



Poder Judiciário
Justiça do Trabalho
Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região

Recurso Ordinário Trabalhista **0000602-50.2020.5.10.0013**

Relator: GRIJALBO FERNANDES COUTINHO

Processo Judicial Eletrônico

Data da Autuação: 03/07/2023

Valor da causa: R\$ 349.804,41

Partes:

RECORRENTE: GISELLE LUCIA TORMIM

ADVOGADO: GRACIELA JUSTO EVALDT

RECORRIDO: ABBOTT LABORATORIOS DO BRASIL LTDA

ADVOGADO: ROBERTO TRIGUEIRO FONTES

ADVOGADO: GUSTAVO HENRIQUE DOS SANTOS VISEU



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 10ª REGIÃO

TRT ROT 0000602-50.2020.5.10.0013 - ACÓRDÃO 1ª TURMA
RELATOR : DESEMBARGADOR GRIJALBO FERNANDES COUTINHO
RECORRENTE: GISELLE LUCIA TORMIM
ADVOGADO: GRACIELA JUSTO EVALDT
RECORRIDO: ABBOTT LABORATORIOS DO BRASIL LTDA
ADVOGADO: ROBERTO TRIGUEIRO FONTES
ADVOGADO: GUSTAVO HENRIQUE DOS SANTOS VISEU
ORIGEM : 13ª VARA DO TRABALHO DE BRASÍLIA - DF
CLASSE ORIGINÁRIA: Ação Trabalhista - Rito Ordinário
(JUIZ MARCOS ULHOA DANI)

EMENTA

1. HORAS EXTRAS. ARTIGO 62, II, DA CLT. REQUISITOS PARA ENQUADRAMENTO. PROVA. O enquadramento do empregado na hipótese de exclusão do regime da duração do trabalho não pode ser feito simplesmente pela denominação do cargo que ocupa. Faz-se imperioso que haja demonstração cabal de que o trabalhador exerça atividades típicas de gestão, ou seja, que detenha parcela significativa do poder decisório no âmbito da empresa. Não havendo a reclamada logrado demonstrar tais requisitos, incorreto o enquadramento na exceção do art. 62, II, da CLT.

2. PAGAMENTO DE PRÊMIOS. CRITÉRIOS. Demonstrado pela reclamada que o pagamento de prêmios era realizado mediante ciência aos empregados acerca dos critérios, e inexistente qualquer evidência de incorreção quanto ao pagamento respectivo, a pretensão de diferenças a título de prêmios deve ser indeferida.

3. DANOS MORAIS. ALEGAÇÃO DE DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. À míngua de prova nos autos acerca do caráter discriminatório da dispensa, não cabe a indenização por danos morais pretendida.

4. HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS. PARTE BENEFICIÁRIA DA JUSTIÇA GRATUITA. DECISÃO DEFINITIVA DO STF NOS AUTOS DA ADI 5766. CONDIÇÃO SUSPENSIVA DA COBRANÇA DA DÍVIDA OBREIRA A TÍTULO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. VETO À COMPENSAÇÃO DE CRÉDITOS. VERBETE 75 DO TRT 10. Ao final da análise de todas as questões, a partir do julgamento dos embargos declaratórios nos autos da ADI 5766, o Supremo Tribunal Federal, no mês de junho de 2022, em sua composição plenária, decidiu pela inconstitucionalidade do § 4º do art. 791-A da CLT, com redução de texto para proibir a execução imediata ou a compensação do valor dos honorários advocatícios devidos pela parte trabalhadora beneficiária da justiça gratuita com os créditos em seu favor alcançados



judicialmente, quer nos próprios autos ou em qualquer outro processo judicial, cujo quadro jurídico daí advindo resulta inexoravelmente na suspensão da cobrança da dívida obreira, nos termos remanescentes do dispositivo legal antes indicado. A decisão plenária do STF de 2022, em última análise, corrobora a compreensão externada pelo Verbete 75 do TRT 10, aprovado em 2019 pelo Plenário do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região, como resultado da declaração de inconstitucionalidade parcial da norma legal objeto de todo o debate. **Ressalva de entendimento do relator, que em nome da integridade dos princípios constitucionais do acesso à Justiça e da gratuidade judiciária, reconhecia a inconstitucionalidade integral do parágrafo quarto do art. 791-A da CLT.**

5. Recurso da reclamante conhecido e parcialmente provido.

I - RELATÓRIO

O Juízo da 13ª Vara do Trabalho de Brasília/DF julgou improcedentes os pedidos formulados por **GISELLE LUCIA TORMIM** em face de **ABBOTT LABORATORIOS DO BRASIL LTDA.**

A reclamante interpõe recurso ordinário. Invoca preliminar de nulidade da sentença e, caso não acolhida a prefacial, busca a reforma do julgado nos pontos que indica.

Contrarrazões pela reclamada.

Desnecessária a prévia manifestação do Ministério Público do Trabalho, porquanto não verificadas quaisquer das hipóteses contidas no artigo 102 do Regimento Interno deste TRT.

Conforme certidão de julgamento de ID. 86a3b72, o relator propôs o acolhimento da preliminar de cerceamento de defesa, porém restou vencido perante o colegiado.

É o relatório.

II - VOTO



1- ADMISSIBILIDADE

Satisfeitos os pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade, conheço do recurso da reclamante.

2- PRELIMINAR

- Inicialmente, registro que votei pelo acolhimento da preliminar de cerceamento de defesa arguida pela reclamante, nos seguintes termos:

"2- INDEFERIMENTO DA PRODUÇÃO DE PROVA TESTEMUNHAL. CONVITE DIRIGIDO À TESTEMUNHA ANTES DA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO. NULIDADE DA SENTENÇA. CERCEAMENTO DE DEFESA CONFIGURADO

Por meio da petição de ID. 093fd41, a reclamante juntou documento requerendo a substituição da testemunha Katarina Borel Araujo Carvalho e demonstrou que convidou outra testemunha (Ricardo Correa), conforme transcrição de e-mail enviado em 22 de março de 2023, ou seja, dois antes da data prevista para a audiência. Segue a transcrição do teor do referido e-mail (fl. 990 - ID. 3366087):

"De: Ricardo Borges <rcmborges@hotmail.com>

Data: 24 de março de 2023 12:04:07 BRT

Para: Giselle Tormim <gltormim@gmail.com>

Assunto: RES:

Olá Giselle,

Estou iniciando em uma nova empresa e terei a última reunião de alinhamentos sobre o novo trabalho hoje com meus superiores para dar início as minhas atividades em campo na segunda-feira, sendo assim não consigo me ausentar da reunião para participar da audiência, peço desculpas, mas me coloco a disposição para ser ouvido em nova data se possível.

Atenciosamente Ricardo Correa.

Enviado do Email para Windows

De: Giselle Tormim

Enviado: quarta-feira, 22 de março de 2023 15:50

Para: rcmborges@hotmail.com

Assunto:

Boa tarde Ricardo,

Gostaria de verificar a possibilidade do teu comparecimento como testemunha na ação que movo em face de ABBOTT LABORATORIOS DO BRASIL LTDA na audiência dia 24 /03/2023, às 13h30min na 3ª VARA DO TRABALHO DE BRASÍLIA, de forma virtual pelo link abaixo:

<https://trt10-jus-br.zoom.us/my/vtbsb13>

Aguardo resposta.



Giselle Lucia Tormim."

Durante a audiência realizada em 24 de março de 2023, o Magistrado indeferiu o adiamento requerido para ouvir a testemunha Ricardo, com os protestos da parte autora, sob os seguintes fundamentos:

"(...)

A parte autora gostaria do adiamento da presente audiência, pois a testemunha anteriormente indicada pela parte autora e cuja filha foi o motivo do adiamento da audiência que seria realizada no dia 20/03/2023, é cunhada da reclamante.

Dito isso, a parte autora gostaria do adiamento, pois teria conseguido uma outra testemunha no dia 22/03/2023, mas que não poderia comparecer nesta assentada.

Questionada, a parte reclamada se opôs ao adiamento.

A parte reclamante foi, anteriormente à audiência de 20/03/2023, avisada da incidência do art. 455, do CPC, que, em seus parágrafos, demanda a indicação de testemunhas com 3 dias no mínimo de antecedência, sendo que tal cominação foi mantida no adiamento feito naquela audiência.

Tendo em vista tais fatos, e a ausência de observância do despacho de 27/09/2022, em que as partes foram avisadas da necessidade das testemunhas comparecerem espontaneamente, ou na forma do art. 455, do CPC, e ainda a não concordância da reclamada com o adiamento, o INDEFIRO requerimento, sob protestos da parte autora.

(...)"

O Juiz mencionou, na sentença, outros fundamentos para o indeferimento da oitiva da testemunha:

"IMPUGNAÇÕES DE ALEGAÇÕES E DOCUMENTOS. ESCLARECIMENTOS.

As impugnações são genéricas ou se confundem com o mérito. O mérito será analisado no momento oportuno. Os documentos juntados nos autos terão a validade que possam merecer na questão probatória, ao sentir do juízo. Rejeito as impugnações.

*Também esclareço que a audiência do dia 20/03/23 foi adiada A PEDIDO da parte reclamante, pois a sua indicada testemunha presente estava com uma consulta agendada para a sua filha e, pelo adiantado da hora, seria inviável a potencial testemunha conseguir comparecer à consulta e ainda permanecer em audiência. Assim, com a concordância da reclamada, a audiência foi adiada. Destaco, portanto, que a audiência foi adiada pela vontade das partes e **não pela vontade do juízo**. Quatro dias depois, foi realizada a audiência de instrução, sendo que a parte reclamante fez um peticionamento intempestivo de tentativa de novo adiamento de audiência para ouvir uma potencial outra testemunha, sem a obediência do prazo do art. 455, §1o, do CPC. O artigo 455 do CPC e seus parágrafos já tinha tido suas cominações mantidas, conforme se vê da ata de fl. 987 e do despacho de fl. 984. A aplicabilidade do art. 455 e parágrafos do CPC ao Processo do Trabalho é inegável, conforme artigo 769 da CLT e precedentes do E. TST:*



"AGRAVO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA DA RECLAMADA INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DA LEI 13.467/2017 . CERCEAMENTO DE DEFESA. INEXISTÊNCIA. INDEFERIMENTO DE PEDIDO DE ADIAMENTO DE AUDIÊNCIA POR AUSÊNCIA DE TESTEMUNHA . Foi registrado pelo Tribunal Regional, em relação à ausência da testemunha, que a reclamada " não apresentou cópia da intimação e comprovação de recebimento nos autos, nos termos do art. 455, §1º, do CPC". Tal contexto fático não permite concluir pela afronta direta ao art. 5º. LV, da CF. Agravo não provido" (Ag-AIRR-52-33.2020.5.09.0094, 8ª Turma, Relatora Ministra Delaide Alves Miranda Arantes, DEJT 13/06/2022).

"(...) B) RECURSO DE REVISTA DO RECLAMANTE . PROCESSO SOB A ÉGIDE DA LEI 13.015/2014 . NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. COMPROMISSO DA PARTE NO COMPARECIMENTO ESPONTÂNEO DA TESTEMUNHA. DENECESSIDADE DE INTIMAÇÃO. AUSÊNCIA POSTERIOR. PRESUNÇÃO DE DESISTÊNCIA. ART. 412, §1º, CPC/1973 (ART. 455, §2º, CPC/2015). Comprometendo-se a parte a levar a testemunha à audiência de instrução, independentemente de intimação, o não comparecimento da testemunha presume sua desistência em depor, aplicando-se ao caso o art. 455, §2º, do CPC/2015 (art. 412, §1º, do CPC/1973) . Recurso de revista não conhecido" (RR-20356-96.2013.5.04.0204, 3ª Turma, Relator Ministro Mauricio Godinho Delgado, DEJT 03/06/2016).

Ademais, registro que o depoimento da reclamante foi, fundamentalmente, confessional, o quê, inclusive, dispensaria a oitiva de testemunhas, nos termos dos arts. 370, parágrafo único e art. 443, I, do CPC.

Esclarecidos tais pontos, continuo."

Após, foram ouvidas as partes e uma testemunha convidada pela reclamada. A testemunha convidada pela reclamante foi considerada suspeita e, por consequência, ouvida na condição de informante. A instrução processual foi encerrada e o magistrado originário julgou improcedentes os pedidos formulados na inicial.

Em recurso, a reclamante argui cerceamento de defesa. Alega que "informou de boa-fé que a testemunha arrolada era cunhada da reclamante, portanto requereu a substituição informando que já havia conseguido uma nova testemunha, mas ela não poderia participar neste dia da audiência". Pontua que o indeferimento da substituição da testemunha Karina Borel de Araújo Carvalho "prejudicou o intuito probatório da reclamante e acabou por gerar a total improcedência da ação".

Aduz a recorrente que, tendo em vista o teor dos artigos 825 e 845 da CLT, não há obrigatoriedade da apresentação "do rol prévio de testemunhas previsto nos artigos 450 e 451 do Código de Processo Civil (ora prequestionados), em respeito aos princípios constitucionais do contraditório, ampla defesa e acesso à justiça, inculpidos no artigo 5º, incisos LV e XXXV (ora prequestionados), respectivamente, da Carta Magna".

Vejamos.

Com respeito à fundamentação esposada na sentença, não vislumbro confissão no depoimento da reclamante em relação aos pontos controvertidos, quais sejam: exercício de cargo de gestão e/ou labor externo para afastar o direito às horas pretendidas; diferenças de prêmios e indenização por danos morais.

Com efeito, os depoimentos pessoais das partes devem ser sopesados com o conteúdo da prova testemunhal.



Na hipótese vertente, a reclamante demonstrou o envio de e-mail à testemunha antes da audiência em que ocorreu a instrução do feito. Frise-se que, desde que convocada pela parte, a testemunha está obrigada a comparecer ao Poder Judiciário e colaborar para a descoberta da verdade.

