



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

Recurso Ordinário Trabalhista **0020748-73.2021.5.04.0004**

Relator: ANA LUIZA HEINECK KRUSE

Processo Judicial Eletrônico

Data da Autuação: 27/02/2023

Valor da causa: R\$ 349.471,16

Partes:

RECORRENTE: JANSSEN-CILAG FARMACEUTICA LTDA

ADVOGADO: FERNANDO ROGERIO PELUSO

RECORRENTE: DIOGO VEECK AGNES

ADVOGADO: GRACIELA JUSTO EVALDT

RECORRIDO: DIOGO VEECK AGNES

ADVOGADO: GRACIELA JUSTO EVALDT

RECORRIDO: JANSSEN-CILAG FARMACEUTICA LTDA

ADVOGADO: FERNANDO ROGERIO PELUSO



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

Identificação

PROCESSO nº 0020748-73.2021.5.04.0004 (ROT)
RECORRENTE: JANSSEN-CILAG FARMACEUTICA LTDA, DIOGO VEECK AGNES
RECORRIDO: DIOGO VEECK AGNES, JANSSEN-CILAG FARMACEUTICA LTDA
RELATOR: ANA LUIZA HEINECK KRUSE

EMENTA

RECURSO ORDINÁRIO DA RECLAMADA.

DIFERENÇAS DE PRÊMIOS. Não tendo a reclamada juntado 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 20% sobre os valores quitados, em face dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade e das decisões desta Turma análogas. Recurso ordinário parcialmente provido.

RECURSO ORDINÁRIO DO RECLAMANTE.

PARTICIPAÇÃO DE JANTARES COM CLIENTES. MAJORAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE DIA. Hipótese que do exame da prova oral, e os demais elementos dos autos, o labor fixado na origem mostra-se adequado à realidade de trabalho enfrentada pelo reclamante, e trazida ao juízo. Releva destacar que a jornada arbitrada surge de ponderações, médias, limites impostos pelas partes, tudo considerado pelo julgador de origem. Recurso a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

ACORDAM os Magistrados integrantes da 4ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região: preliminarmente, por unanimidade, **ACOLHER A PREFACIAL DE NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO ORDINÁRIO DO RECLAMANTE, ARGUIDA PELA RECLAMADA, JANSSEN-CILAG FARMACEUTICA LTDA**, em contrarrazões, nos itens "3. *Do pagamento em dobro das horas extras laboradas em repouso e da dobra dos repouso semanais remunerados laborados e não compensados*" e "4. *Da consideração do sábado como dia de descanso*



para fins de cálculo dos repousos semanais remunerados e feriados", por ausência de interesse recursal. No mérito, por maioria, vencida parcialmente a Relatora, **DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO ORDINÁRIO DA RECLAMADA, JANSSEN-CILAG FARMACEUTICA LTDA.**, para pronunciar a prescrição quinquenal das parcelas exigíveis anteriormente a 01.09.2016; para reduzir para 20% o percentual de diferenças de prêmios deferidas, percentual que deverá incidir sobre o valor dos prêmios pagos a cada mês, mantidos os reflexos da origem; para absolvê-la da condenação ao pagamento de horas extras intervalares e da condenação o pagamento de diferenças de repousos em relação à parte variável, pela consideração do sábado como dia de repouso e o pagamento correspondente à "dobra de sábados"; para determinar a observância da OJ nº 394 da SBDI-I do Col. TST na apuração das horas extras, excluindo-se os reflexos pelo aumento da média remuneratória; para condenar o reclamante ao pagamento de honorários advocatícios em favor dos procuradores da reclamada, no percentual de 5% sobre os pedidos improcedentes, que deverão permanecer sob condição suspensiva de exigibilidade, vedada sua dedução de créditos obtidos neste ou em outro processo; para remeter à fase de liquidação de sentença a definição dos critérios de juros e correção monetária. Por unanimidade, **NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO ORDINÁRIO DO RECLAMANTE, DIOGO VEECK AGNES.** Valor da condenação que se reduz em R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), com custas processuais reduzidas em R\$ 600,00 (seiscentos reais), para que produza os efeitos legais.

Sustentação oral: Adv.: Fernando Rogerio Peluso (PARTE: Janssen-Cilag Farmaceutica Ltda).

Intime-se.

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

RELATÓRIO

Inconformados com os termos da sentença de Id. 840a965, complementada pela decisão de embargos declaratórios de Id. 1a71869 as partes apresentam recurso ordinário.

Nas razões de Id. 7fae8d3, a reclamada insurge-se contra o julgado nos seguintes tópicos: prescrição quinquenal; diferença de premiação; jornada de trabalho (horas extras, intervalo intrajornada, diferenças de adicional noturno, dobra de sábados e feriados, diferenças de repousos e feriados, critérios de cálculos, aplicação da Súmula nº 340 do Col. TST, divisor 220); enquadramento sindical; justiça gratuita e



honorários advocatícios sucumbenciais; e juros e correção monetária. As custas processuais foram recolhidas na guia de Id.32315bf e o documento de Id. f219164 refere-se à apólice para fins de seguro garantia.

O recurso ordinário do reclamante, Id. 6d50e90, versa sobre a participação em jantares com clientes (majoração e impossibilidade de fixação de dia); supressão parcial do intervalo interjornadas; pagamento em dobro das horas extras laboradas em repouso e da dobra dos repouso semanais remunerados laborados e não compensados; da consideração do sábado como dia de descanso para fins de cálculo dos repouso semanais remunerados e feriadados; da forma de cálculo do imposto de renda; da definição das parcelas da condenação; prequestionamento.

São ofertadas contrarrazões, por parte da ré, Id. cbe6183, e por parte do autor, Id. 50d051b.

Os autos são encaminhados, eletronicamente, a este Tribunal Regional, para julgamento.

Na decisão de Id. b36b882, proferida por esta Turma Julgadora, foi dado provimento ao agravo de instrumento interposto pela reclamada, para considerar a apólice de seguro garantia hábil a garantir a execução, servindo para substituir o depósito recursal e, conseqüentemente, conhecendo do recurso ordinário interposto, determinando seu regular processamento.

É o relatório.

FUNDAMENTAÇÃO

PRELIMINAR.

ARGUIÇÃO EM CONTRARRAZÕES PELA RECLAMADA.

NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO ORDINÁRIO DO RECLAMANTE. SÁBADO COMO DIA DE DESCANSO SEMANAL REMUNERADO. DIFERENÇAS E DOBRA DO DESCANSO SEMANAL REMUNERADO. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL.

