

PROCESSO Nº 0000877-54.2019.5.09.0015 (ROT)

EMENTA: JUSTIÇA GRATUITA. CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. REQUISITOS. Para que seja concedido o benefício da justiça gratuita é suficiente que a parte requerente receba salário igual ou inferior ao dobro do mínimo legal, *ou declare sua situação de hipossuficiência econômica afirmando não ter condições de demandar sem prejuízo do sustento próprio e da família*, nos termos do art. 790, parágrafo 3º, da CLT, combinado com o art. 4º, parágrafo 1º, da Lei nº 1.060/1950, requisito preenchido na hipótese vertente. Recurso ordinário do reclamante conhecido e provido, neste tema.

EMENTA: HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS SUCUMBENCIAIS DEVIDOS POR BENEFICIÁRIO DA JUSTIÇA GRATUITA PESSOA FÍSICA. Mantendo-se a decisão de procedência parcial da demanda, de rigor a condenação da parte autora ao pagamento de honorários advocatícios de sucumbência, a despeito de ser beneficiária da justiça gratuita, cuja exigibilidade fica suspensa até que se comprove que deixou de ser enquadrada como pessoa carente. Recurso ordinário do reclamado de que se conhece e a que nega provimento, neste particular.

I - RELATÓRIO

A remissão às folhas refere-se à paginação obtida pela exportação do processo, em ordem crescente, mediante *download* de documentos em formato PDF.

As partes, não se conformando com a sentença de fls. 853/868, proferida pela Excelentíssima Juíza Karina Amariz Pires, que acolheu em parte os pedidos deduzidos na petição inicial, recorreram a este Tribunal.

O reclamante pretende a reforma com base nas razões de fls. 872/936, enquanto que o reclamado o faz com apoio nas razões adesivas de fls. 1.003/1.010.

Contrarrazões apresentadas pelo reclamado, às fls. 939/1.002, e pelo reclamante, às fls. 1.017/1.024.

Não houve remessa dos autos ao Ministério Público do Trabalho porque os interesses em causa não justificam a sua intervenção nesta oportunidade.

II - FUNDAMENTAÇÃO

ADMISSIBILIDADE

Atendidos os pressupostos legais, conheço dos recursos ordinários e das contrarrazões.

MÉRITO

RECURSO ORDINÁRIO DE B. S.

1. DIREITO INTERTEMPORAL

Controverte-se neste processo, dentre outros pontos, acerca da validade dos controles de ponto e intervalo intrajornada.

Tratam-se de matérias que foram substancialmente modificadas pelo advento da Lei nº 13.467/2017, cuja vigência teve início em 11/11/2017.

O Juízo *a quo* determinou que “(...) a aplicação da Lei 13.467/2017 tem como marco inicial o dia 11 de novembro de 2017”. (Sentença, fl. 854) (grifos acrescidos)

Analiso.

Considerando que o reclamante foi admitido pela empresa ré em 24/08/2011, para exercer a função de “Escriturário” e resiliu o contrato de trabalho, a pedido, em 26/07/2019, exsurgiu conflito de leis no tempo. (TRCT, fls. 41/42)

O entendimento deste Relator é de que as normas advindas da Lei nº 13.467/2017 são aplicáveis aos contratos individuais de trabalho a partir da data de sua promulgação (art. 912 da CLT), ressalvada a hipótese de instrumento coletivo ou cláusula contratual disposta de forma diversa.

Isto porque o direito assegurado exclusivamente em lei não se incorpora ao patrimônio jurídico dos seus destinatários, devendo ser observado apenas enquanto subsistir a norma, ao contrário das hipóteses em que o direito é também assegurado por outras fontes normativas, como o contrato de trabalho e as normas coletivas (acordo ou convenção), quando, então, seria aplicado o disposto no art. 468 da CLT.

Dessa forma, o princípio da condição mais benéfica aplica-se somente a

cláusulas contratuais e convencionais, mas não obsta a aplicação da lei nova decorrente de processo legislativo, ainda que desfavorável ao empregado.

Corroborando tal entendimento, a doutrina de Maurício Godinho Delgado, *in verbis*:

“Por outro lado, a aderência contratual tende a ser apenas relativa no tocante às normas jurídicas. É que as normas não se incrustam nos contratos empregatícios de modo permanente, ao menos quando referentes a prestações de trato sucessivo. Ao contrário, tais normas produzem efeitos contratuais essencialmente apenas enquanto vigorantes na ordem jurídica. Extinta a norma, extinguem-se seus efeitos no contexto do contrato de trabalho. Tem a norma, desse modo, o poder/atributo de revogação, com efeitos imediatos - poder/ atributo esse que não se estende às cláusulas contratuais. O critério da aderência contratual relativa (ou limitada) é claro com respeito a normas heterônoma estatais (vide alterações da legislação salarial, por exemplo). As prestações contratuais já consolidadas não se afetam, porém, as novas prestações sucessivas submetem-se à nova lei. Prevalece, pois, quanto às regras oriundas de diploma legal, o critério da aderência limitada por revogação (lei federal, é claro)”. (Delgado, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 17. ed. São Paulo: LTr, 2018, p. 282) (grifos acrescentados)

Todavia, prevalece neste Colegiado o entendimento de que não se cogita em aplicar as novidades legislativas que vieram à lume com a vigência Lei nº 13.467/2017 aos contratos de trabalho cujo início antecedeu à vigência do aludido diploma legislativo, a par da proibição da retroatividade da norma material prejudicial.

Esse mesmo entendimento fundamentou decisão desta 4ª Turma, ROT nº 0000823-27-2018-5-09-0661, Rel. Des. Luiz Eduardo Gunther, DEJT 18/06/2021, envolvendo idêntica controvérsia, *in verbis*:

“(...) Friso que a Lei nº 13.467, publicada em 14.07.2017, alterou a disposição do art. 71, § 4º da CLT.

Nos termos do artigo 5º, XXXVI, da Constituição Federal, “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.”

No mesmo sentido, o artigo 6º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro dispõe que “A lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.”

Assim, em respeito ao princípio da irretroatividade da lei consagrado pelo direito brasileiro, a lei de direito material, como regra, não retroage, respeitando o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

Destarte, inaplicável ao caso dos autos a inovação de direito material trazida à lume pela reforma trabalhista”. (grifos acrescentados)

Nesse mesmo sentido, precedente desta 4ª Turma oriundo do ROT 0000745-29.2018.5.09.0242, Rel. Des. Marlene T. Fuverki Suguiyatsu, DEJT 1º/06/20, no sentido que:

“(…) os preceitos da Lei nº 13.467/17 não incidem nos contratos de trabalho firmados anteriormente à edição da referida lei e vigentes após a sua promulgação para a redução de direitos previstos na legislação anterior, ante as garantias constitucionais do ato jurídico perfeito e do direito adquirido (art. 5º, inciso XXXVI, da CF/88) e os princípios que informam o Direito do Trabalho”. (grifos acrescentados)

Mais recentemente, este Colegiado reafirmou aludido entendimento, consoante se verifica no julgamento do ROT nº 0001047-10-2020-5-09-0009, de minha relatoria, DEJT 14/06/2022.

Isso posto considerando que o autor foi contratado em 24/08/2011, as controvérsias postas em Juízo serão analisadas à luz da legislação vigente antes do advento da Lei n.º 13.467/2017.

2. REMUNERAÇÃO

2.1 DESVIO DE FUNÇÃO

A controvérsia reside em saber se o reclamante laborava em desvio de função, a partir de 03/2015, quando, pretensamente, passou a exercer as tarefas pertinentes ao cargo de “Gerente *Prime* Assistente”, embora fosse remunerado para a função de “Caixa”.

O Juízo de primeiro grau, após analisar detidamente os depoimentos das testemunhas e demais provas coligidas aos autos, julgou improcedente o pedido de condenação do reclamado ao pagamento de diferenças salariais por “desvio de função”. (Sentença, fls. 856/857)

O reclamante, discordando desta conclusão, se insurge alegando, em linhas gerais, que:

“a) no período contratual de 03/2015 a 08/2015, embora remunerado para o exercício da função de “Caixa”, atuou-se, efetivamente, em desvio de função, no cargo de “Gerente *Prime* Assistente”; **b)** isso posto, requer a reforma da sentença, a fim de que se condene o reclamado ao pagamento de diferenças salariais e repercussões, por desvio de função, no período contratual de 03/2015 a 08/2015”. (Razões de recurso ordinário, fl. 920)

Analiso.

O desvio de função traduz a situação em que o empregado, ocupante de uma posição funcional efetiva, passa a exercer as atribuições de cargo efetivo superior ao seu.

Consta dos assentos funcionais que, no período imprescrito, o autor ocupou os cargos de “Caixa”, de 30/08/2014 a 31/07/2015, “Gerente Prime Assistente”, de 1º/08/2015 a 31/03/2017, “Gerente de Relacionamento Prime I”, de 1º/04/2017 a 30/09/2018 e “Gerente de Relacionamento Prime Invest II”, de 1º/10/2018 até a rescisão do contrato de trabalho em 26/07/2019 (fls. 531/562 e 587/588)

Extraí-se da prova oral os seguintes elementos de convicção à respeito da matéria, com destaques deste Relator, *verbis*:

“(…) que prestou serviços ao reclamado de 2010 a 2019; que ingressou como escriturário; que a partir de 2011 passou a exercer a função de Caixa, explicando que atuava na área comercial (sic); que até 02/2015 ativou-se na agência Santa Terezinha de Itaipu-PR; que a partir de 03/2015 passou a se ativar em agência do reclamado em Foz de Iguaçu-PR; que a partir desse período passou a exercer a função de “Gerente Prime Assistente” embora fosse remunerado pelo exercício da função de “Caixa”; que exerceu a função de “Gerente Prime Assistente” até 09/2016; que decorridos 9 (nove) meses de quando passou a estar lotado em agência do reclamado em Foz de Iguaçu-PR o empregador efetivou-lhe no cargo de “Gerente Prime Assistente”; que haviam 8 (oito) empregados na agência do reclamado em Foz do Iguaçu-PR; que embora atuando no caixa atendia clientes quanto a consulta de saldos, investimentos, “de repente”, concessão de crédito e demais atividades exercidas pelo “Gerente Prime Assistente”; que dava suporte a todos os clientes”; que não possuía carteira de clientes”. (depoimento pessoal da parte autora, PJ-e Mídias 00:00/20:05, ata de audiência, fls. 848/850)

“(…) nihil (depoimento pessoal do preposto da parte ré, PJ-e Mídias, ata de audiência, fls. 848/850)

“(…) nihil (Washington Alves de Oliveira Junior, primeira testemunha ouvida à convite da parte autora, PJ-e Mídias, ata de audiência, fls. 848/850)

“(…) que prestou serviços ao reclamado de 04/2012 a 09/2021; que trabalhou diretamente com o autor por aproximadamente 1 (um) ano e 6 (seis) meses, a partir de 08/2015, em agência do reclamado em Foz do Iguaçu-PR; que o depoente exercia a função de “Supervisor Administrativo”; que o Autor exercia a função de “Gerente Prime Assistente”. (B. S. D. S. O. , segunda testemunha ouvida à convite da parte autora, PJ-e Mídias 40:05/44:58, ata de audiência, fls. 848/850)

“(…) que presta serviços ao reclamado desde 2008; que trabalhou com o autor no período de 2016/2017 na agência do reclamado em Foz do Iguaçu-PR; que a depoente exercia o cargo de “Gerente de Relacionamento Prime” e o autor “Gerente Prime Assistente”; como “Gerente Prime Assistente” o reclamante auxiliava os contratos de crédito, incluindo a operação de sistema, vencimento de sistemas, atendia clientes nas ausências do “Gerente de Relacionamento”;

o autor não possuía subordinados; o reclamante auxiliava dois “Gerente de Relacionamento”; o reclamante chegou na agência exercendo a função de “Gerente Prime Assistente”. (C. G. primeira testemunha ouvida à convite da parte ré, PJ-e Mídias, 45:00/53:40, ata de audiência, fls. 848/850)

“(…) nihil (Juliana Zanon Leonarczyk, segunda testemunha ouvida à convite da parte ré, PJ-e Mídias, ata de audiência, fls. 848/850)

Tomando como parâmetro o conteúdo da prova oral não se mostra possível concluir que o reclamante desempenhava, em acúmulo ou desvio de função, as atribuições afetas ao cargo de “Gerente Prime Assistente “ de 03/2015 a 08/2015.

A testemunha B. S. D. S. O. não ministrou elementos de convicção ao Juízo, considerando que *“(…) trabalhou diretamente com o autor por aproximadamente 1 (um) ano e 6 (seis) meses, a partir de 08/2015, em agência do reclamado em Foz do Iguaçu-PR”*. (PJ-e Mídias 40:05/44:58) (grifos acrescidos)

Vale dizer: no período controvertido, de 03/2015 a 08/2015, aludida testemunha não trabalhou com o autor e, logicamente, não saberia informar se o reclamante ativou-se em desvio de função.

A seu turno, de acordo com a testemunha C. G. , *“(…) o reclamante chegou na agência exercendo a função de “Gerente Prime Assistente”*. (PJ-e Mídias, 45:00/53:40) (grifos acrescidos)

A par disto, não assiste razão ao autor ao sustentar a tese de que teria chegado na agência Prime do reclamado em Foz do Iguaçu-PR exercendo a função de “Caixa”, mas que, no plano fático, ativava-se no cargo de “Gerente Prime Assistente”.

Em arremate, não se revela crível, nem mesmo consentâneo com a observação do que ordinariamente acontece, que o autor, no período em que se ativou na agência do reclamado localizada no Município de Santa Terezinha de Itaipu-PR, exercendo a função de “Caixa”, conseguisse, a um só tempo, ativar-se na função de “Gerente Prime Assistente”, *“(…) consultando saldos de clientes, fazendo investimentos, concedendo crédito, etc.”*.

Ainda que se admita que, eventualmente, tenha realizado algumas dessas tarefas no exercício do cargo de “Caixa”, não é lícito concluir que, desse fato, fizesse jus à remuneração de cargo mais complexo do que aquele que efetivamente exercia.

Para que se caracterize o desvio funcional, imprescindível certa habitualidade no desempenho da atividade mais complexa, fato que não ocorreu no caso em análise.

Seguindo essa linha de raciocínio, conclui-se que inexistiu desequilíbrio entre a prestação de trabalho e a contraprestação salarial, pois não comprovado o exercício de atividade substancialmente diferente, seja na qualidade ou quantidade do trabalho inicialmente contratado, ônus que, por se tratar de fato constitutivo do direito às diferenças salariais e reflexos ora postulados, incumbia ao reclamante (art. 818, da CLT c/c art. 373, inciso I, do CPC).

Isso posto, considerando que o autor exerceu, predominantemente, as funções para as quais fora contratado, não agregando novas responsabilidades ao contrato de emprego, não faz jus às diferenças salariais pleiteadas.

Outro não é o posicionamento do colendo TST, retratado, entre outros, na decisão sintetizada na ementa a seguir reproduzida:

“DESVIO DE FUNÇÃO NÃO COMPROVADO. A delimitação fática do acórdão regional é conclusiva no sentido de que as atividades desenvolvidas pelo autor correspondiam a tarefas compatíveis com a função para a qual fora contratado, não havendo falar em desvio de função”. (TST; ED-Ag-AIRR 0101017-75.2016.5.01.0031; Segunda Turma; Rel^a Min. Maria Helena Mallmann; DEJT 1º/07/2022; Pág. 966) (grifos acrescidos)

Esse mesmo entendimento fundamentou decisão desta 4ª Turma, ROT nº 0001755-62-2017-5-09-0010, de minha relatoria, DEJT 13/09/2021.

Nego provimento.

2.2 PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS E RESULTADOS (PLR) PROPORCIONAL. EXERCÍCIO FINANCEIRO 2019

O Juízo de origem, atribuindo validade à cláusula 2ª, §§ 3º e 4º, das normas coletivas da categoria que regulamentam o pagamento da Participação nos Lucros e Resultados (PLR), negou provimento ao pedido de condenação do reclamado ao pagamento proporcional da referida parcela, no exercício financeiro de 2019. (Sentença, fl. 864)

O reclamante insiste na tese de que faz jus ao recebimento da Participação nos Lucros e Resultados de 2019 proporcional, com fundamento na Súmula nº. 451 do

TST, razão pela qual requer a condenação do reclamado ao pagamento da parcela na proporção 7/12 avos. (Razões de recurso ordinário, fls. 921/923)

Analiso.

Consabido que o reclamante foi admitido pela empresa ré em 24/08/2011, para exercer a função de “Escriturário” e resiliu o contrato de trabalho, a pedido, em 26/07/2019. (TRCT, fls. 41/42)

A Convenção Coletiva de Trabalho 2018/2019, em sua Cláusula Primeira, atualizada conforme dicção da Cláusula Terceira, assim dispôs acerca do pagamento da Participação nos Lucros e Resultados do exercício financeiro de 2019:

“(…) CLÁUSULA 1ª PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS OU RESULTADOS (P.L.R.)

