



Poder Judiciário
Justiça do Trabalho
Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região

Recurso Ordinário Trabalhista **1001628-65.2016.5.02.0066**

Processo Judicial Eletrônico

Data da Autuação: 21/06/2018

Valor da causa: \$36,000.00

Partes:

RECORRENTE: [REDACTED]

ADVOGADO: RICARDO PALMA

ADVOGADO: VANDERLICE DA SILVA ADVOGADO:

ALESSANDRA FERNANDES MELLO

RECORRENTE: BANCO VOTORANTIM S.A.

ADVOGADO: FERNANDO SARTORI ZARIF

RECORRENTE: BV FINANCEIRA SA CREDITO FINANCIAMENTO E INVESTIMENTO

ADVOGADO: FERNANDO SARTORI ZARIF

RECORRIDO: [REDACTED]

ADVOGADO: RICARDO PALMA

ADVOGADO: VANDERLICE DA SILVA ADVOGADO:

ALESSANDRA FERNANDES MELLO **RECORRIDO:**

BANCO VOTORANTIM S.A.

ADVOGADO: FERNANDO SARTORI ZARIF

RECORRIDO: BV FINANCEIRA SA CREDITO FINANCIAMENTO E INVESTIMENTO

ADVOGADO: FERNANDO SARTORI ZARIF

PAGINA_CAPA_PROCESSO_PJETERCEIRO INTERESSADO:



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

18ª TURMA - Cadeira 04

Processo TRT nº 1001628-65.2016.5.02.0066

RECURSO ORDINÁRIO DA 66ª VARA DO TRABALHO DE SÃO PAULO

**RECORRENTES: BANCO VOTORANTIM S/A, BV FINANCEIRA SA CREDITO
FINANCIAMENTO E INVESTIMENTO e** [REDACTED] **RECORRIDOS: os
mesmos**

I) RELATÓRIO

Inconformadas com a r. sentença de fls. 1505/1516, cujo relatório adoto e que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** a pretensão, recorrem as partes.

As reclamadas, conjuntamente, às fls. 1529/1552, impugnando a solidariedade reconhecida, o adicional de periculosidade e honorários periciais, bem como aduzindo que o acionante não tem direito a horas extras (intervalo intrajornada, prorrogação e artigo 384 da CLT). Alegaram que deve ser aplicado o divisor 180, bem como que não são devidas multas normativas e a concessão da gratuidade da justiça.

O reclamante, às fls. 1560/1569, alegando que deve ser reconhecida a pré contratação de horas extras e deferido o pagamento da PLR proporcional.

Contrarrazões às fls. 1572/1583 e 1584/1590.

É o relatório.

VOTO

Assinado eletronicamente por: WALDIR DOS SANTOS FERRO - 02/10/2019 15:42:45 - 8da37be
<https://pje.trtsp.jus.br/segundograu/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam?nd=18080609111784100000033603917>
Número do processo: 1001628-65.2016.5.02.0066
Número do documento: 18080609111784100000033603917

II) PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE

CONHEÇO dos apelos interpostos, porquanto presentes os pressupostos de admissibilidade.

III) RECURSO ORDINÁRIO DAS RECLAMADAS

1) Responsabilidade solidária

A primeira e segunda demandadas, em seu recurso ordinário, impugnaram a responsabilidade solidária que lhes foi atribuída, postulando a exclusão do Banco Votorantim do polo passivo da reclamação.

Inicialmente, oportuno ponderar que não há necessidade de existir uma relação societária ou verticalizada entre as empresas, restando suficiente para a caracterização do grupo econômico uma relação de cooperação, configuradora de uma convergência de interesses, bem como a ocorrência de integração interempresarial.

