

**ACÓRDÃO PUBLICADO NO DJTE EM 04.09.2009 (DIVULGADO EM 03.09.2009), PÁG. 156.**

RELATOR : Juiz Grijalbo Fernandes Coutinho  
REVISOR : Juiz Francisco Luciano de Azevedo Frota

RECORRENTE : Stella Maris Martins Paiva  
ADVOGADO : Euler Rodrigues de Souza  
RECORRENTE : Caixa Econômica Federal - CEF  
ADVOGADO : Josnei de Oliveira Pinto  
RECORRIDO : Os Mesmos

ORIGEM : 09ª VARA DO TRABALHO DE BRASÍLIA/DF  
(Juíza TAMARA GIL ALVES PORTUGAL)

**EMENTA: 1. NORMA DE PROTEÇÃO À MULHER. ARTIGO 384, DA CLT. INTERVALO ANTES DAS HORAS EXTRAS. DISCRIMINAÇÃO E IGUALDADE. DIREITO À DIVERSIDADE. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. COMPATIBILIDADE COM O TEXTO CONSTITUCIONAL. A LIÇÃO DE BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS.** A norma do artigo 384, da CLT, ao assegurar, no Capítulo "*Da Proteção ao Trabalho da Mulher*", descanso obrigatório de 15 (quinze) minutos antes do início do labor extraordinário, insere-se dentro do quadro de políticas afirmativas para, efetivamente, aniquilar desigualdades históricas entre homens e mulheres, sem desprezar o fato de que as trabalhadoras do sexo feminino estão submetidas, na prática, ao cumprimento de jornadas bem mais extensas, considerando o modelo de gestão patriarcal da família na sociedade capitalista. O artigo 384, da CLT, é absolutamente compatível com o texto constitucional, encontrando ressonância no princípio da isonomia, no seu plano ideal de Justiça e concreto voltado para, por um lado, banir discriminações negativas condutoras de qualquer tipo de inferioridade ou preconceito, por outro, incrementar ações políticas dotadas de caráter diferenciado e protetivo para grupos da sociedade marcados

por notórias condições de desigualdades intoleráveis entre seres humanos, tudo em nome da efetiva igualdade material entre homens e mulheres, brancos, negros, pardos, amarelos e índios, heterossexuais e homossexuais, ricos e pobres, e não apenas sob o manto da velha igualdade formal da época do liberalismo clássico de dois séculos atrás, que tantos males e destruições depois causou à humanidade. O princípio constitucional da isonomia, consagrado no art. 5º, caput, e art. 7º, XXX e XXXII, da Carta Magna, tem por objetivo igualar os iguais e desigualar os desiguais. Segundo lição magistral do sociólogo Boaventura de Sousa Santos, ao escrever sobre o princípio da igualdade e o direito à diversidade no Estado Democrático de Direito, disse ele com a sabedoria ética que lhe é peculiar, "temos o direito a ser iguais quando a nossa diferença nos inferioriza; e temos o direito a ser diferentes quando a nossa igualdade nos descaracteriza. Daí a necessidade de uma igualdade que reconheça as diferenças e de uma diferença que não produza, alimente ou que produza as desigualdades". Ademais, é salutar que antes das horas extras seja concedido realmente novo intervalo ao empregado, ato capaz de evitar algumas das doenças laborais adquiridas em decorrência do ambiente de trabalho pouco saudável. Se as mulheres já conquistaram esse direito há muito tempo, embora ignorado na prática, é dever das representações da sociedade civil brasileira, ao invés de pugnar pela sua extinção, lutar para ampliá-lo e efetivá-lo, alcançando igualmente mulheres e homens trabalhadores.

**2. SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. AÇÃO DE PROTESTO PARA INTERROMPER A PRESCRIÇÃO. AUSÊNCIA DE NECESSIDADE DA LISTA DE SUBSTITUÍDOS.** A garantia assegurada aos entes sindicais (CF, artigo 8º, III) não deve ser interpretada restritivamente, de modo que seja qual for a natureza do direito do trabalho reivindicado, a substituição processual é legítima, dispensando, por isso mesmo, a autorização formal da categoria profissional para o ajuizamento da ação, assim como a exibição da lista de substituídos, sob pena do instituto

coletivo em debate transformar-se, na verdade, numa ação plúrima ou configurar típico litisconsórcio ativo, jamais sendo esse o propósito doutrinário nuclear de medida tão avançada, do ponto de vista da valorização do movimento sindical brasileiro, com a louvável instituição de mecanismo apto a evitar a represália individual por parte do empregador ao empregado pelo fato de ter ajuizado demanda trabalhista no curso do pacto, e também de política jurisdicional vocacionada para materializar a economia e celeridade processuais.

**3. BANCÁRIO. JORNADA.** O legislador, ao estabelecer jornada diferenciada para os trabalhadores bancários (CLT, caput do artigo 224), levou em consideração as condições de trabalho penosas inerentes a tais atividades, protegendo, antes de tudo, a saúde da referida categoria profissional, ao mesmo tempo em que excepcionou da proteção os ocupantes de função de maior relevância e responsabilidade. Não imaginou que fosse a exceção banalizada para, de fato, mas não de direito, tornar sem efeito o comando principal do dispositivo em debate. É razoável e recomendável que a Caixa Econômica Federal estimule os seus funcionários, oferecendo-lhes gratificações e outras vantagens remuneratórias, considerando a política de absoluta desvalorização do salário referente ao cargo efetivo desempenhado pela totalidade de seus empregados. Por outro lado, não deve simplesmente dizer a muitos deles que são ocupantes de cargo de confiança, em nome da boa fé para com os seus trabalhadores e do respeito ao espírito contido no artigo 224, da CLT.

**4. EXCEÇÃO DO § 2º DO ARTIGO 224, DA CLT.** Não basta pagar a gratificação de 1/3 sobre o valor do cargo efetivo. O empregador deve demonstrar o exercício, pelo empregado, da função de confiança ou do cargo em comissão. A confiança é extraída a partir de uma perspectiva real de poder decisório conferido ao empregado para tomar decisões, muitas vezes sem ter que submetê-las o tempo todo ao verdadeiro detentor do cargo que reúne as tais atribuições. À reclamante não foram dadas as funções próprias do cargo em comissão ou de confiança.

Recursos conhecidos e parcialmente providos.

## RELATÓRIO

Ação trabalhista ajuizada em 13/02/2009, movida por **STELLA MARIS MARTINS PAIVA** contra **CAIXA ECONÔMICA FEDERAL**, onde alega ter exercido os cargos de Analista Pleno (de 14/09/2001 a 31/10/2003), de Analista Sênior (de 01/11/2003 a 28/09/2006) e de Consultor Interno (de 29/09/2006 a 09/11/2008), cumprindo jornada diária de 08(oito) horas, pois indevidamente enquadrada na exceção do §2º, do artigo 224, da CLT, embora não fosse detentora de cargo de confiança ou de função gerencial. Também denuncia ofensa ao artigo 384, da CLT, que estabelece a concessão de intervalo de quinze minutos na hipótese de prorrogação da jornada, norma essa prevista no capítulo da Proteção ao Trabalho da Mulher. Pretende a obreira receber horas extras( 7ª e 8ª horas), de 14 de setembro de 2001 a 09 de novembro de 2008, além dos quinze minutos de intervalo, com as repercussões de direito. Deu à causa o valor de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), para fins fiscais e de alçada.

