



ACÓRDÃO
0000361-97.2013.5.04.0301 RO

Fl. 1

DESEMBARGADORA MARIA MADALENA TELESKA
Órgão Julgador: 3ª Turma

Recorrente: ALEXANDRE REINHOLDO KIRSCHNER - Adv. Bianca
Zoehler Baumgart Crestani
Recorrido: BANCO DO BRASIL S.A. - Adv. Ercio Weimer Klein
Origem: 1ª Vara do Trabalho de Novo Hamburgo
**Prolator da
Sentença:** JUIZ JANNEY CAMARGO BINA

E M E N T A

PRESCRIÇÃO TOTAL. ANUÊNIOS. BANCO DO BRASIL. PARCELAS DE TRATO SUCESSIVO. NÃO INCIDÊNCIA. Tratando-se de pedido que envolve pagamento de anuênios indevidamente suprimidos, a prescrição aplicável é a parcial. Pretensão corresponde a dano decorrente do não pagamento de parcelas sucessivas, caso em que a lesão se renova mês a mês, quando do vencimento de cada obrigação. Não se cogita da existência de ato único do empregador, consoante dicção da Súmula nº 294 do TST. Recurso do reclamante parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

ACORDAM os Magistrados integrantes da 3ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região: por unanimidade, dar provimento parcial ao recurso do reclamante para, afastada a prescrição total declarada em relação aos anuênios, decretar a prescrição parcial das



ACÓRDÃO

0000361-97.2013.5.04.0301 RO

Fl. 2

parcelas e condenar o réu ao pagamento de: anuênios, a partir da data de supressão da vantagem em 1999, até o ano de 2012, a razão de um por ano, com reflexos em horas extras, férias com 1/3 (considerando 35 dias), décimos terceiros salários, gratificações semestrais, FGTS, licenças-prêmio, convertidas em pecúnia ou gozadas; duas horas extras por dia de efetivo trabalho, com reflexos em repouso semanais remunerados (sábados, domingos e feriados), gratificação semestral, 13º salários, férias com 1/3 (considerando 35 dias), FGTS e licenças-prêmio, observados os critérios definidos na fundamentação para a apuração das demais horas extras; honorários de assistência judiciária, no importe de 15% sobre o montante bruto devido. Autorizam-se os descontos previdenciários e fiscais cabíveis. Juros e correção monetária na forma da lei. Valor da condenação ora fixado em R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais), e custas de R\$ 800,00 (oitocentos reais), pelo reclamado, para os fins legais.

Intime-se.

Porto Alegre, 24 de novembro de 2015 (terça-feira).

RELATÓRIO

Inconformado com a sentença que julgou extinto o processo, com resolução do mérito, forte no disposto no art. 269, IV, do Código de Processo Civil, em relação ao pedido de anuênios e pronunciou a prescrição parcial, relativamente às demais pretensões, julgando improcedente a reclamação (fls. 914/918), o reclamante interpõe recurso ordinário (fls. 923/929).

Pretende a reforma da sentença, insurgindo-se contra a declaração de prescrição total da ação com relação aos anuênios. Requer, ainda, a modificação da sentença quanto ao pedido de horas extras e honorários



ACÓRDÃO
0000361-97.2013.5.04.0301 RO

Fl. 3

assistenciais.

Com contrarrazões (fls. 934), sobem os autos a este Tribunal.

Processo não submetido a parecer pelo Ministério Público do Trabalho.

É o relatório.

V O T O

DESEMBARGADORA MARIA MADALENA TELESKA (RELATORA):

PRELIMINARMENTE.

CONHECIMENTO.

Sendo tempestivo o recurso do reclamante (fls. 923), regular a representação (fl. 897), e deferida justiça gratuita (fl. 917), encontram-se preenchidos os pressupostos extrínsecos de admissibilidade do recurso.

MÉRITO.

I - RECURSO DO RECLAMANTE.

1. PRESCRIÇÃO TOTAL. INTERRUÇÃO. ANUÊNIOS.

O julgador da origem acolheu a arguição de prescrição total dos anuênios entendendo que *o fato atacado está consubstanciado em ato único do empregador ocorrido em 1.º de setembro de 1999, o qual seria o gerador de suposta lesão a direito à vantagem remuneratória não assegurada em lei* (fl.915).

O reclamante pretende reverter o julgamento desfavorável.



ACÓRDÃO

0000361-97.2013.5.04.0301 RO

Fl. 4

De fato, ato único do empregador sujeito a essa modalidade prescricional, é aquele que não gera prejuízos mensais, diversamente da situação sob exame. Sendo as parcelas objeto da controvérsia de trato sucessivo, ou seja, constituindo lesões contratuais que se renovam mês a mês, a partir de cada pagamento, novo prazo prescricional passa a correr, portanto a prescrição aplicável é sempre a parcial. Inaplicável, por conseguinte, a Súmula nº 294 do TST, pois não se trata de ato único, na medida em que a lesão se renova mês a mês, bem como porque a pretensão está assegurada também por preceito de lei (art. 468, da CLT).

