O ônus de demonstrar que a função da reclamante se enquadrava no exceptivo legal era do reclamado, sendo que dele não se desincumbiu satisfatoriamente.

A prova oral reunida nos autos evidencia o acerto da r. decisão guerreada, eis que das sessões retratadas às fls. 1715/1717, fls. 1750/1751 e fls. 1752/1753, infere-se que a demandante, no exercício das funções de Assistente A, não detinha qualquer poder especial, não liderava equipe, não detinha representatividade do Banco, todos os assistentes, aqueles com jornada de 6 horas diárias, bem como aqueles com jornada de 8 horas, realizavam iguais atividades, não lhe competindo qualquer atribuição diferenciada. Nesse sentido, a narrativa da própria preposta patronal: "a reclamante,



no Cenop, verificava a documentação necessária, fazendo as atualizações ou confecção do cadastro conforme a demanda que chegava para a reclamante; que não havia necessidade de validação desse serviço; que a depoente encerrava o protocolo; que a reclamante não fazia operação de crédito, e sim atualização de cadastro de setor público; que os assistentes de seis horas faziam o mesmo serviço, mas não atendiam PPE, pessoas politicamente expostas; que a reclamante tinha acesso aos cadastros com informações dessas pessoas; [...]"(fls. 1716).

Não modificam os fundamentos ora esposados, o fato de a demandante acessar cadastros de PPE (Pessoas Politicamente Expostas), tendo a testemunha conduzida pela parte autora revelado que "a reclamante era assistente; que todos os empregados do setor formalizavam cadastro de pessoas politicamente expostas, sem atendê-las pessoalmente;"(fls. 1750), o que não restou infirmado pela testemunha adversa (v. fls. 1752/1753).

A premissa essencial ao deslinde da controvérsia ressaí do próprio conteúdo do depoimento da preposta, mas, acresça-se o relato da testemunha conduzida pela autora, não infirmado.

O conteúdo probatório revelou a realização de atividades técnicas, operacionais, corriqueiras ao cenário bancário, sem qualquer autonomia ou diferenciada atuação, não traduzindo, à toda evidência, qualquer fidúcia especial na atividade bancária.

Assinale-se, consideradas as argumentações recursais (fls. 1893/1898), que o recebimento de gratificação de função não possui o condão, por si só, de caracterizar o exercício de cargo de confiança. No direito do trabalho vigora o princípio do contrato realidade, não bastando atribuir à trabalhadora, como *in casu*, a gratificação de função para que lhe seja direcionado o debatido cargo de confiança - são as tarefas realizadas que apontarão a pertinência do enquadramento ou não no § 2º, do artigo 224 da CLT.

Diante de tal cenário, carecendo o feito da cabal comprovação da bradada fidúcia especial, correto o enquadramento procedido pelo primeiro grau de jurisdição, sendo devidas, como extras, as sétima e oitava horas trabalhadas.

E, para apuração das horas extras remanescem os parâmetros estabelecidos na origem, inclusive quanto às diferenças das horas extras pagas além da oitava diária, com recálculo ordenado às fls. 1799, bem como a não aplicação da Orientação Jurisprudencial nº 394 da SBDI-I do TST.

Com efeito. Nos autos do TEMA REPETITIVO Nº 9/ DSR OJ/SDI-I 394/ TST/IRR10169-57.2013.5.05.0024 o julgamento segue com o seguinte fundamento:



"A majoração do valor do repouso semanal remunerado, decorrente da integração das horas extras habituais, deve repercutir no cálculo das demais parcelas que se baseiam no complexo salarial, não se cogitando de 'bis in idem' por sua incidência no cálculo das férias, da gratificação natalina, do aviso prévio e do FGTS".

Entretanto, por votação unânime, os MM. Ministros do C. TST suspenderam a proclamação do resultado do julgamento para, de acordo com o previsto no artigo 171, § 2º, do Regimento Interno, submeter à apreciação do Pleno a revisão ou cancelamento da OJ 394, da SDI-I, do C. TST.

Não obstante a ausência de julgamento do IRR, em razão do livre convencimento motivado, filio-me ao entendimento de que o descanso semanal remunerado deve corresponder ao valor devido relativo a um dia como se trabalhado fosse, motivo pelo qual os valores pagos ao trabalhador, decorrente de verbas variáveis, devem refletir no repouso semanal. As horas extras são apuradas com base no valor do salário hora, multiplicada pelo número de horas extraordinárias efetivamente trabalhadas, o que, obviamente, exclui o DSR, motivo pelo qual é devido o pagamento dos reflexos sobre este título.

Uma vez apurado o valor do DSR com a incidência das horas extras, tal valor, apurado de forma global, servirá para a base de cálculo das demais verbas pois, não o fazendo, computar-se-á para a apuração dos valores devido, o descanso semanal apenas de acordo com o salário fixo e não com o seu valor efetivamente devido. Deste modo, não há falar em bis in idem quando as horas extras refletem nos DSRs e com este nas demais verbas, caso contrário a verba a receber o reflexo ficaria com valor inferior ao de sua base de cálculo, situação inadmissível e não prevista na Lei nº 605/49.

Não há que se falar, no momento, em modulação dos efeitos da decisão, eis que sustada a prolação da decisão proferida nos autos do IRR10169-57.2013.5.05.0024.

Subsiste, assim, o quanto ordenado na origem: *"Da simples leitura da sentença verifica-se que este magistrado não adota o entendimento da OJ nº 394, da SDI-1, do C. TST, porquanto no comando sentencial constou o deferimento de reflexos das horas extras nos dsr's e já com estes últimos, tais valores integrarão as demais parcelas."*(fls. 1822)

Finalmente, não há falar em compensação/dedução, tampouco restituição, das horas extras deferidas com a gratificação de função paga. Explico.