O MM. Juízo da 9ª VARA DO TRABALHO DE BRASÍLIA/DF, via da d. sentença de fls. 898/912 (vol.5), proferida pela Exma. Juíza Substituta Tamara Gil Alves Portugal, pronunciou a prescrição das parcelas anteriores a 13/02/2004. No mérito propriamente dito, *quo* reconheceu que a reclamante deveria cumprir jornada diária de seis horas, condenando a reclamada ao pagamento das respectivas horas extras (7ª e 8ª), rejeitando, no entanto, o pleito de interrupção da prescrição pelo ajuizamento de ação de protesto pelo sindicato obreiro na qualidade de substituto processual e o intervalo especial reivindicado, Concedeu os benefícios da justiça gratuita à reclamante (fl.911). Custas no valor de R\$ 400,00, calculadas sobre R\$ 20.000,00, valor arbitrado á condenação, pela reclamada, nos termos da fundamentação.

Interpõe a reclamante recurso ordinário (fls. 913/918) para buscar a reforma do julgado quanto à negativa do pedido de interrupção da prescrição e o indeferimento dos 15( quinze) minutos de intervalo.

Não se conforma a reclamada com a sentença, manifestando a sua irresignação pelo recurso ordinário de fls. 920/951, requerendo, em síntese, a decretação da prescrição total ou a improcedência dos pleitos aduzidos na peça de ingresso da parte contrária.

Comprovante de depósito recursal (fl. 955) e de recolhimento das custas (fl. 954). Contra-razões da reclamante (fls. 961/970) e da reclamada (fls. 973/978).

Os recursos foram processados pelo MM. Juízo preliminar de admissibilidade (fl. 979).

Deixei de ouvir previamente a d. PRT nos termos do art. 102 do Reg. Interno da Corte.

É como relato.

## VOTO

### ADMISSIBILIDADE

Recursos tempestivos e adequados, dele conheço.

## RECURSO DA RECLAMADA

### MÉRITO

#### 1. PREJUDICIAL DE MÉRITO - PRESCRIÇÃO TOTAL - ATO ÚNICO DO EMPREGADOR.

A reclamada, sob o fundamento da existência de ato único do empregador, postula o acolhimento da prejudicial de prescrição total quanto ao pleito de horas extras, com amparo nas súmulas 275 e 294, do TST, e no artigo 7º, inciso XXIX, da Constituição Federal.

Diz que o Plano de Cargos Comissionados foi aprovado pela Diretoria Colegiada em 15 de setembro de 1998 (CI GEARU 055/98), no qual restou estabelecido que as jornadas de TÉCNICO SUPERIOR poderiam ser de 6 ou 8 horas diárias. Assevera a CEF que *"se a instituição de jornada de 8 horas para o cargo comissionado de TÉCNICO SUPERIOR se deu em setembro/1998, consistindo-se em ATO ÚNICO DE CARÁTER POSITIVO e juridicamente perfeito, este é o marco prescricional a ser observado no presente caso, o que implica dizer que o direito invocado foi fulminado pela prescrição total."*

Requer a reforma da r. decisão originária, vez que afronta de forma literal as Súmulas 275,294 e do artigo 7º, inciso XXIX da Constituição Federal, na sua compreensão.

Não se trata de ato único do empregador, eis que a prestação de trabalho, pela reclamante, ocorreu durante todo o período em debate, renovando-se a cada dia de labor, se vingar a tese da petição inicial, a infração ao disposto em norma legal e a conseqüente lesão a direito do trabalhador.

Logo, não se trata de ato único do empregador. A lesão que se perpetua ao longo do tempo não pode ser tão benevolente com o infrator a ponto de considerar apenas o primeiro dia de uma série de atos. Os atos subseqüentes revelam a continuidade sistemática da prática apontada como ilegal e, por essa razão, devem ser tomados em consideração a cada vez perpetrados.

A respeito da incidência da prescrição parcial em hipóteses que se identificam com parcelas de trato sucessivo, ensina Mauricio Godinho Delgado, *in verbis*:

*"De outro lado, a teoria civilista ensina que as parcelas de trato sucessivo (como as derivadas do contrato de trabalho, independentemente do título jurídico instituidor da parcela) submetem-se à prescrição parcial, incidindo o critério total essencialmente naquelas obrigações que se concentram em um único ato, não se desdobram no tempo (exemplo: compra e venda, que se perfaz com a tradição do bem móvel; dano moral resultante de uma única ofensa cometida, etc.). Finalmente, argumenta-se que toda cláusula contratual ajustada encontra-se protegida pela legislação heterônoma estatal (art. 468, da CLT), o que conduziria à imperativa incidência parcial da prescrição*

**também nesses casos.**” (sem grifo no original).

Registro, por fim, que o debate travado nos autos no versa acerca de desvio funcional e enquadramento, não incidindo na espécie o entendimento consagrado na Súmula nº 275/TST.

Também não é hipótese de aplicação da prescrição total com base na Súmula nº 294, do TST, eis que a verba aqui postulada (horas extras) decorre de expressa previsão constitucional e legal.

Prejudicial de mérito que se rejeita.

Nada a ser reformado.

## RECURSO DA RECLAMANTE

### 2. INTERRUÇÃO DA PRESCRIÇÃO. AJUIZAMENTO DE AÇÃO DE PROTESTO PELO SINDICATO OBREIRO NA QUALIDADE DE SUBSTITUTO PROCESSUAL. AUSÊNCIA DE NECESSIDADE DA APRESENTAÇÃO DA LISTA DE SUBSTITUÍDOS.

Pronunciou a d. sentença (fls. 900/901):

“ A reclamante informa que o Sindicato dos Bancários ajuizou Protesto Judicial no dia 05.12.05 em face da reclamada, para interromper a prescrição do direito de ação com relação às 7ª e 8ª horas trabalhadas por empregados ocupantes de cargos técnicos (Processo n. 1241-2005-001-10-00-0). Conclui estar soterrado pela prescrição apenas os direitos anteriores a 05.12.00. A reclamada refuta a alegação, afirmando que o nome da reclamante não constou do rol de substituídos do aludido Protesto. Os documentos juntados pela reclamante às fls. 24/41 demonstram que, de fato, o Sindicato dos Empregados em Estabelecimentos Bancários de Brasília, na qualidade de substituto processual, ajuizou o aludido Protesto Judicial em face da Caixa Econômica Federal. Entretanto, a reclamante não juntou o rol dos substituídos para provar a inclusão do seu nome neste. Em que pese o cancelamento da súmula 310 do C. Tribunal Superior do Trabalho, entendo ainda necessária a individualização dos empregados substituídos em rol, conforme assim anteriormente previsto: “V - Em qualquer ação proposta pelo sindicato como substituto processual, todos os substituídos serão individualizados na petição inicial e, para o início da execução, devidamente identificados pelo número da Carteira de Trabalho e Previdência Social ou de qualquer documento de identidade.” Desta maneira, declaro a prescrição a partir de 13/02/04, vez que a ação foi proposta no dia 13/02/09.”

A reclamante insurge-se contra a decisão, dizendo que após o cancelamento da Súmula nº 310, do TST, restou superado o entendimento no qual era firmada a posição de exigência da lista de substituídos na ação proposta pelo sindicato na qualidade de substituto processual. É incontroverso que o sindicato da categoria profissional ajuizou, em 01/12/2005, na qualidade de substituto processual, protesto visando a interrupção da prescrição para reclamar as 7ª e 8ª horas extras, por parte dos empregados da Caixa Econômica Federal, dentre outros, os ocupantes dos cargos de Analista Pleno, Analista Sênior e Consultor (fls. 24/47), sob o argumento de que foram indevidamente enquadrados, pela CEF, na exceção do §2º, do artigo 224, da CLT, eis que não são detentores dos poderes ali previstos.

