



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

## **Recurso Ordinário Trabalhista** **0100875-74.2018.5.01.0072**

**Relator: RAQUEL DE OLIVEIRA MACIEL**

### **Processo Judicial Eletrônico**

**Data da Autuação: 31/03/2023**

**Valor da causa: R\$ 454.361,93**

**Partes:**

**RECORRENTE:** ARIADNA DA CRUZ SANTANA

**ADVOGADO:** GRACIELA JUSTO EVALDT

**RECORRENTE:** SANOFI AVENTIS COMERCIAL E LOGISTICA LTDA

**ADVOGADO:** OSWALDO SANT ANNA

**ADVOGADO:** Daniel Domingues Chiode

**RECORRIDO:** SANOFI AVENTIS COMERCIAL E LOGISTICA LTDA

**ADVOGADO:** OSWALDO SANT ANNA

**ADVOGADO:** Daniel Domingues Chiode

**RECORRIDO:** ARIADNA DA CRUZ SANTANA

**ADVOGADO:** GRACIELA JUSTO EVALDT



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

**PROCESSO nº 0100875-74.2018.5.01.0072 (ROT)**  
**RECURSO ORDINÁRIO TRABALHISTA**

**ACÓRDÃO**

**7ª Turma**

**RECORRENTE: ARIADNA DA CRUZ SANTANA, SANOFI AVENTIS COMERCIAL E LOGÍSTICA LTDA**

**RECORRIDO: ARIADNA DA CRUZ SANTANA, SANOFI AVENTIS COMERCIAL E LOGÍSTICA LTDA**

**RELATOR: RAQUEL DE OLIVEIRA MACIEL**

**RECURSO ORDINÁRIO DA AUTORA. EQUIPARAÇÃO SALARIAL. REQUISITOS. ENCARGO PROBATÓRIO.** A identidade de funções, exercidas ao mesmo empregador e na mesma localidade, são fatos que constituem o direito reclamado, elementos necessários à tipificação do caput do artigo 461 da CLT. Lado outro, a concomitância e a desigualdade de valor do trabalho são fatos que impedem a equiparação pretendida, ônus que milita contrariamente ao empregador, nos termos expostos pela Súmula 06, VIII, do C. TST. Contudo, e apesar da identidade de cargos, a equiparação salarial só é possível se o empregado e o paradigma exercerem a mesma função, desempenhando as mesmas tarefas, não importando se os cargos têm, ou não, a mesma denominação (item III da Súmula 06 do C. TST). **PRÊMIO S. CÁLCULO. AFERIÇÃO DOS VALORES.** O princípio da aptidão para a prova impõe ao empregador o ônus de apresentar os documentos necessários à demonstração da forma com que foram apurados os valores da remuneração variável paga ao empregado. **TRABALHO EXTERNO. IMPOSSIBILIDADE DE CONTROLE E FISCALIZAÇÃO DE HORÁRIO. NÃO COMPROVADA.** De acordo com o artigo 62, inciso I, da CLT, somente os empregados cuja atividade externa é incompatível com o controle de horário de trabalho não têm sua jornada limitada a uma duração máxima. Portanto, não basta que o empregado exerça atividade externa para que seja inserido na exceção do aludido dispositivo celetista. É a incompatibilidade de fixação de horário de trabalho que define se o autor exercia labor externo para fins de recebimento, ou não, de horas extras, fato que não restou demonstrado nos presentes autos. **Recurso da autora conhecido e parcialmente provido.**

**RECURSO ORDINÁRIO DA RÉ. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. AÇÃO POSTERIOR À LEI 13.467/17. GRATUIDADE DE JUSTIÇA.** No julgamento da ADI 5.766, em sessão realizada no dia 20/10/21, o E. STF declarou a inconstitucionalidade dos artigos 790-B, caput e § 4º, e 791-A, § 4º, da CLT, que estabeleciam a obrigação da parte vencida no pagamento de honorários periciais e



advocatícios, autorizando, ainda, a compensação mediante créditos, ainda que decorrentes de outros processos judiciais. Dessa forma, não se pode falar em condenação do beneficiário da gratuidade de justiça em honorários advocatícios, nem mesmo em suspensão. **Recurso da ré conhecido e não provido.**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso Ordinário, em que figuram como recorrentes e recorridos **ARIADNA DA CRUZ SANTANA e SANOFI AVENTIS COMERCIAL E LOGÍSTICA LTDA.**

Recorrem ordinariamente as partes, insurgindo-se contra a r. sentença de ID d914e88, complementada pela r. decisão de ID 212e32d, proferidas pelo MM. Juiz do Trabalho **Ronal do Santos Resende** que julgou procedentes em parte os pedidos deduzidos na reclamação trabalhista que tramita perante a 72ª Vara do Trabalho do Rio de Janeiro.

A autora (ID 540eebc) postula a reforma do julgado quanto às horas extras, ao adicional noturno, aos repousos semanais remunerados, aos feriados, às diferenças de prêmios, às diferenças salariais, aos honorários advocatícios sucumbenciais, aos juros e à correção monetária.

A ré (ID d860725) postula a reforma do julgado quanto às diferenças salariais, ao deferimento da gratuidade de justiça e aos honorários advocatícios sucumbenciais.

Contrarrazões da autora (ID 1c08dde), sem preliminares. Contrarrazões da ré (ID d223bff), oportunidade em que pretende o não conhecimento do recurso devido a ausência de dialeticidade.

Os autos não foram remetidos ao Ministério Público do Trabalho, por ausentes as hipóteses específicas de intervenção, nos termos do artigo 83 da Lei Complementar 75/93 e do Ofício PRT/1ª Região nº 472/2018.

É o relatório.

## FUNDAMENTAÇÃO

## ADMISSIBILIDADE



Tempestivos os recursos interpostos nos dias 15/12/2022 e 01/03/2023, tendo em vista a ciência da r. decisão de embargos de declaração no dia 13/02/2023 (consulta à aba de expedientes do 1º grau no Pje).

Suprida a capacidade postulatória por advogados regularmente constituídos nos autos (ID 20f2b93, 784086f e 547af7e).

A autora está dispensada do recolhimento das custas ante a procedência parcial dos pedidos.

Custas recolhidas pela ré (ID e968947) e o depósito recursal foi realizado com seguro garantia, como autorizado pelo artigo 899, §1º, da CLT.

Analisando a apólice de seguro apresentada, verifico que o seguro foi realizado com a Junto Seguros, restando cumpridas as seguintes determinações: o montante segurado corresponde ao valor atualizado do débito, acrescido de, no mínimo, 30%; vigência da apólice por 3 anos (24/02/2023 até 24/02/2026); número do processo judicial; manutenção de vigência do seguro, mesmo quando o tomador não houver quitado o prêmio nas datas convencionadas; renovação automática. (ID. 64759af - Pág. 4).

#### **DA PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO ARGUIDA EM CONTRARRAZÕES PELA RÉ. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE.**

Argui a primeira ré preliminar de não conhecimento do recurso ordinário interposto pela autora, por falta de dialeticidade, sob o argumento de que o recorrente não enfrentou diretamente os fundamentos da r. sentença.

#### **Sem razão.**

Importante mencionar que, para apreciação meritória e até mesmo para recebimento do recurso ou simples conhecimento prefacial pelo Juízo *a quo*, afigura-se essencial que das razões do inconformismo da parte constem os fundamentos de fato e de direito pelos quais se insurge contra a sentença.

Desse modo, a fundamentação é indispensável não só para se saber as matérias da sentença recorrida que transitaram em julgado, mas também para análise das razões que o Tribunal deverá considerar, convencendo-se ou não das mesmas, para reformar o julgado.



Nesse sentido, a partir da leitura atenta do recurso da demandante, é possível perceber que atacou, de forma clara e objetiva, os fundamentos expostos na sentença recorrida.

No mais, aplica-se o efeito devolutivo em profundidade (artigo 1.013, §1º, do NCPC), que exige apreciação e julgamento pelo tribunal de todas as questões suscitadas e discutidas no processo.

### **Rejeito.**

Por preenchidos os requisitos objetivos e subjetivos de admissibilidade, **co**  
**nheço** dos recursos.

## **MÉRITO**

### **DO RECURSO ORDINÁRIO DA AUTORA**

#### **DA EQUIPARAÇÃO SALARIAL**

Narra a inicial que a autora foi admitida em 17/03/2014, para exercer a função de propagandista-vendedora, sendo dispensada sem justa causa em 14/04/2018, recebendo por último o salário de R\$9.735,00.

Alega a autora que desempenhava as mesmas funções e tarefas, com a mesma perfeição técnica, que seu colega Alessandro Barbosa percebendo, no entanto, remuneração (salário fixo mais variável) inferior. Por tal motivo, pleiteia a condenação da ré ao pagamento de diferenças salariais decorrentes da pretendida equiparação salarial, com reflexos em horas extras, adicional noturno, reajustes salariais pagos e impagos, adicional por tempo de serviço pago e impago, décimos terceiros salários, férias com 1/3, aviso prévio e FGTS com a multa de 40%, observando-se a irredutibilidade salarial assegurada pelo artigo 7º, VI, da CF.

Em contrapartida, a ré alega, quanto ao paradigma Alessandro Barbosa, que este foi admitido na empresa sempre atuando na área de vendas - em **16/04/2007**, ou seja, 7 anos antes da Reclamante ser admitida da Reclamada. Assim, "quando a Reclamante foi admitida na Reclamada, em 17/03/2014, o Sr. Alessandro já atuava como Gerente de Contas desde abril/2011, sendo promovido a Gerente de Vendas (antiga classificação de Gerente Distrital), desde junho/2012." "Certo é



que o Sr. Alessandro atuava em função de Gerência desde abril/2011, ou seja, cerca de 3 anos antes da Reclamante ser admitida na Reclamada." Sustenta, assim, que não exerciam idênticas funções. Aponta ainda diferença de perfeição técnica, eis que "a experiência profissional do Sr. Alessandro, que atuou na mesma área desde 2007, quando de sua admissão, e ocupa a posição de Gerente desde 2011, demonstra a diferença de conhecimento e expertise entre ambos, Reclamante e Paradigma."

O MM. Juízo de origem rejeitou o pleito autoral, nos seguintes termos:

"A inicial não relata quais as tarefas eram realizadas identicamente pelos trabalhadores comparados, tampouco há indicação acerca de qual momento a Ré afrontou o princípio isonômico ao conferir contraprestação salarial superior ao modelo indicado em detrimento da Autora.

Enfim, não se apontam de modo convincente fatos relacionados à pretensão voltada ao reconhecimento de equiparação da contraprestação salarial auferida pelos trabalhadores comparados.

