



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

RECURSO ORDINÁRIO

PROCESSO nº 1000347-53.2019.5.02.0039 - 18ª TURMA

ORIGEM: 39ª VARA DO TRABALHO DE SÃO PAULO

RECORRENTES: DENILSON NOGUEIRA PEREIRA e BANCO SANTANDER (BRASIL) S/A

RECORRIDOS: Os mesmos

RELATÓRIO

A ação foi julgada procedente em parte (fls. 954/964, complementada às fls. 1027/1029).

O reclamante interpôs recurso ordinário, às fls. 1018/1026, insurgindo-se contra a decisão proferida nos seguintes tópicos: correção monetária pelos índices do IPCA-E.

O reclamado interpôs recurso ordinário, às fls. 1036/1069, insurgindo-se contra a decisão proferida nos seguintes tópicos: necessidade de integração dos Sindicatos subscritores da Convenção Coletiva como litisconsortes necessários; horas extras/cargo de função comissionado; compensação das horas extras com a gratificação de função; prescrição total da verba denominada gratificação especial; justiça gratuita e honorários advocatícios sucumbenciais.

Contrarrazões às fls. 1075/1106 e 1107/1118.

É o relatório.

CONHECIMENTO

As partes foram intimadas da decisão de embargos de declaração em 02.08.2019 sendo que reclamante e reclamado interpuseram recursos ordinários tempestivamente, em 03.07.2019 e 14.08.2019, subscritos por advogados constituídos às fls. 36 e 1035. Preparo às fls. 1070/1072.

Preenchidos os requisitos legais, conheço dos recursos.

MÉRITO

Diante da prejudicialidade, primeiro será analisado o recurso do reclamado.

I - RECURSO DO RECLAMADO

A - Da necessidade de integração dos Sindicatos subscritores da Convenção Coletiva como litisconsortes necessários

Aduz o recorrente que devem ser chamados os Sindicatos representantes da categoria econômica e profissional das partes, nos exatos termos do art. 611-A, §5º da CLT, que assim dispõe: *Os sindicatos subscritores de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho deverão participar, como litisconsortes necessários, em ação individual ou coletiva, que tenha como objeto a anulação de cláusulas desses instrumentos*".

Razão não lhe assiste, eis que o reclamante não postulou a nulidade da cláusula convencional, mas tão somente a sua não-aplicabilidade. São situações jurídicas distintas e que não se confundem.

No caso em tela, o reclamante não requereu a nulidade da cláusula nos termos do art. 611-A, §5º da CLT. Dessa situação decorrem dois efeitos: a) não há que se chamar os Sindicatos, na condição de litisconsortes necessários e b) a cláusula convencional é plenamente válida e aplicável ao reclamante, caso seja reconhecido o enquadramento na hipótese do art. 224, caput, da CLT, o que será examinado nos itens seguintes. Rejeito.

B - Das horas extras/cargo de função comissionado

Razão lhe assiste.

O C. TST já pacificou o entendimento de que o exercício da função de confiança a que se refere o art. 224, § 2º, da CLT, dependente da prova das reais atribuições do empregado. Inteligência da Súmula 102, I do C. TST. Não basta a mera nomenclatura de analista ou supervisor.

Para caracterização do exercício do cargo de confiança bancário não é necessário que o empregado possua amplos poderes e que represente a instituição financeira, pois se essa situação for constatada, haverá enquadramento na exceção prevista no art. 62, II da CLT. Para tanto, basta a comprovação de que o empregado exercia funções de direção, gerência, fiscalização, chefia e equivalentes, ou que desempenhou outros cargos de confiança e que nele era depositado uma fidúcia diferenciada.

No caso em tela, restou incontroverso que desde o período imprescrito até 30.11.2018 o reclamante atuou como *supervisor de call center* e de 01.12.2018 até a data da dispensa atuou como analista de *call center*.

Em depoimento pessoal, o reclamante confessou que *atuava como analistas de negócios e, como tal, fazia composição de dados, levantamento de informações, montagem de planilhas e apresentação de resultados*. Tais atividades são meramente técnicas/burocráticas e despidas de qualquer fidúcia especial.

Todavia, confessou que *também exercia a função de supervisor e tinha 07 subordinados; que fazia o controle de ponto e escala de férias de seus subordinados, após a aprovação do gerente; que fazia avaliação de competência, ainda que em conjunto com seu superior hierárquico; que poderia sugerir demissões ao gestor; e que poderia aplicar penalidades, após solicitação ao gerente*.

