



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 4ª REGIÃO

ACÓRDÃO
0000516-67.2013.5.04.0021 RO

Fl. 1

DESEMBARGADOR MARCELO JOSÉ FERLIN D AMBROSO
Órgão Julgador: 2ª Turma

Recorrente: TATIANE MEDEIROS DE MORAIS - Adv. Graciela Justo Evaldt
Recorrente: EUROFARMA LABORATÓRIOS LTDA. - Adv. Rodrigo Seizo Takano
Recorrido: OS MESMOS
Origem: 21ª Vara do Trabalho de Porto Alegre
Prolator da Sentença: JUIZ EDUARDO BATISTA VARGAS

E M E N T A

EUROFARMA. PROMOTORA DE VENDAS. ATIVIDADE EXTERNA COMPATÍVEL COM FIXAÇÃO E CONTROLE DE HORÁRIOS. *PALM TOP*. REGISTRO DE HORÁRIO DE VISITAS. Os elementos de prova evidenciam que a atividade laboral da autora, enquanto promotora de vendas, não eram incompatíveis com a fixação e controle de horário de trabalho, na medida em que a empresa tinha total conhecimento do roteiro praticado, da quantidade de visitas e dos horários em que estas eram realizadas, informações que eram registradas no *software* instalado no *Palm Top* utilizado pela trabalhadora no desempenho de sua função. Inviável, neste contexto, o enquadramento na hipótese exceptiva prevista no art. 62, I, da CLT. **Precedentes deste Tribunal em casos análogos, envolvendo a mesma demandada, que revelam a contumácia e a lesividade massiva da conduta patronal.**



ACÓRDÃO
0000516-67.2013.5.04.0021 RO

Fl. 2

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

ACORDAM os Magistrados integrantes da 2ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região: preliminarmente, por unanimidade, **ACOLHER A PRELIMINAR ARGUIDA NAS CONTRARRAZÕES DA AUTORA e NÃO CONHECER DO RECURSO ORDINÁRIO DA RÉ** quanto às insurgências relativas às normas coletivas aplicáveis e à base de cálculo dos honorários assistenciais, por inovatórias. Por unanimidade, **NÃO CONHECER DOS DOCUMENTOS DAS FLS. 967-969**, juntados pela demandada em suas contrarrazões, por intempestivos. No mérito, por maioria, vencido parcialmente o Exmo. Des. Alexandre Corrêa da Cruz, **DAR PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO ORDINÁRIO DA RÉ** para: **a)** pronunciar a prescrição das pretensões exigíveis e anteriores a 22/04/2008; e **b)** excluir da condenação as diferenças da verba participação nos lucros e resultados. Por unanimidade, **DAR PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO ORDINÁRIO DA AUTORA** para: **a)** acolher a contradita arguida contra a testemunha João Paulo Santos, afastando o compromisso prestado e considerando-a como informante; **b)** majorar a condenação em horas extras pela participação em "coffee break" para 4 horas e 30 minutos de horas extras nos meses ímpares e para 3 horas extras nos meses pares; **c)** majorar a condenação em horas extras decorrentes dos intervalos intrajornada parcialmente suprimidos para todos os dias de efetivo trabalho; **d)** majorar a condenação ao pagamento de diferenças de prêmios para o percentual de 40% sobre o salário fixo mensal; **e)** acrescer à condenação diferenças de 13º salários, férias com 1/3, aviso-prévio e em FGTS e multa de 40%, pelo aumento da média remuneratória dos repousos semanais remunerados majorados pela



ACÓRDÃO

0000516-67.2013.5.04.0021 RO

Fl. 3

integração das horas extras; **f)** acrescer à condenação o pagamento de diferenças de repouso semanal remunerado mediante consideração dos sábados como dias de repouso, com reflexos em férias com 1/3, 13º salários, aviso prévio e FGTS com acréscimo de 40%; **g)** acrescer à condenação o pagamento de diferenças de repouso semanais remunerados, horas extras, 13º salários, férias com 1/3, aviso prévio e FGTS com 40%, pelo reconhecimento da natureza salarial do auxílio-alimentação pago; e **h)** declarar, para efeitos do disposto art. 832, §3º, da CLT, que as parcelas acrescidas à condenação possuem natureza remuneratória, conforme fundamentação. Custas de R\$600,00, calculadas sobre o valor de R\$30.000,00, que se acresce à condenação, pela ré.

Intime-se.

Porto Alegre, 07 de outubro de 2014 (terça-feira).

RELATÓRIO

Inconformadas com a sentença das fls. 859-869, complementada pela decisão resolutiva de embargos de declaração da fl. 812, recorrem as partes.

