



PROCESSO N° TST-RR-435-81.2011.5.02.0074

A C Ó R D ã O  
**2ª Turma)**  
DCCACM/07/

**AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA - NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL - RECUSA DO TRIBUNAL EM TRANSCREVER DEPOIMENTO - CONFISSÃO DO PREPOSTO - PREJUÍZO À PARTE - PROVIMENTO.** A arguição de nulidade de decisão judicial por negativa de prestação jurisdicional requer a identificação dos pontos que não foram enfrentados, a fim de viabilizar a análise da entrega da efetiva tutela jurisdicional, pois a mera alegação genérica de sua ocorrência, torna impossível sua aferição. Para a declaração de nulidade, há de se mostrar omissa a decisão, mesmo após a provocação por intermédio de embargos declaratórios, para que reste demonstrada a negativa de prestação jurisdicional ensejadora do conhecimento do recurso de revista. Se o Regional deixou de manifestar-se sobre questões importantes para deslinde da controvérsia quanto às horas extras, mesmo após a provocação do Reclamante por intermédio de embargos declaratórios, vislumbra-se eventual negativa de prestação jurisdicional ensejadora do conhecimento do recurso de revista, por ofensa ao artigo 93, IX, da Constituição Federal. **Agravo de instrumento a que se dá provimento.**

**RECURSO DE REVISTA - NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL - RECUSA DO TRIBUNAL EM TRANSCREVER DEPOIMENTO DO PREPOSTO - NULIDADE NÃO CONFIGURADA.** Inexistindo afronta ao artigo 93, IX, da Constituição Federal, artigo 832, da CLT e artigo 458, do CPC, não há falar em nulidade do Acórdão Regional. **Recurso de revista não conhecido.**



PROCESSO N° TST-RR-435-81.2011.5.02.0074

**RECURSO DE REVISTA - MULTA POR EMBARGOS PROCRASTINATÓRIOS - VIOLAÇÃO AO ARTIGO 538, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC, CONFIGURADA.** Restando demonstrado que o reclamante, ao opor seus embargos de declaração, agiu nos estritos termos da lei processual vigente, não há falar em existência de embargos de declaração de intuito procrastinatórios. Desta forma, foram violados os termos do artigo 538, parágrafo único, do CPC. **Recurso de revista conhecido e provido.**

**RECURSO DE REVISTA - HORAS EXTRAS - BANCO ITAÚ - EXISTÊNCIA DE DOIS GERENTES NA AGÊNCIA: COMERCIAL E ADMINISTRATIVO - VIOLAÇÃO CONFIGURADA - ARTIGO 62, II, DA CLT.** O cargo de confiança, previsto no art. 62, II, da CLT, para afastar a percepção de horas extras, decorre não só do cargo de gerência exercido com alto grau de diferenciação salarial, bem como do fato de o empregado ser um verdadeiro "alter ego" do empregador, incorporando quase a figura do dono do empreendimento. Sendo regra restritiva de direitos, o artigo 62, da CLT, tanto em seu inciso I quanto em seu inciso II, exige, interpretação e aplicação de acordo com o 7º, XIII, da Constituição Federal, para evitar jornadas exaustivas e até desumanas. No presente caso, a prova dos autos denuncia que o reclamante (gerente comercial) não detinha poderes de mando e gestão, capaz de enquadrá-lo na exceção do art. 62, II, da CLT, eis que "dividia" a gerência da agência com outro empregado (gerente administrativo) e que só eram seus subordinados os funcionários que atuavam na área comercial. Desta forma, são devidas as horas extras. **Precedente. Recurso de revista conhecido e provido.**



**PROCESSO Nº TST-RR-435-81.2011.5.02.0074**

**RECURSO DE REVISTA - DANO MORAL - ASSALTO A AGÊNCIA BANCÁRIA - TEORIA DO RISCO CRIADO - TEORIA DO DANO "IN RE IPSA" - RESPONSABILIDADE OBJETIVA - DEVER DE INDENIZAR - AFRONTA AO ARTIGO 5º, X, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.** O art. 927, do CCB/02, dispõe que haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem. Assim, a empresa cuja atividade cria um perigo aos seus empregados e à sociedade deve suportar os ônus advindos de sua conduta, já que é beneficiária desta atividade. É a chamada "Teoria do Risco Criado". É notório que o exercício da função bancária é permeado pelo risco, tanto assim que alguns bancos assumem, através de cláusulas inseridas nos acordos coletivos de trabalho, a responsabilidade pelos prejuízos materiais causados em casos de assaltos ou seqüestro. Sendo a atividade bancária de alto risco, insere-se na ressalva disposta no parágrafo único do artigo 927, do Código Civil, ou seja, havendo condições de risco, a responsabilidade é objetiva. Assim, os empregados do Banco reclamado estão expostos a riscos maiores do que aqueles aos quais cotidianamente qualquer pessoa está sujeita, por isto, a análise da lide deve seguir os parâmetros insculpidos doutrinariamente para a responsabilidade chamada objetiva e, como corolário, a investigação da culpa do empregador, no caso em apreço, deve ser dispensada. E, quando o empregado do banco, como no caso presente, é vítima de assaltos na agência, há que se aplicar a teoria do dano "in re ipsa", sendo desnecessária qualquer prova do

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico <http://www.tst.jus.br/validador> sob código 1000ECC213C27AA551.



**PROCESSO N° TST-RR-435-81.2011.5.02.0074**

mesmo. Precedente. **Recurso de Revista conhecido e provido.**

**RECURSO DE REVISTA - QUANTUM INDENIZATÓRIO.** Não merece conhecimento o recurso de revista quando a parte deixa de prequestionar o tema objeto do apelo. Inteligência da Súmula 297, do TST. **Recurso de Revista não conhecido.**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento em Recurso de Revista n° **TST-AIRR-435-81.2011.5.02.0074**, em que é Agravante **WILSON SOUZA TAVARES** e Agravado **ITAU UNIBANCO S.A..**

Contra o despacho que denegou seguimento ao recurso de revista (numeração eletrônica), decisão originária do Eg. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, agrava de instrumento o reclamante (numeração eletrônica 570/576), postulando o regular processamento do recurso de revista.

O agravado apresentou contraminuta (numeração eletrônica 612/616), pela manutenção do despacho.

Sem parecer do d. Ministério Público.

É o relatório.

**V O T O**

**CONHECIMENTO**

Conheço do agravo de instrumento, por presentes seus pressupostos de admissibilidade.



PROCESSO N° TST-RR-435-81.2011.5.02.0074

**NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL - RECUSA DO TRIBUNAL EM TRANSCREVER DEPOIMENTO - CONFISSÃO DO PREPOSTO - PREJUÍZO À PARTE - PROVIMENTO.**

O Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região denegou seguimento ao recurso de revista, consignando os seguintes fundamentos, *verbis*:

**DIREITO PROCESSUAL CIVIL E DO TRABALHO / ATOS PROCESSUAIS / NULIDADE / NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL.**

Alegação(ões):

- violação do(s) artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal.
- divergência jurisprudencial indicada a partir da folha 494, 1 aresto.

Sustenta que houve negativa da prestação jurisdicional com relação ao enquadramento do reclamante na exceção do artigo 62, II da CLT, com a consequente exclusão das horas extras deferidas, sendo que apesar dos respectivos poderes, não tinha sua jornada de trabalho devidamente fiscalizada.

