



PROCESSO N° TST-RR-1571700-37.2004.5.09.0004

A C Ó R D Ã O

(1^a Turma)

GMWOC/at

RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO PELO BANCO ITAÚ. EQUIPARAÇÃO SALARIAL. GERENTE "PRIVATE". ATUAÇÃO POR REGIÃO. SUBORDINAÇÃO À MESMA SUPERINTENDÊNCIA. SÚMULA N° 6, X. INAPLICABILIDADE.

1. Em relação à equiparação salarial, o art. 461, "caput", da CLT, determina que os empregados que atuem em idêntica função, com trabalho de igual valor, para o mesmo empregador e na mesma localidade, deverão receber salário igual.

2. "In casu", restou incontrovertido que o âmbito de atuação dos gerentes "private", cargo ocupado pelo reclamante em Curitiba, era fixado por região, estando todos subordinados à mesma plataforma e superintendência em São Paulo. Assim, não havendo outro gerente "private" na região sul para equiparação, esta somente poderia ser feita em relação ao gerente com atuação em outra região.

3. A Corte de origem manteve a condenação do reclamado no pedido de diferenças salariais decorrentes de equiparação salarial, por concluir que o reclamante e a paradigma exerciam a mesma função, se reportavam ao mesmo superintendente e não há prova da diferença de produtividade e perfeição técnica, nos termos da Súmula n° 6, III e VIII, do TST.

Recurso de revista de que não se conhece.

RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO PELO RECLAMANTE. MULTAS CONVENCIONAIS.

Considerando que, no caso vertente, há acordo coletivo prevendo expressamente o pagamento de apenas uma multa convencional por ação, e em sendo imperioso prestigiar o pactuado em norma coletiva, bem como o princípio da



PROCESSO N° TST-RR-1571700-37.2004.5.09.0004

autonomia da vontade coletiva, que se extrai do art. 7º, XXVI, da Constituição da República, não há falar, na espécie, em pagamento de uma multa para cada instrumento coletivo formalizado, sendo inaplicável, à hipótese, a Súmula nº 384, item I, desta Corte.

Recurso de revista de que não se conhece.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista n° **TST-RR-1571700-37.2004.5.09.0004**, em que são Recorrentes **BANCO ITAÚ e ALEXANDRE PINHEIRO LIMA** e Recorridos **OS MESMOS**.

O Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, mediante o acórdão às fls. 1.073-1.139, complementado pelo de fls. 1.157-1.181, deu provimento parcial aos recursos ordinários interpostos pelas partes.

O Banco Itaú interpôs recurso de revista às fls. 1.191-1.213, insurgindo-se contra a condenação imposta em relação aos seguintes temas: "comissões - integração", "horas extras", "equiparação salarial", "ressarcimento de despesas", "reflexos e FGTS".

O reclamante interpôs recurso de revista às fls. 1.235-1.279, suscitando preliminar de nulidade por negativa de prestação jurisdicional e buscando a reforma da decisão proferida pelo Tribunal Regional no que diz respeito às horas extras, à base de cálculo das horas extras, ao divisor de horas extras, à multa convencional e aos juros de mora.

Os recursos de revista foram admitidos pela decisão às fls. 1.283-1.287.

O reclamante apresentou contrarrazões às fls. 1.289-1.305. O reclamado não apresentou contrarrazões, conforme certificado à fl. 1.307.

Dispensada a remessa dos autos ao Ministério Público do Trabalho, nos termos do art. 83, § 2º, II, do Regimento Interno do Tribunal Superior do Trabalho.

É o relatório.

V O T O



PROCESSO N° TST-RR-1571700-37.2004.5.09.0004

I - RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO PELO BANCO ITAÚ

1. CONHECIMENTO

O recurso é tempestivo (fls. 1.141 e 1.191), tem representação regular (fls. 605-6013) e encontra-se devidamente preparado (fls. 965, 969, 1.195 e 1.197). Atendidos os pressupostos extrínsecos de admissibilidade, passa-se ao exame dos intrínsecos do recurso de revista.

1.1. COMISSÕES. INTEGRAÇÃO. ÔNUS DA PROVA

O Tribunal Regional, no tocante à integração das comissões, manifestou-se nos seguintes termos, fls. 1.077-1.079:

Restou devidamente comprovado pela prova documental (recibos de pagamento) produzida, que as empresas formadoras do grupo econômico do Banco Banestado S/A pagavam comissões ao reclamante, embora entitulado de "prêmios", com habitualidade, pela venda de papéis durante a jornada de trabalho.

Não há, portanto, preceito legal que exima o Banco reclamado de arcar com o ônus da integração da verba, no caso da reclamante ter vendido os seguros e papéis de outra empresa do grupo, a teor do que dispõe a Súmula 93 do C. TST (BANCÁRIO - Integra a remuneração do bancário a vantagem pecuniária por ele auferida na colocação ou na venda de papéis ou valores mobiliários de empresas pertencentes ao mesmo grupo econômico, se exercida essa atividade no horário e no local de trabalho e com o consentimento, tácito ou expresso, do banco empregador.), mas principalmente em razão do art. 457, § 1º da CLT, que determina a integração na remuneração do empregado as parcelas recebidas a título de comissões.

No mais, como bem salientou o juízo de origem, o reclamado em defesa (fls. 160/161) não negou que os reflexos não eram pagos, apenas sustentou que não eram devidos. Assim, não há necessidade de apresentação



PROCESSO N° TST-RR-1571700-37.2004.5.09.0004

de diferenças pelo reclamante (como agora alega), inexistindo violação aos arts. 818 da CLT e 333, I, do CPC.

Correta, portanto, a r. sentença que deferiu a integração das parcelas das comissões nominadas na inicial (fl. 02), com os respectivos reflexos, inclusive em r.s.r., estes em razão do art. 7º, "c" da Lei 605/49, aplicável por analogia.

Por fim, salienta-se que o juízo de origem deferiu "*a compensação dos valores comprovadamente pagos a mesmo título, nos moldes do artigo 767 da CLT*" desta forma, eventuais reflexos em r.s.r. das comissões, comprovados nos autos, serão abatidos, evitando-se qualquer prejuízo ao reclamado.

Mantenho.

Nas razões do recurso de revista, o Banco-reclamado aduz que o reclamante não demonstrou quais eram os valores e quem era o responsável pelo pagamento de supostas comissões. Afirma que se o autor efetivamente percebia comissões pagas diretamente em conta corrente, deveria ter feito prova de tal, especialmente com a apresentação de sua declaração de imposto de renda, o que, efetivamente, não veio a ocorrer. Assim, requer a exclusão dos valores considerados como comissão, bem como das integrações ora determinadas. Aponta violação dos arts. 818 da CLT e 333, I, do CPC e transcreve arestos.

Analiso.

Infere-se do excerto acima reproduzido que o Tribunal Regional, valorando o conjunto fático-probatório dos autos, concluiu que o reclamante percebia comissões pelas vendas de papéis realizadas durante a jornada de trabalho.

Desse modo, para se chegar à conclusão diversa, de que não havia pagamento de comissão por vendas, necessário o revolvimento de fatos e provas, procedimento vedado nesta instância recursal extraordinária, nos termos da Súmula nº 126 do TST.

De outro lado, as regras vinculadas ao ônus da prova não foram violadas, uma vez que o Colegiado de origem dirimiu a controvérsia tanto pelo viés do ônus subjetivo da prova (distribuição do encargo da prova), como pelo critério do ônus objetivo do encargo de



PROCESSO N° TST-RR-1571700-37.2004.5.09.0004

provar (valoração da prova produzida, no presente caso, a prova documental).

Mesmo que assim não fosse, a regra acerca do ônus da prova é norma de julgamento e, portanto, deve ser aplicada pelo juiz no momento em que vai proferir sua decisão, não importando quem produziu as provas que, após realizadas, passam a pertencer ao processo, de acordo com o princípio da aquisição processual somente tendo relevância caso não existam outras provas nos autos, quando, então, aquele, a quem incumbia o encargo de provar, poderá sofrer as consequências de não ter se desincumbido corretamente desse mister.

Logo, incólumes os arts. 818 da CLT e 333, I, do CPC e inservíveis os arrestos trazidos à colação, porquanto não abordam as mesmas premissas fáticas estabelecidas no acórdão recorrido (Súmula nº 296 do TST).

NÃO CONHEÇO.

1.2. HORAS EXTRAS DO PERÍODO ENTRE ABRIL/2001 E JANEIRO/2003. ÔNUS DA PROVA

A Corte Regional, quanto às horas extras referentes ao período compreendido entre abril/2001 e janeiro/2003, consignou, às fls. 1.079-1.081 e às fls. 1.114-1.115, textualmente, o seguinte:

RECURSO ORDINÁRIO DO RECLAMADO

[...]

- a) de abr/2001 até rescisão (01/07/2003) – período sem marcação de cartão-ponto

Insurge-se o reclamado com o pagamento de horas extras, no período mencionado, quando o reclamante esteve isento de marcação de jornada, alegando, em síntese, que o horário do reclamante passou a ser das 9h às 18h/19h, com 1 h de intervalo, bem como o "*pagamento escasso de eventuais horas extras ao recorrido no referido período, constata que era o próprio recorrido que controlava sua jornada de trabalho e, existindo qualquer hora extra realizada, era o próprio recorrido quem apontava tal realização e recebia o respectivo pagamento*".



