



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

PROCESSO TRT/SP Nº 1000332-45.2018.5.02.0710

RECURSO ORDINÁRIO - 13^a Turma

RECORRENTES: _____ e BV FINANCEIRA S/A. - CRÉDITO, FINANCIAMENTO E INVESTIMENTO e OUTRO (BANCO VOTORANTIM S/A) RECORRIDOS: OS MESMOS

ORIGEM: 10^a Vara do Trabalho de São Paulo - Zona Sul

RELATOR: ROBERTO BARROS DA SILVA

RELATÓRIO

Recurso ordinário interposto pela reclamante buscando a condenação de pagamento de adicional de periculosidade e reflexos; seja reconhecida a pré-contratação de horas até abril/2014 e condenar no pagamento de duas horas extras fixas diárias; sejam os sábados considerados para o cálculo dos DSR.

Recorrem também as reclamadas buscando seja reconhecido o exercício de cargo de confiança (§ 2º, do artigo 224 da CLT) para o período de Maio de 2014 a Agosto de 2016, afastando a condenação de pagamento de horas extras e reflexos; enquadramento da autora no Artigo 62, II da CLT para o período de 01/09/2016 até a rescisão contratual, ou se assim não for entendido busca a limitação da jornada com base na confissão da obreira conforme termo de audiência; afastar a aplicação do índice IPCA para a correção monetária; condenação do recorrido ao pagamento dos honorários sucumbências de 15% (quinze por cento), nos termos do artigo 791-A, da CLT.

Embargos de declaração opostos pelas reclamadas (fl. 1941 do pdf) e pela reclamante (fl. 1945 do pdf). Acolhidos para prestar esclarecimentos (fl. 1949 do pdf).

Contrarrazões apresentadas (Id 4aeeab8 e Id ede1eb4).

Dispensado o parecer do Ministério Público.

VOTO

Conheço dos apelos, eis que presentes os requisitos legais de admissibilidade.

I - RECURSO DA RECLAMANTE

Do adicional de periculosidade - Assevera a recorrente que a O MM. Juízo "a quo" indeferiu o pleito de pagamento do adicional de periculosidade, não obstante o laudo pericial tenha apontado pela periculosidade no local de trabalho da recorrente e cuja retificação deu-se com base em Ata Notarial, produzida unilateralmente pela recorrida, e trazida aos autos somente após a realização da perícia, evidenciando o desacerto da retificação e por corolário o desacerto do julgado. Pugna pela reforma.

Vejamos. Inicialmente não há lacuna para cogitar nulidade da retificação da conclusão pericial em razão do alegado "exame unilateral" porquanto a simples juntada daquela ata produzida pelas recorridas, sem a participação da parte autora, por si só, não desabona o seu conteúdo, mormente porque tal prova veio aos autos em resposta ao despacho para as partes manifestarem-se sobre o laudo pericial apresentado (de forma legítima, portanto), e porque a reclamante foi regularmente intimada para manifestar-se acerca dos esclarecimentos periciais, os quais retificaram a conclusão pericial (Id 1416918), mas, contudo, não trouxe qualquer elemento que pudesse infirmar o conteúdo daquela (Ata). Aliás, a bem da verdade a reclamante não apresentou qualquer manifestação. Logo, nenhuma sombra paira sobre a validade da prova técnica e da conclusão a que chegou. Rejeito.

Pontuo ainda, por relevante e didático, que nada obstante a

necessária produção de prova técnica para o deslinde da controvérsia em discussão, a análise e consideração dos relatos técnico-científicos, ficam mesmo a cargo do juiz. Note-se. O instrumento vale pelas informações que contém, não pela autoridade de quem o subscreveu, eis que o perito é um auxiliar da Justiça e não um substituto do juiz na apreciação do evento probando.

Feitos estes apartes, o que dos autos conta não autoriza, de fato, outro entendimento se não o adotado pelo Juízo de origem. Explico.

A perícia judicial constou inicialmente em seu trabalho, realizado na data de 04.04.2018, que os locais indicados no item 6 (fl. 1812 do pdf) passaram por reforma em outubro de 2017, conforme visita aos locais e relato do Sr. Fernando Cavalcanti - Oficial de Eletricista, concluindo por conta daqueles informes que havia atividade em área de risco de risco acentuado (fl. 1820 do pdf).

