



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

## **Recurso Ordinário Trabalhista** **0102137-27.2017.5.01.0482**

**Relator: ROSANE RIBEIRO CATRIB**

### **Processo Judicial Eletrônico**

**Data da Autuação: 18/09/2022**

**Valor da causa: R\$ 100.000,00**

**Partes:**

**RECORRENTE:** JESSE DA CONCEICAO ALMEIDA

**ADVOGADO:** GRACIELA JUSTO EVALDT

**RECORRENTE:** GLAXOSMITHKLINE BRASIL LTDA

**ADVOGADO:** ALEXANDRA ZAMA MISSAGIA

**RECORRIDO:** JESSE DA CONCEICAO ALMEIDA

**ADVOGADO:** GRACIELA JUSTO EVALDT

**RECORRIDO:** GLAXOSMITHKLINE BRASIL LTDA

**ADVOGADO:** ALEXANDRA ZAMA MISSAGIA



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

**PROCESSO nº 0102137-27.2017.5.01.0482 (ROT)**

**RECORRENTE: JESSE DA CONCEICAO ALMEIDA,  
GLAXOSMITHKLINE BRASIL LTDA.**

**RECORRIDO: JESSE DA CONCEICAO ALMEIDA,  
GLAXOSMITHKLINE BRASIL LTDA.**

**RELATOR: ROSANE RIBEIRO CATRIB**

**EMENTA**

**RECURSO DO RECLAMADO**

**DIFERENÇA DE PREMIAÇÃO.** 1. É da reclamada a prova das condições impostas para pagamento do prêmio, assim como para cálculo do valor devido, tenha ela natureza salarial ou indenizatória, conforme sustentado na defesa, ônus do qual não se desincumbiu. 2. A ausência de documentos impossibilita a apuração dos exatos valores devidos ao Reclamante, conforme informado pelo perito. Quando não se tem essa possibilidade, caberá ao juiz determinar a quem se deve serem incompletos os resultados do processo instrutório. No caso, não há dúvida: à reclamada. 2. Devidas diferenças com observância dos parâmetros informados na inicial. **Negado provimento.**

**RECURSO COMUM AS PARTES.**

**HORAS EXTRAS. ATIVIDADE EXTERNA. FIXAÇÃO DA JORNADA** 1. Para estar caracterizada a hipótese do art. 62, I, da CLT, indispensável, além da realização de trabalho externo, não só a ausência de subordinação a horário, mas a impossibilidade de controle pelo empregador. O fato de o empregado executar suas tarefas em trabalho eminentemente externo, longe da vista de seu empregador, não induz à automática incidência do art. 62 da CLT, devendo ser considerado se este último detém meios de controle, que lhe permitam acompanhar as atividades desenvolvidas no curso da jornada. 3. Os recursos tecnológicos disponíveis às empresas acabaram por afastar, na maior parte das hipóteses de trabalho externo, a impossibilidade de fiscalização dos horários de início e encerramento da jornada e do intervalo. 4. Confirmada não só a possibilidade, mas a efetiva fiscalização, inclusive da fruição do intervalo para refeição. **Negado provimento.**

**RECURSO DO RECLAMANTE**

**EQUIPARAÇÃO SALARIAL.** 1. No direito do Trabalho, vale a regra de que, no curso do contrato de trabalho o empregado não pode renunciar



aos direitos que lhe são garantidos, admitindo-se a renúncia apenas por exceção, em se tratando de direito decorrentes do ajuste contratual, ou seja, do pactuado entre as partes, e condicionada à inexistência de prejuízo para o empregado. 2. Trata-se de isonomia salarial garantida em sede constitucional e no art. 461 da CLT. Nenhuma validade tem a renúncia declarada pelo Reclamante no momento da admissão. 3. Incontroversa a identidade de funções, cabe à Reclamada a prova da maior produtividade (TST 11.111, Súmula 6). 4. A prova pericial e inconclusiva com relação à produtividade e a perfeição técnica dos serviços realizados por reclamante e paradigma. 5. Não há obstáculos à pretendida equiparação. **Recurso provido.**

**HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. AÇÃO AJUIZADA ANTES DA EDIÇÃO DA LEI 13.467/2017.** 1. Tendo a presente reclamação trabalhista sido ajuizada em momento anterior à vigência da Lei n. (Reforma Trabalhista), deve ser mantido o posicionamento adotado antes da referida alteração legislativa, no sentido de que a condenação em honorários advocatícios, na Justiça do Trabalho limita-se às hipóteses previstas nas Súmulas 219 e 329 do TST. 2. Não preenchidos os requisitos previstos nos normativos acima mencionados não são devidos honorários de sucumbência. **Negado provimento.**

## RELATÓRIO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso Ordinário, em que são partes: **JESSÉ DA CONCEIÇÃO ALMEIDA** e **GLAXOSMITHKLINE BRASIL LTDA.**, como Recorrentes, e **SIMULTANEAMENTE**, como Recorridos.

Inconformados com a r. sentença proferida pela D. Juíza do Trabalho KAREN PINZON BLASKOSKI da 2ª Vara do Trabalho de Macaé/RJ (ID. 4079dbe - Pág. 1), que julgou **Procedentes em Parte** os pedidos constantes da inicial, interpõem **as partes** seus respectivos Recursos Ordinários.

O Reclamante interpõe recurso ordinário (ID c7c2d13 - Pág. 1) requerendo a reforma do julgado em relação aos seguintes tópicos: a) horas extraordinárias e reflexos (matéria comum); b) do sábado como dia de descanso para fins de cálculo dos repousos semanais remunerados e feriadós; c) inclusão do sábado para o cálculo dos repousos e feriadós sobre a parcela variável do salário (prêmios); d) diferenças de prêmios deferidas pela sentença; e) não recebimento dos Prêmios; f) diferenças de prêmios - impossibilidade de dedução e não aplicação da Lei nº 13.467/17 quanto aos reflexos, haja vista que se trata de parcela remuneratória; g) equiparação salarial; h) limitação da condenação aos valores indicados na inicial; i) honorários advocatícios sucumbenciais do reclamante; j) forma de cálculo do imposto de renda; k) critérios relativos aos juros e à correção monetária.



O Reclamado recorre no ID 789e17f - Pág. 1, sem preliminares, pugnando pela reforma do julgado no tocante aos seguintes temas: a) diferença de premiação; e b) horas extraordinárias e reflexos (matéria comum).

Contrarrazões do Reclamante no ID f119b59 - Pág. 1, sem preliminares.

Contrarrazões do Reclamado no ID c342bf8 - Pág. 1, sem preliminares.

É como os autos nos são submetidos ao relatório e voto, devendo ser dito, ainda, que se dispensa a remessa dos mesmos à Douta Procuradoria Regional do Ministério Público do Trabalho, por não ser hipótese de intervenção legal (art. 83, II, da Lei Complementar nº 75/1993) ou regimental (art. 85 do RI-TRT-01) e/ou das situações arroladas no Ofício PRT/1ª Região nº 737/2018, de 06/11/2018, ressalvada a competência ministerial para manifestar-se em qualquer fase do processo trabalhista, acolhendo solicitação ou por sua iniciativa, quando entender existente interesse que justifique a intervenção, como assinala o inciso II, do artigo 83, da já mencionada Lei Complementar nº 75/1993.

## FUNDAMENTAÇÃO

### CONHECIMENTO

Os recursos ordinários ora examinados preenchem os requisitos de admissibilidade: são tempestivos, são assinados por advogados regularmente habilitados nestes autos eletrônicos e devidamente investidos nos poderes para tanto por procurações, estando o preparo devidamente comprovado pelo reclamado (depósito recursal, ID 8e0482d - Pág. 2; custas judiciais, ID 722d2da - Pág. 2).

### MÉRITO

### MATÉRIA COMUM A AMBOS OS RECURSOS

### DIFERENÇA DE PREMIAÇÃO



Segundo a inicial, o reclamante foi contratado pelo reclamado em 06/06/2011 para exercer a função de "Propagandista-Vendedor". Narrou que na época do ajuizamento da ação o contrato de trabalho mantinha-se ativo e a última remuneração mista (parte fixa e variável) percebida foi no montante de R\$ 3.900,00.

