



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

PROCESSO nº 1000043-30.2015.5.02.0060 (RO)

Natureza: **RECURSO ORDINÁRIO**

Recorrentes: (1) Itaú Unibanco S.A.;

(2) _____

Recorridos: Os mesmos

Origem: 60ª Vara Federal do Trabalho de São Paulo

Juiz Prolator da Sentença: Dr.(ª) Juliana Herek Valerio /REPR/27/#/2017-06-01

RELATOR: RAFAEL EDSON PUGLIESE RIBEIRO

RELATÓRIO

Contra a r. sentença que julgou procedente em parte a ação, recorre o réu alegando que: não houve excesso de jornada sem marcação; que os cartões de ponto são válidos, inclusive quanto ao intervalo intrajornada; que todas as horas extras foram pagas; que a natureza do intervalo é de verba indenizatória; que os DSR's já estão calculados sobre a hora normal, pois a autora é mensalista; que o intervalo do artigo 384 da CLT não foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988; que havia diferença de 02 anos entre a autora e o paradigma, o que impede a equiparação salarial; que a perícia fez conclusões com base nos relatos da autora, os quais não foram comprovados; que os honorários periciais são encargos da autora; que não houve dispensa discriminatória; que há proibição no INSS de recebimento de 02 benefícios; os descontos efetuados à título de mensalidade do sindicato, assistência odontológica, seguro de vida e empréstimos foram solicitados pela autora; que as férias de 2015 foram pagas corretamente; que deve ser aplicada a TR como índice de correção monetária.

Recurso adesivo da autora, alegando que: não exercia cargo de confiança bancária; que as 7ª e 8ª horas devem ser pagas como extra; que o divisor a ser aplicado é 150 ou 180.

Contrarrazões (fls. 1024/1030).

FUNDAMENTAÇÃO

1. Apelos aviados a tempo e modo (fls. 988/990). Conheço-os.

MÉRITO

MATÉRIA COMUM A AMBOS OS RECURSOS2. Cargo de confiança bancário. Horas extras.

2. Cargo de confiança bancário. Horas extras. Intervalo intrajornada. A autora trabalhou de 06.12.83 a 01.10.15 (CTPS, fl. 57), na função de "Gerente de Relacionamento". O réu sustentou que a autora tinha cargo de confiança bancário, nos termos do art. 224, §2º, da CLT.

2.1. A testemunha do réu disse (fl. 771) que "*ambas abriam contas, gerenciavam as contas dos clientes, mais atendimento dos clientes mesmo; que a diferença para o gerente II, caso da reclamante, é que ela poderia ser backup do gestor; que não tinham muita alçada; que na verdade não tinham alçada; que a reclamante, por ser gerente II, poderia liberar TED; que a reclamante também enviava proposta de negócio para a área de crédito e às vezes poderia colocar descrição para ajudar na aprovação; que a reclamante não fazia defesa do cliente na mesa de crédito, apenas mandando a proposta; (...); que os gerentes faziam monitoramento do comportamento de cliente, por meio da análise de planilha cujos dados constavam do sistema; que os gerentes poderiam renegociar dívidas conforme os parâmetros do sistema e a questão seria remetida ao setor de crédito; que na prática, na maioria das vezes, quem prestava consultoria de investimentos era um consultor especializado nesta área que permanecia na agência; que o gerente, em relação à abertura de conta, colhia a documentação, preenchia papeis e encaminhava para o setor de abertura; que apenas o gerente II poderia assinar no lugar do gerente geral; que sempre eram necessárias duas assinaturas; que o gerente não poderia vetar proposta de crédito pré-aprovada, devendo acionar a inspetoria do banco e a inspetoria decidiria se permaneceria ou não a aprovação; que todos os gerentes poderiam autorizar aumento de limites de transações no internet banking até R\$50.000,00".*