Parágrafo Segundo. Ao empregado admitido até 01/01/2019, em efetivo exercício em 31/12/2019 (...) será efetuado o pagamento de 1/12 do valor estabelecido, por mês trabalhado ou fração igual ou superior a 15 (quinze) dias (...) (fls. 689/691) (grifos acrescidos)

Assim, compulsando o teor da aludida norma coletiva que regula o pagamento da parcela em epígrafe, revela-se que apenas o empregado que estivesse em efetivo exercício em 31/12/2019 receberia o pagamento da PLR, na proporção de 1/12 por mês trabalhado, ou fração igual ou superior a 15 (quinze) dias.

Sem embargo, irrelevante o contrato de trabalho do reclamante não se encontrasse ativo em 31/12/2019, ou mesmo que o empregado não tenha sido dispensado sem justa causa, sendo esta a exegese da Súmula nº 451, do TST, *verbis*:

“(…) PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS E RESULTADOS. RESCISÃO CONTRATUAL ANTERIOR À DATA DA DISTRIBUIÇÃO DOS LUCROS. PAGAMENTO PROPORCIONAL AOS MESES TRABALHADOS. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. Fere o princípio da isonomia instituir vantagem mediante acordo coletivo ou norma regulamentar que condiciona a percepção da parcela participação nos lucros e resultados ao fato de estar o contrato de trabalho em vigor na data prevista para a distribuição dos lucros. Assim, inclusive na rescisão contratual antecipada, é devido o pagamento da parcela de forma proporcional aos meses trabalhados, pois o ex-empregado concorreu para os resultados positivos da empresa”. (grifos acrescidos)

Com efeito, indene de dúvidas que é devido ao autor o pagamento da PLR proporcional, referente ao exercício de 2019.

Sem embargo, o cálculo da Participação nos Lucros e Resultados (PLR) proporcional do exercício de 2019, deve considerar os meses efetivamente trabalhados, porque nestes o ex-empregado concorreu para os resultados positivos da empresa.

Com efeito, não se cogita, para fins de liquidação, em considerar a projeção do aviso prévio indenizado, por se tratar de ficção jurídica não contemplada nos instrumentos normativos.

Esse mesmo entendimento fundamentou decisão desta 4ª Turma, ROT nº 0000701-81-2019-5-09-0013, Rel. Des. Luiz Eduardo Gunther, DEJT 15/12/2021, em processo no qual o reclamado figurou no polo passivo, *verbis*:

“(...) No tocante à PLR de 2018, o parágrafo 3º da cláusula 3ª da Convenção Coletiva de Trabalho prevê o pagamento proporcional, de 1/12 por mês trabalhado, do PLR ao empregado dispensado sem justa causa entre 2/8 a 31/12.

A autora foi dispensada sem justa causa em 26/9/2018 (TRCT de fl. 44), com o aviso prévio indenizado.

Assim, correta a r. decisão que determinou o pagamento da PLR proporcional, pois a circunstância de o contrato de trabalho do autor ter sido rescindido antes do vencimento não representa óbice ao pagamento da parcela, na medida em que o trabalho do obreiro contribuiu com os lucros obtidos pelo réu no referido exercício.

(...)

Nesse sentido o preconizado pela Súmula 451 do C. TST:

“(...) PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS E RESULTADOS. RESCISÃO CONTRATUAL ANTERIOR À DATA DA DISTRIBUIÇÃO DOS LUCROS. PAGAMENTO PROPORCIONAL AOS MESES TRABALHADOS. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. Fere o princípio da isonomia instituir vantagem mediante acordo coletivo ou norma regulamentar que condiciona a percepção da parcela participação nos lucros e resultados ao fato de estar o contrato de trabalho em vigor na data prevista para a distribuição dos lucros. Assim, inclusive na rescisão contratual antecipada, é devido o pagamento da parcela de forma proporcional aos meses trabalhados, pois o ex-empregado concorreu para os resultados positivos da empresa”.

De outro prisma, a projeção do aviso prévio indenizado, requerida na inicial, para efeitos da PLR, ainda que integre o contrato de trabalho (art. 487, § 1º, da CLT), trata-se de mera contagem de prazo por ficção jurídica que a norma coletiva não considerou.

Dessarte, é devido o pagamento da PLR de 2018, proporcional aos meses

trabalhados no ano de 2018, mas sem incluir o aviso prévio indenizado". (grifos acrescidos)

Mais recentemente, este Colegiado reafirmou aludido entendimento, consoante se verifica no julgamento do ROT nº 0001267-04-2017-5-09-0012, de minha relatoria, DEJT 26/05/2022, *precedente envolvendo o mesmo banco reclamado*.

Isso posto, dou provimento parcial ao apelo para condenar o reclamado ao pagamento proporcional de Participação nos Lucros e Resultados, referente ao exercício financeiro 2019, (7/12), considerando a rescisão contratual em 26/07/2019.

3. DURAÇÃO DO TRABALHO

3.1 CONTROLES DE PONTO (ANÁLISE CONJUNTA DO RECURSO ORDINÁRIO DAS PARTES)

O Juízo de origem ponderou que as anotações lançadas nos controles de ponto eram válidas.

Sem embargo, concluiu que *"(...) apesar de o horário estar corretamente registrado e ter havido pagamento do labor extraordinário, o reclamante demonstrou haver diferenças a serem recebidas em sua impugnação"*.

A par disto, julgou procedente o pleito de condenação do reclamado ao pagamento de diferenças horas extras e repercussões, com base nos lançamentos dos controles de ponto.

Especificou, ainda, que nos termos da *"(...) OJ nº 169, da SE, deste E. TRT, deve-se adotar a média física apurada, com base nos controles juntados aos autos dos meses efetivamente trabalhados, nos períodos em que não foram apresentados os registros"*. (Sentença, fls. 857/858, 860/861 e 863)

Insatisfeito, o reclamante invoca os seguintes argumentos para a reforma quanto a validade dos registros dos controles de ponto:

a) no período imprescrito até 03/2015, laborava, efetivamente, de segunda a sexta-feira das 09h00min às 17h00min com 15 (quinze) minutos de intervalo intrajornada; **b)** no período de 04/2015 até o final do contrato de trabalho laborava, efetivamente, de segunda a sexta-feira das 08h30min às 17h30min com 30 (trinta) minutos de intervalo intrajornada; **c)** não era possível a anotação da totalidade

da jornada de trabalho nos controles de ponto; **d)** o empregador não permitia o registro de horas extras excedentes da 2ª (segunda) hora extra diária; **e)** ausente registros por ocasião da realização de treinamentos e viagens; **f)** isso posto, requer a reforma da sentença, a fim de que, declarando-se a invalidade dos controle de jornada, e fixando-se a jornada de trabalho acima declinada, condene-se o reclamado ao pagamento de horas extraordinárias, assim consideradas as excedentes da 6ª (sexta) hora diária e da 30ª (trigésima) hora semanal, em todo o período imprescrito”. (Razões de recurso ordinário, fls. 895/902)

O reclamado, também irresignado, argumenta em prol da reforma que:

“**a)** inexistem diferenças de horas extras não quitadas nos recibos de pagamento; **b)** os demonstrativos apresentados pelo reclamante não são aptos a demonstrar a existência de horas extras; **c)** o fechamento da folha de pagamentos ocorre entre os dias 18 e 20 de cada competência; **d)** eventuais horas extras são quitadas na competência subsequente; **e)** ante o exposto, requer a reforma da sentença, a fim de que se afaste a condenação ao pagamento de diferenças de horas extras, e repercussões”. (Razões de recurso ordinário, fls. 1.006/1.007)

Analiso.

a) recurso ordinário do reclamante

Analisando os cartões de ponto colacionados aos autos, às fls. 358/512, constata-se que estão de acordo com o disposto no artigo 74, parágrafo 2.º, da CLT, porque registram variações nos horários de entrada e de saída.

A seu turno, consta, dos controles de ponto, a assinatura do recorrente.

Presume-se, portanto, a fidedignidade dos registros, nos termos do item III da citada Súmula n.º 338, interpretado *a contrario sensu*.

Assim sendo, caberia ao reclamante comprovar que laborou além dos horários consignados nos controles, nos termos dos arts. 818 da CLT e 333, inciso II, do CPC, encargo processual do qual não se desincumbiu, consoante se verifica do teor da prova oral abaixo reproduzida, com destaques deste Relator:

“(…) que se ativava das 09h00min às 17h00min, com 15 minutos de intervalo, na agência Santa Terezinha de Itaipu-PR e das 08h30min às 17h30min, com 30 minutos de intervalo, na agência Foz do Iguaçu-PR; que não registrava a jornada de trabalho integral nos controles de ponto; que haviam dias que conseguia registrar nos controles a jornada de trabalho integral; que havia um limite de horas extras

que poderiam ser lançadas nos controles de ponto; questionado pelo Juízo o motivo pelo qual na competência 08/2018, à fl. 383, haviam registros de jornada de trabalho antes das 08h30min e após 17h30min, inclusive às 19h02min no dia 29/08/2018, o autor confirmou que se tratava de situação isolada; apresentado o documento de fl. 384, o depoente explicou que se tratava da ficha de anotação de jornada externa, na qual também consta registro de jornada antes das 08h30min; que não era possível registrar o intervalo correto nos controles de ponto; que apenas 1 (um) dia por semana o depoente usufruía de pausa de 1 (uma) hora”. (depoimento pessoal da parte autora, PJ-e Mídias, 00:00/20:05, ata de audiência, fls. 848/850)

“(...) que o registro de jornada era lançado em ponto eletrônico via cartão; que o autor poderia registrar horas extras; que existe limitação de 2 (duas) horas extras diárias; que, mesmo que ultrapasse 2 (duas) horas extras diárias o banco procede ao pagamento; que as horas extras não impactam no PAD e no POBJ; que na época do contrato de trabalho do autor os “Gerentes Gerais” e “Gerentes Regionais” eram premiados no PAD e no POBJ; que não era possível realizar atividades sem o registro do ponto; que os telefones da agência não são travados com o registro de saída no ponto; que quando era registrada a saída no ponto, o sistema não travava; que era possível acessar o sistema e fazer ligações sem estar registrado no ponto”. (depoimento pessoal do preposto da parte ré, PJ-e Mídias, 20:06/25:10, ata de audiência, fls. 848/850)

“(...) que prestou serviços ao reclamado de 10/2016 a 05/2021; que trabalhou com o autor no período de 2017 a 2020, na agência Monsenhor Celso; que na época o depoente exerceu as funções de “Caixa” e “Gerente Prime Assistente”; que o autor exercia a função de “Gerente de Relacionamento Pessoa Física” que o registro de jornada era eletrônico com cartão; que o depoente se ativava das 8h30min às 17h30min; que registrava a jornada um pouco depois que chegava na agência; que logo que chegava auxiliava algum cliente no caixa eletrônico e resolvia algumas situações nas mesas; que o ponto eletrônico ficava no final da agência; que se não tivesse interrupções, conseguiria ir direto registrar o início da jornada; que na saída batia o ponto e realizava alguma demanda; que já deixou de registrar horas extras porque não banco não liberou; que fora do ponto fazia ligações, atendia e prospectava clientes; que isso acontecia de forma esporádica, em média 2 vezes por semana; que nessas ocasiões trabalhava 30 minutos além do registrado; que o horário do autor era das 8h30min às 17h30min; que o depoente fazia 30 minutos de intervalo; que usufruiu de 1 (uma) hora; que conseguia fazer 1 (uma) hora uma vez por semana; que a rotina do autor era semelhante; que não lembra do autor fazer 1 (uma) hora de almoço; que o autor almoçava, e quando retornava à agência ficava trabalhando com o celular; que horas extras impactava no PAD e no POBJ”. (Washington Alves de Oliveira Junior, primeira testemunha ouvida à convite da parte autora, PJ-e Mídias 31:30/40:05, ata de audiência, fls. 848/850)

“(...) que prestou serviços ao reclamado de 04/2012 a 09/2021; que trabalhou diretamente com o autor por aproximadamente 1 (um) ano e 6 (seis) meses, a partir de 08/2015, em agência do reclamado em Foz do Iguaçu-PR; que o depoente exercia a função de “Supervisor Administrativo”; que o Autor exercia a função de “Gerente Prime Assistente”; que o depoente se ativava das 8h00min às 18h00min; que conseguia registrar a jornada de trabalho nos controles de ponto; que, às vezes,

não podia registrar as horas extras; que nessas ocasiões batia o ponto e continuava trabalhando; que isso corria em média 10 (dez) dias no mês; que nessas ocasiões permanecia na agência de 30 a 40 minutos; que, de regra, conseguia usufruir 1 (uma) hora de intervalo; que o autor se ativava das 8h30min às 18h30min; que o autor usufruía de 1 (uma) hora de intervalo, mas ficava resolvendo assuntos por telefone nesse período; que se a hora extra estivesse autorizada, era registrado nos controles de ponto e paga”. (B. S. D. S. O. , segunda testemunha ouvida à convite da parte autora, PJ-e Mídias, 40:06/44:58, ata de audiência, fls. 848/850)

“(...) que trabalha no Bradesco desde 2008; que trabalhou com o Autor em 2016/2017 na agência Foz do Iguaçu; que a depoente era “Gerente de Relacionamento Prime”; que o Autor era “Gerente Prime Assistente” que quando o autor chegou na agência a depoente já trabalhava no local; que o autor chegou na agência na função de “Gerente Prime Assistente”; que o autor se ativava em jornada de 8 (oito) horas; que o horário era flexível, podendo chegar entre 8h00min e 9h00min; que o autor poderia registrar horas extras; que todas as horas extras são registradas; que podem fazer no máximo 2 (duas) horas extras por dia; que o banco não gosta que os empregados façam horas extras, mas se fizerem é registrado no ponto; que se fizer mais de 2 (duas) horas é possível registrar; que nunca viu nenhum empregado ultrapassar 2 (duas) horas extras; que não havia necessidade do autor laborar além da jornada estipulada; não havia muita demanda que exigisse a prestação de horas extras; que a agência era de pequeno porte; que as horas extras não impactam no PAD e POBJ do “Gerente de Relacionamento”. (C. G. primeira testemunha ouvida à convite da parte ré, PJ-e Mídias, 45:00//53:40, ata de audiência, fls. 848/850)

“(...) que trabalhou com o autor em 2017, quando ele esteve lotado na agência da Monsenhor Celso em Curitiba-PR; que a depoente exercia o cargo de “Gerente de Relacionamento” e atuava como backup do “Gerente Geral”; que o Autor se ativava na função de “Gerente de Relacionamento Pessoa Física”; que não trabalhou com o autor no período em que ele exerceu a função de assistente; que a depoente trabalhava das 8h30min às 17h30min ou das 9h00min às 18h00min; que conseguia registrar a jornada de trabalho integral nos controles de ponto; que na saída batia o ponto e ia embora; não tinha dificuldade para registrar horas extras; que o banco orientava para não realizar horas extras, mas as vezes precisava fazer; que quando precisava fazer horas extras, registrava no ponto; que usufruía de 1 (uma) de intervalo; que registrava o intervalo corretamente; que acredita que o horário do autor era igual ao da depoente; que quando a depoente chegava na agência o autor já estava lá; que acredita que o autor entrava às 8h00min, mas não tem certeza; que não sabe o horário que ele saía, mas era por volta de 18h00min”. (C. G. primeira testemunha ouvida à convite da parte ré, PJ-e Mídias, 53:45/1:07:16, ata de audiência, fls. 848/850)

Não assiste razão ao reclamante ao asseverar que o sistema do reclamado não permitia o real registro da jornada, de modo a não refletir o tempo efetivo à disposição do empregador.

Consta dos assentos funcionais que, no período imprescrito, o autor

ocupou os cargos de “Caixa”, de 30/08/2014 a 31/07/2015, lotado na agência Santa Terezinha do Itaipu-PR, “Gerente *Prime* Assistente”, de 1º/08/2015 a 31/03/2017, lotado na agência Foz do Iguaçu-PR, “Gerente de Relacionamento *Prime* I”, de 1º/04/2017 a 30/09/2018, lotado na agência Monsenhor Celso em Curitiba-PR e “Gerente de Relacionamento *Prime Invest* II”, de 1º/10/2018, até a rescisão do contrato de trabalho em 26/07/2019, também lotado na agência Monsenhor Celso em Curitiba-PR (fls. 531/562 e 587/588)

O autor sustenta que no período imprescrito, até 03/2015, laborava efetivamente, de segunda a sexta-feira das 09h00min às 17h00min com 15 (quinze) minutos de intervalo intrajornada; no período de 04/2015 até o final do contrato de trabalho laborava, efetivamente, de segunda a sexta-feira das 08h30min às 17h30min com 30 (trinta) minutos de intervalo intrajornada.

Em uma análise perfunctória dos cartões-ponto, verifica-se que era comum o autor registrar a jornada de trabalho além dos limites fixados na petição inicial, vale dizer, antes das 08h30min e após às 17h30min, conferindo elevado grau de verossimilhança às anotações lançadas nos controles de ponto, às fls. 358/512.

