



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

Recurso Ordinário Trabalhista 0020951-92.2022.5.04.0103

Relator: ANA LUIZA HEINECK KRUSE

Processo Judicial Eletrônico

Data da Autuação: 05/09/2023

Valor da causa: R\$ 596.167,23

Partes:

RECORRENTE: ANTONIO CARINGI DE AQUINO

ADVOGADO: GRACIELA JUSTO EVALDT

RECORRENTE: EMS S/A

ADVOGADO: LEONARDO SANTINI ECHENIQUE

RECORRIDO: ANTONIO CARINGI DE AQUINO

ADVOGADO: GRACIELA JUSTO EVALDT

RECORRIDO: EMS S/A

ADVOGADO: LEONARDO SANTINI ECHENIQUE



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

Identificação

PROCESSO nº 0020951-92.2022.5.04.0103 (ROT)
RECORRENTE: ANTONIO CARINGI DE AQUINO, EMS S/A
RECORRIDO: ANTONIO CARINGI DE AQUINO, EMS S/A
RELATOR: ANA LUIZA HEINECK KRUSE

EMENTA

RECURSO ORDINÁRIO DA RECLAMADA. NORMAS COLETIVAS APLICÁVEIS. VENDEDOR-PROPAGANDISTA. São aplicáveis ao contrato de trabalho as normas coletivas vigentes na base territorial do local da prestação de serviços ainda que a empregadora mantenha sua sede fora do Estado do Rio Grande do Sul. Situação em que a empresa não aplicava os instrumentos normativos correspondentes à localidade em que o trabalhador prestava serviços, relativos à categoria profissional representada pelo Sindicato dos Propagandistas, Propagandistas- Vendedores e Vendedores de produtos Farmacêuticos do Estado do Rio Grande do Sul - SINPROVERGS. Recurso ordinário da reclamada não provido, no item.

RECURSO ORDINÁRIO DO RECLAMANTE. DIFERENÇAS DE PRÊMIOS. Não tendo a reclamada juntado todos os documentos necessários para apuração dos valores efetivamente devidos, ônus que lhe incumbia diante dos art. 818, II, da CLT e 373, II, do CPC, bem como em face do princípio da melhor aptidão para prova, o reclamante faz *jus* ao pagamento de diferenças de prêmios no percentual de 30% sobre os valores quitados, em face dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade e das decisões desta Turma análogas. Recurso ordinário do reclamante provido, no item.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

ACORDAM os Magistrados integrantes da 4ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região: por unanimidade, **DAR PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO ORDINÁRIO DA RECLAMADA**, EMS S/A, para fixar a jornada como sendo, de segunda a sexta, das 8h as 19h30, com 1 hora de intervalo intrajornada; excluir a condenação ao pagamento do intervalo intrajornada não usufruído e reflexos; excluir a condenação ao pagamento das diferenças dos repousos e feriados pagos e reflexos; determinar a observância do divisor 220, sendo devidas horas extras após 8 horas diárias e 44 horas semanais, com os mesmos parâmetros e reflexos da condenação de origem. Por unanimidade, **DAR**



PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO ORDINÁRIO DO RECLAMANTE, ANTONIO CARINGI DE AQUINO, para fixar que, antes de março de 2020 e após janeiro de 2022, 1 vez por mês a jornada encerrava às 23h, em razão da participação em jantares, e de março de 2020 a dezembro de 2021, 1 vez a cada bimestre, a jornada encerrava às 21h30, em razão da participação em *webmeetings*; acrescer à condenação o pagamento de adicional noturno, observada a hora noturna reduzida (art. 73, § 1º, da CLT), com reflexos em repousos semanais remunerados e feriados, férias com 1/3, 13ºs salários, aviso-prévio e FGTS com indenização de 40%; reduzir a condenação ao pagamento de honorários advocatícios para o percentual de 5% do valor atualizado dos pedidos totalmente improcedentes e para determinar que permaneçam sob condição suspensiva de exigibilidade, vedada sua dedução de créditos obtidos neste ou em outro processo; acrescer à condenação o pagamento de diferenças em 30% sobre o valor dos prêmios pagos mensalmente ao reclamante, com reflexos em repousos semanais remunerados e feriados, horas extras, 13º salário, férias com 1/3, aviso-prévio e FGTS com indenização de 40%; relegar à liquidação de sentença a fixação dos critérios de juros e correção monetária. Valor da condenação acrescido em R\$20.000,00, e custas acrescidas em R\$400,00, para os fins legais.

Sustentação oral: *VÍDEO* Adv.: Graciela Justo Evaldt (PARTE: Antonio Caringi de Aquino). Declinou.

Intime-se.

Porto Alegre, 13 de março de 2024 (quarta-feira).

RELATÓRIO

Inconformadas com a sentença de ID e40312c, as partes recorrem.

O reclamante recorre, por meio do recurso ordinário de ID 69c4666, buscando a reforma do julgado quanto aos seguintes itens: participação do autor em jantares e eventos online com clientes - horas extras e adicional noturno; intervalo intrajornada - Súmula 437, I, do TST; diferenças de prêmios; honorários de sucumbência; dedução; juros e correção monetária; forma de cálculo do imposto de renda; cumprimento da determinação do art. 832, § 3º, da CLT; prequestionamento.

A reclamada recorre, por meio do recurso ordinário de ID 58481fb, buscando a reforma do julgado quanto aos seguintes itens: enquadramento sindical - aplicação da Súmula 374 do TST; horas extras - art. 62, I, da CLT; jornada realizada; parâmetros de liquidação; diferenças de RSR - sábado - dia útil não trabalhado; divisor 220; justiça gratuita; honorários de sucumbência.



Custas recolhidas e depósito recursal efetuado (ID 52bfc2e; ID 764c9ca e ID 451d5f3).

Contrarrazões apresentadas pelo reclamante, de ID 2cd8df6, e pela reclamada, ID 254a9c5.

É o relatório.

FUNDAMENTAÇÃO

1. RECURSO ORDINÁRIO DA RECLAMADA

ENQUADRAMENTO SINDICAL - APLICAÇÃO DA SÚMULA 374 DO TST

O Juízo de origem entendeu aplicável as normas coletivas juntadas com a inicial, firmadas entre o Sindicato dos Propagandistas, Propagandistas-Vendedores e Vendedores de Produtos Farmacêuticos do Estado do Rio Grande do Sul (SINPROVERGS) e o Sindicato da Indústria de Produtos Farmacêuticos no Estado do Rio Grande do Sul.

