



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

Recurso Ordinário Trabalhista 0020403-43.2022.5.04.0014

Relator: EDSON PECIS LERRER

Processo Judicial Eletrônico

Data da Autuação: 23/05/2023

Valor da causa: R\$ 396.144,59

Partes:

RECORRENTE: ALCINDO DUARTE BECKER

ADVOGADO: GRACIELA JUSTO EVALDT

RECORRENTE: DISPAR DISTRIBUIDORA DE MEDICAMENTOS LTDA

ADVOGADO: SABRINA TOME CARVALHO PEPFLOW

ADVOGADO: PAULO ASTETE DA SILVA

RECORRIDO: ALCINDO DUARTE BECKER

ADVOGADO: GRACIELA JUSTO EVALDT

RECORRIDO: DISPAR DISTRIBUIDORA DE MEDICAMENTOS LTDA

ADVOGADO: SABRINA TOME CARVALHO PEPFLOW

ADVOGADO: PAULO ASTETE DA SILVA



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

Identificação

PROCESSO nº 0020403-43.2022.5.04.0014 (ROT)

RECORRENTE: ALCINDO DUARTE BECKER, DISPAR DISTRIBUIDORA DE MEDICAMENTOS LTDA

RECORRIDO: ALCINDO DUARTE BECKER, DISPAR DISTRIBUIDORA DE MEDICAMENTOS LTDA

RELATOR: EDSON PECIS LERRER

EMENTA

TRABALHO EXTERNO. A exceção do artigo 62, inciso I, da CLT, só se justifica em face da real impossibilidade de fiscalização por parte do empregador. O simples fato de ser o trabalho desempenhado externamente não significa necessariamente que o empregador não possua meios para controlar o horário de trabalho de seu empregado. Hipótese em que o conjunto probatório dos autos revela que, apesar do exercício de atividade externa, a reclamada possuía meios hábeis para controlar a jornada de trabalho da autora.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

ACORDAM os Magistrados integrantes da 1ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região: por unanimidade, **DAR PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO DA RECLAMADA** (DISPAR DISTRIBUIDORA DE MEDICAMENTOS LTDA) para reduzir a condenação ao pagamento de diferenças de premiação para 15% dos valores dos prêmios pagos conforme arbitrado. Por unanimidade, **DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO DA RECLAMANTE** para, na forma da fundamentação: **(a)** ampliar a condenação dos reflexos das premiações pagas e diferenças deferidas também para o período a partir de 11.11.2017; **(b)** acrescer à condenação o pagamento de horas extras excedentes da 8ªh diária e 40ªh semanal, de forma não cumulativa, conforme jornada arbitrada (em dias úteis de 2ª às 6ª feiras, das 8h às 19h, com uma hora de intervalo, bem como em 05 sábados por ano, das 9h às 21h, também com uma hora de intervalo), com adicional legal ou normativo (mais benéfico ao trabalhador), com integrações em repouso semanal remunerado (inclusive sábados) e feriados, férias com 1/3, 13º salários e FGTS, observada a Súmula 264 do TST e o divisor 200; **(c)** acrescer à condenação o pagamento de diferenças de repouso semanais remunerados e feriados decorrentes da integração das premiações nos sábados, com reflexos em aviso prévio, 13.ºs salários, férias com 1/3 e FGTS com multa



Assinado eletronicamente por: EDSON PECIS LERRER - 12/10/2023 11:18:44 - 0d75dc2

<https://pje.trt4.jus.br/segundograu/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam?nd=2308240925464080000078553095>

Número do processo: 0020403-43.2022.5.04.0014

ID. 0d75dc2 - Pág. 1

Número do documento: 2308240925464080000078553095

de 40%; **(d)** declarar a natureza salarial das parcelas acrescidas à condenação pela presente decisão, com exceção do FGTS; **(e)** majorar o percentual dos honorários devidos pela reclamada para 10%; e **(f)** reduzir o prazo de suspensão da exigibilidade dos honorários sucumbenciais por si devidos para 02 anos de que trata o art. 791-A da CLT, e não cinco como fixado na sentença, findo o qual resta extinta a obrigação. Valor provisório da condenação majorado para R\$ 100.000,00 e das custas para R\$ 2.000,00.

Sustentação oral: *VÍDEO* Adv.: Graciela Justo Evaldt (PARTE: Alcindo Duarte Becker), declinou.

Intime-se.

Porto Alegre, 11 de outubro de 2023 (quarta-feira).

RELATÓRIO

Inconformadas com a sentença de parcial procedência, as partes recorrem.

Em suas razões de recurso ordinário, a reclamada requer a reforma do julgado em relação aos seguintes tópicos: norma coletiva aplicada, diferenças de premiação, valores pagos "por fora".

O reclamante, por sua vez, irressigna-se quanto aos destacados itens: diferenças de premiação, valores pagos "por fora", horas extras, sábados como descanso semanal remunerado, reflexos, reajustes salariais, multa normativa, honorários sucumbenciais, descontos fiscais e natureza das parcelas deferidas.

Com contrarrazões apresentadas pelo reclamante, o presente processo é encaminhado a este Tribunal e distribuído na forma regimental para julgamento.

É o relatório.

FUNDAMENTAÇÃO

I - RECURSO ORDINÁRIO DA RECLAMADA. MATÉRIA PREJUDICIAL

1. NORMA COLETIVA APLICÁVEL



A reclamada recorre da aplicação das normas coletivas dos propagandistas, vendedores e vendedores propagandistas no Estado do Rio Grande do Sul, sob o argumento de que o reclamante era coordenador de área, realizando apenas e tão somente o controle e administração das operações logísticas, em empresa distribuidora de cosméticos e medicamentos. Diz que a prova oral comprova tais fatos.

Examino.

O juízo *a quo* assim examinou a questão:

"[...]"

Como bem destacado pelo autor à fl. 312 (item 6), tem-se que: "Antes de tudo, quanto às normas coletivas juntadas com a inicial, cumpre destacar que a reclamada alega serem aplicáveis ao caso é o firmado com o Sindicato do Comércio Atacadista do Rio Grande do Sul, ou seja, a mesma norma juntada com a inicial, razão pela qual esta é incontroversa! Assim, uma vez reconhecida à aplicabilidade da norma coletiva trazida com a exordial, é decorrência lógica a condenação da empresa ao pagamento da parcela normativa vindicada, a saber, reajuste salarial"

A sentença não comporta reforma.

O autor postula a aplicação das normas firmadas pelo SINDICATO DOS PROPAGANDISTAS, PROPAGANDISTAS VENDEDORES E VENDEDORES DE PRODUTOS FARMACÊUTICOS NO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL com o SINDICATO DO COMERCIO ATACADISTA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL e com o SINDICATO COM ATAC DE PRODUTOS QUIM P IND LAV E DROG MED (nos juntadas a partir de ID. 5771c00).

Em contestação, a reclamada nada diz em relação à categoria profissional referida pelo autor (dos propagandistas), apenas insistido que aplicáveis ao caso as normas coletivas firmadas com a entidade econômica do Sindicato do Comércio Atacadista do Rio Grande do Sul (ID. e463da6 - Pág. 12), justamente a norma juntada pelo autor.

Assim, a tese deduzida no recurso ordinário (de não ser aplicável ao caso as CCT firmadas pelo Sindicato dos propagandistas) é inovatória.

De qualquer forma, o fato do autor ser coordenador de propagandistas não o retira da categoria profissional diferenciada.

Ademais, em não sendo apresentada outra norma coletiva pela parte ré, não sendo discriminado na ficha de empregado (id. c2723a0 - Pág. 4) e nos documentos rescisórios qual o sindicato representativo da



categoria do autor, bem como baseia sua argumentação em partes do depoimento pessoal do autor, sem se atentar para as demais alegações, no sentido de acompanhar diariamente os representantes nas vendas, cuidado com carteira de clientes, etc.

Desta feita, não há elementos suficientes para afastar a aplicação da CCT acostada aos autos em anexo à petição inicial, devendo ser mantida a sentença, no ponto.

Nego provimento.

II - RECURSO ORDINÁRIO DA RECLAMADA. RECURSO ORDINÁRIO DO RECLAMANTE. MATÉRIA COMUM

1. INTEGRAÇÃO AO SALÁRIO DOS PRÊMIOS PAGOS "POR FORA". MAJORAÇÃO

A reclamada recorre de sua condenação à integração dos valores pagos por fora. Afirma que o reclamante é confesso ao afirmar que os valores pagos via cartão Mapicard eram decorrentes de premiações em seu depoimento pessoal, e que sabia como funcionava o pagamento. Entende que assim não há falar no reconhecimento de verba de natureza salarial.

O reclamante entende que, em que pese o juízo tenha julgado procedente em parte o pleito, deferindo diferenças de décimos terceiros salários, férias acrescidas de 1/3 e FGTS em decorrência da integração dos valores pagos mensalmente a título de premiação "mapicard", fixado em R\$ 2.000,00 mensais, até 10.11.2017, deve ser tal condenação majorada. Diz que a reclamada é confessa quanto ao pagamento de premiação através do cartão Mapicard ou Mapi Prêmio e fala que, considerando não ter sido acostado aos autos quaisquer documentos relativos à apuração da respectiva parcela, bem como que estima um prejuízo mensal de R\$ 3.000,00, deve ocorrer a majoração. Defende a não aplicação da Lei nº 13.467/17, por ter seu contrato iniciado em 17.07.2017, devendo a condenação ao pagamento de reflexos ser estendida até o término contratual.