O C. STF, nos autos do ARE 1121633, firmou o Tema 1046 de repercussão geral, nos seguintes termos:



"São constitucionais os acordos e as convenções coletivas que, ao considerarem a adequação setorial negociada, pactuam limitações ou afastamentos de direitos trabalhistas independentemente da explicitação especificada de vantagens compensatórias, desde que respeitados os direitos absolutamente indisponíveis."

E afirmou o Ministro Gilmar Mendes a *"disponibilidade ampla dos direitos trabalhistas em normas coletivas, **resguardado o patamar mínimo civilizatório**"*(g.n.)

"No direito coletivo do trabalho entende-se que a autonomia coletiva deve ser conjugada com o chamado princípio da adequação setorial negociada que define a importância de harmonização dos interesses das partes na negociação coletiva, com o sistema normativo heterônomo estatal. O princípio da adequação setorial negociada tem fundamento no fato de que normas autônomas juscoletivas construídas para incidirem sobre certa comunidade econômica profissional podem prevalecer sobre o padrão geral heterônoma justrabalista, desde que respeitado certos critérios objetivos fixados. Os critérios que devem, ser observados são dois conforme sistematização realizada por Mauricio Godinho Delgado"

O Ministro Mauricio Godinho Delgado ensina, quanto ao princípio da adequação setorial negociada, que:

"Pelo princípio da adequação setorial negociada, as normas autônomas juscoletivas, construídas para incidirem sobre certa comunidade econômico-profissional, podem prevalecer sobre o padrão geral heterônomo justrabalista, desde que respeitados certos critérios objetivamente fixados. São dois esses critérios autorizativos: a) quando as normas autônomas juscoletivas implementam um padrão setorial de direitos superior ao padrão geral oriundo da legislação heterônoma aplicável; b) quando as normas autônomas juscoletivas transacionam setorialmente parcelas justrabalhistas de indisponibilidade apenas relativa (e não de indisponibilidade absoluta).

No primeiro caso especificado (quando as normas autônomas juscoletivas implementam um padrão setorial de direitos superior ao padrão geral oriundo da legislação heterônoma aplicável), as normas autônomas elevam o patamar setorial de direitos trabalhistas, em comparação com o padrão geral imperativo existente. Assim o fazendo, não afrontam sequer o princípio da indisponibilidade de direitos que é inerente ao Direito Individual do Trabalho.

Já no segundo caso (quando as normas autônomas juscoletivas transacionam setorialmente parcelas justrabalhistas de indisponibilidade apenas relativa - e não de indisponibilidade absoluta), o princípio da indisponibilidade de direitos é realmente afrontado, mas de modo a atingir somente parcelas de indisponibilidade relativa. Estas, assim, se qualificam quer pela natureza intrínseca à própria parcela (ilustrativamente, modalidade de pagamento salarial, tipo de jornada pactuada, fornecimento ou não de utilidades e suas repercussões no contrato, etc.), quer pela existência de expresse permissivo jurídico heterônomo a seu respeito (por exemplo, montante salarial: art. 7o, VI, CF/88; ou montante de jornada: art. 7o, XIII e XIV, CF/88).

São amplas, portanto, as possibilidades de validade e eficácia jurídicas das normas autônomas coletivas em face das normas heterônomas imperativas, à luz do princípio da adequação setorial negociada. Entretanto, está, também, claro que essas possibilidades não são plenas e irrefreáveis. Há limites objetivos à adequação setorial negociada; limites jurídicos objetivos à criatividade jurídica da negociação coletiva trabalhista.

Desse modo, ela não prevalece se concretizada mediante ato estrito de renúncia (e não transação). É que ao processo negocial coletivo falece poderes de renúncia sobre direitos de terceiros (isto é, despojamento unilateral sem contrapartida do agente adverso). Cabe-lhe, essencialmente, promover transação (ou seja, despojamento bilateral ou multilateral, com reciprocidade entre os agentes envolvidos), hábil a gerar normas jurídicas.



Também não prevalece a adequação setorial negociada se concernente a direitos revestidos de indisponibilidade absoluta (e não indisponibilidade relativa), os quais não podem ser transacionados nem mesmo por negociação sindical coletiva. Tais parcelas são aquelas imantadas por uma tutela de interesse público, por constituírem um patamar civilizatório mínimo que a sociedade democrática não concebe ver reduzido em qualquer segmento econômico-profissional, sob pena de se afrontarem a própria dignidade da pessoa humana e a valorização mínima deferível ao trabalho (arts. 1º, III, e 170, caput, CF/88). Expressam, ilustrativamente, essas parcelas de indisponibilidade absoluta a anotação de CTPS, o pagamento do salário mínimo, as normas de saúde e segurança no ambiente do trabalho; em suma, todos os direitos e normas que ostentem caráter imperativo por força da ordem jurídica heterônoma estatal.