No aspecto, adotam-se os bem lançados fundamentos do Desembargador Francisco Rossal de Araújo, ao analisar a questão no processo nº 0000432-36.2012.5.04.0204, julgado em 25.11.2014:

[...] Todo ato ou violação patronal que importe em alteração lesiva do contrato de trabalho é nulo de pleno direito de acordo com o que dispõem as normas dos artigos 9º e 468 da CLT. A nulidade decorre de disposição expressa em lei, versando o primeiro dispositivo legal mencionado acerca daquelas alterações que visam a desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos constantes da CLT. O art. 468 trata das alterações no campo daquilo que foi pactuado entre as partes. Sendo nulo o ato praticado, por expressa disposição do texto legal, não há falar-se em prescrição total do ato, pois este, nestas condições, não prescreve. O art. 166 do Código Civil de 2002, inciso VII, afirma ser nulo tudo aquilo que a lei expressamente declare como tal, a exemplo do que ocorre com os artigos 9º e 468 da CLT, não sendo, como equivocadamente



ACÓRDÃO
0000361-97.2013.5.04.0301 RO

Fl. 5

afirma ORLANDO GOMES, atos meramente anuláveis. São propriedades do ato nulo a imprescritibilidade, a possibilidade de ser declarado de ofício pelo Juízo, a arguição por simples interessado, a dispensabilidade de propositura de ação específica, a insanabilidade e a irretificabilidade. Convém lembrar os ensinamentos do mestre PONTES DE MIRANDA no sentido de que as ações de nulidade não prescrevem, assim como as ações declaratórias positivas ou negativas. Ainda de acordo com a lição do ilustre doutrinador, o titular da ação de nulidade não precisa propô-la. Apenas alega a nulidade quando se quiser emprestar alguma validade ao ato. O juiz declara a nulidade incidentemente, bem como poderia decretá-la de ofício. Vai desconstituir o ato. Segundo PONTES DE MIRANDA, "não se compreenderia que o tempo apagasse o que o juiz não pode suprir, nem os próprios interessados ratificar".

Diante de todos estes argumentos, impossível se mostra a prescrição do fundo de direito. A prescrição alcança apenas os direitos patrimoniais representados pelas prestações anteriores ao biênio prescricional, ou ao quinquênio referido pela Constituição Federal promulgada a 5 de outubro de 1988. A prescrição não atinge o direito que é. Apenas a pretensão é que fica vazia de exigibilidade quando do decurso do prazo prescricional. Não se pode dizer que o direito prescreveu, ainda que enunciados do TST assim o disponham, contrariando as lições anteriormente mencionadas do insigne PONTES DE MIRANDA. Ademais, a interpretação, no Processo do Trabalho,



ACÓRDÃO
0000361-97.2013.5.04.0301 RO

Fl. 6

deve ser feita de acordo com o macroprincípio da tutela, que orienta o Direito Material do Trabalho e reflete-se no âmbito processual, reforçando-se o caráter tuitivo. É preciso lembrar que o próprio Código Civil, promulgado em 1916, obra toda ela calcada no individualismo jurídico que marcou o pensamento do início deste século, consagra a prescrição parcial em se tratando de prestações sucessivas (art. 178, § 10º, inciso VI). A violação de direitos é continuada, não sendo possível acolher-se a tese da prescrição total em decorrência de ato único do empregador. Igualmente, levando-se em conta o teor do art. 468 da CLT, não merece ser acolhida a tese de que as parcelas discutidas nesta ação não decorrem de lei.

Tratando-se de pretensão de reparação de lesão que se repete periodicamente, a prescrição há de ser contada a partir de cada oportunidade em que ocorre, não havendo falar no "ato único do empregador" de que cogita a Súmula nº 294 do TST, assim compreendido aquele que exaure todos os seus efeitos jurídicos no momento em que praticado.

A prescrição a ser decretada é apenas de créditos decorrentes da relação de trabalho e não a prescrição total do direito de ação. (TRT da 04ª Região, 8ª. TURMA, 0000432-36.2012.5.04.0204 RO, em 25/11/2014, Desembargador Francisco Rossal de Araújo - Relator. Participaram do julgamento: Desembargador Juraci Galvão Júnior, Desembargador Fernando Luiz de Moura Cassal)

Por esses fundamentos, afasta-se a prescrição total declarada, decretando-



ACÓRDÃO
0000361-97.2013.5.04.0301 RO

Fl. 7

se a prescrição parcial, em relação as verbas vencidas e exigíveis antes de 02.04.2008, nos termos do artigo 7º, XXIX, da CF/88.