A reclamada recorre. Alega que é incontroverso nos autos que propagandistas de produtos farmacêuticos pertencem a categoria diferenciada, estando cobertos, portanto, pela abrangência da Súmula 374 do C. TST. Menciona que a aplicação da Súmula 374 do TST é plenamente possível para situações em que o empregado presta serviços em um estado e a empresa possui sua sede em outro, quando trata-se de categoria diferenciada. Argumenta que restou incontroverso nos autos que a recorrente não possui sede no Estado do Rio Grande do Sul, mas tão somente no Estado de São Paulo (cidade de Hortolândia - SP), razão pela qual a recorrente é vinculada ao Sindicato da Indústria de Produtos Farmacêuticos no Estado de São Paulo - SINDUSFARMA, com o qual firmou os instrumentos coletivos aplicáveis ao recorrido. Salienta a ocorrência de violação ao artigo 5º, inciso XXI e no artigo 8º, inciso V, da CF c/c os artigos 511, 611 § 1º e 612 da CLT da CLT e na Súmula nº 374 do Tribunal Superior do Trabalho, e, por corolário, aos artigos 5º, inciso II e 7º, inciso XXVI, ambos da CF. Salienta que, sendo flagrante a não representatividade do Sindicato do Rio Grande do Sul perante os empregados da Recorrente, devem ser julgados improcedentes as pretensões que se vinculam a benefícios previstos em suas convenções coletivas, tais como os reajustes salariais deferidos e reflexos. Sucessivamente, sob a alegação da aplicação da teoria do conglobamento, requer sejam compensados/subtraídos da condenação todos os benefícios recebidos no período de vigência do contrato de trabalho mantido entre o recorrido e a recorrente, por força das normas coletivas em que esta é signatária (SINDUSFARMA - SINPROVESP).

Analiso.



O reclamante foi contratado em 15.02.2016, para exercer a função de "propagandista JR", prestando serviços no estado do Rio Grande do Sul, tendo sido dispensado, sem justa causa, em 05.12.2022 (contrato de trabalho de ID fe6046d - Pág. 1 e TRCT de 9a08799 - Pág. 1).

As convenções coletivas juntadas pelo reclamante foram firmadas entre o Sindicato dos Propagandistas, Propagandistas-Vendedores e Vendedores de Produtos Farmacêuticos do Estado do Rio Grande do Sul (SINPROVERGS) e o Sindicato da Indústria de Produtos Farmacêuticos no Estado do Rio Grande do Sul (ID dfcde3a e ID b0564a3).

Ainda que se considere que o reclamante integra categoria diferenciada, verifico que o Sindicato que representa o autor é o SINPROVERGS; e que a reclamada, embora com sede em São Paulo, por sua atuação na base territorial do Rio Grande do Sul, é legitimamente representada neste estado pelo Sindicato da Indústria de Produtos Farmacêuticos no Estado do Rio Grande do Sul, independente de sua filiação a ele.

Por tal razão, a reclamada estava representada por entidade sindical no estado do Rio Grande do Sul, quando da negociação das normas coletivas adunadas aos autos pelo reclamante, razão pela qual não há falar em violação à Súmula 374 do TST.

De outro lado, tal conclusão está em consonância com o princípio da territorialidade, aplicando-se a norma coletiva vigente no local da prestação dos serviços. Por esse motivo, não há falar em aplicação da teoria do conglobamento, uma vez que não há conflito de normas aplicáveis, mas apenas uma norma territorialmente aplicável ao reclamante. Assim, não há como aplicar a compensação, como pretendido pela reclamada.

A propósito, já decidi esta C. Turma, em situação análoga e em face da mesma ré, nos autos 0021384-04.2019.5.04.0006 (ROT), em 27.04.2023, acórdão proferido por esta Desembargadora Relatora, com participação no julgamento do Desembargador George Achutti e da Juíza Convocada Anita Job Lubbe.

Nesse mesmo sentido, já decidi a SBDI-I do E. TST, em situação semelhante, *in verbis*:

"EMBARGOS REGIDOS PELA LEI Nº11.496/2007. ENQUADRAMENTO SINDICAL. CATEGORIA PROFISSIONAL DIFERENCIADA. NORMAS COLETIVAS APLICÁVEIS. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS EM LOCALIDADE DIVERSA DA SEDE DA EMPRESA. Discute-se, no caso, qual a norma coletiva aplicável à reclamante - vendedora-propagandista, pertencente a categoria profissional diferenciada - se aquelas firmadas pelos sindicatos do Rio Grande do Sul, local da prestação de serviços, ou as de São Paulo, sede da reclamada. A representação sindical é definida pelos critérios da atividade preponderante do empregador e da territorialidade, este último decorrente da unicidade sindical prevista no artigo 8º, inciso II, da Constituição Federal. Assim, o enquadramento sindical deve considerar o local da prestação de serviços, após o que deverá ser observada a atividade preponderante do empregador para fins de incidência



das normas coletivas correspondentes, exceto no caso de empregado pertencente a categoria profissional diferenciada, conforme disposição do artigo 511, § 3º, da CLT, quando incidirão as normas próprias. Logo, ao contrato de trabalho de empregado pertencente a categoria profissional diferenciada, aplicam-se as normas coletivas firmadas pelo sindicato correspondente do local da prestação dos serviços para definir seu enquadramento sindical, em estrita observância ao critério da territorialidade. Desse modo, considerando que a reclamante pertence a categoria profissional diferenciada e prestou serviços no Estado do Rio Grande do Sul, ao seu contrato de emprego devem incidir as normas coletivas dos vendedores propagandistas deste Estado, em detrimento daquelas da localidade da sede da empresa, como corolário do que dispõe o artigo 8º, inciso II, da Constituição Federal. Além disso, depreende-se dos autos que a reclamada integra a categoria da indústria farmacêutica, com atuação no Estado do Rio Grande do Sul, pelo que se conclui que ela foi representada pelo sindicato respectivo. Assim, não há falar em ausência de participação da reclamada nas negociações coletivas relativas à categoria diferenciada - vendedor propagandista -, haja vista que os seus interesses foram representados pelo Sindicato das Indústrias de Produtos Farmacêuticos do Rio Grande do Sul, local onde houve a prestação de serviços. Acrescenta-se, ainda, que acolher a pretensão da reclamada importaria em favorecer concorrência desleal, à medida que a aplicação das normas coletivas firmadas pelo sindicato patronal de São Paulo às relações empregatícias em curso no Estado do Rio Grande do Sul tornaria o custo da mão de obra da reclamada mais barato do que das demais sociedades empresárias do ramo em atividade no mesmo Estado. Nesse aspecto, é importante salientar que, nesses casos em que os reclamantes pedem diferenças, é óbvio que as normas coletivas locais são mais favoráveis aos trabalhadores, senão não ajuizariam a reclamação. Assim, essas normas coletivas locais são mais gravosas para as empresas locais, o que significa que elas têm custos maiores do que a concorrente de São Paulo. Diante disso, pode-se concluir que a adoção automática do entendimento da Súmula nº 374 desta Corte sem levar essa disparidade em consideração rebaixa o nível de proteção de todos os trabalhadores, aplicando sempre a norma coletiva menos favorável, o que contraria o princípio da proteção, elementar do Direito do Trabalho. Ressalta-se que a relação jurídica de direito material objeto desta demanda não tem natureza civil, em que há igualdade das partes contratantes evidenciada pela livre manifestação de vontade, mas trabalhista, em que as partes são econômica e juridicamente desiguais, o que atrai a aplicação de todo o arcabouço normativo tuitivo do Direito do Trabalho. Com esse entendimento, protege-se o trabalhador e, também, a livre concorrência entre os empregadores, não permitindo a redução artificial de custos em relação aos empreendedores locais, que têm gastos maiores com custeio de pessoal, pois têm de aplicar as normas coletivas locais, que lhe são mais onerosas e, simetricamente, mais favoráveis a seus empregados. Esse, aliás, foi o entendimento adotado pela maioria dos integrantes desta Subseção no julgamento do processo E-ED-RR-96900-23.2007.5.04.0015, publicado no DEJT de 19/5/2017, na sessão do dia 9/2/2017, ocasião em que o voto de vista regimental deste Relator prevaleceu em controvérsia idêntica à dos autos, para restabelecer a decisão regional no aspecto em que se determinou a aplicação das normas coletivas firmadas entre o Sindicato dos Propagandistas-Vendedores e Vendedores de Produtos Farmacêuticos do Estado do Rio Grande do Sul e o Sindicato da Indústria de Produtos Farmacêuticos no Estado do Rio Grande do Sul. Também foi a conclusão a que se chegou por unanimidade no julgamento do E-ED-ARR-1418-37.2010.504.0017, na sessão do dia 1º/6/2017, acórdão publicado no DEJT de 9/6/2017, de relatoria do Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte. No que tange à Súmula nº 374 desta Corte, o exame dos precedentes que ensejaram a edição da referida súmula revela que o entendimento deste Tribunal foi de não admitir a incidência de instrumento coletivo negociado por categorias profissionais e econômicas distintas, do qual não participou, diretamente ou mediante representação, o empregador, de modo que o simples fato de o trabalhador ser integrante de categoria profissional diferenciada não basta, por si só, para gerar obrigações a uma sociedade empresária que não