A decisão de origem condenou a reclamada ao pagamento de dobra de repouso (inclusive sábados) e feriadados, além de diferenças de repouso (inclusive sábados) e feriadados, bem como o sábado foi considerado como dia de descanso semanal remunerado:

"(...) Em razão das jornadas de trabalho arbitradas e da inexistência de regime compensatório, é devido o pagamento de horas extraordinárias, assim consideradas as excedentes a 8 horas por dia e/ou 40 horas por semana. O divisor a ser adotado é o 200. O reclamante não era comissionista, os prêmios que recebeu pelo atingimento de metas têm natureza diversa, de modo que não há que se falar em pagamento apenas do



adicional das horas extras, nos termos da súmula 340 e OJ 397, ambas do TST. No que se refere aos repousos e feriados, o reclamante recebia parte do salário de forma fixa, e parte de forma variável. A parte fixa já contempla os repousos. Já no que se refere aos repousos sobre a parte variável, de fato verifico que a reclamada efetuou o pagamento a menor, pois como regra utilizou a razão de 1/6 sobre o valor da remuneração variável, sem considerar que o sábado também é dia de repouso remunerado. Assim, são devidas diferenças de repousos em relação à parte variável (paga e deferida). Quanto à forma de cálculo, equivocadas as proposições da inicial. A razão de 1/6 adotada para o cálculo dos repousos leva em consideração a quantidade média de repousos semanais e feriados ao longo do ano, para uma média mensal, que equivale a 1/6. Esta razão não significa, portanto, 1 dia de repouso por 6 dias de trabalho. Mas sim que, considerando os 30 dias do mês, em média, 1/6 deste tempo é destinado aos repousos, considerando o salário mensal. Veja-se, que 1/6 equivale à 16,66%. E a fração de 2/5 proposta na inicial equivalente a 40%, valor superior à dobra do que é pago normalmente a título de repousos. Ainda, destaco que, caso fosse acolhido o critério pretendido pelo autor, deveria ser adotado o divisor 240, e não o divisor 200, adotado, o que obviamente representaria critério mais prejudicial. Assim, por todo o exposto, fixo que a razão a ser adotada é a de 30% sobre o valor mensal pago a título de remuneração variável. Quanto aos intervalos intrajornadas, em razão da extrapolação da jornada diária de 6 horas, a autora faz jus à remuneração de 1h por jornada em que houve gozo a menor, conforme arbitramento, em atenção ao disposto no artigo 9º e 71, §4º, da CLT (redação da lei 8.923/94) e em consonância com o entendimento adotado pelo TST(Súmula 437 da SDI-I), devendo a reclamada pagar à autora o equivalente a uma hora extra, em decorrência da concessão a menor do intervalo intrajornada, já que a concessão de intervalos por períodos reduzidos desvirtua o direito ao repouso do trabalhador, não permitindo que atinja o objetivo da norma, qual seja, a manutenção da higidez física e mental. Ainda, são devidas diferenças de adicional noturno, em razão da jornada arbitrada. As horas extras repercutem no repouso semanal, com aumento da média remuneratória, como decorrência do art. 7º da Lei nº 605/49. As diferenças aqui deferidas deverão respeitar os períodos de interrupção e suspensão contratuais que estiverem devidamente comprovados nos autos.(...)".

Diante disso, não merece ser conhecido o apelo do autor, nos itens "3. Do pagamento em dobro das horas extras laboradas em repousos e da dobra dos repousos semanais remunerados laborados e não compensados" e "4. Da consideração do sábado como dia de descanso para fins de cálculo dos repousos semanais remunerados e feriados", por ausência de interesse recursal, na medida que já restaram atendidos no julgado de origem.

Acolho a prefacial arguida pela reclamada, em contrarrazões ao recurso ordinário do autor, para não conhecer do apelo do reclamante nos itens "3. Do pagamento em dobro das horas extras laboradas em repousos e da dobra dos repousos semanais remunerados laborados e não compensados" e "4. Da consideração do sábado como dia de descanso para fins de cálculo dos repousos semanais remunerados e feriados", por ausência de interesse recursal.

MÉRITO.

RECURSO ORDINÁRIO DA RECLAMADA.



As matérias serão analisadas conforme a ordem de prejudicialidade.

1. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL.

Consigna a sentença, no aspecto, Id. 840a965:

PRESCRIÇÃO. A Constituição garante aos trabalhadores brasileiros o direito fundamental de propor ação, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, estabelecendo "prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho". Garante, também, "relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa". Trata-se de direitos fundamentais com direta relação entre si. A partir do momento em que a nova ordem constitucional garante proteção efetiva contra despedida arbitrária ou sem justa causa, é razoável que durante a execução do vínculo haja um prazo para que a parte exerça suas pretensões, a fim de que seja resguardada a paz social, principal argumento para a existência do instituto da prescrição. Ocorre que a jurisprudência dominante, e bem assim a maior parte da doutrina, vêm negando eficácia plena e imediata ao inciso I do art. 7º da Constituição e, por consequência, chancelando um suposto direito absoluto do empregador, de pôr fim ao vínculo de emprego, sem sequer informar o motivo de seu ato. Ora, se o empregador tem direito de extinguir o vínculo de emprego quando quiser, sem precisar motivar seu ato, não é razoável que os créditos por ele não adimplidos durante o vínculo estejam sujeitos à prescrição. Esse poder acarreta, dentre tantas disparidades, a circunstância objetiva de que durante o contrato, qualquer ato do empregado pode ensejar a perda do posto de trabalho. Posto que, via de regra, é a exclusiva fonte de sobrevivência do trabalhador. É o seu modo de ser-no-mundo. É o espaço onde passa a maior parte do seu tempo acordado. É o lugar em que tem amigos, obrigações, desafios e afetos. Por isso, a perda do trabalho tem características tão distintas, para o empregado e para o empregador. Também por isso, é falacioso afirmar que a pretensão ao pagamento de qualquer verba trabalhista pode ser exercida durante o curso do contrato. Não pode. Todos sabemos disso, mas calamos diante de uma suposta unívoca compreensão do texto de lei. Ocorre, entretanto, sistematizar as normas trabalhistas, buscando aplicá-las de modo a fazer valer o princípio da proteção, expressado em termos constitucionais como valorização social do trabalho. E o único modo de fazê-lo é contando o prazo de prescrição apenas a partir do término da relação de emprego, quando o empregado passa a ter a possibilidade real (e não apenas retórica) de buscar junto ao Poder Judiciário a satisfação de seus créditos. Nesse sentido vem entendendo a jurisprudência italiana que, em decisão paradigmática da Corte Constitucional (sentença n. 63, de 10 de junho de 1966), declarou a inconstitucionalidade das normas acerca da prescrição, contidas no Código Civil de 1942, para o efeito de concluir não haja prazo prescricional em curso durante o período de vigência de contrato de trabalho não contemplado com a tutela real, ou seja, com a verdadeira e efetiva garantia contra a perda do posto de trabalho. A existência mesma de contrato de trabalho em curso constitui, assim, causa de impedimento do curso da prescrição. Na aludida decisão, a Corte Constitucional Italiana faz afirmação que serve com exatidão à realidade brasileira: "Não existem obstáculos jurídicos que impeçam de fazer valer o direito ao salário. Existem, todavia, obstáculos materiais, isto é, a situação psicológica do trabalhador, que pode ser induzido a não exercitar o próprio direito pelo mesmo motivo pelo qual muitas vezes é levado à sua renúncia, isto é, pelo temor da dispensa; de modo que a prescrição, fluindo durante a relação de emprego, produz exatamente aquele efeito que o art. 36 pretendeu coibir proibindo qualquer tipo de renúncia: mesmo aquela que, em particulares situações, pode se encontrar implícita na ausência do exercício do próprio direito e, portanto, no fato que se deixe consumir a prescrição". No Brasil, a necessidade de valorização social do trabalho como