Sobre o grupo econômico por coordenação, leciona a MM. Juíza do Trabalho Vília Bomfim Cassar: "*Os grupos por coordenação se apresentam quando houver reunião de interesses para a execução de determinado empreendimento, tendo ou não o mesmo controle ou administração comum. Logo, os grupos por coordenação podem ter relação de controle entre si, numa linha horizontal e não vertical. Isto é, não haverá no grupo horizontal uma empresa controladora e outra (s) controlada (s), uma líder (holding) e outras lideradas. Todas são interligadas entre si e, apesar de autônomas e independentes, estão integradas pela ingerência, administração comum, como se subordinadasumas às outras administrativamente. Por trás desta administração comum pode estar um ou alguns sócios ou uma pessoa física no controle. Em outras palavras, o grupo por coordenação é aquele em que não há controle nem administração de uma empresa por outra, mas sim uma reunião de empresas regidas por uma unidade de objetivos (...)"*(in CASSAR, Vília Bomfim. Direito do Trabalho. 5. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011. p. 464/465).

Diante dos esclarecimentos acima, de rigor apreciar as alegações recursais à luz das provas constantes dos autos.

A primeira e segunda demandadas não negaram peremptoriamente a formação de grupo econômico, sustentando apenas que a primeira ré possui "saúde financeira o suficiente para arcar com eventuais direitos reconhecido nesta reclamatória", bem como que a primeira acionada é a empregadora da recorrida (fl. 1531) e, com tal raciocínio, postularam a exclusão da segunda reclamada do polo passivo da ação.

Outrossim, apresentaram defesa e recurso ordinário conjuntos (fls. 317/401 e 1529/1552, respectivamente) e foram representadas em audiência pelo mesmo patrono e preposto (fls. 1498 /1500).

Nesse passo, deflui-se ter sido suficientemente demonstrado o entrelaçamento entre a primeira e segunda demandadas e, portanto, de rigor a manutenção da r. sentença quanto ao reconhecimento da formação de grupo econômico entre as correclamadas e, por consequência, a imputação de responsabilidade solidária ao Banco Votorantim S.A.

Rejeita-se.

2) Adicional de periculosidade

No que pertine às questões suscitadas acerca da coisa julgada, do compulsar dos autos, verifica-se que a Ação Coletiva de nº 1955-60.2014.5.02.0013 foi proposta pelo Sindicato dos Empregados em Estabelecimentos Bancários de São Paulo e Região contra a BV Financeira S/A - Crédito Financiamento e Investimento, ora reclamada.

O objeto da sobredita ação envolve o pagamento do adicional de periculosidade aos empregados da filial da recorrente em razão da instalação de tanques com inflamáveis em inobservância às normas ministeriais de nº 16 e 20. Referida ação foi julgada improcedente, sendo confirmada a r. decisão monocrática pela 6ª Turma deste e. Regional.

A acionada colacionou aos autos a sentença prolatada na Ação Coletiva, às fls. 1595/1600, bem como a decisão proferida por este e. Regional, às fls. 1601/1603 e, ainda, o andamento processual para comprovar o trânsito em julgado (fl. 1.604).

O artigo 103 ddo Código de Defesa do Consumidor dispõe que:

"Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada:

I - erga omnes, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiênciade provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico

fundamento valendo-se de nova prova, na hipótese do inciso I do parágrafo único do art. 81;

II - ultra partes, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe, salvo improcedência por insuficiência de provas, nos termos do inciso anterior, quando se tratar da hipótese prevista no inciso II do parágrafo único do art. 81;

III - erga omnes, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiartodas as vítimas e seus sucessores, na hipótese do inciso III do parágrafo único do art. 81.

§ 1º Os efeitos da coisa julgada previstos nos incisos I e II não prejudicarão interesses e direitos individuais dos integrantes da coletividade, do grupo, categoria ou classe.

§ 2º Na hipótese prevista no inciso III, em caso de improcedência do pedido, os interessados que não tiverem intervindo no processo como litisconsortes poderão propor ação de indenização a título individual".