Além disso, a testemunha indicada pela Reclamada informa **que o Sr. Alessandro já era Gerente quando a Autora foi contratada e que ele veio de uma fusão de outra empresa, fatos que evidenciam a maior expertise do paradigma na função gerencial.**

Diante do exposto, julgo improcedente o pedido de condenação da Ré ao pagamento de diferenças salariais decorrentes da equiparação de contraprestações pecuniárias auferidas pela disponibilização da energia de trabalho.." (ID. d914e88 - Pág. 4)

Irresignada, insurge-se a autora em face da r. sentença, aduzindo que "o tempo como gerente do paradigma não é tão superior ao da parte reclamante, para fazer tamanha diferença e levar a crer que este possuía maior expertise que a recorrente." Aponta que ambos foram promovidos no mesmo dia para a função de gerente de vendas, em 01.06.2017, e assim, não havia diferença superior a dois anos na função. Ressalta que a preposta da ré confessou a identidade de funções. Quanto ao local de prestação de serviços, afirmou que trabalhavam na mesma região metropolitana.

#### **Analisa-se.**

De início, cumpre dizer que o contrato de trabalho em análise teve início em 17.03.2014, não sendo aplicáveis, no caso dos autos, as disposições de direito material previstas na Lei 13.467/17 ("Lei da Reforma Trabalhista"), cujas normas que suprimam ou reduzam direitos assegurados legalmente somente deverão incidir sobre os contratos de trabalho celebrados após a sua entrada em vigor, em 11.11.17.

Dito isso, dispõe a CLT sobre equiparação salarial, com redação vigente na época da admissão:



Art. 461 - Sendo idêntica a função, a todo trabalho de igual valor, prestado ao mesmo empregador, na mesma localidade, corresponderá igual salário, sem distinção de sexo, nacionalidade ou idade.

§ 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 não for superior a 2 (dois) anos.

§ 2º - Os dispositivos deste artigo não prevalecerão quando o empregador tiver pessoal organizado em quadro de carreira, hipótese em que as promoções deverão obedecer aos critérios de antiguidade e merecimento.

§ 3º - No caso do parágrafo anterior, as promoções deverão ser feitas alternadamente por merecimento e por antiguidade, dentro de cada categoria profissional.

É certo que, pretendida a equiparação salarial, incumbe ao empregado a prova dos fatos constitutivos de seu direito, como a identidade de empregador, de função e de localidade, além da simultaneidade na prestação de serviços (artigos 818 da CLT e 373, I, do Novo CPC), ao passo que sobre o empregador recai o ônus de provar fatos impeditivos, modificativos ou extintivos da equiparação salarial vindicada, a saber: diferença de produtividade e de perfeição técnica, tempo de serviço na função superior a dois anos e existência de quadro de carreira homologado (artigos 818 da CLT e 373, II, do CPC/2015 e Súmula 6, VIII, do TST).

No caso dos autos, quanto à prova documental, a Ficha de Registro de Empregado de ID. d2f19e1 demonstra que a autora foi admitida pela ré em **17.03.2014**, para exercer a função de "Sup. Merchandising JR", sendo promovida a "Gerente de vendas" em **01.06.2017**, quando passou a receber o salário de R\$9.735,00. (ID. d2f19e1 - Pág. 7) Ressalto que não há a informação da região de trabalho da autora, mas não foi levantando pela defesa como fato impeditivo da equiparação.

Em relação ao paradigma Alessandro Machado Barbosa, a Ficha de Registro de Empregado de ID. b287b9f demonstra que o modelo foi admitido em **16.04.2007**, para exercer a função de "REP DE MERCHAN E VENDAS -", sendo promovido a função de "GERENTE CONTAS SR -", em **01.04.2011**, e após foi novamente promovido ao cargo de "GERENTE DISTRITAL PDV -", em **01.06.2012**, passando por uma "RECLASSIFICAÇÃO DE CARGO", em 01.06.2017, para "GERENTE VENDAS -" (ID. b287b9f - Pág. 7).

Observa-se nas "ocorrências de alteração salarial" do paradigma que os últimos aumentos de salário que recebeu em razão de promoção ocorreram justamente nas datas de 01.06.2012 e 01.08.2012, passando seu salário para o valor de R\$6.500,00, justamente em razão da promoção ao cargo de "GERENTE DISTRITAL PDV". Os aumentos posteriores decorreram de outros fatores, como "antecipação salarial", "acordo coletivo" e "dissídio coletivo", ocorrendo apenas um



"ajuste" no percentual de 0,34% em 01.06.2017, data em que houve a reclassificação do cargo acima mencionado, em que seu salário que era de R\$9.702,00 passou para R\$9.735,00, equivalente ao valor que a autora passou a receber, inclusive! (ID. b287b9f - Pág. 8).

Nesse passo, verifica-se que a equiparação salarial encontra óbice no requisito do "tempo de serviço não superior a 02 anos", já que o empregado Alessandro Barbosa, indicado como modelo, desempenhava a função de Gerente de Vendas desde o ano de 2012, só que antes denominado Gerente distrital PDV, havendo apenas uma reclassificação do cargo, ao passo que a autora foi promovida a tal função somente em **01/06/2017**, ultrapassando em muito a diferença máxima prevista no artigo 461, §1º, da CLT.

Tal fato é corroborado, inclusive, pela testemunha indicada pela reclamada, em que relata que o paradigma veio de uma fusão de outra empresa e que já desempenhava a função de gerente antes da autora, senão vejamos:

**Depoimento da testemunha indicada pela reclamada, Eduardo Frossard Pereira de Lucena:** "que trabalhava na reclamada desde 2010; que exerce a função de gerente de vendas; (...); **que trabalhou diretamente com o Sr. Alessandro Barbosa; que quando a autora foi contratada o Sr. Alessandro já era gerente; que o Sr. Alessandro veio de uma fusão de outra empresa;** que os gerentes regionais eram de fora do Rio de Janeiro e recebiam os roteiros do depoente em caráter informativo; (...) Nada mais.

Ainda que assim não fosse, do cotejo dos dados acima expostos, assim como das alterações salariais da autora e do paradigma, vê-se que, a partir de 01/06/2017, quando passaram a exercer as mesmas funções, os empregados perceberam o mesmo salário base (R\$9.735,00).

Por outro lado, não há que se falar em direito à equiparação salarial em razão da diferença de remuneração variável em relação ao paradigma apontado, já que o pagamento do prêmio pela empregadora levava em consideração tanto o desempenho individual da autora, quanto o desempenho coletivo de seu distrito, conforme ressaltado pelo i. Perito, ao responder o Quesito nº 13 formulado pela empregada, senão vejamos:

**13): DIGA SE HÁ COMO AFIRMAR QUE OS PRÊMIOS (RUBRICA "PRÊMIO VENDAS", CONSTANTE NOS DEMONSTRATIVOS DE PAGAMENTO - FL 454/491, POR EXEMPLO) ERAM PAGOS EXCLUSIVAMENTE SOBRE O DESEMPENHO INDIVIDUAL DA AUTORA.**

**R - (...)** os prêmios eram pagos sobre o desempenho da reclamante e sua equipe. (ID. 7ff87df - Pág. 5).

Assim, por não estarem presentes os requisitos estabelecidos no artigo 461 da CLT, é de manter a sentença que julgou improcedente o pedido de pagamento de diferenças salariais decorrentes da equiparação postulada e seus consectários legais, ainda que por fundamento diverso.



## Nego provimento.

### DA PREMIAÇÃO

Na exordial, alega a autora que, desde o início do pacto laboral, não lhe era possível conferir se a premiação mensal paga pela acionada era feita corretamente, tendo em vista que não lhe eram repassados os critérios de pagamento da forma devida, tampouco disponibilizados os meios para tal conferência, contrariando, inclusive, a disposição normativa a respeito (Cláusula Décima Sétima da CCT 2017/2018 - SINPROVERJ). Adiantando-se para o caso de não juntada aos autos dos documentos necessários à conferência dos valores pagos e devidos, estima a autora um prejuízo mensal de 40% de sua remuneração. Destaca, por fim, que tal parcela se reveste de caráter salarial, pois contraprestada mensalmente, devendo refletir em repousos semanais remunerados e feriados e, após, em decorrência do aumento da média remuneratória (e, subsidiariamente, integração simples e direta), em horas extras, adicional noturno, décimos terceiros salários, férias com 1/3, aviso-prévio e FGTS com a multa de 40%.

A ré se defende alegando que a autora sempre teve ciência dos critérios de pagamento de premiação, tendo, inclusive, recebido a política e manifestado ciência com todas as alterações. Assevera que todos os empregados da ré têm ciência das regras de premiação da empresa e de eventuais alterações. No mais, sustenta que a premiação sempre foi devidamente paga, não havendo que cogitar o pagamento de quaisquer diferenças ou valores.

O MM. Juízo *a quo* julgou improcedente o pleito em tela, pelos fundamentos a seguir transcritos:

#### **"Do pedido de condenação da Ré ao pagamento de diferenças de premiações**

Após noticiar o recebimento de contraprestação salarial composta por salário fixo mais premiações, a Reclamante aponta para a ausência de critérios fixos e claros a respeito do cálculo relacionado ao pagamento de premiações pela Reclamada.

Segundo relato da petição inicial, a Autora não tinha acesso aos documentos necessários à apuração dos cálculos realizados para fins de pagamento das premiações mensais.

A testemunha indicada pela Autora relata que os critérios de premiações eram explicados durante reuniões para todos e que geralmente cabia ao RH explicar os critérios através dos gerentes e que recebia extrato de cotas de premiação, os quais indicavam peso, percentuais e cotas em reais.



A testemunha indicada pela Ré afirma que é possível conferir a premiação paga através do extrato e que sabe como chegar aos números informados por meio da auditoria de vendas.

Em face do exposto, julgo improcedente o pedido de condenação da Ré ao pagamento de diferenças de premiações. (ID. d914e88 - Pág. 3)

Inconformada, busca a autora a reforma da r. sentença, alegando que, ao contrário do entendido pelo MM. Juízo de origem, o pedido foi formulado em face da absoluta impossibilidade de conferência da correção do pagamento dos prêmios, até porque desconhecidos com exatidão os critérios e as bases para o recebimento de tal parcela.

Destaca que a empresa, ao optar por realizar o pagamento de prêmios, deve obedecer às "regras" constantes das normas coletivas da categoria, segundo as quais "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." Todavia, afirma que tal condição não foi cumprida pela ré durante toda a contratualidade.

Ademais, aduz que a demandada afirmou em sua defesa que a autora recebeu os prêmios corretamente, atraindo, assim, o ônus da prova, a teor do que dispõem os artigos 818 da CLT e 373, inciso II, do CPC, onus do qual não se desincumbiu.

Além disso, argumenta que, pelo Princípio da Aptidão para a Prova, era da ré o ônus de provar a correção do pagamento dos prêmios, na medida em que toda a documentação hábil à apuração do prejuízo da obreira estava na posse da empresa.

No entanto, salienta que a ré não juntou aos autos as políticas, as quotas /objetivos de premiação relativas a todo o período contratual, nem as relações de vendas acompanhadas das respectivas notas fiscais, prejudicando o intuito probatório da recorrente, conforme confirmado pelo Sr. Perito em resposta aos quesitos de nº "23" da autora (ID. 7ff87df - Fl. 1746)

Assevera que os documentos trazidos aos autos são meras tabelas unilateralmente produzidas pela ré para confortar suas teses, uma vez que não há nenhum elemento que leve à conclusão de que a cobertura das cotas atingidas é a informada em tais documentos, isto é, não há nos autos relação das vendas que serviam de base de cálculo para os prêmios acompanhada das respectivas vias de notas fiscais que lhe pudessem conferir idoneidade.