*fundamento da República e a cláusula expressa no art. 9º da CLT, que torna nulos quaisquer atos tendentes a suprimir, fragilizar ou mitigar direitos trabalhistas, determina a compreensão de que a restrição ao direito fundamental de ação contido no art. 7º, XXIX, da Constituição, se opera apenas nas hipóteses em que exista efetiva garantia de manutenção do emprego, sob pena de estarmos (como estamos!) chancelando diariamente renúncia de crédito alimentar, em afronta clara e incontornável ao que estabelecem os artigos 100, § 1º-A, da Constituição e 1.707, do Código Civil. Essa compreensão decorre de um olhar para o ordenamento jurídico como sistema, cujo escopo é fazer prevalecer os valores eleitos como essenciais em determinado Estado. É, também, fazer prevalecer "a justiça" como um dos "valores supremos de uma sociedade fraterna", na dicção do preâmbulo do nosso texto constitucional. Nesse sentido, também, são os enunciados aprovados pela Comissão 2 - Relações coletivas de trabalho e democracia, do XV CONAMAT: "PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL CONTRA A DISPENSA ARBITRÁRIA (artigo 7º, I, CF). NÃO-REGULAMENTAÇÃO. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL: INAPLICABILIDADE. Considerando que a prescrição não é um "prêmio" para o mau pagador, enquanto não aplicado efetivamente o direito de proteção contra a dispensa arbitrária previsto no inciso I do art. 7 da CF, que gera ao trabalhador a impossibilidade concreta de buscar os seus direitos pela via judicial, não se pode considerar eficaz a regra do inciso XXIX do artigo 7, no que se refere à prescrição que corre durante o curso da relação de emprego. Por isso, enquanto não conferirmos efetividade plena ao artigo 7, I, da CF/88, não se pode declarar a prescrição quinquenal." Por todos esses fundamentos, entendo que, enquanto não garantida a plena eficácia do sistema de garantia contra a despedida arbitrária de que cogita o art. 7º da Constituição, a vigência do contrato de emprego constitui elemento impeditivo ao fluxo do prazo prescricional, cuja contagem, portanto, tem início tão-somente após o rompimento da relação. **Em decorrência, não havendo sequer decorrido mais de 02 anos entre o término do contrato (sequer ocorrido ao tempo do ingresso da ação) a data de ajuizamento da presente demanda (menor prazo previsto na Constituição para extinção da pretensão referente à violação de créditos trabalhistas), inexistente prescrição a ser pronunciada no caso em apreço. (grifei).***

A reclamada pleiteia o pronunciamento da prescrição quinquenal.

Analiso.

O contrato de trabalho perdurou 13.08.2013 a 07.04.2021 (o autor pediu demissão), e a ação foi ajuizada em 01.09.2021. Nesse sentido, a teor do disposto no art. 7º, XXIX, da CF, incide, ao caso, a prescrição quinquenal, a qual foi suscitada pela reclamada em sua respectiva defesa, quanto às parcelas exigíveis anteriormente a 01.09.2016 - ou seja, cinco anos contados do ajuizamento da ação.

Dou provimento ao recurso ordinário da demandada para pronunciar a prescrição das parcelas exigíveis anteriormente a 01.09.2016.

2. ENQUADRAMENTO SINDICAL.

A sentença determinou a aplicação ao contrato de trabalho dos regramentos insertos no instrumento coletivo firmado pelo Sindicato dos Propagandistas, Propagandistas Vendedores e Vendedores de Produtos Farmacêuticos do Estado do Rio Grande do Sul. Aduz a recorrente que o recorrido faz parte de



categoria profissional diferenciada, nos termos do art. 511, §3º da CLT e Lei nº 6224/1965, razão pela qual não são devidas vantagens previstas em instrumento coletivo no qual a empresa não foi representada.

É incontroverso que o reclamante trabalhou para a reclamada como propagandista vendedor, categoria profissional diferenciada, somente no Rio Grande do Sul.

Assim, enquanto empregado que trabalhou neste Estado, é representado pelo Sindicato dos Propagandistas, Propagandistas-Vendedores e Vendedores de Produtos Farmacêuticos do Estado do Rio Grande do Sul, em todo o período contratual, não se aplicando à espécie a Súmula nº 374 do Col. TST, ainda que se considere que o autor integre categoria diferenciada. Aplica-se o princípio da territorialidade, vigente no local da prestação dos serviços.

Nego provimento.

3. DIFERENÇA DE PREMIAÇÃO.

Volta-se, a demandada, contra a condenação ao pagamento de diferenças de prêmios, no patamar de 40% da remuneração (fixa e variável), frente à ausência de documentação apresentada. Assevera que a interpretação e valoração das provas dada pela origem foi equivocada, merecendo ser revista nesta instância. Diz que incumbe ao recorrido comprovar a alegação de diferenças de prêmios, nos termos do art. 818, I da CLT, ônus do qual não se desincumbiu, na medida que a parcela foi corretamente quitada (remuneração variável). Refere que através da prova emprestada demonstrou que havia uma política de prêmios e recebiam as metas a serem cumpridas. Afirma que sempre apresentou aos propagandistas os critérios e metas que devem ser desenvolvidas e, posteriormente, encaminhava extrato de premiação com os resultados. Aduz que juntou aos autos toda a documentação pertinente ao cálculo da rubrica, não subsistindo a aplicação do art. 400 do CPC. Sucessivamente, requer a reforma do patamar de 40% da remuneração deferido na origem, para que seja limitada às concretas diferenças apontadas pelo recorrido, não servindo apenas uma estimativa sem qualquer fundamentação plausível, sob pena de enriquecimento ilícito. Requer, também, que o percentual incida sobre o salário variável, paga sob o nome de "comp mensal janssen+", sendo que a partir de 2018 passou a se chamar "rem variável de vendas" e não sobre a parte fixa. Por fim, requer que a condenação fique restrita ao valor máximo estipulado, ou seja, que a condenação somada com o valor pago sob a rubrica "rem variável de vendas" não ultrapasse o valor máximo previsto nas políticas de premiação constante nos autos.

Passo ao exame.

