



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 8ª REGIÃO

Gab. Des. Gabriel Velloso

PROCESSO nº 0001088-57.2018.5.08.0014 (ROT)

RECORRENTE: JANAINA LOBATO DE LIMA BARROS ALVES

ADVOGADO: JOSE OLAVO SALGADO MARQUES

ADVOGADO: RAIMUNDO KULKAMP

RECORRENTE: BANCO SANTANDER (BRASIL) S.A.

ADVOGADO: LEONARDO VASCONCELOS LINS FONSECA

ADVOGADO: ANNA CAROLINA BARROS CABRAL DA SILVA

RECORRIDO: JANAINA LOBATO DE LIMA BARROS ALVES

ADVOGADO: JOSE OLAVO SALGADO MARQUES

ADVOGADO: RAIMUNDO KULKAMP

RECORRIDO: BANCO SANTANDER (BRASIL) S.A.

ADVOGADO: LEONARDO VASCONCELOS LINS FONSECA

ADVOGADO: ANNA CAROLINA BARROS CABRAL DA SILVA

BANCÁRIO. CARGO DE CONFIANÇA. Para a caracterização do cargo de confiança bancário que sujeita o empregado à jornada de 8 horas diárias é necessária a existência simultânea do recebimento da gratificação de função que não seja inferior a 1/3 do salário do cargo efetivo e o exercício de função de maior relevância em relação aos demais empregados, hipótese não configurada nestes autos.

1. RELATÓRIO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de **recurso ordinário**, oriundos da MM. Décima Quarta Vara do Trabalho de Belém, em que são partes as acima identificadas.

A MM. Vara do Trabalho assim decidiu (ID. b7faed1):

ISTO POSTO E MAIS O QUE DOS AUTOS CONSTA, NA RECLAMAÇÃO TRABALHISTA MOVIDA PELA RECLAMANTE JANAÍNA LOBATO DE LIMA BARROS ALVES EM FACE DE BANCO SANTANDER(BRASIL) S.A, DECIDO:

A) REJEITAR A PRELIMINAR DE IMPUGNAÇÃO AO PEDIDO DE JUSTIÇA GRATUITA; DECLARAR, DE OFÍCIO, A INÉPCIA DA PETIÇÃO INICIAL QUANTO AO PEDIDO DE REFLEXO DA REMUNERAÇÃO VARIÁVEL, PARA EXTINGUI-LO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO E ACOLHER A QUESTÃO PREJUDICIAL, PARA DECLARAR A PRESCRIÇÃO QUINQUENAL DAS PARCELAS ANTERIORES A 12/12/2013, EXTINGUINDO-AS COM RESOLUÇÃO DO MÉRITO.

B) E, NO MÉRITO, JULGAR PARCIALMENTE PROCEDENTE A AÇÃO, PARA

CONDENAR A RECLAMADA A PAGAR À RECLAMANTE O QUE FOR APURADO EM CÁLCULOS, AS PARCELAS A TÍTULO DE:

DIFERENÇA SALARIAL EM DECORRÊNCIA DE EQUIPARAÇÃO SALARIAL, COM REFLEXO EM 13º SALÁRIO, FÉRIAS COM 1/3, REPOUSO SEMANAL REMUNERADO E DEPÓSITOS DE FGTS;

HORAS EXTRAS, A PARTIR DA 6ª HORA, NO TOTAL DE 64,2, NO PERÍODO DE 12/12/2013 A MARÇO/2016, COM REFLEXOS DE 13º SALÁRIO, FÉRIAS MAIS 1/3, DEPÓSITOS DE FGTS E REPOUSO SEMANAL REMUNERADO (DOMINGOS). DEVERÁ SER UTILIZADO O DIVISOR 180 (SÚMULA Nº 124 DO TST). DEVERÃO SER EXCLUÍDOS OS PERÍODOS DE FÉRIAS E AFASTAMENTOS DO TRABALHO. DEVERÃO SER DEDUZIDAS AS HORAS EXTRAS PAGAS NOS CONTRACHEQUES, PARA QUE NÃO OCORRA ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA.

HORAS EXTRAS, A PARTIR DA 8ª HORA, NO PERÍODO DE ABRIL/2016 A 17/17/2018, NO MONTANTE DE 53,5 HORAS EXTRAS MENSAS, COM REFLEXOS DE 13º SALÁRIO, FÉRIAS MAIS 1/3, DEPÓSITOS DE FGTS E REPOUSO SEMANAL REMUNERADO (DOMINGOS), UMA VEZ QUE O SÁBADO É CONSIDERADO DIA ÚTIL NÃO TRABALHADO E NÃO REPOUSO SEMANAL REMUNERADO. DEVERÁ SER UTILIZADO O DIVISOR 220 (SÚMULA Nº 124 DO TST). DEVERÃO SER EXCLUÍDOS OS PERÍODOS DE FÉRIAS E AFASTAMENTOS DO TRABALHO. DEVERÃO SER DEDUZIDAS AS HORAS EXTRAS PAGAS NOS CONTRACHEQUES, PARA QUE NÃO OCORRA ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA.

HORAS INTRAJORNADAS, DA SEGUINTE FORMA: 1 HORA POR DIA DE TRABALHO, 15 DIAS POR MÊS (PERÍODOS DE PICO) ATÉ MARÇO DE 2016, COM REFLEXOS EM 13º SALÁRIO, FÉRIAS MAIS 1/3, DEPÓSITOS DE FGTS E REPOUSO SEMANAL REMUNERADO (DOMINGOS), UMA VEZ QUE O SÁBADO É CONSIDERADO DIA ÚTIL NÃO TRABALHADO E NÃO REPOUSO SEMANAL REMUNERADO; 1 HORA DE INTERVALO POR DIA, 5 DIAS POR SEMANA, DE ABRL/2016 ATÉ 10/11/2017, COM REFLEXOS EM 13º SALÁRIO, FÉRIAS MAIS 1/3, DEPÓSITOS DE FGTS E REPOUSO SEMANAL REMUNERADO (DOMINGOS), UMA VEZ QUE O SÁBADO É CONSIDERADO DIA ÚTIL NÃO TRABALHADO E NÃO REPOUSO SEMANAL REMUNERADO, UMA VEZ QUE ANTES DA REFORMA TRABALHISTA, A NATUREZA DA PARCELA ERA SALARIAL, BEM COMO ESTABELECIA O PAGAMENTO NÃO APENAS DA PARTE SUPRIMIDA DO INTERVALO, MAS DE SEU TOTAL, ISTO É, 1 HORA E 30 MINUTOS INTERVALARES POR DIA, 5 DIAS POR SEMANA, SEM REFLEXOS, A PARTIR DE 11/11/2017 ATÉ A DATA DA DEMISSÃO, NA FORMA DO § 4º DO ARTIGO 71 DA CLT, UMA VEZ QUE COM A REFORMA TRABALHISTA, HOVE A ALTERAÇÃO DA NATUREZA DA PARCELA, QUE PASSOU A SER INDENIZATÓRIA, BEM COMO ESTABELECEU O PAGAMENTO APENAS DA PARTE SUPRIMIDA DO INTERVALO.

PAGAMENTO DA DIFERENÇA SALARIAL EM RAZÃO DA SUBSTITUIÇÃO, NO VALOR DE R\$ 2.000,00, NOS TERMOS REQUERIDOS.

FIXO HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS DE 5% DEVIDOS PELA RECLAMADA AO ADVOGADO DA RECLAMANTE, APURADOS SOBRE O VALOR TOTAL DA CONDENAÇÃO DA DEMANDADA E DE 5% DEVIDOS PELA RECLAMANTE AO ADVOGADO DA RECLAMADA, SOBRE O VALOR DAS PARCELAS JULGADAS IMPROCEDENTES.