PROCESSO N° TST-RR-1571700-37.2004.5.09.0004

Sem razão.

O juízo de origem se manifestou no seguinte sentido:

"() considera-se verídica a jornada anotada nos espelhos de ponto, e arbitra-se que na época que o autor esteve isento de anotação sua jornada obedecia a mesma média dos meses anteriores do período imprescrito.

"Compulsando-se os holerites, verifica-se que o autor recebia pagamento a título de horas extras. Depois de ter ficado isento da marcação, a constância dos pagamentos e os respectivos valores ficaram escassos. Como a jornada do autor continuava sendo a mesma, infere-se que há diferenças de horas extras que devem ser pagas ao autor (grifei)

Em defesa (fls. 161/166) o reclamado sustentou que o reclamante, durante todo o período contratual imprescrito, exerceu as funções de "Gerente de Conta" (de ago/99 a mar/2001), "Gerente Private Bank Pleno" (abr/2001 a jan/2003) e "Gerente Personnalité Pleno" (fev/2003 até rescisão) esteve subordinado a jornada de 8h diárias.

Desta forma, o reclamado ao sustentar em defesa que o reclamante sempre esteve subordinado à jornada de 8h diárias, não se exime de manter o registro da jornada, nos termos do art. 74, §2º da CLT, sendo aplicável ao caso a Súmula 338 do TST:

"338 - JORNADA DE TRABALHO REGISTRO ÔNUS DA PROVA (INCORPORADAS AS ORIENTAÇÕES JURISPRUDENCIAIS N°S 234 E 306 DA SDI-1) - I - É ônus do empregador que conta com mais de 10 (dez) empregados o registro da jornada de trabalho na forma do art. 74, § 2º, da CLT.

A não-apresentação injustificada dos controles de freqüência gera presunção relativa de veracidade da jornada de trabalho, a qual pode ser elidida por prova em contrário"

Em nenhum momento da defesa o réu alegou que, no período em questão (de abr/2001 até a rescisão), o reclamante estivesse inserido na exceção prevista no art. 62, II da CLT, tampouco que era o reclamante que lhe informava as horas extras devidas.

Mantenho.

[...]

RECURSO ORDINÁRIO DO RECLAMANTE

[...]

* abr/2001 a jan/2003



PROCESSO N° TST-RR-1571700-37.2004.5.09.0004

No período em questão, como já explicitado, o reclamante ainda que não anotasse a jornada, estava submetida a jornada de 8h diárias. Aplicável ao caso a Súmula 338,1 do TST:

"338 - JORNADA DE TRABALHO REGISTRO ÔNUS DA PROVA (INCORPORADAS AS ORIENTAÇÕES JURISPRUDENCIAIS N°S 234 E 306 DA SDI-1) -I-É ônus do empregador que conta com mais de 10 (dez) empregados o registro da jornada de trabalho na forma do art 74, § 2º, da CLT. A não-apresentação injustificada dos controles de freqüência gera presunção relativa de veracidade da jornada de trabalho, a qual pode ser elidida por prova em contrário "

A 1ª testemunha do reclamante (Sra. Niciene), trabalhou com o reclamante desde 2001 até a rescisão deste, abrangendo, portanto, o período em o reclamante foi "gerente private" e "personalite". Referida testemunha confirmou categoricamente a manipulação dos cartões-ponto, confirmando que o reclamante laborava das 8h30 às 19h/19h15, com 1h de intervalo.

Já a testemunha do reclamado (Sra. Patrícia), que confirmou a veracidade dos cartões, foi ouvida apenas como informante, bem como laborou apenas em 5 meses junto com o reclamante, no período final do contrato, quando o reclamante era "gerente personalite".

Desta forma, ante a presunção em favor do reclamante, bem como diante da prova oral produzida, deve ser fixada a jornada como sendo das 8h30 às 19h, com 1h de intervalo, no período de abril/2001 a jan/2003.

O reclamado sustenta que merece ser reformado o acórdão recorrido, com vista à exclusão de qualquer pagamento de horas extras no particular, eis que o autor nunca ultrapassou oito horas diárias de trabalho no referido período. Aduz que o autor não se desincumbiu do ônus que lhe cabia, posto que a prova referente à jornada de trabalho restou dividida, não havendo qualquer tipo de presunção a militar em seu favor. Transcreve arresto para comprovar dissenso pretoriano.

Ao exame.

O Tribunal Regional aplicou durante o período compreendido entre abril de 2001 a janeiro de 2003, a presunção de veracidade da jornada descrita na inicial, com fundamento no item I da Súmula nº 338 do TST.



PROCESSO N° TST-RR-1571700-37.2004.5.09.0004

Com efeito, a ausência do controle ostensivo e permanente da jornada de trabalho por parte da empregadora não tem o alcance por esta pretendido, de obstaculizar o pagamento de horas extras ao empregado.

Registre-se que o arresto de fl. 1.205 é inespecífico, porque não enfrenta as mesmas particularidades fáticas dos autos. Incidência do óbice da Súmula nº 296 do TST.

Com esses fundamentos, **NÃO CONHEÇO** do recurso de revista, quanto ao tema.

1.3. EQUIPARAÇÃO SALARIAL

O Tribunal Regional, quanto às diferenças salariais decorrentes de equiparação salarial, manteve a condenação do reclamado, manifestando-se nos seguintes termos, fls. 1.119-1.127, *verbis*:

Vejamos a prova oral.

O reclamante em seu depoimento esclareceu que: " *que não havia uma meta comum que englobassem todos os gerentes private, que Flavia em laborava São Paulo, sendo que o depoente em Curitiba, que não havia um gerente geral aqui em Curitiba na época que o depoente era gerente private, sendo nesta época estava subordinado diretamente ao Sr Vergilio em São Paulo, que em Curitiba havia apenas um gerente private. sendo que o depoente atendia Paraná, Santa Catarina e Rio Grande do Sul, que o depoente diz que não tinha poder de decisão, sendo que este era do superintendente do Sr. Vergilio em São Paulo, que o sr. Vergilio coordenava 14 funcionários, sendo que destes 11 gerentes private e o restante funcionários administrativos (secretarias e assistentes)*" , (grifei)

A preposta esclareceu que ". o reclamante era gerente de contas, sendo que a partir de fev/2001 gerente private e a partir de fev/2003 gerente de contas agência personalite; como gerente de contas o trabalho era no varejo com pessoas físicas e jurídicas; como gerente private envolvendo contas de pessoas físicas e jurídicas com investimento superiores a 3 milhões anuais, como gerente de contas o reclamante estava subordinado ao gerente geral da agência; como gerente private ao gerente geral do private que era o Sr.



PROCESSO N° TST-RR-1571700-37.2004.5.09.0004

Marcos aqui em Curitiba e como gerente personalite ao gerente da aludida agência que era Sr Fernando aqui em Curitiba também; que desconhece quem é Vergilio: que aqui em Curitiba ao que acha a depoente havia 4 a 5 gerentes private, havendo uns 2 em Florianópolis e mais uns 4 no Rio Grande do Sul, que todos os gerentes private estavam subordinados a São Paulo, sendo que a diretoria do private fica lá. ...que nem todos os gerentes private fazem a mesma coisa, sendo que há uns em São Paulo que trabalham com multinacionais, que Flavia trabalhava em São Paulo e com empresas internacionais ou multinacionais, ao contrário do reclamante que trabalhava em Curitiba só com empresas nacionais .". (grifei)

A 1^a testemunha do reclamante (Sra. Niciene) afirmou que ". .como gerente private o reclamante não tinha subordinados, mas estava subordinado a São Paulo, que como gerente do personalite o reclamante também estava subordinado a São Paulo mas havia um gerente geral aqui em Curitiba; que não conheceu Flavia Marchiori, só de nome, sabendo que ela era private em São Paulo: que ao que sabe referida gerente não atendia contas de empresas internacionais ou multinacionais: que com a Dona Flavia a depoente nunca conversou, sendo que conversou apenas com outros colegas que exercem a mesma função de gerente private, que desconhece o nome do gerente que atendia contas de empresas multinacionais ou internacionais dizendo que era do Itau Luxemburgo Europa, sendo que aqui em Curitiba quem faz esse tipo de atendimento é Luciane e Cristiano, que ao que sabe no início só havia um gerente private em cada região, salvo em SP: que em Curitiba a depoente não sabe quantos gerentes private existem atualmente ou se existe algum.. ". (grifei)

A 2^a testemunha do reclamante (Sra. Alexandra) afirmou que "conhece a modelo, sendo que trabalhou como ela em SP, mas não na mesma plataforma, que a paradigma era gerente private. sendo que lá a depoente não exercia a função de gerente private mas sim de gerente operacional, que sabe que Flávia exercia tal função desde aproximadamente 2001. que o segmento de Flávia envolvia clientes com investimento a partir de um milhão; que não sabe dizer se Flavia atendia empresas internacionais ou multinacionais: que também não sabe dizer se o reclamante fazia atendimento deste tipo de empresa, que acredita que ambos não faziam em razão da natureza do cargo de gerente private que ocupavam; que Flavia e



PROCESSO N° TST-RR-1571700-37.2004.5.09.0004

o reclamante estavam subordinados a mesma plataforma e mesmo superintendente Sr. Vergílio: que aqui na região só o Alexandre era gerente private, que acha que o reclamante fazia PR e SC, sendo que fazia sul também, que a depoente indagada se Florianópolis tinha gerente private disse que não mais lembra se o autor atendia referida capital, que Porto Alegre tinha gerente private mas a depoente não lembra quem era; que não havia diferença entre private pleno e sênior, sendo que a depoente tem certeza que o segmento não era mais elevado que de outro, que não havia diferença nas funções exercidas por Flavia e Alexandre que desconhece se a produção de um era maior do que de outro; que desconhece se Flavia tinha uma maior experiência de mercado na função, que desconhece se a modelo veio do BankBoston; que a depoente nunca foi gerente private mas apenas gerente operacional ". (grifei)

A testemunha do reclamado (Sra. Patrícia), ouvida como informante e a 3^a testemunha do reclamante (Sr. Homero), nada esclareceram sobre a questão.