Os recibos de pagamentos revelam pagamento de horas extras em praticamente todos os meses da contratualidade, reforçando a higidez dos controles de jornada. (fls. 513/584)

Cumprido destacar que a prova oral não teve o condão de desconstituir a validade dos registros lançados nos controles de ponto.

No período imprescrito até 03/2015, o autor encontrava-se lotado na agência do reclamado no Município de Santa Terezinha do Itaipu-PR, não tendo sido produzida prova oral desse lapso temporal.

De modo que, sendo variáveis os registros de ponto nesse período, e ausente demonstração de que os lançamentos não são fidedignos, os controles de ponto prevalecem como meio de prova da jornada de trabalho do autor.

A seu turno, no que se refere ao período de 1º/08/2015 a 31/03/2017, o autor laborou na agência *Prime* do reclamado em Foz do Iguaçu-PR.

No que se refere a tal período, a testemunha C. G. ao asseverar que “(...) o autor poderia registrar horas extras; que todas as horas extras são registradas”. (PJ-e Mídias, 45:00/53:40) teve o condão de convencer o Juízo quanto a validade dos registros lançados nos controles de ponto, mormente porque amparado nos demais elementos probatórios dos autos.

Aludida testemunha confirmou que o autor se ativava na jornada de trabalho contratual e, nas ocasiões em que se fazia necessário labor extraordinário, este era efetivamente anotado nos controles de ponto, afirmação que guardou correspondência com o conteúdo dos documentos encartados aos autos, às fls. 358/512, emprestando credibilidade ao depoimento.

O depoimento da testemunha B. S. D. S. O. , também do período de Foz do Iguaçu-PR, não possuiu densidade probatória suficiente ao convencimento do Juízo, considerando que declinou jornada de trabalho superior àquela lançada na petição inicial e informada pelo autor em depoimento pessoal.

No que se refere ao período em que o autor esteve lotado na agência Monsenhor Celso em Curitiba-PR, 1º/04/2017 a 26/07/2019, a testemunha Juliana Zanon Leonarczyk asseverou que a depoente “(...) conseguia registrar a jornada de trabalho integral nos controles de ponto; que na saída batia o ponto e ia embora; não tinha dificuldade para registrar horas extras; (...) que quando precisava fazer horas extras, registrava no ponto”, sendo possível presumir, das muitas horas extras registradas nos controles de ponto do autor, às fls. 358/512, que o mesmo ocorria com o reclamante.

Ademais, o depoimento da testemunha Washington Alves de Oliveira Junior, ao asseverar que o autor “(...) o horário do autor era das 8h30min às 17h30min”, corrobora a validade dos registros lançados nos controles de ponto às fls. 358/512, de que era possível registrar toda a jornada de trabalho nos controles de ponto.

Por fim, no que se refere ao intervalo intrajornada, convence o Juízo o depoimento da testemunha Juliana Zanon Leonarczyk, ao asseverar que “(...) usufruía de 1 (uma) de intervalo; que registrava o intervalo corretamente”, sendo possível admitir que o mesmo ocorresse com o reclamante.

A testemunha Washington Alves de Oliveira Junior revelou-se tendenciosa em diversos trechos do seu depoimento, não demonstrando convicção ao afirmar

que “(...) não lembra do autor fazer 1 (uma) hora de almoço”.

Ainda que se admitisse que os depoimentos das testemunhas B. S. D. S. O. e C. G. , do período de Foz do Iguaçu-PR, Juliana Zanon Leonarczyk e Washington Alves de Oliveira Junior, do período de Curitiba-PR, tivessem igual peso probatório, haveria divisão na prova oral, resolvendo-se a controvérsia em desfavor de quem detinha o ônus da prova do labor extraordinário, no caso em tela, o autor (CLT, art. 818 c/c CPC art. 373, I).

Conclui-se, portanto, ausente demonstração em contrário, que os controles de ponto são hígidos, em sua integralidade, inclusive quanto ao intervalo intrajornada, não se cogitando em labor excedente aos registros lançados naqueles documentos.

Não modifica tal conclusão o fato de haver limite de 2 (duas) horas extras que poderiam ser lançadas nos controles de ponto.

Note-se que, de acordo com as testemunhas, em especial C. G. e Juliana Zanon Leonarczyk, nos períodos de Foz de Iguaçu-PR e Curitiba-PR, respectivamente, não havia demanda suficiente que justificasse labor extraordinário excedente ao limite imposto pelo reclamado.

Ademais, ainda que houvesse tal orientação geral do banco reclamado, de que o labor extraordinário, se prestado, não excedesse 2 (duas) horas, as testemunhas C. G. e Juliana Zanon Leonarczyk, asseveraram que, se tal limite fosse ultrapassado as horas extras eram registradas nos controles de ponto e quitadas nos recibos de pagamento.

Em arremate, não assiste razão ao reclamante ao sustentar que ausente registros por ocasião de treinamentos e viagens, incidindo a exegese da Súmula nº 338 do TST.

Não é demais ressaltar que, havendo falta de parte dos cartões de ponto, ou, por mais forte razão, dos registros de alguns dias de determinada competência, e sendo uniforme a jornada de trabalho alegada na petição inicial, como no caso dos autos, prevalecerá, para o período faltante, a jornada média retratada naqueles apresentados.

Logo, a ausência de algum controle de ponto, ou o não registro da jornada

em alguns dias, não possui o condão de inverter o ônus da prova, de modo a se presumir verdadeira a jornada de trabalho narrada na petição inicial.

Aludido entendimento encontra-se em consonância com a dinâmica da distribuição do ônus da prova, não acarretando enriquecimento sem causa do empregado.

Aplica-se, aqui, por analogia, o entendimento expresso na OJ n.º 233, da SBDI-I, ficando afastada a incidência da diretriz contida no item I da Súmula n.º 338 do TST, a qual se refere apenas a presunção *juris tantum* de veracidade da jornada alegada na petição inicial, em caso de ausência de cartões de ponto.

Nessa linha de raciocínio, conclui-se que o reclamado procedia ao correto registro da jornada de trabalho do autor em todo o período imprescrito, razão pela qual, impõe-se a manutenção da sentença, sob esse aspecto.

Com efeito, da análise do conjunto fático-probatório constata-se que não há prova robusta capaz de elidir a presunção de veracidade dos controles de ponto, que contêm marcações de horário de trabalho variáveis e com registro substancial de labor extraordinário, ônus que incumbia ao reclamante (CLT, art. 818 c/c CPC, art. 373, inciso I).

Esse mesmo entendimento fundamentou decisões desta 4ª Turma, ROT´s n.ºs 0000022-62-2021-5-09-0029, 0001722-60-2015-5-09-0651 e 0001683-13-2015-5-09-0021, todos de minha relatoria, DEJT 26/11/2021, 19/04/2021 e 30/11/2020, ROT´s n.ºs 0000829-59-2017-5-09-0664 e 0001857-40-2013-5-09-0652, ambos relatados pelo Exmo. Des. Luiz Eduardo Gunther, DEJT 03/07/2020 e 17/09/2019, precedentes, em sua maioria, envolvendo o mesmo banco reclamado e situação fática assemelhada.

Nego provimento.

b) recurso ordinário do reclamado

No que se refere a condenação ao pagamento de diferenças de horas extras, escorreita a conclusão de origem, a respeito da existência de diferenças não quitadas nos recibos de pagamento, nos termos do demonstrativo às fls. 761/762.

Nego provimento.

c) conclusão

Nego provimento a ambos os recursos.

3.2 CARGO DE CONFIANÇA BANCÁRIO. “GERENTE *PRIME* ASSISTENTE”. “GERENTE DE RELACIONAMENTO *PRIME* I”. “GERENTE DE RELACIONAMENTO *PRIME* INVEST II”. PERÍODO A PARTIR DE 1º/08/2015 ATÉ A RESCISÃO CONTRATUAL

OMM. Juízo de origem, após análise do conjunto fático-probatório, concluiu que o reclamante, enquanto exercente dos cargos de “Gerente *Prime* Assistente”, “Gerente de Relacionamento *Prime* I”, “Gerente de Relacionamento *Prime* Invest II”, de 1º/08/2015 até a rescisão do contrato de trabalho, em 26/07/2019, detinha fidúcia especial, estando submetido à jornada de trabalho de 8 (oito) horas diárias e 40 (quarenta) horas semanais, nos exatos termos do art. 224, § 2º, da CLT. (Sentença, fls. 858/860)

O reclamante, inconformado, sustenta, em resumo, que:

“**a)** não se encontrava investido de confiança bancária; **b)** não possuía fidúcia diferenciada em relação à maioria dos funcionários; **c)** não restou satisfatoriamente comprovado o preenchimento dos requisitos traçados no art. 224, § 2º, do da CLT; **d)** o fato de possuir carteira de clientes no período em que se ativou no cargo de “Gerente de Relacionamento” não se revela suficiente para caracterizar fidúcia diferenciada; **e)** isso posto, requer a reforma da sentença, a fim de que se declare o seu enquadramento na regra do artigo 224, *caput*, da CLT, no período a partir de 1º/08/2015 até a rescisão do contrato de trabalho em 26/07/2019, condenando-se o reclamado ao pagamento de horas extraordinárias excedentes da 6ª (sexta) hora diária e 30ª (trigésima) hora semanal, e repercussões; **f)** subsidiariamente, requer a condenação do reclamado ao pagamento de horas extraordinárias excedentes da 6ª (sexta) hora diária e 30ª (trigésima) hora semanal, e repercussões, no período de 1º/08/2015 a 31/03/2017, quando se ativou no cargo de “Gerente *Prime* Assistente”. (Razões de recurso ordinário, fls. 874/887)

Analiso.

Discute-se, neste tópico, se o reclamante, enquanto ocupante dos cargos de “Gerente *Prime* Assistente”, de 1º/08/2015 a 31/03/2017, “Gerente de Relacionamento *Prime* I”, de 1º/04/2017 a 30/09/2018 e “Gerente de Relacionamento *Prime* Invest II”, de 1º/10/2018 até a rescisão do contrato de trabalho em 26/07/2019, enquadrava-se na regra excetiva da jornada de trabalho prevista no

artigo 224, parágrafo 2º, da CLT, exigindo-lhe prestação de serviços por 8 (oito) horas diárias e 40 (quarenta) horas semanais. (TRCT, fls. 41/42; fls. 531/562 e 587/588)

De acordo com o disposto no art. 224, § 2º, da CLT, dois são os critérios cumulativos que devem nortear a caracterização do cargo de confiança bancário:

- i) a delegação de atribuições especiais no desempenho da função distintas das realizadas por outros empregados (critério subjetivo) e ii) a gratificação de função não inferior a 1/3 (um terço) do salário do cargo efetivo (critério objetivo).

Registre-se que o cargo de confiança bancário tem conceito bem mais elástico que o tratado no inciso II do art. 62 da CLT, bastando que o empregado seja depositário de uma confiança especial que o distinga dos demais colegas bancários, exercendo função de direção, gerência, fiscalização, chefia e equivalentes, e receba gratificação de função não inferior a um terço do salário do cargo efetivo.

É importante ressaltar que a definição do cargo de confiança não se subordina apenas à denominação dada à função e à percepção de gratificação, mas, sim, vincula-se ao efetivo exercício de atribuições que revelem a verdadeira fidúcia depositada no empregado, conforme interpretação consagrada no item I da Súmula TST nº 102, que assim dispõe:

“BANCÁRIO. CARGO DE CONFIANÇA (mantida) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011

I - A configuração, ou não, do exercício da função de confiança a que se refere o art. 224, § 2º, da CLT, dependente da prova das reais atribuições do empregado, é insuscetível de exame mediante recurso de revista ou de embargos. (ex-Súmula nº 204 - alterada pela Res. 121/2003, DJ 21.11.2003). (...).”

O pagamento de percentual de gratificação de função - critério comprovado nos autos mediante consulta às fichas financeiras de fls. 513/584, por si só, merece ao enquadramento nas exceções a que se refere o art. 224, parágrafo 2º, da CLT.

E, no mais das vezes, somente a realidade fática se mostra capaz de demonstrar os contornos que definem, ou não, o exercício de cargo de confiança bancário.

Tratando-se de fato impeditivo do direito ao recebimento de horas

extraordinárias, o exercício de cargo de confiança deve ser cabalmente demonstrado pelo reclamado, ônus do qual não se desincumbiu (art. 818 da CLT c/c CPC, art. 373, inciso II).

Isso porque as prerrogativas enunciadas no parágrafo 2º do art. 224 da CLT (gerência, fiscalização, chefia e equivalentes) não foram confirmadas pela prova oral, da qual se extrai, em resumo, os seguintes elementos de prova, com destaques deste Relator, *in verbis*:

“(…) que no exercício da função de “Gerente Prime Assistente” comercializava produtos do banco, atendia clientes, procedia à abertura de contas, prospectava clientes, realizava visitas, atendia clientes por telefone; não possuía subordinados, procuração, chave da agência, assinatura autorizada; que no exercício da função de “Gerente Prime Assistente” não tinha alçada para liberar operações; que não possuía acesso a todas as informações do “Gerente de Relacionamento”; que apenas o depoente era “Gerente Prime Assistente” na agência; já no exercício do cargo de “Gerente de Relacionamento Prime Invest” atendia clientes “Prime” com renda acima de R\$ 10.000,00 (dez mil reais); que o “Gerente Prime Assistente” era subordinado a todos os “Gerentes de Relacionamento”; todos os “Gerentes de Relacionamento” participavam de Comitê de Crédito com direito a voto; que no plano fático não havia diferença entre os cargos de “Gerente de Relacionamento Prime” e “Gerente de Relacionamento Prime Invest”. (depoimento pessoal da parte autora, PJ-e Mídias 00:00/20:05, ata de audiência, fls. 848/850)

“(…) que o autor se ativou nas funções de “Escriturário”, “Caixa”, “Gerente Prime Assistente”, “Gerente de Relacionamento Prime” e “Gerente de Relacionamento Prime Invest”; que em 08/2015 o Autor passou a “Gerente Prime Assistente”; que o autor foi promovido a “Gerente de Relacionamento Prime” em 04/2017; que em 10/2018 foi promovido a “Gerente de Relacionamento Prime Invest”; que a diferença entre “Gerente de Relacionamento Prime” e “Gerente de Relacionamento Prime Invest” é a quantidade de clientes; que o autor atendia clientes com investimentos acima de R\$ 100.000,00; que na época em que o autor era “Gerente Prime Assistente”, tinha os caixas como subordinados; que os caixas eram subordinados à área administrativa e comercial; que o caixa era subordinado ao “Gerente de Relacionamento” e “Gerente Geral”; que na época em que foi o autor foi “Gerente de Relacionamento”, haviam 2 assistentes para 4 gerentes; que o “Gerente Prime Assistente” era subordinado ao “Gerente de Relacionamento Prime” e ao “Gerente da Agência”; que o “Gerente de Relacionamento Prime” não podia contratar, demitir, suspender ou advertir o assistente; que o “Gerente de Relacionamento Prime” não interferia em jornada e férias dos “Gerentes Prime Assistentes”; que o “Gerente Prime Assistente” atende a carteira, faz créditos, atendimentos, investimentos; que o “Gerente de Relacionamento” pode pedir para o assistente formalizar operação; que o “Gerente de Relacionamento Prime” não realizava atividades decisórias sobre o cargo do “Gerente Prime Assistente”; que o autor participava do comitê de crédito tanto no cargo de “Gerente Prime Assistente” quanto de “Gerente de Relacionamento Prime”; que a depoente é

“Gerente Geral” e participa do comitê; que a depoente pode aprovar créditos que os demais funcionários votaram contra; que o “Gerente Geral” tem a última palavra no comitê; que todos os créditos passavam pelo comitê; que o “Gerente de Relacionamento Prime” precisa comprovar que o cliente consegue pagar o valor emprestado; que quem define se o cliente recebe ou não o crédito é a “Gerente Geral”; que a autoridade máxima da agência é o “Gerente da Agência”; que na hierarquia da agência o “Gerente da Agência” esta no topo, depois o “Gerente Administrativo” e abaixo o “Gerente de Relacionamento”; que não é possível o “Gerente Prime Assistente” realizar as funções de “Gerente Relacionamento” no sistema; que o “Gerente Geral” não tem o poder de aumentar o nível de cartão do “Gerente Prime Assistente”; [...]. **(depoimento pessoal do preposto da parte ré, PJ-e Mídias, 20:06/25:10, ata de audiência, fls. 848/850)**