DECLARO A INCONSTITUCIONALIDADE DA EXPRESSÃO "DESDE QUE NÃO TENHA OBTIDO EM JUÍZO, AINDA QUE EM OUTRO PROCESSO, CRÉDITOS CAPAZES DE SUPOSTAR A DESPESA", CONTIDA NO PARÁGRAFO 4º DO ART. 791-A, DA CLT, UMA VEZ QUE VIOLA O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DE ACESSO À JURISDIÇÃO, POIS IMPÕE BARREIRAS ECONÔMICAS ÀQUELES QUE NÃO TÊM CONDIÇÕES DE ARCAR COM OS CUSTOS DO PROCESSO, CRIANDO ÔBICE INTRANSPONÍVEL PARA GRANDE PARTE DOS TRABALHADORES, QUE COMUMENTE SÓ PROCURAM A JUSTIÇA DO TRABALHO QUANDO ESTÃO DESEMPREGADOS E, POR CONTA DISSO, MAIS CARENTES DE RECURSOS FINANCEIROS.

TUDO NOS TERMOS DA FUNDAMENTAÇÃO. IMPROCEDENTES OS DEMAIS PEDIDOS POR FALTA DE AMPARO LEGAL. A RECLAMADA DEVERÁ PROVIDENCIAR O PAGAMENTO DO VALOR DA CONDENAÇÃO, NO PRAZO DE 15 DIAS, A CONTAR DO TRÂNSITO EM JULGADO DESTA DECISÃO, SOB PENA DE SER ACRESCIDA A MULTA DE 10% (DEZ POR CENTO) SOBRE O REFERIDO VALOR, PASSANDO-SE, DE IMEDIATO, AO BLOQUEIO EM CONTA CORRENTE, VIA SISBACEN (ART. 882, CLT), À PENHORA E DEMAIS ATOS CONSTRITIVOS.

CONCEDO À RECLAMANTE OS BENEFÍCIOS DA JUSTIÇA GRATUITA. OS CÁLCULOS LIMITAM-SE AOS VALORES CONSTANTES NA PETIÇÃO INICIAL (EXCLUINDO-SE A CORREÇÃO MONETÁRIA E OS JUROS), PARA QUE NÃO CONFIGURE JULGAMENTO ULTRA PETITA. JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA NA FORMA DA LEI. A RECLAMADA DEVERÁ RECOLHER E COMPROVAR PERANTE ESTA JUSTIÇA ESPECIALIZADA, OS DESCONTOS FISCAIS, NA FORMA E PRAZOS LEGAIS, RESPEITANDO INTEGRALMENTE A LEGISLAÇÃO VIGENTE APLICÁVEL. CUSTAS, PELA RECLAMADA, SOBRE O VALOR DA CONDENAÇÃO, CONFORME CÁLCULO EM ANEXO. NOTIFICAR AS PARTES. NADA MAIS//////////

Opostos embargos de declaração pelo banco-reclamado, estes foram integralmente rejeitados (ID. af8afcd).

Inconformado, o reclamado interpõe recurso ordinário a este Egrégio Regional, conforme ID. 4e04284. Por sua vez, a reclamante interpõe recurso ordinário adesivo, sob o ID. cdbbc2a.

Houve contrarrazões aos apelos sob os IDs. a9fdebe e af9068e.

2. FUNDAMENTAÇÃO

2.1. Conhecimento

Conheço dos recursos, porque atendidos os requisitos de admissibilidade. Contrarrazões em ordem.

2.2. Mérito

RECURSO DO BANCO RECLAMADO

2.2.1. Equiparação salarial

Aduz o recorrente que a r. sentença recorrida julgou procedente o pedido de equiparação salarial, contudo, não considerou os depoimentos testemunhais para fins de demonstração de idêntica produtividade e perfeição técnica entre a reclamante e o paradigma.

Alega que "... a recorrida sempre laborou na agência Parque Shopping Belém (id nº e5277fd), ao passo que a paradigma foi contratada para trabalhar na agência Docas Belém (ac01836), destinada ao atendimento de clientes com altíssima renda."

Assegura que o labor em agências que atendam ramos diferentes de clientes não é idêntico, fato que obsta o reconhecimento da equiparação salarial deferida em sentença.

Pugna pela reforma da sentença para que o pedido de equiparação salarial seja julgado totalmente improcedente.

O MM. Juízo de origem deferiu o pedido, sob os seguintes fundamentos (ID. b7faed1 - Pág. 3/4):

A prova dos fatos constitutivos cabe à autora, enquanto os fatos modificados, impeditivos e extintivos cabem ao réu.

Considerando que o réu confessa o exercício da mesma função entre reclamante e paradigma, conforme teor da contestação e depoimento da preposta, seria dele o ônus de provar a razão do discrimen que justificasse o pagamento de valores distintos para ambos empregados.

Entretanto, dos fatos aduzidos, verifico inexistir prova suficiente acerca da qualificação superior da paradigma, bem como da diferença de tempo de serviço.

A reclamada assinalou que a paradigma possuía experiência de mercado, mas não juntou nenhuma prova que demonstrasse este fato. O documento anexado sob o id ac01836 trata-se dados cadastrais, sem nada mencionar acerca de qualificações anteriores. Além disso, na data de contratação da paradigma(agosto/2016) a reclamante já contava com pelo menos 3 anos e 09 meses de experiência, não sendo nem mesmo apontado pelo réu quanto tempo de experiência a paradigma já possuía.

Noutra via, o simples fato de laborar em Agência de porte superior, conforme ressaltou o preposto e a testemunha do réu, à míngua de demais elementos, não induz reconhecer que a paradigma exercia suas funções de forma distinta da reclamante, como maior quantidade e melhor qualidade nos serviços prestados.

Logo, considerando que ambas as empregadas exerciam a mesma função e ausentes os elementos justificadores, julgo procedente o pedido de equiparação salarial, com reflexo nas parcelas de férias com 1/3, 13º salário, repouso semanal remunerado e depósitos de FGTS.

Considero escorreita a sentença. O caput do art. 461 da CLT, estabelece: "*Sendo idêntica a função, a todo trabalho de igual valor, prestado ao mesmo empregador, na mesma localidade, corresponderá igual salário, sem distinção de sexo, nacionalidade ou idade*".

Neste diapasão, para que se permita o deferimento da equiparação salarial, deve-se comprovar os seguintes requisitos: a) identidade de função; b) serviço de igual valor; c) que o serviço seja prestado ao mesmo empregador; d) que o serviço seja prestado na

mesma localidade; e) que a diferença de tempo não seja superior a dois anos entre o paradigma e o paragonado.

No caso em apreço, ressalto que o reconhecimento da equiparação exige prova da identidade de funções, que é fato constitutivo de direito. Por isso, o ônus da prova é do Reclamante (art. 818, I, da CLT).

Nesse sentido, observo que a preposta do reclamado confessou que "*... a paradigma realizava as mesmas tarefas que a reclamante*" (ID. e443f61 - Pág. 2), motivo pelo qual entendo que a reclamante no particular se desincumbiu de seu ônus processual.

A defesa, para justificar a diferença salarial suportada pela reclamante, sustenta que as agências em que trabalhavam a reclamante e a paradigma não possuem o mesmo porte, bem como a paradigma foi contratada em face de sua maior experiência, contudo, compulsando os autos, assim como destacou o juízo, observo que inexistem provas das alegações da defesa hábeis a justificar a diferença salarial ora analisada, motivo pelo qual entendo que o recorrente não se desincumbiu de seu ônus processual no particular (art. 818, II, da CLT).

Assim, nego provimento ao recurso no particular.

2.2.2. Salário substituição

Insurge-se o reclamando contra r. decisão que o condenou ao pagamento de R\$ 2.000,00 em face da substituição do gerente geral da agência durante suas férias, nos anos de 2014 e 2015.

Alega que "*... nos períodos de férias de qualquer dos colaboradores, as atividades dos empregados ausentes são redistribuídas para os demais funcionários da agência, de modo que nenhum empregado fica unicamente responsável por executar todas as tarefas e atribuições do substituído, assim, as responsabilidades do Sr. Artêmio de Oliveira eram distribuídas para os gerentes de relacionamento, gerente de atendimento, coordenadores de atendimento etc.*"

Afirma não ser impossível e ilógico que a reclamante, durante as férias do gerente geral, acumulasse as atribuições inerentes aos cargos de gerente de relacionamento com as de gerente geral.

