PROCESSO Nº TST-RR-197400-48.2007.5.02.0017

A C Ó R D Ã O
(2ª Turma)
GMCB/acsf/hfb

RECURSO DE REVISTA.
1. HORAS EXTRAORDINÁRIAS. CARGO DE CONFIANÇA. BANCÁRIO.
A configuração, ou não, do exercício da função de confiança a que se refere o artigo 224, § 2º, da CLT, dependente da prova das reais atribuições do empregado, é insuscetível de exame mediante recurso de revista.
Na hipótese, o egrégio Tribunal Regional, com base no acervo fático-probatório dos autos, para o período imprescrito até 01.12.2003, taxativamente consignou o exercício, pela autora, de função puramente técnica, ou seja, a de seguir o manual imposto pela ré, sem qualquer risco ou gestão negocial por parte da trabalhadora, razão pela qual não se enquadrava na hipótese do artigo 224, § 2º, da CLT, sendo devidas horas extraordinárias excedentes à 6ª diária. Incidência da Súmula nº 102, I.
Por outro lado, em relação ao período posterior, ou seja, a partir de 01.12.2003, quando a reclamante foi promovida ao cargo de Gerente Geral Ocupacional, a Corte Regional registrou que não há como enquadrá-la na exceção do artigo 62, II da CLT, mas, no máximo afirmar-se que suas atividades diárias requeriam alguma fidúcia a mais que possibilitou sua diferenciação dos demais funcionários, a ponto de autorizar seu enquadramento como bancária exercente de cargo em confiança do § 2º do artigo 224 da CLT. Nesse contexto, no tocante ao segundo período, aquele Tribunal decidiu em conformidade com o preconizado na Súmula nº 287, pois concluiu que são devidas como extraordinárias as horas laboradas além da oitava, uma vez que a

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.tst.jus.br/validador sob código 10004E2C4CF5C64602.

Firmado por assinatura digital em 23/08/2012 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, nos termos da Lei nº 11.419/2006, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.

reclamante não seria gerente-geral da agência em que trabalhava, mas apenas Gerente Geral Operacional.

Assim, calcado na premissa fática de que a reclamante não era gerente-geral da agência, não há falar em violação dos artigos 62, I, ou 224, § 2º, da CLT, pois sua jornada ordinária de trabalho deveria ser, de fato, limitada a oito horas, nos termos do referido verbete sumular e da Súmula nº 102, IV.

Incidência da Súmula nº 333 e do artigo 896, § 4º, da CLT.

Recurso de revista não conhecido.

2. REFLEXOS. REPOUSOS SEMANAIS REMUNERADOS. INTEGRAÇÃO. HORAS EXTRAORDINÁRIAS. *BIS IN IDEM*.

De conformidade com o atual entendimento deste Tribunal, é incabível repercussão das diferenças do repouso semanal remunerado, pela integração de horas extraordinárias, nas demais parcelas trabalhistas, sob pena de incorrer-se em *bis in idem*.

Decisão regional em contrariedade à diretriz da Orientação Jurisprudencial nº 394 da SBDI-1.

Recurso de revista conhecido e provido.

3. INADIMPLEMENTO DE VERBAS TRABALHISTAS. INDENIZAÇÃO PELO USO DO DINHEIRO. ARTIGO 1216 DO CC. IMPOSSIBILIDADE.

A pretensão da reclamante é a de que, com base no artigo 1.216 do CC, seja a reclamada condenada ao pagamento de indenização dos "frutos colhidos e percebidos", por ter usufruído de dinheiro que seria dela (aquele decorrente do não pagamento das horas extraordinárias laboradas).

O artigo 1216 do CC, que trata do possuidor de má-fé, não é substrato jurídico para a pretensão ora declinada. Isso porque, no caso, há inadimplemento contratual e não percepção de furtos decorrentes de

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.tst.jus.br/validador sob código 10004E2C4CF5C64602.

Firmado por assinatura digital em 23/08/2012 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, nos termos da Lei nº 11.419/2006, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.