Além disso, menciona nas razões recursais que não houve pronunciamento quanto à confissão do preposto de que as agências do reclamado eram divididas em duas áreas (comercial e operacional), sendo que o recorrente era a autoridade máxima apenas na área comercial.

Na r. Sentença houve a seguinte decisão:

**V - DA JORNADA DE TRABALHO**

Competia ao reclamado comprovar a existência dos poderes de mando e gestão alegados em defesa (arts. 818 da CLT e 333, II do CPC), ônus do qual não se desincumbiu. A própria testemunha do banco confirmou que o reclamante não poderia admitir e demitir funcionários, sendo a decisão da superintendência. Outrossim, o depoimento das testemunhas demonstrou que o trabalho do autor era predominantemente interno, não se aplicando ao caso dos autos qualquer das hipóteses previstas no art. 62 da CLT. Entretanto, aplicável ao contrato de trabalho do autor o disposto no art. 224, § 2º da CLT, eis que o mesmo tinha subordinados, assinatura autorizada e alçada, detendo ainda a chave da agência. Observados os depoimentos das testemunhas, reconheço que o autor laborava



**PROCESSO N° TST-RR-435-81.2011.5.02.0074**

das 8h00 às 18h00, permanecendo dez dias por mês até as 19h30min, sempre com 30 minutos de intervalo para refeição e descanso. Extrapolados os limites constitucionais de jornada sem a devida contraprestação, procede o pedido de horas extras e reflexos. Cálculo das horas suplementares observará: a) o excedente da 8a diária e da 44a semanal; b) 1h00 diária de intervalo não usufruído; c) os cinco minutos que antecedem e sucedem a jornada não constituem horas suplementares, porém, extrapolado este limite, todos os minutos ultrapassados serão devidos como extras (art. 58, § 1º da CLT e Súmula 366 do C. TST); d) evolução salarial; e) dias efetivamente trabalhados; f) integração de todas as horas extras nos DSR's (inclusive sábados, nos termos das normas coletivas acostadas à peça vestibular), nas gratificações natalinas, nas férias acrescidas de 1/3, no aviso prévio indenizado, no FGTS e respectiva multa de 40%, mas os descansos semanais remunerados assim enriquecidos não produzirão novos reflexos para que se evite a duplicidade de repercussões; g) divisor 220; h) adicional de 50%; i) dedução dos valores pagos, por idênticos títulos.

Consta do v. Acórdão:

Alega o reclamante que o v. acórdão de fls. 481/482v foi omissivo pois não transcreveu o teor do depoimento de sua testemunha e do preposto do reclamado.

Absurda e questionável a oposição da presente medida para o fim colimado, pois não se imagina que as decisões precisem transcrever o teor dos depoimentos prestados e colhidos em audiência, não se tratando a hipótese aventada de omissão do julgado.

Por tais motivos, entendo que o manejo dos presentes embargos de declaração é manifestamente procrastinatório, motivo pelo qual condeno o reclamante a pagar ao reclamado multa de 1% sobre o valor da causa, nos termos do art. 538 do CPC, cujo valor não é isento em razão dos benefícios da gratuidade judiciária, pois detém natureza jurídica distinta das custas e despesas processuais.

Na r. decisão de embargos de declaração houve o seguinte entendimento:

Conheço, eis que tempestivos.

A matéria objeto de impugnação pela via eleita foi devidamente analisada a fls. 475v, onde restou devidamente consignado que, pela análise do conjunto probatório constante dos autos, evidenciou-se que o autor era a autoridade máxima da agência.

Ressalve-se que o alegado controle de jornada não foi comprovado pela testemunha do reclamante, pois o sistema de



**PROCESSO N° TST-RR-435-81.2011.5.02.0074**

"login/logout" não se presta para tanto, bem como que não houve qualquer confissão por parte do preposto em relação à suposta existência de duas áreas na agência em que prestava serviços, pois não demonstrado pelo embargante que existia um gerente responsável pela área administrativa operacional.

Inicialmente, é relevante destacar que, conforme jurisprudência pacífica do C. TST, consubstanciada pela Orientação Jurisprudencial n° 115 da SDI-1, somente por violação dos artigos 458 do CPC, 832 da CLT ou 93, IX, da Constituição Federal pode ser admitido o conhecimento de Recurso de Revista pela preliminar de nulidade por negativa de prestação jurisdicional, motivo pelo qual revela-se inócua eventual argüição de que a alegada falta da prestação jurisdicional resultaria em violação a disposição diversa. Igualmente não rende ensejo à admissibilidade do apelo a apresentação de dissenso pretoriano. Isso porque o exame da referida nulidade deve ser procedido caso a caso, considerando-se as particularidades de que se revestem, o que inviabiliza o estabelecimento do cotejo de teses, nos moldes da Súmula n° 296 do TST.

Por outro lado, no caso dos autos, não há que se cogitar de negativa da prestação jurisdicional, tampouco de malferimento aos artigos 458 do CPC, 832 da CLT, ou 93, IX, da Constituição Federal, vez que o v. Acórdão hostilizado se encontra fundamentado com clareza, abordando os pontos essenciais de sua conclusão, sendo que as matérias apontadas foram devidamente apreciadas.

Inconformado, interpõe o reclamante agravo de instrumento, alegando que demonstrou a nulidade do Acórdão Regional.

Afirma que "...deixou o C. Regional, mesmo diante da oposição de embargos declaratórios, de se pronunciar quanto à confissão patronal de que as agências do reclamado eram divididas em 2 áreas (comercial e operacional), sendo que o recorrente era a autoridade máxima apenas na área comercial.



**PROCESSO Nº TST-RR-435-81.2011.5.02.0074**

Sustenta que, havendo confissão "...nos autos sobre premissa indispensável ao reconhecimento do direito do trabalhador, a única forma capaz de solucionar a controvérsia é a transcrição da prova".

Diz que a recusa do Tribunal em transcrever a confissão do patrono do banco réu impossibilitou-o demonstrar violação a preceito de lei e colacionar aresto específico capaz de amparar sua pretensão.

Assim, suscita violação aos artigos 832, da CLT e 458, do CPC, afronta ao artigo 93, IX, da CF, bem como divergência jurisprudencial.

Tem razão o agravante.

Para melhor elucidar a questão, eis os fundamentos do Regional para, reformando a sentença de primeiro grau, indeferir o pleito de horas extras com base no artigo 62, da CLT:

**1.3. Horas extras – cargo de confiança - art. 62, II, da CLT**

Alega o recorrente que o autor exerceu funções de confiança, nos termos do art. 62, II da CLT, pois tinha subordinados, assinatura autorizada, alçada e chave da agência.

Procede o inconformismo.

Com efeito, a própria testemunha do reclamante, em depoimento de fls. 398, confirmou que: "...na agência o reclamante não tinha superior hierárquico; que o chefe do autor era o superintendente, o qual permanecia na Central...", tratando-se, portanto, de autoridade máxima da agência e, portanto, respondendo pelos atos do reclamado, como se fosse o próprio empregador.

Incide à espécie a Súmula 287, segunda parte, do C. TST:

**Nº 287 - JORNADA DE TRABALHO. GERENTE BANCÁRIO - NOVA REDAÇÃO**

A jornada de trabalho do empregado de banco gerente de agência é regida pelo art. 224, § 2º, da CLT. Quanto ao gerente-geral de agência bancária, presume-se o exercício de encargo de gestão, aplicando-se-lhe o art. 62 da CLT.



