



Poder Judiciário
Justiça do Trabalho
Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região

Recurso Ordinário Trabalhista 0021337-36.2019.5.04.0004

Relator: FERNANDO LUIZ DE MOURA CASSAL

Processo Judicial Eletrônico

Data da Autuação: 16/02/2023

Valor da causa: R\$ 146.183,73

Partes:

RECORRENTE: TIAGO PINTO SANTOS

ADVOGADO: GRACIELA JUSTO EVALDT

RECORRENTE: LABORATORIO GROSS S A

ADVOGADO: JOSE FERNANDO XIMENES ROCHA

RECORRIDO: TIAGO PINTO SANTOS

ADVOGADO: GRACIELA JUSTO EVALDT

RECORRIDO: LABORATORIO GROSS S A

ADVOGADO: JOSE FERNANDO XIMENES ROCHA



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 4ª REGIÃO

Identificação

PROCESSO nº 0021337-36.2019.5.04.0004 (ROT)
RECORRENTE: TIAGO PINTO SANTOS, LABORATORIO GROSS S A
RECORRIDO: TIAGO PINTO SANTOS, LABORATORIO GROSS S A
RELATOR: FERNANDO LUIZ DE MOURA CASSAL

EMENTA

ATIVIDADE EXTERNA. CONTROLE DE HORÁRIO. HORAS EXTRAS DEVIDAS. O empregado que realiza atividade externa, compatível com a fixação e controle de jornada, não se enquadra na exceção do art. 62, I, da CLT, tendo direito ao pagamento de horas extras.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

ACORDAM os Magistrados integrantes da 6ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região: por unanimidade, **NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO ORDINÁRIO DO RECLAMANTE.** Por maioria, parcialmente vencido o Relator, **DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO ORDINÁRIO DA RECLAMADA** para: **a)** excluir da condenação os reflexos decorrentes do aumento da média remuneratória pelo cômputo das horas extras deferidas; **b)** limitar a condenação apenas ao período suprimido do intervalo de uma hora, acrescido do adicional de 50%, em razão dos intervalos intrajornadas não fruídos, conforme a carga horária arbitrada, sem integração nas demais parcelas, visto seu caráter indenizatório. Valor provisório da condenação reduzido para R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais) e custas para R\$ 1.600,00 (um mil e seiscentos reais).

Intime-se.

Porto Alegre, 12 de julho de 2023 (quarta-feira).

RELATÓRIO



Conforme o acórdão do ID. 027bb7d, esta Turma Julgadora decidiu, *"por unanimidade, NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO ORDINÁRIO DA RÉ no que concerne à carência de ação por inépcia da petição inicial. Por unanimidade, DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO ORDINÁRIO DO AUTOR para declarar a nulidade do processo desde o indeferimento da produção de prova oral (ID. 63b5884), determinando o retorno dos autos à origem para reabertura da instrução e regular processamento do feito, com a coleta da prova oral pretendida pelo autor. Ficam prejudicados os demais itens do recurso ordinário do autor, assim como os demais itens do recurso ordinário da ré."*

Produzida a prova oral pretendida pelo autor, o Juízo de origem decidiu repristinar a sentença proferida no ID. 01cfbcd, nos seguintes termos: [...] *Considerando que a prova apenas reforça o que já foi decidido pelo juízo, REPRISTINO, na íntegra, a decisão Id 01cfbcd. As partes ficam cientes. Os autos podem retornar ao E. TRT4.* (ata de audiência do ID. d66c527).

Inconformadas as partes recorrem novamente (ID. 6e53e53 e ID. 5d13909).

O autor insurge-se quanto aos seguintes aspectos: horas extras; consideração do sábado como dia de descanso para cálculo do RSR; diferenças salariais por reajustes normativos; forma de cálculo do imposto de renda e prequestionamento.

A ré argui nulidade processual por cerceamento de defesa decorrente de negativa de prestação jurisdicional. No mais, questiona a sentença quanto ao benefício da justiça gratuita; horas extras e diferenças de prêmios.

Apresentadas contrarrazões pelo autor (ID. ba4053d), os autos são encaminhados a este Tribunal para julgamento.

É o relatório.

FUNDAMENTAÇÃO

I - RECURSO ORDINÁRIO DA RECLAMADA. MATÉRIA PREJUDICIAL

1. Nulidade processual. Negativa de prestação jurisdicional.

A reclamada sustenta que opôs embargos de declaração em face da sentença, suscitando "1) *Esclarecimentos acerca dos motivos pelos quais os documentos juntados sob o id 8db6a8b não foram considerados para fixação da jornada de trabalho do autor, e conseqüente deferimento das horas extras;* 2) *Impossibilidade de se aplicar o disposto no artigo 400 do CPC visto que o Autor não trabalhava no estabelecimento da Reclamada;* 3) *Ausência de intimação da Reclamada para juntar os registros de*



ponto"; bem ainda "suscitando esclarecimentos acerca do motivo que ensejou a fixação do módulo semanal do autor em 40 horas". Todavia, o Juízo, em cerceamento de defesa, não recebeu os embargos. Afirma estar evidenciada a falta de prestação jurisdicional com manifesta afronta aos arts. 832 da CLT, 489, inciso II e par. 1º, inciso IV, do CPC, e 93, inciso IX, da CF e artigo 897 da CLT. Requer seja acolhida a preliminar ora suscitada, com o conseqüente retorno dos autos do à Vara de origem para que sejam analisados os embargos de declaração oportunamente oferecidos.