No caso brasileiro, esse patamar civilizatório mínimo, está dado, essencialmente, por três grupos convergentes de normas trabalhistas heterônomas: as normas constitucionais em geral (respeitadas, é claro, as ressalvas parciais expressamente feitas pela própria Constituição: art. 7º, VI, XIII e XIV, por exemplo); as normas de tratados e convenções internacionais vigorantes no plano interno brasileiro (referidas pelo art. 5º, §2º, CF/88, já expressando um patamar civilizatório no próprio mundo ocidental em que se integral o Brasil); as normas infraconstitucionais que asseguram patamares de cidadania ao indivíduo que labora (preceitos relativos à saúde e segurança no trabalho, normas concernentes a bases salariais, normas de identificação profissional, dispositivo antidiscriminatórios, etc.)." (Curso de Direito do Trabalho. 18ª edição. LTr: São Paulo. 2019. p. 1577/1578)

No mesmo sentido, Luciano Martinez afirma que:

"O princípio da 'prevalência relativa do negociado sobre o legislado' ou da adequação setorial negociada (no jargão de Mauricio Godinho Delgado) baseia-se no mandamento nuclear segundo o qual a negociação coletiva somente produzirá fontes juridicamente válidas se estas apresentarem um padrão mais elevado do que aquele produzido pela lei. De acordo com o sistema constitucional ora vigente, que prevê a aplicabilidade das fontes mais favoráveis ao trabalhador diante de uma pluralidade normativa (veja-se o caput do art. 7º da Constituição), não existiriam razões jurídicas para aceitar que um acordo ou convenção coletiva impusesse um padrão específico menos vantajoso do que aquele constante da lei. Assim, se o tema em discussão fosse piso salarial, não seria possível imaginar a possibilidade de negociação coletiva tendente a fixar piso salarial igual ou inferior àquele identificado por lei como 'salário mínimo'." (Curso de Direito do Trabalho. 13ª edição. Saraiva: São Paulo. 2022. p. 1086)

Assim, em suma, apenas se admitem normas coletivas quando:

- a) implementem "um padrão setorial de direitos superior ao padrão geral oriundo da legislação heterônoma aplicável";
- b) "as normas heterônomas juscoletivas transacionam setorialmente parcelas justrabalhistas de indisponibilidade apenas relativa (e não de indisponibilidade absoluta)" (op. cit. p. 1577)

Quanto à implementação de "um padrão setorial de direitos superior ao padrão geral oriundo da legislação heterônoma aplicável", observa-se o desrespeito a tal regra.

Invoca a instituição bancária, como meio de concessão para a elaboração da norma coletiva e alteração da cláusula 11ª, os seguintes benefícios:



a) garantido percentual da gratificação de função superior ao previsto na lei (55%);

b) aumento real de 1,31% para a categoria;

As cláusulas econômicas, não se olvide, são reajustadas por força do artigo 10, da Lei 10.192/2001.

Em relação aos benefícios, as normas coletivas não trouxeram implemento de melhores e diferenciadas condições, tratando-se de repetição de normas histórias da categoria.

Assim, a previsão da compensação ocorreu sem nenhuma contrapartida, o que constitui clara renúncia a direito e ofensa ao princípio da adequação setorial negociada, que deve ser observada *ex vido* Tema 1046 de repercussão geral.

Ressalte-se que não obstante o artigo 611-A, § 2º da CLT, não exija indicação expressa das contrapartidas, uma vez indicadas em defesa, impõe-se sua observância, em razão da aplicação da teoria dos motivos determinantes.

Ademais, não obstante possa se discutir a prevalência do negociado sobre o legislado, não se pode admitir a desvirtuação de institutos jurídicos.

De acordo com o artigo 369 do Código Civil, "*a compensação efetua-se entre dívidas líquidas, vencidas e de coisas fungíveis*".

Ensina Carlos Roberto Gonçalves, com fundamento em Pietro Perlingieri, que:

"Desse modo, na compensação 'as dívidas devem ser, além de fungíveis, concretamente homogêneas. Isto está a significar que o atributo da homogeneidade não pode ser visto abstratamente, apenas referida a 'coisas do mesmo gênero', entendida, pois, como qualidade intrínseca ao objeto: fungibilidade e genericidade não se apresentam como qualidades típicas e essenciais de certos bens, mas constituem expressões do como, numa concreta relação, as prestações são avaliadas. Portanto, a fungibilidade, para os efeitos da compensação, indica uma relação de equivalência qualitativa entre os bens objeto das prestações, significando dizer que, in concreto, um e outro são intercambiáveis para a satisfação dos interesses dos recíprocos credores" (Direito Civil Brasileiro. V. II, 17ª edição. Saraiva: São Paulo. 2020, p. 369)

Da mesma forma, Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery lecionam:

"Por fungível entende-se a dívida que pode substituir-se por outra da mesma espécie.



A fungibilidade é atributo de equivalência entre os bens, porque idênticos econômica, social e juridicamente" (Instituições de Direito Civil. V. 2. 2ª edição. RT: São Paulo. 2019. p. 321)

Dessa forma, **não se confundem gratificação de função, pelo exercício de uma atividade de maior fidúcia, com o pagamento de horas extraordinárias pelo simples fato de ter a reclamante laborado acima da jornada legal permitida.**

Por se tratar de verbas de natureza distintas e, portanto, não fungíveis, não há falar-se em compensação ou dedução.

Finalmente, as partes, nos âmbitos negocial e processual, devem se comportar de acordo com o princípio da boa-fé objetiva, sendo-lhes vedada a prática de comportamento contraditório (*nemo potest venire contra factum proprium*) ou exigir da parte contrária comportamento diverso daquele por ele próprio praticado (*tu quoque*), art. 412 do Código Civil.

A cláusula 11ª, da Convenção Coletiva de Trabalho, portanto, deve ser analisada, na forma dos artigos 113 e 422, de acordo com o princípio da boa-fé e seus corolários, *nemo potest venire contra factum proprium, tu quoque e nemo turpitudinem suam allegans non auditur*.