**PROCESSO N° TST-RR-435-81.2011.5.02.0074**

Por tais motivos, excludo da condenação o pagamento de horas extras e reflexos por excesso de jornada e por ausência de intervalo.

Inconformado com a reforma da sentença primária, o reclamante opôs embargos de declaração em duas oportunidades, intentando que o Regional transcrevesse o depoimento do preposto do Reclamado, tendo em vista sua suposta confissão.

Não obstante, o Tribunal *a quo* assentou:

A matéria objeto de impugnação pela via eleita foi devidamente analisada a fls. 475V, onde restou devidamente consignado que, pela análise do conjunto probatório constante dos autos, evidenciou-se que o autor era a autoridade máxima da agência.

Ressalve-se que o alegado controle de jornada não foi comprovado pela testemunha do reclamante, pois o sistema de “login/logout” não se presta para tanto, bem como que não houve qualquer confissão por parte do preposto em relação à suposta existência de duas áreas na agência em que prestava serviços, pois não demonstrado pelo embargante que existia um gerente responsável, pela área administrativa operacional.

(...)

Alega o reclamante que o V. acórdão de fls. 481/482v foi omissivo pois não transcreveu o teor do depoimento de sua testemunha e do preposto do reclamado.

Absurda e questionável a oposição da presente medida para o fim colimado, pois não se imagina que as decisões precisem transcrever o teor dos depoimentos prestados e colhidos em audiência, não se tratando a hipótese aventada de omissão do julgado.

Por tais motivos, entendo que o manejo dos presentes embargos de declaração é manifestamente procrastinatório, motivo pelo qual condeno o reclamante a pagar ao reclamado multa de 1% sobre o valor da causa, nos termos do art. 538 do CPC, cujo valor não é isento em razão dos benefícios da gratuidade judiciária, pois detém natureza jurídica distinta das custas e despesas Processuais.



**PROCESSO N° TST-RR-435-81.2011.5.02.0074**

Pois bem.

A argüição de nulidade de decisão judicial por negativa de prestação jurisdicional requer a identificação dos pontos que não foram enfrentados, a fim de viabilizar a análise da entrega da efetiva tutela jurisdicional, pois a mera alegação genérica de sua ocorrência, torna impossível sua aferição. Portanto, cumpre ao agravante demonstrar onde estaria configurada a negativa de prestação jurisdicional pelo Regional e qual o ponto relevante que não foi analisado pelo Colegiado Trabalhista Regional.

E para a declaração de nulidade, há de se mostrar omissa a decisão, mesmo após a provocação por intermédio de embargos declaratórios, para que reste demonstrada a negativa de prestação jurisdicional ensejadora do conhecimento do recurso de revista.

Verifica-se da leitura do v. acórdão Regional que este deu provimento ao recurso ordinário do Reclamado, por entendeu, com base no depoimento de uma testemunha, que o autor ocupava o cargo de gerente geral. Aplicou, então, o disposto na Súmula 287, do TST, e reformou a sentença de primeiro grau, excluindo da condenação as horas extras.

O Reclamante opôs embargos declaratórios em duas oportunidades, alegando a existência de omissão no v. acórdão no que concerne ao depoimento do preposto do réu que supostamente havia confessado a existência de duas áreas na agência, uma comercial e outra operacional. Pretendeu, então, ver consignado no Acórdão os termos de tal depoimento, no intuito de demonstrar que não ocupava o cargo de gerente geral, mas sim de gerente comercial, e de afastar a aplicação do artigo 62, da CLT.

O Tribunal Regional, ao analisar os embargos declaratórios do autor, recusou-se a fazer constar os termos do depoimento do preposto do réu.



**PROCESSO N° TST-RR-435-81.2011.5.02.0074**

Ocorre que, ao deixar de efetuar tal transcrição, o Regional impossibilitou a esta Corte ter o conhecimento de todo quadro fático delineado nos autos, tendo em vista óbice da Súmula 126, obstaculizando, portanto, a efetiva entrega na prestação jurisdicional.

Assim, considerando o teor do que restou consignado no v. acórdão, entendo fundamentada a insistência do Reclamante em demonstrar o seu inconformismo com o decisório regional, uma vez que, conforme teor do artigo 93, IX, da Constituição Federal, constitui obrigação do juízo elucidar de forma cristalina e fundamentada os motivos que levaram ao seu convencimento, mormente após a oposição de embargos de declaração que, por sua vez, visam assegurar o prequestionamento da matéria objeto de insurgência.

Vislumbra-se, portanto, violação ao teor do artigo 93, IX, da Constituição Federal, sendo recomendável o processamento do recurso de revista para melhor análise da nulidade do julgado por negativa de prestação jurisdicional, a teor do artigo 896, "c", da CLT.

Assim, **dou provimento** ao agravo de instrumento para, convertendo-o em recurso de revista, determinar a reautuação do feito e a publicação de certidão de julgamento para ciência e intimação das partes e dos interessados de que o julgamento do recurso de revista dar-se-á na primeira sessão ordinária deste Relator subsequente à data da referida publicação, nos termos do artigo 229 do Regimento Interno desta Corte.

Com fulcro, então, no artigo 897, § 7º, da CLT, passo ao exame do recurso de revista destrancado.

**RECURSO DE REVISTA**



**PROCESSO N° TST-RR-435-81.2011.5.02.0074**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista n° **TST-RR-435-81.2011.5.02.0074**, em que é Recorrente **WILSON SOUZA TAVARES** e Recorrido **ITAU UNIBANCO S.A.**.

Trata-se de Recurso de Revista interposto pelo reclamante em face do Acórdão que reformou a sentença de primeiro grau, para excluir da condenação as horas extras pretendidas.

Contrarrazões oferecidas pelo réu, pela manutenção do Acórdão (numeração eletrônica 618/624).

Não houve remessa dos autos ao d. Ministério Público do Trabalho, na forma do Regimento Interno deste C. TST.

É o relatório.

**V O T O**

**1-PRESSUPOSTOS EXTRÍNSECOS**

O recurso é tempestivo (acórdão publicado em 08/10/2013 e recurso de revista apresentado em 16/10/2013), a representação processual é regular e o preparo é dispensado.

Assim sendo, passo à análise dos pressupostos intrínsecos.

**2- NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL - RECUSA DO TRIBUNAL EM TRANSCREVER DEPOIMENTO DO PREPOSTO - NULIDADE NÃO CONFIGURADA CONFIGURADA**

**2.1-PRESSUPOSTOS INTRÍNSECOS.**



**PROCESSO N° TST-RR-435-81.2011.5.02.0074**

O Reclamante sustenta que houve negativa de prestação jurisdicional por parte do Regional Trabalhista, uma vez que a decisão Regional, ao analisar os embargos declaratórios por ele opostos, deixou de analisar as questões ali discutidas, que eram imprescindíveis ao deslinde da controvérsia, incorrendo em nulidade, a teor do artigo 93, IX, da Constituição Federal, e artigos 832, da CLT e 458, do CPC.

Vejamos.

Ao apreciar a questão relativa às horas extras, o Tribunal Regional do Trabalho, reformando a sentença de primeiro grau, indeferiu o pleito com base no artigo 62, da CLT:

**1.3. Horas extras – cargo de confiança - art. 62, II, da CLT**

Alega o recorrente que o autor exerceu funções de confiança, nos termos do art. 62, II da CLT, pois tinha subordinados, assinatura autorizada, alçada e chave da agência.