“(...) que prestou serviços ao reclamado de 10/2016 a 05/2021; que trabalhou com o autor no período de 2017 a 2020, na agência Monsenhor Celso; que na época o depoente exerceu as funções de “Caixa” e “Gerente Prime Assistente”; que o autor exercia a função de “Gerente de Relacionamento Pessoa Física”; que enquanto “Gerente Prime Assistente”, o depoente participava do comitê de crédito e tinha direito a voto; que o comitê de crédito era realizado semanalmente; que o autor também participava do comitê; que enquanto “Gerente Prime Assistente”, o depoente não era subordinado ao autor; que “Gerente Prime Assistente” eram subordinados ao “Gerente Geral” e ao “Gerente Administrativo”; que o depoente, como “Gerente Prime Assistente” assessorava 3 “Gerentes de Relacionamento”; que a autoridade máxima na agência é o “Gerente Geral” sucedido pelo “Gerente Administrativo”; que abaixo de ambos não existe cadeia de comando; que os “Gerentes Prime Assistentes” não possuíam ascendência sobre os “Caixas”; que o “Gerente Administrativo” era o superior hierárquico dos “Caixas”; que as tarefas do “Gerente Prime Assistente”, são designadas pelo “Gerente Geral”; que o “Gerente Prime Assistente”, fazia a parte operacional e o “Gerente de Relacionamento” fazia a parte comercial; que o depoente finalizava a tarefa diretamente com o cliente; que informava o “Gerente de Relacionamento” e o “Gerente Geral” do término das tarefas; que não tinha obrigação de informar o “Gerente de Relacionamento”; que se reportava ao “Gerente Geral”; participava do comitê de crédito com tinha direito ao voto”. **(Washington Alves de Oliveira Junior, primeira testemunha ouvida à convite da parte autora, PJ-e Mídias 31:30/40:05, ata de audiência, fls. 848/850)**

“(...) nihil (B. S. D. S. O. , segunda testemunha ouvida à convite da parte autora, PJ-e Mídias, ata de audiência, fls. 848/850)

“(...) que presta serviços ao reclamado desde 2008; que trabalhou com o autor no período de 2016/2017 na agência do reclamado em Foz do Iguaçu-PR; que a depoente exercia o cargo de “Gerente de Relacionamento Prime” e o autor “Gerente Prime Assistente”; que o autor auxiliava nos contratos de crédito, incluindo operações no sistema, acompanhando vencimentos de limites, atendendo clientes na ausência dos “Gerentes de Relacionamento”, fazendo a parte operacional; que o autor não tinha subordinado; que o autor auxiliava a depoente e outra gerente; que a agência era de porte pequeno; que quando o autor realizava as atividades solicitadas pela depoente, se reportava a ela; que o autor tinha acesso ao cadastro do cliente; que o autor não tinha acesso à data de

nascimento do cliente; que no geral possuía os mesmos acessos dos “Gerentes de Relacionamento”; que como “Gerente Prime Assistente” o autor participava do comitê de crédito; que todos os participantes votam no comitê; que como “Gerente Prime Assistente” o autor não possuía carteira específica de clientes; que o autor não delegava tarefas aos “Caixas”, pois não havia necessidade; que os “Caixas” não podem sair do “Caixa”; que o autor dava suporte na área operacional; que o autor auxiliava na parte comercial caso algum gerente estivesse de férias ou ausente; que podia atender o cliente e posteriormente informava o “Gerente de Relacionamento”; que o autor se reportava à depoente nas demandas que ela passava e também ao “Gerente Geral”; que as rotinas de trabalho, advertência e contratação de “Gerente Prime Assistente” eram feitas pelo “Gerente Geral”; que a depoente não podia dar advertência para o autor; que o “Gerente Geral” é superior dos “Caixas”; que o autor não possuía ascendência sobre os “Caixas”; que como “Gerente Prime Assistente” o reclamante era subordinado ao “Gerente de Relacionamento Prime”; o autor auxiliava dois gerentes nos contratos de crédito, incluindo a operação de sistema, vencimento de sistemas, atendimento clientes nas ausências do gerente; não tinha carteira específica de clientes”. **(C. G. primeira testemunha ouvida à convite da parte ré, PJ-e Mídias, 45:00/53:40, ata de audiência, fls. 848/850)**

“(…) que trabalhou com o autor em 2017, quando ele esteve lotado na agência da Monsenhor Celso em Curitiba-PR; que a depoente exercia o cargo de “Gerente de Relacionamento” e atuava como *backup* do “Gerente Geral”; que o autor se ativava na função de “Gerente de Relacionamento Pessoa Física”; que não trabalhou com o autor no período em que ele exerceu a função de “Gerente Prime Assistente”; que quando o autor chegou na agência, já passou à “Gerente de Relacionamento Prime”; que o “Gerente de Relacionamento Prime” atende pessoa física com investimentos; que havia clientes tomadores de créditos; que o “Gerente de Relacionamento Prime” liga para clientes, faz consultoria de investimentos, atende demandas de pagamentos, cartão de crédito, limites de crédito, limites de operação; que o autor possuía carteira de clientes; que tinha acesso à vida financeira do cliente; que o autor participava de comitê de crédito; que nem todas as operações tem comitê; que os “Gerentes de Relacionamento Prime” defendem o cliente perante a comissão; que o “Gerente Geral” determina se vão prosseguir com a operação; que o “Gerente de Relacionamento Prime” assina cheque administrativo sempre com o “Gerente Geral” ou “Gerente Administrativo”; que a depoente tem assinatura autorizada; que na época a depoente não tinha procuração; que acredita que o autor também tinha assinatura autorizada; que tem diferença de nível do cartão conforme o cargo; que o nível da depoente aumentava na ausência do “Gerente Geral”; que os clientes prime possuíam renda mensal superior a R\$10.000,00 ou eram investidores; que teve um período em que atenderam clientes do segmento *prime invest*; que passaram a atender clientes com investimentos acima de R\$ 300.000,00; que a diferença era a parte de consultoria; que precisavam dar uma assistência maior ao cliente por conta do valor aplicado; que **na prática não havia muita diferença**; que os clientes da carteira eram definidos pelo banco; que “Gerente Prime Assistente” “podia defender propostas no comitê na ausência do “Gerente” ou quando fazia o atendimento do cliente; que a assinatura autorizada era para assinar cheque administrativo em conjunto

com o “Gerente Geral” ou “Gerente Administrativo”; que por estar na função de “Gerente de Relacionamento Prime”, possui assinatura autorizada; que os “Gerentes de Relacionamento Prime” faziam a indicação de investimentos; que também podiam pedir auxílio do departamento de investimentos”. **(Juliana Zanon Leonarczyk, segunda testemunha ouvida à convite da parte ré, PJ-e Mídias, 53:45/1:07:16, ata de audiência, fls. 848/850)**

Da moldura fático-probatória dos autos conclui-se que o reclamante, no exercício do cargo de “Gerente *Prime* Assistente”:

“(i) assessorava o “Gerente de Relacionamento *Prime*”, auxiliando na elaboração dos contratos de crédito, incluindo operações no sistema, acompanhando vencimentos de limites, atendendo clientes na ausência dos “Gerentes de Relacionamento *Prime*”; **(ii)** não possuía subordinados nem ascendência sobre os “Caixas”.

A seu turno, o autor, no exercício dos cargos de “Gerente de Relacionamento *Prime* I” e “Gerente de Relacionamento *Prime* Invest II”:

“(i) geria carteira de clientes, concedendo créditos, orientando na consultoria de investimentos, atendia demandas de pagamentos, cartões de crédito, limites de crédito e de operações; **(ii)** não possuía subordinados, não se podendo afirmar que o “Gerente *Prime* Assistente” lhe era subordinado, pois este assessorava todos os “Gerentes de Relacionamento *Prime*”, não estando subordinado ao autor especificamente; **(iii)** não podia contratar, demitir, suspender ou advertir o “Gerente *Prime* Assistente” e os “Caixas”; **(iv)** não interferia na jornada de trabalho e férias do “Gerente *Prime* Assistente”; **(v)** não realizava atividades decisórias; **(vi)** assinava cheque administrativo mas sempre em conjunto com o “Gerente Geral” ou “Gerente Administrativo”; **(vii)** não possuía procuração e chave da agência”.

Verifica-se, do depoimento das testemunhas, que as atividades do autor eram aquelas ordinárias, afetas ao bancário comum.

Inafastável, portanto, a conclusão de que o reclamante não detinha fidúcia excepcional e distinta.

Nessa linha de pensamento, é lícito concluir que o reclamante, enquanto ocupante dos cargos acima referidos, no período de 1º/08/2015 a 26/07/2019, enquadrava-se na regra geral da jornada de trabalho bancária prevista

no art. 224, “caput”, da CLT.

Nesse cenário, merece reparo a sentença ao concluir que o autor detinha fidúcia especial em tal período.

Nesse sentido, precedente desta 4ª Turma, ROT nº 0000576-96-2017-5-09-0009, Rel. Des. Luiz Eduardo Gunther, DEJT 25/06/2019, em processo envolvendo o mesmo Banco reclamado, e com identidade de matéria fática, envolvendo a controvérsia acerca da existência de fidúcia especial no exercício dos cargos de “Gerente *Prime* Assistente” e “Gerente de Relacionamento *Prime*”, *verbis*:

“(…) Os depoimentos das testemunhas, transcritos na r. sentença, esclarecem que a autora não tinha poder de mando e procuração, bem como não possuía subordinados e não podia contratar ou despedir empregados.

Saliento que a obreira não tinha autonomia para liberação de créditos e não assinava cheques administrativos.

O simples fato de a autora ter exercido as funções de gerente prime assistente e gerente de relacionamento Prime não caracteriza a sua atividade como de confiança.

A expressão “outros cargos de confiança” a que se refere o artigo 224, parágrafo 2º, da CLT, guarda relação com as funções descritas logo no seu início: direção, gerência, fiscalização e chefia; ou seja, é preciso que o bancário coordene a atividade de outros trabalhadores, possua poderes de mando sobre eles e possa determinar a correção do trabalho (fiscalização), para isso contando, naturalmente, com parcela do poder disciplinar insito ao contrato de trabalho, fazendo as vezes do empregador.

Este não era o caso do autor, vez que não há nos autos provas que indiquem que ele tivesse esse poder de gestão.

Os comprovantes de pagamento anexados aos autos (fls. 334 e seguintes) revelam que a autora auferia gratificação de função em valor superior a 1/3 do salário do cargo efetivo.

No entanto, da análise dos demais elementos, verifica-se que a parte ré não se desincumbiu do ônus da prova quanto ao fato impeditivo do direito postulado (art. 818 da CLT e art. 373 do CPC), vez que não demonstrou a existência das condições subjetivas do elemento fidúcia, caracterizador do cargo de confiança bancário.

Assim, a prova oral produzida demonstrou que a autora não detinha grau de fidúcia diferenciada em relação aos demais empregados do réu, pois restou comprovado que não tinha subordinados e trabalhava em atividades rotineiras dos bancários, sem fidúcia especial.

Em resumo, **não comprovado que a autora, na função de “Gerente Prime Assistente” e “Gerente de Relacionamento Prime”, desempenhasse tarefas de fiscalização, coordenação e direção sobre o trabalho de outros empregados, não se revelando fidúcia especial necessária ao enquadramento no artigo 224, §2º, da CLT.**

Não comprovadas tais tarefas, no presente caso, a autora não pode ser enquadrada no § 2º do artigo 224 da CLT.

A norma especial que estabelece jornada de seis horas ao bancário é de ordem pública e cogente, motivo pelo qual eventual opção formalizada pelo trabalhador para exercer a carga de oito horas diárias não lhe retira o direito garantido por lei, tendo em vista o princípio da irrenunciabilidade, que informa o Direito do Trabalho.

Dessa forma, tendo em vista o conjunto probatório, inegável que o reclamante não exerce função de fidúcia bancária de que trata o artigo 224, § 2º, da CLT, restando compatível a jornada de trabalho de 6 horas diárias e 30 horas semanais, motivo pelo qual a obreira tem direito ao recebimento das horas extras laboradas após a 6ª hora diária e a 30ª hora semanal, observando-se o divisor 180 (conforme súmula 124, I, “a” do TST).

Mantenho o decidido”. (grifos acrescentados)

Isso posto, no período de 1º/08/2015 a 26/07/2019 o autor faz jus à horas extras excedentes da 6ª (sexta) hora diária e 30ª (trigésima) hora semanal e repercussões.

No que se refere ao período de 30/08/2014 a 31/07/2015 consoante capítulo anterior deste decisum, o autor também faz jus a horas extras excedentes da 6ª (sexta) hora diária e 30ª (trigésima) hora semanal e repercussões, considerando diferenças não quitadas nos recibos de pagamento.

Ante o exposto, dou provimento ao apelo para, determinando o enquadramento do autor na regra do art. 224, *caput*, da CLT, no período de 1º/08/2015 a 26/07/2019, condenar o reclamado ao pagamento de horas extraordinárias excedentes da 6ª (sexta) hora diária e 30ª (trigésima) hora semanal e repercussões, *em todo o período imprescrito*; parâmetros de liquidação conforme fixados pelo Juízo *a quo* no que não for objeto de reforma neste acórdão.

3.2.1 GRATIFICAÇÃO DE FUNÇÃO. DEDUÇÃO

A controvérsia reside em saber se as horas extraordinárias reconhecidas ao reclamante, decorrentes da descaracterização do cargo de confiança bancário, no período de 1º/08/2015 até a rescisão do contrato de trabalho, em 26/07/2019, poderão ser compensadas com a gratificação de função recebida durante o exercício dos cargos de “Gerente *Prime* Assistente”, “Gerente de Relacionamento *Prime* I”, “Gerente de Relacionamento *Prime* Invest II”.

O reclamante requer que, em sendo o reclamado condenado ao pagamento

de 7ª (sétima) e 8ª (oitava) horas extraordinárias, não incida a norma convencional prevista na Cláusula 11ª, parágrafo primeiro, da Coletiva de Trabalho 2018/2020, ao prever que “(...) o valor devido relativo às horas extras e reflexos será integralmente deduzido/compensado, com o valor da gratificação de função e reflexos pagos ao empregado. A dedução/compensação prevista neste parágrafo será aplicável às ações ajuizadas a partir de 1º/12/2018” (grifos acrescentados)

Subsidiariamente, requer:

“(i) que a Cláusula 11ª, parágrafo primeiro, da Coletiva de Trabalho 2018/2020 incida apenas a partir de 1º/12/2018 ou 1º/09/2018; (ii) que a dedução se limite à gratificação de função sem repercussões desta nas demais parcelas; (iii) que a dedução incida apenas com relação à 7ª e 8ª horas simples, sem o adicional extraordinário; (iv) limitação da dedução ao percentual de gratificação de função excedente de 1/3 até 55% do salário base, conforme Cláusula 11, § 2º, da CCT; (v) limitação da dedução às competências que forem deferidas horas extras”. (Razões de recurso ordinário, fls. 887/895)

Analiso.

Não há falar em devolução do valor ou diferença entre o valor da comissão paga pela jornada de 8 (oito) horas e o valor da comissão devida pela jornada de 6 (seis) hora, nem mesmo compensação das horas extraordinárias deferidas com o montante auferido a título de “gratificação de função”.

O pagamento da “gratificação de função” não se confunde com as horas extraordinárias, possuindo natureza jurídica diversa.

Cumprе ressaltar, por oportuno, que o entendimento do colendo TST, quanto à matéria em tela, encontra-se sedimentado na Súmula nº 109:

“**GRATIFICAÇÃO DE FUNÇÃO.** O bancário não enquadrado no § 2º do art. 224 da CLT, que receba gratificação de função, não pode ter o salário relativo a horas extraordinárias compensado com o valor daquela vantagem”. (grifos acrescentados)

Inaplicável ao caso a OJT nº. 70 está assim redigida:

“**CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. BANCÁRIO. PLANO DE CARGOS EM COMISSÃO. OPÇÃO PELA JORNADA DE OITO HORAS. INEFICÁCIA. EXERCÍCIO DE FUNÇÕES MERAMENTE TÉCNICAS. NÃO CARACTERIZAÇÃO DE EXERCÍCIO DE FUNÇÃO DE**

CONFIANÇA. Ausente a fidúcia especial a que alude o art. 224, § 2º, da CLT, é ineficaz a adesão do empregado à jornada de oito horas constante do Plano de Cargos em Comissão da Caixa Econômica Federal, o que importa no retorno à jornada de seis horas, sendo devidas como extras a sétima e a oitava horas laboradas. A diferença de gratificação de função recebida em face da adesão ineficaz poderá ser compensada com as horas extraordinárias prestadas.

Não é possível a aplicação da OJT nº. 70 à situação do reclamante, à empregado do B. B. S. A. , porque a orientação destina-se apenas aos empregados da CEF que aderiram à jornada de 8 (oito) horas diárias.

Nesse sentido, peço vênia para transcrever e adotar em acréscimo, como razões de decidir, a fundamentação do acórdão relatado pela Excelentíssima Desembargadora Marlene Teresinha Fuverki Suguimatsu, ROT nº 0010062-24-2016-5-09-0015, DEJT 1º/06/2020:

“(...) Não se cogita de restituição ou compensação de valores.

O empregado já despendeu sua força de trabalho em favor do empregador.

A gratificação do cargo apenas remunerava as atribuições específicas deste que, retome-se, não são bastantes a enquadrá-lo na exceção do art. 224, § 2º, da CLT.

Pela mesma razão, a gratificação de cargo não poderá ser compensada com as horas extras apuradas, pois se tratam de parcelas distintas e com natureza e origem diversas.

Como mencionado, a gratificação de cargo é a contraprestação pelo acréscimo de tarefas e de responsabilidades decorrentes do exercício do cargo de gerente, enquanto que as horas extras se tratam da remuneração devida pela prestação de trabalho suplementar à jornada de seis horas.

