

PODER JUDICIÁRIO FEDERAL
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 5ª REGIÃO
33ª Vara do Trabalho de Salvador

Rua Miguel Calmon, 285, 9º ANDAR, Comércio, SALVADOR - BA - CEP: 40015-901
TEL.:(71) 32846331 - EMAIL: 33avarassa@trt5.jus.br

PROCESSO: **0010089-66.2013.5.05.0033**

CLASSE: AÇÃO TRABALHISTA - RITO ORDINÁRIO (985)

RECLAMANTE: MILENA DAL PORTO SIQUEIRA

RECLAMADO: Itaú Unibanco S/A

SENTENÇA

Vistos etc.

RELATÓRIO

Cuida-se de ação trabalhista ajuizada por **MILENA DAL PORTO SIQUEIRA**, já qualificada, em face de **ITAÚ UNIBANCO S.A.**, igualmente qualificado, postulando as verbas declinadas na inicial (id.349335), fundamentando a lide nos fatos lá narrados. Junta procuração e documentos. Conciliação rejeitada. Alçada fixada. Regularmente notificado, o Reclamado compareceu à audiência e apresentou contestação (id.654853), tendo a Autora se manifestado, conforme promoção de id.696941. Na Ata de id.1358553, foram ouvidas as partes e suas testemunhas, bem como determinada a expedição de carta precatória inquiritória. Na audiência realizada em 12 de dezembro de 2014, procedeu-se ao encerramento da instrução. Não houve conciliação. É o relatório, passa-se a decidir.

FUNDAMENTAÇÃO

MÉRITO

I- PRESCRIÇÃO

Tratando-se de matéria de ordem pública, e tendo em vista a data da propositura da ação, a saber: 02/09/2013, declaro prescritos os créditos exigíveis por via acionária anteriores a **02/09/2008**, consoante o

disposto no art. 7º, XXIX, da Constituição Federal de 1988, inclusive com relação ao pleito concernente ao FGTS cuja prescrição aplicável, consoante atual entendimento do C. TST, também é quinquenal, pelo que extingo o processo, com resolução do mérito, quanto à parte da postulação atingida.

II- PLEITOS DECORRENTES DA JORNADA

A reclamante informa que laborou cumprindo jornada de 09h00 as 20h00, tendo 20/30 minutos de intervalo intrajornada, a exceção dos dois últimos meses de labor, quando passou a trabalhar no horário das 11h00 as 20h00, com os mesmos 20/30 minutos de intervalo intrajornada.

Aduz que, apesar de estar subordinada à jornada de trabalho fixada pelo art. 224, caput, da CLT, a reclamada, tanto não lhe permitia registrar corretamente sua jornada de trabalho em controles de ponto, quanto não lhe pagava a totalidade das horas extras realizadas, a partir da 06ª hora diariamente, prestadas. Sustenta que, embora rotulada a função como gerente, em verdade, jamais exerceu qualquer cargo de direção, gerência, chefia ou equivalentes, tampouco deteve poderes de mando, gestão, ou representação, pois sempre respondeu a gerência a que estava lotada.

Com efeito, pugna pelo pagamento da 7ª e 8ª horas diárias, invocando, para fins de fixação de jornada, o quanto estabelecido pelo *caput* art. 224 da CLT.

Obtempera o reclamado, aduzindo que a autora atuou como gerente, exercendo função de confiança, inserido no § 2º do art. 224 da CLT, já tendo remuneradas as 6ª e 7ª horas com a gratificação de função por ela recebida, na jornada de 08 (oito) horas a que esteve sujeita, reportando-se aos registros de horas por ela firmados. Trata a empresa da fidúcia a que estava a autora submetida, salientando que a mesma recebia o pagamento da gratificação pela função comissionada não inferior a 1/3 (um terço) do salário do cargo efetivo. Nega que a autora faça jus à jornada reduzida de 06 (seis) horas por dia e 30 (trinta) semanais, salientando que, na função por ela exercida, de fidúcia diferenciada, detinha acesso a informações sigilosas estratégicas da empresa, cadastrava, analisava e liberava operações de crédito dentro do seu nível de alçada, além de outras prerrogativas inerentes aos cargos de confiança bancária.