Do exame das fichas financeiras juntadas Id. 136ab92, verifico que o reclamante era remunerado por meio de salário fixo e parte variável correspondente aos prêmios, através da rubrica "compl. mensal janssen+", posteriormente substituída para "rem variável vendas".



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 12ª da CCT 2014/2015 Id. d2e1e44 - pág. 15:

CLÁUSULA DÉCIMA SEGUNDA - 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, a recorrente não trouxe aos autos a documentação necessária à apuração da correção ou não dos prêmios pagos ao reclamante no curso do período contratual, ônus que lhe incumbia, em face do dever de documentação do empregador e da sua maior aptidão para a produção de tal prova. Juntou apenas a política de premiação, sem comprovar o alcance de metas e a correção no pagamento durante todo o período não prescrito. A esse respeito, também apontou a sentença, "(...) A reclamada não traz aos autos os documentos que demonstrem produtividade e desempenho do autor, como o relatório dos produtos vendidos, por exemplo, o que impede a aferição da correção dos pagamentos a título de remuneração variável. (...)" - Id. 840a965.

Na contestação a reclamada informa que a premiação variável era calculada com base na performance individual, apurada mensalmente, e coletiva, apurada trimestralmente, participando do recebimento do prêmio, o empregado que alcançar no mínimo 90% da cobertura da cota individual, indo para o ranking. Ainda, o período de medição das metas de premiação é trimestral, e a frequência de pagamento ocorre de forma mensal, sendo que esses adiantamentos mensais, são descontados no fechamento do trimestre. No entanto a recorrente não apresentou a documentação pertinente, não provando, por exemplo, que tenha sido enviado ao reclamante, trimestralmente, o valor das cotas a serem cumpridas para cada propagandistas.

Soma-se a isso, o fato de a prova oral demonstrar que os empregados não conheciam efetivamente os critérios para a premiação, não só pela ausência de documentação que permitisse a conferência, mas pela dificuldade na compreensão das metas estabelecidas.

Portanto, a reclamada não trouxe ao processo 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, II do CPC). Em razão da impossibilidade de análise da correção dos pagamentos efetuados a título de prêmio ao reclamante, presume-se a existência de diferenças.



No entanto, a ausência dos aludidos documentos não gera o efeito pretendido pelo 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, reduzo as diferenças para 20% sobre o valor dos prêmios pagos mensalmente ao reclamante, com os mesmos reflexos da condenação de origem.

Dou parcial provimento ao recurso ordinário para reduzir para 20% o percentual de diferenças de prêmios deferidas, e a base de cálculo, para que se considere os valores de prêmios pagos a cada mês, mantidos os reflexos da origem.

4. JORNADA DE TRABALHO (HORAS EXTRAS, INTERVALO INTRAJORNADA, DIFERENÇAS DE ADICIONAL NOTURNO, DOBRA DE SÁBADOS E FERIADOS, DIFERENÇAS DE REPOUSOS E FERIADOS, CRITÉRIOS DE CÁLCULOS, APLICAÇÃO DA SÚMULA Nº 340 DO COL. TST, DIVISOR 220).

Insurge-se a reclamada contra a condenação em horas extras, em razão do não enquadramento do autor na exceção prevista no art. 62, I da CLT. Defende que o trabalho do autor ocorria de forma externa, incompatível com o controle de jornada, fato confessado na petição inicial. Assevera que não restou provado a compatibilidade de controle do horário, nos termos dos arts. 818, I da CLT e 373, I do CPC. Volta-se à prova emprestada utilizada que comprovam a autonomia na rotina dos propagandistas. Diz que o roteiro de trabalho é um instrumento necessário para execução das atividades, não se equiparando a controle de jornada. Alega que o simples uso de meio eletrônico como o celular e o ipad para possibilitar o desenvolvimento das tarefas, não comprovam efetivamente o controle ou fiscalização da jornada. Na hipótese de ser mantida a condenação, postula a aplicação do entendimento da Súmula nº 340 do Col. TST e OJ nº 397 da SBDI-I do Col. TST, em relação a eventuais reflexos de horas extras em prêmios; redução da jornada de trabalho, considerando a média dos depoimentos das testemunhas; divisor 220. Com relação ao intervalo intrajornada, diz que deverá ser apurado com relação ao tempo suprimido, e de forma indenizatória, de acordo com a redação do art. 71, §4º da CLT. Postula a exclusão do pagamento das diferenças de repouso e feriados, ao argumento que o sábado é considerado dia útil não trabalhado e não como dia de descanso e o autor não apontou os sábados, domingos e feriados supostamente trabalhados. Por fim, requer a reforma quanto ao reflexos de todas as verbas pleiteadas em DSR, sob pena de *bis in idem*.

Passo à análise da matéria.

4.1. Atividade externa. Art. 62, I da CLT.



No que tange à atividade externa, a norma do art. 62, I, da CLT, exclui da tutela geral das normas de duração do trabalho os empregados que exercem atividades externas, incompatíveis com a fiscalização da jornada praticada.

E tal exceção, prevista no artigo Consolidado, pressupõe não apenas a realização de labor externo, mas também a inexistência de controle da jornada de trabalho. A norma tem por objetivo excluir o direito às horas suplementares, quando o obreiro laborar em atividade que não lhe permite aferir a regular jornada trabalhada.

Assim, o exercício da atividade externa é incompatível com a fixação de horário de trabalho, e por essa razão o trabalhador não se beneficia da tutela conferida pelos arts. 57 a 75 da CLT, pela absoluta impossibilidade de ser verificado o tempo trabalhado em benefício exclusivo da empresa. Todavia, para atrair a incidência do art. 62, I, da CLT, a ausência de fiscalização e controle deve ser total, sob pena de se autorizar jornadas extensas e desumanas de trabalho. Além da realização de trabalho externo, deve inexistir controle direto ou indireto da jornada de trabalho, pois somente se exclui o direito às horas extras dos empregados que laboram em total liberdade tornando inviável o controle do horário laborado. Sendo possível quantificar o tempo despendido pelo trabalhador no desempenho de suas atividades laborais, são devidas as horas suplementares.

No caso, o reclamante informa que seu horário era para ser de 8h diárias, desenvolvidas de segunda à sexta-feira, totalizando 40h semanais e 200h mensais, no entanto, executava inúmeras tarefas que importavam no acréscimo da jornada, sem a respectiva contraprestação, como a realização de um número determinado de visitas diárias, atividades burocráticas após o trabalho "no campo", participação em jantares e convenções e eventos médicos, que ocorriam nos finais de semana.

A reclamada defende-se, alegando que o reclamante exercia atividade externa, sem qualquer controle de horário, o qual tinha total liberdade e autonomia para a execução das suas tarefas, sendo exigido apenas como objetivo mensal, visitas a hospitais e clínicas, orientando o empregado para que atingisse pelo menos 90% do painel mensal estipulado, pouco importando o número de visitas diárias.