Do exame da sentença reprimada (ID. 01cfbcd, conforme ata de audiência do ID. d66c527) não verifico afronta aos arts. 5º, LV, e 93, IX, da Constituição Federal e negativa de prestação jurisdicional.

Em que pese a decisão do ID. d3680c9 não tenha recebido os embargos declaratórios da reclamada, a decisão embargada está devidamente fundamentada quanto às horas extras.

A insurgência da recorrente não diz respeito a omissão ou contradição no julgado, pretendendo na realidade rever a decisão de mérito, o que é incabível por meio de embargos de declaração. Ou seja, não se verifica afronta aos artigos 93, IX, da CF e 489 do CPC, porquanto do exame da sentença embargada (ID. 01cfbcd) não se constata negativa de prestação jurisdicional.

A Julgadora de origem expôs de forma clara e precisa os fundamentos que embasaram a sua decisão. Ademais, não há necessidade de o Julgador analisar e a rebater cada um dos argumentos das partes, bastando, para tanto, expor os fatos e fundamentos de direito que entende necessários para a decisão do conflito, o que ocorreu na hipótese em apreço.

Portanto, não há falar em negativa de prestação jurisdicional e nulidade do julgado.

Rejeito a arguição.

II - RECURSOS DAS PARTES. MATÉRIA COMUM

1. Horas extras. Intervalo intrajornada. Sábado como dia de repouso semanal remunerado. Reflexos.

O Juízo de origem condenou a reclamada ao pagamento de "*c) diferenças de horas extras, inclusive quanto aos intervalos intrajornada, com reflexos em repouso semanais remunerados e feriadados*" e "*d) diferenças de aviso-prévio, décimos terceiros salários e férias (remuneração com acréscimo de 1/3), pelo cômputo das diferenças de [...] horas extras deferidas, já integrados pelos repouso semanais remunerados e feriadados, pelo aumento da média remuneratória*".

Ambas as partes recorrem.



Insurge-se o autor quanto à carga horária arbitrada. Com base na ausência de registros de jornada e no depoimento da testemunha Alexandre Roy, requer seja arbitrado como o horário da jornada laboral das 08h às 21h (levando-se em consideração o seu término "no campo" às 19h, acrescido das 2 horas tomadas com a realização de atividades burocráticas), de segunda a sexta, de acordo com o alegado na inicial (ante as previsões do artigo 74, §§ 2º e 3º, da CLT e Súmula nº 338, I, do TST). Ademais, sustenta que o pedido de consideração do sábado como dia de descanso, foi acolhido, contudo, a forma de cálculo adotada pelo juízo não considerou o critério de 2/5, conforme requerido na inicial. Alega que a equação a ser observada no cálculo dos repousos semanais remunerados e feriados é de 2/5, correspondente a 2 dias de descanso (sábado e domingo) para 5 dias de trabalho (quando considerada uma semana normal, sem feriados). Pretende que *"no cálculo dos repousos semanais remunerados e feriados seja considerado o sábado como dia de descanso, apurando-se ainda as diferenças de repousos e feriados pagos, com os reflexos décimos terceiros salários, férias com 1/3, aviso prévio e FGTS com multa de 40%, conforme pleiteado à exordial."*

A reclamada afirma que a defesa não sustentou tão somente a aplicação da excludente contida no inciso I, do art. 62, da CLT. Assevera que *"o autor não prestava horas extras e que não se poderia praticar, no caso, a inversão do ônus da prova a que se refere a súmula 338 do TST porque os serviços eram executados externamente, assim como fora do estabelecimento da Recorrente que sequer o possuía no local da prestação de serviços do autor. E por serem executados externamente essa prova teria que ser robusta. O mesmo se aplicaria ao intervalo sendo indispensável a produção de prova robusta para que tais pedidos pudessem ser acolhidos."* Diz que a preposta em momento nenhum afirmou que a jornada era controlável, ao contrário, declarou que as atividades executadas pelo autor poderiam - ou não - ser acompanhadas e que tal acompanhamento não implicava em controle de jornada. Argumenta que o ônus da prova era do reclamante e que não há prova que possa corroborar a jornada de trabalho declinada na inicial. Defende ser inaplicável o parágrafo segundo do artigo 74 da CLT, pois é incontroverso que não possuía estabelecimento em Porto Alegre. Aduz que, conforme depoimento da testemunha do autor, não há prova da não fruição do intervalo intrajornada. Quanto à jornada arbitrada, defende que *"as horas extraordinárias sejam calculadas de acordo com os documentos juntado no id 8db6a8b, afinal, ambas as testemunhas declararam que todas as visitas eram lançadas e encerrada em tais documentos."* Também busca aplicação do entendimento da OJ 397 da SDI-1 do TST quanto à base de cálculo, bem ainda seja excluída da condenação os reflexos das horas extras nos repousos semanais remunerados, tal como estabelece a OJ 394 da SDI-1.

Ao exame.

De início, importa destacar que o art. 62 da CLT dispõe não estarem abrangidos pelo capítulo referente à duração do trabalho os empregados ocupantes de cargo de gestão e aqueles que exercem atividade



externa "incompatível com a fixação de horário de trabalho, devendo tal condição ser anotada na Carteira de Trabalho e Previdência Social e no registro de empregados". Dessa forma, os empregados que exercem suas funções externamente não possuem, em tese, direito a horas extras.