A gratificação não foi paga de forma ilegal, mas atrelada a outra causa que não o excesso diário.

Inviável a compensação de valores, portanto e não se cogita de afronta ao artigo 876 do CC, que se encontra prequestionado.

A invocação da OJ Transitória nº 70 da SBDI-1 do TST não prospera, porque o entendimento se refere especificamente à Caixa Econômica Federal.

Com essas considerações, mantenho”. (grifos acrescidos)

Mais recentemente, este Colegiado reafirmou aludido entendimento, consoante se verifica no julgamento dos ROT´s n.ºs 0001396-87-2019-5-09-0028 e 0001842-97-2017-5-09-0016, ambos de minha relatoria, DEJT 18/03/2022 e 21/02/2021, respectivamente.

Esse entendimento é também corroborado pela jurisprudência da Corte Superior da Justiça do Trabalho na análise de casos semelhantes, como demonstra, entre outras, a decisão sintetizada na seguinte ementa:

“(…) **GRATIFICAÇÃO DE FUNÇÃO.** A decisão regional, ao indeferir a compensação requerida por verificar que as horas extras e a gratificação de função adi não são verbas de natureza idêntica às quais o reclamado pretende ser compensadas, não implicou em contrariedade à OJ Transitória nº 70, da SBDI-1 do TST, que trata especificamente da situação da CEF que possui plano de cargos e salários que prevê opção do empregado pela jornada de oito horas, situação diversa da ora analisada”. (TST; AIRR 0021782-27.2015.5.04.0026; Oitava Turma; Relª Min. Dora Maria da Costa; DEJT 24/09/2021; Pág. 5119) (grifos acrescidos)

Esse mesmo entendimento fundamentou decisões desta 4ª Turma, oriundas dos ROT´s n.ºs 0002150-81-2017-5-09-0001 e 0000874-84-2018-5-09-0096, ambos de minha relatoria, DEJT 14/06/2022 e 14/05/2021, ROT n.º 0001008-75-2018-5-09-0011, Rel. Des. Marcus Aurelio Lopes, Rev. Des. Marlene Teresinha Fuverki Suguimatsu, DEJT 22/07/2020 e ROT n.º 0001081-10-2018-5-09-0088, de minha relatoria, DEJT 31/08/2020.

Outrossim, não se cogita na aplicação da Cláusula 11ª, parágrafo primeiro, da Coletiva de Trabalho 2018/2020, *verbis*:

“**CLÁUSULA 11ª. GRATIFICAÇÃO DE FUNÇÃO.** O valor da gratificação de função, de que trata o § 2º do artigo 224, da Consolidação das Leis do Trabalho, não será inferior a 55% (cinquenta e cinco por cento), à exceção do Estado do Rio Grande do Sul, cujo percentual é de 50% (cinquenta por cento), sempre incidente sobre o salário do cargo efetivo acrescido do adicional por tempo de serviço, já reajustados nos termos da cláusula primeira, respeitados os critérios mais vantajosos e as demais disposições específicas previstas nas Convenções Coletivas de Trabalho Aditivas.

Parágrafo primeiro. Havendo decisão judicial que afaste o enquadramento de empregado na exceção prevista no § 2º do art. 224 da CLT, estando este recebendo ou tendo já recebido a gratificação de função nos moldes da presente cláusula, que é a contrapartida ao trabalho prestado além da 6ª (sexta) hora diária, de modo que a jornada somente é considerada extraordinária após a 8ª (oitava) hora trabalhada, o valor devido relativo às horas extras e reflexos será integralmente deduzido/compensado, com o valor da gratificação de função e reflexos pagos ao empregado. A dedução/compensação prevista neste parágrafo será aplicável às ações ajuizadas a partir de 1º/12/2018”. (grifos acrescidos)

Note-se que o período objeto de condenação, de 1º/08/2015 a 26/07/2019, antecede o período de início de vigência da referida disposição convencional, a partir de 1º/09/2018.

Vale dizer: conquanto a demanda em análise tenha sido ajuizada em 30/08/2019, o lapso temporal objeto de condenação ao pagamento de horas extras

decorrentes da descaracterização do cargo de confiança bancário, é anterior à vigência da norma coletiva.

Com efeito, não se cogita na aplicação retroativa da Cláusula 11ª, parágrafo primeiro, da Coletiva de Trabalho 2018/2020, para atingir situações consolidadas sob a égide da ordem jurídica vigente ao tempo da ocorrência dos fatos.

Nesse contexto, não há falar em aplicabilidade da Cláusula 11ª, parágrafo primeiro, da CCT 2018/2020, quanto a dedução da gratificação de função, quitada durante a contratualidade, das horas extras deferidas.

Sua incidência ocorrerá apenas com relação às ações judiciais distribuídas a partir de 1º/12/2018, e cujo período objeto da condenação tenha seu início na vigência do aludido diploma convencional.

Dou provimento, nestes termos.

3.3 INTERVALO INTRAJORNADA (ANÁLISE CONJUNTA DO RECURSO ORDINÁRIO DAS PARTES)

O Juízo de origem condenou o reclamado ao pagamento de 1 (uma) hora extra ficta intervalar diária e repercussões, até 10/11/2017, e do tempo efetivamente suprimido a partir de 11/11/2017, e repercussões, determinando a aplicação da exegese do art. 58, § 1º, da CLT e Súmula n.º 366 do TST, e atribuindo natureza indenizatória à parcela a partir de 11/11/2017. (Sentença, fls. 863/864)

O reclamado, não se conformando com a decisão de origem, aduz, em suma, que:

“**a)** o autor usufruía regularmente do intervalo intrajornada; **b)** incide ao cômputo dos intervalos a exegese da Súmula nº 366, do TST; **c)** isso exposto, requer a reforma da decisão de origem, a fim de que se afaste a condenação ao pagamento de horas extras fictas intervalares; **d)** subsidiariamente, requer que: **i)** a condenação seja limitada aos minutos efetivamente suprimidos do intervalo; **ii)** a base de cálculo seja limitada ao salário-base”. (Razões de recurso ordinário, fls. 1.007/1.009)

Não se conformando com a decisão, o autor requer a reforma da sentença, a fim de se condene o reclamado ao pagamento de 1 (uma) hora extra ficta intervalar diária e repercussões, até 11/11/2017, e do tempo efetivamente suprimido, a partir de 11/11/2017, e repercussões, a par da violação do intervalo intrajornada mínimo legal. (Razões de recurso ordinário, fls. 902/904)

Análise.

Este Colegiado manteve a sentença que declarou a validade dos registros lançados nos controles de ponto de fls. 358/512.

E, analisando referidos documentos, revela-se incontroverso que, em algumas ocasiões, nas quais a jornada de trabalho excedia 6 (seis) horas diárias, o intervalo intrajornada mínimo de 1 (uma) hora era parcialmente concedido. À guisa de exemplo, nos dias 05, 10, 14, 17, 27/11/2014 (fl. 489), 1º, 2, 8, 9, 10, 15, 18, 22/12/2014 (fl. 491), etc.

Assim, da análise dos elementos de prova encartados aos autos revela-se que, em algumas ocasiões, a pausa de 1 (uma) hora, nas jornadas excedentes de 6 (seis) horas, eram parcialmente concedidas.

De acordo com o entendimento prevalecente neste Colegiado, no período anterior à vigência do art. 71, parágrafo 4º, da CLT, com a redação da Lei nº. 13.467/2017, o labor em jornada superior a 6 (seis) horas obriga o empregador a conceder o intervalo para repouso e alimentação de, no mínimo, 1 (uma) hora, nos termos do art. 71, “caput” da CLT.

Descumprido este comando legal, o empregador é obrigado a remunerar o período acrescido do adicional de 50% (cinquenta por cento), no mínimo, a teor do que estabelece o parágrafo 4º do mesmo dispositivo, com a redação dada pela Lei nº 8.923/1994.

O TST, interpretando referida norma legal, firmou diretriz no sentido de que é devida 1 (uma) hora extraordinária pela concessão parcial do intervalo intrajornada, conforme preconiza o item I da Súmula n.º 437 do TST.

A mesma linha de interpretação é adotada na Súmula nº 19 deste Tribunal Regional:

“PAGAMENTO DO INTERVALO INTRAJORNADA NÃO CONCEDIDO OU CONCEDIDO PARCIALMENTE. Observa-se a Súmula 437, I, do TST, para o pagamento do tempo relativo ao intervalo mínimo intrajornada não concedido ou concedido parcialmente.”

Assim, no período anterior ao início da vigência da Lei nº 13.467/2017 são devidas horas extras intervalares pela violação do intervalo de 1 (uma) hora, quando

superiores a 6 (seis) horas, de forma integral (CLT, art. 71, § 4º), consoante verificação dos registros lançados nos controles de ponto, às fls. 358/512, razão pela qual de rigor a manutenção da decisão de origem, neste particular.

Outrossim, não se cogitaria na aplicar a novidade legislativa que veio à lume com a vigência Lei nº 13.467/2017, ao modificar a redação do art. 71, § 4º, da CLT, a par da proibição da retroatividade da norma material prejudicial, considerando o início do contrato de trabalho em data anterior à vigência da chamada “reforma trabalhista”.

Esse mesmo entendimento fundamentou decisão desta 4ª Turma, ROT nº 0000823-27-2018-5-09-0661, Rel. Des. Luiz Eduardo Gunther, DEJT 18/06/2021, envolvendo idêntica controvérsia fático-jurídica, *in verbis*:

“(...) No caso presente, respeitosamente ao entendimento da sentença, dos cartões ponto é possível observar que a sobrejornada era habitual (observe-se o pagamento de maio a novembro/2015, fevereiro, março e maio de 2016, maio, junho, agosto e setembro e novembro de 2017).

Feitas tais considerações, e presente habitualidade na sobrejornada, resta devido ao reclamante o intervalo de uma hora extra (hora + adicional) quando a jornada de trabalho ultrapassou 6h, pela supressão, ainda que parcial, do intervalo intrajornada.

Friso que a Lei nº 13.467, publicada em 14.07.2017, alterou a disposição do art. 71, § 4º da CLT.

Nos termos do artigo 5º, XXXVI, da Constituição Federal, “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.”

No mesmo sentido, o artigo 6º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro dispõe que “A lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.”

Assim, em respeito ao princípio da irretroatividade da lei consagrado pelo direito brasileiro, a lei de direito material, como regra, não retroage, respeitando o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

Destarte, inaplicável ao caso dos autos a inovação de direito material trazida à lume pela reforma trabalhista.

(...)

Reformo para acrescer à condenação o pagamento de uma hora extra (hora + adicional) quando a jornada de trabalho ultrapassou 6h, pela supressão, ainda que parcial, do intervalo intrajornada, observados os mesmos parâmetros fixados nesta decisão”. (grifos acrescentados)

Por fim, tratando-se de verba inequivocamente salarial, servindo de retribuição pelo serviço prestado, a apuração dos reflexos nas demais verbas é medida que se impõe (Súmula TST nº 437, item III).

A base de cálculo constitui-se das parcelas de natureza salarial (Súmula nº 264, TST). Não se cogita restringi-la à remuneração em sentido estrito.

Não incide ao caso a norma do art. 58, §1º, da CLT, sendo esse, ademais, o entendimento sufragado na Tese Prevalente nº 4 deste Regional:

“INTERVALOS INTRAJORNADA. NÃO APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 58, § 1º, DA CLT E DA SÚMULA 366 DO TST. O art. 58, §1º, da CLT e a Súmula 366 do TST não são aplicáveis analogicamente aos intervalos intrajornada (art. 71 da CLT).”

Neste sentido, precedente oriundo do ROT nº 0002163-38-2017-5-09-0015 e 0001385-82-2018-5-09-0872, ambos de minha relatoria, DEJT 10/12/2021 e 24/09/2021, envolvendo idêntica controvérsia fático-jurídica à discutida nestes autos.

Sem embargo, *ausente recurso da parte autora*, e proibida a reforma em prejuízo ao réu, de rigor manutenção da sentença que condenou o reclamado ao pagamento de 1 (uma) hora extra ficta intervalar diária e repercussões, até 10/11/2017, e do tempo efetivamente suprimido a partir de 11/11/2017, determinando a aplicação da exegese do art. 58, § 1º, da CLT, e Súmula n.º 366 do TST (Sentença, fls. 863/864), exceto quanto às repercussões das horas extras nos demais consectários legais, considerando que, neste ponto, houve recurso do reclamante.

Isso posto, nego provimento ao apelo do reclamado e dou provimento ao apelo do reclamante para, em acréscimo, condenar o reclamado ao pagamento dos reflexos das horas extras fictas intervalares nos demais consectários legais, em todo o período imprescrito; parâmetros de liquidação conforme fixados pelo Juízo de origem, e neste acórdão.

3.4 PARÂMETROS DE LIQUIDAÇÃO

3.4.1 BASE DE CÁLCULO

Debate-se, se ante o conteúdo cláusula oitava, parágrafo 2º, das Convenções Coletivas de Trabalho (CCT's), segundo a qual “(...) o cálculo do valor da hora extra será feito tomando-se por base o somatório de todas as verbas salariais fixas, entre outras, ordenado, adicional por tempo de serviço, gratificação de caixa e gratificação de compensador”, quais parcelas devem integrar a base de cálculo das horas extraordinárias.

O Juízo *a quo* determinou que a base de cálculo das horas extras deve observar “(...) a aplicação da cláusula 8ª, § 2º, das convenções coletivas vigentes durante o contrato de trabalho. Na ausência, aplica-se a Súmula 264 do TST”. (Sentença, fl. 861)

O reclamante requer que a base de cálculo das horas extras seja integrada por todo o conjunto remuneratório, inclusive gratificação de função. (Razões de recurso ordinário, fls. 893/895)

Analiso.

A base de cálculo das horas extraordinárias deve ser o salário acrescido de eventuais adicionais e gratificações pessoais, pois todas as verbas são de natureza salarial, conforme orienta a Súmula TST 264, que não faz distinção quanto às verbas de caráter fixo ou variável, “*verbis*”:

“HORA SUPLEMENTAR. CÁLCULO (mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003

A remuneração do serviço suplementar é composta do valor da hora normal, integrado por parcelas de natureza salarial e acrescido do adicional previsto em lei, contrato, acordo, convenção coletiva ou sentença normativa”. (grifos acrescidos)

A norma convencional (cláusula 8º, § 2º, das CCT´s) não é taxativa quanto às parcelas que devem integrar a base de cálculo das horas extraordinárias, mas apenas exemplificativa, a teor da expressão “entre outras” ali utilizada.

A Súmula TST nº 264, que não faz distinção quanto às verbas de caráter fixo ou variável.

Logo, a decisão impugnada está em dissonância a jurisprudência pacificada pelo colendo TST sobre a matéria, expressa na jurisprudência abaixo reproduzida:

“HORAS EXTRAS. BASE DE CÁLCULO. O acórdão recorrido, ao interpretar a cláusula de norma coletiva que dispõe sobre a base de cálculo das horas extras, consignou que o referido instrumento normativo contempla que a base de cálculo das horas extras é formada pelas verbas de natureza salarial habitualmente percebidas. Pontuou o acórdão que o uso da locução entre outras na referida cláusula, demonstra que o rol das parcelas é meramente exemplificativo, e não taxativo, sem objeções à inclusão de outras verbas de natureza salarial habitualmente percebidas. Assim, não se vislumbra ofensa ao reconhecimento das convenções coletivas, mas mera interpretação dos seus termos, pelo que não há de se falar em violação do art. 7º, XXVI, da Constituição Federal ou em divergência jurisprudencial. Recurso de revista não conhecido”. (TST; RR 0001160-53.2013.5.09.0673; Segunda Turma; Relª Min. Delaide Miranda Arantes; DEJT 21/02/2020; Pág. 2748). (grifos acrescidos)

A matéria é de amplo conhecimento desta 4ª Turma.

À guisa de exemplo, precedente oriundo do ROT nº 0010062-24-2016-5-09-

0015, Rel. Des. Marlene Teresinha Fuverki Suguimatsu, DEJT 1º/06/2020, à qual peço vênia para adotar, em acréscimo, os fundamentos como razões de decidir:

“(…) Quanto à base de cálculo das horas extras, a Súmula n.º 264 do TST orienta: **“HORA SUPLEMENTAR. CÁLCULO.** A remuneração do serviço suplementar é composta do valor da hora normal, integrado por parcelas de natureza salarial e acrescido do adicional previsto em lei, contrato, acordo, convenção coletiva ou sentença normativa”.

Na hipótese, a CCT da categoria, ao dispor sobre a base de cálculo das horas extras, elenca algumas verbas apenas a título exemplificativo, o que se conclui pelo uso da expressão “entre outras” (Cláusulas 8ª, § 2º, da CCT 20013/2014; CCT 2014/2015, CCT 2015/20016).

Como o rol não é exaustivo, a inclusão de parcelas salariais diversas na base de cálculo das horas extras não representa violação aos artigos 7º, XXVI e 8º VI da CF ao 114 do CC, que se encontram prequestionados.