Procede o inconformismo.

Com efeito, a própria testemunha do reclamante, em depoimento de fls. 398, confirmou que: "...na agência o reclamante não tinha superior hierárquico; que o chefe do autor era o superintendente, o qual permanecia na Central...", tratando-se, portanto, de autoridade máxima da agência e, portanto, respondendo pelos atos do reclamado, como se fosse o próprio empregador.

Incide à espécie a Súmula 287, segunda parte, do C. TST:

**N° 287 - JORNADA DE TRABALHO. GERENTE BANCÁRIO - NOVA REDAÇÃO**

A jornada de trabalho do empregado de banco gerente de agência é regida pelo art. 224, § 2º, da CLT. Quanto ao gerente-geral de agência bancária, presume-se o exercício de encargo de gestão, aplicando-se-lhe o art. 62 da CLT.

Por tais motivos, excluo da condenação o pagamento de horas extras e reflexos por excesso de jornada e por ausência de intervalo.

Inconformado com a reforma da sentença primária, o reclamante opôs embargos de declaração em duas oportunidades, intentando



**PROCESSO N° TST-RR-435-81.2011.5.02.0074**

que o Regional transcrevesse o depoimento do preposto do Reclamado, tendo em vista sua suposta confissão.

Não obstante, o Tribunal *a quo* assentou:

A matéria objeto de impugnação pela via eleita foi devidamente analisada a fls. 475V, onde restou devidamente consignado que, pela análise do conjunto probatório constante dos autos, evidenciou-se que o autor era a autoridade máxima da agência.

Ressalve-se que o alegado controle de jornada não foi comprovado pela testemunha do reclamante, pois o sistema de “login/logout” não se presta para tanto, bem como que não houve qualquer confissão por parte do preposto em relação à suposta existência de duas áreas na agência em que prestava serviços, pois não demonstrado pelo embargante que existia um gerente responsável, pela área administrativa operacional.

(...)

Alega o reclamante que o V. acórdão de fls. 481/482v foi omissivo pois não transcreveu o teor do depoimento de sua testemunha e do preposto do reclamado.

Absurda e questionável a oposição da presente medida para o fim colimado, pois não se imagina que as decisões precisem transcrever o teor dos depoimentos prestados e colhidos em audiência, não se tratando a hipótese aventada de omissão do julgado.

Por tais motivos, entendo que o manejo dos presentes embargos de declaração é manifestamente procrastinatório, motivo pelo qual condeno o reclamante a pagar ao reclamado multa de 1% sobre o valor da causa, nos termos do art. 538 do CPC, cujo valor não é isento em razão dos benefícios da gratuidade judiciária, pois detém natureza jurídica distinta das custas e despesas Processuais.

Pois bem.

A argüição de nulidade de decisão judicial por negativa de prestação jurisdicional requer a identificação dos pontos



**PROCESSO Nº TST-RR-435-81.2011.5.02.0074**

que não foram enfrentados, a fim de viabilizar a análise da entrega da efetiva tutela jurisdicional, pois a mera alegação genérica de sua ocorrência, torna impossível sua aferição. Portanto, cumpre ao agravante demonstrar onde estaria configurada a negativa de prestação jurisdicional pelo Regional e qual o ponto relevante que não foi analisado pelo Colegiado Trabalhista Regional.

E para a declaração de nulidade, há de se mostrar omissa a decisão, mesmo após a provocação por intermédio de embargos declaratórios, para que reste demonstrada a negativa de prestação jurisdicional ensejadora do conhecimento do recurso de revista.

Verifica-se da leitura do v. acórdão Regional que este deu provimento ao recurso ordinário do Reclamado, por entendeu, com base no depoimento de uma testemunha, que o autor ocupava o cargo de gerente geral. Aplicou, então, o disposto na Súmula 287, do TST, e reformou a sentença de primeiro grau, excluindo da condenação as horas extras.

O Reclamante opôs embargos declaratórios em duas oportunidades, alegando a existência de omissão no v. acórdão no que concerne ao depoimento do preposto do réu que supostamente havia confessado a existência de duas áreas na agência, uma comercial e outra operacional. Pretendeu, então, ver consignado no Acórdão os termos de tal depoimento, no intuito de demonstrar que não ocupava o cargo de gerente geral, mas sim de gerente comercial, e de afastar a aplicação do artigo 62, da CLT.

O Tribunal Regional, ao analisar os embargos declaratórios do autor, recusou-se a fazer constar os termos do depoimento do preposto do réu.

Ocorre que, ao deixar de efetuar tal transcrição, o Regional impossibilitou a esta Corte ter o conhecimento de todo quadro fático delineado nos autos, tendo em vista óbice da Súmula 126, obstaculizando, portanto, a efetiva entrega na prestação jurisdicional.



**PROCESSO Nº TST-RR-435-81.2011.5.02.0074**

Ora, sendo a Corte Regional soberana na delimitação dos contornos fáticos-probatórios é absolutamente indispensável que o Regional aprecie as questões levantadas em sede de embargos declaratórios, quanto às horas extras, a fim de delinear o quadro fático que envolve o tema, uma vez que a parte tem direito à apreciação de todos os elementos que considera importantes para a apreciação desta Corte Superior Trabalhista. Se o Regional entende que os fatos não existiram ou são distintos do que afirma a parte embargante, deve consigná-los em sua decisão, o silêncio do Tribunal Regional em analisá-los caracteriza a negativa de prestação jurisdicional, especialmente em face do que preconizam as Súmulas 126 e 297, do C. TST.

Neste sentido, há precedentes desta Corte:

**I - AGRAVO DE INSTRUMENTO. NULIDADE DO ACÓRDÃO POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. VIOLAÇÃO AO ART. 93, IX, DA CRFB E AO ARTIGO 832 DA CLT. Autoriza-se o processamento do recurso de revista quando o Acórdão Regional, mesmo após suscitado, através de embargos de declaração, permanece omissos quanto a pontos relevantes da controvérsia, em aparente ofensa ao disposto nos artigos 93, IX, da Constituição da República, 832, da CLT. Agravo de Instrumento conhecido e provido, nos termos da alínea "c", do art. 896, da CLT. II - RECURSO DE REVISTA. NULIDADE DO ACÓRDÃO POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. VIOLAÇÃO AOS ARTIGOS 93, IX, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA, 458 E 832, DA CLT. É nulo o Acórdão Regional quando o Juízo, mesmo após suscitado, através de embargos de declaração, permanece omissos quanto a pontos relevantes da controvérsia, em manifesta ofensa ao disposto no art. 832, da CLT, e art. 93, IX, da CRFB/88. A omissão acerca da suposta confissão da parte contrária inibe a esta Corte proceder ao reenquadramento jurídico do julgado Regional, por força do óbice à revisão de fatos e provas na instância extraordinária, segundo o entendimento jurisprudencial cristalizado por meio da Súmula nº 126/TST. Recurso de Revista provido, nos termos da alínea "c", do art. 896, da CLT. (RR - 1787-65.2010.5.02.0444 , Relator Ministro:**



**PROCESSO N° TST-RR-435-81.2011.5.02.0074**

Alexandre Teixeira de Freitas Bastos Cunha, Data de Julgamento: 19/11/2014, 1ª Turma, Data de Publicação: DEJT 21/11/2014)