Entretanto, não basta a simples constatação de que o empregado exerce atividade externa; tal atividade deve ser tida como incompatível com a fixação de horário de trabalho. Necessário verificar a existência ou não de fiscalização da jornada de trabalho. Se inexistente, ou seja, se o empregado tem a liberdade de realizar a sua atividade no tempo que lhe aprouver, podendo parar quando e onde desejar, há a incidência da norma citada. Se, ao contrário, há fiscalização do empregador durante o trabalho exercido externamente no que se refere a horários e tempo de parada, não há falar em aplicação do dispositivo consolidado.

A prova de labor externo, por sua natureza e circunstâncias, é, efetivamente, inconciliável com a fixação de horário, constitui ônus da reclamada, por se tratar de fato impeditivo do direito vindicado (horas extras), na forma do disposto nos artigos 818 da CLT e 373, II, do CPC.

No caso é incontroverso o exercício de trabalho externo pelo reclamante, no desempenho da função de "executivo de demanda junior", no período de 10-04-2018 a 05-06-2019, quando o contrato foi extinto, sem justa causa, por iniciativa patronal (TRCT, ID. 61fa484). Destarte, cumpre verificar se as atividades exercidas pelo autor eram suscetíveis de controle pelo empregador.

Conforme o contrato de trabalho (ID. 47aae3f) o reclamante foi contratado para cumprir atividade externa incompatível com fixação de horário e com uma hora de intervalo. Nada obstante, a prova oral produzida confirma a existência de controle de jornada, ainda que indireto.

A preposta da ré, em seu depoimento, declarou "*que o reclamante tinha função de executivo de demanda, mas, na verdade, atuava fazendo oferta e venda de produtos para laboratório; que o reclamante respondia diretamente ao gerente Leonardo, que é um gerente nacional; que a combinação com os propagandistas e que eles trabalhem dentro do horário das 08h às 17h e que façam pelo menos 01h de intervalo para o almoço; que empresa tem o sistema IM, onde ficam registradas as visitas que serão feitas por cada propagandista, a fim de permitir que a empresa faça um mapeamento da zonas de atuação; que o vendedor deve abrir a visita e lançar lá no sistema; que no sistema fica registrado o horário em que ele abre a visita; que quando encerra a visita o vendedor deve finalizá-la no sistema e aí também fica registrado o horário desse encerramento; que o vendedor precisa fazer esse registro para poder abrir a próxima visita; que o autor fazia de 10 a 12 visitas por dia em Porto Alegre; que não consultou os registros do reclamante, mas sabe que a média de tempo nas visitas é de 20min a 30min; que às vezes acontece uma longa espera e, nesses casos, o vendedor não chega fazer 10 ou 12 visitas no mesmo dia; que o gerente gerencia as visitas através do sistema, controlando a demanda do produto*



e dando apoio aos vendedores, que o gerente viaja e acompanha os vendedores mas isso não é frequente porque ele gerencia muitos vendedores" (ID. 63b5884).

O autor declarou em depoimento "*que fazia 13 visitas médicas e 2 farmácias por dia; que seu supervisor era Fabiano Santana; que também havia um gerente distrital (Pedro) e acima dele o gerente nacional; que trabalhava das 08h às 19h, com intervalo de 30min, de segunda a sexta; que qualquer alteração do seu roteiro teria de ser antes combinada com seu gestor, Pedro Caminha; que nunca chegou a deixar de fazer as 15 visitas por dia que eram de sua atribuição; que saía de casa direto para as visitas e depois retornava direto para sua casa" (ID. 63b5884).*

A testemunha Rogerio Costa - convidada pela reclamada - informou que "*trabalha na reclamada desde 2013, como executivo de demanda, ou seja, vendedor propagandista; que há um gerente distrital e um gerente nacional; que a gerente distrital tem acesso ao sistema em que registra as visitas aos clientes e uma vez acompanhou o depoente em suas visitas; que faz uma média de 12 visitas por dia e às vezes consegue fazer mais, às vezes menos; que o horário combinado para trabalharem é das 8h às 17h30min mais ou menos, com intervalo de 1h de almoço; que o sistema em que registra as visitas faz constar o horário em que começa e horário que termina a visita; que não consideram os períodos de deslocamento entre um médico e outro; que em média a visita dura de 15min a 20min, embora eventualmente possa acontecer de esperar por um médico cerca de 1h, por exemplo; que a rotina de trabalho é a mesma para os vendedores no Brasil inteiro; que não tem ideia de quanto tempo gasta em deslocamento entre os médicos; que quando precisa atuar em uma cidade próxima, chega levar 1h para chegar até lá, mas entre um consultório outro o tempo não é longo de deslocamento, depende muito da região; que sempre consegue fruir pelo menos 1h de intervalo para repouso e alimentação; que usa celular e iPad fornecidos pela empresa, nos quais pode fazer registros das visitas; que a orientação da empresa é deixar ambos com o GPS ativado; [...]" (ID. 63b5884, sublinhei).*