Pugna pela reforma da sentença.

O MM. Juízo de origem deferiu o pleito inicial por entender que o presente caso enquadra-se na hipótese prevista na súmula nº 159, item I, do c. TST, que trata de substituição de caráter não eventual. O referido verbete assim dispõe:

SÚMULA-159 SUBSTITUIÇÃO DE CARÁTER NÃO EVENTUAL E VACÂNCIA DO CARGO

*I - Enquanto perdurar a substituição que não tenha caráter meramente eventual, **inclusive nas férias**, o empregado substituto fará jus ao salário contratual do substituído. (grifos acrescentados)*

A testemunha arrolada pela reclamante, Sr. Sidney Souza de Farias, comprovou que a reclamante substituíu o gerente geral Artêmio, vez que declarou (ID. e443f61 - Pág. 3): "... *que a reclamante substituíu o senhor Artemio nas férias deste*". Acrescento que a preposta da empresa, em depoimento, também confessou a referida substituição.

Assim, restou incontroverso que a reclamante, no exercício da função de gerente de relacionamento, substituíu o gerente geral da agência durante suas férias, contudo, inexistiu nos autos prova de qualquer pagamento em face dessa substituição, motivo pelo qual correta a decisão que julgou procedente o pedido inicial, inclusive quanto ao valor deferido, com base no verbete sumular do c. TST.

Nada a reformar.

2.2.3. Horas extras. Cargo de confiança. Enquadramento no art. 224, § 2º, da CLT

Aduz o recorrente que o cargo de gerente de relacionamento de agência é função de confiança, enquadrando-se nas disposições do art. 224, § 2º, da CLT, logo, a reclamante não pode ser equiparada ao bancário comum, com regime de 06 (seis) horas diárias, restando, portanto, equivocada a condenação em labor extraordinário da 7ª (sétima) e 8ª (oitava) horas e reflexos, no período em que exerceu a função de gerente de relacionamento (12/12/2013 a MARÇO/2016).

Assegura que o cargo de confiança bancário não precisa envolver funções de gestão com amplos poderes, nos mesmos moldes do cargo de gerente geral de agência (art. 62, II, da CLT).

Alega que "... *A reclamante/recorrida, enquanto ocupante do cargo de Gerente de Relacionamento, tinha acesso diferenciado à dados e documentos confidenciais, protegidos pelo sigilo bancário, como extratos de contas correntes, declarações de imposto de*

renda, dados contábeis e restritivos cadastrais, bem como senha de acesso especial para a proposição de negócios, hipótese incabível para os demais bancários."

Esclarece que a reclamante possuía acesso diferenciado aos sistemas internos, somente disponibilizados a empregados com alto grau de fidúcia, possibilitando o exercício de atribuições não permitidas a outros funcionários do banco, a exemplo de caixas e assistentes.

Ressalta que "*... todos os funcionários das áreas comercial e operacional do Banco têm metas e cobranças, desde os Caixas até os Gerentes Regionais, passando pelos Coordenadores, Gerentes de Relacionamento, Gerentes Gerais, entre outros. Mas isso, isoladamente, não é capaz de retirar a fidúcia especial dos gestores bancários enquadrados no art. 224 § 2º da CLT*".

Assevera que até o gerente geral possui superiores dentro da estrutura do banco, entretanto, esse fato não lhe retira os poderes de mando e gestão, característico às suas atividades, sendo a mesma lógica aplicável aos gerentes de relacionamento, caso da reclamante. Assevera, ainda, que não se faz necessária a existência de subordinados para caracterização do cargo de confiança.

Alude que a recorrida foi corretamente enquadrada no art. 224, § 2º, da CLT, enquanto ocupou o cargo de gerente de relacionamento, cargo revestido de fidúcia especial, logo, o pedido de horas extras e reflexos deve ser julgado improcedente.

Defende a validade dos registros de ponto juntados com a defesa, bem como assegura que o horário de trabalho da recorrida era de 09h às 18h, com uma hora de intervalo intrajornada, pelo que devem ser excluídas da condenação as horas extras deferidas em sentença.

Pugna pela reforma da sentença.

Analiso.

É cediço que o art. 224 da CLT concedeu aos bancários o direito à jornada reduzida contínua de seis horas, com intervalo de 15 (quinze) minutos.

A legislação trabalhista excepcionou da jornada reduzida de seis horas o bancário ou economiário que exerce cargo de confiança, de acordo com o disposto no art. 224, § 2º, da CLT, estando ele sujeito ao regime de 8 horas diárias e 40 semanais, já tendo remuneradas a sétima e oitava horas, pois o valor mais elevado da gratificação ali prevista é

destinado a repor a remuneração da sétima e oitava horas.

Para que o empregado esteja enquadrado nas exceções do art. 224, parágrafo 2º, da CLT, é necessário que o cargo de confiança, exercido pelo bancário, contemple os requisitos de exercício de funções de direção, supervisão, fiscalização, controle, representado pela maior responsabilidade na hierarquia funcional do reclamado, bem como o recebimento de gratificação superior a 1/3 do seu salário.

Como resta pacificado na jurisprudência trabalhista o fato de o bancário receber gratificação de função de 1/3 não gera presunção do exercício do cargo de confiança, porque a caracterização da exceção legal não depende propriamente do pagamento da gratificação, mas do efetivo exercício do encargo de direção, gerência, fiscalização ou chefia, tal como definido na citada norma excepcional.

No caso, tal qual a instância de origem, entendo que não restou configurado o exercício de função de confiança pela autora, quando do exercício do cargo de gerente de relacionamento, não estando sujeita às regras do § 2º, do art. 224, da CLT.

Nesse sentido, a preposta do reclamado confessou a ausência de subordinados (ID. e443f61 - Pág. 2). *In verbis*:

*(...) que o gerente geral é o cargo mais elevado dentro da agência; que gerente comercial e gerente geral não são a mesma função; **que a reclamante desempenhou a função de gerente de relacionamento e de gerente geral**; que o gerente geral está subordinado ao diretor regional; **que o gerente de relacionamento não possui subordinados; que o gerente de relacionamento gerencia uma carteira de clientes e não pessoas**; que todas as funções do banco são de confiança; que essa função é de confiança porque administra valores, financiamentos e créditos; que o gerente geral (até então chamado comercial) possui subordinados; que é possível acessar o sistema antes do registro do ponto ou após o registro da saída porém não é possível trabalhar porque o sistema fica "caindo"; **que a jornada de trabalho do gerente de relacionamento é de 8 horas com duas horas de intervalo para o almoço**; (...) que o gerente de atendimento e o gerente geral possuem os mesmos poderes outorgados em Procuração pelo banco; (...) que a reclamante sempre trabalhou na agência Parque Shopping e Ananindeua; que nesta última trabalhou no ano de 2018 antes de sua saída; (...) (grifos acrescentados)*

Em que pese a preposta declarar que a função da reclamante era de confiança, o depoimento da testemunha arrolada pela autora revela que no exercício do cargo de gerente de relacionamento a autora não exercia funções afetadas de fidúcia especial, maior que aquela comum aos empregados bancários em geral, *in verbis* (ID. e443f61 - Pág. 3):

*(...) que trabalhou de 2001 até janeiro de 2019; que nos últimos 5 anos exerceu a função de gerente de atendimento; que trabalhou na agência Parque Shopping de 2012 a 2015, como gerente de atendimento; **que a nesse período a reclamante trabalhava como gerente de relacionamento; que a reclamante trabalhava por volta de 8h30 às 18h30 com 1 hora de intervalo; que o horário do depoente era de 7h30 às 19h30; que registrava o ponto porém somente a partir das 8h30 ou 9 horas e a saída às 18 horas; que todos os***

funcionários adotavam essa prática, para que não houvesse excesso de horas; que o cargo mais elevado da área comercial era o gerente comercial; que no mesmo nível do gerente comercial estava o gerente de atendimento, que era o cargo mais elevado da área operacional; (...) que o gerente de relacionamento não possuía subordinados; que o gerente de relacionamento estava subordinado ao gerente comercial; que o gerente comercial não dava ordens ao setor operacional; (grifos acrescidos)

Destarte, correta a r. sentença ao deferir as horas extras a partir da sexta diária.