Pela prova oral produzida restou comprovada a identidade de funções pela testemunha do reclamante (Sra. Alexandra), ônus que pertencia ao reclamante, do qual se desincumbiu. Esclareceu, ainda, que não havia diferença de funções entre os gerentes "sênior" e "pleno".

Ademais, a preposta afirmou "*que Flavia trabalhava em São Paulo e com empresas internacionais ou multinacionais, ao contrário do reclamante que trabalhava em Curitiba só com empresas nacionais.*", o que não restou comprovado pelas testemunhas ouvidas.

Já a reclamada não comprovou os fatos impeditivos do direito do reclamante alegados em defesa (fl. 173), quais sejam, diferença na função superior a 2 anos e maior produtividade da paradigma.

Ao contrário, a testemunha (Sra. Alexandra) afirmou que a paradigma exercia a função "*desde aproximadamente 2001*" enquanto o reclamante iniciou o labor como gerente "private" em abr/2001. As fichas funcionais de ambos (fl. 182 e 342) demonstram que nem mesmo há diferença de 2 anos no exercício do referido cargo.

Por outro lado, a testemunha afirmou que "*desconhece se a produção de um era maior do que de outro, que desconhece se Flavia tinha uma maior experiência*". O reclamado, portanto, não se desincumbiu do seu ônus.



PROCESSO N° TST-RR-1571700-37.2004.5.09.0004

No mais, encontra-se consagrado no TST, por meio da Súmula n° 6, item X, o entendimento de que o conceito de "mesma localidade" de que trata o art. 461 da CLT refere-se, em princípio, ao mesmo município, ou a municípios distintos que, comprovadamente, pertençam a mesma região metropolitana.

Neste caso inaplicável a Súmula 6, X do TST quando demonstrado pela prova oral que o âmbito de atuação dos gerentes "private" era por região, estando todos subordinados à mesma plataforma e superintendência em São Paulo. Não havendo, portanto, outro gerente "private" na região sul para equiparação, esta somente pode ser feita em relação à um gerente com atuação em outra região.

Conforme as fichas funcionais acostadas aos autos do reclamante (fls. 222 e seguintes) e da paradigma (fls. 348 e seguintes) a diferença salarial entre ambos é significativa, sendo devidas as diferenças salariais postuladas, considerando o "salário base" e a "comissão de cargo".

O Banco-reclamado, nas razões do recurso de revista, argumenta que o autor e paradigma não laboravam em mesma localidade, nem mesmo em região metropolitana, o que impede o acolhimento da equiparação salarial. Aponta violação do art. 461 da CLT, contrariedade à Orientação Jurisprudencial nº 252 da SBDI-1 (atual Súmula nº 6, X) desta Corte e dissenso pretoriano.

O recurso de revista não alcança conhecimento.

Em relação à equiparação salarial, o art. 461, *caput*, da CLT, determina que os empregados que atuem em idêntica função, com trabalho de igual valor, para o mesmo empregador e na mesma localidade, deverão receber salário igual.

In casu, conforme consignado no acórdão recorrido, restou incontroverso que o âmbito de atuação dos gerentes "private" era fixado por região, estando todos subordinados à mesma plataforma e superintendência em São Paulo. Assim, não havendo outro gerente "private" na região sul para equiparação, esta somente poderia ser feita em relação ao gerente com atuação em outra região.

Com efeito, a Corte de origem manteve a condenação do reclamado no pedido de diferenças salariais decorrentes de equiparação



PROCESSO N° TST-RR-1571700-37.2004.5.09.0004

salarial, por concluir que o reclamante e a paradigma exerciam a mesma função, se reportavam ao mesmo superintendente e não há prova da diferença de produtividade e perfeição técnica, nos termos da Súmula nº 6, III e VIII, do TST.

A controvérsia, tal como apreciada pelo Tribunal Regional adquiriu contornos fático-probatórios, de modo que somente se faz possível extrair-se entendimento diverso, nos termos do art. 461, da CLT, por meio do revolvimento fático probatório, procedimento, entretanto, que encontra óbice da Súmula nº 126 do TST.

No que se refere à divergência jurisprudencial, os arrestos são inespecíficos face às particularidades fáticas dos autos, a atrair o óbice da Súmula nº 296 do TST.

Sendo assim, **NÃO CONHEÇO** do apelo, no particular.

1.4. RESSARCIMENTO DE DESPESAS

O Tribunal origem, quanto ao tema "ressarcimento de despesas", deu provimento ao recurso ordinário do reclamante, sob os seguintes fundamentos, fls. 1.129-1.131, *verbis*:

Pretende o reclamante o pagamento de diferenças de reembolso de despesas com combustível e manutenção do veículo, no importe médio de R\$ 40,00 mensais, já deduzidos os valores pagos, com juros e correção monetária.

Com razão.

Na inicial (fl. 06) o reclamante alegou que utilizava veículo próprio no serviço para o reclamado e gastava mensalmente com combustível e manutenção do veículo R\$ 200,00, sendo reembolsado apenas R\$ 160,00 sendo devidas as diferenças no valor de R\$ 40,00 mensais.

Em defesa (fl. 174) o reclamado afirmou que o reclamante não era obrigado a usar seu automóvel, podia utilizar táxi e ser ressarcido das corridas. Afirmou, ainda, que no período que o reclamante foi gerente "private" pagava auxílio combustível por meio do "Ticket Car". Sustentou não havia previsão legal ou contratual para o ressarcimento.



PROCESSO N° TST-RR-1571700-37.2004.5.09.0004

A 1^a testemunha do reclamante (Sra. Niciene), única a se manifestar sobre a questão, disse que: " o reclamante fazia visitas, sendo que o serviço era mais interno, que não podia ir de casa para a primeira visita sem antes passar no banco, sendo que no final do expediente obrigatoriamente ao término da visita teria que retornar ao banco; **que utilizavam veículo próprio para visita**, que o banco reembolsava uma parte do combustível, sendo que não se recorda se o limite era de R\$140,00 ou R\$150,00; que a depoente gastava muito mais que isso, que **o limite que havia era pago independentemente de comprovação e despesa**, sendo que havia necessidade de comprovação apenas quando apanhasse algum taxi para obtenção do reembolso da despesa pertinente, que **em média os gerentes gastavam de R\$250.00 a R\$300.00 por mês de combustível**, que a depoente desconhece como o reclamante era reembolsado das despesas como gerente private, que **o valor informado a título de gasto de combustível pertine apenas ao trabalho realizado pelo banco** não envolvendo a utilização do veículo para fins pessoais ou particulares, que a depoente não tem como precisar sequer a sua média mensal de quilometragem, acrescendo que nunca prestou atenção a isso ". (grifei)

Confirmado-se que o reclamante utilizava veículo próprio em benefício do reclamado, este não observou o comando do art. 2º, da CLT, o qual menciona que os riscos da atividade econômica pertencem ao empregador, devendo o mesmo fornecer condições para o empregado laborar sem que seja necessário subsidiar o empreendimento patronal.

A testemunha ouvida (Sra. Niciene) confirmou que o reclamante era obrigado a fazer transporte em veículo próprio e não recebia pela totalidade do combustível gasto, em valores fixos, independente de comprovação de despesas.

Confirmou, ainda, que outras despesas com condução (como táxis, etc.) eram reembolsadas, com a apresentação de comprovantes, como os citados pelo juízo de origem (fls. 287). Tais despesas não se confundem com o combustível que era gasto pelo empregado, sendo devidas as diferenças pleiteadas.

REFORMO, para acrescer à condenação diferenças de ressarcimento de combustível e manutenção do veículo, no importe de R\$ 40,00 mensais.



PROCESSO N° TST-RR-1571700-37.2004.5.09.0004

Nas razões de recurso de revista, o reclamado aduz que, ao não impugnar a documentação apresentada pelo banco, o autor atraiu o ônus de comprovar que tais resarcimentos não eram feitos. Aponta violação dos arts. 818 da CLT e 333, I, do CPC e transcreve aresto.

