



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

PROC. TRT/SP Nº: 1001545-39.2016.5.02.0716

RECURSO ORDINÁRIO

RECORRENTES: FELIPE GUIMARÃES UCHOA

BANCO VOTORANTIM S/A

RECORRIDOS: OS MESMOS

ORIGEM: 16ª VARA DO TRABALHO DE SÃO PAULO

RELATÓRIO

Não se conformando com a r. sentença de mérito (id d0dda5b), complementada pela decisão de embargos declaratórios (id d8c0aed), o reclamante interpôs o Recurso Ordinário (id 68f1a57) pretendendo a reforma da decisão com relação aos reflexos da participação nos lucros ou resultados; honorários advocatícios; e correção monetária.

A reclamada recorreu sob id 20b5f55 com relação ao adicional de periculosidade; astreintes; horas extras; PLR proporcional; e Justiça Gratuita.

Custas e depósito recursais recolhidos e comprovados sob o código ids 04dc43b e d13949f.

Contrarrazões pelo reclamante e reclamada, respectivamente, sob ids d0d8e43 e a694790.

É o relatório.

FUNDAMENTAÇÃO

Presentes os pressupostos legais de admissibilidade, conheço dos recursos interpostos.

Ante as questões prejudiciais abordadas no recurso ordinário interposto pela reclamada, sua apreciação se dará em primeiro lugar.

MÉRITO

RECURSO ORDINÁRIO DA RECLAMADA

Do adicional de periculosidade

Pretende a recorrente a exclusão do adicional de periculosidade da condenação e os demais reflexos, sob o fundamento de não ter o reclamante se ativado na área de risco.

Sem razão.

Ante o pedido de natureza eminentemente técnica, se fez necessária a designação de perícia judicial, realizada por engenheiro, devidamente compromissado e de confiança da do MMº Juízo "a quo".

Na perícia realizada e anexada aos autos sob id e53bb5a, constatou o sr. perito que no prédio da reclamada no qual o reclamante se ativou por todo o período contratual, localizado na Av. das Nações Unidas, 14.171, na Torre A do condomínio Rocha Verá, no 3º subsolo encontram-se dois tanques de polipropileno, com capacidade de 250 litros de armazenamento, cada um, para abastecer dois geradores.

Diversamente do posicionamento perfilhado pela reclamada no recurso em apreço, entendo que para manutenção e permanência dos tanques no interior de sua edificação há necessidade sim de se observar os termos da NR 20 da Portaria 3.214/78, sob pena de caracterização da periculosidade em todo o prédio, consoante OJ 385 da SDI-1 do C. TST:

OJ-SDI1-385 ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. DEVIDO. ARMAZENAMENTO DE LÍQUIDO INFLAMÁVEL NO PRÉDIO. CONSTRUÇÃO VERTICAL.

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

Na situação verificada nos autos, a reclamada deixou de provar a impossibilidade de instalação dos tanques no interior da edificação, sob a forma de enterrados.

Não fosse isso suficiente, deixou ainda de atender às prescrições do item 20.17.2.1 da NR 20:

"20.17 Tanque de líquidos inflamáveis no interior de edifícios.

20.17.2.1 A instalação do tanque no interior do edifício deve ser precedida de Projeto e de Análise Preliminar de Perigos/Riscos (APP/APR), ambos elaborados por profissional habilitado, contemplando os aspectos de segurança, saúde e meio ambiente previstos nas Normas Regulamentadoras, normas técnicas nacionais e, na ausência ou omissão destas, nas normas internacionais, bem

como nas demais regulamentações pertinentes, e deve obedecer aos seguintes critérios:

(....)

f) os tanques devem ser metálicos;

i) os tanques devem ser protegidos contra vibração, danos físicos e da proximidade de

equipamentos ou dutos geradores de calor."

Destarte, nego provimento ao recurso.

Das astreintes

A recorrente aduz ser incabível a *astreinte* fixada ante ao inadimplemento da obrigação de fazer, consistente na entrega do PPP, porquanto entende que o trabalho em condições perigosas não dá direito à aposentadoria especial.

Desprovejo.

A recorrente equivocou-se na interpretação do texto legal, eis que o direito do reclamante em receber o PPP para fins de contagem de tempo de serviço em condições prejudiciais à integridade física compreende a periculosidade, no caso pelo contato permanente com produtos inflamáveis, consoante o *caput* do artigo 193 da CLT, artigos 57, § 4º e 58, ambos da lei 8.213/91 e NR 16 da Portaria 3.214/78.

Quanto a *astreinte* fixada, esta tem por objetivo garantir o cumprimento da obrigação de fazer.