Segundo Antonio Manoel da Rocha e Menezes Cordeiro:

"A pessoa que, mesmo fora do caso nuclearmente exemplar do sinalagma, desequilibre, num momento prévio, a regulação material instituída, expressa, mas só em parte, no seu direito subjetivo, não pode pois pretender, como se nada houvesse ocorrido, exercer a posição que a ordem jurídica lhe conferiu. Distorcido o equilíbrio da base, sofre-lhe a consequência" (Da boa-fé do Direito Civil. Almedina. Coimbra. 1997, p. 851)

Assim, ainda que se admita a possibilidade de compensação da gratificação pela função de cargo de confiança bancário com as horas extraordinárias decorrentes das 7ª e 8ª horas, tal modalidade extintiva da obrigação não pode ser aplicada em caso de latente má-fé do empregador, como ocorre no caso, eis que evidente não exigir a função desempenhada pela reclamante maior fidúcia, o que demonstra o descumprimento, pela instituição financeira, do dever de boa-fé e que torna inaplicável a compensação postulada, na forma do Enunciado 24, da I Jornada de Direito Civil:

"Em virtude do princípio da boa-fé, positivado no art. 422 do novo Código Civil, a violação dos deveres anexos constitui espécie de inadimplemento, independentemente de culpa."

Não há falar-se, pois, em compensação das horas extras com a gratificação pelo exercício de função de confiança.

Diante dos fundamentos esposados, de rigor a manutenção do indeferimento do quanto requerido, ainda que por outros fundamentos.



III.6. DA INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS

Relativamente ao tema destacado na titulação, assevera o réu que após o retorno de afastamento por doença grave (neoplasia maligna grave - câncer de mama) da autora, "[...] não praticou nenhum ato ilícito, pelo contrário, agiu de acordo com a Lei, acordos coletivos e instrução normativa no que tange a reversão da Recorrida ao cargo efetivo, proporcionando todo o auxílio para nomeação a outras funções comissionadas e localização de dependência, ressaltando que a Recorrida foi para uma agência próxima a sua residência, conforme comprovado nos autos." Assevera, ainda, que " não pode ser responsabilizado por questões emocionais, não decorrentes da atividade laboral, ocorridas na vida pessoal da Autora, pois trata-se de evento alheio à sua vontade e para o qual não contribuiu sob forma alguma."

A controvérsia assim foi dirimida em primeiro grau de jurisdição:

"Do dano moral

Não provou a autora ter ficado sem atividade depois do retorno da licença.

Contudo, entendo que o rebaixamento de função imposto à reclamante após alta médica decorrente de um tratamento contra um câncer, lhe obrigando a toda uma série de demandas internas, causou-lhe profundo sofrimento, dando ensejo à indenização por danos morais.

Assim, arbitro em R\$ 10.000,00 a indenização por esse fato. Fica acolhido, nesses termos, o pedido de letra "m" da exordial."

Não discrepo do pronunciamento de primeiro grau.

Incontroverso que a demandante, após retornar do afastamento previdenciário, sofreu reversão do cargo, passando a escriturária, com jornada de seis horas, com modificação do local de trabalho, no meu sentir, causa de dano extrapatrimonial à empregada, pois é hábil a diminuí-la como trabalhadora, em ofensa à sua dignidade e integridade moral.

Não resta olvidado que decorre do poder diretivo do empregador a possibilidade de remanejar seus cargos de confiança, sendo considerada alteração lícita do contrato de trabalho a reversão do empregado ao cargo pretérito, todavia, *in casu*, sequer exerceu a reclamante cargo de confiança, conforme exaustivamente examinado no item precedente, revelando-se inócuo o apego ao citado procedimento IN-376-1, jungido às fls. 1234/1241 e do qual não ressaí a reversão automática.

O que se verificou foi rebaixamento e inúmeras demandadas internas, inclusive alteração da localidade de trabalho, e tudo após o retorno de afastamento médico por doença grave, condições aptas ao recebimento da reparação vindicada, como visionado em primeiro grau,



porquanto a configuração do dano moral está relacionada às consequências prejudiciais sofridas pela pessoa, seja de ordem física ou psíquica, decorrentes de ato ou procedimento do empregador, atingindo a dignidade pessoal do ofendido e ultrapassando os aspectos ligados à relação de emprego, com reflexos na vida social do empregado, patente, *in casu*, que a trabalhadora teve sua dignidade ofendida, como também a sua honra profissional.

Assinale-se, ainda, que a existência da lesão (do dano moral), nesse caso é *in re ipsa*, vale dizer, todos nós, consoante as máximas de experiência, temos noção de quão doloroso deve ser - e é - sofrer rebaixamento funcional e mudança do local de trabalho, após o retorno de afastamento médico por doença grave, como visto alhures. Logo, desnecessária a prova do sofrimento.

Nessa trilha, a doutrina de Sérgio Cavalieri:

"O dano moral está insito na própria ofensa, decorre da gravidade do ilícito em si. Se a ofensa é grave e de repercussão, por si só justifica a concessão de uma satisfação de ordem pecuniária ao lesado. Em outras palavras, o dano moral existe 'in re ipsa'; deriva inexoravelmente do próprio fato ofensivo, de tal modo que, provada a ofensa, 'ipso facto' está demonstrado o dano moral à guisa de uma presunção natural, uma presunção 'hominis' ou 'facti', que decorre das regras da experiência comum." (apud OLIVEIRA, Sebastião Geraldo, Indenizações por Acidente do Trabalho ou Doença Ocupacional. 6ª ed.. São Paulo: LTr, 2011. p.234.)

No que concerne ao quantum indenizatório, a indenização por dano moral deve pautar-se na noção de razoabilidade entre o abalo sofrido e a quantia a ser ressarcida, suficiente não só para amenizar o dano da vítima contendo, ainda, um caráter punitivo, a fim de evitar que o empregador cometa excessos, sob o manto da impunidade.