As partes ajustaram a utilização de prova emprestada, do depoimento de duas testemunhas para cada lado.

O depoimento prestado pela testemunha Renato Ramos Zanin, junto ao processo nº 1000852-88.2021.5.02.0034, Id. ba94c14, indicada pelo autor, disse:

"(...) que o depoente é representante celetista, mesma função do reclamante. Que o depoente atende a área de oncologia em várias cidades do interior, de Presidente Prudente a Sorocaba. Que o horário do depoente é controlado, pois ele lança em tempo real as visitas realizadas e o resultado de cada visita em um aplicativo chamado Viva ao qual o seu supervisor tem acesso. Que o depoente é obrigado a fazer o lançamento logo



após o contato com o cliente. Que desse lançamento consta dia, horário e comentários sobre a visita com indicação do produto a respeito do qual o depoente tratou com o cliente. Que só conversa com o supervisor quando necessário, mas geralmente não é necessário o contato direto. Que o depoente faz uma sugestão de roteiro e o gerente aprova, não sendo possível fazer o roteiro sem aprovação. Que o gestor do depoente é Gilberto Almeida, acreditando que o do reclamante era o mesmo. Que trabalha em campo das 08:00 às 19:00 e depois realiza trabalho burocrático por mais duas horas elaborando o roteiro do dia seguinte, fazendo trabalho promocional, respondendo e-mails, fazendo planilhas e às vezes realizando reuniões de negócios com os clientes. Que se a reclamada quiser consegue monitorar os e-mails enviados e recebidos pelo depoente durante esse trabalho burocrático. Que o intervalo do depoente era de 30 a 40 minutos. Que não informava a empresa sobre o intervalo, mas a reclamada conseguia controlar pelo dados da próxima visita. Que para alterar a agenda o depoente deveria justificar para o gestor e obter sua autorização. Que uma vez por mês o gestor acompanhava o depoente em um dia de visitas. Que esse acompanhamento ocorria de surpresa, pois o gestor tinha o roteiro e aparecia sem avisar no primeiro ponto de visita. Que pelo menos uma vez por semana jantava com clientes com o custo pago pela reclamada. Que isso durava das 20:00 às 00:00, mais ou menos. Que o depoente trabalhava de um a dois congressos por ano, mas o pessoal da capital trabalhava de mais. Que os congressos duravam de quarta/quinta feira até sábado/domingo, ocasiões em que o depoente começava a trabalhar no stand as 09:00, almoçava com o cliente, passava a tarde no stand, jantava com o cliente e ia dormir por volta da meia noite. Que supostamente era obrigatório participar, pois eram convocados e o depoente nunca viu ninguém recusar. (...)"

A reclamada indicou o depoimento da testemunha Marcelo Gomes de Oliveira, prestado no mesmo processo acima referido:

"Que trabalha na reclamada desde agosto de 2018 como representante, atendendo a área de oncologia na cidade de São Paulo e contiguas.(...) Que utiliza o aplicativo Viva para fazer apontamentos de visitas e também para acessar material científico de divulgação para os médicos. Que o depoente pode registrar as visitas assim que cada uma termina ou pode registrá-las apenas ao final do dia. Que todos os dados do aplicativo vão para um banco de dados e os gestores, se quiserem, geram relatórios a partir desse banco de dados. (...) Que o gestor já acompanhou o depoente em visitas, sempre avisando antecipadamente e nunca de surpresa. Que o depoente faz o seu próprio horário, podendo ser das 08:00 às 18:00, das 09:00 às 17:00 ou outros. Que o depoente elabora o roteiro trimestral de visitas, envia para o gestor e ele dá o ok. Que esse roteiro contém as visitas dia a dia. Que se o depoente não consegue fazer a visita em um dia remaneja para outro dia, não necessariamente avisando o gestor. (...) que o depoente fazia o trabalho que tinha que fazer no computador enquanto esperava o início de um atendimento ou separava umas duas horas de seu dia para isso. Que esse trabalho consistia na elaboração de um relatório de despesas ou preenchimento de uma planilha. Que o depoente jantava com clientes umas duas vezes por mês, cabendo o depoente a elaboração desse evento, mais ou menos das 20:00 às 22:00. Que participava de três a quatro congressos por ano, que duravam cerca de dois dias. Que o stand da reclamada no congresso geralmente funcionava das 08:00 às 18: 00, podendo o depoente depois jantar com eventuais clientes. Que o gestor também comparecia nesses congressos. (...) Que o lançamento de visitas é feito offline e posteriormente sincronizado no final do dia. Que o gestor nunca rejeitou o roteiro do depoente, mas já questionou alguma coisa. (...)"

Do exame da prova oral, verifico que as atividades do reclamante não são incompatíveis com a fixação de horário de trabalho, ainda que realizadas externamente. As testemunhas confirmam que o gestor tinha



acesso ao roteiro de visitas do autor, que autorizava o roteiro, inclusive não sendo possível a alteração sem o consentimento prévio do gestor, sabendo em qual cliente o recorrido se encontrava, e que nos relatórios apresentados pelo empregado constavam o nome do cliente e o horário de atendimento da visita. Resta claro que era possível fiscalizar o horário de trabalho, sendo uma opção da reclamada em não registrá-lo formalmente, na medida que o autor cumpria visitas pré-determinadas no roteiro, tanto que o gestor participava de algumas visitas, sem comunicação prévia ao empregado. A testemunha do autor informa que nos lançamentos, no sistema, sobre as visitas, constavam todos os dados como dia, horário e comentários sobre o produto tratado com o cliente: "*Que o horário do depoente é controlado, pois ele lança em tempo real as visitas realizadas e o resultado de cada visita em um aplicativo chamado Viva ao qual o seu supervisor tem acesso. Que o depoente é obrigado a fazer o lançamento logo após o contato com o cliente. Que desse lançamento consta dia, horário e comentários sobre a visita com indicação do produto a respeito do qual o depoente tratou com o cliente.*"

Observa-se que não só era possível controlar a jornada do autor, como havia controle do tempo da prestação de serviço, cumprindo um horário estabelecido, demonstrando que não havia toda a liberdade na organização de seus horários, como alegado na defesa.

Assim, era possível fixar e fiscalizar o horário de trabalho, o que a recorrente optou por não fazer.

Na hipótese *sub judice*, a falta de registro de horário pelo empregador e o exercício de atividade externa não são suficientes para configuração da exceção prevista no art. 62, I, da CLT, o que exige a efetiva impossibilidade de o empregador controlar a jornada do empregado, ou seja, a incompatibilidade da atividade com a fixação de horário. Além de não haver incompatibilidade com a fixação de horário, verifica-se a existência de controle de horários, ainda que indireto.

O reclamante não dispunha de liberdade para organização do seu trabalho. Entende-se, pois, não configurado o suporte fático à incidência da exceção contida no art. 62, I, da CLT. Cabia ao reclamado manter os controles de horário, conforme § 2º do art. 74 da CLT, o que não fez.