A Ação de Protesto Interruptivo de Prescrição foi distribuída para a 1ª Vara do Trabalho de Brasília-DF, autuada sob o nº **01241-2005-001-00-0**, dela sentença intimada a ré, com o pagamento das custas pelo sindicato obreiro, em 16 de janeiro de 2006, sendo presumível que os autos tenham sido devolvidos ao autor da ação entre janeiro e fevereiro de 2006.

A garantia assegurada aos entes representativos de trabalhadores (CF, artigo 8º, III) não é portadora da restrição decretada pela instância de origem, de modo que independentemente da natureza do direito reivindicado, a substituição processual pode ser exercida sobre todo e qualquer aspecto relativo aos contratos laborais, sem qualquer tipo de autorização formal da categoria e sem a necessidade da exibição da lista de substituídos, sob pena de o instituto coletivo em debate transformar-se, na verdade, numa plúrima ou típico litisconsórcio ativo, jamais sendo esse o propósito nuclear da medida. Ao contrário, o seu objetivo é outro. O Supremo Tribunal Federal, depois de alguns anos de debate acerca do alcance da substituição processual, admitiu sem o viés limitador perseguido sistematicamente por empregadores e suas representações, fazendo cair por terra o arcaico entendimento previsto na Súmula nº 310, do TST, que depois foi simplesmente cancelada.

O artigo 8º, da Constituição Federal, não realiza a limitação almejada pela empregadora.

Quanto ao requisito da exibição do instrumento de procuração, a ser conferido pelo substituído ao sindicato, devo dizer que a medida é notoriamente incompatível com o instituto da substituição processual.

Substituição processual não se confunde com representação.

É incontroverso, por outro lado, que os cargos ocupados pela reclamante, que foi regularmente substituída pelo seu sindicato de classe, na condição de filiada ou não, foram todos indicados na peça inaugural da substituição processual empreendida pelo ente obreiro.

A substituição é uma garantia de natureza processual conferida ao ente sindical para que possa, em nome próprio e sem qualquer tipo de procuração, defender direito de um grupo de pessoas, do ponto de vista coletivo ou individualmente consideradas essas pessoas. A “*procuração*” aqui, sem nenhuma dúvida, é outorgada em nível político, pelas instâncias sindicais. Em síntese, a garantia processual assegurada aos entes sindicais (CF, artigo 8º, III) não deve ser interpretada restritivamente, de modo que seja qual for a natureza do direito do trabalho reivindicado, a substituição processual é legítima, dispensando, por isso mesmo, a autorização formal da categoria profissional para o ajuizamento da ação, assim como a exibição da lista de substituídos, sob pena de o instituto coletivo em debate transformar-se, na verdade, numa ação plúrima ou configurar típico litisconsórcio ativo, jamais sendo esse o propósito doutrinário nuclear de medida tão avançada, do ponto de vista da valorização do movimento sindical brasileiro, com a louvável instituição de mecanismo apto a evitar a represália individual por parte do empregador ao empregado pelo fato de ter ajuizado demanda trabalhista no curso do pacto e também de política jurisdicional vocacionada para a economia e celeridade processuais.

Quanto ao outro argumento lançado na defesa da reclamada, cabe ressaltar que não há se falar em prescrição bienal no curso do contrato de trabalho, segundo se

extrai da interpretação mais consistente do artigo 7º, inciso XXIX, da Constituição Federal. Logo, qualquer retomada de contagem do prazo prescricional, para a hipótese em exame na qual o contrato de trabalho continua em vigor, deve respeitar o limite de cinco anos.

Ainda que se admitisse a tese da contagem do prazo prescricional a partir das entrega dos autos de protesto (janeiro de 2006), a interrupção respectiva seria mantida pelos próximos cinco anos, ou seja, até janeiro de 2011.

Deste modo, interrompida a prescrição em 01 de dezembro de 2005( fl. 21) e ajuizada a presente ação individual no dia 13 de fevereiro de 2009, dou provimento ao recurso obreiro para declarar prescritas tão somente as parcelas anteriores ao dia 01 de dezembro de 2000.

Recurso obreiro provido para declarar que a prescrição não atinge as verbas devidas a partir de 1º de dezembro de 2000.

No caso dos autos, porém a postulação obreira tem como marco inicial o dia 14 de setembro de 2001, quando passou a exercer o cargo de Analista Pleno.

Recurso provido para afastar a prescrição parcial decretada na origem, diante do termo inicial da pretensão obreira.

## **RECURSO DA RECLAMADA**

### **3. JORNADA DE TRABALHO. BANCÁRIO. FUNÇÃO DE CONFIANÇA. PROVA.**

A reclamante, em sua inicial, disse que exerceu os cargos de Analista Pleno (de 14/09/2001 a 31/10/2003), de Analista Sênior (de 01/11/2003 a 28/09/2006) e de Consultor Interno (de 29/09/2006 a 09/11/2008), cumprindo jornada diária de 08(oito) horas, pois indevidamente enquadrada na exceção do §2º, do artigo 224, da CLT, embora não fosse detentora de cargo de confiança ou de função gerencial. Acrescentou que todos os cargos antes indicados estavam marcados pela natureza técnica, em nada se assemelhando aos atributos de chefia, direção ou fiscalização presentes na regra legal antes apontada.

Afirma a obreira que não obstante o disposto no artigo 224, da CLT, cumpria jornada diária de 08 (oito) horas, razão pela qual persegue o recebimento de horas extras. Alega que a reclamada tenta enquadrar a situação como se fosse a de ocupação de "*cargo de confiança*" e/ou "*função gerencial*".

Admitiu a reclamada, em sua defesa, que a parte contrária estava submetida ao cumprimento da jornada diária de 08(oito) horas, no exercício dos cargos de Analista Pleno (14.09.2001 a 31.10.2003), Analista Sênior (01.11.2003 a 28.09.2006) e de Consultor Interno (29.09.2006 a 09.11.2008), assegurando que a empregada sempre recebeu gratificação superior a 1/3 do salário do cargo efetivo, além de ser detentora de função de confiança, estando, portanto, incluída na exceção de que trata o §2º, do artigo 224, da CLT.

Registrou a demandada que a Corte Superior Trabalhista vem entendendo que não há necessidade de outorga de poderes de mando ou gestão, e até mesmo a



existência de subordinados, para a atração do regime previsto no artigo 224, § 2º da CLT, sendo bastante a percepção de gratificação de função não inferior a um terço do salário efetivo e o exercício de cargo de relevo dentro da estrutura administrativa interna do Banco.

Finalmente, sustentou a CEF que o seu Plano de Cargos e Salários, de maneira clara, considera como de confiança todos os cargos desempenhados pela reclamante no período objeto da presente discussão.

