



Poder Judiciário
Justiça do Trabalho
Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região

Recurso Ordinário Trabalhista 0011628-88.2015.5.01.0007

Relator: MARCELO AUGUSTO SOUTO DE OLIVEIRA

Processo Judicial Eletrônico

Data da Autuação: 03/04/2022

Valor da causa: R\$ 100.000,00

Partes:

RECORRENTE: ALEXANDRE FARIA GUIMARAES

ADVOGADO: THIAGO PINTO LIMA

ADVOGADO: GRACIELA JUSTO EVALDT

RECORRENTE: ASTRAZENECA DO BRASIL LTDA.

ADVOGADO: RODRIGO SEIZO TAKANO

RECORRIDO: ALEXANDRE FARIA GUIMARAES

ADVOGADO: THIAGO PINTO LIMA

ADVOGADO: GRACIELA JUSTO EVALDT

RECORRIDO: ASTRAZENECA DO BRASIL LTDA.

ADVOGADO: RODRIGO SEIZO TAKANO



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 1ª REGIÃO

PROCESSO nº 0011628-88.2015.5.01.0007 (ROT)

RECORRENTE: ALEXANDRE FARIA GUIMARÃES, ASTRAZENECA DO BRASIL LTDA.

RECORRIDO: ALEXANDRE FARIA GUIMARÃES, ASTRAZENECA DO BRASIL LTDA.

RELATOR: JOSÉ LUIS CAMPOS XAVIER

EMENTA

RECURSO ORDINÁRIO RECLAMANTE. AUXÍLIO-ALIMENTAÇÃO. PARTICIPAÇÃO DO EMPREGADOR. NATUREZA JURÍDICA. A participação do empregado no custeio do auxílio-alimentação, mediante descontos em sua folha salarial, afasta a natureza salarial prevista no art. 458 da CLT.

RELATÓRIO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Recurso Ordinário nº **TRT-RO- 0011628-88.2015.5.01.0007**, em que são partes: **ALEXANDRE FARIA GUIMARÃES** e **ASTRAZENECA DO BRASIL LTDA.**, como recorrentes e recorridos.

Trata-se de Recurso Ordinário interposto pelas partes em face da r. sentença de fls. 1312/1339 prolatada pela Juíza **GLAUCIA ALVES GOMES**, da 7ª Vara do Trabalho do Rio de Janeiro, que julgou parcialmente procedentes os pedidos da inicial.

Defesa com documentos em fls. 538 e seguintes.

Prova oral em fls. 1256/1257.

Embargos pela reclamada em fls. 1368/1371.

Decisão em fls.1416/1417 julgando-os improcedentes.

Apresentadas contrarrazões em fls. 1451/1465 e 1466/1481.



Os autos não foram remetidos ao Ministério Público do Trabalho por não se configurar hipótese de sua intervenção, nos termos do inciso II do art. 85 do Regimento Interno deste Egrégio e do Ofício PRT/1ª Região n.º 37/2017, datado de 18/01/2018.

É o relatório.

FUNDAMENTAÇÃO

ADMISSIBILIDADE

RECURSO DA RECLAMANTE

Conheço do recurso ordinário, porquanto atendidos os pressupostos legais de admissibilidade.

O presente recurso encontra-se tempestivo, tendo em vista a ciência da decisão se deu em 21/01/2022, sendo este protocolado em 02/02/2022.

Representação processual regular, conforme instrumento de mandato de fls. 147.

RECURSO DA RECLAMADA

Conheço do recurso ordinário, porquanto atendidos os pressupostos legais de admissibilidade.

O presente recurso encontra-se tempestivo, tendo em vista a ciência da decisão se deu em 23/02/2022, sendo este protocolado em 09/03/2022.

Representação processual regular, conforme instrumento de mandato de fls. 1243.

Preparo em fls. 1445/1448.

CONTRATO DE TRABALHO



O reclamante foi admitido em 05/04/2006, para exercer a função de propagandista-vendedor, percebendo salário mensal fixo mais variável. Foi demitido, sem justa causa, em 06/11/2014, tendo seu aviso-prévio indenizado.

MÉRITO

RECURSO DO RECLAMANTE

DA PARTICIPAÇÃO DO AUTOR EM JANTARES COM CLIENTES - MAJORAÇÃO

Alega o reclamante que "o MM. Juízo a quo julgou parcialmente procedente o pleito em questão, deferindo jantares quinzenais com médicos das 20h às 23h, tendo sido arbitrado que recaíssem nas sextas-feiras, com o que não se pode concordar, diante da prova produzida nos autos."

Sustenta que a r. sentença reconheceu que as atividades executadas pelo reclamante eram passíveis de controle e, por este motivo, afastou o enquadramento do trabalhador na condição exceptiva prevista no artigo 62, inciso I da CLT.

Argumenta que "a ausência do cumprimento da obrigação legal de manutenção dos registros de horário, por sua vez, implica em presunção de veracidade da jornada de trabalho declinada na exordial, a teor da Súmula nº 338, do E. Tribunal Superior do Trabalho."

Alega que, caso não seja esse o entendimento dessa C. Turma, o reclamante chama a atenção para as provas produzidas nos autos, que corroboram com as teses e horários por ele aventadas na petição inicial.

Posto isso, requer a reforma da r. sentença arbitrando-se a participação do reclamante em jantares quinzenais, das 20h às 01h (nos exatos termos pleiteados na exordial), arbitrando a sua ocorrência em dia da semana que não às sextas-feiras.

Subsidiariamente, caso assim não entenda essa C. Corte deve ser mantida a r. sentença no que tange à participação da reclamante em jantares quinzenais, das 20h às 23h, arbitrando a sua ocorrência em dia da semana que não às sextas-feiras.



Sem razão.

Consta na sentença:

"Com efeito, colhida a prova oral, conclui-se que apesar de o autor ter jornada externa, era completamente possível o controle e a fiscalização através de roteiro previamente aprovado pelo superior hierárquico e acompanhamento do itinerário pelo lançamento dos relatórios de visitas.

Rejeito, portanto, a tese de trabalho externo, sem possibilidade de fiscalização de jornada, e passo a analisar a jornada postulada e a prova produzida, sendo certo que o ônus de afastar a presunção de veracidade da jornada da inicial era da ré, por não ter mantido controles de ponto quando deveria - Súmula nº 338 do C. TST, encargo do qual não se desincumbiu.

O depoimento da testemunha indicada pelo reclamante ratificou o labor de segunda a sexta-feira, das 8h às 19h, de segunda a sexta-feira, além de 2h45 para atividades burocráticas e jantares quinzenais com médicos das 20h às 23h, que arbitro que recaíssem nas sextas-feiras."

De início, ressalta-se que foi reconhecido na r. sentença que apesar de o autor ter jornada externa, era possível o controle e a fiscalização através de roteiro previamente aprovado pelo superior hierárquico.

Na hipótese dos autos, a testemunha do autor, afirmou em seu depoimento pessoal que:

"havia jantares com médicos duas vezes ao mês com duração média de 3 a 4 horas cada, de 20h às 23h em média;"

Quanto ao horário fixado pelo juízo a quo, entendo que está de acordo com os elementos dos autos, devendo ser destacado que consta expressamente da sentença que tal ocorreu com base nos depoimentos da parte e da testemunha, não considerando apenas o quanto dito pelo reclamante.