O artigo 16 da Lei nº 7.347/1985, a qual disciplina a ação civil pública prevê:

Art. 16. A sentença civil fará coisa julgada erga omnes, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.

Portanto, com base nas legislações supra transcritas, bem como em virtude da decisão proferida nos autos da Ação Coletiva de nº 1955-60.2014.5.02.0013 e, ainda, a ocorrência do transitado em julgado, **reconheço a existência de coisa julgada.**

Por conseguinte, **dou provimento ao apelo da reclamada**, a fim de excluir da condenação o pagamento do adicional de periculosidade e reflexos.

Contudo, ainda que assim não se entendesse, o apelo da acionada deveria ser acolhido.

Com efeito, a NR 20, que versa sobre a segurança e saúde no trabalho com inflamáveis e combustíveis, sofreu alteração (item 17) e, assim, por força da Portaria nº 308, de 29/02/2012 (publicação no DOU de 06/03/2012), vê-se que foi excepcionada a necessidade de serem enterrados os tanques de superfície que armazenam o óleo diesel.

Além disso, destaca-se que a reclamante, nas funções que exerceu na demandada, **não transitava em área de risco**, assim entendida como a área interna do recinto em que os tanques estavam instalados, tampouco exercia suas atividades na região denominada bacia de segurança (NR 16, Anexo 2, item III, "a").

Destaque-se, finalmente, que o item 3, do anexo 2, da NR 16, da Portaria nº 3.214/78, não prevê que todo o local é área de risco, mas faz referência à área interna do recinto e não a todo o prédio, como ponderou a reclamada em seu arrazoado.

Desse modo, reputo que a demandante não laborou em área de risco, não lhe sendo devido, por conseguinte, o adicional perseguido.

Nesse passo, por qualquer ângulo que se analise a questão, a r. sentença moncorática merece reforma.

Em relação aos honorários periciais, como a autora é sucumbente quanto ao objeto da perícia, rearbitro os valores dos honorários, readequando-os aos limites previstos no Ato GP/CR nº 02/2016, deste e. Regional, para R\$500,00, os quais deverão ser arcados integralmente pelo e. TRT/02.

4) Intervalo do artigo 384 da CLT

O artigo 384 da CLT foi recepcionado pela Constituição Federal consoante decisão do e. Supremo Tribunal Federal e beneficia exclusivamente **mulheres**, sendo que a inobservância do intervalo mínimo de 15 (quinze) minutos nele previsto resulta o pagamento de horas extras pelo período total do intervalo.

Nesse mesmo sentido, a Súmula 28, deste e. Regional.

Por razões tais, como a recorrida preenche os requisitos legais para a percepção das horas extras decorrentes do desrespeito ao sobreditivo celetista, não há como se acolher o inconformismo recursal.

Nem se alegue a ocorrência de inobservância ao princípio da isonomia, pois, conforme máxima jurídica, "*os desiguais devem ser tratados desigualmente na medida de suas desigualdades*".

Pelos motivos expostos, desprovejo o apelo.

5) Horas extras e intervalo

Recorre ordinariamente a reclamada contra a r. sentença, alegando que (i) os

horários consignados nos cartões de ponto refletem a jornada efetivamente praticada pela laborista (ii) eventuais extraordinárias cumpridas foram devidamente contraprestacionadas (iii) o intervalo para refeição e descanso era usufruído regularmente (iv) em caso de manutenção da r. sentença, deve ser aplicada a OJ nº 394 do c. TST e aplicado o divisor 180.

À vista da r. decisão monocrática, verifica-se que a MM^a Magistrada reputou válidos os controles de ponto carreados pela demandada; contudo, como a jornada cumprida era de seis horas por dia, foram deferidas horas extras em razão da aplicação do divisor 150, bem como pela prorrogação da jornada e intervalo intrajornada, conforme apuração nos controles de jornada, com a dedução dos valores pagos sob o mesmo título.

