



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA DO TRABALHO
PROCESSO JUDICIAL ELETRÔNICO - PJE
4ª TURMA

Relator: PAULO SERGIO JAKUTIS

ROT 1001341-81.2019.5.02.0039

RECORRENTE: MICHELE GOMES FRANCO E OUTROS (2)

RECORRIDO: MICHELE GOMES FRANCO E OUTROS (2)

RELATOR JUIZ PAULO SÉRGIO JAKUTIS

PROCESSO TRT/SP N° 1001341-81.2019.5.02.0039

RECURSO ORDINÁRIO

RECORRENTE: MICHELE GOMES FRANCO , ITAU UNIBANCO S.A.

RECORRIDO: MICHELE GOMES FRANCO , ITAU UNIBANCO S.A.

ORIGEM: 39ª VARA DO TRABALHO DE SÃO PAULO

EMENTA

RELATÓRIO

Recorrem as partes em destaque buscando a modificação da sentença de origem, naquilo em que esta foi desfavorável a elas. Deu-se oportunidade de manifestação à outra parte. É o relatório. Decido.

FUNDAMENTAÇÃO

VOTO

Conheço os recursos, eis que presentes os requisitos legais.

Em razão de critérios de prejudicialidade, examine-se, primeiramente, o apelo da reclamada.

I - Preliminarmente

Fica informado, desde logo, que os números de folhas referidos no voto consideram a apresentação do PDF, formado pelo sistema PJE, em ordem crescente.

MÉRITO

II - Recurso da reclamada

1 - DAS HORAS EXTRAS - CARGO DE CONFIANÇA - GERENTE DE RELACIONAMENTO EMPRESAS E GERENTE DE RELACIONAMENTO NEGÓCIOS EMPRESAS TRÊS - DO ENQUADRAMENTO NO ART. 224, §2º, DA CLT

Doutrina e jurisprudência debatem-se, há anos, com uma dificuldade que, ao que tudo indica, vai continuar nos assombrando, ainda por algum tempo: qual é o alcance do parágrafo 2º do art. 224, da CLT?

Todos sabem que o empregado só pode ser empregado se gozar de certo grau de confiança do empregador. Pensar-se que o trabalhador comum é alguém de quem o empregador desconfia sempre e sistematicamente é, simplesmente, fechar os olhos para o que acontece no dia a dia de milhares de relações de trabalho/emprego que nos cercam, por toda parte. Se é assim, ninguém pode concluir que a regra seja a existência de contratos sem nenhum grau de confiança entre as partes.

Por outro lado, o artigo 62, II, da CLT, ressaltou a existência de empregados que gozam de uma confiança especial. Nestes, o empregador não apenas confiaria para convidá-los a adentrarem e participarem da empresa, mas colocaria sobre eles um grau de confiança tão elevado que, verdadeiramente, tais empregados se apresentariam, por vezes, no próprio lugar do empregador, representando-o e falando por ele.

Dentre esses dois graus de confiança, surge, então, o parágrafo 2º do art. 224, da CLT, que todos percebem como algo diferente do que existe nos dois extremos. Não se está nem em um padrão de confiança normal, às relações de trabalho, nem num nível extremamente elevado, de (quase completa) substituição do empregador. Mas que grau seria esse, então? Como defini-lo?

Vários doutrinadores - muito respeitáveis - apresentaram tentativas de fixação dessa confiança intermediária, sem, entretanto, conseguir arrebatar a jurisprudência. Não há súmula do TST, v.g., dispondo quais os requisitos que poderiam nos levar ao seguro enquadramento no referido parágrafo e, da mesma forma, o parágrafo segundo, do art. 224, permanece inalterado há anos, desafiando, como esfinge, a todos que pretendem decifrá-lo.

Mas os casos vão se sucedendo e os julgadores são obrigados a tentar resolver o enigma, porque, a eles, não se dá opção, na medida em que a lei impede o *non liquet*. E se é assim, nada melhor do que começarmos essa nova tentativa, reproduzindo o núcleo dessa celeuma. Ei-lo: "*Art. 224, § 2º As disposições deste artigo não se aplicam aos que exercem funções de direção, gerência, fiscalização, chefia e equivalentes ou que desempenhem outros cargos de confiança desde que o valor da gratificação não seja inferior a um terço do salário do cargo efetivo.*"

Como se pode perceber pela mais superficial leitura do dispositivo acima transcrito, o legislador não definiu o que seria a confiança, destacada por ele como impedimento ao enquadramento no *caput*, mas se limitou a relacionar funções que, como regra, são tidas como de confiança especial

E é essa e tão somente essa a ferramenta que tem, o intérprete, para resolver o mistério.