Em relação à prova oral, aponta a autora que a testemunha por ela indicada afirmou que não era possível conferir se a premiação paga estava correta.



Dessa forma, sustenta que a não juntada aos autos pela recorrida dos documentos hábeis para apuração dos prejuízos da autora, implica necessariamente, a teor do artigo 400 do CPC, na admissão como verdadeiro o prejuízo de 40% da remuneração mensal total (incluindo salário fixo mais variáveis), estimado na exordial.

#### **Analisa-se.**

*Ab initio*, tem-se que a Cláusula Décima Sétima da Convenção Coletiva de Trabalho 2014/2015, juntada aos autos pela autora (ID. 57e94ca - Pág. 5), possui a seguinte previsão:

**"CLÁUSULA DÉCIMA SÉTIMA - PRÊMIOS DE VENDAS MEDIANTE COTAS OU OBJETIVOS**

A empresa que remunerar seus empregados pelo sistema de produção, mediante cotas de vendas ou objetivos estabelecidos pela empresa, **ficará obrigada a fixar critérios, exclusivamente objetivos, prévio com cópia para o empregado.**"

Acerca do cumprimento da referida previsão normativa, a autora, embora tenha reconhecido que recebia regulamentos, cotas e extratos de premiação por e-mail, nunca entendeu como era realizado o pagamento da premiação. No mesmo sentido foi o depoimento prestado pela testemunha por ela indicada, que declarou que não entendia o critério de pagamento de sua premiação, sendo certo que nem a gerente soube explicar como a cota era calculada, senão vejamos:

**Depoimento da testemunha Fabio Ramos Barbosa: (...)** que a premiação era paga mensalmente; que os critérios informados para pagamento não eram muito claros; que os objetivos para o alcance das metas também não eram claros; que o aceite eletrônico era obrigatório, senão o prêmio não seria recebido; que não era possível conferir se a premiação paga estava correta; que não tinha acesso as notas fiscais das vendas; que a empresa explicava os critérios da premiação em reunião para todos; que geralmente cabia ao RH explicar os critérios da premiação; que o RH explicava através dos gerentes as dúvidas dos gestores; que dentro do setor o supervisor é a maior autoridade; que o consultor fazia o lançamento da visita, indicando se estava acompanhado do supervisor ou não; que o supervisor não fazia tal lançamento; (...); que geralmente o relatório era elaborado fora do horário comercial em razão da necessidade do alcance de metas; que não sabe se alguém foi punido por não ter atingido a meta; **que recebia extrato de cotas de premiação; que peso, porcentagem e cotas em reais eram indicados pelo documento;** Nada mais.

**Depoimento da testemunha indicada pela reclamada, Eduardo Frossard Pereira de Lucena:** "que trabalhava na reclamada desde 2010; que exerce a função de gerente de vendas; (...); **que o departamento SFE informa os critérios de premiação;** que como gerente o depoente explica tais critérios aos seus subordinados; (...); **que o pagamento da premiação depende do alcance da meta de vendas e costuma corresponder a 30% da remuneração do empregado;** que o informativo da cota de premiação é trimestral, e o extrato de pagamento é mensal; (...) que os gerentes regionais eram de fora do Rio de Janeiro e recebiam os roteiros do depoente em caráter informativo; (...) **que consegue conferir a premiação paga através do extrato; que sabe como chega nos números informados por meio da auditoria de vendas;** Nada mais.



De todo modo, entendo que a questão atinente à ciência e à efetiva compreensão da empregada acerca dos critérios de apuração dos prêmios, por si só, não se mostra relevante à resolução da controvérsia ora sob análise.

Nesse contexto, tendo a autora alegado que não lhe era possível conferir se a premiação mensal paga pela acionada era feita corretamente, e tendo a ré, por outro lado, sustentado que os valores pagos a título de prêmios estavam corretos, era desta última o ônus de demonstrar como eram realizados os cálculos da dita parcela, explicitando, inclusive, os efetivos dados utilizados para se chegar aos valores quitados à demandante.

Todavia, do conjunto probatório constante dos autos, nota-se que ré não se desincumbiu de seu encargo a contento.

Com efeito, da análise da manifestação de ID. 7ff87df, vê-se que o i. Perito solicitou à ré os Relatórios de Auditoria elaborados pela empresa IMS Health/IQVIA, dos quais a demandada extraía os valores mensais das vendas de produtos e incluía nos extratos de prêmios da autora para apurar os percentuais de atingimento de metas e os prêmios. Aduz o i. *Expert* que sem os referidos relatórios, não há elementos para atestar os valores mensais das vendas dos produtos da cesta da demandante e, por conseguinte, comprovar a correção dos valores pagos a título de prêmios.

Dessa forma, na ausência da documentação mencionada no momento da realização da perícia, o i. Perito considerou "prejudicadas as apurações quanto às comparações, comprovações e correções dos valores das vendas de produtos utilizados pela Reclamada nos extratos de premiação da Reclamante", senão vejamos:

**31: SOMENTE NA HIPÓTESE DE TER A RECLAMADA JUNTADO AOS AUTOS OS DOCUMENTOS REFERIDOS NOS QUESITOS "22", "23" A "25" ANTERIORES, E ATRAVÉS DA ANÁLISE DOS REGRAMENTOS, DAS COTAS/OBJETIVOS DE PREMIAÇÃO, COM O "CIENTE" DA AUTORA, E DAS VENDAS REALIZADAS E COMPROVADAS PELAS NOTAS FISCAIS, INFORME, MÊS A MÊS, SE OS PRÊMIOS FORAM ADIMPLIDOS CORRETAMENTE.**

R- Prejudicado.

Nesse passo, a avaliação dos elementos dos autos favorece a tese autoral, uma vez que a documentação incompleta trazida à colação pela ré não possibilita aferição da correta apuração dos prêmios devidos à autora.

Em casos como o que foi trazido ao debate no presente feito, o princípio da aptidão para a prova impõe ao empregador o ônus de apresentar os documentos necessários à demonstração da forma com que foram apurados os valores da remuneração variável.



No mesmo sentido a jurisprudência do TST, *in verbis*:

"A) AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO PELA RECLAMADA. 1. DIFERENÇAS DE COMISSÕES. O Regional foi claro ao consignar que era da reclamada o ônus da prova acerca da correta quitação da parcela e que deste encargo não se desvencilhou porquanto não apresentou, no prazo que lhe foi concedido, os documentos requeridos em audiência, consistentes em "relatórios diários de vendas". Com efeito, a decisão tal como posta não implica em desrespeito ao ônus da prova uma vez que o empregador por deter a documentação era quem possuía as melhores condições de provar o fato controvertido, razão pela qual não há falar em violação dos artigos 818 da CLT e 373, I, do CPC. [...]" (ARR - 106-90.2015.5.05.0027 , Relatora Ministra: Dora Maria da Costa, Data de Julgamento: 27/03/2019, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 29/03/2019)

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DA LEI Nº 13.015/14 E DO NCPC - ÓBICE AFASTADO - ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL Nº 282 DA SBDI-1 Ultrapassado o obstáculo apontado pelo despacho denegatório. Aplicação da Orientação Jurisprudencial nº 282 da SBDI-1. DIFERENÇA DE COMISSÕES - NÃO APRESENTAÇÃO DE DOCUMENTOS SOLICITADOS - ALEGAÇÃO DE FATO EXTINTIVO DO DIREITO - ÔNUS DA PROVA Extraí-se do acórdão regional que a Reclamada não apresentou os documentos necessários para a realização de perícia contábil e a comprovação do pagamento das comissões. Sendo assim, a Ré não se desincumbiu do ônus de provar o fato extintivo do direito do Autor, nos termos dos arts. 818 da CLT e 373 do NCPC. Agravo de Instrumento a que se nega provimento. (AIRR - 937-10.2013.5.02.0281 , Relatora Ministra: Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, Data de Julgamento: 15/08/2018, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 17/08/2018)

Por conseguinte, **dou provimento** ao recurso da autora, no particular, para incluir na condenação o pagamento de diferenças a título de prêmios, na ordem de 40%, com reflexos nos repousos semanais remunerados e feriadoss, horas extras, adicional noturno, décimos terceiros salários, férias com 1/3, aviso prévio, FGTS e indenização de 40% sobre o respectivo saldo.

### **DA JORNADA DE TRABALHO. DAS HORAS EXTRAS. DOS INTERVALOS INTRAJORNADA E INTERJORNADA. DO ADICIONAL NOTURNO. DO REPOUSO SEMANAL REMUNERADO**

Na inicial, alega a autora que possuía jornada contratual de 8 horas diárias, desenvolvidas de segunda a sexta-feira, perfazendo um total de 40h semanais e 200h mensais. No entanto, aduz que realizava, por exigência de sua ex-empregadora, inúmeras tarefas que importavam em extrapolar a jornada contratual, sem a respectiva contraprestação. Relata que, no exercício das suas atribuições, deveria visitar um número predeterminado de clientes por dia, conforme agenda previamente encaminhada para aprovação de sua gerência, ressaltando que seu labor no "campo" importava em jornada diária das 08h às 18:30h, em média, com intervalo de, no máximo, 40 minutos. Acrescenta que, logo após sua jornada normal de trabalho "no campo", despendia, em média, 2:30h diárias para executar uma extensa relação de tarefas que lhe eram impostas por sua ex-empregadora, tais como troca de mensagens eletrônicas com colegas e clientes, preparar-se para a visitaçãõ do dia seguinte, colocar e conferir o material de propaganda no veículo, elaborar relatórios, análise das promoções da concorrência,



estudar os produtos que compõem o ciclo de propaganda, responder a provas e questionários elaborados pela ré, realizar pedidos, dentre outras. Diante disso, postula a obreira a condenação da ré em horas extras, com os adicionais normativos, com reflexos em repousos semanais remunerados e feriados e, após, em decorrência do aumento da média remuneratória (e, subsidiariamente, integração simples e direta), nos décimos terceiros salários, férias com 1/3, aviso-prévio e FGTS com a multa de 40%. Postula, outrossim, o pagamento de uma hora extra diária, na forma da Súmula nº 437 do TST, em decorrência da concessão parcial do intervalo intrajornada, assim como o pagamento de horas extras em conformidade com o previsto na OJ nº 355 da SDI-I do TST, nas ocasiões em que restar comprovado que não houve fruição integral do intervalo interjornada. Alerta, por pertinente, que as Normas Coletivas de sua categoria (Cláusula 39ª das Convenções Coletivas de 2012/2013 a 2015/2016, Cláusula 41ª da Convenção Coletiva de 2016/2017, por exemplo) preveem o pagamento de horas extras quando do comparecimento da autora a atividades realizadas aos sábados, domingos e feriados, ou à noite, quando estas não forem compensadas, salientando, ainda, que, em tais oportunidades, o labor não compensado deve ser pago em dobro, conforme previsão da Súmula nº 146 do E. TST, com reflexos nos décimos terceiros salários, férias com 1/3, aviso-prévio e FGTS com a multa de 40%.