Relativamente ao limite da multa, mantenho o r. julgado, porquanto tratando-se de cumprimento de obrigação de fazer, sem correlação a qualquer mensurável, não há como limitá-la na forma do artigo 412 do C.C.

Ressalto, no entanto, que inobstante a obrigação de se dar cumprimento aos termos da condenação, mister se faz a intimação da reclamada para este fim, na pessoa de seu patrono regularmente constituído, consoante entendido na Súmula 410 do C. STJ, *in verbis*:

Súmula 410. A prévia intimação pessoal do devedor constitui condição necessária para a cobrança de multa pelo descumprimento de obrigação de fazer ou não fazer.

Destarte, nego provimento.

Das horas extras

A recorrente alega ser indevida a condenação em horas extras, em relação à 7ª e a 8ª horas, em face de o reclamante ter laborado em função de confiança, sob a égide do artigo 224, § 2º da CLT.

Sucessivamente, caso mantida a condenação, requer a compensação dos valores pagos por iguais títulos, bem como a exclusão dos reflexos destas no PLR.

Ao analisar os termos do recurso em cotejo com os demais elementos presentes nos autos, entendo razão não assistir à recorrente.

Para a configuração do empregado no desempenho do cargo de confiança bancário (art. 224, § 2º, da CLT) não haverá a necessidade premente de o mesmo possuir subordinados, poder de demitir e contratar ou mesmo desempenhar tarefas que coloquem em risco o próprio empreendimento, pois no contexto atual do cotidiano empresarial tais condições são inerentes ao bancário exercente da função comissionada estabelecida no artigo 62, II da CLT.

De outro flanco, também não se pretende dizer que o bancário sob a égide do artigo 224, § 2º da CLT não possa vir a ter subordinados.

Porém, em algumas situações é possível o reconhecimento da função de confiança mediante a existência de especial fidúcia a qual é aferida pela destinação de tarefas diferenciadas, as quais são detectadas ante a complexidade técnica exigida para sua realização, se comparadas com as demais atividades normais, grau superior de responsabilidade, bem como o pagamento de gratificação não inferior a um terço do salário do cargo efetivo, conforme entendimento majoritário fixado nas Súmulas 102, I, II e 287 do C.TST.

Tais situações, atualmente estão se tornando mais comuns e frequentes, dada a dinâmica da evolução tecnológica, além da multiplicidade de atribuições a serem desempenhadas pelo empregado conforme a necessidade no seu campo de atuação.

Contudo, no contexto fático-probatório dos autos não se verificam estas condições nas funções desempenhadas pelo reclamante.

Em seu depoimento pessoal, disse o reclamante: "...que o depoente tinha contato com a área de negócios mas não com investimentos; que o depoente fazia compilação de dados e gerava relatórios; que o depoente inseria no sistema o que já vinha no manual CETIP e não desenvolvia cálculos; que o cálculo era da CETIP (cálculo IPCA); que demonstrado o documento de ID. d6fb022 - Pág. 21 - fls 270, afirma que quem fazia o cálculo era o sistema; que relação a Run Off, só compilava os dados do sistema e usava tais dados para gerar o relatório; que atuava no mercado de atacado; que não tinha contato com as empresas de capital aberto; que poderia fazer simulações de re-compras através do sistema; que não negociava tampouco alterava taxas de juros; que uma das atribuições era gerar relatório com apuração dos resultados; que mantinha contato com a área de TI; que não fazia recálculo de riscos; que as taxas de spread eram sistêmicas, sendo que o autor apenas compilava os dados; que os dados compilados eram revisados pela coordenadora ou pelo gerente da área; que participou da homologação do sistema SIC; que o responsável pela elaboração de cálculos era o gerente; que todos os relatórios eram revisados pelo gerente, ainda que o depoente mandasse para outras áreas; que todas as atribuições do depoente eram revisadas pelo gerente ou coordenação; que havia outros analistas na reclamada..."

No depoimento prestado pela testemunha da reclamada, apesar do esforço na busca da caracterização de alguma fidúcia diferenciada, referida testemunha disse: "...que em caso de o analista não ter a capacidade de resolver certo tipo de problema, questionava o supervisor ou o gerente; que em caso de problemas menores, resolviam entre os analistas; que os cálculos elaborados pelo analista eram revistos pelos coordenadores e supervisores apenas em casos extremos, mas não na maioria dos casos..."

Por fim, reputo importante o depoimento prestado pela testemunha do reclamante, a qual disse: "...que havia na reclamada os cargos de analista, coordenador ou supervisor, gerente, superintendente, diretor e presidente; que o cargo mais baixo era o de analista..."

Conclui-se assim que, apesar da nomenclatura do cargo desenvolvido pelo reclamante, suas funções eram inerentes à confiança comum, inata ao contrato de trabalho.