A testemunha Alexandre - ouvida a convite do autor - informou "*que trabalhou para o laboratório de março de 2017 a meados de 2019; que o depoente trabalhava na região do Vale dos Sinos e o reclamante em Porto Alegre; que desconhece o horário de trabalho do reclamante; que o depoente e o reclamante respondiam à gerência, primeiramente Leonardo e depois Pedro; que toda vez que abria uma visita em certo horário, os gerentes sabiam que estava efetuando a visita; que quando encerrava a visita, também ficava registrado o horário; os gerentes tinham acesso em tempo real a essas informações; que tinham um roteiro pré determinado online; que não acompanhava a rotina do reclamante e não sabe quanto tempo fazia de intervalo; que o depoente não conseguia ter uma hora inteira de intervalo; que tinha uma media de visitação de 13 médicos por dia mais uma farmácia; que tinham de determinar previamente o roteiro e que médicos visitariam, dentro de um horário padronizado, que o gestor precisava sempre autorizar, inclusive alteração no roteiro; que utilizava tablet, com sua*



geolocalização; que após as visitas, quando chegava em casa ainda tinha tarefas que demandavam em torno de 1h de trabalho, e acredita que o reclamante também; [...]; que não havia sede física do laboratório em Porto Alegre; que cada visita e deslocamento levam em torno de uma hora e pouco" (ID. d66c527, sublinhei).

Com efeito, o cenário probatório torna evidente a existência de controle da jornada de trabalho do autor, ainda que de forma indireta. A prova oral produzida comprova que era necessário elaborar um roteiro e submetê-lo à aprovação do gerente, sendo necessário inclusive autorização deste para eventual alteração. Além disso, era exigido anotar no sistema o horário de início e término de cada visita, por meio do celular ou *tablet* fornecidos ao empregado, ficando disponível para consulta no sistema. Ademais, era necessário deixar o celular ou tablet com GPS ativo, corroborando a existência de fiscalização indireta do horário.

Assim, considerando-se os elementos fáticos analisados, entende-se configurada na espécie a possibilidade de controle da jornada de trabalho efetivamente cumprida pelo reclamante. Sinalo que constitui requisito indispensável ao enquadramento do empregado na exceção prevista no artigo 62, I, da CLT, além do exercício de atividades externas, a incompatibilidade de fixação de horário de trabalho, o que não se evidencia no caso. Ao contrário, verifica-se que a empregadora realizava o controle indireto da jornada de trabalho do autor por meio de equipamentos eletrônicos fornecidos, lançamento de visitas e controle do roteiro a ser cumprido.

Assim, entendo correta a sentença que afastou o enquadramento do autor na exceção prevista no art. 62, I, da CLT.

Dessa forma, cabia à ré trazer aos autos os registros de horário do autor, prova por excelência da jornada de trabalho, diante das disposições do parágrafo 2º do artigo 74 da CLT. Todavia, desse encargo não se desincumbiu. Tendo, portanto, descumprido o dever de documentação que lhe cabia, incide no caso o entendimento preconizado pela Súmula nº 338, I, do TST.

A inexistência de documentação da jornada, todavia, não enseja presunção absoluta de veracidade da jornada de trabalho sustentada pelo empregado, na medida em que a inobservância da norma pelo empregador inverte o ônus da prova, competindo a este o ônus de provar a realização de jornada diversa da declinada na petição inicial.

É imperioso, portanto, ponderar os demais elementos de prova colacionados aos autos. No aspecto, tendo em conta as alegações da inicial e os demais elementos de prova dos autos, bem ainda pautado pelo princípio da razoabilidade e pelas peculiaridades da atividade desempenhada pelo autor, tenho por adequada a jornada reconhecida na origem, inclusive no que tange aos intervalos, *in verbis*:



Diante do descumprimento do dever de documentação pela reclamada, acolho as jornadas referidas pelo reclamante e, conforme a inicial e seu depoimento, fixo que trabalhou das 8h às 19h, com 30 minutos de intervalo intrajornada, de segunda-feira a sexta-feira. No arbitramento em questão estão compreendidas, além da atividade principal de visitação, as atividades auxiliares descritas na peça inicial. Não houve adoção de regime compensatório, ainda que semanal, inclusive pela ausência de apresentação de controles específicos, e, por via reflexa, não há falar na hipótese de que cuida a súmula 85 do TST. [...]

(ID. 01cfbcd).

Relativamente à carga horária arbitrada, as razões de recurso das partes não alteram o decidido, pois a Julgadora de origem arbitrou *uma média* razoável das horas laboradas para fins de apuração das horas extras devidas, já considerando as atividades auxiliares descritas na inicial (atividades burocráticas, como alegado no apelo do reclamante) e também eventuais encerramentos de jornada antes do horário final arbitrado (conforme indicado no depoimento da testemunha da reclamada). Idêntico raciocínio embasa o arbitramento da fruição de 30 minutos de intervalo intrajornada, mormente considerando as peculiaridades da atividade de propagandista. Registro que o documento juntado no ID. 8db6a8b não pode ser adotado, por si só, para fins de fixação da jornada, porquanto se trata de relatório unilateralmente produzido pela ré. Dessa forma, mantenho integralmente a sentença quanto à carga horária arbitrada, a qual entendo ter sido fixada com equidade. Ainda, é oportuno destacar que não se cogita de regime de compensação válido, ante a ausência dos cartões-ponto.

Dito isso, o Juízo de origem deferiu ao autor horas extras fixando os seguintes critérios:

[...]

Em razão das jornadas de trabalho arbitradas e da inexistência de regime compensatório, é devido o pagamento de horas extraordinárias, assim consideradas as excedentes a 8 horas por dia e/ou 40 horas por semana. O divisor a ser adotado é o 200. O reclamante não era comissionista, os prêmios que recebeu pelo atingimento de metas têm natureza diversa, de modo que não há que se falar em pagamento apenas do adicional das horas extras, nos termos da súmula 340 e OJ 397, ambas do TST.

