



Poder Judiciário
Justiça do Trabalho
Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região

Recurso Ordinário Trabalhista 0012192-72.2017.5.15.0083

Relator: MARIA MADALENA DE OLIVEIRA

Tramitação Preferencial
- Idoso

Processo Judicial Eletrônico

Data da Autuação: 24/03/2023

Valor da causa: R\$ 50.000,00

Partes:

RECORRENTE: REGINALDO ALVES RIBEIRO

ADVOGADO: GRACIELA JUSTO EVALDT

RECORRENTE: SANOFI MEDLEY FARMACEUTICA LTDA

ADVOGADO: MARILDA IZIQUE CHEBABI

ADVOGADO: FLAVIO HENRIQUE BERTON FEDERICI

RECORRIDO: REGINALDO ALVES RIBEIRO

ADVOGADO: GRACIELA JUSTO EVALDT

RECORRIDO: SANOFI MEDLEY FARMACEUTICA LTDA

ADVOGADO: MARILDA IZIQUE CHEBABI

ADVOGADO: FLAVIO HENRIQUE BERTON FEDERICI



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 15ª REGIÃO

5ª Câmara

PROCESSO nº 0012192-72.2017.5.15.0083 (ROT)

1º RECORRENTE: REGINALDO ALVES RIBEIRO

2º RECORRENTE: SANOFI MEDLEY FARMACÊUTICA LTDA.(SANOFI-AVENTIS FARMACEUTICA incorporada)

ORIGEM: 3ª VARA DO TRABALHO DE SÃO JOSÉ DOS CAMPOS

JUIZ SENTENCIANTE: FABIO CESAR VICENTINI

RELATOR: MARIA MADALENA DE OLIVEIRA

[GGS]

Inconformadas com a sentença que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** a presente reclamação, recorrem as partes.

O reclamante insurge-se quanto às matérias: reflexos de dsr, reajuste salarial, honorários advocatícios, dedução, IR, juros, correção, natureza das parcelas.

A reclamada recorre quanto aos tópicos: provas, função de confiança, jornada, horas extras, prêmio, vale alimentação e justiça gratuita.

Realizado o preparo.

Contrarrazões pelas partes.

Dispensada a manifestação prévia da Douta Procuradoria, nos termos dos art. 110 e 111 do Regimento Interno deste Tribunal do Trabalho.

É o relatório.



VOTO

Conheço os recursos, por preenchidos os pressupostos de admissibilidade.

Tramitação preferencial

O reclamante conta com mais de 60 anos de idade, de forma que, nos termos do art. 1.048, I do CPC e art. 71 do Estatuto do Idoso, determino a tramitação preferencial do feito. Observe-se.

Retificação do polo passivo

Tendo em vista a incorporação da SANOFI-AVENTIS FARMACEUTICA LTDA pela SANOFI MEDLEY FARMACÊUTICA LTDA, retifique-se o polo passivo.

Esclarecimento prévio

A Lei nº 13.467/2017 é aplicável, no tocante aos dispositivos de direito material, a partir da sua vigência em 11/11/2017 e não atinge situações pretéritas (efeito *ex nunc*). Quanto aos dispositivos de direito processual, sua aplicação deve observar o disposto na Instrução Normativa nº 41/2018 do C. TST.

Admitido em 02/04/1996 na função de propagandista-vendedor, passando a gerente distrital em 2011 (todo período imprescrito), e dispensado em **02/02/2016**.

RECURSO DA RECLAMADA



Horas extras - Cargo de confiança - Jornada - Valoração da prova oral - Razoabilidade e proporcionalidade

Assevera que na análise da prova oral não foram observados os critérios de razoabilidade e proporcionalidade, pois as produzidas pelo autor foram exageradas e não correspondem a realidade. Acrescenta que ser evidente que um gerente com mais de 20 anos de casa detém autonomia e fidúcia. Aduz que somente foi levada em consideração a prova produzida pelo autor. Afirma, a toda sorte, que o trabalho era externo, sem controle de jornada, pois o gerente distrital não realizava lançamento de visitas, não possuía, Ipad ou acesso ao sistema MI. Alega que o acolhimento da exagerada jornada vestibular não pode prevalecer por não ser crível e por ter sido afastada pela prova oral.