4.2. Jornada arbitrada.

Desta feita, de acordo com o item I da Súmula nº 338 do Col. TST, a não-apresentação injustificada dos controles de frequência gera presunção relativa de veracidade da jornada de trabalho alegada na petição inicial, com os limites e contornos que as demais provas indicam.

Em que pese o reclamado não se volte, de forma objetiva, contra o horário arbitrado na sentença, tenho que a jornada fixada está em conformidade com o postulado pelo autor, e com a prova oral, não merecendo reparos:



"(...) Diante do descumprimento do dever de documentação pela reclamada, acolho as jornadas referidas pelo reclamante e, conforme a inicial, fixo que trabalhou, como regra, de segunda-feira a sexta-feira, e em feriados alternados, das 8h às 21h, com 45 minutos de intervalo intrajornada. Nas sextas-feiras, fixo que o horário se encerrava às 23h30min, ao invés de 21h, em razão de jantares com clientes. Em 3 sábados por ano, que fixo sejam nos últimos dos meses de março, julho e novembro, trabalhou das 8h às 22h, com 20 minutos de intervalo intrajornada. No arbitramento em questão estão compreendidas, além da atividade principal de visitação, as atividades auxiliares descritas na peça inicial."

Destaco que a sentença fixou o labor do autor com base na prova oral, e considerando os demais elementos dos autos, de forma que mostra-se adequada à realidade de trabalho enfrentada pelo reclamante, e trazida ao juízo. A reclamada não produziu prova robusta suficiente a afastar o horário fixado, ônus que lhe incumbia.

4.3. Intervalo intrajornada. Lei 13.467/17.

O contrato laboral vigeu no período de 13.08.2013 a 07.04.2021.

Dessa forma, a fruição parcial do intervalo intrajornada disciplinado no *caput* do art. 71 da CLT autoriza a condenação ao pagamento de uma hora extra, com adicional de 50%, nas relações de emprego iniciadas antes da entrada em vigor da Lei 13.467/17, como no presente caso, com reflexos nas parcelas que têm como base de cálculo o salário.

Contudo, resto vencida pelo entendimento prevalente na Turma no sentido de que fruídos em 1h os intervalos intrajornada e afasta a condenação no aspecto.

4.4. Labor em sábados e domingos. Consideração do sábado como dia de descanso para fins de cálculo dos repousos semanais remunerados e feriados.

Em face da jornada fixada, é devido o pagamento em dobro dos feriados trabalhados e não compensados, nos termos da Súmula nº 146 do Col. TST:

TRABALHO EM DOMINGOS E FERIADOS, NÃO COMPENSADO.

O trabalho prestado em domingos e feriados, não compensado, deve ser pago em dobro, sem prejuízo da remuneração relativa ao repouso semanal.

No que tange ao labor em sábados, entendo que as normas coletivas não dispõem acerca do pagamento em dobro do trabalho aos sábados, nem estabelecem o sábado como dia de repouso semanal remunerado.

A previsão normativa, contida na cláusula 31ª, CCT 2013/2014, Id. d2e1e44 - pág. 7, assim estabelece:

SÁBADOS/DOMINGOS/FERIADOS.



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

A norma 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. Assim, não se pode considerar referido dia como de repouso.

Deste modo, não procede o pedido de declaração do sábado como dia de repouso semanal e, tampouco, o pedido de diferenças de repouso pagos decorrentes. Registro que não há, igualmente, previsão legal ou convencional no sentido de que o cálculo dos repouso semanais remunerados e feriados ocorra sem o cômputo do sábado.

Recurso provido para excluir da condenação o pagamento de diferenças de repouso em relação à parte variável, pela consideração do sábado como dia de repouso e o pagamento correspondente à "dobra de sábados".

4.5. Divisor 200.

Quanto ao divisor 200, está adequado à carga horária semanal contratada de 40 horas (conforme ficha de registro de empregado de Id. 5f078ce - Pág. 4), conforme Súmula nº 431 do Col. TST, que assim dispõe:

SALÁRIO-HORA. EMPREGADO SUJEITO AO REGIME GERAL DE TRABALHO (ART. 58, CAPUT, DA CLT). 40 HORAS SEMANAIS. CÁLCULO. APLICAÇÃO DO DIVISOR 200.

Para os empregados a que alude o art. 58, caput, da CLT, quando sujeitos a 40 horas semanais de trabalho, aplica-se o divisor 200 (duzentos) para o cálculo do valor do salário-hora.

Desse modo, fica a mantida a condenação ao pagamento de horas extras e reflexos, após 8 horas e 40 horas semanais, nos termos da condenação de origem.

4.6. Reflexos pelo aumento da média remuneratória.

Quanto aos reflexos pelo aumento da média remuneratória, entendo aplicável a OJ nº 394 da SBDI-I do Col. TST, *in verbis*:

REPOUSO SEMANAL REMUNERADO - RSR. INTEGRAÇÃO DAS HORAS EXTRAS. NÃO REPERCUSSÃO NO CÁLCULO DAS FÉRIAS, DO DÉCIMO TERCEIRO SALÁRIO, DO AVISO PRÉVIO E DOS DEPÓSITOS DO FGTS. (DEJT divulgado em 09, 10 e 11.06.2010).



A majoração do valor do repouso semanal remunerado, em razão da integração das horas extras habitualmente prestadas, não repercute no cálculo das férias, da gratificação natalina, do aviso prévio e do FGTS, sob pena de caracterização de "bis in idem".

Dou provimento parcial ao recurso ordinário para determinar a observância da OJ nº 394 da SBDI-I do Col. TST, excluindo-se os reflexos pelo aumento da média remuneratória.

4.7. Súmula nº 340 do Col. TST e OJ nº 397 da SBDI-I do Col. TST.

Não há dúvida acerca da aplicabilidade da Súmula nº 264 do Col TST, pois a remuneração do serviço suplementar é composta do valor da hora normal, integrado por parcelas de natureza salarial, e acrescido do adicional previsto em lei, contrato, acordo, convenção coletiva ou sentença normativa, inclusive adicional noturno e prêmios, o que deve ser observado quando da apuração do valor hora.

O reclamante recebia habitualmente prêmio produção, que não se caracterizam como comissão, pois eram pagos quando atingidas metas preestabelecidas.

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.

Sobre a matéria, registro que foi suscitado Incidente de Uniformização de Jurisprudência instaurado pela Comissão de Jurisprudência deste Tribunal, com vista à uniformização do entendimento acerca da questão relativa à incidência da Súmula nº 340 do TST aos prêmios por atingimento de metas, sendo aprovado o enunciado da Súmula nº 122, de observância obrigatória no âmbito desta Corte, com o seguinte teor:

PRÊMIOS PELO ATINGIMENTO DE METAS. NÃO APLICAÇÃO DA SÚMULA 340 DO TST.

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.