Por todas essas circunstâncias, tenho decidido reiteradamente com base no que me parece ser uma espécie de farol para singrar esse mar de dificuldades, que nada mais é do que uma semelhança forte, existente entre a conceituação do artigo 62, da CLT, e o parágrafo 2º, do art. 224 desse mesmo diploma, e dela me valho, também aqui, na busca de entender este último dispositivo. **Refiro-me à função de gestão.**

O que dá a confiança excepcional ao trabalhador, nas funções de gerente, chefia e equiparadas, assim como ao trabalhador enquadrado no artigo 62, II, da CLT, é o fato de que este pode, de alguma forma, contribuir DECISIVAMENTE para o sucesso, ou fracasso do negócio. Esse *status* é fácil de ser percebido no trabalhador enquadrado no artigo 62, II, da CLT, na medida em que este toma decisões, como fosse o próprio empregador. Quanto aos demais, porém, a única forma de concluir que a gestão ocorre, quero crer, se dá quando o trabalhador desempenha funções que podem, dentro dos limites da competência dele, comprometer todo o negócio do empregador. Nesse contexto, gestão, portanto, significa direção, autonomia (em certa medida, para o par. 2º do 224 e quase total, para o art. 62, II) e, principalmente, risco.

Voltemos, agora, nossos olhos para o caso dos autos.

O apelo busca a reforma da sentença - que considerou a reclamante enquadrada na cabeça do artigo 224 da CLT - aduzindo que reclamante era gerente de contas, além de a testemunha convidada pelo banco ter confirmado que a demandante "... **possuía procuração com poderes para assinar documentos e representar o Recorrente; que possuía acesso aos dados dos clientes, destacando-se inclusive, os restritivos cadastrais; que poderia pagar cheques sem provisão de fundos; e que poderia negar a abertura de contas de não achasse condizente.**"

Ora, a própria testemunha confirmou que a procuração só poderia ser utilizada se a reclamante assinasse com outra pessoa, fato que, indiscutivelmente, demonstra que o banco não confira tanto assim na reclamante, pois exige a presença de outro trabalhador para que o ato seja válido. Da mesma forma, conquanto a ré não tenha demonstrado que a autora acessava informações que, de alguma forma, pudesse colocar em risco a atividade empresarial do banco, ficou comprovado que os assistentes de gerentes (como o nome explica, assistente é aquele que atua de forma complementar, não sendo definidor, mas apenas implementador de comandos derivados de outrem, figuras que, portanto, não poderiam ser considerados como encarregados de gestão, no sentido exposto nas linhas precedentes) também tinham o mesmo acesso a informações que estavam ao alcance da demandante, O pagamento de cheques, como é do conhecimento de todos que têm contas em bancos, dependia do atendimento de requisitos fixado pelo sistema informatizado da ré (segundo a testemunha convidada pelo próprio banco "que poderiam pagar cheques sem provisão de fundos se estivesse na alçada atribuída pelo sistema"). Finalmente, a possibilidade da reclamante negar a abertura de contas não implica em demonstração de nenhuma fidúcia especial.

Una-se esse grupo de situações à percepção de que ficou fora de dúvidas que a reclamante não contava com poder disciplinar sobre os demais trabalhadores e, além disso, foi objeto de investigação estranhíssima (o banco obrigou a trabalhadora a justificar a movimentação feita por ela na conta corrente que mantinha no reclamado, como se detalhará na análise do apelo da autora) realizada pela reclamada, e chegaremos, inevitavelmente, à conclusão a que chegou a origem, isto é, que a reclamante não poderia mesmo ser considerada como empregada de confiança especial, de nenhuma forma.

Sentença mantida.

2 - DA COMPENSAÇÃO DA GRATIFICAÇÃO DE FUNÇÃO - APLICAÇÃO

DA CLÁUSULA 11ª, PARÁGRAFO 1ª, DA CONVENÇÃO COLETIVA DE TRABALHO 2018/2020

Se bem entendi este longo item do apelo, o que o banco recorrente quer, aqui, é que a) se aplique a cláusula 11 da CCT de 2018 em todo o contrato (mesmo para o período anterior à vigência da norma) e b) que não seja computado na base de cálculo das horas extras a gratificação de função, que seria objeto de compensação com as horas extras deferidas pela origem.

Sem razão.