A autora, pelas razões de recurso aduzidas às fls. 888v-905v, busca a reforma do julgado quanto a: contradita da testemunha da ré; intervalo intrajornada; participação em "coffee breaks"; integração das horas e prêmios em repouso semanais remunerados e aumento da média remuneratória; percentual e base de cálculo das diferenças de prêmios; cálculo dos repouso semanais remunerados e feriados sobre a parcela variável (prêmios); integração da ajuda-alimentação ao salário; multa normativa; indenização por uso de espaço residencial; dano existencial; e



ACÓRDÃO

0000516-67.2013.5.04.0021 RO

Fl. 4

contribuição previdenciárias sobre reflexos em aviso-prévio. Requer, ainda, o cumprimento do disposto no art. 832, §3º, da CLT e o prequestionamento.

A ré, por sua vez, com amparo nas razões recursais das fls. 908v-920, argúi nulidade processual pelo indeferimento de perguntas às testemunhas sobre premiação e, no mérito, pretende a reforma da decisão nos seguintes pontos: prescrição quinquenal; horas extras - atividade externa; jornada arbitrada (tempo de deslocamento, duração da visita, deslocamento, atividades burocráticas, "coffee breaks"); intervalo intrajornada; intervalo do art. 384 da CLT; critérios de cálculo das horas extras (limite semanal e diário; art. 58 da CLT); diferenças de prêmios; normas coletivas aplicáveis; multa normativa; diferenças de PLR; benefício da justiça gratuita; honorários advocatícios; FGTS sobre reflexos de natureza indenizatória; e correção monetária.

A autora oferece suas contrarrazões às fls. 944-953, pugnando pelo não conhecimento do recurso da ré quanto à alegação referente à teoria do conglobamento e quanto ao pleito de incidência do percentual dos honorários advocatícios sobre o valor bruto liquidado.

A ré apresenta contrarrazões às fls. 956-966.

Processo não submetido à análise prévia do Ministério Público.

Considerando a Política Nacional de Tratamento dos Conflitos de Interesses, implementada pelo Conselho Nacional de Justiça - CNJ, com intuito de assegurar a conciliação e mediação das controvérsias entre as partes, e, ainda, o disposto no art. 3º do Ato n. 732/TST.GP-2012, aplicável por analogia, foi realizada, sob a presidência deste Relator, audiência para tentativa de conciliação, a qual, todavia, resultou infrutífera (fl. 977).



ACÓRDÃO
0000516-67.2013.5.04.0021 RO

Fl. 5

Os autos retornam conclusos para julgamento.

É o relatório.

VOTO

DESEMBARGADOR MARCELO JOSÉ FERLIN D AMBROSO
(RELATOR):

I - PRELIMINARMENTE

1. CONTRARRAZÕES DA AUTORA. ARGUIÇÃO DE NÃO CONHECIMENTO PARCIAL DO RECURSO ORDINÁRIO DA RÉ. BASE DE CÁLCULO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. NORMAS COLETIVAS APLICÁVEIS.

A demandante, em suas contrarrazões, aduz que não merece ser conhecido o recurso ordinário da ré quanto à alegação de teoria do conglobamento e com relação à pretensão de incidência dos honorários assistenciais sobre o líquido da condenação, pois inovatórias.

Quanto à base de cálculo dos honorários assistenciais, embora possa ser definida de ofício pelo Juiz, independente de pedido ou alegação da parte contrária, por imprescindível para a liquidação da verba na fase própria do processo, no caso, verifica-se que o autor, desde a inicial, postulou a observância do valor bruto da condenação, em conformidade com o entendimento da Súmula 37 deste Tribunal (pedido "u", fl. 17).

A demandada, todavia, não deduziu na peça de defesa qualquer impugnação quanto à base de cálculo (fl. 249), de modo que a insurgência recursal, no aspecto, revela-se, efetivamente, inovatória.



ACÓRDÃO

0000516-67.2013.5.04.0021 RO

Fl. 6

Com efeito, nos termos do art. 300 do CPC, compete ao réu alegar, na contestação, toda a matéria de defesa, expondo as razões de fato e de direito, com que impugna o pedido do autor. O recurso, assim, não é o momento para formular razões de defesa não aduzidas no momento processual oportuno (contestação), pois não cabe a este Juízo "ad quem" apreciar matéria de defesa que devam ser deduzida, apreciada e julgada, originariamente, em primeiro grau de jurisdição. Ora, mesmo que os autos estejam suficientemente instruídos para o esclarecimento do mérito, a análise e julgamento de razões de defesa inovatórias por esta Corte encontra óbice intransponível nas normas de competência funcional e no instituto da preclusão temporal.