Logo, mantenho a declaração de seu cargo como sendo na forma do *caput* do artigo 224 da CLT.

No que pertine à compensação, tem-se que o reclamante obteve o reconhecimento do não desempenho de cargo de confiança, fazendo *jus* as horas extras após

a 6ª hora trabalhada, relativas a 7ª e 8ª horas diárias, já que sua jornada de trabalho no período imprescrito era de 08 horas.

Assim, a teor da Súmula 264 do C. TST, a globalidade salarial percebida pelo recorrente compõe a base de cálculos para fins de apuração de horas extras, incluindo-se neste contexto a gratificação em debate.

Nesta senda, consoante já prevê a r. sentença de mérito, somente estão autorizadas as compensações dos valores pagos sob idênticos títulos, é dizer, as horas extras já pagas durante a contratualidade deverão ser objeto de compensação com as horas extras apuradas em sede de liquidação.

Portanto, nada a modificar.

No ensejo, ante a interposição de recurso ordinário, por parte do reclamante, em relação aos reflexos das horas extras no PLR, o tema será apreciado oportunamente.

Destarte, nego provimento ao recurso.

Da participação nos lucros ou resultados

Pretende a reclamada excluir da condenação o direito à proporcionalidade devida pela PLR diante da rescisão do contrato de trabalho.

Com razão.

A Participação nos Lucros ou Resultados de forma integral ou proporcional relativa ao ano de 2015 está prevista na convenção coletiva juntada aos autos, sob id fcd1370.

Segundo os termos da cláusula normativa, somente terá direito à proporcionalidade do direito o empregado dispensado sem justa causa no interregno de 03.08.15 e 31.12.15. Como o reclamante não foi dispensado sem justa causa, mas pediu demissão, nada lhe é devido.

Cabe esclarecer ao recorrente a prevalência da disposição convencional frente ao entendimento consubstanciado na súmula 451 do C. TST, em observância ao artigo 7º, XXVI da Constituição Federal, bem como o entendimento sumulado sucumbe à condição específica pactuada entre os sindicatos das respectivas categorias.

Dou provimento.

Da Justiça Gratuita

A concessão da Justiça Gratuita, no processo do trabalho, encontra-se regulada no artigo 790, § 3º da CLT c.c. com a Lei 7.115/83, bastando para tanto, o requerente, pessoa física, declarar perceber salário igual ou inferior ao dobro do mínimo legal, ou não estar em condições de arcar com as despesas processuais, sem prejuízo de sustento próprio ou de seus familiares.

Ademais, ao firmar esta declaração, o requerente estará se sujeitando às penas da Lei, conforme preceitua o art. 2º da Lei 7.115/83, sendo passível de sanções civis, administrativas e criminais, consoante legislação vigente.

No caso dos autos, o requerente preencheu todos os pressupostos necessários à concessão, conforme declaração anexada sob id 15f9cf1.

Portanto, mantidos os benefícios da Justiça Gratuita.

RECURSO ORDINÁRIO DO RECLAMANTE

Dos reflexos das horas extras no PLR

O reclamante alega que a Participação nos Lucros ou Resultados percebida ao longo do contrato de trabalho e, na hipótese, limitada ao período imprescrito, sempre foi paga com base em um valor fixo, acrescido de um percentual sobre o salário.

Todavia, a reclamada não observou a totalidade das verbas salariais e, ainda, dada a habitualidade do direito, a PLR deveria ter refletido nas horas extras, pelo que requer a reforma do r. julgado.

Analiso.

Prima facie, a Participação nos Lucros ou Resultados não comporá a base ou a complementação da remuneração, por não possuir conotação salarial, consoante previsto no artigo 7º, inciso XI da Constituição Federal e regulado pelo artigo 3º da Lei 10.101/00.

Dito isto, o fato de esta parcela vir a ser calculada com base em percentual sobre o salário, não possui o condão de alterar sua natureza jurídica, como quer fazer crer o reclamante.

Deste modo, tendo a PLR adotado como parâmetro o salário-base, deste limite não poderá ultrapassar, pois não tem natureza salarial, condição esta ajustada

pelos representantes sindicais de ambas as partes, sendo vedada a interpretação elástica, na forma do artigo 114 do CCB.

Nego provimento.

Dos honorários advocatícios

Não se conformando com o resultado atribuído pelo MMº Juízo de origem, no concernente ao indeferimento dos honorários advocatícios, o reclamante maneja, através do presente recurso a reforma do r. julgado a fim de condenar a parte contrária a indenizar-lhe por perdas e danos pelas despesas efetuadas com a contratação de advogado, alicerçando suas razões nos termos do artigo 404 do C.C.

No entanto, sua irresignação não poderá prevalecer.