participou das negociações. Logo, o que se percebe é que a premissa fática dos autos, concernente à representação da reclamada na negociação coletiva, é distinta da dos julgados que culminaram com a edição da Súmula nº 374 desta Corte. Nesse contexto, verifica-se que a Turma, ao manter a decisão regional pela qual se determinou a incidência das normas coletivas firmadas pelo sindicato profissional do Rio Grande do Sul, está em estrita consonância com o ordenamento jurídico e a jurisprudência desta Corte sobre a matéria, razão pela qual não merece reparos. Embargos conhecidos e desprovidos." (PROCESSO Nº TST-E-RR-931-15.2010.5.04.0002, Relator: Ministro José Roberto Freire Pimenta, SBDI-I do TST, 24.08.2017).

Assim, deve ser mantida a sentença de origem, que considerou aplicáveis as normas colacionadas com a petição inicial (SINPROVERGS).

Nego provimento ao recurso ordinário da reclamada.

2. RECURSO ORDINÁRIO DA RECLAMADA E RECURSO ORDINÁRIO DO RECLAMANTE - MATÉRIA CONEXA - ANÁLISE CONJUNTA

2.1. HORAS EXTRAS - ART. 62, I, DA CLT - JORNADA REALIZADA - PARÂMETROS DE LIQUIDAÇÃO - DIFERENÇAS DE RSR - SÁBADO - DIA ÚTIL NÃO TRABALHADO - DIVISOR 220 - PARTICIPAÇÃO DO AUTOR EM JANTARES E EVENTOS ONLINE COM CLIENTES - HORAS EXTRAS E ADICIONAL NOTURNO - INTERVALO INTRAJORNADA - SÚMULA 437, I, DO TST

O Juízo de origem entendeu pelo não enquadramento do reclamante na exceção do art. 62, I, da CLT, fixando a jornada, como sendo, de segunda à sexta-feira, das 8h às 21h, com 45 minutos de intervalo para repouso e alimentação - incluídas nesta as horas gastas em atividades internas como verificação da correspondência eletrônica, preparação da visitação do dia seguinte, conferência do material de propaganda e etc. Em razão da jornada fixada, condenou a ré ao pagamento de horas extras, após 8 horas diárias, observados os adicionais previstos em norma coletiva (50% duas primeiras e 100% as demais), e seus reflexos em repouso semanais remunerados, aviso prévio, férias acrescidas de 1/3, gratificações natalinas e FGTS com indenização de 40%. Ainda, em razão da violação ao intervalo intrajornada, condenou a ré ao pagamento do valor correspondente a 15 minutos diários com acréscimo de 50% e seus reflexos em repouso semanais remunerados, feriados, férias acrescidas de 1/3, gratificações natalinas e FGTS. Por último, condenou a ré ao pagamento das diferenças dos repouso e feriados pagos, em razão do cálculo estabelecido pelas norma coletiva de quem trabalhar em sábados, domingos e feriados gozará folga correspondente em igual número de dias úteis, com reflexos em décimos terceiros salários, férias com 1/3, aviso-prévio, FGTS com a multa de 40%.

O reclamante recorre. Alega que o Juízo de origem não considerou a participação do autor em jantares e eventos online com clientes. Menciona que, não estando enquadrado na exceção do art. 62, I, da CLT e



não tendo a ré juntado os cartões de ponto, deve a jornada observar os termos da exordial. Pleiteia a condenação da ré ao pagamento de horas extras, em razão da participação do autor em jantares com médicos, arbitrando-se a participação do reclamante conforme descrito na exordial, ou seja, um jantar mensal, das 20h às 23h30, e um evento webmeeting bimestral online das 20h a 21h30, com os mesmos reflexos já deferidos pela r. sentença para as demais horas extras. Ainda, refere que, com a majoração da jornada de trabalho, deve a ré ser condenada ao pagamento de adicional noturno, observada a hora noturna reduzida, com reflexos em repouso semanais remunerados e feriados e, após, em decorrência do aumento da média remuneratória, em décimos terceiros salários, férias com 1/3, aviso-prévio e FGTS com multa de 40%, observado o que determina a Orientação Jurisprudencial nº 97 do E. TST. Quanto ao intervalo intrajornada, alega que faz *jus* a um hora extra ficta (com o adicional respectivo e reflexos) pela não fruição do intervalo intrajornada, nos termos da Súmula 437 do TST, em razão de o reclamante ter sido contratado antes da vigência da Lei 13.467 de 2017. Sucessivamente, pleiteia seja a reclamada condenada ao pagamento do período integral de 1 hora (ficta) pela supressão parcial do intervalo intrajornada, na exata previsão da Súmula nº 437 do E. Tribunal Superior do Trabalho, com reflexos até 10 de novembro de 2017 (um dia antes da entrada em vigor da Lei nº 13.467/17), sendo mantida a condenação da empresa ré ao pagamento, como extra, do período faltante para completar uma hora de intervalo intrajornada, ou seja, 20 minutos, para o período compreendido entre o dia 11 de novembro de 2017 até 05 de dezembro de 2022.