Demonstrado o convite dirigido à testemunha, caberia ao Magistrado adiar a audiência, determinar a sua intimação e, em caso de não comparecimento, determinar a imediata condução coercitiva. Aplica-se, portanto, o teor do art. 852-H, §3º, da CLT, que, apesar de estar na Seção relativa ao Rito Sumaríssimo, a compreensão do TST tem sido no sentido de sua aplicabilidade também ao rito ordinário. Segue o teor da referida norma:

"Art. 852-H. Todas as provas serão produzidas na audiência de instrução e julgamento, ainda que não requeridas previamente. (Incluído pela Lei nº 9.957, de 2000)

§ 1º Sobre os documentos apresentados por uma das partes manifestar-se-á imediatamente a parte contrária, sem interrupção da audiência, salvo absoluta impossibilidade, a critério do juiz. (Incluído pela Lei nº 9.957, de 2000)

§ 2º As testemunhas, até o máximo de duas para cada parte, comparecerão à audiência de instrução e julgamento independentemente de intimação. (Incluído pela Lei nº 9.957, de 2000)

***§ 3º Só será deferida intimação de testemunha que, comprovadamente convidada, deixar de comparecer. Não comparecendo a testemunha intimada, o juiz poderá determinar sua imediata condução coercitiva. (Incluído pela Lei nº 9.957, de 2000)"** (g rifos acrescidos)*

No mesmo sentido o teor do art. 825 da CLT:

"Art. 825 - As testemunhas comparecerão a audiência independentemente de notificação ou intimação.

Parágrafo único - As que não comparecerem serão intimadas, ex officio ou a requerimento da parte, ficando sujeitas a condução coercitiva, além das penalidades do art. 730, caso, sem motivo justificado, não atendam à intimação."

Vale ressaltar que o adiamento da audiência anterior não tem o condão de inviabilizar o direito da parte de proceder ao convite de testemunha, requerer sua substituição e, no caso de não comparecimento após o convite, deve ser determinada a intimação e, se for o caso, a condução coercitiva da testemunha ausente.

Ademais, a atual jurisprudência do TST, inclusive da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, é no sentido de que a CLT possui regra própria sobre a matéria, sendo inaplicável as disposições do CPC:

"RECURSO DE REVISTA. ACÓRDÃO REGIONAL. PUBLICAÇÃO ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. PROVA TESTEMUNHAL. TESTEMUNHA ÚNICA ARROLADA PELA PARTE RECLAMADA. SUBSTITUIÇÃO EM AUDIÊNCIA. INDEFERIMENTO COM BASE NO ART. 408 DO CPC DE 1973. CERCEAMENTO DE DEFESA. CONFIGURAÇÃO. 1. A legislação processual trabalhista possui regramento próprio quanto à prova testemunhal, dispondo a CLT que as testemunhas comparecerão à audiência independentemente de notificação ou intimação, sendo que as que não comparecem serão intimadas, a requerimento ou de ofício, ficando sujeitas a condução coercitiva, a teor do art. 825, caput e parágrafo único; trata-se de manifestação do princípio da informalidade que vigora no processo do trabalho. Nesse



contexto, esta Corte Superior tem entendido pela não aplicação das disposições trazidas no art. 408 do CPC de 1973 (art. 451 do CPC de 2015), que pressupõem a apresentação de rol de testemunhas, depois da qual, em regra, não é possível substituir a testemunha, salvo as exceções discriminadas na norma. II. Nessa diretriz, a Subseção I Especializada em Dissídios Individuais já decidiu que "traduz típico cerceamento de defesa, à luz do art. 5º, LV, da Constituição Federal, a recusa de substituição de testemunha arrolada por outra que comparece à audiência de instrução (...)" o art. 408 do CPC de 1973 cuida das hipóteses de substituição de testemunha no processo comum, que exige a apresentação de rol de testemunhas pelas partes, contrariamente à previsão de comparecimento espontâneo do art. 825 da CLT" (E-ED-RR-884-18.2013.5.03.0114. Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Relator Ministro Joao Oreste Dalazen, DEJT 17/03/2017), III. No caso dos autos, se extrai do acórdão regional que a Corte de origem manteve a recusa na substituição da única testemunha arrolada, que não compareceu à audiência, (Sr. Paulo Viana Moia) por outra testemunha presente na mesma assentada (Sr. Cláudio Barroso Neto), ao fundamento principal de que não foi verificada nenhuma das hipóteses previstas no art. 408 do CPC de 1973, tendo consignado que "nos termos do artigo 408 do CPC, a parte só poderá substituir a testemunha que faleceu, que, por enfermidade, não estivesse em condições de depor ou que, tendo mudado de residência, não seja encontrada pelo oficial de justiça" . IV. Nesse contexto, conquanto o órgão julgador tenha ampla liberdade na condução do processo, cabendo-lhe indeferir diligências inúteis ou meramente protelatórias, o ato do Tribunal Regional de recusa na substituição da testemunha arrolada por outra que compareceu à audiência, com fundamento na aplicação do art. 408 do CPC/73 em detrimento da regra própria da sistemática processual trabalhista, caracterizou o cerceamento do direito de defesa e a violação do art. 5º, LV, da Constituição da República, conforme entendimento jurisprudencial majoritário sobre a matéria. V. Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento" (RR-1289-80.2013.5.08.0125, 7ª Turma, Relator Ministro Evandro Pereira Valadao Lopes, DEJT 17/06/2022). (grifos acrescidos)

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. NULIDADE DA SENTENÇA. CERCEAMENTO DE DEFESA. INDEFERIMENTO DE SUBSTITUIÇÃO DA TESTEMUNHA ARROLADA. REQUISITOS DA LEI 13.015/2014 ATENDIDOS . Ante possível violação dos arts. 825 e 845 da CLT, nos termos exigidos no artigo 896 da CLT, dá-se provimento ao agravo de instrumento para determinar o processamento do recurso de revista. AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA SOB A ÉGIDE DA LEI 13.467/2017. NULIDADE DA SENTENÇA. CERCEAMENTO DE DEFESA. INDEFERIMENTO DE SUBSTITUIÇÃO DA TESTEMUNHA ARROLADA. TRANSCENDÊNCIA POLÍTICA RECONHECIDA. No caso em tela, o debate acerca da substituição de testemunha anteriormente arrolada detém transcendência política, nos termos do art. 896-A, § 1º, II, da CLT. RECURSO DE REVISTA. NULIDADE DA SENTENÇA. CERCEAMENTO DE DEFESA. INDEFERIMENTO DE SUBSTITUIÇÃO DA TESTEMUNHA ARROLADA. REQUISITOS DA LEI 13.015/2014 ATENDIDOS . O autor indicou a testemunha, dizendo que a levaria, independente de intimação, para depor em audiência. Na audiência, a aludida testemunha não compareceu. Pretendeu o recorrente a substituição por outra testemunha. O Juízo de origem, com fundamento no art. 451 do CPC, indeferiu aludida substituição. O processo do trabalho possui regra própria acerca da prova testemunhal. A exegese do art. 825 da CLT é no sentido de que não há necessidade do rol de testemunhas, pois o aludido dispositivo determina que elas deverão comparecer independentemente de notificação. As disposições do art. 451 do CPC, não se aplicam, ainda que subsidiariamente, ao processo do trabalho. O art. 451 do CPC remete expressamente aos preceitos do artigo 450 do CPC, que, por sua vez, estabelece a necessidade de as partes apresentarem rol de testemunhas. Observa-se que o artigo 451 do CPC não pode ser interpretado isoladamente, mas em consonância com o disposto no artigo 450 do CPC, que, ao exigir a necessidade de rol de testemunhas, mostra-se incompatível com o processo do trabalho, ex vi do art. 769 da CLT. No processo do trabalho, aplica-se o princípio da informalidade, podendo a parte comparecer à audiência acompanhada de suas testemunhas, independentemente de intimação (artigo 845 da CLT). Não há razão para se adotar o CPC, que admite a substituição da testemunha arrolada apenas nas situações descritas. O indeferimento, no caso em tela, impediu, potencialmente, que o autor comprovasse eventual labor extraordinário bem como acúmulo de função, o que configura cerceamento do direito de defesa do reclamante. Recurso de revista conhecido e provido" (RR-836-



30.2017.5.05.0028, 6ª Turma, Relator Ministro Augusto Cesar Leite de Carvalho, DEJT 20/04/2022). (grifos acrescidos)

"I - AGRAVO DE INSTRUMENTO DA RECLAMADA - ADM DO BRASIL LTDA. RECURSO DE REVISTA - PROVIMENTO. NULIDADE. SUBSTITUIÇÃO DE TESTEMUNHAS PREVIAMENTE ARROLADAS - POSSIBILIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. Diante da potencial violação do art. 5º, LV, da CF, merece provimento o agravo de instrumento, a fim de determinar o regular processamento do recurso de revista. Agravo de instrumento conhecido e provido. II - **RECURSO DE REVISTA DA RECLAMADA - ADM DO BRASIL LTDA. I. Tem-se por incompatível com a sistemática processual trabalhista a exigência do depósito prévio do rol de testemunhas, como acontece no processo civil. Por consequência, inaplicável o disposto do art. 451 do CPC (antigo art. 408 do CPC/1973), que somente permite a substituição da testemunha arrolada no caso de falecimento, enfermidade que a impossibilite de depor ou quando não for encontrada devido à mudança de residência ou do local de trabalho. Assim, configura-se cerceamento de defesa o indeferimento de substituição das testemunhas previamente arroladas. Precedentes.** 2. Prejudicada a análise das demais matérias do recurso da reclamada. Recurso de revista conhecido e provido. III - **AGRAVO DE INSTRUMENTO DO RECLAMANTE - VALDENOR DE AMORIM SANTOS.** Em razão do provimento do recurso de revista da reclamada, e da consequente determinação de retorno dos autos à instância de origem, resta prejudicada a análise do agravo de instrumento do reclamante" (RRAg-1209-36.2017.5.23.0036, 3ª Turma, Relator Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, DEJT 12/11/2021). (grifos acrescidos)

A livre persuasão racional do Juiz, em sintonia com os mais modernos princípios de Direito, confere ao julgador capacidade de atuação de forma interativa com os elementos constantes dos autos, assumindo plenamente o papel de pacificador do conflito, mas deve respeitar certos limites ditados pelo direito conferido às partes de acesso ao contraditório e à ampla defesa.

Ressalte-se, todavia, que, nos termos da regra sediada nos artigos 400 do CPC/1973 e 442/443 do CPC/2015, o indeferimento da inquirição de testemunhas somente se justifica em face de fatos já provados por documentos ou confissão, ou quando passíveis de prova meramente documental ou pericial, sobretudo quando a decisão proferida é desfavorável ao recorrente.

O acervo probatório produzido nos autos não é suficiente para o deslinde da controvérsia, sendo, de fato, necessária a produção de prova testemunhal pretendida, a fim de preservar o contraditório e a ampla defesa.

Inegavelmente, é vedado transigir em torno de garantias processuais asseguradas às partes como expressão última da democracia que deve permear todos os atos praticados pelo poder público, notadamente na esfera judicial responsável, do ponto de vista constitucional, por assegurar o exercício, sem restrições, dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos.

Uma das mais notáveis conquistas civilizatórias da modernidade, ao abolir o persecutório e seletivo método inquisitorial medieval, bem como todos os seus ranços autoritários, lamentavelmente, registre-se, ainda hoje presentes em algumas manifestações dos poderes constituídos, consistiu no reconhecimento de que sem presunção de inocência, sem devido processo legal, sem contraditório e ampla defesa, não subsiste a mais remota possibilidade de haver processo efetivamente justo, muito menos democrático, senão arremedo de julgamento cujo resultado final, na verdade, restara tomado antes da instauração de qualquer procedimento investigatório.

Impõe-se assinalar que o sentido de Constituição, ao menos como se concebe desde há muito tempo, cujo pilar da Democracia robustece a ideia de Judiciário não submisso à vontade do soberano ou de qualquer outro poder, é próprio da era moderna. Foram as teorias de Estado desenhadas a partir da época moderna, portanto, que deram sustentação teórica ao modelo hoje em vigor de um Estado Constitucional. Os governantes, em tese, não mais escolhem o destino das clausuras para os seus



governados incômodos. E deixam de ter esse controle quando aos acusados e, às partes, de modo mais genérico, são concedidos meios legítimos e democráticos para o oferecimento de seus respectivos meios de defesa no curso de todo o processo judicial. Tais diretrizes, evidentemente, apenas podem se realizar, no âmbito restrito da democracia formal burguesa, a partir da observância da tríade Supremacia da Vontade Popular, Preservação da Liberdade e Igualdade de Direitos(DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos da Teoria Geral do Estado. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 132).

Na hipótese concreta aqui versada, a parte mais substancial da celeuma recai sobre a observância ou não dos princípios do contraditório e da ampla defesa, ambos com assento no texto constitucional de 1988(art. 5º, inciso LV), inclusive para manter coerência com o Estado Democrático de Direito anunciado pelo art. 1º, da CRFB. Teria se obstado, à parte reclamante, produzir prova oral em decorrência da valoração do conteúdo probatório pelo juízo condutor da instrução de uma suposta confissão que pode ser afastada em sede recursal, bem como em razão de questões formais que, a meu ver, são inaplicáveis ao processo do trabalho, norteados pelo princípio da simplicidade/informalidade.

Nem sequer seria necessário lembrar a força normativa dos princípios como pontos nucleares a orientar a interpretação e a aplicação do direito, na qualidade de verdadeira base de qualquer sistema jurídico guardado pelo caráter de cientificidade do seu conhecimento e de sua apropriação como saber dotado dessa natureza. O mestre paraibano-cearense Paulo Bonavides os tem como normas-chaves de todo o sistema jurídico, o seu verdadeiro fundamento, além de acrescentar o renomado constitucionalista que "fazem eles a congruência, o equilíbrio e a essencialidade de um sistema jurídico legítimo. Postos no ápice da pirâmide normativa, elevam-se, portanto, ao grau de norma das normas, de fonte das fontes. São qualitativamente a viga-mestra do sistema, o esteio da legitimidade constitucional, o penhor da constitucionalidade das regras de uma Constituição"(BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional, São Paulo: Malheiros Editores, 22ª Edição, 2008, p. 294).

Essa sintética digressão tem o objetivo de externar entendimento no sentido de que a mais leve ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa macula o desenvolvimento constitucional e regular do processo, tornando inválidos todos os atos judiciais praticados a partir da configuração da respectiva violação.

As partes possuem o direito processual de produzir prova com a finalidade de respaldar as suas teses expostas nos autos, observados, contudo, limites impostos em lei, desde que essas ressalvas normativas infraconstitucionais não resultem em desrespeito à garantia maior assegurada principiologicamente pelo texto constitucional.

Sob este ângulo, respeitando a opinião em sentido contrário, percebo com clareza o cerceio de defesa presente no ato do julgador de origem, que indeferiu a produção de prova testemunhal requerida pela parte reclamante, restando violado o artigo 5º, LIV e LV, da Constituição Federal.