O MM. Juízo de origem assim analisou e decidiu a controvérsia:

"A reclamante relata ter sido admitida pela reclamada no dia 20.10.89 e diz que nos últimos anos foi designada para os cargos técnicos de Analista Pleno (de 14.09.01 a 31.10.03), Analista Sênior (de 01.11.03 a 28.09.06) e Consultor Interno (de 29.09.06 a 09.11.08), porém, em afronta ao art. 224, caput, da CLT, foi obrigada a cumprir jornada de 08 horas diárias, de segunda a sexta-feira. Acrescenta que, como suas funções não eram de ordem administrativa ou ligadas ao exercício de chefia, não poderia ter sido enquadrada no art. 224, §2º da CLT. Postula, em corolário, o pagamento das horas extras excedentes da 6ª hora diária, com adicional de 50% e seus reflexos legais. A reclamada contesta o pleito argumentando que, a expressão 'cargo de confiança' constante do art. 224, §2º da CLT, não tem o alcance próprio que se lhe dá habitualmente no direito do trabalho, ou seja, aquele cujo ocupante que substitui o empregador perante terceiros, o representa, e é demissível ad nutum, tal como previsto para o gerente (art. 62), sendo que isso é evidente não só porque o texto legal menciona funções que não são de confiança no sentido estrito, mas porque o legislador ainda acrescentou 'e outros'. Acrescenta a reclamada que a verificação da ocorrência à trabalhadora encontra óbice intransponível no seguinte fato: ela optou livremente não só por ocupar o cargo comissionado, como para fazê-lo mediante a jornada diária de trabalho de 08 horas, com vistas a perceber uma remuneração consideravelmente superior. Aduz ainda que no campo do direito positivo não há espaço para a descaracterização dos cargos comissionados, ressaltando que a CAIXA é uma empresa pública, com grande participação de seus empregados na escolha de seus rumos. Pois bem. O art. 224, §2º, da CLT estabelece o seguinte: "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." O cargo de confiança bancária, para fins de aplicação do dispositivo legal supratranscrito, não exige, como o art. 62, II, da CLT, que o empregado represente o alter ego do empregador, com amplos poderes de mando e gestão, representando-o perante terceiros, inclusive para elaboração de contratos. Por outro lado, também não se pode admitir que o empregado que exerça função meramente técnica, sem grande influência nos destinos da empresa, seja considerado empregado de confiança bancária para os fins pretendidos. Neste sentido a seguinte decisão: **EMBARGOS - SEGUIMENTO DENEGADO - ASSISTENTE DE GERENTE - NÃO-CARACTERIZAÇÃO DO EXERCÍCIO DO CARGO DE CONFIANÇA.** De acordo com a iterativa jurisprudência desta C.

Corte, não basta a percepção de gratificação de função e que o cargo esteja rotulado como sendo de confiança para que o bancário seja enquadrado na exceção prevista no §2º do artigo 224 da CLT. Deve ficar comprovado que o bancário exercia cargo de confiança, **com o mínimo de poder de mando e gestão que o distinguisse dos demais empregados do Banco.** (...). Todo e qualquer empregado, a partir do momento em que é contratado, e independente do cargo ocupado, é detentor do mínimo de confiança, a qual não se confunde com a fidúcia especial que o diferencia dos demais bancários. Agravo Regimental a que se nega provimento. (TST, DECISÃO: 04 08 2003 PROC: AERR NUM: 472061 ANO:1998 REGIÃO: 03 AGRAVO EM EMBARGOS EM RECURSO DE REVISTA TURMA: D1ÓRGÃO JULGADOR - SUBSEÇÃO I ESPECIALIZADA EM DISSÍDIOS INDIVIDUAIS DJ DATA: 22-08-2003 RELATOR MINISTRO RIDER NOGUEIRA DE BRITO).Sem dúvida, o pacto laboral tem como característica inerente o fato de ser *intuitu personae*, logo, a confiança é um requisito essencial e geral dessa espécie de contrato.Na estrutura organizacional altamente segmentada de um banco, não é possível considerar de confiança especial, para fins de enquadramento no §2º, do art. 224 da CLT, o cargo técnico de Analista Pleno e Sênior, e, nem mesmo, o cargo de Consultor Interno.A relação de especial fidúcia, ressalte-se, deve ocorrer diretamente entre o ocupante do cargo de confiança e um empregado com ampla hierarquia funcional, devendo intervir, no momento da sua escolha, não apenas o grau de formação técnica e aspectos comportamentais, mas também uma relação de crença e fé de ordem moral.Ademais, apesar da importância natural de todo trabalho humano, e em particular do trabalho bancário, onde se lida com grandes somas de dinheiro, aplicações, investimentos e seus riscos, para revelar uma fidúcia particular, o cargo deve ser realmente estratégico e dotado de parcela dos poderes inerentes à figura do empregador.É importante ressaltar que as conseqüências legais do mau enquadramento de cargos técnicos como cargos de confiança não implica apenas burla ao caput do art. 224 da CLT, mas possibilita também a burla ao art. 468 da CLT, pois transforma o que deveria ser uma promoção definitiva e segura com aumento salarial, numa indicação precária com risco de retorno ao cargo efetivo por iniciativa unilateral do empregador e perda da “gratificação de função”, que na verdade representa apenas o plus pela maior complexidade das funções atribuídas.Pois bem. Feitas tais considerações incumbe analisar a prova dos autos, pelo que dispõe a súm. 102 do C. TST, item I, in verbis:“A configuração, ou não, do exercício da função de confiança a que se refere o art. 224, §2º, da CLT, **depende da prova das reais atribuições do empregado, é insuscetível de exame mediante recurso de revista ou embargos.**”A análise da prova produzida nos autos, sinalizada pelo princípio da primazia da realidade, revela que a reclamante, enquanto Analista Pleno, Sênior e Consultor Interno, não ocupava, efetivamente, cargos de confiança. A prova documental não pode ser examinada isoladamente, posto expressar atos unilaterais de incorreto enquadramento, cedendo ante a própria descrição da reclamada, sua preposta e testemunha, cujos depoimentos revelam que a reclamante, nestes cargos, além de não deter subordinados, trabalhava executando funções meramente

técnicas, sem poderes decisórios, na operação de sistemas de informações, para as quais não era necessária fidúcia especial. Quanto ao fato de ter a obreira livremente optado pelo exercício dos cargos comissionados, ciente da jornada de 08 horas, tal circunstância não exige a reclamada de responder pelas horas extras executadas, vez que a opção é trâmite normal para acesso ao cargo, indevidamente qualificado como cargo de confiança para os fins do §2º, do art. 224 da CLT. Ademais, a possibilidade de "opção" pelo retorno à jornada de 06 horas, mencionada pela empresa como existente, além de negada por sua própria testemunha, não pode ser considerada como tal, já que atrelada a uma inevitável perda salarial. Pois bem. Considerando todo o exposto, devem os cargos de Analista Pleno, Sênior e Consultor Interno serem enquadrados no caput, do art. 224, da CLT, com jornada limitada a 6 (seis) horas diárias e 30 (trinta) semanais. Diante de todo o exposto, condeno a reclamada a pagar à reclamante as 7ª e 8ª horas trabalhadas como extras, no período imprescrito (período anterior a 13/02/04), excluídos os períodos de faltas, licenças, férias e outras ausências devidamente comprovados nos autos, bem como aqueles em que a reclamante substituiu em cargos de gerência, conforme informado na contestação. Os valores serão apurados em liquidação de sentença, observando o somatório das parcelas salariais (ATS, VP/ATS, VP-GIP, VP-GIP/Sem Salário + Função, CTVA e Gratificação de Função), conforme contracheques acostados aos autos, observado o índice integral de correção relativo ao mês subsequente ao trabalhado, incidindo o adicional de 50% e divisor 180. Não há motivo para determinar a compensação da gratificação de função, vez que não se tratando de cargo de confiança, nos moldes do §2º do art. 224 da CLT, deve a parcela ser considerada como plus salarial pela maior complexidade dos cargos, devendo, inclusive, compor a base de cálculo das horas extras, como já previsto (súmula 109/TST). Valores pagos a título de prêmio, desde que esporádicos, não fazem parte da base de cálculo, não sendo esta a situação da chamada gratificação semestral paga mensalmente, as quais, se pagas, compõem a base de cálculo por possuírem natureza salarial. Procedente o pedido principal, defiro também as incidências reflexas das horas extras sobre os repousos semanais remunerados, férias + 1/3 e 13ºs salários integrais e proporcionais e FGTS, que deverá ser depositado em conta vinculada. Incidirão contribuições fiscais, e previdenciárias sobre as horas extras, bem como as contribuições para o FUNCEF, observado regulamento próprio e a retenção dos valores devidos pela reclamante. Não há que se falar em compensação, vez que a parcela deferida não foi quitada sequer parcialmente" ( fls.901/909).