Por sua vez, a reclamada recorre. Alega que o reclamante está enquadrado na exceção do art. 62, I, da CLT, possuindo plena autonomia para organizar sua agenda, visitas a médicos e farmácias, e qualquer outra atividade que se fizesse necessária ao bom andamento do negócio. Menciona o depoimento da testemunha ouvida a seu convite. Salienta que a atividade do propagandista/gerente é extremamente incompatível com qualquer tipo de controle de jornada. Argumenta que o mero uso de sistemas informatizados para lançamento das informações das visitas não caracteriza qualquer controle ou possibilidade de sobre a jornada de trabalho. Quanto à jornada fixada, salienta que, restou demonstrado nos autos que empregados de força de vendas, normalmente atuam dentro do horário comercial (das 8h00 às 18h00), uma vez que farmácias sequer atendem fora desse horário. Ainda, refere que como é possível verificar pelo depoimento da testemunha ouvida a seu convite, conseguia realizar o intervalo intrajornada de no mínimo uma hora, além de realizar as suas atividades administrativas dentro de seu horário de trabalho, não sendo necessário, ao contrário do absurdo entendimento do MM. Juízo de Primeiro grau, realizar referidas atividades após o expediente. Requer a exclusão da condenação, sucessivamente, pleiteia a limitação da condenação apenas àquelas horas que ultrapassarem a 44ª semanal, bem como seja observado o divisor 220, pois o sábado é dia útil não trabalhado, não havendo qualquer disposição legal ou normativa que estipule o contrário. Pleiteia não sejam devidas integrações em RSR, tendo em vista o fato de que o Recorrido recebia salário mensal, no qual já está incluído o pagamento dos DSRs, conforme entendimento consolidado na OJ nº 394 da SDI-1 do C. TST. Requer seja aplicado o entendimento



firmado por meio da OJ 397 da SDI-I do TST e Súmula 340 do TST. Por último, pleiteia a absolvição das diferenças de repouso semanal remunerado, uma vez que o sábado é dia útil não trabalhado.

Analiso.

- art. 62, I, da CLT

O art. 62 da CLT exclui da necessidade de controle de horários: "*I - os empregados que exercem atividade externa, incompatível com a fixação de horário de trabalho.*"

O limite de duração das jornadas laborais é uma das maiores conquistas da classe trabalhadora ao longo da história. As exceções à regra geral exigem prova suficiente do enquadramento, sob pena de restar violada a proteção, relativa a normas de higiene, saúde e segurança do trabalhador.

A falta de registro de horário pelo empregador e o exercício de atividade externa não são suficientes para configuração da exceção, porque se exige a efetiva impossibilidade de o trabalho ser controlado pelo empregador, ou seja, a incompatibilidade da atividade com a fixação de horário. E para o exame desta caracterização, utiliza-se o princípio da primazia da realidade, analisando-se a incompatibilidade do trabalho prestado com a fixação de horário e a possibilidade de haver ou não a fiscalização do empregador.

Em primeiro lugar, verifico que não há provas de que foi anotada a sujeição ao art. 62, I, da CLT na CTPS, constando apenas no registro de empregado de ID 0d5475b - Pág. 1, não tendo a ré cumprido integralmente o requisito formal necessário previsto no mencionado artigo.

Na audiência de ID de40bbc, a testemunha ouvida a convite do reclamante referiu que:

"(...) o modo de atuação de todos os representantes é bem semelhante variando o tempo de viagem conforme a região; que havia meta de visitação diária, sendo que o depoente tinha 15 visitas, em média; que tinham um roteiro de visitas a seguir, fornecido pela reclamada, sendo que o depoente fazia alguns ajustes pontuais, como por exemplo, algum médico falecia ou se mudava de cidade quando fazia a substituição e submetia à aprovação da gerencia; que recebeu um IPAD quando iniciou a trabalhar e tinha localizador constantemente ligado; que as vistas eram lançadas no sistema SFNET, logo após o término da visita, conforme determinado pela empresa; que no momento que lançava a visita como concluída ficava registrado o horário de visitação ao médico; que a empresa tinha ciência desta visita pois ia diretamente para empresa em tempo real; que havia acompanhamento presencial do gerente uma vez por mês; que caso precisasse sair para tarefa pessoal tinha de avisar ao gerente; que as visitas iniciavam as 8h e terminava por volta das 19h, em média, podendo encerrar um pouco mais cedo ou um pouco mais tarde; que o depoente tinha intervalo para almoço de 40 a 50 minutos, em média; que além das visitas o representante tinha cursos por fazer, organizar porta malas e prestação de contas, além de responder e-mails ao gerente; que estas atividades eram feitas quando chegava em casa ou quando chegava no hotel, demandando em torno de 1h30min, diariamente; que também participava de jantares com médicos quando



havia lançamento de produtos além de jantares de relacionamentos quando havia verba da empresa; que havia de 1 a 2 eventos mensais, em média, acontecendo normalmente a noite, iniciando por volta das 19h30min a 23h30min/zero hora; que faziam uma explanação do medicamento via IPAD e depois ficavam confraternizando, estreitando o relacionamento; que enviavam relatório com a lista dos médicos presentes para depois fazer a prestação de contas; que não havia compensação de horário pois a rotina era a mesma; (...) que quando lançava a visita esta já ficava "verde" no sistema sendo que provavelmente a empresa já tivesse ciência; (...)."

Por sua vez, a testemunha ouvida a convite da ré mencionou que (ID de40bbc):

"(...) a depoente elabora seu próprio roteiro pois a empresa fornece um painel de médicos, não precisando passar pela aprovação da gerencia; que na época a depoente e o reclamante tinham gerentes diferentes; que a depoente não tinha horário fixo de trabalho mas tem uma organização das 08h as 18h , podendo começar mais cedo ou terminar mais cedo havendo flexibilidade; que tinha de cumprir 90% da tela de médicos, durante o ciclo que pode ser de 4 a 5 semanas; que para cumprir a meta tinha de realizar em torno de 13 visitas diárias, podendo ser 14 num dia e 12 no outro; que não precisava avisar o gerente caso precisasse resolver algum problema pessoal; que caso encerre a jornada mais cedo não precisava avisar o gerente; que o roteiro é um planejamento que irão fazer no dia mas não precisa ser cumprido à risca; que o roteiro consta no sistema ; que podem alterar o roteiro durante o dia caso não venha a ser atendido por algum médico, por exemplo, não precisando comunicar esta alteração; que lança a vista no sistema SFNET; que a ciência da visita não é automática, somente após a sincronização; que faz 3 sincronizações por dia em horários distintos, geralmente no início, no intervalo e no no final do dia, não havendo horário fixo; (...) que a empresa não tem como saber o horário de cada visita, exceto quando estiver acompanhada pelo gerente, o que ocorre 1 ou 2 vezes por mês; que o gerente acompanha para verificar o relacionamento do propagandista com o médico, conhecimento técnico sobre o produto; que recebem um planejamento mensal de acompanhamento todo início de ciclo; que o horário de almoço é definido pela depoente, variando entre 1h e 2h, mas nunca menos de 1 hora; que quando está aguardando o médico a depoente responde e-mails, lança visitas e outras atividades burocráticas; que normalmente consegue ver treinamento do lançamento de produtos quando está aguardando para fazer a visita pois os vídeo são curtos de 10 a 15 minutos; que a participação nos eventos não pé obrigatória mas é de interesse do propagandista; que a empresa fornece uma verba para realização destes eventos; que pode usar a verba como entender; que os eventos acontecem geralmente a noite das 19h30min/20h até as 22h;/23 h, podendo compensar , acordando com o gerente; (...) que não sabe informar se o reclamante compensou algum horário de algum evento no qual participou; (...)"

Da prova oral colhida, extraio que, considerando o horário normal de funcionamento dos consultórios médicos e farmácias, é possível fixar horário de trabalho. Também extraio da prova oral que os propagandistas usavam Ipad, com acesso à internet, em que lançavam as visitas, bem como havia o acompanhamento do gerente nas visitas por 1 ou 2 vezes por mês.