Obstando o julgador da instância percorrida a produção da prova testemunhal requerida pela parte, o cerceamento de defesa apontado em recurso fica caracterizado.

Diante do exposto, acolho a preliminar de cerceamento do direito de produzir prova caracterizada pelo indeferimento da produção de prova testemunhal.

Determino o retorno dos autos à Vara de origem, para que seja reaberta a instrução processual com o objetivo de assegurar a produção das provas testemunhais requeridas, prosseguindo-se, no mais, como se entender de direito.

Prejudicada a deliberação acerca das demais questões trazidas no recurso."



- Contudo, restei vencido perante o colegiado, quando prevaleceu a proposta apresentada pelo Juiz Convocado Luiz Henrique Marques da Rocha, nos seguintes termos:

"Peço venia ao nobre Relator para divergir e arredar a preliminar de nulidade ventilada pela reclamante ora recorrente. Para tanto, louvo-me dos fundamentos veiculados pelo ilustre magistrado de primeiro grau, vazados nos seguintes termos:

..."esclareço que a audiência do dia 20/03/23 foi adiada A PEDIDO da parte reclamante, pois a sua indicada testemunha presente estava com uma consulta agendada para a sua filha e, pelo adiantado da hora, seria inviável a potencial testemunha conseguir comparecer à consulta e ainda permanecer em audiência. Assim, com a concordância da reclamada, a audiência foi adiada. Destaco, portanto, que a audiência foi adiada pela vontade das partes e não pela vontade do . Quatro dias depois, foi realizada a audiência de instrução, sendo que a parte juízo reclamante fez um peticionamento intempestivo de tentativa de novo adiamento de Assinado eletronicamente por: MARCOS ULHOA DANI - Juntado em: 06/06/2023 15:47:05 - 3f2f022 audiência para ouvir uma potencial outra testemunha, sem a obediência do prazo do art. 455, §1o, do CPC. O artigo 455 do CPC e seus parágrafos já tinha tido suas cominações mantidas, conforme se vê da ata de fl. 987 e do despacho de fl. 984. A aplicabilidade do art. 455 e parágrafos do CPC ao Processo do Trabalho é inegável, conforme artigo 769 da CLT e precedentes do E. TST:

"AGRAVO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA DA RECLAMADA INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DA LEI 13.467/2017 . CERCEAMENTO DE DEFESA. INEXISTÊNCIA. INDEFERIMENTO DE PEDIDO DE ADIAMENTO DE AUDIÊNCIA POR AUSÊNCIA DE TESTEMUNHA . Foi registrado pelo Tribunal Regional, em relação à ausência da testemunha, que a reclamada " não apresentou cópia da intimação e comprovação de recebimento nos autos, nos termos do art. 455, §1º, do CPC". Tal contexto fático não permite concluir pela afronta direta ao art. 5º. LV, da CF. Agravo não provido" (Ag-AIRR-52-33.2020.5.09.0094, 8ª Turma, Relatora Ministra Delaide Alves Miranda Arantes, DEJT 13/06/2022).

"(...) B) RECURSO DE REVISTA DO RECLAMANTE . PROCESSO SOB A ÉGIDE DA LEI 13.015/2014 . NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. COMPROMISSO DA PARTE NO COMPARECIMENTO ESPONTÂNEO DA TESTEMUNHA. DENECESSIDADE DE INTIMAÇÃO. AUSÊNCIA POSTERIOR. PRESUNÇÃO DE DESISTÊNCIA. ART. 412, §1º, CPC/1973 (ART. 455, §2º, CPC/2015). Comprometendo-se a parte a levar a testemunha à audiência de instrução, independentemente de intimação, o não comparecimento da testemunha presume sua desistência em depor, aplicando-se ao caso o art. 455, §2º, do CPC/2015 (art. 412, §1º, do CPC/1973) . Recurso de revista não conhecido" (RR-20356-96.2013.5.04.0204, 3ª Turma, Relator Ministro Mauricio Godinho Delgado, DEJT 03/06/2016).

Ademais, registro que o depoimento da reclamante foi, fundamentalmente, confessional, o quê, inclusive, dispensaria a oitiva de testemunhas, nos termos dos arts. 370, parágrafo único e art. 443, I, do CPC."

A par disso, nego provimento ao recurso da obreira, no particular.

Há outros temas no RO que não foram enfrentados pelo nobre Relator em razão do acolhimento da prefacial em tela."



No mesmo sentido o voto da Desembargadora Flávia Simões Falcão:

"Acompanho a divergência. A audiência foi adiada, a pedido da reclamante, com concordância da reclamada, vez que a testemunha tinha que levar a filha à consulta médica. Além do mais, a dita testemunha é cunhada da reclamante.

Na outra audiência, a reclamante solicita, novamente o adiamento da audiência, desta feita a reclamada recusa e o juiz, assim indefere o adiamento.

Ouvindo o depoimento da reclamante resta claro que a reclamante ocupava cargo de confiança, gerenciava grande equipe de representantes, em vários Estados. Poderia, inclusive remanejar os representantes de uma locação para outra.

A oitiva de testemunha é desnecessária ante a confissão da reclamante."

O Desembargador André Rodrigues Pereira da Veiga Damasceno proferiu voto de desempate, nos seguintes termos:

"Voto de desempate.

Acompanho a div. LHMR para rejeitar a preliminar de nulidade por cerceamento de prova. Conforme bem esclarecido pelo juízo a quo, o indeferimento foi de adiamento para troca de testemunhas, o que não se justifica. O depoimento da parte é suficiente para o convencimento, em face da situação concreta dos autos.

Sugiro o prosseguimento."

Com efeito, o colegiado rejeitou a preliminar, conforme certidão de julgamento de 86a3b72:

"CERTIDÃO DE JULGAMENTO

Certifico que reuniu-se a 1ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho, em Sessão Ordinária Presencial realizada em 6 de setembro de 2023, sob a Presidência em exercício do Desembargador André Damasceno, com a participação dos Desembargadores Dorival Borges, Grijalbo Coutinho e do Juiz convocado Augusto César A. de S. Barreto. Ausentes, em licença médica, a Desembargadora Elaine Vasconcelos e, em férias, a Desembargadora Flávia Falcão. Pelo MPT o Dr. Alessandro Santos de Miranda (Procurador Regional do Trabalho).

Certifico, ainda, que a eg. 1ª Turma DECIDIU :

Em 26.07.2023 : por unanimidade, aprovar o relatório e conhecer do recurso da reclamante. Proferiu voto o Des. Relator no sentido de dar provimento ao recurso para acolher a preliminar de cerceamento do direito de produzir prova, declarar a nulidade da decisão recorrida e determinar o retorno dos autos à Vara de origem, para que seja reaberta a instrução processual e possibilitada a produção da prova testemunhal requerida, prosseguindo-se, no mais, como se entender de direito. Foi acompanhado pelo Juiz Augusto César Barreto. O Juiz Luiz Henrique Marques da Rocha divergiu para negar provimento ao recurso e foi acompanhado pela Des.ª Flávia Falcão. Em voto de desempate o Des. André Damasceno, na sessão de 06.9.2023, acompanhou o voto divergente para rejeitar a preliminar de nulidade por cerceamento de prova.

Em seguida, o julgamento foi suspenso para prosseguimento.

BRASILIA/DF, 08 de setembro de 2023.

LORENA RAMALHO HENRIQUES



Diretor de Secretaria"

3 - MÉRITO

3.1. HORAS EXTRAS. ALEGAÇÃO DE EXERCÍCIO DE CARGO DE GESTÃO E DE LABOR EXTERNO

Na inicial, a reclamante informou que o contrato de trabalho perdurou de 05.05.2010 a 22.11.2019, tendo exercido a função de propagandista-vendedora. Afirmou que trabalhava em sobrejornada sem a contraprestação correspondente.

Defendendo-se, a demandada aduziu que a reclamante foi admitida para exercer a função de Representante Promoção de Vendas. Após, em 01.02.2013, foi promovida para o cargo de Gerente Distrital Primary care, tendo sido alçada ao cargo de Gerente Distrital Pleno em 01.08.2015. Por fim, em 01.08.2016, "*houve mudança de cargo da Reclamante para o cargo de Gerente de Contas e Pagadores Senior, função que ocupou até a sua dispensa, em 22.11.2019*". Aduziu que os cargos "*acima indicados são cargos de gestão, enquadrados no item II, do artigo 62, da CLT, razão pela qual não há que se falar em pagamento de horas extras neste período, eis que a Reclamante não possuía controle de jornada*". Além disso, invoca a tese de labor externo, sem controle de jornada.

O Magistrado originário indeferiu a pretensão exordial, nos seguintes termos:

"ENQUADRAMENTO DA RECLAMANTE NO ART. 62, I E II, DA CLT. HORAS EXTRAS, ADICIONAL NOTURNO, RSR, FERIADOS, INTERVALOS E CONSECTÁRIOS.

A parte reclamante alega que trabalhava em horas extras sem a devida paga da reclamada. Requer horas extras, intervalos, adicional noturno, horas reduzidas, RSR, feriados e consectários. A parte reclamada alega que a reclamante estava enquadrada nas previsões do art. 62, I, e II, da CLT.

Analiso.

O art. 7o, XIII, da CRFB-88, só dispõe acerca de uma regra geral para o trabalhador ordinário, para uma jornada normal, sem óbices, portanto, que haja o estabelecimento de exceções legais na norma infraconstitucional para aqueles trabalhadores que sejam enquadrados em cargos de gestão. A autorização para tal regramento infraconstitucional para situações específicas está autorizado pelo próprio disposto no art. 22, I, da CRFB-88. Assim, o art. 62, I e II, da CLT foram recepcionados pela Carta Magna, na medida em que o art. 7o, XIII, da CRFB-88, só dispôs acerca de disposições genéricas, não impedindo a legislação infraconstitucional de disciplinar ocorrências específicas, como é a situação dos empregados em cargos de gestão e em labor externo.



Neste sentido, a pacífica jurisprudência do E. TST, conforme os seguintes precedentes exemplificativos:

"RECURSO DE REVISTA. INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.467/2017. TRANSCENDÊNCIA. Considerando a possibilidade de a decisão recorrida contrariar entendimento consubstanciado na jurisprudência pacificada deste Tribunal Superior, verifica-se a transcendência política, nos termos do artigo 896-A, § 1º, II, da CLT. CARGO DE CONFIANÇA. HORAS EXTRAORDINÁRIAS. ARTIGO 62, II, DA CLT. CONSTITUCIONALIDADE. PROVIMENTO. **O artigo 62, inciso II, da CLT estabelece que não estão abrangidos pelo regime previsto no capítulo relativo à duração normal do trabalho, os gerentes, assim considerados os exercentes de cargos de gestão, aos quais se equiparam para efeito do disposto neste artigo, os diretores e chefes de departamento e/ou filial. Nesse aspecto, ressalte-se que não há falar em inconstitucionalidade do artigo 62, II, da CLT em face do que preleciona artigo 7º, XIII e XVI, da Constituição Federal. O referido preceito de lei tem plena vigência e regula situação específica, excepcional à regra geral prevista no mencionado dispositivo constitucional.** Precedentes. Na hipótese, o Tribunal Regional fez constar, à luz do acervo probatório do processo, que o reclamante, de fato, exercia cargo de confiança, revelando-se nítido o encargo de gestão, ante a maior fidúcia perante a reclamada no desempenho das funções laborais. Nada obstante, reformou a sentença, para condenar a reclamada ao pagamento de horas extraordinárias, por entender que, ainda que o empregado detenha confiança especial perante o empregador, possui o direito à compensação pelo sobrelabor, se extrapolada a jornada de 8 horas diárias e 44 semanais, assegurada na forma do artigo 7º, XIII, da Constituição Federal. A referida decisão, portanto, não se coaduna com os ditames do artigo 62, II, da CLT, tampouco com a jurisprudência pacífica desta Corte Superior. Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento" (RR-788-50.2017.5.07.0017, 4ª Turma, Relator Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos, DEJT 18/12/2020). - grifei

"HORAS EXTRAS INDEVIDAS - GERENTE BANCÁRIO INVESTIDO EM PODERES DE MANDO E GESTÃO E NÃO SUJEITO A CONTROLE DE HORÁRIO - ART. 62, II, DA CLT RECEPCIONADO PELA CARTA MAGNA VIGENTE - VIOLAÇÃO CONSTITUCIONAL INEXISTENTE. O gerente bancário não sujeito a controle de horário e investido nos poderes de que cogita o art. 62, II, da CLT não tem direito ao pagamento de horas extras, uma vez que **a norma celetista foi recepcionada pelo art. 7º, XIII, da Constituição da República, nos termos dos precedentes desta Corte, restando incólume essa norma constitucional.** Recurso de revista não conhecido" (RR-535139-22.1999.5.06.5555, 4ª Turma, Relator Ministro Ives Gandra Martins Filho, DEJT 28/11/2003). - grifei

"AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. CARGO DE CONFIANÇA. HORAS EXTRAS. O Tribunal Regional, instância soberana no exame de fatos e provas, concluiu que a reclamante, quando exerceu a função de gerente de loja, estava inserida na exceção do artigo 62, II, da CLT, evidenciando o exercício de cargo de confiança, razão pela qual reformou a sentença que deferiu o pagamento de horas extras. Nesse contexto, para se concluir de forma diversa, seria imprescindível a incursão na reapreciação da prova produzida, o que é obstado nesta instância extraordinária, nos termos da Súmula nº 126 do TST. **Desse modo, estão incólumes os arts. 7º, XIII, da CF/88 e 62, II, da CLT.** Arestos inservíveis. Agravo de instrumento conhecido e não provido" (AIRR-10070-71.2017.5.03.0002, 8ª Turma, Relatora Ministra Dora Maria da Costa, DEJT 01/06/2020). - grifei



"(...) GERENTE DE PROJETOS. CARGO DE CONFIANÇA. ART. 62, II, DA CLT. CARACTERIZAÇÃO. HORAS EXTRAS INDEVIDAS. 1. Tribunal de origem consignou que o reclamante detinha amplos poderes de mando e gestão, destacando que o mesmo, como gerente de projetos, além de perceber remuneração diferenciada ('16.532,84, sendo que recebia mais de 50% como gratificação de função') e de não ser submetido a controle da jornada de trabalho, possuía grandes responsabilidades no Banco reclamado, representando a diretoria em reuniões e em relação aos projetos da instituição financeira, tendo, inclusive, participado do projeto de venda do Real para o Santander e de reunião do Santander com o Banco Real. 2. Depreende-se, das premissas fáticas retratadas pelo Tribunal Regional, que o reclamante de fato exercia cargo de confiança, com poder de gestão e de representação, não havendo falar, assim, em ofensa aos arts. 7º, XIII, da CF, 57, 58, 62, II, e 224, § 2º, da CLT. 3. Arestos inespecíficos (Súmula 296/TST). Recurso de revista não conhecido, no tema. (...)." (RR-127900-34.2008.5.02.0024, 1ª Turma, Relator Ministro Hugo Carlos Scheuermann, DEJT 05/05/2017). - grifei