A testemunha ouvida a rogo do Reclamado declinou : "*que o reclamante não poderia suspender, tampouco advertir por escrito sem consultar seu superior; que o reclamante fazia a avaliação de competência de sua equipe junto com o depoente; que o depoente faz o controle de ponto do reclamante e este faz o controle total dos cartões de ponto dos seus subordinados, sem qualquer ingerência do depoente; que o reclamante não poderia alterar a equipe sem o conhecimento do depoente*".

Da prova produzida se infere que o reclamante tinha poderes para advertir verbalmente seus subordinados; poderia suspender e advertir por escrito e alterar os membros da sua equipe, desde que contasse com a anuência de seu supervisor; que ele fazia o controle de ponto de seus subordinados de forma independente e a avaliação de seus sete subordinados, em conjunto com seu superior.

Portanto, infere-se que o recorrido possuía poderes gerenciais sobre seus subordinados, ainda que as medidas mais drásticas, como advertência por escrito e a retirada ou ingresso de seus subordinados fossem condicionados à anuência de seu superior hierárquico. Tais competências não são inerentes a um bancário comum, sendo que as limitações não têm o condão de afastar o reconhecimento de que as competências deferidas se enquadravam na hipótese de cargo de confiança bancário, porque a

validação de atos promovidos por responsáveis intermediários decorre da estrutura hierárquica comum a qualquer grande empresa.

Frise-se ser irrelevante o fato de que o reclamante possuía superior hierárquico; que não poderia contratar e dispensar empregados sem consultar seu superior, bem assim que não possuía procuração em nome do banco pois, se tais circunstâncias estivessem delineadas, o reclamante seria enquadrado na hipótese do art. 62, II da CLT.

As atividades desempenhadas pelo recorrido revelam fidúcia especial, pelo que se enquadram na hipótese do art. 224, §2º, da CLT. Logo, a sétima e a oitava hora trabalhada não se caracterizam como extraordinárias.

Por consequência, cai por terra o fundamento da sentença de que o banco de horas é inválido em razão de não ter sido observada jornada de 6 horas.

Frise-se que na petição inicial constou que *no período em que laborou em sobrejornada, o reclamante teve corretamente anotado seu horário de trabalho e recebeu as respectivas horas extras, porém com divisor equivocado, conforme será detalhado no tópico adiante*. Considerando que não foi reconhecido o direito à jornada de 6 horas, não há que se falar em condenação da empregadora no pagamento de diferença de horas extras em razão do divisor postulado (180).

Dou provimento ao recurso para excluir da condenação o pagamento de horas extras, assim consideradas as excedentes à sexta, com reflexos.

C - Da compensação das horas extras com a gratificação de função e dos parâmetros para cálculo das horas extras

Diante do acima decidido, não há que se falar em compensação das horas extras decorrentes do labor na 7ª e 8ª horas trabalhadas com a gratificação de função.

D - Da prescrição total da verba denominada gratificação especial

Na inicial, o recorrido afirmou que a empregadora paga, em todo o Brasil, uma gratificação adicional para os empregados dispensados que contavam com mais de 10 anos de serviço. Afirmou que nada recebeu a tal título, apesar de contar com mais de 10 anos de vínculo empregatício, e que a omissão teve natureza discriminatória.

A empregadora confessou que em determinado momento pagou aos empregados dispensados uma gratificação adicional, sem amparo em norma coletiva ou em regulamento interno e por mera liberalidade. Todavia, asseverou que essa conduta foi alterada há mais de 5 anos motivo pelo qual ao caso em tela se aplica o entendimento esposado na S. 294 do C. TST.

Razão novamente assiste à empregadora.

Examinando os autos, verifico que o recorrido elencou os nomes de empregados que, contavam com mais de 10 anos de vínculo empregatício, que receberam a gratificação adicional no momento da rescisão contratual, mas que foram dispensados no período de 2009 a 2012, consoante verifico às fls. 19/20.

O recorrido mencionou as dispensas dos empregados José Rodrigues Neves, Arno Winkelmann e José Carlos Porporatti, sendo que todos foram dispensados em 2012 (fls. 848/851). Já a paradigma Isaura Mieko Futugami nada recebeu a esse título, sendo certo que a proposta efetuada em dez/12 (fls. 313), não se concretizou eis que a dispensa ocorreu apenas em 2016 (fls. 852/853).