No mesmo sentido é o precedente turmário no julgamento do recurso ordinário interposto nos autos 0000576-37.2015.5.09.0019 (ROT), publicado em 28/01/2020, envolvendo o mesmo réu, de relatoria do Des. Luiz Eduardo Gunther e em que atuou como revisor o Des. Adilson Luiz Funez:

“f) base de cálculo das horas extras (recurso dos réus)

Defendem que, se for mantida a condenação ao pagamento de horas extras, sua base de cálculo deve ser limitada ao salário base acrescido da comissão de cargo, com base na cláusula 8ª, § 2º, das CCTs, excluindo-se todas as parcelas variáveis, “já que a norma convencional refuta a incidência do art. 457, § 1º do Texto Consolidado, assim como a aplicação da Súmula 264 do C. TST. Há que se fazer valer a disposição legal do art. 114 do CCB.”, sob pena de violação ao artigo 7º, XXVI, da CF.

Requerem, ainda, seja aplicado o entendimento consubstanciado na Súmula 340 e na Orientação Jurisprudencial 397 do TST, para determinar a adoção somente do adicional de horas extras, considerando-se o total das horas trabalhadas (fls. 1328/1329).

A base de cálculo foi definida pelo i. juiz de primeira instância (fl. 1254):

“(d)- base de cálculo composta por todas as verbas fixas de natureza salarial (salário base e gratificação de função).”

Na hipótese, as normas coletivas da categoria não limitam a base de cálculo às verbas pretendidas pelos réus, pois, consoante se extrai da citada cláusula 8ª, § 2º, do instrumento normativo aplicável ao autor, as verbas ali mencionadas são meramente exemplificativas.

Ademais, eventual negociação coletiva não poderia afastar a natureza salarial de parcela com esta característica apenas por se tratar de verba variável, já que isto extrapolaria os limites da autonomia coletiva das partes, importando, por exemplo, no afastamento dos reflexos de comissões, que têm nítida e inafastável natureza salarial.

Neste particular, o artigo 7º, XXVI, da CF não traz amparo ao recorrente, já que se deve observar o princípio da adequação setorial negociada, segundo os quais as normas decorrentes de autocomposição, só prevalecem sobre as normas

heterônomas quando assegurarem direitos superiores aos já previstos em lei, ou quando versarem sobre normas de indisponibilidade apenas relativa.

Não sendo este o caso dos autos, não há como prevalecer o negociado sobre o legislado.

Assim, nos termos do artigo 457, § 1º da CLT e Súmula nº 264 do C. TST, a base de cálculo das horas extras deve compreender a remuneração da empregada composta de todas as parcelas de natureza salarial, nas quais se incluem, além do salário exclusivamente compreendido (ordenado), a gratificação de função reconhecida (denominada comissão de cargo) e seus respectivos complementos e suplementos, além dos reflexos pertinentes.

Dessa forma, qualquer parcela de natureza salarial, fixa ou não, deve compor a base de cálculo das horas extras.

Rejeito o inconformismo dos réus.

Mantenho". (grifos acrescentados)

Mais recentemente, este Colegiado reafirmou aludido entendimento, consoante se verifica no julgamento do ROT's n.ºs 0002150-81-2017-5-09-0001, 0001679-41-2017-5-09-0009 e 0000721-03-2018-5-09-0015, todos de minha relatoria, DEJT 14/06/2022, 21/02/2021 e 14/12/2020.

Isso posto, dou provimento ao apelo para fixar, como base de cálculo das horas extraordinárias, o salário acrescido de eventuais adicionais e gratificações pessoais, inclusive gratificação de função.

3.4.2 DIVISOR

O Juízo *a quo* determinou a incidência do divisor 180 (cento e oitenta) na apuração das horas extras no período imprescrito até 31/07/2015, e 220 (duzentos e vinte) no período de 1º/08/2015 até a rescisão contratual em 26/07/2019. (Sentença, fls. 861/863)

O reclamante requer a aplicação do divisor 150 (cento e cinquenta) e, subsidiariamente, divisor 200 (duzentos), a partir de 1º/08/2015, caso este colegiado mantenha o enquadramento do autor na regra excetiva prevista no art. 224, § 2º, da CLT. (Razões de recurso ordinário, fls. 913/920)

Analiso.

Na hipótese vertente, o reclamante foi admitido pelo reclamado em 24/08/2011 e resiliu o contrato de trabalho, a pedido, em 26/07/2019. (TRCT, fls. 41/42)

Consta dos assentos funcionais que, no período imprescrito, o autor ocupou os cargos de “Caixa”, de 30/08/2014 a 31/07/2015, ativando-se em jornada de trabalho de 6 (seis) horas diárias.

O autor demonstrou que, no período do 30/08/2014 a 31/07/2015 existiam diferenças de horas extras não quitadas nos recibos de pagamento.

A seu turno, este Colegiado declarou que no período contratual de 1º/08/2015 a 26/07/2019, o autor encontrava-se sujeito a jornada de trabalho de 6 (seis) horas diárias, por enquadrar-se na norma do *caput* do art. 224, *caput*, da CLT.

Assim, condenou o reclamado ao pagamento de horas extras assim consideradas as excedentes da 6ª (sexta) hora diária e 30ª (trigésima) hora semanal, em todo o período imprescrito.

No que se refere ao divisor, o TST por meio da SBDI-I, decidiu, em sessão realizada em 21 de novembro de 2016, em julgamento sob o rito do Incidente de Recurso de Revista Repetitivos (IRRR), que a fixação do divisor, para o cálculo das horas extraordinárias do trabalhador bancário, é definida com base na regra geral prevista no art. 64 da CLT:

“INCIDENTE DE JULGAMENTO DE RECURSOS DE REVISTA REPETITIVOS. RECURSOS DE REVISTA REPRESENTATIVOS DA CONTROVÉRSIA. TEMA REPETITIVO Nº 0002. BANCÁRIO. SALÁRIO-HORA. DIVISOR. FORMA DE CÁLCULO. EMPREGADO MENSALISTA. FIXAÇÃO DAS TESES JURÍDICAS, DE OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA. ARTIGOS 896-C DA CLT E 926, § 2º, E 927 DO CPC. 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. O divisor corresponde ao número de horas remuneradas pelo salário mensal, independentemente de serem trabalhadas ou não. 3. 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 artigo 64 da CLT (resultado da multiplicação por 30 da jornada normal de trabalho), sendo 180 e 220, para as jornadas normais de seis e oito horas, respectivamente. 4. A inclusão do sábado como dia de repouso semanal remunerado, no caso do bancário, não altera o divisor, em virtude de não haver redução do número de horas semanais, trabalhadas e de repouso. 5. O número de semanas do mês é 4,2857, resultante da divisão de 30 (dias do mês) por 7 (dias da semana), não sendo válida, para efeito de definição do divisor, a multiplicação da duração semanal por 5. 6. Em caso de redução da duração semanal do trabalho, o divisor é obtido na forma prevista na Súmula n. 431 (multiplicação por 30 do resultado da divisão do número de horas trabalhadas por semana pelos dias úteis); 7. As normas coletivas dos bancários não atribuíram aos sábados a natureza jurídica de repouso semanal remunerado.

(...) (IRR 0000849-83.2013.5.03.0138; Subseção I Especializada em Dissídios Individuais; Rel. Min. Cláudio Mascarenhas Brandão; DEJT 19/12/2016; Pág. 944) (grifos acrescentados)

Aludido precedente ostenta natureza obrigatória e vinculante a todos os demais órgãos do Poder Judiciário Trabalhista, conforme lição do eminente Ministro Cláudio Mascarenhas Brandão, relator da decisão supra, na obra “Reforma do sistema recursal trabalhista: comentários à Lei nº 13.015/2014 (de acordo com o CPC/2015)”, 2.ª ed. São Paulo: LTr, 2016, págs. 367/369.

A par disto, a nova redação da Súmula nº 124 do TST, adequada ao julgamento do aludido incidente, passou a prever a aplicação do divisor 180 (cento e oitenta) para o cálculo das horas extraordinárias dos empregados bancários sujeitos à jornada de 6 (seis) horas diárias, nos termos do § 2º do art. 224 da CLT:

“**BANCÁRIO. SALÁRIO-HORA. DIVISOR** (alterada em razão do julgamento do processo TST-IRR 849-83.2013.5.03.0138) - Res. 219/2017, DEJT divulgado em 28, 29 e 30.06.2017 - republicada - DEJT divulgado em 12, 13 e 14.07.2017

I - o divisor aplicável para o cálculo das horas extras do bancário será:

(...)

a) 180, para os empregados submetidos à jornada de seis horas prevista no caput do art. 224 da CLT; (grifos acrescentados)

Isso posto, considerando que o autor se encontrava sujeito à jornada de 6 (seis) horas em todo o período imprescrito, conclui-se que o divisor a ser adotado, para o cálculo das horas extraordinárias é 180 (cento e oitenta).

Esse mesmo entendimento fundamentou decisões desta 4ª Turma, ROT n.º 0001543-56-2017-5-09-0005 e 0001683-13-2015-5-09-0021, ambos de minha relatoria, DEJT 13/05/2022 e 30/11/2020, respectivamente, e ROT n.º 0001639-44-2017-5-09-0014, Rel. Des. Luiz Eduardo Gunther, DEJT 06/10/2020.

Isso posto, dou provimento ao apelo para fixar o divisor 180 (cento e oitenta) para o cálculo das horas extraordinárias, em todo o período imprescrito.

3.4.3 REPERCUSSÃO DOS REPOUSOS SEMANAIS REMUNERADOS MAJORADOS PELA INTEGRAÇÃO DAS HORAS EXTRAORDINÁRIAS NAS DEMAIS VERBAS TRABALHISTAS

O Juízo *a quo* determinou que as horas extras deferidas fossem integradas na base de cálculo dos repousos semanais remunerados, observando-se o teor da OJ

nº 394 da SBDI-1 do colendo TST. (Sentença, fl. 861)

O reclamante requer que se afaste a aplicabilidade da exegese da Súmula nº 20 deste TRT9 e OJ nº 394 da SBDI-I do TST. (Razões de recurso ordinário, fls. 904/910)

Analiso.

O entendimento desta 4ª Turma é no sentido de que, embora devidos os reflexos das horas extraordinárias no repouso semanal remunerado, estes não podem, juntos, refletir nas demais verbas.

O valor das horas extraordinárias, integra diretamente cada uma destas parcelas, não havendo, todavia, a fim de se evitar a repetição do pagamento, apenas o duplo reflexo do adicional das horas extraordinárias, o que fatalmente ocorreria caso o valor do DSR acrescido integrasse o cálculo das férias, da gratificação natalina, do aviso prévio e do FGTS.

Assim dispõe a OJ nº. 394 da SBDI-I:

“OJ-SDI1-394 REPOUSO SEMANAL REMUNERADO - RSR. INTEGRAÇÃO DAS HORAS EXTRAS. NÃO REPERCUSSÃO NO CÁLCULO DAS FÉRIAS, DO DÉCIMO TERCEIRO SALÁRIO, DO AVISO PRÉVIO E DOS DEPÓSITOS DO FGTS. (DEJT divulgado em 09, 10 e 11.06.2010)

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

Outrossim, a Súmula nº 20 deste Tribunal estabelece que:

“RSR. INTEGRAÇÃO DE HORAS EXTRAS. REPERCUSSÃO. A integração das horas extras habituais nos repouso semanais remunerados não repercute em férias, 13º salário, aviso prévio e FGTS”. (grifos acrescentados)

É firme na Corte Superior da Justiça do Trabalho esse entendimento, conforme se observa do precedente abaixo ementado, *in verbis*:

“REPOUSO SEMANAL REMUNERADO. INTEGRAÇÃO DAS HORAS EXTRAS. NÃO REPERCUSSÃO NO CÁLCULO DAS DEMAIS VERBAS DE NATUREZA SALARIAL. OJ Nº 394 DA SBDI-1 DO TST. Mantém-se a decisão agravada, que indeferiu a pretensão deduzida pela reclamante, de reflexos do RSR, majorado pelas horas

extras, nas demais verbas de natureza salarial. Exegese da OJ nº 394 da SBDI-1 do TST. Agravo conhecido e não provido". (TST; Ag-RR 0069600-44.2008.5.02.0068; Primeira Turma; Rel. Min. Luiz José Dezena da Silva; DEJT 16/11/2021; Pág. 223) (grifos acrescidos)

Cumprido destacar que o TST, recentemente, fixou tese jurídica contrária a exegese da OJ n.º 394 da SBDI-1, nos autos do Incidente de Recurso Repetitivo TST-IRR-10169-57.2013.5.05.0024, Tema Repetitivo n.º 9:

"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". (grifos acrescidos)

Sem embargo, a matéria será objeto de deliberação pelo Tribunal Pleno daquele Sodalício, razão pela, por ora, incide a exegese fixada na Súmula n.º 20 deste E. Regional.

Nesse sentido, precedentes desta 4ª Turma, ROT´s n.ºs 0002150-81-2017-5-09-0001 e 0001396-87-2019-5-09-0028, ambos de minha relatoria, DEJT 14/06/2022 e 18/03/2022.

Nego provimento.

3.4.4 REPERCUSSÕES DE HORAS EXTRAS EM PARTICIPAÇÃO EM LUCROS E RESULTADOS (PLR)

O Juízo *a quo* negou provimento ao pleito de integração na base de cálculo da PLR das horas extras deferidas ao autor, sob o fundamento de que "(...) tais verbas têm como base de cálculo o salário-base acrescido de verbas fixas de natureza salarial" (Sentença, fl. 861)

O reclamante requer que as horas extraordinárias deferidas nesta demanda, trabalhadas e fictas intervalares, integrem a base de cálculo da PLR, condenando o reclamado ao pagamento das repercussões decorrentes. (Razões de recurso ordinário, fls. 910/913)

Analiso.

Na sessão de julgamento de 25/09/2017 este Tribunal editou a Súmula n.º

55 que trata repercussão das horas extras na base de cálculo da Participação dos Lucros ou Resultados (PLR), uniformizando o entendimento sobre o tema:

“PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS OU RESULTADOS (P.L.R.). HORAS EXTRAS. INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO. PREVISÃO NORMATIVA DE PARCELAS SALARIAIS FIXAS. Prevendo a norma coletiva que a participação nos lucros e resultados deve ser calculada apenas com base nas parcelas salariais fixas, as horas extras, mesmo quando habituais, não integram a base de cálculo”. Precedentes: ED-RO-08232-2011-029-09-00-0, RO-06401-2013-004-09-00-0, RO-0001352-34.2014.5.09.0678. Histórico: Origem: IUJ 0002103-47.2016.5.09.0000 (PJ-e) (suscitado pela Vice-Presidência). Sessão de julgamento: 29/05/2017. Acórdão disponibilizado DEJT 06, 07 e 08/06/2017) (grifos acrescentados)

Essa interpretação se alinha à jurisprudência da Corte Superior da Justiça do Trabalho (TST):

“REFLEXOS DAS HORAS EXTRAS NA PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS E RESULTADOS. PLR. O Tribunal Regional consignou que, de acordo com as normas coletivas aplicáveis à categoria dos bancários, a PLR é composta pelo salário-base acrescido das verbas fixas de natureza salarial, não estando, portanto, incluídas as horas extraordinárias. No âmbito desta corte superior, prevalece o entendimento de que as horas extras, ainda que habituais, não se incluem na base de cálculo da PLR, pois não são verbas fixas. Incidência da súmula nº 333/TST e do artigo 896, § 7º, da CLT. Agravo de instrumento a que se nega provimento”. (TST; AIRR 0011626-38.2014.5.01.0045; Segunda Turma; Relª Min. Maria Helena Mallmann; DEJT 18/03/2022; Pág. 1107) (grifos acrescentados)

Nesse sentido, precedente desta 4ª Turma, ROT n.º 0002150-81-2017-5-09-0001, de minha relatoria, DEJT 14/06/2022.

Nego provimento.

4. CORREÇÃO MONETÁRIA. ÉPOCA PRÓPRIA

O Juízo *a quo* decidiu que *“(...) a atualização monetária, quanto aos salários, deve ser apurada a partir do mês seguinte ao da prestação dos serviços, em atenção ao que estabelece o artigo 459, parágrafo único, da CLT, mesmo na hipótese de o pagamento dos salários ser efetuado pelo empregador ainda dentro do mês trabalhado, porque o que se deve considerar é o momento em que esse salário era efetivamente exigível, conforme Súmula nº 381 do TST”*. (Sentença, fl. 867)

O reclamante requer a reforma da sentença, a fim de que se determine

a correção monetária das parcelas deferidas nesta demanda no mesmo mês da prestação dos serviços. (Razões de recurso ordinário, fls. 934/936)

Analiso.

Na aplicação dos fatores de correção monetária deve-se considerar, como época própria, a data em que o direito de natureza patrimonial se torna legalmente exigível em virtude do inadimplemento ou da prática do ato ilícito pelo empregador, consoante Orientação n.º 6, item I, da Seção Especializada (SE) deste Tribunal, aplicada analogicamente.