Explicou o autor que o reclamado adotou sistema de premiação por metas atingidas. No entanto, esclarece que o pagamento da premiação não era efetuado corretamente. Acrescenta que a partir de abril de 2016 o reclamado deixou de pagar arbitrariamente as premiações, sob a justificativa de que não foram preenchidos os requisitos exigidos. Em razão disso, o autor veio à Juízo reivindicar os valores que entende devidos.

Em contestação (ID c4bf66a - Pág. 10), o reclamado defendeu-se afirmando que são inverídicas as alegações do autor, sobretudo porque sempre e comprovadamente quitou as parcelas variáveis de prêmio, inclusive integrando, por mera liberalidade, a média delas para todos os fins e efeitos, nas verbas salariais e rescisórias, como encontra-se consignado no TRCT.

O Juízo *a quo* julgou **procedente em parte** o pedido neste aspecto, valendo-se das seguintes razões de decidir, ID 4079dbe - Pág. 6, *verbis*:

"7.DIFERENÇA DE PREMIAÇÃO.

Sustenta o autor que não era possível conferir se a premiação paga pela reclamada a título de premiação era feita corretamente, já que os critérios de pagamento não eram disponibilizados adequadamente.

Acrescenta que a partir de abril de 2016 o autor não percebeu qualquer parcela a título de premiação, sob a justificativa de que não teria preenchido os requisitos para tanto.

Por fim, sustenta que as parcelas devidas a título de premiação possuem caráter salarial, posto que a contraprestação é mensal e, portanto, deve refletir em repouso semanal remunerado, horas extras, décimo terceiro salário, férias com 1/3 e FGTS.

A reclamada, em defesa, sustenta que quitou as parcelas variáveis a que o reclamante fez jus, "inclusive integrando, por mera liberalidade, a média delas para todos os fins e efeitos, nas verbas salariais e rescisórias, como noticia o TRCT anexo."

A norma coletiva da categoria (ID bb79edf), prevê em sua cláusula Décima Sétima que "a empresa que remunerar seus empregados pelo sistema de produção, mediante cotas de vendas ou objetivos estabelecidos pela empresa, ficará obrigada a fixar um critério prévio com cópia para o empregado".

Sobre a remuneração variável, assim constou no laudo pericial: "Do acervo probatório dos autos este Perito não identificou documentação que comprove o conhecimento antecipado do Reclamante sobre a quantidade de produtos a serem vendidos para a obtenção dos prêmios durante a contratualidade com a Reclamada."

Neste ponto, acrescentou o Expert que a "Reclamada juntou aos autos às fls. 742 e sob o ID 83fec2b, a Lista de Presença da Convenção GSK 2015 - Remuneração Variável, do grupo Primary Care -Antibióticos e Rinite, com os seguintes termos: "Declaro que tomei ciência das novas metodologias referentes à Remuneração Variável -a entrar em vigência em Maio/2015". Mas do referido documento este Perito não identificou a assinatura do Reclamante. À fl. 743 e sob o mesmo ID, a Reclamada juntou a Lista de Presença - Convenção 2013 - Primary Care, realizada de 21 a 25/01/2013, e à fl. 744, sob o ID



5d34efa, a Lista de Presença da Convenção GSK 2017 - Remuneração Variável, do grupo One Farma - Evolução. Verifica-se a assinatura do Reclamante em ambos os documentos."

Prosseguiu o Expert, afirmando que "Não foram identificados dos autos elementos contábeis que possibilitem a conferência da base de cálculo utilizada para o pagamento dos prêmios. " e que "Pelos documentos acostados aos autos fica de difícil comparação, comprovação e autenticação os valores pagos ao Reclamante a título de premiação, cabendo à Reclamada apresentar nos autos de forma pormenorizada e detalhada o atingimento dos percentuais de cobertura de cada item da grade de remuneração variável do Reclamante, a fim de possibilitar a conferência quanto à correção dos pagamentos."

Por fim, no que tange ao quesito 9 elaborado pela reclamada, reiterou o i. Perito que "Não foram identificados dos autos elementos contábeis que possibilitem as conferências das bases de cálculo, atingimento de metas, percentuais e etc., referente aos prêmios pagos ao Reclamante. Sendo a Reclamada a fonte pagadora, deve apresentar nos autos, de forma pormenorizada, a memória de cálculo dos valores dos prêmios pagos ao Reclamante e sua equipe."

A testemunha Priscilla, indicada pelo autor, afirmou, em seu depoimento "que não compreendia como eram os cálculos da premiação; que não tinha como conferir se o que eles receberam estava correto; que já pediu esclarecimento sobre a premiação, mas não souberam lhe explicar;(...)."

Assim, além da prova pericial que comprovou que a reclamada não trouxe aos autos os documentos necessários para apuração de eventuais diferenças devidas ao autor, a prova testemunhal ressaltou a ausência de transparência nos cálculos dos valores.

Não obstante a vasta documentação anexada aos autos, verifica-se que a reclamada não apresentou a integralidade da documentação necessária para a averiguação pelo perito se os prêmios foram pagos corretamente.

Cabia à reclamada demonstrar o pagamento correto da parcela em comento, posto que se trata de fato impeditivo do direito postulado, com base em dados objetivos de metas fixadas, como normativamente previsto, o que não fez.

**No entanto, observando-se o princípio da proporcionalidade e razoabilidade e considerando que o obreiro não demonstrou a origem do percentual de 40% postulado na inicial, defiro o pedido de diferença sob essa rubrica, no percentual de 30% de sua remuneração, deduzidos os valores pagos sob as mesmas rubricas, observando-se os períodos de afastamento.**

**A parcela constitui parte variável do salário, a servir de base ao pagamento dos repousos semanais remunerados, com reflexos em décimos terceiros salários, férias com 1/3 e FGTS (a ser recolhido para a conta vinculada do obreiro, haja vista a ausência de informação acerca da extinção do contrato)."**

O Reclamado, inconformado, interpõe recurso ordinário pugnando pela reforma da decisão proferida em primeira instância, sustentando, em suma, que as provas produzidas nos autos comprovam que o sistema de pagamento de premiação adotado pela empresa efetuava corretamente o cálculo e respectivo pagamento de prêmio de acordo com as metas previamente estabelecidas. Logo, descabe falar em diferenças a serem quitadas.

Analiso.

Ao afirmar a plena quitação da parcela prêmio paga ao Reclamante, a Reclamada atraiu para si o ônus de comprovar que a rubrica foi paga corretamente, nos termos do artigo 818, da CLT c/c inciso II, do artigo 373, do CPC, mas deste não se desvencilhou.



É certo que, por reconhecer ter sido acordada parcela vinculada à produtividade, cabe à Reclamada produzir prova das condições impostas para pagamento da parcela, assim como para cálculo do valor devido, tenha ela natureza salarial ou em se tratando de prêmio, conforme sustentado na defesa.

Conforme consignado em ata de audiência realizada no dia 13/08/2019 (ID ea3d4d5 - Pág. 1). Uma vez instalada a controvérsia entre as partes acerca da correção e lisura do sistema de pagamento de premiação adotado reclamante e quanto à equiparação salarial para aferição das diferenças de produtividade entre o reclamante e o paradigma, o reclamado requereu em audiência a realização de prova pericial contábil, pedido este que foi deferido pelo Juízo.

Em relação ao sistema de premiação, foi juntado laudo pericial inconclusivo, tendo em vista a insuficiência dos documentos apresentados pela Reclamada, tendo o perito afirmado que

*"Não foram identificados nos autos elementos contábeis que possibilitem a conferência da base de cálculo utilizada para o pagamento dos prêmios."* (Quesito 9 - ID aa6fa92 - Pág. 5), ou seja, o perito do Juízo não conseguiu reunir elementos suficientes para verificar a correção e a lisura do sistema de pagamento de premiação adotado pelo reclamado.

Nada, portanto, a comprovar a quitação e critérios sustentados pela Reclamada.