Assim, a tese aduzida em recurso não foi debatida no curso do processo, razão pela qual é inviável a apreciação e julgamento dela por este Tribunal, sob pena de ficar caracterizada supressão de instância, violação aos limites da lide e violação às garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa (CF, art. 5º, LV), com possível declaração futura de nulidade do presente julgado.

De outra parte, a ré também pretende a reforma da sentença para que seja indeferido o pedido de pagamento de verbas com amparo nas Convenções Coletivas de Trabalho do Rio Grande do Sul, sob a alegação de que a aplicação das normas de São Paulo seriam mais vantajosas à empregada.

Consta da sentença que *"não é controvertida a aplicabilidade da norma coletiva suscitada na inicial. A reclamada levanta hipótese de pertencimento à entidade coletiva diversa da alegada pela autora apenas na manifestação acerca do laudo pericial contábil, cujas alegações não se conhecem por extemporâneas"*.



ACÓRDÃO

0000516-67.2013.5.04.0021 RO

Fl. 7

A insurgência recursal da demandada quanto às normas coletivas aplicáveis, desse modo, também está fulminada pela preclusão temporal, não se mostrando oportuna, portanto, a invocação de matéria de defesa em manifestação sobre laudo contábil, tampouco em razões recursais.

Logo, considerando que não houve controvérsia sobre a base de cálculo dos honorários assistenciais nem sobre a aplicabilidade da norma coletiva suscitada na inicial, a insurgência recursal encontra óbice na preclusão, por força do disposto no art. 302, *caput*, do CPC, *in fine*: "*cabe também ao réu manifestar-se precisamente sobre os fatos narrados na petição inicial. Presumem-se verdadeiros os fatos não impugnados, (...)*".

Assim, **acolho** a preliminar arguida nas contrarrazões da autora e **não conheço** do recurso ordinário da ré quanto às insurgências relativas às normas coletivas aplicáveis e à base de cálculo dos honorários assistenciais, por inovatórias.

2. CONTRARRAZÕES DA RÉ. DOCUMENTOS JUNTADOS. NÃO CONHECIMENTO.

Conforme o entendimento consubstanciado na Súmula 8 do TST, "*a juntada de documentos na fase recursal só se justifica quando provado o justo impedimento para sua oportuna apresentação ou se referir a fato posterior à sentença*".

Os documentos juntados pela ré em suas contrarrazões (comprovante de inscrição do PAT de 2004 e atas de audiência realizada em 04/06/2013), às fls. 967-969, não se referem a fato posterior à sentença, tampouco se prova justo impedimento para sua oportuna apresentação (fase instrutória), mostrando-se, por conseguinte, injustificável e obstaculizada pela preclusão



ACÓRDÃO
0000516-67.2013.5.04.0021 RO

Fl. 8

a juntada deles na fase recursal.

Saliente-se que, ao contrário do alegado pela ré, a tese da autora quanto à incidência do entendimento emanado da OJ 413 da SDI-1 do TST não é inovatória, pois ventilada em sua manifestação sobre os documentos juntados com a contestação (fl. 656).

Destarte, **não conheço** dos documentos das fls. 967-969, juntados pela demandada em suas contrarrazões, por intempestivos.

II - MÉRITO.

1. RECURSO ORDINÁRIO DA RÉ (EUROFARMA LABORATÓRIOS LTDA.) - matéria prejudicial

NULIDADE PROCESSUAL. PROVA TESTEMUNHAL. INDEFERIMENTO DE PERGUNTAS SOBRE PREMIAÇÕES.

A demandada argúi a nulidade do processo em razão do indeferimento de perguntas formuladas às testemunhas sobre as premiações. Aduz que *"a forma de cálculo do prêmio, as metas, o conhecimento das metas e do seu atingimento pelo trabalhador podem sim ser provados por testemunhas, de modo que o indeferimento dos quesitos feitos em audiência configurou flagrante violação ao contraditório e à ampla defesa"*.

Sem razão na insurgência, porquanto, de fato, a questão foi objeto de prova pericial contábil e a demandada teve diversas oportunidades para juntar a documentação referente às premiações, mas ficou-se inerte.

Como consignado na sentença, a cláusula 10ª das Convenções Coletivas de Trabalho determina que, uma vez estabelecido pelas empresas o



ACÓRDÃO

0000516-67.2013.5.04.0021 RO

Fl. 9

pagamento de prêmios ou quotas de vendas aos empregados, *“deverão fornecer aos mesmos, **por escrito**, as condições para obtenção dos prêmios e as quantidades dos produtos a serem vendidos”* (negritei).