> posse ilegítima bens móveis ou imóveis da reclamante.
> Deve-se esclarecer que, não paga a quantia que o credor teria direito, no caso o reclamante, cabe-lhe exigir judicialmente a obrigação de forma cumulada com juros de mora e perdas e danos eventualmente sofridos. Estes últimos, ressalta-se, devem ser comprovados, pois apenas a prova de efetivo dano da ensejo à indenização. No mais, a obrigação inadimplida é recomposta com o pagamento de juros de mora, de forma a refutar o enriquecimento ilícito de qualquer das partes. Precedentes.
> **Recurso de revista conhecido e provido.**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista nº **TST-RR-197400-48.2007.5.02.0017**, em que é Recorrente **BANCO SANTANDER BANESPA S/A** e Recorrida **MÁRCIA YAMAZATO SOMEYA.**

O egrégio Colegiado Regional da 2ª Região, por meio do v. acórdão de fls. 399/417 (numeração eletrônica), complementado às fls. 439/441. 455 (numeração eletrônica), negou provimento ao recurso ordinário da reclamada. Por outro lado, deu parcial provimento ao recurso ordinário da reclamante para reformar a sentença de origem para afastar a autora da inclusão na exceção do artigo 224, § 2º da CLT para o período compreendido entre 24.09.2002 (período imprescrito) até 30.11 2003, deferindo-lhe as horas extraordinárias para trabalho além da sexta diária; a jornada a ser observada é a das 08.30 às 21 h de segunda a sexta-feira, em dois sábados por mês no horário 09 às 12h; o cálculo das horas extraordinárias deverá observar, os dias efetivamente trabalhados (o que inclui o saldo de salário), a globalidade salarial (o que inclui gratificação de função e quinquênios), o adicional convencional e na ausência o legal de 50%, o divisor 180 para o período imprescrito até 30.11.2003 e 220 para o período de 01.12.2003 até a rescisão, diante da jornada acolhida de 6 e 8 horas diárias. Decidiu, ainda, que os reflexos

Firmado por assinatura digital em 23/08/2012 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, nos termos da Lei nº 11.419/2006, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.tst.jus.br/validador sob código 10004E2C4CF5C64602.

são devidos em aviso prévio, férias com 1/3, natalinas, FGTS com 40% e DSR's, incluindo os sábados por força de Convenção Coletiva, e destes nas demais verbas - aviso prévio, férias mais 1/3, 13º salário, FGTS, licença prêmio e gratificação semestral; posse de má-fé dos frutos do trabalho do reclamante, devendo o cálculo remontar ao importe de 20% do valor que restar apurado a título de hora extraordinária e correspondentes reflexos, observado o caráter pedagógico da imposição, nos termos do artigo 216 do CC.

Inconformado, o reclamado interpõe recurso de revista (fls. 461/505 – numeração eletrônica) pugnando pela reforma do v. acórdão regional.

Decisão de admissibilidade às fls. 561/568 (numeração eletrônica).

Foram apresentadas contrarrazões às fls. 575/597 (numeração eletrônica).

O douto Ministério Público do Trabalho não oficiou nos autos.

É o relatório.

V O T O

1. CONHECIMENTO

1.1. PRESSUPOSTOS EXTRÍNSECOS

Presentes os pressupostos extrínsecos de admissibilidade recursal, consideradas a tempestividade, a representação regular e o preparo, passo ao exame dos pressupostos intrínsecos.

1.2. PRESSUPOSTOS INTRÍNSECOS

1.2.1. HORAS EXTRAORDINÁRIAS. CARGO DE CONFIANÇA.

O egrégio Colegiado Regional assim decidiu:

Firmado por assinatura digital em 23/08/2012 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, nos termos da Lei nº 11.419/2006, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.tst.jus.br/validador sob código 10004E2C4CF5C64602.

"Pugna a reclamada-recorrente pela reforma da sentença de mérito que não enquadrou a trabalhadora na exceção do art. 62, II da CLT, deferindo-lhe o direito a jornada extraordinária. A reclamante-recorrente, por sua vez, insurge-se contra a decisão afirmando que não era ocupante de cargo de chefia e, portanto deveria receber as horas extras além da 6ª diária, ou seja, não encontra sua jornada declinada no parágrafo 2º do art. 224 da CLT.

Vejamos.

Há de ser diferenciada, a priori, as duas espécies distintas apesar da mesma denominação do cargo de gerente. A primeira figura é a do gerente titular da agência bancária (gerente geral), sem fiscalização imediata, com poder de representação e direção, derivados diretamente do empregador e, em segundo plano vários gerentes a este subordinados com funções específicas, mas munidos de algum poder negocial.