A própria norma coletiva que o recorrente quer ver aplicada, fixa, na cláusula 8 (fls. 662 - **Parágrafo segundo** - O cálculo do valor da hora extra será feito tomando-se por base o somatório de todas as verbas salariais fixas, entre outras, ordenado, adicional por tempo de serviço, gratificação de caixa e gratificação de compensador.), que a gratificação de função é parte da base de cálculo das horas extras, razão pela qual a pretensão não poderia ser atendida. De igual maneira, a retroatividade da cláusula coletiva para período anterior à vigência declarada pelas partes é situação que não tem previsão no pacto coletivo e, por conta disso, não pode ser atendida.

Nega-se provimento ao apelo.

3 - DA BASE DE CÁLCULO DAS HORAS EXTRAS. SUMULA 264 DA CLT.

Recorrente pretende que a base de cálculo das horas extras desrespeite o entendimento consagrado pela súmula 264, do TST, ficando reduzida ao salário base e comissão de cargo. Como dito no item anterior, as cláusulas normativas da categoria não apenas não prestigiam essa pretensão, como, expressamente, dispõem que "[O] cálculo do valor da hora extra será feito tomando-se por base o somatório de todas as verbas salariais fixas...". Portanto, a norma coletiva não contraria a lei e esta, como termos da interpretação consagrada no balizador 264, impede o acolhimento do inconformismo recursal.

Sentença mantida.

4 - HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS

Fica mantida a sentença no que toca à condenação da reclamada ao pagamento de honorários de 10% em favor do reclamante, vez que o percentual está fixado de acordo com critérios de razoabilidade proporcionalidade ao serviço realizado nos autos.

Quanto à pretensão de condenação do reclamante ao pagamento de honorários em favor da ré, não há interesse para recorrer, vez que a sentença já deferiu o pleito. Sem embargo disso, como se verá na análise a ser feita quando do exame do apelo do autor, o trabalhador não deve ser condenado a pagar honorários, nestes autos.

III - Recurso da reclamante

1 - Equiparação salarial

Reclamante argumenta que o banco reconheceu a mesma nomenclatura de funções entre ela e paradigma a partir de dezembro de 2017 e, por conta disso, caberia ao reclamado demonstrar a diferença de funções que justificariam o salário diferenciado.

A sentença assim se pronunciou sobre o tema:

No caso em tela, a reclamante afirmou que a partir de dezembro de 2017 passou a exercer as mesmas atividades que o Sr. Rafael Lopes, afirmando que este ganhava R\$ 1.200,00, por mês a mais que ela. Pleiteia o reconhecimento da equiparação salarial e pagamento dos reflexos.

Em contestação, a reclamada rechaçou a pretensão do reclamante, alegando que o paradigma Rafael Lopes foi contratado com vasta experiência do mercado, sendo que ele possuía certificação (CPA20) em relação à parte reclamante (CPA10).

A testemunha ouvida pela reclamante, Sra. Adriana, afirmou que "trabalhou com a reclamante na agência 190, de julho de 2015 a março de 2016; que a depoente era gerente; que a depoente trabalhou com o paradigma e fazia as mesmas funções que ele e a reclamante; que a depoente tinha carteira de cliente para definição de metas, mas qualquer gerente poderia atender os clientes desta carteira, inclusive de gerente de outra faixa de renda;..."

A testemunha da reclamada nada versou acerca da suposta equiparação salarial.

Analizando o pedido formulado pela reclamante e o depoimento prestado por sua testemunha, verifico que o pedido refere-se a período a partir de dezembro de 2017, sendo que a testemunha, embora afirme que reclamante e paradigma exerciam a mesma função, trabalhou com a reclamante de julho de 2015 a março de 2016.

Sendo assim, reputo que a reclamante não logrou êxito em comprovar a identidade de funções pelo período pleiteado e diante disso, não reconheço a equiparação salarial e julgo improcedentes os pedidos de equiparação salarial e reflexos postulados.

Como se vê, a tese recursal ataca a interpretação dada pela origem à questão do ônus da prova, *in casu*.

Vejamos:

Conforme fl. 484, o paradigma (Rafael de Souza Andrade) teve como funções: a) gerente negócios empresa III desde 04/12/2017 até 01/07/2019 quando passou a b) gerente negócios empresa II.

Já reclamante, nos termos da ficha de registro de fl. 204, tornou-se gerente de negócios empresas III (mesma função do paradigma) em 01/12/2016, ou seja, quase um ano antes do modelo.