Em contrapartida, a ré impugna a jornada de trabalho aduzida na exordial, alegando que, durante todo o contrato de trabalho, a autora desempenhou suas funções de forma externa e sem qualquer possibilidade de controle de suas atividades e horários, encontrando-se na exceção prevista no artigo 62, I, da CLT. Além disso, assevera que o exercício de atividades externas e não sujeitas a qualquer tipo de controle de jornada está prevista nas Convenções Coletivas anexadas. Neste sentido, afirma que a autora jamais sofreu qualquer controle de jornada, sendo livre para exercer suas funções nos horários que bem entendesse, ressaltando que essa flexibilidade e liberdade estavam diretamente ligadas aos cargos de Supervisor de Merchandising Júnior e Gerente de Vendas, sendo essencial que estes montem seus próprios roteiros e horários, já que a rotina de trabalho da Reclamante era supervisionar sua equipe (promotores e, posteriormente, consultores) realizando visitas a farmácias em diversas cidades do Estado do Rio de Janeiro. Sendo certo que era a Autora quem decidia seu roteiro de visitas ou reuniões.

Sucessivamente, a ré alega que "a Reclamante enquanto Supervisora de Merchandising e Gerente de Vendas, além de se ativar externamente, detinha cargo de confiança", pois, "além de funções administrativas, supervisionava uma equipe de cerca de 10 promotores. Não sendo diferente quando ocupara o cargo de Gerente de vendas, cabendo à Reclamante à coordenação de uma equipe de consultores." "Assim, a Reclamante possuía plena liberdade para escolher os dias que preferia trabalhar, remanejando os seus horários e dias trabalhados, e ausentando-se nos dias de melhor conveniência."



De outra banda, argumenta que, embora não controlada, suas atividades eram realizadas sempre dentro do limite de 44 horas semanais, sempre com uma hora de intervalo intrajornada. Em caso de condenação, assevera que o sábado é considerado dia útil não trabalhado, conforme pode-se observar nas convenções coletivas, motivo pelo qual o divisor aplicável ao caso é o 220, aplicando-se analogamente o disposto na Súmula 124 do C.TST. A reclamada ainda requer "a aplicação da Súmula 340 do C. TST para apuração das horas extras.", eis que parte da remuneração auferida pelo reclamante era variável.

A r. sentença julgou improcedentes os pedidos, nos seguintes termos:

A instrução processual oral revela que a Autora não tinha o horário de trabalho controlado pela Ré e que as atividades burocráticas poderiam ser feitas durante o horário de trabalho, em casa.

Em depoimento pessoal, a Reclamante afirma que não informava as visitas que realizava.

A testemunha indicada pela Autora relata que eram cobrados pela quantidade de visitas, mas não soube informar se alguém foi punido por não lançar os horários no sistema.

A testemunha indicada pela Ré afirma que sua agenda não precisa ser aprovada pelo gestor nacional e que somente informava no sistema as visitas realizadas, sem a indicação do tempo despendido em cada uma.

Conclui-se, portanto, pela legitimidade da aplicação da excludente prevista no artigo 62, I, da Consolidação das Leis do Trabalho ao caso em apreço, uma vez que não havia controle direto ou indireto da jornada de trabalho realizada pela Reclamante.

Além disso, considerando que a contraprestação salarial da Autora era composta por premiações ('incentivo de vendas'), cujos valores dependiam diretamente do cumprimento de metas fixadas pela Ré, entende-se que a iniciativa do labor em sobrejornada (caso existente) poderia partir da própria Demandante, sem qualquer ingerência ou determinação da Ré nesse sentido.

Em face do exposto, julgo improcedentes os pedidos de condenação da Ré ao pagamento de horas extras, intervalo intrajornada e intervalo previsto no artigo 384 da Consolidação das Leis do Trabalho.

Diante disso, recorre a reclamante esclarecendo que, "*sendo o labor da obreira relacionado a visitas a clientes, e, sendo fato notório e de conhecimento público que estes atendem em horários estabelecidos, é por demais evidente que é possível a fixação de horário de trabalho*". Destacou que a reclamada confessou que era possível o controle da jornada por meio de equipamentos eletrônicos por ela fornecidos. Afirma que o software utilizado pela reclamada (MOBILE INTELLIGENCE/CEGEDIM) aponta as visitas e seus horários, conforme documento de ID. c3cb672- Pág. 2. Aponta que a prova oral também comprovou que "havia utilização de sistema para lançamento das visitas", em que a "*reclamada exigia um roteiro prévio, no qual constava a ordem sequencial das visitas a serem executadas.*"



**Vejamos.**

*Ab initio*, considerando que o vínculo de emprego da autora com a ré teve início em 17/03/2014, não são aplicáveis, no caso dos autos, as disposições de direito material previstas na Lei nº 13.467/2017 (Lei da Reforma Trabalhista), tendo em vista que as normas que suprimem ou reduzem direitos assegurados legalmente somente deverão incidir sobre os contratos de trabalho celebrados após a sua entrada em vigor, em 11/11/2017, o que não é a hipótese em questão.

Em relação ao alegado trabalho externo e à impossibilidade de controle das atividades e horários cumpridos pela autora, cumpre registrar o que dispõe o inciso I do artigo 62 da CLT, *in verbis*:

"Não são abrangidos pelo regime previsto neste capítulo:

I - os empregados 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."

De acordo com o dispositivo legal mencionado em epígrafe, somente os empregados cuja atividade externa é incompatível com o controle de horário de trabalho não têm sua jornada limitada a uma duração máxima. Portanto, não basta que o empregado exerça atividade externa para que seja inserido na exceção do inciso I do artigo 62 da CLT. É a incompatibilidade de fixação de horário de trabalho que define se o empregado exercia labor externo para fins de recebimento, ou não, de horas extras.

Em outras palavras, mesmo que o labor seja externo, se existir alguma forma de controle de produção, de percurso, de tarefas, de horários, de visitas etc., o empregado terá direito às horas extras e/ou noturnas trabalhadas, pois a lei limitou a tutela protetiva em face de uma presunção jurídica, que pode ser afastada por prova em contrário.

Desse modo, é ônus da ré comprovar a inviabilidade de controle da jornada, sob pena de se afastar a presunção legal instituída, incidindo o conjunto das regras concernentes à duração do trabalho.

Frise-se que, para fins da previsão do artigo 62 da CLT, não é relevante a categoria ou atividade profissional do obreiro, "mas o fato de efetivamente exercer atividade externa não submetida a controle e fiscalização de horário" (DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 2002, p. 853).

Vale destacar que as normas coletivas celebradas por entidades sindicais de abrangência restrita ao Estado de São Paulo, colacionadas com a defesa, não se aplicam ao contrato da



autora, porque a prestação de serviços ocorreu no Estado do Rio de Janeiro. Tanto é assim que da Ficha de Registro da autora (ID. d2f19e1 - Pág. 7), no campo "Contribuições Sindicais", consta o recolhimento de contribuição sindical ao SINPROVERJ - RJ. Logo, afora a fiscalização comprovada no caso sob exame, inaplicável a pretendida regra convencional no que diz respeito à exclusão do controle de horários para a categoria da demandante.

*In casu*, o conjunto probatório produzido nos autos favorece a tese autoral de submissão a controle de jornada, ensejando, por conseguinte, o direito à percepção de horas extraordinárias, porque a prova oral, sobretudo o depoimento pessoal da preposta da ré, confirma as alegações da exordial no que concerne à possibilidade de controle diário pela demandada durante o cumprimento das tarefas laborais pela autora, conforme depoimento abaixo transcrito:

**Depoimento pessoal do(a) preposto:** que a autora trabalhava externamente e era orientada a trabalhar durante o horário comercial, de 08 as 17h ou das 09h as 18h; que a autora tinha autonomia para se organizar; que o Sr. Alessandro foi gerente de contas em 2011, passou a ser gerente de vendas em 2012; que o Sr. Alessandro era da Unidade CHC, como gerente de vendas, e a autora era Unidade GENMED; que as atividades da autora e do paradigma como gerentes de vendas eram semelhantes; que a autora não tinha que submeter a sua agenda à aprovação; **que a autora seguia a agenda dos promotores, acompanhando-os em visitas, algumas vezes na semana; que autora não seguia roteiro próprio; que os consultores lançavam visitas em um sistema MI;** que a autora não tinha que lançar horários nesse sistemas, tampouco os consultores; que o trabalho de supervisores de merchandising é supervisionar a equipe de marketing; que todos realizam as mesmas atividades; que os gerentes de vendas também desempenham atividades semelhantes; Nada mais.

Como se percebe, a ré se utilizava de um sistema *online* para acompanhar os atendimentos realizados por seus empregados ao longo do dia.

Seguindo esta mesma linha de raciocínio, a resposta do i. Perito contábil ao quesito nº 10 formulado pela autora (ID b8331d4 - Pág. 3), aponta que foi entregue à reclamante equipamento eletrônico, "*dotado do sistema MI (Mobile Intelligence) CEGEDIM, nos quais eram inseridos os horários de atendimentos dos médicos, as informações sobre as visitas, com horário, a agenda de trabalho, onde inclusive deveria constar os roteiros de trabalho e nos lançamentos das visitas constava data e hora da realização, por quem a visita foi acompanhada e os comentários sobre a visita realizada*".

Outrossim, cumpre registrar que, embora conste do contrato de trabalho de ID. 657403c, que "o empregado não estará sujeito ao controle de jornada de trabalho, em virtude de exercer atividade externa, nos termos do artigo 62, inciso I, da Consolidação das Leis do Trabalho", a Ficha de Registro de Empregado de ID. d2f19e1 - Pág. 4 prevê a carga horária da autora como sendo de 200 horas ao mês e 40 horas semanais.



Nesse passo, conclui-se que a ré não se desincumbiu do seu ônus da prova quanto à impossibilidade de controle e fiscalização do horário de trabalho da autora, a fim de a enquadrar como trabalhadora externa, nos moldes do artigo 62, I, da CLT, ônus que lhe cabia.

Assim, forçoso concluir que o registro do ponto sempre foi possível e, se não foi realizado, é porque a empresa assim o quis, o que afronta o artigo 74 da CLT. Saliento que o registro de labor externo em ficha cadastral e no contrato de trabalho não são suficientes para atrair a aplicação do artigo 62, I, da CLT, visto que em nada se confunde com a efetiva impossibilidade de controle de jornada.

Desse modo, não tendo a ré se desincumbido do seu ônus probatório, afasta-se a excludente do artigo 62, I, da CLT, e não colacionados aos autos os controles de ponto, nos moldes do artigo 74, §2º, da CLT, presume-se verídica a jornada de trabalho declinada na inicial, nos moldes da Súmula 338 do TST, limitada, contudo, à prova oral produzida nos autos.