2.2. A testemunha da autora afirmou (id. 772) "*que no pague e devolve tinham autonomia para pagar cheques pequenos; que o sistema oferecia parâmetros para se saber se o próprio gerente poderia autorizar a operação ou se teria que haver remessa para área de crédito; que a alçada dependeria do comportamento de crédito do cliente; que a alçada era do sistema; (...); que não tinham assinatura autorizada, pois assinaturas eram em conjunto; que assinavam cheques administrativos em conjunto".*

2.3. A prova revelou que a atividade da autora era meramente executiva, sem nenhuma conotação decisória, sem autonomia. O fato da autora receber gratificação de função ("*comissão do cargo*", ex. fl. 96) não gera presunção do exercício do cargo de confiança, porque a

caracterização da exceção legal não depende propriamente do pagamento da gratificação, mas do fato objetivo de "*funções de direção, gerência, fiscalização, chefia e equivalentes*" (CLT, art. 62, II e art. 224, §2º). São devidas as horas a partir 6ª diária e 30ª semanal, com os mesmos reflexos já deferidos na r. sentença (fls. 930/931).

2.4. O réu trouxe os cartões de ponto (fls. 245/314), os quais constam marcações variáveis de entrada e saída, bem como anotação do intervalo e marcação de horas extras.

2.5. A testemunha da autora disse (fl. 772) que "*a depoente trabalhava das 08h30 às 20hs; que ambas chegavam no mesmo horário e saíam também no mesmo horário; que o intervalo era de 30 minutos na média; que alguns dias nem faziam intervalo; que alguns dias faziam uma hora; que havia orientação geral, inclusive do superintendente, no sentido de que não marcassem a jornada efetiva quando faziam horas extras; que poderiam marcar apenas as horas extras estipuladas pelo banco; que o acerto nos controles era feito no dia seguinte ou na data do fechamento da folha; que o acerto era feito nos horários e entrada, intervalo e saídas*".

2.6. A testemunha do réu afirmou (fl. 771) "*que não recorda o horário de saída da reclamante, pois ficava em baia separada e não observava isso; que a reclamante na maioria das vezes almoçava na agência, pois levava comida; que às vezes a reclamante era acionada durante o intervalo para resolver demanda dos clientes se o gestor não estivesse; que não sabe estimar a duração do intervalo da reclamante*". Em acareação (id. 2971d8c, pág. 04), "*confirmou o que disse sobre a impossibilidade de marcação de todas as horas e declarou, respondendo a pergunta do Juízo, que com certeza, a reclamante laborou mais hora do que às que se encontram registradas no controle de ponto; (...); o excedente não registrado não era compensado nem pago*".

2.7. Dessa forma, inválidos os cartões, prevalece a jornada arbitrada na sentença (08h30 às 20h, de segunda à sexta, com 30 minutos de intervalo, salvo uma vez por semana, em que a intrajornada era de uma hora) e, por conseguinte, a condenação ao pagamento de horas extraordinárias.

RECURSO DA AUTORA3. Divisor. Horas extras.

3. Divisor. Horas extras. A SBDI-1 do TST, em incidente de recursos

repetitivos (processos TST-RR 849-83.2013.5.03.0138 C/J TST-RR 144700- 24.2013.5.13.0003), proferiu decisão na data de 21.11.2016, fixando os divisores 180 e 220 para o cálculo das horas extras dos bancários, nos seguintes termos:

BANCÁRIO. SALÁRIO-HORA. DIVISOR. FORMA DE CÁLCULO.

EMPREGADO MENSALISTA:1. O número de dias de repouso semanal remunerado pode ser ampliado por convenção ou acordo coletivo de trabalho, como decorrência do exercício da autonomia sindical; 2. As convenções coletivas dos bancários não deram ao sábado a natureza de repouso semanal remunerado; 3. O divisor corresponde ao número de horas remuneradas pelo salário mensal, independentemente de serem trabalhadas ou não; 4. O divisor aplicável para cálculo das horas extras do bancário, inclusive para os submetidos à jornada de oito horas, é definido com base na regra geral prevista no art. 64 da CLT (resultado da multiplicação por 30 da jornada normal de trabalho), sendo 180 e 220, para a jornada normal de seis e oito horas, respectivamente; 5. A inclusão do sábado como dia de repouso semanal remunerado não altera o divisor, em virtude de não haver redução do número de horas semanais, trabalhadas e de repouso.