Portanto, a identidade de funções está comprovada pela própria prova documental, apresentada pela reclamada, naquilo que se pode esperar que a trabalhadora prove (art. 818 da CLT). Caberia à ré, como acertadamente afirma o apelo, infirmar a identidade de funções que decorre da identidade de postos de trabalho, ou, ainda, apresentar fatos que pudessem caracterizar situações impeditivas, modificativas, ou extintivas do direito da autora.

Entrementes, como a sentença relata, a testemunha convidada pelo banco nada disse sobre a questão da equiparação, sendo certo que a alteração de função do modelo só ocorreu em 2019, permanecendo, de forma comprovada nos autos, a partir de final de 2017 até essa promoção, nas mesmas funções da reclamante.

Ressalto ainda, por relevante, que a alegação da ré de que o paradigma e reclamante tratavam de clientes como porte diverso - os do modelo com faturamento anual maior do que aqueles da carteira da autora --, não me parece capaz de gerar, *per si*, distinção que justifique pagamento salarial diverso aos trabalhadores, na medida em que não há, necessariamente, nessa condição uma consequência de maior esforço, ou

responsabilidade (a carteira com clientes de faturamento menor pode ter maior número de clientes e redundar, v.g., em valor equivalente ao de uma carteira com clientes de faturamento maior, mas com menor número de empresas). Demais disso: a) tal distinção não restou comprovada; b) se provada, seria irrelevante, porque a testemunha convidada pela obreira confirmou que "*...que a depoente tinha carteira de cliente para definição de metas, mas qualquer gerente poderia atender os clientes desta carteira, inclusive de gerente de outra faixa de renda;*"

Por fim, os diferenciais que o reclamado aponta para justificar salários diversos não estão enquadrados nas exceções legais. Dizer-se, como diz o banco, que o paradigma veio de outras empresas já com anos de experiência, ou que este contava com formação diferenciada, não permite concluir pela possibilidade de salário distinto com a autora, na medida em que não restou demonstrado que, enquanto exercendo as mesmas funções da obreira, o modelo fizesse uso quer da formação aprimorada, quer da experiência distintiva, para obter melhores resultados no trabalho.

Destarte, a conclusão que se impõe é que o banco não desbastou a presunção de identidade de função decorrente da nomeação idêntica de cargos e, por conta disso, a reforma demandada pela autora deve ser acolhida.

Dá-se, pois, provimento ao apelo, reconhecendo que reclamante tem direito a receber, a partir de dezembro de 2017, a mesma remuneração (salário + gratificação de função) do paradigma, concedendo-lhe, assim, as diferenças salariais dessa época até o desligamento, com os reflexos indicados na exordial (os valores decorrentes da promoção de 2019, do modelo, não serão considerado)

O apelo fica acolhido.

2 - Dedução de gratificação

Tem razão, a reclamante, mais uma vez.

A sentença, com base na conhecida cláusula 11 da CCT dos bancários, deferiu a pretensão do banco de abater do valor das horas extras (sétima e oitava) deferidas, o montante pago, pelo empregador, a partir de dezembro de 2018 a título de gratificação de função.

A sentença merece reforma, neste ponto.

Conquanto se ouça com frequência a afirmativa de que, após a vigência da Lei 13.467/17, o negociado passou a prevalecer inteiramente sobre o legislado, essa colocação não é inteiramente verdadeira em toda e qualquer situação. Não basta, por exemplo (e por absurdo), que a CCT de determinada categoria fixe que os trabalhadores serão escravos durante cinco meses, para que essa disposição prevaleça sobre toda a legislação existente que proíbe e condena o trabalho na condição de escravo. A autonomia privada coletiva não tem esse alcance, mesmo porque, como se sabe, existem situações e assuntos que são de ordem pública e, portanto, impermeáveis ao interesse dos particulares.

É isso, exatamente, o que ocorre no caso dos autos.

Destaco, antes que me indaguem, que não cogito aqui - porque não é disso que se trata - de anulação da cláusula 11, evocada pela reclamada e contemplada pela sentença, não tendo lugar, por isso mesmo, o litisconsórcio necessário previsto pelo § 5o do artigo 611-A, da CLT. Cuido, tão somente, da possibilidade de aplicação, ou não, da referida cláusula coletiva ao caso concreto destes autos, sem cogitar da legalidade/ilegalidade, em abstrato, da cláusula em questão

Sendo assim, verifico que, no caso concreto, reclamante foi erroneamente tratada como empregada de confiança bancária especial (§ 2o do artigo 224, da CLT) e, por conta disso, deve parte do salário travestida de gratificação de função. Entrementes, como reclamante nunca foi empregada dessa espécie, o pagamento que recebeu, durante todo o contrato e mesmo sob a rubrica gratificação de função, nunca deixou de ser apenas e tão somente salário base da autora.