Ao exame.

Era da reclamada o ônus de comprovar a exceção a que estava adstrita a autora quanto à jornada de trabalho, diante do que estabelecem os artigos 818 da CLT e 333, II, do CPC supletivo.

No que diz respeito à jornada da reclamante como gerente, cabe esclarecer, primeiramente, que as normas jurídicas não existem de forma isolada, umas das outras; ao contrário, formam um sistema coeso, que apenas sobrevive como unidade lógica diante dos dogmas da unidade, da coerência e da completude. Neste contexto, e limitando a discussão ao micro sistema jurídico-trabalhista, a regra excepcional contida no art. 224, § 2º da CLT também não existe desgarrada das demais. O legislador infraconstitucional não criou aqui uma fórmula mágica para simplesmente eximir os bancos do pagamento de horas extras para os empregados-gerentes e diretores que perfazem jornada habitual de oito horas, ou até superior; mesmo

porque, se assim o fosse, tal dispositivo não teria sido recepcionado pela Constituição Federal de 1988, que confere o direito a todos os trabalhadores, sem qualquer restrição (CF, art. 7º, XIII e XVI).

Entretanto, atento à realidade da vida e dos fatos, o legislador apenas disse, no art. 224, § 2º da CLT, que seria impossível o pagamento de horário extraordinário quando o empregado não só recebesse gratificação de função não inferior a um terço do salário correspondente ao cargo efetivo, mas também que esse mesmo empregado, tivesse uma fidúcia elevada que justificasse exatamente a percepção da aludida gratificação, tanto que a norma fala em "desempenho de cargo e confiança", ou seja, uma fidúcia superior àquela própria a todos os empregados ordinários.

No caso dos autos, a fidúcia diferenciada em relação aos outros empregados da agência sequer restou demonstrada. Ao revés, as duas testemunhas trazida pelo Réu ratificaram todos os termos da inicial, demonstrando que a Autora não possuía subordinados, assim como também não detinha poderes elevados a ponto de perpetrar qualquer procedimento bancário não autorizado previamente pelo sistema do Banco ou diretamente chancelado pelo gerente-geral da agência, não tinha acesso a dados sigilosos.

Com base nos elementos de prova trazidos aos autos, sobretudo pela prova oral produzida, restou evidenciado que a Reclamante perfazia a jornada declinada nos controles de jornada, sem a percepção de horas extras, malgrado a inexistência da fidúcia elevada requerida pelo art. 224 da CLT.

Assim, **defiro** o pedido, para condenar o Reclamado ao pagamento de: a) horas extras, durante o período não prescrito, consideradas as excedentes da sexta diária, tendo-se a jornada indicada na exordial; b) reflexos de horas extras, vez que, por habituais, refletem em repousos semanais remunerados (calculado à razão de 1/6), e ambos incidem no cálculo de aviso prévio, férias acrescidas do terço constitucional, décimos terceiros salários e FGTS acrescido da multa de 40%. Reflexos das horas extras, também, nas gratificações semestrais (súmula 115 do TST) e prêmios. Valores a serem liquidados. Para fins de cálculo, serão adotados os seguintes parâmetros: a) divisor de 180 (a Reclamante, embora laborasse em jornada de oito horas, na verdade deveria cumprir a de seis, diante justamente da ausência de fidúcia própria para o exercício da gerência, não havendo previsão específica em norma coletiva para aplicação do divisor 150); b) adicional normativo de hora extra, com os percentuais previstos nas normas coletivas que acompanham a defesa, observando-se a época de vigência das mesmas; e c) base de cálculo: remuneração mensal igual à variação salarial da Autora, considerando-se os documentos já presentes nos autos e juntados com a defesa. Devem ser excluídos da apuração das horas extras os dias em que foi comprovado nos autos que a reclamante esteve afastada do serviço, como em férias, por exemplo, ou qualquer outro motivo, tendo-se os documentos já presentes nos autos.

Indefiro, todavia, a repercussão das horas extraordinárias sobre a participação nos lucros, tendo-se que esta verba possui regramento próprio, adimplido de forma não habitual e não baseada no salário ou remuneração do empregado.