RECURSO DE REVISTA. NULIDADE DO JULGADO POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL ACOLHIDA. OMISSÃO NO JULGADO. Mostra-se caracterizada a nulidade do julgado por negativa de prestação jurisdicional, com conseqüente violação do art. 93, IX, da CF, quando premissa suscitada e relevante ao deslinde da controvérsia quanto ao enquadramento do reclamante na exceção do art. 62, II, da CLT não foi consignada, como a confissão do reclamante de que era autoridade máxima na agência, impondo-se o retorno dos autos à origem para que se manifeste sobre a referida questão fática. Recurso de revista conhecido e provido.(RR - 1630-96.2012.5.03.0023 , Relatora Ministra: Dora Maria da Costa, Data de Julgamento: 25/06/2014, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 01/07/2014)

RECURSO DE REVISTA - NULIDADE - NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL - VIOLAÇÃO LEGAL - CONFIGURAÇÃO Não enfrentada pelo Tribunal Regional questão relevante para a composição regular da polêmica - alegação de confissão obreira e conteúdo da prova oral favorável às teses de defesa -, apesar da oposição de embargos declaratórios, resta patente a violação ao art. 93, IX, da Constituição Federal, cumprindo a esta Corte Superior, em tal situação, decretar a nulidade do julgado proferido, determinando o retorno dos autos à origem, a fim de que seja complementada a prestação jurisdicional. Prejudicada a análise dos temas recursais remanescentes. Recurso de Revista conhecido e provido. (RR - 132800-64.2001.5.15.0082 , Relator Juiz Convocado: Douglas Alencar Rodrigues, Data de Julgamento: 12/08/2009, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 04/09/2009)

Portanto, restam claras e evidentes as omissões do Regional Trabalhista quando da decisão proferida, o que acarretou a negativa de prestação jurisdicional, ensejadora do conhecimento do recurso de revista, por ofensa ao artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal.



PROCESSO N° TST-RR-435-81.2011.5.02.0074

**Todavia, a Douta maioria decidiu pelo não conhecimento do Recurso de Revista, no particular, nos seguintes termos:**

**“O preposto teria declarado que não havia um Gerente-Geral único, mas que haveria dois gerentes: um comercial e um administrativo (...). nos segundos embargos, o Regional enfrentou a matéria (...), além de ter dito isso nos primeiros embargos. Já nos primeiros embargos, aplicou a multa por embargos procrastinatórios, e, nos segundos embargos, em resumo, ele diz o seguinte: ‘(...)Ressalve-se que o alegado controle de jornada não foi comprovado pela testemunha do reclamante’- os embargos versavam sobre o depoimento da testemunha e depois sobre o depoimento do preposto – ‘pois o sistema de login/logout não se presta para tanto (...)’. Ou seja, respondeu ao questionamento, analisou a prova testemunhal. E depois prossegue: ‘(...)bem como que não houve qualquer confissão por parte do preposto em relação à suposta existência de duas áreas, na agência em que prestava serviços, pois não demonstrado pelo embargante que existia um gerente responsável pela área administrativa operacional (...)’. Respondeu, portanto, ao segundo questionamento.”**

**Nestes termos, a Douta maioria não reconheceu a existência de negativa de prestação jurisdicional, motivo pelo qual, restaram incólumes os artigos 93, IX, da Constituição Federal, 832, da CLT e 458, do CPC.**

Logo, não merece ser conhecido o recurso de revista, quanto à suscitada negativa de prestação jurisdicional.

### **3-MULTA POR EMBARGOS PROCRASTINATÓRIOS**

#### **3.1-PRESSUPOSTOS INTRÍNSECOS**

Insurge-se o reclamante em face da multa por embargos declaratórios procrastinatórios aplicada em seu desfavor. Afirma haver



**PROCESSO N° TST-RR-435-81.2011.5.02.0074**

violação ao artigo 538, parágrafo único, do CPC, eis que seus embargos não foram opostos com intuito protelatórios.

Pede, assim, a revogação de tal multa.

Tem razão.

A análise da presente questão tem estreita relação com a preliminar acima analisada, porquanto a parte recorrente, como já se viu, opôs em duas oportunidades embargos de declaração, com o fito de ver transcritos no Acórdão trechos de depoimentos os quais supunha imprescindíveis para o deslinde da lide.

Ocorre que, por maioria, este Relator restou vencido no que tange à alegada nulidade, apreciada no tópico anterior.

Da análise da controvérsia lançada a esta Corte, já se divisa que o tema comporta discussão, o que, por si só, demonstra que efetivamente o reclamante, ao opor seus embargos de declaração, agiu nos estritos termos da lei processual vigente, não havendo falar em existência de embargos de declaração de intuito procrastinatórios.

Desta forma, entendo violados os termos do artigo 538, parágrafo único, do CPC, motivo pelo qual, **conheço do recurso de revista**, no particular.

**3.2-MÉRITO**

Como consequência lógica do conhecimento do recurso, por violação ao artigo 538, parágrafo único, do CPC, **dou-lhe provimento** para afastar a multa por embargos de declaração procrastinatórios aplicada pelo acórdão regional em desfavor do reclamante.



PROCESSO N° TST-RR-435-81.2011.5.02.0074

**4-HORAS EXTRAS - BANCO ITAÚ - EXISTÊNCIA DE DOIS GERENTES NA AGÊNCIA: COMERCIAL E ADMINISTRATIVO - VIOLAÇÃO CONFIGURADA - ARTIGO 62, II, DA CLT.**

#### **4.1-PRESSUPOSTOS INTRÍNSECOS**

Eis os fundamentos do Acórdão Regional que, reformando a sentença de primeiro grau, indeferiu o pleito de horas extras com base no artigo 62, da CLT:

##### **1.3. Horas extras – cargo de confiança - art. 62, II, da CLT**

Alega o recorrente que o autor exerceu funções de confiança, nos termos do art. 62, II da CLT, pois tinha subordinados, assinatura autorizada, alçada e chave da agência.

Procede o inconformismo.

Com efeito, a própria testemunha do reclamante, em depoimento de fls. 398, confirmou que: “...na agência o reclamante não tinha superior hierárquico; que o chefe do autor era o superintendente, o qual permanecia na Central...”, tratando-se, portanto, de autoridade máxima da agência e, portanto, respondendo pelos atos do reclamado, como se fosse o próprio empregador.

Incide à espécie a Súmula 287, segunda parte, do C. TST:

**N° 287 - JORNADA DE TRABALHO. GERENTE BANCÁRIO - NOVA REDAÇÃO**

A jornada de trabalho do empregado de banco gerente de agência é regida pelo art. 224, § 2º, da CLT. Quanto ao gerente-geral de agência bancária, presume-se o exercício de encargo de gestão, aplicando-se-lhe o art. 62 da CLT.

Por tais motivos, excluo da condenação o pagamento de horas extras e reflexos por excesso de jornada e por ausência de intervalo.

As decisões de Embargos de Declaração assentaram:

A matéria objeto de impugnação pela via eleita foi devidamente analisada a fls. 475V, onde restou devidamente consignado que, pela análise



**PROCESSO N° TST-RR-435-81.2011.5.02.0074**

do conjunto probatório constante dos autos, evidenciou-se que o autor era a autoridade máxima da agência.

Ressalve-se que o alegado controle de jornada não foi comprovado pela testemunha do reclamante, pois o sistema de “login/logout” não se presta para tanto, bem como que não houve qualquer confissão por parte do preposto em relação à suposta existência de duas áreas na agência em que prestava serviços, pois não demonstrado pelo embargante que existia um gerente responsável, pela área administrativa operacional.