Posto isso, **nego provimento.**

DO PAGAMENTO EM DOBRO DAS HORAS EXTRAS LABORADAS EM DIAS DE REPOUSO

O MM. Juízo de origem reconheceu o labor do autor em dias de repouso, razão pela qual postula-se a condenação da reclamada ao pagamento: 1) em dobro pelo labor extraordinário em dias de repouso; e 2) da dobra dos repousos semanais remunerados laborados e não compensados.



Alega que "ao contrário do referido na r. sentença, as causas de pedir dos itens "12" e "31" são diversas uma da outra, referindo-se a parcelas diferentes, a primeira ao pagamento das horas extras em dobro quando do labor em dia de repouso e a segunda à dobra dos repouso trabalhados sem a devida compensação."

Posto isso, pugna pela reforma da sentença para condenar a reclamada ao pagamento da dobra do repouso semanal remunerado, bem como ao pagamento, observada a ordem, das horas laboradas no dia de repouso, acrescidas do adicional de horas extras normativo, em dobro, ambos com reflexos em décimos terceiros salários, férias com 1/3, aviso prévio e FGTS com multa de 40%.

Sem razão.

O repouso semanal remunerado já está remunerado em conformidade com a lei.

A r. sentença deferiu para o cômputo das horas extras e adicional noturno, o adicional de 50% nos dias normais e 100% nos domingos.

Em relação aos feriados, não restou comprovado quais feriados tenham sido efetivamente trabalhados, sendo indeferido o pedido.

Quanto aos sábados, norma coletiva não estipula o sábado como dia de repouso semanal remunerado, logo tal dia é considerado apenas como dia útil não trabalhado.

Posto isso, a sentença não merece reparos.

Nego provimento.

DA CONSIDERAÇÃO DO SÁBADO COMO DIA DE DESCANSO PARA FINS DE CÁLCULO DOS REPOUSOS SEMANAIS REMUNERADOS E FERIADOS

Alega o reclamante que a cláusula normativa equiparou os sábados aos domingos e feriados, dispensando-lhe, pois, idêntico tratamento, de dia de descanso.

Sustenta que restou incontroverso que a jornada normal de trabalho era de segunda a sexta-feira.



Posto isso, requer a reforma da r. decisão de origem, para que no cálculo dos repousos semanais remunerados e feriadados seja considerado o sábado como dia de descanso, apurando-se ainda as diferenças de repousos e feriadados pagos, com reflexos em décimos terceiros salários, férias com 1/3, aviso prévio e FGTS com a multa de 40%.

Subsidiariamente alega que mesmo que não seja acolhida a tese de consideração do sábado como dia de descanso, há diferenças de repousos e feriadados em favor do obreiro, em decorrência da forma de cálculo a ser adotada, ressaltando-se mais uma vez que é fato incontroverso que o autor tinha sua jornada estipulada de segunda a sexta-feira.

Alega ainda que, "subsidiariamente ao pleito do item anterior, há de ser determinado que os repousos e feriadados 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 feriadados), apurando-se ainda as diferenças de repousos e feriadados pagos, com reflexos em décimos terceiros salários, férias com 1/3, aviso prévio e FGTS com multa de 40%."

Sem razão.

Consta na sentença:

"A cláusula da norma coletiva citada pelo reclamante (ID. 59c5e39 - Pág. 26) dispõe, in verbis:

CLÁUSULA VIGÉSIMA PRIMEIRA - SEMANA DE CINCO DIAS DE TRABALHO Fica estabelecido para os integrantes da categoria profissional a semana de 5 (cinco) dias de trabalho. Entendendo-se, sempre que o empregado que for convocado para trabalho aos sábados, mesmo por jornada inferior a 8 (oito) horas, perceberá a remuneração correspondente a uma diária normal para cada sábado trabalhado, salvo a hipótese da empresa firmar acordo com os seus empregados, estabelecendo previamente o sistema de compensação dos sábados com outros dias da semana, principalmente os dias intercalados entre os que por força de Lei (domingos, feriadados, dias santificados e etc...), não haja trabalho.

Pois bem. O dispositivo normativo transcrito não estipula o sábado como dia de repouso semanal remunerado, logo tal dia é considerado apenas como dia útil não trabalhado, uma vez que não há acerto individual ou coletivo em sentido contrário.

Assim, não deve ser pago em dobro. No caso, a norma coletiva apenas garante ao obreiro a compensação das horas eventualmente laboradas nesse dia, sem nada mencionar a respeito de pagamento em dobro."

Pois bem.



A cláusula da norma coletiva citada pelo reclamante (fls. 27)

dispõe, *in verbis*:

CLÁUSULA TRIGÉSIMA SEGUNDA - SEMANA DE CINCO DIAS DE TRABALHO Fica estabelecido para os integrantes da categoria profissional a semana de 5 (cinco) dias de trabalho. Entendendo-se, sempre que o empregado que for convocado para trabalho aos sábados, mesmo por jornada inferior a 8 (oito) horas, perceberá a remuneração correspondente a uma diária normal para cada sábado trabalhado, salvo a hipótese da empresa firmar acordo com os seus empregados, estabelecendo previamente o sistema de compensação dos sábados com outros dias da semana, principalmente os dias intercalados entre os que por força de Lei (domingos, feriados, dias santificados e etc...), não haja trabalho.

Conforme analisado pelo juízo de origem, a norma coletiva não estipula o sábado como dia de repouso semanal remunerado, sendo este considerado apenas como dia útil não trabalhado.

Ante o exposto, não merece reforma a r. sentença.

Nego provimento.

DA JORNADA EXTRAORDINÁRIA E DO DIVISOR DE HORAS EXTRAS

Alega o reclamante que "uma vez incontroverso que o labor de segunda a sexta-feira e não havendo prestação de serviços aos sábados, o divisor correto a ser aplicado para o cálculo do salário-hora e, conseqüentemente, das horas extraordinárias, é 200 (duzentos) e não 220 (duzentos e vinte), mormente porque o fator determinante para estabelecer o mencionado divisor, é a jornada de trabalho efetivamente cumprida, ou seja, a realidade da rotina laboral."

Desta forma, pugna para que seja considerada a jornada extraordinária como aquela superior a 40 horas semanais, bem como que seja observado o divisor 200 para o cálculo das horas extras.

Com razão.

Consta na sentença:

"Não veio aos autos o contrato de trabalho e não há prova de que tenha sido contratada jornada de 40h semanais e divisor de 200 horas mensais. Considerar-se-á, portanto, o limite semanal legal de 44h e divisor de 220h."

Merece reforma.



Considerando a ausência de comprovação de incompatibilidade entre o trabalho e a fixação de horário e, diante da prova oral produzida, devia a reclamada ter trazido aos autos os competentes registros da jornada do reclamante referentes a todo o período laboral, como preceitua o artigo 74, § 2º, da CLT.

Sendo assim, presume-se, pois, verdadeira a tese do reclamante, por não ter a ré se desincumbido do ônus de comprovar a alegação de que a jornada do autor era de 44 (quarenta e quatro) horas semanais.