Ciente da obrigação de guarda de documentos necessários à verificação da regularidade do pagamento da premiação, deveria a Reclamada tê-los acostado à defesa ou, em um segundo momento, apresentado ao perito.

Como se vê, a primeira Reclamada além de não ter comprovado os critérios sustentados na defesa, não trouxe aos autos os documentos necessários ao deslinde da controvérsia e que estão sob sua guarda, impondo-se a presunção de veracidade dos fatos alegados na inicial.

Nada a afastar o percentual informado pelo Reclamante na inicial. Como já pontuado, não há elementos instrutórios oferecidos no processo capazes de impedir o acolhimento dos parâmetros apontados pelo Reclamante. Com todas as vênias, não conseguimos vislumbrar ausência de proporcionalidade ou razoabilidade nos referidos parâmetros que, pela distribuição do ônus da prova, repetimos, presumem-se verdadeiros.



De fato, em se tratando de diferenças, não há que se falar em dedução dos valores pagos e, a partir de abril de 2016, deverá ser observada a média dos últimos 12 meses, já com o acréscimo de 40%.

Nego provimento ao apelo da Reclamada e dou provimento ao do Reclamante para fixar o diferença de premiação em 40% do valor informado nos recibos de pagamento e, a partir de abril de 2016, deverá ser observada a média dos últimos 12 meses, já com o acréscimo de 40%. excluindo a determinação de dedução doas valores pagos sob idêntico título.

Nos termos do art. 941, § 3º, do CPC, faço constar o voto divergente do Exmº Desembargador Rildo Albuquerque Mousinho de Brito:

*"Dirirjo quanto às horas extras, uma vez que removo o intervalo intrajornada, e quanto ao percentual de premiação, já que mantenho a sentença pelos seus próprios fundamentos neste particular."*

## **HORAS EXTRAORDINÁRIAS E REFLEXOS**

Alegou o reclamante que laborava em carga horária extraordinária sem que lhe fossem pagas as horas extras correspondentes. Além disso, afirmou que o intervalo intrajornada era concedido parcialmente, na proporção de 30 minutos. Em razão do exposto, veio a Juízo requerer as horas extras devidas, indenização pelo intervalo suprimido e reflexos sobre as verbas contratuais.

O Juízo *a quo* julgou **procedentes em parte** os pedidos de horas extras, intervalares e reflexos, sob os seguintes fundamentos, ID 4079dbe - Pág. 8, *verbis*:

"8.JORNADA DE TRABALHO. HORAS EXTRAS. INTERVALO  
INTRAJORNADA. ADICIONAL NOTURNO.

Alega o reclamante que foi contratado para laborar de segunda-feira a sexta-feira com a jornada de 8 horas diárias. Contudo, no exercício de suas atribuições, laborava no "campo", em média, na jornada diária das 08h00 às 19h00, com intervalo de, no máximo, 30 minutos.



Acrescenta que, além da jornada supra, despendia, em média, de 2 horas diárias para executar outras tarefas, "citando-se exemplificativamente, troca de mensagens eletrônicas com colegas e clientes, preparar-se para a visita do dia seguinte, colocar e conferir o material de propaganda no veículo, elaborar relatórios, análise das promoções da concorrência, estudar os produtos que compõe o ciclo de propaganda, responder a provas e questionários elaborados pela reclamada (...)."

A reclamada sustenta que a jornada de trabalho do autor não estava submetida a nenhum controle de jornada, pois se tratava de trabalho externo.

A ré impugnou o divisor 200, afirmando que a reclamante foi contratada para trabalhar jornada de 44 horas semanais e, portanto, deve ser observado o divisor 220, devendo ser observado o disposto na Súmula 340 do C. TST, pois havia pagamento de remuneração variável a título de prêmios.

Nos termos do art. 62, I, da CLT, além do empregado exercer atividade externa, é necessária a incompatibilidade com a fixação de horário de trabalho para que esteja dispensado do controle de jornada. Caso haja possibilidade de o empregador acompanhar a jornada cumprida pelo empregado, mesmo que não haja efetiva fiscalização do horário laborado, afasta-se a aplicação do referido dispositivo.

O reclamante juntou com a inicial, nos IDs 376e0ad, 071bbd4 e bef8aec, documentos que denominou de "mecanismos de controle de jornada", nos quais mostra telas e programas de lançamento de dados relacionados às visitas, possibilitando lançamento de horários e planejamentos, com mapas de clientes.

Além disso, a prova oral produzida demonstra a compatibilidade do controle de jornada, na medida em que a testemunha Priscila, indicada pelo reclamante, alegou "que era propagandista vendedora; que tinha controle de jornada; que o reclamante também tinha esse controle;(…) que eles possuem controle via GPS e que após a realização da visita fazem o lançamento da visita no tablet para sincronizar; que tem celular e Ipad com GPS; que com o reclamante acontecia o mesmo já que eram da mesma equipe;(…) que o GPS era do tablet e do sistema; que não podia de forma alguma desabilitar o GPS; que o registro das visitas teria que ser feitas imediatamente ao sair do consultório e sincroniza; que tinha endereço do médico, o horário e os médicos precisavam assinar também; que quando o médico assinava ficava gravado o horário;(…).

A testemunha Adriana, indicada pela reclamada, também confirmou "que os propagandistas pegam assinatura dos médicos quando entregam amostra; que quando o médico coloca assinatura fica gravado o horário; que quando o propagandista faz o envio do registro da visita fica gravado o horário;(…)."

Assim, comprovada a existência de controle de jornada pela reclamada, resta inaplicável ao caso a norma contida no inciso I do artigo 62 da CLT.

Assim, em não tendo sido juntados registros de jornada aos autos, nos termos da Súmula 338, I, do TST, a ré se torna confessa quanto à jornada declinada na inicial, qual seja: de segunda-feira a sexta-feira, das 08h00 às 19h00, com intervalo de, no máximo, 30 minutos, além de 2 horas diárias de "trabalhos burocráticos".

Sobre a jornada laborada, a testemunha Priscila, indicada pelo reclamante, sustentou "que havia o trabalho de campo que acontecia das 7h30 até 17h00 e, após, tinham trabalho de burocracia; que trabalhava de segunda a sexta; que tinha intervalo de mais ou menos 40 minutos, pois como a demanda de visitação era alta não conseguia para 1 hora para almoçar; que a jornada do reclamante era a mesma pois eram da mesma equipe;(…) que essas atividades burocráticas levavam em média 2 horas;(…)"

A testemunha Adriana, ouvida à rogo da reclamada, sustentou "que sugeriam que comessem à 8h00 e terminasse às 17h00, mas que poderia ser mais ou menos; que faz sempre intervalo para almoçar; que se estiver sozinha demora em torno de 40 minutos, mas se estiver com algum colega, chega a ficar 1h30/2hrs no intervalo;(…)."

Nesse aspecto, o depoimento da testemunha Priscila se mostrou mais confiável, pois além de ter laborado na mesma equipe que o reclamante, afirmou expressamente que a jornada de trabalho relatada em seu depoimento também se aplica ao autor, ao passo que a testemunha Adriana, ao ser questionada se a jornada apresentada também se aplicava



ao obreiro, afirmou "que não sabe se a mesma rotina se aplica ao reclamante, pois é muito pessoal; (...)."

Desse modo, a presunção da jornada foi delimitada, como visto acima, pelo depoimento da testemunha Priscila, que afirmou que sua jornada era de segunda-feira até sexta-feira, das 07h30 às 17h00, com 40 minutos de intervalo, além de 2 horas para realização das atividades burocráticas.