Nesse contexto, ao indeferir as perguntas sobre premiações o Magistrado valeu-se da prerrogativa que lhe confere o disposto no art. 400, II, do CPC, *verbis*: *“a prova testemunhal é sempre admissível, não dispondo a lei de modo diverso. O juiz indeferirá a inquirição de testemunhas sobre fatos: II - que só por documento ou por exame pericial puderem ser provados”*.

Logo, não há nulidade a ser declarada. Nego provimento ao recurso.

2. RECURSO ORDINÁRIO DA AUTORA - matéria prejudicial

CONTRADITA DA TESTEMUNHA DA RÉ

A autora não se conforma com a decisão que indeferiu a contradita arguida contra a testemunha trazida pela ré, Sr. João Paulo Santos. Aduz que a testemunha ocupa cargo de confiança e se trata de *longa manus* da empresa, confundindo-se na pessoa do empregador, razão pela qual seria impedida para depor, nos termos do art. 405, §2º, II, do CPC.

Consta da ata da audiência instrução (fls. 812-814) que a testemunha em referência foi contraditada pela parte autora, sob o fundamento de ter sido ela que a teria despedido. Ao ser inquirida, a testemunha relata que *“a decisão não foi sua individualmente, mas em conjunto com o gerente regional”*. O Magistrado de origem, então, profere a seguinte decisão:

“Em que pese possam existir elementos que contaminem o depoimento da testemunha, o simples fato de ter sido quem indicou a demissão da reclamante, não é suficiente para



ACÓRDÃO

0000516-67.2013.5.04.0021 RO

Fl. 10

determinar falta de isenção de animo, razão pela qual indefiro a contradição, embora reservando-se a análise do depoimento com cautela posterior".

Inicialmente, afasta-se a incidência do impedimento de que trata o art. 405, §2º, II, do CPC, uma vez que a testemunha não é parte na causa. O mero fato do empregado exercer cargo de confiança não o confunde com o próprio empregador nem o torna representante deste.

De outra parte, porém, considero presumível o interesse da testemunha que exerce função de confiança no âmbito demandado, aplicando-se ao presente caso o art. 405, §3º, IV, do CPC. Ora, o fato da pessoa indicada para depor ser detentora de cargo de confiança, com poderes para admitir e despedir empregados (ainda que em conjunto com outro gerente), fragiliza sua condição de testemunha, no que se refere à necessidade de isenção de ânimo, configurando, pois, hipótese de suspeição para prestar declarações em Juízo.

Portanto, **dou provimento parcial** ao recurso ordinário para acolher a contradição arguida contra a testemunha João Paulo Santos, afastando o compromisso prestado e considerando-a como informante.

De todo modo, ao depoimento prestado deverá ser atribuído o valor que possa merecer (art. 405, §4º, CPC), como o fez o Magistrado *a quo*, que declarou cautela ao apreciá-lo, inobstante o indeferimento da contradição.

3. RECURSO ORDINÁRIO DA RÉ - matérias remanescentes

3.1. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL

A recorrente aduz que o Juízo *a quo* deixou de aplicar a prescrição



ACÓRDÃO

0000516-67.2013.5.04.0021 RO

Fl. 11

quinquenal expressamente requerida na contestação, à fl. 213 dos autos. Requer, assim, seja pronunciada a prescrição das pretensões referentes ao período anterior a 22/04/2008.

Muito embora conste no *decisum* da sentença a determinação para que seja "*observada a prescrição declarada*" (fl. 868v), não se verifica, na fundamentação, que a prescrição tenha sido efetivamente declarada, embora arguida pela defesa (fl. 213).

E, apesar de tal obscuridade não ter sido invocada por meio dos embargos de declaração apresentados, impende seja sanada nesta instância recursal, para evitar discussões na fase de execução.

A prescrição é norma de ordem pública e, portanto, pode inclusive ser examinada de ofício, nos termos do art. 219, §5º do CPC, aplicado de forma subsidiária ao processo do trabalho, na esteira do art. 769 da CLT. Destaco que o posicionamento vertido em Enunciado não possui qualquer efeito vinculante, não podendo prevalecer face à expressa previsão de norma constitucional em sentido contrário.

Ademais, o instituto da prescrição previsto no art. 7º, XXIX, da Constituição Federal não pode ser condicionado à regulamentação do direito de proteção contra a despedida arbitrária assegurado no inciso I do mesmo dispositivo.

O direito de proteção contra despedida arbitrária deve ser interpretado como um dos critérios materiais para assegurar a eficácia e efetividade dos direitos fundamentais, especialmente a dignidade da pessoa humana. Neste sentido, a alegação de que o inciso I careceria de regulamentação não prospera, porquanto a própria ordem constitucional exaustivamente



ACÓRDÃO

0000516-67.2013.5.04.0021 RO

Fl. 12

trata do tema. Por outro lado, o instituto da prescrição tem por escopo o próprio processo, limitando no tempo as relações jurídicas.