"HORAS EXTRAS. GERENTE. DURAÇÃO DA JORNADA. REVOGAÇÃO DO ART. 62, II, DA CLT PELO ART. 7º, XIII, DA CF/88. INOCORRÊNCIA. O quadro fático probatório delineado pelo acórdão regional, conforme os excertos transcritos, é no sentido de que o reclamante detinha cargo de gerência com poderes de mando, gestão e representação da reclamada, sem controle de jornada pelo empregador, percebendo salário superior aos subordinados, subsumindo-se à hipótese do art. 62, II, da Consolidação das Leis do Trabalho, com a redação da Lei nº 8.966/94 que substituiu a expressão "MANDATO, EM FORMA LEGAL" do art. 62, II, da CLT, por "EXERCENTES DE CARGOS DE GESTÃO", dando ênfase, assim, à característica mais importante do gerente excluído do regime previsto no Capítulo II, Seção I, da CLT (da duração do trabalho). A tese de que o art. 62, II, da CLT foi revogado pelo art. 7º, XIII, da Constituição Federal de 1988, a pretexto de que teria definido a jornada legal de oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, não encontra respaldo na jurisprudência desta C. Corte, porquanto a norma constitucional não descarta expressamente a hipótese de empregados que exerçam função ou cargo de confiança ou em comissão, com poderes de direção e gestão análogos ao do empregador. Recurso de revista não conhecido" (RR-668302-31.2000.5.18.5555, 4ª Turma, Relator Juiz Convocado Jose Antonio Pancotti, DEJT 11/02/2005). - grifei

"EMENTA: INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 62, II, DA CLT. VIA DE EXCEÇÃO OU DEFESA. INOCORRÊNCIA. O art. 62, II, da CLT não obriga os gerentes a extrapolarem a jornada diária declinada pelo inciso XIII do art. 7º constitucional, mas apenas lhes retira o direito de receber horas extras, já que, acometidos de encargos de gestão, podem determinar seu próprio horário, não se submetendo ao poder diretivo do Empregador. De outra parte, a Lei Fundamental trata apenas genericamente da jornada de trabalho, não impedindo a legislação infraconstitucional federal de regulamentar especificamente o tema (CF, 22, I). Não há que se cogitar, portanto, da inconstitucionalidade do citado preceito consolidado, recepcionado em forma e conteúdo pela atual Constituição" (RR-400267-57.1997.5.09.5555, 2ª Turma, Relator Juiz Convocado Marcio Ribeiro do Valle, DEJT 07/12/2000).

"AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. HORAS EXTRAS. BANCÁRIO. CARGO DE CONFIANÇA. Ante a razoabilidade da tese de violação do artigo 62, II, da CLT, impõe-se o processamento do Recurso de Revista, para exame das matérias veiculadas em suas razões. Agravo de Instrumento conhecido e provido".



RECURSO DE REVISTA. HORAS EXTRAS - BANCÁRIO - CARGO DE CONFIANÇA - GERENTE- GERAL DE AGÊNCIA . O cargo de gerente geral de agência bancária excepciona o empregado do cumprimento da jornada de trabalho, na forma do artigo 62, II, da Consolidação das Leis do Trabalho. O referido dispositivo não foi derogado pelo artigo 7º, inciso XIII, da Constituição Federal, visto que disciplina situação específica, ao definir a jornada daqueles que detêm poderes de mando e gestão, enquanto a norma constitucional disciplina a jornada normal de trabalho, estabelecendo, portanto, a regra geral. Recurso de revista não conhecido. AGRAVO DE INSTRUMENTO" (RR-1313-85.2012.5.15.0081, 2ª Turma, Redator Ministro Renato de Lacerda Paiva, DEJT 05/06/2015). - grifei

Desta forma, não há falar em inconstitucionalidade dos arts. 62, I e II, da CLT, que foi recepcionado pela CRFB-88.

Inicialmente, é preciso destacar que, em casos como o presente, não há uma decisão uniforme que se aplique indistintamente. É necessário, caso a caso, observar o cabedal probatório da situação em concreto para se chegar a uma conclusão.

O parágrafo único do art. 62, da CLT, diz, em seus termos:

"O regime previsto neste capítulo será aplicável aos empregados mencionados no inciso II deste artigo, quando o salário do cargo de confiança, compreendendo a gratificação de função, se houver, for inferior ao valor do respectivo salário efetivo acrescido de 40% (quarenta por cento)."

O que se verifica dos termos legais é que a remuneração do ocupante do cargo de gestão previsto no art. 62, II, da CLT deve ser considerável, não se exigindo que a gratificação de função venha em rubrica separada e, ainda, que seja de 40% do salário-base percebido. Verifica-se que o dispositivo menciona "**SE HOUVER**" a gratificação de função, demonstrando que não há parâmetro fixo para a gratificação de função. De fato, a lei só previu que o salário do cargo de confiança seja vultoso em relação aos demais patamares remuneratórios do empregador.

No caso em análise, verifico que a reclamante, conforme ficha financeira de fl. 555, que colho por amostragem, auferia cerca de R\$13.798,00 mensais como gerente da parte reclamada somente a título de salário fixo (sem contar as premiações e comissões de vendas e reflexos). Conforme CCT da época, na fl. 103, o piso dos funcionários da categoria profissional girava em torno de R\$1.938,00. Ou seja, a reclamante recebia uma remuneração **muito maior** do que a maior parte do corpo funcional da categoria profissional que fazia parte.

O fato do autor ter uma remuneração vultosa, com valor do salário base de mais de 1.200% do piso salarial da categoria, tinha um motivo: o fato da autora ocupar uma função de alta confiança. Assim, considerado SOMENTE o salário base, percebe-se que a reclamante recebia um valor **muito maior** do que 40% dos salários de outros cargos efetivos do ramo da parte reclamada, sendo que a lei, como visto acima, **sequer coloca tal requisito formal** , exigindo-se, tão só, retribuição diferenciada do empregado, o que se verificou no caso em concreto. Friso que os termos da lei supratranscritos não obrigam o pagamento, em separado, de gratificação de função, somente exigindo que a **remuneração** do cargo de confiança seja consideravelmente superior aos demais patamares remuneratórios da parte reclamada, o que se verificou na situação ora analisada. Neste mesmo sentido, já decidi o Colendo TST:



RECURSO DE REVISTA. RECLAMANTE. HORAS EXTRAS INDEFERIDAS. ARTIGO 62, II E PARÁGRAFO ÚNICO, DA CLT. CARGO DE GESTÃO. GRATIFICAÇÃO DE FUNÇÃO INFERIOR AO SALÁRIO EFETIVO MAIS 40%. SALÁRIO DO CARGO DE CONFIANÇA (INCLUÍDA A GRATIFICAÇÃO DE FUNÇÃO) SUPERIOR AO SALÁRIO EFETIVO MAIS 40%. EFEITOS. 1 - Nos termos do art. 62, II e parágrafo único, da CLT, não têm direito ao pagamento das horas extras: a) os gerentes, assim considerados os que exercem cargos de gestão, aos quais se equiparam os diretores e chefes de departamento ou filial; b) desde que -o salário do cargo de confiança, compreendendo a gratificação de função, se houver-, não seja inferior ao salário efetivo acrescido de 40%. 2 - O dispositivo de lei federal não exige que a gratificação de função seja igual ou superior ao salário efetivo acrescido de 40%, mas, sim, que o salário do cargo de confiança (nele incluída a gratificação de função, -se houver-) seja igual ou superior ao salário efetivo acrescido de 40%. 3 - O padrão salarial do cargo de confiança é que tem de ser elevado, diferenciando o gerente e os diretores e chefes de departamento ou filial dos demais trabalhadores, e não a gratificação de função considerada isoladamente, a qual, dependendo do caso, pode até mesmo nem existir (daí ter registrado o legislador: -se houver-). E o salário efetivo, para o fim de comparação com o salário do cargo de confiança, é aquele percebido pelo empregado antes de ocupar o cargo de gestão, ou, se não era empregado até então, aquele pago aos trabalhadores a ele subordinados. 4 - Ao contrário do art. 224, § 2º, da CLT, que prevê a obrigatoriedade do pagamento da gratificação não inferior a 1/3 do salário efetivo para o fim de configuração do cargo de confiança bancário, o art. 62 da CLT não exige necessariamente o pagamento de gratificação igual ou superior ao salário efetivo acrescido de 40% para o fim de caracterização do cargo de gestão. 5 - As premissas fáticas registradas pelo TRT foram de que o reclamante exercia cargo de gestão e, embora sua gratificação de função fosse inferior ao salário efetivo acrescido de 40%, seu padrão remuneratório era elevado e o distinguiu dos demais trabalhadores, pois recebia o salário fixo mensal de R\$ 10.250,00 mais vantagens até 2001, e, depois, R\$ 20.000,00 - superiores ao salário efetivo acrescido de 40%, nos termos do art. 62, II e parágrafo único, da CLT. 5 - Recurso de revista a que se nega provimento, quanto ao tema.

(RR - 34100-13.2003.5.05.0001 , Relatora Ministra: Kátia Magalhães Arruda, Data de Julgamento: 23/11/2011, 5ª Turma, Data de Publicação: DEJT 02/12/2011)

Assim, considero que a remuneração da autora era compatível com um cargo previsto no art. 62, II, da CLT. Cumprido, portanto, o primeiro requisito de retribuição diferenciada à parte autora, cabendo verificar se a reclamante detinha fidúcia especial no cargo ocupado.

No caso em concreto, considero que a reclamada se desincumbiu de seu ônus probatório no que tange ao exercício, pela reclamante, de encargo de mando e gestão na reclamada.

Nos minutos 13:11 e seguintes da gravação do seu depoimento, a reclamante disse que era uma "ponte" entre a empresa e os representantes de sua região de atuação. Disse que cuidava de toda a parte burocrática da região, gerenciando "pessoas, processos e contas". Alega que o seu poder de decisão era "compartilhado" com a gerência nacional. No minuto 16:24 e seguintes, a reclamante disse que era subordinada ao gerente nacional da sua região. No minuto 42:07, a reclamante disse que os gerentes nacionais, tinham, sob sua gestão, 8 a 10 gerentes distritais (cargo que a reclamante ocupava). Por sua vez, descreveu que os gerentes nacionais eram subordinados a diretores e estes eram inferiores ao presidente. No minuto 19:10, a reclamante disse que, quando era gerente distrital sua equipe era formada por 10 representantes e quando passou à nomenclatura de cargo de gerente de contas, sua equipe era de 4 consultores. No minuto 17:47, a reclamante disse que era responsável pela região Sul e Centro Oeste, confirmando, novamente, no minuto 22:45 que era a "responsável" pela



região. Disse, no minuto 18:36, que os gerentes nacionais em que foi subordinada ficavam lotados fisicamente em São Paulo e Rio de Janeiro, enquanto a reclamante ficava lotada em Brasília. No minuto 19:30, a reclamante disse que o reporte direto dos representantes e consultores de suas equipes eram diretamente à ela, autora, não havendo contato direto dos gerentes nacionais, com os integrantes da equipe da reclamante. Disse que a reclamada, no minuto 36:46, tinha cerca de 350 a 400 funcionários.

Destes trechos, percebe-se que a reclamante alega que o seu superior era o gerente nacional, que sequer era lotado no mesmo espaço físico ou na mesma localidade da reclamante. Disse que o gerente nacional também "controlava" cerca de 8 a 10 gerentes distritais (isto em uma empresa de mais de 350 funcionários), o que demonstra que o gerente nacional ligado à reclamante não tinha, humanamente falando, qualquer possibilidade de controlar o dia a dia dos representantes e consultores vinculados à reclamante. Tanto assim o é que a reclamante confessa que os representantes e consultores não tinham contato direto com o gerente nacional. Em seu depoimento, a reclamante, de modo eufemístico, alega que repassava as diretrizes da gerente nacional aos consultores e representantes, atuando como mera "ponte" entre a empresa e os representantes, tudo com uma gestão "compartilhada". A fala eufemística da autora, com a devida vênia, é somente para tentar camuflar o fato da reclamante ter subordinados nas regiões em que trabalhou como gerente distrital ou de contas (gestor nos períodos imprescritos). Tanto assim o é que a reclamante, no minuto 26:32 e seguintes confessou que não havia superior hierárquico da reclamante lotado em Brasília, local em que a reclamante estava lotada.

No minuto 22:45, a reclamante voltou a confirmar que era a "responsável" pela região em que atuava, o que leva o juízo a concluir que, de fato, a reclamante era a maior autoridade da reclamada na região em que a autora atuava. Disse a reclamante, ainda, no minuto 23:24 que controlava o roteiro de visitas dos representantes e consultores de suas equipes, sendo que ainda que confessou, no minuto 24:11, que eventual mudança de roteiro deveria ser comunicado à ela, autora, demonstrando seu Poder Hierárquico. No minuto 25:47 e seguintes, a reclamante voltou a confessar que fazia a avaliação de performance dos integrantes de sua equipe, o quê, segundo a confissão da autora, poderia impactar na premiação e promoção do representante. No minuto 34:59, a reclamante confessa que podia admitir ou dispensar funcionários de acordo com a autorização do gerente nacional, o que demonstra, diretamente, que a reclamante tinha papel direto nas admissões e dispensas da empresa, o que denota, mais uma vez, o seu Poder Hierárquico e, agora, também, o seu Poder Disciplinar em influenciar diretamente nas dispensas. No minuto 35:55 e seguintes, a reclamante confirmou que indicava perfis para contratação, bem como entrevistava candidatos ao emprego. No minuto 41:05, a reclamante confessa novamente que selecionava currículos de candidatos. Exemplificou, inclusive, que, se houvesse 10 currículos, selecionava somente três para a continuidade do processo seletivo de admissão na reclamada, barrando os demais, o que demonstra poderes individuais de contratação da reclamante. Tal fato revela a confissão da reclamante de que era munida, de fato, de altos poderes de gestão individual, influenciando, diretamente, na contratação de novos funcionários, e, portanto, impactando, direta e individualmente, no negócio da empresa. No minuto 39:41, a reclamante novamente confessa seus poderes individuais de gestão, ao dizer que fazia um plano de ação, acompanhando de modo diferenciado, por sua própria iniciativa, representantes de sua equipe com desempenho inferior, de acordo com seu planejamento. No minuto 38:21, novamente confessa que, nas visitas que fazia junto com os representantes, os avaliava no que tange ao cumprimento de roteiros, com reporte negativo aos superiores em caso de identificação de ausência de cumprimento das diretrizes. Trata-se, mais uma vez, de facetas dos Poderes Hierárquicos e Disciplinares da empresa, concentrados na gestão da autora. No minuto 48:40 da gravação e seguintes, a reclamante disse que poderia opinar na redistribuição de um representante mais experiente para uma outra área de atuação, sendo que afirma que 60% das vezes, suas sugestões eram acatadas. Neste ponto do depoimento, a reclamante, novamente, confessa seus poderes de gestão, pois diz a expressão que ela, reclamante, "estava à frente do negócio", o que demonstra, mais uma vez, os poderes de gestão da autora.