Todavia, há trabalho técnico nos autos que contrapõe a conclusão supra, fls. 747/771 do pdf, especialmente porque produzido antes das alterações promovidas anunciadas pela Vistoria Judicial, bem assim também, o laudo assistente apresentado como impugnação ao laudo dos autos (fl. 1780 e seguintes), que, cabe aqui registrar, não ficou limitado a meras refutações, já que veio com elementos técnicos e didáticos (inclusive registro fotográfico e croquis). Isso sem falar na Ata Notorial (cuja legitimidade e eficácia não foram abaladas, conforme já visto acima), espancando eventuais dúvidas acerca da total ausência de labor em área de risco acentuado (fato que, inclusive, a leitura do item 9 à fl. 1816 do pdf já deixava bastante delineado antes mesmo da juntada da referida Ata) que teimassem permanecer.

De importância ímpar é manter em vista que a expressão "em recinto fechado" deve ser considerada em seu sentido estrito: área delimitada ou dentro de certos limites; sala; cômodo, construída com o objetivo primordial de acondicionar combustíveis, e também, que a alteração introduzida à NR 20 (em fevereiro/2012,), conforme já dito anteriormente, afastam um pouco mais a aplicabilidade da conclusão pericial dos presentes autos.

Interessante consignar também, com fito a não dar margem a questionamentos futuros, que a despeito de a interpretação restritiva de que o adicional em tela seria devido apenas aos "trabalhadores da área de operação" envolvidos nas "atividades de transporte e armazenamento de inflamáveis líquidos" não permanecer viva diante da alínea "e" do Anexo 2 da norma regulamentadora, referindo: "*quaisquer outras atividades de manutenção ou operação, tais*

como: serviço de almoxarifado, de escritório, de laboratório de inspeção de segurança, de conferência de estoque, de ambulatório médico, de engenharia, de oficinas em geral, de caldeiras, de mecânica, de eletricidade, de soldagem, de enchimento, fechamento e arrumação de quaisquer vasilhames com substâncias consideradas inflamáveis, desde que essas atividades sejam executadas dentro de áreas consideradas perigosas (...)", chamo a atenção que tal circunstância harmoniza-se com a OJ 385 do C. TST, abaixo transcrita, somente em caso de desrespeito aos limites legais, fato não encontrado na hipótese aqui analisada.

385. Adicional de periculosidade. Devido. Armazenamento de líquido inflamável no prédio. Construção vertical.

É devido o pagamento do adicional de periculosidade ao empregado que desenvolve suas atividades em edifício (construção vertical), seja em pavimento igual ou distinto daquele onde estão instalados tanques para armazenamento de líquido inflamável, em quantidade acima do limite legal, considerando-se como área de risco toda a área interna da construção vertical.

Pontuo, porquanto elemento substancial do quanto fundamentado até aqui, que sempre foi entendimento pessoal deste Relator que laborar nos andares outros do edifício que não o da instalação do tanque não legitima o benefício legal, pois é elastecer demasiadamente o âmbito de incidência da norma. Tenho a firme convicção que "prédio de armazenamento de inflamáveis" deve ser considerado em seu sentido estrito: edificação construída com o objetivo primordial de acondicionar combustíveis.

Neste contexto, não encontro elementos que desautorizem a improcedência do pleito vindicado pela autoria, como feito pelo Juízo de primeira instância, especialmente quando, repiso, há nos autos abundância de elementos que alicerçam referida rejeição. Rejeito o apelo, inclusive pelos honorários periciais, eis que a sucumbência na pretensão objeto da perícia ficou mesmo com a autora.

Da pré contratação de horas extras - Reitera a recorrente que até abril/2014 as horas extras eram pagas em pré-contratação de horas, cuja demonstração está nos holerites juntados (onde consta número de horas extras superior a 42 horas extras mensais até abril/2014), e dessa forma, as duas horas extras diárias pagas mensalmente de forma fixa até abril/2014 devem integrar o salário da recorrente para compor a base de cálculo das horas extras excedentes da sexta diária.