A sentença no processo 0011235-87.2017.5.02.0024, cujo autor é testemunha obreira nestes autos, não tem efeito vinculante, devendo ser analisada prova oral produzida neste processo, conforme o livre convencimento motivado.

Ao contrário do que insiste fazer crer a ré, a sentença se revela coesa, em conformidade com as declarações das testemunhas ouvidas, guardando a devida proporcionalidade e razoabilidade na avaliação da prova, expondo s razões do seu convencimento com as quais em coaduno.

As declarações das testemunhas de defesa, aliás, indicam que o gerente distrital não tinha poder de mando e gestão a caracterizar função de confiança, pois ambas revelam que a contratação de empregador necessitava de aprovação do Gerente Regional e do RH, isto é, embora os gerentes distritais selecionassem currículo, fizessem entrevistas e apontassem os melhores candidatos, não tinham pode de escolha.

Quanto à possibilidade de punição, a prova oral restou cindida, pois a testemunha obreira declarou que não tinha esse poder, a 1ª testemunha da ré nada soube dizer e a 2ª testemunha declarou que poderia aplicar advertência, mas que era raro acontecer. O mesmo ocorreu quanto à aprovação/autorização de despesas dos consultores/representantes/vendedores

No mais, as testemunhas das partes afirmaram que não tinham procuração ou poderes de representação em nome da empresa, nem podiam realizar descontos no preço, mesmo porque sequer realizavam vendas, mas apenas promoção dos produtos.

O número de representantes/consultores/vendedores sob o comando do gerente regional não influi na questão, tampouco o exercício da atividade de "coaching" pelo gerente distrital em relação aos vendedores/ consultores/representantes, ainda que houvesse apoio com verba, congressos, visitas.



Friso que a reclamada pretende que seja considerada apenas o depoimento de sua testemunha, o que não pode prevalecer, sendo necessária adequada ponderação de todos os depoimentos, como o fez a origem.

Também não se verifica da prova oral a alegada flexibilidade de horário, já que as testemunhas convergiram no sentido de que o gerente distrital ajustava sua agenda diária conforme as visitas que deveria acompanhar, que eram montadas pelos representantes/consultores /vendedores conforme pré-definição de área e médicos, a ser aprovada pelo gerente regional.

O patamar salarial elevado não é suficiente, por si só, para afastar todas as conclusões acima, uma vez que constitui um dos elementos, mas não é determinante para o enquadramento do obreiro na previsão contida no parágrafo único do art. 62, II, da CLT, pois prevalece o princípio da primazia da realidade.

Logo, não tendo a reclamada demonstrado de prova cabal o enquadramento da reclamante na função de confiança, ônus que lhe competia (art. 818 da CLT c/c art. 333, II, do CPC), correta a origem ao afastar exceção prevista no art. 62, II da CLT.

No que tange ao trabalho externo, a exceção prevista no inciso I do artigo 62 consolidado, somente é aplicável quando a execução das atividades externas torna impossível ao empregador o controle da jornada de trabalho do empregado.

O simples fato de o reclamante trabalhar externamente, por si só, não afasta o direito às horas extras, o que somente ocorre diante da impossibilidade de controle da jornada por parte do empregador, o que não é o caso dos autos.

Restou certo nos autos que o gerente distrital acompanhava diariamente os representantes/consultores/vendedores nas visitas aos médicos.

A testemunha ouvida a rogo do reclamante e a 1ª testemunha ouvida a roga da reclamada declaram que os representantes/consultores/vendedores eram obrigados a anotar no sistema MI horário de entrada e saída de cada visita e o acompanhamento pelo gerente distrital, do que se infere a plena possibilidade de controle, ainda que o próprio gerente não fizesse tal anotação.

Aliás, embora as duas primeiras testemunhas tenham declarado que não era possível o gerente registrar as visitas, a 2ª testemunha da ré estranhamente afirmou que o gerente distrital lançava visitas, bem assim que o trabalho em jantares poderia ser compensado e que existia controle disso.



Ademais as visitas as pré-definidas e os roteiros diários dos representantes /consultores/vendedores e do gerente distrital responsável era repassado para aprovação do gerente regional.

Logo, compartilho do entendimento de origem de que ficou demonstrado pelas testemunhas a possibilidade de controle da jornada, o que afasta a exceção do art. 62, I da CLT.