Em relação ao pleito de pagamento de quinze minutos de intervalo, a norma presente no artigo 384 da CLT, devidamente recepcionada pela Carta Política de 1988, posto ao encontro do princípio da isonomia em seu sentido material, é regramento próprio para as mulheres. **Defiro**.

Quanto à alegação de que a Autora se ativada eminentemente nas atividades de digitação, para a percepção do respectivo intervalo, a prova oral nestes autos produzida sequer deu conta da afirmação, razão pela qual **indefiro** o pedido "e" da peça de ingresso.

A fim de se evitar o pernicioso enriquecimento ilícito, deduzam-se os valores já adimplidos a idêntico título.

III - DANO MORAL. Direito ao Lazer.

Pretende a reclamante o pagamento no importe de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) a título de indenização por danos morais em ofensa ao seu direito ao lazer por conta da excessiva jornada diária a que estava submetida, em detrimento de sua qualidade de vida, incolumidade física, intimidade e privacidade no ambiente familiar e social, sem deixar espaço para o convívio com sua família, assim como com seus amigos, em flagrante testilha com a norma inserta no artigo 6º da Constituição Federal.

Rebate a reclamada, alegando a jornada declinada na exordial é inverídica, bem como que nunca perpetrou qualquer ato capaz de ofender direto da reclamante capaz de ensejar indenização por dano moral.

Ao exame.

A limitação do número de horas por jornada de trabalho foi delimitada precipuamente em favor da saúde do trabalhador, sendo a extrapolação da jornada de 44 horas semanais algo extraordinário, como a própria CLT chama: **horas extraordinárias**.

Quando as horas extras se tornam habituais já não são extraordinárias, expondo o trabalhador a uma série de riscos de várias ordens. Expõe seu organismo a limites que geram danos a sua saúde e impede que o trabalhador possa estar em contato com sua família e seu meio social de uma forma geral, não lhe permitindo o exercício do direito ao lazer protegido constitucionalmente.

A ofensa ao direito ao lazer gera um dano existencial, também chamado de dano à existência do trabalhador e decorre da conduta do empregador que impossibilita o empregado de se relacionar e de conviver em sociedade por meio de atividades lúdicas, espirituais, culturais, etc.

De acordo com as lições de Amaro Alves Almeida Neto, em Dano Existencial: a tutela da dignidade da pessoa humana, *"Nos danos desse gênero o ofendido se vê privado do direito fundamental, constitucionalmente assegurado, de, respeitando o direito alheio, livre dispor de seu tempo fazendo ou deixando de fazer o que bem entender. Em última análise, ele se vê despojado de seu direito à liberdade e à sua dignidade humana."*

Nas relações trabalhistas, o dano existencial se configura quando o empregador impões um volume excessivo de trabalho capaz de impedir que o trabalhador estabeleça vínculos sociais e afetivos, privando-o de um rol de atividades culturais, sociais, recreativas, esportivas familiares, etc.

Direito ao Lazer como Direito Subjetivo do Trabalhador

Corroborando e somado com o que já delineado ao norte, entendo que o direito ao lazer tratado na Carta Política de 1988 em seu art. 6º, se configura como verdadeiro direito subjetivo do trabalhador.

Os Direitos Sociais prestacionais (ao trabalho, educação, saúde, moradia, lazer, segurança, previdência social, assistência aos desamparados e proteção à maternidade e à infância) previstos no artigo 6º da nossa Constituição, por possuírem conteúdo indeterminado, não especificamente previsto já no Texto Constitucional, suscitam pertinente questionamento acerca da justiciabilidade e da possibilidade de serem tais Direitos subjetivos, tendo-se que, diante da característica já denotada, cabe ao legislador ordinário a fixação dos parâmetros do usufruto e alcance dos mesmos.

Questão que primeiro deve ser analisada é a pertinente à natureza jurídica das normas ordinárias que concretizam Direitos Fundamentais sociais prestacionais, como as que tratam de saúde, lazer, previdência e educação, que, mesmo não estando formalmente em um Texto Constitucional, podem ser tidas como materialmente fundamentais, tendo-se em vista que tratam justamente de Direitos Fundamentais, embora em patamar ordinário.

