

(Ac.2º-T-1717/83)

MVR/mdgs

Recurso de revista do empregador conhecido em parte, quanto à natureza salarial da gratificação de "quebra de caixa" e dos adicionais de horas extraordinárias habituais que não foram convencionadas, mas ao qual, no mérito, nesses dois pontos, se nega provimento. — Recurso de revista do empregado conhecido quanto à supressão da gratificação de função, embora permanecendo no exercício do mesmo cargo; à integração das horas extras habituais nas gratificações de semestre (Súmula nº 115) e a honorários advocatícios estando o trabalhador desempregado, mas ao qual se dá provimento, apenas, nos dois primeiros pontos em que se conheceu do a pelo.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista nº TST-RR-6709/82, em que são Recorrentes BANCO NACIONAL S/A e JOÃO JERÔNIMO DE CASTRO e Recorridos OS MESMOS.

No recurso de revista do empregador, são abordadas as seguintes teses: a) o "caixa" de banco foi "descomissionado", perdendo a gratificação, e não tendo direito à 7ª e 8ª horas enquanto foi comissionado; b) as horas extras, mesmo habituais, não integram o repouso remunerado; c) as gratificações semestrais não incidem sobre o "décimo terceiro salário"; d) as gratificações por "quebra de caixa" não integram o salário; e) os adicionais das horas extras habituais são de 20% e não de 25%.

Por sua vez, o empregado, no seu recurso, fere estes pontos: a) supressão injusta da gratificação de função; b) as horas extras habituais devem incidir na gratificação semestral; c) as gratificações semestrais devem ter reflexo, à razão de 1/12 por mês, no pagamento das férias e do aviso prévio; d) os honorários advocatícios são devidos quando o empregado está desempregado por ter sido despedido

injustamente.

Os recursos foram admitidos e processados. O empregador, considerando o risco de que se entendesse que sua revista fora admitida apenas em parte, interpôs agravo de instrumento, que, nesta sessão, foi julgado sem objeto, uma vez que a totalidade da revista foi admitida (Procº nº TST-AI-6297/82, em anexo).

A douta Procuradoria Geral opinou pelo conhecimento em parte e, no mérito, pelo provimento, também parcial, de ambos os recursos.

É o relatório.

V O T O

I - QUANTO AO RECURSO DO EMPREGADOR.

Preliminarmente.

A) - A fls. 107, em maio ao arrazoadado da revista, o empregador suscita uma preliminar de julgamento "ultra petita". Não conseguiu, porém, demonstrá-lo, parqamparar-se em ofensa literal de lei. Indicou jurisprudência inespecífica. Não conheço, portanto, do recurso, neste ponto, por não preencher os requisitos do art. 896, da CLT.

B) - O segundo ponto a ser examinado - quanto ao cabimento da revista - é relativo à posição do "caixa executivo" das casas bancárias em geral.

Não se aplica, aqui, a Súmula nº 166. Ela pressupõe que o trabalhador esteja enquadrado no § 2º, do artigo 224, da CLT. Sendo "caixa", o Recorrido, ao contrário, está sob a incidência da Súmula nº 102, que o protege.

Assim, não há dúvida de que, mesmo sendo "caixa" e auferindo gratificação, ele, trabalhando oito horas, tinha direito ao recebimento da 7ª e 8ª horas.

Essa tese é insucetível de exame em grau de revista, na forma da citada Súmula nº 102.

Por outro lado, ainda nesse ponto, diz o empregador que o Recorrido foi comissionado como "caixa" e, em setembro de 1980, descomissionado daquele cargo, perdendo,

por isso, a gratificação de função.

Nesse aspecto, considero que é inaplicável ao caso o art. 468, § único, bem como o art. 450, ambos da CLT, porque, nas duas hipóteses, se pressupõe que o trabalhador descomissionado deixa o cargo em comissão ou de confiança e retorne ao cargo efetivo. A reversão ou o retorno é essencial. Na hipótese, é fato incontroverso que o Recorrido, comissionado como "caixa" e depois dito "descomissionado", na verdade continuou como "caixa". Alega o empregador que ocorreu uma redução de responsabilidade, ficando o trabalhador sem "assinatura autorizada". Tudo isso, porém, é questão de fato e provas. Aplica-se a Súmula nº 126. Assim, também não conheço da revista no que se refere ao recurso do empregador quanto aos direitos do empregado decorrentes de sua condição de "caixa".?

C) - No tocante à integração das horas extras habituais no cálculo do repouso remunerado, não conheço da revista, por aplicação da Súmula nº 172.

D) - Quanto à inclusão ou reflexo das gratificações semestrais no cálculo do "décimo terceiro salário", o empregador ofereceu divergência jurisprudencial, a fls. 102 e segs..

Mas, essa jurisprudência está ultrapassada pela Súmula nº 78, de modo que também nesse ponto não conheço da revista.

E) - Dela conheço, porém, quanto à natureza salarial da gratificação de "quebra de caixa", em face da jurisprudência de fls. 105/106.

F) - Da mesma forma, conheço da revista, também por divergência de julgados (fls. 108), quanto ao adicional de horas extras.

Mérito.

Na primeira parte em que conheci da revista (natureza da gratificação de "quebra de caixa"), considero-a, como gratificação ajustada, parte integrante do salário, para todos os efeitos legais, na forma do art. 157, § 1º, da CLT!

Nego provimento ao recurso nesse ponto.

Na segunda parte conhecida, discute-se se o adicional das horas extras habituais deve ser de 20% ou de 25%.

A jurisprudência deste Tribunal Superior, a que me submeto, é contrária à tese do Recorrente. O adicional concedido é de 20%, apenas, quando há acordo individual escrito ou convenção coletiva ou, ainda, acordo coletivo. Não é a hipótese dos autos. Aplica-se o art. 61, da CLT.

Nego provimento ao recurso também nesse ponto.

II - QUANTO AO RECURSO DO EMPREGADO.

Preliminarmente.

A) - Quanto à supressão de gratificação de função, admitida pelo r. acórdão regional, conheço do recurso, pela divergência de julgados apontada a fls. 112 e 113 dos autos.

B) - Conheço, igualmente, do recurso quanto à integração das horas extras habituais na gratificação semestral. Aplica-se à espécie a Súmula nº 115.

C) - Não conheço, porém, da revista quanto à inclusão das gratificações semestrais, à razão de um dízimo por mês, no cálculo das férias e do aviso prévio indenizado. Nesses dois casos, o tempo de duração das férias e do aviso prévio integram o tempo de serviço e, por isso, influem no cálculo da gratificação devida. Seria admitir-se pagamento em dobro do mesmo direito.

Não há nenhuma violação legal ao decidir-se como se decidiu. Não é, também, aplicável à espécie a Súmula nº 78.

D) - Conheço, finalmente, da revista quanto aos honorários advocatícios, estando o empregado demitido e desempregado, pela divergência jurisprudencial apontada.

Mérito.

A) Quanto à supressão da gratificação, entendendo que ela é possível, nos casos do art. 450, da CLT, em casos de reversão ou retorno. Mas, o que não se pode admitir, frente ao art. 468, também da Consolidação, é que, sem retorno ou reversão, ficando o trabalhador exercendo o mesmo cargo

(de caixa"), perca ele a gratificação que lhe vinha sendo paga, sob pretexto de um "descomissionamento" que não se caracterizou, nem foi admitido para os demais fins do processo.

Dou provimento ao recurso para incluir na condenação as prestações vencidas e vincendas relativas à gratificação de função, na forma a ser apurada em liquidação de sentença.

B) Da mesma forma, quanto à inclusão das horas extras habituais no cálculo das gratificações semestrais, dou provimento ao recurso. Aplico a Súmula nº 115 e mando que, na forma que seja apurada em liquidação de sentença, respeitado o prazo prescricional, as horas extras habituais sejam computadas nas gratificações de semestre.

C) No que concerne, finalmente, a honorários advocatícios, nego provimento ao recurso. Não importa que o empregado tenha sido despedido injustamente. Ele terá direito a cobrar honorários de advogado nos casos de Assistência Judiciária. O máximo que se poderia admitir, por equidade, seria que - provado o desemprego - o juiz competente dispensasse a exibição de atestado de pobreza. Mas, isso não foi o que ocorreu. Não preenchidos os requisitos legais da Assistência Judiciária propriamente dita ou da Assistência Judiciária Sindical, não há margem para a pretensão do Recorrente.

I S T O P O S T O

A C O R D A M os Ministros da Segunda Turma do Tribunal Superior do Trabalho, quanto ao recurso da empresa, por unanimidade, conhecer apenas com respeito à gratificação de quebra-de-caixa e adicional de horas extras e, no mérito, negar-lhe provimento, vencidos os Excelentíssimos Senhores Ministros Nelson Tapajós, revisor, e Antonio Lamarca quanto a quebra-de-caixa; e com referência ao apelo do empregado, por unanimidade, conhecer apenas quanto à gratificação de função, integração das horas extras na gratificação semestral e honorários advocatícios e, no mérito, dar-lhe provimento parcial para incluir na condenação as prestações vencidas e vincendas, relativas à gratificação de função, e determinar, respeitado o prazo prescricional, que sejam computadas nas gratificações de semestre as horas extras habituais, apurando-se

em liquidação de sentença.

Brasília, 16 de agosto de 1983.

Presidente

PRATES DE MACEDO

Relator

MOZART VICTOR RUSSOMANO

Ciente:

Procurador

WAGNER ANTONIO PIMENTA