Assim, a valoração da indenização é tarefa complexa, subordinando-se o D. Julgador à alguns critérios a fim de arbitrar o importe adequado como a gravidade objetiva do dano, a intensidade do sofrimento da vítima, o poder econômico do ofensor, e a amplitude das provas apresentadas, pautando-se pela razoabilidade e equitatividade no momento da estipulação, sob pena de enriquecimento ilícito da parte favorecida.

É insofismável que a quantificação do valor que visa a compensar a dor do indivíduo requer, por parte do Julgador, bom senso, amparando-se na lógica do razoável, evitando, dessa forma, a aplicação de valores extremos, quer sejam ínfimos ou vultosos.

E da análise cuidadosa de todo o processado, entendo razoável o importe atribuído na origem de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) eis que consentâneo aos elementos examinados.

Mantenho.



III.7. DA MULTA NORMATIVA

Verificada a irregularidade no cumprimento das cláusulas normativas volvidas ao pagamento de horas extras, na conformidade dos fundamentos alhures esposados, não há qualquer óbice à aplicação das multas normativas previstas nos instrumentos coletivos (uma multa por instrumento), no valor já estabelecido normativamente.

III.8. DOS RECOLHIMENTOS PREVIDENCIÁRIOS E FISCAIS

A matéria acerca das contribuições previdenciárias e fiscais foi amplamente pacificada pela Súmula nº 368 do TST, com grifos desta Relatora, considerada a argumentação recursal, que não restou violada pelos parâmetros impostos no julgado originário.

"368 - Descontos previdenciários. Imposto de renda. Competência. Responsabilidade pelo recolhimento. Forma de cálculo. Fato gerador. (Conversão das Orientações Jurisprudenciais nºs 32, 141 e 228 da SDI-1 - Res. 129/2005, DJ 20.04.2005 - Rep. DJ 09.05.2005. Nova redação - Res. 138/2005, DJ 23.11.2005. Redação do item II alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 16.04.2012 - Res. 181/2012, DJe 19.04.2012. Aglutinada a parte final da orientação jurisprudencial nº 363 da SBDI-I à redação do item II e incluídos os itens IV, V e VI em sessão do tribunal pleno realizada em 26.06.2017 - Res. nº 219/2017, DJ 28.06.2017)

I - A Justiça do Trabalho é competente para determinar o recolhimento das contribuições fiscais. A competência da Justiça do Trabalho, quanto à execução das contribuições previdenciárias, limita-se às sentenças condenatórias em pecúnia que proferir e aos valores, objeto de acordo homologado, que integrem o salário de contribuição. (ex-OJ nº 141 da SBDI-1 - inserida em 27.11.1998).

II - É do empregador a responsabilidade pelo recolhimento das contribuições previdenciárias e fiscais, resultantes de crédito do empregado oriundo de condenação judicial. A culpa do empregador pelo inadimplemento das verbas remuneratórias, contudo, não exime a responsabilidade do empregado pelos pagamentos do imposto de renda devido e da contribuição previdenciária que recaia sobre sua quota-parte. (ex-OJ nº 363 da SBDI-1, parte final)

III - Os descontos previdenciários relativos à contribuição do empregado, no caso de ações trabalhistas, devem ser calculados mês a mês, de conformidade com o art. 276, § 4º, do Decreto nº 3.048/1999 que regulamentou a Lei nº 8.212/1991, aplicando-se as alíquotas previstas no art. 198, observado o limite máximo do salário de contribuição (ex-OJs nºs 32 e 228 da SBDI-1 - inseridas, respectivamente, em 14.03.1994 e 20.06.2001)

IV - Considera-se fato gerador das contribuições previdenciárias decorrentes de créditos trabalhistas reconhecidos ou homologados em juízo, para os serviços prestados até 4.3.2009, inclusive, o efetivo pagamento das verbas, configurando-se a mora a partir do dia dois do mês seguinte ao da liquidação (art. 276, caput, do Decreto nº 3.048/1999). Eficácia não retroativa da alteração legislativa promovida pela Medida Provisória nº 449/2008, posteriormente convertida na Lei nº 11.941/2009, que deu nova redação ao art. 43 da Lei nº 8.212/91.

V - Para o labor realizado a partir de 5.3.2009, considera-se fato gerador das contribuições previdenciárias decorrentes de créditos trabalhistas reconhecidos ou homologados em juízo a data da efetiva prestação dos serviços. Sobre as contribuições previdenciárias não recolhidas a partir da prestação dos serviços incidem juros de mora e, uma vez apurados os créditos previdenciários, aplica-se multa a partir do



exaurimento do prazo de citação para pagamento, se descumprida a obrigação, observado o limite legal de 20% (art. 61, § 2º, da Lei nº 9.460/96).

VI - O imposto de renda decorrente de crédito do empregado recebido acumuladamente deve ser calculado sobre o montante dos rendimentos pagos, mediante a utilização de tabela progressiva resultante da multiplicação da quantidade de meses a que se refiram os rendimentos pelos valores constantes da tabela progressiva mensal correspondente ao mês do recebimento ou crédito, nos termos do art. 12-A da Lei nº 7.713, de 22/12/1988, com a redação conferida pela Lei nº 13.149/2015, observado o procedimento previsto nas Instruções Normativas da Receita Federal do Brasil."

Nada a reparar.

III.9. DA JUSTIÇA GRATUITA

Sem olvidar que a propositura da ação se deu em 17/02/2021, a presente ação foi julgada procedente em parte, na conformidade da r. sentença de fls. 1794/1804, complementada às fls. 1813/1814 e fls. 1821/1822, restando deferida a justiça gratuita à autora.