Examino.

O juízo *a quo* assim examinou a questão:

”

Em seu depoimento pessoal, o preposto da empresa declara ""Que o reclamante recebia valores decorrentes de campanhas que não constam no contracheque, pagos através do cartão mapicard"".

É confesso, pois, quanto ao pagamento de valores de prêmio ao reclamante sem o devido trânsito em contracheque.



Assim, para o fim aqui pretendido, reconheço que os valores pagos a título de premiação ""mapicard"" alcançavam a média mensal de R\$ 2.000,00.

Vale destacar que, a partir de 11.11.2017, as importâncias pagas a título de prêmios, ainda que de forma habitual, deixaram de integrar a remuneração para todos os fins, consoante nova redação do §2º do artigo 457 da CLT ocorrida através da Lei 13.467 /2017.

Nesse contexto, defiro diferenças de décimos terceiros salários, férias crescidas de 1/3 e FGTS em decorrência da integração dos valores pagos mensalmente a título de premiação ""mapicard"" (ora fixado em R\$ 2.000,00 mensais), até 10.11.2017.

São indevidas diferenças de repouso e feriados, na medida em que os valores de prêmios eram pagos mensalmente, já englobando tais rubricas."

A sentença comporta reforma.

Para fins de esclarecimento, destaco que, em que pese a parte autora tenha apresentado o tema em dois tópicos na petição inicial, no sentido de postular diferenças de premiação paga a menor, e integração de valores pagos "por fora", por meio do cartão "mapicard", verifico que se tratam da mesma parcela, como inclusive faz crer a própria parte autora ao alterar a nomenclatura de seu tópico de "INTEGRAÇÃO DOS VALORES PAGOS 'POR FORA'" da petição inicial para "integração ao salário dos prêmios pagos 'por fora'".

Tal conclusão decorre do cotejo entre os contracheques acostados (id. a70b7c0) e a prova oral, não tendo o autor recebido valores de premiação pela folha de pagamento, mas sim pelo cartão "mapicard". Além disso, esta é a única parcela que tanto o autor, em seu depoimento pessoal, quanto a testemunha, em seu relato compromissado, afirmam ter recebido "por fora" ao longo da relação contratual (no cartão "mapicard").

Quanto aos valores pagos pelo referido cartão, a testemunha refere que ela própria *"...recebia em média R\$ 1.500,00/R\$ 3.000,00 todos os meses."*, pelo que entendo razoável o quanto fixado na origem, que arbitra valores médios mensais de R\$ 2.000,00.

No que toca aos reflexos em repouso semanal remunerado, também nada há a ser reformado, uma vez que aplicável o entendimento consubstanciado na Súmula 225 do TST, já que é intrínseco ao pagamento de tal parcela a periodicidade e habitualidade mensal, já englobando, portanto, os valores decorrentes do repouso semanal remunerado.

Ainda, no que toca à indenização rescisória de 40% do FGTS, esclareço que a rescisão partiu de iniciativa do empregado, não sendo, portanto, devida.



Quanto aos demais reflexos postulados, é imperiosa a alteração da sentença, em especial ao período após 10.11.2017. No ponto, esclareço que se trata de contrato de trabalho mantido de 17.07.2017 a 03.08.2022, tendo a presente ação sido ajuizada em 2022, quando já vigente a Lei 13.467/2017.

Entendo que as regras de direito material aplicáveis são aquelas vigentes à época da contratação, mormente quando a nova norma é prejudicial ao trabalhador. Nesse sentido é o que estabelece a Instrução Normativa nº 41 do e. TST (aprovada pela Resolução 221, de 21-06-2018). Incidem, no aspecto, os princípios da proteção (art. 7º, caput, da CF/88 e da irretroatividade da norma nova (art. 6ª da LINDB), bem como as disposições dos arts. 9º e 468 da CLT, não alterados pela reforma.

Portanto, não há falar em aplicação das novas regras implementadas por esse dispositivo legal, remanescendo aplicáveis aquelas vigentes quando do início do contrato. No tópico em comento, portanto, não se aplica a nova redação do artigo 457, *caput* e parágrafos (em especial o §2º), mas sim o texto vigente à época da contratação, qual seja:

"Art. 457 - Compreendem-se na remuneração do empregado, para todos os efeitos legais, além do salário devido e pago diretamente pelo empregador, como contraprestação do serviço, as gorjetas que receber. (Redação dada pela Lei nº 1.999, de 1.10.1953)

§ 1º Integram o salário, não só a importância fixa estipulada, coma também as comissões, percentagens e gratificações pagas pelo empregador."

Assim, dada a natureza salarial da parcela em tela, cabe estender os reflexos deferidos na origem para todo período contratual, não havendo falar em limitação na data de 10.11.2017.

Nego provimento ao recurso ordinário da reclamada e dou parcial provimento ao recurso ordinário do reclamante para estender a condenação ao pagamento dos reflexos das premiações pagas e deferidas inclusive para o período a partir de 11.11.2017, até o término contratual.

2. DIFERENÇAS DE PRÊMIOS. MAJORAÇÃO E BASE DE CÁLCULO

A reclamada recorre de sua condenação ao pagamento de diferenças de comissão com base na Cláusula décima da CCT 2019/2020. Defende que a norma coletiva em questão não era aplicável ao caso do reclamante, e, mesmo que assim se entenda, fala que a prova oral evidenciou que era disponibilizado no sistema informações sobre o volume de vendas da equipe coordenada pelo reclamante e que os objetivos buscados a título de premiação eram passados pelo Sr. Alexander. Aduz que em nenhum momento ao longo da relação contratual o reclamante a indagou sobre quaisquer diferenças, ainda que tivesse acesso aos objetivos e volume de vendas da sua equipe via sistema. Argui não haver quaisquer provas de que não houve o pagamento correto de premiação.



O reclamante, por sua vez, busca ampliação da condenação. Argui que lhe foi deferido o pagamento de diferenças no importe de 20% sobre o salário fixo, tendo pleiteado 40% sobre a remuneração mensal total. Destaca a impossibilidade de conferência da correção dos pagamentos dos prêmios, defendendo o desconhecimento com exatidão dos critérios e as bases para o recebimento de tal parcela, sem haver meios fidedignos para a verificação dos valores recebidos e devidos. Destaca a regra prevista na cláusula décima das normas coletivas, afirmando que a reclamada não observou a condição de apresentar as cotas ou objetivos de premiação com o "ciente" ou o "de acordo" do autor, acompanhados da relação de vendas e notas fiscais. Além disso, fala que a ré afirmou que pagou os prêmios corretamente, mas não comprovou tal alegação, não tendo acostado também as políticas de premiação. Diante de tais omissões, entende devido o acolhimento da tese exposta na inicial sem ressalvas, nos termos do artigo 400 do CPC. Quanto ao reflexo de prêmios em repouso semanal remunerado, entende devido, por se tratar de parcela de natureza salarial paga com habitualidade. Assevera não ser aplicável a Súmula 225 do TST, "*porque os prêmios integram o salário para todos os efeitos*". Requer, portanto, a condenação da reclamada ao pagamento de "*40% sobre a remuneração mensal total da parte autora (salário fixo mais variáveis), com reflexos nos repouso semanais remunerados e feriados, horas extras, adicional noturno, décimos terceiros salários, férias com 1/3, aviso-prévio e FGTS com a multa de 40%.*"

Examino.

O juízo *a quo* assim examinou a questão:

"A CCT 2019/2020, aplicável ao reclamante, assim explicita, em sua cláusula 10ª (vide fl. 27):

""CLÁUSULA NONA - PRÊMIOS / QUOTAS DE VENDAS

Se as empresas estabelecerem prêmios e/ou quotas de vendas a serem atingidas por seus empregados, deverão fornecer aos mesmos, por escrito, as condições para obtenção dos prêmios e as quantidades de produtos a serem vendidos.

Parágrafo primeiro. A política de prêmios ou quotas, quando instituída, deverá conter a indicação das quantidades de produtos e/ou valores a serem atingidos, correspondente a região de atuação do empregado, bem como os valores a serem pagos aos mesmos.

Parágrafo segundo. Deve ser garantido ao empregado o direito de conferir os dados relacionados ao seu desempenho, no que tange aos prêmios e/ou quotas de vendas a serem atingidas, bem como conferir os valores que lhes são atribuídos pela empresa"" (grifo meu).

Assim, incumbia à reclamada fornecer ao reclamante as condições pertinentes ao cálculo da premiação, de forma a conferir a necessária transparência ao pagamento da parcela.

No caso, é preciso destacar que, em que pese seja reconhecido pela empresa o pagamento de prêmios ao autor, este Juízo, em exame dos recibos de pagamento anexados aos autos a partir da fl. 241, não encontra consignado o pagamento de qualquer rubrica a tal título.