Via de regra, a exigibilidade ocorre a partir do 5º (quinto) dia útil do mês subsequente, no caso de salários, conforme previsto no parágrafo único do art. 459 da CLT.

Ultrapassado esse prazo legal, a correção incide a partir do primeiro dia do mês subsequente ao trabalhado.

Não é outra a jurisprudência uniformizada no âmbito do colendo TST, expressa na Súmula n.º 381, a seguir transcrita:

“CORREÇÃO MONETÁRIA. SALÁRIO. ART. 459 DA CLT. O pagamento dos salários até o 5º dia útil do mês subsequente ao vencido não está sujeito à correção monetária. Se essa data-limite for ultrapassada, incidirá o índice da correção monetária do mês subsequente ao da prestação dos serviços, a partir do dia 1º.”

Esse mesmo entendimento fundamentou precedentes desta 4ª Turma, ROT n.º 0001037-43-2017-5-09-0567, de minha relatoria, DEJT 19/03/2021 e ROT n.º 0001639-44-2017-5-09-0014, Rel. Des. Luiz Eduardo Gunther, DEJT 6/10/2020.

Nego provimento.

5. JUSTIÇA GRATUITA

O Juízo *a quo* negou a concessão do benefício da gratuidade de justiça à parte autora (Sentença, fl. 865)

O autor requer a reforma da sentença, a fim de que se lhe conceda o benefício da gratuidade de justiça. (Razões de recurso ordinário, fls. 923/928)

Analiso.

É isento do pagamento de custas o trabalhador que perceba salário igual ou inferior a 40% (quarenta por cento) do maior benefício da Previdência Social (CLT, art. 790, § 3º).

Trata-se de requisito objetivo que permite ao Juiz conceder de ofício o benefício.

A seu turno, aquele que recebe acima desse percentual, encontra-se investido do ônus de comprovar insuficiência de recursos (CLT, art. 790, § 4º).

No caso em análise, o autor auferia média salarial superior a 40% (quarenta por cento) do maior benefício da Previdência Social (TRCT, fls. 587/589)

Sem embargo, declarou que não possui condições de arcar com as despesas processuais sem prejuízo de seu sustento (fl. 38).

De acordo com o entendimento desta 4ª Turma, presume-se verdadeira a declaração de hipossuficiência econômica firmada pela parte pessoa física, ainda que se trate de ação ajuizada após a entrada em vigor da Lei nº 13.467/2017, que alterou a redação do §§ 3º e 4º do art. 790 da CLT.

A declaração goza de presunção de veracidade (art. 1º da Lei nº 7.115/1983 e art. 99, § 3º, do CPC) sendo suficiente para o deferimento do benefício, exceto se houver prova que contrarie a presunção, que inexistente nestes autos.

É essa a linha interpretativa adotada pela Corte Superior da Justiça do Trabalho quanto à controvérsia em análise, consoante se infere do julgado sintetizado na seguinte ementa, *in verbis*:

“(...) DESERÇÃO DO RECURSO ORDINÁRIO. AUSÊNCIA DE RECOLHIMENTO DAS CUSTAS PROCESSUAIS. INDEFERIMENTO DO BENEFÍCIO DA JUSTIÇA GRATUITA NA SENTENÇA. MÉRITO RECURSAL. RECLAMANTE ASSISTIDO POR ADVOGADA PARTICULAR. JUNTADA DE DECLARAÇÃO DE HIPOSSUFICIÊNCIA. RECLAMAÇÃO TRABALHISTA AJUIZADA APÓS A VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.467/2017. 1. O TRT não conheceu do recurso ordinário do reclamante, por deserção, considerando que seria necessário o pagamento das custas processuais fixadas na sentença, ainda que, “no caso, se pretende a reforma do julgado na parte alusiva à gratuidade de justiça”. A Corte regional acrescentou que, “ainda que assim não se entendesse, melhor sorte não assistiria ao recorrente. [...] Não se nos afigura razoável que a parte pleiteie o benefício da gratuidade de justiça quando está assistida por advogado particular que não declara estar atuando de forma gratuita. Isso porque

se a parte dispõe de recursos para arcar com os honorários de seu patrono, também pode dispor da quantia necessária ao pagamento das custas judiciais”.

2. Diversamente do que entendeu o Regional, se a controvérsia relativa ao direito à gratuidade de justiça consiste no objeto do recurso ordinário interposto do reclamante, o não conhecimento do recurso por deserção revela-se equivocado, pois a exigência do preparo está vinculada à própria análise do mérito, sendo desnecessária a comprovação do recolhimento das custas fixadas na sentença. Julgados. 3. Doutra parte, ao contrário do assentado no acórdão recorrido, o fato de o reclamante estar representado por advogada particular não configura óbice ao deferimento do benefício da justiça gratuita. 4. A Lei nº 13.467/2017 alterou a parte final do § 3º e acresceu o § 4º do art. 790 da CLT, o qual passou a dispor que O benefício da justiça gratuita será concedido à parte que comprovar insuficiência de recursos para o pagamento das custas do processo. 5. Questiona-se, após essa alteração legislativa, a forma de comprovação de insuficiência de recursos para fins de obter o benefício da justiça gratuita no âmbito do Processo do Trabalho. 6. Considerando-se a evolução legislativa e o teor dos arts. 1º da Lei nº 7.115/83 e 99, § 3º, do CPC de 2015, plenamente aplicáveis ao Processo do Trabalho porque atualmente a CLT não possui disciplina específica, presume-se verdadeira e enseja a concessão dos benefícios da gratuidade de justiça a declaração de pobreza firmada pela pessoa natural ou por seu procurador com poderes específicos, nos termos do art. 105 do CPC de 2015. 7. Assim, continua plenamente aplicável a Súmula nº 463, I, do TST, que, com a redação dada pela Resolução nº 219, de 28/6/2017, em consonância com o CPC de 2015, firmou a diretriz de que para a concessão da assistência judiciária gratuita à pessoa natural, basta a declaração de hipossuficiência econômica firmada pela parte ou por seu advogado. 8. Harmoniza-se esse entendimento com o princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, da Constituição Federal), bem como com o princípio da igualdade (art. 5º, caput, da Constituição Federal), pois não há fundamento de qualquer espécie que justifique a imposição de um tratamento mais rigoroso aos hipossuficientes que buscam a Justiça do Trabalho para a proteção de seus direitos, em relação àqueles que demandam em outros ramos do Poder Judiciário. 9. Logo, havendo o reclamante prestado declaração de hipossuficiência e postulado benefício de justiça gratuita, à míngua de prova em sentido contrário, reputa-se demonstrada a insuficiência de recursos a que alude o art. 790, § 4º, da CLT. 10. Devem ser concedidos os benefícios da justiça gratuita ao reclamante e afastada a deserção do recurso ordinário. 11. Recurso de revista a que se dá provimento”. (TST; RR 0100403-91.2019.5.01.0281; Sexta Turma; Relª Min. Kátia Magalhães Arruda; DEJT 28/10/2021; Pág. 9906) (grifos acrescentados)

Essa também foi a diretriz adotada por esta 4ª Turma, no ROT n.º 0000069-35-2018-5-09-0322, Rel. Des. Luiz Eduardo Gunther, DEJT 22/07/2020, *in verbis*:

“(…) Ressalto que a reclamatória trabalhista foi ajuizada em 05/02/2018, já na vigência, portanto, da Lei nº 13.467/2007, que entrou em vigor em 11/11/2017. Dessa forma, a matéria será analisada sob o enfoque da nova redação do art. 790,

§ 3º e 4º, que dispõem:

“§ 3º É facultado aos juízes, órgãos julgadores e presidentes dos tribunais do trabalho de qualquer instância conceder, a requerimento ou de ofício, o benefício da justiça gratuita, inclusive quanto a traslados e instrumentos, àqueles que perceberem salário igual ou inferior a 40% (quarenta por cento) do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social. (Redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017)

§ 4º O benefício da justiça gratuita será concedido à parte que comprovar insuficiência de recursos para o pagamento das custas do processo. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)”.

A nova redação do artigo transcrito requer interpretação em conjunto com as normas legais já existentes sobre a matéria.

Quando a parte auferir salário igual ou inferior a 40% (quarenta por cento) do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social goza de presunção objetiva quanto à insuficiência de recursos para o pagamento das custas do processo.

A partir de 1º de janeiro de 2018, o teto previdenciário passou a ser R\$ 5.645,80. O limite de 40% sobre o referido teto previsto no art. 790, § 3º, da CLT, perfaz o valor de R\$ 2.258,32.

No aditamento da inicial, a parte esclarece que a média de diferença salarial mensal entre Autor e os integrantes das listas de especialistas é de R\$ 5.023,467 (Cinco mil, vinte e três reais e quarenta e seis centavos). (Id. 6ed8a7d - Pág. 2).

Sem embargo, ainda que a parte receba salário quase no valor do limite estabelecido pelo parágrafo terceiro, o Julgador pode também deferir os benefícios da assistência judiciária à parte que comprovar insuficiência de recursos para o pagamento das custas do processo.

E não poderia ser diferente, pois o comando constitucional, que trata do acesso à justiça tem o caráter objetivo, amplo e irrestrito de acesso à justiça (art. 5º, XXXV, da CRFB).

Por sua vez, o art. 99 do CPC, aplicável ao processo do trabalho, conforme consta de seu art. 15, trata dos benefícios da assistência judiciária gratuita, nos seguintes termos:

“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.

§ 1º Se superveniente à primeira manifestação da parte na instância, o pedido poderá ser formulado por petição simples, nos autos do próprio processo, e não suspenderá seu curso. (...)

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

No que se refere à alegação de insuficiência, dispõe a Lei 7.115/83:

“Art. 1º A declaração destinada a fazer prova de vida, residência, pobreza, dependência econômica, homonímia ou bons antecedentes, quando firmada pelo próprio interessado ou por procurador bastante, e sob as penas da Lei, presume-se verdadeira”.

No caso, o autor declarou não possuir meios de arcar com as despesas processuais, requerendo lhe sejam concedidos os benefícios da Justiça Gratuita (id-31a3a31 - Pág. 34, item VIII).

Dessa forma, como as normas jurídicas se complementam, a declaração de hipossuficiência anexada à petição inicial é suficiente para atendimento da exigência de prova consagrada no novel § 4º do art. 790 da CLT.

Por fim, e apenas para esclarecimento, dispõe o art. 99, § 2º, do CPC:

“**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.

(...)

§ 2º O juiz somente poderá indeferir o pedido se houver nos autos elementos que evidenciem a falta dos pressupostos legais para a concessão de gratuidade, devendo, antes de indeferir o pedido, determinar à parte a comprovação do preenchimento dos referidos pressupostos”.

No caso, a meu ver, não existem elementos que evidenciem a falta dos pressupostos legais para a concessão de gratuidade, mas ainda que do contrário fosse, o Julgador somente poderia indeferir o pedido após determinar à parte a comprovação do preenchimento pressupostos legais, o que não ocorreu, de forma que se impõe o deferimento do benefício postulado.

Reformo para deferir os benefícios da justiça gratuita ao autor”. (grifos acrescidos)

Mais recentemente este Colegiado reafirmou aludido entendimento, consoante se verifica no julgamento dos ROT´s n.ºs 0000897-77-2019-5-09-0651, 0000407-40-2021-5-09-0019, 0001396-87-2019-5-09-0028, todos de minha relatoria, DEJT 14/06/2022, 08/04/2022 e 18/03/2022, respectivamente, e ROT nº 0000194-83-2018-5-09-0651, Rel. Des. Marlene Teresinha Fuverki Suguimatsu, DEJT 04/09/2020.

Isso posto, dou provimento ao apelo para conceder à parte autora o benefício da justiça gratuita.

6. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS SUCUMBENCIAIS (ANÁLISE CONJUNTA DO RECURSO ORDINÁRIO DAS PARTES)

O Juízo *a quo* condenou as partes autora e ré ao pagamento de honorários advocatícios recíprocos; a reclamante no importe de “(...) 10% do valor do pedido liquidado na exordial nos pedidos indeferidos nesta ação”; a reclamada no importe de “(...) a 10% do valor bruto que resultar a liquidação de sentença”.

O Juízo de origem determinou, ainda, que “(...) fica desde já autorizado o abatimento dos valores devidos à parte reclamante, da totalidade dos créditos ora reconhecidos a ela neste feito”. (Sentença, fl. 865)

O reclamante, dissentindo da decisão de origem, requer:

“**a)** que se afaste a sua condenação ao pagamento da verba honorária; **b)** que se majore

o percentual da verba honorária devida aos seus patronos; **c)** subsidiariamente, requer: **i)** que se reduza o montante da verba honorária devida aos patronos da parte adversa; **ii)** que se suspenda a exigibilidade ao pagamento dos honorários que lhe forem impostos; **iii)** que a dedução não ultrapasse o percentual de 30% (trinta por cento) do crédito trabalhista reconhecido nesta demanda”. (Razões de recurso ordinário, fls. 929/934)

O reclamado, também dissentindo da decisão de origem, requer:

“**a)** que se afaste a sua condenação ao pagamento da verba honorária; **b)** que se majore o percentual da verba honorária devida aos seus patronos; **c)** que a sucumbência da parte autora seja aferida considerando os pedidos julgados parcialmente improcedentes; **d)** subsidiariamente, requer que se reduza o montante da verba honorária devida aos patronos da parte adversa”. (Razões de recurso ordinário, fl. 1.009)

Analiso.

A ação foi ajuizada em 30/08/2019, quando vigente a Lei nº 13.467/2017 (fl. 2).

Inquestionável, portanto, a aplicabilidade do art. 791-A, *caput* e parágrafos, da CLT reformada (IN nº 41/2018, TST, art. 6º).

No caso em tela, manteve-se a decisão de procedência parcial da demanda.

Isso posto, de rigor a condenação das partes autora e ré, reciprocamente, ao pagamento de honorários advocatícios de sucumbência, a despeito do reclamante ser beneficiária da justiça gratuita.

A seu turno, não assiste razão ao reclamado quanto ao pleito de que a sucumbência do reclamante seja apurada considerando os pedidos cuja sucumbência foi parcial.

Os honorários advocatícios devidos pela parte autora incidem apenas sobre o proveito econômico dos pedidos julgados integralmente improcedentes.

Não se pode confundir sucumbência recíproca com sucumbência parcial.

Assim, devem-se fixar os critérios que devem ser utilizados para a fixação da sucumbência recíproca.

Viola a lógica do razoável a conclusão de que a procedência parcial do pedido leva a sucumbência do reclamante, quanto a fração do pleito cujo provimento foi negado, devendo, assim, arcar com o pagamento de honorários advocatícios quanto a essa parte do pedido, em específico.

A sucumbência recíproca deve ser analisada sob o prisma da integralidade da ação, e não dos pedidos.

A análise da sucumbência recíproca obedece a uma lógica binária: ou o pedido é procedente, parcial ou totalmente, e nesse caso a reclamada arcará com o pagamento dos honorários advocatícios ao patrono do reclamante; ou o pedido é totalmente improcedente, e nesse caso, o itinerário será inverso: o reclamante se responsabilizará com o pagamento dos honorários advocatícios ao patrono da reclamada.

De rigor, assim, que se faça a distinção entre “sucumbência parcial” e “sucumbência recíproca”, tendo apenas esta última assento no art. 791-A, parágrafo 3º, da CLT reformada.

Neste aspecto particular, cumpre transcrever o ensinamento de Manoel Antônio Teixeira Filho, a respeito do tema:

“(…) Ocorre que a expressão legal: “procedência parcial”, ao contrário do que havíamos entendido, não se liga ao pedido, e sim, à ação. Isso significa dizer que a Lei n. 13.467/2017 adotou apenas a sucumbência recíproca, e não, a sucumbência parcial. Expliquemo-nos. Na sucumbência recíproca tanto podem existir duas ações interligadas, quanto uma só ação. Cogitemos desta última hipótese: uma ação, com os pedidos A e B. A sentença acolhe o pedido A, mas rejeita o pedido B. Teria havido, aqui, sucumbência recíproca (o autor sucumbiu quanto ao pedido B, e o réu, ao pedido A). Se a sentença, por exemplo, houvesse acolhido os pedidos A e B, mas em valores inferiores aos postulados pelo autor, estaria caracterizada a sucumbência parcial. Nesta hipótese, não haveria condenação do autor ao pagamento de honorários advocatícios, porquanto o art. 791-A, da CLT, consagrou somente a sucumbência recíproca. Basta ver que a precitada norma legal faz expressa menção, no § 3º, a essa espécie de sucumbência. A “procedência parcial”, de que trata o mesmo preceptivo legal, diz respeito - reiteremos - não aos pedidos (pois, se assim não fosse, estaríamos diante de sucumbência parcial), e sim, à ação”. (O Processo do Trabalho e a Reforma Trabalhista: as alterações introduzidas no processo do trabalho pela Lei nº 13.467/2017. 2ª edição; São Paulo: LTr, 2018, pág. 156)” (grifos acrescentados)

Isso exposto, apenas se pode falar em sucumbência da reclamante, para fins de pagamento de honorários advocatícios à parte adversa, quanto aos pedidos integralmente rejeitados, sendo essa a linha de entendimento sufragada na Súmula nº 326 do colendo STJ, de aplicação analógica ao caso em análise.

