



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

Recurso Ordinário Trabalhista **0101000-58.2018.5.01.0002**

Relator: MARCEL DA COSTA ROMAN BISPO

Processo Judicial Eletrônico

Data da Autuação: 27/04/2022

Valor da causa: R\$ 657.535,35

Partes:

RECORRENTE: CARLOS ALBERTO MARTINS JUNIOR

ADVOGADO: GRACIELA JUSTO EVALDT

RECORRENTE: JANSSEN-CILAG FARMACEUTICA LTDA

ADVOGADO: FERNANDO ROGERIO PELUSO

RECORRIDO: CARLOS ALBERTO MARTINS JUNIOR

ADVOGADO: GRACIELA JUSTO EVALDT

RECORRIDO: JANSSEN-CILAG FARMACEUTICA LTDA

ADVOGADO: FERNANDO ROGERIO PELUSO



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

PROCESSO nº 0101000-58.2018.5.01.0002 (ROT)

RECORRENTE: CARLOS ALBERTO MARTINS JUNIOR, JANSSEN-CILAG FARMACEUTICA LTDA

RECORRIDO: CARLOS ALBERTO MARTINS JUNIOR, JANSSEN-CILAG FARMACEUTICA LTDA

RELATOR: MARCEL DA COSTA ROMAN BISPO

EMENTA

RECURSO ORDINÁRIO DA RÉ

DA IMPUGNAÇÃO À GRATUIDADE DE JUSTIÇA. Considerando que a parte autora afirmou não poder arcar com as custas e honorários advocatícios sem prejuízo de seu sustento e de sua família, atendidos estão os requisitos para a obtenção da gratuidade, de acordo com as normas vigentes ao tempo da propositura da ação (art. 99, §3º do CPC). Comprovada está a "insuficiência de recursos" de que trata o § 4º do art. 790 da CLT. **DO ENQUADRAMENTO SINDICAL.** Vige em nosso ordenamento o critério da simetria sindical ou do paralelismo simétrico, segundo o qual o enquadramento sindical do empregado é feito por oposição ao sindicato da categoria econômica de seu empregador. Como via de mão dupla, o critério da simetria prevê, também, que, identificado o sindicato da categoria profissional, seja desvendado o sindicato da categoria econômica. Assim, o enquadramento sindical do autor se faz por paralelismo. **DAS DIFERENÇAS DE PRÊMIOS. MATÉRIA COMUM AOS RECURSOS.** Tendo em vista a omissão da recorrente em juntar os documentos necessários à verificação do correto pagamento dos prêmios, faz-se a aplicação do art. 400 do CPC, presumindo-se verdadeiras as informações prestadas na exordial. **DA JORNADA DE TRABALHO. MATÉRIA COMUM AOS RECURSOS.** A excludente do art. 62, I, da CLT é inaplicável a empregado que, embora preste serviço externamente, submeta-se à fiscalização da jornada pelo empregador. À execução de trabalho externo há de somar-se a impossibilidade material do controle da jornada pelo empregador, o que não é a hipótese. **DOS HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA. BENEFICIÁRIO DA GRATUIDADE DE JUSTIÇA. NÃO CABIMENTO. INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA PELO STF.** No julgamento da ADIn 5766 o STF declarou a inconstitucionalidade do art. 791-A, §4º da CLT, que previa a possibilidade de condenação do beneficiário da gratuidade de justiça ao pagamento de honorários, com a exigibilidade suspensa. **Recurso a que se nega provimento.**

RECURSO ORDINÁRIO DO AUTOR



DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. Na hipótese em tela, a ação foi ajuizada em 17/09/2018, quando já estava vigente a Lei 13.467/2017, que incluiu na CLT o art. 791-A da CLT, sendo perfeitamente cabível a condenação da ré ao pagamento de honorários advocatícios. **DA ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA. IPCA. SELIC.** Em 18/12/2020, o Tribunal Pleno do STF, na apreciação das ADCs 58 e 59 e ADIs 5.867 e 6.021, julgou parcialmente procedentes as ações, concedendo efeitos *erga omnes* e caráter vinculante ao tema. Assim, já considerada a redação conferida após acolhidos parcialmente os embargos de declaração da AGU em 25/10/2021, tratando-se de processo que se encontra em fase de conhecimento, aplica-se a tese vinculante do STF (ADC 58), determinando que, para a atualização dos créditos decorrentes da condenação judicial, deve ser adotado o IPCA-E na fase pré-judicial, com acréscimo de juros legais (art. 39, caput, da Lei 8.177/91) e, a partir do ajuizamento da ação, a taxa SELIC, que engloba correção monetária e juros. **Recurso a que se dá parcial provimento.**

I - RELATÓRIO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso ordinário, em que são partes **JANSSEN-CILAG FARMACÊUTICA LTDA e CARLOS ALBERTO MARTINS JUNIOR**, como Recorrentes e como Recorridos.

Trata-se de recursos ordinários interpostos pelas partes, sendo pela ré sob o ID bda3517, e pelo autor sob o ID e68de84, contra a sentença da MM. 2ª Vara do Trabalho do Rio de Janeiro, de lavra do Juiz **JOSE DANTAS DINIZ NETO**, que julgou procedente em parte o pedido (ID 867fc2f).

A ré pugna pela reforma da sentença, a fim de afastar o reconhecimento do enquadramento sindical reconhecido ao autor, ao argumento de que o obreiro fazia parte de categoria diferenciada e que a empresa não possui sede, filial ou escritório no Rio de Janeiro; ademais, pretende afastar a condenação ao pagamento dos anuênios; além disso, deseja afastar a condenação ao pagamento de diferenças de prêmios, alegando que a verba era paga corretamente e que o autor tinha ciência dos critérios de pagamento; ainda, visa excluir as horas extraordinárias, intervalo e adicional noturno, defendendo a impossibilidade de controle da jornada, em razão do exercício de trabalho externo; impugna, outrossim, o deferimento da gratuidade de justiça ao autor, em razão do seu elevado patamar salarial; por fim, pleiteia o arbitramento de honorários sucumbenciais recíprocos.

O autor, por sua vez, visa a majoração da jornada alegada fixada pela sentença, bem como o pagamento em dobro das horas extras laboradas nos sábados e repousos não compensados, inclusive pretendendo o reconhecimento do sábado como dia de repouso para fins de



cálculo; ademais, pretende afastar a aplicação da OJ 397 e da Súmula 340 do C. TST; além disso, requer a aplicação do divisor 200 para o cálculo das horas extras; ainda, visa a incidência do percentual deferido a título de diferenças de prêmios sobre a remuneração total e não apenas sobre o salário base; busca, outrossim, a majoração dos honorários para o importe de 15%; e, por fim, traz considerações acerca da atualização monetária.

Contrarrazões ID 4e5abd4 e b074c1f.

Os autos não foram remetidos ao Ministério Público do Trabalho por não configurada hipótese de sua intervenção.

É o relatório.

II - FUNDAMENTAÇÃO

ADMISSIBILIDADE

Conheço de ambos os recursos por preenchidos os pressupostos legais de admissibilidade.

MÉRITO

RECURSO ORDINÁRIO DA RÉ

Os tópicos referentes às horas extraordinárias, diferenças de prêmios e honorários advocatícios do recurso ordinário do autor serão apreciados em conjunto ao recurso da ré, em razão da pertinência temática.

DA IMPUGNAÇÃO À GRATUIDADE DE JUSTIÇA



A ré não se conforma com o deferimento da gratuidade de justiça ao autor.

Sem razão.

Não se ignoram as recentes modificações na legislação trabalhista que tratam dos requisitos para a concessão da gratuidade de justiça, assim como dos ônus sucumbenciais. Em momentos como esse, porém, em que a insegurança facilmente se alastra, é que se recomenda adicional prudência e razoabilidade na aplicação da norma, tendo sempre em vista as garantias constitucionais do acesso à justiça e da assistência jurídica aos necessitados (art. 5º, XXXV, LXXIV, CRFB/1988; art. 8º, 1, Convenção Interamericana de Direitos Humanos).

Relembremos, de início, que, com o advento do CPC 2015, o C. TST atualizou a antiga Orientação Jurisprudencial nº 304 da SBDI-I, convertendo-a na Súmula 463, *in verbis*:

SUM-463 ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. COMPROVAÇÃO (conversão da Orientação Jurisprudencial nº 304 da SBDI-I, com alterações decorrentes do CPC de 2015)

I - A partir de 26.06.2017, para a concessão da assistência judiciária gratuita à pessoa natural, basta a declaração de hipossuficiência econômica firmada pela parte ou por seu advogado, desde que munido de procuração com poderes específicos para esse fim (art. 105 do CPC de 2015);

II - No caso de pessoa jurídica, não basta a mera declaração: é necessária a demonstração cabal de impossibilidade de a parte arcar com as despesas do processo.