Diante disso, nos termos do art. 74, § 2º da CLT e da Súmula 338 do TST, competia a reclamada apresentado cartões de ponto, prevalecendo a jornada noticiada na petição inicial, salvo prova em contrário.

Na vestibular foi alegado que laborava de segunda a sexta-feira das 08h00 às 19h00, em média, com intervalo de 30 minutos, em campo, mais 2h00 diárias, em média, em funções administrativas em casa. Ainda laborava em 3 jantares mensais (das 20h00 às 23h30), congressos (semestrais, de quinta-feira a domingo das 08h00 às 22h00) e eventos médicos.

Em depoimento pessoal o autor mencionou que tinha 40 minutos de intervalo, que os jantares duravam em torno de 2 a 3 horas.

A testemunha obreira, que atuou na mesma função de gerente distrital, declarou que laborava em campo das 08h00 às 19h00 e em casa por 2 horas diariamente; que o número de visitas diária era 10; que o intervalo era de 40 minutos; que havia 3 jantares por mês (19h00 às 11h00) e um congresso por ano de quinta-feira a domingo das 08h00 às 23/24h00 (incluídos jantares).

A 1ª testemunha de defesa, que atuou como vendedora com o reclamante em 2015 (enquanto na função de gerente distrital), atuando, na oportunidade da audiência, como consultora farmacêutica, declarou que laborava das 08h00 às 17h/18h00, mas que poderia haver trabalho depois, até uma 19h00; às vezes conseguia fazer intervalo, as vezes não; eram 10 visitas diárias; que laborava em casa em torno de 1 hora, mas que os gerentes tinham mais trabalho administrativo do que o representante, estimando o dobro; que podia compensar horas de jantares, mas não tinha qualquer anotação.

A 2ª testemunha de defesa declarou, de forma totalmente apartada dos demais depoimentos que tinham 2/3 congressos por ano e 2 a 5 jantares anuais; que o horário de trabalho era das 8h00 às 18h00, sendo raro extrapolar; que os jantares poderiam ser compensados e havia controle disso no site; que havia 2 horas de almoço.



Logo, fixo a jornada de segunda a sexta-feira das 08h00 às 21h00 (incluído "home office"), com 40 minutos de intervalo, salvo 3 dias mensais, que laborava até as 22h00 (jantares), e 2 vezes no ano, que laborava até as 22h00 de quinta-feira a domingo (congresso).

Ressalto que na ficha de empregado trazida com a contestação consta carga horária de 40 horas semanais e 200 mensais, sendo devidas, assim, horas extras além da 8ª diária e 40 semanal, com aplicação do divisor 200.

Não se aplica a Súmula 340 do TST porque não era comissionista puro.

Por todo exposto, provejo em parte para alterar a jornada fixada.

Diferenças de premiação

O reclamante asseverou que não era possível conferir a correção da premiação mensal, pois não eram repassados critérios de pagamento ou disponibilizados meios para conferência. Requereu a apresentação pela ré dos documentos necessários para tanto (cotas/objetivos de premiação com ciência, vendas realizadas mês a mês com notas fiscais), pugnando pelas diferenças de 40%.

A reclamada juntou regramento de remuneração variável de 2013 a 2015 com assinatura digital do autor. Também juntou alguns extratos de premiação do autor de 2013 a 2015, bem assim cotas gerais de 2013 a 2016, apenas com algumas assinaturas do reclamante.

Tais documentos, contudo não permitem a aferição quanto ao correto pagamento dos prêmios.

A prova ora, por sua vez, revela que não havia uma exposição exata e clara quanto ao modo de pagamento da premiação.

Em depoimento pessoal o autor declarou que nunca recebeu a política ou extrato de premiação, apenas assinava um protocolo anual.

A testemunha obreira declarou que não tinha acesso às regras de premiação.



A 1ª testemunha de defesa declarou que recebia extrato de premiação, que ocorria sobre as vendas diretas da empresa, mas não tinha nota fiscal, não se lembra do percentual, confiando no relatório que lhe era apresentado.

A 2ª testemunha declarou que é informada premiação trimestralmente, recebe política de premiação e que assina em PDF.