Em seu depoimento pessoal, o reclamante declara ""Que todos os meses recebia valores a este título conforme as metas traçadas. Que havia objetivos por laboratório que poderiam variar a cada mês ou a a cada 2/3 meses. Que Alexander encaminhava os objetivos do período. Que durante este período recebiam diariamente um relatório, mas às vezes este não contemplava todas as vendas. Que estima que faltasse receber valores, mas não sabe informar tal valor""; (...); Que o reclamante recebia salário fixo e recebia em torno 100% deste em premiação"".

No depoimento da testemunha por ele convidada a depor, tal declara ""Que havia tais informações no sistema, as quais eram confusas. Que já chegou a solicitar explicações sobre os relatórios, sendo lhe dito que iriam relatar para a empresa e ver o que deu errado, porém não chegou a receber resposta. Que estima que deixasse de receber de 20 a 30% do estimado"".

Não são juntados aos autos quaisquer documentos sobre metas de vendas, campanhas de vendas, volume de vendas realizadas, metas alcançadas e prêmios pagos, o que, por si só, já se presta a se acolher como verdadeiro o prejuízo acima relatado ao autor, em valor que estimo seja de 20% incidente sobre o salário fixo.

Destarte, defiro o pagamento de diferenças no pagamento da rubrica devida a título de ""prêmio"", em valores correspondentes a 20% incidente sobre o salário fixo, com reflexos em décimos terceiros salários, férias com 1/3 e FGTS (sendo tais reflexos devidos somente até 10 de novembro de 2017, porquanto, a partir da vigência da Lei 13.467/17, vigente a nova redação do §2º do artigo 457 da CLT).

Indefiro os reflexos em repouso semanais remunerados e feriados, na medida em que os valores de prêmios eram pagos mensalmente, já englobando tais rubricas; ainda, indefiro os reflexos em horas, já que não reconhecido este direito em item próprio."

A sentença comporta parcial reforma.

De início, em relação aos reflexos das premiações, a matéria já foi apreciada em item anterior.

Por outro lado, também já restou examinada aplicação ao caso concreto as normas coletivas juntadas pelo autor.

Em segundo lugar, ainda que o reclamante não tenha acostado aos autos a CCT vigente de 1º de março de 2018 a 28 de fevereiro de 2019, a reclamada relatou, seja em defesa, seja em suas razões recursais, que pagava prêmios da forma correta à parte autora, por meio do "cartão mapicard" ou "Mapi Prêmio", não tendo excepcionado qualquer período contratual. Além disso, a prova oral, nos termos em que destacado na origem, comprovam o recebimento perene de tal parcela, não havendo falar da alteração da condenação pela ausência da norma coletiva do período em destaque.

A cláusula décima das CCTs 2017/2018, 2019/2020 e 2020/2022 assim previa:

"CLÁUSULA DÉCIMA - PRÊMIOS / QUOTAS DE VENDAS



Se as empresas estabelecerem prêmios e/ou quotas de vendas a serem atingidas por seus empregados, deverão fornecer aos mesmos, por escrito, as condições para obtenção dos prêmios e as quantidades de produtos a serem vendidos."

É incontroverso, reitero, que a reclamada pagava premiações aos trabalhadores em razão das metas estabelecidas, bem como que tal parcela era paga fora do contracheque, por meio de cartão magnético, e que eram realizados relatórios mensais acerca das metas batidas e preenchimento dos requisitos para a obtenção do prêmio.

Entretanto, ainda que assim seja, a reclamada não colacionou aos autos quaisquer documentos relacionados a tal parcela, sejam os relatórios por si própria mencionados, seja a política de premiação da empresa, seja o próprio volume de vendas realizadas pelo autor ou por sua equipe de vendas, o que por si só, como bem mencionado na origem, já seria o suficiente para presumir verdadeira a versão autoral apresentada. Note-se que, ao reconhecer o direito constitutivo do autor (existência da parcela) e apresentar fato extintivo desse direito (pagamento correto da parcela), a reclamada atraiu para si o ônus probatório da questão, nos termos do artigo 818, II, da CLT.

Assim, irrelevante o fato de que relatórios eram repassados pelo sistema da reclamada ao empregado, ou que o reclamante nunca tenha reclamado junto à parte ré a alteração da questão (fato impeditivo este também não comprovado), uma vez que cabia, repito, à ré trazer aos autos as provas basilares de sua tese de defesa, ônus do qual não se desincumbiu.

Quanto à irresignação da parte autora, por sua vez, não há, de igual forma, falar em deferimento do pleiteado em sua integralidade, com base no artigo 400 da CLT, uma vez que a apresentação de documentos aqui postulada não se trata da questão de mérito objetivada, mas sim de matéria incidental ao processo. Desta feita, destaco que foi produzida prova oral com relação ao assunto, inclusive pelo próprio reclamante em sede de depoimento pessoal e pela testemunha por si convidada, que limitam a pretensão buscada na exordial.

No que toca ao autor, diz que "[...] *Que recebia premiações fora do contracheque, e as recebia no cartão mapicard, o qual estima que recebesse R\$ 2.500,00/R\$ 3.000,00; [...] todos os meses recebia valores a este título conforme as metas traçadas. Que havia objetivos por laboratório que poderiam variar a cada mês ou a a cada 2/3 meses. Que Alexander encaminhava os objetivos do período. Que durante este período recebiam diariamente um relatório, mas às vezes este não contemplava todas as vendas. Que estima que faltasse receber valores, mas não sabe informar tal valor*"; (...); *Que o reclamante recebia salário fixo e recebia em torno 100% deste em premiação*".

Já a testemunha ouvida a convite do autor, Alexandre Luis Silva de Lira, no ponto, esclarece que "[...] *Que além do salário fixo, recebia prêmio por venda, pagos em cartão magnético e não constavam no*



contracheque. Que recebia em média R\$ 1.500,00/R\$ 3.000,00 todos os meses. Que havia tais informações no sistema, as quais eram confusas. Que já chegou a solicitar explicações sobre os relatórios, sendo lhe dito que iriam relatar para a empresa e ver o que deu errado, porém não chegou a receber resposta. Que estima que deixasse de receber de 20 a 30% do estimado".

Como se verifica, o reclamante não faz ideia de qual era o valor que lhe era tolhido a título de premiação, e a testemunha, que disse exercer o mesmo cargo do autor, relata que estimava deixar de receber de 20 a 30% do valor devido, porém também aponta o percebimento de valores menores do que o alegado pelo autor a título de premiação efetivamente recebida.

Assim, consideradas tais informações, entendo que haveria de ser mantido o critério fixado na origem, no sentido de deferir diferenças de 20% sobre o valor do salário fixo do autor. Entretanto, por política judiciária, passo a adotar o entendimento consolidado nesta Turma Julgadora, aplicado a casos análogos ao dos presentes autos, no sentido de se adotar o percentual de 15% sobre os prêmios pagos ao demandante como montante razoável e proporcional, apto a complementar os valores já recebidos a título de prêmios ao longo da relação contratual. No ponto, destaco o seguinte julgado, de relatoria da Desembargadora Rosane Serafini Casa Nova:

"[...] Assim, sob esse prisma, frente à inércia da reclamada no cumprimento das normas coletivas regentes da matéria, não estando evidenciado nos autos os dados necessários para cálculo das premiações ao longo da contratualidade, presume-se verdadeira a versão inaugural dos fatos, quanto à existência de diferenças em favor do trabalhador.

Não obstante, sob a ótica dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, não se pode acolher o percentual, em si, consignado na peça de ingresso, porque o demandante não indica sequer remotamente qual critério utilizou para obtenção do montante pretendido, ao contrário: a própria tese inaugural, reiterada no apelo, embasa-se na ausência de critérios objetivos. Nesse quadro, deve ser observado que o autor já recebeu valores sob a rubrica pleiteada, e que as diferenças almejadas são alusivas a uma parcela variável, tampouco podendo ser calculadas sobre a remuneração, sob pena de bis in idem, já que tal cálculo abrangeria os valores já recebidos.

Nesse viés, adoto como critério necessário e suficiente para adimplir a parcela em discussão, o percentual de 15% sobre os prêmios efetivamente pagos ao demandante, como montante razoável e proporcional, apto a complementar os valores já recebidos a título de prêmios ao longo da contratualidade. Tal critério vem sendo utilizado por este Colegiado em casos semelhantes, como exemplifica o aresto infracolacionado, em julgamento de que participei, cujos fundamentos agrego ao presente julgado como razões de decidir, in verbis:

[...] Nesse sentido, pela inexistência de documentos a informar o critério estabelecido para as premiações mensais, faz jus o reclamante ao percebimento de diferenças de premiação. Todavia, entendo que o percentual postulado de forma aleatória na inicial, segundo define o próprio reclamante, é excessivo. Além disso, se a diferença é de prêmios, o percentual impago ou pago a menor deve corresponder aos próprios prêmios e não à remuneração, sob pena de calcular diferenças também sobre o que foi pago. Assim, tendo em vista os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, arbitro



diferenças no percentual de 20% dos prêmios pagos. [...] (TRT da 4ª Região, 1ª Turma, 0001023-95.2012.5.04.0010 RO, em 24/06/2015, Desembargador Marçal Henri dos Santos Figueiredo - Relator. Participaram do julgamento: Desembargadora Rosane Serafini Casa Nova, Desembargadora Iris Lima de Moraes)

Ante o exposto, considerada a ausência de dados objetivos, e frente aos parâmetros adotados pelo Colegiado em situações semelhantes, cotejados com a vedação do enriquecimento imotivado, dou parcial provimento ao recurso ordinário do autor para acrescer à condenação o pagamento de diferenças de prêmios no importe de 15% dos prêmios recebidos, com reflexos em gratificação natalina, férias com 1/3, aviso prévio e FGTS com acréscimo de 40%.