Estas provas confessionais seriam mais do que suficientes para se caracterizar os poderes de gestão diferenciados da autora, com dispensa de quaisquer outras provas, nos termos do art. 443, I, do CPC. Todavia, há mais. A informante não traz informações relevantes no tópico, pois diz, no minuto 3:57 do seu depoimento que sequer trabalhou na mesma equipe da reclamante, sua cunhada. A relação de parentesco colateral da



autora com a informante desaconselha, de toda forma, qualquer relevo probatório ao depoimento da informante. Já a testemunha HARYON confirmou os poderes de gestão da reclamante. A testemunha foi chefiada pela reclamante, desde agosto de 2016. Disse, no minuto 4:15 e seguintes, que recebia orientações da reclamante, era acompanhado em saídas aos alvos da empresa, e era orientado em como deveria agir em seu trabalho. No minuto 4:54 do seu depoimento confirmou que a reclamante era sua chefe imediata. No minuto 10:55, a testemunha confirmou que a reclamante fazia a aprovação de seus pedidos de parte aérea, hotel e locação de carro em viagens a serviço, demonstrando, mais uma vez, o Poder Hierárquico da reclamante e a sua capacidade de gestão e impacto direto e individual nas finanças e no negócio da parte reclamada. No minuto 16:46, a testemunha disse que não só os roteiros de viagem, como os roteiros de dia a dia tinham que ser aprovados pela autora. No minuto 22:20 e seguintes e 22:37 e seguintes, a testemunha HARYON confirmou que era avaliado pela reclamante e que tal avaliação era levada em conta para efeito de promoção. No minuto 23:48, a testemunha confirmou que a reclamante tinha procuração da parte reclamada para fazer atos em nome da empresa, o que demonstra, mais uma vez, a fidúcia diferenciada depositada na autora. Ou seja, a parte reclamante representava a parte reclamada perante terceiros. Finalmente, no minuto 25:18, a testemunha confirmou que, se faltasse um dia inteiro de trabalho, tinha que comunicar à reclamante.

Pela prova oral coletada, como se viu, confirmou-se que a reclamante era a autoridade máxima da reclamada na região Sul e Centro-Oeste; que a autora tinha participação decisiva na admissão, feedback e dispensa a funcionários; que avaliava funcionários, com impacto direto das avaliações em promoções; que autorizava roteiros e despesas; que liderava equipes, formava pessoas e geria contas, pessoas e processos; que todos da região eram seus subordinados; que tinha poderes diferenciados e procuração para atuar em nome da empresa, podendo impactar diretamente nos resultados e no patrimônio do banco.

Apesar da reclamante alegar que era controlada em sua jornada, pela sua própria confissão, isto ficou claro que não acontecia. A parte reclamante confirmou que acompanhava empregados e viajava para visitar médicos, distribuidores e órgãos públicos, mas disse que, após as 19h, ainda teria "duas horas" de trabalho burocrático (minuto 27:24), momento em que não se poderia fazer qualquer controle, pois isto não fazia parte dos roteiros. A testemunha ouvida confirmou que não havia controle de ponto e que não havia utilização do GPS de aparelhos de ipad para controle de jornada (minuto 9:16 e seguintes). Ou seja, mesmo que a parte reclamante entregasse um potencial roteiro ao gerente nacional, este não poderia saber se a reclamante estaria, ou não, de fato trabalhando, pois, como confessou a própria autora no seu depoimento, as vendas feitas dos produtos da empresa ré não eram feitas pela reclamante ou seu subordinados, que só faziam o marketing de apresentar os produtos médicos da parte reclamada, que eram comprados pelos clientes, na rede ordinária de farmácias ou hospitais. Não se provou que o gerente nacional controlasse sua jornada, porque a própria parte autora disse que o gerente nacional tinha que lidar com 8 a 10 gerentes distritais, o que demonstra, humanamente, a impossibilidade de controle de jornada, ainda mais na ausência de aparelhos ou dispositivos ativos próprios para tanto. Ora, não detém qualquer razoabilidade a alegação de que a jornada do reclamante seria "fiscalizada" pela gerente nacional nessas condições, não se mostrando minimamente razoável dizer que o gerente nacional teria tempo para controlar ou fiscalizar horários de cerca de 10 gerentes distritais ou de contas.

Confirmou-se a existência de subordinados. Fica claríssima a alta fidúcia depositada na reclamante. A prova dos autos, especialmente a confissão da autora, revela que a autora era o verdadeiro "alter ego" do empregador.

A reclamante REPRESENTAVA o seu empregador. Ou seja, tinha PROCURAÇÃO para representar o reclamado perante terceiros, como, por exemplo, distribuidores. Ou seja, os poderes da autora eram de ALTÍSSIMA FIDÚCIA individual.

Conforme robusta prova, conluo que a reclamante, individualmente, poderia impactar diretamente nos negócios e ativos do banco, inclusive em situações envolvendo MILHÕES de reais, conforme confessado pela autora, no minuto 33:24 e seguintes do seu depoimento. A reclamante TINHA, DE FATO, PODERES DIFERENCIADOS DE MANDO, GESTÃO E REPRESENTAÇÃO, diferenciando-se, portanto, dos demais funcionários das regiões em que trabalhou.



Fica claríssimo, pelas provas acima citadas, que a reclamante detinha altos poderes de mando, representação e gestão na parte reclamada, qualificando-se como verdadeiro "alter ego" do empregador, sendo que poderia impactar diretamente nos ativos e negócios do réu, inclusive de forma individual.

Apesar dos esforços da parte autora em tentar "desqualificar" suas atividades e seus poderes na função, a tese autoral, no particular, não se sustenta. A tese autoral se direciona para um entendimento, "data vênia", errôneo, como se a parte reclamada não tivesse funcionários diferenciados em fidúcia especial e funcionasse naturalmente, sem hierarquias e gradação de poderes, o quê, pelas máximas de experiência do que normalmente ocorre (art. 375 do CPC), é inviável em uma estrutura organizacional como a da parte reclamada, com centenas de funcionários.

O reclamante tenta aduzir que o verdadeiro "chefe" seria o gerente nacional. Ocorre que a própria reclamante confessa que não havia nenhum superior hierárquico a ela, fisicamente, na região em que estava lotada. O gerente nacional, conforme confessado pela própria autora, cuidava de pelo menos 8 a 10 outros gerentes distritais e regiões, e mal aparecia na região em que a reclamante trabalhava, conforme disse a própria reclamante, ao dizer que o gerente nacional não tinha contato direto com seus subordinados. Não detém qualquer credibilidade a alegação de que a gerência nacional era quem geria a região, pois tal figura mal aparecia fisicamente na região de labor da reclamante, sendo que os gerentes nacional, como ficou claro dos depoimentos, tinha uma gestão MACRO das regiões.

*Pelas provas acima aduzidas, fica claro que a reclamante comandava e fiscalizava toda a região que atuava, orientando e distribuindo as tarefas, autorizando empenhos, representando a empresa, inclusive perante terceiros, influenciando diretamente na contratação e dispensa de funcionários, o que torna claros contornos do Poder Hierárquico e Disciplinar do empregador, com a clara gestão de funcionários e representação da empresa. Fica claro para o juízo que eram funcionários como a reclamante quem davam as ordens aos demais funcionários da região em que atuava, sendo esta uma cadeia hierárquica básica, sem a qual reinaria o caos na parte reclamada. Isto não quer dizer que um presidente, diretor ou gestor nacional do réu não devessem ser obedecidos pelos demais funcionários. O que está em questão nesta situação é que, indiscutivelmente, a autora era a maior autoridade da região, com altos poderes de mando, gestão e representação da parte ré, o que torna suficiente para caracterizá-la no enquadramento do art. 62, II, da CLT, como maior autoridade da região, o quê, aliás, foi **confessado** pela reclamante em seu depoimento.*

Concluo, com lastro em tais provas contundentes, que a reclamante exercia cargo enquadrado no art. 62, II, da CLT. Provada a fidúcia diferenciada do reclamante. Assim já decidiu a SBDI-I do TST, no que tange a cargos gerenciais:

RECURSO DE EMBARGOS. BANCÁRIO. HORAS EXTRAS. CARACTERIZAÇÃO COMO GERENTE GERAL. ENQUADRAMENTO NO ART. 62, II, DA CLT. 1. A Eg. 6ª Turma deu provimento ao recurso de revista do reclamante, quanto ao tema. Concluiu que o compartilhamento das responsabilidades do gerente na agência, sem a proeminência do gerente comercial sobre o gerente administrativo, afasta a configuração do cargo de confiança de que trata o art. 62, II, da CLT. 2. O referido artigo dispõe: "Não são abrangidos pelo regime previsto neste capítulo: (...) II -os gerentes, assim considerados os exercentes de cargos de gestão, aos quais se equiparam, para efeito do disposto neste artigo, os diretores e chefes de departamento ou filial". Quanto ao preenchimento do requisito subjetivo, a Súmula 287 do C. TST assim orienta: "A jornada de trabalho do empregado de banco gerente de agência é regida pelo art. 224, § 2º, da CLT. Quanto ao gerente-geral de agência bancária, presume-se o exercício de encargo de gestão, aplicando-se-lhe o art. 62 da CLT". **3. Entende-se, assim, que os poderes do gerente-geral presumem-se equiparados aos do próprio empregador, salvo prova em contrário. Suas atribuições devem ser examinadas à luz do princípio da primazia da realidade, que informa o Direito do Trabalho. No caso, não há como se extrair outra compreensão que aquela do Regional acerca das atribuições do reclamante. 4. Efetivamente, consta que o autor possuía subordinados e poderes para admitir, promover e demitir funcionários, ainda que com a ratificação do gerente**



regional. Embora a primeira testemunha afirme que a jornada do autor era controlada pela gerência regional, informa que ele não registrava a jornada em ponto eletrônico, apenas tendo que informar sua ausência para tratar de assuntos pessoais e enviar relatórios diários. 5. **Assim conclui-se, tal como o Regional, que o autor exercia efetivo cargo de gestão, a incluí-lo na exceção do art. 62, II, da CLT.** Recurso de embargos conhecido e provido. (E-ARR -600-53.2013.5.09.0660 , Relator Ministro: AlbertoLuiz Bresciani de Fontan Pereira, Data de Julgamento: 24/10/2019, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DEJT 29/11/2019) - grifei

Neste mesmo sentido, o TRT:

TRT ROT 0000174-34.2021.5.10.0013 - ACÓRDÃO 1ªTURMA

REDATOR DESIGNADO: DESEMBARGADOR ANDRÉ R.P.V. DAMASCENO

(...)

EMENTA

BANCÁRIO. HORAS EXTRAS. CARGO DE CONFIANÇA. GERENTE GERAL DE AGÊNCIA.

1 - "A jornada de trabalho do empregado de banco gerente de agência é regida pelo art. 224, § 2º, da CLT. Quanto ao gerente-geral de agência bancária, presume-se o exercício de encargo de gestão, aplicando-se-lhe o art. 62 da CLT." (Súmula n. 287 do TST).

2 - Hipótese em que o obreiro atuava justamente como gerente geral, sendo, de acordo com a prova oral, a autoridade máxima na agência onde trabalhava, o que autoriza seu enquadramento na regra exceptiva do art. 62, II, da CLT.

Concluo, assim, que a reclamante, de fato, estava enquadrado no art. 62, II, da CLT, ocupando, no período imprescrito vindicado, encargo de gestão, em uma função de confiança, pois dava ordens; fiscalizava e controlava subordinados; participava diretamente da contratação e dispensa de empregados; representava a empresa, inclusive perante órgãos públicos; bem como tinha poderes disciplinares e hierárquicos e recebia retribuição diferenciada. Neste sentido, o TRT da 2ª Região:

TIPO: RECURSO ORDINÁRIO

DATA DE JULGAMENTO: 03/09/2013

RELATOR(A): EDUARDO DE AZEVEDO SILVA

REVISOR(A): WILMA GOMES DA SILVA HERNANDES

ACÓRDÃO Nº: 20130944461



PROCESSO Nº: 00017638320125020018 A28 ANO: 2013

TURMA: 11ª

DATA DE PUBLICAÇÃO: 10/09/2013

PARTES:

RECORRENTE(S):

Matel Produções e Representações LTDA.

Claudio Luiz da Fonseca

EMENTA:

Horas extras. Cargo de confiança. A exceção de que trata o art. 62, II, da CLT não exige amplos poderes, tal como se o empregado fosse dono da empresa, como se tudo pudesse. Não exige posto máximo nem atribuições padronizadas (admitir e demitir empregados), basta a simples chefia de departamentos ou de filiais, o que pressupõe poderes restritos e limitados. Caso dos autos. Horas extras indevidas. Recurso Ordinário do autor a que se nega provimento.