Diante do disposto no art. 515, § 3º, do CPC, julga-se, desde logo, o pedido de anuênios, uma vez que a causa versa sobre questão de direito e encontra-se em condições de imediato julgamento.

O autor em 19.08.1977, tomou posse como menor aprendiz no banco (fl.301v.), sendo que somente em 16.11.1982, tomou posse no cargo de "Carreira de Apoio Administrativo" (CTPS - fl.302). Narrou na petição inicial, que o banco pagava a parcela adicional por tempo de serviço até agosto de 1983, a título de "quinqüênios", e a partir de setembro de 1983, como "anuênios", estando essa contraprestação ajustada no momento da contratação. Ocorre que em 01.09.1999, o reclamado suprimiu o direito, no que concerne à aquisição de novos anuênios, mantendo o pagamento somente daqueles obtidos até 31.08.1999. Alega que à época da admissão, a parcela era prevista no regulamento interno do Banco, integrando seu contrato de trabalho.

Defendeu-se o reclamado, alegando que os quinqüênios estariam prescritos. Alega que não há direito adquirido porque o reclamante faria jus aos quinqüênios apenas em 1987. Impugna a alegação de que o aumento está previsto em Regulamento. Sustentou que o pagamento de anuênios adquiridos até 1998, não gera direito à aquisição de novos, porque se trata de mera expectativa de direito.

A questão da prescrição já foi analisada, restando afastada a tese do reclamado nesse sentido.

Consoante anotações do contrato de trabalho do autor (fl.301), verifica-se que quando da sua admissão havia a previsão de pagamento de



ACÓRDÃO

0000361-97.2013.5.04.0301 RO

Fl. 8

quinquênios, ocorrendo a alteração de quinquênio em anuênio, em 01.09.1983, quando já vigente o seu contrato. Sendo assim, a previsão de pagamento do quinquênio a ele se estendia, independentemente do tempo de contrato quando da alteração. Demais disso, o documento da fl. 486, demonstra que a admissão do reclamante ocorreu em 1977 e em 1982, já havia adquirido um quinquênio. Incontroverso, ainda, que o reclamante, até 1999, tinha computado o adicional por tempo de serviço, sob a forma de anuênios. A partir de 1999, a parcela continuou a ser paga, porém, deixou de ser computada, sendo mantidos os anuênios adquiridos até 31/08/1999.

Contudo, ao contrário do afirmado na defesa, o anuênio não foi uma conquista dos empregados do Banco do Brasil, decorrente de acordos/dissídios coletivos de trabalho, porquanto os empregados já recebiam o adicional por tempo de serviço na forma de quinquênios.

A matéria é conhecida deste Tribunal.

Como se vê da cláusula 9ª, do Anexo nº 1, ao Aviso-Circular nº 84/282, de 28/08/84 (fl.494v.), não houve a criação de uma rubrica, mas a conversão de uma parcela já paga em outra, conforme disposto no inciso "b.II", *verbis*: *O regime de anuênios substitui, doravante, para todos os efeitos previstos no regulamento do Banco, o de quotas quinquenais, ora substituído, inadmitindo-se prejuízo para o empregado.*

Da leitura da cláusula, constata-se que o quinquênio já era pago pelo Banco por força de norma interna e que aderiu ao contrato do trabalho do reclamante, no momento de sua contratação, como se observa, também, das anotações na CTPS do autor, consoante anteriormente referido, não podendo ser suprimida, sob pena de ofensa ao disposto no artigo 468, da CLT, aplicando-se à espécie o entendimento consubstanciado na Súmula nº



ACÓRDÃO
0000361-97.2013.5.04.0301 RO

Fl. 9

51 do TST.

Não se trata, portanto, de mera supressão de direito previsto em norma coletiva, mas sim, de efetiva supressão de adicional por tempo de serviço, derivada do próprio contrato de trabalho. Nesse passo, a supressão configura alteração contratual lesiva ao trabalhador, pelo que se impõe reconhecer a nulidade do ato praticado unilateralmente pelo empregador. Por tais razões, não se aplica ao caso a previsão contida na Súmula nº 277 do TST invocada pelo demandado, porquanto trata-se de parcela originalmente assegurada em norma interna vigente quando da admissão do reclamante, que não poderia ter sido suprimida.

Por todo o exposto, dá-se provimento ao recurso do autor para condenar o réu ao pagamento de anuênios, a partir da data de supressão da vantagem, em 1999, até o ano de 2012, a razão de um por ano, a serem apurados em liquidação de sentença, observada a prescrição quinquenal, e, dada a natureza salarial da parcela, com reflexos em horas extras, férias com 1/3 considerando 35 dias (Carta Circular FUNCI 806, fl.88), décimos terceiros salários, gratificações semestrais, FGTS, licenças-prêmio, convertidas em pecúnia ou gozadas (observados os limites do pedido "d" da petição inicial - fl.14).