Reconhecida a carga horária semanal de 40 horas, impõe-se a adoção, para fins de cálculo do salário-hora, do divisor 200.

Neste sentido, o entendimento consubstanciado da súmula 431 do TST, que assim dispõe: "Aplica-se o divisor 200 (duzentos) para o cálculo do valor do salário-hora do empregado sujeito a 40 (quarenta) horas semanais de trabalho".

Posto isso, dou provimento para reconhecer a carga horária semanal de 40 horas, aplicando, para fins de cálculo do salário-hora, o divisor 200, a teor da súmula 431 do TST.

Dou provimento.

DAS DIFERENÇAS DE PRÊMIOS

Sustenta o reclamante que "ao contrário do entendido pelo MM. Juízo de origem, o pedido foi formulado em face da absoluta impossibilidade de conferência da correção do pagamento dos prêmios, até mesmo porque desconhecidos com exatidão os critérios e as bases para o recebimento de tal parcela."

Alega que a reclamada afirmou em sua defesa que o reclamante recebeu os prêmios corretamente, atraindo, assim o ônus da prova, a teor do que dispõem os artigos 818 da CLT e 373, inciso II, do CPC. Porém, de tal ônus não se desincumbiu.

Alega ainda que diante da não juntada aos autos pela recorrida dos documentos hábeis para apuração dos prejuízos do recorrente, deve, necessariamente, ser aplicada a previsão do artigo 400 do Código de Processo Civil, admitindo como verdadeiro o prejuízo mensal de 40% da remuneração total (salário fixo mais variáveis) estimado no item "22." da exordial.



Posto isso, requer a reforma da r. sentença, condenando-se a recorrida ao pagamento 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%.

Com razão.

A reclamada alega que sempre quitou corretamente os prêmios acordados com o reclamante, conforme demonstra a inclusa documentação, inexistindo qualquer amparo para a pretensão.

Sustenta que o alegado desconhecimento da política interna de premiação não é verdadeiro, na medida em que todos os demonstrativos necessários à sua conferência sempre estiveram à disposição do reclamante.

Alega ainda em fls. 562 que "destaca-se que todas estas informações e a pré-definição de metas e objetivos é esclarecida e passada a toda a equipe através de reuniões periódicas em que todos os representantes estão presentes e cientes, participando ativamente deste processo decisório na medida em que suas atuações são o *feed back* para determinação de toda política de vendas da empresa. Como se não bastasse, as cotas/metras eram repassadas ao reclamante e este, como gerente, repassava aos integrantes de sua equipe, por e-mail."

A testemunha da reclamada afirmou em seu depoimento pessoal que:

"recebem política de premiação e assinam a cada vez que há mudança; em caso de dúvidas, tirava com o gerente e como gerente, pode tirar com área de suporte."

Compulsando-se os autos, verifico que a reclamada não se desincumbiu do ônus que lhe cabia, nos termos do art. 818 da CLT, uma vez que não apresentou documentos para comprovar suas alegações.

Sendo assim, dou provimento para condenar a reclamada ao pagamento de 40% sobre a remuneração mensal total do autor, com seus respectivos reflexos, nos termos do pedido de letra "d" da inicial.

Dou provimento.



DAS DIFERENÇAS SALARIAIS POR REAJUSTES NORMATIVOS

Alega o reclamante que merece reforma em parte a r. sentença, no que tange às diferenças existentes nos anos de 2010, 2011 e 2014, pois ao contrário do entendido pelo MM. Juízo de Origem, as Convenções Coletivas a reclamada não efetuou o reajuste salarial na data base prevista nas normas coletivas.

Posto isso, pugna pela reforma a r. sentença no aspecto, postulando o recorrente o correto adimplemento das diferenças salariais decorrentes dos reajustes normativos nos anos de 2010, 2011 e 2014, sendo vedada a compensação dos valores pagos relativos a períodos de outras competências, com reflexos em horas extras, adicional noturno, décimos terceiros salários, férias com 1/3, aviso-prévio e FGTS com a multa de 40%.

Sem razão.

Consta na sentença:

"As CCT's 2010/2011 e anteriores preveem reajuste no salário no período imprescrito, logo não serão apreciadas neste particular.

A ficha de registro (ID. ac94629 - Pág. 1) demonstra que havia reajustes em 01 de abril de cada ano.

As normas coletivas acostadas aos autos com a inicial estabelecem a data base de 01 de março.

O §1º da cláusula 4ª da CCT 2011/2012 (ID. 59c5e39 - Pág. 4) dispõe, in verbis:

"A faixa salarial acima do limite previsto no caput (R\$ 7.600,00) será objeto de livre negociação entre o empregado e a empresa, assegurado o valor mínimo de R\$ 570,00 (quinhentos e setenta reais), resultante da correção prevista no caput".

Considerando o salário vigente em 01/03/2010 conforme caput da referida cláusula, verifica-se que o salário mensal do autor era R\$ 8.832,76, conforme ficha de registro (ID. ac94629 - Pág. 1). Com o reajuste no valor mínimo de R\$ 570,00, o salário do autor seria aumentado para R\$ 9.402,76 mensais em 01/03/2011, mas em tal data recebia R\$ 9.318,56 mensais.

Nota-se que a partir de 01/04/2011 o autor passou a receber salário mensal de R\$ 9.624,56, razão pela qual é devida diferença apenas no mês de março de 2011.

Do exame das CCT's 2012/2013 e 2013/2014, verifica-se que são devidas diferenças nos meses de março de 2012 e 2013 em razão dos reajustes normativos (cláusula 4ª, §1º, da CCT 2012/2013, ID. 59c5e39 - Pág. 22, e cláusula 4ª, § 1º, da CCT 2013/2014, ID. 59c5e39 - Pág. 41), já que o reajuste concedido pela ré era superior ao previsto, mas somente ocorria em abril de cada ano. Defere-se.



Indefere-se o pagamento de diferença salarial em razão de reajuste previsto na CCT 2014/2015 (cláusula 4ª, § 1º, da CCT 2014/2015, ID. 59c5e39 - Pág. 79), uma vez que o autor, em 01/03/2014, recebia salário superior (R\$ 10.793,51) ao salário reajustado (R\$ 10.767,56) conforme ficha de registro."

Inicialmente, cumpre registrar que, em relação ao período de 2010, as CCT's 2010/2011 e anteriores preveem reajuste no salário no período prescrito, não cabendo, portanto, sua análise.

Em relação ao período de 2011, como bem decidido pelo juízo de origem, apenas é devida a diferença no mês de março de 2011, pois a partir de 01/04/2011, o autor passou a receber salário mensal de R\$ 9.624,56 mensais, de acordo com o estabelecido no reajuste.

Quanto ao ano de 2014, conforme pelo juízo de origem, em 01/03/2014, recebia salário superior (R\$ 10.793,51) ao salário reajustado (R\$ 10.767,56) conforme ficha de registro.

Posto isso, mantenho a sentença sob seus fundamentos.

Nego provimento.