Quanto à jornada descrita na inicial e deferida em sentença, também considero correta a decisão *a quo*.

As folhas de ponto (ID. 2b77d03) foram impugnadas pela autora por estarem apócrifas e não refletirem sua real jornada, além de terem sido juntadas a destempo (ID. e75d4a7 - Pág. 1/2).

Em depoimento, a reclamante confirmou o horário declinado na exordial, vez que declarou os seguintes horários de trabalho (ID. e443f61 - Pág. 2):

... que como gerente de relacionamento trabalhava de 8h30 às 18h30, de segunda a sexta, com intervalo de 30 a 60 minutos; que do dia 25 ao dia 10 do mês seguinte é considerado período de "pico"; que no período de "pico" o intervalo era de 30 minutos; que como gerente de relacionamento registrava ponto porém, não reflete a realidade, uma vez que às vezes registrava a entrada após estar trabalhando algum tempo ou registrava a saída e continuava atuada em outra atividade como por exemplo e telemarketing cobrança; que como gerente comercial trabalhava em média de 8 às 20, com intervalo de 30 a 60 minutos; que nos períodos de "pico" o intervalo era de 30 minutos e às vezes sequer gozava o intervalo.

A preposta do reclamado nada declarou sobre o horário de trabalho praticado pela reclamante, e apenas relatou que " a jornada de trabalho do gerente de relacionamento é de 8 horas com duas horas de intervalo para o almoço; que o mesmo ocorre com o gerente geral" (ID. e443f61 - Pág. 2).

A segunda testemunha arrolada pela autora, Sr. Sidney Souza de Farias, comprovou o horário declinado na exordial, ao relatar (ID. 733e6c7 - Pág. 3):

*(...) que trabalhou na agência Parque Shopping de 2012 a 2015, como gerente de atendimento; **que a nesse período a reclamante trabalhava como gerente de relacionamento; que a reclamante trabalhava por volta de 8h30***

***às 18h30 com 1 hora de intervalo;** que o horário do depoente era de 7h30 às 19h30; que registrava o ponto porém somente a partir das 8h30 ou 9 horas e a saída às 18 horas; que todos os funcionários adotavam essa prática, para que não houvesse excesso de horas (...)*

Por todo exposto, considero correto o enquadramento da autora no *caput*, do art. 224, da CLT, com o reconhecimento do direito ao pagamento de horas extras a

partir da sexta diária e a validade do horário descrito na inicial, tendo em vista que restou provado que os registros de ponto juntados com a defesa - ID. 2b77d03 - não refletem a realidade da jornada da reclamante, principalmente no que se refere ao horário de entrada.

Nada a reformar, no particular.

2.2.3. Horas extras. Gerente geral de agência. Enquadramento no art. 62, II, da CLT

Insurge-se o recorrente contra a r. sentença que deferiu horas extras à reclamante no período de ABRIL/2016 a 17/07/2018.

Alega que no referido período a reclamante não estava sujeita ao controle de jornada, vez que era gerente geral de agência, cujo regime jurídico encontra amparo no art. 62, II, da CLT.

Aduz que enquanto gerente geral, a reclamante era a maior autoridade da agência bancária, estando subordinada apenas ao gerente regional.

Assevera que "... competiria, portanto, à recorrida o ônus de desconfigurar a fidúcia bancária enquanto exerceu a função de Gerente Geral de agência, o que não restou concretizado, na medida em que as provas carreadas aos autos demonstram, assim como a própria reclamante admite, que era a maior autoridade da agência bancária; possuía subordinados; distribuía, organizava e fiscalizava o trabalho de outros colaboradores; definia objetivos e o planejamento gerencial; acompanhava o cumprimento de metas; servia com interlocutora junto à gerência regional; aplicava sanções; participava do processo demissional, sugerindo quais funcionários deveriam ser dispensados; portava as chaves e senhas do alarme e da agência etc."

Postula a reforma da sentença para que sejam excluídas da condenação as horas extras e reflexos relativas ao período em que a reclamante exerceu o cargo de gerente geral de agência.

O MM. Juízo de origem deferiu o pleito de horas extras, sob os seguintes fundamentos (ID. b7faed1 - Pág. 11):

Na função de Gerente Comercial, a reclamante informa que cumpria jornada de 08h00 às 20h00, de segunda-feira à sexta-feira, com intervalo de 30 minutos de intervalo.

Assevera que exercia suas funções sem poderes de mando, responsabilizando-se apenas pela área comercial, estando inserido nas hipóteses do art. 224, §2º CLT, pelo que faz jus ao pagamento das horas extras excedentes à 8ª hora de trabalho.

Em sua contestação, a ré defendeu a tese de que a autora estaria inserida no art. 62, II, CLT.

Pois bem.

Conforme declarou a preposta em depoimento, a função de Gerente Comercial equivale a de Gerente Geral e, no exercício desta, apesar da fidúcia especial concedida, a reclamante tinha que acatar as decisões emanadas de um comitê, não podendo opor-se a ele.

Ficou evidenciado, assim como na função de Gerente de Relacionamento, que a reclamante também, quando investida no cargo de Gerente Comercial (gerente geral), não possuía ampla liberdade quanto à liberação de crédito, o que foi reafirmado pela testemunha do réu, a qual relatou que o gerente comercial não pode conceder isenção ou descontos que não estejam disponíveis no sistema, não se podendo afirmar que a reclamante transmudava-se na figura do empregador, posto que em ambas as funções estava sujeito a controle de jornada e seus poderes eram limitados.

Logo, entendo não aplicável à autora o disposto do art. 62, II, CLT, no tocante à função de Gerente Comercial, a qual deveria ter como jornada máxima 08h diárias.

Entretanto, já foi registrado nestes autos a invalidade do controle de jornada apresentado pelo réu, dada a possibilidade de manipulação e comprovado que a reclamante laborava antes de marcar o ponto na entrada, bem como continuava a trabalhar após marcar a saída.

Desse modo, tenho por verdadeira a informação de que trabalhava de 08h às 20h, de segunda a sexta-feira, com 30 minutos de intervalo.

Em face disso, julgo procedente o pedido, para condenar a reclamada a pagar horas extras, a partir da 8ª hora, no período de 04/2016 a 17/17/2018, no montante de 53,5 horas extras mensais (2,5 h.e/dia x 5dias/sem = 12,5 x 4,28 = 53,5), com reflexos de 13º salário, férias mais 1/3, depósitos de FGTS e repouso semanal remunerado (domingos), uma vez que o sábado é considerado dia útil não trabalhado e não repouso semanal remunerado. Deverá ser utilizado o divisor 220 (Súmula nº 124 do TST).

Deverão ser excluídos os períodos de férias e afastamentos do trabalho. Deverão ser deduzidas as horas extras pagas nos contracheques, para que não ocorra enriquecimento sem causa. Deverão ser observadas as base utilizadas nos cálculos, em observância aos limites do pedido.