À análise.

No tocante ao ônus da prova, convém acrescer que não se divisa ofensa ao art. 818 da CLT e 333, I, do CPC, uma vez que o Colegiado de origem não dirimiu a controvérsia pelo viés do ônus subjetivo da prova (distribuição do encargo da prova), mas, sim, pelo critério do ônus objetivo do encargo de provar (valoração da prova).

A regra acerca do ônus da prova é norma de julgamento e, portanto, deve ser aplicada pelo juiz no momento em que proferir sua decisão, não importando quem produziu as provas que, após realizadas, passam a pertencer ao processo pelo princípio da aquisição processual, somente tendo relevância caso não existam outras provas nos autos, quando, então, aquele, a quem incumbe o encargo de provar, poderá sofrer as consequências de não ter se desincumbido corretamente desse mister.

Tampouco evidencia-se hipótese de dissenso pretoriano, nos termos da Súmula nº 296 desta Corte Superior, uma vez que o aresto não partilha da indispensável identidade com as premissas fáticas delineadas no acórdão da Corte Regional de origem.

NÃO CONHEÇO.

1.5. FGTS E MULTA

O Colegiado a quo, quanto ao tema em destaque, asseverou o seguinte, fl. 1.085, *verbis*:

A análise dos reflexos das verbas mencionadas, inclusive em FGTS e multa de 40%, é feita nos respectivos tópicos.

Nada a deferir.

O reclamado, nas razões de recurso de revista, sustenta que não se pode admitir a condenação do recorrente nos reflexos e/ou diferenças pleiteadas e deferidas por ocasião da prolação do



PROCESSO N° TST-RR-1571700-37.2004.5.09.0004

acórdão, eis que, não fazendo jus às horas extras e demais diferenças deferidas, por via de consequência, não há que se falar no pagamento de reflexos ou FGTS delas decorrentes.

Examino.

No particular, o recurso de revista encontra-se desfundamentado, para os efeitos do art. 896 da CLT, por ausência de indicação de ofensa a dispositivo de lei e de transcrição de julgado para aferição de divergência jurisprudencial.

Logo, **NÃO CONHEÇO**.

II - RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO PELO RECLAMANTE

O recurso é tempestivo (fls. 1.183 e 1.235), tem representação regular (fl. 25), sendo dispensado o preparo. Atendidos os pressupostos extrínsecos de admissibilidade, passa-se ao exame dos intrínsecos do recurso de revista.

1.1. PRELIMINAR DE NULIDADE POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

O reclamante suscita a preliminar de nulidade do julgado por negativa de prestação jurisdicional, ao argumento de que o Tribunal Regional do Trabalho, não obstante a interposição de embargos de declaração, não enfrentou questões fáticas relevantes e fundamentais para o deslinde da controvérsia atinente às sétimas e oitavas horas como extras. Aduz que a decisão recorrida não expendeu fundamentação sobre todos os aspectos lançados no recurso ordinário, não solucionando o conflito adequadamente, razão pela qual merece ser declarada a nulidade, inclusive para que seja analisada a totalidade das matérias apresentadas, ou, sucessivamente, para que o Tribunal Regional responda ao prequestionamento, com o consequente retorno dos autos.

Em decorrência do articulado, indica violação dos arts. 5º, XXXV, e 93, IX, da Constituição Federal, 832, *caput*, da CLT, e 458, II, do CPC.

De plano, frise-se que o conhecimento do recurso de revista, em relação à preliminar de nulidade por negativa da prestação



PROCESSO N° TST-RR-1571700-37.2004.5.09.0004

jurisdicional, restringe-se à observância da Orientação Jurisprudencial nº 115 da SBDI-1 desta Corte, ou seja, violação dos arts. 832 da CLT, 458 do CPC ou 93, IX, da Carta Magna. Assim, afasta-se, de plano, o conhecimento do apelo por outros dispositivos normativos.

Por outro lado, da análise das razões do recurso de revista, observa-se que o reclamante argui a preliminar de nulidade de forma genérica, não especificando em que aspectos teria se dado a recusa da prestação jurisdicional, o que é impróprio, pois impossibilita o exame da ocorrência, ou não, de negativa de prestação jurisdicional, desabilitando a revista quanto à preliminar em destaque.

Sinaliza-se que a análise de eventual nulidade por negativa de prestação jurisdicional, em sede de recurso de revista, submete-se às restrições pertinentes ao exame do apelo extraordinário.

Dessa forma, a arguição de nulidade do julgado deve ser explícita quanto às questões fáticas em que se dera a negativa da prestação jurisdicional, sendo improfícua a arguição genérica de omissão, haja vista que todo o objeto da insurgência deve estar expresso nas razões recursais. Ilesos, pois, os arts. 832 da CLT, 93, IX, da CF e 458 do CPC.

NÃO CONHEÇO do recurso de revista, no particular.

1.2. HORAS EXTRAS. COMISSIONISTA MISTO. BASE DE CÁLCULO. JULGAMENTO EXTRA PETITA

O Tribunal Regional, no tocante à base de cálculo das horas extras do comissionista misto, manifestou-se nos seguintes termos, fl. 1.083:

Não há que se observar, na base de cálculo das horas extras, tão somente as "verbas salariais fixas". Primeiro, como já analisado, as comissões pagas tem caráter salarial, devendo fazer parte da base de cálculo; segundo, as verbas nominadas nos instrumentos normativos são apenas exemplificativas ("tais como").

No entanto, aplica-se ao caso a Súmula 340 do TST, assim, sobre as comissões (e respectivos r.s.r.), deve ser pago somente o adicional de horas



PROCESSO N° TST-RR-1571700-37.2004.5.09.0004

extras. A integração à remuneração das comissões não implica, necessariamente, que esta verba faça parte de base de cálculo das horas extras, mas tão somente do pagamento do adicional.

Opostos embargos de declaração pelo reclamante, a Corte de origem prestou os seguintes esclarecimentos:

No caso em tela, em relação à aplicação da Súmula 340 do TST, não houve julgamento "extra" ou "ultra" *petita* eis que houve pedido no recurso do reclamado tanto de exclusão de reflexos das comissões como das horas extras, sendo deferido, portanto, menos do que o postulado.

Nas razões do recurso de revista, o reclamante sustenta que o reclamado, em defesa, não abordou qualquer matéria relativa à limitação na condenação de horas extras ao adicional legal, relativo à parte variável da remuneração, pelo que, inovou a matéria.

Afirma que a decisão de primeiro grau, não apreciou nenhuma matéria relativa à limitação das horas extras relativas à parcela das comissões, pelo que, ainda que o Banco tivesse apresentado recurso invocando claramente a Súmula nº 340 desta Corte, mesmo assim seria impossível a análise da questão como ocorreu, o Banco não apresentou embargos de declaração visando sanar eventual omissão, pelo que, caracterizada a preclusão o que levaria à impossibilidade do Egrégio Regional apreciar a matéria e modificar a decisão de origem.

Por outro lado, aduz que era ônus da empresa demonstrar o fato modificativo de direito de que o labor extraordinário decorria exclusivamente de vendas, lembrando-se que está incontrovertido nos autos que o reclamante realizava outros afazeres que não, exclusivamente, venda de produtos do Banco.

Assim, afirma que nos termos do artigo 818 da CLT, combinado com o também violado artigo 333, II, do CPC, o ônus da prova exclusiva da realização de vendas no horário extraordinário era do recorrido, pois a hipótese da Súmula nº 340 do TST é meramente presumida.

Acrescenta que aplicação de referida Súmula é injusta, pois enquanto o empregado está aumentando a sua jornada de trabalho



PROCESSO N° TST-RR-1571700-37.2004.5.09.0004

diária, está também aumentando a sua produtividade, embora, proporcionalmente, venha a contribuir com o seu ganho, o empregador está lucrando muito mais.

Aponta ofensa aos arts. 7º, XVI, da Constituição da República, 128, 303, 333, II, e 460 do CPC, 818 da CLT e dissenso pretoriano.

O recurso não merece conhecimento.

A Corte de origem analisou o tema em estrita observância aos limites da *litiscontestatio* fixada pelo pedido e pela defesa, o qual é devolvido à análise pelo Tribunal, nos termos dos §§ 1º e 2º do art. 515 do CPC, uma vez que a controvérsia está adstrita ao pleito de pagamento de horas extras e adicional ao reclamante, comissionista misto, que recebe remuneração acrescida de parcela variável - comissões. Intactos, por conseguinte, os arts. 128, 303 e 460 do CPC.

Por outro lado, infere-se que o Tribunal "a quo" dirimiu a questão unicamente pelo prisma da aplicação da Súmula nº 340 desta Corte e do julgamento *extra petita*, não se referindo, em momento algum, ao aspecto do ônus da prova da realização de vendas no horário extraordinário.