DA INTEGRAÇÃO DA AJUDA-ALIMENTAÇÃO AO SALÁRIO

Alega que merece ser reformada a r. sentença que não reconheceu a natureza salarial da ajuda alimentação fornecida pela reclamada, tendo em vista a previsão da Súmula nº 241 do E. TST.

Sustenta que a reclamada não comprovou sua inscrição no PAT. Assim, descumpriu, evidentemente, o requisito previsto na Lei nº 6.321/76.

Posto isso, requer a integração da ajuda-alimentação ao salário, em todo período contratual, a gerar efeitos em repousos semanais remunerados (destacando-se o pagamento da parcela em módulo diário), em horas extras, adicional noturno, reajustes salariais pagos e impagos, décimos terceiros salários, férias com 1/3, aviso-prévio e FGTS com a multa de 40%.

Sem razão.

Consta na sentença:



"À análise.

Não há prova nos autos de inscrição da reclamada ao PAT, mas as fichas financeiras (ID. a9f35c0) demonstram os descontos a título de vale refeição, o que deixa evidente o caráter indenizatório da parcela. Indeferê-se."

Consoante os termos do artigo 458 da CLT, as parcelas in natura, fornecidas por força do contrato de trabalho ou por liberalidade do empregador, de maneira habitual e gratuita, têm natureza salarial.

Todavia, quando há desconto no salário do empregado, ainda que irrisório, para custear o fornecimento da parcela, ela perde a sua natureza salarial, o que afasta a sua integração para fins de repercussão em outras verbas trabalhistas, ainda que não haja previsão em norma coletiva ou adesão ao PAT.

É este o entendimento do C. TST, consubstanciado na Súmula n.º 241 e na seguinte Jurisprudência, *in verbis*:

"RECURSO DE REVISTA. 1. VALE-ALIMENTAÇÃO. DESCONTO NO SALÁRIO DO EMPREGADO. NATUREZA JURÍDICA. INTEGRAÇÃO. Consoante o entendimento desta Corte Superior, o vale-alimentação fornecido de forma não gratuita pelo empregador, mediante desconto na remuneração do empregado, descaracteriza a natureza salarial da parcela, ainda que não haja previsão em norma coletiva ou adesão ao PAT. Recurso de revista conhecido e provido. 2. PAGAMENTO "POR FORA".O único aresto trazido ao confronto é inespecífico, à luz da Súmula 296, I, do TST, porquanto se refere à hipótese de confissão ficta da ré e de presunção de veracidade dos fatos alegados na inicial, situação diversa da analisada no presente caso. Recurso de revista não conhecido. 3. HORAS EXTRAS. TRABALHADOR EXTERNO. ART. 62, I, DA CLT.O Regional concluiu, com fundamento no conteúdo fático-probatório dos autos que, apesar de o reclamante atuar como vendedor externo estava sujeito a controle de horário pela reclamada. Assim, entendeu o Tribunal a quo que o autor não se enquadrava na hipótese prevista no art. 62, I, da CLT, uma vez que restou provada a existência de fiscalização da sua jornada de trabalho. Destarte, apresenta-se como óbice à revisão pretendida a diretriz da Súmula 126 desta Corte, que veda o reexame de provas nesta instância extraordinária.Recurso de revista não conhecido. 4. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS.Segundo a fundamentação do Regional, pelo conjunto probatório dos autos ficou demonstrado que a empresa reclamada incorreu em nítido ato ilícito, sobretudo pela constatação de tratamento humilhante dispensado aos vendedores que fechavam negócio com posterior devolução da mercadoria. Para se chegar a conclusão diversa, necessário seria o reexame das provas, intento vedado pela Súmula nº 126 do TST. Recurso de revista não conhecido. 5. DIFERENÇAS DE COMISSÕES.Conforme consignado no acórdão regional, a reclamada tem o dever legal de manter todos os dados relativos ao contrato de trabalho entabulado (art. 41 da CLT), motivo pelo qual não se justifica a sua recusa em apresentar os relatórios de vendas efetuados, nos termos do art. 358, inciso I, do CPC. Assim, caberia à reclamada a apresentação em juízo de documentos que comprovassem critérios de apuração de comissões, bem como a forma de cálculo utilizada para a apuração delas, o que não foi feito. Logo, não há falar em afronta



aos arts. 333, I e II, e 358, I, do CPC. Recurso de revista não conhecido. (Processo RR824-14.2011.5.18.0012, Data de Julgamento: 13.06.2012, Relator: Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, órgão Judicante: Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data da Publicação: 15.06.2012). Grifos acrescidos"

Posto isso, a sentença não merece reparos.

Nego provimento.

DA INDENIZAÇÃO PELO USO DE ESPAÇO NA RESIDÊNCIA DO AUTOR PARA ARMAZENAGEM DE MATERIAIS DE TRABALHO

Postula o recorrente a reforma da r. sentença no aspecto para que seja a recorrida condenada a indenizá-lo pela retirada de espaço seu e de sua família em sua residência, no valor estimado no item "VI" da causa de pedir da exordial e alínea "m" do pedido (R\$ 500,00), ou em montante fixado conforme o prudente arbítrio dessa C. Turma.

Sem razão.

Consta na sentença:

"(...)A testemunha indicada pela reclamada declarou que o "gerente não recebia material promocional da reclamada, não trabalha com amostras na oncologia, pois é linha de alto custo".

A testemunha indicada pelo reclamante foi silente quanto à matéria.

Pois bem. Percebe-se que o autor não recebia medicamentos como amostras grátis ou material a ser distribuído, conforme ratificado pela testemunha indicada pela reclamada, já que exercia a função de gerente distrital, ou seja, apenas acompanhava os representantes nas visitas.

Não restou comprovado que o autor recebia grande quantidade de material de divulgação suficiente para a ocupação de um cômodo de sua residência.

Não se verifica, portanto, que a reclamada transferiu ao trabalhador os custos de logística, uma vez que não havia armazenamento de produtos.

Indefere-se."

Na hipótese dos autos, a testemunha da reclamada afirmou em seu depoimento pessoal que:

"o "gerente não recebia material promocional da reclamada, não trabalha com amostras na oncologia, pois é linha de alto custo;"



Conforme analisado pelo juízo de origem, o reclamante não comprovou que recebia grande quantidade de material de divulgação suficiente para a ocupação de um cômodo de sua residência.

Sendo assim, não se desincumbiu do ônus que lhe cabia, nos termos do art. 818 da CLT.

Desta forma, a sentença não merece reparos.

Nego provimento.

DO VALOR ARBITRADO A TÍTULO DE INDENIZAÇÃO POR DANO EXTRAPATRIMONIAL - MAJORAÇÃO

Alega que deve ser majorada a condenação da reclamada ao pagamento de indenização por dano extrapatrimonial, em valor fixado por essa C. Turma, que atenda ao caráter punitivo da condenação.

Sem razão.

Consta na sentença:

"Os e-mails de ID. c574ef8, não impugnados especificamente pela reclamada, comprovam que o autor, em 19/12/2014, informou que não havia sido

procedida à baixa em sua CTPS, razão pela qual não logrou êxito em sacar o FGTS, bem como que o autor somente recebeu sua CTPS em 08/01/2015.