A novidade, desde então, consistia, apenas, na aplicação do art. 105 do CPC 2015, no tocante à exigência de outorga de "poderes específicos" ao advogado para a declaração de gratuidade, exigência essa da qual não se cogitaria na hipótese de declaração da própria "pessoa natural", em regra, a parte autora.

E, em relação ao momento oportuno para formulação do requerimento da gratuidade, nenhuma mudança, tanto que inalterada a OJ nº 269, do C. TST, quanto a ser possível requerer o benefício da gratuidade mesmo na inexistência de pedido anterior:

OJ-SDI1-269 JUSTIÇA GRATUITA. REQUERIMENTO DE ISENÇÃO DE DESPESAS PROCESSUAIS. MOMENTO OPORTUNO (inserido item II em decorrência do CPC de 2015)

I - O benefício da justiça gratuita pode ser requerido em qualquer tempo ou grau de jurisdição, desde que, na fase recursal, seja o requerimento formulado no prazo alusivo ao recurso;



II - Indeferido o requerimento de justiça gratuita formulado na fase recursal, cumpre ao relator fixar prazo para que o recorrente efetue o preparo (art. 99, § 7º, do CPC de 2015).

Na verdade, salvo quanto à exigência dos poderes específicos para a declaração de gratuidade firmada por advogado, nem mesmo se poderia falar de mudanças naquele momento, pois o art. 99, §3º do CPC 2015 é dispositivo cujo conteúdo apenas reverencia as normas regedoras da matéria na seara trabalhista. De fato, a presunção de veracidade da alegação de "insuficiência deduzida exclusivamente por pessoa natural", referida no art. 99, §3º do CPC, está nas origens do processo do trabalho. Tanto é assim, que o §3º do art. 790 da CLT, com redação dada pela Lei nº 10.537/02 cuidava da **faculdade** de os "juízes, órgãos julgadores e presidentes dos tribunais do trabalho de qualquer instância conceder[em], **a requerimento ou de ofício**, o benefício da justiça gratuita, inclusive quanto a traslados e instrumentos", àqueles que percebessem "salário igual ou inferior ao dobro do mínimo legal", ou **declarassem**, "sob as penas da lei, que não estão em condições de pagar as custas do processo sem prejuízo do sustento próprio ou de sua família". A declaração de hipossuficiência, portanto, seria bastante para a concessão da gratuidade, qualquer que fosse o salário recebido.

Entretantes, a Lei nº 13.467/2017 promoveu alteração substancial no §3º do art. 790 da CLT, que passou a contar com mais um parágrafo, *in verbis*:

§ 3º. É facultado aos juízes, órgãos julgadores e presidentes dos tribunais do trabalho de qualquer instância conceder, **a requerimento ou de ofício**, o benefício da justiça gratuita, inclusive quanto a traslados e instrumentos, àqueles que perceberem salário igual ou inferior a 40% (quarenta por cento) do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social. (Redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017) [g.n.]

§ 4º. O benefício da justiça gratuita será concedido à parte que comprovar insuficiência de recursos para o pagamento das custas do processo.

O § 3º do art. 790 da CLT enuncia agora uma presunção de miserabilidade decorrente dos rendimentos do trabalho auferidos pelo trabalhador. Concretamente, para aqueles "que perceberem salário igual ou inferior a 40% (quarenta por cento) do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social", **presume-se a miserabilidade**. Nesses casos, portanto, inexigível qualquer comprovação de insuficiência de recursos. Atentemos, ainda, para a circunstância de que a lei se refere "àqueles que perceberem salário". Logo, primeiro, **o destinatário da norma não é outro senão o trabalhador**, pois empregador não percebe salário; e, segundo, não se cogita de concessão de gratuidade "de ofício" a empregador.



Já o §4º do mesmo artigo celetista abrange as situações em que, não obstante o rendimento do trabalho supere o percentual de "40% (quarenta por cento) do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social", a miserabilidade seja comprovada por outros meios. Assim, nesse caso, a concessão da gratuidade estaria a critério do magistrado, a partir dos elementos de convencimento carreados aos autos, cumpre ressaltar.

No caso, constata-se que a ação foi ajuizada em 17/09/2018, **portanto já na vigência da Lei nº 13.467/2017**, e que a parte autora percebia salário superior a R\$ 2.258,32 (equivalente a 40% do teto de benefícios do RGPS). Nessa hipótese, a incidência, em princípio, é do §4º do art. 790 da CLT, que trata da comprovação da "insuficiência de recursos". E se se diz "em princípio", é porque o novel dispositivo celetista há de ser interpretado sistematicamente.

Muito embora a redação atual da Súmula 463 - que considera bastante a declaração de hipossuficiência econômica - seja anterior à Lei nº 13.467/2017, certo é que nada dispôs a Lei (§4º do art. 790 da CLT) quanto aos meios de comprovação da "insuficiência de recursos", aspecto que reclama a aplicação do art. 769 da CLT c/c art. 15 do CPC. E, na verdade, apesar de o art. 4º da Lei nº 1.060/50 ter sido revogado pelo CPC 2015, o novo Diploma Processual apenas reproduziu a essência da norma revogada, ao consignar a presunção de veracidade da alegação de insuficiência de recursos deduzida por pessoa natural.

Nessa moldura jurídica, considerando que a parte autora afirmou não poder arcar com as custas e honorários advocatícios sem prejuízo de seu sustento e de sua família, **atendi dos estão os requisitos para a obtenção da gratuidade, de acordo com as normas vigentes ao tempo da propositura da ação. (art. 99, §3º do CPC).**

E ainda que se entendesse pela inadequação da declaração de hipossuficiência, como meio bastante à concessão da gratuidade, certo é que o recebimento de salário superior ao limite de que trata o §3º do art. 790 da CLT não poderia constituir óbice à gratuidade, por se tratar de norma cujo escopo, evidentemente, se situa na **vigência do contrato de trabalho**, ou seja, constitui um parâmetro objetivo de avaliação da situação financeira de um indivíduo que está economicamente ativo - vale dizer, auferindo rendimentos do trabalho assalariado. Somente em nefasta interpretação da norma admitir-se-ia que tal parâmetro pudesse ser utilizado para negativa, ao **trabalhador desempregado**, de benefício previsto em norma da qual ele é precípua destinatário. Em suma, aquele que nada recebe não pode ter seu **salário contratual** utilizado como parâmetro para indeferimento de gratuidade de justiça.

Nego provimento.



DO ENQUADRAMENTO SINDICAL

O autor alegou, na exordial, que "Inobservando cláusulas das convenções coletivas de trabalho do sindicato da categoria profissional do autor - SINPROVERJ -, a reclamada deixou de contraprestar, corretamente" (ID 5d10a97 - Pág. 10) as parcelas referente ao adicional de tempo de serviço. Além disso, requereu a observância das normas coletivas também para fins de horas extraordinárias, RSR, etc.

Em defesa, a ré asseverou que "o Reclamante faz parte de categoria profissional diferenciada nos termos do artigo 511, §3º da CLT, razão pela qual, ainda que alguma vantagem lhe possa ser concedida por Norma Coletiva, deverá ser aplicada exclusivamente a Convenção Coletiva firmada entre o sindicato de classe do empregado e o sindicato patronal da empregadora" (ID 40b2445 - Pág. 31). Destacou que "O Reclamante juntou aos autos, Convenções Coletivas firmadas entre o Sindicato Propagandista, Propagandista- Vendedores e Vendedores de Produtos Farmacêuticos no Estado do Rio de Janeiro - SINPROVERJ e o Sindicato da Industria de Produtos Farmacêuticos do Estado do Rio de Janeiro - SINFAR, que não representam a Reclamada. Logo, as Normas Coletivas juntadas com a inicial em nada aproveitam na relação jurídica estabelecida entre o Reclamante e a Reclamada", uma vez que esta "só pode ser representadas pelo Sindicato da categoria econômica das indústrias farmacêuticas da localidade da sede".

O juízo *a quo* reconheceu o enquadramento sindical pretendido pelo autor, indeferiu o pedido referente ao RSR, mas deferiu os anuênios. Assim fundamentou a sentença (ID 867fc2f - Págs. 2 a 5):

"Enquadramento sindical

Em apertada síntese, a controvérsia dos autos repousa sobre se a representação sindical do empregado vincula-se ao local da prestação de serviços ou ao domicílio o empregador.