Indevidos reflexos em repouso semanais remunerados e feriados, por abrangidos estes pelo módulo mensal de pagamento da premiação em comento (vide ID. e84f276).

Recurso parcialmente provido."

(TRT da 4ª Região, 1ª Turma, 0020052-74.2016.5.04.0016 ROT, em 19/12/2018, Desembargadora Rosane Serafini Casa Nova)

Assim, deve ser provido parcialmente o recurso ordinário da reclamada para reduzir as diferenças reconhecidas para 15% dos valores que devem ser calculados sobre os prêmios recebidos e não sobre o salário fixo.

Sendo incontroverso, por fim, que nunca foi pago ao autor adicional noturno e valores a título de horas extras, as questões referentes aos reflexos em horas extras e adicional noturno serão examinadas no tópico referente às horas extras.

Nego provimento ao recurso do autor e dou parcial provimento ao recurso ordinário da reclamada para reduzir as diferenças de premiações reconhecidas para 15% dos valores dos prêmios pagos, conforme valores arbitrado.

III. RECURSO ORDINÁRIO DO RECLAMANTE. MATÉRIA REMANESCENTE

1. HORAS EXTRAS. ADICIONAL NOTURNO

O reclamante recorre de seu enquadramento na exceção do artigo 62, I, da CLT. Fala que o ônus da prova sobre tal assunto é da reclamada, por ser fato impeditivo de seu direito. Defende que, de qualquer forma, a reclamada não estava autorizada a atribuir uma carga de trabalho que não poderia ser realizada dentro do limite máximo estabelecido pela CRFB. Diz que basta que se evidencie que a atividade externa era compatível com a fixação de horário de trabalho para afastar a exceção legal em comento. Refere que a exceção do artigo 62, I, da CLT deve estar anotada cumulativamente na CTPS e na FRE, o que não teria sido feito na FRE, documento no qual foi expressamente ajustada carga horária de 220 horas mensais e 44 horas semanais. Aponta alteração lesiva do contrato de trabalho, nos termos do artigo 468 da CLT. Busca esclarecer que a anotação também não é verificada na CTPS "*à falta de comprovação*". No que



toca ao aspecto subjetivo, argumenta da possibilidade de controle da jornada, seja com base no artigo 74, §3º, da CLT, seja com base na prova produzida, no sentido de restar comprovada a fiscalização do horário de trabalho e a necessidade de sobrejornada. Aponta confissão da reclamada na defesa ao dizer que os estabelecimentos de venda dos produtos distribuídos se ativam até Às 19h e que há roteiro /planejamento de visitas e horários de atendimento. Aduz que a documentação demonstra que "*além do fato de que todas as visitas eram agendadas com os clientes em horários pré-determinados, a parte reclamante ainda deveria enviar, para a aprovação do gerente, roteiros prévios, que ficavam acessíveis para todos os superiores e que incluíam todas as visitas a serem realizadas, em ordem sequencial e com os horários, bem como possuía equipamento eletrônico munido de sistema informatizado, no qual deveria registrar e remeter à empregadora toda as visitas executadas, IMEDIATAMENTE APÓS O TERMINO DE CADA UMA DELAS, COM OS RESPECTIVOS HORÁRIOS, de modo que esta poderia ter ciência, não somente das atividades realizadas e a executar, MAS OS HORÁRIOS EM QUE TAIS TAREFAS FORAM OU IRIAM SER CUMPRIDAS, além da localização geográfica do empregado durante toda a jornada de trabalho*". Argui ter o preposto confessado o controle da jornada e a prova oral ter comprovado a tese autoral. Refere que a orientação da reclamada para lançar as visitas imediatamente após o término de cada uma delas, com a finalidade de "não perder informações", ainda assim lhe permitira promover o pleno controle da jornada de trabalho. Uma vez afastada a exceção prevista no artigo 62, I, da CLT, requer seja reconhecida a jornada alegada na petição inicial, que diz ser corroborada pela prova oral. Quanto ao labor em eventos, diz que deve ser levado em conta o tempo dispendido não só pela participação, mas pelo próprio deslocamento, quando as atividades foram realizadas fora da cidade de residência deste, inclusive em finais de semana. com o deferimento das horas extras pleiteadas e o reconhecimento do sábado como dia de descanso, requer seja aplicado o divisor 200 para o cálculo da parcela, bem que sejam reconhecidas como extras as horas trabalhadas após a 40ª.

Examino.

O juízo a quo assim examinou a questão:

"Nos termos da redação atribuída ao artigo 62 da CLT na forma da Lei nº 8.966/94, permite-se a ampla interpretação de cada caso examinado em concreto, pois deixou de se arrolar os empregados que não estão sujeitos à jornada de trabalho com exceção dos gerentes. Fala, dessa forma, em empregados que exerçam atividade externa incompatível com a fixação de horário de trabalho. De uma forma geral, continua-se a incluir no inciso I do artigo 62 da CLT os vendedores, viajantes ou praticistas, que são empregados que não trabalham internamente na empresa, assim como passam a ser incluídos nesse conceito os carteiros, motoristas em geral, como os de caminhão e carreta, que possuem atividade externa não sujeita à anotação da jornada de trabalho. Assim, por ser inviável o controle de horário desses trabalhadores, além de ser de difícil verificação qual o tempo efetivo à disposição do empregador, são indevidas as horas extras. De outra parte, se ficar comprovado nos autos que tais empregados estão subordinados ao cumprimento de horários, têm estes direito a horas extras.



Verifica-se, dessa forma, que os empregados referidos no inciso I do dispositivo legal prestam serviços sem subordinação a horário e fora de controle do empregador. Atenta-se para o fato de que a exceção prevista na norma abrange unicamente os empregados que, executando serviços externos em razão da própria natureza das funções, não podem ser submetidos a horários, pois tal implicaria em impedir que pudessem desenvolver tais atividades. Do contrário, ou seja, sendo o trabalho do empregado executado fora do estabelecimento do empregador, mas existindo condição que, indiretamente, imponha-lhe algum tipo de horário, não há de prosperar a exceção consubstanciada no inciso I do referido artigo.

Há de se salientar, ainda, que, embora a CLT determine a anotação de tal condição na CTPS e nos registros funcionais, esta realidade pode ser demonstrada de outras formas, já que é este ramo do Direito regido, entre outros, pelo princípio da primazia da realidade, o que mais se acentua na hipótese, em que o vínculo de emprego é reconhecido via judicial. Em outros termos, diz-se que, se anotada tal condição na CTPS, há uma presunção iuris tantum a respeito de tal, sendo do empregado o ônus da prova quanto à incorreção da anotação e, de outra parte, se tal condição não se encontra devidamente registrada, ao empregador caberá a prova quanto à submissão do empregado a regime de exceção no que diz ao cumprimento de horário.

Na FRE da fl. 230, consta a seguinte designação; ""SEM CONTROLE DE HORÁRIO"", assim como no acordo individual da fl. 235.

O fato de o trabalho ser externo não atrai, por si só, a incidência da norma em comento. É necessário que se verifique que o seu exercício é inconciliável com a fixação de horário de trabalho e que o empregado de fato se encontra fora da permanente fiscalização do empregador, restando inviável o conhecimento do tempo que fica à disposição deste.

Havendo mera possibilidade de controle da jornada, é afastada a exceção do art. 62, I do TST, ainda que a empresa opte por não realizar o controle efetivo. Nesse sentido, a jurisprudência do TST:

"HORAS EXTRAS. CONTROLE DE JORNADA. TRABALHO EXTERNO. 1 - Preenchidos os requisitos do art. 896, § 1º-A, da CLT. 2 - Esta Corte tem entendido que, mesmo que se trate de trabalhador externo, se for constatada a possibilidade de controle de jornada, não se aplica o art. 62, I, da CLT. 3 - O eg. Regional, baseado no conjunto fático-probatório, concluiu que a empregadora tinha meios de controlar a jornada de trabalho cumprida pelo reclamante. Consignou que "as testemunhas ouvidas nos autos confirmaram a existência de controle do horário de trabalho pela reclamada, por meio de ordens de serviço, celulares e palmtop". Nesse sentido, consignou que "a prova oral revelou a existência de anotação dos horários de trabalho nos locais visitados pelo autor". Registrou, ainda, que "as rotas de visita eram previamente estabelecidas pela reclamada e, o próprio preposto admitiu a utilização de palmtop, o que evidencia a possibilidade do controle indireto da jornada, por meio da verificação do cumprimento das rotas pré-estabelecidas". 4 - Diante desse contexto, decisão contrária demandaria o reexame de fatos e provas, o que é vedado pela Súmula nº 126 do TST. 5 - Recurso de revista de que não se conhece". (RR - 10492-63.2014.5.03.0095 , Relatora Ministra: Kátia Magalhães Arruda, Data de Julgamento: 05 /12/2018, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 07/12/2018).