Se assim é, fica fácil perceber que a norma coletiva evocada pelo banco não pode ser aplicada à autora. E por mais de uma razão. Primeiramente - motivo que me parece mais relevante - o salário tem natureza alimentar e, dessa forma, não pode ser apreendido ou penhorado, salvo exceções raríssimas (dentre as quais a reclamante não se encontra), nos moldes do quanto disposto no artigo 833, IV, do NCPC (o artigo 373, III, do CC, da mesma forma, impede a prática de compensação quando a coisa é insuscetível de penhora). Como se poderia pretender, então, que a reclamante entregasse ao reclamado o salário que recebeu no passado sob a rubrica de gratificação de função?

Esta Especializada tem firme jurisprudência impedindo a penhora de salários nas execuções que são feitas contra empregadores pessoas naturais, ou sócios de empresas devedoras, sempre sob o argumento de que se trata de verba alimentar e que, se tratando de questão de ordem pública, não haveria nem mesmo condição de se penhorar parte do salário do devedor., o que levaria, inclusive, à caracterização (OJ 153 da SDI-2 do TST) do direito líquido e certo do devedor de rebelar-se pela proteção da verba alimentar. Ora, se assim é, não poderia esta mesma Especializada promover a indireta apreensão de salário do trabalhador - que não é nem mesmo devedor do empregador e contra quem não há nenhum título executivo - dando acolhida à pretensão de compensação entre o salário já recebido (travestido de gratificação de função) e as verbas salariais (horas extras) que o empregador deixou de honrar tempestivamente.

Para além disso, também é possível vislumbrar que, considerar a gratificação de função, após 2018, como uma antecipação das horas extras que a reclamante tem direito a receber (entendimento que justificaria a compensação/desconto/abatimento consagrado na cláusula 11 da CCT) representaria verdadeira redução salarial da reclamante que, até então, vinha recebendo um valor X e, a partir de dezembro de 2018, passaria a receber X menos o valor das horas extras. Como toda redução salarial, esta também está proibida pelo artigo 7o da Constituição Federal. Nem se diga que a redução, no caso dos autos, seria válida, pois fruto de negociação coletiva, na medida em que a própria CLT (§ 3o, art. 611-A) só admite essa hipótese em casos onde a norma coletiva preveja proteção de emprego para o período de vigência da norma coletiva, situação que não está contemplada pela cláusula 11, ou qualquer outra do entorno desta.

Diante do contexto declinado acima, tem lugar a aplicação do entendimento consagrado pela súmula 109 do TST, concluindo-se que a compensação das horas extras que a reclamante tem direito a receber, com o valor do salário que já recebeu, travestido na rubrica de gratificação de função, não pode ocorrer. O salário que a trabalhadora recebeu foi a contraprestação pela força de trabalho de vendeu ao empregador. Como este não pode devolver a autora a força de trabalho em questão, não pode exigir, de quem recebeu de boa fé, a devolução do salário que a ela foi pago.

Dou provimento ao apelo, de sorte a concluir que a cláusula 11 da norma coletiva evocada pelo banco não se aplica ao caso destes autos.

3 - O INTERVALO DO ARTIGO 384/CLT VIGENTE À ÉPOCA

Mais uma vez, com razão a reclamante.

O TST já decidiu que o artigo 384 da CLT, enquanto esteve em vigor, foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988[1]. Não bastasse isso, a súmula 28[2] deste Regional é também no mês mo sentido, e a ela me curvo, em respeito à segurança jurídica a que as partes têm direito.

Quanto às cautelas que o banco apresenta, não comungo com os argumentos do réu. A hora trabalhada no período de intervalo, qualquer que seja, deve ser remunerada como hora trabalhada (verdadeira natureza dela) e não indenização. Esta classificação não se justifica, vez que se indenizar é tornar indene (ao estado anterior à lesão), não é possível devolver ao trabalhador a força de trabalho que ele desenvolveu em favor da empregadora, em horário em que deveria estar descansando. Portanto, a verba não é indenizatória, sendo aplicável a analogia ao entendimento consagrado pela súmula 437 do TST.

Reforma-se, pois, para condenar o banco ao pagamento do lapso de 15 minutos, com o adicional de horas extras (critérios de cálculos e reflexos como fixado na sentença para as demais horas extras), por todo o contrato da reclamante, até a data em que a Lei 13.467/17 passou a vigorar.