Ora, a obrigação de devolução de CTPS é da ré e sua retenção é passível, inclusive, de sanção penal. Assim, deveria ter a ré consignado o documento ou comprovado a entrega direta.

Pela Constituição Federal, o Estado Democrático de Direito tem como um dos seus fundamentos o valor social do trabalho. Se alguém, por descumprimento à lei, deixa de devolver a um trabalhador sua CTPS anotada, quando presentes todos os requisitos para tanto, por certo, lesiona sua moral uma vez que, na sociedade brasileira, a inclusão no mercado formal de trabalho e o porte da CTPS é diferencial para se ter exercício pleno de cidadania.

O trabalhador que apresenta sua CTPS com registro correto tem acesso mais facilitado a outros empregos, ao crédito bancário e no comércio.

Assim, o descumprimento dos preceitos de ordem pública que determinam a devolução com o registro dos contratos de trabalho em CTPS, lesiona a honra subjetiva e objetiva do empregado,



afetando sua imagem perante a família e demais grupamentos sociais, donde se conclui ser patente o dano a direitos da personalidade do trabalhador.

Assim, condeno a reclamada ao pagamento de indenização por danos morais no valor ora fixado de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais)."

Aduz o nosso ordenamento jurídico que para que seja reconhecida a responsabilidade civil de reparação por dano provocado, seja moral ou material, que a parte comprove os seguintes requisitos: a conduta antijurídica; a culpa do agente causador do dano; o dano e o nexo causal entre a conduta culpável e o dano por ela provocado.

Caracteriza-se o dano moral quando há tratamento humilhante, abusivo, infligido ao trabalhador. Por este motivo, para que haja a condenação em indenização por dano moral, faz-se necessário que fique perfeitamente estabelecida a relação de causa e efeito entre a atitude do agente e o dano psíquico sofrido, o que se verifica na presente hipótese.

A indenização por dano moral é devida diante da violação da intimidade, da vida privada, da honra ou da imagem da vítima.

No caso em tela o reclamante afirma que lhe é devido indenização por dano moral, tendo em vista que sofreu abalo ao ter seus direitos trabalhistas desrespeitados, ante ausência de baixa do contrato de trabalho na CTPS com a sua demissão, bem assim a falta de entrega de guias para saque do FGTS.

A r. sentença condenou a reclamada ao pagamento de indenização por danos morais no valor ora fixado de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).

No que concerne ao quantum indenizatório, deve-se observar que a reparação por dano moral tem como objetivos garantir a compensação pela dor sofrida e exercer a função pedagógica sobre o causador da lesão, punindo-o pelo ilícito praticado e evitando a repetição da conduta, tudo em observância aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Deve-se considerar, ainda, as condições pessoais do empregado, a capacidade econômica da empregadora, o grau de culpa, a intensidade e a gravidade da lesão os meios utilizados para provocá-la e as consequências do dano.



Considerando tais parâmetros, afigura-se razoável o valor ora fixado de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), pelo dano, valor que atende ao critério de proporcionalidade entre a gravidade da culpa e o dano, estabelecido no parágrafo único do artigo 944 do Código Civil.

Nego provimento.

DA DEDUÇÃO AUTORIZADA DE FORMA INDISCRIMINADA

Requer seja afastada a autorização de dedução ou, subsidiariamente, seja determinado que se restrinja ao mesmo período de competência.

Alega que o MM. Juízo a quo autorizou a compensação/dedução dos valores pagos pela reclamada sob a mesma rubrica, sem observar a mesma época /competência de pagamento de cada parcela.

Sem razão.

Consta na sentença:

"Autoriza-se a dedução das parcelas ora deferidas, daquelas efetivamente pagas pelo réu, sob idêntico título, mas restrita às parcelas que tenham sido comprovadamente quitadas nos autos até o encerramento da instrução."

A sentença é clara ao afirmar que a dedução determinada atinge somente as parcelas deferidas que já tenham sido pagas que foram objeto da condenação, sob idêntico título, o que pressupõe idêntico período, cujo montante deverá ser apurado em futura liquidação de sentença.

Nego provimento.

DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS E ASSISTENCIAIS

Sustenta o reclamante que não subsiste mais na ordem jurídica trabalhista o monopólio da entidade sindical profissional quanto à assistência judiciária, ante à revogação do artigo 14 da Lei nº 5.584/70 e da Lei nº 10.288/2001 pela Lei nº 10.537/2002.

Sem razão.

Consta na sentença:



"Ressalvo meu entendimento pessoal de que os art. 14 e 16 da Lei 5584/70, não mais podem prevalecer ante a derrogação destes dispositivos legais, o que geraria o direito ao recebimento de honorários advocatícios na forma do art. 20, §3º do CPC c/c art. 769 da CLT, mas, deixo de deferir e julgo improcedente o pedido com base na jurisprudência pacificada pelo C. TST nas Súmulas 219 e 329 por princípio de celeridade processual sobremaneira quando garantido pela Constituição Federal como direito individual fundamental "(...) a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação."

Não são devidos danos materiais pela contratação de advogado."

Quando não verificados os pressupostos do art. 14 da Lei nº 5.584 /1970 e das Súmulas nºs 219 e 329 do TST, restam indevidos honorários advocatícios na hipótese de ajuizamento de ação trabalhista antes do início da vigência da Lei 13.467/2017.

Ressalto ainda que, ante os termos da Súmula 52 deste Regional, não há que se falar em indenização por dano material decorrente da contratação de advogado.

Nego provimento.

DA FORMA DE CÁLCULO DO IMPOSTO DE RENDA

No tocante aos juros incidentes sobre a condenação, postula o recorrente seja determinada a aplicação da previsão contida na Orientação Jurisprudencial nº 400, do E. Tribunal Superior do Trabalho.

Com razão.

Exclui-se da base do IR os juros de mora incidentes sobre as parcelas objeto da presente condenação (independente da natureza jurídica dessas verbas), ante o cunho indenizatório conferido pelo artigo 404 do Código Civil e do entendimento jurisprudencial consubstanciado na OJ 400 da SDI-1 do C. TST.

Dou provimento para que seja determinada a aplicação da previsão contida na Orientação Jurisprudencial nº 400 da SDI-1 do C. TST.

Dou provimento.

DOS CRITÉRIOS DE JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA



Requer o autor, que a definição dos critérios de incidência de juros e correção monetária sejam remetidos à fase de liquidação de sentença.

Análise.

Ocorre que, em decisão de 18 de dezembro de 2020, nos autos dos processos ADI 5.867/DF, ADI 6.021/DF, ADC 58/DF e ADC 59/DFADCs 58 e 59, o plenário do Egrégio Supremo Tribunal Federal decidiu pela inconstitucionalidade da TR como índice de correção monetária de créditos trabalhistas. Por maioria, os ministros decidiram modular os efeitos da decisão aplicando o IPCA-e na fase pré-judicial e a taxa Selic após a citação, enquanto não sobrevinha legislação.

A mencionada decisão foi proferida 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)."