Frise-se que é necessário prova inequívoca do efetivo exercício de cargo de gestão, como verdadeiro substituto do empregador para enquadrar-se o trabalhador na exceção do art.62, II da CLT. A defesa alega o exercício de cargo de gestão a partir de 01.12.2003 – vide ficha funcional da autora doc.10 do volume em apartado da ré.

Ademais, a questão também deve ser analisada sob o prisma do efetivo exercício, pelo empregado, da função de confiança, no caso de gerente especificado no § 2º do art. 224 da CLT. Isso porque, não basta que esteja inserido na nomenclatura de "gerente/ supervisor ou qualquer outra denominação" para que seja enquadrado na exceção do art. 224, § 2º da CLT, o que deve ser realmente demonstrado é que o empregado não possuía uma atuação puramente técnica vinculado a seguir estritamente normas impostas pela empresa sem qualquer poder discricionário de decisão, mas, sim, que tivesse um certo poder diretivo, negocial que assumisse o mínimo de risco que o diferenciasse dos demais empregados. Matéria já sumulada pelo C.Superior Tribunal do Trabalho, in verbis:

(...)

A análise da prova oral – fls.78/9 – confirma a tese da inicial, ou seja, de que a reclamante não se ativava em cargo de confiança com as características da exceção do artigo 224, § 2o da CLT, já que as atividades descritas à fl.06 da defesa confirmada pela autora em seu

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.tst.jus.br/validador sob código 10004E2C4CF5C64602.

Firmado por assinatura digital em 23/08/2012 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, nos termos da Lei n° 11.419/2006, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.

depoimento traz como característica o exercício de função puramente técnica, ou seja, a de seguir o manual imposto pela ré, sem qualquer risco ou gestão negocial por parte da trabalhadora. O simples fato de ter a nomenclatura de supervisor administrativo e acessar dados cadastrais não autoriza o enquadramento na função de confiança. O mesmo ocorre com o pagamento da gratificação que, por si só, não serve para autorizar o enquadramento da trabalhadora na exceção do parágrafo 2º do art. 224 da CLT.

Destarte, reformo a sentença para determinar entre o período imprescrito até 01.12.2003 (data da ficha de registro da reclamante, doc.10) que as horas extras deverão ser pagas a reclamante para aquelas trabalhadas além da sexta diária.

Para o período posterior, ou seja, a partir de 01.12.2003 quando a reclamante foi promovida ao cargo de Gerente Geral Ocupacional, com suas atividades descritas à fl.07 da defesa e parcialmente confirmadas pelo depoimento de sua testemunha sra Andréia – vide as fls.79, bem como do seu próprio vide fl.77 (empregados a ela subordinados, assinatura autorizada, alçada em razão do desempenho da função exercida que caracteriza fidúcia) – **ainda assim não há como enquadrá-la na exceção do art. 62, II da CLT, mas, no máximo afirmar-se que suas atividades diárias requeriam alguma fidúcia a mais que possibilitou sua diferenciação dos demais funcionários, a ponto de autorizar seu enquadramento como bancária exercente de cargo em confiança do § 2º do art. 224 da CLT.**

Portanto para o período posterior a 01.12.2003 as horas extras deverão ser pagas com observância a jornada além da oitava diária, nos termos da sentença de piso.

A jornada a ser observada é aquela consignada na sentença, ou seja, das 08.30 às 21h de segunda a sexta-feira; em dois sábados por mês no horário 09 às 12h.

No passo da sentença não há como se deferir horas extras pela usurpação do período intervalar, vez que não houve prova por parte da autora.

O cálculo das horas extras deverá observar: os dias efetivamente trabalhados (o que inclui o saldo de salário); a globalidade salarial (o que inclui gratificação de função e quinquenios); o adicional convencional e na

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.tst.jus.br/validador sob código 10004E2C4CF5C64602.

Firmado por assinatura digital em 23/08/2012 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, nos termos da Lei n° 11.419/2006, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.

ausência o legal de 50%; o divisor 180 para o período imprescrito até 30.11.2003 e 220 para o período de 01.12.2003 até a rescisão, diante da jornada acolhida de 6 e 8 horas diárias. Reflexos são devidos em aviso prévio; férias com 1/3; natalinas; FGTS com 40% e DSR's, incluindo os sábados por força de Convenção Coletiva, afastando à aplicação da Súmula 113 do TST. Reformo.