[1] "**RECURSO DE REVISTA. 1. INTERVALO PREVISTO NO ART. 384 DA CLT. PROTEÇÃO AO TRABALHO DA MULHER.** Nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, a disposição contida no art. 384 da CLT foi recepcionada pela Constituição Federal. Assim, homens e mulheres, embora iguais em direitos e obrigações, diferenciam-se em alguns pontos, especialmente no que concerne ao aspecto fisiológico, merecendo, portanto, a mulher um tratamento diferenciado quando o trabalho lhe exige um desgaste físico maior, como nas ocasiões em que presta horas extras. Por essa razão, faz jus ao intervalo de quinze minutos antes do início do período extraordinário. Precedentes. **Recurso de revista conhecido e provido. Processo:** RR - 1660-77.2011.5.03.0020 **Data de Julgamento:** 24/04/2013, **Relatora Ministra:** Dora Maria da Costa, 8ª Turma, **Data de Publicação:** DEJT 26/04/2013". No corpo do acórdão em questão, consta a seguinte passagem: " Esta Corte, em composição plenária, ao rejeitar o incidente de inconstitucionalidade suscitado em recurso de revista, decidiu que o art. 384 da CLT foi recepcionado pela Constituição Federal e que, como norma protetiva ao trabalho da mulher, a ela seria plenamente aplicável, *in verbis*:

"MULHER. INTERVALO DE 15 MINUTOS ANTES DE LABOR EM SOBREJORNADA. CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 384 DA CLT EM FACE DO ART. 5º, I, DA CF. 1. O art. 384 da CLT impõe intervalo de 15 minutos antes de se começar a prestação de horas extras pela trabalhadora mulher. Pretende-se sua não recepção pela Constituição Federal, dada a plena igualdade de direitos e obrigações entre homens e mulheres decantada pela Carta Política de 1988 (art. 5º, I), como conquista feminina no campo jurídico. 2. A igualdade jurídica e intelectual entre homens e mulheres não afasta a natural diferenciação fisiológica e psicológica dos sexos, não escapando ao senso comum a patente diferença de compleição física entre homens e mulheres. Analisando o art. 384 da CLT em seu contexto, verifica-se que se trata de norma legal inserida no capítulo que cuida da proteção do trabalho da mulher e que, versando sobre intervalo intrajornada, possui natureza de norma afeta à medicina e segurança do trabalho, infensa à negociação coletiva, dada a sua indisponibilidade (cfr. Orientação Jurisprudencial 342 da SBDI-1 do TST). 3. O maior desgaste natural da mulher trabalhadora não foi desconsiderado pelo Constituinte de 1988, que garantiu diferentes condições para a obtenção da aposentadoria, com menos idade e tempo de contribuição previdenciária para as mulheres (CF, art. 201, § 7º, I e II). A própria diferenciação temporal da licença-maternidade e paternidade (CF, art. 7º, XVIII e XIX; ADCT, art. 10, § 1º) deixa claro que o desgaste físico efetivo é da maternidade. A praxe generalizada, ademais, é a de se postergar o gozo da licença-maternidade para depois do parto, o que leva a mulher, nos meses finais da gestação, a um desgaste físico cada vez maior, o que justifica o tratamento diferenciado em termos de jornada de trabalho e período de descanso. 4. Não é demais lembrar que as mulheres que trabalham fora do lar estão sujeitas a dupla jornada de trabalho, pois ainda realizam as atividades domésticas quando retornam à casa. Por mais que se dividam as tarefas domésticas entre o casal, o peso maior da administração da casa e da educação dos filhos acaba recaindo sobre a mulher. 5. Nesse diapasão, levando-se em consideração a máxima albergada pelo princípio da isonomia, de tratar desigualmente os desiguais na medida das suas desigualdades, ao ônus da dupla missão, familiar e profissional, que desempenha a mulher trabalhadora corresponde o bônus da jubilação antecipada e da concessão de vantagens específicas, em função de suas circunstâncias próprias, como é o caso do intervalo de 15 minutos antes de iniciar uma jornada extraordinária, sendo de se rejeitar a pretensa inconstitucionalidade do art. 384 da CLT. Incidente de inconstitucionalidade em recurso de revista rejeitado" (TST-IIN-RR-1540/2005-046-12-00, Tribunal Pleno, Relator Ministro Ives Gandra Martins Filho, DJ 13/2/2009).

[2] **28 - Intervalo previsto no artigo 384 da CLT. Recepção pela Constituição Federal. Aplicação somente às mulheres. Inobservância. Horas extras.** (Res.TP nº 02/2015 - DOEletrônico 26/05/2015). O artigo 384 da CLT foi recepcionado pela Constituição Federal consoante decisão do E. Supremo Tribunal Federal e beneficia somente mulheres, sendo que a inobservância do intervalo mínimo de 15 (quinze) minutos nele previsto resulta no pagamento de horas extras pelo período total do intervalo.