No entanto, houve novo pronunciamento do Supremo Tribunal Federal diante dos embargos de declaração opostos pela Advocacia-Geral da União, parcialmente acolhidos para sanar erro material, nos seguintes termos:

"O Tribunal, por unanimidade, não conheceu dos embargos de declaração opostos pelos amici curiae, rejeitou os embargos de declaração opostos pela ANAMATRA, mas acolheu, parcialmente, os embargos de declaração opostos pela AGU, tão somente para sanar o erro material constante da decisão de julgamento e do resumo do acórdão, 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)', sem conferir efeitos infringentes, nos termos do voto do Relator. Impedido o Ministro Luiz Fux" (Presidente). (Plenário, Sessão Virtual de 15.10.2021 a 22.10.2021)

Assim, as decisões emanadas desta Justiça Especial, no que se referem ao tema, devem, **obrigatoriamente**, se sujeitar àquela supramencionada, proferida nos autos dos processos ADI 5.867/DF, ADI 6.021/DF, ADC 58/DF e ADC 59/DF, no sentido de considerar que a atualização dos créditos decorrentes de condenação judicial observarão, até que sobrevenha solução legislativa, os mesmos índices de juros e correção monetária praticados nas condenações cíveis em geral, quais sejam, o IPCA-E na fase pré-judicial e, a partir do ajuizamento da ação, a taxa SELIC (artigo 406 do Código Civil).

Como visto acima, o Egrégio Supremo Tribunal Federal acabou por modular os efeitos da decisão.

Sendo assim, atentando para o princípio maior da segurança jurídica, aplica-se tal entendimento aos processos em curso e nos casos em que a matéria ainda não tenha sido decidida por sentença transitada em julgado, apresentando, por conseguinte, estrita obediência, inclusive com esta adequação, ao entendimento exarado pela Corte Excelsa.

Registre-se, ainda, que o E. STF já firmou entendimento no sentido de que a decisão produz efeitos a partir da publicação da ata de julgamento. Vejamos:

"EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NA RECLAMAÇÃO. PROCESSAMENTO DA RECLAMAÇÃO CONDICIONADO À JUNTADA DA ÍNTEGRA DO ACÓRDÃO DITO VIOLADO. PUBLICAÇÃO DA ATA DE JULGAMENTO DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE NO DIÁRIO DE JUSTIÇA. REFORMA DO ATO QUE NEGOU SEGUIMENTO À RECLAMAÇÃO. 1. O cabimento da reclamação não está condicionado a publicação do acórdão supostamente inobservado. 2. A decisão de inconstitucionalidade produz efeito vinculante e eficácia erga omnes desde a publicação da ata de julgamento e não da publicação do acórdão. 3. A ata de julgamento publicada impõe autoridade aos pronunciamentos oriundos desta Corte. 4. Agravo regimental provido. (Rcl 3632 AgR, Relator(a): Min. MARCO AURELIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. EROS GRAU,



Tribunal Pleno, julgado em 02/02/2006, DJ 18-08-2006 PP-00018 EMENT VOL-02243-01 PP-00116 RTJ VOL-00199-01 PP-00218 LEXSTF v. 28, n. 333, 2006, p. 247-249)"

Nesse contexto, considerando a decisão emanada do Egrégio Supremo Tribunal Federal, de caráter vinculante sobre a matéria, adota-se, como índice de correção, do IPCA-E na fase pré-judicial e, a partir do ajuizamento da ação, da taxa SELIC (artigo 406 do Código Civil).

A incidência de juros moratórios com base na variação da taxa SELIC não pode ser cumulada com a aplicação de outros índices de atualização monetária, cumulação que representaria bis in idem, conforme trecho trazido pelo próprio agravante em fl. 742 e extraído do julgamento do ADC 58, pelo Tribunal Pleno, em 18/12/2020 (PROCESSO ELETRÔNICO DJe- 063 DIVULG 06-04-2021 PUBLIC 07-04-2021). Logo, não há que se falar em cumulação de juros com a taxa SELIC.

Portanto, o provimento é parcial, tão somente para determinar a adoção do IPCA-E na fase pré-judicial e, a partir do ajuizamento da ação, da taxa SELIC (artigo 406 do Código Civil), nos termos da decisão emanada do Egrégio Supremo Tribunal Federal, de caráter vinculante sobre a matéria.

Dou provimento parcial.

RECURSO DA RECLAMADA

BENEFÍCIOS DA JUSTIÇA GRATUITA

Requer a reforma do julgado, para que seja indeferido ao recorrido os benefícios da justiça gratuita.

Sem razão.

Por força da Lei nº 13.467/2017, que alterou a redação do § 3º, do artigo 790, da CLT, a concessão da gratuidade se condiciona ao valor do salário, que não deve ultrapassar o equivalente a 40% do teto dos benefícios da Previdência Social. Por ter a parte autora recebido remuneração não superior ao limite legal, faz jus ao benefício da gratuidade de justiça.

Ademais, o reclamante anexou declaração de hipossuficiência em fls. 143.



Posto isso, não merece reparos a sentença.

Nego provimento.

DA INAPLICABILIDADE DAS NORMAS COLETIVAS JUNTADAS COM A EXORDIAL

Alega a reclamada que a recorrente aplica a todos os seus empregados que exercem esta atividade (propagandista vendedor - categoria diferenciada) as normas das convenções coletivas de trabalho que acompanharam a defesa, firmadas entre Sindicato dos Propagandistas, Propagandistas Vendedores e Vendedores de Produtos Farmacêuticos do Estado de São Paulo - SINPROVESP e o Sindicato da Indústria de Produtos Farmacêuticos no Estado de São Paulo - SINDUSFARMA.

Sustenta que não tem sede no Rio de Janeiro/RJ. Não tem filial neste Estado. Não tem sequer um escritório no território abrangido pela representação do sindicato-autor, estando sediada no Estado de São Paulo, na cidade de Cotia e não tendo outras filiais.

Sem razão.

Consta na sentença:

"À análise.

O enquadramento sindical, regra geral, é efetuado pela atividade preponderante da empresa, surgindo as categorias diferenciadas como exceção a esse quadro, nos termos do art. 511 da CLT e seus parágrafos.

No caso dos autos, o autor, gerente distrital de propagandistas vendedores, enquadra-se na hipótese do art. 511, §3º da CLT, por se tratar de profissão regulamentada pela Lei nº 6.224/75, que possui sindicato próprio no Estado do Rio de Janeiro, qual seja, o Sindicato dos Propagandistas Vendedores e Vendedores de Produtos Farmacêuticos do Estado do Rio de Janeiro - SINPROVERJ.

Nesse diapasão, não se aplica o entendimento consubstanciado na Súmula nº 374, pois o Sindicato representante da categoria do autor celebrou convenção coletiva com o sindicato da categoria econômica contratante da categoria diferenciada de propagandistas vendedores, qual seja, Sindicato da Indústria de Produtos Farmacêuticos do Estado do Rio de Janeiro, como se vê das normas coletivas acostadas autos pelo reclamante com a inicial (ID. e80f480/ss).

Feitas essas considerações, passa-se à análise da abrangência territorial das normas coletivas.



A ré possui sede em São Paulo, mas também desenvolve atividades no Estado do Rio de Janeiro, local onde o autor trabalhou durante todo o vínculo empregatício.