Nego Provimento ao recurso da reclamada e Dou Provimento Parcial ao recurso da reclamante para determinar seu enquadramento no § 2º do art. 224 da CLT para o período posterior a 01.12.2003 até a rescisão e, determinar para o período imprescrito até 30.11.2003 sua inclusão caput do art. 224 da CLT e determinar sua jornada de 6 hora diárias." (fls. 405/411 – numeração eletrônica) – grifamos.

Inconformado, o reclamado interpõe recurso de revista ao argumento de que a autora exercia fincão de especial fidúcia e recebia gratificação de função em patamar previsto pelas normas coletivas de categoria destinada aos bancários de 8 horas.

Aduz que o artigo 224, § 2°, da CLT não condiciona a sua configuração à existência de subordinados.

Sustenta que presume-se o cargo de gestão no período em que a autora foi promovida a gerente-geral da agência.

Alega que a reclamante não se submetia a controle de jornada.

Indica violação desse dispositivo e do artigo 62, II, da CLT; contrariedade às Súmulas n°s 102, II, III e IV e 287 e suscita divergência jurisprudencial.

À análise.

No caso, a Corte Regional decidiu que entre o período imprescrito até 01.12.2003, as horas extraordinárias deverão ser pagas a reclamante para aquelas trabalhadas além da sexta diária.

Para o período posterior, ou seja, a partir de 01.12.2003 quando a reclamante foi promovida ao cargo de Gerente Geral Ocupacional, aquele Tribunal concluiu que as horas extraordinárias deverão ser pagas com observância a jornada além da oitava diária, nos termos da r. sentença.

Firmado por assinatura digital em 23/08/2012 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, nos termos da Lei n° 11.419/2006, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.tst.jus.br/validador sob código 10004E2C4CF5C64602.

PROCESSO Nº TST-RR-197400-48.2007.5.02.0017

É pacífico o entendimento desta Corte Superior de que a configuração do exercício de função de confiança bancária a que se refere o artigo 224, § 2º, da CLT exige prova de outorga, ao empregado, de um mínimo de poderes de mando, gestão e/ou supervisão no âmbito do estabelecimento, para caracterizar a fidúcia especial; a percepção de gratificação de função igual ou superior a 1/3 do salário; a liberdade de horários e subordinados.

Na hipótese, o egrégio Tribunal Regional, com base no acervo fático-probatório dos autos, para o período imprescrito até 01.12.2003, taxativamente consignou o exercício, pela autora, de função puramente técnica, ou seja, a de seguir o manual imposto pela ré, sem qualquer risco ou gestão negocial por parte da trabalhadora, razão pela qual não se enquadrava na hipótese do artigo 224, § 2º, da CLT, sendo devidas horas extraordinárias excedentes à 6ª diária.

Nesse contexto, para averiguar a configuração, ou não, do exercício do cargo de confiança, previsto no § 2º do artigo 224 da CLT, revela-se necessária a análise da prova das reais atribuições da reclamante, o que é inadmissível em sede de recurso extraordinário, como o recurso de revista, nos termos da orientação vazada na Súmula nº 102, em sua nova redação, de seguinte teor:

> "BANCÁRIO. CARGO DE CONFIANÇA (incorporadas as Súmulas nºs 166, 204 e 232 e as
> Orientações Jurisprudenciais nºs 15, 222 e 288 da SBDI-1) - Res. 129/2005,
> DJ 20, 22 e 25.04.2005
> I - **A configuração, ou não, do exercício da função de confiança a que se refere o art. 224, § 2º, da CLT, dependente da prova das reais atribuições do empregado, é insuscetível de exame mediante recurso de revista ou de embargos**. (ex-Súmula nº 204 - alterada pela Res. 121/2003, DJ 21.11.2003)
> II - O bancário que exerce a função a que se refere o § 2º do art. 224 da CLT e recebe gratificação não inferior a um terço de seu salário já tem remuneradas as duas horas extraordinárias excedentes de seis. (ex-Súmula nº 166 - RA 102/1982, DJ 11.10.1982 e DJ 15.10.1982)
> III - Ao bancário exercente de cargo de confiança previsto no artigo 224, § 2º, da CLT são devidas as 7ª e 8ª horas, como extras, no período em que se verificar o pagamento a menor da gratificação de 1/3. (ex-OJ nº 288 da SBDI-1 - DJ 11.08.2003)

Firmado por assinatura digital em 23/08/2012 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, nos termos da Lei nº 11.419/2006, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.tst.jus.br/validador sob código 10004E2C4CF5C64602.