Irresignada, a Caixa Econômica Federal interpõe recurso para reafirmar que a reclamante fez livre opção pelo exercício dos cargos de Analista Pleno, Analista Sênior e de Consultor Interno, bem como pelo cumprimento da jornada diária de 08( oito) horas, assinando o respectivo termo, cargos os quais estão dotados da confiança anunciada pelo 1º artigo 224, §2º, da CLT, na forma do entendimento consagrado pela Súmula 102, I, do C. TST.

Como se percebe, o consenso não vai além do horário laborado e da nomenclatura de cada um dos cargos, sendo distinta a leitura quanto à jornada aplicável à reclamante.

Assegura a Caixa Econômica Federal que os ocupantes dos cargos de Analista Pleno, Analista Sênior e de Consultor Interno estão submetidos ao cumprimento da jornada diária de oito horas, em decorrência da fidúcia especial depositada.

A prova do trabalho extraordinário é da autora, importando a hipótese em fato constitutivo do direito pleiteado (CLT, artigos 769 e 818 c/c CPC, artigo 333, I), mas ao argüir que as horas extras são indevidas em razão do exercício de cargo de confiança, pela reclamante, o banco reclamado agita fato impeditivo do direito pleiteado, atraindo para si o *onus probandi*, no particular (CPC, artigo 333, II). E assim o é porque o ordinário importa no cumprimento de jornada reduzida pelo trabalhador bancário (caput do artigo 224, da CLT). O parágrafo 2º, do artigo 224, da CLT, estabelece o seguinte:

*"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"*

A prova documental produzida revela que a reclamante, efetivamente, auferia retribuição específica pelo desempenho dos cargos antes nominados.

É evidente que este fato, isoladamente, não resolve a controvérsia, pois resta saber se há ou não algum grau de confiança, isto é, se as atividades cumprem ou não os requisitos do dispositivo legal transcrito. No caso concreto, diz a reclamada que havia o desempenho de cargo de confiança ou em comissão.

A polêmica em torno do tema não é recente. O jurista Mozart Victor Russomano, em obra editada no ano de 1991, consignava que *"Pela natureza da organização bancária, muitos cargos estão na linha limítrofe que separa as funções efetivas das funções de confiança, de modo que podem surgir dificuldades para se estabelecer em que medida se aplicará a determinado trabalhador o sistema geral ou o sistema próprio dos bancários"* (in Curso de Direito do Trabalho, Editora Juruá, 4ª Edição, Curitiba PR, 1991, página 280).

E não é suficiente para o deslinde da controvérsia a mera anotação nos registros do empregador do cargo de confiança.

No Direito do Trabalho, mais do que em qualquer outro ramo do ordenamento jurídico, há o princípio da primazia da realidade, pouco importando o nome jurídico ou a qualificação formal atribuída a determinado documento quando, na verdade, os fatos reais desafiarem ou estiverem a colocar em xeque as artificiosas formalidades. Examinando, assim, a prova documental carreada aos autos, tenho que a reclamada não conseguiu se desincumbir do encargo processual que lhe fora atribuído anteriormente, eis que inexistente a demonstração inequívoca da natureza de confiança dos cargos exercidos pela reclamante no período em debate.

Parece-me adequada a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho ao

presumir como detentores da confiança definida em lei, os bancários ocupantes dos cargos de gerente, de chefe, de subchefe, de tesoureiro e de subgerente (enunciados 233, 234, 237 e 238), como anotado pelo professor Maurício Godinho Delgado (in, Curso de Direito do Trabalho, Editora LTr, Ano 2002, 1ª Edição, 3ª tiragem, São Paulo, página 345).

A reclamante não estava incluída em nenhuma das categorias mencionadas, havendo mais uma razão para a reclamada provar o que alega.

Em seu depoimento pessoal, a reclamante ratifica o inteiro teor da sua peça de ingresso, não havendo nenhuma configuração de fidúcia especial, senão vejamos:

*"Que as funções desempenhadas pela depoente como Analista Pleno e Senior eram na área de informática, consistiam em utilizar o banco de dados, realizando consultas, a fim de prestar informações solicitadas pela gerência; que como consultor interno continuou exercendo essas mesmas funções, todavia, a base de dados mudou, tratando-se de outro tipo de plataforma; que exercia funções exclusivamente técnicas, nunca teve subordinados, não tomava decisões; que alçou ao cargo de analista pleno, por designação do gerente, ao cargo de analista senior após processo seletivo; que foi convidada pelo gerente para ocupar o cargo de consultor interno; que alçou a esses cargos, em virtude de preencher os pré-requisitos e ter capacidade; que não poderia ter optado pela jornada de seis horas; que os dados sigilosos aos quais tinha acesso, todo o setor também tinha; que os requisitos para ocupar os cargos eram o tempo de exercício da função anterior e alguns exigiam nível superior, como analista senior e pós-graduação para o cargo de consultor interno, salvo engano; que trabalhava na unidade de negociações com gerentes financeiros; que a unidade tinha atuação em todo o território nacional; que exerceu cargo de gerência, em substituição por ocasião de férias do gerente "(fl. 894).*

Idêntica conclusão não pode ser extraída do conteúdo das declarações emitidas pela preposta da CEF em audiência, tendo ela confessado, de maneira expressa, que a reclamante desempenhava funções meramente técnicas, sem qualquer poder de chefia, direção ou fiscalização, conforme segue da íntegra de seu depoimento: "*Que os cargos ocupados pela reclamante, no período imprescrito, são considerados cargos técnicos; que nesses cargos a reclamante não tinha subordinados, nem poderes de decisões em caráter administrativo ou negocial; que, na verdade, ela concedia subsídios para a tomada de decisões pela gerência; que o trabalho da reclamante era supervisionado pela chefia imediata; que a reclamante batia ponto; que quando ela tirava férias não havia um substituto que passasse a desempenhar as funções dela; que os outros analistas e consultores acumulariam as funções "(fls.894/895 ).*

O nosso sistema processual não estabelece qualquer hierarquia entre as diversas modalidades de provas admitidas em juízo.

Tem sido recorrente, no entanto, a valorização da confissão feita pela própria

parte, muito provavelmente pelo reconhecimento da violação do direito por quem mais detém autoridade e isenção para emitir pronunciamento nesse sentido. Não é por outra razão que desde muito tempo tem sido a confissão apontada como "a rainha das provas", capaz de determinar o encerramento imediato da instrução probatória.

O depoimento pessoal tem como objetivo único extrair da parte a sua confissão em relação aos fatos controvertidos alegados pelo outro litigante. É por essa razão que no processo civil/trabalhista não há sentido na formulação de perguntas durante o ato instrutório pelo causídico ao seu cliente. Nenhuma frase ou vírgula posta na ata será aproveitada de modo favorável a quem prestou depoimento pessoal na qualidade de parte. Apesar de tudo isso, não podemos encarar a tomada do depoimento pessoal como uma armadilha para se alcançar a confissão a qualquer custo. É evidente que a capacidade e a liberdade do inquiridor, em tais circunstâncias, estão bem delimitadas na Constituição e na Lei, jamais se permitindo a prática de abusos, comportamento que não integra o cotidiano dos magistrados brasileiros.