No que se refere aos repousos e feriados, o reclamante recebia parte do salário de forma fixa, e parte de forma variável. A parte fixa já contempla os repousos. Já no que se refere aos repousos sobre a parte variável, de fato verifico que a reclamada efetuou o pagamento a menor, pois como regra utilizou a razão de 1/6 sobre o valor da remuneração variável, sem considerar que o sábado também é dia de repouso remunerado. Assim, são devidas diferenças de repousos em relação à parte variável (paga e deferida). Quanto à forma de cálculo, equivocadas as proposições da inicial e do perito assistente do reclamante. A razão de 1/6 adotada para o cálculo dos repousos leva em consideração a quantidade média de repousos semanais e feriados ao longo do ano, para uma média mensal, que equivale a 1/6. Esta razão não significa, portanto, 1 dia de repouso por 6 dias de trabalho. Mas sim que, considerando os 30 dias do mês, em média, 1/6 deste tempo é destinado aos repousos, considerando o salário mensal. Veja-se, que 1/6 equivale à 16,66%. E a fração de 2/5 proposta na inicial equivalente a 40%, valor superior à dobra do que é pago normalmente a título de repousos. Ainda, destaco que, caso fosse acolhido o critério pretendido pelo autor, deveria ser adotado o divisor 240, e



não o divisor 200, adotado, o que obviamente representaria critério mais prejudicial. Assim, por todo o exposto, fixo que a razão a ser adotada é a de 30% sobre o valor mensal pago a título de remuneração variável.

Em relação aos sábados, entendo que não há previsão contratual, tampouco norma coletiva estabelecendo o sábado como dia de repouso. Veja-se que nem o contrato de trabalho (ID. 47aae3f), nem as CCTs 2018/2019 e 2019/2020 (ID. 26d12f9 - juntadas com a inicial) estabelecem que o sábado deva ser adimplido como repouso semanal remunerado, nos termos da Lei 605/49. Portanto, não considero o sábado como dia de repouso.

Entendo que o sábado é dia útil não trabalhado, inexistindo repercussões financeiras quanto ao fato, não havendo falar em sábados como repouso semanal remunerado. Ademais, o fato de não existir necessidade de labor aos sábados é benéfico ao empregado que tem um dia a mais de folga para descanso e convivência social e familiar, não havendo diferenças de repouso semanal remunerado, já englobados pela remuneração mensal do autor.

Nada obstante, não havendo recurso específico da reclamada a esse respeito, mantenho a sentença quanto a tal aspecto, inclusive quanto ao critério de cálculo (objeto do recurso do autor) já que, como referido, no entendimento deste Relator, sequer seriam devidas diferenças de repouso semanal remunerado pela consideração do sábado como dia de repouso.

Outrossim, no contrato de trabalho há previsão de que o autor foi contratado para trabalhar de segunda a sexta-feira (cláusula 3ª - ID. 47aae3f). Outrossim, verifico que nas fichas financeiras (ID. 7a67027), ao lado da rubrica "salário", consta a referência "200", a indicar que o autor estava sujeito a carga horária semanal de 40 horas. Logo, mantenho a sentença quanto à adoção do divisor 200 para fins de apuração das horas extras deferidas.

Ainda, tendo em vista que o autor não percebia comissões, mas sim prêmios (conforme consta claramente nas fichas financeiras), não incide o disposto na Súmula 340 e OJ 397 da SDI-1, ambas do TST.

Diversamente ao decidido, são indevidos os reflexos decorrentes do aumento da média remuneratória, em razão do entendimento contido na redação anterior da OJ 394 da SDI-1 do TST, incidente ao caso.

Ressalto que o Tribunal Pleno do Tribunal Superior do Trabalho, em Sessão Ordinária presencial realizada no dia 20-03-2023, julgou o IncJulgRREmbRep - 10169-57.2013.5.05.0024 (Tema 9), decidindo, por maioria, alterar o teor da Orientação Jurisprudencial 394 da SBDI-I do TST, atribuindo-lhe a seguinte redação:



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

I. A majoração do valor do repouso semanal remunerado, decorrente da integração das horas extras habituais, deve repercutir no cálculo, efetuado pelo empregador, das demais parcelas que têm como base de cálculo o salário, não se cogitando de bis in idem por sua incidência no cálculo das férias, da gratificação natalina, do aviso prévio e do FGTS;

II - O item I será aplicado às horas extras trabalhadas a partir de 20/3/2023.

(sublinhei)

Considerando que o presente caso não trata de horas extras trabalhadas a partir de 20-03-2023, aplica-se o entendimento contido na redação anterior da referida OJ 394 da SDI-1 do TST, que dispunha:

REPOUSO SEMANAL REMUNERADO - RSR. INTEGRAÇÃO DAS HORAS EXTRAS. NÃO REPERCUSSÃO NO CÁLCULO DAS FÉRIAS, DO DÉCIMO TERCEIRO SALÁRIO, DO AVISO PRÉVIO E DOS DEPÓSITOS DO FGTS. A majoração do valor do repouso semanal remunerado, em razão da integração das horas extras habitualmente prestadas, não repercute no cálculo das férias, da gratificação natalina, do aviso prévio e do FGTS, sob pena de caracterização de bis in idem.

Assim, dou provimento ao recurso da ré para excluir da condenação as diferenças de aviso prévio, décimos terceiros salários e férias (remuneração com acréscimo de 1/3), pelo cômputo das horas extras deferidas, já integrados pelos repouso semanais remunerados e feriados, pelo aumento da média remuneratória.