No tocante ao exercício do cargo de confiança, estabelecem o inciso II e o parágrafo único do artigo 62 da Consolidação das Leis do Trabalho que não são abrangidos pelo regime previsto no capítulo atinente à duração do trabalho os exercentes de cargos de gestão, quando o salário do cargo de confiança, compreendendo a gratificação de função, se houver, não for inferior ao valor do respectivo salário efetivo acrescido de 40%.

No que se refere à excludente do exercício de cargo de confiança e a amplos poderes de mando e gestão, tanto o inciso II do artigo 62 da CLT, quanto o § 2º do artigo 224 da CLT, apresentam como pressuposto da exclusão dos cargos de gerente e supervisor, dentre outros, das regras relativas ao pagamento de horas extras que o empregado se coloque na verdadeira posição de empregador, na situação descrita por Mario de La Cueva,

"cujo exercício coloque em jogo a própria existência da empresa, seus interesses fundamentais, sua segurança e a ordem essencial do desenvolvimento de sua atividade."

Tais considerações não implicam a veracidade da lógica de que para a exclusão do empregado das regras normais de duração do trabalho seja necessário que lhe se transfira todo o poder patronal de comando, pois as figuras de empregador e empregado (ainda quando lhe são conferidos amplos poderes de direção e comando) são absolutamente distintas.

Importa perquirir acerca da extensão e da qualidade dos poderes transferidos. A delegação de tarefas ordinárias não implica, necessariamente, a transferência significativa do poder de comando.



Mister que o empregador delegue ao empregado funções de tal importância que possam comprometer o desenvolvimento normal da empresa, tais como a tomada de decisões acerca de determinado volume de compras, de determinar uma sequência de dívidas a serem saldadas, de definir investimento em área diversa daquela em que a empresa normalmente atua, apenas para citar alguns exemplos.

Não se diga que o empregador jamais delegaria atribuição a um gerente para o exercício de funções da natureza das que foram acima descritas, pois a realidade dos nossos dias, em especial com o surgimento das grandes corporações econômicas, demonstra exatamente que a descentralização operacional do poder de mando é inerente a determinados ramos de atividade.

A doutrina registra ser "impossível, sem texto legal expresso, é atribuir a função de confiança ou de gerência a simples chefes de serviço encarregados de função de rotina permanente; para isso, a lei procurou cercar o conceito com várias circunstâncias, identificadoras em seu conjunto." (*In* Valentin Carrion, Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho, 34ª edição atualizada por Eduardo Carrion - São Paulo: Saraiva, 2009)

No caso em exame, o acervo probatório não fornece qualquer indicação de que a autora atuasse na empresa como se empregador fosse, ou ainda como *longa manus* do empregador, mas sim como um braço operacional da demandada, executor de suas ordens, pois não possuía autonomia gerencial.

Saliento que a condição prevista no artigo 62 da CLT é excepcional, sendo do empregador o ônus de provar a sua existência (artigos 818 da CLT e 373, II, do CPC).

Seguindo esta mesma linha de raciocínio, a resposta do i. Perito contábil aos quesitos nº 1, 2, 3 e 4 formulado pela autora (ID. 7ff87df - Pág. 3), aponta que, com base na documentação anexada aos autos, não há qualquer comprovação de que a reclamante possuía poderes de mando e gestão, poderes para admitir, despedir ou mesmo advertir algum empregado, ou mesmo, procuração para assinar, sozinha, em nome da reclamada.

Tais teses apontadas pela reclamada, o trabalho externo e o cargo de gestão, não foram comprovadas nos autos, inclusive pelos depoimentos colhidos em audiência de instrução.

Neste aspecto, transcrevo abaixo os depoimentos colhidos pelo MM.

Juízo *a quo*:

**Depoimento pessoal do(a) reclamante:** que trabalhava de segunda a sexta de 08h as 18h30, horário de campo; que além de trabalho em campo, desenvolvia



atividades burocráticas como análise e relatórios, em sua casa, à noite; **que sua rotina se baseava na agenda da equipe e do gestor**; que foi contratada como supervisora de merchandising e no final de 2016 foi promovida a gerente de vendas e merchandising; que sempre trabalhou em equipe; que Mirian Oliveira, gerente nacional, e Daniele Carvalho, gerente regional, foram suas gestoras; **que sua agenda estava coordenada com a agenda dos gestores e consultores**; **que todo início de mês elaborava uma agenda e mandava para o seu chefe para a aprovação**; **que a aprovação era feita via email**; **que a agenda nunca foi reprovada, mas já sofreu algumas alterações**; **que o gerente a informava por telefone a respeito do acompanhamento que faria com a autora**; que a autora tinha subordinados, mas a chefe do seu setor era a gerente de divisional; que transmitia o modelo de trabalho para a sua equipe e acompanhava os serviços prestados pelos empregados cujo trabalho coordenava; que fazia uma peneira para que o RH e o gestor efetivassem contratações; que não escolhia empregados que seriam dispensados; **que não informava as visitas que realizava, ao contrário dos consultores**; **que os consultores informavam a presença da autora**; que o Sr. Alessandro não era gerente e não trabalhava na empresa quando a autora foi contratada; Nada mais.

**Depoimento pessoal do(a) preposto: que a autora trabalhava externamente e era orientada a trabalhar durante o horário comercial, de 08 as 17h ou das 09h as 18h; que a autora tinha autonomia para se organizar**; que o Sr. Alessandro foi gerente de contas em 2011, passou a ser gerente de vendas em 2012; que o Sr. Alessandro era da Unidade CHC, como gerente de vendas, e a autora era Unidade GENMED; que as atividades da autora e do paradigma como gerentes de vendas eram semelhantes; **que a autora não tinha que submeter a sua agenda à aprovação**; **que a autora seguia a agenda dos promotores, acompanhando-os em visitas, algumas vezes na semana**; **que autora não seguia roteiro próprio; qu e os consultores lançavam visitas em um sistema MI**; que a autora não tinha que lançar horários nesse sistemas, tampouco os consultores; que o trabalho de supervisores de merchandising é supervisionar a equipe de marketing; que todos realizam as mesmas atividades; que os gerentes de vendas também desempenham atividades semelhantes; Nada mais.

**Depoimento da testemunha indicada pela reclamante, Fabio Ramos Barbosa:** "que trabalhou para ré de 2010 a 2020; que foi contratado como consultor de vendas e exercia ao final do contrato a função de gerente de contas; que trabalhou com a autora; que a autora exercia a função de supervisora de merchandising de 2014 a 2017, período em que depoente e reclamante estiveram na mesma equipe; que já foi supervisor de merchandising e gerente de vendas; que no período em que trabalhou com a autora, a chefe direta de ambos era a gerente Sra. Daniele, que acima da Sra. Daniele estava a gerente nacional, Sra. Mirian; que acima da Mirian estava a diretoria da empresa; **que só com autorização dos gestores seria possível admitir ou dispensar empregados; que não possuíam procuração para agir em nome da empresa; que não tinham acesso as contas da empresa; que a aplicação de punições dependia de submissão da questão aos gestores**; que quem definia as diretrizes da equipe vinham da diretoria da empresa e dos gerentes; **que o horário de campo era de 08h as 18:30h/19h; que paravam entre 40min e 1 hora para almoçar, sem horário específico; que seria possível controlar o horário do almoço pela verificação dos horários de visita lançados no sistema MI**, mas não sabe se esse controle era feito; **que lançava no sistema os horários de chegada e saída de cada visita; que autora e depoente trabalhavam na mesma linha; que havia meta diária de visitação, de no mínimo, 10 visitas**; que as visitas com deslocamento duravam, em média, 1 hora; **que era elaborado um roteiro com a ordem das visitas previamente enviado ao supervisor; que o roteiro era elaborado pelo próprio depoente e pela autora, e aprovado posteriormente pelo gerente; que alterações posteriores, dependiam da aprovação do gerente; que o roteiro indicava a ordem das visitas e a região; que o roteiro indicava o horário da primeira visita; que eram cobrados pela quantidade de visitas, mas não sabe informar se alguém já foi punido por não lançar o horário das visitas no sistema**; que o sistema automaticamente atualizada os dados após os lançamentos; que os superiores tinham acesso aos registros; **que com autorização do gestor poderia fazer tarefas pessoais durante o horário de trabalho**; que não sabe informar se tinha GPS no sistema; que acredita que seu chefe poderia saber aonde o depoente estava por meio dos dados



lançados; que o gestor acompanhava as visitas 1 vez/mês; **que depois da jornada em campo, elaborava relatórios, acompanhava as visitas e respondia a e-mails; que duravam de 2h30 a 3h por noite; (...); que boa parte da sua agenda era de acordo com seus subordinados;** que o gerente regional telefonava para avisar que iria acompanhar em visitas; **que o gerente aprovava o roteiro do depoente, por e-mail;** que nunca teve roteiro reprovado; **que geralmente o relatório era elaborado fora do horário comercial em razão da necessidade do alcance de metas;** que não sabe se alguém foi punido por não ter atingido a meta; (...); Nada mais.

**Depoimento da testemunha indicada pela reclamada, Eduardo Frossard Pereira de Lucena:** "que trabalhava na reclamada desde 2010; que exerce a função de gerente de vendas; que trabalhou indiretamente com autora, pois eram de Unidades de Negócio diferentes, o depoente da Unidade CHC e a autora da Unidade GEMED; **que como gerente de vendas trabalha de 08h as 18h, de segunda a sexta;** **que durante esse horário consegue elaborar relatórios e responder a e-mails;** **que consegue tirar 1 hora de intervalo;** **que geralmente fica de 60 a 65% do tempo em campo e o restante do tempo utiliza para trabalhos burocráticos;** **que o depoente elabora a sua agenda e informa quem irá acompanhar;** **que ninguém controla seu horário de almoço;** (...); **que sua agenda não tem que se aprovada pelo gestor nacional;** (...); **que informava no sistema as visitas realizadas no dia;** que não tinha que informar o tempo de cada visita; que muito esporadicamente teve que trabalhar após as 18h; **que como o gerente tinha a agenda, poderia localizar o depoente em campo caso quisesse; que já tirou menos de 1 hora de intervalo, mas também já tirou mais de 1 hora;** **que a decisão final sobre dispensa de empregados é do gestor de equipe;** (...); Nada mais.

Observe-se que diminutas divergências nos depoimentos das testemunhas não invalidam a prova se os fatos relevantes à compreensão da controvérsia forem confirmados pelos depoentes.

É certo que as divergências eventuais são naturais, fruto das características pessoais das testemunhas e do ambiente, as quais interferem no registro que cada um guarda na memória a respeito daquilo que vê, ouve ou percebe de algum modo.

O professor Cândido Rangel Dinamarco ensina:

"as distorções da realidade pela testemunha nem sempre são intencionais. Há fatos que acontecem de improviso, sem que a pessoa tivesse qualquer participação nem esperasse por eles, o que leva a ter uma percepção parcial e nem sempre correta do acontecido (acidente de veículos). Há caso em que o decurso do tempo e as fantasias que às vezes se criam em torno dos acontecimentos da via real são responsáveis pelo esquecimento daquilo que foi visto, ouvido, lido ou sentido. A experiência mostra ainda que as palavras da testemunha ao juiz nem sempre são suficientemente claras e nem sempre trazem ao espírito deste a correta representação da idéia que ela pretende transmitir" (*In*DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil. Volume III, São Paulo: Malheiros, 2001, p. 601)

Assim, se mesmo diante de alguma contradição secundária pode-se constatar a unidade dos depoimentos nos pontos essenciais da controvérsia, de maneira que reste confirmada a tese de quem produz a prova oral, não há razão para invalidá-la, devendo prevalecer o bom senso, porque a vida também não comporta exatidões.