Pois bem, a disciplina legal alusiva ao enquadramento sindical define a base territorial da prestação de serviços como sendo a de representação da entidade. Irrelevante a circunstância de ter sido o empregado contratado em outra localidade ou a empresa encontrar-se domiciliada em outra região.

Nesse sentido ventila a Jurisprudência Trabalhista, in verbis:

'Contrato. Norma coletiva. Empregado contratado na matriz e que presta serviços em outro Estado. O fato de o trabalhador haver sido contratado na matriz da empresa no Rio de Janeiro para prestar serviços na filial de São Paulo não o vincula à matriz para efeitos de aplicação de norma coletiva. O trabalhador será regido pela norma coletiva da base



territorial em que presta serviços. A praxe utilizada pela empresa não encontra prestígio no tecido legal.' (Processo 02950252855/1995 - TRT 2ª Região, 5ª Turma, relator juiz Francisco Antonio de Oliveira, DOESP 30/09/1996)'

Ademais, não prospera a tese de que a autora integraria categoria diferenciada, porquanto o sindicato que firmou as normas coletivas por ela indicadas representa a sua categoria profissional, na forma da lei (art. 570 da CLT).

Do exposto, incidirá sobre o contrato de trabalho da parte autora as normas coletivas acostadas à inicial, e não as apresentadas pela ré.

Repouso semanal remunerado e feriados

Defende a parte autora que reclamada, até outubro de 2017, não adimpliu os repouso e feriados incidentes sobre o salário variável. Isso porque, como o reclamante não trabalhava, contratualmente, aos sábados, deviam seus repouso e feriados ser calculados em conformidade com a seguinte equação: "Tomase o valor do salário, parte variável a que tem direito durante o mês, divide-se pelos dias de efetivo exercício prestado à empregadora, multiplica-se o resultado pelos dias de repouso".

Relata que, após outubro de 2017, a reclamada passou a realizar o pagamento da referida verba de forma compressiva, abatendo do montante pago a título de premiação, quando deveria calcular sobre a rubrica paga e adimplir de forma individualizada.

Defende que a cláusula 34 da CCT 2015/2017 estabelece que o sábado deve ser considerado como dia de descanso, de modo que a não estava a reclamada autorizada a calcular os repouso e feriados considerando o sábado como dia trabalhado, o que lhe causou prejuízos.

Analisadas as normas coletivas apresentadas pelo autor, verificamos que nenhuma delas possui vigência de 2015 a 2017. Nada obstante, passo a transcrever a cláusula mencionada na exordial:

"SÁBADO/DOMINGO E FERIADOS: Quem trabalhar em sábados, domingos e feriados, gozará folga correspondente em igual número de dias úteis."

Analisado o teor da cláusula, extrai-se que não houve mudança da regra prevista na lei trabalhista, para que o sábado passasse a ser considerado como dia de descanso remunerado. Portanto, fica mantida a regra prevista no art. 1º da Lei nº 605/49, que estabelece o direito a apenas um dia de repouso semanal remunerado.

Como toda a fundamentação baseia-se nessa equivocada premissa, inclusive na forma de cálculo do valor do RSR, indefiro as diferenças de repouso semanal remunerado, sábados e feriados, além das dobras pleiteadas.

Adicional por tempo de serviço (anuênio)

Vindica a autora o pagamento de diferenças de adicional por tempo de serviço (anuênio), com base nas normas coletivas acostadas à peça de ingresso. A ré insurge-se contra a aplicação das CCT's que embasam a pretensão autoral.

Considerada a decisão que reconheceu a pertinência das referidas normas, há diferenças a serem adimplidas.

Todavia, a fundamentação da inicial indica como parcela pleiteada o "adicional por tempo de serviço (anuênio)", o que sugere serem parcelas idênticas. No rol de pedidos, a parte autora postula o pagamento de diferenças de anuênios, com reflexos no adicional por tempo de serviço pago e impago.

Nada obstante, desponta o direito à percepção de diferenças de anuênios, do marco prescricional à data do ajuizamento da ação, e reflexos em décimos terceiros salários, férias com 1/3 e FGTS. Observar os critérios e valores estabelecidos nas normas coletivas apresentadas pela parte autora.

Os valores correspondentes à integração no FGTS deverão ser depositados na conta vinculada da parte autora, em 15 dias da liquidação do julgado, sob pena de execução.



A integração em horas extras e adicional noturno será apreciada oportunamente.

Indefiro aos reflexos em adicional por tempo de serviço, por falta de previsão normativa que ampare a pretensão autoral."

Correta a sentença.

Vige em nosso ordenamento o **critério da simetria sindical ou do paralelismo simétrico**, segundo o qual o enquadramento sindical do empregado é feito por oposição ao sindicato da categoria econômica de seu empregador. Como via de mão dupla, o critério da simetria prevê, também, que, identificado o sindicato da categoria profissional, seja desvendado o sindicato da categoria econômica.

Assim, em princípio, o enquadramento sindical do autor se faria por paralelismo simétrico à categoria econômica de seu empregador. Como exceção, porém, ao sobredito paralelismo simétrico, tem-se o enquadramento sindical resultante de categoria profissional diferenciada, hipótese em que o sindicato da categoria econômica não resulta de mera simetria com o sindicato da categoria profissional.

No presente caso, o documento de ID e360ae4 noticia que o seguinte objeto social da ré:

"a) fabricar, para si ou para terceiros, vender, comprar, importar, exportar, negociar por conta própria ou de terceiros produtos químicos, farmacêuticos e correlatos, inclusive equipamentos para proteção individual (EPI)"

As Convenções Coletivas que o autor pretende ver aplicadas foram firmadas entre o Sindicato dos Propagandistas, Propagandistas-Vendedores e Vendedores de Produtos Farmacêuticos no Estado do Rio de Janeiro - SINPROVERJ e o Sindicato da Indústria de Produtos Farmacêuticos do Estado do Rio de Janeiro - SINFAR, tendo como abrangência a "categoria(s) dos Propagandistas e Propagandistas Vendedores das Indústrias Farmacêuticas no Estado do Rio de Janeiro, com abrangência territorial em Rio de Janeiro/RJ".

Entendo que as normas coletivas trazidas pelo autor são realmente aquelas aplicáveis à ré, uma vez que condizem com o seu contrato social, estando correta, portanto, a condenação ao pagamento dos anuênios.



Nesse sentido, se a ré tivesse aplicado as convenções devidas, o autor teria recebido os anuênios durante a contratualidade, razão pela qual deve ser ressarcido.

Por outro lado, no que se refere ao RSR, a norma coletiva apontada pelo obreiro dispõe que "Quem trabalhar em sábados, domingos e feriados, gozará folga correspondente em igual número de dias úteis", não fazendo nenhuma menção específica de que o sábado seria considerado dia de repouso semanal remunerado. Dessa forma, não há como acolher a pretensão autoral.

Destaco que andou bem a sentença ao fundamentar que "Analisado o teor da cláusula, extrai-se que não houve mudança da regra prevista na lei trabalhista, para que o sábado passasse a ser considerado como dia de descanso remunerado", razão pela qual "fica mantida a regra prevista no art. 1º da Lei nº 605/49, que estabelece o direito a apenas um dia de repouso semanal remunerado".

Nego provimento a ambos os recursos, no particular.

DAS DIFERENÇAS DE PRÊMIOS

O autor alegou, na exordial, que "Desde o início do contrato laboral, ao reclamante não era possível conferir se a premiação mensal paga pela acionada era feita corretamente, ao longo de todo o período contratual, tendo em vista que não eram disponibilizados os meios fidedignos para a efetiva e correta apuração do pagamento da parcela" (ID 5d10a97 - Pág. 5), sendo certo que, em razão de não ter acesso aos documentos necessários à apuração dos pagamentos corretamente, requereu "seja aplicada a pena de confissão à reclamada, estimando o autor um prejuízo mensal de 40% (quarenta por cento) de sua remuneração".

Em defesa, a ré asseverou que "O Reclamante sempre foi informado dos critérios para obtenção dos prêmios, restando impugnadas as assertivas em contrário lançadas na exordial" (ID 40b2445 - Pág. 26), sendo certo que "cumpre a cláusula 17ª da Convenção Coletiva que determina que a empresa fixe um critério prévio com cópia para o empregado, conforme se extrai das Políticas de Pagamento dos Prêmios de Vendas e declaração assinados eletronicamente pelo Reclamante, o que condiz com a aceitação de seus termos".