Os direitos sociais, visualizados segundo a sua dimensão principal, que é a prestacional, em geral, padecem de determinabilidade na Constituição. É dizer, a norma constitucional não institui, em termos definitivos, todas as peculiaridades dos aludidos direitos, cabendo ao legislador ordinário fazê-lo, sendo as normas infraconstitucionais, nesse particular, normas fundamentais, pela abertura do catálogo presente no artigo 5º, § 2º da Constituição Federal de 1988.

Diante desse conteúdo de indeterminação, habitualmente os direitos sociais prestacionais, por se vincularem mais fortemente à reserva do possível, são tidos pela doutrina¹ como direitos não subjetivos (concepção negativista), não concordando Novais com tal assertiva, assegurando que a característica da indeterminabilidade, embora atrelada à reserva do possível, estimula o legislador constituinte a fixar, "apenas um dever jurídico de realização do direito social de forma gradual e diferida no tempo por parte do Estado", assim como também remete "implicitamente para o legislador ordinário a fixação das prestações devidas no cumprimento dessa obrigação em função das disponibilidades e das circunstâncias de cada momento"².

A concepção de direitos prestacionais derivados como subjetivos em nada discrepa da tese clássica, segundo a qual a Constituição é um mero documento político, traçando conceitos indeterminados e um convite ao Legislador, sendo considerados direitos subjetivos apenas as normas ordinárias atinentes aos direitos constitucionais - máxime Direitos Fundamentais -, mas não as presentes na própria Constituição.

O Constitucionalismo instituído a partir da segunda metade do século passado não aceita mais a supremacia da legislação ordinária em detrimento das normas presentes na Constituição, hoje tida não só como ordem de valores, mas capaz de encerrar direitos subjetivos, já retirados diretamente de seu próprio texto, mesmo que se tratem de direitos sociais, interessando mais o modo como está redigido o dispositivo constitucional, para que se tenha acerca da sua densidade normativa.

Todavia, uma coisa é certa: ao Judiciário não cabe mais tomar as normas sociais prestacionais

como meros lembretes de que um dia o Legislador, quando assim o desejar, concretizará o direito e que até lá há um hiato intransponível ao Estado-Juiz.

A missão hoje posta pela Constituição, enquanto sistema de valores, é a vinculação direta do Estado-Juiz ao próprio Texto da Constituição, cabendo-lhe a interpretação que mais estimule eficácia a norma jusfundamental, para que o seu conteúdo não reste esvaziado e sem valor.

Pensar o contrário é permanecer na interpretação ortodoxa de que o Judiciário é a "boca da Lei", quando até infraconstitucionalmente há previsão de que na falta de previsão legal, sejam os princípios³ (hoje concebidos como normas) utilizados no julgamento, para que seja alcançado ao máximo o escopo protetivo estatal.

Esse parece ser também o entendimento de Bandeira de Mello, quando, ao analisar os princípios regentes da Ordem Econômica e Social na Constituição, afiança que tais "*não chegam a conferir aos cidadãos uma utilidade substancial, concreta, desfrutável positivamente e exigível quando negada*", sendo, no entanto, fontes de direitos, pois podem: "a) proporcionar aos administrados a possibilidade de se oporem judicialmente ao cumprimento de regras e à prática de comportamentos adversos ao estatuído na Carta do país", assim como "b) imporem ao Judiciário, quando da interpretação e dicção do Direito nos casos concretos, decisões que convirjam na mesma direção e sentido destes preceitos"⁴.

Diante do exposto, havendo prorrogação da jornada de trabalho de forma rotineira, habitual, como verdadeira prática corriqueira dentro da organização, o empregador comete ato ilícito, pois ferirá o direito ao lazer.

Segundo Rui Stoco "*a só violação do direito já caracteriza o ato ilícito, independentemente de ter ocorrido dano. Ou seja, o ato ilícito é aquele praticado com infração de um dever legal ou contratual.*" (STOCO, Rui. Tratado de Responsabilidade Civil. 6. ed. São Paulo: RT, 2004. p. 124).