(...)

Alega o reclamante que o V. acórdão de fls. 481/482v foi omissivo pois não transcreveu o teor do depoimento de sua testemunha e do preposto do reclamado.

Absurda e questionável a oposição da presente medida para o fim colimado, pois não se imagina que as decisões precisem transcrever o teor dos depoimentos prestados e colhidos em audiência, não se tratando a hipótese aventada de omissão do julgado.

Por tais motivos, entendo que o manejo dos presentes embargos de declaração é manifestamente procrastinatório, motivo pelo qual condeno o reclamante a pagar ao reclamado multa de 1% sobre o valor da causa, nos termos do art. 538 do CPC, cujo valor não é isento em razão dos benefícios da gratuidade judiciária, pois detém natureza jurídica distinta das custas e despesas Processuais.

O Reclamante, em seu recurso de revista, alega haver violação ao artigo 62, II, da CLT, e divergência jurisprudencial.

Afirma que a agência na qual trabalhava era dividida em duas áreas distintas: uma operacional, dirigida por um gerente operacional ou administrativo; e outra comercial, na qual atuou como gerente, que se destinava aos assuntos relacionados aos clientes, venda de papéis e prospecção de negócios. Assim, diz que não exerceu a autoridade máxima na agência.



**PROCESSO N° TST-RR-435-81.2011.5.02.0074**

Ressalta que havia controle de sua jornada, por meio do acesso ao sistema, e que o gerente operacional fazia a fiscalização. Sustenta haver divergência jurisprudencial e colaciona aresto proveniente da SBDI-1, desta C. Corte.

Defende ter havido má aplicação da Súmula 287, do TST, eis que, como demonstrada a existência de dois gerentes na agência, o entendimento sumulado deveria ter sido aplicado apenas em sua parte inicial.

Pede, portanto, a condenação do réu nas horas extras após a oitava diária.

Vejamos.

Para que fique o trabalhador excepcionado dos preceitos relativos à duração do trabalho, a teor do artigo 62, II, da CLT - se é que esta regra persiste no nosso ordenamento à luz do artigo 7º, XIII, da Constituição Federal - necessária a inequívoca demonstração de que exerça típicos encargos de gestão, pressupondo para tal caracterização que o empregado se coloque em posição de verdadeiro substituto do empregado ou "cujo exercício coloque em jogo" - como diz Mário de La Cueva - a própria existência da empresa, seus interesses fundamentais, sua segurança, e a ordem essencial do desenvolvimento de sua atividade.

Como sustenta Sérgio Pinto Martins, o trabalhador, para ser enquadrado na exceção do artigo 62, II, da CLT, com poderes de gestão que o enquadrem na exclusão do regime de horas extras, deve ter um mandato conferido pelo empregador, ainda que verbal ou tácito, para administrar o empreendimento do empresário.

Portanto, são necessários poderes de gestão e representação em grau muito elevado. De tal forma, deve haver a prática de atos próprios da esfera do empregador, aplicando-se o dispositivo em



PROCESSO N° TST-RR-435-81.2011.5.02.0074

comento apenas ao empregado que comanda **integralmente a unidade empresarial e não apenas parte dela.**

A Carta Magna estabelece como limite de horário de trabalho o labor de oito horas diárias e quarenta e quatro horas semanais, sem fazer qualquer distinção em relação ao trabalhador (artigo 7º, XIII). No mesmo sentido, o art. 5º da CF estabelece como princípio fundamental a não discriminação, tratado amiúde nas relações de emprego como a proibição de distinção salarial em função de trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos (art. 7º, XXXII).

A interpretação que se pode extrair do art. 62, II, da CLT, para se tê-lo por compatível com a Constituição, é que os poderes de gestão ali mencionados autorizem aquele trabalhador laborar conforme bem entender, sem qualquer tipo de satisfação ao empregador em relação à jornada de trabalho. Que permitam, também, que se trabalhe menos do que a jornada legal, haja vista que a especial confiança nele depositada o vincula somente aos resultados produzidos. E, mesmo neste caso, os resultados produzidos não de ser compatíveis com uma jornada razoável dentre os parâmetros fixados pela Carta Cidadã. Se assim não se entender, estar-se-á discriminando um trabalhador para favorecer unicamente o empregador. E não é isso que se encontra positivado como direito fundamental do trabalhador.

Portanto, como já se mencionou anteriormente, o cargo de confiança, previsto no art. 62, II, da CLT, para afastar a percepção de horas extras, decorre não só do cargo de gerência exercido com alto grau de diferenciação salarial, bem como do fato de o empregado ser um verdadeiro "alter ego" do empregador, incorporando quase a figura do dono do empreendimento.

De resto, sendo regra restritiva de direitos, o artigo 62, da CLT, tanto em seu inciso I quanto em seu inciso II, exige, caso aceita a sua recepção pela Carta de 1988, interpretação e aplicação de acordo com o 7º, XIII, da Constituição Federal, para evitar jornadas



PROCESSO N° TST-RR-435-81.2011.5.02.0074

exaustivas e até desumanas. Não há salário que pague jornada de 10, 12, 14 ou mais horas de trabalho. A tanto não autorizam os artigos 3º, III e IV, 6º, 7º, XIII, 170 e 220, todos da Constituição Federal de 1988.

E para a confiança bancária, preferiu o legislador estabelecer um grau menor de poderes, cabendo ao Juiz perquirir se a qualificação dada pelo banco realmente diferenciou as responsabilidades do bancário, a teor do artigo 224, § 2º, da CLT.

**A prova dos autos deixa claro que o reclamante, embora tenha ocupado funções ditas gerenciais, não detinha amplos poderes de gestão e mando.**

**O Acórdão Regional, ao transcrever depoimento testemunhal, cita expressamente a folha 398 dos autos físicos e nesta é possível verificar todo o conteúdo do depoimento do preposto, bem como parte do depoimento da testemunha trazida pelo autor.**

**Pois bem, destes depoimentos, colho as seguintes conclusões: a agência era dividida em duas áreas, uma operacional e outra comercial, sendo que o reclamante era autoridade máxima apenas da área comercial e que a ele eram subordinados tão-somente os funcionários da área comercial.**

**Como se vê, a prova oral, denuncia que o reclamante não detinha poderes de mando e gestão, capaz de enquadrá-lo na exceção do art. 62, II, da CLT, eis que "dividia" a gerência da agência com outro empregado e que só eram seus subordinados os funcionários que atuavam na área comercial.**

Neste sentido, cito precedente desta Turma, de Relatoria do Exmo. Ministro José Roberto Freire Pimenta:

(...) HORAS EXTRAS EXCEDENTES DA OITAVA DIÁRIA.  
GERENTE COMERCIAL OU GERENTE GERAL DE AGÊNCIA.