Pois bem. A preposta confessou que não havia, na prática, nenhuma função de confiança desempenhada pela reclamante, muito menos exerceu ela cargo em comissão. Os cargos ocupados pela obreira estavam revestidos de um caráter meramente técnico. Esse foi o teor do depoimento. Desmontando a versão da Reclamada, a única testemunha ouvida, Almir Nunes da Silva, trazida pela própria CEF, afirmou que para exercer os cargos de Analista Pleno, de Analista Sênior e de Consultor Interno, a reclamante não teve a opção de trabalhar em jornada de seis horas diárias, pois nesses cargos a jornada é sempre de oito horas diárias:

*“Que trabalha na reclamada há vinte e seis anos, ultimamente está ocupando cargo comissionado de especialista; que as funções exercidas pela reclamante nos cargos de analista pleno, senior e consultor interno eram técnicas, consistindo na operação de sistemas de informações; que, quando a reclamante foi promovida para esses cargos, ela não teve opção pela jornada de seis horas, isso porque nesses cargos se exigiam sempre a jornada de oito horas”(fls. 894/895).*

Deve ser assinalado que, dentro de tal contexto, pouco importa a definição dada pelo Plano de Cargos e Salários da reclamada, capaz de não resistir ao menor sopro de realidade. Não basta pagar a gratificação de 1/3 sobre o valor do cargo efetivo.

O empregador deve demonstrar o exercício, pelo empregado, da função de confiança ou do cargo em comissão. A confiança não está no simples pagamento da gratificação, como bem sabemos. O recebimento da gratificação é um dos requisitos propiciadores da exclusão da jornada de seis horas, mas deve estar aliado a outro elemento de idêntica relevância para o caso.

A confiança é extraída a partir de uma perspectiva real de poder decisório conferido à empregada para tomar decisões, muitas vezes sem ter que submetê-las o tempo todo ao verdadeiro detentor do cargo que reúne as tais atribuições. É evidente que à reclamante não foram dadas as funções próprias do cargo em comissão ou de confiança

Se a confissão da preposta já não fosse suficiente, os demais elementos existentes nos autos revelam que a autora, no desempenho dos cargos antes nominados, não era portadora de qualquer atribuição capaz de torná-la vinculada ao comando celetista que afasta a aplicação da jornada diária de seis horas. O legislador (CLT, caput do artigo 224) quando estabeleceu jornada diferenciada para os trabalhadores bancários, levou em consideração as condições de trabalho penosas inerentes a tais atividades, protegendo, antes de tudo, a saúde desta categoria profissional, ao mesmo tempo em que excepcionou da proteção os ocupantes de função de maior relevância e responsabilidade. Não imaginou que fosse a exceção banalizada para, de fato, mas não de direito, tornar sem efeito o comando principal do dispositivo em debate. É razoável e recomendável que a Caixa Econômica Federal estimule os seus funcionários, oferecendo-lhes gratificações e outras vantagens remuneratórias, considerando a política de absoluta desvalorização do salário referente ao cargo efetivo desempenhado pela totalidade de seus empregados. Por outro lado, não deve simplesmente dizer a muitos deles que são ocupantes de cargo de confiança, em nome da boa fé para com os seus trabalhadores e do respeito ao espírito contido no artigo 224, da CLT. Registro, ainda, ser inaplicável ao presente caso o entendimento da Súmula nº 102 do C. TST, na medida em que, insisto, as funções da reclamante possuíam natureza meramente técnica.

Além disso, o fato de a reclamante ter concordado com a ocupação dos cargos não afasta o entendimento acima, mostrando-se irregular o ato da reclamada, ao exigir o cumprimento da jornada diária de 08(oito) horas pelos ocupantes de função técnica.

Não há se falar, outrossim, em teoria do conglobamento, uma vez que o Plano de Cargos e Salários não tem natureza legal.

Esclareço, por fim, que não houve pedido de incorporação do valor da gratificação de função ao salário, como quer fazer crer a recorrente, mas de produção dos efeitos pecuniários durante o período da irregularidade patronal. Além disso, o fato de a reclamante ter concordado com a ocupação dos cargos não afasta o entendimento acima, mostrando-se irregular o ato da reclamada, ao exigir o cumprimento da jornada diária de 08(oito) horas pelos ocupantes de função técnica.

Quanto à ofensa ao princípio da boa-fé e à proibição de reserva mental (CC, art. 110), consigno que houve boa-fé por parte da reclamante. No Direito do Trabalho, as medidas patronais aceitas tacitamente por empregados não se transformam em regras definitivas e inquestionáveis.

Deve ser descartada a possibilidade de ofensa a ato jurídico perfeito, porque além da inexistência deste, qualquer ato empresarial, ainda que conte com a anuência do empregado para conseguir exercer o cargo respectivo, precisa observar o direito do trabalho e os seus princípios.

E por isso mesmo que a livre manifestação de vontade no Direito do Trabalho, ao contrário do Direito Civil, precisa ser examinada sob o ângulo da desigualdade material entre as partes da referida relação jurídica, a ponto de o empregado, para ser admitido ou promovido, assinar documento marcado pela renúncia de direitos, ato o qual pode depois ser questionado sob a via larga do artigo 9º, da CLT.

Dentro de tal contexto, tem-se que a reclamante deveria cumprir, na verdade,

jornada diária de 06(seis) horas, na condição de trabalhador bancário (CLT, caput do artigo 224), no período de , sendo credora de 02(duas) horas extras (7ª e 8ª horas trabalhadas), como reconhecido na r. sentença que merece, assim, ser confirmada.

Considerando o afastamento da prescrição parcial decretada na origem, as horas extras e seus reflexos são devido desde 14 de setembro de 2001.

Não há, portanto, violação à literalidade dos artigos 442 e 110 do CC (princípio da boa fé e a proibição da reserva mental).

Mantenho a r. sentença.

Nego provimento.

#### **4. DESCONTOS PREVIDENCIÁRIOS E FISCAIS. JUROS E ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA.**

Alega a CEF que não há incidência de contribuição à FUNCEF sobre as horas extras deferidas, porque a Lei Complementar nº 108 veda ao patrocinador de previdência complementar arcar com valores que não estejam previstos no planos de aposentadorias, conforme preconiza os artigos 3º e 6º da referida LC. Ora, independentemente da regra interna, o fato é que toda e qualquer vantagem salarial repercute sobre a base de cálculo dos recolhimentos previdenciários, incluindo os da previdência complementar.

Quanto aos demais recolhimentos previdenciários e fiscais, o juízo de origem indicou a base legal e os parâmetros respectivos, assim também o fazendo quanto aos juros e atualização monetária (fls. 959/960), observando, inclusive, a jurisprudência do TST sobre tais matérias, sem que a recorrente conseguisse, em sua peça processual, apontar eventuais equívocos no julgado, no particular.

Nego provimento ao recurso da Caixa Econômica Federal.

#### **5. ADICIONAL DE 50%.**

Insiste a reclamada na tese de que a reclamante já recebeu por uma jornada de 8(oito) horas diárias, sendo-lhe devido apenas o adicional de 50%, conforme Súmula 166 do C. TST.

A gratificação paga visa remunerar a autora com base no aptidão técnica para o exercício das funções de Analista Júnior e Pleno, vez que afastada a presença de fidúcia especial, que caracterizasse função de confiança.

Dessa forma, correta a r. sentença.

Nego provimento.

#### **6. REFLEXOS HORAS EXTRAS e REMUNERAÇÃO BASE**



Pretende, a reclamada, a reforma da r. decisão quanto aos reflexos da horas extras sobre RSR, sábados, domingos e feriados, férias integrais e proporcionais acrescidas de 1/3, 13ºe FGTS.