Segundo Plá Rodriguez *"o verdadeiro fundamento da prescrição no direito do trabalho é o mesmo do direito comum: a segurança jurídica, que alcança sua plena vigência ainda quando por meio daquela se possa chegar a um resultado (como a perda do direito pelo trabalhador) que pareceria antitético com a finalidade protetora de nossa disciplina. Esta deve concretizar-se com o exercício dos direitos, não mediante a eternização de situações conflitivas ou duvidosas que conspiram contra a ordem e a paz social, que é, ao fim, o resultado a que aspira a proteção outorgada ao trabalhador mediante disposições mais ou menos rígidas no que se refere à disponibilidade de seus direitos"* (Plá Rodríguez, Américo: *"Los principios del derecho del trabajo"*, 2da. Edición, Depalma, Buenos Aires 1990. Centeno, Norberto: *"La prescripción en el Derecho del Trabajo"*, Rev. LT, t. XXII p. 387. Tradução livre).

Nestes termos, considerando a vigência do contrato de 24/10/2007 a 03/11/2011, e ajuizada a demanda em 22/04/2013, estão prescritas as pretensões exigíveis e anteriores a 22/04/2008, nos termos do art. 7º, XXIX, da Constituição da República e art. 11 da CLT.

Destarte, **dou provimento ao recurso ordinário da ré** para pronunciar a prescrição das pretensões exigíveis e anteriores a 22/04/2008.

3.2. HORAS EXTRAS. CONTROLE DE JORNADA. ATIVIDADE EXTERNA. ART. 62, I, DA CLT

O Juízo *a quo* afasta a aplicabilidade da norma contida no art. 62, I, da CLT e condena a ré no pagamento de 8 horas e 10 minutos extras por semana;



ACÓRDÃO

0000516-67.2013.5.04.0021 RO

Fl. 13

e 1 hora e 30 minutos extras por mês pela participação em “coffee break”.

A ré aduz que o horário de trabalho somente constou no "Registro de Empregado" por impossibilidade técnica de excluí-lo do sistema de computação, conforme consta no campo "Anotações Gerais" do mesmo documento. Invoca a prova documental e sustenta que a autora tinha plena autonomia para exercer o trabalho, sem controle de horários. Também invoca o depoimento da obreira no que afirmou que *"fazia atendimento de farmácia"* e que *"não possui sede nem escritório do Rio Grande do Sul"*. Argumenta, ainda, que o gerente somente a acompanhava uma vez por mês e que o sistema de *Palm Top* não era utilizado para controlar a jornada da autora. Invoca, por fim, o depoimento do seu informante, que teria afirmado que o sistema não faz registro de horários automaticamente e que o vendedor poderia, com liberdade, alterar o roteiro de visitas. Sustenta, ainda, que o depoimento da testemunha trazida pela autora não merece credibilidade, pois prestou informações mais favoráveis do que a inicial e nunca laborou com a demandante. Enfim, pretende ser absolvida da condenação ao pagamento de horas extras, sob a alegação de que a autora estaria enquadrada na norma do art. 62, I, da CLT.

Registre-se, inicialmente, que a autora foi admitida pela ré em 24/10/2007 para exercer o cargo de "Promotor de Vendas Jr.", com remuneração constituída de salário fixo de R\$1.453,00 mais prêmios (contrato, fl. 290v). Foi dispensada sem justa causa em 03/11/2011, mediante aviso prévio indenizado, tendo como última remuneração o montante de R\$3.135,00 (TRCT, fl. 288v).

Para a incidência do art. 62, I, da CLT, a atividade externa deve ser incompatível com a fixação de horário de trabalho, devendo tal condição ser



ACÓRDÃO

0000516-67.2013.5.04.0021 RO

Fl. 14

anotada na Carteira de Trabalho e Previdência Social e no registro de empregados. Assim, a mera realização de atividade externa, não autoriza, por si só, o enquadramento automático na referida exceção legal, sendo necessária a existência de prova, que incumbe ao empregador, quanto à efetiva impossibilidade de controle ou fiscalização da jornada, por se tratar de fato impeditivo ao direito alegado.

In casu, é incontroverso que as atividades realizadas pela autora, na qualidade de promotora de vendas, eram externas.