Aliás, já se manifestou o TST, em processo oriundo do TRT da 10ª Região:

RECURSO DE REVISTA. PROCESSO REGIDO PELA LEI 13.015/2014. CARGO DE CONFIANÇA. ART. 62, II, DA CLT. SÚMULA 126/TST. Para a configuração do exercício de função de confiança de que trata o artigo 62, II, da CLT é necessária a demonstração de que o empregado dispõe de amplos poderes de mando, gestão, fiscalização, representação e supervisão, aptos a configurar a fidúcia especial. No caso, a Corte de origem, soberana na análise da prova, consignou que o Reclamante, no exercício da função de "chefe de seção", possuía poderes decisório, de mando e gestão, restando caracterizada a fidúcia especial necessária à configuração do exercício de cargo de gestão, nos termos do artigo 62, II, da CLT. Nesse contexto, para concluir que o Reclamante não exercia função de confiança, necessário seria revolver o conjunto fático-probatório, expediente vedado nesta esfera recursal, ante o óbice da Súmula 126 /TST. Recurso de revista não conhecido. (RR - 176-98.2016.5.10.0006 , Relator Ministro: Douglas Alencar Rodrigues, Data de Julgamento: 29/11/2017, 5ª Turma, Data de Publicação: DEJT 07/12/2017)

Ainda que assim não fosse, entendo que a reclamante, também, pela essência de seu trabalho externo, sem controle efetivo, também se enquadra no disposto no art. 62, I, da CLT. Os e-mails que a reclamante junta, a rigor, são copiados à obreira, não a tendo como destinatária, demonstrando, pois, que não havia controle da jornada da reclamante. O agendamento e roteiro de visitas não representa controle.

Via de consequência, por duplo fundamento (art. 62, I e II, da CLT), sendo cada um desses fundamentos independente e suficiente para afastar a condenação, julgo improcedentes os pedidos de horas extras, inclusive intervalares, adicional noturno, dobras de RSR, feriados, bem como seus consectários, pois a reclamante não se enquadra no capítulo da CLT que rege a duração do trabalho. Improcedentes todos os pedidos consectários.



Destaco, ainda, que, como a reclamante não era submetida a horários, nem ao capítulo da CLT de duração do trabalho, não há falar em declaração de sábado como dia de descanso.

Reforço, inclusive, que não há falar em diferenças de RSR e feriados em favor da parte autora, por suposta discussão a respeito dos sábados, na medida em que a reclamante era mensalista e tais valores já estão inseridos no salário-base, nos termos do art. 7º, §2º, da lei 605-49. Ademais, como visto, a reclamante não era enquadrada no capítulo da CLT de duração do trabalho, caindo por terra a tese de equação matemática sugerida na inicial. Improcedentes os pedidos e consectários."

Inconformada, a reclamante sustenta a inaplicabilidade do art. 62, II, da CLT ao caso e pugna pelo deferimento das pretensões relacionadas à jornada de trabalho.

À análise.

O comando descrito no art. 62 da CLT disciplina situações excepcionais, nas quais se torna impossível ou impraticável a submissão do empregado ao regime da duração do trabalho por duas razões.

A primeira delas (inciso I), leva em conta o desenvolvimento de atividades fora das instalações da empresa, havendo incompatibilidade com a fixação e controle da jornada laboral.

Já o inciso II refere-se à relevância da função desenvolvida, grau de confiança, padrão salarial e amplo poder de gestão em nome da empresa.

Portanto, em razão da excepcionalidade, o enquadramento do empregado em uma das hipóteses de exclusão do regime da duração do trabalho não pode ser feito simplesmente pela denominação do cargo que ocupa. Faz-se imperioso que haja demonstração cabal de que o obreiro exercia atividades típicas de gestão, ou seja, detinha parcela do poder decisório em nome da empresa.

De início, rememore-se que a prova do trabalho extraordinário é da parte autora, importando a hipótese em fato constitutivo do direito pleiteado (CLT, artigos 769 e 818; CPC/2015, artigo 373, I). Entretanto, ao arguir que as horas extras são indevidas em razão do exercício de cargo de confiança pela parte reclamante, a reclamada agita fato impeditivo do direito pleiteado, atraindo para si o *onus probandi*, no particular (CPC/2015, artigo 373, II).

Restou demonstrado nos autos que a reclamante auferiu, efetivamente, retribuição específica pelo desempenho de suas funções.



É evidente que este fato, isoladamente, não resolve a controvérsia, pois necessário saber se há ou não algum grau de confiança, isto é, se presentes ou não os requisitos do dispositivo legal transcrito. Isso porque, no caso concreto, o reclamado sustenta que havia o desempenho de cargo de confiança.

Com enorme respeito ao entendimento em sentido contrário, não vislumbro confissão no depoimento pessoal da reclamante. É certo que a obreira disse que detinha poderes gerenciais, porém descreveu que era subordinada à gerência nacional.

O preposto patronal esclareceu alguns pontos acerca da controvérsia, assim resumidos: disse que a reclamante visitava distribuidores e órgãos públicos e **tinha uma equipe de 2 a 3 pessoas**; indagado **se a reclamante podia aplicar punições a essas pessoas (advertências, suspensões, admitir e dispensar)**, **o representante patronal descreveu que deveria haver um compartilhamento**, com envolvimento do gerente nacional e do RH; **não soube informar se a reclamante já fez algum requerimento de desligamento de pessoas**; **o superior imediato da reclamante era o Sr. Manuelito (gerente nacional)**, o qual era lotado em São Paulo; cada gerente nacional cuidava de cerca de seis gerentes de contas; durante a realização das visitas, a reclamante utilizava Ipad (tablet) da empresa; **a demandante tinha que reportar à empresa sobre os "clientes que visitava", devendo lançar no Ipad os relatórios correspondentes**; **se precisasse realizar mudança de meta ou alocar algum representante em outra região a decisão deveria ser colegiada**; **a reclamante não tinha procuração em nome da empresa, bem como que as metas anuais da empresa e os planos de marketing eram feitos pelo setor de produtividade**; os relatórios de viagem da reclamante deveriam ser lançados no sistema para prestação de contas; **se a reclamante indicasse alguém para ser admitido ou dispensado, prevaleceria o que o gerente nacional determinasse**; **o painel de clientes era disponibilizado pelo setor de produtividade**; a análise da performance da reclamante era avaliada pelo gerente nacional; as visitas eram lançadas no sistema Promed.

Como visto, o preposto relatou que a reclamante não tinha autonomia para estabelecer metas, bem como era subordinada ao gerente nacional. Revelou, ainda, que, na prática, a reclamante não tinha poderes de punição, admissão e dispensa de outros empregados.

Nesse contexto, conforme teor do depoimento do preposto, a reclamante não detinha poderes para decidir quem seria admitido, punido ou dispensado, na medida em que lhe cabia apenas sugerir e que o gerente nacional decidiria, verdadeiramente. De se notar que, além da subordinação ao gerente nacional, as metas e o painel de clientes eram estabelecidos por setores diversos, não tendo a reclamante nenhuma autonomia.



Não se duvida da importância funcional da reclamante enquanto gerente, sobretudo por possuir uma confiança especial, já que detinha atribuições de gestão (ainda que limitadas), mas essa realidade não é suficiente para enquadrá-la na exceção do art. 62, II, da CLT, haja vista o controle exercido pelo gerente nacional e por outros setores no âmbito da empresa.

A literatura especializada diz que, nesse caso, o empregado deveria ser "*como se fosse o alter ego do empregador*". O trabalhador seria a personificação do empregador no ambiente de trabalho. Portanto, ele não está submetido a qualquer controle em relação aos seus atos e apenas presta contas ao seu patrão.

No caso concreto, a obreira sequer possuía autonomia para gerir recursos humanos, já que as atribuições de admitir/dispensar/penalizar os subordinados eram vinculadas às diretrizes e autorizações de outra autoridade. Que *alter ego* era este? Que poder de mando e gestão era este que não poderia aplicar uma punição sequer ao subordinado?

Não bastasse isso, conforme já mencionado, a reclamante era submetida a metas e recebia o "painel de clientes" de outro setor da empresa.

Nesse contexto, entendo que a reclamante não estava enquadrada, materialmente, na exceção do art. 62, II, da CLT.

Quanto à tese de ausência de controle de jornada, o fato de existir labor em caráter externo, por si só, não é suficiente para afastar o cumprimento de jornada, pelo empregado. Deve haver uma incompatibilidade, no dizer do legislador, com a fixação do horário de trabalho. Na prática, não raras vezes, ainda que exercendo funções externas, está o empregado sujeito à fiscalização indireta revelada no conjunto do labor a ele distribuído para ser executado em determinado tempo, cuja liberdade de horário nada mais é do que uma "liberdade vigiada", indiretamente.

Assim, somente se insere na exceção capitulada no art. 62, I, da CLT, o trabalho em caráter externo que impossibilita o controle pela empregadora.

No caso em apreço, o labor da reclamante era intensamente fiscalizado. O preposto esclareceu que a demandante tinha que reportar à empresa sobre os "clientes que visitava", devendo lançar no Ipad os relatórios correspondentes.

Nota-se, assim, que a reclamada detinha o efetivo controle da atuação da reclamante.



Assim, a reclamante estava submetida a efetivo controle de jornada, sendo-lhe inaplicável o art. 62, I, da CLT.

À análise do horário de trabalho da obreira.

Nos estabelecimentos com mais de 20 empregados, é obrigatória a anotação dos cartões de ponto, devendo haver pré-assinalação do período de repouso (CLT, art. 74, § 2º - Redação dada pela Lei nº 13.874, de 2019). A falta de juntada dos cartões ou apresentação com horários britânicos geram presunção relativa de veracidade da jornada de trabalho indicada na exordial, salvo se elidida por prova em contrário (TST, Súmula 338).

No caso vertente, não houve apresentação de cartões de ponto.

Assim, fixo a jornada média das 08:00 às 19:00 horas, com 40 minutos de intervalo, de segunda a sexta-feira. No período de 2014 a 2016, havia um jantar semanal determinado pela empresa, das 20:00 às 24:00 horas. Duas vezes ao ano, havia congressos médicos, com labor das 07:30 às 23:00 horas.

Assim, **dou provimento ao apelo, para, com base nas jornadas acima definidas, condenar a reclamada ao pagamento de: a) horas excedentes à oitava diária ou à 44ª semanal, de acordo com o critério mais benéfico à credora, com adicional de 50%; b) uma hora de intervalo intrajornada, com o adicional de 50% e reflexos até 10.11.2017; 20 minutos de intervalo intrajornada a partir de 11.11.2017 (entendimento prevalecente na 1ª Turma - ressalva de entendimento pessoal do relator quanto à incidência da alteração legislativa); c) adicional noturno (20% sobre as horas trabalhadas a partir das 22:00 horas - art. 73 da CLT); d) reflexos das horas extras em RSR, férias mais 1/3, 13º salário e FGTS.**

3.2. PREMIAÇÕES. CRITÉRIOS

A pretensão a título de diferenças de premiações foi indeferida na origem, sob os seguintes fundamentos:

"PREMIAÇÕES

A parte reclamante questiona as premiações recebidas na parte reclamada, alegando que deveria fazer jus a diferenças de premiações e consectários à razão de 40% da remuneração. Alega que não teve ciência das documentações acerca das premiações, e, deste modo, entende que teve prejuízos.



A parte reclamada se defende alegando que a reclamante sempre teve acessos aos parâmetros de distribuição de prêmios, não havendo diferenças a serem apuradas em favor da autora.

Conforme se vê dos documentos de fls. 730 e seguintes, a parte reclamada disponibilizava aos seus colaboradores, na forma, inclusive, dos instrumentos coletivos de regência, as regras sobre as premiações dos empregados, inclusive com as fórmulas de cálculo para os pagamentos. Ao contrário do que aduz a parte reclamante na inicial, os valores das premiações não eram atrelados à remuneração, conforme se vê da fl. 750, que colho como amostragem. Eram formas de cálculo que implicavam na consideração de cumprimentos de metas. A exemplo da confirmação de fl. 847 dos autos, a reclamante era cientificada desses parâmetros. Observo, da inicial, que a reclamante aduz que teria direito a diferenças sob a alegação de que não teria acesso aos parâmetros e dados da premiação. Esta disponibilização havia, conforme prova documental. A alegação de que faria jus a 40% da remuneração em prêmios é completamente aleatória. A reclamante confessa, no minuto 32:21, que havia canais de comunicação na reclamada para saneamento de dúvidas deste jaez. A testemunha ouvida confirmou que havia ciência dos parâmetros de premiação pelos funcionários, conforme minuto 12:06 e seguintes, com diferenciação dos produtos por peso.

Tomo como prova emprestada o laudo de fls. 680 e seguintes, envolvendo a mesma parte reclamada e com pleito análogo, conforme permissivo do art. 372 do CPC, eis que a parte reclamante teve possibilidade de se manifestar sobre o documento, sendo garantido o contraditório e ampla defesa. Como visto das CCTs juntadas aos autos, e confirmado pela perita na fl. 684, não há determinação convencional para envio ou apresentação de cópias aos seus empregados dos critérios prévios para pagamentos das premiações, apesar da reclamada ter disponibilizado tais critérios, como visto acima. Na resposta do quesito V do laudo, confirmou-se que os pagamentos eram variáveis e a apuração do valor dependia do cumprimento de metas de vendas e crescimento de demanda.

Conforme confessado pela autora, em depoimento, o trabalho da reclamante e de sua equipe não era realizar as vendas. Era, sim, fazer a propaganda dos produtos da ré. Conforme constante do laudo emprestado, na fl. 686, isto ficou confirmado:

"A reclamante apresentava/promovia os produtos da reclamada a médicos/clínicas /distribuidores existentes no território previamente definido. A reclamante não efetuava vendas. As vendas dos produtos são realizadas pela reclamada, diretamente aos interessados (farmácias, empresas distribuidoras, hospitais), atendendo ao pedido destes, sem a participação direta da reclamante."

Na mesma página, a perita esclareceu que não havia uma correlação da premiação da reclamante com a nota fiscal. Disse:

" Não há relação entre a emissão de uma nota fiscal e o valor do prêmio da autora. A premiação da reclamante esta relacionada ao cumprimento de metas de vendas /crescimento de participação no mercado. As metas de vendas/crescimento de mercado são previamente definidas (esclarecimentos no item 3 acima)."

Como se vê, não faz qualquer correlação direta as vendas da parte reclamada e o que a reclamante auferia de premiação. Assim, totalmente inócua seria a apresentação de



notas fiscais de vendas da reclamada no âmbito da região da autora. Neste sentido, novamente disse a perita da prova emprestada, na fl. 691:

"A apresentação de notas fiscais não trará a informação que a reclamante requer. As notas apresentam os dados da empresa, do comprador, do produto vendido e dos valores envolvidos. A definição/direcionamento da venda ao cumprimento da meta da reclamante se dá através da identificação do CEP dos compradores, uma vez que o território de atuação da reclamada é definido através dos endereços/CEP de medidos /clínicas/distribuidores (vide esclarecimentos do item 03 acima)."