Nesse contexto, e não tendo o reclamante, no particular, arguido eventual nulidade do julgado por negativa de prestação jurisdicional, operou-se a preclusão do debate, nos termos da Súmula nº 297, I e II, do TST, que ora se aplica e por si só inviabiliza a aferição de afronta aos arts. 818 da CLT e 333, I, do CPC. Cumprindo aduzir que não se cogita na adoção do prequestionamento ficto (Súmula nº 297, III, TST), por não se tratar de questão puramente jurídica, envolvendo, como visto, contingência fática não delineada.

Por fim, a jurisprudência desta Corte Superior, por meio da Orientação Jurisprudencial nº 397 da SBDI-1, firmou o entendimento de que o empregado que recebe remuneração mista, ou seja, uma parte fixa e outra variável, tem direito a horas extras pelo trabalho em sobrejornada. Em relação à parte fixa, são devidas as horas simples acrescidas do adicional de horas extras. Em relação à parte variável, é devido somente o adicional de horas extras, aplicando-se, à hipótese,



PROCESSO N° TST-RR-1571700-37.2004.5.09.0004

a Súmula nº 340 do TST. Encontrando-se o acórdão recorrido em sintonia com Orientação Jurisprudencial do TST, tem incidência o art. 896, § 4º, da CLT, como óbice ao recurso de revista.

Sendo assim, **NÃO CONHEÇO**.

1.3. HORAS EXTRAS. CRITÉRIO DE DEDUÇÃO DOS VALORES PAGOS

A Corte Regional, quanto ao tópico em destaque, consignou, à fl. 1.085, o seguinte, *verbis*:

O abatimento das horas extras já pagas não pode ser limitado ao mês de apuração. O abatimento deve ser integral, aferido pelo total das horas extras quitadas durante o período imprescrito do contrato de trabalho. Do contrário, evidente enriquecimento ilícito do reclamante.

Afaste-se o argumento de que o pagamento a maior eventualmente ocorrido em algum mês deve ser considerado liberalidade do empregador. Evidentemente, decorreu de equívoco comum na apuração do labor extraordinário e o mero engano não converte contraprestação pelo trabalho em liberalidade.

O reclamante, nas razões de recurso de revista, sustenta que os valores pagos a título de horas extras em um determinado mês, somente podem ser abatidos dentro do mês de competência e da origem daquelas horas extras, não só diante do fato gerador que deu origem àquelas extraordinárias, mas, também, pela ausência de qualquer previsão legal ou convencional. Aponta ofensa ao art. 5º, II, da Constituição da República e divergência jurisprudencial.

O recurso não alcança admissão.

A jurisprudência desta Corte Superior firmou-se no sentido de que a dedução das horas extras comprovadamente pagas não pode ser limitada ao mês da apuração, devendo ser integral e aferida pelo total das horas extras quitadas durante o período não prescrito do contrato de trabalho. Nesse sentido, a Orientação Jurisprudencial nº 415 da SBDI-1 do TST, de seguinte teor, *verbis*:



PROCESSO N° TST-RR-1571700-37.2004.5.09.0004

HORAS EXTRAS. RECONHECIMENTO EM JUÍZO. CRITÉRIO DE DEDUÇÃO/ABATIMENTO DOS VALORES COMPROVADAMENTE PAGOS NO CURSO DO CONTRATO DE TRABALHO. (DEJT divulgado em 14, 15 e 16.02.2012).

A dedução das horas extras comprovadamente pagas daquelas reconhecidas em juízo não pode ser limitada ao mês de apuração, devendo ser integral e aferida pelo total das horas extraordinárias quitadas durante o período imprescrito do contrato de trabalho.

Logo, revelando a decisão do Tribunal a quo consonância com a jurisprudência iterativa, notória e atual desta Corte Superior, o recurso de revista não se viabiliza, ante os termos do art. 896, § 4º, da CLT e da Súmula nº 333 do TST.

Desse modo, **NÃO CONHEÇO** do recurso de revista, quanto ao tema em epígrafe.

1.4. BANCÁRIO. 7ª E 8ª HORAS. CARGO DE CONFIANÇA.

CONFIGURAÇÃO

O Tribunal Regional, quanto às horas extras em epígrafe, negou provimento ao recurso ordinário do reclamante, manifestando-se nos seguintes termos, fls. 1.093-1.108, *verbis*:

Independente da nomenclatura do cargo, para que o empregado seja enquadrável no art. 224, § 2º da CLT deve exercer atributos de forma a garantir-lhe a plena autonomia de gestão, diferenciado hierarquicamente dos demais funcionários que compõem o setor ou departamento.

Deve o empregado exercer atividade de maior responsabilidade na hierarquia funcional da reclamada; ter padrão desassemelhado dos vencimentos (gratificação de função não inferior a 1/3 dos seu salário); ter fidúcia especial (participar do comitê que deliberava sobre operações bancárias, liberar créditos a clientes, possuir assinatura autorizada, firmar documentos em conjunto). Não há necessidade de subordinados.



PROCESSO N° TST-RR-1571700-37.2004.5.09.0004

A ausência de subordinados por si só, não descaracteriza o cargo de confiança, pois o parágrafo 2º do art. 224 da CLT não exige que haja poderes de direção e de mando. O critério de ter subordinados é sinal indelével da existência de cargo de confiança, mas a ausência de subordinados, não é critério absoluto para descaracterizar a função de confiança nos moldes do § 2º do art. 224 da CLT.

Cabe mencionar, ainda, o entendimento pacificado na Súmula 102,1 do TST:

"BANCÁRIO CARGO DE CONFIANÇA I - A configuração, ou não, do exercício da função de confiança a que se refere o art. 224, § 2º, da CLT, dependente da prova das reais atribuições do empregado, é insusceptível de exame mediante recurso de revista ou de embargos"

Esclarece-se, incialmente, que o reclamante alegou na inicial que até mar/2001 era rotulado "gerente de contas" mas na realidade era assistente de gerente; a partir daí passou a "gerente private bank", função eminentemente técnica; em jan/2003 passou a ser novamente "gerente de contas", sem ocupar nenhuma chefia.

Vejamos a prova oral.

O reclamante em seu depoimento esclareceu que *"a diferenciação entre gerente de conta e gerente private era de que nessa última função o atendimento se destina a clientes com aplicação mínima de um milhão isso na época; que o depoente passou a gerente private em abril de 2001, sendo que a partir de 02 de janeiro de 2003 foi rebaixado a gerente de contas personalite, que na função de gerente private o depoente dava primeiro atendimento e repassava cliente para um segundo gerente, sendo que o primeiro atendimento girava em torno de 6 meses,. . que na função private faziam mais um gerenciamento da conta de investimento do cliente, que na outra função de gerente de contas a atividade era mais de venda de produtos, sendo menos ativa a atividade de aplicações, que o depoente não tinha alçada para abrir contas, nem limite para conceder cheque especial, sendo que se limitava a fazer solicitações, que o gerente geral tinha uma alçada para aprovar até um determinado limite, sendo que acima desse limite quem fazia aprovação era a área de crédito, não havendo uma pessoa específica; o depoente participava de comitê com todos os gerentes, inclusive o gerente geral: que se reuniam para verificar se todos"*



PROCESSO N° TST-RR-1571700-37.2004.5.09.0004

acordavam com a passagem do crédito ou não para a área superior, sendo que alimentavam o sistema com os dados do cliente: que o depoente tinha responsabilidades pelas informações que implantava no sistema, mesmo porque servir de norte para abertura de conta, concessão de alguma operação etc, que cheque não compensado o depoente não poderia liberar da sua carteira de cliente sem autorização do gerente geral; .que como gerente de contas o depoente não viajava, salvo para realizar treinamento; que o depoente v - tinha metas, sendo individuais, mas as metas individuais eram iguais para todos desde que a função de gerente fosse a mesma, que não havia uma meta comum que englobasse todos os gerentes private, que não havia um gerente geral aqui em Curitiba na época que o depoente era gerente private. sendo nesta época estava subordinado diretamente ao Sr. Vergílio em São Paulo, que em Curitiba havia apenas um gerente private. sendo que o depoente atendia Paraná. Santa Catarina e Rio Grande do Sul, que o depoente diz que não tinha poder de decisão, sendo que este era do superintendente do Sr Vergilio em São Paulo, que o sr Vergilio coordenava 14 funcionários, sendo que destes 11 gerentes private e o restante funcionários administrativos (secretarias e assistentes)", (grifei)

O preposto do reclamado disse que "o reclamante era gerente de contas, sendo que a partir de fev/2001 gerente private e a partir de fev/2003 gerente de contas agência personalite, como gerente de contas o trabalho era no varejo com pessoas físicas e jurídicas, como gerente private envolvendo contas de pessoas físicas e jurídicas com investimento superiores a 3 milhões anuais, que como gerente personalite o trabalho envolvia pessoas físicas ou jurídicas com movimentação mensal superior a 5 mil e com investimentos anuais superior a 60 mil, que cada gerente tinha sua carteira, sendo que o autor quando passou a personalite assumiu outra carteira, sendo que a carteira dele foi assumida pelo outro gerente, que não houve rebaixamento de função tanto que o autor foi convidado para exercer a última função e aceitou, ...que o reclamante fazia viagens a trabalho como gerente de contas e gerente personalite, sendo que a depoente não se recorda de ter o autor viajado como gerente private, que o reclamante viajava de forma rara, na razão de uma vez por ano ficando fora por prazo variado, um, dois ou mais dias; que em viagens o reclamante cumpria o mesmo horário, sendo que tal igualmente ocorria em cursos, que o