Sob esse viés, ainda que a reclamada não tenha efetivamente realizado controle formal de horários, é evidente a possibilidade de controle, pois a ré têm à disposição o equipamento capaz de acompanhar as



atividades dos empregados. De outro lado, a dinâmica do trabalho realizado pelo reclamante também permite a fixação de uma jornada e o acompanhamento do trabalho realizado, inclusive pessoalmente pelo gerente, em alguns dias do mês.

Verifico, seja por meio de roteiros ou relatórios; pelo tipo de atividade realizada, com número de visitas pré-determinadas e endereços conhecidos, além de horários dos profissionais visitados mais ou menos previsíveis; mas, especialmente pelo acesso à tecnologia, que no caso dos autos era perfeitamente possível fixar horário de trabalho ao reclamante, além de controlar o cumprimento deste horário, ainda que a reclamada tenha optado por não fazê-lo.

Desse modo, não estava o reclamante enquadrado na exceção contida no inciso I do art. 62 da CLT, que prevê a realização de atividade externa incompatível com a fixação de horário de trabalho, no mesmo sentido do entendimento do Juízo de origem. Isso porque deve o trabalho externo ser entendido como aquele que não possibilita por qualquer forma, fiscalização e/ou controle da jornada pelo empregador. É evidente a possibilidade de controle de horário das atividades do reclamante; e é justamente a possibilidade de controle que inviabiliza o enquadramento do autor na exceção do dispositivo celetista mencionado.

Assim, nego provimento ao recurso ordinário da reclamada.

- jornada fixada - participação em jantares e eventos online

Inexistentes registros de horários de trabalho do reclamante nos autos, cumpre arbitrar a carga horária média por ele desenvolvida segundo os elementos probatórios contidos nos autos processuais, incidindo à espécie a orientação contida na Súmula 338, I, do TST: *"A não-apresentação injustificada dos controles de frequência gera presunção relativa de veracidade da jornada de trabalho, a qual pode ser elidida por prova em contrário."*

Na petição inicial, o reclamante alegou que laborava, em média, das 8h às 19h, "em campo", com intervalo de 45 minutos, além de 2 horas extras diárias para cumprir extensa relação de tarefas. Ainda, havia a participação em 1 jantar mensal com clientes, das 20h às 23h30min, antes de março de 2020 e em 2022, bem como na pandemia de covid-19, era obrigada a participar de 1 webmeeting bimestral, das 20h às 21h30min (ID d2770c1).

Observo que a testemunha ouvida a convite do reclamante referiu que laborava, em média, das 8h às 19h, demandando mais 1h30 para realizar atividades burocráticas, e, 1 ou 2 vezes por mês, em eventos mensais, das 19h30 às 23h30/00h. Ainda, referiu que usufruía de 45 minutos de intervalo intrajornada (ID de40bbc).



Por outro lado, verifico que a testemunha ouvida a convite da ré mencionou que laborava, em média, das 8h às 18h, usufruindo de 1h a 2h de intervalo intrajornada. Ainda, mencionou que a participação em eventos ocorria das 19h30/20h às 22h/23h (ID de40bbc).

Considerando os limites da inicial, bem como os depoimentos colhidos, entendo que a sentença merece reparo quanto à jornada fixada. Sob esse viés, considerando a média da jornada alegada pelas testemunhas, fixo que o reclamante laborou das 8h às 19h30, abrangendo as visitas e atividades burocráticas; sendo que, antes de março de 2020 e após janeiro de 2022, 1 vez por mês encerrava a jornada às 23h, em razão da participação em jantares, e de março de 2020 a dezembro de 2021, 1 vez a cada bimestre, a jornada encerrava às 21h30, em razão da participação em *webmeetings*. Ainda, considerando os depoimentos das testemunhas, fixo que o reclamante usufruía de 1 hora de intervalo intrajornada.

Diante do exposto, dou provimento parcial ao recurso ordinário da reclamada para fixar a jornada como sendo, de segunda a sexta, das 8h as 19h30, com 1 hora de intervalo intrajornada. Dou provimento parcial ao recurso ordinário do reclamante para fixar que, antes de março de 2020 e após janeiro de 2022, 1 vez por mês a jornada encerrava às 23h, em razão da participação em jantares, e de março de 2020 a dezembro de 2021, 1 vez a cada bimestre, a jornada encerrava às 21h30, em razão da participação em *web meetings*.

- intervalo intrajornada

Considerando que o reclamante usufruía de 1 hora de intervalo intrajornada, período mínimo previsto no art. 71 da CLT, para jornadas superiores a 6 horas, como no caso, não há falar na condenação ao pagamento respectivo.

Dou provimento ao recurso ordinário da reclamada para excluir a condenação ao pagamento do intervalo intrajornada não usufruído e reflexos.

- adicional noturno

Considerando a existência de labor em horário noturno, conforme jornada fixada, o reclamante faz *jus* ao pagamento de adicional noturno, observada a hora noturna reduzida (art. 73, § 1º, da CLT), com reflexos em repousos semanais remunerados e feriados, férias com 1/3, 13ºs salários, aviso-prévio e FGTS com indenização de 40%.

Dou provimento ao recurso ordinário do reclamante para acrescer a condenação o pagamento de adicional noturno, observada a hora noturna reduzida (art. 73, § 1º, da CLT), com reflexos em repousos semanais remunerados e feriados, férias com 1/3, 13ºs salários, aviso-prévio e FGTS com indenização de 40%.



- diferenças de RSR - sábados

No que tange ao labor em sábados, com r. ao Juízo de origem, entendo que as normas coletivas não dispõem acerca do pagamento em dobro do trabalho aos sábados, nem sequer estabelecem o sábado como dia de repouso semanal remunerado ("*Quem trabalhar em sábados, domingos e feriados gozará folga correspondente em igual número de dias úteis.*"). A previsão normativa não transforma o sábado em dia de repouso semanal remunerado. O sábado é dia útil não trabalhado e, se trabalhado, pode ser compensado com folga conforme a previsão normativa (vide, p.ex., cláusula trigésima quarta da CCT 2014/2015, ID d7364c6 - Pág. 81). Assim, não se pode considerar referido dia como de repouso.

Diante do exposto, dou provimento ao recurso ordinário da reclamada para excluir a condenação ao pagamento das diferenças dos repousos e feriados pagos e reflexos.

- OJ 394 da SDI-I do TST

Em razão da habitualidade na prestação das horas extras, subsistem os reflexos em repousos semanais remunerados, conforme entendimento firmado por meio da Súmula 172 do TST.

Entendo, no mesmo sentido do Juízo de origem, que não são devidos reflexos pelo aumento da média remuneratória, uma vez que o contrato de trabalho terminou em 05.12.2022. Incide, no caso, o entendimento da OJ 394, item II, da SDI-I do TST, in verbis:

"REPOUSO SEMANAL REMUNERADO. INTEGRAÇÃO DAS HORAS EXTRAS. REPERCUSSÃO NO CÁLCULO DAS FÉRIAS, DÉCIMO TERCEIRO SALÁRIO, AVISO PRÉVIO E DEPÓSITOS DO FGTS.

I. A majoração do valor do repouso semanal remunerado decorrente da integração das horas extras habituais deve repercutir no cálculo, efetuado pelo empregador, das demais parcelas que têm como base de cálculo o salário, não se cogitando de bis in idem por sua incidência no cálculo das férias, da gratificação natalina, do aviso prévio e do FGTS.