3.1. Assim, com a ressalva de meu entendimento pessoal, em observância aos arts. 896-B e 896-C da CLT e rendendo acatamento à orientação do referido julgado com repercussão geral, o divisor a ser aplicado para apuração do salário-hora é o 180.

RECURSO DA RÉ4. Intervalo do art. 384 da CLT.

4. Intervalo do art. 384 da CLT. O TST, em julgamento de incidente de inconstitucionalidade, decidiu pela recepção do art. 384 da CLT, pela Constituição Federal (IIN-RR-1540/2005-046-12-00, Rel. Min. Ives Gandra Martins Filho, julgado em 17.11.08, DEJT 13.02.09). No mesmo sentido, a Súmula nº 28 do TRT da 2ª Região, nos seguintes termos:

28 - Intervalo previsto no artigo 384 da CLT. Recepção pela Constituição Federal. Aplicação somente às mulheres. Inobservância. Horas extras.O artigo 384 da CLT foi recepcionado pela Constituição Federal consoante decisão do E. Supremo Tribunal Federal e beneficia somente mulheres, sendo que a inobservância do intervalo mínimo de 15 (quinze) minutos nele previsto resulta no pagamento de horas extras pelo período total do intervalo.

4.1. Devidos, portanto, 15 minutos como extras nos dias em que a autora prorrogou a jornada, em decorrência da sonegação do intervalo previsto no art. 384 da CLT.

5. Equiparação salarial.

5. Equiparação salarial. A autora pleiteou equiparação salarial com a paradigma Elaine Barreto que, em depoimento (fl. 772), confirmou que "*as metas de ambas eram iguais; que a reclamante era mais produtiva que a depoente, porque tinha mais tempo de carteira*". A testemunha do réu disse (fl. 771) "*que não havia diferença entre as atividades da reclamante e as da paradigma; que não sabe dizer quem era mais produtiva*".

5.1. O réu se desincumbiu do ônus de demonstrar o fato impeditivo do direito da autora (Súmula 6, VIII, TST). Além disso, a autora passou a exercer a função de "*gerente relacionamento personalité*" em 01.08.2009 (fl. 434) e a paradigma em 01.11.2009 (fl. 449) e as fichas financeiras mostram a diferença de salário, por exemplo, em novembro de 2011 a autora recebia R\$3.350,58, enquanto a paradigma recebia R\$4.158,08 (fl. 491). É devida a equiparação salarial (CLT, 461).

6. Descontos.

6. Descontos. A r. sentença julgou improcedente (fl. 939) a devolução de descontos a título de assistência Odontológica, Seguro de Vida, Empréstimo Consignado e Seguro Saúde. Recurso sem objeto.

6.1. Por outro lado, a ré descontava (fl. 96 e em quase todos os meses seguintes) valores a título de "*Sindicato - Mensalid*", mas não há provas de que a autora tenha se filiado à entidade sindical, muito menos que tenha autorizado desconto em favor de alguma categoria organizada. Nesse sentido, o Precedente Normativo nº 119 do TST[1] e a Súmula 666 do STF[2]. Realizados descontos ilegais pela empregadora sobre o salário da autora (CLT, art. 462), deve esta arcar com o reembolso.

[1] Nº 119 CONTRIBUIÇÕES SINDICAIS - INOBSERVÂNCIA DE PRECEITOS CONSTITUCIONAIS. A Constituição da República, em seus arts. 5º, XX e 8º, V, assegura o direito de livre associação e sindicalização. É ofensiva a essa modalidade de liberdade cláusula constante de acordo, convenção coletiva ou sentença normativa estabelecendo contribuição em favor de entidade sindical a título de taxa para custeio do sistema confederativo, assistencial, revigoramento ou fortalecimento sindical e outras da mesma espécie, obrigando trabalhadores não sindicalizados. Sendo nulas as estipulações que inobservem tal restrição, tornam-se passíveis de devolução os valores irregularmente descontados.