IV - **O bancário sujeito à regra do art. 224, § 2º, da CLT cumpre jornada de trabalho de 8 (oito) horas,** sendo extraordinárias as trabalhadas além da oitava. (ex-Súmula nº 232- RA 14/1985, DJ 19.09.1985) (grifei)

Por outro lado, em relação ao período posterior, ou seja, a partir de 01.12.2003, quando a reclamante foi promovida ao cargo de Gerente Geral Ocupacional, a Corte Regional registrou que não há como enquadrá-la na exceção do artigo 62, II da CLT, mas, no máximo afirmar-se que suas atividades diárias requeriam alguma fidúcia a mais que possibilitou sua diferenciação dos demais funcionários, a ponto de autorizar seu enquadramento como bancária exercente de cargo em confiança do § 2° do artigo 224 da CLT.

Desse modo, aquele Tribunal decidiu em conformidade com o preconizado na Súmula n° 287, pois concluiu que são devidas como extraordinárias as horas laboradas além da oitava, uma vez que a reclamante não seria gerente-geral da agência em que trabalhava, mas apenas Gerente Geral Operacional.

Assim, calcado na premissa fática de que a reclamante não era gerente-geral da agência, não há falar em violação dos artigos 62, I, ou 224, § 2°, da CLT, pois sua jornada ordinária de trabalho deveria ser, de fato, limitada a oito horas, nos termos do referido verbete sumular e da Súmula n° 102, IV.

Prejudicado, por decorrência, o exame do dissenso pretoriano e das alegações de violação do artigo 224, § 2°, da CLT. Incidência da Súmula n° 333 e do artigo 896, § 4°, da CLT.

Não conheço, no particular.

1.2.2. REFLEXOS. REPOUSOS SEMANAIS REMUNERADOS. INTEGRAÇÃO. HORAS EXTRAORDINÁRIAS. *BIS IN IDEM*.

O egrégio Tribunal Regional assim decidiu:

"(...)

Também há repercussões da parte majorada do dsr, pelos reflexos referidos, nos demais títulos. Não há bis in idem, porque somente a quantia que se acrescenta ao valor do descanso semanal, em virtude da repercussão

Firmado por assinatura digital em 23/08/2012 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, nos termos da Lei n° 11.419/2006, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.tst.jus.br/validador sob código 10004E2C4CF5C64602.

das horas extras, é que integrará a base de cálculo dos demais títulos, cuja base de apuração é o salário em sentido lato. Do contrário, a verba a receber o reflexo ficaria com valor inferior ao de sua base de cálculo, situação inadmissível e não prevista na Lei 605/49.

Veja a representação esquemática, no qual separamos o salário base mensal em salário dos dias efetivamente trabalhados e dsr, para facilitar a visualização:

Salário *lato sensu* = salário dias efetivamente trabalhados + DSR + horas extras + reflexo de horas extras no dsr

Se a parte majorada do dsr pelas horas extras não integrar o valor do 13º salário, por exemplo, que tem o salário *lato sensu* como base de cálculo, veja o esquema como ficaria:

13º salário = salário dos dias efetivamente trabalhados+ dsr + horas extras;

Veja-se que o título 13º salário restou com valor inferior ao de sua base de cálculo, pois faltou a parte majorada do dsr pelas horas extras. Ou seja, a tese do *bis in idem* não resiste a uma simples demonstração aritmética.

Como derradeiro, devidos os reflexos das horas extras nos dsrs e, com estes, no aviso prévio, férias mais 1/3, 13º salário FGTS; licença prêmio e gratificação semestral (já que as horas extras integram a remuneração do trabalhador para cálculo da gratificação semestral – Súmula 115, TST). Reformo em parte."