Na ficha de registro de empregado (fls. 280v e 282), conforme observado na origem, consigna-se "*Horário de Trabalho/descanso: 8:00 às 17:00 horas - 1 hora(s) intervalo, das 11:00 às 12:00 horas*". Por outro lado, conforme menciona a recorrente, há a informação no campo "Anotações Gerais" de que, "por impossibilidade técnica", não foi excluída a jornada do campo, consignando-se que a empregada estaria enquadrada na norma exceptiva do art. 62, I, da CLT.

De todo modo, objetivando afastar quaisquer dúvidas acerca da matéria, resta saber se havia possibilidade de fiscalização/controle da jornada de trabalho pelo empregador, para o fim de enquadramento, ou não, na exceção prevista no art. 62, I, da CLT. Vale dizer, não se pode confundir jornada incontrolável com jornada não controlada, por liberalidade do empregador.

Como a tese da obreira é de que era possível a efetiva fiscalização da extensão da jornada de trabalho, passa-se ao exame da prova oral, a fim de aquilatar a prova produzida nos autos.

Neste sentido, a despeito da ressalva ("impossibilidade técnica") na ficha



ACÓRDÃO

0000516-67.2013.5.04.0021 RO

Fl. 15

de registro da autora, e apesar das alegações da recorrente, os demais elementos de prova existentes nos autos dão conta de que **as atividades realizadas pela autora não eram incompatíveis com a fixação e controle de horário de trabalho.**

O próprio preposto da ré, em seu depoimento pessoal, confirma essa constatação, ao afirmar que:

“no palm top tinha a relação da farmácia visitada e um link com os produtos necessários a formulação dos pedidos; que a reclamante era promotora e vendedora; que no palm top era possível enviar todos os pedidos realizados, no qual constavam os horários das visitas; que com base nessas informações era possível fazer um relatório das vendas diárias realizadas; que no plam top havia o roteiro das farmácias a serem visitadas em determinado dia, mas poderia haver modificação pela reclamante; que de segunda a quinta eram visitas 12 farmácias e na sexta apenas 6; que na sexta o horário trabalhado se encerra às 13h; (...).” (grifei).

Inarredável a conclusão da sentença, assim, de que a ré tinha total conhecimento do horário de trabalho da autora, determinando-lhe, inclusive o roteiro diário, tendo conhecimento, ainda, da quantidade de farmácias que seriam visitadas.

A testemunha ouvida a convite da autora, ao contrário do alegado pela recorrente, merece credibilidade. O só fato de trazer informações diversas da inicial em alguns aspectos, por si só, no contexto do depoimento, não lhe torna imprestável, porquanto laborou em outra região, mas na mesma



ACÓRDÃO

0000516-67.2013.5.04.0021 RO

Fl. 16

função e subordinada ao mesmo gestor da demandante. E, como observado pela sentença, em relação aos roteiros, ela afirma que “*tinha que cumprir um roteiro de visitas; que o roteiro já constava o nome das farmácias a serem visitadas; (...) que não podia alterar o roteiro de visitas*” (grifei), e, ainda, presta informações importantes sobre a dinâmica da prestação laborativa, evidenciando a possível e efetiva fiscalização dos horários, nestes termos:

“a reclamante também tinha que realizar 12 visitas diárias de segunda a sexta; que isso era para todos os integrantes da equipe; que isso era cobrado pelo gestor; que o controle das visitas diárias era feito pelo palm top; que havia um programa sanet; que nesse aparelho era lançado o horário da visita; (...) que uma vez por semana era acompanhada pelo gestor; que isso ocorria com todas; que não havia agendamento com o gestor” (grifei).

A exigência de cumprimento de roteiros, bem como o lançamento do horário das visitas em sistema de *Palm Top* deixam nítido que a atividade não só era compatível com a fixação de horário de trabalho, como também que existia efetivo controle, ao menos indireto, do cumprimento da jornada fixada. Se, como alega a ré, inexistiu controle de jornada, foi por mera liberalidade, e não por desconhecimento/impossibilidade de averiguação do horário praticado pelo trabalhador, o que não induz à hipótese do multicitado art. 62, I, da CLT. Tampouco, desse modo, tem relevância o fato de a empresa não ter sede neste Estado.