Inicialmente, destaco o que a reclamante declarou em depoimento pessoal (ID. e443f61 - Pág. 1/2):

*... que inicialmente foi gerente de relacionamento, posteriormente, passou para a função de gerente comercial; que o gerente de relacionamento não possui subordinados; **que o gerente comercial possui subordinados; que o gerente comercial é responsável pelo gerente de relacionamento todavia normalmente se reporta ao gerente operacional; que gerente comercial e gerente operacional estão no mesmo nível e dentro da agência são os mais altos cargos;** que o gerente de relacionamento está sujeito a controle de jornada; **que o gerente comercial não está sujeito a controle de jornada dentro da agência, porém sofre controle da regional;** que esse controle se dá através de duas reuniões diárias: uma no início e outra no final da jornada, através de áudio conferência; que o gerente comercial está subordinado ao gerente regional; que o gerente regional fica lotado na agência Nazaré; (...) que como gerente comercial distribuía e fiscalizava o trabalho que era repassado pelo regional; **que elaborava o planejamento gerencial e acompanhava as atividades da área comercial;** que não definia objetivos; que isso era feito pelo regional; **que acompanhava o cumprimento de metas coletivas e individuais;** que não contratava serviços ou compras de materiais de emergência; que essa função era do gerente de atendimento mediante*

*autorização do regional; **que elaborava planos de visita a clientes; que realizava reuniões para repassar as orientações recebidas do gerente regional;** que participava de comitê mas não tinha poder de veto; que supervisionava o gerente de relacionamento, **apenas que poderia apenas sugerir sanções disciplinares, a gerência regional era quem decidia;** que não poderia sugerir admissão ou demissão; **que fazia avaliação de funcionários;** que não possuía senha diferenciada; que tinha cópia da chave da porta da agência; que não tinha chave do caixa ou do cofre; que possuía senha de ativação e desativação do alarme juntamente com o gerente de atendimento e o coordenador da agência; que não possuía poder de veto em reuniões e comitês; que não tinha alçada para liberação de crédito além daquela que estava registrada no banco; que não tinha procuração para representar o banco; que possui certificação da ANBIMA; (...) que como gerente comercial trabalhava em média de 8 às 20, com intervalo de 30 a 60 minutos; que nos períodos de "pico" o intervalo era de 30 minutos e às vezes sequer gozava o intervalo; (...) que como gerente comercial fazia de uma a duas visitas por dia; (...) que como gerente comercial também poderia alimentar o sistema para que o funcionário prorrogasse a jornada; (grifos acrescidos)*

O depoimento prestado pela reclamante evidencia que suas atividades, quando no cargo de gerente geral de agência, revestiam-se de fidúcia especial além da exigível aos demais empregados, em exteriorização de algum dos poderes inerentes à figura da empregadora, tal como elaborar planejamento gerencial e avaliar funcionários, podendo inclusive sugerir sanções disciplinares.

Aliado a esse fato, a reclamante confessou que não estava sujeita a controle de jornada, e que o gerente comercial era o cargo mais elevado da agência, juntamente com o gerente operacional, fato confirmado pela testemunha indicada pela reclamante (ID. e443f61 - Pág. 3), do que se presume o enquadramento no art. 62, inciso II, da CLT.

Ademais, ressalto a exigência de pagamento de salário diferenciado ou gratificação de função de 40% (art. 62, II, § único) encontra-se atendida no caso em apreço, na medida em que as fichas financeiras - ID. ad4443c - evidenciam que o salário mensal da reclamante era superior em 40% àquele devido ao cargo subordinado.

Assim, preenchidos os requisitos do art. 62, II, § único, da CLT, dou provimento ao apelo para, reformando em parte a r. sentença recorrida, excluir da condenação as horas extras e reflexos referentes ao período de ABRIL/2016 a 17/07/2018, conforme os fundamentos.

2.2.4. Intervalo intrajornada

Insurge-se o banco reclamado contra a r. decisão que julgou procedente o pedido de horas intervalares e reflexos.

Aduz que as testemunhas ouvidas no processo confirmaram que a

recorrida sempre gozou de 01 (uma) hora de intervalo intrajornada, incluindo o "pico" bancário entre os dias 25 a 10 na virada entre meses.

Postula a reforma da sentença para que a referida parcela seja excluída da condenação.

Assim decidiu o MM. Juízo de origem (ID. b7faed1 - Pág. 12):

Já restou registrado acima a invalidade dos cartões de ponto, dada a possibilidade de lançamento de horários não condizentes com a real jornada da autora.

Por outro lado, a reclamante ratificou que, enquanto gerente de relacionamento, havia a concessão parcial do intervalo intrajornada nos períodos de "pico", confirmando que somente lhe eram concedidos 30 minutos em tais períodos, que ocorriam do dia 25 de um mês até o dia 10 do mês seguinte (total de 15 dias), bem como ratificou que, enquanto gerente comercial, durante todo o período, somente tinha 30 minutos de intervalo intrajornada.

Em face disso, julgo procedente o pedido de pagamento das horas intrajornadas, da seguinte forma:

1 hora por dia de trabalho, 15 dias por mês (períodos de pico) até março de 2016, com reflexos em 13º salário, férias mais 1/3, depósitos de FGTS e repouso semanal remunerado (domingos), uma vez que o sábado é considerado dia útil não trabalhado e não repouso semanal remunerado.

1 hora de intervalo por dia, 5 dias por semana, de abril/2016 até 10/11/2017, com reflexos em 13º salário, férias mais 1/3, depósitos de FGTS e repouso semanal remunerado (domingos), uma vez que o sábado é considerado dia útil não trabalhado e não repouso semanal remunerado, uma vez que antes da reforma trabalhista, a natureza da parcela era salarial, bem como estabelecia-se o pagamento não apenas da parte suprimida do intervalo, mas de seu total, isto é, 1 hora.

30 minutos intervalares por dia, 5 dias por semana, sem reflexos, a partir de 11/11/2017 até a data da demissão, na forma do § 4º do artigo 71 da CLT, uma vez que com a reforma trabalhista, houve a alteração da natureza da parcela, que passou a ser indenizatória, bem como estabeleceu o pagamento apenas da parte suprimida do intervalo.

No caso concreto, o reclamante informou na petição inicial e em seu depoimento que tinha 30 minutos de intervalo, levando a conclusão de que eram suprimidos 30 minutos diariamente.

Conforme analisado anteriormente, os cartões de ponto foram considerados inválidos, bem como restou provado nos autos que a reclamante, quando do exercício do cargo de gerente de relacionamento (12/12/2013 a MARÇO/2016), estava submetida à jornada de 06 (seis) horas diárias, vez que estava enquadrada na exceção do art. 224, § 2º, da CLT.

De acordo com item IV da súmula nº 437 do c. TST, ultrapassado habitualmente a jornada de seis horas - caso da reclamante - o empregado deve usufruir de intervalo mínimo de 01 (uma) hora, contudo, a segunda testemunha arrolada pela reclamante, Sr. Sidney Souza de Farias, declarou que a autora nesse período gozava de 01 (uma) uma

hora de intervalo intrajornada, *in verbis* (ID. e443f61 - Pág. 3): "... que trabalhou na agência Parque Shopping de 2012 a 2015, como gerente de atendimento; que a nesse período a reclamante trabalhava como gerente de relacionamento; que a reclamante trabalhava por volta de 8h30 às 18h30 com 1 hora de intervalo..."

Destaco que a referida testemunha não fez qualquer ressalva quanto ao período considerado de "pico", motivo pelo qual entendo que a autora não se desincumbiu de seu ônus processual, logo, não faz jus pagamento do intervalo pleiteado no período em que desempenhou a função de gerente de relacionamento.

No tocante ao período em que exerceu o cargo de gerente geral, considerando que a obreira se enquadrava na hipótese prevista no inciso II do art. 62 da CLT, entendo que não estava abrangida pelas regras presentes no capítulo de duração do trabalho, nos termos do *caput* do dispositivo, motivo pelo não há que se falar em pagamento do intervalo para esse período.

Pelo exposto, dou provimento ao recurso no particular para, reformando em parte a r. sentença recorrida, excluir da condenação o intervalo intrajornada e reflexos.

RECURSO DA RECLAMANTE

2.2.5. Indenização por danos materiais

Aduz a recorrente que as provas carreadas aos autos confirmam os termos da inicial, demonstrando a utilização de veículo próprio em benefício do baco reclamado.

Alega que "... restou provado no decorrer da instrução processual que a reclamante usou seu veículo particular a serviço do reclamado, e nem se fale que a reclamante deixou de juntar os comprovantes de despesas com o veículo, eis que foi postulado a indenização pela depreciação do mesmo, e que se dava nos moldes postulados na exordial."

Postula a reforma a sentença para que o recorrido seja condenado ao pagamento de indenização por danos materiais.