Inconformado, o reclamado interpõe recurso de revista ao argumento de que a integração dos reflexos das horas extraordinárias em DSR's e destes em outras verbas caracteriza *bis in idem*. Suscita divergência jurisprudencial.

O recurso alcança conhecimento por dissenso de teses, visto que o primeiro julgado à fl. 493 (numeração eletrônica) consigna tese no sentido de que "não há fundamento legal para integração dos reflexos das horas extraordinárias nos DSRs e desse resultado em outras verbas. Trata-se do reflexo do reflexo. O artigo 7° da Lei n° 605/49 não dispõe que haja novos reflexos, pois do contrário os reflexos dos reflexos seriam indefinidos, como se estivéssemos diante de espelhos, além do que não haveria uma fórmula de calculá-los.".

Conheço, por divergência jurisprudencial.

Firmado por assinatura digital em 23/08/2012 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, nos termos da Lei n° 11.419/2006, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.tst.jus.br/validador sob código 10004E2C4CF5C64602.

PROCESSO Nº TST-RR-197400-48.2007.5.02.0017

1.2.3. INADIMPLEMENTO DE VERBAS TRABALHISTAS. INDENIZAÇÃO PELO USO DO DINHEIRO. ARTIGO 1216 DO CC. IMPOSSIBILIDADE.

A Corte Regional assim decidiu:

> "Pugna a reclamante pela reforma da sentença de mérito quanto à condenação da reclamada aos frutos financeiros decorrente da posse de má-fé de verbas salariais não pagas a trabalhadora.
>
> **Reformulando entendimento anteriormente adotado, merece retoque a decisão de piso, já que a prova oral colhida, demonstrou que a ré deliberadamente sonegou direito ao trabalhador do recebimento das hora extra prestadas apropriando-se de forma indevida de sua força de trabalho, sendo certo que o labor apropriado é economicamente mensurável é a indenização.**
>
> **O cálculo deve remontar ao importe de 20% do valor que restar apurado a título de hora extra e correspondentes reflexos, observado o caráter pedagógico da imposição, tendo em vista a posse de má-fé dos frutos do trabalho do reclamante, nos termos do art.1.216 do CC/02.**
>
> Nessa senda, não há como se falar que a correção monetária e os juros de mora serviriam para reparar o ato da reclamada de se apropriar de forma indevida do trabalho prestado pelo reclamante. Até porque além do intuito de recompor o capital perdido deve a condenação ter um caráter pedagógico, destinado a coibir nova prática pela ré a outros trabalhadores. Reformo.
>
> Dou Provimento." (fls. 415/417 – numeração eletrônica) – grifamos.

Inconformado, o reclamado interpõe recurso de revista ao argumento de que a matéria tem regras próprias no âmbito trabalhista e somente diante da omissão se justificaria, a teor do artigo 8º da CLT, a aplicação de normas do direito civil.

Aduz, ainda, que a petição inicial limita-se a pleitear o percentual de 4% sobre as diferenças das verbas, razão pela qual a Corte Regional incorreu em julgamento extra petita ao deferir o

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.tst.jus.br/validador sob código 10004E2C4CF5C64602.

Firmado por assinatura digital em 23/08/2012 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, nos termos da Lei nº 11.419/2006, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.

valor de 20% sobre as diferenças a serem apuradas a título de horas extraordinárias.

Indica violação dos artigos 5º, II, da Constituição Federal, 128 e 460 do CPC e 8º da CLT e suscita divergência jurisprudencial.

O recurso alcança conhecimento.

A pretensão da reclamante é a de que, com base no artigo 1.216 do CC, seja a reclamada condenada ao pagamento de indenização dos "frutos colhidos e percebidos", por ter usufruído de dinheiro que seria dela (aquele decorrente do não pagamento das horas extraordinárias laboradas).

Com efeito, o artigo 1216 do CC, que trata do possuidor de má-fé, não é substrato jurídico para a pretensão ora declinada. Isso porque, no caso, há inadimplemento contratual e não percepção de furtos decorrentes de posse ilegítima bens móveis ou imóveis da reclamante.

Deve-se esclarecer que, não paga a quantia que o credor teria direito, no caso o reclamante, cabe-lhe exigir judicialmente a obrigação de forma cumulada com juros de mora e perdas e danos eventualmente sofridos, conforme estabelece a legislação trabalhista. Estes últimos, ressalta-se, devem ser comprovados, pois apenas a prova de efetivo dano da ensejo à indenização.