De outra parte, relativamente ao intervalo intrajornada, ainda que não expressamente arguido no recurso da reclamada, impõe-se observar que se trata de contrato de trabalho que foi firmado já na vigência da Lei 13.467/17. Logo, incide ao caso a nova redação do art. 71, § 4º da CLT, o qual estabelece que a não concessão ou a concessão parcial do intervalo intrajornada mínimo para repouso e alimentação implica o pagamento, de natureza indenizatória, apenas do período suprimido, com acréscimo de 50% (cinquenta por cento) sobre o valor da remuneração da hora normal de trabalho. Dessa forma, quanto às horas extras deferidas em razão da supressão do intervalo intrajornada, merece parcial provimento o recurso da ré, para limitar a condenação apenas ao período suprimido do intervalo de uma hora, acrescido do adicional de 50%, em razão dos intervalos intrajornadas não fruídos, conforme a carga horária arbitrada, sem integração nas demais parcelas, visto seu caráter indenizatório.

Diante de todo o exposto, nego provimento ao recurso ordinário do autor e dou parcial provimento ao recurso da ré para: **a)** excluir da condenação os reflexos decorrentes do aumento da média remuneratória



pelo cômputo das horas extras deferidas; **b)** limitar a condenação apenas ao período suprimido do intervalo de uma hora, acrescido do adicional de 50%, em razão dos intervalos intrajornadas não fruídos, conforme a carga horária arbitrada, sem integração nas demais parcelas, visto seu caráter indenizatório.

III - RECURSO DA RECLAMANTE

1. Diferenças salariais. Reajustes normativos.

O reclamante assevera que, diversamente ao decidido, existem diferenças em relação à parcela em questão conforme demonstrado através do parecer de seu assistente, no item D (ID. 7ea3624). Ressalta que eventual compensação somente é possível dentro do mesmo período de vigência das normas coletivas. Reitera o pedido de pagamento de diferenças salariais decorrentes dos reajustes normativos no ano de 2019, sendo vedada a compensação dos valores pagos relativos a períodos de outras competências, com reflexos em horas extras, décimos terceiros salários, férias com 1/3, aviso prévio e FGTS com a multa de 40%.

Considerando o reajuste previsto na norma coletiva (3,94%, conforme a cláusula 3ª da CCT 2019/2020 - ID. 26d12f9 - Pág. 16) e os valores pagos ao reclamante conforme a ficha financeira juntada no ID. 7a67027, entendo insubsistente o demonstrativo juntado pelo autor no ID. 7ea3624 - Pág. 3. Assim, mantenho a sentença por seus próprios fundamentos, *in verbis*:

REAJUSTES NORMATIVOS. Mediante cotejo entre as normas coletivas aplicáveis, anexas à peça inicial, e das fichas financeiras do autor, observo que os reajustes salariais praticados pela reclamada durante o período contratual foram superiores àqueles pactuados. Desta forma, inexistem diferenças salariais em favor do reclamante, no aspecto.

2. Forma de cálculo do imposto de renda.

No tópico, o autor limita-se a requerer seja determinada a aplicação da Orientação Jurisprudencial nº 400 do TST e da Súmula nº 53 deste Regional quanto aos juros do imposto de renda.

Verifico, entretanto, que a Julgadora de origem assim decidiu quanto a juros e descontos fiscais: "[...] A correção monetária deverá ser realizada com base no IPCA-E. Juros de mora na forma da Constituição. A atualização do FGTS deve seguir os mesmos critérios dos créditos trabalhistas. Não são cabíveis descontos fiscais e previdenciários, porque a executada é responsável exclusiva pela ausência de repasse à época própria, na forma do artigo 33, § 5.º, parte final, da Lei n.º 8.212/91. A contribuição previdenciária do empregador compreende o percentual de 20%, acrescida da parcela SAT e excluída a contribuição a terceiros. Não há compensação referente à mesma competência e ao mesmo fato gerador passíveis de serem deferidos. [...]". Logo, não foram fixados na sentença critérios quanto à apuração de juros e incidência de imposto de renda.



De toda sorte, segundo entendimento desta Turma Julgadora, o critério de cálculo dos descontos previdenciários e fiscais é matéria própria a ser dirimida em liquidação de sentença.

Nada a prover.

3. Natureza jurídica das parcelas.

Na hipótese de provimento de seu recurso, o autor postula seja observado o que preceitua o art. 832, §3º, da CLT, indicando-se a natureza jurídica das parcelas acrescidas à condenação.

Diante do não provimento do recurso do reclamante, não se aplica o requerimento quanto à observância do art. 832, §3º, da CLT.

4. Prequestionamento

Por fim, consideram-se prequestionadas as matérias versadas no recurso interposto, nos termos da Orientação Jurisprudencial nº 118 da SDI-1 do TST, *in verbis*:

PREQUESTIONAMENTO. TESE EXPLÍCITA. INTELIGÊNCIA DA SÚMULA Nº 297. Inserida em 20.11.97. Havendo tese explícita sobre a matéria, na decisão recorrida, desnecessário contenha nela referência expressa do dispositivo legal para ter-se como prequestionado este.

Nesse mesmo sentido, a Súmula nº 297, I, do TST, nestes termos:

PREQUESTIONAMENTO. OPORTUNIDADE. CONFIGURAÇÃO (nova redação) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003

I. Diz-se prequestionada a matéria ou questão quando na decisão impugnada haja sido adotada, explicitamente, tese a respeito.