Sem razão. A condenação dita que do período imprescrito até agosto/2016 (estando, portanto, o período reclamado no apelo aí inserido) são devidas horas extras excedentes da 6^a hora diária, observando-se a evolução salarial da obreira, o que alcança os valores das duas horas vindicadas, já que a compensação deferida, por sua vez, alcança somente as horas excedentes da oitava hora diária (exatamente como apontado em réplica pela autora - fl. 1756 do pdf, segundo parágrafo dos itens 1 e 2). Rejeito.

Dos sábados como DSR - Assevera a recorrente que o indeferimento dos reflexos das horas extras nos sábados aplicando a Súmula 113, do C. TST, não tem lugar, uma vez que o parágrafo 1º, da cláusula 8^a das convenções coletivas de trabalho juntadas aos autos, dispõe expressamente que "*Quando prestadas durante toda a semana anterior, os bancos pagarão, também, o valor correspondente ao repouso semanal remunerado, inclusive sábados e feriados.*". Pugna pela reforma.

Com razão. Os reflexos das horas extras em sábados estão previstos nas normas coletivas da categoria, o que afasta a aplicação da Súmula 113 do C. TST. Provejo para deferir.

II - RECURSO DAS RECLAMADAS

Do Cargo de Confiança. Art. 224, § 2º, da CLT. Período de Maio de 2014 a Agosto de 2016 - Aduzem as recorrentes que no período em tela a autora ativava-se como Especialista em Cartões, e por não ser uma financeira/bancária comum (caixas/escriturários), estava inserida na exceção do §2º do art. 224 da CLT, não fazendo jus ao pagamento de horas extras a partir da 6^a hora diária. Pugnam pela reforma.

Pois bem. Colhe bons frutos o empenho das recorrentes em defesa de sua tese. Explico. A autora em depoimento pessoal admitiu "que como especialista de cartões a depoente fazia sugestão de estratégia do ciclo de vida de cartões de crédito, o que era submetido para sua gerente para aprovação e depois para a área de cartões". E, ter autonomia para ofertar propostas estratégicas me parece circunstância bastante indicativa da qualificação da funcionária como detentora de confiança especial, diferenciada daquela inerente a qualquer contrato de

trabalho. Veja-se ainda, que na hipótese temos preenchido o recebimento de remuneração superior ao dobro do piso da categoria.

Adicione-se também a autoavaliação da autora apresentada no documento de fl. 737 do pdf, anunciando "executar a gestão de todo o processo para garantir sucesso das ações" (quando em foco o cliente).

Neste contexto, não convencido da veracidade da tese obreira, especialmente porque o conjunto probatório não trouxe demonstração, sequer por indícios, de que a nomenclatura do cargo, se tratava apenas de maquilagem com vista a obstar um direito, não comungo do entendimento do Juízo *a quo*, pelo que provejo o apelo para reconhecer o legitimo exercício de cargo de confiança (§2º do art. 224 da CLT) no período de maio/2014 até agosto/2016, excluindo, via de consequência, o pagamento de horas extras a partir da 6ª hora diária, e reflexos acessórios. Reformo.

Da exceção do Artigo 62, II da CLT. Período de 01/09/2016 até a rescisão contratual - Afirmam as recorrente que no período em tela a recorrida atuou como Especialista CRM e as atividades desempenhadas por tal profissional se revestem de extrema fidúcia, já que exige do empregado amplos conhecimentos do mercado financeiro e capacidade de gestão de clientes de grande exponencial financeiro, não sendo diferente para a autora, inclusive como fica bem demonstrado pela autoavaliação da mesma, bem como pelo fato de estar subordinada diretamente à maior autoridade máxima (Sra. Cristiane), associado ao fato de ser a única especialista na área (como afirmado pela própria reclamante), e, pelo padrão salarial percebido. Pugnam pois, pelo reconhecimento da exceção invocada e exclusão da condenação de pagamento de horas extras e reflexos.

Prospera a irresignação. Explico. Contestando a pretensão obreira a peça defensiva alega que "*A partir setembro de 2016, a reclamante exerceu a função de Especialista de CRM, a qual era responsável pela estratégia de comunicação de TODOS os produtos financeiros, dentre outras atividades*" (fl. 350 do pdf, item 47), circunstância reconhecida pela obreira quando de sua autoavaliação: "*(...) atualmente estou na área de CRM e sou responsável pela estratégia de comunicação de todos os produtos financeiros (...)*", fl. 458 do pdf.