No mais, a obrigação inadimplida é recomposta com o pagamento de juros de mora, de forma a refutar o enriquecimento ilícito de qualquer das partes.

Neste mesmo sentido, os seguintes precedentes:

> **"RECURSO DE REVISTA. INDENIZAÇÃO PECUNIÁRIA DOS FRUTOS PERCEBIDOS**. A jurisprudência desta Corte Trabalhista tem entendido ser indevido o pagamento de indenização pecuniária correspondente aos eventuais lucros auferidos pela instituição bancária com a inadimplência de direitos trabalhistas de seus empregados. Recurso de revista conhecido e provido, no particular." RR-205100-60.2002.5.02.0014 Data de Julgamento: 13/10/2010, **Relatora** Ministra: Dora Maria da Costa, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 15/10/2010.

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.tst.jus.br/validador sob código 10004E2C4CF5C64602.

Firmado por assinatura digital em 23/08/2012 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, nos termos da Lei nº 11.419/2006, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.

"(...) **INDENIZAÇÃO. FRUTOS PERCEBIDOS NA POSSE DE MÁ-FÉ**. O artigo 1.216 do Código Civil não é aplicável ao direito laboral, seja porque a reparação pela mora no pagamento já se encontra estabelecida em normas legais específicas, que dispõem sobre juros e correção monetária, seja porque esse dispositivo é afeto aos direitos reais enquanto o contrato de trabalho é pertencente à categoria de direitos obrigacionais, revelando-se incompatível a sua aplicação, na forma do artigo 8º, parágrafo único, da CLT. Não conhecido." RR-56100-21.2006.5.15.0034, Rel. Min. Emmanoel Pereira, 5ª T., DEJT 03/09/2010.

"(...) **INDENIZAÇÃO. POSSE DE MÁ-FÉ**. No ordenamento jurídico já existe previsão que visa à reparação do direito lesado e reconhecido judicialmente, contemplando, inclusive, a responsabilidade pela mora. Não cabe, pois, acrescer uma indenização por supostos lucros eventualmente auferidos pelo reclamado com as verbas sonegadas ao empregado, presunção que decorreria exclusivamente do fato de constituir instituição bancária. Nem sempre a sedução do argumento importa a sua juridicidade. É fato que a mora trabalhista pode implicar, perversamente, o ganho financeiro, pelo empregador, mediante o uso especulativo do capital sonegado. Mas não é exato dizer que esse ganho, no mercado de capitais, corresponde ao dano material resultante da mora trabalhista. Mormente se o trabalhador, por dela não ser mais empregado, sequer teria contribuído para o lucro da atividade desenvolvida pela instituição financeira. Precedentes deste Tribunal. Recurso de revista conhecido e provido. (...)." RR-101400-15.2004.5.02.0009, Rel. Min. Augusto César Leite de Carvalho, 6ª T., DEJT 11/06/2010.

"(...) **INDENIZAÇÃO MONETÁRIA. UTILIZAÇÃO DE RECURSOS PELA INSTITUIÇÃO BANCÁRIA. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL**. A atividade econômica desenvolvida pelo empregador não é fator determinante para a atualização dos créditos trabalhistas, que têm disciplina própria prevista na Lei 8177/91, artigo 39. Não há, pois, amparo legal para a condenação ao pagamento de indenização monetária equivalente ao lucro obtido com o valor que deveria ter sido pago ao empregado nas épocas próprias e não foi por omissão voluntária do

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.tst.jus.br/validador sob código 10004E2C4CF5C64602.

Firmado por assinatura digital em 23/08/2012 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, nos termos da Lei n° 11.419/2006, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.

empregador. Recurso de revista conhecido e não provido. (...).” RR-289300-65.2006.5.09.0660, Rel. Min. Aloysio Corrêa da Veiga, 6ª T., DEJT 07/05/2010.