É certo que o recorrido juntou decisões recentes, que deferiam aos reclamantes daquelas ações, a gratificação adicional. Todavia, as jurisprudências não se adequam ao caso em tela, conforme passo a demonstrar.

a) Processo 0001966-41.2014.5.02.0020, às fls. 139/148, da leitura do julgado não é possível inferir em que época o reclamante e os modelos foram dispensados. Também não se discutiu a questão da prescrição.

b) Processo 1000117-50.2016.5.02.0254, a sentença juntada às fls. 309/318, demonstra que a procedência do pedido se amparou em TRCT de empregados dispensados de 2009 a 2012 (fls. 314, última linha).

c) Processo 1002099-93.2016.5.02.0062, acórdão juntado às fls. 135/138, a decisão se amparou em sentença proferida em 2009 e em depoimento prestado em 2010. Além disso, não se discutiu a questão da prescrição.

d) Processo 1000462-17.2018.5.02.0037, sentença juntada às fls. 71/76, embasou a condenação em processos distribuídos em 2009 (fls. 74) bem assim porque não foi discutida a questão da prescrição total da verba.

Considerando que o reclamante não indicou qualquer empregado que tenha recebido a gratificação especial no quinquênio que antecedeu à distribuição da ação, é forçoso reconhecer que, nos termos do entendimento esposado na S. 294 do C. TST, incide a prescrição total sobre o direito à gratificação especial, eis que a verba não está assegurada em lei.

Dou provimento para acolher a prescrição total da verba denominada "gratificação especial" motivo pelo qual o pedido é extinto com julgamento de mérito.

E - Da justiça gratuita

Nos termos do art. 99 do CPC, presume-se verdadeira a declaração de hipossuficiência firmado por pessoa física. No presente caso, a presunção legal não restou infirmada por quaisquer elementos constantes nos autos.

Rejeito a tese recursal.

F - Dos honorários advocatícios sucumbenciais

Razão lhe assiste.

A presente ação foi distribuída em 23.06.2019. Ou seja, já na vigência do art. 791-A da CLT, que prevê o pagamento de honorários advocatícios sucumbenciais, inclusive aos empregados beneficiários da justiça gratuita. Exceto, se não tiver obtido em juízo, ainda que em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa. Assim, deve ser reformada a decisão de origem que considerou incabível o pagamento dos honorários advocatícios sucumbenciais (fls. 961) motivo pelo qual o reclamante deverá pagar ao patrono da reclamada o percentual de 10% sobre as verbas julgadas improcedentes.

Todavia, e considerando que a presente ação passou ser julgada improcedente, haverá a suspensão da exigibilidade nos exatos termos do art. 791-A, §4º da CLT.

Dou provimento parcial.

II - DO RECURSO DO RECLAMANTE

A - Do índice de correção

Diante do acolhimento das teses da empregadora bem assim que a ação passou a ser julgada IMPROCEDENTE, resta prejudicada a análise do recurso do reclamante.

Acórdão

Por esses fundamentos, **ACORDAM** os magistrados da 18ª Turma em **CONHECER e DAR PROVIMENTO PARCIAL** ao recurso ordinário do reclamado, a fim de excluir da condenação o pagamento de horas extras, assim consideradas as excedentes à sexta diária, com reflexos; **extinguir com julgamento de mérito, em razão da prescrição, o pedido de "gratificação especial"** e condenar o reclamante no pagamento de honorários advocatícios, no importe de 10% do valor da causa, cuja exigibilidade encontra-se suspensa. Por consequência, a ação é julgada **IMPROCEDENTE** e o recurso ordinário do reclamante teve sua análise prejudicada. Custas arbitrada sobre o valor dado à causa (R\$ 394.171,27) no importe de R\$ 7.883,42 a cargo do reclamante, que resta isento de efetuar o recolhimento, eis que beneficiário da justiça gratuita.

Atentem as partes para a previsão dos artigos 80, 81 e parágrafo segundo do art. 1.026 do Novo CPC, não cabendo embargos de declaração para revisão de fatos, provas e da própria decisão, sob pena de multa.

Votação: unanimidade de votos.

Presidiu a sessão o Exmo. Desembargador Sergio Pinto Martins.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Magistrados Susete Mendes Barbosa de Azevedo (relatora), Líbia da Graça Pires e Sergio Pinto Martins.

Presente o I. Representante do Ministério Público do Trabalho.

SULETE MENDES BARBOSA DE AZEVEDO
Desembargadora Relatora

vím

VOTOS