A propósito, é necessário pouco conhecimento em informática para saber



ACÓRDÃO

0000516-67.2013.5.04.0021 RO

Fl. 17

que os sistemas (*software*) de *Palm Top* utilizados pelos vendedores e demais empregados externos ("promotores de vendas", por exemplo) possibilitam o registro automático da data e hora em que lançado determinado dado ou movimento - no caso, aliás, a prova oral ainda dá conta que horários eram registrados pelo empregado no sistema fornecido pela ré. Ilustrativamente, em consulta rápida à internet, constata-se que uma das finalidades desses sistemas de gerenciamento de vendas/visitas é, justamente, possibilitar à empresa a fiscalização "dos passos do vendedor":

"Alguns motivos para a compra do Vemovel: (...) - Atualização Remota por GPRS; (...); - Monitoramento completo da equipe de vendas (Espião dos passos do Vendedor); (...); - Segurança e backup; (...) - Acompanhamento das vendas online; - Relatórios diversos" (disponível em: <<http://www.mgmoblie.com.br/>>, acesso em: 19/092014) (destaquei)

O sistema "SANET" adotado pela ré não parece ser diferente. O Manual de Utilização do *software* dá conta de suas funcionalidades (fl. 137v):

"MINHAS VISITAS >> FARMÁCIAS

Serão exibidos os dias de visitação, a quantidade de visitas agendadas e a quantidade de visitas realizadas. Clique em 'detalhes' para verificar o tipo de visita, a data, o horário, as farmácias visitadas, o comentário da visita e o comentário para a próxima visita e o acompanhamento da visita (...)" (grifei)

Citem-se, por derradeiro, precedentes desta Corte em casos análogos, envolvendo a mesma demandada, a revelarem a contumácia e a lesividade



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 4ª REGIÃO

ACÓRDÃO

0000516-67.2013.5.04.0021 RO

Fl. 18

massiva da conduta patronal:

HORAS EXTRAS. ADICIONAL NOTURNO. INAPLICABILIDADE DO ART. 60, INCISO I, DA CLT. A prova dos autos não permite enquadrar a reclamante na exceção de que trata o art. 62, inciso I, da CLT. Isso porque, a prova oral confirma a possibilidade de controle da jornada da autora. Recurso da reclamante provido, no tópico. (TRT da 04ª Região, 11A. TURMA, 0001244-60.2012.5.04.0016 RO, em 26/06/2014, Desembargadora Flávia Lorena Pacheco - Relatora. Participaram do julgamento: Desembargador Ricardo Hofmeister de Almeida Martins Costa, Desembargador Herbert Paulo Beck)

HORAS EXTRAS. ADICIONAL NOTURNO. INAPLICABILIDADE DO ART. 62, I, DA CLT. A prova dos autos não permite enquadrar a reclamante na exceção de que trata o art. 62, I, da CLT. Isso porque confirma a possibilidade de controle da jornada da autora. Recurso da reclamante provido, no tópico. (TRT da 04ª Região, 11A. TURMA, 0001047-23.2012.5.04.0011 RO, em 10/07/2014, Desembargadora Flávia Lorena Pacheco - Relatora. Participaram do julgamento: Desembargador Ricardo Hofmeister de Almeida Martins Costa, Desembargador Herbert Paulo Beck)

HORAS EXTRAS. TRABALHO EXTERNO. PROPAGANDISTA-VENDEDOR. Não obstante a prestação de trabalho externo, o conjunto probatório revela que a empregadora tinha condições de realizar o controle da jornada



ACÓRDÃO

0000516-67.2013.5.04.0021 RO

Fl. 19

de trabalho cumprida pelo empregado. Descumprido o artigo 74, parágrafo 2º, da CLT, o reclamante faz jus ao pagamento da jornada extraordinária por ele desenvolvida, em conformidade com a prova oral produzida. (TRT da 04ª Região, 9A. TURMA, 0000237-06.2012.5.04.0025 RO, em 21/11/2013, Desembargador João Alfredo Borges Antunes de Miranda - Relator. Participaram do julgamento: Desembargadora Carmen Gonzalez, Desembargador André Reverbel Fernandes)

HORAS EXTRAS. VENDEDOR PROPAGANDISTA. Havendo a possibilidade de controle do trabalho externo realizado pelo vendedor propagandista, não há falar na aplicabilidade da exceção prevista no art. 62, I, da CLT. (TRT da 04ª Região, 2A. TURMA, 0000714-30.2010.5.04.0015 RO, em 21/03/2013, Desembargador Raul Zoratto Sanvicente - Relator. Participaram do julgamento: Desembargadora Tânia Rosa Maciel de Oliveira, Desembargador Alexandre Corrêa da Cruz)

HORAS EXTRAS. TRABALHO EXTERNO. PROPAGANDISTA. EMPRESA FARMACÊUTICA. O fato do trabalhador realizar serviços externos, por si só, não impede a percepção de horas extras. O empregador deve obedecer aos ditames da lei, no aspecto formal (anotação na CTPS e no livro de Registro de Empregados) e também não podem ocorrer formas de controle da jornada, ainda que indiretamente. No caso, a prova testemunhal confirma a possibilidade e a manutenção de controle de horários das atividades dos propagandistas vendedores, como a reclamante, pela reclamada. Destaca-se a