O juízo *a quo* julgou procedente em parte o pedido, tendo assim fundamentado (ID 867fc2f - Págs. 5 a 8):

"Prêmios

Sustenta a parte autora que não era possível conferir se a premiação mensal paga pela acionada era feita corretamente, tendo em vista que não eram disponibilizados os meios fidedignos para a efetiva apuração do valor da parcela. Requer a apresentação da documentação necessária para apuração dos valores devidos, sob pena de confissão, estimando diferenças devidas no patamar de 40% de sua remuneração, a serem pagas com reflexos nas demais parcelas trabalhistas.

A reclamada, por sua vez, assevera que o autor sempre foi informado dos critérios para obtenção dos prêmios e anexou declaração de ciência do regulamento do programa de remuneração variável Janssen+ da Unidade de Negócios IRS - AR, assinada eletronicamente. Acrescenta que implantou um plano de incentivo de vendas, conforme Políticas de Pagamento dos Prêmios de Vendas, anexado aos autos eletrônicos.

Aponta, ainda, que o Relatório de Apuração era encaminhado através de e-mail pela área de Inteligência Comercial, a cada mês, acompanhada de extrato mensal de premiação, que indicava o produto, a cota, a posição no ranking e o valor da premiação.

Pugna, assim, pela improcedência do pedido.

Em impugnação, o autor reitera que não teve acesso aos critérios de pagamento da premiação, durante a prestação de serviços.

Prova pericial produzida com Laudo Técnico subscrito pelo Dr. Manoel Bernardo do Nascimento Vieira, CRA-RJ nº 20-30006 (ID. 9E37bfa).

Inicialmente, cumpre ressaltar que, em resposta ao quesito 17, o Perito informou que o autor não tinha conhecimento antecipado das metas de vendas a serem alcançadas para pagamento da premiação, a cada período de apuração. De fato, a declaração de ciência do regulamento acostada ao processo não contempla as cotas de premiação a serem alcançadas pelos representantes de vendas (ID. 40B2445 - Pág. 27).

Desta feita, verificamos o descumprimento da cláusula 11ª da CCT, que obriga o empregador a dar ciência prévia dos objetivos e cotas estabelecidas como critério para apuração da premiação, com cópia ao empregado (ID. 573D4d1 - Pág. 8).

Em resposta aos demais quesitos apresentados pelas partes, o I. Expert esclareceu o que segue:

(...)

Deflui dos esclarecimentos acima que a apuração dos resultados levava em consideração o resultado global das vendas dos produtos da ré para as farmácias, das farmácias ao consumidor final e o consumo em unidades hospitalares.

Logo, não era possível a apresentação de parte dos documentos fiscais de vendas que impactam o levantamento desses dados, uma vez que a empresa tem acesso ao quantitativo das vendas das farmácias ao consumidor através das informações prestadas pela IMS Health, e não pelos cupons fiscais.

Lado outro, a reclamada não disponibilizou à perícia o relatório MDTR mensal, que discrimina e totaliza o volume de vendas dos produtos comercializados pela ré. Ainda que tenham sido apresentados os extratos de premiação, com indicação da meta estabelecida e do desempenho alcançado, a não apresentação do relatório impede que seja possível a verificação do acerto do cálculo da remuneração variável, a partir dos critérios estabelecidos no Regulamento do Programa de Remuneração Variável.



É oportuno destacar a seguinte manifestação do Perito:

(...)

Verifica-se que também não foram apresentados parte dos extratos de premiação e que, dentre os disponibilizados, em muitos não há indicação dos resultados alcançados e metas estabelecidas. Restou apurado, inclusive, que não há extratos ou demonstrativos de cálculos referentes a regramentos apresentados pela ré.

Ora, não restam dúvidas de que a reclamada sonogou injustificadamente documentos e informações essenciais ao esclarecimento dos fatos controvertidos, tais como os relatórios mensais MDTR e parte dos extratos de premiação com indicação das metas e resultados, impedindo a verificação do correto pagamento da premiação variável.

Destarte, como o autor não dispõe da referida documentação, é certo a reclamada responderá na forma da lei processual pela sua omissão, devendo ser considerada verdadeira a alegação de que o reclamante sofreu prejuízo no patamar de 40% de sua remuneração (art. 400, I, do CPC).

Ante o explicitado, condeno a ré no pagamento de 40% sobre o salário base do reclamante, do marco prescricional até a data do ajuizamento desta ação, e reflexos em repousos semanais remunerados (CCT), décimos terceiros salários, FGTS e férias com 1/3.

Os valores correspondentes à integração no FGTS deverão ser depositados na conta vinculada da parte autora, em 15 dias da liquidação do julgado, sob pena de execução. Indefiro os reflexos sobre os feriados, por falta de previsão normativa que ampare o pedido.

Em relação às horas extras, a integração será apreciada oportunamente."

Irresignada, a ré visa afastar a condenação, enquanto o autor, por sua vez, deseja que os 40% deferidos incidam sobre a remuneração total e não apenas sobre o salário base.

Analiso.

Em matéria de ônus da prova, dispõe o art. 818 da CLT que a prova das alegações incumbe à parte que as fizer, enquanto o inciso II do art. 373 do CPC afirma que o ônus da prova incumbe ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito da autora.

Foi realizada prova técnica e o I. *Expert* foi categórico em responder negativamente o questionamento "se a reclamada comprovou ter o autor conhecimento antecipado das "quantidades de produtos a serem vendidos" para obtenção dos prêmios, ou seja, dos objetivos/cotas de premiação, consoante determina a Cláusula Nona da Convenção Coletiva de Trabalho de 2013/2014 (fl. 148, por exemplo), através de sua juntada aos autos com o "ciente" ou "de acordo" do autor, durante toda a contratualidade".



Dessa forma, andou bem a sentença ao verificar que "o descumprimento da cláusula 11ª da CCT, que obriga o empregador a dar ciência prévia dos objetivos e cotas estabelecidas como critério para apuração da premiação, com cópia ao empregado" (ID 867fc2f - Pág. 5).

Não fosse suficiente, vejamos o seguinte trecho do laudo pericial:

"No ANEXO II estão listados mês a mês, com base nos Extratos de Premiações, os objetivos x realizado, em confronto com os regulamentos sobre remuneração variável.

Há meses em que o extrato de premiação não especifica metas/objetivos X resultados /Realizados; há meses em que o regramento de remuneração varável não está juntado aos autos e; há regramentos nos autos para os quais não localizamos extrato de pagamento ou demonstrativo de cálculo de incentivo de vendas." [grifei]

Em razão do princípio da melhor aptidão para a prova, que impõe à parte que detém o meio probante o dever de apresentá-lo nos autos, cabia à ré juntar os propalados documentos.

De fato, os documentos anexados pela ré não permitem seja verificado o correto pagamento dos prêmios, não tendo a empresa se desincumbido do ônus que lhe cabia.

Tendo em vista a omissão da parte em juntar os documentos necessários à verificação do correto pagamento dos prêmios, faz-se a aplicação do art. 400 do CPC, presumindo-se verdadeiras as informações prestadas na exordial. A matéria fática sustentada pelo autor é alçada à condição de verdade processual, sendo, pois, perfeitamente cabível o deferimento das diferenças salariais pleiteadas.

Não se nega, contudo, que a presunção de veracidade das diferenças pleiteadas, por aplicação do art. 400 do CPC, admita o sopesamento com os demais elementos constantes dos autos. Ocorre que nenhuma contraprova a Ré produziu, no sentido de que o Autor tenha recebido corretamente seus prêmios.

Quanto ao valor dos prêmios, tendo em vista que a ré não trouxe aos autos os documentos necessários para fim de cálculo e tampouco apontou o valor que entende correto, correto o acolhimento da alegação do autor no sentido de que teve perda mensal equivalente a 40%. Não obstante, impende ajustar a sentença, uma vez que foi deferido o percentual sobre o seu salário base, inobstante o obreiro tenha apontado que a perda salarial de 40% foi referente à sua **remuneração**.



Isto posto, **dou provimento** ao recurso do autor, no particular, para determinar que o pagamento dos 40% deferidos pela sentença incidam sobre o salário base do autor.

Nego provimento ao recurso da ré, no tópico.