Uma vez que a reclamada alega a realização de labor sob tais condições, atrai para si o ônus da prova no tocante, consoante disciplina do artigo 373, II, do NCPC.

Diante da prova oral produzida a esse respeito, temos que:



DEPOIMENTO DO AUTOR: ""Que Alexander poderia acompanhar a jornada do autor pelo rastreador do carro. (...); Que no início de cada mês passava roteiro a Alexander e pegava o roteiro dos seus representantes para ver se coincidiam. Que mediante autorização de Alexander poderia fazer alteração no roteiro. (...); Que o reclamante usava veículo próprio no início, em 2017, por 2/3 meses, e depois passou a usar o veículo locado pela empresa, o qual possuía rastreador. Que não sabe de que empresa a reclamada locava os veículos. Que o roteiro é feito de acordo com a região e que constava o tempo estimado de atendimento, porém não havia certeza de que seriam atendidos. Que se agendasse mas não fosse atendido pelo cliente fazia a leitura do estoque e remarcaava a visita. Que o reclamante poderia atender o cliente por email ou telefone, assim como o representante poderia. Que se o reclamante fosse na cidade onde estivesse o cliente e este solicitasse visita o representante verificaria a necessidade de atende-lo, mas o reclamante por si seguiria o roteiro e reagendaria a visita com este cliente. Que o reclamante passava na sede da empresa às vezes, mas geralmente não ia na empresa no final ou no início da jornada, exceto se já estivesse programado no roteiro"".

DEPOIMENTO DO PREPOSTO: ""Que o reclamante fazia gestão de equipe e atendimento a clientes. Que fazia visitas a clientes maiores. Que não sabe informar onde o reclamante estava quando não estava em vistas; (...); Que não tinha como saber os horários que o reclamante estava trabalhando e que não encaminhava roteiros ao depoente; (...); Que a empresa forneceu veículo ao reclamante no final do contrato, não sabendo precisar a partir de quando passou a fornecer, mas estima que ocorreu a partir de 2018. Que antes disso o reclamante utilizava veículo próprio. Que o veículo fornecido pela empresa tinha rastreador pela localiza. Que o reclamante fez algumas visitas a clientes junto ao representante. Que o reclamante tinha que realizar relatórios e o depoente não sabe que horas o reclamante os fazia. Que o depoente não tinha o controle das atividades que o reclamante exercia quando não estava em visitas.

TESTEMUNHA DO AUTOR: ""Que retifica para dizer que era coordenador, o mesmo do reclamante. Que ambos trabalharam juntos nas feiras, reuniões da empresa, evento de inauguração; (...); Que um coordenador faz coordenação de representantes, verificação do uso das ferramentas por estas, verificação de roteiros, concessão de descontos e vista aos clientes (acompanhando representantes quando havia representantes ou fazendo atendimento direto); (...); Que trabalhava com carro fornecido pela ré, o qual era locado. Que a empresa tinha acesso às informações dos rastreadores dos veículos e, ao que acredite, a empresa tinha acesso ao tempo real de localização. Que não tem certeza disto, acreditando que, se solicitassem ao locador, teriam acesso a tal informação. Que poderia usar o veículo dentro do município de sua residência para atividades particulares; (...); Que o reclamante fazia roteiro no início do mês e passava ao gerente, e que constava a área e o cliente que visitaria e o representante que acompanharia. Que poderia mudar o roteiro se houvesse imprevisto e não precisaria de autorização, pois a alteração era imprevista e passava para o cliente seguinte; Que os representantes e o depoente tinham sugestão de meta diária de 8/10 clientes; (...); Que se não estivesse em visita, estaria fazendo serviço burocrático""; (...); Que não precisaria avisar o gerente após o encerramento das atividades. Que este subentendia que o depoente cumpria o horário ; (...); Que para passar os pedidos utilizava internet e poderiam ser passados imediatamente após a venda ou no final da tarde. Que isso dependia do representante"" (GRIFO MEU).

Para este Juízo, diante da prova oral produzida conforme depoimentos acima transcritos, entendo demonstrado que sobre as atividades realizadas pelo autor não havia efetivo controle da jornada de trabalho, bem como que não havia a possibilidade de controle sobre a jornada por esse realizada - critérios determinantes para a incidência das disposições do art. 62, I, da CLT.



Destaco que a testemunha por ele convidada a depor declara que, nos roteiros entregues ao gerente no início do mês, constavam a área e o cliente a ser visitado, mas não o horário. Tanto que, no seu depoimento, o autor refere que neste constava ""o tempo estimado de atendimento, porém não havia certeza de que seriam atendidos"". Outrossim, a testemunha ouvida declina que este roteiro poderia ser alterado sem qualquer autorização.

As atividades do autor, conforme demonstrado, dividiam-se entre atividades burocráticas e visitas a farmácia, quando, então, poderia estar acompanhando algum representante ou não. Pelo seu depoimento, pode-se aferir que, havendo a previsão de visita conforme prevista no roteiro, esta poderia não acontecer (pelo cliente desmarcar); ele poderia atender o cliente por telefone ou e-mail e, ainda, poderia o cliente ser atendido por um representante.

Como se vê, guiava-se por conta própria em suas atividades, tanto que declara que ""passava na sede da empresa às vezes, mas geralmente não ia na empresa no final ou no início da jornada"".

Observe-se que a testemunha já referida acima também elucida que, trabalhando como coordenador assim como o autor, não comunicava ao gerente quando encerradas suas atividades, o que seria ""subentendido"" por ele.

Ainda, quanto ao fato da empresa fornecer veículo munido de GPS (a partir de julho de 2018), tal, por si só, não autoriza a conclusão de que houvesse controle de jornada, principalmente porque a parada do veículo pode ocorrer por diversas razões, inclusive para questões particulares. Observe-se que, a esse respeito, a testemunha do autor declara ""Que poderia usar o veículo dentro do município de sua residência para atividades particulares"".

Sinale-se, por fim, que a incidência desse dispositivo legal pressupõe a inexistência de controle de horário exercido pela empresa em relação à jornada de trabalho do empregado.

Nesse contexto, impõe-se a consideração de que incidente, no caso, a disposição constante do artigo 62, I, da CLT.

Por consequência, não se faz possível o acolhimento do pleito do reclamante quanto ao pagamento de horas extras e de reflexos dessas em outras verbas, deduzidos à letra a) do petitório."

Pois bem.

A sentença comporta reforma.

Por partes.

Trabalho externo

Em primeiro lugar, no que toca aos elementos objetivos previstos no artigo 62, I, da CLT, destaco ser incabível o argumento referente à não verificação da anotação da CTPS nos presentes autos, devendo ser presumido que foi a questão devidamente anotada em tal documento. Uma vez não havendo alegação de



trabalho não registrado ou de perda extravio da Carteira, nem qualquer menção ao fato de estar a reclamada em posse da CTPS do autor, cabia a este comprovar, no ponto, suas alegações, sendo documento basilar do requerimento do autor, nos termos do artigo 787 da CLT (*Art. 787 - A reclamação escrita deverá ser formulada em 2 (duas) vias e desde logo acompanhada dos documentos em que se fundar*). Beira a má-fé tal argumentação, uma vez que intencionalmente não acostado aos autos tal documento pelo reclamante, seu possuidor. Além disso, há expressa menção, no registro de empregado do autor, de que não haveria controle de horário, estando os requisitos objetivos previstos no artigo 62, I, da CLT, portanto, preenchidos.

Ainda assim, ao contrário do que aponta o juízo *a quo*, entendo que a exceção do artigo 62, inciso I, da CLT, só se justifica em face da real impossibilidade de fiscalização por parte do empregador, por expressa determinação legal ("*[...] empregados que exercem atividade externa incompatível com a fixação de horário de trabalho [...]*"). Importa referir que o simples fato de ser o trabalho desempenhado externamente não significa necessariamente que o empregador não possua meios para controlar o horário de trabalho de seu empregado.

No caso, o conjunto probatório dos autos revela que, apesar do exercício de atividade externa, a reclamada possuía inúmeros meios hábeis para controlar a jornada de trabalho da parte autora, senão vejamos.

O preposto da reclamada esclarece que (a) o autor tanto realizava gestão de equipe, quanto realizava atendimento a clientes maiores; (b) existia um sistema eletrônico da empresa, ao qual o reclamante tinha acesso, onde estavam registrados os relatórios, que eram de obrigação do autor fazer e lançar no sistema; (c) foi fornecido, ao menos a partir de 2018, carro pela empresa com rastreador.