Friso que a prova do pagamento correto é da empregadora, ônus do qual não se desvencilhou, pois dos elementos dos autos se extrai que até poderiam ter acesso as regras e resultados da empresas, mas não dos documentos que possibilitassem o cálculo dos prêmios, restando impossível aferir ao correção do pagamento.

Não tendo sido comprovada a forma de cálculo pela reclamada não resta outra alternativa senão acolher a alegação inicial quanto à diferença de 40% sobre a remuneração.

Logo, mantenho a sentença ao consignar que "sendo verba habitual e salarial, e ainda considerando o art. 457,§1º da CLT, acolho a pretensão para condenar a Reclamada ao pagamento de diferenças de premiação, nos termos do pedido inicial, pelo período imprescrito do pacto laboral".

Não provejo.

Vale-alimentação - Integração - PAT

A reclamada admitiu que aderiu ao PAT em 2008, após a contratação em 1996.

Diante disso correta a sentença ao considerar natureza salarial da parcela, nos termos da OJ 413 da SDI1 do TST.

A prescrição quinquenal não incluir no direito aplicável ao caso.

Não provejo.

Justiça gratuita ao reclamante



A reclamação foi ajuizada em 06/11/2017, de forma que não aplicável a Lei 13.467/2017 ao caso.

A declaração de miserabilidade econômica afigura-se suficiente para a concessão do benefício Justiça Gratuita, estando presente, os pressupostos do art. 5º, LXXIV, da CF c/c Lei nº 1.060/50 e, sobretudo do parágrafo 3º do art. 790 da CLT, nos termos da Lei nº 7.115/83, que goza de presunção de veracidade.

A recorrente não ofereceu qualquer prova de que o reclamante teria condições de arcar com as custas e despesas processuais sem prejuízo de sua subsistência. Não comprova remuneração atual, sendo que a contratação de advogado particular não retira, por si só, o estado de hipossuficiência.

Não provejo.

RECURSO DO RECLAMANTE

Reflexos em DSR

Tendo em vista que o contrato perdurou até 2016, indevida a duplicidade de verbas em dsr e com este nas demais verbas, frente ao teor da OJ 384 da SDI1 vigente a época e também ao decidido no Tema 09 do TST.

Não provejo.

Reajustes normativos

A sentença julgou improcedente o pedido por considerar que o reclamante não apontou diferenças a seu favor, contra o que se insurge.

Entendo que tem razão, pois no documento de id 763d9e1 - parecer contábil por amostragem (anexo ao id 4a32eaa), apresentado enquanto aberta a instrução, foram apontadas diferenças em relação ao reajuste da categoria.



Provejo o pagamento das diferenças salariais e reflexos pleiteados, conforme se apurar em liquidação.

Honorários advocatícios (recurso do autor)

Diante da natureza híbrida dos honorários advocatícios, isto é, por se tratar de direito processual que produz efeito no direito material da parte e de eu advogado, o art. 791-A, § 3º, da CLT, trazido pela Lei 13.467/2017, vigente a partir de 11/11/2017, somente poderá ser aplicado às reclamações propostas a partir de sua vigência por aplicação da teoria do isolamento dos atos processuais, bem como do princípio da causalidade, da garantia da não surpresa e da segurança jurídica (das relações consumadas sob a égide da lei anterior) - art. 6º da IN 41/2018 do TST.

Assim, na época em que proposta a presente ação (06/11/2017) os honorários advocatícios somente poderiam ser deferidos se preenchidos todos os requisitos da Lei nº 5.584/70, nos termos das Súmulas 219 e 329 do C. TST.

Nesse sentido a nova redação da Súmula 219 do TST:

"HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CABIMENTO (alterada a redação do item I e acrescidos os itens IV a VI na sessão do Tribunal Pleno realizada em 15.03.2016) - Res. 204/2016, DEJT divulgado em 17, 18 e 21.03.2016. I - Na Justiça do Trabalho, a condenação ao pagamento de honorários advocatícios não decorre pura e simplesmente da sucumbência, devendo a parte, concomitantemente: a) estar assistida por sindicato da categoria profissional; b) comprovar a percepção de salário inferior ao dobro do salário mínimo ou encontrar-se em situação econômica que não lhe permita demandar sem prejuízo do próprio sustento ou da respectiva família. (art.14,§1º, da Lei nº 5.584/1970). (ex-OJ nº 305da SBDI-I). (...)"