**Diante disso, fixo que o autor trabalhava de segunda-feira a sexta-feira, com a jornada das 08h00 às 19h00 (já incluídas as 2 horas com as atividades burocráticas), com 40min de intervalo intrajornada.**

**Ainda que resistente a reclamada ao defender a jornada de 44horas semanais e divisor 220, consta no contrato de trabalho do obreiro (ID e833961) a jornada de 40 horas semanais e, portanto, correto o divisor 200.**

**Assim, em razão da jornada laborada, defiro ao reclamante horas extras (adicional de 50%), sendo consideradas como tais as horas excedentes a 40ª hora semanal.**

**Face à habitualidade e considerada a natureza salarial das horas extras, são devidos reflexos em férias +1/3 (art. 142, §5º), décimos terceiros salários (Súmula n. 45 do TST), repousos semanais remunerados (Lei n. 605/49) e FGTS (que deverá ser depositado na conta vinculada do autor, considerando que não há notícia do término do contrato).**

**Quanto ao intervalo intrajornada, comprovado que o obreiro usufruía de 40 minutos de intervalo intrajornada é devido pagamento de horas extras em razão do intervalo ter sido suprimido.**

**O período é deferido tendo por base a totalidade e com os devidos reflexos nas parcelas de natureza salarial, já que o reclamante foi contratado antes da vigência da Lei 13.467/2017, pelo que aplico o entendimento anterior a nova redação da lei.**

**Desse modo, 1 hora extra, com adicional defiro de 50%, em todos os dias trabalhados, em razão do intervalo intrajornada suprimido, com reflexos em férias +1/3, décimos terceiros salários e repousos semanais remunerados e FGTS (que deverá ser depositado na conta vinculada do autor, considerando que não há notícia do término do contrato).**

Para a apuração das horas extras (com adicional legal de 50%) deve ser observado os dias efetivamente trabalhados, a evolução salarial do reclamante, os critérios consagrados na Súmula n. 264 do TST e o divisor 200.

Em liquidação, deduzam-se as horas extraordinárias já comprovadamente pagas conforme contracheques juntados aos autos. Deve ser adotada a sistemática da Orientação Jurisprudencial 415 para dedução das horas extras já pagas.

Tratando-se a parcela variável a título de prêmios não se aplicam ao caso a OJ nº 397 da SDI-1 do TST e a Súmula 340 do C. TST.

No que diz respeito ao reflexo das horas extras em repousos remunerados, considero inaplicável o entendimento descrito na OJ 394 da SDI-1 do TST, uma vez que as horas extras habituais devem integrar os repousos semanais remunerados, do que decore um aumento da média remuneratória mensal. Além de serem devidas as horas extras por sua média no pagamento de todas as verbas que tenham por base o salário mensal, ainda há de ser considerado no pagamento de tais verbas, o aumento da média mensal pela integração das horas extras nos repousos, o que não se confunde com o duplo reflexo das horas extras naquelas parcelas. Em liquidação de sentença deve ser observado esse ponto, considerando a integração do repouso semanal remunerado para o cálculo das horas extras.

Com relação ao intervalo interjornada, considerando a jornada fixada, verifico que não há descumprimento do período mínimo de 11 horas que deve existir entre uma jornada e outra, nos termos do art. 66 da CLT. Em razão disso, indefiro o pedido, no particular.



Tampouco foi constatado labor entre 22h00 e 05h00, portanto, indefiro o pleito de adicional noturno (item "b" do rol da inicial).

Por fim, não há que se falar em qualquer tipo de compensação de sobrejornada, considerando que não foram anexados aos autos controles de jornada para aferir os supostos dias de folga."

O Reclamante, insatisfeito, interpõe recurso ordinário pugnando pela reforma da decisão proferida em primeira instância, sustentando que a decisão *a quo* restou equivocada quanto à jornada. Assevera que a prova testemunhal foi clara no sentido de que a real jornada praticada pelo obreiro era de segunda à sexta-feira, de 8h às 19h para o serviço externo (em campo) e mais duas horas de atividade interna para realização de tarefas burocráticas, finalizando a jornada as 21h, diferentemente daquela fixada pelo Juízo, de segunda à sexta-feira, das 8h às 19h, já incluídas 2h de serviço interno.

O Reclamado, inconformado, interpõe recurso ordinário pugnando pela reforma da decisão proferida em primeira instância, asseverando que as horas extras são indevidas face a flexibilização de horário do reclamante. Insiste na tese de que o autor foi contratado como trabalhador externo, sendo submetido ao regime de exceção previsto no no artigo 62, I, da CLT.

Analiso.

A alegação de estar o Reclamante excluído das normas que regulam a duração da jornada não resiste à descrição do aplicativo disponibilizados aos empregados da Reclamada, como reconhecido em audiência.

Para estar caracterizada a hipótese do art. 62, "I", da CLT, indispensável, além da realização de trabalho externo, a ausência de subordinação a horário, por impossibilidade do controle da jornada.

Temos, então, que o fato de o empregado prestar serviços de forma externa, por si só, não enseja no seu enquadramento na exceção legislativa, porquanto apenas a incompatibilidade entre a natureza da atividade exercida pelo empregado e a fixação e fiscalização do seu horário de trabalho o enquadra na exceção do referido dispositivo. Destarte, recai sobre o empregador o ônus da prova da absoluta impossibilidade de controle da jornada do empregado (art. 818 da CLT e art. 373, II do CPC).

É o que se extrai da jurisprudência do TST e deste Regional:

**"VENDEDOR. TRABALHO EXTERNO. POSSIBILIDADE DE CONTROLE DA JORNADA. NÃO APRESENTAÇÃO DOS CARTÕES DE PONTO PELO EMPREGADOR. HORAS EXTRAS DEVIDAS. ART. 74, §2º, DA CLT. INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 338, I, DO TST.** Havendo a possibilidade de controle



da jornada de trabalho do empregado, mesmo que esta seja externa, inverte-se o ônus da prova, cabendo ao empregador a apresentação do comprovante de controle de frequência, como prova pré-constituída, nos moldes do art. 74, §2º, da CLT. Embora os precedentes que informam a Súmula nº 338, I, do TST não se refiram à jornada externa de que trata o art. 62, I, da CLT, é possível aplicá-la quando houver identidade entre os fatos fundamentais da demanda em análise e aqueles que constam nos precedentes da súmula, quais sejam, possibilidade de controle e fiscalização de jornada e ausência de apresentação dos cartões de ponto em juízo. Trata-se de aplicação da técnica denominada *ampliative distinguishing*, cujo objetivo é conferir tratamento isonômico entre as partes, universalizando o precedente ao adotar a mesma *ratio decidendi* para casos não absolutamente iguais, mas cujos fatos fundamentais sejam idênticos ou similares. Sob esses fundamentos a SBDI-I, por maioria, não conheceu dos embargos, entendendo incólume a Súmula nº 338 do TST no caso em que a decisão turmária, vislumbrando violação do art. 62, I, da CLT, deu provimento a recurso de revista para condenar a reclamada ao pagamento de horas extraordinárias e intrajornadas, nos termos aduzidos na inicial, a vendedor que, embora desempenhasse suas atividades fora da empresa, estava sujeito a controle de jornada. Vencido o Ministro Márcio Eurico Vital Amaro." TST-E-ED-RR-20-26.2014.5.08.0107, SBDI-I, rel. Min. José Roberto Freire Pimenta, 12.4.2018. Informativo n. 176.