A testemunha Alexandre Luís Silva de Lira, convidada pelo reclamante, assim relatou sobre o assunto:

"Que trabalhou na reclamada de outubro 2018 a maio de 2019 no cargo de supervisor de área. Que atuava em Pelotas, Rio Grande, Santa Maria, Uruguaiana, Camaquã, Jaguarão, Chuí. Que retifica para dizer que era coordenador, o mesmo do reclamante. Que ambos trabalharam juntos nas feiras, reuniões da empresa, evento de inauguração. Que o depoente encontrou o reclamante em duas feiras, na associadas em novembro de 2018 em Gramado (a qual ocorreu das quartas à tarde, quinta, sexta e sábado e que ocorriam das 9h às 18/19h) e a feira da empresa em Gramado (a qual ocorreu em fevereiro de 2019, estimando que ocorreu em quinta, sexta e sábado, das 9h às 18/19h). Que um coordenador faz coordenação de representantes, verificação do uso das ferramentas por estas, verificação de roteiros, concessão de descontos e vista aos clientes (acompanhando representantes quando havia representantes ou fazendo atendimento direto). Que havia 12/14 representantes na área do reclamante, estimando que houvesse o mesmo número de setor na área do reclamante. Que trabalhava com carro fornecido pela ré, o qual era locado. Que a empresa tinha acesso às informações dos rastreadores dos veículos e, ao que acredite, a empresa tinha acesso ao tempo real de localização. Que não tem certeza disto, acreditando que, se solicitassem ao locador, teriam acesso a tal informação. Que poderia usar o veículo dentro do município de sua



residência para atividades particulares. Que o depoente trabalhava das 8h às 19h, com intervalo de 30 minutos /1h e que o gerente tinha tais informações quando o questionava onde o depoente estava. Que o reclamante fazia roteiro no início do mês e passava ao gerente, e que constava a área e o cliente que visitaria e o representante que acompanharia. Que poderia mudar o roteiro se houvesse imprevisto e não precisaria de autorização, pois a alteração era imprevista e passava para o cliente seguinte. Que os representantes e o depoente tinham sugestão de meta diária de 8/10 clientes. Que se não estivesse em visita, estaria fazendo serviço burocrático. Que despendia em torno de 2h em média em atividades burocráticas após a visita aos clientes. Que não havia dias que não acompanhasse representantes. Que além do salário fixo, recebia prêmio por venda, pagos em cartão magnético e não constavam no contracheque. Que recebia em média R\$ 1.500,00/R\$ 3.000,00 todos os meses. Que havia tais informações no sistema, as quais eram confusas. Que já chegou a solicitar explicações sobre os relatórios, sendo lhe dito que iriam relatar para a empresa e ver o que deu errado, porém não chegou a receber resposta. Que estima que deixasse de receber de 20 a 30% do estimado. Que no início do mês recebiam qual o valor a cumprir por setor, porém as informações eram confusas. Que quando havia feiras as premiações do mês da feira eram maiores, estimando que recebesse R\$ 5.000,00/R\$ 6.000,00. Que nas feiras havia jantar de encerramento após as atividades e eram obrigados a comparecer e se não comparecessem eram questionados a razão do não comparecimento. Que não compareceu a um jantar de encerramento da feira de associados e foi questionado a razão do não comparecimento pelo gerente Sr. Kenji. Que nos setores que não eram preenchidos o depoente atuava sozinho. Que havia reuniões na sede da empresa trimestrais ou a cada dois meses, em média, entre 8h às 18h /19h, às quais o reclamante estava presente. Que o gerente fazia contato via telefone. Que não precisaria avisar o gerente após o encerramento das atividades. Que este subentendia que o depoente cumpria o horário. Que há média de atendimento e se projeta no dia a dia para realizar os roteiros, estimando que os atendimentos levem em torno de 40 minutos/1h, em média. Que pelo sistema poderia acompanhar as vendas de sua equipe e pelo relatório de pedido poderia verificar as positivamente. Que desconhece qual a empresa que locava o veículo para a reclamada. Que para passar os pedidos utilizava internet e poderiam ser passados imediatamente após a venda ou no final da tarde. Que isso dependia do representante. Nada mais disse, nem lhe foi perguntado."

(grifei)

Como se vê, a testemunha ratifica o fornecimento de carro da empresa com rastreador, bem como menciona que o gerente do autor fazia contato via telefone, e que o relatório de vendas deveria ser feito no mesmo dia, seja após cada venda ou no final da tarde.

Da prova produzida, extraio que era possível o controle da jornada pela reclamada. Observo que havia necessidade de elaboração de um planejamento de atividades, com roteiro de visitas e meta de número de clientes a serem visitados, além da possibilidade de controle por meio do sistema a ser alimentado diariamente pelo autor com base nas atividades feitas no dia, por meio de ligações de superior hierárquico ou até mesmo, a partir de julho de 2018 (id. 166b90e).

Considerados esses fundamentos, portanto, em não tendo restado cumpridas as exigências subjetivas do dispositivo legal em análise, entendo que não se sustenta qualquer arguição no sentido de que o reclamante tinha liberdade de gerir seu horário de trabalho sem a possibilidade de controle de sua jornada pela reclamada.



Jornada cumprida

Quanto à jornada efetivamente cumprida, uma vez não controlada a jornada da parte autora por opção da reclamada, presumem-se verídicos os argumentos lançados na petição inicial, observada a limitação produzida pela prova oral.

Na petição inicial, informa que "*Seu labor no ""campo"" importava em jornada diária das 8h às 19h, em média, com intervalo de, no máximo, 30 minutos*". Além disso, fala que "[...] logo após sua jornada normal de trabalho ""no campo"", como referido no item "6", despendia, em média, 3h (três) horas diárias para executar uma extensa relação de tarefas que lhe eram impostas por sua ex-empregadora, citando-se exemplificativamente, troca de mensagens eletrônicas com colegas e clientes, preparar-se para a visita do dia seguinte, confecção de relatórios de despesas, estudar os produtos que compõe o ciclo de propaganda, realizar pedidos e montar kits de amostras, dentre outras [...]".

Também refere que participou de cinco feiras organizadas pela reclamada (que iniciavam na quinta-feira e se estendiam até, com jornada média das 09h às 21h em tais ocasiões) e, em quatro oportunidades anuais, de feiras organizadas pelas farmácias clientes da reclamada (que iniciavam na quinta-feira e se estendiam até, com jornada média das 09h às 20h em tais ocasiões).

Em sede de depoimento pessoal, assim relatou o reclamante quanto ao assunto:

""Que o reclamante tinha o cargo de coordenador de área, o qual cuida de equipes, representantes comerciais, cuida de determinada área geográfica, cuida da carteira de clientes dentro desta região. Que o reclamante treinava a equipe, uma vez por mês no mínimo, e acompanhava os representantes diariamente. [...] Que o reclamante não realizava vendas, porém acompanhava os representantes para fomentar as vendas. Que trabalhava das 8h às 19h/ 18h45min, com intervalo de 30/40 minutos. [...] Que fazia fechamento do dia, liberando pedidos de outros representantes quando necessário; poderia ligar para representante; fazia promoção para o dia seguinte, após às 19h. Que estendia a jornada nestas atividades até 21/21h30 diariamente. [...] Que participou de 5 feiras, em 2017 e 2018 (setembro), em foz do Iguaçu, 2019 (fevereiro) em Gramado e foz do Iguaçu setembro), em fevereiro de 2020 em Gramado. Que estas feiras ocorriam de quinta a sábado, normalmente, das 9h às 21h. Que no sábado encerrava às 19h e havia janta de encerramento e retornavam no domingo. Que era obrigatória a participação do reclamante nestas feiras. [...] Que se agendasse mas não fosse atendido pelo cliente fazia a leitura do estoque e marcava a visita. Que o reclamante poderia atender o cliente por email ou telefone, assim como o representante poderia. Que se o reclamante fosse na cidade onde estivesse o cliente e este solicitasse visita o representante verificaria a necessidade de atendê-lo, mas o reclamante por si seguiria o roteiro e reagendaria a visita com este cliente. Que o reclamante passava na sede da empresa às vezes, mas geralmente não ia na empresa no final ou no início da jornada, exceto se já estivesse programado no roteiro. [...]"

O preposto da reclamada, por sua vez, assim relatou quanto aos horários:



"[...] Que o reclamante participou de feiras mas não sabe estimas a quantidade, as quais ocorriam quinta e sexta as feiras das associadas e Agafarma e as feiras da empresa ocorriam até sábado às 18h e que elas ocorreram uma por ano, quando o reclamante participou. [...] Que o depoente fez visitas com o reclamante, ocasião em que variava o tempo que ficava com este. Que nas ocasiões em que ficou todo o dia com o reclamante, normalmente o trabalho foi das 8h às 17h, com intervalo, porém não tem como precisar o tempo usufruído. Que não recorda a frequência que acompanhava o reclamante, estimando que ocorresse a cada 15/20 dias."