4 - Dano moral

Neste tópico, reclamante postula indenização por dano moral pois sofreu investigação, com devassa de conta corrente, inclusive, por parte da reclamada.

A sentença recusou a pretensão, nestes termos:

A reclamante sustenta que a reclamada a submeteu a situação constrangedora, sendo que foi investigada pela empresa com devassa em sua conta corrente e assediada pela inspetoria do banco. Em face disso, requer indenização por danos morais.

A reclamada, por sua vez, contesta o pedido. Alega que foram verificadas falhas funcionais nas atividades da reclamante e que a atuação da inspetoria teve como intuito a averiguação de ato ilícito cometido pela obreira.

O dano moral se refere a uma violação a um dos aspectos da personalidade da vítima, como integridade física, psicológica, da sua dignidade, seja no âmbito das relações sociais ou de sua intimidade e privacidade, honra ou imagem, enquanto indivíduo.

Por tratar-se de fato constitutivo de seu direito, é da reclamante o ônus de provar as alegações contidas na exordial acerca dos supostos constrangimentos e humilhações sofridos na reclamada (art. 818, I da CLT).

No presente caso, a reclamante afirmou que "que investigaram lançamentos na conta bancária da depoente, sendo que a justificativa era de que tais lançamentos eram depósitos realizados por seu marido e por sua mãe; que não houve aplicação de sanção à depoente após a investigação."

As testemunhas ouvidas em audiência nada versaram sobre os fatos.

A materialidade do procedimento investigativo que foi realizado pela auditoria da reclamada é fato incontroverso.

São pressupostos para a caracterização da responsabilidade extracontratual subjetiva arrolados nos arts. 186 e 927, caput, do Código Civil os seguintes: a conduta culposa do ofensor, o nexo causal e o evento lesivo (dano).

Na espécie, tais pressupostos não restaram configurados, por inexistência de ato patronal lesivo aos atributos da personalidade da reclamante. Da prova dos autos, se infere que o empregador agiu dentro dos limites permitidos pelo sistema jurídico, no exercício regular de seu poder diretivo, ao determinar a apuração de suposto ato faltoso cometido pela reclamante.

Dessa forma, entendo que o simples fato de haver auditoria na reclamada para apuração de uma suposta fraude não enseja, necessariamente, afronta moral geradora de indenização, sendo imprescindível a prova do dano no íntimo da empregada que foi apenas investigada sem qualquer imputação de penalidade.

Por tais fundamentos, rejeito o pedido de indenização por danos morais.

Como as testemunhas não trataram do ponto, a prova ficou restrita à documentação.

As mensagens eletrônicas de fls. 31 e seguintes demonstram que o réu interpelou a reclamante exigindo que esta justificasse vários depósitos feitos em conta corrente dela, durante considerável lapso de tempo (alguns anos). A defesa confirma esse procedimento, argumentando que o banco tem o dever de vigiar as transações realizadas pelos trabalhadores e que não revelou essas informações (a reclamante fez longo relatório das movimentações financeiras demandas pelo reclamado) a terceiros, razão pela qual não se poderia dizer que houve quebra do sigilo bancário da autora. Ademais, as movimentações de conta corrente detectadas pelo banco eram incompatíveis com o rendimento da autora, o que justificava a investigação levada a cabo pelo recorrido.

Dou razão, ainda uma vez, à reclamante.

O banco não tem o direito de adentrar à conta corrente dos empregados e verificar se a movimentação realizada por eles é, ou não, compatível com a renda que eles possuem. O fato do banco ser guarda de numerário de terceiros não dá esse direito ao empregador. O reclamante é empregado, mas, enquanto correntista, é também cliente do banco e a subordinação, natural à relação de emprego, não tem esse alcance.

Destaco, por oportuno, que o banco não alega a existência de nenhum desvio, ou falta de numerário em qualquer conta que fosse da responsabilidade da reclamante, ou mesmo em agência em que ela atuava. O que se percebe é que o banco, isso sim, adentrou à conta corrente da autora e, como deve fazer em relação a outros empregados, percorreu a lista de débitos e créditos da obreira, invadindo espaço completamente alienígena à relação de emprego. Não contente com essa desautorizada (o banco alega que a reclamante teria autorizado esse bisbilhotamento, mas não encontrei - e o banco também não indicou número de id ou fls. para tanto - nenhum documento na vasta documentação constante dos autos, nesse sentido) invasão, o reclamado ainda exigiu que a reclamante apresentasse comprovação de movimentações - não poucas - que listou, procedimento que me parece absolutamente injustificado e, sem qualquer sombra de dúvidas, constrangedor para a autora.