**"AGRAVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. PROCESSO SOB A ÉGIDE DA LEI Nº 13.015/2014 E ANTERIOR À LEI Nº 13.467/2017. ATIVIDADE EXTERNA. JORNADA DE TRABALHO. ÔNUS DA PROVA DO EMPREGADOR. ART. 62, I, DA CLT.** A jurisprudência desta Corte Superior entende que compete ao empregador o ônus de provar o exercício de trabalho externo incompatível com a fixação de horário de trabalho em face do alegado fato impeditivo do direito do empregado às horas extras. Assim sendo, a decisão agravada foi proferida em estrita observância às normas processuais (art. 557, caput, do CPC/1973; arts. 14 e 932, IV, a, do CPC/2015), razão pela qual é insuscetível de reforma ou reconsideração. Agravo desprovido." (TST - Ag-AIRR: 205812620175040027, Relator: Mauricio Godinho Delgado, Data de Julgamento: 28/08/2019, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 30/08/2019)

**"RECURSO DE REVISTA. HORAS EXTRAS. TRABALHO EXTERNO. INSERÇÃO DO AUTOR NO REGIME DE TRABALHO PREVISTO NA EXCEÇÃO DO ART. 62, I, DA CLT. ÔNUS DA PROVA.** Na hipótese, o Tribunal Regional indeferiu o pleito de horas extras, ao fundamento de que a reclamante não se desincumbiu do ônus de comprovar que estava sujeita a fiscalização de jornada. A disciplina de distribuição objetiva do ônus da prova ensina ser do autor a incumbência de comprovar o fato constitutivo de seu direito, cabendo ao réu demonstrar o fato modificativo, impeditivo ou extintivo do direito alegado. Logo, a reclamada, ao alegar a inserção do regime de trabalho do reclamante na exceção prevista no art. 62, I, da CLT, atraiu para si o ônus de comprovar a inviabilidade de controle de horário do empregado, em decorrência da incompatibilidade do serviço externo com a fiscalização da jornada. Nesse contexto, o Tribunal Regional, ao imputar ao reclamante o ônus de demonstrar que não se enquadrava no regime excepcional previsto no art. 62, I, da CLT, promoveu má distribuição do ônus da prova, em conflito com o arts. 818 da CLT e 333, I e II, do CPC/73 (atual art. 373 do CPC de 2015). Precedente. Recurso de revista parcialmente conhecido e provido." (TST - RR: 1959320115240005, Relator: Walmir Oliveira da Costa, Data de Julgamento: 18/04/2018, 1ª Turma, Data de Publicação: DEJT 20/04/2018)

**"AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA TRABALHO EXTERNO - MOTORISTA - IMPOSSIBILIDADE DE CONTROLE DE JORNADA ART. 62, I, DA CLT.** As disposições contidas no art. 62, I, da CLT referem-se apenas aos empregados que exercem atividade externa inconciliável com a fixação de horário de trabalho. Anote-se que não é a ausência de controle de jornada que caracteriza a exceção do art. 62, I, da CLT, mas a impossibilidade de controle de horário. (...)" (TST, AIRR 8269520135080107 Relator(a): Luiz Philippe Vieira de Mello Filho Julgamento: 22/04/2015 Órgão Julgador: 7ª Turma Publicação: DEJT 04/05/2015)

**"RECURSO ORDINÁRIO DA RECLAMADA - HORA EXTRA. ART 62, I, DA CLT. IMPOSSIBILIDADE DE CONTROLE NÃO CARACTERIZADA.** Conforme o art. 62, inciso I, da CLT, o empregado que exerce atividade externa incompatível com a fixação de horário de trabalho não faz jus ao pagamento de horas extras. Infere-se, pois, de tal dispositivo que somente quando o empregador não possui meios de aferir os honorários



de trabalho praticados pelo empregado, ou quando aquele se vê impossibilitado, por força das circunstâncias que envolvem a prestação de serviços, de exercer efetivo controle de jornada, é que o trabalhador fica excluído das normas de proteção inseridas no Capítulo II da CLT, que trata da duração do trabalho. Não basta, portanto, que a empresa opte por não controlar os horários de seus empregados que exerçam atividade externa, pois tal prerrogativa não lhe é assegurada pela legislação em vigor. É preciso, repita-se, que este controle se mostre inviável ou impossível de ser exercido, o que não se verificou no caso em exame." (TRT1, RO 00010304920115010061 RJ, Relator(a): José Antônio Teixeira da Silva, Julgamento: 14/05/2014 Órgão Julgador: Sexta Turma Publicação: 27/05/2014)

**"HORAS EXTRAS. MOTORISTA. RASTREAMENTO DE VEÍCULO POR SATÉLITE. CONTROLE INDIRETO DA JORNADA DE TRABALHO. INAPLICABILIDADE DO ART. 62, I, A CLT.** A adoção, pelo empregador, de recursos tecnológicos de rastreamento de veículo por satélite, para garantir a segurança ininterrupta da carga transportada, possibilita o controle indireto da jornada desempenhada pelo empregado motorista, razão pela qual não há falar em aplicação do art. 62, I, da CLT. O direito ao pagamento de horas extraordinárias não subsiste apenas nas hipóteses em que seja absolutamente impossível fiscalizar os horários cumpridos pelo empregado. Sob esse entendimento, a SBDI-I, por unanimidade, conheceu do recurso de embargos, por divergência jurisprudencial, e, no mérito, por maioria, negou-lhe provimento." Vencidos os Ministros Waldir Oliveira da Costa, Ives Gandra Martins Filho, Guilherme Augusto Caputo Bastos e Márcio Eurico Vitral Amaro (TST-E-RR-4590029.2011.5.17.0161, SBDI-I, rel. Min. Cláudio Mascarenhas Brandão, 23.2.2017).

No caso, embora o Reclamante não prestasse serviços nas dependências da Reclamada, os documentos identificados pelo Reclamante mecanismos de controle de jornada (IDs 376e0ad, 071bbd4 e bef8aec), vemos impressão de telas com relatório de visita do qual constam dia e hora da visita e o respectivo tempo de duração, assim como calendário com agendamento de visitas.

Ademais, a prova testemunha Priscila, indicada pelo reclamante, confirma o efetivo controle da jornada de trabalho do Reclamante ao afirmar

"... que era propagandista vendedora; que tinha controle de jornada; que o reclamante também tinha esse controle;(...) que eles possuem controle via GPS e que após a realização da visita fazem o lançamento da visita no tablet para sincronizar; que tem celular e Ipad com GPS; que com o reclamante acontecia o mesmo já que eram da mesma equipe;(...) que o GPS era do tablet e do sistema; que não podia de forma alguma desabilitar o GPS; que o registro das visitas teria que ser feitas imediatamente ao sair do consultório e sincroniza; que tinha endereço do médico, o horário e os médicos precisavam assinar também; que quando o médico assinava ficava gravado o horário;(...).

E mesmo a testemunha indicada pela Reclamada, Adriana, traz procedimento que possibilita o efetivo controle de jornada:

"que os propagandistas pegam assinatura dos médicos quando entregam amostra; que quando o médico coloca assinatura fica gravado o horário; que quando o propagandista faz o envio do registro da visita fica gravado o horário;(...)."

À toda evidência, não só havia possibilidade de controle de jornada como efetivo controle, a afastar a exceção prevista no art. 62 da CLT, pelo que se aplicam ao Reclamante as disposições relativas à limitação da jornada de trabalho.



Estando o reclamante subordinado a horário, cumpria à reclamada submetê-lo a controle de frequência, não o fazendo, atraiu para si o ônus de provar o seu horário de trabalho, não tendo se desincumbido desse encargo.

A testemunha Priscila, que integrou a equipe de trabalho do reclamante, afirmou que a jornada de trabalho relatada em seu depoimento também se aplica ao Reclamante, ao passo que a testemunha Adriana, afirmou não saber se a rotina por ela narrada a ele se aplica.

Conforme vídeo disponível no Pje Mídias, na minutagem de 13h27, a Priscila disse que a jornada de trabalho era das 7h30min às 17 horas, de segunda a sexta-feira, com 40 minutos de intervalo, além de 2 horas para realização das atividades burocráticas finalizando a jornada às 19h.

Nesses termos, correta a jornada fixada pelo Juízo, ou seja, das 08h00 às 19h00 (já incluídas as 2 horas com as atividades burocráticas), com 40min de intervalo intrajornada.

Nego provimento a ambos os apelos.

## **RECURSO ORDINÁRIO DO RECLAMANTE**

### **SÁBADO COMO DIA DE DESCANSO PARA FINS DE CÁLCULO DOS REPOUSOS SEMANAIS REMUNERADOS E FERIADOS. HORAS EXTRAS. PRÊMIO.**

Na inicial, requereu o reclamante que o sábado fosse considerado dia de repouso e, por conseguinte, incluído na apuração do repouso semanal remunerado.

O Juízo *a quo* julgou **improcedente** o pedido neste aspecto, sob os seguintes fundamentos, ID 4079dbe - Pág. 5, *verbis*:

"6.SÁBADO COMO DIA DE DESCANSO E DIFERENÇA DE REPOUSOS SEMANAIS REMUNERADOS E FERIADOS.