PROCESSO N° TST-RR-1571700-37.2004.5.09.0004

reclamante como gerente administrava carteira de clientes podendo conceder empréstimos, tendo alçada para isso, o reclamante tinha alçada individuais, sendo que sozinho podia conceder empréstimos; como gerente de contas o reclamante estava subordinado ao gerente geral da agência; como gerente private ao gerente geral do private que era o Sr Marcos aqui em Curitiba e como gerente personalite ao gerente da aludida agência que era Sr. Fernando aqui em Curitiba também, o reclamante participava de comitê; que o comitê se reunia para que os gerentes transmitissem aos demais os tipos de operação que estavam realizando para que todos ficassem sabendo, em razão de ficarem cientes de eventuais riscos no mercado em relação a determinado cliente; que a alçada do reclamante era diferenciada, dependendo de cada produto e da agência na qual trabalhou, o reclamante como gerente private não tinha funcionários subordinados; que gerente private não é exclusivamente gerente técnico, como gerente de contas o reclamante tinha subordinados que eram os agentes de contas ou agentes comerciais; que aqui em Curitiba ao que acha a depoente havia 4 a 5 gerentes private, havendo uns 2 em Florianópolis e mais uns 4 no Rio Grande do Sul, que todos os gerentes private estavam subordinados a São Paulo, sendo que a diretoria do private fica lá.. ".

A 1^a testemunha da reclamante (Sra. Niciene), que trabalhou com o autor na agência mal. Deodoro desde 2001 até a rescisão deste, afirmou que "nesta época a depoente era gerente de contas, sendo que o reclamante também era gerente de contas, que já em 2001 o autor estava no private, sendo que quando saiu estava no personalite; ao que sabe enxugaram o pessoal no private e deram um cheque mate, sendo que o autor aceitava o personalite ou ia para rua; que é um rebaixamento de função porque o private é um nível superior: que como gerente private o reclamante não tinha subordinados, mas estava subordinado a São Paulo: que como gerente do personalite o reclamante também estava subordinado a São Paulo mas havia um gerente geral aqui em Curitiba, o reclamante não tinha alçada, que como gerente de contas ou gerente personalite o reclamante também não tinha subordinados, que o reclamante não tinha alçada em nenhuma das funções, que participam de um comitê pró forma; que se reúnem para apresentar cliente um ao outro, que apresentam o cliente e a operação que o cliente está propondo, sendo que não decidem nada, sendo



PROCESSO N° TST-RR-1571700-37.2004.5.09.0004

que apenas alimentam o computador e mandam tudo para São Paulo decidir, que é da responsabilidade dos gerentes a implantação dos dados no sistema que servem para nortear a aprovação das operações pela diretoria, que salvo se o cliente tiver uma restrição muito grosseira o comitê não encaminha para São Paulo a operação solicitada pelo cliente, que os gerentes de contas não tem condições de liberar depósitos bloqueados sem autorização do gerente geral, que não se discute compensação de cheque no comitê; ..que dentro da agência havia o gerente geral os demais gerentes e dois atendentes, que quando a gerente geral determinava os outros gerentes se utilizavam dos atendentes para repassar serviços, que quando se utilizavam dos atendentes era para colher assinaturas de gerentes, colher carimbos ou arquivar um documento ou mandar para área operacional, que todos os gerentes participavam do comitê: que a palavra final era sempre do gerente geral e mesmo assim ia para São Paulo, ..que ao que sabe no inicio só havia um gerente private em cada região, salvo em SP, que em Curitiba a depoente não sabe quantos gerentes private existem atualmente ou se existe algum ". (grifei)

A 2^a testemunha do reclamante (Sra. Alexandra), que trabalhou com o reclamante no "private", do inicio de 2001 ao final de 2002, afirmou que " o reclamante saiu do private e foi para o personalite, sendo que ele foi para o personalite sob pena de perder o emprego uma vez que estava tendo corte no private; que há diferença entre private e personalite porque no personalite é outro segmento de nível inferior.". (grifei)

A 1^a testemunha do reclamado (Sra. Patrícia), ouvida apenas como informante, que trabalhou com o reclamante em 5 meses, de fevereiro a julho de 2003, disse que " .que nesta época o reclamante era gerente de relacionamento personalite, a depoente não sabe se o reclamante tinha alçada de crédito, o autor não tinha subordinados, o autor participava de comitês, sendo que o comitê se reunião para decidir créditos e abertura de contas: que a operação era aprovada por maioria de votos sendo que era lavrado em ata eventual discordância de algum gerente quanto a operação: que a operação seria aprovada aqui se tivesse dentro da alçada da depoente gerente geral daqui, caso contrário iria para SP mais especificadamente para superintendência do crédito para análise e aprovação ". (grifei)



PROCESSO N° TST-RR-1571700-37.2004.5.09.0004

A 3^a testemunha do reclamante (Sr. Homero), ouvida por Carta Precatória, que trabalhou com o autor entre 2000/2001, na agência de Curitiba na João Negrão, esclareceu que "...6) *que acha que o autor era gerente de contas* 7) *que pelo que sabe o autor não tinha subordinados à ele* 8) *que no Itaú era realizado comitê ao final da tarde e só assim era autorizado cheque especial e empréstimos* 9) *que o autor não poderia liberar empréstimos e cheque especial* 10) *que o depoente era caixa* 11) *que o autor, como gerente de contas, poderia pedir serviços normais de caixa ao depoente, mas nada especial.* 12) *que o depoente estava subordinado ao gerente operacional* 13) *que a hierarquia da agência do Itaú era área operacional e comercial, que na área operacional existia gerente operacional, tesoureiro, chefe de serviços e caixas* 14) *que na área comercial havia o gerente administrativo, gerente de contas e assistente de gerente.* 15) *que não sabe se o autor tinha poderes na área comercial porque o depoente trabalhava na área operacional* 16) *que o depoente não participava do comitê de crédito, dizendo que o reclamante participava.* 17) *que além do autor participava do comitê o gerente administrativo e os outros gerentes de contas, em torno de 6 mais ou menos* 18) *que o autor possuía controle de ponto através do ponto eletrônico* 19) *que o depoente registrava o ponto eletrônico e não tem certeza se o autor mesmo sendo gerente possuía controle.* 20) *que acredita que o autor vendia produtos do banco* 21) *que vendia cartão de crédito, capitalização, previdência privada, seguro e outros.* 22) *que não tem certeza se o autor vendia os mesmos produtos que o depoente..*". (grifei)

A meu ver, pela prova oral acostada aos autos, restou devidamente comprovado nos autos que o reclamante exerceu cargo de confiança os moldes do art. 224, § 2º da CLT, tanto na função de "gerente de contas" como "gerente private" e "gerente personalite".

Conforme o próprio reclamante em seu depoimento, bem como em razão do depoimento da testemunha (Sr. Homero), restou claro que no período em que atuou como "gerente de contas", o reclamante participava do comitê de crédito da agência, o qual servia para aprovação de cheque especial e empréstimos, bem como poderia requisitar serviços a outros empregados, além de vender produtos do banco.



PROCESSO N° TST-RR-1571700-37.2004.5.09.0004

No período em que laborou como "gerente private", o reclamante e a testemunha (Sra. Niciene) confirma que era um cargo superior dentro da hierarquia do reclamado, destinado ao atendimento de clientes com aplicações financeiras de grande monta, sendo responsável por clientes de todo o sul do país, podendo repassar serviços aos atendentes. Além disso, não tinha qualquer superior hierárquico em Curitiba, estando subordinado diretamente à São Paulo, o que evidencia o grau de fidúcia do cargo exercido.

No período em que laborou como "gerente personalite", a testemunha (Sra. Patrícia) confirma a participação do reclamante no comitê de crédito, ademais, quando passou a exercer tal cargo, verifica-se pelos recibos de pagamento trazidos com a inicial (fl.), que não houve qualquer redução de gratificação de função, tendo inclusive aumentado seu valor salarial em razão das horas extras que passaram a ser pagas.

Por fim, conforme as fichas financeiras do reclamante (fls. 217/229), recebia gratificação de cargo superior a 1/3 do salário.

Mantendo.

No julgamento dos embargos de declaração, o Tribunal de origem asseverou o seguinte, fls. 1.176-1.777, *verbis*:

Em relação ao cargo de confiança (art. 224, § 2º da CLT), apenas pretende o reclamante a modificação da decisão embargada através de reapreciação da prova, o que é inviável em sede de embargos de declaração, como já se disse acima.

Mais uma vez, as questões suscitadas pelo reclamante (fl. 573) tem resposta dentro da própria fundamentação explicitada. Cita-se como exemplo o item 04.1. No v. Acórdão constou expressamente que "ausência de subordinados por si só, não descaracteriza o cargo de confiança".