Salienta-se serem indevidos os reflexos em repousos remunerados, porquanto os anuênios eram pagos mensalmente e, portanto, já englobavam os repousos e feriados. Nesse sentido, a Súmula nº 225 do TST.

Indefere-se o reflexo pretendido em multa do FGTS, tendo em vista que no ajuizamento da ação o contrato permanecia em vigor, bem como porque não se tem notícias nos autos quanto à forma de extinção contratual.



ACÓRDÃO

0000361-97.2013.5.04.0301 RO

Fl. 10

Devidos os reflexos em horas extras, porquanto a base de cálculo dessas é composta de todas as verbas de natureza remuneratória, na esteira do contido na Súmula nº 264, do TST, *in verbis*: *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*. Assim, tendo em vista que os anuênios trata-se de parcela de natureza salarial, devem compor a base de cálculo das horas extras, a teor da mencionada Súmula.

Ainda, entende-se devidos os reflexos dos anuênios em licença-prêmio, na medida em que o empregado fica em licença remunerada, sem redução salarial, assim como quando convertidos em pecúnia, pois os anuênios devem repercutir nas parcelas de natureza salarial.

Recurso do reclamante parcialmente provido.

2. HORAS EXTRAS. CARGO DE CONFIANÇA. ART. 224, § 2º, DA CLT.

O Magistrado de origem, com base na prova documental e nos depoimentos prestados, entendeu que se aplica ao reclamante o disposto no § 2º, do art. 224 da CLT, e, em consequência, indeferiu o seu pedido de pagamento de horas extras.

O reclamante discorda da sentença, sustentando que dos elementos probatórios dos autos, não se verifica nas funções desempenhadas a fidúcia necessária ao enquadramento no dispositivo legal em comento.

De plano, em atenção às contrarrazões do reclamado, não há que se falar em prescrição total da pretensão relativa às horas extras, pois não se trata de ato único do empregador, mas de lesão que se renova mês a mês. Demais disso, a limitação da jornada está prevista em preceitos



ACÓRDÃO

0000361-97.2013.5.04.0301 RO

Fl. 11

constitucionais e legais, o que atrai a incidência da parte final, da Súmula nº 294 do TST. Tem-se por correta, portanto, a pronúncia da prescrição quinquenal, em relação às parcelas cujos vencimentos ocorreram antes de 02.04.2008, nos termos do art.7º, XXIX, da Constituição Federal, consoante definido em sentença (fl.914v.).

Quanto ao mérito, é incontroverso que o reclamante, no período imprescrito do contrato, exerceu o cargo em comissão de "Assistente A", nas agências de Estância Velha e Novo Hamburgo (fl.325).

O autor prestou as seguintes informações, com destaques (fl. 910 frente e verso):

nos três últimos anos do contrato aproximadamente, trabalhou na agência de Novo Hamburgo; que nessa agência trabalhava como assistente de pessoa jurídica, juntamente com um gerente tendo por atribuições abertura de contas correntes, análise de cadastro e créditos, digitalização de documentos, atendimento dos clientes via telefone, reunião de documentos para ajuizamento de ações contra clientes inadimplentes, arquivos de pastas de operações de crédito, alguns processamentos de borderôs, inclusão de dados de clientes no sistema do banco; que o trabalho de análise de cadastro e crédito consistia em fazer o lançamentos dos dados do cliente no sistema operacional utilizado pelo banco onde aí ocorria a análise do crédito; que o resultado da análise era emitido no próprio sistema; que na agência havia comitê de crédito; que o depoente nunca integrou tal comitê; que não tinha empregados subordinados; que não era procurador do



ACÓRDÃO
0000361-97.2013.5.04.0301 RO

Fl. 12

*banco; que não tinha autorização para firmar documentos em nome do banco; que no período anterior a Novo Hamburgo, nos últimos dez anos, trabalhou nas mesmas funções na agência de Estância Velha, exceto em que lidava com pessoa física; que na agência de Estância Velha eram dois assistentes de pessoa jurídica e dois na pessoa física; que na agência de Novo Hamburgo eram cinco assistentes, todos atuando com pessoa jurídica; que não havia sistema cujo acesso era exclusivo da senha utilizado pelo depoente; **Dada palavra ao(a) procurador (a) do(a) réu:** Que na época do depoente eram na agência Novo Hamburgo, onde o depoente trabalhava, quinze ou dezesseis empregados; que no ano 2000 quando trabalhava na agência Estância Velha surgiu a vaga de assistente e como o depoente contava com vários anos de agência, foi consultado se tinha interesse no cargo pelo gerente; que o depoente manifestou interesse, sendo então nomeado pelo gerente; que havia um carimbo "confere com o original" que o depoente utilizava; tal carimbo somente era utilizado por trabalhadores que ocupavam cargo de confiança; que não tem certeza se cargos inferiores poderiam utilizar tal carimbo; que o carimbo é utilizado para certificar a autenticidade de uma cópia com o original exibido; que o depoente tinha acesso a extrato de contas correntes de qualquer cliente da agência onde estava trabalhando; que após a operação ser aprovada pelo sistema, o depoente lançava um parecer no sentido de que a operação estava calculada de acordo com os valores autorizados pelo sistema; **que após o lançamento desse parecer a aprovação do crédito era***