A testemunha Alexandre, por sua vez, assim esclareceu:

"Que trabalhou na reclamada de outubro 2018 a maio de 2019 no cargo de supervisor de área. [...] Que ambos trabalharam juntos nas feiras, reuniões da empresa, evento de inauguração. Que o depoente encontrou o reclamante em duas feiras, na associadas em novembro de 2018 em Gramado (a qual ocorreu das quartas à tarde, quinta, sexta e sábado e que ocorriam das 9h às 18/19h) e a feira da empresa em Gramado (a qual ocorreu em fevereiro de 2019, estimando que ocorreu em quinta, sexta e sábado, das 9h às 18/19h). [...] Que o depoente trabalhava das 8h às 19h, com intervalo de 30 minutos /1h [...] Que despendia em torno de 2h em média em atividades burocráticas após a visita aos clientes. [...] Que nas feiras havia jantar de encerramento após as atividades e eram obrigados a comparecer e se não comparecessem eram questionados a razão do não comparecimento. Que não compareceu a um jantar de encerramento da feira de associados e foi questionado a razão do não comparecimento pelo gerente Sr. Kenji. [...] Que havia reuniões na sede da empresa trimestrais ou a cada dois meses, em média, entre 8h às 18h/19h, às quais o reclamante estava presente. [...]"

Do cotejo analítico de tais informações, verifico que a jornada média das 8h às 19h é corroborada pela testemunha, já aí incluídas as tarefas pós visitação (até por ser fato notório que o horário comercial propriamente dito termina por volta das 18h). Além disso, verifico pelo relato de Alexandre que era plenamente possível realizar intervalo intrajornada de uma hora, além da ampla liberdade de horários que efetivamente possuíam (reitero, por opção da parte ré). Quanto às feiras, esclarece que ocorriam, em média, das 9h às 18h30min, havendo janta de encerramento da feira aos sábados de presença obrigatória após esse horário. Ainda quanto a tais eventos, o reclamante esclarece que participou de apenas cinco ao longo da relação contratual, e não 21 oportunidades, como alegado na petição inicial.

Assim, frente a todo o exposto, diante dos limites impostos pela inicial e do teor da prova produzida, arbitro que o reclamante trabalhava habitualmente, em dias úteis (excluídos os feriados) de segundas às sextas-feiras, das 8h às 19h, já incluídas as horas destinadas às atividades burocráticas e participação em feiras, sempre com uma hora de intervalo intrajornada; bem como em cinco sábados por ano, das 9h às 21h, também com uma hora de intervalo (esses decorrentes da participação obrigatória em jantares de encerramento de eventos e feiras).

Condenação, critérios e reflexos



No que concerne ao divisor, tenho que o reclamante estava submetido a uma carga horária semanal de 40 horas, o que equivale a uma carga horária mensal de 200 horas.

Quanto aos sábados, diante do teor da norma coletiva (cláusula 28ª, id. 5771c00 - pág. 8: "*Quem trabalhar em sábados, domingos e feriados gozará folga correspondente em igual número de dias úteis*"), o sábado deve ser considerado como dia de descanso.

Defiro, assim, o pagamento de horas extras, assim consideradas todas aquelas prestadas além da oitava diária e quadragésima semanal, conforme jornada arbitrada, com adicional legal ou normativo (mais benéfico, a ser observado na fase de liquidação).

Os períodos de suspensão do contrato de trabalho deverão ser observados.

Para o cálculo, deverão ser observados os adicionais normativos, o divisor 200 e a Súmula 264 do TST, que preconiza que as verbas de natureza salarial devem integrar a base de cálculo das horas extras, inclusive as diferenças de adicional por tempo de serviço pagas e deferidas bem como as premiações reconhecidas na presente decisão.

Diante da habitualidade das horas extras, são devidos reflexos em repouso semanal remunerado e feriados, férias com 1/3, 13º salários e FGTS.

Não há falar em pagamento de adicional noturno, uma vez que o autor não trabalhou entre 22h e 5h.

Não há falar no pagamento dos horários dispendidos nos trajetos para as feiras/intervalos interjornadas em tais eventos, uma vez que não estava à disposição da reclamada em tais períodos.

As questões referentes ao reajuste normativo serão examinadas em tópico próprio.

Dou parcial provimento ao recurso ordinário do reclamante para acrescer à condenação o pagamento de horas extras excedentes da oitava diária e quadragésima semanal, de forma não cumulativa, conforme jornada arbitrada, com adicional legal ou normativo (mais benéfico, a ser observado na fase de liquidação), com integrações em repouso semanal remunerado (inclusive sábados) e feriados, férias com 1/3, 13º salários e FGTS, observada na base de cálculo as parcelas de natureza salarial nos termos da Súmula 264 do TST e o divisor 200.

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



O reclamante requer seja reconhecido o dia de sábado como dia de descanso. Sustenta que a cláusula normativa equiparou os sábados aos domingos e feriados, dispensando a todos idêntico tratamento, bem como que tal previsão reforça o contido no artigo 7º, c, da Lei nº 605/49. Traz jurisprudência de 2013, e discorre sobre a aplicação do princípio da norma mais benéfica para que sejam reconhecidas diferenças de repousos e feriados pagos. De forma subsidiária, mantido o indeferimento, entende haver diferenças de repousos e feriados em seu favor, por ser incontroverso que a parte autora tinha sua jornada estipulada de segunda a sexta feira, não havendo falar em computar o sábado no cálculo.

Examino.

O juízo *a quo* assim examinou a questão:

"Consoante o art. 7º a Lei 605/49, a remuneração do repouso semanal remunerado corresponderá: ""a) para os que trabalham por dia, semana, quinzena ou mês, à de um dia de serviço, computadas as horas extraordinárias habitualmente prestadas"".

Com fundamento na Súmula 113 do TST, entendo inaplicável a equação proposta pelo reclamante na inicial, uma vez que o sábado é considerado dia útil não trabalhado, e não dia de repouso semanal remunerado.

A norma coletiva, aqui reconhecida como aplicável, não contém a cláusula por ele indicada acima. Ainda que assim não fosse, verifica-se que esta não altera a natureza do sábado, que permanece como dia útil não trabalhado.

Destaco também que o disposto no art. 7º, "c", da Lei 605/49 invocado pelo autor para respaldar seu pleito tem aplicação específica para os empregados que trabalham por tarefa ou peça, sendo que o autor, por sua vez, era mensalista. Logo, nenhuma parcela deve repercutir nos sábados.

Indefiro, pois, pedido de declaração do sábado como dia de descanso e indefiro pedido formulado de forma sucessiva para que seja considerado o sábado como dia de repouso pela proporção de 5 dias trabalhados para 1 dia de descanso por ausência de amparo legal."

Pois bem.

O pleito se baseia na seguinte previsão normativa (Convenção Coletiva - 2019/2020 - SINPROVERGS /SINDIATACADISTAS):

"CLÁUSULA VIGÉSIMA SÉTIMA- SÁBADOS/DOMINGOS/FERIADOS

Quem trabalhar em sábados, domingos e feriados gozará de folga correspondente em igual número de dias úteis".

Como visto em item anterior, foi reconhecido o sábado como dia de descanso, já tendo sido inclusive deferidos reflexos das horas extras em tais dias.



Considerando ser o autor mensalista, recebendo salário fixo e parcela variável (prêmios). O salário fixo mensal já remunera os repouso, inclusive os sábados.

No entanto, quanto à parte variável (cuja natureza salarial já foi reconhecida), como o sábado não foi pago como repouso, restam diferenças favoráveis ao reclamante.

Dá-se provimento ao recurso para deferir o pagamento de diferenças de repouso semanais remunerados e feriados decorrentes da integração das premiações nos sábados, com reflexos em aviso prévio, 13.ºs salários, férias com 1/3 e FGTS com multa de 40%.

3. DIFERENÇAS SALARIAIS NORMATIVAS

O reclamante defende que existem diferenças salariais por reajustes normativos em seu favor. Fala que a ausência de apontamento de diferenças no decorrer da instrução não pode servir como justificativa para a ausência de reconhecimento "*do direito ora demonstrado pela recorrente com base na prova documental dos autos*".

Examino.

O juízo *a quo* assim examinou a questão:

"Como bem destacado pelo autor à fl. 312 (item 6), tem-se que: ""Antes de tudo, quanto às normas coletivas juntadas com a inicial, cumpre destacar que a reclamada alega serem aplicáveis ao caso é o firmado com o Sindicato do Comércio Atacadista do Rio Grande do Sul, ou seja, a mesma norma juntada com a inicial, razão pela qual esta é incontroversa! Assim, uma vez reconhecida à aplicabilidade da norma coletiva trazida com a exordial, é decorrência lógica a condenação da empresa ao pagamento da parcela normativa vindicada, a saber, reajuste salarial"".

Nesse contexto, considerando-se o que acima disposto, bem como os termos em que declinada a defesa, a qual apenas se restringe a confirmar a correta concessão dos reajustes salariais previstos em norma coletiva, entendo que era do autor, forte na norma do artigo 818 da CLT, o ônus de comprovar o fato constitutivo de seu direito, ou seja, as alegadas diferenças salariais em razão dos reajustes normativos.

Desse ônus, contudo, não se desonera.

Dessa forma, indefiro o pedido da letra g) do petitório da fl. 17, e, por consequência, o da letra h)."

A sentença não comporta reforma.