O autor sustenta que os seus repousos semanais e feriados sempre foram calculados a menor, haja vista que contratualmente não trabalhava aos sábados e, por esse motivo, seus repousos e feriados devem ser calculados com a seguinte equação:



"Toma-se 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".

A reclamada sustenta que o autor não indicou quais os sábados, domingos e feriados trabalhados e que o sábado é considerado dia útil para todos os fins.

Sustenta a parte autora que a previsão normativa de que a jornada de trabalho seria de cinco dias na semana, com o sábado previsto como dia de repouso, encontra-se na Cláusula Vigésima Segunda das CCTs anexadas no ID bb79edf, que assim dispõe:

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

Da análise da referida cláusula, constata-se que, na verdade, o sábado seria dia útil não trabalhado, pois apenas consta que o labor extraordinário, mesmo que em dias úteis, mas fora do horário de trabalho, deverá ser remunerado como uma diária.

Portanto, tratando-se o sábado de dia útil não trabalhado, sua remuneração já compõe o salário do autor, pago mensalmente. Nos termos do art. 7º, §2º, da Lei 605/49, considera-se já remunerado o dia de repouso semanal, quando o empregado é mensalista, sendo esta a hipótese dos autos.

**Sendo assim, indefiro os pedidos "f" e "g" do rol da inicial."**

O Reclamante, insatisfeito, interpõe recurso ordinário pugnando pela reforma da decisão proferida em primeira instância, sustentando que o sábado deve ser considerado repouso remunerado e, conseqüentemente, integrado nos reflexos das horas extras.

Analiso.

A norma coletiva da trabalho que, em sua cláusula vigésima prevê a "semana de cinco dias de trabalho", com expressa referência aos sábados (ID bb79edf - Pág. 6):

**"CLÁUSULA VIGÉSIMA SEGUNDA - SEMANA DE CINCO DIAS DE TRABALHO**

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

Verifica-se claramente que o sábado não foi considerado repouso semanal remunerado, mas dia útil não trabalhado, inclusive com a possibilidade de pagamento de diária na hipótese de labor e de compensação.



Nesses termos, descabido falar que o sábado integra a base de cálculo do repouso remunerado.

Nego provimento ao apelo.

## EQUIPARAÇÃO SALARIAL

Alegou o autor que realizava as mesmas funções do paradigma Leonardo Mensentier da Costa, porém com remuneração inferior, motivo pelo qual veio a Juízo reivindicar diferenças salariais por equiparação salarial.

O Juízo *a quo* julgou **improcedente** o pedido autoral neste aspecto, sob os seguintes fundamentos, ID 4079dbe - Pág. 3, *verbis*:

### "5.DA EQUIPARAÇÃO SALARIAL.

Sustenta o autor que desempenhava as mesmas funções e tarefas e com a mesma perfeição técnica que o Sr. Leonardo Mensentier da Costa, percebendo, contudo, remuneração inferior.

Pleiteia a diferença salarial, inclusive com relação à parcela variável.

A reclamada sustenta que "o reclamante sempre exerceu as funções de propagandista junior, sendo que o modelo exercia as funções de propagandista pleno, a segunda, portanto, com maior expertise e senioridade, cuja graduação e escalonamento é de inteira ciência e anuência por parte do empregado no ato da contratação (...)."

Para fins de equiparação salarial, ao trabalhador compete a prova da identidade de função com o paradigma, em benefício da mesma empregadora, na mesma localidade - fato constitutivo de seu direito (art. 818, I, da CLT). Ao empregador, por sua vez, compete o encargo de provar o fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito à equiparação salarial (art. 818, II, da CLT).

A testemunha Priscila, indicada pelo autor, em seu depoimento, afirmou "que não trabalhou diretamente com Sr. Leonardo, mas somente dentro da mesma linha de produtos; que o Sr. Leonardo era propagandista vendedor como a depoente; que não sabe de nenhuma tarefa diferente que o Sr Leonardo fazia; que as atividades do Sr. Leonardo eram as mesmas atividades do reclamante; que os propagandistas são classificados como Junior, Sênior ou Pleno; que não se recorda se o Sr. Leonardo era Pleno e também não se recorda sobre o reclamante."

A testemunha Adriana, ouvida à rogo da reclamada, sustentou "que conheceu o Sr. Leonardo Costa; que ele fazia a mesma coisa que eles e era propagandista; que não tinha nenhuma diferença nas atividades da depoente, do reclamante e do Sr. Leonardo; que os propagandistas são escalonados em Júnior, Pleno e Sênior, pois cada um desenvolve uma performance; que todos faziam as mesmas coisas, mas quem tem mais excelência na execução muda o cargo; que pelo que se recorda o Sr. Leonardo era classificado como Pleno, mas sobre o reclamante ela não sabe dizer; que essa classificação entre Junior, Sênior e Pleno eram de acordo com a performance e o empregado era promovido ou não;"

Foi produzida prova pericial, com laudo anexado no ID aa6fa92.



O laudo foi impugnado pelas partes e os esclarecimentos foram prestados pelo Expert no ID 9397a93. Reiteradas as impugnações, novamente o Perito prestou os esclarecimentos necessários no ID 2d59026. Por fim, em razão de novas impugnações, prestou esclarecimentos o i. Perito no ID 0016ef6.

Consta do laudo pericial que autor foi admitido em 06/06/2011 e "tinha como base a "Filial 01" da Reclamada, situada à Estrada dos Bandeirantes nº 8464, no bairro de Jacarepaguá, no Município do Rio de Janeiro/RJ. Mas tinha como z o n a d e t r a b a l h o a s c i d a d e s d e M a c a é , São Gonçalo e Campos dos Goytacazes, no Estado do Rio de Janeiro, conforme informado na Petição Inicial à fl. 03, ID b64c12a, e não contraditado pela Reclamada em sede de Contestação." Já o paradigma foi admitido em 31/01/2010 e "tinha como base a "Filial 01" da Reclamada, situada à Estrada dos Bandeirantes nº 8464, no bairro de Jacarepaguá, no Município do Rio de Janeiro/RJ. Não foram identificadas nos autos informações acerca da região em que o Paradigma exercia suas atividades laborais."

Quanto ao cargo/função ocupada pelo reclamante e pelo paradigma, o que se percebe é que ambos ocuparam a mesma função a partir de 01/07/2016 (propagandista), sendo o reclamante Propagandista Junior e o paradigma Propagandista Pleno, conforme tabela acostada no laudo pericial.

Da análise da planilha de cálculos anexada pelo Perito (ID 217bc19), verifico que o salário base do paradigma passou a ser superior ao do reclamante, em abril de 2014, mesmo período em que o paradigma passou a ocupar o cargo de "PROPAGANDISTA MARCAS CLASSICAS PL 2" e o reclamante passou a ocupar o cargo de "PROPAGANDISTA SIMILARES PL 1".

O perito informou, ainda, que "Quanto à produtividade e a perfeição técnica do trabalho realizado por ambos, este Perito não logrou identificar dos autos as fichas de avaliação técnica e produtividade dos cotejados."

Não obstante a testemunha Adriana, indicada pela reclamada, tenha afirmado "que não tinha nenhuma diferença nas atividades da depoente, do em seguida, reclamante e do Sr. Leonardo;(...)", confirmou "que essa classificação entre Junior, Sênior e Pleno eram de acordo com a performance e o empregado era promovido ou não; (...)."

Considerando que o obreiro estava classificado como propagandista Junior e o paradigma, como propagandista Pleno, resta comprovado pela reclamada fato impeditivo do direito do autor, na medida em que evidenciada a diferença de produtividade e perfeição técnica entre o labor do reclamante e do paradigma, conforme afirmado pela testemunha Adriana.

**Pelo exposto, evidenciado fato impeditivo do direito do autor, indefiro o pedido do autor de equiparação salarial e todos os pedidos consectários."**

O Reclamante, insatisfeito, interpõe recurso ordinário pugnando pela reforma da decisão proferida em primeira instância, sustentando que restou comprovado nos autos que reclamante e paradigma realizavam as mesmas tarefas e atividades. Além disso, o reclamado não provou a distinção de funções. Logo, devida a equiparação salarial.