ACÓRDÃO
0000361-97.2013.5.04.0301 RO

Fl. 13

submetida à análise do comitê ou de alçada superior, como a superintendência; que o parecer referido não é atribuição exclusiva do assistente, podendo ser lançado inclusive por trabalhador sem função de confiança; que nas operações cuja aprovação deveria se dar pela superintendência, o parecer não era feito pelo assistente e sim pelo gerente.

Já o preposto do reclamado assim se manifestou (fl.910v.):

o autor era assistente de negócios; que o autor trabalhou nas agências de Estância Velha e depois na de Novo Hamburgo; que como assistente em ambas as agências cabia ao autor atuar na carteira de clientes de um determinado gerente, tendo por atribuições análise de crédito, estudo de operações de crédito, atendimento a clientes em caráter geral, negociações dos produtos do banco; que o autor não tinha subordinados; que o autor ficava subordinado ao gerente de contas; que na análise dos créditos, o autor deveria examinar a documentação e a partir de tal análise alimentar um sistema operacional mantido pelo banco para definição da aprovação do crédito; que apesar de não ser prática nem orientação do banco, o gerente ao qual o autor estava vinculado, poderia executar tal trabalho; que trabalhadores hierarquicamente inferiores não poderiam realizar tal análise; que após o sistema definir os números da operação o autor emitia um parecer expondo a análise subjetiva da operação para posterior remessa ao comitê com vistas à definição da operação; que tal análise ocorria mesmo quando a alçada para



ACÓRDÃO

0000361-97.2013.5.04.0301 RO

Fl. 14

*definição da operação fosse superior a da agência; **Dada palavra ao(a) procurador(a) do(a) autor(a):** Que em tais operações **deveriam contar ainda com um parecer do gerente da agência antes de serem submetidas à alçada superior; que na prática o gerente da agência normalmente ratifica a análise do assistente; que há casos em que o sistema rejeita uma operação, como por exemplo, por restrição do crédito Serasa e o assistente emitir um parecer recomendando a operação ao comitê, a quem cabe a definição final da operação; que o autor não era procurador do banco; que o autor não tinha poderes para isoladamente conceder créditos, visto que o banco trabalha com comitê de crédito, composto de três integrantes no mínimo, sendo um deles o gerente geral; que o autor não integrava o comitê; que o autor jamais representou o banco perante entes externos. (Grifei).***

Divirjo da posição firmada em primeira instância, pois a leitura dos depoimentos prestados, deixa claro que o reclamante **não possuía a fidúcia necessária para a aplicação do art. 224, § 2º, da CLT.** O autor não possuía poderes de admissão e demissão de empregados, tampouco poderia exonerar os demais trabalhadores de suas funções. Além disso, o preposto do reclamado foi expresso ao afirmar que a análise de crédito realizada pelo reclamante estava submetida a alçadas superiores, bem como o reclamante não era procurador do banco e não participava do comitê.

O conjunto probatório carreado aos autos não é hábil a demonstrar a existência de autonomia no exercício das funções de "Assistente",



ACÓRDÃO
0000361-97.2013.5.04.0301 RO

Fl. 15

sinalando-se que era do banco a prova do alegado exercício de mando e gestão, encargo do qual não se desonerou. Não restou demonstrado que o banco tinha, em relação ao autor, uma confiança distinta daquela inerente ao próprio contrato de trabalho, pelo desempenho de funções de maior responsabilidade, tampouco revelam a existência de autonomia no exercício da função, requisitos aptos a identificá-lo como destinatário da exceção prevista no art. 224, § 2º, da CLT. Em que pese seja inegável que a atividade do autor demandava certa fidúcia, tanto que recebia comissão para o desempenho da mesma, repisa-se, não há prova de que o demandante possuísse poderes de representação outorgados pelo demandado, assinatura autorizada e alçada para a liberação de créditos, tampouco o banco comprovou que o reclamante desempenhava atividades *envolvendo informações revestidas de caráter estratégico ou sigiloso, capazes de interferir diretamente no seu resultado e com potencial de risco de causar-lhe prejuízos financeiros*, alegadas na defesa (fl.270), mormente considerando que o autor não detinha autonomia no exercício de suas funções.