Destarte, em que pese as matérias tenham sido satisfatoriamente enfrentadas e fundamentadas, considero-as prequestionadas para os fins de direito.

IV - RECURSO DA RECLAMADA. MATÉRIAS REMANESCENTES

1. Diferenças de prêmios.

A reclamada alega que o autor não provou o fato constitutivo do seu direito no sentido de que recebia os prêmios em valores inferiores àqueles devidos. Requer seja afastada a condenação. Sucessivamente, assevera que não poderia ser aplicado aleatoriamente o percentual de 40% informado na inicial. Afirma que eventual condenação deve ser objeto de apuração na fase de liquidação, porque diz respeito a diferenças de valores variáveis, não tendo nenhuma razoabilidade a aplicação constante e fixa de um



mesmo percentual sobre uma base de cálculo inteiramente estranha, por sua natureza, à apuração de prêmios.

Análise.

A demandada apresentou a ficha financeira dos valores pagos ao reclamante (ID. 7a67027), a qual consigna pagamentos a título de "prêmio" em valores variáveis. Considerando que o ônus probatório quanto ao correto pagamento da parcela incumbia à empregadora, impõe-se reconhecer a existência de diferenças em favor do autor. Quanto ao percentual arbitrado, tendo em conta a média de valores constantes na ficha financeira, entendo razoável o valor arbitrado na sentença. Assim, mantenho a sentença quanto a tais aspectos, *in verbis*:

REMUNERAÇÃO VARIÁVEL. A prática de remuneração variável durante o contrato, sob o título de "premiações", restou incontroversa. A reclamada não traz aos autos os documentos que demonstrem produtividade e desempenho do autor, como o relatório dos produtos vendidos, por exemplo, o que impede a aferição da correção dos pagamentos a título de remuneração variável. Destaco que o pagamento tempestivo do salário deve ser feito mediante recibo, o que implica concluir tratar-se de prova a ser produzida de modo documental e exibida em juízo, por quem emprega a força de trabalho (art. 464 da CLT). A não apresentação destes documentos, quando o empregador está obrigado a mantê-los, não gera mera presunção de veracidade das alegações contidas na petição inicial, mas sim impõe a aplicação da sanção contida no artigo 400 do CPC, qual seja, reputar corretos os fatos narrados na inicial. Ainda, a própria testemunha ouvida a convite da ré afirma

"que cada ciclo de vendas tem uma meta, ou seja, um mínimo de vendas que precisam fazer para obter a premiação; que recebem o prêmio sempre referente ao mês anterior; que a pontuação é feita quando ocorre a venda do remédio na farmácia; que a empresa informa quantas vendas foram feitas, mas não mostra notas fiscais nem tem acesso a documentos que comprovem essa quantidade; que apenas acreditam na informação que é repassada à reclamada por uma empresa terceirizada contratada para esse fim", ou seja, a reclamada sequer permitia dar conhecimento aos empregados a respeito do sistema de premiação/comissionamento, o que possibilita a transferência dos riscos de negócio ao empregado, ao se reduzir um percentual de comissões, por exemplo, quando as vendas aumentam, o que é vedado pela legislação. Impõe-se, por decorrência, o reconhecimento de que remanescem diferenças a pagar a título de premiação. Conforme a alegação do reclamante, arbitro o valor devido no patamar de 40% de sua remuneração, parte fixa e variável.

Contudo, diante do efeito devolutivo amplo do recurso, tendo em conta que se trata de contrato firmado já na vigência da Lei 13.467/17, incide à hipótese a nova redação dada ao art. 457, § 2º, da CLT, *in verbis*:

Art. 457 - Compreendem-se na remuneração do empregado, para todos os efeitos legais, além do salário devido e pago diretamente pelo empregador, como contraprestação do serviço, as gorjetas que receber.

(...)



§ 2º As importâncias, ainda que habituais, pagas a título de ajuda de custo, auxílio-alimentação, vedado seu pagamento em dinheiro, diárias para viagem, prêmios e abonos não integram a remuneração do empregado, não se incorporam ao contrato de trabalho e não constituem base de incidência de qualquer encargo trabalhista e previdenciário.

(sublinhei)

Assim, os valores pagos a título de "prêmio" possuem natureza indenizatória. Nesses termos, considerando que o § 2º do art. 457 da CLT definiu a natureza indenizatória da parcela, não há falar em integração à remuneração e reflexos daí decorrentes.

Diante do exposto, dou parcial provimento ao recurso da reclamada para absolvê-la da condenação ao pagamento de "*diferenças de repousos e feriados sobre as comissões pagas e devidas, conforme fundamentação*" e de "*diferenças de aviso-prévio, décimos terceiros salários e férias (remuneração com acréscimo de 1/3), pelo cômputo das diferenças de remuneração variável [...], já integrados pelos repousos semanais remunerados e feriados, pelo aumento da média remuneratória*".

2. Justiça gratuita concedida ao reclamante.

A reclamada insurge-se contra a concessão do benefício da justiça gratuita à parte autora. Em síntese, alega que não foi comprovada a insuficiência de recursos para pagar as despesas processuais, conforme o disposto no § 4º do art. 790 da CLT.

Examino.

A presente demanda foi ajuizada em 18-12-2019, já na vigência da Lei 13.467/2017.