Analiso.

Incontroverso que reclamante e modelo exerciam as funções de propagandista, esclarecendo a reclamada que a distinção encontra-se no enquadramento nos níveis Pleno e Júnior:



"Como já dito anteriormente, o reclamante sempre exerceu as funções de propagandista junior, sendo que o modelo exercia as funções de propagandista pleno, a segunda, portanto, com maior expertise e senioridade, cuja graduação e escalonamento é de inteira ciência e anuência por parte do empregado no ato da contratação, *verbis*:

**"...clausula 9ª, parágrafo único: O empregado declara expressamente estar ciente quanto a política de Recursos Humanos do Empregador, a qual pode atribuir diferentes faixas salariais para um mesmo cargo, consoante critérios diversos como experiência e/ou produtividade, renunciando a qualquer direito futuro de reivindicar equiparação salarial, com base em paradigma..."**

46. De igual modo que para uma isenta e imparcial compreensão da discrepância pretendida, deverá ser considerado que a parte da remuneração variável do salário é paga individualmente para os propagandistas mediante o atingimento de metas lhe pré estabelecidas pela empresa, não podendo, obviamente, sê-la de forma indistinta e indiscriminada, em caráter geral, muito menos isonômica, assim como se dá com as demais vantagens de caráter estritamente pessoal e que não se comunicam e nem se estendem pura e simplesmente para todos, cujas àquelas as quais o autor fez efetivamente jus, as foram, fiel e integralmente quitadas (dcs. em anexo).

47. Reclamante e paradigma tinham indiscutivelmente uma produtividade diferente, sendo que a do paradigma muito superior do que a do autor que, repita-se, sequer cumpria a medida das visitasões."

Por primeiro, lembramos que, no direito do Trabalho, vale a regra de que, no curso do contrato de trabalho o empregado não pode renunciar aos direitos que lhe são garantidos, admitindo-se a renúncia apenas por exceção, em se tratando de direito decorrentes do ajuste contratual, ou seja, do pactuado entre as partes, e condicionada à inexistência de prejuízo para o empregado.

No caso, estamos diante de situação de isonomia salarial garantida em sede constitucional e no art. 461 da CLT.

Nesses termos, nenhuma validade tem a renúncia declarada pelo Reclamante no momento da admissão.

Temos, então, que o enquadramento nas faixas salariais são implementados com observância de "critérios diversos como experiência e/ou produtividade".

Por certo, diante da inespecificidade da expressão "diverso", somente a experiência e a produtividade seriam considerados para fins de enquadramento, sendo certo que a testemunha Adriana informou que a classificação entre Junior, Sênior e Pleno era de acordo com a performance do empregado e que, conforme o caso, era promovido ou não.

Performance nada mais é que "produtividade", exatamente o critério adotado pelo legislador para excepcionar a imperatividade da igualdade salarial:

Art. 461. Sendo idêntica a função, a todo trabalho de igual valor, prestado ao mesmo empregador, no mesmo estabelecimento empresarial, corresponderá igual salário, sem distinção de sexo, etnia, nacionalidade ou idade. (Redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017)



§ 1º Trabalho de igual valor, para os fins deste Capítulo, será o que for feito **com igual produtividade** e com a mesma perfeição técnica, entre pessoas cuja diferença de tempo de serviço para o mesmo empregador não seja superior a quatro anos e a diferença de tempo na função não seja superior a dois anos.

Incontroversa a identidade de funções, cabe à Reclamada a prova da maior produtividade. Nesse sentido reiterada jurisprudência de nosso Tribunais, consolidada na Súmula 6 do TST:

**Súmula nº 6 . EQUIPARAÇÃO SALARIAL. ART. 461 DA CLT**

(...)

VIII - É do empregador o ônus da prova do fato impeditivo, modificativo ou extintivo da equiparação salarial. (ex-Súmula nº 68 - RA 9/1977, DJ 11.02.1977)

(...)

E, como bem pontuado pela perito (resposta ao quesito 4) não foi possível confirmar a produtividade e a perfeição técnica dos serviços realizados entre reclamante e paradigma.

Temos, então, que a Reclamada não se desincumbiu do ônus de provar a distinção do trabalho desempenhado pelo Reclamante e pelo modelo, pelo que não há obstáculos à pretendida equiparação salarial.

Assiste razão à reclamada ao afirmar que eventuais valores relativos a prêmios não deverão ser considerados para fins de equiparação salarial, por estarem vinculados à produtividade do empregado, ou seja, ligadas à forma de execução do contrato de trabalho, pelo que devem ser excluídos da equiparação, mesmo porque já deferidas as diferenças relativas a essa parcela. A equiparação ora deferida é, portanto, restrita ao salário fixo percebido pelo modelo.

Dou provimento ao apelo para acrescer à condenação diferenças salariais, após a equiparação do salário do Reclamante ao do modelo Leonardo Mensentier da Costa, e reflexos sobre horas extras, aviso prévio, férias acrescidas de 1/3, gratificação natalina e FGTS, que deverá ser depositado em conta vinculada de titularidade do Reclamante.

## **LIMITAÇÃO DA CONDENAÇÃO AOS VALORES INDICADOS NA INICIAL**

O Reclamante, inconformado com a decisão primeva, interpõe recurso ordinário pugnando pela reforma da decisão proferida em primeira instância, sustentando, em suma, que no caso de ser mantida alguma verba em favor do Demandante, a liquidação não seja limitada aos valores indicados em inicial, sob pena de violação aos artigos 141 e 492 do CPC, 5º, II da CF e 840, § 1º da CLT.



Examino.

Nos exatos termos do art. 840, §1º, da CLT, nas reclamações trabalhistas, o pedido deverá ser certo e determinado, devendo ser indicado o valor correspondente.

Assim, não há imposição de liquidação, mas de mera indicação do valor do pedido, que, por certo, poderá se dar por estimativa, desde que haja congruência com os parâmetros de liquidação, o que não é questionado pela reclamada, que não aponta discrepância a afastar a estimativa apresentada.

Vale considerar, inclusive, que o § 2º do artigo 12 da Instrução Normativa nº 41/2018 do TST dispõe, expressamente, que o valor da causa será estimado, observando-se, no que couber, o disposto nos artigos 291 a 293 do CPC, do que se infere que não há que se exigir da parte qualquer justificativa para a ausência de precisa liquidação dos pedidos.

Nesse sentido, descabida a limitação imposta na sentença

Dou provimento ao apelo para excluir a limitação dos dos valores apurados em liquidação àqueles indicados na peça de ingresso.

## HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA

O Juízo *a quo* julgou improcedente o pedido de honorários advocatícios em favor do patrono do reclamante, sob os seguintes fundamentos, ID 4079dbe - Pág. 12, *verbis*:

"12.HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

A parte reclamante não comprova que está assistida por Sindicato da sua categoria, de forma que não preenche os requisitos da Lei 5.584/70, bem como entendimentos consolidados nas Súmulas 219, ratificada pela Súmula 329, ambas do TST.

É inaplicável ao caso a aplicação do art 791-A da CLT, uma vez que a ação foi ajuizada em momento anterior a vigência da legislação 13.467/2017, que incluiu o respectivo dispositivo no texto celetista.

Em que pese as normas processuais sejam de aplicação imediata, certo é que as partes litigam com base nas justas expectativas que tem no momento de ajuizamento da ação ou de defesa, conforme teoria do isolamento dos atos processuais que prestigia o ato no momento em que praticado.

Tampouco cabe a indenização por danos morais em virtude da contratação de advogado, conforme entendimento previsto na Súmula 52 deste E. TRT.

Indefiro."



O Reclamante, insatisfeito, interpõe recurso ordinário pugnando pela reforma da decisão proferida em primeira instância, sustentando que os honorários advocatícios são devidos.

Analiso.

Verifica-se que a presente reclamação foi ajuizada em 10/10/2017.