DA JORNADA DE TRABALHO

O autor alegou, na exordial, que "A jornada de trabalho do acionante era para ser de 8 (oito) horas diárias, desenvolvidas de segunda à sexta-feira, perfazendo um total de 40h semanais e 200h mensais" (ID 5d10a97 - Pág. 2), mas que "Realizava, no entanto, por exigência de sua empregadora, inúmeras tarefas que importavam em extrapolar a jornada contratual, sem a respectiva contraprestação". Nesse sentido, narrou que "No exercício das suas atribuições, o autor deveria visitar um número predeterminado de clientes por dia, conforme agenda previamente encaminhada para aprovação de sua gerência", de modo que "Seu labor no 'campo' importava em jornada diária das 08h às 18h30min, em média, com intervalo de, no máximo, 40 minutos", sendo ceto que "logo após sua jornada normal de trabalho "no campo", como referido no item "6", despendia, em média, 02 (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 diários, estudar os produtos que compõe o ciclo de propaganda, responder a provas e questionários elaborados pela reclamada, analisar as ações da concorrência, realizar pedidos, dentre outras". Além disso, argumentou que "A empresa reclamada disponibilizava verba e obrigava o autor a realizar um jantar por mês com clientes, tais iniciavam, geralmente por volta das 08h e não findavam antes das 24h" e que também "viajava pela empresa para a participação em congressos e demais eventos médicos patrocinados por ela, permanecendo fora de seu domicílio e, assim, ficando privada do convívio com sua família, amigos e de atividades pessoais e de lazer praticadas em sua cidade de residência", situação que ocorria em média 2 vezes ao ano se iniciando "nas quintas-feiras, prorrogando-se até o sábado" e que abarcava o horário das 8h às 23h.

Em defesa, a ré asseverou que "durante o período imprescrito exerceu as funções de representante de vendas HCV II, representante de venda de simponi II e representante de vendas imunológicas III, que encontram seus corretos enquadramentos na exceção prevista no artigo 62, inciso I, da CLT, já que o Reclamante desenvolveu atividades tipicamente externas, o que obsta o direito ao pagamento de horas extras e reflexos" (ID 40b2445 - Pág. 6).



O juízo *a quo* julgou procedente em parte o pedido, tendo fundamentado o seguinte (ID 867fc2f - Págs. 8 a 13):

"Horas extras

A parte autora requer o pagamento de horas extras supostamente inadimplidas no curso do contrato. A peça de bloqueio, por sua vez, defende o seu enquadramento na exceção legal prevista no art. 62, I, da norma consolidada, o que obstaría o direito à percepção das horas extraordinárias.

Ao conformar a matéria em nível infraconstitucional, de fato, o legislador excluiu do capítulo sobre duração do trabalho os empregados que exercem atividade externa, incompatível com a fixação de horário de trabalho, devendo tal condição ser anotada na CTPS do obreiro e no registro de empregados (art. 62, I, da CLT).

É oportuno destacar que o art. 62, I, da CLT fala em "empregados que exercem atividade externa incompatível com a fixação de horário de trabalho". Conclui-se, portanto, que o preceito consolidado aplica-se aos casos em que as empresas não podem controlar o horário de trabalho dos empregados por absoluta incompatibilidade e não àquelas que não o fazem por conveniência.

Frise-se que, como se trata de exceção legal, o encargo probatório em relação ao enquadramento do empregado no respectivo dispositivo celetista é da parte reclamada, que deverá comprovar a impossibilidade de conhecimento e controle do horário de trabalho do empregado, devido à natureza de suas atividades.

Segue o relato da testemunha ouvida neste processo:

(...)

Depreende-se do depoimento acima transcrito que a ré tinha absoluto controle e ciência da jornada de trabalho cumprida pelo representante de vendas, inclusive em relação aos jantares realizados com os clientes. Se a informação dos horários de visitas era inserida no sistema, não estamos diante de quadro fático que autorize o enquadramento da autora como atividade externa. Inclusive, a existência do geolocalizador permitia a aferição da veracidade das informações prestadas pelo empregado.

Noutro giro, o depoimento do Sr. Guilherme Pimentel, nos autos da RT nº 0100989-7.2020.5.01.0077, descreve quadro fático diametralmente oposto ao delineado pelo Sr. Wanderley Borges, quanto aos aspectos centrais alusivos ao controle de jornada, uma vez que menciona inexistir obrigatoriedade de comunicação dos horários das visitas, bem como qualquer outra forma de fiscalização das atividades (ID. 4bb31eb - Pág. 2).

Na ata de audiência de ID. d0b7af6 - Pág. 2, há depoimento de testemunha indicada pela reclamada que relata a necessidade de elaboração de relatório com os horários de visitas. Contudo, o trabalhador prestava serviços em Porto Alegre, no Estado do Rio Grande do Sul, razão pela qual seu depoimento pouco colabora com o esclarecimento dos fatos controvertidos.

Uma vez que não há diferença qualitativa entre as testemunhas, decido que estamos diante de prova dividida, que impõe o julgamento em desfavor daquele que detém o encargo probatório, no caso a parte ré.

Destarte, afasto o enquadramento do autor no o art. 62, I, da CLT.

Uma vez que a parte reclamada não trouxe à colação os controles de frequência a que estava obrigada a implementar por força do art. 74, §2º, da CLT, incide o disposto no enunciado de súmula 331 do C.TST, que transfere, ao réu, o encargo probatório da jornada de trabalho da parte autora, prevalecendo a jornada da inicial, se inexistir prova em contrário. A exordial noticia que a autora trabalhava de segunda à sexta-feira, das 08h às 18h30min, com intervalo de, no máximo, 40 minutos. Relata que, após a jornada,



cumpria duas horas diárias de trabalho para executar tarefas diversas e que participava de um jantar por mês com clientes, das 20h às 24h. Acrescenta que, em 2 oportunidades ao ano, participava de congressos médicos, que se iniciavam nas quintas-feiras, prorrogando-se até o sábado, com jornada das 08h às 23h. Confrontando-se a jornada declinada na peça de ingresso e os depoimentos prestados em audiência, decido que fora cumprida a seguinte jornada, para fins de liquidação: de segunda à sexta-feira, das 8h às 20h30, com 40 min de intervalo, salvo a cada primeira segunda-feira do mês quando a jornada cumprida era das 8h às 23h30, com 40 min de intervalo. Também havia participação em dois congressos anuais, de quinta-feira ao sábado, com jornada das 08h às 23h, com 40 min de intervalo.

Não há relato dos dias trabalhados em domingos e feriados.

Indefiro.

No caso, a norma coletiva fixa jornada semanal de cinco dias, que se converte em 40 horas semanais. Mantida a natureza de dia útil não trabalhado para os sábados, aplicar-se-á o divisor de 220 (súmula 124 do TST).

Sendo assim, condeno no pagamento das horas extras cumpridas acima da 8ª diária, bem como da 40ª semanal, ficando excluídas as já consideradas no cálculo das laboradas acima da oitava, do marco prescricional até a data do ajuizamento desta ação; a referida exclusão visa impedir o pagamento de hora extra em duplicidade.

Ante a habitualidade e natureza salarial, defiro o pedido de pagamento dos reflexos sobre repouso semanal remunerado, férias acrescidas de um terço, 13º salários e FGTS.

Os valores correspondentes à integração no FGTS deverão ser depositados na conta vinculada da parte autora, em 15 dias da liquidação do julgado, sob pena de execução.

Incabíveis as demais integrações, por falta de previsão normativa que ampare a pretensão autoral.

Parâmetros de liquidação:

(...)

Intervalo intrajornada

Os intervalos intrajornada são lapsos temporais situados no curso da jornada de trabalho, em que o empregado susta a prestação de serviços e sua disponibilidade ao empregador, para se alimentar, descansar e recuperar as energias - art. 71, caput, da CLT.

Por força do que dispõe o art. 489, §1º, VI, do CPC e o enunciado de súmula 437, I, do TST, não concedido o intervalo pelo empregador, total ou parcialmente, este ficará obrigado a remunerar o período integral correspondente, como hora extraordinária (art. 71, §4º, da CLT).

Como não houve fruição integral do intervalo intrajornada previsto em lei, condeno a parte reclamada no pagamento de uma hora extra diária, intervalar, do marco prescricional até a data do ajuizamento desta ação.

Reitero decisão acima quanto aos reflexos das horas extras. Parâmetros de liquidação fixados no item acima referente às horas extras.

Intervalo interjornada

A norma trabalhista determina a observância do lapso temporal mínimo entre o encerramento da jornada de trabalho e início da subsequente, de no mínimo 11 horas ininterruptas, sob pena de a empresa ser compelida a pagar horas extras pela redução desse intervalo (art. 66 da CLT).