Entende que a remuneração base utilizada para apuração dos valores deve observar a MN RH 03.06.03 MN RH 115, De acordo com a atualização monetária constante da tabela divulgada pelo TRT, com índice atualizado do 5º dia útil do mês seguinte.

No caso dos autos, devem prevalecer as normas coletivas firmadas entre os sindicatos das respectivas categorias, as quais determinam que as horas extras integram o pagamento do repouso semanal remunerado, considerados os sábados, domingos e feriados, décimo terceiro salário e férias, conforme Cláusula 4ª, parágrafo 5º da CCT.

Observa-se, ainda, que o PCS/98 - item 9.3.1 determina a aplicação da CLT, no cálculo das horas extras .

Dessa forma, nada a reformar.

Nego provimento.

## **7. DIVISOR**

Não se conforma a reclamada com a aplicação do divisor 180 no cálculo das horas extras, requerendo que incida o divisor 220.

A empregada deveria cumprir jornada diária de seis horas, diante da sua qualidade de bancária, sendo credora das horas extras respectivas com base no divisor próprio dos empregados submetidos àquela jornada mais reduzida.

Nego provimento.

## **8. QUESTÕES PREJUDICIAIS - PCC**

Pretende a reclamada que o obreiro seja repostado no cargo de escriturário compulsoriamente e não tendo prestado concurso público para os cargos que exerceu, invoca a Súmula nº 363 do C. TST.

Ao designar o obreiro para o desempenho de função que entendeu de confiança, como exposto em regulamento, não promoveu a reclamada nenhum provimento originário.

Nego provimento.

## **9. DIAS DE AUSÊNCIA AO TRABALHO**

Pretende a reclamada a exclusão dos cálculos das horas extras, dos períodos em que o reclamante não prestou serviços, durante o gozo de férias, licença remunerada ou não, inclusive afastamentos e licença para tratamento de saúde (LTS), conforme planilha anexa e pelas ausências por interesse particular (APIP). Não há, na sentença recorrida, determinação de pagamento de horas extras em

dias não trabalhados, o que não se confunde com os reflexos legais cabíveis sobre todas as verbas calculadas com base na remuneração, inclusive férias.

Nego provimento.

## **10. BENEFÍCIOS DA JUSTIÇA GRATUITA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.**

Afirmando não poder demandar sem prejuízo do sustento próprio e de sua família, a reclamante pleiteou, na inicial, os benefícios da justiça gratuita (fl. 09).

Em contrapartida, a reclamada impugna o pedido, afirmando que o reclamante, por auferir renda em muito superior ao teto legal de dois salários mínimos, deveria comprovar a real situação de pobreza na acepção jurídica do termo.

Com efeito, a gratuidade de justiça, em sua acepção mais ampla, está assegurada no inciso LXXIV do art. 5º do art. 5º da CF/88, *“aos que comprovem insuficiência de recursos”* e tem suas raízes fincadas na garantia de acesso à Justiça.

Diversamente do sustentado pela reclamada, *“não se pode adotar como regra a idéia de que quem ganha salário inferior a dois salários mínimos seja juridicamente pobre; nem o contrário pode ser adotado como regra absoluta. Não existe razão lógica para diferenciar aqueles que percebem salário superior ou inferior a dois salários mínimos, se a situação fática os impossibilita de arcar com as despesas do processo sem o desfalque do mínimo necessário para sua subsistência e de sua família”*. (BEBBER, Júlio César, in *“Princípios do Processo do Trabalho”*, LTr, 1997, São Paulo, p. 57)

Uma vez observados os requisitos legais, incumbia à reclamada demonstrar que a declaração proferida pelo reclamante é inverídica, não correspondente à realidade.

Ainda que assim não fosse, o Direito do Trabalho teve origem na necessidade de proteção ao empregado hipossuficiente, sendo esse princípio o próprio esteio e razão de ser desta Justiça Especializada.

Partindo dessa premissa, entendo que a presunção de hipossuficiência do empregado milita em seu favor, especialmente quando preenchidos os requisitos legais para concessão da gratuidade judiciária, cabendo ao empregador/reclamado destituir a aparente regularidade.

**DEFIRO**, pois, a gratuidade judiciária postulada pelo autor, na forma das Orientações Jurisprudenciais 304 e 331, ambas da SBDI-1, do c. TST. Mantenho a sentença.

Embora o juízo de origem tenha deferido o benefício da gratuidade da justiça, não houve condenação da reclamada ao pagamento de honorários advocatícios ou assistenciais, até porque o reclamante não encontra-se assistido pelo seu sindicato de classe. Portanto, sem a razão a reclamada ao ventilar esse tema no seu apelo.

Nego provimento ao recurso da reclamada.

## **11. COMPENSAÇÃO. COMISSÕES RECEBIDAS. JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE.**

Embora exista norma interna dispondo sobre o pagamento de valores distintos referentes às gratificações devidas aos empregados submetidos ao cumprimento das jornadas de 06 (seis) e de 08 (oito) horas, o fato é que, na prática, a empregada sempre cumpriu a jornada de 08 (oito) horas diárias. Mais do que o regramento estabelecido pela empregadora prevalece a situação fática real da referida relação jurídica. E assim o é em nome da primazia da realidade, princípio basilar do Direito do Trabalho. Logo, qualquer debate acerca do descumprimento da norma interna passa, necessariamente, pelo reconhecimento da responsabilidade da recorrente.

Nesse sentido, entendo que, após ter recebido a gratificação fixada para o exercente do cargo de 08(oito) horas, as horas extras do trabalhador devem ser pagas sem tomar em consideração valor menor estipulado para o ocupante do cargo de 06 (seis) horas, jornada última que, efetivamente, deixou de ser observada ao longo do contrato de trabalho.

Porém, esse não é o entendimento dominante na Egrégia Terceira Turma, que decidiu pela compensação do valor em comento.

A posição da 3ª Turma é no sentido de determinar a referida compensação, conforme revela o voto do Exmo. Juiz José Ribamar de Oliveira Júnior proferido no processo TRT-RO-01129-2005-019-10-00-8, julgado em 29/3/2006, do seguinte teor:

***"Observo que a diferença entre os valores pertinentes às duas jornadas corresponde, aproximadamente, a duas horas de trabalho. Por exemplo, de acordo com a tabela de fl. 127, a gratificação do Analista Senior que labora 6 horas é de R\$2.850,00, ao passo que o trabalhador que cumpre jornada de 8 horas percebe R\$3.800,00. Como assinalado, a diferença entre esses dois valores corresponde mais ou menos a duas horas de trabalho. Diante desse quadro, percebo que a reclamada tinha a intenção de remunerar o sobrelabor. Se, porém, não o fez corretamente, deve ser condenada a pagar duas horas extras diárias, descontando-se tão-somente a diferença entre as gratificações de cada função exercida, correspondentes a 8 e 6 horas de trabalho. Assim, permanecendo no exemplo antes mencionado (Analista Senior), devem as horas extras ser calculadas com base no cargo comissionado de 6 horas, divisor 180, deduzindo-se R\$950 (R\$3.800,00 - R\$2.850,00), de modo a impedir o enriquecimento ilícito da recorrida. Dou, pois, parcial provimento ao recurso patronal, determinando seja deduzida da condenação em horas extras a diferença entre a gratificação decorrente do exercício de 8 horas de trabalho e a que seria devida pela prestação de 6 horas".***

Dessa forma, com a absoluta ressalva de entendimento pessoal

em sentido contrário, mas em observância ao que está pacificado no âmbito deste Órgão Colegiado, reformo parcialmente a r. sentença, para determinar a compensação requerida, deduzindo-se das horas extras deferidas a diferença entre a gratificação decorrente do exercício de 8 horas de trabalho e a que seria devida pela prestação de 6 horas.