Da análise dos autos, verifico que a reclamada, em sua contestação, afirmou ter pago corretamente o avanço salarial da parte reclamante, inexistindo descumprimento das cláusulas convencionais.



Dos contracheques acostados, verifico que o reclamante efetivamente teve reajustes de salário ao longo da relação contratual.

A parte autora, devidamente intimada para se manifestar quanto à defesa e documentos, apresentou manifestação em id. 75fa34d apenas referindo que *"uma vez reconhecida à aplicabilidade da norma coletiva trazida com a exordial, é decorrência lógica a condenação da empresa ao pagamento da parcela normativa vindicada, a saber, reajuste salarial"*.

Sendo uma das alegações da parte autora, na mesma manifestação, o fato de que a reclamada reconheceu a aplicação das normas coletivas acostadas com a petição inicial - o que, aliás, restou reconhecido por este juízo acima na fundamentação -, não verifico sequer impugnação por parte do autor quanto aos valores atualizados frente às normas coletivas dos propagandistas-vendedores. Além disso, não apresentou qualquer amostragem de diferenças, nem acostou aos autos a Convenção Coletiva 2018/2019, documento basilar de parte de seu pleito.

Assim, cabia ao autor comprovar a existência de diferenças, nos termos do artigo 818, I, da CLT, ônus do qual não se desincumbiu.

Nego provimento.

4. MULTA NORMATIVA

O reclamante refere que, com o provimento do pedido referente a diferenças salariais por reajustes normativos, resta caracterizado o reiterado descumprimento da cláusula de diferenças por reajuste normativa, deve ser aplicada a multa normativa tantas vezes quantas foi o descumprimento (a cada cláusula descumprida).

Uma vez mantida a improcedência do pleito de reajustes normativos, nada há a prover, no ponto.

Nego provimento.

5. HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS

O reclamante recorre de sua condenação ao pagamento de 8% sobre a soma dos valores dos pedidos rejeitados integralmente, invocando o julgamento da ADI nº 5.766 e sobre a necessidade de isenção da parte beneficiária da justiça gratuita com relação ao pagamento de honorários de sucumbência. Fala, ademais, que foi sucumbente em parte mínima do pedido, buscando a aplicação prevista no artigo 86, parágrafo único, do CPC. Subsidiariamente, requer seja reduzido o valor para R\$ 500,00 ou, subsidiariamente, para 5% sobre os pedidos julgados totalmente improcedentes, limitados aos valores da



petição inicial, sem juros e sem correção monetária. Requer também, caso não absolvido, a manutenção da suspensão de exigibilidade das obrigações decorrentes da sucumbência, sem que haja retenção salarial, de aplicações financeiras e de valores obtidos no judiciário. Requer majoração dos honorários para seus próprios prepostos para 15% sobre o valor líquido da condenação.

Examino.

O juízo *a quo* assim examinou a questão:

"Uma vez que a presente demanda restou ajuizada após a entrada em vigor da Lei 13.467/17, entendo aplicável ao caso o disposto no novel artigo 791-A da CLT, que assim dispõe:

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

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

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

I - o grau de zelo do profissional;

II - o lugar de prestação do serviço;

III - a natureza e a importância da causa;

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

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

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

§5º São devidos honorários de sucumbência na reconvenção.

No caso em análise, nos pedidos contrapostos, houve sucumbência recíproca.

Desta forma, arbitro os honorários advocatícios da parte autora em 8% sobre o valor apurado à condenação em fase de liquidação da sentença, e em 8% dos valores dos pedidos rejeitados integralmente, devidamente atualizados, como honorários advocatícios da parte reclamada.



Considerando-se que o reclamante é beneficiário da justiça gratuita e tendo o STF, no julgamento da ADI 5766 em 20/10/2021, declarado a inconstitucionalidade do artigo 791-A, §4º, inserido pela Lei 13.467/2017, resta indevido o pagamento de honorários de sucumbência pela parte autora. Considerando-se, contudo, o disposto nos parágrafos 2º e 3º artigo 98 do CPC, aplicado de forma subsidiária, os honorários de sucumbência ficarão sob condição suspensiva de exigibilidade e somente poderão ser executados nos 5 anos subsequentes ao trânsito em julgado da decisão que a certificou, o credor demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão da gratuidade, extinguindo-se tais obrigações do beneficiário se passado esse prazo."

Em primeiro lugar, não há falar em sucumbência em parte mínima do pedido, uma vez que a condenação em honorários se deu com base nos pedidos que foram integralmente improcedentes.

Quanto aos **honorários sucumbenciais devidos pelo reclamante**, passo por política judiciária a acompanhar o entendimento prevalecente da Turma julgadora, em sua composição majoritária, no sentido de que mesmo diante da inconstitucionalidade da expressão "*desde que não tenha obtido em juízo, ainda que em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa*" constante do § 4º do artigo 791-A da CLT, remanesce a obrigação que ficará "*...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.*" Assim, ainda que beneficiária da justiça gratuita, permanecem devidos os honorários sucumbenciais, apenas que suspenda sua exigibilidade na forma legal pelo prazo de dois anos na forma do §4º do art. 791-A da CLT (e não 05 anos como fixado na sentença).

No tocante ao pedido de **majoração dos honorários devidos pela reclamada**, ressalvado meu entendimento pessoal (no sentido de ser cabível a incidência do percentual de 15%), adoto por política judiciária a posição prevalecente deste colegiado, em sua composição atual, com base nos parâmetros previstos no artigo 791-A, da CLT, acolhendo o percentual de 10% sobre o valor apurado à condenação em fase de liquidação da sentença arbitrado pelo juízo de origem como condizente com o grau de zelo do profissional e complexidade demandada pela causa, não havendo falar em majoração.

Quanto à **redução do percentual dos honorários devidos pelo autor**, a sentença já fixa em 8%, sendo que pelo entendimento da Turma caberia inclusive sua majoração para 10%, o que, contudo, deixa-se de proceder sob pena de *reformatio in pejus*.

Assim, dou provimento parcial ao recurso do reclamante para majorar a condenação da reclamada ao pagamento de honorários de sucumbência para 10%, bem como para reduzir o prazo de suspensão da exigibilidade dos honorários advocatícios devidos pela parte autora para 02 anos de que trata o art. 791-A da CLT, independentemente da obtenção de créditos em juízo, findo o qual resta extinta a obrigação.



6. CÁLCULO DO IMPOSTO DE RENDA

Requer a aplicação da OJ nº 400 do TST e Súmula 53 deste Regional no tocante aos juros incidentes sobre a condenação.

Examino.

A sentença assim consigna:

"Destarte, restam autorizados os descontos fiscais e previdenciários, sendo os critérios de cálculo remetidos para a fase de liquidação de sentença, observado no tocante aos recolhimentos fiscais o disposto na OJ nº 14 da Seção Especializada em Execução do E. TRT da 4ª Região: ""A apuração do imposto de renda, a ser retido pela fonte pagadora, deve observar a legislação vigente na data do pagamento, ainda que critério distinto tenha sido fixado no título executivo""

A sentença não comporta reforma.

A dedução da parcela referente ao imposto de renda na fonte constitui obrigação legal, decorrente da norma cogente, de inafastável aplicabilidade, qualquer que seja o rendimento percebido pelo trabalhador, sua origem, ou momento do pagamento. Havendo o pagamento de valores decorrentes da sentença judicial, o fato gerador a ensejar a retenção, se configura com o recebimento dos valores pelo trabalhador. Desse modo, os descontos fiscais devem ser autorizados.

Também os descontos previdenciários decorrem de lei, sendo obrigatória a dedução do crédito do trabalhador, pago em razão de condenação judicial, do valor referente à sua cota parte. Nesse sentido, aliás, orienta a Súmula nº 368 do TST.

Entretanto, no tocante aos descontos em tela e, ainda, aos critérios dos juros e correção monetária, embora considere que por economia e celeridade processuais devessem ser estabelecidos na fase de cognição, prevalece neste Tribunal entendimento diverso, no sentido de que é na fase de liquidação de sentença que devem ser fixados tais critérios, pois dependem da legislação que então estiver em vigor.

Assim, nada a prover.

7. NATUREZA DAS PARCELAS DA CONDENAÇÃO

Com a reversão do julgado quanto aos tópicos aqui postulados, requer seja indicada a natureza das parcelas acrescidas à condenação.



Diante do disposto no artigo 832, §3o, da CLT, indico a natureza salarial das parcelas acrescidas à condenação.

Dou provimento ao recurso para declarar a natureza salarial das parcelas acrescidas à condenação pela presente decisão, com exceção do FGTS.

IV - PREQUESTIONAMENTO

Todos os dispositivos legais são tidos por prequestionados para todos os efeitos, inclusive para o disposto na Súmula 297 do TST e Orientação Jurisprudencial 118 da SDI-1 do TST.

EDSON PECIS LERRER

Relator

VOTOS

PARTICIPARAM DO JULGAMENTO:

JUIZ CONVOCADO EDSON PECIS LERRER (RELATOR)

DESEMBARGADORA ROSANE SERAFINI CASA NOVA

DESEMBARGADOR FABIANO HOLZ BESERRA