Antes do advento da Lei n.º 13.467/2017, o deferimento de honorários advocatícios, na Justiça do Trabalho, estava vinculado à sucumbência, à declaração de hipossuficiência jurídica (percepção de salário inferior ao dobro do mínimo legal ou encontrar-se em situação econômica que não lhe permita demandar sem prejuízo do próprio sustento ou da respectiva família) e à assistência jurídica pelo sindicato da categoria profissional, nos termos da Orientação Jurisprudencial nº 305 da SBDI-1 e das Súmulas nº 219 e 329, todas do c. TST:

"219 Honorários advocatícios. Hipótese de cabimento.

Na justiça do trabalho, a condenação em honorários advocatícios, nunca superiores a 15%, não decorre pura e simplesmente da sucumbência, devendo a parte estar assistida por sindicato da categoria profissional e comprovar a percepção de salário inferior ao dobro do mínimo legal, ou encontrar-se em situação econômica que não lhe permita demandar sem prejuízo do próprio sustento ou da respectiva família."

"329 Honorários advocatícios. Art. 133 CF/1988.

Mesmo após a promulgação da CF/1988, permanece válido o entendimento consubstanciado no Enunciado nº 219 do Tribunal Superior do Trabalho."

No caso dos autos, a reclamada restou parcialmente sucumbente no objeto da presente ação, o reclamante, por sua vez, declarou sua hipossuficiência jurídica (id 043928f ), não estando assistido pelo sindicato profissional competente.

Do preceito constitucional (art. 133), segundo o qual o advogado é indispensável à administração da Justiça, não decorre a obrigatoriedade de computarem-se honorários advocatícios como integrantes do ônus da sucumbência. Indispensável, para tanto, a existência de texto expresso de lei.

Na sistemática atual da assistência judiciária trabalhista vigente à época do ajuizamento da ação, não se achava abrangida a verba honorária para a hipótese focalizada, visto que inócurrem os requisitos exigidos pela Lei 5.584/70.

Nego provimento ao apelo.



## FORMA DE CÁLCULO DO IMPOSTO DE RENDA

O Juízo a quo julgou fixou os parâmetros em relação ao imposto de renda, sob os seguintes fundamentos, ID 4079dbe - Pág. 13, *verbis*:

### "13.CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS E FISCAIS.

A reclamada deverá recolher as contribuições previdenciárias - quotas do empregador e da empregada -, incidentes sobre as parcelas que integram o salário de contribuição, na forma do art. 28 da Lei 8.212/91 e, em consonância com os entendimentos do STJ e do STF.

Autorizo a dedução da quota parte do reclamante, contribuinte obrigatório, bem como a retenção do imposto de renda devido, observado o fato gerador. O cálculo deverá observar os critérios da Súmula 368, incisos III a V, quanto às contribuições previdenciárias, e inciso VI, quanto ao imposto de renda.

A reclamada deverá comprovar os recolhimentos a título de contribuições previdenciárias e de imposto de renda, o prazo de 15 dias, observado quanto aos previdenciários, o art. 32, inciso IV, da Lei 8.212/1991 (GFIP)."

O Reclamante, insatisfeito, interpõe recurso ordinário pugnando pela reforma da decisão proferida em primeira instância, sustentando que deve estar configurado no *decisum* que não incide imposto de renda sobre juros.

Analiso.

Acolho o pleito, sendo certo que não cabe Imposto de Renda sobre juros, nos termos da OJ 400 da SBDI-1 do C. TST.

Dou provimento ao apelo.

## CRITÉRIOS RELATIVOS AOS JUROS E À CORREÇÃO MONETÁRIA

O Juízo *a quo* fixou os parâmetros de juros e correção monetária para a fase de liquidação, sob os seguintes fundamentos, ID 4079dbe - Pág. 13, *verbis*:

### "14.JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA

São devidos os juros de mora e correção monetária, devendo ser observados os seguintes índices, com base na decisão proferida nas ADC's 58 e 59 e na ADI's 5.867 e 6.021:

-IPCA-E, como índice de correção monetária, na fase pré-judicial, do momento do vencimento de cada parcela deferida até o ajuizamento da ação, momento em que se aperfeiçoa a relação processual, momento em que se aperfeiçoa a relação processual.

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 2020. 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).

"SELIC, como índice conglobante de juros e atualização monetária, a partir do ajuizamento da ação (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)."

O Reclamante, insatisfeito, interpõe recurso ordinário pugnando pela reforma da decisão proferida em primeira instância, sustentando que os critérios de juros e correção monetária devem ser fixados somente na ocasião da fase de liquidação de sentença. Logo, tais parâmetros devem ser expurgados da sentença, privilegiando-se a segurança jurídica (ID c7c2d13 - Pág. 27).

Analiso.

Por certo, deve ser observada a decisão proferida pelo Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, em 18/12/2020, nos autos das Ações Declaratórias de Constitucionalidade n. 58 e n. 59 e Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 5.867 e nº 6.021, já em conformidade com a decisão de embargos de declaração publicada na data de 25/10/2021.

Cite-se a ementa do acórdão na Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 58:

"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."''

Como visto, a sentença faz expressa referência à observância dos parâmetros fixados na decisão proferida pelo STF que, por sua vez, ressalva posterior solução legislativa,



sendo de todo desnecessário que seja remetida a definição do índice de atualização para a fase de liquidação

Nego provimento ao apelo.

*ANTE O EXPOSTO*, **conheço** de ambos os recursos e, no mérito, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso interposto pelo reclamado e **DOU PARCIAL PROVIMENTO** ao interposto pelo reclamante para (1) fixar diferença de premiação em 40% do valor informado nos recibos de pagamento e, a partir de abril de 2016, deverá ser observada a média dos últimos 12 meses, já com o acréscimo de 40%, excluindo a determinação de dedução dos valores pagos sob idêntico título; (2) excluir a limitação dos dos valores apurados em liquidação àqueles indicados na peça de ingresso e a incidência de imposto de renda sobre juros; e acrescer à condenação diferenças salariais, após a equiparação do salário do Reclamante ao do modelo Leonardo Mensentier da Costa, e reflexos sobre horas extras, aviso prévio, férias acrescidas de 1/3, gratificação natalina e FGTS, que deverá ser depositado em conta vinculada de titularidade do Reclamante. Tudo nos termos da fundamentação. Altero os valores da condenação e das custas para R\$70.000,00 e R\$1.400,00 (mil e cem reais), respectivamente.

**A C O R D A M** os componentes da Nona Turma do Tribunal Regional do Trabalho da Primeira Região, por unanimidade, nos termos da fundamentação do voto da Exma. Sra. Relatora, **conhecer** de ambos os recursos e, no mérito, por maioria, **NEGAR PROVIMENTO** ao recurso interposto pelo reclamado e **DAR PARCIAL PROVIMENTO** ao interposto pelo reclamante para (1) fixar a diferença de premiação em 40% do valor informado nos recibos de pagamento e, a partir de abril de 2016, deverá ser observada a média dos últimos 12 meses, já com o acréscimo de 40%, excluindo a determinação de dedução dos valores pagos sob idêntico título; (2) excluir a limitação dos valores apurados em liquidação àqueles indicados na peça de ingresso e a incidência de imposto de renda sobre juros; e acrescer à condenação diferenças salariais, após a equiparação do salário do Reclamante ao do modelo Leonardo Mensentier da Costa, e reflexos sobre horas extras, aviso prévio, férias acrescidas



de 1/3, gratificação natalina e FGTS, que deverá ser depositado em conta vinculada de titularidade do Reclamante. Alterados os valores da condenação e das custas para R\$70.000,00 e R\$1.400,00 (mil e cem reais), respectivamente. Vencido o Exmo. Desembargador Rildo Albuquerque Mousinho de Brito quanto às horas extras, uma vez que removia o intervalo intrajornada e quanto ao percentual de premiação, já que mantinha a sentença pelos seus próprios fundamentos neste particular.

Rio de Janeiro, 25 de julho de 2023

**ROSANE RIBEIRO CATRIB**

**Relator**

**Votos**