**PROCESSO N° TST-RR-435-81.2011.5.02.0074**

TRABALHO EXTERNO. ARTIGO 62, INCISOS I E II, DA CLT. Segundo o Regional, no acórdão recorrido, -a gerência da agência era compartilhada entre o gerente administrativo e o gerente comercial, enquadrando-se, assim, o reclamante no disposto pelo artigo 224, parágrafo 2º, da CLT-, já que não detinha poderes plenos de representação, mas tão somente de fidúcia destacada. Nesse contexto, não há falar em ofensa ao artigo 62, inciso II, da CLT e contrariedade à Súmula n° 287 do TST, visto que consideram imprescindível a configuração de poderes de mando e gestão para que se dê o enquadramento jurídico pretendido pelo reclamado. Não se configura contrariedade, pois, reforça-se, a existência de poderes de mando e gestão é requisito indispensável para a configuração de exercício de cargo de confiança, ainda que presentes outros elementos exigidos pela lei. Por outro lado, a Corte a quo afastou o enquadramento do autor na exceção prevista no artigo 62, inciso I, da CLT, haja vista, na hipótese, que inexistia -anotação na ficha de registro de empregados e na CTPS do exercício de atividade externa- e -ainda que o autor desempenhasse atividades externas, a maior parte de sua jornada era cumprida dentro da agência, destacando-se que era obrigatória a presença no início e no final da jornada-, o que o fez concluir que -os horários de trabalho eram absolutamente passíveis de controle-. Nos termos em que proferida a decisão regional, fundada no exame dos fatos e das provas dos autos, o reexame do mérito encontra óbice no disposto na Súmula n° 126 do TST, o que torna inviável a aferição da especificidade dos arestos colacionados a cotejo e torna ileso o artigo 62, inciso I, da CLT. Recurso de revista não conhecido. (RR - 23240-42.2006.5.04.0011 , Relator Ministro: José Roberto Freire Pimenta, Data de Julgamento: 18/09/2013, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 27/09/2013)

Assim, resta configurada a violação ao artigo 62, II, da CLT, motivo pelo qual, **conheço do recurso de revista.**

**4.2-MÉRITO**

Como consequência lógica do conhecimento do recurso, por violação ao artigo 62, II, da CLT, **dou-lhe provimento** para, reformando



**PROCESSO N° TST-RR-435-81.2011.5.02.0074**

o Acórdão, restabelecer a sentença que condenou o reclamado no pagamento de horas extras ao autor.

**5-DANO MORAL - ASSALTO À AGÊNCIA BANCÁRIA - TEORIA DO RISCO CRIADO - TEORIA DO DANO "IN RE IPSA" - RESPONSABILIDADE OBJETIVA**

**5.1-PRESSUPOSTOS INTRÍNSECOS**

No particular, o Acórdão Regional consignou:

**1.4.Danos morais**

Pretende o reclamado a reforma da sentença de origem, que reconheceu a existência de danos morais, arbitrados em R\$ 30.000,00, em razão do fato ter permanecido refém por conta de assalto praticado na agência em que trabalhou, sob o fundamento e no sentido de que a culpa da reclamada decorre de seu dever de proteção à saúde do trabalhador (arts. 157 e 166 da CLT e art. 927, § único do C.C.) - fls. 406.

Denota-se do processado que o autor não fez qualquer prova e no que se refere à existência de nexo de causa e efeito e da culpa do reclamado em relação aos assaltos sofridos nas agências bancárias em que prestou serviços, pois sequer alegado o descumprimento das normas de segurança insertas na Lei 7.102/83.

Também, não comprovou o reclamante que, em razão dos assaltos praticados nas agências, acabou por ser afastado para qualquer tratamento psicológico, de forma equiparada ao acidente de trabalho.

Impende ressaltar que os fatos que ensejaram o pedido de danos morais foram alinhados na causa de pedir de fls. 16/19, onde o próprio reclamante deu ênfase à suposta conduta ilícita do seu superior hierárquico (não acolhida pela sentença de origem), alegando que, de forma constante e incessante, agia com pressão psicológica continuada além de ofendê-lo moralmente perante terceiros, chegando a citar, como fator secundário, em apenas um parágrafo, que sofreu três assaltos durante o período imprescrito (fls. 18).



**PROCESSO N° TST-RR-435-81.2011.5.02.0074**

Lícito compreender-se, portanto, que os assaltos sofridos na constância do contrato de trabalho não causaram ao obreiro qualquer dano de ordem subjetiva.

Destarte, reformo a r. sentença de origem afim de excluir da condenação o pagamento de danos morais.

O recorrente insurge-se em face do julgado, alegando que a responsabilidade do reclamado é objetiva, sendo que a ocorrência do evento (assalto com risco de morte) é suficiente para ensejar o dever de indenizar.

Alega haver divergência jurisprudencial e ofensa ao artigo 1º, II, III, IV; 5º, X, e artigo 6º, da Constituição Federal, além de violação ao artigo 483, da CLT, ante o desrespeito à dignidade da pessoa humana, a cidadania e os valores sociais do trabalho, bem como à honra, a liberdade e o respeito que devem nutrir a relação laboral.

Pede, assim, a reforma do Acórdão e o restabelecimento da condenação do réu no pagamento de indenização por danos morais.

Vejamos.

O art. 927, do CCB/02, dispõe que haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Assim, a empresa cuja atividade cria um perigo aos seus empregados e à sociedade deve suportar os ônus advindos de sua conduta, já que é beneficiária desta atividade. É a chamada "Teoria do Risco Criado".

É notório que o exercício da função bancária é permeado pelo risco, tanto assim que alguns bancos assumem, através de cláusulas



**PROCESSO N° TST-RR-435-81.2011.5.02.0074**

insertas nos acordos coletivos de trabalho, a responsabilidade pelos prejuízos materiais causados em casos de assaltos ou seqüestro.

Sendo a atividade bancária de alto risco, insere-se na ressalva disposta no parágrafo único do artigo 927, do Código Civil, ou seja, havendo condições de risco, a responsabilidade é **objetiva**.

Assim, os empregados do Banco reclamado estão expostos a riscos maiores do que aqueles aos quais cotidianamente qualquer pessoa está sujeita, por isto, a análise da lide deve seguir os parâmetros insculpidos doutrinariamente para a responsabilidade chamada objetiva e, como corolário, a investigação da culpa do empregador deve ser dispensada.

Pois bem.

No presente caso, **restou incontroverso que o autor foi vítima de "assaltos" enquanto trabalhou para o reclamado.**

A sentença de primeiro grau, reformada pelo Acórdão Regional e expressamente citada neste, condenou a ré no pagamento de indenização por danos morais, ante a comprovação de que o autor foi refém em assalto realizado na agência, *verbis* (fls. 409 - autos físicos):

...Restou demonstrado pelos **depoimentos das testemunhas que houve assaltos ao local de trabalho do reclamante, comprovando a testemunha do autor que o mesmo permaneceu refém**. A culpa do reclamado decorre de seu dever de proteção à saúde do trabalhador (arts. 157 e 166 da CLT e art. 927, § único do C.C.), razão pela qual procede o pedido de indenização por dano moral, ora arbitrada em R\$ 30.000,00.

E, de fato, o depoimento da testemunha trazida a rogo do autor comprova que este presenciou, ao menos em duas oportunidades, assaltos na agência, sendo que em um deles foi feito refém (fls. 339-autos físicos):



PROCESSO N° TST-RR-435-81.2011.5.02.0074

...que a agência Rio das Pedras foi assaltada duas vezes, em 2005 e 2007; que um dos assaltos ocorreu no dia 10; que em ambos os episódios depoente e reclamante estavam trabalhando; que os assaltantes renderam vigilantes e funcionários e fizeram o assalto, sendo que o momento foi difícil em razão do temor e das ameaças sofridas; que ninguém se feriu em nenhum dos assaltos...

Ora, o dano moral é evidente.