Assim decidi o juízo (ID. b7faed1 - Pág. 14):

No caso concreto, a conduta ilícita seria a exigência quanto à utilização de veículo próprio, o que geraria os danos apontados na causa de pedir.

Examinando as provas dos autos, verifico que a reclamante, em seu depoimento, informou: "(...) que nesse período não poderia substituir o carro

particular pelo táxi; que sempre preenchia uma planilha para evidenciar a realização de visitas para fins de ressarcimento, porém, nunca recebeu nenhum; (...) que não foi exigido no momento da contratação que tivesse carro porém lhe foi perguntado se dirigia e se tinha como fazer o deslocamento para as visitas".

Verifico que a reclamante alterou a sua tese, pois em depoimento confessou em que nenhum momento lhe for a exigido que tivesse carro. Do fato de ter sido indagada se dirigia e se tinha como fazer o deslocamento para as visitas não se pode concluir que se trata de exigência.

Por sua vez, a preposta do reclamado afirmou: "(...) que o banco não exige carro na contratação porém é necessária o deslocamento para a realização de visitas; que o banco concede verbas de gasolina por quilômetro rodado; que o banco ressarce o gasto via conta corrente; que basta preencher no sistema o cliente visitado e os quilômetros rodados; que se a reclamante cadastrou a visita recebeu o ressarcimento; (...) que o ressarcimento dos quilômetros rodados tem que ser autorizados pelo regional; que o ressarcimento cobre apenas despesas com o combustível; (...)"

A única testemunha da reclamante afirmou que quando foi contratada, para a função de caixa, não foi exigido que possuísse carro. Mas tal informação não tem relevância, pois se trata de função diversa e que não exige trabalho externo.

Por fim, a única testemunha da reclamada, indagada sobre a questão, respondeu: "(...) que na época da reclamante era possível realizar visitas fazendo uso de táxi credenciados via aplicativos; (...)"

In casu, restou incontroverso que a autora utilizava veículo próprio em prol da empresa. Contudo, não há nenhuma conduta da reclamada vinculada ao desgaste do veículo da reclamante, uma vez que não restou provado que a reclamada tenha exigido o uso, pela reclamante, de seu veículo particular na realização dos serviços em prol da reclamada.

Assim, parto da presunção de que a reclamante fazia uso de seu carro para sua própria comodidade.

Destarte, não estando presentes um dos pressupostos da responsabilidade civil, julgo improcedente o pedido.

Considero correta a decisão. O ônus de comprovar a obrigatoriedade na utilização de veículo próprio, bem como que reclamado não cobria as despesas pelo desgaste do veículo e do combustível era da reclamante, nos termos dos artigos 818 da CLT e 373, inciso I, do CPC, do qual não se desincumbiu.

Observo, que os depoimentos da reclamante e da única testemunha arrolada pelo banco comprovam que não existia a obrigatoriedade de utilização de veículo próprio, tanto que o recorrido oferecia alternativas - uso de táxi - para a realização de visitas.

Outrossim, inexistem provas dos supostos valores a serem ressarcidos pelo banco, motivo pelo qual entendo que a reclamante não se desincumbiu de seu ônus processual.

Nada a reformar.

RECURSO DO BANCO RECLAMADO

2.2.6. Justiça gratuita

Insurge-se o recorrente contra a r. decisão que concedeu à reclamante os benefícios da justiça gratuita. Alega que a reclamante não preenche os requisitos autorizadores para concessão do benefício.

Sem razão.

As custas processuais tratam-se de tributo da espécie taxa, que caracterizam-se pela natureza contraprestacional, ou seja, é a remuneração devida aos cofres públicos pelo serviço prestado. Entendo que a recorrente não possui legitimidade processual para requerer a negativa do referido beneplácito pois, em última análise, trata-se de verba devida à União. Esta E.Turma, nos autos do processo RO 0000298-74.2012.5.08.0114, de relatoria do EXMO. José Edílson Eliziário Bentes, adotou entendimento similar, conforme ementa a seguir transcrita:

"BENEFÍCIOS DA JUSTIÇA GRATUITA. CONCESSÃO À RECLAMANTE. A EMPRESA RECLAMADA NÃO TEM NEM LEGITIMIDADE E NEM INTERESSE PROCESSUAL PARA SE INSURGIR CONTRA A DECISÃO QUE DEFERIU O BENEFÍCIO. Penso, data venia, que a empresa recorrente não tem nem legitimidade e nem interesse processual para impugnar a decisão que concedeu à reclamante os benefícios da justiça gratuita. Qual é o prejuízo ou o gravame que a empresa recorrente teve ou está tendo com o fato da reclamante ter sido isentada do pagamento de custas processuais? Essa postura da empresa recorrente deixa transparecer que o que ela deseja com esse seu comportamento, reprovável, é dificultar o acesso da reclamante à Segunda Instância pela via recursal. Se alguém tivesse que se insurgir com a concessão dos benefícios da Justiça gratuita seria a UNIÃO, em favor de quem são recolhidas as custas processuais, no caso da Justiça do Trabalho." (Sala de Sessões da Segunda Turma do Egrégio Tribunal Regional do Trabalho da Oitava Região. Belém(PA), 24 de outubro de 2012.)

Dessa forma, nego provimento ao apelo, nesse particular.

RECURSOS DAS PARTES

2.2.7. Honorários sucumbenciais. Arguição de Inconstitucionalidade do §4º do art. 791-A da CLT

O reclamado insurge-se contra a decisão do juízo que declarou a inconstitucionalidade do § 4º do art. 791-A da CLT.

Aduz que a decisão afronta o princípio constitucional da separação de poderes, motivo pelo qual requer seja revista a declaração ou que a matéria seja apreciada pelo e. Tribunal Pleno deste Tribunal, em atenção ao art. 97 da Constituição Federal e Súmula Vinculante nº 10 do e. STF.

Por sua vez, a reclamante defende a inconstitucionalidade do dispositivo, requerendo seja afastada sua obrigação de pagar honorários advocatícios sucumbenciais.

De início, conforme anteriormente analisado, observo que à parte autora foram concedidos os benefícios da gratuidade judiciária, entretanto, foi condenada ao pagamento de honorários sucumbenciais, com fundamento no art. 791-A da CLT.

De fato, consoante o art. 791-A, § 4º, da CLT, *"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 da gratuidade, extinguindo-se, passado esse prazo, tais obrigações do beneficiário"*.

À luz do citado comando legal, mesmo que beneficiário da justiça gratuita, o trabalhador vencido deverá pagar honorários quando tenha obtido em juízo, ainda que em outro processo, créditos capazes de suportar este pagamento.

Entendo pela inconstitucionalidade do mencionado dispositivo celetista em face da flagrante violação às garantias fundamentais de assistência jurídica integral e gratuita, bem como aos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade.

De fato, referida previsão, que confere o mesmo tratamento às partes processuais que se encontram em posições desiguais, malferindo os princípios basilares do direito do trabalho, em especial o Princípio da Proteção, viola as garantias constitucionais do acesso à jurisdição e do mínimo material necessário à proteção da dignidade humana (CR, arts. 1º, III, e 5º, LXXIV).

A Constituição de 1988 consagra a garantia de amplo acesso à jurisdição em seu art. 5º, nos incisos XXXV e LXXIV, que tratam, respectivamente, dos direitos à inafastabilidade da jurisdição e à assistência judiciária integral aos necessitados:

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

[...]

LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.

Todavia, na contramão dos movimentos democráticos que consolidaram essas garantidas de amplo e igualitário acesso à justiça, a norma em apreço inviabiliza tal acesso ao trabalhador economicamente desfavorecido, imputando-lhe o pagamento de custas e despesas processuais de sucumbência com uso de créditos trabalhistas auferidos no processo, de natureza alimentar, em prejuízo do sustento próprio e de sua família.