[2] **Súmula 666. A contribuição confederativa de que trata o art. 8º, iv, da constituição, só é exigível dos filiados ao sindicato respectivo.**

7. Férias de 2015.

7. Férias de 2015. A autora usufruiu da segunda parcela de férias no

período de 03.08.2015 a 12.08.2015, referente ao período aquisitivo de 06.12.2013 a 05.12.2014 (fl. 88), mas o pagamento ocorreu apenas no dia 19.08.2015, a destempo. (fls. 90/91). Devido o pagamento.

8. Danos morais. Doença profissional.

8. Danos morais. Doença profissional. A perícia constatou (fl. 832) que *"a autora apresentou quadro de transtorno de humor (depressivo e ansioso) comprovadamente a partir de abril de 2015. O quadro evolui com incapacidade laboral total e temporária. Com a evolução do tratamento, é avaliada como capaz de retornar ao trabalho com restrições. O quadro passa por novo período de agravamento após o retorno, gerando nova incapacidade. (...). No caso em questão, foram avaliadas todas as situações laborais e extra laborais potencialmente causadoras de estresse. Em relação aos FATORES LABORAIS, foram identificados os seguintes fatores: Refere sobrecarga de trabalho e falta de condições adequadas para a realização (ver descrição no item 5 do Laudo) - deve ser comprovado com provas testemunhais e/ou documentais; Não cumprimento de restrições impostas pelo setor de saúde ocupacional da Ré (apenas como agravante do quadro) - deve ser comprovado com provas testemunhais e/ou documentais"*.

8.1. A perícia afirmou que havia duas causas relacionadas ao trabalho, quais sejam, a sobrecarga de trabalho, motivo do primeiro afastamento, e a não observância, pela reclamada, das restrições de atividades, no período de readaptação (fls. 109/121) e concluiu (fl. 834) que *"caso sejam comprovadas as afirmações da autora acerca das situações de trabalho narradas, com provas testemunhais e/ou documentais em juízo, fica caracterizada a plausibilidade científica do nexos causal a partir da metodologia utilizada (citada no item 1.4 do Laudo). Tratar-se-ia, pois, de caso onde o trabalho atuou como CONCAUSA para o desencadeamento e, posteriormente, o agravamento de transtorno psíquico latente. Utilizando-se a classificação proposta abaixo, podemos graduar a concausa como de Grau II, onde o trabalho contribui diretamente para o quadro, de forma Média/Moderada" (...); Apresentou quadro de transtorno de humor (depressivo e ansioso) comprovadamente a partir de abril de 2015.; Atualmente não está em tratamento, apresentando sintomas residuais leves. Os sintomas atuais não são incapacitantes em nenhum grau, incluindo para a função que exercia na Ré"*.

8.2. A testemunha da ré disse (fl. 771) *"que a agência era de grande porte e não era uma agência 'fácil'; que soube de uma colega que adoeceu em virtude do trabalho, conforme informações da própria colega; que a depoente pensa que a doença da colega poderia mesmo estar relacionada ao ambiente de trabalho; (...); que as informações relativas metas e à produção de cada gerente ficavam disponíveis para todos no sistema; que não havia divulgação de tais dados por parte do gestor"*.

8.3. Há, portanto, nexos de concausalidade entre a atividade na ré e a

doença que a acometeu, sendo o réu responsável pela reparação dos prejuízos suportados pela autora. O dever de tomar as medidas necessárias para o desenvolvimento seguro da atividade laboral é inerente ao risco do negócio e a inobservância desse dever evidencia a culpa da ré, implicando o dever de reparação.

8.4. A indenização é fixada considerando as posições econômicas de ofendido e ofensor, o grau de culpa da ré e o dano. Considerando os danos sofridos pela autora, o capital social da ré, a duração do contrato de trabalho (06.12.83 a 01.10.15, fl. 151) e a remuneração recebida (R\$ 6.154,57, fl. 557) reputo adequada a indenização arbitrada na r. sentença.