“(...) **INDENIZAÇÃO POR PERDAS E DANOS**. Não se há de falar em indenização por perdas e danos ao fundamento de que a ausência de pagamento das verbas trabalhistas devidas à empregada na época própria a impediu de auferir ganho de capital com a aplicação do numerário relativo a estas verbas, uma vez que a indenização por atraso no pagamento de verbas trabalhistas já se encontra tarifada em lei, que prevê o pagamento de juros de mora e correção monetária como reparação ao empregado. Além disso, mesmo que se considerasse possível, em tese, a referida indenização, não seria devida, no caso concreto, porque não provada a perda da chance. Recurso de revista conhecido e provido.” RR-144540-94.2006.5.02.0085, Rel. Min. Renato de Lacerda Paiva, 2ª T., DEJT 09/04/2010.

Desse modo, a Corte Regional, ao aplicar a indenização do artigo 1.216 do CC, violou o disposto no artigo 8° da CLT.

Conheço, por afronta ao dispositivo supracitado.

2. MÉRITO

2.1. REFLEXOS. REPOUSOS SEMANAIS REMUNERADOS. INTEGRAÇÃO. HORAS EXTRAORDINÁRIAS. *BIS IN IDEM*.

De conformidade com o atual entendimento da egrégia SBDI-1 deste Tribunal, é incabível a repercussão das diferenças do repouso semanal remunerado, pela integração das horas extraordinárias, nas demais parcelas trabalhistas, sob pena de incorrer-se em *bis in idem*.

O v. acórdão regional, portanto, dissentiu da diretriz perfilhada na Orientação Jurisprudencial n° 394 da SBDI-1, de seguinte teor:

-REPOUSO SEMANAL REMUNERADO. RSR. INTEGRAÇÃO DAS HORAS EXTRAS. NÃO REPERCUSSÃO NO CÁLCULO DAS FÉRIAS, DO DÉCIMO TERCEIRO SALÁRIO, DO AVISO PRÉVIO E

Firmado por assinatura digital em 23/08/2012 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, nos termos da Lei n° 11.419/2006, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.tst.jus.br/validador sob código 10004E2C4CF5C64602.

DOS DEPÓSITOS DO FGTS. (DEJT DIVULGADO E 09, 10 E 11.06.2010)

A majoração do valor do repouso semanal remunerado, em razão da integração das horas extras habitualmente prestadas, não repercute no cálculo das férias, da gratificação natalina, do aviso prévio e do FGTS, sob pena de caracterização de -bis in idem-.-(grifei)

Ante o exposto, **dou provimento** ao recurso para excluir da condenação os reflexos dos repousos semanais remunerados pela integração das horas extraordinárias, nas demais parcelas salariais.

2.2. INADIMPLEMENTO DE VERBAS TRABALHISTAS. INDENIZAÇÃO PELO USO DO DINHEIRO. ARTIGO 1216 DO CC. IMPOSSIBILIDADE.

Conhecido o recurso por afronta ao artigo 8° da CLT, corolário lógico é o seu **provimento** para restabelecer a r. sentença que indeferiu o pedido de devolução dos frutos financeiros, nos termos do artigo 1.216 do CC.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Segunda Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, 1) conhecer do recurso em relação ao tema "REFLEXOS. REPOUSOS SEMANAIS REMUNERADOS. INTEGRAÇÃO. HORAS EXTRAORDINÁRIAS. *BIS IN IDEM*" por divergência jurisprudencial e, no mérito, dar-lhe provimento para excluir da condenação os reflexos dos repousos semanais remunerados pela integração das horas extraordinárias, nas demais parcelas salariais; 2) conhecer do recurso no tocante ao tema "INADIMPLEMENTO DE VERBAS TRABALHISTAS. INDENIZAÇÃO PELO USO DO DINHEIRO. ARTIGO 1216 DO CC" por afronta ao artigo 8° da CLT e, no mérito, dar-lhe provimento para restabelecer a r. sentença que indeferiu o pedido de devolução dos frutos financeiros, nos termos do artigo 1.216 do CC.

Brasília, 22 de agosto de 2012.

Firmado por assinatura digital (Lei n° 11.419/2006)

Firmado por assinatura digital em 23/08/2012 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, nos termos da Lei n° 11.419/2006, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.tst.jus.br/validador sob código 10004E2C4CF5C64602.

PROCESSO N° TST-RR-197400-48.2007.5.02.0017

CAPUTO BASTOS
Ministro Relator

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.tst.jus.br/validador sob código 10004E2C4CF5C64602.

Firmado por assinatura digital em 23/08/2012 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, nos termos da Lei n° 11.419/2006, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.