Recurso parcialmente provido.

## RECURSO DO RECLAMANTE

### 12. NORMA DE PROTEÇÃO À MULHER . INTERVALO DE 15 (QUINZE) MINUTOS ANTES DO INÍCIO DAS HORAS EXTRAS.

O juízo de origem entendeu que a norma do artigo 384, da CLT, "não trata de nenhuma condição especial da mulher que autorize a proteção especial, ao contrário, cria obstáculo, ao livre acesso da trabalhadora ao mercado de trabalho, sendo, portanto, inconstitucional, estando em atrito com o art. 5º, I, da CF88" ( fl. 910).

Com enorme respeito ao entendimento da colega Tamara Gil Alves Portugal, vejo a questão de modo absolutamente diverso, no sentido de que esse tipo de proteção à mulher, embora antigo seja o dispositivo, insere-se dentro do quadro de políticas afirmativas para, efetivamente, quebrar desigualdades históricas entre homens e mulheres, sem desprezar o fato de que as trabalhadoras do sexo feminino estão submetidas, na prática, ao cumprimento de jornadas bem mais extensas, considerando o modelo de gestão patriarcal da família ainda vigente na sociedade burguesa.

Ademais, é salutar que antes do labor extraordinário seja concedido realmente novo intervalo ao empregado, ato capaz de evitar algumas das doenças laborais adquiridas em decorrência do ambiente de trabalho pouco saudável . Se as mulheres já conquistaram esse direito há muito tempo, embora ignorado na prática, é dever das representações da sociedade civil brasileira, ao invés de pugnar pela sua extinção, lutar para ampliá-lo, alcançando igualmente mulheres e homens trabalhadores.

A falta de observância do tempo de 15(quinze) minutos de intervalo para descanso, antes do início do período extraordinário de trabalho, conduz ao pagamento da indenização de 15 minutos (CLT, § 4º, do Artigo 71), conforme prevê o Artigo 384, da CLT. com o acréscimo de 50% (cinquenta por cento).

No caso dos autos, porém, a argumentação da Caixa Econômica Federal revela-se, a meu ver, neste particular, correta, na sua primeira parte.

É que a reclamante cumpria jornada diária de oito horas com uma hora de intervalo. Se cumprisse a jornada legal, que é de seis horas para os bancários, teria direito a 15 (quinze) minutos de intervalo.

Portanto, ainda que tenha sido ultrapassada a jornada reduzida dos bancários, usufruía a reclamante do intervalo mais elevado, próprio para quem labora oito

horas diárias.

Do ponto de vista prático, a sua jornada não era a dos bancários (seis horas), nem o respectivo intervalo (15 minutos), daí porque, numa interpretação teleológica do comando do artigo 384, da CLT, deixo de vislumbrar ofensa ao referido mandamento, norma essa que é absolutamente compatível com o texto constitucional, especialmente com o princípio da isonomia, no seu plano ideal voltado para banir discriminações negativas e fomentar ações políticas com caráter protetivo e diferenciado para grupos da sociedade em notórias condições exteriorizadas por desigualdades intoleráveis entre seres humanos, tudo em nome da efetiva igualdade material entre homens e mulheres, brancos, negros, pardos e índios, heterossexuais e homossexuais, ricos e pobres, e não apenas a velha igualdade formal da época do liberalismo clássico de dois séculos atrás.

A norma do artigo 384, da CLT, ao assegurar, no Capítulo "*Da Proteção ao Trabalho da Mulher*", descanso obrigatório de 15( quinze) minutos antes do início do labor extraordinário, insere-se dentro do quadro de políticas afirmativas para, efetivamente, aniquilar desigualdades históricas entre homens e mulheres, sem desprezar o fato de que as trabalhadoras do sexo feminino estão submetidas, na prática, ao cumprimento de jornadas bem mais extensas, considerando o modelo de gestão patriarcal da família na sociedade capitalista.

O artigo 384, da CLT, é absolutamente compatível com o texto constitucional, encontrando ressonância no princípio da isonomia, no seu plano ideal de Justiça e concreto voltado para, por um lado, banir discriminações negativas condutoras de qualquer tipo de inferioridade ou preconceito, por outro, incrementar ações políticas dotadas de caráter diferenciado e protetivo para grupos da sociedade marcados por notórias condições de desigualdades intoleráveis entre seres humanos, tudo em nome da efetiva igualdade material entre homens e mulheres, brancos, negros, pardos, amarelos e índios, heterossexuais e homossexuais, ricos e pobres, e não apenas sob o manto da velha igualdade formal da época do liberalismo clássico de dois séculos atrás, que tantos males e destruições depois causou à humanidade. O princípio constitucional da isonomia, consagrado no art. 5º, caput, e art. 7º, XXX e XXXII, da Carta Magna, tem por objetivo igualar os iguais e desigualar os desiguais.

Segundo lição magistral do sociólogo Boaventura de Sousa Santos, "***temos o direito a ser iguais quando a nossa diferença nos inferioriza; e temos o direito a ser diferentes quando a nossa igualdade nos descaracteriza. Daí a necessidade de uma igualdade que reconheça as diferenças e de uma diferença que não produza, alimente ou que produza as desigualdades***".

Ademais, é salutar que antes das horas extras seja concedido realmente novo intervalo ao empregado, ato capaz de evitar algumas das doenças laborais adquiridas em decorrência do ambiente de trabalho pouco saudável. Se as mulheres já conquistaram esse direito há muito tempo, embora ignorado na prática, é dever das representações da sociedade civil brasileira, ao invés de pugnar pela sua extinção, lutar para ampliá-lo e efetivá-lo, alcançando

igualmente mulheres e homens trabalhadores.

Nego provimento ao recurso, mas por fundamentos bem distintos daqueles expostos na sentença atacada.

## **CONCLUSÃO**

Pelo exposto, conheço dos recursos e, no mérito, dou-lhes provimento parcial, o da reclamada para determinar a compensação solicitada, deduzindo-se das horas extras deferidas, a diferença entre a gratificação paga aos empregados que laboram em jornada de oito horas diárias e a que seria devida pela prestação da jornada diária de 6 (seis) horas ,com ressalva de entendimento pessoal em sentido contrário, e o da reclamante para afastar a prescrição parcial decretada na origem, devendo ser apuradas as horas extras (7ª e 8ª) desde o dia 14 de setembro de 2001, nos termos da fundamentação precedente.

Em face do provimento parcial de ambos os recursos, mantenho o valor arbitrado à condenação na origem.

É meu voto.

Por tais fundamentos,

**ACORDAM** os Desembargadores da Terceira Turma do Egrégio Tribunal Regional do Trabalho da Décima Região, em sessão ordinária, à vista do contido na certidão de julgamento (fl. retro), por unanimidade aprovar o relatório, conhecer dos recursos e, no mérito, dar-lhes provimento parcial, o da reclamada para determinar a compensação solicitada, deduzindo-se das horas extras deferidas, a diferença entre a gratificação paga aos empregados que laboram em jornada de oito horas diárias e a que seria devida pela prestação da jornada diária de 6 (seis) horas ,com ressalva de entendimento pessoal em sentido contrário, e o da reclamante para afastar a prescrição parcial decretada na origem, devendo ser apuradas as horas extras (7ª e 8ª) desde o dia 14 de setembro de 2001. Em face do provimento parcial de ambos os recursos, mantenho o valor arbitrado à condenação na origem. Tudo nos termos do voto do Juiz Relator. Ementa aprovada.

Brasília(DF), 25 de agosto de 2009(data do julgamento).

**GRIJALBO FERNANDES COUTINHO**

Juiz Convocado Relator