II. O item I será aplicado às horas extras trabalhadas a partir de 20/03/2023."

- OJ 397 da SDI-I do TST e Súmula 340 do TST

O reclamante recebia habitualmente "Prêmio Produção", conforme se observa dos seus recibos de pagamento.

Tais prêmios não se caracterizam como comissão pois eram pagos quando atingidas metas preestabelecidas.



Assim, nos termos da Súmula 122 deste Tribunal Regional, "*A limitação ao adicional de horas extras estabelecida na Súmula 340 do TST não se aplica aos casos em que o empregado recebe prêmios pelo atingimento de metas.*".

A parcela variável não consiste em comissão propriamente dita, mas sim em prêmio pela produção. Se a parcela remunerava a produtividade, pelo alcance de metas, há que se concluir não estar remunerada a hora de trabalho, muito menos a hora extra. Logo, não se cogita na adoção do entendimento vertido na Súmula 340 e na OJ 397 da SBDI 1 do TST.

Nego provimento ao recurso ordinário da reclamada.

- divisor 220 - parâmetros de liquidação

Com r. ao Juízo de origem, entendo pela aplicação do divisor 220, uma vez que no contrato de trabalho de ID fe6046d - Pág. 1 e na ficha de registro de empregado de ID 0d5475b - Pág. 1 apenas há a menção ao enquadramento do art. 62, I, da CLT, não existindo elementos nos autos que levem à conclusão de que o reclamante teria sido contratado para laborar por até 40 horas semanais.

Assim, são devidas horas extras e reflexos, aós 8 horas diárias e 44 horas semanais, observando-se o divisor 220.

Dou provimento ao recurso ordinário da reclamada para determinar a observância do divisor 220, sendo devidas horas extras após 8 horas diárias e 44 horas semanais, com os mesmos parâmetros e reflexos da condenação de origem.

- conclusão

Diante do exposto, dou provimento parcial ao recurso ordinário da reclamada para: fixar a jornada como sendo, de segunda a sexta, das 8h as 19h30, com 1 hora de intervalo intrajornada; excluir a condenação ao pagamento do intervalo intrajornada não usufruído e reflexos; excluir a condenação ao pagamento das diferenças dos repousos e feriados pagos e reflexos; determinar a observância do divisor 220, sendo devidas horas extras após 8 horas diárias e 44 horas semanais, com os mesmos parâmetros e reflexos da condenação de origem. Dou provimento parcial ao recurso ordinário do reclamante para fixar que, antes de março de 2020 e após janeiro de 2022, 1 vez por mês a jornada encerrava às 23h, em razão da participação em jantares, e de março de 2020 a dezembro de 2021, 1 vez a cada bimestre, a jornada encerrava às 21h30, em razão da participação em *webmeetings*; acrescer à condenação o pagamento de adi



cional noturno, observada a hora noturna reduzida (art. 73, § 1º, da CLT), com reflexos em repouso semanais remunerados e feriados, férias com 1/3, 13ºs salários, aviso-prévio e FGTS com indenização de 40%.

2.2. JUSTIÇA GRATUITA - HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA

O Juízo de origem assim decidiu (ID e40312c - Pág. 12):

"(...) O processo foi ajuizado quanto já em vigor a Lei nº 13.467 /2017, pelo que devidos honorários de sucumbência recíproca.

Condeno a reclamada ao pagamento de honorários advocatícios aos procuradores do reclamante, no montante de 15% do valor bruto que se apurar como devido a este em liquidação de sentença (Súmula nº 37 do TRT da 4ª Região).

Outrossim, condeno o reclamante ao pagamento de honorários de sucumbência aos procuradores da reclamada, no montante de 15% dos valores atribuídos aos pedidos em relação aos quais foi integralmente sucumbente.

Quanto aos demais pedidos, a condenação em valor inferior ao postulado não configura sucumbência para fins de fixação dos honorários.

Tendo em vista que concedido ao reclamante o benefício da justiça gratuita, e considerando que os valores da condenação em seu favor são inferiores a cinquenta salários mínimos, fica suspensa a exigibilidade do pagamento, conforme aplicação sistemática das disposições do § 4º do art. 791-A da CLT e do 833, inciso IV e § 2º, do CPC.

Saliente-se que o entendimento supra está em consonância com a nova interpretação dada pelo Ex.mo. Ministro Alexandre de Moraes em decisão em reclamação constitucional, embora seja outra a interpretação dada por este magistrado. (...)"

O reclamante recorre, pleiteando sua absolvição, uma vez que beneficiário da justiça gratuita. Sucessivamente, pleiteia seja reduzido o valor arbitrado a título de honorários de sucumbência, estipulando-se a verba honorária no valor de R\$500,00 ou 5%, mínimo previsto pelo art. 791-A da CLT.

Por sua vez, a reclamada recorre. Alega que o reclamante recebia, além do salário fixo recebido, a remuneração variável, decorrente do pagamento de premiação. Menciona que a remuneração recebida pelo recorrido não lhe permite receber o benefício da justiça gratuita, ante a inexistência de comprovação da insuficiência de recursos. Ainda, quanto aos honorários de sucumbência, aduz que *"ante a existência de sucumbência recíproca, impossível a manutenção da r. sentença quanto ao tema, pois não se pode cogitar a possibilidade de "isentar" o Recorrido de seu pagamento."* Argumenta que o §4º do art. 791- A da CLT goza de presunção de constitucionalidade.

Análise.



De plano, cabe registrar que a presente ação trabalhista foi proposta em 22.12.2022, portanto, na vigência da Lei nº 13.467/2017.

Para a gratuidade de justiça prevista no art. 790, § 3º, da CLT, mesmo com a nova redação conferida pela Lei 13.467/17, não se exige a prova do estado de hipossuficiência financeira àqueles que perceberem salário superior a 40% do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social. Basta a mera afirmação da parte, ou de seu advogado, declarando tal estado de necessidade, conforme entendimento contido no item I da Súmula nº 463 do C. TST, *in verbis*:

"ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. COMPROVAÇÃO (conversão da Orientação Jurisprudencial nº 304 da SBDI-1, com alterações decorrentes do CPC de 2015) - Res. 219/2017, DEJT divulgado em 28, 29 e 30.06.2017 - republicada - DEJT divulgado em 12, 13 e 14.07.2017

I - A partir de 26.06.2017, para a concessão da assistência judiciária gratuita à pessoa natural, basta a declaração de hipossuficiência econômica firmada pela parte ou por seu advogado, desde que munido de procuração com poderes específicos para esse fim (art. 105 do CPC de 2015);"

Destaco que o novo § 4º do art. 790, instituído pela Lei 13.467/2017, ao dispor que o benefício da justiça gratuita será concedido à parte que comprovar insuficiência de recursos para o pagamento das custas, não exclui a declaração da parte ou de seus procuradores como meio eficaz para a comprovação da miserabilidade.

Nesse sentido, ensinam Antônio Umberto de Souza Júnior e outros, na obra Reforma Trabalhista - Análise Comparativa e Crítica da Lei 13.467/2017 e da Med. Prov. Nº 808/2017:

"Ocorre que a Lei nº 13.467/2017 eliminou a parte final do antigo caput do art. 790 da CLT e acrescentou o § 4º em aparente sentido antagônico: "O benefício da justiça gratuita será concedido à parte que comprovar insuficiência de recursos para o pagamento das custas do processo" Terá o novo texto trazido alguma novidade?