Destaco, tal qual na prova emprestada, que a reclamante, conforme cláusula 3a, nas fls. 529 e 530, do seu contrato de trabalho, só teve acordado, como contraprestação laboral, seu salário fixo. Premiações são uma liberalidade da empresa, não havendo sequer a obrigatoriedade de tal pagamento de acordo com as CCT's. As CCT's só falam da fixação de critérios, caso a empresa for pagar premiação.

Ao fim, concluiu a perita da prova emprestada, nas fls. 692 e 693 dos autos, que também adoto como parte das minhas razões de decidir:

"a) - A autora não questiona as regras de apuração de prêmios adotadas pela reclamada, tampouco se estas foram corretamente aplicadas.

b) - Apenas afirma que não tinha conhecimento destas regras e, em função disso, requer o pagamento de diferenças de prêmios no importe de 40% de sua remuneração mensal (salário fixo + parcelas variáveis). Fundamenta seu pedido em decisões publicadas.

c) - As regras de apuração dos prêmios são complexas. Envolve análise de desenvolvimento do mercado, definição de metas de vendas e de participação no mercado (crescimento da demanda), além de não envolver a participação direta da autora, pois esta não efetuava as vendas propriamente dita. Dependia da necessidade /demanda dos medicamentos apresentados e de pedidos futuros efetuados pelos interessados (médicos, hospitais, clínicas, farmácias, distribuidores) à reclamada. Diant e das regras adotadas e dos documentos de apuração dos prêmios apresentados, é possível afirmar que a reclamada aplicou corretamente suas regras de apuração dos prêmios mensais e, portanto, não há diferenças. Afirmar que há uma diferença de 40% de sua remuneração, a título de prêmios, corresponde a afirmar que o salário fixo também fazia parte dos prêmios. Na cláusula 3ª do contrato de trabalho firmado entre as partes (fl. 249), há previsão de pagamento apenas de salário fixo.

O pagamento de prêmios é uma liberalidade da reclamada, pois não há previsão de pagamento no contrato de trabalho. Tampouco as CCTs apresentadas determina o pagamento de valores variáveis. Apenas esclarece que as empresas deverão possuir critérios prévios de apuração, nos casos em que ocorra pagamento de valores variáveis (cláusula 16 - fl. 28). A apuração requerida pela autora (40% de sua remuneração) resulta em apuração de valores em duplicidade, pois estará apurando prêmio sobre prêmio (na remuneração mensal estão os prêmios já apurados e pagos pela



reclamada). Em relação ao salário fixo, a apuração da diferença no percentual de 40% resulta em um acréscimo de 40% sobre o salário fixo mensal, sem qualquer previsão em CCT, tampouco no contrato de trabalho firmado (a cláusula 3ª do contrato prevê reajuste do salário fixo conforme a lei - fl. 249)." (grifei)

Isto posto, sem qualquer previsão legal ou convencional para a pretensão obreira, bem como pela impossibilidade de enriquecimento sem causa da autora, vedado pelo art. 884 do CC, julgo improcedentes os pedidos de diferenças de premiação e consectários reflexos."

Em recurso, a parte obreira reitera a tese de impossibilidade de conferência da correção do pagamento dos prêmios, inclusive em razão da falta de conhecimento, com exatidão, dos critérios para o pagamento da parcela.

No caso concreto, a parte reclamada demonstrou que disponibilizava aos seus colaboradores as regras sobre as premiações, inclusive com as fórmulas de cálculo para os pagamentos. Nesse sentido a fundamentação esposada na origem: "*dos documentos de fls. 730 e seguintes, a parte reclamada disponibilizava aos seus colaboradores, na forma, inclusive, dos instrumentos coletivos de regência, as regras sobre as premiações dos empregados, inclusive com as fórmulas de cálculo para os pagamentos*".

Frise-se, ainda, que a testemunha Haryon Siqueira Mancin descreveu que os prêmios eram pagos com base nos relatórios de produtividade e pesos dos produtos, tendo ciência dos parâmetros, bem como que, em caso de dúvidas, poderiam questionar os gestores, os quais explicavam os critérios utilizados.

Com efeito, restou demonstrado o pagamento de prêmios, com ciência aos empregados acerca dos critérios, e inexistência qualquer evidência de incorreção quanto ao pagamento respectivo, conforme decidido na origem.

Nada a prover.

3.3. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. DISPENSA DISCRIMINATÓRIA

O pleito de pagamento de indenização por danos morais, em razão de dispensa discriminatória, foi indeferido na origem, nos seguintes termos:

"INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS

A parte reclamante alega que foi dispensada de forma discriminatória, por ter ficado grávida. Alega que sempre foi uma funcionária de ótima performance e relacionamento, razão pela qual entende que a dispensa se deu pela sua gravidez.

A parte reclamada se defende alegando que não houve qualquer viés discriminatório na dispensa da reclamante.

Analiso.



A alegação de dispensa discriminatória transmite o ônus da prova de tal alegação à parte reclamante, nos termos dos arts. 818, I, da CLT e 373, I, do CPC, eis que se trata de fato constitutivo da sua pretensão condenatória. Em primeiro lugar, destaco que não há qualquer relevo probatório na alegação da informante, cunhada da reclamante, de que teria havido a dispensa da reclamante pelo fato da mesma ter ficado grávida. A informante, além de cunhada da reclamante (minuto 1:46 e seguintes), o que implica, nos termos do art. 375 do CPC, interesse no desfecho da demanda em favor da obreira, pelo relacionamento íntimo e familiar entre as mesmas, disse que sequer trabalhava na mesma equipe da reclamante (minuto 3:57 e seguintes do depoimento da informante). Ou seja, não detém conhecimento sobre a realidade vivida pela reclamante quando de sua dispensa.

Em segundo lugar, verifico a prova documental. A filha da reclamante nasceu, segundo o documento de fl. 316 dos autos, em 26/05/19, o que demonstra que o fim da licença maternidade e da estabilidade da obreira, inclusive nos termos da CCT de fl. 104 dos autos, se deram em 26/10/19. A reclamante, segundo o TRCT de fl. 564 dos autos, foi dispensada em 22/11/19, quase um mês após o fim de sua estabilidade e o fim de sua licença maternidade. A dispensa de empregados sem justa causa é parte do direito potestativo da empresa, não havendo ato ilícito no exercício regular de direito, nos termos do art. 188 do CC. A parte reclamante, inclusive, recebeu vultosa soma a título de haveres rescisórios e de FGTS, conforme se vê da documentação acostada aos autos (TRCT e Extrato de FGTS). Não havendo ato ilícito da parte reclamada, não há falar em indenização por danos morais, eis que ausentes os requisitos do art. 927 do CC para este tipo de pleito.

Em terceiro lugar, verifico a confissão da parte reclamante, o quê, inclusive, dispensaria outras provas (arts. 443, I, e 374, II, do CPC). Questionada, em audiência, a reclamante confessou, no minuto 29:15 e seguintes, que não tinha qualquer dado concreto que indicasse que tinha sido dispensada por ter ficado grávida. Ao revés, no minuto 30:15 e seguintes, a reclamante disse que seu superior disse que a dispensa estava se dando em virtude de novas metas da empresa, por um momento de transição e mudança de linha. A própria reclamante, no mínimo 50:59 e seguintes do seu depoimento, confessou que as mudanças na parte reclamada eram constantes. Havia mudanças de gestores, mudanças de região, mudanças de linha. No minuto 51:28, a reclamante foi enfática ao confessar que, todos os anos, aconteciam mudanças na empresa. Aduziu uma frequência de uma a duas vezes no ano para as mudanças constantes na empresa. A reclamante mesmo disse que teve inúmeros gestores, mudanças de regiões e gestão. Seria uma presunção errônea e autocentrada, data vênua, da reclamante acreditar que, neste cenário corporativo de mudanças constantes, a autora seria poupada das mudanças constantes simplesmente por ser boa funcionária. A testemunha HARYON confirmou, no minuto 15:10 e seguintes do seu depoimento, que houve, em períodos próximos da dispensa da autora, uma mudança na direção da empresa, com uma diretora nova e um novo gerente nacional. As mudanças na gestão da empresa, portanto, eram constantes, sendo de se concluir, até pela ausência, confessada, de dados concretos que indiquem que a dispensa foi discriminatória, que não houve qualquer intuito discriminatório na dispensa da parte autora.

Em quarto lugar, é preciso destacar provas relevantíssimas, documentais e confessionais, que comprovam que a reclamada não pauta sua gestão pelo viés discriminatório que alega a parte autora na inicial. Conforme fichas financeiras de fls. 552 e 553, a reclamante, **a partir de setembro de 2017 até janeiro de 2018, esteve em uma primeira licença maternidade (estava recebendo salário maternidade na época).** Terminada a primeira licença maternidade da autora na ré, em janeiro de 2018, a mesma retornou normalmente ao labor, trabalhando mais **um ano e dez meses na reclamada,** até a sua dispensa. Questionada em audiência, no minuto 37:18 e seguintes da gravação, a reclamante confessou que gozou uma primeira licença maternidade na empresa, pelo nascimento de sua primeira criança, em 2017, retornou ao trabalho e **somente foi dispensada após o fim da licença maternidade de sua segunda filha, mais de um ano e dez meses após o fim de sua primeira licença maternidade.** Ou seja, não se pode chegar à uma conclusão errônea de que a empresa discrimina empregadas que engravidam se a própria reclamante continuou a trabalhar na empresa por um ano e dez meses após o fim de sua primeira licença maternidade no decorrer do contrato de trabalho. No minuto 30:30 e seguintes, a reclamante, perguntada se já tinha havido mulheres dispensadas após o retorno de gravidez na empresa, a reclamante disse que sim, **mas não soube declinar nomes,** o que demonstra, mais uma vez, a fragilidade da tese. Ao revés, a testemunha ouvida disse, no minuto 23:16 e seguintes, que sabe de



outras empregadas que tiveram filho na reclamada e que continuaram a trabalhar lá após o retorno de licença. A própria reclamante é um exemplo deste fato, no que concerne à sua primeira gravidez na constância do contrato de emprego. Ora, se a empresa, de fato, tivesse intuito discriminatório em decorrência de gravidez, teria dispensado a obreira quando do fim de sua primeira licença maternidade, nos idos de 2017 e 2018, e não teria permitido que a reclamante labutasse em seu favor por mais um ano e dez meses. A conclusão que se chega não pode ser outra, de acordo com a prova dos autos, que não seja que a dispensa da reclamante foi motivada por mudanças e reorganizações do ambiente corporativo empresarial; situação, inclusive, admitida pela reclamante como usual na ex-empregadora. Não há qualquer indício concreto de dispensa discriminatória, como, aliás, confessou a própria autora em depoimento, no minuto 29:15 e seguintes do seu depoimento.

Isto posto, ausentes os requisitos do art. 927 do CC, julgo improcedentes os pedidos de indenização por danos morais."

Em recurso, a reclamante reitera a tese de dispensa discriminatória, notadamente em razão da sua gravidez.

À análise.

No caso concreto, a reclamante foi dispensada após o período estável. Além disso, os elementos dos autos não demonstram a tese de dispensa discriminatória.

Vale ressaltar que restei vencido quanto à preliminar de cerceamento de defesa para a reclamante produzir prova testemunhal, uma vez que foi ouvida apenas uma informante por ela convidada. Com efeito, as provas constantes dos autos não têm o condão de caracterizar dispensa discriminatória, consoante decidido na origem.

Nada a prover.

3.4. GRATUIDADE JUDICIÁRIA. PARTE BENEFICIÁRIA DA JUSTIÇA GRATUITA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS SOBRE PLEITOS JULGADOS TOTALMENTE IMPROCEDENTES. DECISÃO DEFINITIVA DO STF NOS AUTOS DA ADI 5766. CONDIÇÃO SUSPENSIVA DA COBRANÇA DA DÍVIDA OBREIRA A TÍTULO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. VETO À COMPENSAÇÃO DE CRÉDITOS. VERBETE 75, DO TRT 10

O Juízo originário fixou a verba sucumbencial em 15% em favor dos advogados da reclamada, com determinação de suspensão da exigibilidade, nos seguintes termos:

"HONORÁRIOS

Tendo em vista que a ação foi ajuizada na vigência da lei 13467/17, e tendo em vista a sucumbência da parte reclamante, condeno a parte autora, quando do trânsito em julgado, a pagar 15% do valor da causa, haja vista a complexidade da demanda e o trabalho dos advogados, para os advogados da parte reclamada. Assim, os advogados



da parte reclamada fazem jus a honorários sucumbenciais de 15% do valor da causa. Aplicação do art. 791-A, caput, da CLT. Todavia, o E. STF, na ADI 5766, declarou a inconstitucionalidade do §4º, do art. 791-A, da CLT. Desta forma, os honorários devidos pela parte autora ficarão sob condição suspensiva de exigibilidade, por cinco anos, haja vista o deferimento da justiça gratuita, nos termos do art. 98, §1º, VI e §3º, do CPC ou até a prescrição intercorrente da fase de execução, nos termos do art. 11-A, e parágrafos, da CLT, prevalecendo a que ocorrer primeiro para extinção da exigibilidade da dívida em desfavor do beneficiário da justiça gratuita.

Face a sucumbência total da parte autora, não há falar em honorários para os advogados da parte reclamante."

A reclamante busca a exclusão dos honorários fixados em seu desfavor, bem como pretende a condenação da reclamada ao pagamento da verba.

Vejam os.

Desde a vigência da Lei nº 13.467/2017(**novembro/2017**),essa verdadeira contrarreforma trabalhista feita com urgência exclusivamente para eliminar direitos sociais da classe trabalhadora consagrados na CLT e na jurisprudência do TST, tenho apresentado inúmeras versões de voto(*relatoria e divergências*) para afastar a possibilidade de qualquer cobrança de honorários advocatícios da parte obreira beneficiária da justiça gratuita. O voto de minha relatoria, amparado na inconvencionalidade §4º, do art.791-A, da CLT e na ausência de compatibilidade com o juslaboralismo, foi vencedor nos dois primeiros casos analisados entre o **final do ano de 2017 e início de 2018**, na 1ª Turma do TRT 10. A partir de então, registro, fiquei vencido na Turma muitas vezes, no período do **início do ano de 2018 até agosto de 2019**.