Sob o aspecto subjetivo da honra do empregado, que diz respeito à auto-estima, ao sentimento da própria dignidade, não há como negar que o só fato de presenciar um assalto gera padecimentos internos, dor, angústia, tristeza, sofrimento e distúrbios de ordem psicológica. *In casu*, o autor não só presenciou, como foi feito refém pelos assaltantes.

Assim, diante dos fatos comprovados nos autos, é desnecessária qualquer prova acerca da existência de dano moral ao reclamante, ante a aplicação da teoria do dano "in re ipsa".

Conforme lição de YOUSSEF SAID CAHALI:

A concepção atual da teoria da reparação de danos morais orienta-se no sentido de que a responsabilidade do agente se opera por força do simples fato da violação '**damnum in re ipsa**', verificando o evento danoso, surge, 'ipso facto', a necessidade da reparação. Corolário dessa orientação é o entendimento de que não que se cogitar de prova do dano moral. Sob o aspecto subjetivo da honra do empregado, que diz respeito à auto-estima, ao sentimento da própria dignidade, não há como negar que o só fato de presenciar um assalto gera padecimentos internos, dor, angústia, tristeza, sofrimento e distúrbios de ordem psicológica. E, presente o dano, é corolário a existência do nexu causal.

Neste sentido, vale ressaltar precedente desta Turma:



PROCESSO N° TST-RR-435-81.2011.5.02.0074

(...). DANO MORAL. EMPREGADO DE INSTITUIÇÃO BANCÁRIA. SEQUESTRO EM SUA RESIDÊNCIA. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO EMPREGADOR. Na hipótese, é incontroverso que o autor, bancário, Gerente de Retaguarda, foi sequestrado em sua residência, juntamente com sua família, e levado a cativo, com ameaças de morte, cuja finalidade era a de assalto na agência bancária no dia imediatamente posterior, o que de fato ocorreu. Diante da responsabilidade objetiva que o banco possuía pelos riscos inerentes à atividade exercida pelo autor e do abalo psicológico por ele sofrido, a Corte de origem entendeu por manter a sentença no que diz respeito à indenização por danos morais. Impende salientar que a atividade bancária em agência, desempenhada pelo reclamante, em regra, não implica risco acentuado de dano a todos aqueles que nela estão inseridos. Entretanto, em que pese a questão da ausência de segurança pública resultar, atualmente, em risco no exercício de qualquer atividade laboral, não se pode negar que os empregados que desenvolvem atividades bancárias estão mais sujeitos a riscos de assaltos, assim como os ocorridos no caso em exame. Assim, impõe-se considerar como de risco a atividade desempenhada pelo bancário, relativamente ao evento danoso ocorrido (sequestro), nos termos do parágrafo único do artigo 927 do Código Civil Brasileiro. Nessas circunstâncias, o dano moral decorre da própria situação gravosa a que foi submetido o reclamante, ou seja, é o clássico exemplo do denominado dano moral *in re ipsa*, que dispensa comprovação de existência e extensão, sendo presumível em razão do evento danoso. Ser vítima de sequestro, por si só, configura o dano sofrido pelo reclamante. Precedentes. Agravo de instrumento desprovido. (...). (AIRR - 154900-69.2009.5.03.0016 , Relator Ministro: José Roberto Freire Pimenta, Data de Julgamento: 08/10/2014, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 17/10/2014)

Nesta esteira, **resta afrontado o artigo 5º, X**, da Constituição Federal, porquanto inegável a mácula ao patrimônio imaterial do reclamante pelos assaltos sofridos durante sua jornada laboral. In verbis:



**PROCESSO N° TST-RR-435-81.2011.5.02.0074**

Art. 5º. [omissis]

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

Ademais, não podemos nos distanciar do fato de que o trabalhador é, antes de tudo, um cidadão.

E, em sentido amplo, a cidadania constitui fundamento do Estado Democrático de Direito, que possibilita aos indivíduos o alcance a uma dignidade social de forma igual. Oferece-se ao cidadão iguais condições de gozo dos direitos, com garantias que permitam a sua eficácia.

Os direitos fundamentais tornam o homem capaz de se realizar e de ter um pleno desenvolvimento. Dentre os direitos fundamentais, encontram-se os direitos sociais, que concretizam melhores condições de vida ao cidadão, e, em consequência, ao trabalhador, demarcando os princípios que viabilizarão a igualdade social e econômica, sendo estes indispensáveis à dignidade da pessoa humana e ao livre desenvolvimento da personalidade.

Assim, sob esse foco, e mais, respeitando-se a função social da empresa, a norma celetista é categórica quando estipula que ao empregador cabe a assunção dos riscos do seu negócio, ou seja, não é possível que se transfira aos empregados os percalços da sua atividade econômica.

Em complemento, a própria teoria do risco, eleita pela seara trabalhista, rechaça essa condição, pois não há como atribuir ao trabalhador o ônus que advém para o lucro empresarial. Pensar diferente significaria ferir todos os princípios construídos, homeopaticamente, ao longo dos vários séculos de conquistas sociais pela classe obreira.



**PROCESSO N° TST-RR-435-81.2011.5.02.0074**

Portanto, **conheço do recurso de revista**, ante a afronta ao artigo 5º, X, da Constituição Federal.

### **5.2-MÉRITO**

Como consequência lógica do conhecimento do recurso, por afronta ao artigo 5º, X, da Constituição Federal, **dou-lhe provimento** para reformando o Acórdão, restabelecer a sentença que condenou o reclamado no pagamento de indenização por danos morais ao autor.

### **6-QUANTUM INDENIZATÓRIO**

#### **6.1-PRESSUPOSTOS INTRÍNSECOS**

A Sentença de primeiro grau, ora restabelecida, condenou o reclamado no pagamento de R\$30.000,00 (trinta mil reais) a título indenizatório (danos morais).

Insurge-se o reclamante, pleiteando a majoração deste valor. Alega afronta ao artigo 5º, X, da Constituição Federal, bem como divergência jurisprudencial.

Ocorre que a matéria resta preclusa, porquanto não cuidou o autor de interpor recurso ordinário quanto a este ponto.

Desta forma, não há, no particular, o necessário prequestionamento do tema, nos termos do que dispõe a Súmula 297, do TST, motivo pelo qual não merece prosperar o recurso de revista.

Desta forma, **não conheço do recurso de revista.**

**ISTO POSTO**



**PROCESSO N° TST-RR-435-81.2011.5.02.0074**

**ACORDAM** os Ministros da Segunda Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, conhecer do agravo de instrumento e dar-lhe provimento para determinar o processamento do recurso de revista, por ofensa ao artigo 93, IX, da Constituição Federal. Por unanimidade, conhecer parcialmente do recurso de revista, por violação ao artigo 538, parágrafo único, do CPC, ao artigo 62, II, da CLT, por afronta ao artigo 5º, X, da Constituição Federal, e, no mérito, dar parcial provimento ao apelo para afastar a multa por embargos de declaração procrastinatórios aplicada pelo acórdão regional em desfavor do reclamante; restabelecer a sentença que condenou o reclamado no pagamento de horas extras ao autor; restabelecer a sentença que condenou o reclamado no pagamento de indenização por danos morais ao autor.

Brasília, 20 de Maio de 2015.

Firmado por assinatura digital (MP 2.200-2/2001)

**CLÁUDIO ARMANDO COUCE DE MENEZES**

**Desembargador Convocado Relator**