Por força do art. 8º, inc. II, da Constituição Federal, o sindicato que representa a categoria profissional ou empresarial dentro de uma determinada base territorial deve ser aquele da prestação de serviços:

"II - é vedada a criação de mais de uma organização sindical, em qualquer grau, representativa de categoria profissional ou econômica, na mesma base territorial, que será definida pelos trabalhadores ou empregadores interessados, não podendo ser inferior à área de um Município;"

Além disso, as Convenções Coletivas de Trabalho só possuem validade - aplicação - na base territorial dos convenientes. Nesse sentido o art. 611, da CLT, *in verbis*:

"Art. 611. Convenção Coletiva de Trabalho é o acordo de caráter normativo, pelo qual dois ou mais sindicatos representativos de categorias econômicas e profissionais estipulam condições de trabalho aplicáveis, no âmbito das respectivas representações, às relações individuais de trabalho."

Por força legal, pois, incide na relação de trabalho a Convenção Coletiva do local da prestação de serviços, independentemente da sede da empresa e de ter feito parte ou não da negociação coletiva, uma vez que tem efeito erga omnes, isto é, abrange toda categoria profissional e econômica, sendo associado ou não dos respectivos sindicatos.

Note-se que entendimento contrário ensejaria a possibilidade de manipulação das normas coletivas pelos interesses do empregador de acordo com a definição do local da sede da empresa dificultando que o trabalhador pudesse, por exemplo, participar de assembleias, ter acesso ao sindicato de sua categoria.

Assim, a ré deve observar as normas locais de negociação coletiva, ainda que não possua unidade física no Estado do Rio de Janeiro, pois compõe a entidade patronal do referido Estado em razão do desenvolvimento de atividades econômicas na localidade.

Por todo exposto, considero aplicáveis as convenções coletivas juntadas aos autos pelo autor."

Em regra, o enquadramento sindical dos empregados há de ser feito de acordo com a atividade preponderante de seu empregador, salvo quando as funções desenvolvidas pelo trabalhador se inserem nas categorias diferenciadas de que trata o § 3º do artigo 511 da CLT.

É fato incontroverso nos autos que, embora a sede da empresa ré esteja localizada em São Paulo, há diversos empregados da demandada que prestam serviços como propagandistas, propagandistas vendedores e vendedores na área de abrangência do Sindicato autor.



Posto isso, conforme analisado pelo juízo de origem, incide na relação laboral a contratação coletiva de trabalho do local da prestação de serviços, mesmo que a sede da empresa esteja situada em lugar diverso e ainda que a empregadora não tenha participado da negociação coletiva, uma vez que a convenção coletiva de trabalho tem efeito erga omnes, isto é, abrange toda categoria profissional e econômica, sendo associado ou não dos respectivos sindicatos.

Desta forma, a sentença não merece reparos.

Nego provimento.

HORAS EXTRAS - EXERCÍCIO PELO RECLAMANTE DE CARGO DE CONFIANÇA

Sustenta a reclamada que o Recorrido ocupava cargo altíssimo dentro da estrutura da empresa, pelo que recebia alta e diferenciada remuneração, conforme se verifica dos holerites juntados aos autos.

Alega que como demonstrado pela documentação juntada aos autos, o obreiro atendia o disposto no artigo 62, inciso II da CLT, recebendo remuneração 40% superior à de seus subordinados.

Argumenta que diante da robusta prova produzida nos autos, deve ser dado provimento ao presente recurso, para que seja reconhecido o exercício do cargo de confiança, julgando-se improcedente o pedido de horas extras.

Sucessivamente, caso este não seja o entendimento, ainda assim não há como se dar crédito ao apelo do obreiro, diante da jornada externa nitidamente exercida.

Alega que "ainda que o ônus de comprovar a jornada externa seja da Reclamada, temos que o uso do sistema Veeva e do GPS para controle de jornada, é alegação do Reclamante."

Sustenta que "que em razão das atividades exercidas pelo obreiro, era impossível à Reclamada fixar a jornada na qual o Reclamante deveria exercer suas atividades, já que ela dependia exclusivamente da agenda dos médicos e hospitais que o obreiro visitava, bem como dos propagandistas que acompanhava no exercício de suas atividades de gerente."



Argumenta que "Quanto ao elastecimento da jornada em razão dos eventos, tem-se que o Reclamante não se desincumbiu do ônus de provar que de fato existiam na quantidade por ele alegada.

No que diz respeito às atividades burocráticas, também não é possível crer que o autor precisasse exercer tais tarefas, todos os dias, por quase 3h.

Por fim, no que diz respeito ao intervalo interjornada, há que se ressaltar que não há qualquer previsão legal para que as horas suprimidas de referido intervalo sejam pagas como extraordinárias. Assim, também deve ser reformada a sentença nesse sentido, sob pena de violação direta ao artigo 5º inciso II da CF."

Sem razão.

Consta na sentença:

"(...)Colhida a prova oral, rejeito a tese de exercício de cargo de confiança enquadrado no art. 62, II, da CLT, pois é incontroverso que o reclamante não tinha procuração, não podia assinar cheques pela reclamada nem podia negociar livremente descontos.

Ademais, a testemunha indicada pela ré declarou que o autor não tinha poderes para admitir e dispensar empregados com plena autonomia, já que dependia do RH e do seu superior imediato para tal decisão, nem aplicava punições aos empregados.

Nota-se também que o autor estava subordinado a Eliseu Matioli.

As atividades desempenhadas pelo reclamante durante a manutenção do pacto laboral demonstram a ausência de poderes efetivos de mando e gestão, diferentemente do que pretende fazer crer a reclamada, que são aqueles capazes de pôr em risco o próprio negócio, de fazer com o empregado que os detenha represente o empregador como se este fosse.

Assim, a tese obreira restou demonstrada com a oitiva das testemunhas de que o cargo exercido pelo reclamante não comportava qualquer confiança especial, capaz de enquadrá-lo na regra do artigo 62, II, da CLT, pois não possuía efetivos poderes de mando e gestão.

Resta verificar se era possível ou não a fiscalização da atividade externa exercida pelo reclamante.

Cruzados os depoimentos das testemunhas, verifica-se que a testemunha indicada pelo reclamante possuía maior conhecimento de sua rotina, pois exerceu mesma função que ele, qual seja, gerente distrital de 2006 a 2015, e participava da mesma equipe chefiada por Eliseu Matioli, enquanto a testemunha indicada pela ré somente passou a exercer a função de gerente distrital em 2019, não fez parte da equipe de Eliseu Matioli, e exercia a função de representante à época da dispensa do autor, mas não era de sua equipe.

Nota-se que a testemunha indicada pela ré não soube informar se Eliseu Matioli cobrava da sua equipe roteiros e se acompanhava



em campo seus gerentes, mas a testemunha indicada pelo reclamante, de maneira segura, declarou que o Sr. Eliseu Matioli cobrava da sua equipe roteiros e se acompanhava em campo seus gerentes, bem como que tinham que preparar roteiros nos quais constava horário, nome do médico, endereço e onde estariam de acordo com o do representante e entregar ao Sr. Eliseu Matioli, e se houvesse alteração no roteiro, tinha de enviar ao Sr. Eliseu Matioli para "reaprovação".