Não creio que o banco pudesse fazer o que fez, com a reclamante, ou com qualquer outro cliente dele. O fato da reclamante ser empregada, estar subordinada ao banco, não altera a situação e não permite que este exorbite do poder diretivo para, quando lhe aprouver, sem qualquer razão aparente, invadir a conta corrente dos subordinados para investigar de onde vem e para onde vai o dinheiro que estes movimentam mensalmente. Principalmente, quando essa conduta é adotada por um empregador que alega que tem confiança especial na reclamante e traz como elemento de defesa o zelo e a responsabilidade que os trabalhadores do banco devem ter em relação às informações SIGILOSAS com que trabalham.

Creio, portanto, que a reclamante teve o sigilo bancário desrespeitado, assim como a imagem dela, enquanto cliente e profissional/trabalhadora e, por conta disso, tem sim direito a receber indenização por dano moral, decorrente da conduta abusiva do empregador.

Dou, portanto, provimento ao apelo e condeno o reclamado ao pagamento da indenização de R\$ 35.000,00 em favor da reclamante, quantia que, seguindo critérios de razoabilidade e proporcionalidade, parece-me suficiente para compensar a culpa grave da reclamada, no desrespeito aos direitos da autora. A atualização monetária deste tópico seguirá a súmula 439 do TST.

5 - HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS E GRATUIDADE PROCESSUAL

Dou provimento, ainda uma vez. A razão é simples: o artigo 791-A fixa como base de cálculo, para os honorários de sucumbência, o montante constante de liquidação de sentença, ou proveito econômico ou valor atualizado da causa. Todas essas bases de cálculo só dizem respeito à sentença condenatória e só poderão

atingir o trabalhador (gerar crédito para a reclamada), por conseguinte, quando este for réu condenado em algum pagamento, ou reconvindo nessa mesma situação. Tirante essas hipóteses, o autor que não recebe a prestação jurisdicional favorável à pretensão deduzida não tem valor a ser apurado em liquidação de sentença, não tem proveito (proveito, segundo os léxicos, significa, tornar útil, "servir-se de" e a improcedência, mesmo para o ré, não pode ser vista com esse alcance) econômico e não tem nenhuma razão para pagar qualquer quantia calculada sobre o valor da causa.

Não bastasse isso, a análise dos autos leva à conclusão que reclamante não teve atendida parte ínfima das pretensões que apresentou, não se justificando, então, a condenação em honorários (§ único do artigo 86 do NCPC).

Sendo assim, dou provimento ao apelo e absolvo a reclamante do pagamento de honorários de advogado.

ACÓRDÃO

ACORDAM os MAGISTRADOS da 4ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região em: por unanimidade de votos, **CONHECER** os recursos ordinários apresentados pelas partes e, no mérito, **DAR PROVIMENTO** ao apelo da reclamante de sorte a deferir os pedidos de pagamento do intervalo do artigo 384, da CLT, como horas extras, com reflexos, além de condenar o banco ao pagamento de indenização por dano moral, diferenças salariais (com reflexos) decorrentes do reconhecimento de equiparação salarial, bem como absolver a autora do pagamento de honorários de advogado e não permitir que o banco abata ou compense o valor pago como gratificação de função em relação às sétima e oitava horas extras trabalhadas pela obreira. Ato contínuo, a turma resolve **NEGAR PROVIMENTO** ao apelo do banco reclamado, tudo nos termos do voto do relator que fica fazendo parte deste dispositivo para todos os fins, mantendo o restante da sentença inalterado.

Presidiu a sessão o Excelentíssimo Desembargador Presidente Ricardo Artur Costa e Trigueiros.

Tomaram parte no julgamento o Excelentíssimo Juiz Convocado Paulo Sergio Jakutis, e as Excelentíssimas Desembargadoras Ivete Ribeiro e Maria Isabel Cueva Moraes.

Relator: Paulo Sergio Jakutis

Integrou a sessão telepresencial o (a) representante do Ministério Público.

Firmado por Assinatura Digital (Lei nº 11.419/06)

PAULO SÉRGIO JAKUTIS

SAO PAULO/SP, 20 de agosto de 2020.

REGINA CELIA DUTRA JAVAROTTI
Diretor de Secretaria