Observada a jornada acima fixada, não havia fruição integral do intervalo interjornada previsto em lei, razão pela qual condeno a parte reclamada no pagamento das horas extras relativas ao tempo do intervalo interjornada suprimido, do marco prescricional até a data do ajuizamento desta ação.



Reitero decisão acima quanto aos reflexos das horas extras.

Adicional noturno

Considerando que, no período noturno, ocorre a desativação biológica da pessoa, o labor noturno termina por provocar maior desgaste físico e mental ao empregado, além de comprometer sua inserção familiar e social. Por essas razões, construiu-se legislação protetiva para o trabalhador que labora entre às 22h e 5h, com previsão de pagamento de adicional de 20% e fixação da hora ficta de 52' e 30seg (art. 73, § 1º, da CLT).

Observada a jornada cumprida pela parte autora, havia labor entre 22h e 5h do dia seguinte.

Desta feita, condeno a parte reclamada a pagar o adicional noturno de 20% sobre as horas cumpridas entre 22h e 5h do dia seguinte, observada a hora ficta, do marco prescricional até a data do ajuizamento desta ação.

Reitero decisão acima quanto aos reflexos das horas extras."

Irresignada, a ré recorre da sentença, a fim de afastar a sua condenação, enquanto o obreiro, por sua vez, visa a majoração da jornada fixada pela sentença.

Analiso.

Em primeiro lugar, a tese de que o Autor realizava trabalho externo não se sustenta, pois contrária à *mens legis* do art. 62, I da CLT, que excetua do dever legal de controle de jornada a "atividade externa **incompatível com a fixação de horário de trabalho**". *In casu*, não se trata de atividade externa "incompatível com a fixação horário de trabalho".

A testemunha do autor, sr. Wanderley Borges de Melo, cujo depoimento se encontra no ID 887601b, foi clara em apontar que "no sistema disponibilizado pela ré as informações alusivas às visitas aos clientes, inclusive no tocante ao horário", sendo certo que "o nome do médico visitado e o horário da visita são dados obrigatórios a serem inseridos no sistema". Além disso, apontou que "há obrigatoriedade de realização de 6 visitas diárias". No mesmo sentido, no que se refere aos jantares, a testemunha narrou que "o horário de início do jantar é inserido no relatório a ser encaminhado à reclamada", que também tem "ciência do horário de encerramento com base na fatura do cartão de crédito, que indica o horário do encerramento da reunião, com o pagamento da conta do restaurante". Ainda, noticiou que "o cronograma era elaborado pelo propagandista e aprovado pela chefia". Transcrevo o depoimento do sr. Wanderley:

"Que inseria no sistema disponibilizado pela ré as informações alusivas às visitas aos clientes, inclusive no tocante ao horário; que o nome do médico visitado e o horário da visita são dados obrigatórios a serem inseridos no sistema; que há obrigatoriedade de realização de 6 visitas diárias; que o depoente escolhia os médicos a serem visitados a cada dia, dentro da sua carteira de clientes; que a empresa estabelece a necessidade de realização de 2 jantares por mês com médicos; que o horário de início



do jantar é inserido no relatório a ser encaminhado à reclamada; que a ré tem ciência do horário de encerramento com base na fatura do cartão de crédito, que indica o horário do encerramento da reunião, com o pagamento da conta do restaurante; que participavam de 2 congressos por ano, normalmente de quinta a sábado; que trabalhava das 08h às 18h30, em média; que a primeira visita devia ser agendada para as 08h; que **o cronograma de visitas era elaborado pelo propagandista e aprovado pela chefia;** que **as visitas, por determinação da ré, eram agendadas a cada 1h40;** que usufruía de 30/40 minutos de intervalo; que não havia determinação da chefia para não fruição integral do intervalo, mas a demanda de serviço não permitia que fosse por tempo superior ao mencionado; que os jantares duravam das 20h às 23h30/00h, em média; que as regras mencionadas aplicavam-se a todos os propagandistas; que **a ciência prévia do horário das visitas era necessária para que a chefia pudesse acompanhar as atividades e participar de visitas periódicas com os propagandistas;** que **a chefia surpreendia com o comparecimento às visitas;** que **as modificações do roteiro dependem de autorização da chefia;** que **o lançamento das informações da visita era realizado ao final de cada atendimento;** que as atividades burocráticas eram realizadas após o encerramento de todas as visitas, no final do dia; que essa demanda ensejava o trabalho de 2h, aproximadamente; que não há tempo para realização dessas atividades em meio às visitas; que **o sistema de trabalho possui geolocalizador;** que **já aconteceu uma circunstância em que ficou claro que a chefia acompanhava a sua geolocalização;** que integrava a mesma equipe do autor, denominada RIOCOE; que, dentre as atividades burocráticas, estavam a leitura e envio de resposta de e-mails, elaboração de relatórios, análises alusivas ao mercado, etc.; que integrou a equipe do autor entre 2018/2019; que as determinações são as mesmas em relação a todas as equipes de propagandistas." [grifei]

O depoimento acima colacionado é absolutamente claro no sentido de que o empregador não apenas tinha ciência, mas de fato controlava a jornada do empregado, inclusive com a realização de visitas surpresas. Dessa forma, entendo que ficou comprovado que havia efetivo controle da jornada, de modo que não prospera, portanto, a assertiva de "impossibilidade" de fiscalização do horário pelo empregador.

Releva que a inexigência de início e término da jornada na sede do empregador não é incompatível com a possibilidade material de controle de jornada, mormente quando esta se efetiva por outros meios, como é a hipótese dos autos, através de monitoramento pessoal e lançamento de informações no sistema. A circunstância de o empregado não comparecer diariamente na sede do empregador não é justificativa válida para a improcedência do pedido de condenação às horas extras porque caracterizado o efetivo controle da jornada. À execução de trabalho externo, como impende frisar, há de somar-se a impossibilidade material do controle da jornada pelo empregador, o que não é a hipótese dos autos.

É bem verdade, por outro lado, que o depoimento do Sr. Guilherme Pimentel, nos autos do Processo nº 0100989-7.2020.5.01.0077, que se busca utilizar como prova emprestada é "diametralmente oposto ao delineado pelo Sr. Wanderley Borges, quanto aos aspectos centrais alusivos ao controle de jornada", como bem arrazoado pela sentença. Não obstante, na valoração



da prova, andou bem o julgador a quo ao observar que "o trabalhador prestava serviços em Porto Alegre, no Estado do Rio Grande do Sul, razão pela qual seu depoimento pouco colabora com o esclarecimento dos fatos controvertidos", entendimento com o qual corroboro.

Desse modo, não pode ser considerado serviço externo, nos moldes do art. 62, I da CLT, aquele submetido a controle de horário através de monitoramento pessoal e telefônico.

Sinteticamente, o "trabalho externo" capaz de obstar o pagamento de horas extraordinárias é tão somente aquele prestado em jornada não suscetível de controle pelo empregador. Há, ainda, nesse caso, a exigência de que a especificidade do trabalho externo seja anotada na Carteira Profissional.

Muito bem. Se de trabalho externo não se trata, estava a Ré obrigada ao cumprimento do disposto no § 2º do art. 74 da CLT, *in verbis*:

"Para os estabelecimentos de mais de dez trabalhadores será obrigatória a anotação da hora de entrada e de saída, em registro manual, mecânico ou eletrônico, conforme instruções a serem expedidas pelo Ministério do Trabalho, devendo haver pré-assinalação do período de repouso."

Omitidos os controles de horário, cabível é a inversão do ônus da prova, na forma do item I da Súmula nº 338 do C. TST, *in verbis*:

"HORAS EXTRAS. ÔNUS DA PROVA.

I - É ônus do empregador que conta com mais de 10 (dez) empregados o registro da jornada de trabalho na forma do art. 74, § 2º, da CLT. A não-apresentação injustificada dos controles de frequência gera presunção relativa de veracidade da jornada de trabalho, a qual pode ser elidida por prova em contrário.

II - A presunção de veracidade da jornada de trabalho, ainda que prevista em instrumento normativo, pode ser elidida por prova em contrário.

III - Os cartões de ponto que demonstram horários de entrada e saída uniformes são inválidos como meio de prova, invertendo-se o ônus da prova, relativo às horas extras, que passa a ser do empregador, prevalecendo a jornada da inicial se dele não se desincumbir."

A matéria fática sustentada pelo Autor é alçada à condição de verdade processual, sendo, pois, perfeitamente cabível o acolhimento da jornada alegada na inicial, inclusive quanto ao intervalo.