9. Danos morais. Dispensa discriminatória.

9. Danos morais. Dispensa discriminatória. A ré alega (fl. 980) que não há provas de que a dispensa foi discriminatória, tanto que houve homologação da rescisão pelo Sindicato da categoria. O laudo concluiu (fl. 834) que a autora *"atualmente não está em tratamento, apresentando sintomas residuais leves. Os sintomas atuais não são incapacitantes em nenhum grau, incluindo para a função que exercia na Ré"*.

9.1. A autora ficou afastada de 27.03.2015 a 15.07.2015 e, após mais de 30 anos de contrato de trabalho e dentro do período de readaptação, foi dispensada em 01.10.15, sem quaisquer motivos econômicos ou organizacionais que justificasse a medida. Assim, impõe-se a conclusão de que a conduta do empregador objetivou excluir a empregada de seus quadros em razão do transtorno de humor depressivo e ansioso que a acometia. A dispensa, nessas condições, configura-se discriminatória, e extrapola os limites do poder potestativo do empregador (Lei 9.029/95).

10. Honorários periciais.

10. Honorários periciais. A ré foi sucumbente no objeto da perícia. A remuneração do perito deve levar em conta a natureza do trabalho e o tempo para sua realização, ao mesmo tempo em que assegura a dignidade do profissional de nível superior e sua aprimorada qualificação para atuar como auxiliar da justiça. Reputo excessivo o arbitramento feito em primeira instância em R\$ 3.500,00, o qual arbitro em R\$ 2.500,00.

11. Complementação benefício.

11. Complementação benefício. A cláusula 28ª, da Convenção Coletiva (fl. 731), dispõe que: "*Em caso da concessão de auxílio-doença previdenciário ou de auxílio-doença acidentário pela Previdência Social, fica assegurada ao empregado complementação salarial em valor equivalente à diferença entre a importância recebida do INSS e o somatório das verbas fixas por ele percebidas mensalmente, atualizadas*".

11.1. A autora ficou afastada de 27.03.2015 a 15.07.2015, preenchendo os requisitos para recebimento do auxílio doença, mas isso não ocorreu apenas porque já era aposentada e há proibição de recebimento de 02 benefícios (fl. 87). A autora, portanto, faz jus à complementação. Mantenho.

12. Correção monetária.

12. Correção monetária. A correção monetária é devida a partir do vencimento da obrigação, conforme a Súmula 381 do TST. Embora o art. 39 da Lei 8177/91 estipule o índice TR para correção monetária, o STF, no julgamento das ADIs 4357, 4372, 4400, 4425 e 493, fixou o entendimento de que a TR não recompõe o valor monetário depreciado pela inflação, porquanto seus valores, predefinidos, não refletem a inflação do período. Na mesma decisão, o STF fixou que "fica mantida a aplicação do índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança (TR), nos termos da Emenda Constitucional nº 62/2009, até 25.03.2015, data após a qual (a) os créditos em precatórios deverão ser corrigidos pelo Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial (IPCA-E)".

12.1. Não há como deixar de cumprir essa decisão do STF - ou seja, de que a TR não expressa a correção monetária a partir de 25.03.2015 -, porque essa decisão tem efeito erga omnes e vinculante, a teor do disposto no art. 102, § 2º, da CF, deste teor: "§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal." (grifos nossos)

12.2. Não atendida a função precípua da correção monetária de reconstituir o valor do crédito, depreciado pela inflação, haveria ofensa ao art. 882 da CLT, que garante a atualização do crédito do empregado, e o art. 389 do Código Civil.

12.3. Coerentemente com essa condição jurídica, o Eg. TST, em recente decisão do dia 20.03.2017 (TST, Tribunal Pleno, Processo ED-ArgInc - 479-60.2011.5.04.0231), declarou a inconstitucionalidade da expressão "equivalentes à TRD" do artigo 39 acima citado e definiu o IPCA

como fator de atualização. E, no mesmo julgado, o TST concedeu efeito modificativo para "aplicar a modulação dos efeitos da decisão a contar de 25/03/15, que coincide com a data que o Supremo Tribunal Federal reconheceu na decisão proferida na Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 4.357".