Não obstante as previsões insertas nos parágrafos do artigo 790 da CLT, introduzidas pela Lei nº 13.467/2017 (DOU - 14/07/2017), a outorga da gratuidade, *in casu*, é inafastável, ante o disposto nos §§ 3º e 4º, do aludido artigo legal.

Assevere-se que o artigo 790, § 3º, da CLT, deve ser lido em consonância com o artigo 99, § 3º, do CPC-2015 (aplicado supletivamente), segundo o qual:

"Art. 99. O pedido de gratuidade da justiça pode ser formulado na petição inicial, na contestação, na petição para ingresso de terceiro no processo ou em recurso.

(...)

§ 3º Presume-se verdadeira a alegação de insuficiência deduzida exclusivamente por pessoa natural."

A reclamante observou os requisitos legais para concessão do benefício pretendido, mormente porque acostou aos autos a declaração de pobreza de fls. 66 (ID. 84af04d), sob as penas da lei, e, não obstante a vigência do pacto laboral, com percepção de importe superior a 40% (quarenta por cento) do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social, este no valor de R\$ 6.433,57 quando da propositura da ação (17/02/2021), carece o feito de qualquer elemento probante a afastar a validade da aludida declaração, não se inferindo qualquer óbice à dação da gratuidade judicial.

Ressalta-se que a declaração deve ser presumida verdadeira, salvo prova em contrário (realidade não alterada pela Lei nº 13.467/17, consoante Súmula nº 463, do TST, ainda em vigor). As novas disposições da Lei nº 13.467/17 não impedem que os trabalhadores gozem dos



benefícios da justiça gratuita. Não dispõem, da mesma forma, quais as provas - ou presunções - que devem ser utilizadas para embasar o deferimento/indeferimento da pretensão. Logo, força é reconhecer que a declaração de insuficiência de recursos para o sustento próprio ou da família continua sendo, presumivelmente, prova bastante para a concessão do benefício.

III.10. DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

A Lei nº 13.467/17, em seu artigo 791-A da CLT, não acolheu o princípio da causalidade ampla prevista no Código de Processo Civil. Ao contrário, adotou o princípio da sucumbência estrita, atípica, mitigada ou creditícia.

Desta forma, a alteração legislativa foi meramente subjetiva, consistente na colmatação do sistema, diante da revogação da Lei n. 1.060/50 e na ampliação do beneficiário dos honorários, que deixou de ser apenas o sindicato da categoria profissional e agora pode ser aplicado ao advogado particular do autor da ação (seja ele empregado ou empregador) ou do reconvinte.

Não houve pretensão do legislador em alterar o princípio da sucumbência mitigada, que enseja a aplicação dos honorários advocatícios no processo do trabalho, que sempre se distanciou do processo civil. Ao contrário, manteve o tradicional modelo que condiciona sua incidência ao fato de ser a parte credora de determinado valor reconhecido judicialmente.

Com efeito, os honorários advocatícios, na Justiça do Trabalho, não decorrem do princípio da causalidade, nem da mera sucumbência, mas limita-se às sentenças condenatórias que resultem a existência de crédito em favor da parte vencedora ou, obrigação de outra natureza de que resulte um proveito econômico mensurável ou estimado pelo valor da causa.

Salutar observar que diante da distinção entre sucumbência material (pedido mediato - bem da vida) e sucumbência formal, meramente -processual (valor do bem da vida pretendido), a sucumbência se dá em razão do pedido e não em razão do valor monetário expressivo da moeda. Assim, a condenação em montante inferior ao postulado na inicial não implica sucumbência recíproca.

Pelo princípio da sucumbência estrita, atípica, mitigada, ou creditícia, adotado pela Lei n. 13.467/17, há incidência apenas sobre o valor que resultar da liquidação da sentença, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa.



Logo, o artigo 791-A fixa como base de cálculo, para os honorários de sucumbência, o montante constante de liquidação de sentença, ou proveito econômico, ou, ainda, valor atualizado da causa. Todas essas bases de cálculo só dizem respeito à sentença condenatória e só poderão atingir o trabalhador (gerar crédito para a reclamada), por conseguinte, quando este for réu condenado em algum pagamento, ou reconvindo nessa mesma situação, o que não sucedeu.

Ressalte-se que decisão proferida nos autos da ADI 5766, pelo E. STF, limitou-se a apreciar os efeitos da concessão da Justiça gratuita na exigibilidade dos honorários advocatícios.

Assim, aplicar-se-á a decisão proferida pela Suprema Corte, com a suspensão da exigibilidade dos honorários advocatícios, por decorrência lógica, quando presentes os requisitos para sua fixação, ou seja, quando uma das partes for condenada ao pagamento de algum valor ao outro litigante, o que não ocorre, no caso, em relação à autora.

Diante de tais ponderações, subsiste o decreto originário.

Por fim, subsiste, outrossim, a condenação do réu ao pagamento de honorários advocatícios, fixados moderadamente no percentual de 10%, em consonância com os termos do caput, do artigo 791-A da CLT, ou seja, entre o mínimo de 5% e o máximo de 15%.

III.11. DOS JUROS. DA CORREÇÃO MONETÁRIA.

Impõe-se a aplicação do quanto decidido pelo C. STF, na ADC 58, ADC 59, que tem efeito vinculante e eficácia *erga omnes*, próprios das decisões proferidas nas ações de controle concentrado de constitucionalidade, fixando que os juros e a correção monetária serão calculados na forma seguinte, inclusive conforme contido no acórdão declarativo, publicado em 09/12/2021 (DJE 09/12/2021, ATA Nº 210/2021, DJE nº 242, divulgado em 07/12/2021): "*a incidência do IPCA-E na fase pré-judicial e, a partir do ajuizamento da ação, a incidência da taxa SELIC (art. 406 do Código Civil)*", sendo que a SELIC envolve juros e correção monetária.