Seguramente não. (...)

Portanto, o novo dispositivo não inova - e nem poderia fazê-lo. Simplesmente traz para o interior da CLT a transcrição do texto constitucional. Ora, se não houve tamanha austeridade exegética na leitura da norma de regência constitucional, por que, agora, haveríamos de fazê-lo em relação à norma celetista dotada da mesma textualidade? Por isso, deve a nova regra ser interpretada com a dicotomia jurisprudencialmente construída: a) quando se tratar de requerimento de gratuidade da justiça por pessoa natural, será suficiente, para comprovar a insuficiência de recursos, a apresentação de declaração de miserabilidade firmada pela parte ou por seu advogado com poderes especiais para tanto, sendo ônus da parte contrária demonstrar condição econômica diversa daquela presumida por tal declaração; b) quando se tratar de requerimento de concessão da justiça gratuita por pessoa jurídica, será necessária a comprovação do estado de insolvência por meio idôneo, sem o que a gratuidade ser-lhe-á negada, sendo insuficiente a declaração de dificuldades financeiras ou econômicas." (Reforma Trabalhista - Antônio Umberto de Souza Júnior, Fabiano Coelho de Souza, Ney



Maranhão e Platon Teixeira de Azevedo Neto, 2ª Edição, Ed. Rideel - 2018, Págs. 439 e 440).

Desse modo, declarada a hipossuficiência conforme documento de ID. 05422a1 - pág. 1, firmado pelo autor, impõe-se o reconhecimento do benefício da gratuidade da justiça, a teor do que dispõe o § 3º do artigo 790 da CLT, conforme decidido na origem.

Demais disso, a presente ação foi ajuizada sob a égide da Lei nº 13.467/17, que introduziu as regras de sucumbência contidas no artigo 791-A da CLT. O Supremo Tribunal Federal, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5766, declarou inconstitucionais os arts.790-B, caput e parag. 4º, e 791-A, parag. 4º, da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), assim fundamentando em sede de embargos de declaração:

"(...) 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 os pedidos formulados pelo Procurador-Geral da República (doc. 1, pág. 7172), 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." (ADI 5766 ED / DF, Rel. Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, Sessão Virtual de 10.6.2022 a 20.6.2022).

Amolda-se ao referido julgado a decisão proferida pelo Pleno deste Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região nos autos do processo nº 0020024-05.2018.5.04.0124, que declarou incidentalmente a inconstitucionalidade da expressão "desde que não tenha obtido em juízo, ainda que em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa", constante do parágrafo 4º do art. 791-A da CLT, com a redação da Lei nº 13.467/17.

Nessa linha, considerada sua sucumbência parcial e sua condição de beneficiário da justiça gratuita, o reclamante deve arcar com os honorários do advogado da parte adversa, os quais devem permanecer sob condição suspensiva de exigibilidade, nos termos da parte final do parágrafo 4º do artigo 791-A da CLT, vedada sua dedução de créditos obtidos neste ou em outro processo.



Além disso, diante da condição de hipossuficiente do trabalhador, é de ser aplicado o percentual mínimo estabelecido pelo caput do artigo 791-A da CLT, ou seja, 5%, conforme reiteradas decisões desta Turma. A base de cálculo é o valor atualizado dos pedidos que restaram totalmente improcedentes.

Dou provimento ao recurso ordinário do reclamante para reduzir a condenação ao pagamento de honorários advocatícios para o percentual de 5% do valor atualizado dos pedidos totalmente improcedentes e para determinar que permaneçam sob condição suspensiva de exigibilidade, vedada sua dedução de créditos obtidos neste ou em outro processo. Nego provimento ao recurso ordinário da reclamada.

3. RECURSO ORDINÁRIO DO RECLAMANTE - MATÉRIA REMANESCENTE

3.1. DIFERENÇAS DE PRÊMIOS

O reclamante pleiteia a condenação da ré ao pagamento de diferenças de prêmios, no percentual de 40% sobre a remuneração mensal total do autor (salário fixo mais variáveis), com reflexos nos repouso semanais remunerados e feriados, horas extras, adicional noturno, décimos terceiros salários, férias com 1/3, aviso-prévio e FGTS com a indenização de 40%. Alega que o pedido foi formulado diante da absoluta impossibilidade de conferência na correção do pagamento dos prêmios, até mesmo porque desconhecidos com exatidão os critérios e as bases para o recebimento de tal parcela, bem como não havia acesso a meios fidedignos para a verificação dos valores recebidos e devidos. Argumenta que a empresa, ao optar por realizar o pagamento de prêmios, deve obedecer às regras" constantes das normas coletivas aplicáveis, ou seja, entregar e divulgar, de forma escrita, os objetivos, metas e critérios a serem atingidos para a obtenção da parcela variável. Menciona que o autor não tinha acesso, tanto às cotas, quanto aos objetivos de premiação. Refere que a ré não juntou aos autos as políticas de premiação, as metas e as cotas com o "ciente" do autor acompanhada das relações de vendas e respectivas notas fiscais, prejudicando o intuito probatório do recorrente. Destaca que não pôde o autor apontar a correção ou não do pagamento da premiação, ainda que de modo exemplificativo, uma vez que a reclamada não cumpriu com o ônus que lhe incumbia, pelo Princípio da Aptidão para a prova, de juntar aos autos os documentos necessários à apuração pretendida. Menciona os depoimentos das testemunhas ouvidas nos autos. Alega que ausente documentação hábil para comprovar o correto pagamento da remuneração variável do autor (premiação), deve a reclamada ser condenada nos termos do art. 400 do CPC, sendo adotados os exatos termos pleiteados na inicial.

Analiso.

Do exame dos contracheques de ID e587107, verifico que o reclamante era remunerado por meio de salário fixo e prêmios de vendas.



Na audiência de ID de40bbc, a testemunha ouvida a convite do reclamante referiu que: "(...) *tinham uma meta a ser batida e no final do mês recebiam um extrato de quanto esta meta foi atingida; que estes dados vinham de outras empresas, contratadas para medi-los mas não tinham acesso a estes números; (...) que era impossível fazer a mensuração; que recebiam o que a empresa lhes mandava; (...)*".

Ainda, a testemunha ouvida a convite da ré mencionou que (ID de40bbc): "*todo início de ano recebem a política de premiação e extrato de premiação mensalmente onde constam os produtos o peso de cada um, qual a cota e tudo que atingiu desta cota em volume e percentual; que conhecimento previamente destas cotas; (...) não recebem os dados das empresa que fazem auditoria para conferência relativo a premiação mas o gerente tem acesso.(...)*"

Tendo em vista a aptidão da reclamada para a produção da prova de que os pagamentos dos prêmios estão corretos, e por se tratar de fato extintivo do direito do autor, cabia à demandada juntar os documentos pertinentes à premiação paga ao reclamante e provar que cumpria a determinação constante nas convenções coletivas de trabalho, a exemplo da cláusula décima da CCT 2017/2018 (ID dfcde3a - Pág. 30):

"CLÁUSULA DÉCIMA - PRÊMIOS/QUOTAS DE VENDAS

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

No entanto, da prova oral extraído que não era possível ao reclamante conferir o atingimento da premiação, uma vez que a própria testemunha ouvida a convite da ré referiu que "*não recebem os dados das empresa que fazem auditoria para conferência relativo a premiação*". Ainda, entendo que a empresa ré não trouxe ao processo toda a documentação necessária para comprovar que a premiação paga está correta, deixando de se desincumbir do seu dever processual (arts. 818 da CLT e 373, inciso II, do CPC). Isso porque a ré colacionou política e extratos de premiação no ID c412033 e seguintes, este últimos consistentes em planilhas elaboradas unilateralmente por ela, não fazendo prova dos dados contidos nesses documentos.