12.4. A Tese Jurídica Prevalente nº 23, deste Tribunal, propõe que "a TR continua sendo o índice aplicável para a atualização monetária dos débitos trabalhistas", mas não pode impedir a aplicação do IPCA-E a partir de 25.03.2015, que é o marco de modulação estabelecido pelo STF e já reconhecido pelo TST. A decisão do STF, repita-se, VINCULA os demais Órgãos do Poder Judiciário, contra o qual não há força jurídica na TJP nº 23. A modulação dos efeitos pelo TST foi publicada no DOE de 20.03.2017, enquanto que a TJP nº 23, deste Tribunal, é anterior (de 19.12.2016).

12.5. Pelo exposto, a TJP nº 23 deste Tribunal subsiste para o período anterior a 25.03.2015 e, a partir daí, a correção monetária respeitará a variação do índice IPCA-E, tal como determinam o STF e o TST.

Conclusão do recurso

Dou parcial provimento a ambos os Recursos Ordinários. Ao da autora, para acrescer à condenação o pagamento das horas extras a partir 6ª diária e 30ª semanal, com os mesmos reflexos já deferidos na r. sentença e determinar a aplicação do divisor 180. Ao do réu, para reduzir os honorários periciais para R\$2.500,00 e determinar a aplicação da TR como índice da correção monetária até 25.03.2015 e, a partir daí, a variação do índice IPCA-E. Mantenho a referência de alçada.

ACÓRDÃO

Acórdão

Vistos, Relatados e Discutidos os presentes autos, ACORDAM os Desembargadores da 6ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, nos termos da Certidão de Julgamento que a este integra, em: **DAR PARCIAL PROVIMENTO** a ambos os Recursos Ordinários. Ao da autora, para acrescer à condenação o pagamento das horas extras a partir 6ª diária e 30ª semanal, com os mesmos reflexos já deferidos na r. sentença e determinar a aplicação do divisor 180. Ao do réu, para reduzir os honorários periciais para R\$2.500,00 e determinar a aplicação da TR como índice da correção monetária até 25.03.2015 e, a partir daí, a variação do índice IPCA-E. Mantida a referência de alçada.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO

Certifico que, em sessão realizada nesta data, a 6ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da Segunda Região, julgando o presente processo, resolveu: por maioria de votos, vencida a Desembargadora Regina Maria Vasconcelos Dubugras, que mantém a sentença quanto as horas extras após a sexta hora, **DAR PARCIAL PROVIMENTO** ao recurso da autora, para acrescer à condenação o pagamento das horas extras a partir 6ª diária e 30ª semanal, com os mesmos reflexos já deferidos na r. sentença e determinar a aplicação do divisor 180; por igual votação, vencida a Desembargadora Regina Maria Vasconcelos Dubugras, que exclui a indenização por dano moral e mantém a TR por todo o período, **DAR PARCIAL PROVIMENTO** ao recurso do réu, para reduzir os honorários periciais para R\$2.500,00 e determinar a aplicação da TR como índice da correção monetária até 25.03.2015 e, a partir daí, a variação do índice IPCA-E. Mantida a referência de alçada.

Ressalvado posicionamento adotado anteriormente pelo Desembargador Valdir Florindo quanto a contribuição assistencial.

Presidiu regimentalmente o julgamento o Exmo. Sr. Desembargador RAFAEL EDSON PUGLIESE RIBEIRO.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. RAFAEL EDSON PUGLIESE RIBEIRO, VALDIR FLORINDO e REGINA MARIA VASCONCELOS DUBUGRAS.

Relator: o Exmo. Sr. Desembargador RAFAEL EDSON PUGLIESE RIBEIRO Revisor:

o Exmo. Sr. Desembargador VALDIR FLORINDO

Sustentação oral: Hélio Justino Vieira Junior

São Paulo, 10 de outubro de 2017.

Priscila Maceti Ferrarini

Secretária da 6ª Turma

DR. RAFAEL E. PUGLIESE RIBEIRO
Desembargador Relator - TRT-2ª Região

VOTOS