Não se nega que a presunção de veracidade da jornada, por aplicação do art. 400 do CPC, admita o sopesamento com os demais elementos constantes dos autos. E é por essa razão que a sentença **corretamente** limitou a fixação da jornada aos termos da prova oral.

Enfim, entendo que o conjunto probatório foi analisado a contento pelo julgador de primeiro grau, que concluiu, acertadamente, pela parcial procedência dos pedidos de horas extras, intervalo intrajornada, adicional noturno e reflexos.

Ante todo o exposto, **nego provimento** a ambos os recursos.

DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

O juízo *a quo* condenou a ré ao pagamento de honorários sucumbenciais no importe de 5%, tendo assim fundamentado (ID 867fc2f - Págs. 13 e 14):

"Honorários advocatícios

A presente ação foi ajuizada após a entrada em vigor da Lei nº 13.467/2017, em 11/11/2017, razão pela qual os honorários sucumbenciais são devidos ao advogado, ainda que atue em causa própria, no patamar a ser fixado entre 5% e 10% sobre o valor que resultar da liquidação da sentença, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa, inclusive nas ações contra a Fazenda Pública, naquelas em que a parte estiver assistida ou substituída por entidade sindical, e na reconvenção (art. 791-A da CLT).

Aplica-se aos pedidos, analogicamente, o entendimento consubstanciado na Súmula 326 do STJ, por meio da qual a condenação no pagamento de indenização por danos morais, em valor inferior ao postulado, não implica sucumbência recíproca. Logo, o deferimento parcial do pedido não ensejará sucumbência recíproca.

Observar-se-á, ainda, a regra de sucumbência mínima prevista no art. 86, § único, do CPC, aplicável subsidiariamente, em relação a cada pedido. É oportuno destacar a decisão plenária do E. STF, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5766, que reconheceu a incompatibilidade do art. 791-A, § 4º, da CLT com o texto constitucional.

Assim, indefiro o pedido de condenação da parte autora no pagamento de honorários sucumbenciais, porquanto concedido o benefício da gratuidade de justiça em seu favor.

Lado outro, considerados os parâmetros fixados no §2º do dispositivo e a sucumbência recíproca, decido condenar a parte ré no pagamento de honorários advocatícios sucumbenciais no montante de 5% sobre o valor que resultar da liquidação da sentença (art. 791-A, §3º, da CLT)."

Irresignada, a ré visa a condenação recíproca do autor ao pagamento dos honorários, enquanto o obreiro, por sua vez, pretende a majoração do percentual.



Analiso.

Na hipótese em tela, a ação foi ajuizada em 17/09/2018, quando já estava vigente a Lei 13.467/2017, que incluiu na CLT o art. 791-A da CLT, cuja redação transcrevo abaixo:

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

§ 1º Os honorários são devidos também nas ações contra a Fazenda Pública e nas ações em que a parte estiver assistida ou substituída pelo sindicato de sua categoria.

§ 2º Ao fixar os honorários, o juízo observará:

I - o grau de zelo do profissional;

II - o lugar de prestação do serviço;

III - a natureza e a importância da causa;

IV - o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

§ 3º Na hipótese de procedência parcial, o juízo arbitrará honorários de sucumbência recíproca, vedada a compensação entre os honorários.

§ 4º Vencido o beneficiário da justiça gratuita, desde que não tenha obtido em juízo, ainda que em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa, as obrigações decorrentes de sua sucumbência ficarão sob condição suspensiva de exigibilidade e somente poderão ser executadas se, nos dois anos subsequentes ao trânsito em julgado da decisão que as certificou, o credor 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.

§ 5º São devidos honorários de sucumbência na reconvenção"

Dessa forma, é perfeitamente cabível a condenação da ré ao pagamento de honorários advocatícios, ainda que a autora não esteja assistido pelo Sindicato de classe.

Assim, observado o grau de zelo do profissional, o lugar da prestação de serviço, a natureza e importância da causa, bem como o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para tal, **entendo ser razoável a majoração dos honorários para o valor de 15% sobre o valor da liquidação, em observância ao §2º do art. 791-A, acima transcrito.**

Já quanto à possibilidade de condenação do autor, no julgamento da ADIn 5766 o STF declarou a inconstitucionalidade do art. 791-A, §4º da CLT, que previa a possibilidade de condenação do beneficiário da gratuidade de justiça ao pagamento de honorários, com a exigibilidade suspensa.



Dessa forma, não paira mais a controvérsia acerca da possibilidade de condenação do beneficiário de gratuidade de justiça ao pagamento de honorários sucumbenciais.

Isto posto, **dou provimento** ao recurso do autor, no tópico, para majorar os honorários advocatícios para o importe de 15%.

Nego provimento ao recurso da ré, no particular.

RECURSO ORDINÁRIO DO AUTOR

DO ÍNDICE DE ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA DAS VERBAS TRABALHISTAS

O juízo *a quo* determinou o seguinte acerca dos juros e da correção monetária (ID 867fc2f - Págs. 14 e 15):

"Juros de mora e correção monetária

O Supremo Tribunal Federal, ao decidir sobre a atualização dos créditos decorrentes de condenação judicial na Justiça do Trabalho, nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 58 e 59 e nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 5.867 e 6.021, determinou a incidência do IPCA-E na fase pré-judicial e, a partir da distribuição do processo, a taxa SELIC.

Dessa forma, decido que o índice de atualização utilizado na fase pré-judicial será o IPCA-E e, a partir da data de distribuição da presente reclamação trabalhista, a taxa SELIC.

Tendo em vista que a decisão da Corte Suprema reconheceu que a taxa SELIC contempla os juros e a correção monetária, decido pela inaplicabilidade da diretriz fixada na súmula 439 do C.TST, devendo ser observada a taxa SELIC desde o ajuizamento da ação, na hipótese de condenação no pagamento de indenização por dano ou assédio moral.

No tocante à indenização suplementar, o entendimento do juízo é no sentido de que o deferimento acarretaria subversão à decisão da Corte Suprema.

Indefiro

Por fim, registro que a condenação subsidiária da fazenda pública deve observar o critério de atualização monetária, acima descrito (OJ 382 da SDI-1 do TST)."



Em 18/12/2020, o Tribunal Pleno do STF, na apreciação das ADCs 58 e 59 e ADIs 5.867 e 6.021, julgou parcialmente procedentes as ações, concedendo efeitos *erga omnes* e caráter vinculante ao tema, nos seguintes termos:

"EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO DO TRABALHO. AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE E AÇÕES DECLARATÓRIAS DE CONSTITUCIONALIDADE. ÍNDICES DE CORREÇÃO DOS DEPÓSITOS RECURSAIS E DOS DÉBITOS JUDICIAIS NA JUSTIÇA DO TRABALHO. ART. 879, §7º, E ART. 899, §4º, DA CLT, NA REDAÇÃO DADA PELA LEI 13.467, DE 2017. ART. 39, CAPUT E §1º, DA LEI 8.177 DE 1991. POLÍTICA DE CORREÇÃO MONETÁRIA E TABELAMENTO DE JUROS. INSTITUCIONALIZAÇÃO DA TAXA REFERENCIAL (TR) COMO POLÍTICA DE DESINDEXAÇÃO DA ECONOMIA. TR COMO ÍNDICE DE CORREÇÃO MONETÁRIA. INCONSTITUCIONALIDADE. PRECEDENTES DO STF. APELO AO LEGISLADOR. AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE E AÇÕES DECLARATÓRIAS DE CONSTITUCIONALIDADE JULGADAS PARCIALMENTE PROCEDENTES, 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. MODULAÇÃO DE EFEITOS. 1. A exigência quanto à configuração de controvérsia judicial ou de controvérsia jurídica para conhecimento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADC) associa-se não só à ameaça ao princípio da presunção de constitucionalidade - esta independe de um número quantitativamente relevante de decisões de um e de outro lado -, mas também, e sobretudo, à invalidação prévia de uma decisão tomada por segmentos expressivos do modelo representativo. 2. O Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade do art. 1º-F da Lei 9.494/1997, com a redação dada pela Lei 11.960/2009, decidindo que a TR seria insuficiente para a atualização monetária das dívidas do Poder Público, pois sua utilização violaria o direito de propriedade. Em relação aos débitos de natureza tributária, a quantificação dos juros moratórios segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança foi reputada ofensiva à isonomia, pela discriminação em detrimento da parte processual privada (ADI 4.357, ADI 4.425, ADI 5.348 e RE 870.947-RG - tema 810). 3. A indevida utilização do IPCA-E pela jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho (TST) tornou-se confusa ao ponto de se imaginar que, diante da inaplicabilidade da TR, o uso daquele índice seria a única consequência possível. A solução da Corte Superior Trabalhista, todavia, lastreia-se em uma indevida equiparação da natureza do crédito trabalhista com o crédito assumido em face da Fazenda Pública, o qual está submetido a regime jurídico próprio da Lei 9.494/1997, com as alterações promovidas pela Lei 11.960/2009. 4. A aplicação da TR na Justiça do Trabalho demanda análise específica, a partir das normas em vigor para a relação trabalhista. A partir da análise das repercussões econômicas da aplicação da lei, verifica-se que a TR se mostra inadequada, pelo menos no contexto da Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), como índice de atualização dos débitos trabalhistas. 5. Confere-se interpretação conforme à Constituição ao art. 879, §7º, e ao art. 899, §4º, da CLT, na redação dada pela Lei 13.467, de 2017, definindo-se que, até que sobrevenha solução legislativa, deverão ser aplicados à atualização dos créditos decorrentes de condenação judicial e à correção dos depósitos recursais em contas judiciais na Justiça do Trabalho os mesmos índices de correção monetária e de juros vigentes para as hipóteses de condenações cíveis em geral (art. 406 do Código Civil), à exceção das dívidas da Fazenda Pública que possui regramento específico (art. 1º-F da Lei 9.494/1997, com a redação dada pela Lei 11.960/2009), com a exegese conferida por esta Corte na ADI 4.357, ADI 4.425, ADI 5.348 e no RE 870.947-RG (tema 810). **6. Em relação à fase extrajudicial, ou seja, a que antecede o ajuizamento das ações trabalhistas, deverá ser utilizado como indexador o IPCA-E acumulado no período de janeiro a dezembro de 2000. A partir de janeiro de 2001, deverá ser utilizado o IPCA-E mensal (IPCA-15/IBGE), em razão da extinção da UFIR como indexador, nos termos do art. 29, § 3º, da MP 1.973-67/2000. Além da indexação, serão aplicados os juros legais (art. 39, caput, da Lei 8.177, de 1991).** 7. **Em relação à fase judicial, a atualização dos débitos judiciais deve ser efetuada pela taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC, considerando que ela incide como juros moratórios dos tributos federais (arts. 13 da Lei**