Com efeito, através da reforma promovida pela lei 13.467/13, especificamente com a inclusão do artigo 791-A da CLT, esta Justiça Laboral passou a ter competência para condenação dos litigantes em honorários advocatícios sucumbenciais.

Reza o *caput* do preceito supra referido:

"Art. 791-A. Ao advogado, ainda que atue em causa própria, serão devidos honorários de sucumbência, fixados entre o mínimo de 5% (cinco por cento) e o máximo de 15% (quinze por cento) sobre o valor que resultar da liquidação da sentença, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa."

No caso dos autos, inobstante não se tratar de hipótese de aplicação do novo regramento processual, ante o princípio da segurança jurídica e do devido processo legal, ainda mais em sede recursal, o pedido formulado é diverso, pois pugna pela indenização por perdas e danos dos gastos realizados pela contratação de advogado particular, o que não se confunde com honorários advocatícios sucumbenciais. Aquele é o valor pago pela parte da ação ao seu advogado, nos termos do específico contrato particular ajustado, este será devido pelo vencido à parte contrária, conforme valor apurado em sentença de liquidação ou fixado na causa ou condenação, conforme decisão prolatada de mérito ou não.

Pertinente colocar que mesmo após a profunda reforma por que passou a legislação trabalhista pelos efeitos da Lei 13.467/17, persiste a redação do *caput* do artigo 791 da CLT, através do qual é permitido à parte exercer o *jus postulandi*, ou ainda, nomear advogado do quadro do sindicato de sua categoria profissional.

No contexto dos autos, o requerente abriu mão desta prerrogativa ao optar pela contratação de patrono particular, de livre arbítrio. Assim, assumiu esta despesa,

não lhe cabendo o direito de pedir ressarcimento à parte contrária.

Por fim, o tema já se encontra pacificado neste Regional, ante a edição da súmula 18:

Súmula 18 - Indenização. Artigo 404 do Código Civil. (Res. nº 01/2014 - DOEletrônico 02/04/2014)

O pagamento de indenização por despesa com contratação de advogado não cabe no processo trabalhista, eis que inaplicável a regra dos artigos 389 e 404, ambos do Código Civil.

Destarte, nego provimento.

Dos índices de correção monetária

Razão não assiste ao reclamante em seu pleito para adoção do IPCA-E, como fator de atualização monetária ao crédito trabalhista, em substituição a TRD, com fulcro na decisão proferida pelo plenário do C. TST, tendo como supedâneo o decidido na ADI 4.357 pelo E. STF.

Isto porque, através da concessão de liminar o Exmo. Sr. Ministro Dias Toffoli, suspendeu os efeitos dessa decisão do C. TST para atualização dos créditos trabalhistas, até julgamento definitivo do mérito, por entender que a decisão prolatada na Ação Direta de Inconstitucionalidade não atinge os créditos trabalhistas.

Nesta esteira, prevalece a aplicação da correção monetária, com base na lei 8.177/91, na forma da OJ 300 da SDI-1 do C. TST:

OJ-SDI1-300 EXECUÇÃO TRABALHISTA. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS. LEI Nº 8.177/91, ART. 39, E LEI Nº 10.192/01, ART. 15 (nova redação) - DJ 20.04.2005

Não viola norma constitucional (art. 5º, II e XXXVI) a determinação de aplicação da TRD, como fator de correção monetária dos débitos trabalhistas, cumulada com juros de mora, previstos no artigo 39 da Lei nº 8.177/91 e convalidado pelo artigo 15 da Lei nº 10.192/01.

Nego provimento ao recurso.

Acórdão

Presidiu o julgamento a Exma Sra. Desembargadora SILVANA ABRAMO MARGHERITO ARIANO.

Tomaram parte no julgamento os Exmos Srs. Magistrados MARIA INÊS RÉ SORIANO (Relatora), JONAS SANTANA DE BRITO (Revisor), BEATRIZ DE LIMA PEREIRA.

Presente o(a) I. Representante do Ministério Público do Trabalho.

Em face do exposto,

Acordam os Magistrados da 15ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região em, por unanimidade de votos, **DAR PROVIMENTO PARCIAL** ao recurso ordinário da reclamada para excluir da condenação o pagamento da PLR proporcional; e **NEGAR PROVIMENTO** ao recurso ordinário do reclamante. No mais, mantém-se a r. sentença de origem. Tudo conforme a fundamentação do voto da relatora.

Mantido o valor da condenação.

**MARIA INÊS RÉ SORIANO
DESEMBARGADORA RELATORA**

rb*

VOTOS



Assinado eletronicamente. A Certificação Digital pertence a:
[MARIA INES RE SORIANO]

<https://pje.trtsp.jus.br/segundograu/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam>



1711241823562220000023372133



Documento assinado pelo Shodo