Por outro lado a tentativa da autora em desqualificar a passagem para

a nova área como sendo um "up" de patamar ao declarar em juízo que "*não houve alteração em sua atividade quando foi para a área CRM*" (fl. 1880 do pdf), naufraga diante dos termos, novamente, de sua autoavaliação: "*Este ano foi me dada, primeiramente a responsabilidade de fazer a gestão de estratégia do produto CP, mas com um modelo de trabalho diferente do qual venho atuando em cartões, (...). Atualmente mudou o foco das minhas atividades novamente e agora sou responsável também por todas as comunicações de todos os produtos financeiros, volume de trabalho grande, mas me classifico dentro da expectativa, há oportunidade de melhoria neste processo, para estar no patamar de superação.*", fl. 457 do pdf.

Continuo. Segundo afirmativa da própria obreira, era ela a única especialista na área CRM e segundo a testemunha da defesa, Sr. Gustavo, era a autora subordinada à autoridade máxima da área: "*acima da reclamante estava Cristiane Nagashima, a quem a reclamante era subordinada; que não havia supervisor entre a reclamante e Cristiane*". Ficou evidenciado também que a autora estava colocada na organização empresarial no mesmo grau de destaque que o gestor máximo da área, pois o Sr. Gustavo assim declarou: "*que já havia uma regra de quantos dias de trabalho remoto cada cargo teria por semana; que a reclamante tinha 1 dia remoto por semana; que Cristiane também tinha 1 dia de trabalho remoto*". Há também, a declaração do Sr. Gustavo quanto ao governo da autora: "*que a reclamante tinha autonomia para criar e sugerir as coisas*", cuja complementação feita: "*mas sempre com o aval da gestora Cristiane*", em nada retira o destaque da trabalhadora na dinâmica empresarial já que o aval vinha da autoridade máxima e chefe imediata.

Há ainda que se pautar no que revelam os comprovantes de pagamento, trazendo ao cenário indicação inequívoca o destaque salarial da autora, e, lado outro, que não há nenhum elemento que revele (ônus da autoria), sequer por indícios, que a nomenclatura do cargo, se tratava apenas de "máscara" com vista a obstar um direito.

Por fim, mas de suma relevância, chamo a atenção que no direito do trabalho prevalece a realidade contratual, e, por oportuno e didático, relembro que tal princípio informador desta Especializada - princípio da primazia da realidade - é uma via de mão-dupla, ou seja, pode beneficiar tanto o autor como o réu, pois opera em favor do justo.

Neste contexto, estou convencido de que a pretensão pelo

reconhecimento da exceção do artigo 62, II, da CLT encontra campo fértil para instalar-se e prosperar. Provejo o apelo para afastar a condenação de pagamento de horas extras e reflexos pelo período de 01/09/2016 até a rescisão.

Via de consequência, o provimento ao apelo autoral (reflexos de horas extras em sábados) resta totalmente prejudicado.

Do IPCA - Considerando o quanto fundamentado e decidido, a questão mostra-se prejudicada, eis que, com o provimento do apelo patronal de exclusão das condenações de pagamento de horas extras e reflexos o julgado fica reformado para improcedente, não havendo legitimo interesse quanto ao índice de atualização monetária.

Dos honorários advocatícios sucumbenciais - Buscam as recorrentes a condenação da reclamante no pagamento de honorários advocatícios sucumbenciais no importe de 15% sobre o valor da causa, em caso de reforma do julgado para improcedente.

Bem. A presente demanda foi ajuizada quando já estavam em vigor os ditames da Lei 13.467/2017 (Id 1090ceb), autorizando a aplicação do estabelecido no art. 791-A da CLT. A ação foi reformada para improcedente cabendo a exclusão da condenação das recorrentes e a manutenção da condenação da autora em honorários advocatícios sucumbenciais, cujo percentual fixado na origem é aqui mantido, reformando-se apenas a base de cálculo, a qual deverá considerar o valor atualizado da causa.