Considerando o entendimento fixado na referida Súmula, e sendo reconhecido o recebimento de prêmios por atingimento de metas, não incide, no caso a aplicação da Súmula nº 340 do TST e OJ 97 da SDI-I do TST, devendo no cálculo das horas extras, seja observado, para hora e adicional, a remuneração fixa e variável (prêmio pelo atingimento de metas), nos termos em que determinado na origem.

4.8. Conclusão.



Recurso da reclamada parcialmente provido para excluir da condenação o pagamento de diferenças de repousos em relação à parte variável, pela consideração do sábado como dia de repouso e o pagamento correspondente à "dobra de sábados"; para determinar a observância da OJ nº 394 da SBDI-I do Col. TST, na apuração das horas extras, excluindo-se os reflexos pelo aumento da média remuneratória e para, nos termos do voto majoritário na Turma, afastar a condenação ao pagamento de horas extras intervalares.

5. JUSTIÇA GRATUITA E HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS SUCUMBENCIAIS.

Em razão da concessão do benefício da justiça gratuita ao autor, a sentença entendeu inexigível a condenação de honorários advocatícios em favor dos procuradores da reclamada. Condenou, no entanto, a demandada, ao pagamento da verba honorária em favor do procurador do reclamante, em 15% sobre o valor bruto da demanda.

A recorrente insurge-se contra a sentença, alegando que não restou provada a condição de hipossuficiente do autor, buscando a condenação ao pagamento dos honorários advocatícios, e requerendo a diminuição da parcela devida aos procuradores do reclamante.

Examino.

A presente ação foi ajuizada sob a égide da Lei nº 13.467/17, que introduziu as regras de sucumbência contidas no art. 791-A da CLT.

Para a gratuidade de justiça prevista no art. 790, § 3º, da CLT, mesmo com a nova redação conferida pela Lei no 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 Col. TST, *in verbis*:

ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. COMPROVAÇÃO.

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 no 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 seu 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. (SOUZA JÚNIOR, Antônio Umberto; SOUZA, Fabiano Coelho de; MARANHÃO, Ney; AZEVEDO NETO, Planton Teixeira de. Reforma trabalhista: Análise comparativa e crítica da Lei No 13.467 /2017 e da Med. Prov. No 808/2017. 2. ed. rev. atual. e ampl., Editora Rideel, 2018, p. 439-440).

Assim, declarada a hipossuficiência do autor por meio do documento juntado sob o Id. dad806d- Pág. 1, impõe-se a ele deferir o benefício da gratuidade da justiça, a teor do que dispõe o § 3º do art. 790 da CLT.

Ainda, o Supremo Tribunal Federal, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5766, declarou inconstitucionais os arts.790-B, caput e § 4º, e 791-A, § 4º, da CLT, assim fundamentando em sede de embargos de declaração:

Veja-se que, em relação aos arts. 790-B, caput e § 4º, e 791-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 § 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 § 4º do art. 791-A da CLT, vedada sua dedução de créditos obtidos neste ou em outro processo.

Entendo que, diante da condição de hipossuficiente do trabalhador, é de ser aplicado o percentual mínimo estabelecido pelo *caput* do art. 791-A da CLT, ou seja, 5%, incidente sobre valor atualizado dos pedidos totalmente improcedentes.

De outra parte, entendo que os honorários advocatícios devidos pela reclamada, quando sucumbente, devem ser fixados no percentual de 15%, em consonância com os parâmetros usualmente adotados por esta Justiça Especializada, independentemente da complexidade da matéria e da quantidade de atos manejados pelas partes. O percentual de 15% para os honorários advocatícios está em conformidade com o art. 85, § 2º, do CPC, respaldado, igualmente, pela previsão do § 3º do mesmo dispositivo. Situa-se, ainda, dentro dos parâmetros estabelecidos pelo art. 791-A da CLT.

A base de cálculo é o valor bruto da condenação, nos termos da Súmula nº 37 deste Tribunal Regional.

Dou provimento parcial ao recurso para condenar o reclamante ao pagamento de honorários advocatícios em favor dos procuradores da reclamada, no percentual de 5% sobre os pedidos improcedentes, que deverão permanecer sob condição suspensiva de exigibilidade, vedada sua dedução de créditos obtidos neste ou em outro processo.

6. JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA.

A decisão de origem determinou a aplicação do IPCA-E para o cálculo da correção monetária e juros de mora na forma da Constituição.



Entendo que a incidência de juros e correção monetária deverá observar os critérios legais vigentes à época da liquidação de sentença.

Assim, determino a remessa à fase de liquidação de sentença a definição dos critérios de juros e correção monetária.

RECURSO ORDINÁRIO DO RECLAMANTE.

1. PARTICIPAÇÃO EM JANTARES COM CLIENTES (MAJORAÇÃO E IMPOSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE DIA).

Não concorda, o reclamante, com os termos da sentença, que concluiu que os jantares ocorriam nas sextas-feiras. Assevera que reconhecido que a jornada era controlável, e não apresentando, a reclamada, os controles de horário, há presunção de veracidade da jornada de trabalho contida na inicial, a qual não foi elida por prova em contrário. Diz que a recorrida não se desincumbiu do seu encargo probatório, devendo ser acolhida a fixação da jornada extraordinária, em relação aos jantares com clientes, nos exatos termos em que apontado no pedido inicial. Sucessivamente, volta-se à prova oral e demais elementos probatórios que corroboram sua tese. Refere que o arbitramento do jantar em sexta-feira não merece prosperar, pois as testemunhas ouvidas não sabem precisar o dia, e tal entendimento prejudica o reclamante, impedindo que receba o pagamento correspondente ao intervalo interjornada descumprido. Aponta que a realização de jantares com clientes era uma obrigação imposta a todos os empregados, e a teor do art. 4º da CLT, o tempo nesses eventos é tempo integral à disposição da empresa, devendo ser remunerado como horário extraordinário. Assim, requer que a participação do autor em jantares com médicos seja majorada para seis jantares mensais, até às 00 (meia-noite), a ser arbitrado de segunda a quinta-feira.

Examino.

O Juízo *a quo* entendeu que o reclamante participava de jantares, fixando que estes ocorriam uma vez por mês, nas sextas-feiras, encerrando a jornada às 23h30min.

Na inicial, diz o autor: "(...) *A empresa reclamada disponibilizava verba e obrigava o autor a realizar seis jantares mensais "minimeetings" com clientes, tais iniciavam, geralmente por volta das 19h30minh e não findavam antes das 24h. (...)*".



A reclamada nega sua ocorrência: "(...) *Em relação a participação em eventos promovidos pela Reclamada (jantares e congressos), a Reclamada nega de pronto as fantasiosas alegações obreiras, pois novamente carecem de provas. E mesmo que eventualmente acontecesse, a eventualidade desses eventos afasta o pagamento das horas extras. (...)*".