O direito à indenização por danos morais surge, assim, pelo simples fato da existência do excesso reiterado da jornada de trabalho, sendo papel da Justiça do Trabalho fixar valores razoáveis para que essa prática cesse nas organizações.

Nesse sentido vem decidindo os Regionais Trabalhistas. Trago à colação, ementas de acórdãos proferidos pelo E. TRT da 4ª Região:

Ementa: INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. DANOS EXISTENCIAIS. EXCESSO DA JORNADA DE TRABALHO. DIREITO FUNDAMENTAL AO LAZER. WMS SUPERMERCADOS DO BRASIL LTDA. O abalo físico e psicológico causado pelo empregador ao submeter habitualmente trabalhador à excessiva jornada de trabalho caracteriza dano moral. Conduta patronal ilícita que viola direitos fundamentais constitucionais, dentre os quais o direito ao lazer. Reparação por danos morais procedente.

Encontrado em: do Trabalho de Porto Alegre Recurso Ordinário RO 00000163820125040020 RS 0000016-38.2012.5.04.0020 (TRT-4) CLÁUDIO ANTÔNIO CASSOU BARBOSA

Ementa:INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL (DANOS EXISTENCIAIS). EXCESSO DA JORNADA DE TRABALHO. DIREITO FUNDAMENTAL AO LAZER. O abalo físico e psicológico causado ao empregado em decorrência da excessiva jornada de trabalho caracteriza o dano moral. A conduta ilícita do empregador, que viola direito fundamental ao lazer, assegurado pela Constituição Federal, reclama a compensação pelo dano sofrido.

Encontrado em: , na apuração das diferenças de horas extras, seja considerada a jornada de trabalho declinada na petição...^a Vara do Trabalho de Porto Alegre Recurso OrdinárioRO 00008708720115040013 RS 0000870-87.2011.5.04.0013 (TRT-4) CLÁUDIO ANTÔNIO CASSOU BARBOSA

Ante o exposto, uma vez admitido que o dano moral é suscetível de incidência no âmbito do direito do trabalho, nos termos do quanto disposto na Constituição Federal, no sentido de que o direito ao lazer constitui um direito existencial e subjetivo do trabalhador em não ter sua jornada de trabalho extrapolada de forma habitual e rotineira a impedir seu convívio com a família, meio social e privando-o do exercício do lazer, levando-se em conta que foi o Réu responsável pelo fato gerador, considerando as consequências danosas sofridas pelo reclamante e tendo-se que o dano moral é um *damnum in re ipsa*, fixo em **R\$ 10.000,00 (dez mil reais)** o valor da indenização por danos morais, tendo este Juízo, para fixação do *quantum*, atendido ao princípio secular da restituição integral do dano, levado em consideração o sofrimento psíquico da reclamante, ressaltando que na reparação pecuniária a orientação predominante é a de que a fixação do valor sirva de desestímulo a novas infrações (aspecto pedagógico); a capacidade econômica do Reclamado e o tempo em que os atos ilícitos foram praticados e reiterados.

IV-RECOLHIMENTOS

As contribuições previdenciárias devidas pelos Reclamados, pertinentes aos títulos aqui deferidos deverão ser recolhidas, bem como comprovado tal recolhimento nos autos, em prazo a ser estipulado quando da apuração do valor devido, autorizando-se, desde já, a dedução da cota parte do Reclamante, obedecido ao teto da contribuição, nos termos da Lei de Custeio da Previdência Social vigente, sob pena de execução direta (Constituição Federal, art. 114, §3º e CLT, art. 876, parágrafo único). Em atendimento à CLT, art. 832, §3º, o juízo declara que apenas têm natureza indenizatória as verbas deferidas de: aviso prévio indenizado, multas, indenizações e penalidades, além das férias acrescida de 1/3 e FGTS. Também deverão ser efetuados, se houver, os recolhimentos fiscais, permitindo-se a dedução do crédito do

Reclamante, conforme a Lei 8.541/92, art. 46 e o Provimento 01/96 da Corregedoria do TST, devendo ser comprovados nos autos, tudo no prazo a ser estipulado por ocasião da liquidação da sentença, sob pena de oficiar-se o órgão competente.