Restou devidamente explicitado no v. Acórdão quais os requisitos necessários para o enquadramento no art. 224, § 2º da CLT, citando expressamente a Súmula 102, I do TST, bem como foi transcrita a prova oral produzida. Ante a fundamentação inexistiu violação a este artigo e Súmula citados, tampouco aos arts. 333, II do CPC e 818 da CLT.



PROCESSO N° TST-RR-1571700-37.2004.5.09.0004

Cabe esclarecer que os arts. 348, 349 e 350 do CPC e arts. 843, § 1º da CLT, não foram sequer ventiladas nas razões recursais (fls. 497/502).

O reclamante, nas razões do recurso de revista, argumenta que o acórdão recorrido merece ser reformado visto que aqueles que exercem funções técnicas e não possuem subordinados (análise de operações de crédito), não estão enquadrados no § 2º do art. 224 da CLT, até porque, não basta apenas o requisito objetivo da lei (nome do cargo e o pagamento da gratificação de função), pois, *in casu*, banco deveria ter demonstrado o requisito subjetivo, ou seja, o real exercício de encargos de confiança, por exigência do próprio § 2º do art. 224 da CLT, o que não ocorreu.

Aponta violação dos arts. 224, § 2º, 818, 843, § 1º, da CLT, 333, II, 348, 349 e 350 do CPC, contrariedade à Súmula nº 102 desta Corte e dissenso pretoriano.

O recurso de revista não alcança conhecimento.

Verifica-se que o Tribunal Regional, valorando a prova dos autos e em estrita observância ao princípio do livre convencimento motivado (art. 131 do CPC), concluiu que o autor detinha poder decisório ou de comando que possibilitassem o seu enquadramento na exceção prevista no § 2º do art. 224 da CLT.

A matéria controvertida (enquadramento do reclamante na hipótese do art. 224, § 2º, da CLT) é fática e insusceptível de revisão nesta instância extraordinária, consoante preceituam as Súmulas nº 102, I, e nº 126 do TST.

Com efeito, a Súmula nº 102, I, desta Corte Superior dispõe que a configuração, ou não, do exercício da função de confiança a que se refere o art. 224, § 2º, da CLT, dependente da prova das reais atribuições do empregado, é insusceptível de exame mediante recurso de revista, não havendo como se divisar conflito de teses, violação de dispositivo constitucional, de lei ou contrariedade à súmula desta Corte.

Nesse contexto, o processamento do recurso de revista revela-se inviável, pois, para se concluir de forma distinta, ou seja, que o reclamante não exercia cargo de confiança, nos moldes do § 2º do art. 224 da CLT, seria imprescindível o reexame da prova coligida nos



PROCESSO N° TST-RR-1571700-37.2004.5.09.0004

autos, procedimento vedado nesta fase recursal de natureza extraordinária, nos termos das Súmulas nºs 102, I e 126, do TST.

No tocante ao ônus da prova, convém acrescer que o Colegiado de origem não dirimiu a controvérsia pelo viés do ônus subjetivo da prova (distribuição do encargo da prova), mas, sim, pelo critério do ônus objetivo do encargo de provar (valoração da prova).

A regra acerca do ônus da prova é norma de julgamento e, portanto, deve ser aplicada pelo juiz no momento em que proferir sua decisão, não importando quem produziu as provas que, após realizadas, passam a pertencer ao processo pelo princípio da aquisição processual, somente tendo relevância caso não existam outras provas nos autos, quando, então, aquele, a quem incumbe o encargo de provar, poderá sofrer as consequências de não ter se desincumbido corretamente desse mister.

Ressalte-se que não há necessidade da existência de subordinados para fins de caracterização da hipótese do art. 224, § 2º, da CLT, haja vista que a subordinação pode ou não ocorrer. Irrelevante o fato de que o autor não tenha efetivamente subordinados, uma vez que a regra prevista no art. 224, § 2º, da CLT prevê outras funções de confiança bancária, além daquelas de comando, não havendo a necessidade de que o bancário, efetivamente, tenha subordinados sob sua direção. Basta que a função em si, em decorrência do acervo de atribuições que encerra, exija do bancário uma confiança maior do que aquela existente nas relações laborais ordinárias.

NÃO CONHEÇO do recurso de revista, no particular.

1.5. DIVISOR

O Tribunal origem, quanto ao tema "divisor", negou provimento ao recurso ordinário do reclamante, sob os seguintes fundamentos, fl. 1.109, *verbis*:

Mantido o entendimento de que o reclamante, durante todo o período contratual imprescrito, esteve submetido à jornada de 8h diárias, indevida a aplicação do divisor 180.

Nada a deferir.



PROCESSO N° TST-RR-1571700-37.2004.5.09.0004

Nas razões de recurso de revista, o reclamante aduz que diante da redução da jornada de trabalho do autor de oito para seis horas diárias, o divisor 220, também deve ser modificado, passando a 180 (Súmula nº 124 desta Corte).

À análise.

O bancário sujeito à jornada de oito horas, nos termos do § 2º do art. 224 da CLT, tem divisor de 220 e não 180 para o cálculo de horas extras, como requer o recorrente. O acórdão do Tribunal Regional está em consonância com o entendimento consagrado na Súmula nº 124 do TST.

A admissibilidade do recurso de revista esbarra no art. 896, § 4º, da CLT.

NÃO CONHEÇO.

1.6. BASE DE CÁLCULO DAS HORAS EXTRAS. INTEGRAÇÃO DA EQUIPARAÇÃO SALARIAL DEFERIDA

O Colegiado a quo, quanto ao tema em destaque, no julgamento dos embargos de declaração interpostos pelo reclamante, asseverou o seguinte, fl. 1.177, *verbis*:

Em relação à **equiparação salarial**, não há omissão a ser sanada.

O v. Acórdão ao deferir as diferenças salariais fixou os reflexos a serem considerados, com base no pedido formulado na inicial ("os reflexos em 13º salário, férias + 1/3, FGTS (11,2%) e verbas rescisórias (TRCT -fl 190), conforme postulado no item 12 da inicial (fl 06)"). Portanto, reflexos em horas extras mencionados nas razões recursais foram indeferidos ante a falta de pedido no item próprio (item 12 - fl. 06).

O reclamante, nas razões de recurso de revista, sustenta que pedido houve na peça exordial, sendo requerido no recurso ordinário diferenças salariais e integrações, em face da equiparação deferida. Afirma, ainda, que nos termos da Súmula nº 264 desta Corte, e a teor do artigo 457, parágrafo 1º, da CLT, todas as verbas salariais



PROCESSO N° TST-RR-1571700-37.2004.5.09.0004

devem integrar a base de cálculo das horas extraordinárias, inclusive as diferenças oriundas de equiparação salarial que é salário puro nos termos do art. 7º, XXX, da Constituição da República, pelo que, não se realizando a integração, por certo se estará violando os incisos VI e X, do art. 7º da Carta Magna.

Aponta violação dos arts. 457, § 1º, da CLT, 7º, VI, X e XXX, da Constituição da República, contrariedade à Súmula nº 264 desta Corte.

Examino.

Quanto ao argumento no sentido de que na peça exordial e no recurso ordinário houve pedido de diferenças salariais e integrações, em face da equiparação deferida, o recurso de revista encontra-se desfundamentado, para os efeitos do art. 896 da CLT, por ausência de indicação de ofensa a dispositivo de lei e de transcrição de julgado para aferição de divergência jurisprudencial.

Por outro lado, nos termos da Súmula nº 184 do TST, ocorre preclusão se não forem opostos embargos declaratórios para suprir omissão apontada em recurso de revista.

Na espécie, resulta inequívoca a ausência de embargos declaratórios ao acórdão regional pleiteando, em relação ao tema, emissão de tese à luz dos arts. 457, § 1º, da CLT, 7º, VI, X e XXX, da Constituição da República e da Súmula nº 264 desta Corte.

Assim, restam incólumes os arts. 457, § 1º, da CLT, 7º, VI, X e XXX, da Constituição da República e a Súmula nº 264 desta Corte.

Logo, **NÃO CONHEÇO**.

1.7. MULTAS CONVENCIONAIS

Quanto às multas convencionais, o Tribunal de origem assentou o seguinte, fls. 1.131-1.133, *verbis*:

Requer o reclamante o pagamento de uma multa convencional por instrumento violado, ante o deferimento das horas extras.

Sem razão.



PROCESSO N° TST-RR-1571700-37.2004.5.09.0004

Por certo o reclamado violou as cláusulas convencionais, como as relativas às horas extras, cujas diferenças, mesmo deferidas nesta reclamatória, geram o pagamento da multa convencional.

A d. maioria desta e. Turma entende que, não havendo disposição contrária nos instrumentos normativos, será devida uma multa por instrumento (e não por cláusula) descumprida, conforme a Súmula 384, I do TST (ex-OJ nº 150 do TST):

"MULTA CONVENCIONAL COBRANÇA I - O descumprimento de qualquer cláusula constante de instrumentos normativos diversos não submete o empregado a ajuizar várias ações, pleiteando em cada uma o pagamento da multa referente ao descumprimento de obrigações previstas nas cláusulas respectivas"

Neste caso, a CCT 02/03 (cláusula 44^a - fls. 589), último instrumento normativo trazido aos autos, vigente até ago/03, prevê o pagamento de multa no valor de R\$ 12,36, sendo devida "por ação". Assim, respeitada a disposição normativa, devida apenas uma multa.