Desse modo, merece reforma a sentença de origem, para fixar a jornada de trabalho da autora de segunda a sexta-feira, das 08h às 18h30min, com intervalo intrajornada de 01h, e prestação de serviços adicionais em sua residência por 01h, em 02 dias por semana, observando-se para tanto a média do que foi informado pelas testemunhas ouvidas em audiência de instrução.

Assim, defiro o pedido de horas extras laboradas além da 8ª hora diária e 40ª hora semanal, com adicional de 50%.

Por habituais, as horas extras integrarão o salário para fins de cálculo do repouso semanal remunerado (Lei 605/49, artigo 7º, alínea "a" e Súmula n.º 172 do C. TST), aviso prévio (artigo 487, parágrafo quinto da CLT), 13º salários (Lei 4.090/62 e Súmula n.º 45 do C. TST), férias, acrescidas do terço constitucional (Súmula n.º 151 do C. TST), FGTS e indenização dos 40% deste (Súmula n.º 63 do C. TST).

As horas extraordinárias refletem no cálculo do repouso semanal remunerado e este, já majorado, nas parcelas acima citadas.

Na apuração das horas extras, deverão ser observados os seguintes parâmetros: a) o entendimento contido na súmula 264 TST; b) a evolução salarial do obreiro; c) a exclusão dos períodos de suspensão e interrupção contratual (licenças e férias); d) dedução dos valores pagos sob idêntico título, conforme recibos salariais adunados aos autos; e) o divisor 200.

Não prospera o inconformismo da autora quanto ao reconhecimento do sábado como repouso semanal remunerado, por não haver prova da previsão normativa nesse sentido. Logo, diante da concessão de um dia por semana para o descanso semanal remunerado, nos termos da Lei n.º 605/49, respaldada pelo inciso XV do artigo 7º da CRFB, e ante a inexistência de regramento próprio estabelecendo o sábado como mais um dia de repouso semanal remunerado, a decisão do primeiro grau deve ser mantida no presente aspecto.

Cumpre asseverar, neste ponto, que o fato de a Cláusula Trigésima Nona da CCT (ID. 57e94ca - Pág. 13), por exemplo, estabelecer a semana de 5 (cinco) dias de trabalho para a categoria profissional da autora não implica compreender, por si só, que o sábado estaria sendo considerado como repouso semanal remunerado.

Diante disso, **dou parcial provimento** ao apelo da reclamante, para fixar a jornada de trabalho da autora de segunda a sexta-feira, das 08h às 18h30min, com intervalo intrajornada de 01h, e prestação de serviços adicionais em sua residência por 01h, em 02 dias por semana, e deferir o



pedido de horas extras laboradas além da 8ª hora diária e 40ª hora semanal, com adicional de 50%, com integração em repouso semanal remunerado e esse, já majorado, no décimo terceiro salário, férias com 1/3, aviso prévio e FGTS com a multa de 40%.

## **DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS SUCUMBENCIAIS. (MATÉRIA COMUM A AMBOS OS RECURSOS)**

O MM. Juízo *a quo* julgou condenou a reclamada ao pagamento de honorários advocatícios, senão vejamos:

### **"Honorários Advocatícios**

Nos termos do previsto pelo caput do artigo 791-A da Consolidação das Leis do Trabalho, condeno a parte Ré ao pagamento de honorários advocatícios calculados à razão de 10% do valor da condenação a ser obtido em liquidação de sentença."

Nesse passo, recorre a autora, requerendo a majoração dos honorários advocatícios sucumbenciais para 15%, "*haja vista o grau de zelo e complexidade da presente reclamatória*".

Por sua vez, recorre a reclamada postulando a condenação da autora em honorários advocatícios sucumbenciais, sustentando que "*não houve a declaração de inconstitucionalidade de todo o artigo 791-A, §4º da CLT no julgamento da ADIN 5766 pelo e STF, mas apenas da expressão "desde que não tenha obtido em juízo, ainda que em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa"*".

### **Vejamos.**

Sucumbente a reclamante hipossuficiente, seria o caso de aplicação do artigo 791-A, caput e §§ 3º e 4º, incluídos na CLT pela Lei 13.467/17, *verbis*:

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

[...]

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

§ 4º. Vencido o beneficiário da justiça gratuita, desde que não tenha obtido em juízo, ainda que em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa, as obrigações decorrentes de sua sucumbência ficarão sob condição suspensiva de exigibilidade e somente poderão ser executadas se, nos dois anos subsequentes ao trânsito em julgado da decisão que as certificou, o credor demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade, extinguindo-se, passado esse prazo, tais obrigações do beneficiário.



Nesse sentido, salvo quanto à expressão, contida no § 4º do artigo 791-A da CLT ("desde que não tenha obtido em Juízo, ainda que em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa"), declarada inconstitucional pelo E. Pleno deste Regional, em sessão realizada no dia 05/03/20, nos autos da ArgIncCiv 0102282-40.2018.5.01.0000, a jurisprudência desta E. Corte vinha consolidando entendimento de que nas ações ajuizadas após a entrada em vigor da Lei 13.467/17, os honorários seriam devidos por quaisquer das partes nos casos de sucumbência, suspendendo-se, no entanto, sua exigibilidade pelo período de dois anos, se beneficiária a parte sucumbente da gratuidade de justiça.

Sabe-se, contudo, que em finalização do julgamento da ADI 5.766, o E. STF, em sessão realizada no dia 20/10/21, declarou a inconstitucionalidade dos artigos 790-B, caput e § 4º, e 791-A, § 4º, da CLT, que estabeleciam a obrigação da parte vencida no pagamento de honorários periciais e advocatícios, autorizando, ainda, a compensação mediante créditos, ainda que decorrentes de outros processos judiciais.

Transcrevo abaixo o dispositivo do v. acórdão da Corte Suprema nos autos da referida ação declaratória:

"O Tribunal, por maioria, julgou parcialmente procedente o pedido formulado na ação direta, para declarar inconstitucionais os arts. 790-B, caput e § 4º, e 791-A, § 4º, da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), vencidos, em parte, os Ministros Roberto Barroso (Relator), Luiz Fux (Presidente), Nunes Marques e Gilmar Mendes. Por maioria, julgou improcedente a ação no tocante ao art. 844, § 2º, da CLT, declarando-o constitucional, vencidos os Ministros Edson Fachin, Ricardo Lewandowski e Rosa Weber" (<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5250582>).

Trata-se, pois, de decisão cuja aplicabilidade é imediata, ante a natureza e os efeitos vinculantes da ação declaratória, não depende do trânsito em julgado. Entendimento também há muito sedimentado pelo E. STF, consoante aresto abaixo citado:

AGRAVO REGIMENTAL NA RECLAMAÇÃO. PROCESSAMENTO DA RECLAMAÇÃO CONDICIONADO À JUNTADA DA ÍNTEGRA DO ACÓRDÃO DITO VIOLADO. PUBLICAÇÃO DA ATA DE JULGAMENTO DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE NO DIÁRIO DE JUSTIÇA. REFORMA DO ATO QUE NEGOU SEGUIMENTO À RECLAMAÇÃO. 1. O cabimento da reclamação não está condicionado a publicação do acórdão supostamente inobservado. 2. A decisão de inconstitucionalidade produz efeito vinculante e eficácia erga omnes desde a publicação da ata de julgamento e não da publicação do acórdão. 3. A ata de julgamento publicada impõe autoridade aos pronunciamentos oriundos desta Corte. 4. Agravo regimental provido (STF - Pleno - Rel 3632 - Rel. p/acórdão Ministro Eros Grau - DJ 18/08/06).

Assim, e para além da decisão aqui proferida na mencionada arguição de inconstitucionalidade 0102282-40.2018.5.01.0000, a Corte Suprema declarou integralmente inconstitucional o § 4º do artigo 791-A da CLT. Dessa forma, não se pode falar em condenação do beneficiário da gratuidade de justiça em honorários advocatícios, nem mesmo em suspensão.



Portanto, não há que se falar em condenação da reclamante em honorários advocatícios sucumbenciais.

Outrossim, nos termos do artigo 791-A da CLT, observando-se, dentre outras, as seguintes regras:

- a) serão devidos pela parte vencida ao advogado da parte vencedora, ainda que esteja atuando em causa própria;
- b) serão fixados entre 5% e 15%, sobre o valor que resultar da liquidação da sentença, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa;
- c) os critérios para fixação serão o grau de zelo profissional, o lugar da prestação do serviço, a natureza e a importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o serviço.

Com efeito, e nos termos dos incisos do § 2º do referido artigo 791-A,

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

[...]

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

- I - o grau de zelo do profissional;
- II - o lugar de prestação do serviço;
- III - a natureza e a importância da causa;
- IV - o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

Diante desses parâmetros, considerando o conhecimento técnico que envolve o tema, a atual necessidade de constante pesquisa a respeito da matéria, sobretudo ante a dinamicidade das relações sócio-laborais contemporâneas, a natureza a importância da causa para a parte, tenho por razoável a majoração dos honorários advocatícios para o patamar de 15%, consoante *caput* do artigo 791-A da CLT.

Quanto ao pedido de redução do percentual, importa notar que a simplicidade da Reclamação Trabalhista, por si só, não justifica a fixação da verba honorária no percentual pretendido pelo Recorrente, até mesmo porque somente se demonstra possível a redução dos honorários advocatícios em sede recursal quando há a inobservância dos percentuais legalmente fixados ou gritante desproporcionalidade entre o percentual estabelecido e a complexidade da causa e/ou a atuação do advogado, segundo os critérios insculpidos no § 2º, do artigo 791-A, da CLT.



Somado a isso, a primeira instância é a mais capacitada para medir o grau de zelo do profissional, a natureza e a importância da causa, bem como o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

Sobre o tempo despendido, é certo que a mera remessa ao duplo grau de jurisdição prolonga o tempo de duração do processo e o trabalho dos advogados na causa, sendo fundamento para a elevação do percentual e não para sua redução.

Portanto, **nego provimento** ao recurso da reclamada e **dou provimento** ao recurso da autora para deferir a majoração dos honorários advocatícios para o patamar de 15%, consoante *caput* do artigo 791-A da CLT.

## DOS JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA

Fixou o juízo de origem:

"Parâmetros de Liquidação de Juros e Correção Monetária Em relação aos juros e correção monetária, deverá ser observado o decidido no julgamento das ADCs 58 e 59 e ADIs 5867 e 6021, finalizado pelo STF em 18-12-2020, que conferiu 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).

A fim de garantir segurança jurídica e isonomia na aplicação do novo entendimento, fixaram-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)."