Fortalece esse entendimento o enunciado nº 99, aprovado pela 2ª Jornada Nacional da Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (Anamatra), realizada em 19 de outubro de 2017, segundo o qual:

“(...) o Juízo arbitraré honorários de sucumbência recíproca (artigo 791-A, parágrafo 3º, da CLT) apenas em caso de indeferimento total do pedido específico. O acolhimento do pedido, com quantificação inferior ao postulado, não caracteriza sucumbência parcial, pois a verba postulada restou acolhida (...)”. (grifos acrescidos)

Ante o exposto, os honorários devidos pela reclamante devem ser calculados considerando o valor dos pedidos julgados integralmente improcedentes.

A seu turno, o percentual de 10% (dez por cento) fixado pela origem para ambas as partes, é consentâneo e proporcional com os critérios fixados no § 2º do art. 791-A da CLT.

Por fim, considerando que a parte autora é beneficiária da justiça gratuita, este Colegiado fixou entendimento, com fundamento no art. 791-A, § 4º, da CLT, pela suspensão da exigibilidade dos honorários devidos aos patronos do reclamado, até que se comprove que a reclamante, por alguma razão ponderável, deixe de ser enquadrado como pessoa carente.

Em homenagem à celeridade processual, peço vênia à eminente Desembargadora Marlene Teresinha F. Suguimatsu, para citar acórdão de sua relatoria como razões de decidir, ROT nº 0001164-17-2018-5-09-0673, DEJT 04/11/2020, *in verbis*:

“(...) Ainda que o autor seja beneficiário da gratuidade de justiça, tendo obtido créditos em Juízo, em tese e a princípio, a depender do reflexo gerado pelo recebimento desses valores, pode ser exigível dele o pagamento dos honorários de sucumbência, como se observa do teor do § 4º do art. 791-A da CLT, que prescreve: “Vencido o beneficiário da justiça gratuita, desde que não tenha obtido em Juízo, ainda que em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa, as obrigações decorrentes de sua sucumbência ficarão sob condição suspensiva de exigibilidade e somente poderão ser executadas se, nos dois anos subsequentes ao trânsito em julgado da decisão que as certificou, o credor demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade, extinguindo-se, passado esse prazo, tais obrigações do beneficiário”.

Observa-se, nesse ponto, que a constitucionalidade do art. 791-A da CLT está sendo questionada perante o STF, por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5766, que ainda se encontra pendente de julgamento.

Por outro lado, mesmo constatado que o autor teve créditos deferidos nesta ação, a suspensão da exigibilidade dos honorários de sucumbência por ele devidos deve permanecer.

Assim se conclui porque apenas o recebimento de créditos pelo trabalhador não afasta, de forma automática, a sua condição de miserabilidade e, assim, não autoriza retirar a suspensão da exigibilidade.

Como definido em sessão de julgamento desta Turma, ocorrida no início de setembro de 2020, por adoção do método hermenêutico-concretizador, o art. 791-A, § 4º, da CLT deve ser interpretado no sentido de que, quando o trabalhador é beneficiário da justiça gratuita em decorrência de sua miserabilidade, somente será possível reter parte de seus créditos para garantir o pagamento dos honorários da parte adversa se ficar evidenciado, em concreto, que o recebimento de valores, seja na própria ação ou em outra, retirou dele a condição de carência econômica, o que, na hipótese em exame, não ocorre.

Destaca-se, a propósito da hermenêutica constitucional, que em julgamento recente foi suscitada dúvida sobre a possibilidade de se apreciar a matéria pelo próprio órgão fracionário, a Turma, ou se seria a hipótese de invocar a cláusula de reserva de plenário, conforme Súmula Vinculante 10 do STF, assim redigida:

“(...) Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta sua incidência, no todo ou em parte. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público (art. 97)”.

Extrai-se de julgamento proferido no Supremo Tribunal Federal que ao utilizar o método da interpretação conforme a Constituição, os Tribunais e Juízes não precisam observar a cláusula da reserva de plenário, visto que não declaram a inconstitucionalidade da norma, mas apenas excluem interpretações não compatíveis com a Constituição.

Nesse sentido foram os fundamentos adotados em acórdão de relatoria do Ministro Luis Roberto Barroso:

“(...) A parte agravante, em síntese, alega que ‘esse STF no julgamento do RE 389.808 (...), por maioria (ocasional) de cinco votos a quatro, conferiu ao art. 6º da LC 105 ‘interpretação conforme a Constituição (portanto não declarando a inconstitucionalidade do dispositivo), firmando o entendimento de que conflita com a Carta da República norma legal atribuindo à Receita Federal - parte na relação jurídico tributária - o afastamento do sigilo de dados relativos ao contribuinte. Não obstante, a decisão foi proferida em sede de controle difuso, não ostentando efeitos erga omnes nem eficácia vinculante.’ (...) A decisão agravada está alinhada com a orientação do Supremo Tribunal Federal (...). No caso, conforme assentado na decisão agravada, no julgamento do RE 398.808, o Plenário do Supremo Tribunal Federal julgou inconstitucional o art. 6º da LC 105/01. (...) ‘É certo que a questão está em revisão no âmbito do Supremo Tribunal, tendo sido admitida, no RE

601.314, a repercussão geral do tema. A despeito disso, os tribunais que seguem a orientação atualmente fixada não necessitam submeter a questão aos respectivos plenários' (Rcl 17.574, Rel. Min. Gilmar Mendes). (Rcl 18598 AgR, Relator Ministro Roberto Barroso, Primeira Turma, julgamento em 7.4.2015, DJe de 5.5.2015).

Assim se concluiu porque as normas jurídicas infraconstitucionais têm caráter instrumental para a realização dos fins da Constituição.

Portanto, cada vez que são invocadas para subsunção a uma situação concreta, sempre estarão passando pelo crivo da exegese conforme a Constituição federal em processo de controle difuso, já que o método leva à apreensão do significado da norma à luz dos princípios constitucionais.

A interpretação conforme a Constituição vem sendo utilizada pelo Poder Judiciário no controle de constitucionalidade das leis e atos normativos e destina-se a salvar uma norma que possui mais de uma interpretação possível, sendo que ao menos uma delas é compatível com a Constituição.

Trata-se de técnica a ser aplicada em todas as modalidades de controle de constitucionalidade, inclusive no difuso.

A rigor, trata-se de um princípio de interpretação da lei infraconstitucional de acordo com a Constituição e, portanto, quando não evidenciada, a priori, inconstitucionalidade, prescinde da cláusula de reserva de plenário.

Adotada a interpretação da norma infraconstitucional do art. 791-A, § 4º, da CLT, à luz dos direitos e garantias constitucionais, em especial os princípios fundamentais da República de assegurar às pessoas a cidadania (art. 1º, II), a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), a constituição de uma sociedade livre, justa e solidária, destinada a erradicação da pobreza, a marginalização e a redução das desigualdades sociais, a promoção do bem de todos e a eliminação de quaisquer forma de discriminação (art. 3º, IV, e art. 5º, caput e incisos I), bem como o direito constitucional de ação (art. 5º, XXXVI), o devido processo legal, com meios e recursos inerentes, inclusive a justiça gratuita aos necessitados (art. 5º, LV, LXXIV e LXXVIII), a exegese adequada será a de que é exequível eventual crédito recebido pelo trabalhador como garantia de honorários sucumbenciais, apenas quando houver evidência concreta de que, com o recebimento, a parte deixou de ser necessitada.

Por essa razão se afirmou anteriormente que, *“em tese e a princípio, a depender do reflexo gerado pelo recebimento desses valores”*, poderiam ser usados os valores dos outros créditos do autor para custear os honorários de sucumbência a ele impostos.

Observa-se que, em concreto, não há indicativo de que os valores que ele tem a receber afastarão a sua condição de precariedade econômica.

Respeitada a regra de hermenêutica exposta e não havendo indicativo de que o autor, com os créditos a receber, teria superado a sua condição de miserabilidade, mantenho a sentença como posta.

Fica suspensa a exigibilidade dos honorários até que se comprove que ele, por alguma razão ponderável, deixou de ser enquadrado como pessoa carente.

Nada a prover.” (grifos acrescidos)

Mais recentemente, este Colegiado reafirmou sua jurisprudência pacífica

acerca da matéria, consoante se verifica no julgamento dos ROT´s n.ºs 0001047-10-2020-5-09-0009, 000073-06-2020-5-09-0095, 0000883-75-2020-5-09-0872, 0001385-82-2018-5-09-0872, todos de minha relatoria, DEJT 14/06/2022, 1º/04/2022, 25/02/2022 e 24/09/2021, respectivamente, e ROT nº 0000120-25-2020-5-09-0662, Rel. Des. Luiz Eduardo Gunther, DEJT 25/06/2021.

No que se refere à arguição de inconstitucionalidade do art. 791-A, § 4º, CLT, considerando a possibilidade de ajustes e modulação de efeitos pelo excelso Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.766, este Órgão Julgador resolveu, por ora, em manter a condenação da parte beneficiária da justiça gratuita ao pagamento de honorários advocatícios, suspendendo-lhes, todavia, a exigibilidade (CPC, art. 98, § 3º).

Os membros integrantes deste Colegiado, analisando o teor do pedido formulado na petição inicial da ADIN nº 5.766, e os fundamentos adotados pela Suprema Corte na decisão em processo objetivo, concluíram que a inconstitucionalidade do § 4º do art. 791-A da CLT parece restringir-se à expressão “(...) desde que não tenha obtido em Juízo, ainda que em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa”.

Esse entendimento fundamentou decisão desta 4ª Turma, no RORSum nº 0001105-53-2020-5-09-0028, Rel. Des. Luiz Eduardo Gunther, DEJT 05/12/2021, in verbis:

“(...) No que se refere ao parágrafo 4º do artigo 791-A da CLT, cumpre frisar que, não obstante o Tribunal Pleno deste egrégio Tribunal Regional do Trabalho, ao apreciar a Arguição de Inconstitucionalidade 0001657-05.2020.5.09.0000, tenha rejeitado a arguição de inconstitucionalidade desse dispositivo legal e declarado a constitucionalidade da expressão “desde que não tenha obtido em Juízo, ainda que em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa” (Data do Julgamento: 28.06.2021, Redatora Designada: Desembargadora Nair Maria Lunardelli Ramos), o excelso Supremo Tribunal Federal, ao analisar a Ação Direta de Inconstitucionalidade 5766, julgou parcialmente procedente o pedido formulado para declarar inconstitucional o parágrafo 4º do artigo 791-A da CLT, vencidos, em parte, os Ministros Roberto Barroso (Relator), Luiz Fux (Presidente), Nunes Marques e Gilmar Mendes (ata de julgamento publicada no DJE em 04.11.2021) Uma vez que a declaração de inconstitucionalidade de dispositivo legal pelo STF em ação direta de inconstitucionalidade produz efeito vinculante e eficácia erga omnes desde a publicação da ata de julgamento, seria possível cogitar-se do afastamento da condenação do autor ao pagamento de honorários advocatícios de sucumbência.

No entanto, os desembargadores deste Colegiado ponderaram que a inconstitucionalidade do parágrafo 4º do artigo 791-A da CLT, considerando-se o pedido formulado na petição inicial da ADI 5766 e os fundamentos adotados pela

Suprema Corte, parece restringir-se à expressão “desde que não tenha obtido em Juízo, ainda que em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa”, de modo que, nessa linha de pensamento, não haveria óbice à manutenção da parte desse dispositivo legal que se refere à condição suspensiva de exigibilidade dos honorários de sucumbência pelo prazo ali fixado, entendimento que aproximaria o tratamento dado às obrigações decorrentes da sucumbência do beneficiário da justiça gratuita no processo do trabalho daquele conferido às mesmas obrigações no processo civil (parágrafo 3º do artigo 98 do CPC).

Haja vista a possibilidade de ajustes e modulação dos efeitos da decisão proferida na ADI 5766, os desembargadores da 4ª Turma decidiram que o procedimento mais sensato seria determinar-se a suspensão da exigibilidade dos honorários advocatícios de sucumbência devidos pelo autor, que somente poderão ser executados se, nos dois anos subsequentes ao trânsito em julgado da decisão que as certificou, os credores demonstrarem que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão da justiça gratuita, extinguindo-se, passado esse prazo, tal obrigação do beneficiário.

Desta forma, reforma-se a r. sentença para determinar a suspensão da exigibilidade dos honorários advocatícios de sucumbência devidos pelo autor, que somente poderão ser executados se, nos dois anos subsequentes ao trânsito em julgado da decisão que as certificou, os credores demonstrarem que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão da justiça gratuita, extinguindo-se, passado esse prazo, tal obrigação do beneficiário”. (grifos acrescidos)

Isso posto, nego provimento ao apelo do reclamado e dou provimento ao apelo da reclamante para determinar que os honorários de sucumbência devidos pela parte autora fiquem sob condição suspensiva de exigibilidade, sem que haja a dedução do crédito trabalhista apurado nesta ação.

RECURSO ORDINÁRIO ADESIVO DO B. B. S. A. .

1. DURAÇÃO DO TRABALHO

1.1 CONTROLES DE PONTO

Por brevidade, remete-se ao item “3.1” do recurso ordinário do reclamante, onde a matéria foi objeto de análise conjunta.

1.2 INTERVALO INTRAJORNADA

Por brevidade, remete-se ao item “3.3” do recurso ordinário do reclamante, onde a matéria foi objeto de análise conjunta.

2. FUNDO DE GARANTIA POR TEMPO DE SERVIÇO (FGTS)

O Juízo *a quo* condenou o reclamado ao pagamento de recolhimento dos depósitos do FGTS, no percentual de 8% (oito por cento), sobre as parcelas salariais deferidas em Juízo. (Sentença, fl. 861)

O reclamado, confiando no provimento do seu recurso, requer que se afaste a condenação ao pagamento de recolhimento dos depósitos do FGTS, considerando a acessoriedade da referida parcela. (Razões de recurso ordinário, fl. 1.009)

Analiso.

Uma vez condenado o reclamado, por exemplo, ao pagamento de horas extraordinárias e repercussões, não há que se afastar o pagamento de reflexos destas parcelas em FGTS.

Nesse sentido, precedente oriundo dos ROT's n.ºs 0001267-04-2017-5-09-0012, 0002163-38-2017-5-09-0015 e 0001342-66-2017-5-09-0651, todos de minha relatoria, DEJT 26/05/2022, 10/12/2021 e 13/09/2021, envolvendo idêntica controvérsia fático-jurídica à discutida nestes autos.

Nego provimento.

3. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS SUCUMBENCIAIS

Por brevidade, remete-se ao item "6" do recurso ordinário do reclamante, onde a matéria foi objeto de análise conjunta.

III - ACÓRDÃO

Em Sessão Presencial realizada nesta data, sob a Presidência da Excelentíssima Desembargadora Marlene Teresinha Fuverki Suguimatsu; presente a Excelentíssima Procuradora Viviane Dockhorn Weffort, representante do Ministério Público do Trabalho; computados os votos dos Excelentíssimos Desembargadores Ricardo Bruel da Silveira, Marlene Teresinha Fuverki Suguimatsu e Ricardo Tadeu Marques da Fonseca, sustentou oralmente o advogado Guilherme Eduardo Fanderuff inscrito pela parte recorrente B. S. ; **ACORDAM** os Desembargadores da 4ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, por unanimidade de votos, **EM CONHECER DOS RECURSOS ORDINÁRIOS** e das **CONTRARRAZÕES**; no mérito, por igual votação, **EM DAR PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO DO RECLAMANTE** para, nos termos da fundamentação: **a)** condenar o reclamado ao pagamento proporcional de Participação nos Lucros e Resultados, referente ao exercício financeiro 2019; **b)** condenar o reclamado ao pagamento de

horas extraordinárias excedentes da 6ª (sexta) hora diária e 30ª (trigésima) hora semanal, e repercussões, *em todo o período imprescrito*; **c)** em acréscimo, condenar o reclamado ao pagamento dos reflexos das horas extras fictas intervalares nos demais consectários legais, *em todo o período imprescrito*; **d)** fixar, como base de cálculo das horas extraordinárias, o salário acrescido de eventuais adicionais e gratificações pessoais, inclusive gratificação de função; **e)** fixar o divisor 180 (cento e oitenta) para o cálculo das horas extraordinárias, *em todo o período imprescrito*; **f)** conceder à parte autora o benefício da justiça gratuita; **g)** determinar que os honorários de sucumbência devidos pela parte autora fiquem sob condição suspensiva de exigibilidade, sem que haja a dedução do crédito trabalhista apurado nesta ação; por idêntica votação, **EM NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO DO RECLAMADO.**

Custas no importe de R\$ 2.000,00 (dois mil reais), pelo reclamado, calculadas sobre o valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), provisoriamente arbitrado, de acréscimo, à condenação.

Intimem-se.

Curitiba, 14 de setembro de 2022.

RICARDO BRUEL DA SILVEIRA
Relator