Tais condições não estão presentes neste feito, pois embora beneficiária da Justiça Gratuita, a parte reclamante não está assistida pelo Sindicato representante de sua categoria profissional.

Segue a mesma linha o pedido de indenização das despesas com advogado (perdas e danos). Não há que falar, no caso em análise, em aplicação subsidiária do Código de Processo Civil/2015 (art. 85) e/ou do Código Civil (artigos 389 e 404).

É o entendimento consubstanciado na Súmula 76 deste E. TRT15:

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL E/OU MATERIAL. EC Nº 45/2004. APLICAÇÃO DAS SÚMULAS 219 E 329, DO TST. A indenização por dano moral e/ou material decorrente de relação de emprego possui natureza trabalhista, não ensejando assim o recebimento de honorários advocatícios pela mera sucumbência.



Não provejo.

Dedução de valores pagos

A autorização de dedução de valores comprovadamente pagos nos termos da OJ 415 da SDI1 almeja evitar o enriquecimento ilícito.

Não comprovado pagamento a idêntica rubrica não se fará a dedução, inexistindo prejuízo ao autor.

Nada a reparar.

Correção monetária e juros de mora

Corretamente aplicada a incidência de juros e correção conforme o decidido pelo STF nas ADC's 58 e 59, com efeito vinculante, não havendo amparo para diferir a fixação à fase de liquidação.

Nada a reparar.

Imposto de renda e juros de mora

Provejo para determinar a observância da OJ 400 da SDI1 do TST.

Observância do art. 832, § 3º da CLT

O artigo foi devidamente observado, pois constou na sentença: "Para os fins do disposto pelo art. 832, § 3º, CLT, são tributáveis: intervalo intrajornada; intervalo interjornada; horas extras e reflexos em DSR e 13º. Salários e reflexos da ajuda alimentação em DSR e 13o. Salários".

Nada a reparar.

PREQUESTIONAMENTO



Para efeito de prequestionamento, ante os fundamentos expostos, assinalo que não foram violados quaisquer dispositivos legais mencionados pelos litigantes, não houve afronta à Carta Magna e foram observadas, no que cabia, as Súmulas das Cortes Superiores.

Diante do exposto, decido:

- 1) **CONHECER** o recurso de **REGINALDO ALVES RIBEIRO e O PROVER EM PARTE** para deferir diferenças de reajustes salariais e reflexos;
- 2) **CONHECER** o recurso de **SANOFI MEDLEY FARMACÊUTICA LTDA e O PROVER EM PARTE** para: **a)** alterar a jornada fixada; **b)** determinar a aplicação da OJ 400 da SDI1 do TST;

Mantém-se, no mais, a decisão de origem, inclusive quanto ao valor da condenação para fins de custas processuais, nos termos da fundamentação.



Sessão Ordinária Híbrida realizada em 25 de julho de 2023, nos termos da Portaria GP nº 005/2023, 5ª Câmara - Terceira Turma do Tribunal Regional do Trabalho da Décima Quinta Região. Presidiu Regimentalmente o Julgamento a Exma. Sra. Desembargadora do Trabalho MARIA MADALENA DE OLIVEIRA.

Tomaram parte no julgamento:

Relatora Desembargadora do Trabalho MARIA MADALENA DE OLIVEIRA

Juíza do Trabalho MÁRCIA CRISTINA SAMPAIO MENDES

Juíza do Trabalho LÚCIA ZIMMERMANN

Convocadas as Juízas do Trabalho MÁRCIA CRISTINA SAMPAIO MENDES e LÚCIA ZIMMERMANN para compor o "quorum", nos termos do art. 52, § 6º do Regimento Interno deste E. Tribunal.

Presente o DD. Representante do Ministério Público do Trabalho.

Compareceram para sustentar oralmente, pelo Recorrente-Reclamante, o Dr. Felipe Cabral Brack; e, pela Recorrente-Reclamada, a Dra. Marilda Iziqhe Chebabi.

ACORDAM os Magistrados da 5ª Câmara - Terceira Turma do Tribunal do Trabalho da Décima Quinta Região, em julgar o processo nos termos do voto proposto pela Exma. Sra. Relatora.

Votação unânime.

MARIA MADALENA DE OLIVEIRA
Desembargadora Relatora

Votos Revisores