Do compulsar dos autos, verifica-se que a demandante foi contratada para laborar seis horas por dia/30 horas por mês, com observância do intervalo legal (cláusula "i" do contrato de trabalho, fl. 404).

Os espelhos de ponto estão insertos às fls. 496/572 e, de seu exame, constata-se a existência de labor extraordinário eventual. Nos contracheques colacionados, às fls. 417/495, nota-se, ainda, o pagamento de horas extras.

Entretanto, em réplica (fls. 1379/1397), a demandante apontou a existência de diferenças. Verifique-se:

No cartão de ponto de fl. 508, vislumbra-se que o horário de trabalho da demandante era das 09:00h às 16:00h, com intervalo entre 12:00h - 13:00h; contudo, no dia 18/01, a recorrida laborou das 08:57h às 18:02h e a ré considerou como extra apenas 00:001h. Pontue-se que tal procedimento é verificado em vários outros dias.

Portanto, restou patente que, a despeito da jornada ser de seis horas por dia, a ré apenas computava as extraordinárias posteriores à oitava diária.

Dessa forma, mantenho a condenação.

No que se relaciona ao intervalo intrajornada, verifica-se que eram usufruídos regularmente, sendo certo que, quando não gozados em sua integralidade (de uma hora, conforme jornada pactuada), a pausa era de 45 a 50 minutos, do que se depreende que o objetivo legal de proporcionar ao empregado um período razoável para alimentação e repouso foi alcançado. Por tais razões, **dou provimento ao apelo**, a fim de excluir da condenação o pagamento das intervalares e, por acessórios, seus reflexos.

6) Divisor

A Subseção Especializada em Dissídios Individuais do c. TST, ao apreciar o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, autuado sob o n. 849-83.2013.5.03.0138e submetido à sistemática dos recursos repetitivos introduzida pela Lei 13.015/2014, por maioria, cristalizou entendimento no sentido de que, com base na regra geral do art. 64 da CLT, no cálculo das horas extras dos bancários devem ser observados os divisores 180 e 220, respectivamente, para as jornadas de seis e oito horas.

A ementa do citado julgamento assim encontra-se lançada:

INCIDENTE DE JULGAMENTO DE RECURSOS DE REVISTA REPETITIVOS. RECURSOS DE REVISTA REPRESENTATIVOS DA CONTROVÉRSIA. TEMA REPETITIVO Nº 0002 - BANCÁRIO. SALÁRIO-HORA. DIVISOR. FORMA DE CÁLCULO. EMPREGADO MENSALISTA. FIXAÇÃO DAS TESES JURÍDICAS, DE OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA - ARTIGOS 896-C da CLT e 926, § 2º, e 927 do CPC.

1. *O número de dias de repouso semanal remunerado pode ser ampliado por convenção ou acordo coletivo de trabalho, como decorrência do exercício da autonomia sindical.*
2. *O divisor corresponde ao número de horas remuneradas pelo salário mensal, independentemente de serem trabalhadas ou não.*
3. *O divisor aplicável para cálculo das horas extras do bancário, inclusive para os submetidos à jornada de oito horas, é definido com base na regra geral prevista no artigo 64 da CLT (resultado da multiplicação por 30 da jornada normal de trabalho), sendo 180 e 220, para as jornadas normais de seis e oito horas, respectivamente.*
4. *A inclusão do sábado como dia de repouso semanal remunerado, no caso do bancário, não altera o divisor, em virtude de não haver redução do número de horas semanais, trabalhadas e de repouso.*
5. *O número de semanas do mês é 4,2857, resultante da divisão de 30 (dias do mês) por 7 (dias da semana), não sendo válida, para efeito de definição do divisor, a multiplicação da duração semanal por 5.*
6. *Em caso de redução da duração semanal do trabalho, o divisor é obtido na forma prevista na Súmula n. 431 (multiplicação por 30 do resultado da divisão do número de horas trabalhadas por semana pelos dias úteis);*
7. *As normas coletivas dos bancários não atribuíram aos sábados a natureza jurídica de repouso semanal remunerado. MODULAÇÃO DE EFEITOS.*