Para finalizar, à autora foram deferidos os benefícios da justiça gratuita e analisando sob este prisma, importa uma breve consideração: Àquele que é pobre, a assistência é integral e gratuita, e sendo assim, não se pode excluir de tal assistência os honorários advocatícios. Então, à luz do art. 5º, LXXIV, da Constituição Federal, a expressão "...créditos capazes de suportar a despesa..." deve ser interpretada como um valor apto a retirar o beneficiário da justiça gratuita da condição de pobreza, revogando o benefício (ainda que tacitamente) de forma tal que torne a parte competente para custear os honorários advocatícios.

Assim colocado, presentes os requisitos autorizadores da suspensão da exigibilidade do §4º do artigo consolidado em questão, cujo teor transcreve-se abaixo:

Vencido o beneficiário da justiça gratuita, desde que não tenha obtido em juízo, ainda que em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa, as obrigações decorrentes de sua sucumbência ficarão sob condição suspensiva

de exigibilidade e somente poderão ser executadas se, nos dois anos subsequentes ao trânsito em julgado da decisão que as certificou, o credor demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade, extinguindo-se, passado esse prazo, tais obrigações do beneficiário.

Fica pois aplicada a condição suspensiva de exigibilidade. Caberá ao credor (advogado das réis) alegar e provar, no prazo de dois anos, a alteração da condição de pobreza da autora. Findo este prazo a inexigibilidade passa a ser permanente. Reformo.

Conclusão do recurso

PROVIDO EM PARTE O APELO PATRONAL

REFORMADA PARA IMPROCEDENTE

PREJUDICADO O PROVIMENTO DO APELO AUTORAL

DISPOSITIVO

Posto isto,

Acordam os magistrados da 13ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da Segunda Região em POR UNANIMIDADE DE VOTOS, conhecendo dos recursos ordinários interpostos pela reclamante e pelas reclamadas, **dar parcial provimento** ao apelo das reclamadas para excluir a condenação de pagamento de horas extras e reflexos e via de consequência dar prejudicado o provimento do apelo autoral (reflexos de horas extras em sábados), reformando para **improcedente** a ação, nos moldes da fundamentação supra. Honorários advocatícios de sucumbência pelas reclamadas são indevidos. Honorários advocatícios de sucumbência pela autora são devidos ao patrono das réis no percentual de 5% sobre o valor atualizado da causa, ficando sua exigibilidade suspensa nos termos do §4º do artigo 791-A da CLT. Custas processuais pela reclamante, de cujo recolhimento fica isenta diante da condição de beneficiária da justiça gratuita.

As partes atentarão para o não cabimento de embargos declaratórios com vista a rever provas, fatos ou a própria decisão, sob a pena de ficarem sujeitas à aplicação § 2º do artigo 1.026 do CPC. Nada mais.

Presidiu o julgamento, a Excelentíssima Senhora Desembargadora CÍNTIA TÁFFARI.

Tomaram parte no julgamento os Excelentíssimos Senhores Magistrados Federais do Trabalho ROBERTO BARROS DA SILVA (Desembargador Relator), FERNANDO ANTONIO SAMPAIO DA SILVA (Desembargador Revisor) e TANIA BIZARRO QUIRINO DE MORAIS (Terceira Magistrada Votante).

Presente o(a) ilustre representante do Ministério Público do Trabalho.

Sustentou oralmente, Dr. JOÃO EXPEDITO CARVALHO OLIVEIRA.

2

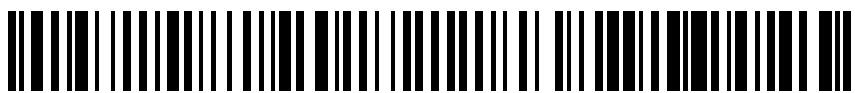
ROBERTO BARROS DA SILVA
Desembargador Relator

VOTOS



Assinado eletronicamente. A
Certificação Digital pertence
a:

**[ROBERTO BARROS DA
SILVA]**



19052009084525100000047344243



Documento assinado pelo Shodo

[https://pje.trtsp.jus.br
/segundograu/Processo
/ConsultaDocumento
/listView.seam](https://pje.trtsp.jus.br/segundograu/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam)