



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 9ª REGIÃO

PROCESSO nº 0001029-66.2021.5.09.0069 (ROT)

RECORRENTES: ALIGN TECHNOLOGY DO BRASIL LTDA e MICHAEL LEANDRO BAYER

RECORRIDOS: OS MESMOS

RELATOR: SERGIO GUIMARÃES SAMPAIO

5ª Turma

EMENTA

LIMITAÇÃO DA CONDENAÇÃO. O valor da causa e o valor atribuído a cada pedido não limitam a prestação jurisdicional, sendo apenas estimativo. Nesse sentido, o art. 840, § 1º, da CLT apenas estabelece como requisito da petição inicial a indicação do valor dos pedidos, mas não a sua liquidação antecipada. Recurso Ordinário do Autor conhecido e provido no particular.

RELATÓRIO

V I S T O S, relatados e discutidos estes autos de **RECURSO ORDINÁRIO**, provenientes da **2ª VARA DO TRABALHO DE CASCAVEL - PR** em que são recorrentes **ALIGN TECHNOLOGY DO BRASIL LTDA** e **MICHAEL LEANDRO BAYER**.

Inconformadas com a r. sentença de fls. 467/490, complementada pela decisão resolutiva de embargos declaratórios de fls. 497/501, ambas proferidas pelo Exmo. Juiz do Trabalho **Marcos Vinicius Neneve**, que acolheu parcialmente os pedidos formulados na petição inicial, recorrem as partes.

A Ré **ALIGN Technology do Brasil Ltda**, por meio do recurso ordinário de fls. 504/522, postula a reforma da decisão quanto aos seguintes itens: **a)** Nulidade Processual - Negativa de Prestação Jurisdicional; **b)** Nulidade Processual - Cerceamento de Prova; **c)** Artigo 62, I, da CLT; **d)** Intervalos Interjornadas; **e)** Jornada de Trabalho - Eventos e Congressos; **f)** Adicional Noturno; e **g)** Honorários Advocatícios.

Tempestivos o recurso da Ré (ciência da r. decisão de embargos em 03/03/2022 e protocolo das razões de recurso em 10/03/2022) e as contrarrazões do Autor às fls. 609/626 (intimação do recurso em 15/03/2022 e protocolo das contrarrazões de recurso em 24/03/2022). Custas recolhidas e depósito recursal efetuado pela Ré às fls. 524/526. Regular a representação processual da Ré à fl. 351.

O Autor **Michael Leandro Bayer**, por meio do recurso ordinário de fls. 527/593 postula a reforma da decisão quanto aos seguintes itens: **a)** Jornada de Trabalho; **b)** Intervalo Intrajornada; **c)** Intervalo Interjornadas; **d)** Sábados e DSR; **e)** Divisor; **f)** Súmula 340; **g)** Diferenças de Prêmios; **h)** Honorários Sucumbenciais; **i)** Juros e Correção Monetária e **j)** Prequestionamento.

Tempestivos o recurso do Autor (ciência da r. decisão de embargos em 03/03/2022 e protocolo das razões de recurso em 11/03/2022) e as contrarrazões da Ré às fls. 596/608 (intimação do recurso em 15/03/2022 e protocolo das contrarrazões de recurso em 22/03/2022). Custas dispensadas. Regular a representação processual do Autor à fl. 17.

Não houve apresentação de Parecer pela Procuradoria Regional do Trabalho, em virtude do art. 36 da Consolidação dos Provimentos da Corregedoria-Geral da Justiça do Trabalho, cumulado com o disposto no art. 45 do Regimento Interno deste E. Tribunal Regional do Trabalho (com redação dada pelo art. 4º, da RA n.º 008/2008).

A numeração das folhas dos autos apresenta-se em ordem crescente de numeração em razão da conversão dos documentos ao modo PDF.

FUNDAMENTAÇÃO

ADMISSIBILIDADE

Presentes os pressupostos legais de admissibilidade, **CONHECE-SE** dos recursos ordinários interpostos, assim como das respectivas contrarrazões.

MÉRITO

Recurso da Ré **ALIGN Technology do Brasil Ltda**

Nulidade Processual - Negativa de Prestação Jurisdicional

Análise em conjunto com o tópico: "Nulidade processual - cerceamento de prova" do recurso da Ré diante da identidade de matérias.

A Ré pede a declaração de nulidade da r. sentença diante da alegada negativa de prestação jurisdicional, sustentando que a decisão de origem deixou de analisar vários argumentos e provas apresentados pela defesa, como, por exemplo, as mensagens eletrônicas que indicam a compensação de jornada.

Requer, também, seja desconsiderado e anulado o depoimento da testemunha Fernanda Pezzini Pontarolli dos Santos. Informa que a depoente não trabalhou com o Obreiro no mesmo ambiente ou na mesma cidade.

Analisa-se.

O cerceamento de prova ocorre quando o julgador impede que uma das partes atue com eficiência no convencimento de juízo, impossibilitando a produção de provas ou impedindo a manifestação no processo e desde que resulte "dos atos inquinados manifesto prejuízo às partes litigantes" (art. 794 da CLT).

E, de acordo com disposto no art. 795, "caput", da CLT, a arguição fundamentada de nulidade pelo interessado deve ser feita no primeiro momento em que tiver que falar nos autos.

É entendimento desta C. 5ª Turma que, consignados protestos em audiência, **como regra, estes devem ser devidamente fundamentados**, ocasião em que se admite as razões finais remissivas. De outro lado, **não justificados os protestos, impõe-se arguição em razões finais, devidamente fundamentadas**. Nesse sentido, os seguintes precedentes: autos 37123-2014-651-09-00-2, publicado em 24/01/2017 e 03808-2013-411-09-00-9, publicado em 29/01/2016, ambos de minha relatoria.

No caso, quanto ao requerimento de invalidação do depoimento da testemunha Fernanda, além de consignar os protestos em audiência diante da decisão que rejeitou a contradita (fl. 421), a Ré reiterou o pedido em razões finais (fls. 422).

Já quanto à alegada negativa de prestação jurisdicional em função de a sentença ter sido omissa quanto aos argumentos e provas apontados pela defesa, o momento de arguição da nulidade é nesta instância recursal, por ser a primeira oportunidade de manifestação após a realização do ato processual que se pretende atacar.

Logo, não se cogita de preclusão quanto às matérias arguidas.

No que toca ao depoimento da testemunha Fernanda Pezzini Pontarolli dos Santos, não há alegação de suspeição ou impedimento nas razões recursais. A Ré simplesmente discorda da valoração feita pelo Exmo. Juízo *a quo*.

Assim, não há falar em invalidação do seu depoimento.

Sobre a ausência de apreciação dos argumentos e provas trazidos pela defesa, uma simples análise da sentença de fls. 467 e seguintes permite concluir que houve a apreciação das provas e a fundamentação do magistrado quanto às razões que levaram à formação do seu convencimento.

Ao analisar a matéria referente às horas extras, por exemplo, o Juízo de Origem consignou que:

"Apenas o primeiro requisito supracitado foi cumprido, uma vez que, apesar de não haver prova da anotação na CTPS, o contrato de ID 1a2a207, fl. 282, aponta que o labor do empregado seria desenvolvido de forma externa, na forma do art. 62, I, da CLT.

Emerge das provas produzidas, por outro lado, a real possibilidade de controle de horário de trabalho do autor, bem como do controle em si." (fl. 474).

Transcritos os depoimentos da parte Ré e testemunhas (fls. 474/478), o Magistrado conclui que havia possibilidade de controle, fixando a jornada de trabalho conforme segue:

"Nessa perspectiva, ficou demonstrada a possibilidade do controle da jornada. Ainda que a empresa tivesse optado por não fazer o controle de horário, fica evidente que havia condições de verificação deste, ficando definitivamente afastado o enquadramento na exceção do art. 62, I, da CLT.

(...)

Desse modo, com base nas provas produzidas, no limite do pedido e da confissão do autor, fixa-se a jornada do autor em:

- a) de segunda a sexta-feira, das 8h00 às 19h00, com 1h00 de intervalo;
- b) nos dias 11/01/2021 e 12/01/2021, além do labor contido no item "a", em razão do jantar com o cliente houve labor das 20h00 às 22h30;
- c) folgas nos sábados, domingos e feriados" (fls. 478/480).

Além disso, esclareça-se que o efeito devolutivo em profundidade do recurso ordinário devolve ao Tribunal todas as matérias alegadas na petição inicial e em defesa (art. 1013 do CPC/2015).

Pontue-se que a adoção da tese obreira de forma expressa implica, por questão de lógica, a rejeição da tese contrárias, bem como a inaplicabilidade dos dispositivos legais a elas vinculados.

Assim, a valoração do conjunto probatório ocorrerá por ocasião da análise de cada tópico.

Rejeita-se a arguição de nulidade.

Nada a reparar.

JORNADA DE TRABALHO

Análise em conjunto com os tópicos: "artigo 62, I, da CLT"; "Intervalos Interjornadas"; "jornada de trabalho - eventos e congressos"; "adicional noturno" do recurso da Ré e dos itens "jornada de trabalho"; "intervalo Intrajornada"; "intervalo interjornadas"; "sábados e DSR" e e "divisor" do recurso do Autor diante da identidade de matérias.

Consta da sentença:

"Jornada de trabalho. Horas extras e reflexos

(...)

O fato de o reclamante ter exercido seu trabalho fora do estabelecimento da empregadora, por si só, não se mostra suficiente para a incidência do art. 62, inciso I, da CLT, de forma que havendo condições de fiscalização dos horários cumpridos pelo empregado, este fatalmente terá direito a horas extras, conforme giza a mais lúcida jurisprudência:

(...)

Mas, ainda que se admita a constitucionalidade do art. 62, inciso I, da CLT, constata-se que a prova dos autos não favorece à parte reclamada, que não se desvencilhou a contento do encargo probatório que lhe incumbia (a ausência de possibilidade de controle de jornada, tratando-se de fato impeditivo de direito constitucionalmente

garantido ao empregado, horas extras, deveria ser robustamente provada pela empregadora, nos termos dos artigos 818 da CLT e 333, II, do CPC).

(...)

Emerge das provas produzidas, por outro lado, a real possibilidade de controle de horário de trabalho do autor, bem como do controle em si.

(...)

Por outro lado, o próprio autor admite em seu depoimento que após a realização das visitas não tinha nenhuma atividade para a ré (ou seja, a única atividade laboral seria realizar as visitas), de modo que não se reconhece que realizasse outras atividades ou ficasse à disposição, salvo com relação aos jantares informado pela testemunha ouvida a rogo da própria empregadora, sra. Daniele, reconhecendo-se portanto 2 jantares durante o contrato. Mister ressaltar que a testemunha do autor deixou a empresa no período em que a pandemia ainda afetava a realização de tais eventos.

(...)

Nessa perspectiva, ficou demonstrada a possibilidade do controle da jornada. Ainda que a empresa tivesse optado por não fazer o controle de horário, fica evidente que havia condições de verificação deste, ficando definitivamente afastado o enquadramento na exceção do art. 62, I, da CLT.

(...)

Resta, pois, perquirir os horários em que, de fato, se ativava o trabalhador, tendo-se presente que, não tendo a ex-empregadora observado as regras cogentes expressas nos §§ 2º e 3º do artigo 74, da CLT, há presunção de veracidade da jornada mencionada no exórdio (Súmula 338, I, TST).

Registra-se que não houve alegação, muito menos prova, de que as empresas contassem com menos de 20 empregados.

Com relação ao intervalo, em que pese a prova ter demonstrado a possibilidade e efetivo usufruto pelos Assistentes de Merchandising, aplica-se ao caso o entendimento fixado pela SDI de que no trabalho externo em que se reconhece a possibilidade de controle e direito a horas extras, ante suas peculiaridades cabe ao autor comprovar que não gozava do intervalo corretamente, ônus do qual não se desincumbiu o autor. Neste sentido:

(...)

Desse modo, com base nas provas produzidas, no limite do pedido e da confissão do autor, fixa-se a jornada do autor em:

a) de segunda a sexta-feira, das 8h00 às 19h00, com 1h00 de intervalo;

b) nos dias 11/01/2021 e 12/01/2021, além do labor contido no item "a", em razão do jantar com o cliente houve labor das 20h00 às 22h30;

c) folgas nos sábados, domingos e feriados

Não havendo nos autos qualquer acordo de compensação de horas (que, ademais, diante de tal jornada imposta ao reclamante, não se poderia reputar eficaz, por inexistente qualquer compensação, bem como por ser tal acordo completamente impossível de ser cumprido para quem se alega cumprir labor externo), patente que horas extras restam devidas.

Por outro lado, não prevalece a tese do autor de que tinha jornada de 40 horas semanais e divisor 200, pois sendo celebrado contrato enquadrado na exceção do art. 62, I, da CLT, o qual é desconstituído em Juízo, não há reconhecimento de que o pacto quanto à jornada foi inferior ao limite legal, sendo presumida a contratação para jornada de 44 horas, ainda que o labor tenha ocorrido de segunda a sexta. Vale destacar ainda que, na forma do art. 59, §6º da CLT, a compensação de jornada realizada até o limite mensal poderia ser feita de forma tácita, o que também afastaria a conclusão quanto à contratação de divisor inferior a 220.

Assim, não procede a aplicação do divisor 200, nem a declaração de que sábado era dia de descanso.

Não procede, ademais, o pedido subsidiário de aplicação da equação 1/5 em razão de não haver trabalho nos sábados, pois o posicionamento da Seção Especializada deste Tribunal é de que não há índice fixo, nem mesmo de 1/6, na apuração do valor do repouso semanal remunerado, uma vez que são considerados repouso tanto os domingos como os feriados, bem como que sábado é dia útil não trabalhado, não afetando o cálculo do valor dos reflexos em descanso semanal remunerado.

(...)

Defere-se, por consequência, a pretensão esposada no item "a" da especificação dos pedidos, para condenar a reclamada ao pagamento das horas extras, assim consideradas as excedentes da 8ª diária e da 44ª semanal - estas últimas, desde que não computadas no excesso diurno (evitando-se, dessa forma, o "bis in idem"), calculadas com o adicional convencional ou, se inexistente, legal de 50% sobre o valor da hora normal (cf. artigo 7º, XVI, CR/88), observada a evolução salarial.

(...)

Para o labor prestado após às 22:00 horas deverá ser observada as disposições quanto ao adicional noturno de 20% e a hora noturna reduzida previstos na CLT.

Importante esclarecer que o adicional noturno compõe a base de cálculo para se aferir a hora normal noturna e sobre esta se aplica o adicional de horas extras, uma vez que a lei é clara no sentido de ter a hora noturna valor superior à diurna (CRFB, art. 7º, IX).

Por habituais, as horas extras refletem em repouso semanais remunerados (aplicação das Súmulas 60, I, e 172, TST), férias com o terço (artigo 142, § 5º, da CLT), 13º salários (Súmula 45 do C. TST) e aviso prévio indenizado.

(...)

Intervalos intrajornada

Prevaleceu na jornada fixada acima que não havia violação aos intervalos intrajornadas, de modo que é improcedente o pleito de item "a", parte final. (fls. 472/482)".

E a decisão de embargos consignou que:

"a) intervalo interjornada

(...)

Por outro lado, quanto aos intervalos interjornada, conforme fixação da jornada supra, houve violação ao intervalo de 11 horas entre o dia 11/01/2021 e 12/01/2021 e entre 12/01/2021 e 13/01 /2021 uma vez que houve labor até 22h30 num dia e no outro dia o labor iniciou-se às 08h00, havendo menos de 11 horas de intervalo entre tais dias de trabalho.

Desrespeitado o intervalo mínimo de onze horas consecutivas, esse tempo de violação também é devido como hora extra, por violação ao artigo 66 da CLT.

Destaco que o desrespeito ao intervalo interjornada não enseja mera infração de ordem administrativa, já tendo inclusive o Tribunal Superior do Trabalho firmado entendimento quanto à matéria, mediante a edição da Orientação Jurisprudencial nº 355 de sua SBDI-1, verbis:

(...)

Ocorre que, uma vez que tais descumprimentos foram efetuados após 11/11/2017, e tendo em vista que o deferimento de horas extras e reflexos por violação do art. 66 e 67 da CLT baseava-se, por analogia, na redação do art. 71, §4º, o qual após a Reforma Trabalhista prevê o pagamento de forma indenizatória e sem reflexos quando há violação ao intervalo intrajornada, o mesmo raciocínio deve ser aplicado para as violações do intervalo interjornada.

Dessa forma, concedido parcialmente o intervalo interjornada, as horas suprimidas serão remuneradas com 50% apenas pelo tempo que faltar para completar o tempo total do intervalo suprimido, possuindo o pagamento natureza indenizatória.

Uma vez tratar-se de indenização, não há reflexos.

Acolhe-se em parte o pedido quanto intervalo interjornada de 11 horas".

(...)

b) Adicional noturno

(...)

O adicional noturno foi deferido em conjunto com o cálculo das horas extras, de modo que os reflexos de tal adicional serão calculados juntamente com tais horas.

Pela mesma razão não há necessidade de constar no dispositivo da sentença menção específica ao adicional noturno.

Acolhe-se apenas para prestar esclarecimentos.(...)" (fls. 497/500).

a) Art. 62, I da CLT

A Ré postula a reforma da sentença para que seja excluída sua condenação ao pagamento de horas extras. Aduz que: a) a decisão de origem é contrária à prova dos autos, sendo que as diretrizes dadas pela Empresa aos seus empregados serve para possibilitar a prestação de serviços, não configurando em controle de jornada; b) ficou comprovado que o Empregado tinha pela liberdade de organização de sua rotina de trabalho e c) qualquer fiscalização estava limitada apenas ao cumprimento do objeto do contrato de trabalho.

Analisa-se.

A exceção prevista no art. 62, I, CLT, refere-se tão somente aos empregados que exercem atividade externa **incompatível** com a fixação do horário de trabalho. A proteção jurídica ao limite de trabalho, consagrado nos incisos XIII e XV do artigo 7º da CRFB/88, confere a todos os trabalhadores, indistintamente, o direito ao repouso semanal remunerado e à jornada máxima, de modo que não exclui as hipóteses lançadas no artigo 62, CLT.

A configuração do trabalho externo, incompatível com a existência de controle da jornada, **surge da impossibilidade** de o empregador fiscalizar o horário de trabalho do empregado (art. 62, I, da CLT), de forma que a atividade externa geraria apenas presunção de incompatibilidade por estar o empregado fora do controle e fiscalização de superior hierárquico.

Na hipótese dos autos, havia a possibilidade de controle.

Veja que a preposta da Ré confessou que (PJE - Mídias 10m55s em diante): O Obreiro fazia a agenda de visitas, sendo que ele tinha um painel com os clientes; havia um sistema e o Reclamante colocava informações sobre as visitas e sobre as necessidades do cliente; ao final, a empresa disponibiliza as ferramentas para que o Reclamante colocasse o "feedback" da visita no sistema; há uma orientação de fazer 4 a 5 visitas por dia, sendo que cada visita poderia levar em média 02 horas e, por meio das visitas, **a Reclamada tinha uma média do trabalho realizado pelo Autor; o Obreiro tinha um Iphone, um Ipad e um computador; a Ré tinha acesso aos registros das visitas e tal acesso poderia ser feito em tempo real.**

Assim, a adoção pela empresa de sistemas de controle e gerenciamento das atividades realizadas pelo trabalhador, por meio de dispositivos móveis e roteiros de visitas, revelam a possibilidade de fiscalização dos horários de trabalho, afastando a presunção do art. 62, I, CLT.

Note-se: não é a falta de fiscalização (ou o fato do empregado trabalhar externamente), mas sim a **impossibilidade** de controlar a jornada que implica a incidência da regra consolidada inibidora do pagamento de horas extras. A presunção jurídica incutida na CLT (art. 62, I) foi elidida pela prova produzida.

Nada a reparar.

b) Jornada extraordinária em função das atividades burocráticas, participação do Autor em jantares com clientes e em eventos e congressos

O Autor pede que a jornada seja fixada das 8h às 21h, de segunda a sexta-feira, durante todo o mês e que haja a majoração da jornada em função da realização de jantares com cliente. Sustenta que: a) a ausência de cumprimento de obrigação legal de responsabilidade da Ré importa na presunção da jornada apontada na petição inicial, tendo em vista que a empregadora não se desvencilhou do seu encargo; b) não houve confissão no sentido de que não havia atividades à noite, sendo que o Obreiro não foi questionado especificamente quanto a isso; c) a testemunha indicada pelo Autor confirmou que havia atividades a serem cumpridas após as visitas e d) mesmo durante a pandemia, os eventos científicos noturnos promovidos pela Reclamada e direcionados aos dentistas continuaram ocorrendo, contudo de forma telepresencial.

Já a Ré pede que seja excluída a fixação de jornada em razão da participação do Autor de eventos e congressos. Sustenta que a jornada de trabalho era externa. Argumenta, ainda, que não havia imposição para que o Obreiro participasse de tais eventos, sendo que, em caso de comparecimento, poderia haver a compensação no dia útil subsequente, ou, iniciar a realização de atividades mais tarde.

Analisa-se.

Inicialmente, esclareça-se que foi afastada a presunção do art. 62, I da CLT.

Não houve a juntada dos controles de ponto.

Assim, não observada pela Reclamada a imposição do art. 74, §2º, da CLT, presume-se a veracidade da jornada declinada na petição inicial, se não afastada por prova em contrário, nos moldes do item I da Súmula 338 da C. TST.

Na petição inicial, o Autor aduziu que:

"Seu labor no "campo" importava em jornada diária **das 8h às 19h**, em média, com intervalo de, no máximo, 40 minutos.

(...)

A parte autora, **logo após sua jornada normal de trabalho "no campo", como referido no item "6", despendia, em média, 2 (duas) horas** diárias para executar uma extensa relação de tarefas que lhe eram impostas por sua ex-empregadora, citando-se exemplificativamente, troca de mensagens eletrônicas com colegas e clientes, preparar-se para a visita do dia seguinte, confecção de relatórios de despesas, estudar os produtos que compõe o ciclo de propaganda e montar kits de amostras, dentre outras (artigo 6º da CLT3).

(...)

A empresa reclamada disponibilizava verba e obrigava a **parte autora a realizar 2 (dois) jantares mensais com clientes, tais iniciavam, geralmente por volta 19h30min e não findavam antes das 24h.**" (fls. 3/4)

Sobre a matéria, em depoimento, o Autor disse que (PJE - Mídias 48s em diante): laborava das 07h30m às 18h/19h/19h30m, com 30 a 40 minutos de intervalo; não tinha outra tarefa a cumprir em favor da Ré que não fosse a realização das visitas.

A testemunha convidada pelo Obreiro, a sra. Fernanda Pezzi Pontarolli, disse que (PJE - Mídias 23m41s em diante): laborou na Reclamada de abril de 2017 até setembro de 2020 como propagandista; **trabalhou em Curitiba e Santa Catarina e o Autor em Cascavel**; o Reclamante era da equipe da depoente e ambos eram subordinados à Daniele; tinha contato com o Autor, já que havia reuniões semanais online; a função do Autor e da depoente era a mesma; com a pandemia, ficaram em homeoffice por quatro meses, sendo que nesse período as visitas eram online e os horários eram iguais ao da época anterior; havia intervalo para almoço que era em média de 30 a 40 minutos e que dependia do término da última visita da manhã e do horário da primeira da tarde, sendo que chegou a almoçar com o dentista; faziam eventos (jantares/almoços) com clientes; toda a equipe fazia jantares e o pessoal de Curitiba fazia mais pelo fato de ser capital e, sendo assim, havia mais dentistas concentrados; havia uma verba que deveria ser utilizada para a realização dos jantares; durante a pandemia (quatro meses), em que todos ficaram isolados, não tinha mais eventos presenciais, tão somente online; em agosto/setembro os eventos presenciais retornaram, embora mais lentamente; **era realizado um evento por semana ou um cada 15 dias; os jantares se iniciavam às 19h/19h30m e se encerravam às 23h30m/0h**; não havia nenhum tipo de compensação pelo trabalho realizado nos jantares; após as visitas havia as tarefas burocráticas a serem feitas (responder e-mail, fazer planilhas, programação de eventos, responder dentistas, por exemplo) que demandava cerca de duas a três horas.

Já a testemunha Daniele Aparecida Borela, indicada pela Ré, falou que (PJE - Mídias 40m20s em diante): trabalha na Reclamada desde junho de 2020, sempre como Gerente Regional em todo Paraná; trabalhou com o Reclamante que era Gerente de Território; durante a pandemia as visitas foram todas online, o que durou até agosto, sendo que a partir daí, começou o trabalho híbrido; **chegou a trabalhar com o Reclamante** uma vez, ocasião em que foi visitá-lo e avisou-previamente porque tinha que solicitar passagem aérea; **acha que laborou com o Reclamante no final de outubro ou início de novembro; o Reclamante fez muito poucos jantares em razão da pandemia, pode ter feito 1 ou 2; um evento que ocorreu durou das 20h e terminou 22h/22h30m.**

Quanto à jornada em atividades burocráticas, o Autor confessou que não executava tarefas que não fossem a realização de visitas. Assim, não há falar em labor após as atividades de campo, devendo prevalecer a jornada fixada até às 19h.

Sobre as horas de labor em eventos (jantares), a prova oral não foi capaz de infirmar a jornada descrita na petição inicial.

Veja que a testemunha Fernanda declarou que trabalhava em Curitiba e Santa Catarina, enquanto o Autor atuava em Cascavel. Assim, não há como relatar, com precisão os fatos concernentes ao Autor.

E a testemunha Daniele disse que chegou a trabalhar com o Reclamante apenas uma vez. Observa-se que a depoente apresenta dúvida quanto ao mês em que teria laborado. Dessa forma, as suas declarações devem ser vistas com ressalva.

Prevalece, pois, o horário e a frequência apontado na peça de ingresso: 2 (dois) jantares mensais com clientes com início às 19h30min e término às 0h, o que deverá ser observado quanto à condenação das horas extras fixadas em sentença.

Para fins de liquidação e diante da falta de informações nos autos, estabelece-se que os jantares ocorriam na primeira segunda-feira e última sexta-feira de cada mês

c) Intervalo interjornada

A Ré pede a exclusão de sua condenação ao pagamento do intervalo entre as jornadas. Alega que o trabalho era externo. Informa que não há prova nos autos de que o intervalo não era usufruído.

Já o Autor pretende a incidência reflexiva do pagamento das horas decorrentes da violação do intervalo interjornadas.

Requer, ainda, a majoração da jornada fixada quanto aos intervalos violados em caso de reforma quanto à fixação do número de jantares.

Analisa-se.

Inicialmente, pontue-se mais uma vez que foi afastada a presunção do art. 62, I da CLT.

À semelhança do que ocorre com o desrespeito aos intervalos para descanso e alimentação, a violação aos intervalos interjornadas de 11 horas acarreta seu pagamento como hora extra propriamente dita (o valor hora acrescido do adicional), para todos os efeitos legais, por se tratar de verba de natureza salarial, sob pena de se tornar sem efeito o disposto no art. 66 da CLT, pois a intenção do legislador é justamente impor um pagamento em valor equivalente ao da hora normal, acrescido do adicional de horas extras, havendo, portanto, previsão legal para tanto.

Note-se que o art. 66 da CLT não faz qualquer ressalva no sentido de que a infração à norma nele contida gere um apenamento tão somente de ordem administrativa. Ao contrário, a norma como consta no texto legal, leva à conclusão de que se trata de norma cogente, de cumprimento obrigatório, sendo que seu descumprimento acarreta ao empregador a obrigatoriedade de remunerar ditas horas faltantes como extras.

A matéria foi pacificada no âmbito do E. TST, por meio da C. Seção de Dissídios Individuais 1:

"OJ 355. INTERVALO INTERJORNADAS. INOBSERVÂNCIA. HORAS EXTRAS. PERÍODO PAGO COMO SOBREJORNADA. ART. 66 DA CLT. APLICAÇÃO ANALÓGICA DO § 4º DO ART. 71 DA CLT. O desrespeito ao intervalo mínimo interjornadas previsto no art. 66 da CLT acarreta, por analogia, os mesmos efeitos previstos no § 4º do art. 71 da CLT e na Súmula nº 110 do TST, devendo-se pagar a integralidade das horas que foram subtraídas do intervalo, acrescidas do respectivo adicional."

Não há *bis in idem* pelo pagamento de horas extras ante violação do intervalo interjornada do art. 66 da CLT, pois trata-se de fato gerador diverso das horas extras laboradas além da jornada normal de trabalho. Para estas o direito decorre do labor em período que extrapola o limite normal diário ou semanal de trabalho; para as horas decorrentes da inobservância dos intervalos interjornadas suprimidos, do labor em prejuízo ao período de descanso legalmente assegurado na CLT.

No caso, a sentença foi reformada para que seja considerado que havia a realização de dois jantares mensais das 19h30m às 0h. Assim, considerando que a jornada de trabalho iniciava às 08h, de segunda a sexta-feira conforme fixado em sentença e tendo em vista que os dias de jantares eram na primeira segunda-feira e última

sexta-feira de cada mês, conclui-se que houve violação do intervalo entre as jornadas da segunda - feira e terça - feira de cada mês.

Dessa forma, não prospera a alegação da Ré de que não houve o desrespeito às horas do intervalo entre as jornadas.

Sobre a incidência reflexiva, trata-se de contrato de trabalho iniciado em 06/01/2020 (fl. 295).

Assim, necessário observar as mudanças trazidas pela Lei 13.467/2017 que previu como indenizatório o pagamento do período suprimido do intervalo intrajornada.

Nesse sentido, considerando que a OJ 355 anteriormente mencionada estendeu os mesmos efeitos previstos do intervalo intrajornada ao intervalo do art. 66 da CLT, não há falar de reflexos do pagamento do intervalo interjornadas em outras verbas trabalhistas.

Observa-se os demais parâmetros fixados na origem quanto à condenação em horas extras diante da infração do intervalo entre as jornadas.

d) Intervalo intrajornada

O Autor pede que o intervalo intrajornada seja fixado em 40 minutos. Requer, assim, que a Ré seja condenada ao pagamento de 1 (uma) hora como extra bem como que haja a incidência reflexiva.

O intervalo mínimo intrajornada constitui medida de higiene e saúde e visa a recompor o organismo humano para suportar a continuidade seguinte do esforço. Não se trata apenas de garantia prevista na CLT, mas também de tutela constitucional, prevista no art. 7º, XXII, da Constituição Federal.

Conforme já salientando, não houve a juntada dos controles de ponto.

Assim, não observada pela Reclamada a imposição do art. 74, §2º, da CLT, presume-se a veracidade da jornada declinada na petição inicial, se não afastada por prova em contrário, nos moldes do item I da Súmula 338 da C. TST.

Fixa-se, portanto, que o intervalo usufruído pelo Autor era de 40 minutos conforme alegado na inicial.

E tal intervalo não foi infirmado por outros elementos dos autos.

Diante disso, a Ré deverá ser condenada ao pagamento das horas extras em razão da violação do intervalo intrajornada.

Tratando-se de contrato de trabalho iniciado em 06/01/2020 (fl. 295), deverá ser observada a nova redação do §4º do art. 71, conforme estabelecido na Lei 13.467/2017: "*§ 4º A não concessão ou a concessão parcial do intervalo intrajornada mínimo, para repouso e alimentação, a empregados urbanos e rurais, implica o pagamento, de natureza indenizatória, apenas do período suprimido, com acréscimo de 50% (cinquenta por cento) sobre o valor da remuneração da hora normal de trabalho*".

e) Adicional noturno

A Ré pretende a reforma da sentença quando à condenação ao pagamento do adicional noturno. Alega que: a) não havia controle de jornada e b) há incompatibilidade entre o adicional noturno e a jornada de trabalho externa.

Analisa-se.

O adicional noturno objetiva compensar o empregado pelo desgaste sofrido no período das 22 horas de um dia às 5 horas do dia seguinte, na medida em que o trabalho nesse horário altera o ritmo vital do ser humano. Já o fato de o labor, que vinha sendo prestado no horário noturno, passar a ser realizado no horário diurno, não afasta a condição que o fez, até aquele momento, receber tratamento diferenciado.

Conforme já salientado, havia a possibilidade de controle da jornada o que afasta a presunção do art. 62, I da CLT.

Além disso, diante da fixação da jornada no que toca aos jantares, o labor ultrapassava das 22h, o que torna devido o adicional em tais ocasiões.

Nada a reparar.**f) Sábados e DSR's/ Divisor 200**

O Autor requer que o cálculo dos descansos semanais remunerados e feriados leve em conta o sábado como dia útil de descanso bem como que haja a incidência reflexiva em terceiros salários, férias com 1/3, aviso-prévio e FGTS com a multa de 40%.

Subsidiariamente, pede que: "os repousos e feriados sobre a parcela variável de prêmios sejam calculados sem o cômputo do sábado (já que não era dia normal de trabalho, como acima referido), na equação de 1/5, correspondente a 1 dia de descanso (domingo) para 5 dias de trabalho (quando considerada uma semana normal, sem feriados), apurando-se ainda as diferenças de repousos e feriados pagos, com reflexos em décimos terceiros salários, férias com 1/3, aviso prévio e FGTS com multa de 40%" (fl. 542).

Por fim, requer que a jornada extraordinária seja aquela superior da 40ª hora semanal e que o divisor seja o 200.

Informa que tendo em vista que não havia, contratualmente, labor aos sábados, os seus repousos e feriados devem levar em conta o valor do salário, parte variável a que tem direito durante o mês, dividindo-se pelos dias de exercício prestado à empregadora, multiplicando-se o resultado pelos dias de repouso.

Analisa-se.

Extrai-se dos autos que o Reclamante foi contratado para exercer uma carga semanal de 44 horas com divisor 220 (ficha do empregado de fl. 299). Dessa forma, não se aplica ao caso o divisor 200 e as horas extras serão aquelas excedentes da 44ª hora semanal.

A partir daí, infere-se que o sábado é dia útil não trabalhado, porquanto a jornada de trabalho era concentrada de segunda a sexta-feira nos termos fixados em sentença, não repercutindo no cálculo do valor dos reflexos do repouso semanal remunerado.

Assim, por falta de previsão legal ou convencional, não há falar que o cálculo dos descansos semanais remunerados e feriados leve em conta o sábado como dia útil de descanso. Por consequência, não haverá a incidência reflexiva.

Diante da conclusão adotada, também não há falar que os repousos e feriados sobre a parcela variável de prêmio sejam calculados sem o cômputo do sábado.

Nada a reparar.

g) Conclusão

Ante o exposto,

1) mantém-se a r. sentença quanto ao recurso da Ré e

2) reforma-se em parte quanto ao recurso do Autor para: a) determinar que a jornada em jantares ocorria duas vezes ao mês, das 19h30m às 0h00, na primeira segunda-feira e última sexta-feira de cada mês, o que deverá ser observado quanto à condenação das horas extras fixadas em sentença; b) determinar que houve violação do intervalo entre as jornadas da segunda-feira e terça-feira de cada mês, adotando-se os demais parâmetros fixados na origem quanto à condenação em horas extras diante da infração do intervalo entre as jornadas e c) fixar que o intervalo usufruído pelo Autor era de 40 minutos, condenando-se a Ré ao pagamento das horas extras em razão da violação do intervalo intrajornada, observando-se as alterações promovidas pela Lei 13.467/2017 ao § 4º do art. 71 da CLT.

Honorários Advocatícios

O item será analisado em conjunto com o recurso do Autor, tópico "Honorários Advocatícios."

Recurso do Autor Michael Leandro Bayer**Jornada de Trabalho**

Análise em conjunto com os tópicos: "intervalo Intrajornada" ; "intervalo interjornadas"; "sábados e DSR" e "divisor" do recurso do Autor diante da identidade de matérias.

Os itens já foram examinados em conjunto com recurso da Ré, tópico: "jornada de trabalho", ao qual se remete por brevidade:

"(...)2) reforma-se em parte quanto ao recurso do Autor para: a) determinar que a jornada em jantares ocorria duas vezes ao mês, das 19h30m às 0h, na primeira segunda-feira e última sexta-feira de cada mês, o que deverá ser observado quanto à condenação das horas extras fixadas em sentença; b) determinar que houve violação do intervalo entre as jornadas da segunda - feira e terça - feira de cada mês, adotando-se os demais parâmetros fixados na origem quanto à condenação em horas extras diante da infração do intervalo entre as jornadas e c) fixar que o intervalo usufruído pelo Autor era de 40 minutos, condenando-se a Ré ao pagamento das horas extras em razão da violação do intervalo intrajornada, observando-se as alterações promovidas pela Lei 13.467/2017 ao § 4º do art. 71 da CLT."

Súmula 340 do TST

Análise em conjunto com o tópico: "diferenças de prêmios" do recurso do Autor diante da identidade de matérias.

O Autor postula a reforma da sentença para que a Ré seja condenada ao pagamento da diferenças de prêmios no importe de "40% sobre a remuneração mensal total do autor (salário fixo mais variáveis), com reflexos nos repousos semanais remunerados e feriados, horas extras, adicional noturno, décimos terceiros salários, férias com 1/3, aviso-prévio e FGTS com a multa de 40%." (fl. 570). Alega que: a) o pedido foi feito em razão da impossibilidade de verificação dos critérios de pagamento do prêmio; b) caberia a Ré ser transparente no que toca às regras de pagamento da parcela variável o que não foi observado; c) a documentação juntada pela Reclamada não possui a ciência do Autor, sendo que o documento de fl. 334 não se presta a tal fim e d) não há como ser apontada a correção ou não do pagamento pelo Obreiro, mesmo que de modo exemplificativo, já que a Ré não cumpriu com o ônus que lhe incumbia.

Pede, ainda, que não haja a aplicação da súmula 340 e OJ 397, ambas do TST.

Analisa-se.

Consta da sentença:

"(...)

Razão não assiste à parte autora, pois ainda que houvesse alguma dificuldade na compreensão da forma de cálculo dos prêmios, não apresentou ela qualquer demonstrativo de diferenças.

(...)

De fato, não foram juntados nos autos documentos que apontassem quais foram os montantes de vendas, mas além de o autor apenas estimar em sua inicial suposto prejuízo, a prova oral corrobora que durante o contrato o reclamante tinha acesso ao valor que seria pago, bem como os critérios para tal pagamento.

(...)

Rejeita-se o pleito de item "c". (fls. 471/472).

Em contestação, a Ré alegou que trouxe aos autos os documentos que *"demonstram exatamente todos os fatores componentes da remuneração variável a qual o Reclamante fazia jus, trazendo metas a serem atingidas, períodos de apuração, valores a serem pagos, a depender do produto, forma de pagamento, prazo de vigência, etc"* (fl. 276).

Foi juntado o documento intitulado: "Plano de Incentivo de Vendas Brasil" (fls. 340 e seguintes).

Em depoimento, o Autor disse que (PJE - Mídias 8m45s em diante): não tinha acesso ao cálculo dos prêmios; sabia qual valor receberia; tinha uma meta a cumprir e a partir da meta cumprida receberia um prêmio; não sabe como o prêmio era calculado.

A preposta da Ré falou que (PJE - Mídias 19m40s em diante): a empresa tinha uma meta anual que era "cascateada" para todos os colaboradores; havia curvas de pagamento, citando, exemplificativamente, 85%, 90% e 100% de cobertura; a variável era de acordo com o painel de cada colaborador; a Ré enviava o contracheque e uma planilha para verificação da premiação; o colaborador poderia acompanhar em tempo real.

A testemunha convidada pelo Obreiro, a sra. Fernanda Pezzi Pontarolli, disse que (PJE - Mídias 36m41s em diante): a premiação era bem confusa, sendo que mudava todo trimestre e não sabiam como era feito o cálculo; possuía acesso a meta do sistema apenas, não possuindo acesso a notas fiscais e documentação.

Já a testemunha Daniele Aparecida Borela, indicada pela Ré, falou que (PJE - Mídias 53m17s em diante): há um objetivo de vendas do VisaAlign e um objetivo de venda do scanner; o número era passado no início do trimestre e à medida que atingiam a meta recebiam um valor; o cálculo era explicado e os empregados poderiam acompanhar no site da empresa.

Era ônus da Ré comprovar que a verba produtividade foi paga corretamente, tendo em vista que o pagamento constitui fato extintivo do direito do Autor (art. 818, II da CLT). E desse encargo a Ré não se desvencilhou.

Em que pese a juntada da política de remuneração variável, não veio aos autos os holerites, o que impediu que a parte autora apresentasse demonstrativos.

Pontue-se que quanto aos critérios, não há como conferir credibilidade aos depoimentos das testemunhas Fernanda e Daniele. A depoente Fernanda falou que não trabalhou presencialmente com o Autor e a testiga Daniele declarou ter trabalhado apenas uma vez com o Obreiro conforme já consignado no tópico "jornada de trabalho" do recurso da Ré ao qual se remete por brevidade.

Não se olvide que os critérios de pagamento de verba variável encontra-se na esfera do direito potestativo do empregador. Todavia, no presente caso, não há provas de que as regras são claras.

Logo, há diferenças devidas ao Autor.

Passa-se a apurar o montante devido.

Na petição inicial, constou que: "*requer seja aplicada a pena de confissão à reclamada, estimando a parte autora um prejuízo trimestral de 40% (quarenta por cento) de sua remuneração*" (fl. 5).

Assim, a condenação devida será a cada trimestre no importe de 40% da remuneração do Autor conforme postulado na petição inicial e diante da ausência de maiores elementos para liquidação da parcela (art. 341 do CPC/2015).

A verba deverá ser integrada na base de cálculo das horas extras e do adicional noturno nos termos da súmula 264 e 60 do TST.

Esclareça-se que a parcela paga pela Reclamada não se enquadra no conceito de **Prêmio** previsto no §4º do art. 457 da CLT (redação dada pela Lei nº 13.467/17), o qual prevê que "consideram-se prêmios as **liberalidades** concedidas pelo empregador em forma de bens, serviços ou valor em dinheiro a empregado ou a grupo de empregados, **em razão de desempenho superior ao ordinariamente esperado no exercício de suas atividades**" (grifou-se).

Conforme se extrai do depoimento do preposto da Ré, a parcela era paga pelo atingimento de metas, e não pelo "**desempenho superior ao ordinariamente esperado**".

Assim, haverá reflexos em repousos semanais remunerados, décimos terceiros salários, férias com 1/3, aviso-prévio e FGTS com a multa de 40%.

Por se tratar de parte variável incide ao caso a Súmula 340 do E. TST, cuja melhor interpretação estabelece a individualização dos cálculos de cada uma das porções que compõem a remuneração do trabalhador, não estando restringida sua aplicação ao comissionista puro, como quer o Autor.

Assim, enquanto sobre a parte fixa é devida a hora normal acrescida do adicional de horas extras, em relação à parte variável é devido o pagamento apenas do adicional correspondente. Nesse sentido, é a OJ 397 da SDI-1 do E. TST:

"OJ 397 - SDI-1. COMISSONISTA MISTO. HORAS EXTRAS. BASE DE CÁLCULO. APLICAÇÃO DA SÚMULA N.º 340 DO TST. O empregado que recebe remuneração mista, ou seja, uma parte fixa e outra variável, tem direito a horas extras pelo trabalho em sobrejornada. Em relação à parte fixa, são devidas as horas simples acrescidas do adicional de horas extras. Em relação à parte variável, é devido somente o adicional de horas extras, aplicando-se à hipótese o disposto na Súmula n.º 340 do TST."

Por tais fundamentos, **reforma-se** a r. decisão de origem para condenar a Reclamada ao pagamento de diferenças de produtividade a cada trimestre no importe de 40% da remuneração do Autor, acrescido de reflexos em DSR, 13º salário, férias + 1/3, aviso prévio e FGTS (11,2%), observada a integração na base de cálculo das horas extras e do adicional noturno.

Não há falar em abatimento de valores pagos diante da ausência de holerites.

Honorários Sucumbenciais

Análise em conjunto com o tópico: "Honorários advocatícios" do recurso da ré diante da identidade de matérias.

O Autor requer a reforma da sentença para que seja excluída sua condenação ao pagamento de honorários sucumbenciais. Subsidiariamente, pede que a verba seja reduzida para R\$ 500,00 ou para o percentual de 5% sobre os pedidos julgados inteiramente improcedentes. Alega ser beneficiário da justiça gratuita e que incide ao caso os termos decisão da ADI 5.766/STF.

Já a Ré pretende que os honorários por ela devidos sejam minorados para 5%.

Analisa-se.

Consta da sentença:

"(...)Nesses termos, frente à sucumbência recíproca verificada nos presentes autos e, embora seja a parte autora beneficiária da Justiça Gratuita, lhe foram deferidas nesta sentença parcelas capazes de suportar os honorários parciais de sucumbência, com fundamento na disposição legal supra transcrita, condena-se o reclamante ao pagamento de honorários advocatícios ao patrono da reclamada, em montante equivalente a 10% da diferença a ser apurada entre o valor líquido da condenação e o valor atribuído à causa na petição inicial, bem como condena-se a reclamada ao pagamento de honorários advocatícios ao patrono do autor, em montante equivalente a 10% do valor líquido da condenação (valor a ser apurado na liquidação), isso observando-se os critérios fixados no parágrafo segundo do novo art. 791-A, da CLT, sendo vedada a compensação desses honorários.

Considerando, todavia, que foram deferidos ao autor os benefícios da Justiça Gratuita e que o STF pronunciou, ao julgar a ADI 5766, a inconstitucionalidade de parte do parágrafo 4º do artigo 791, da CLT, especificamente do trecho: "desde que não tenha obtido em juízo, ainda que em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa", fica suspensa a cobrança dos honorários sucumbenciais por aquele devidos, os quais só poderão ser executados se nos dois anos subsequentes ao trânsito em julgado desta decisão o respectivo credor dos honorários demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade, extinguindo-se, passado esse prazo, tais obrigações do beneficiário.

A fim de evitar futuros embargos declaratórios, em relação ao abatimento sobre o crédito obreiro para fins de pagamento dos honorários advocatícios em favor do patrono da reclamada, esclarece-se que, futuramente, a reclamada será executada pelo valor total dos créditos deferidos ao autor neste feito, dos quais será deduzida a verba honorária por este devida para repasse ao procurador da reclamada credor dos honorários de sucumbência recíproca imputados ao obreiro na sentença." (fl. 485).

O presente feito foi ajuizado já na vigência da Lei 13.467/17, que introduziu na Justiça do Trabalho a condenação em honorários advocatícios de sucumbência e não deixa dúvidas quanto à previsão de honorários sucumbenciais recíprocos (art. 791-A, § 3º, da CLT) quando da procedência parcial dos pedidos formulados na inicial.

Contudo, o recurso do Autor foi provido parcialmente, de modo que todos os pedidos foram acolhidos, ainda que em parte.

Assim, o Reclamante deixou de ser reciprocamente sucumbente, devendo ser excluída sua condenação ao pagamento de honorários sucumbenciais.

Frise-se que a apuração dos honorários de sucumbência (art. 791-A, § 2º da CLT) deve considerar o o pedido rejeitado e não o valor não acolhido, sob pena de impingir ao trabalhador o ônus de pagar para ter um direito reconhecido, o que é inviável e fere o Princípio Da Razoabilidade.

Em relação ao apelo da Ré, reputa-se razoável o percentual de 10% fixado na origem nos termos do art. 791-A, § 2º da CLT.

Ante o exposto,

1) mantém-se a r. sentença quanto ao recurso da Ré e

2) reforma-se quanto ao recurso do Autor para excluir sua condenação ao pagamento de honorários sucumbenciais.

Limites da condenação

O Autor pede seja afastada a limitação da condenação aos valores indicados na petição inicial. Alega que "o artigo 840, § 1º da CLT não determina a liquidação exata dos pedidos - tanto que não estabelece que

a exordial deve ser acompanhada de apresentação de planilhas de cálculos" (fl. 585).

Analisa-se.

Consta da sentença à fl. 489: "Observe o contador que, tratando-se de reclamação sujeita ao novo regramento processual trazido pela Lei 13.467/2017, que exige a apresentação de pedidos certos, determinados e com indicação do respectivo valor (CLT, art. 840, parágrafo 1º), os créditos a serem apurados em observância a esta condenação deverão ser executados apenas até o limite dos valores apresentados com a exordial, os quais sujeitam-se exclusivamente aos acréscimos de juros e correção monetária."

O valor da causa e o valor atribuído a cada pedido não limitam a prestação jurisdicional, sendo apenas estimativo. Nesse sentido, o art. 840, § 1º, da CLT, a seguir transcrito, apenas estabelece como requisito da petição inicial a indicação do valor dos pedidos, mas não a sua liquidação antecipada:

"Art. 840. A reclamação poderá ser escrita ou verbal.

§ 1º Sendo escrita, a reclamação deverá conter a designação do juízo, a qualificação das partes, a breve exposição dos fatos de que resulte o dissídio, **o pedido, que deverá ser certo, determinado e com indicação de seu valor**, a data e a assinatura do reclamante ou de seu representante.

(...)"

No mesmo sentido, a IN 41/2018 do TST estabelece que, para fins de preenchimento dos requisitos do art. 840, §1º, da CLT, é suficiente a estimativa de valores, sem que haja obrigação de indicar valores exatos (**Art. 12, § 2º - "Para fim do que dispõe o art. 840, §§ 1º e 2º, da CLT, o valor da causa será estimado, observando-se, no que couber, o disposto nos arts. 291 a 293 do Código de Processo Civil"**).

Como a exigência legal diz respeito à indicação do **valor estimado** de cada um dos pedidos, **não há falar em limitação do valor condenatório ao montante indicado na inicial**. A importância efetivamente devida será conhecida na fase de liquidação, após a realização dos cálculos.

É este o entendimento ocorrido no incidente de assunção de competência IAC - 0001088-38.2019.5.09.0000, julgado pelo Pleno este C. Tribunal:

"INCIDENTE DE ASSUNÇÃO DE COMPETÊNCIA. POSSIBILIDADE DE INDICAÇÃO ESTIMADA DOS VALORES DOS PEDIDOS APRESENTADOS NA PETIÇÃO INICIAL (ART. 840, § 1º, DA CLT). AUSÊNCIA DE LIMITAÇÃO DA CONDENAÇÃO AOS VALORES APRESENTADOS. Diante da interpretação sistemática e gramatical dos artigos 840, §1º da CLT e 12, § 2º, da Instrução Normativa nº 41 do TST, conclui-se, de forma inofismável, que é possível aceitar cálculos simplificados, notadamente considerando que a mera indicação de valores é suficiente para fazer prosseguir a ação, sendo desnecessária a liquidação antecipada dos pedidos. A fixação do valor da causa e da condenação no processo do trabalho só são relevantes na fase de conhecimento do processo, na medida em que servem apenas para fixar rito e admissibilidade recursal, sem interferir em questões de competência funcional. Na fase de cumprimento (execução), o valor do pedido é totalmente irrelevante e se desvincula de sua origem na medida em que se apura mediante realização de operações aritméticas o valor devido, com no mínimo, acréscimo de juros e correção monetária, sem prejuízo de multas, o que certamente vai elevar o valor do quantum debeat, e isto não pode significar prejuízo ou decréscimo patrimonial à parte exequente. Portanto, reconhece-se neste incidente a possibilidade de apresentação por estimativa dos valores de cada pedido (artigo 840, §1º da CLT), não estando a liquidação adstrita aos valores indicados na petição inicial."

Ante o exposto, reforma-se a r. sentença para afastar a determinação de limitação da condenação aos valores estimados na petição inicial.

Juros e Correção Monetária

O Autor requer que a definição dos critérios de incidência de juros e correção monetária sejam postergados para a fase de liquidação tendo em vista do princípio da segurança jurídica.

Analisa-se.

Consta da sentença à fl. 483: *"Conforme fixado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento das ADC 58 e 59 e ADIs 5.867 e 6.021, ante a inconstitucionalidade da TR, até que sobrevenha solução legislativa,*

deverão ser adotados nas execuções trabalhistas os mesmos índices de correção monetária e de juros vigentes para as hipóteses de condenações cíveis em geral, quais sejam, a incidência do IPCA-E na fase pré-judicial e, a partir do ajuizamento da ação, a incidência da taxa SELIC (art. 406 do Código Civil), a qual engloba juros e correção monetária."

Quanto à **atualização monetária**, o C. STF, no julgamento das ADC's 58 e 59 e das ADI's 5867 e 6021, decidiu pela aplicação dos índices IPCA-E e da taxa Selic aos créditos trabalhistas, nos seguintes termos:

"Decisão: O Tribunal, por maioria, julgou parcialmente procedente a ação, para conferir interpretação conforme à Constituição ao art. 879, § 7º, e ao art. 899, § 4º, da CLT, na redação dada pela Lei 13.467 de 2017, no sentido de considerar que à atualização dos créditos decorrentes de condenação judicial e à correção dos depósitos recursais em contas judiciais na Justiça do Trabalho deverão ser aplicados, até que sobrevenha solução legislativa, os mesmos índices de correção monetária e de juros que vigentes para as condenações cíveis em geral, quais sejam **a incidência do IPCA-E na fase pré-judicial e, a partir da citação, a incidência da taxa SELIC (art. 406 do Código Civil)**, nos termos do voto do Relator, vencidos os Ministros Edson Fachin, Rosa Weber, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio. Por fim, por maioria, **modulou os efeitos da decisão**, ao entendimento de que (i) são reputados válidos e não ensejarão qualquer rediscussão (na ação em curso ou em nova demanda, incluindo ação rescisória) todos os pagamentos realizados utilizando a TR (IPCA-E ou qualquer outro índice), no tempo e modo oportunos (de forma extrajudicial ou judicial, inclusive depósitos judiciais) e os juros de mora de 1% ao mês, assim como devem ser mantidas e executadas as sentenças transitadas em julgado que expressamente adotaram, na sua fundamentação ou no dispositivo, a TR (ou o IPCA-E) e os juros de mora de 1% ao mês; (ii) **os processos em curso que estejam sobrestados na fase de conhecimento (independentemente de estarem com ou sem sentença, inclusive na fase recursal) devem ter aplicação, de forma retroativa, da taxa Selic (juros e correção monetária), sob pena de alegação futura de inexigibilidade de título judicial fundado em interpretação contrária ao posicionamento do STF (art. 525, §§ 12 e 14, ou art. 535, §§ 5º e 7º, do CPC)** e (iii) igualmente, ao acórdão formalizado pelo Supremo sobre a questão dever-se-á aplicar eficácia erga omnes e efeito vinculante, no sentido de atingir aqueles feitos já transitados em julgado desde que sem qualquer manifestação expressa quanto aos índices de correção monetária e taxa de juros (omissão expressa ou simples consideração de seguir os critérios legais), vencidos os Ministros Alexandre de Moraes e Marco Aurélio, que não modulavam os efeitos da decisão. Impedido o Ministro Luiz Fux (Presidente). Presidiu o julgamento a Ministra Rosa Weber (Vice-Presidente). Plenário, 18.12.2020 (Sessão realizada por videoconferência - Resolução 672/2020/STF)" (grifo acrescido).

Em sede de embargos de declaração, o d. Relator Ministro Gilmar Mendes sanou erro material, "de modo a estabelecer a incidência do IPCA-E na fase pré-judicial e, **a partir do ajuizamento da ação**, a incidência da taxa SELIC (art. 406 do Código Civil) (...)" (grifo acrescido - texto extraído da certidão de julgamento).

Na fase pré-judicial, devem ser aplicados também os juros previstos no caput do artigo 39 da Lei 8177/1991 (taxa referencial - TR). Nesse sentido, trecho da decisão proferida pelo C. STF:

"Ainda quanto à fase extrajudicial, salienta-se que, além da indexação, devem ser aplicados os juros legais definidos no art. 39, caput, da Lei 8.177, de 1991, ou seja, a TRD acumulada no período compreendido entre a data de vencimento da obrigação e o seu efetivo pagamento. Note-se que a discussão em torno do referido dispositivo dizia respeito à sua aplicação analógica como disciplinadora da correção monetária, à minguia de dispositivo legal específico trabalhista antes do art. 879, § 7º, da CLT. Por outro lado, diante da clareza vocabular do art. 39, "caput", da Lei 8.177/91, não há como afastar sua aplicação, louvando-se na menção aos juros no art. 883 da CLT, na medida em que este último dispositivo consolidado refere-se exclusivamente à fase processual, sem definir índice ou percentual dos juros, até porque o objeto do comando é a penhora como fase da execução".

Portanto, tendo em consideração que a taxa SELIC já inclui juros, na **fase pré-judicial**, adotam-se IPCA-E e juros equivalentes à TR e **na fase judicial** aplica-se unicamente a taxa SELIC, a qual já compreende juros e correção monetária), conforme voto do i. Ministro Dias Toffoli, que acompanhou o Relator Min. Gilmar Mendes:

"A SELIC é considerada a taxa básica de juros da economia e é definida, pelo Comitê de Política Monetária - COPOM, órgão integrante do Banco Central, com fundamento em um conjunto de variáveis, como as expectativas de inflação e os riscos associados à atividade econômica Refiro-me, portanto, a uma **taxa que engloba juros moratórios e correção monetária**, razão pela qual a sua incidência impede a aplicação de outros índices de atualização, sob pena de bis in idem".

A decisão transitou em julgado na data de 02 de fevereiro de 2022.

Considerando o efeito vinculante da decisão proferida pelo STF, nos termos do artigo 102, §2º, da Constituição Federal e pelo artigo 28, § único, da Lei 9868/1999, e uma vez que a aplicação de índice correção monetária e de juros de mora configuram pedidos implícitos, a teor do disposto no Art. 322, § 1º, do CPC (aplicável subsidiariamente ao processo do trabalho), impõe-se, no caso, a determinação, de ofício, para observância da decisão proferida pelo STF na ADC 58.

Nesse sentido, já decidi o C. TST:

"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO DA RECLAMADA. ÍNDICE DE CORREÇÃO MONETÁRIA APLICÁVEL. ARGUIÇÃO DE REFORMATIO IN PEJUS . OMISSÃO / CONTRADIÇÃO NÃO CONFIGURADA(S). 1 - A 8ª Turma deu parcial provimento ao recurso de revista da reclamada no tocante ao índice de correção monetária aplicável, para determinar que os créditos decorrentes da condenação sejam calculados pelo IPCA na fase pré-processual e pela taxa SELIC a partir da citação, na esteira da decisão proferida pelo Supremo no julgamento conjunto das ADCs nos 58 e 59 e das ADIs nos 5857 e 6021. 2 - A reclamada, nas razões de embargos de declaração, sustenta a ocorrência de omissão/contradição. Afirma que " não se pode deixar de levar em consideração que a parte adversa não se irressignou em face do acórdão regional, que aplicou como índice de correção monetária a TR até 25/3/2015 e o IPCA-E a partir de então, e, por tal motivo, não poderia a colenda Oitava Turma incorrer em reformatio in pejus e aplicar outros índices de correção monetária, mesmo que definidos pelo STF, mas não requeridos pela parte adversa, e aplicá-los ao caso concreto ". 3 - A determinação de atualização monetária com base em dispositivo legal reputado inconstitucional atenta contra o art. 5º, II, da Constituição Federal, sendo certo que se não se discute, na hipótese, a melhor interpretação de norma legal existente (Súmula nº 636 do STF), mas se limita a afastar a subsunção do caso a dispositivo inconstitucional e a proceder a aplicação de entendimento que mais se compatibiliza com a Carta Magna. Nesse passo, considerando que decisão proferida pelo STF na ADC 58 possui eficácia erga omnes e efeito vinculante ao Poder Judiciário (art. 102, § 2º, da Constituição Federal), deve ela ser aplicada em relação a todos os processos em curso. Além disso, trata-se de matéria de ordem pública. Desse modo, a aplicação de juros e correção monetária consiste em pedido implícito, que pode ser analisado inclusive de ofício pelo julgador (art. 322, § 1º, do CPC; Súmula 211 do TST e Súmula 254 do STF), não consistindo, portanto, em julgamento ultra ou extra petita , em preclusão da matéria ou até mesmo em reformatio in pejus. Embargos de declaração conhecidos e não providos" (ED-RRAg-1145-50.2013.5.04.0018, 8ª Turma, Relatora Ministra Delaide Alves Miranda Arantes, DEJT 25/02/2022).

Ante o exposto, DE OFÍCIO, determina-se a aplicação dos juros previstos no caput do artigo 39 da Lei 8177/1991 (TR) na fase pré-judicial, mantido os demais termos da sentença quanto à matéria.

Natureza jurídica das parcelas

O Autor pede seja indicada a natureza jurídica das parcelas definidas em grau recursal.

Analisa-se.

A natureza jurídica das verbas deferidas já foi definida por ocasião da análise do recurso do Autor em cada item.

Nada a reparar.

Prequestionamento

O Autor requer o prequestionamento nos termos da súmula 297 do TST.

Analisa-se.

Na hipótese dos autos, as matérias devolvidas à apreciação do Juízo, foram analisadas consoante as disposições legais ou convencionais aplicáveis às espécies, sendo desnecessária a expressa indicação de artigos de lei para que se entenda a matéria como prequestionada (OJ 118 SDI-1 do C. TST).

Cumprе ressaltar que a adoção de tese explícita a respeito das questões invocadas implica, por questão de lógica, a rejeição de teses contrárias, bem como a inaplicabilidade dos dispositivos legais a elas vinculados.

Rejeita-se.

Conclusão

Em Sessão Presencial realizada nesta data, sob a Presidência da Excelentíssima Desembargadora Ilse Marcelina Bernardi Lora; presente o Excelentíssimo Procurador Luercy Lino Lopes, representante do Ministério Público do Trabalho; computados os votos dos Excelentíssimos Desembargadores Sergio Guimaraes Sampaio, Ilse Marcelina Bernardi Lora e Odete Grasselli, sustentou oralmente a advogada Giovanna Hervella da Cunha Hernandez inscrita pela parte recorrente Michael Leandro Bayer, sustentou oralmente a advogada Flavia Maria Vieira de Oliveira inscrita pela parte recorrente Align Technology do Brasil Ltda.; **ACORDAM** os Desembargadores da 5ª Turma do

Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, por unanimidade de votos, **EM CONHECER DO RECURSO ORDINÁRIO DAS PARTES**, bem como das respectivas contrarrazões. No mérito, por igual votação, em **NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO ORDINÁRIO DA RÉ**; e, sem divergência de votos, **DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO ORDINÁRIO DA PARTE AUTORA**, para, nos termos da fundamentação: **a)** determinar que a jornada em jantares ocorria duas vezes ao mês, das 19h30m às 0h00, na primeira segunda-feira e última sexta-feira de cada mês, o que deverá ser observado quanto à condenação das horas extras fixadas em sentença; **b)** determinar que houve violação do intervalo entre as jornadas da segunda-feira e terça-feira de cada mês, adotando-se os demais parâmetros fixados na origem quanto à condenação em horas extras diante da infração do intervalo entre as jornadas; **c)** fixar que o intervalo usufruído pelo Autor era de 40 minutos, condenando-se a Ré ao pagamento das horas extras em razão da violação do intervalo intrajornada, observando-se as alterações promovidas pela Lei 13.467/2017 ao § 4º do art. 71 da CLT; **d)** condenar a Reclamada ao pagamento de diferenças de produtividade a cada trimestre no importe de 40% da remuneração do Autor, acrescido de reflexos em DSR, 13º salário, férias + 1/3, aviso prévio e FGTS (11,2%), observada a integração na base de cálculo das horas extras e do adicional noturno; **e)** excluir a condenação do Autor ao pagamento de honorários sucumbenciais; **f)** afastar a determinação de limitação da condenação aos valores estimados na petição inicial; e **DE OFÍCIO**, também por unanimidade de votos, determinar a aplicação dos juros previstos no caput do artigo 39 da Lei 8177/1991 (TR) na fase pré-judicial, mantido os demais termos da sentença quanto à matéria.

Custas acrescidas em R\$ 600,00, calculadas sobre o valor de R\$ 30.000,00, acrescido provisoriamente à condenação.

Intimem-se.

Curitiba, 11 de agosto de 2022.

SERGIO GUIMARÃES SAMPAIO
Relator

*



Assinado eletronicamente por: [SERGIO GUIMARAES SAMPAIO] -
68a705d

<https://pje.trt9.jus.br/segundograu/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam>



Documento assinado pelo Shodo