Recorre a reclamante requerendo que "*a definição dos critérios de incidência de juros e correção monetária sejam remetidos à fase de liquidação de sentença.*"

**Analiso.**



Ressalto que houve decisão definitiva proferida pelo STF nas ADC's 58 e 59, no dia 18/12/2020; outrossim, houve a apresentação de Embargos de Declaração em 19/2/2021, e em 14/4/2021, cuja decisão foi proferida em 22/10/2021.

Desse modo, mostra-se correta a sentença ao definir desde logo os parâmetros de correção monetária e os juros, observando o recente entendimento do STF no julgamento da ADC 58 MC-AGR/DF.

**Nego provimento.**

## **DOS RECOLHIMENTOS FISCAIS**

Fixou o juízo de origem:

"Recolhimentos Fiscais e Previdenciários

Recolhimentos fiscais, observado o regime de competência mês a mês, na forma das Leis 8541-92, 12.350-10, na forma das Leis 8541/92, 12350/10 e INRFB 1127 /11 e recolhimentos previdenciários observados o artigo 876, parágrafo único, da , artigo 28 da Lei n. 8212/Consolidação das Leis do Trabalho 91 e artigo 276, parágrafo 4º. do Dec. 3048/99, bem como a Súmula 368 do Tribunal Superior do Trabalho e Orientação Jurisprudencial 363 da SDI-1 do Tribunal Superior do Trabalho." (ID. d914e88 - Pág. 6)

Recorre a reclamante requerendo que "seja determinada a aplicação da previsão contida na Orientação Jurisprudencial nº 400, do E. Tribunal Superior do Trabalho".

**Analiso.**

Os juros de mora, devido a sua típica natureza indenizatória, nos termos do artigo 404 do CC, não integram a base de cálculo para a apuração do imposto de renda incidente sobre verbas trabalhistas, conforme entendimento consubstanciado na OJ 400 da SBDI-I do C. TST.

**Dou provimento**

## **DO RECURSO ORDINÁRIO DA RECLAMADA**



## DOS REAJUSTES NORMATIVOS - DIFERENÇAS DE SALÁRIO

Narra a inicial que "Inobservando cláusulas das convenções coletivas de trabalho do sindicato da categoria profissional da autora - SINPROVERJ -, a reclamada deixou de contraprestar, corretamente" os reajustes salariais de 2013/2014 a 2017/2018.

A reclamada contesta a pretensão aduzindo que "não há se falar em aplicação das normas coletivas negociadas pelo Sindicato dos Propagandistas do Rio de Janeiro na medida em que a Reclamante exercia atividade considerada atinente a categoria diferenciada, o que exige que o empregador tenha participação na negociação, para que a norma coletiva seja aplicável".

O pedido foi julgado procedente, com base nos seguintes fundamentos:

"Sabe-se que a aplicação das normas coletivas ocorre conforme a base territorial do local da prestação de serviços, devendo o empregado estar vinculado à categoria representada pelo Sindicato existente no local onde efetivamente atua, de acordo com o princípio da territorialidade, disciplinado no artigo 611 da Consolidação das Leis do Trabalho.

No caso dos autos, a Convenção Coletiva de Trabalho juntada pela Ré possui como abrangência a área territorial do Estado de São Paulo.

Contudo, é incontroverso que o local onde a Autora prestou seus serviços é o Município do Rio de Janeiro, área de abrangência da Convenção Coletiva de Trabalho anexada pela Reclamante.

Cabe dizer que a Sra. Perita, no laudo apresentado sob ID 7ff87df, indicou diferenças salariais existentes a partir da aplicação das normas coletivas indicadas pela Reclamante.

Em face do exposto, julgo procedente o pedido de condenação da Ré ao pagamento de diferenças salariais decorrentes dos reajustes implementados nas normas coletivas anexadas com a inicial, as quais deverão repercutir em adicional por tempo de serviço, décimos terceiros salários, férias com um terço e FGTS com o acréscimo de 40% previsto pelo parágrafo 1º do artigo 18 da Lei 8.036-90.

Por se tratar de empregada mensalista, não há que se falar em diferenças salariais no Repouso Semanal Remunerado, já que esse título se encontra englobado no salário fixo mensal do obreiro.

O mensalista já tem remunerado o dia de repouso, de modo que a repercussão da diferença salarial no RSR acarretaria bis in idem." (ID. d914e88 - Pág. 2)

Em sentença de embargos de declaração, ainda restou decidido:

"(...) complemento a sentença embargada para autorizar a dedução de valores pagos a idêntico título, com base na força normativa decorrente do princípio geral de Direito que aponta para a vedação do enriquecimento ilícito. (ID. 212e32d - Pág. 2)"

Diante disso, recorre a reclamada sustentando que "em ação coletiva que tramitou sob nº 001190-30.2011.5.01.0011, a recorrida deu ampla quitação, nada mais tendo a reclamar quanto às verbas previstas nas CCTs, inclusive no que atine ao pagamento de diferenças salariais e anuênio no período compreendido entre 2007 até dezembro/2017." E ainda anexou o recibo de quitação



de ID nº 629000<sup>a</sup> e apontou que por "meio do referido anexo sob ID nº bd14212, a recorrida deu ampla quitação ao objeto da ação, nada mais tendo a reclamar quanto aos direitos previstos nas normas coletivas firmadas pelo SINPROVERJ de 2007 a 2017."

### **Analiso.**

O modelo sindical brasileiro prevê que, não pertencendo o trabalhador a qualquer categoria diferenciada e não sendo profissional liberal, o enquadramento sindical é efetuado através da atividade econômica preponderante do empregador (artigos 570 a 577 da CLT), considerada a base territorial onde ocorreu a prestação de labor.

Assim, considerando que a autora desempenhava suas funções no Estado do Rio de Janeiro e que recolhia a contribuição sindical para o SINPROVERJ - RJ, Sindicato dos Propagandistas, Propagandistas-Vendedores e Vendedores de Produtos Farmacêuticos no Estado do Rio de Janeiro (Ficha de registro da empregada de ID. d2f19e1 - Pág. 7), tem-se que as normas coletivas colacionadas pela reclamante são aquelas que guardam relação com a base territorial na qual a obreira exercia suas atividades, restando correta a respeitável sentença.

Ressalte-se que a reclamada não alegou em contestação a tese ora aventada em suas razões de recurso, constituindo, portanto, verdadeira inovação, o que é vedada pelo ordenamento jurídico pátrio, nos termos dos artigos 128, 460 e 515, do CPC.

Em recurso, deve-se discutir apenas aquilo que foi abordado na instância originária, não podendo a parte contrária ser surpreendida com novas alegações em sede recursal, sob pena de violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

De toda forma, cumpre ressaltar que restou autorizado pelo MM. Juízo de origem a dedução dos valores pagos a idêntico título, não havendo de se falar em enriquecimento sem causa da obreira.

### **Nego provimento.**

## **GRATUIDADE DE JUSTIÇA. AÇÃO PROPOSTA NA VIGÊNCIA DA LEI 13.467/17. REMUNERAÇÃO SUPERIOR A 40% DO LIMITE DOS BENEFÍCIOS DO RGPS**

O juízo de origem deferiu o pedido de gratuidade de justiça, nos seguintes termos:



**"Da Justiça Gratuita**

Nos termos do parágrafo 3º do artigo 790 da Consolidação das Leis do Trabalho, concedo o benefício da justiça gratuita à parte autora."

Recorre a reclamada afirmando que a "*recorrida não comprovou que não teria condições de patrocinar a causa sem prejuízo à sua subsistência, especialmente considerando seu patamar salarial inequivocamente superior a 40% limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social.*"

**Analiso.**

A parte autora afirmou de próprio punho que não possui condições para arcar com as custas processuais e honorários advocatícios sem prejuízo do próprio sustento e de sua família (Declaração de Hipossuficiência de ID. 4845e94). Postulou, assim, a concessão do benefício da gratuidade de justiça.

Distribuída a petição inicial já na vigência da Lei 13.467/17, deve ser o pedido analisado à luz da nova redação dada ao § 3º e da inclusão do § 4º, ambos do artigo 790 da CLT. *Verbis*:

§ 3º. É facultado aos juízes, órgãos julgadores e presidentes dos tribunais do trabalho de qualquer instância conceder, a requerimento ou de ofício, o benefício da justiça gratuita, inclusive quanto a traslados e instrumentos, àqueles que perceberem salário igual ou inferior a 40% (quarenta por cento) do limite máximo dos benefícios do regime geral de previdência social.

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

A prova da hipossuficiência, exigida no § 4º do referido dispositivo legal, por sua vez, há de ser produzida na forma estabelecida no § 3º do artigo 99 do CPC. *Verbis*:

Artigo 99. O pedido de gratuidade da justiça pode ser formulado na petição inicial, na contestação, na petição para ingresso de terceiro no processo ou em recurso.

[...]

§ 3º. Presume-se verdadeira a alegação de insuficiência deduzida exclusivamente por pessoa natural.

Assim, o benefício da justiça gratuita a que se refere o artigo 790, §§ 3º e 4º, da CLT pode ser concedido a qualquer parte e, na hipótese de pessoa natural, a prova da hipossuficiência econômica pode ser feita por simples declaração do interessado ou afirmação de seu advogado com poderes específicos na procuração outorgada (artigos 99, § 3º, e 105 do CPC).

Ademais, o benefício para pessoa natural será concedido facultativamente e independentemente da mencionada declaração aos que receberem salário igual ou inferior a 40% do



limite máximo do benefício do RGPS, ou à parte que, recebendo valor superior, comprovar a insuficiência desses recursos para pagamento das custas do processo.