Perante o Pleno do TRT 10 reestei parcialmente vencido no ato da apreciação de incidente de inconstitucionalidade(**agosto de 2019**), tendo apresentado e juntado voto para declarar a inconstitucionalidade total do §4º, do art. 791-A, da CLT, introduzido pela Lei nº 13.467/2017. Ao final, contudo, a inconstitucionalidade declarada fora apenas parcial, com a exclusão do texto autorizador da cobrança dos honorários mediante desconto de crédito do reclamante nos próprios autos ou em outros, editando-se, para tanto, o Verbete nº 75(**agosto de 2019**). Passei a aplicá-lo na Turma(**agosto de 2019 a outubro de 2021**) com ressalva parcial de entendimento, uma vez que não apenas suspendia a cobrança senão afastava qualquer exigibilidade.

Com a conclusão do julgamento da ADI 5766, pelo STF, em **outubro de 2021**, passei a votar na 1ª Turma do TRT 10 tal como fizera antes da edição do Verbete nº 75, do TRT 10, ciente de que fora afastada pelo Supremo Tribunal Federal qualquer cobrança de honorários advocatícios dirigida à parte reclamante beneficiária da justiça gratuita, face à clareza dos debates e fundamentos apresentados no ato do julgamento plenário da matéria pelo Supremo Tribunal Federal(**disponível no canal do STF no You Tube**), bem como do conteúdo do dispositivo do respectivo acórdão, que declarava e continua declarando a inconstitucionalidade integral do §4º, do art. 791-A, da CLT,



introduzido pela Lei nº 13.467/2017. Na maioria das vezes, contudo, no lapso temporal compreendido entre **outubro de 2021 e abril de 2022**, fiquei vencido na 1ª Turma do TRT 10, cujo voto vencedor verificava questões não resolvidas pela certidão de julgamento, bem como era indicada a necessidade de publicação do acórdão pelo STF na ADI 5766.

Em **03 de maio de 2022**, finalmente, o acórdão do STF na ADI 5766 restara publicado. A confusão não acabou. A conclusão, ou seja, a sua parte dispositiva reafirmava o teor da certidão de julgamento anteriormente divulgada, no sentido de que a inconstitucionalidade declarada alcançava a totalidade do §4º, do art. 791-A, da CLT. Por outro lado, o redator designado daquele acórdão do STF incluiu ou enxertou um parágrafo em seu voto para esclarecer que a inconstitucionalidade proclamada apenas reduzia o texto do §4º, do art. 791-A, da CLT, para assim vedar a compensação/execução de créditos nos mesmos autos ou em outros, com a consequente suspensão da cobrança da dívida pelo prazo de 2(dois) anos. Entre o **início de maio e o final de junho de 2022**, no âmbito desta 1ª Turma do TRT 10, restei vencido na imensa maioria das vezes, pois continuei entendendo que a inconstitucionalidade era total do dispositivo legal em questão, com o afastamento de quaisquer honorários advocatícios pela parte obreira beneficiária da justiça gratuita, conforme fundamentos jurídicos os quais não vou aqui reiterar.

A evidente contradição entre determinado trecho do voto do redator designado na ADI 5766-STF e os termos do dispositivo do acórdão, como era de se esperar, provocou a oposição de embargos declaratórios por uma das partes do litígio. O Pleno do STF, no entanto, em junho de 2022, apreciando os EDs, negou-lhes provimento, embora tenha esclarecido que a inconstitucionalidade do §4º, do art. 791-A, da CLT, era tão somente parcial, com a redução de texto, segundo trecho a seguir destacado do acórdão embargado-STF:

"(...)Todavia, não se verifica a existência de quaisquer das deficiências em questão, pois o acórdão embargado enfrentou e decidiu, de maneira integral e com fundamentação suficiente, toda a controvérsia veiculada na inicial.

Veja-se que, em relação aos arts. 790-B, caput e § 4º, e 79-A, § 4º, da CLT, parcela da Ação Direta em relação a qual a compreensão majoritária da CORTE foi pela PROCEDÊNCIA, há perfeita congruência com o pedido formulado pelo Procurador-Geral da República (doc. 1, pág. 71-72), assim redigido:

Requer que, ao final, seja julgado procedente o pedido, para declarar inconstitucionalidade das seguintes normas, todas introduzidas pela Lei 13.467, de 13 de julho de 2017: a) da expressão "ainda que beneficiária da justiça gratuita", do caput, e do § 4º do art. 790-B da CLT; b) da expressão "desde que não tenha obtido em juízo, ainda que em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa," do § 4º do art. 791-A da CLT; c) da expressão "ainda que beneficiário da justiça gratuita," do § 2º do art. 844 da CLT.

Assim, seria estranho ao objeto do julgamento tratar a constitucionalidade do texto restante do caput do art. 790-B e do § 4º do art. 791-A, da CLT.



Mesmo os Ministros que votaram pela procedência total do pedido - Ministros EDSON FACHIN, RICARDO LEWANDOWSKI e ROSA WEBER - declararam a inconstitucionalidade desses dispositivos na mesma extensão que consta da conclusão do acórdão.

Assim, a pretexto de evidenciar contradição do acórdão embargado, as ponderações lançadas pelo Embargante traduzem, em rigor, mero inconformismo com a decisão tomada, pretendendo rediscutir o que já foi decidido ou inovar no objeto do julgamento, objetivo que, como sabido, é alheio às hipóteses de cabimento típicas dos embargos declaratórios.

No que diz respeito ao pedido de modulação dos efeitos da decisão, a jurisprudência do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL reconhece a viabilidade de conhecimento de embargos declaratórios para essa finalidade, em sede de controle concentrado de constitucionalidade (ADI3.601-ED, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, DJe de 15/12/2010).

Para essa avaliação, contudo, é necessário que a embargante comprove a presença de elementos excepcionais que justifiquem a retração, no tempo, dos efeitos da decisão de invalidade, que de regra operam ex tunc (ADI 3.794-ED, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, DJe de 25/2/2015; e a ADI 4.876-ED, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, DJe de 18/8/2015). No caso, todavia, não se vislumbra plausibilidade na modulação pretendida pelo Embargante, mediante a atribuição de eficácia prospectiva ao julgado.

Os efeitos cogitados como justificativa para essa modulação são mencionados genericamente na petição de Embargos Declaratórios, como a possibilidade de que a União venha a ser demandada pelo pagamento de encargos sucumbenciais ("formalização de inúmeras pretensões indenizatórias em face da União"). Em face de situações concretas, a União terá a oportunidade processual de demonstrar a presença ou não do ônus em arcar com esse pagamento, podendo demonstrar, por exemplo, que o jurisdicionado detinha capacidade econômica à época em que teve que arcar com encargos sucumbenciais. Mas, considerando que a CORTE entendeu pela inconstitucionalidade da norma que onerou a situação dos beneficiários de justiça gratuita, a eventual responsabilização da União (art. 790-B, § 4º, in fine, da CLT) não inibe a atribuição dos efeitos normais ao julgamento.

Assim, entendo ausentes razões de segurança jurídica ou excepcional interesse público (art. 27 da Lei 9.868/1999) a recomendar a atribuição de eficácia ex nunc à declaração de inconstitucionalidade da lei impugnada na presente Ação Direta.

Diante do exposto, REJEITO OS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO opostos pelo Advogado-Geral da União(.....)".

A decisão do Pleno do STF no julgamento dos embargos declaratórios na ADI 5766, foi unânime, com a publicação do respectivo acórdão no dia 29 de junho de 2022, no sentido de que a inconstitucionalidade, assim como consta em trecho do voto do redator designado no acórdão primeiro, em contrariedade aos debates e ao dispositivo, reitero, está adstrita à redução de texto do §4º, do art. 791-A, da CLT, o que vai redundar na suspensão da cobrança dos honorários advocatícios da clientela antes indicada, pelo prazo de 2(dois) anos, sem a possibilidade de execução nos mesmos autos ou em outros(vedada qualquer compensação com crédito trabalhista em favor da parte obreira).

Não repetirei aqui os fundamentos expostos tantas vezes em outros feitos para declarar a inconstitucionalidade de todo o dispositivo legal em questão, muito menos continuarei, a não ser que sobrevenha decisão diferente do STF em embargos declaratórios de embargos declaratórios,



realizando outras leituras a respeito do último acórdão plenário do Supremo Tribunal Federal (junho-2022).

Por isso mesmo, o parágrafo quarto, do art. 791-A, da CLT, será aplicado com total e veemente ressalva de entendimento, a partir da redação que dele remanesceu intacta, nos seguintes termos:

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

(...)

§ 4º Vencido o beneficiário da justiça gratuita, 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".

Aliás, a decisão do STF, com redução de texto do §4º, do art.791-A, da CLT, coincide com o que restara proclamado antes pelo Pleno do TRT 10, ao editar o Verbete nº 75, cuja redação é desde logo transcrita:

"VERBETE 75- TRT 10. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. GRATUIDADE JUDICIÁRIA. ART. 791-A, § 4º, DA CLT. INCONSTITUCIONALIDADE PARCIAL. É inconstitucional a expressão "...desde que não tenha obtido em juízo, ainda que em outro processo, créditos capazes e suportar a despesa...", do art. 791-A da CLT, devendo ser suspensa a exigibilidade dos honorários advocatícios, assim como afastada a sua compensação com outros créditos trabalhistas, quando se tratar de parte hipossuficiente (art. 5º, incisos II e LXXIV da CF). Decisão adotada por maioria absoluta do Tribunal Pleno na ArgInc-0000163.15.2019.5.10.0000 para os fins do art. 97 da Constituição Federal".

Ao final da análise de todas as questões, a partir do julgamento dos embargos declaratórios nos autos da ADI 5766, o Supremo Tribunal Federal, no mês de junho de 2022, em sua composição plenária, decidiu pela inconstitucionalidade do §4º, do art. 791-A, da CLT, com redução de texto para proibir a execução imediata ou a compensação do valor dos honorários advocatícios devidos pela parte trabalhadora beneficiária da justiça gratuita com os créditos em seu favor alcançados judicialmente, quer nos próprios autos ou em qualquer outro processo judicial, cujo quadro



jurídico daí advindo resulta inexoravelmente na suspensão da cobrança da dívida obreira, nos termos remanescentes do dispositivo legal antes indicado. A decisão plenária do STF de 2022, em última análise, corrobora a compreensão externada pelo Verbete 75, do TRT 10, aprovado em 2019 pelo Plenário do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região como resultado da declaração de inconstitucionalidade parcial da norma legal objeto de toda o debate.

Declararia a inconstitucionalidade total do §4º, do art. 791-A, da CLT, para, com efeito, vedar a cobrança de honorários advocatícios da parte obreira beneficiária da justiça gratuita, no entanto, com veemente ressalva de entendimento em sentido contrário, aplico a fração que remanesceu do dispositivo legal em questão, em cumprimento ao decidido pelo STF em caráter vinculante nos autos da ADI 5766 e, ainda, em observância ao conteúdo do Verbete nº 75, do TRT 10, mantido na íntegra pelo Supremo Tribunal Federal.

Desse modo, a verba honorária devida pela parte trabalhadora ficará sob condição suspensiva pelo prazo de 2(dois) anos, sem nenhuma possibilidade de compensação com qualquer crédito trabalhista ou outro existente no âmbito dos processos em curso na Justiça do Trabalho, ocorrendo a respectiva extinção da dívida, ultrapassado aquele prazo legal.

Ressalva de entendimento do relator, que em nome da integridade dos princípios constitucionais do acesso à Justiça e da gratuidade judiciária, reconhecia a inconstitucionalidade de todo o parágrafo quarto, do art. 791-A, da CLT.

Por outro lado, tendo em vista a inversão da sucumbência, impõe-se a condenação da reclamada ao pagamento dos honorários em favor dos advogados da reclamante, no percentual fixado na origem de 15% sobre o valor que resultar da liquidação.

III - CONCLUSÃO

Pelo exposto, conheço do recurso da reclamante e, no mérito, dou-lhe parcial provimento para condenar a reclamada ao pagamento de: a) horas excedentes à oitava diária ou à 44ª semanal, de acordo com o critério mais benéfico à credora, com adicional de 50%; b) uma hora de intervalo intrajornada, com o adicional de 50% e reflexos até 10.11.2017; 20 minutos de intervalo intrajornada a partir de 11.11.2017 (entendimento prevalecente na 1ª Turma - ressalva de entendimento pessoal do relator quanto à incidência da alteração legislativa); c) adicional noturno (20% sobre as horas trabalhadas a partir das 22:00 horas - art. 73 da CLT); d) reflexos das horas extras em RSR, férias mais 1/3, 13º salário e FGTS; e) honorários advocatícios no percentual de 15% sobre o valor que resultar da liquidação.



Invertidos os ônus de sucumbência.

Custas pela reclamada, no importe de R\$ 2.000,00 (dois mil reais), calculadas sobre R\$ 100.000,00 (cem mil reais), valor provisório da condenação.

Tudo nos termos da fundamentação.

É o voto.

ACÓRDÃO

Por tais fundamentos, **ACORDAM** os integrantes da egrégia Primeira Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 10.^a Região, conforme certidão de julgamento, em aprovar o relatório, conhecer do recurso da reclamante e, no mérito, dar-lhe parcial provimento para condenar a reclamada ao pagamento de: a) horas excedentes à oitava diária ou à 44^a semanal, de acordo com o critério mais benéfico à credora, com adicional de 50%; b) uma hora de intervalo intrajornada, com o adicional de 50% e reflexos até 10.11.2017; 20 minutos de intervalo intrajornada a partir de 11.11.2017 (entendimento prevalecente na 1^a Turma - ressalva de entendimento pessoal do relator quanto à incidência da alteração legislativa); c) adicional noturno (20% sobre as horas trabalhadas a partir das 22:00 horas - art. 73 da CLT); d) reflexos das horas extras em RSR, férias mais 1/3, 13º salário e FGTS; e) honorários advocatícios no percentual de 15% sobre o valor que resultar da liquidação. Invertidos os ônus de sucumbência. Custas pela reclamada, no importe de R\$ 2.000,00 (dois mil reais), calculadas sobre R\$ 100.000,00 (cem mil reais), valor provisório da condenação. Tudo nos termos do voto do Desembargador Relator. Ementa aprovada.

GRIJALBO FERNANDES COUTINHO
Desembargador Relator

464

DECLARAÇÃO DE VOTO



Assinado eletronicamente por: GRIJALBO FERNANDES COUTINHO - 13/10/2023 19:01:39 - d575155
<https://pje.trt10.jus.br/segundograu/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam?nd=23070617324911400000016026276>
Número do processo: 0000602-50.2020.5.10.0013 ID. d575155 - Pág. 36
Número do documento: 23070617324911400000016026276