Inicialmente cumpre destacar que a Constituição Federal assegurou como direito fundamental a gratuidade da justiça aos desamparados, nos termos do art. 5º, LXXIV, que assim dispõe: "*o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos*".

Entendo possível, com base no parágrafo 3º do art. 790 da CLT, conceder ao empregado o benefício da justiça gratuita, isentando-o do pagamento das custas e demais despesas processuais, uma vez que declarada a insuficiência econômica sob as penas da lei (ID. cd132ef).

Relevante salientar que, de acordo com disposto no § 3º do art. 99 do CPC, "*Presume-se verdadeira a alegação de insuficiência deduzida exclusivamente por pessoa natural*" e, no caso dos autos não há nenhum elemento de prova capaz de afastar a presunção de veracidade da declaração de insuficiência econômica firmada pela parte autora.

No mesmo sentido são as decisões deste Tribunal:



BENEFÍCIO DA JUSTIÇA GRATUITA. ISENÇÃO DAS CUSTAS PROCESSUAIS. A juntada aos autos de declaração de insuficiência econômica atende o requisito para o reconhecimento da impossibilidade do empregado de arcar com as despesas do processo sem prejuízo próprio e de sua família, pois tal declaração goza de presunção de veracidade e deve ser acolhida como fundamento para deferimento do benefício nos termos do art. 99, §2º, do NCPC. (TRT da 4ª Região, 10ª Turma, 0020259-08.2018.5.04.0015 ROT, em 29/03/2019, Desembargadora Rejane Souza Pedra)

BENEFÍCIO DA ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. É presumivelmente verdadeira a declaração do autor de que não possui condições de arcar com as custas do processo e os honorários periciais, sem prejuízo de seu sustento, sendo devida a concessão do benefício da gratuidade de justiça, com fulcro no art. 790, §3º, da CLT. (TRT da 4ª Região, 2ª Turma, 0021670-84.2017.5.04.0221 ROT, em 21/11/2019, Desembargadora Tânia Regina Silva Reckziegel)

BENEFÍCIO DA JUSTIÇA GRATUITA. AÇÃO AJUIZADA APÓS A VIGÊNCIA DA LEI 13.467/17. Ainda que aplicável ao caso a nova redação do art. 790, § 3º, da CLT, a mera referência ao valor nominal do salário percebido pelo reclamante não é suficiente para indeferir o benefício de gratuidade vindicado, diante da declaração de pobreza firmada ao feitiço legal e que se presume verídica, máxime diante da circunstância de que o salário apontado na petição inicial é pouco superior ao limite de 40% do denominado teto previdenciário. Recurso ordinário do reclamante provido. (TRT da 4ª Região, 7ª Turma, 0020121-68.2018.5.04.0006 ROT, em 26/08/2019, Desembargador Wilson Carvalho Dias)

Neste contexto, o autor tem direito ao benefício da justiça gratuita, o que o isenta do recolhimento de custas e demais encargos processuais, nos termos da legislação vigente.

Nada a prover.

3. Efeito devolutivo.

No tópico intitulado "*Questões não apreciadas que, caso superadas as nulidades suscitadas, ficam devolvidas à apreciação do Tribunal*", a reclamada alega: "*Caso não pronunciada a nulidade da decisão em razão dos vícios apontados no presente recurso, requer a devolução ao Tribunal de todas as matérias acima veiculadas e que não foram enfrentadas devidamente, ou fundamentadas, pela sentença.*"

As matérias abordadas no recurso da reclamada foram devidamente enfrentadas, conforme acima fundamentado. De resto, não se trata de aplicação do entendimento contido na Súmula 393 do TST, pois o requerimento se afigura absolutamente genérico.

FERNANDO LUIZ DE MOURA CASSAL

Relator

VOTOS



Assinado eletronicamente por: FERNANDO LUIZ DE MOURA CASSAL - 13/07/2023 04:16:11 - de21b3f
<https://pje.trt4.jus.br/segundograu/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam?nd=23052914271654000000075527212>
 Número do processo: 0021337-36.2019.5.04.0004
 Número do documento: 23052914271654000000075527212
 ID. de21b3f - Pág. 15

DESEMBARGADORA BEATRIZ RENCK:

IV - RECURSO DA RECLAMADA. MATÉRIAS REMANESCENTES

1. Diferenças de prêmios.

No que tange aos reflexos dos prêmios objeto de condenação, peço venia para divergir.

Isso porque, em que pese o contrato de trabalho tenha sido celebrado já na vigência da Lei 13.467/2017, entendo que os prêmios objeto de controvérsia se assemelham, para fins de integrações, às comissões, pois ligados, também, ao volume de vendas.

De qualquer sorte, no caso destes autos, não há insurgência da reclamada quanto aos reflexos dos prêmios e os contracheques revelam que os valores pagos no curso do contrato sobre a rubrica foram integrados nas demais parcelas, como férias com 1/3, 13ºs e FGTS.

Assim, entendo que merece ser mantida a sentença também neste particular.

DESEMBARGADORA SIMONE MARIA NUNES:

IV - RECURSO DA RECLAMADA. MATÉRIAS REMANESCENTES

1. Diferenças de prêmios.

Peço vênua ao Exmo. Relator para acompanhar a divergência, por seus próprios fundamentos.

PARTICIPARAM DO JULGAMENTO:

DESEMBARGADOR FERNANDO LUIZ DE MOURA CASSAL (RELATOR)

DESEMBARGADORA BEATRIZ RENCK

DESEMBARGADORA SIMONE MARIA NUNES