Declarou, ainda, que o lançamento da visita no qual constava horário era feito logo após o seu término, bem como que o Sr. Eliseu Matioli acompanhava-o uma vez por mês aproximadamente e nem sempre avisava, podendo ocorrer de "surpresa".

Com efeito, por haver roteiro predeterminado a ser cumprido pelo reclamante, previamente aprovado pelo seu superior hierárquico, bem como que o autor poderia ser acompanhado pelo chefe da equipe e havia lançamento de relatório de visita com horários dos representantes que acompanhava, é evidente a possibilidade do controle de jornada.

Com efeito, colhida a prova oral, conclui-se que apesar de o autor ter jornada externa, era completamente possível o controle e a fiscalização através de roteiro previamente aprovado pelo superior hierárquico e acompanhamento do itinerário pelo lançamento dos relatórios de visitas.

Rejeito, portanto, a tese de trabalho externo, sem possibilidade de fiscalização de jornada, e passo a analisar a jornada postulada e a prova produzida, sendo certo que o ônus de afastar a presunção de veracidade da jornada da inicial era da ré, por não ter mantido controles de ponto quando deveria - Súmula nº 338 do C. TST, encargo do qual não se desincumbiu.

O depoimento da testemunha indicada pelo reclamante ratificou o labor de segunda a sexta-feira, das 8h às 19h, de segunda a sexta-feira, além de 2h45 para atividades burocráticas e jantares quinzenais com médicos das 20h às 23h, que arbitro que recaíssem nas sextas-feiras.

Admite-se que o autor gozava 40 minutos de intervalo intrajornada de segunda a sexta-feira.

No que tange às convenções nacionais, a testemunha indicada pelo reclamante declarou que havia duas a três convenções por ano com duração de 4 a 5 dias cada, das 8h às 21h30, razão pela qual arbitro que em um ano havia duas convenções de segunda a sexta-feira cada, e no ano seguinte 3 convenções de segunda a quinta-feira cada, sempre das 8h às 21h30.

No que tange aos congressos médicos, a testemunha indicada pelo reclamante declarou que ocorriam aproximadamente 5 a 6 por ano, com duração de 4 a 5 dias, das 8h às 22h30, em finais de semana, razão pela qual arbitro que em um ano ocorriam 5 congressos, e no ano seguinte, 6 congressos (um a cada bimestre), de quinta-feira a domingo, das 8h às 22h, já que o autor limitou o horário de saída em depoimento pessoal.

Admite-se que o autor gozava da integralidade do intervalo intrajornada nas convenções anuais e nos congressos médicos, uma vez que é fato notório que tais eventos dispõem de pausas para refeições. Assim, arbitro que em tais eventos havia dois intervalos de uma hora cada para almoço e jantar.

(...)



Defere-se, pois, o pedido de pagamento de horas extras, considerando-se como tais as horas excedentes além das 8h diárias e 44h semanais, não se computando na apuração do módulo semanal as horas extras já computadas na apuração pelo módulo diário, a fim de se evitar o pagamento dobrado, com base na jornada supra fixada. É devido o adicional noturno nos jantares quinzenais."

A defesa da reclamada está embasada no fato de o reclamante exercer trabalho externo.

Entretanto, no mesmo sentido do julgador de origem, entendo que não restou comprovado nos autos que o reclamante estaria inserida nas condições do artigo 62, inciso I, da CLT, exercendo atividade externa incompatível com a fixação de horário de trabalho.

Isto porque, nos termos do artigo 62, inciso I, da CLT, não estão abrangidos pelo capítulo da duração do trabalho "os empregados que exercem atividade externa incompatível com a fixação de horário de trabalho, devendo tal condição ser anotada na CTPS e no registro de empregados".

Assim, para que o trabalhador externo amolde-se à disposição do artigo 62, I, da CLT e, conseqüentemente, não faça jus ao pagamento de horas extras, é necessário o preenchimento dos seguintes requisitos: a atividade externa deve ser incompatível com a fixação de horário de trabalho e tal condição deve ser anotada tanto na CTPS, quanto no registro do empregado.

Na hipótese dos autos, a testemunha do autor, Sr. CARLO NICOLA ARABBI, afirmou em seu depoimento pessoal que:

"havia um controle de horário no sistema porque o lançamento de visitas e roteiros do representante continham os horários e eram incluídos nos acompanhamentos; Sr. Eliseu Matioli cobrava da sua equipe roteiros e se acompanhava em campo seus gerentes;"

Nesse prisma, tratando-se de fato impeditivo do direito do reclamante à percepção de horas extras, caberia à reclamada comprovar o enquadramento do empregado no dispositivo em comento. Ônus do qual não se desincumbiu.

Portanto, considerando a ausência de comprovação de incompatibilidade entre o trabalho e a fixação de horário e, diante da prova oral produzida, devia a reclamada ter trazido aos autos os competentes registros da jornada do reclamante referentes a todo o período laboral, como preceitua o artigo 74, § 2º, da CLT. Não o tendo feito, é de se deferir o labor extraordinário, nos exatos termos da r. sentença.



Posto isso, a sentença não merece reparos.

Nego provimento.

CONCLUSÃO

Pelo exposto, conheço dos recursos e, no mérito dou parcial provimento ao recurso do reclamante para reconhecer a carga horária semanal de 40 horas, aplicando, para fins de cálculo do salário-hora, o divisor 200, a teor da súmula 431 do TST; para condenar a reclamada ao pagamento de 40% sobre a remuneração mensal total do autor, com seus respectivos reflexos, nos termos do pedido de letra "d" da inicial; para que seja determinada a aplicação da previsão contida na Orientação Jurisprudencial nº 400 da SDI-1 do C. TST e para determinar a adoção do IPCA-E na fase pré-judicial e, a partir do ajuizamento da ação, da taxa SELIC (artigo 406 do Código Civil), nos termos da decisão emanada do Egrégio Supremo Tribunal Federal, de caráter vinculante sobre a matéria; nego provimento ao recurso da reclamada, nos termos da fundamentação supra. Mantido o valor da causa por adequado.

ACÓRDÃO

ACORDAM os Desembargadores que compõem a 5ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da Primeira Região, por unanimidade, conhecer dos recursos e, no mérito dar parcial provimento ao recurso do reclamante para reconhecer a carga horária semanal de 40 horas, aplicando, para fins de cálculo do salário-hora, o divisor 200, a teor da súmula 431 do TST; para condenar a reclamada ao pagamento de 40% sobre a remuneração mensal total do autor, com seus respectivos reflexos, nos termos do pedido de letra "d" da inicial; para que seja determinada a aplicação da previsão contida na Orientação Jurisprudencial nº 400 da SDI-1 do C. TST e para determinar a adoção do IPCA-E na fase pré-judicial e, a partir do ajuizamento da ação, da taxa SELIC (artigo 406 do Código Civil), nos termos da decisão emanada do Egrégio Supremo Tribunal Federal, de caráter vinculante sobre a matéria; negar provimento ao recurso da reclamada, nos termos da fundamentação do voto do Excelentíssimo Desembargador Relator. Mantido o valor da causa por adequado.

Rio de Janeiro, 30 de novembro de 2022.



José Luis Campos Xavier
Desembargador Relator

rnc