Sendo assim, afasta-se a excepcionalidade prevista no artigo 224, § 2º, da CLT, sendo reconhecida ao reclamante a jornada de seis horas e carga horária semanal de trinta horas e, por consequência, defere-se o pagamento de duas horas extras por dia de efetivo trabalho, observado o período imprescrito do contrato, com reflexos em repousos semanais remunerados (sábados, domingos e feriados), gratificação semestral, 13º salários, férias com 1/3 considerando 35 dias (Carta Circular FUNCI 806, fl.88), FGTS e licenças-prêmio (gozadas ou convertidas em pecúnia) (nos limites do pedido "b" da petição inicial - fl.13).

Quanto à integração das horas extras nas gratificações semestrais, adota-



ACÓRDÃO

0000361-97.2013.5.04.0301 RO

Fl. 16

se o entendimento vertido na Súmula 115 do TST: *O valor das horas extras habituais integra a remuneração do trabalhador para o cálculo das gratificações semestrais.* Devidos, pois, os reflexos postulados.

Observa-se que a jurisprudência sedimentada na Súmula nº 253 do TST, obsta a repercussão da gratificação semestral no cálculo das horas extras. Sendo assim, improcede o pedido de diferenças de gratificação semestral, decorrentes da inclusão em sua base de cálculo das horas extras deferidas (pedido "c" da petição inicial - fl.14), por adoção do entendimento citado, que assim dispõe: *A gratificação semestral não repercute no cálculo das horas extras, das férias e do aviso prévio, ainda que indenizados. Repercute, contudo, pelo seu duodécimo na indenização por antiguidade e na gratificação natalina.*

Devidos os reflexos nas licenças-prêmios, sejam gozadas ou convertidas, porquanto como ausências remuneradas, devem ser integradas pela média das horas extras prestadas.

Indeferem-se os reflexos pretendidos pelo aumento da média remuneratória, por adoção do entendimento constante na OJ nº 394 da SDI-I do Tribunal Superior do Trabalho, a seguir transcrito:

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. 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,



ACÓRDÃO
0000361-97.2013.5.04.0301 RO

Fl. 17

sob pena de caracterização de "bis in idem".

No mesmo sentido, aplica-se a Súmula nº 64 deste Tribunal, *verbis*: *O aumento do valor dos repousos semanais remunerados e feriadados, decorrente da integração de horas extras habituais, não repercute no cálculo de outras parcelas que têm como base a remuneração mensal.*

Quanto ao divisor, as normas coletivas trazidas pelo reclamado (vide, p. ex., cláusula 6ª, parágrafo 3º, fl.855v.), estabelecem que *As horas extras pagas deverão integrar o pagamento do repouso semanal remunerado (RSR) - sábados, domingos e feriadados - independentemente do número de horas extras prestadas ou do dia de prestação, observada a regulamentação interna. A hora extra tem como base de cálculo o somatório de todas as verbas salariais.*

Interpreto essa cláusula como reconhecimento do sábado como dia de repouso, não se adotando no caso, portanto, o entendimento vertido na Súmula nº 113 do TST. Por outro lado, conforme alteração jurisprudencial promovida pelo TST, a Súmula nº 124 daquele Tribunal passou a vigorar com a seguinte redação:

BANCÁRIO. SALÁRIO-HORA. DIVISOR.

I - O divisor aplicável para o cálculo das horas extras do bancário, se houver ajuste individual expresso ou coletivo no sentido de considerar o sábado como dia de descanso remunerado, será:

a) 150, para os empregados submetidos à jornada de seis horas, prevista no caput do art. 224 da CLT;



ACÓRDÃO

0000361-97.2013.5.04.0301 RO

Fl. 18

b) 200, para os empregados submetidos à jornada de oito horas, nos termos do parágrafo 2º do art. 224 da CLT.

Portanto, diante da jurisprudência do TST, **deve ser adotado o divisor 150 no caso concreto**, para a apuração das horas extras.

A base de cálculo da hora extra será o somatório de todas as verbas salariais, conforme já previsto na norma coletiva citada e consoante a Súmula nº 264 do TST. Diante de tal entendimento, não há como acolher a tese da defesa, no sentido de que as horas extras devem ser apuradas apenas sobre o vencimento padrão, anuênios e gratificação de função (fl.276), mormente porque não apresenta razões pelas quais entende que as demais parcelas teriam natureza indenizatória, deixando de apontar qualquer norma, ou regulamento que indicie essa natureza.