Neste sentido, registre-se, que a inconstitucionalidade do referido dispositivo legal já foi arguida, em controle concentrado, pela Procuradoria-Geral da República na ADI nº 5766, que tem por objeto diversos dispositivos trazidos com a chamada "Reforma Trabalhista" (Lei. 13.467/2017), dentre os quais, o §4º do art. 791-A da CLT, em cuja ação externou que a redação do referido dispositivo colide com o art. 5º, LXXIV, da Constituição, *"ao impor a beneficiários de justiça gratuita pagamento de despesas processuais de sucumbência, até com empenho de créditos auferidos no mesmo ou em outro processo trabalhista, sem que esteja afastada a condição de pobreza que justificou o benefício"*.

Ressalta-se que os Tribunais Regionais do Trabalho, em decisão Plenária, têm declarado a inconstitucionalidade do parágrafo 4º do artigo 791-A - incluído na CLT pela 13.467/2017, consoante ementas das decisões a seguir transcritas:

TRT da 4ª REGIÃO

"DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONFRONTO DO ART. 791-A DA CLT COM REDAÇÃO DA LEI 13.467/2017 COM PRECEITOS CONSTITUCIONAIS QUE GARANTEM A ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA INTEGRAL E O ACESSO À JUSTIÇA. É inconstitucional parte da norma inserida no § 4º art. 791-A da CLT, por força da Lei 13.467 de 13.07.2017, na medida em que impõe ao trabalhador beneficiário do instituto da assistência judiciária gratuita limitação ao exercício do amplo direito de ação e aos efeitos da concessão da justiça gratuita de forma integral, como garantem os preceitos constitucionais expressos nos incisos XXXV e LXXIV do art 5º da CF/88, in verbis: "o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos." e " a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito." (TRT da 4ª Região, Tribunal Pleno, 0020024-05.2018.5.04.0124 Pet, em 13/12/2018, Relatora Desembargadora Beatriz Renck) [...]

TRT 14ª REGIÃO

ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. § 4º DO ART. 791-A, DA CLT. REDAÇÃO CONFERIDA PELA LEI 13.467/2017. INCIDENTE ACOLHIDO EM PARTE. É inconstitucional a expressão contida no § 4º do art. 791-A, da CLT, com redação dada pela Lei n. 13.467/2017: "desde que não tenha obtido em juízo, ainda que em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa", por violar a previsão contida no art. 5º, incisos XXXV e LXXIV do 7º, inciso XVI, da Constituição Federal. (TRT da 14.ª Região; Processo: 0000147-84.2018.5.14.0000; Data de Julgamento: 30/10/2018; Órgão Julgador: TRIBUNAL PLENO; Relator: CARLOS AUGUSTO GOMES LOBO)

TRT DA 19ª REGIÃO

ARGINC. BENEFICIÁRIO DA JUSTIÇA GRATUITA. POSSIBILIDADE DE CONDENAÇÃO EM HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS. ART. 791-A, § 4º, CLT.

INCONSTITUCIONALIDADE . Se o art. 791-A da CLT, incluído pela Lei nº 13.467/17, impõe restrições às garantias fundamentais de assistência jurídica integral e gratuita (art. 5º, LXXIV) e do acesso à Justiça (art. 5º, XXXV), afrontando também o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), além de dar, equivocadamente, o mesmo tratamento a quem se encontra materialmente em situações desiguais, numa clara violação ao princípio constitucional da igualdade (art. 5º, caput), resta ao Poder Judiciário declarar a sua inconstitucionalidade. (TRT da 19ª Região - Processo: Processo Nº ArgInc-0000206-34.2018.5.19.0000 - Data de Julgamento: 07/11/2018; Órgão Julgador: TRIBUNAL PLENO; Relator: JOÃO LEITE DE ARRUDA ALENCAR)

Destarte, enquanto o Supremo Tribunal Federal não julga em definitivo a ADIN que tem por objeto, dentre outros, a declaração de inconstitucionalidade do §4º, art. 791-A da CLT, inafastável a necessidade de submissão da questão ao Plenário desta Corte, nos termos previstos nos artigos 23, 103 e 180 do Regimento Interno, uma vez que aquela Suprema Corte Constitucional, em sede de Reclamações Constitucionais, tem cassado os efeitos das decisões proferidas por órgãos fracionários que afastam a incidência da norma celetista, por violação a Súmula Vinculante nº 10 (cláusula de reserva de plenário), como ocorreu nos autos da Reclamação 34.997/PARÁ.

Com estes fundamentos, proponho a instauração de incidente de arguição de inconstitucionalidade do §4º do art. 791-A da CLT, incluído pela Lei nº 13.467/2017, nos termos previstos nos artigos 23, 103 e 180 do Regimento Interno deste Egrégio Tribunal do Trabalho.

Entretanto, fui vencido pela maioria turmária, que rejeitou a proposta. Desta forma, não há outra saída senão manter a imposição dos honorários advocatícios. Com estes fundamentos, mantenho a condenação, no particular, nos termos do art. 791-A da CLT.

Entretanto, neste ponto, fiquei vencido pela maioria turmária, que além de rejeitar a proposta de instauração do incidente de inconstitucionalidade, no mérito, decidiu dar provimento ao recurso ordinário do reclamante para excluir da condenação os honorários advocatícios sucumbenciais a ele impostos na sentença recorrida, nos termos do voto divergente apresentado pelo Exmo. Desembargador PAULO ISAN COIMBRA DA SILVA JUNIOR, consoante se transcreve:

"Respeitosamente divirjo da proposta de voto apresentada pelo Eminentíssimo Relator no que concerne aos honorários advocatícios, uma vez que entendo que a condenação de hipossuficiente (assim reconhecido por ser beneficiário da justiça gratuita) ao pagamento de honorários advocatícios por mera sucumbência viola os artigos 8º, 24 e 25 da Convenção Americana de Direitos Humanos, conforme fundamentação abaixo.

Entretanto, se a posição da Egrégia Turma for no sentido de manter a condenação do hipossuficiente em honorários, proponho que o faça sob

condição suspensiva de exigibilidade nos termos do § 4º do art, 791-A.

A ação que deu origem ao presente feito foi ajuizada após a entrada em vigor da Lei nº 13.467/2017 e, portanto, é aplicável "a priori" a nova sistemática ali prevista acerca dos honorários advocatícios sucumbenciais, nos termos do artigo 791-A, § 4º:

Art. 791-A. Ao advogado, ainda que atue em causa própria, serão devidos honorários de sucumbência, fixados entre o mínimo de 5% (cinco por cento) e o máximo de 15% (quinze por cento) sobre o valor que resultar da liquidação da sentença (...)

§ 4º 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.

É imperioso reconhecer que este dispositivo - se não tem como propósito - tem incontestavelmente como efeito prejudicar o acesso à jurisdição pelos mais pobres, uma vez que elevou o custo econômico da demanda judicial trabalhista com a instituição da possibilidade de condenação do beneficiário da justiça gratuita em honorários advocatícios por mera sucumbência.

Ocorre que este efeito choca-se com as garantias processuais e substanciais que envolvem o hipossuficiente em juízo. A Constituição da República e os tratados internacionais sobre Direitos Humanos, que adensam estas garantias, aliás, instituem um regime de proteção ao trabalhador-hipossuficiente que nega efeito jurídico ao dispositivo consolidado se ele for interpretado como óbice econômico de acesso à jurisdição.

Como salientam Cintra et al. (2009, p. 39-40),

A ordem jurídico-positiva (Constituições e leis ordinárias) e o labor dos processualistas modernos têm posto em destaque uma série de princípios e garantias que, somados e interpretados harmonicamente, constituem o traçado do caminho que conduz as partes à ordem jurídica justa. O acesso à justiça é, pois, a ideia central a que converge toda a oferta constitucional e legal desses princípios e garantias.

E neste sentido é preciso eliminar as dificuldades econômicas que impeçam ou desanimem as pessoas de litigar, ou dificultem o oferecimento de defesa adequada. A oferta constitucional de assistência jurídica integral e gratuita há de ser cumprida, seja quanto ao juízo cível como ao criminal de modo que ninguém fique privado de ser convenientemente ouvido pelo juiz, por falta de recursos (Cintra et al, 2009, p. 40).