E nesse sentido vem manifestando-se o C. TST. *Verbis*:

ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. DECLARAÇÃO DE HIPOSSUFICIÊNCIA. RECLAMAÇÃO TRABALHISTA AJUIZADA NA VIGÊNCIA DA LEI 13.467/17. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DO ESTADO DE MISERABILIDADE. Cinge-se a controvérsia a se saber se é necessária a comprovação do estado de miserabilidade no processo do trabalho para fins de concessão dos benefícios da assistência judiciária gratuita. A Lei 1.060/50, que estabelecia as normas para a concessão de assistência judiciária gratuita aos necessitados, previa no parágrafo único do artigo 2º que se "considera necessitado, para os fins legais, todo aquele cuja situação econômica não lhe permita pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo do sustento próprio ou da família". Por sua vez, o artigo 4º estabelecia como requisito para concessão da gratuidade de justiça que "a parte gozará dos benefícios da assistência judiciária, mediante simples afirmação, na própria petição inicial, de que não está em condições de pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo próprio ou de sua família". Dessa disposição, as partes começaram a apresentar nos autos a declaração de hipossuficiência. O artigo 5º da referida lei dispunha expressamente que "o juiz, se não tiver fundadas razões para indeferir o pedido, deverá julgá-lo de plano, motivando ou não o deferimento dentro do prazo de setenta e duas horas". Portanto, surgiu para as partes requerentes do benefício da gratuidade da justiça a presunção de veracidade da declaração de hipossuficiência. A jurisprudência do TST havia se consolidado no sentido de que, para a concessão da assistência judiciária gratuita à pessoa natural, bastava a declaração de hipossuficiência econômica firmada pela parte ou por seu advogado. Na mesma linha, o artigo 99 do CPC, revogando as disposições da Lei 1.060/50 sobre gratuidade de justiça, trouxe em seu § 3º que se "presume verdadeira a alegação de insuficiência deduzida exclusivamente por pessoa natural". Nesse sentido, após a entrada em vigor do CPC de 2015, o TST converteu a Orientação Jurisprudencial 304 da SDI-I na Súmula 463. Logo, para a pessoa natural requerer os benefícios da justiça gratuita bastava a juntada de declaração de hipossuficiência, sendo ônus da parte adversa comprovar que o requerente não se enquadrava em nenhuma das situações de miserabilidade. No caso de pedido formulado pelo advogado da parte, este deveria ter procuração com poderes específicos para tal fim. No entanto, em 11/11/17, entrou em vigor a Lei 13.467/17 (reforma trabalhista), que inseriu o § 4º ao artigo 790 da CLT. Dessa forma, as ações ajuizadas a partir da entrada em vigor da reforma trabalhista estão submetidas ao que dispõe o § 4º do artigo 790 da CLT, que exige a comprovação, pela parte requerente, da insuficiência de recursos para a concessão dos benefícios da justiça gratuita. Sem dúvida, o referido dispositivo inaugurou uma condição menos favorável à pessoa natural do que aquela prevista no CPC. No entanto, em se tratando de norma específica que rege o Processo do Trabalho, não há espaço, a priori, para se utilizar somente as disposições do CPC. Logo, o referido dispositivo implicaria, do ponto de vista do trabalhador, um retrocesso social, dificultando o acesso deste ao Poder Judiciário. Assim, a par da questão da constitucionalidade ou não do § 4º do artigo 790 da CLT, a aplicação do referido dispositivo não pode ocorrer isoladamente, mas sim deve ser ele interpretado sistematicamente com as demais normas, quer aquelas constantes na própria CLT, quer aquelas previstas na Constituição Federal e no CPC. Dessa forma, à luz do que dispõe o próprio § 3º do artigo 790 da CLT c/c com os arts. 15 e 99, § 3º, do CPC, entende-se que a comprovação a que alude o § 4º do artigo 790 da CLT pode ser feita mediante a simples declaração da parte, a fim de viabilizar o pleno acesso do trabalhador ao Poder Judiciário, dando, assim, cumprimento ao artigo 5º, XXXV e LXXIV, da Constituição Federal. Isso porque não se pode atribuir ao trabalhador que postula junto a esta Especializada, uma condição menos favorável àquela destinada aos cidadãos comuns que litigam na justiça comum, sob pena de afronta ao princípio da isonomia, previsto no caput do artigo 5º da Constituição [...] Não conceder ao autor, no caso dos autos, os benefícios da gratuidade de justiça, é o mesmo que impedir o amplo acesso ao Poder Judiciário (artigo 5º, XXXV, da CF) e discriminar o trabalhador em relação às pessoas naturais que litigam na justiça comum (artigo



5º, caput, da CF). Recurso de revista conhecido por violação do artigo 5º, XXXV, da CF, e contrariedade à Súmula 463, I do TST (TST - 3ª Turma - RR 1002229-50.2017.5.02.0385 - Rel. Min. Alexandre de Souza Agra Belmonte - Pub. 07/06/19).

Portanto, embora a Lei 13.467/17 tenha passado a exigir a comprovação da insuficiência de recursos para a concessão do benefício, a regra não pode ser aplicada isoladamente, devendo ser interpretada de forma sistemática com as demais normas da CLT, do CPC e da Constituição da República, pois, repita-se, "não se pode atribuir ao trabalhador que postula na Justiça do Trabalho uma condição menos favorável do que a destinada aos cidadãos comuns que litigam na Justiça Comum, sob pena de afronta ao princípio da isonomia".

Noutra decisão, a 2ª Turma do C. TST concluiu que a nova redação da CLT sobre a matéria não é incompatível com a do CPC, porque normas que podem e devem ser aplicadas conjuntamente. *Verbis*:

BENEFÍCIOS DA JUSTIÇA GRATUITA. COMPROVAÇÃO. AÇÃO AJUIZADA NA VIGÊNCIA DA LEI 13.467/17. DECLARAÇÃO PROFERIDA POR PESSOA NATURAL. Cinge-se a controvérsia a decidir se apenas a declaração de pobreza é suficiente para a comprovação do estado de miserabilidade do reclamante, para fins de deferimento dos benefícios da justiça gratuita, em ação ajuizada após a vigência da Lei 13.467/17. No caso, as instâncias ordinárias, aplicando o artigo 99, § 3º, do CPC, entenderam que a declaração de pobreza apresentada pelo reclamante é suficiente para caracterizar a presunção relativa de veracidade desse fato. Com efeito, para o Regional, o reclamante conseguiu comprovar a sua hipossuficiência econômica, uma vez que "a declaração de pobreza apresentada pelo interessado em audiência é prova bastante de sua hipossuficiência econômica, a teor do artigo 99, § 3º, do Código de Processo Civil". A Lei 13.467/17, que entrou em vigor em 11/11/17, inseriu o § 4º ao artigo 790 da CLT. Dessa forma, considerando que a ação foi ajuizada na vigência da reforma trabalhista, ela submete-se ao que dispõe o § 4º do artigo 790 da CLT, que exige a comprovação da insuficiência de recursos para a concessão dos benefícios da justiça gratuita à parte requerente. Com efeito, nos termos do item I da Súmula 463 do TST, basta a simples afirmação do declarante ou de seu advogado para se considerar configurada a sua situação econômica. Ressalta-se que a nova redação do § 4º do artigo 790 da CLT não é incompatível com a redação do artigo 99, § 3º, do CPC, razão pela qual as duas normas legais podem e devem ser aplicadas conjuntamente, por força dos artigos 15 do CPC e 769 da CLT. Conclui-se, portanto, que a comprovação a que alude o § 4º do artigo 790 da CLT pode ser feita mediante declaração de miserabilidade da parte. Nesse contexto, a simples afirmação do reclamante de que não tem condições financeiras de arcar com as despesas do processo autoriza a concessão da justiça gratuita à pessoa natural. Enfatiza-se, por fim, que a reclamada nada provou em sentido contrário, limitando-se a negar validade à declaração de pobreza feita pelo reclamante, sem nada alegar de substancial contra ela e seu conteúdo (TST - 2ª Turma - RR 0000340-21.2018.5.06.0001 - Rel. Min. José Roberto Freire Pimenta - Pub. 28/02/20).

Assim, mesmo na vigência da Lei 13.467/17, a declaração de hipossuficiência, assinada de próprio punho ou emitida por advogado com poderes específicos, estabelece presunção relativa em favor do requerente pessoa natural (entendimento as regras dos artigos 790, § 4º, da CLT, e 99, § 3º, do CPC).



De fato, e considerando que a fonte dos valores seja a única a garantir a subsistência da parte requerente e de sua família, tendo em vista, ainda, a aposentadoria e a idade avançada, admite-se a concessão da gratuidade de justiça, ainda que o valor remuneratório recebido à época fosse superior a 40% do limite dos benefícios do regime geral de previdência social.

Ou seja, a parte requerente demonstra que sua base remuneratória não comporta os gastos que normalmente efetua, como plano de saúde, educação escolar, serviços regulares concedidos etc., com os encargos provenientes do acesso à justiça. Gastos, vale dizer, típicos da classe média da sociedade brasileira, a tanto obrigada quando destinados a serviços públicos regulares, sabidamente mal prestados pelo Estado. Assim, a subsistência a que se refere a norma legal está noutra patamar, bem mais próximo à base piramidal das necessidades sociais.

Lembra BARBOSA MOREIRA que "já houve quem dissesse ironicamente: a justiça, assim como o Hotel Ritz, está aberta a todos" (*in O direito à assistência jurídica*. Revista de Direito da Defensoria Pública 05. 1991). Garantia fundamental de acesso ao poder judiciário, deve a assistência jurídica ser integral e gratuita. Trata-se de dever do Estado, correspondente, assim, a direito subjetivo (público) dos jurisdicionados, considerando, ainda, a deficiência do Estado no seu dever inarredável de prestar assistência judiciária integral e gratuita aos necessitados (artigo 5º, XXV e LXXIV, da Constituição). Tornando à lição do mestre, "é preciso que asseguremos concretamente a possibilidade do acesso, não ao Hotel Ritz, que, convenhamos, é supérfluo, mas à justiça, que não é tão supérflua assim".

Enfim, se a parte requerente recebe valor superior a 40% do limite dos benefícios do RGPS, ainda assim pode comprovar sua hipossuficiência e fazer jus à gratuidade de justiça.

Assim, deve ser mantida a sentença de origem.

**Nego provimento.**

## CONCLUSÃO

## DISPOSITIVO



**A C O R D A M** os Desembargadores que compõem a Sétima Turma do Tribunal Regional do Trabalho da Primeira Região, por unanimidade, **REJEITAR** a preliminar de não conhecimento do recurso da autora por ausência de dialeticidade arguida pela ré em contrarrazões, **CONHECER** dos recursos ordinários interpostos pelas partes, **REJEITAR** a preliminar de nulidade por cerceio de defesa arguida pela primeira ré, e, no mérito, **DAR PARCIAL PROVIMENTO** ao recurso da autora, para (i) incluir na condenação o pagamento de diferenças a título de prêmios, na ordem de 40%, com reflexos nos repousos semanais remunerados e feriados, horas extras, adicional noturno, décimos terceiros salários, férias com 1/3, aviso prévio, FGTS e indenização de 40% sobre o respectivo saldo; (ii) fixar a jornada de trabalho da autora de segunda a sexta-feira, das 08h às 18h30min, com intervalo intrajornada de 01h, e prestação de serviços adicionais em sua residência por 01h, em 02 dias por semana, e deferir o pedido de horas extras laboradas além da 8ª hora diária e 40ª hora semanal, com adicional de 50%, com integração em repouso semanal remunerado, e esse já majorado, com reflexos no décimo terceiro salário, férias com 1/3, aviso prévio e FGTS com a multa de 40%; (iii) deferir a majoração dos honorários advocatícios para o patamar de 15%, consoante caput do artigo 791-A da CLT e **NEGAR PROVIMENTO** ao recurso da reclamada. nos termos da fundamentação do voto da Desembargadora Relatora.

Diante da majoração da condenação, ajusta-se o seu valor para R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais) e custas de R\$ 1.200,00 (mil e duzentos reais), nos termos das Instruções Normativas nº 3/93 e 09/96 do TST.

Para os fins da Lei nº 10.035/2.000, que acrescentou o § 3º ao artigo 832 da CLT, declara-se que as parcelas ora deferidas possuem natureza salarial, à exceção dos reflexos deferidos sobre aviso prévio, férias + 1/3 e FGTS + 40%.

Rio de Janeiro, 13 de setembro de 2023.

**RAQUEL DE OLIVEIRA MACIEL**  
Relatora

mtlf