Assim, não tendo o reclamado impugnado especificamente as verbas apontadas na petição inicial, devida a inclusão na base de cálculo das horas extras, quando apurado em liquidação de sentença o pagamento dessas verbas nos recibos salariais, do vencimento padrão - VP, adicional por mérito, VCP/ATS - Adic. Tempo Serv-I, VCP - vencimento padrão - VP, adicional de função - AF, adic.temporário revitaliz., diferencial de mercado, adic. tempo ser - NA, VCP- Ajustes PL. Comissões, ABF - Adic. Básico de função e ATFC - Ad. Temp. Fatores/Comi. (observados os limites do pedido "a" da petição inicial - fl.13).

Improcede o pedido de consideração de compl.temp. var.func.- CTVF (041) e CTVF - Compl. Temp. Var. Func. (194), pois não se verifica o pagamento dessas parcelas nos contracheques acostados (fls.27/86).

Descabe a compensação do valor da gratificação com as horas extras



ACÓRDÃO

0000361-97.2013.5.04.0301 RO

Fl. 19

deferidas, consoante entendimento sedimentado pela Súmula 109 do TST, ou em exclusão da gratificação para o cálculo das horas extras, tendo em vista que ela possui inegável caráter salarial. Não se cogita, sequer, de redução proporcional pleiteada na defesa.

Por fim, a pretensão do réu formulada em defesa, de exclusão dos dias não trabalhados, será verificada em liquidação de sentença, com base na frequência do autor constante nos cartões-ponto trazidos aos autos.

Apelo do reclamante parcialmente provido.

II - CONSIDERAÇÕES EM FACE DO JUÍZO CONDENATÓRIO.

1. CUSTAS. JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA. CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS E FISCAIS.

Em razão do Juízo condenatório, autorizam-se os descontos fiscais e previdenciários, pois decorrentes de expressa previsão legal (artigos 43 e 44, da Lei 8.212/91, e artigo 46, da Lei 8.541/92, respectivamente), podendo ser determinados pelo Juízo até mesmo de ofício, cabendo sua efetivação independentemente de previsão no título executivo judicial, tendo em conta que a condenação envolve o pagamento de direitos sujeitos à incidência de contribuições previdenciárias e fiscais - parcelas trabalhistas reconhecidas ao reclamante.

Conforme art. 195 da Constituição da República, a seguridade social deve ser financiada por toda a sociedade, inclusive mediante recursos provenientes do empregador e do trabalhador. Nesse contexto, a reclamante deve suportar as contribuições sociais que lhe competem, estando o desconto correspondente autorizado pelo artigo 43, da Lei nº 8.212/91.



ACÓRDÃO

0000361-97.2013.5.04.0301 RO

FI. 20

Quanto aos descontos fiscais, o art. 46, da Lei nº 8.541/92, estabelece que o Imposto de Renda incidente sobre os rendimentos pagos em cumprimento de decisão judicial será retido na fonte pela pessoa física ou jurídica obrigada ao pagamento, no momento em que, por qualquer forma, o rendimento se torne disponível para o beneficiário.

Aplica-se à hipótese a previsão da Orientação Jurisprudencial nº 363, da SDI-1 do TST, segundo a qual:

DESCONTOS PREVIDENCIÁRIOS E FISCAIS. CONDENAÇÃO DO EMPREGADOR EM RAZÃO DO INADIMPLENTO DE VERBAS REMUNERATÓRIAS. RESPONSABILIDADE DO EMPREGADO PELO PAGAMENTO. A responsabilidade pelo recolhimento das contribuições social e fiscal, resultante de condenação judicial referente a verbas remuneratórias, é do empregador e incide sobre o total da condenação. Contudo, a culpa do empregador pelo inadimplemento das verbas remuneratórias não exime a responsabilidade do empregado pelos pagamentos do imposto de renda devido e da contribuição previdenciária que recai sobre sua quota-parte.

Não há, pois, respaldo legal para a responsabilização do empregador pela integralidade das contribuições previdenciárias e fiscais incidentes, inclusive quota-parte do reclamante, e, tampouco, para deferir o pedido de indenização formulado pelo autor.

Sobre os valores devidos, incidem juros e correção monetária, por força de lei.



ACÓRDÃO
0000361-97.2013.5.04.0301 RO

Fl. 21

Diante da parcial procedência da demanda, as custas processuais são revertidas ao reclamado.

Quanto aos critérios, entende a Turma Julgadora que a forma de cálculo das contribuições previdenciárias e fiscais, deve ser definida na época da liquidação da sentença, assim como em relação à atualização e juros incidentes, por tratar-se de matéria estranha ao processo de conhecimento.