V- GRATUIDADE DA JUSTIÇA E DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

A Lei nº 5.584/70 considera necessitado não só aquele que para estar em Juízo venha a causar prejuízo a si mesmo ou à sua família, como também aquele que percebe até dois salários mínimos. Nesta última hipótese o estado de pobreza é presumido. O art. 4º da lei nº 1.060/50 diz que para a concessão do benefício é suficiente a declaração da parte sobre a sua situação financeira, esclarecendo que, caso venha a ser provada situação diversa, poderá ser ela condenada ao pagamento do décuplo do valor das custas. O Juiz só indeferirá o pedido se tiver conhecimento de sérias razões que desmintam a afirmativa da Requerente. Cabe à parte contrária, na defesa, contestar as alegações desta e, se for o caso, promover a prova cabível.

Note-se, ainda, que o art. 790, § 3º, da CLT faculta aos Juízes conceder a gratuidade da justiça àqueles que perceberem salário igual ou inferior ao dobro do mínimo ou que declarem, sob a penas da lei, que não estão em condição de pagar as custas do processo sem prejuízo do sustento próprio ou de sua família. A Reclamante declarou não possuir condição econômica de arcar com as despesas processuais sem prejuízo do sustento próprio, conforme OJ 304 SDI-I do TST. A Reclamada não produziu prova em contrário.

Não se pode confundir pedido de Justiça Gratuita com a Assistência Judiciária do Processo do Trabalho (art. 14 da Lei 5584/70), no segundo caso, somente o Sindicato poderá prestar assistência judiciária ao trabalhador, para fins de recebimento dos honorários advocatícios, entendimento expresso nos Súmulas 219 e 329 do C. TST.

Defere-se a gratuidade da justiça.

Adoto o entendimento de que, na Justiça do Trabalho, a condenação em honorários advocatícios não depende exclusivamente da sucumbência, mas também do atendimento dos requisitos estabelecidos na Lei 5.584/70. No caso dos autos, indevida a verba honorária, posto que desatendidos os requisitos da Lei 5.584/70, aplicando-se o entendimento das Súmulas 219 e 329 do TST, já que a Reclamante não está assistida pelo seu Sindicato de classe.

VI - JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA

Juros de mora na forma da Lei 8.177/91, 1,0% ao mês, simples e *pro rata die*, contados do ajuizamento da presente reclamatória (Súmula 200 do TST). Correção monetária a partir do sexto dia do mês subsequente ao trabalhado, nos termos da CLT, art. 459, parágrafo único e TST/SDI1/OJ - 124, inclusive no que diz respeito aos valores apurados a título de FGTS.

DISPOSITIVO

Ante o exposto e considerando o que mais dos autos consta, refuto as prefaciais, para julgar

PROCEDENTE EM PARTE, o pedido objeto da reclamação trabalhista ajuizada por **MILENA DAL PORTO SIQUEIRA**, condenando o reclamado **ITAÚ UNIBANCO S.A** a pagar àquela, no prazo de 48 horas após a liquidação do julgado, os valores correspondentes aos títulos deferidos na fundamentação, que passa a integrar este dispositivo, como se nele transcrita.

Deferem-se os beneplácitos da Justiça Gratuita.

Custas pelo reclamado, no importe de R\$ 1.000,00, calculadas sobre R\$ 50.000,00, valor arbitrado à condenação.

Prazo de lei para interposição de recurso.

Notifiquem-se as partes.

1 Novais (op. cit., p. 87) cita os principais impedimentos, normalmente apontados doutrinariamente, para que os direitos sociais sejam tidos como subjetivos: "a) o facto de os direitos sociais valerem sob reserva do (financeiramente) possível; b) o facto de os direitos sociais apresentarem uma estrutura de direitos positivos; e c) a indeterminabilidade do conteúdo constitucional dos direitos sociais".

2Op. cit., p. 152.

3 Artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil.

4Op. cit., p. 48.

SALVADOR, BA, 3 de fevereiro de 2015

Juiz(a) do Trabalho