9.065/95; 84 da Lei 8.981/95; 39, § 4º, da Lei 9.250/95; 61, § 3º, da Lei 9.430/96; e 30 da Lei 10.522/02). **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.** 8. A fim de garantir segurança jurídica e isonomia na aplicação do novo entendimento, fixam-se os seguintes marcos para modulação dos efeitos da decisão: (i) **são reputados válidos e não ensejarão qualquer rediscussão, em 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.** 9. Os parâmetros fixados neste julgamento aplicam-se aos processos, ainda que transitados em julgado, em que a sentença não tenha consignado manifestação expressa quanto aos índices de correção monetária e taxa de juros (**omissão expressa ou simples consideração de seguir os critérios legais**). 10. Ação Declaratória de Constitucionalidade e Ações Diretas de Inconstitucionalidade julgadas parcialmente procedentes." (ADC 58 / DF - DISTRITO FEDERAL; AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE; Relator(a): Min. GILMAR MENDES; Julgamento: 18/12/2020; Publicação: 07/04/2021; Órgão julgador: Tribunal Pleno; DJe-063 DIVULG 06-04-2021 PUBLIC 07-04-2021) [grifei]

Opostos embargos de declaração, nos autos da ADC 58, o STF decidiu pelo parcial acolhimento dos embargos da AGU, para sanar o erro material em relação à incidência da taxa SELIC, estabelecendo a incidência do IPCA-E na fase pré-judicial e a taxa SELIC, a partir do ajuizamento da ação, verbis:

"[...] por unanimidade de votos, não conhecer dos embargos de declaração opostos pelos amici curiae, rejeitar os embargos de declaração opostos pela ANAMATRA, mas acolher, 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". (ADC 58 ED; Órgão julgador: Tribunal Pleno; Relator(a): Min. GILMAR MENDES; Julgamento: 25/10/2021; Publicação: 09/12/2021) (g.n.)

Importante ressaltar que, conforme parte final do item 7 da ementa do ADC 58, não é cabível a cumulação dos juros de 1% ao mês (art. 39, § 1º, da Lei 8.177/91) ou de correção monetária com a taxa SELIC, que já abarca juros e correção monetária (art. 406 do Código Civil).



Também, segundo a parte final do item 6 da ementa do ADC 58, em relação à fase extrajudicial, além da indexação (IPCA-E), serão aplicados os juros legais (art. 39, caput, da Lei 8.177, de 1991). Cito a recente decisão do STF, neste sentido:

"Ementa: CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NA RECLAMAÇÃO. ALEGADA VIOLAÇÃO AO QUE DECIDIDO POR ESTA CORTE NO JULGAMENTO CONJUNTO DAS ADC 58 e ADC 59. INOCORRÊNCIA. APLICAÇÃO CORRETA DOS PARÂMETROS ALI DETERMINADOS. RECURSO DE AGRAVO DESPROVIDO. 1. A decisão proferida por esta CORTE no julgamento conjunto das ADC 58, ADC 59, ADI 6021 e ADI 5867 (Rel. Min. GILMAR MENDES) definiu que em relação à fase extrajudicial, ou seja, a que antecede o ajuizamento das ações trabalhistas, deverá ser utilizado como indexador o IPCA-E (...). Além da indexação, serão aplicados os juros legais (art. 39, caput, da Lei 8.177, de 1991). 2. O ato reclamado determinou que, para a atualização dos créditos decorrentes da condenação judicial, devem ser aplicados o IPCA-E na fase pré-judicial, acrescidos os juros legais, na forma do art. 39, caput, da Lei 8.177/91, e, a partir do ajuizamento da ação, a taxa Selic (juros e correção monetária). Conclui-se, portanto, que se encontra em harmonia com os precedentes desta CORTE. 3. Nessas circunstâncias, em que o órgão jurisdicional reclamado seguiu os parâmetros indicados no julgamento da referida ação declaratória de constitucionalidade, quanto aos consectários legais aplicáveis à espécie, é inviável a presente reclamação. 4. Recurso de Agravo a que se nega provimento." (Rcl 52842 AgR / SP - SÃO PAULO; AG.REG. NA RECLAMAÇÃO; Relator(a): Min. ALEXANDRE DE MORAES; Julgamento: 16/05/2022; Publicação: 19/05/2022; Primeira Turma) (g.n.)

Assim, conforme decisão do STF, até que sobrevenha solução legislativa, deverão ser aplicados à atualização dos créditos decorrentes de condenação judicial e à correção dos depósitos recursais em contas judiciais na Justiça do Trabalho os mesmos índices de correção monetária e de juros vigentes para as hipóteses de condenações cíveis em geral (art. 406 do Código Civil), à exceção das dívidas da Fazenda Pública que possui regramento específico (art. 1º-F da Lei 9.494/1997, com a redação dada pela Lei 11.960/2009), com a exegese conferida por esta Corte na ADI 4.357, ADI 4.425, ADI 5.348 e no RE 870.947-RG (tema 810).

Dessa forma, já considerada a redação conferida após acolhidos parcialmente os embargos de declaração da AGU em 25/10/2021, tratando-se de processo que se encontra em fase de conhecimento, aplica-se a tese vinculante do STF (ADC 58), determinando que, para a atualização dos créditos decorrentes da condenação judicial, deve ser adotado o IPCA-E na fase pré-judicial, com acréscimo de juros legais (art. 39, caput, da Lei 8.177/91) e, a partir do ajuizamento da ação, a taxa SELIC, que engloba correção monetária e juros, **como já foi corretamente fixado pela sentença**.

Nego provimento.



III - DISPOSITIVO

A C O R D A M os DESEMBARGADORES DA 1ª TURMA DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 1ª REGIÃO, por unanimidade, **CONHECER** de ambos os recursos e, no mérito, também por unanimidade, **NEGAR PROVIMENTO** ao recurso ordinário da ré; bem como **DAR PARCIAL PROVIMENTO** ao recurso ordinário do autor, para determinar que o pagamento dos 40% deferidos pela sentença incidam sobre o salário base do autor; além de majorar os honorários advocatícios para o importe de 15%, conforme a fundamentação supra, nos termos do voto do Juiz Convocado Relator. Mantido o valor da condenação, por consentâneo.

Rio de Janeiro, 02 de maio de 2023.

MARCEL DA COSTA ROMAN BISPO
Juiz Convocado
Relator

mcrb/ybgs/ddlo/jgac