Assim, cabe reparo no julgado de primeiro grau, devendo ser observada a incidência do IPCA-E na fase pré-judicial, acrescidos de juros nos termos do artigo 39, caput, da Lei 8.177/91 e, a partir do ajuizamento da ação, a incidência da taxa SELIC (art. 406 do Código Civil), que envolve juros e correção monetária.



IV - DO RECURSO ORDINÁRIO DA RECLAMANTE

IV.1. DOS DESCONTOS INDEVIDOS

Não obstante aponte a narrativa defensiva que os descontos salariais havidos nos meses de setembro/2019, no importe de R\$ 2.676,25 e de janeiro/2020, no valor de R\$ 1.459,48, *"se referem a verba 520-Adiantamento a Depositante previsto na IN- 367, seção Adiantamentos"*(v. fls. 804), não comprovou, documentalmente, a efetiva quitação dos adiantamentos, a autorizar os incontroversos descontos, não se inferindo dos comprovantes de fls. 1142 e fls. 1146/1147 a apontada operação, razão pela qual impõe-se a devolução de aludidos descontos.

No tocante à falta não abonada, havida em 14/06/2019 (v. cartão ponto eletrônico fls. 1322), por incontroversa greve geral do metrô, asseverou o réu que *"a falta não foi reclassificada em virtude da reclamante não ter requerida autorização para ser compensado o dia faltante, como pode ser observado no controle de ponto juntado a defesa."* (v. fls. 804/805); todavia, o documento de fls. 113 (ID. dd4b3e0) comprova comunicação da reclamante, via e-mail, ao setor competente, tendo como Assunto: *"Dúvida - situação do ponto eletrônico dia 14/06"*, não respondido e sequer impugnado pela defesa.

Assim, não há falar em falta injustificada. Contudo, não se verifica desconto no aludido mês, tampouco no mês seguinte (v. fls. 395/398), razão pela qual não há falar em devolução de valor correlato.

IV.2. DA EQUIPARAÇÃO SALARIAL

Repisa a autora o pleito volvido às diferenças salariais decorrentes de equiparação salarial, sendo que para tal fim apontou o modelo MAURICIO MENDES CALDEIRA. Alega, em apertada síntese, que o entendimento sedimentado no inciso VI, da Súmula nº 6 do C. TST não se amolda ao presente feito, eis que o réu não comprovou que o paradigma recebe verba personalíssima e que há absoluta identidade de funções.

A controvérsia assim foi decidida na origem:

"Da equiparação salarial

A tese da reclamada para afastar o direito à equiparação é a de que o paradigma (Sr. Maurício Mendes Caldeira) possuía vantagens pessoais nunca percebidas pela autora, justificando a diferença ora pretendida.

No caso em tela, a análise da prova documental comprova a tese da defesa: a Ficha de Registro do paradigma (fls. 1424 a 1426) revela que foram incorporados a seus



vencimentos parcelas anteriormente recebidas, ainda quando era empregado da Nossa Caixa. Essa situação particular desautoriza a equiparação entre ambos.

Não preenchidos os requisitos do artigo 461 da CLT. Justificada a diferença salarial, em consonância com o item VI da Súmula 6 da Jurisprudência Uniforme do TST. Indevido o pleito de letra "k" da petição inicial.

Não discrepo do pronunciamento de primeiro grau.

Com efeito, as vantagens pessoais incorporadas à remuneração do paradigma não podem ser utilizadas para fundamentar o aumento salarial vindicado pela reclamante, uma vez que decorrente da aplicação de plano de cargos e salários, bem como benefícios pessoais, que eram previstos em empresa até então diversa do seu empregador, qual seja, Banco Nossa Caixa.

Os documentos de fls. 1424/1426 são aptos a comprovar que o paradigma, egresso do Banco Nossa Caixa, obteve, em 01/12/2009, "INCORPORAÇÃO - SUCESSÃO CONTRATO", optando pelo Regulamento Pessoal do reclamado em 02/12/2009.

A reclamante foi contratada já pelo réu, evidente que não recebe tal parcela, sendo ela que gera a disparidade salarial.

Nessa contextura, considerando o fato obstativo ao direito da reclamante, comprovado pelo réu, não há falar em equiparação salarial, nos termos do item VI, alínea *a*, da Súmula nº 6 do C. TST.

IV.3. DA PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS E RESULTADOS

Reitera a reclamante o pleito volvido ao pagamento da participação nos lucros ou resultados do período de seu afastamento, qual seja, de 24/06/2019 a 31/01/2020.

O apelo não colhe êxito.

Com efeito. Dispõe o item II, do parágrafo segundo da Cláusula 7ª do Acordo Coletivo de Trabalho- PLR 2018 e 2019 (fls. 1049/1057):

"CLÁUSULA 7ª: Participam do Programa PLR [...]

Parágrafo Primeiro - O funcionário admitido até:

I - 31.12.2017 e que se afastou a partir de 02.01.2018, ou que se afastou antes de 01.01.2018 e retornou durante o primeiro semestre de 2018, por licença-saúde, faz jus ao pagamento integral da PLR ora estabelecido para o semestre referido, observados os parâmetros específicos constantes das cláusulas que tratam dos Critérios e Modo de Distribuição;



II - 31.12.2018 e que se afastou a partir de 02.01.2019, ou que se afastou antes de 01.01.2019 e retornou durante o primeiro semestre de 2019, por licença-saúde, faz jus ao pagamento integral da PLR ora estabelecido para o semestre referido, observados os parâmetros específicos constantes das cláusulas que tratam dos Critérios e Modo de Distribuição.