Portanto, com r. ao Juízo de origem, entendo que, em face da impossibilidade de análise da correção dos pagamentos efetuados a título de prêmio ao reclamante, pois ausentes os documentos necessários a tal apuração, presumo a existência de diferenças.

No entanto, a ausência dos aludidos documentos não gera o efeito pretendido pela demandante, não levando, de forma direta e imediata, ao acolhimento do patamar de diferenças pretendido na petição inicial, mormente quando este se mostra desproporcional diante dos elementos contidos nos autos.



Desse modo, tendo em vista os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, bem como as demandas análogas julgadas por esta Turma, fixo as diferenças em 30% sobre o valor dos prêmios pagos mensalmente ao reclamante, com reflexos em repouso semanais remunerados e feriados, horas extras, 13º salário, férias com 1/3, aviso-prévio e FGTS com indenização de 40%.

Em sentido análogo, já decidiu esta Turma em situação semelhante e em face da mesma ré, nos autos 0020919-32.2019.5.04.0026 (ROT), em 12.07.2023, acórdão proferido pelo Desembargador André Reverbel Fernandes, com participação no julgamento do Desembargador George Achutti e da Juíza Convocada Anita Job Lubbe.

Desse modo, dou provimento parcial ao recurso ordinário do reclamante para acrescer à condenação o pagamento de diferenças em 30% sobre o valor dos prêmios pagos mensalmente ao reclamante, com reflexos em repouso semanais remunerados e feriados, horas extras, 13º salário, férias com 1/3, aviso-prévio e FGTS com indenização de 40%.

3.2. DEDUÇÃO

O Juízo de origem determinou *"abatidas das parcelas deferidas nesta reclamatória aquelas pagas sob a mesma rubrica e no mesmo período de competência."* (ID e40312c - Pág. 13)

O reclamante recorre. Pleiteia seja afastada a autorização de dedução, sucessivamente, seja determinada a restrição ao mesmo período de competência.

Analisado.

A fim de não ocorra enriquecimento indevido, devem ser deduzidos os valores quitados sob o mesmo título, como decidido na sentença. Ademais, considerando que o Juízo de origem já determinou o abatimento das parcelas pagas sob o mesmo período de competência, não há interesse recursal quanto ao pleito subsidiário, portanto.

Nego provimento ao recurso ordinário do reclamante.

3.3. JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA

O Juízo de origem decidiu que *"Todos os valores serão apurados em liquidação de sentença acrescidos de juros e correção monetária conforme decisão do STF, (...)"* (ID e40312c - Pág. 14).

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



Análise.

Entendo que os critérios de juros e correção monetária devem ser remetidos à liquidação de sentença. Mesmo nos casos em que tais critérios são estabelecidos pela origem, sua remessa à liquidação de sentença tem sido a medida habitualmente imposta pela Turma:

"CRITÉRIOS DE JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA. Os critérios de incidência de juros e correção monetária devem ser definidos no momento oportuno, em liquidação de sentença, quando possível a verificação das disposições legais vigentes em cada período. Recurso parcialmente provido para cassar o comando sentencial que definiu critérios de juros e correção monetária, remetendo sua definição para a liquidação de sentença". (TRT da 4ª Região, 4ª Turma, 0020976-75.2018.5.04.0029 ROT, em 03/04/2020, Desembargadora Ana Luiza Heineck Kruse)

"CRITÉRIOS DE CORREÇÃO MONETÁRIA. Os critérios de incidência de juros e correção monetária devem ser definidos no momento oportuno, em liquidação de sentença, quando possível a verificação das disposições legais vigentes em cada período. Recurso parcialmente provido para cassar o comando sentencial que definiu critérios de juros e correção monetária, remetendo sua definição para a liquidação de sentença". (TRT da 4ª Região, 4ª Turma, 0020901-92.2017.5.04.0733 ROT, em 04/03/2020, Desembargadora Ana Luiza Heineck Kruse - Relatora)

Logo, é de todo impertinente a discussão, nesta fase recursal, acerca dos efeitos da decisão do STF nas ADCs 58 e 59 ou do TST no RR-000479-60.2011.5.04.0231 e dos índices a serem aplicados para a correção monetária do débito. Assim, remeto a definição dos critérios de juros e correção monetária para a fase de liquidação de sentença.

Dou provimento ao recurso ordinário do reclamante para relegar à liquidação de sentença a fixação dos critérios de juros e correção monetária.

3.4. FORMA DE CÁLCULO DO IMPOSTO DE RENDA

O reclamante, postula, com relação a forma de cálculo do imposto de renda, que, no tocante aos juros incidentes sobre a condenação, seja determinada a aplicação da previsão contida na súmula 53 deste Tribunal e na OJ 400 da SDI-1 do TST.

Análise.

Considerando que a matéria diz respeito à liquidação de sentença, entendo que nada resta a ser definido neste momento processual.

Nego provimento ao recurso ordinário do reclamante, portanto.

3.5. CUMPRIMENTO DA DETERMINAÇÃO DO ART. 832, § 3º, DA CLT



O reclamante pleiteia "seja observado o que determina o § 3º do artigo 832 da CLT, indicando-se a natureza jurídica das parcelas acrescidas à condenação por essa C. Turma."

Analiso.

Para fins do art. 832, § 3º, da CLT, fixo, como de natureza salarial, as seguintes parcelas acrescidas à condenação: diferenças de prêmios e adicional noturno.

3.6. PREQUESTIONAMENTO

As matérias foram analisadas à luz de todos os fundamentos e disposições invocadas pela parte recorrente, não se impondo a abordagem explícita nos moldes por ela pretendido.

O prequestionamento de que trata a Súmula 297 do TST diz respeito àquele pronunciamento necessário para ter-se como examinada determinada matéria pela instância julgadora de modo a permitir o seu reexame pela instância superior. Não se confunde, o prequestionamento, com literal interpretação de lei ou mesmo da jurisprudência sumulada, a teor do que consta da Orientação Jurisprudencial 118 da SDI-1 do TST:

PREQUESTIONAMENTO. TESE EXPLÍCITA. INTELIGÊNCIA DO ENUNCIADO Nº 297. Havendo tese explícita sobre a matéria, na decisão recorrida, desnecessário contenha nela referência expressa do dispositivo legal para ter-se como prequestionado este.

Nada há a prover, no aspecto.

ANA LUIZA HEINECK KRUSE

Relator

VOTOS

PARTICIPARAM DO JULGAMENTO:

DESEMBARGADORA ANA LUIZA HEINECK KRUSE (RELATORA)

DESEMBARGADOR JOÃO PAULO LUCENA

JUIZ CONVOCADO ROBERTO ANTONIO CARVALHO ZONTA