Para fins de observância obrigatória das teses afirmadas neste incidente (artigos 927, IV, e 489, § 1º, VI, do CPC, 896-C, § 11, da CLT e 15, I, "a", da Instrução Normativa n. 39 deste Tribunal), a nova orientação será aplicada: a) a todos os processos em curso na Justiça do Trabalho, à exceção apenas daqueles nos quais tenha sido proferida decisão de mérito sobre o tema, emanada de Turma do TST ou da SBDI-1, no período de 27/09/2012 (DEJT em que se publicou a nova redação da Súmula 124, I, do TST) até 21/11/2016 (data de julgamento do presente IRR); b) às sentenças condenatórias de pagamento de hora extra de bancário, transitadas em julgado, ainda em fase de liquidação, desde que silentes quanto ao divisor para o cálculo. Definidos esses parâmetros, para o mesmo efeito e com amparo na orientação traçada pela Súmula n. 83 deste Tribunal, as novas teses não servirão de fundamento para a procedência de pedidos formulados em ações rescisórias.

(Relator Min. Carlos Brandão, Julgamento em 21/11/2016, Acórdão Publicado em 19/12/2016)

Desta feita, diante do teor da decisão do C. TST, que, revestida de caráter definitivo e de efeito vinculante, deve ser aplicada a todos os processos que tratam do mesmo tema (conforme modulação de efeitos decidida no mesmo julgamento), não mais remanesce qualquer discussão sobre o divisor a ser aplicado no cálculo do labor extraordinário.

Destaque-se que, nos moldes da Portaria GP nº 11/2017, deste e. Regional (de 08/02/2017), não mais persiste a suspensão dos Recursos Ordinários interpostos contra sentenças em que se discute o divisor de horas extras aplicável aos Bancários (conforme determinava a Portaria GP 15/2016 da mesma Corte).

Desta feita, exclui-se da condenação o pagamento de diferenças de horas extras decorrentes da utilização do divisor 150 e, para fins de apuração das demais extraordinárias, determino a aplicação do divisor 180.

Provejo o apelo patronal.

7) Multa normativa

A recorrente foi condenada ao pagamento de multa normativa em razão do não pagamento das horas extras.

Nesse passo, como mantida, ainda que em parte a r. sentença quanto à questão sobredita, não há falar-se em reforma.

Nego provimento.

8) Justiça gratuita

Ressalvado meu posicionamento pessoal em relação ao interesse jurídico da empresa quanto à concessão da justiça gratuita, a fim de evitar o deslocamento da Relatoria, acompanho o entendimento deste e. Turma Julgadora e, assim, conheço do tema em epígrafe.

No que pertine ao mérito da insurgência recursal, a reclamante colacionou aos autos declaração de pobreza firmada sob as penas da lei, à fl. 28, não contrariada por qualquer outra prova constante nos autos, o quanto basta ao deferimento da benesse em comento.

Desprovejo o apelo.

IV) RECURSO ORDINÁRIO DA RECLAMANTE

1) Pré-contratação de horas extras

A jurisprudência pacificada pelo Colendo TST através da Súmula nº 199 considera nulo o ajuste que, firmado na admissão do trabalhador, fixe a prestação habitual de serviço suplementar, somando-se o valor respectivo às horas normais de trabalho.

Esse entendimento leva em conta, além da habitualidade e consequente prejudicialidade do trabalho extraordinário, o fato de que, em tese, o empregado, almejando a vaga de emprego, se sujeita a todas as determinações impostas pelo empregador no ato de admissão.