Parágrafo Segundo - O funcionário admitido até:

I - 30.06.2018 e que se afastou a partir de 02.07.2018, ou que se afastou antes de 01.07.2018 e retornou durante o segundo semestre de 2018, por licença-saúde, faz jus ao pagamento integral da PLR ora estabelecido para o semestre referido, observados os parâmetros específicos constantes das cláusulas que tratam dos Critérios e Modo de Distribuição;

II - 30.06.2019 e que se afastou a partir de 02.07.2019, ou que se afastou antes de 01.07.2019 e retornou durante o segundo semestre de 2019, por licença-saúde, faz jus ao pagamento integral da PLR ora estabelecido para o semestre referido, observados os parâmetros específicos constantes das cláusulas que tratam dos Critérios e Modo de Distribuição.

[...]" (grifos desta Relatora)

A autora, incontestavelmente, teve alta em 31/01/2020, não retornando, portanto, no segundo semestre de 2019, circunstância que afasta o direito pleiteado.

Nego provimento.

IV.4. DO IMPORTE ATRIBUÍDO À INDENIZAÇÃO POR DANOS

MORAIS

No tocante à reparação por danos morais, bastante a remissão da parte ao decidido quando do exame do apelo patronal, porquanto consideradas todas as argumentações recursais, no tema.

V - DISPOSITIVO

Isto posto,



ACORDAM os Magistrados da 4ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da Segunda Região em, por unanimidade de votos, **CONHECER** dos recursos ordinários interpostos pelas partes e, no mérito, quanto ao recurso do reclamado, por maioria de votos, vencida a Exma. Desembargadora Maria Isabel Cueva Moraes que divergia quanto à prescrição, conforme declaração de voto, **DAR PARCIAL PROVIMENTO** a ambos os apelos, ao **do reclamado** para o fim de (1) declarar que se encontram prescritas todas as verbas anteriores a 17/02/2016, (2) determinar a incidência do IPCA-E na fase pré-judicial, acrescidos de juros nos termos do artigo 39, caput, da Lei 8.177/91 e, a partir do ajuizamento da ação, a incidência da taxa SELIC (art. 406 do Código Civil), que envolve juros e correção monetária, e ao **da reclamante** para o fim de acrescer à condenação o pagamento, em devolução, dos descontos salariais havidos nos meses de setembro/2019, no importe de R\$ 2.676,25 e de janeiro/2020, no valor de R\$ 1.459,48, tudo nos termos da fundamentação do voto da Relatora, que faz parte integrante deste dispositivo, como se nele estivesse integralmente transcrita. Custas inalteradas.

Divirjo para negar provimento ao recurso ordinário do banco reclamado quanto à prescrição. Na hipótese não há falar em prescrição bienal, porque o contrato de trabalho ainda está ativo, razão pela qual mantenho a sentença recorrida no particular.

Nesse sentido:

"(...) 3. PROTESTO JUDICIAL AJUIZADO PELO SINDICATO ATUANDO COMO SUBSTITUTO PROCESSUAL. CONTRATO DE TRABALHO EM VIGOR. CONTAGEM APENAS DO PRAZO QUINQUENAL. NÃO CONHECIMENTO. I. Esta Corte Superior fixou jurisprudência no sentido de que o protesto judicial resulta na interrupção da prescrição bienal e quinquenal. II. Decisão regional em conformidade com a jurisprudência desta Corte Superior. III. Ademais, registre-se que o Tribunal Regional consignou que, no momento da propositura da ação, o contrato de trabalho estava em vigor, razão pela qual não há que se falar em fluência da prescrição bienal. IV. Recurso de revista de que não se conhece. 4. PRESCRIÇÃO. HORAS EXTRAS. BANCÁRIO. PLANO DE CARGOS E SALÁRIOS. ALTERAÇÃO DA JORNADA DE TRABALHO PARA OITO HORAS. INEXISTÊNCIA DE EXERCÍCIO DE CARGO DE CONFIANÇA. INEFICÁCIA DA OPÇÃO. DIREITO PREVISTO EM LEI. PRESCRIÇÃO PARCIAL. NÃO CONHECIMENTO. I. A decisão regional está de acordo com a parte final da Súmula nº 294 do TST, no sentido de que é parcial a prescrição de pretensão decorrente de alteração do pactuado, na hipótese em que o direito também esteja assegurado por lei. II. No caso em exame, trata-se de horas extras decorrentes da jornada especial dos bancários, direito previsto no art. 224, caput, da CLT. Logo, a prescrição a ser aplicada é a parcial. III. Recurso de revista de que não se conhece. (...)".

(RR-2448-72.2012.5.03.0015, 4ª Turma, Relator Ministro Alexandre Luiz Ramos, DEJT 25/10/2019).

MARIA ISABEL CUEVA MORAES / 4ª Turma - Cadeira 1



Assinado eletronicamente por: IVETE RIBEIRO - 21/09/2022 14:02:46 - b2eb4ee

<https://pje.trt2.jus.br/segundograu/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam?nd=22072715114881400000110828995>

Número do processo: 1000169-88.2021.5.02.0054

ID. b2eb4ee - Pág. 25

Número do documento: 22072715114881400000110828995

Presidiu a sessão o Excelentíssimo Desembargador Presidente Ricardo Artur Costa e Trigueiros.

Tomaram parte no julgamento os Excelentíssimos Desembargadores Ivete Ribeiro, Maria Isabel Cueva Moraes e Lycanthia Carolina Ramage.

Relatora: Ivete Ribeiro.

Integrou a sessão virtual o (a) representante do Ministério Público.

IVETE RIBEIRO
Desembargadora Relatora

12 - 07/2022-IR

VOTOS