As partes concordaram com a utilização da prova emprestada, o autor apontando o depoimento prestado pelas testemunhas Renato Ramos Zanin, junto ao processo nº 1000852-88.2021.5.02.0034, e Francisco De Paula Souza da Silva Júnior, no processo nº 0020913-12.2015.5.04.0011.

A testemunha Francisco, disse (Id. 6972a15):

"(...) que enquanto representante, o depoente tinha eventos com médicos uma ou duas vezes por mês; que participava de uma convenção anual de cinco dias que ocorria em locais variados; que as atividades ocorriam das 08h às 21h e depois havia jantar; que não havia obrigatoriedade de participar dos jantares e coquetéis, mas o depoente procurava estar presente, já que estava trabalhando; que também participavam de congressos; que os congressos ocorriam de dois a três por ano, e normalmente em pontes de feriados; que os congressos duravam três dias em média; que os congressos ocorriam das 08h às 18h ou 19h, mas sempre tinha atividades posteriores com jantares com clientes, que se estendiam até 22h30min ou 23h;(..."

A testemunha Renato, por sua vez, afirmou (Id. ba94c14):

"(...) Que pelo menos uma vez por semana jantava com clientes com o custo pago pela reclamada. Que isso durava das 20:00 às 00:00, mais ou menos. Que o depoente trabalhava de um a dois congressos por ano, mas o pessoal da capital trabalhava de mais. Que os congressos duravam de quarta/quinta feira até sábado/domingo, ocasiões em que o depoente começava a trabalhar no stand as 09:00, almoçava com o cliente, passava a tarde no stand, jantava com o cliente e ia dormir por volta da meia noite (...)"

Do exame da prova oral, e os demais elementos dos autos, entendo que o labor fixado na origem encontra-se adequado à realidade de trabalho enfrentada pelo reclamante, e trazida ao juízo. Releva destacar que a jornada arbitrada surge de ponderações, médias, limites impostos pelas partes, tudo considerado pelo julgador de origem. Destaco que as testemunhas não informam qual dia ocorriam os jantares, no entanto, referem a participação em eventos e congressos, distintos dos jantares, em dias da semana que ocorriam a partir de quarta/quinta até sábado/domingo.

Diante disso, a sentença não comporta reforma no aspecto.

Provimento negado.

2. SUPRESSÃO PARCIAL DO INTERVALO INTERJORNADA.



A pretensão do recorrente, no aspecto, tinha como base o provimento do recurso ordinário no item acima, com relação a fixação dos jantares com médicos em dias diversos das sextas-feiras. Considerando que não houve alteração no julgado, no aspecto, resta prejudicado o exame do item em questão.

3. FORMA DE CÁLCULO DO IMPOSTO DE RENDA.

Com relação aos juros incidentes sobre a condenação, postula o recorrente a aplicação da previsão contida na OJ nº 400 da SBDI-I do Col. TST e Súmula nº 53 deste Tribunal Regional, para que os juros de mora não integrem a base de cálculo dos descontos fiscais.

Conforme entendimento já exposto no presente julgado, critérios de cálculos envolvendo juros e correção monetária deverão observar as regras legais vigentes à época da liquidação de sentença, devendo ser definidos naquele momento processual oportuno.

Nada a prover.

4. DEFINIÇÃO DAS PARCELAS DA CONDENAÇÃO.

Confiando a parte reclamante no provimento do recurso, postula que seja observado o que determina o § 3º do art. 832 da CLT, indicando a natureza jurídica das parcelas acrescidas à condenação por esta Turma.

Analiso.

Houve a aplicação, quando cabível, do disposto no referido artigo aos acréscimos complementares sobre a condenação de verba, principalmente daquelas que detenham natureza salarial, no item específico do julgado.

Nada a prover.

5. PREQUESTIONAMENTO.

A matéria litigiosa encontra-se exaustivamente enfrentada pelo acórdão, de modo que resta atendido o pressuposto recursal do prequestionamento para propiciar seu reexame pela instância superior.

Cabe ressaltar que o prequestionamento não se confunde com literal interpretação de lei ou mesmo da jurisprudência sumulada, a teor do que consta da Orientação Jurisprudencial nº 118 da SBDI-I do Col. 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.



Assim, julgo prequestionada a integralidade da matéria debatida.

ANA LUIZA HEINECK KRUSE

Relator

VOTOS

DESEMBARGADOR ANDRÉ REVERBEL FERNANDES:

Divirjo do voto da Exma. Relatora, nos seguintes pontos:

Jornada arbitrada.

A Juíza de origem fixa o seguinte horário de trabalho do autor na sentença:

"(...) Diante do descumprimento do dever de documentação pela reclamada, acolho as jornadas referidas pelo reclamante e, conforme a inicial, fixo que trabalhou, como regra, de segunda-feira a sexta-feira, e em feriados alternados, das 8h às 21h, com 45 minutos de intervalo intrajornada. Nas sextas-feiras, fixo que o horário se encerrava às 23h30min, ao invés de 21h, em razão de jantares com clientes. Em 3 sábados por ano, que fixo sejam nos últimos dos meses de março, julho e novembro, trabalhou das 8h às 22h, com 20 minutos de intervalo intrajornada. No arbitramento em questão estão compreendidas, além da atividade principal de visitação, as atividades auxiliares descritas na peça inicial."

Tendo em vista a extensa jornada fixada na origem, e o fato que o reclamante trabalhava como propagandista vendedor, em serviço externo, entendo que tinha condições de gozar de uma hora de intervalo entre os turnos de trabalho.

Dou provimento parcial ao recurso da reclamada, para fixar o gozo de uma hora de intervalo entre os turnos de trabalho.

Intervalo intrajornada. Lei 13.467/17.

Considerando o exposto acima, dou provimento ao recurso da reclamada, e absolvo da condenação ao pagamento de uma hora pelo gozo a menor do intervalo intrajornada.

JUÍZA CONVOCADA ANITA JOB LÜBBE:

RECURSO ORDINÁRIO DA RECLAMADA.



4. JORNADA DE TRABALHO (HORAS EXTRAS, INTERVALO INTRAJORNADA, DIFERENÇAS DE ADICIONAL NOTURNO, DOBRA DE SÁBADOS E FERIADOS, DIFERENÇAS DE REPOUSOS E FERIADOS, CRITÉRIOS DE CÁLCULOS, APLICAÇÃO DA SÚMULA Nº 340 DO COL. TST, DIVISOR 220).

4.2. Jornada arbitrada.

Acompanho o voto divergente.

4.3. Intervalo intrajornada. Lei 13.467/17.

Acompanho o voto divergente.

PARTICIPARAM DO JULGAMENTO:

DESEMBARGADORA ANA LUIZA HEINECK KRUSE (RELATORA)

DESEMBARGADOR ANDRÉ REVERBEL FERNANDES

JUÍZA CONVOCADA ANITA JOB LÜBBE