Era da demandante o encargo de comprovar que desde a admissão foi ajustado o pagamento de parcela fixa a título de horas extras, a teor do disposto no art. 373, I, do NCPC e 818 da CLT. Ressalte-se recair sobre a empregadora apenas o ônus de comprovar a jornada de trabalho do período não abrangido pela prescrição, não sendo possível transferir-lhe o encargo de demonstrar a inexistência de pré-contratação das horas extras (que, na hipótese dos autos, refere-se a período prescrito), ainda mais porque a reclamante tinha plenas condições de confirmar suas alegações, colacionando aos autos

seus demonstrativos de pagamento ou através de prova oral.

De seu encargo não se desvencilhou a autora, pois não produziu uma prova sequer que corroborasse a tese lançada na inicial. E os documentos juntados pela empregadora não abrangem o período crucial para a comprovação da pré-contratação de horas extras (referentes aos primeiros meses de contrato de trabalho).

Em que pesem os demonstrativos de pagamento juntados aos autos apontarem o pagamento de horas extras, conforme visto quando da análise do apelo patronal, não há como se reconhecer a pré-contratação do labor extraordinário depois de anos de vigência do contrato de trabalho, conforme entendimento cristalizado na Súmula 39 deste E. Tribunal. Confira-se:

"Súmula 39, TST - Bancário. Acordo de prorrogação de jornada firmado após a contratação. Válido. O acordo de prorrogação de jornada do bancário firmado após a contratação é válido, já que não se trata de pré-contratação de labor extraordinário. A prestação de horas extras habituais em data anterior ao referido pacto, desde a contratação, caracteriza fraude que torna nula a avença".

Desta feita, desprovejo o apelo.

2) PLR proporcional

A MM^a Magistrada sentenciante indeferiu o pedido acerca do pagamento da PLR proporcional, sob o fundamento de que a demandante, ora recorrente, sequer colacionou aos autos as normas coletivas que sustentam a sua pretensão.

Em seu apelo, a recorrente nada falou sobre o fundamento exposto na origem.

Do compulsar dos autos, não se verifica, de fato, a juntada da norma coletiva que lastrearia o petitório autoral, obstaculizando o estudo da questão, bem como a pertinência do pedido.

Nego provimento.

V) ACÓRDÃO

ACORDAM os Magistrados da 18^a Turma do Tribunal Regional do Trabalho em: **CONHECER** dos apelos interpostos e, no mérito, **DAR PARCIAL PROVIMENTO ao das reclamadas**, a fim de **EXTINGUIR SEM JULGAMENTO DO MÉRITO** o pedido de pagamento de adicional de periculosidade e reflexos, bem como para excluir da condenação as horas extras decorrentes da aplicação do divisor 150 e as intervalares, bem como determinar a aplicação do divisor 180 para o cálculo das extraordinárias deferidas e **NEGAR PROVIMENTO ao da reclamante**, nos termos da fundamentação.

Os honorários periciais, fixados em R\$ 500,00, deverão ser arcados integralmente pelo e. TRT/02.

Mantém-se a sentença em seus demais termos, inclusive quanto aos valores da condenação e custas processuais.

As partes atentarão ao art. 1.026, parágrafo segundo, do NCPC, bem como aos artigos 80 e 81 do mesmo diploma legal, não cabendo embargos de declaração para rever fatos, provas e a própria decisão. Nada mais.

Votação: unanimidade de votos.

Presidiu a sessão o Exmo. Desembargador Sergio Pinto Martins.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Magistrados Waldir dos Santos Ferro (relator), Luís Augusto Federighi e Sergio Pinto Martins.

Presente o I. Representante do Ministério Público do Trabalho.

WALDIR DOS SANTOS FERRO

Juiz Relator

dvs/03

Assinado eletronicamente por: WALDIR DOS SANTOS FERRO - 02/10/2019 15:42:45 - 8da37be
<https://pje.trtsp.jus.br/segundograu/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam?nd=18080609111784100000033603917>
Número do processo: 1001628-65.2016.5.02.0066
Número do documento: 18080609111784100000033603917