Mantendo.

O reclamante interpõe recurso de revista, sustentando que não há necessidade de o empregado ajuizar várias demandas para buscar o direito às multas devidas por cada uma das normas violadas. Aponta contrariedade à Orientação Jurisprudencial nº 150 da SBDI-1 desta Corte (atual Súmula nº 384, I).

À análise.

Com efeito, o caso em exame não atrai a hipótese da Súmula nº 384, I, desta Corte, tendo em vista que *in casu*, conforme assentado no acórdão regional, havia norma coletiva prevendo o pagamento de apenas uma multa convencional por ação.

Assim, considerando que há previsão expressa em acordo coletivo no sentido de pagamento de apenas uma multa convencional por ação, e em sendo imperioso prestigiar o pactuado em norma coletiva, bem como o princípio da autonomia da vontade coletiva, que se extrai do art. 7º, XXVI, da Constituição da República, não há falar em pagamento de uma multa para cada instrumento coletivo formalizado.



PROCESSO N° TST-RR-1571700-37.2004.5.09.0004

Nesse sentido, cito os seguintes precedentes desta Corte:

MULTAS CONVENCIONAIS.

Considerando que, no caso vertente, há acordo coletivo prevendo expressamente o pagamento de apenas uma multa convencional por ação, e em sendo imperioso prestigiar o pactuado em norma coletiva, bem como o princípio da autonomia da vontade coletiva, que se extrai do art. 7º, XXVI, da Constituição da República, não há falar, na espécie, em pagamento de uma multa para cada instrumento coletivo formalizado, sendo inaplicável, à hipótese, a Súmula nº 384, item I, desta Corte. Recurso de revista parcialmente conhecido e provido. (RR - 102700-03.2006.5.09.0670, Relator Ministro Walmir Oliveira da Costa, Data de Julgamento 10/04/2013, 1ª Turma, Data de Publicação: DEJT 12/04/2013).

MULTA CONVENCIONAL. CLÁUSULA DE ACORDO COLETIVO. O contexto fático lançado pelo Tribunal Regional noticia a existência de cláusula nos instrumentos normativos prevendo o pagamento de apenas uma multa convencional por ação. Diante de previsão expressa do pagamento de apenas uma multa por ação, não se vislumbra contrariedade à Súmula nº 384 do TST, até porque deve ser prestigiada a vontade das partes, manifestada através negociações coletivas, como forma de resolução pacífica dos conflitos nas relações de trabalho. Não conhecido. (RR - 918700-72.2003.5.09.0016 , Relator Ministro: Emmanoel Pereira, Data de Julgamento: 02/06/2010, 5ª Turma, Data de Publicação: 11/06/2010)

MULTAS CONVENCIONAIS. Inaplicável ao presente caso a Súmula 384 do TST, diante da previsão expressa nas CCTs de que incide apenas uma multa por ação. (RR - 1206400-40.2003.5.09.0651, Relator Ministro Horácio Raymundo de Senna Pires, Data de Julgamento 28/04/2010, 3ª Turma, Data de Publicação 14/05/2010)

MULTAS CONVENCIONAIS - Não caracterizada a contrariedade à Súmula nº 384, item I, do TST, porquanto, no caso, havia previsão expressa na cláusula normativa restringindo a aplicabilidade da multa a apenas uma por ação. Recurso não conhecido. (RR - 2185200-31.2003.5.09.0013, Relator Ministro Carlos Alberto Reis de Paula, Data de Julgamento 13/02/2008, 3ª Turma, Data de Publicação 07/03/2008)



PROCESSO N° TST-RR-1571700-37.2004.5.09.0004

Nessa esteira, estando a decisão do Tribunal Regional em conformidade com a jurisprudência pacificada desta Corte Superior, o recurso de revista não se viabiliza, ante os termos traçados na Súmula nº 333 do TST e do art. 896, § 4º, da CLT.

NÃO CONHEÇO do recurso de revista.

1.8. JUROS DE MORA

Em relação aos juros de mora, o Colegiado a quo assentou o seguinte, fls. 1.134-1.135, *verbis*:

No processo do trabalho os juros de mora têm regra própria, pois segundo disposição contida no art. 883 da CLT c/c § 1º, art. 39 da Lei nº 8.177/91, são devidos a partir da data do ajuizamento da ação, aplicando-se "pro rata die", de forma simples, sobre o valor da condenação corrigido monetariamente (Súmula nº 200 do C. TST).

A nova previsão legal do Código Civil (arts. 389 e 395) em nada altera tal prática, vez porque trata, de forma genérica, de índices oficiais regularmente estabelecidos que é, em outras palavras, justamente o que se aplica, como dito, na esfera trabalhista.

[...]

Mantendo.

Opostos embargos de declaração, a Corte de origem deu-lhes provimento para prestar os seguintes esclarecimentos:

Mais uma vez, as respostas das perguntas formuladas pelo reclamante estão na fundamentação explicitada, tendo mencionado expressamente que o teor dos arts. 389 e 395 do CPC não alteram a aplicação do art. 39, parágrafo único da Lei 8.177/91, portanto, não houve violação dos mesmos.

Acrescenta-se, tão somente, que tal entendimento também não viola o art. 5º da Lei de Introdução do CC (adotado pela Lei 10.406/2002) mencionado nas razões recursais.



PROCESSO N° TST-RR-1571700-37.2004.5.09.0004

O reclamante, nas razões de recurso de revista, aponta violação dos arts. 5º, LICC, 389 e 395 do Código Civil.

Os juros de mora aplicados na Justiça do Trabalho são regulados no art. 39 da Lei nº 8.177/91, que dispõe sobre a aplicação da TRD (Taxa Referencial Diária), acumulada no período compreendido entre a data de vencimento e a de seu efetivo pagamento, o que afasta a aplicação da taxa SELIC (Sistema Especial de Liquidação e Custódia), de que trata o art. 406 do Código Civil.

Ademais, a Subseção 1 Especializada em Dissídios Individuais, órgão de cúpula responsável pela uniformização jurisprudencial trabalhista, já se posicionou sobre essa temática, tendo concluído que, existindo norma específica a respeito dos juros de mora no âmbito trabalhista (art. 39, § 1º, da Lei nº 8.117/91), não se aplica a taxa SELIC (art. 406 do Código Civil de 2002).

Nesse sentido, notem-se os seguintes precedentes da SBDI-1 do TST:

RECURSO DE EMBARGOS INTERPOSTO ANTERIORMENTE À VIGÊNCIA DA LEI 11.496/2007. RECURSO DO RECLAMANTE. 1) APLICAÇÃO DA TAXA SELIC PARA O CÁLCULO DOS JUROS DE MORA. Os juros de mora, no âmbito da Justiça do Trabalho, são regidos pela Lei n.º 8.117/91. A norma especial prevalece sobre a geral, razão por que não se aplica às demandas trabalhistas o art. 406 do Código Civil de 2002. [...] Embargos não conhecidos." (E-ED-RR-933/2003-004-20-00.4, Rel. Min. Maria de Assis Calsing, DEJT de 9/10/2009);

EMBARGOS. ACÓRDÃO PUBLICADO ANTERIORMENTE À VIGÊNCIA DA LEI N.º 11.496/2007. JUROS MORATÓRIOS. TAXA SELIC. INAPLICABILIDADE LEI N.º 8.117/91. Havendo norma específica a respeito dos juros de mora no âmbito trabalhista (art. 39, §1.º, da Lei n.º 8.117/91), não se aplica a taxa SELIC (art. 406 do Código Civil de 2002). [...]. (E-RR-1748/2003-001-20-00, Rel. Min. Maria Cristina I. Peduzzi, DEJT de 12/12/2008).



PROCESSO N° TST-RR-1571700-37.2004.5.09.0004

Vale registrar a jurisprudência consubstanciada na Orientação Jurisprudencial nº 300 da SBDI-1 do TST, a qual consagra, *verbis*:

**EXECUÇÃO TRABALHISTA. CORREÇÃO MONETÁRIA.
JUROS. LEI Nº 8.177/91, ART. 39, E LEI Nº 10.192/01, ART. 15 (nova redação) - DJ 20.04.2005** Não viola norma constitucional (art. 5º, II e XXXVI) a determinação de aplicação da TRD, como fator de correção monetária dos débitos trabalhistas, cumulada com juros de mora, previstos no artigo 39 da Lei nº 8.177/91 e convalidado pelo artigo 15 da Lei nº 10.192/01.

Por conseguinte, estando a controvérsia superada pela iterativa, notória e atual jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, o conhecimento do recurso de revista encontra óbice no § 4º do art. 896 da CLT c/c a Súmula nº 333 do TST.

NÃO CONHEÇO.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Primeira Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, não conhecer de ambos os recursos de revista.

Brasília, 29 de maio de 2013.

Firmado por assinatura digital (Lei nº 11.419/2006)

WALMIR OLIVEIRA DA COSTA
Ministro Relator