2. HONORÁRIOS ASSISTENCIAIS.

À luz do disposto no § 3º, do art. 790 da CLT, têm direito a litigar ao abrigo da Justiça Gratuita aqueles que percebam salário igual ou inferior ao dobro do mínimo, *ou declarem, sob as penas da lei, que não estão em condições de pagar as custas do processo sem prejuízo do sustento próprio ou de sua família.*

No caso dos autos, o reclamante declara sua insuficiência econômica na fl. 20, o que é suficiente para fazer prova de sua condição de miserabilidade econômica, nos termos do disposto no art. 1º, da Lei nº 7.115/83, que atribui presunção de verdade à declaração feita. Assim, a assistência judiciária pode ser concedida com base na Lei 1.060/50, e no art. 790, § 3º, da CLT, garantindo o acesso ao judiciário de forma integral e gratuita, como prevê o inciso LXXIV, do art. 5º, da Constituição Federal.

Embora o Julgador da origem tenha referido que a credencial sindical juntada aos autos (fl.255v.) foi outorgada a escritório que não representou o autor no processo (sentença - fl.917 frente e verso), esta Turma julgadora adota o posicionamento firmado na Súmula nº 61 deste Tribunal, que dispõe: *Atendidos os requisitos da Lei 1.060/50, são devidos os honorários de assistência judiciária gratuita, ainda que o advogado da*



ACÓRDÃO

0000361-97.2013.5.04.0301 RO

Fl. 22

parte não esteja credenciado pelo sindicato representante da categoria profissional.

A partir da Emenda Constitucional nº 45/2004, com o aumento da competência material da Justiça do Trabalho, a jurisprudência até então dominante - no sentido de que os honorários somente eram devidos quando preenchidos os requisitos da Lei nº 5.584/70 - cede espaço ao entendimento de que a assistência judiciária aos necessitados, incumbência expressamente conferida ao Estado por disposição constitucional (art. 5º, LXXIV), não pode permanecer adstrita ao monopólio sindical, sob pena de configurar-se afronta ao princípio constitucional da isonomia. Incide, no caso, a previsão da Súmula nº 450, do STF, segundo a qual são devidos honorários de advogado sempre que vencedor o beneficiário de Justiça Gratuita.

Ainda, em que pese considerar-se que as despesas processuais e os honorários advocatícios não constituírem crédito trabalhista, os mesmos decorrem da condenação no processo. Atente-se para os termos do artigo publicado pelos integrantes desta 3ª Turma Julgadora acerca do tema:

O cabimento de honorários advocatícios nas lides trabalhistas: o Estatuto da Advocacia (Lei 8906/94), regula o exercício da profissão, cuja essencialidade para a administração da Justiça tem assento no artigo 133 da CF. Institui a prerrogativa exclusiva da classe dos advogados para o exercício desta profissão, bem como que são destes a titularidade dos honorários decorrentes da sucumbência, procedência ou improcedência da ação, nos termos do artigo 22 da Lei 8.906. Acrescenta-se, também, os dispositivos do novo Código Civil



ACÓRDÃO
0000361-97.2013.5.04.0301 RO

Fl. 23

Brasileiro (2002), que através de seus artigos 389 e 404, asseguram o princípio da reparação integral, segundo o qual, na reparação dos danos causados, deverá o responsável ressarcir os prejuízos, neles incluindo-se além da correção monetária, juros de mora, eventual pena convencional, os honorários advocatícios. (grifei).

Pelo exposto, diante da parcial procedência da demanda, condena-se o reclamado ao pagamento de honorários assistência judiciária, no importe de 15% sobre o montante bruto devido.

3. PEDIDO DE DESCONTO/DEDUÇÃO/COMPENSAÇÃO DE VALORES FORMULADO EM CONTESTAÇÃO.

Incontroverso o não pagamento das parcelas discutidas e ora deferidas, anuênios a partir de 1999 e horas extras, assim consideradas a 7ª e 8ª horas trabalhadas, não há compensação a ser autorizada.

III - PREQUESTIONAMENTO.

Apenas para que não se tenha a presente decisão por omissa, cumpre referir que a matéria contida nas disposições legais e constitucionais invocadas pelas partes foi devidamente apreciada na elaboração deste julgado.

Nesse sentido, a Orientação Jurisprudencial nº 118 da SDI-1 do TST: *PREQUESTIONAMENTO. TESE EXPLÍCITA. INTELIGÊNCIA DA SÚMULA Nº 297. Havendo tese explícita sobre a matéria, na decisão recorrida, desnecessário contenha nela referência expressa do dispositivo legal para ter-se como prequestionado este.*



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 4ª REGIÃO

ACÓRDÃO
0000361-97.2013.5.04.0301 RO

Fl. 24

PARTICIPARAM DO JULGAMENTO:

DESEMBARGADORA MARIA MADALENA TELESCA (RELATORA)

DESEMBARGADOR GILBERTO SOUZA DOS SANTOS

DESEMBARGADOR CLÁUDIO ANTÔNIO CASSOU BARBOSA