É importante ressaltar que a Corte Interamericana de Direitos Humanos tem desenvolvido, a partir do artigos 8º, 24 e 25 da Convenção Americana de Direitos Humanos, uma concepção de devido processo legal bastante preocupado com a efetividade dos meios e recursos postos à disposição daqueles que recorrem ao judiciário.

Isso fica evidente, por exemplo, na Opinião Consultiva 16/1999, na qual a Corte declarou que:

Para alcançar seus objetivos, o processo deve reconhecer e resolver os fatores de desigualdade real daqueles que são levados diante da justiça. É assim que se atende o princípio da igualdade ante a lei e os tribunais e a correlativa proibição de discriminação. A presença de condições de desigualdade real obriga a adotar medidas de compensação que contribuam a reduzir ou eliminar os obstáculos e deficiências que impeçam ou reduzam a defesa eficaz dos próprios interesses. Se não existirem meios de compensação, amplamente reconhecidos em diversas vertentes do procedimento, dificilmente se poderia dizer que aqueles

que se encontram em condições de desvantagem desfrutam de um verdadeiro acesso à justiça e se beneficiam do devido processo legal em condições de igualdade com aqueles que não padecem dessas desvantagem¹.

O Legislador brasileiro caminhou no sentido oposto ao dos direitos previstos na Convenção Americana de Direitos Humanos ao desnaturar o sistema de gratuidade até então vigente no âmbito da Justiça do Trabalho. Ignorou a desigualdade entre os sujeitos da relação processual, que não se limita, diga-se, à capacidade econômica de arcar com os custos da demanda, mas se traduz muitas vezes na aptidão de produzir provas, influenciando decisivamente no resultado da contenda. O dispositivo consolidado chocou-se diretamente com a garantia do devido processo legal estatuído no art. 8º, §1º, (toda a pessoa terá o direito de ser ouvida com as devidas garantias na determinação de seus direitos e obrigações de caráter trabalhista) e da proteção jurisdicional efetiva, conforme o art. 25 (Toda pessoa tem direito a qualquer recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra ato que viole seus direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição, pelas leis ou pela Convenção).

Não há se falar de efetividade da jurisdição quando o custo de demandar judicialmente torna-se tão elevado que inibe o direito de ação, destacadamente em uma jurisdição tão sensível como a trabalhista, na qual os pleitos versam em sua esmagadora maioria sobre verbas de natureza alimentar e a própria subsistência do trabalhador.

A propósito, há que se salientar que as mencionadas disposições convencionais são perfeitamente compatíveis com o regime da Constituição da República e harmonizam-se com o Título dedicado às garantias e direitos fundamentais. Mais precisamente encontramos no artigo 5º três disposições centrais na conformação do direito ao acesso à justiça no ordenamento jurídico-constitucional brasileiro, a saber; 1) Direito de petição (Inc. XXXIV, "a"), 2) Inafastabilidade da jurisdição (Inc. XXXV) e Assistência jurídica integral e gratuita (Inc. LXXIV).

Não bastasse a compatibilidade, em razão do pacta sunt servanda (art. 26 da Convenção de Viena sobre Direitos dos Tratados), O Estado brasileiro tem o dever de adequar seu direito interno aos compromissos internacionalmente assumidos. E, em se tratando de Convenção sobre direitos humanos cuja ratificação não se deu na forma do art. 5º, § 3º, da Constituição, as disposições tem status supralegal, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal. E, portanto, prevalecem sobre leis ordinárias com Lei nº 13.467/2017, que criou o art. 791-A.

Diante (1) da compatibilidade das garantias previstas na Convenção Americana com o regime constitucional de 1988; (2) da posição do Supremo Tribunal Federal de atribuir status supralegal aos tratados internacional sobre direitos humanos não ratificados no forma do art. 5º, §3º, da Constituição Federal; (3) do dever do Estado brasileiro de adequar seu direito interno aos tratados sobre direitos humanos, conclui-se inconvenção o artigo 791-A, § 4º, da Consolidação das Leis do Trabalho para condenar trabalhador-hipossuficiente em honorários advocatícios por mera sucumbência, por contrariedade aos artigos 8º, 24 e 25 da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Insta esclarecer que a produção normativa doméstica deve observar duplo limite vertical material: a) a Constituição e os tratados de direitos humanos e b) os tratados internacionais comuns em vigor no país.

No primeiro limite, os tratados de direitos humanos podem ter sido ou não aprovados com o quorum qualificado que o art. 5º, § 3º, da Constituição prevê.

Assim, se não houver aprovação por maioria qualificada, sua natureza será de norma (apenas) materialmente constitucional, o que lhes garante serem paradigma de controle somente difuso de convencionalidade. Se aprovados pela maioria qualificada (e entrado em vigor no plano interno, após sua ratificação), os tratados também são paradigma do controle concentrado de convencionalidade.

De qualquer sorte, os tratados internacionais ratificados são paradigma de controle de legalidade das normas infraconstitucionais. Portanto, a

incompatibilidade destas com os preceitos contidos naqueles invalida a disposição legislativa em causa em benefício da aplicação do tratado.

Oportunamente ressalta-se que não cabe cogitar, no caso, de reserva de plenário - art. 97 da CF e Súmula Vinculante 10 -, pois estamos tratando de inconvenção, para qual não é exigida a referida reserva, eis que a matéria de fundo se encontra contrária a tratados.

Sobre o assunto destaco as razões de decidir do Superior Tribunal de Justiça no recurso especial nº 1.640.084 - SP (2016/0032106-0) Relator : Ministro Ribeiro Dantas, julgado em 16/12/2016:

(...) Anote-se, ainda, que o controle de convencionalidade não se confunde com o constitucionalidade, uma vez que a posição supralegal do tratado de direitos humanos é bastante para superar a lei ou ato normativo interno que lhe for contrária, abrindo ensejo a recurso especial, como, aliás, já fez esta Corte Superior ao entender pela inconvenção da prisão civil do depositário infiel.

A propósito, o art. 105, III, "a", da Constituição Federal de 1988 estabelece, expressamente, a competência do Superior Tribunal de Justiça para "julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e territórios, quando a decisão recorrida contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência" (grifou-se.) Se a discussão girasse em torno de tratado ou convenção votado sob regime do art. 5º, § 3º, da CF), a coisa seria diferente, porque a norma, aí, teria status de emenda constitucional e, desse modo, haveria controle de constitucionalidade, com usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal, na hipótese de controle concentrado, ou da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, em caso de controle difuso (cláusula de reserva de plenário)(...).2

Por tais fundamentos, dá-se provimento ao recurso no particular para excluir da condenação os honorários de sucumbência fixados em seu desfavor".

3. CONCLUSÃO

Acordam os Desembargadores da Segunda Turma do Egrégio Tribunal Regional do Trabalho da Oitava Região, unanimemente, em conhecer dos recursos; por maioria, vencido o relator, em rejeitar o pedido de instauração de incidente de arguição de inconstitucionalidade do §4º do art. 791-A da CLT; no mérito, sem divergência em dar parcial provimento recurso do banco reclamado para, reformando em parte a r. sentença recorrida, excluir da condenação as horas extras e reflexos referentes ao período de ABRIL/2016 a 17/07/2018 e o intervalo intrajornada e reflexos; por maioria, vencido o relator, em dar parcial provimento ao apelo do reclamante para excluir a sua condenação ao pagamento de honorários advocatícios sucumbenciais; sem divergência, em manter a r. Decisão recorrida em seus demais termos, conforme os fundamentos. Custas pelo reclamado, de R\$ 6.000,00, calculadas sobre o valor de R\$ 300.000,00, que ora se arbitra em razão da redução da condenação.

GABRIEL NAPOLEÃO VELLOSO FILHO
Desembargador do Trabalho Relator



Assinado eletronicamente por: **[GABRIEL
NAPOLEAO VELLOSO FILHO]** - 66a5234
<https://pje.trt8.jus.br/segundograu/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam>