ACÓRDÃO

0000516-67.2013.5.04.0021 RO

Fl. 20

convergência dos depoimentos prestados pelas testemunhas em oportunidades e em juízos diferentes quanto à exigência de uma meta diária de visitas de 18 médicos e de 04 farmácias e quanto à obrigação dos propagandistas vendedores relatarem as visitas à reclamada diariamente. Segundo a testemunha indicada pela própria reclamada, a comunicação à reclamada das visitas era feita por meio do celular, após cada visita, não deixando dúvidas do controle das atividades dos propagandistas vendedores pela reclamada em tempo real. Recurso ordinário da reclamada não provido. (TRT da 04ª Região, 8A. TURMA, 0000945-57.2010.5.04.0015 RO, em 18/04/2013, Desembargador Francisco Rossal de Araújo - Relator. Participaram do julgamento: Desembargadora Lucia Ehrenbrink, Juíza Convocada Angela Rosi Almeida Chapper)

As alegações recursais, desse modo, não prevalecem diante desses elementos de prova, resultando evidente que dispunha o empregador de meios de fiscalização e apuração da jornada efetivamente cumprida, razão pela qual, na esteira do entendimento da sentença, concluo pela inviabilidade do enquadramento da autora na hipótese exceptiva do art. 62, I, da CLT.

Nego provimento ao recurso da ré, no particular.

4. RECURSO ORDINÁRIO DA RÉ E RECURSO ORDINÁRIO DA AUTORA - matérias comuns a ambos os recursos.

4.1. JORNADA ARBITRADA - TEMPO DE DESLOCAMENTO, DURAÇÃO DA VISITA, DESLOCAMENTO, ATIVIDADES



ACÓRDÃO
0000516-67.2013.5.04.0021 RO

Fl. 21

BUROCRÁTICAS, "COFFEE BREAKS".

Quanto ao arbitramento da jornada de trabalho, diante da não apresentação dos controles de horário, e a partir da análise dos elementos de prova existentes nos autos, o Juízo *a quo* arbitra que a jornada da autora ocorreu de segundas a quintas-feiras, de 10 horas diárias, e nas sextas-feiras, 8 horas e 10 minutos diárias, redundando em uma carga semanal de 48 horas e 10 minutos. Também considerou a realização de “coffee breaks” após a última visita, com a duração de 1 hora e 30 minutos, no total de 1 por mês.

Ambas as partes recorrem.

A ré aduz que o arbitramento de tempo de deslocamento importa decisão *ultra* ou *extra petita*, pois a autora não menciona na inicial o tempo de duração das visitas, quanto mais de deslocamento. Também não se conforma com o arbitramento do tempo de visita, sob a alegação de que a sua testemunha afirmou que as visitas perduravam de 30 a 35 minutos e, assim, deveria ter sido adotado o tempo de 30 minutos, e não de 35, como o fez o Julgador de origem, ou, no mínimo, a média (32min30seg). Aduz, ainda, que o tempo de deslocamento deve ser reduzido à metade, pois não haveria prova nos autos quanto a esse período e, além disso, por entender exagerado o tempo de 15 minutos fixado. Com relação às atividades burocráticas, assevera que a autora não se desincumbiu de demonstrar que eram realizadas e que não poderia ser utilizado o depoimento pessoal da própria autora. Por fim, afirma que somente poderia prevalecer o depoimento da sua testemunha quanto ao tempo de “coffee breaks”, porque o depoimento da testemunha da autora seria imprestável. Nestes termos, busca a reforma do julgado.



ACÓRDÃO

0000516-67.2013.5.04.0021 RO

Fl. 22

O autor, por sua vez, pretende a majoração da jornada para que seja adotado o depoimento da testemunha que trouxe para depor, no sentido de que fazia um "coffee break" por semana.

Comprovado que a autora não estava enquadrada na norma do art. 62, I, da CLT, cabia à ré ter efetuado o controle da jornada de trabalho, na forma do art. 74, §3º, da CLT, ou por qualquer outro meio idôneo.

A ausência injustificada dos registros de horário (art. 74, § 2º, da CLT) implica a presunção de veracidade da jornada declinada na peça inicial, invertendo-se o ônus da prova quanto à jornada extraordinária, que passa a ser do empregador, nos termos da Súmula 338 do TST e dos arts. 333, II, do CPC, e art. 818 da CLT. Deve ser observado, de qualquer modo, o depoimento pessoal do trabalhador, quando elidir, total ou parcialmente, os horários aduzidos na peça de ingresso, prevalecendo, portanto, a confissão em detrimento da presunção.

Por se tratar de prova documental pré-constituída, dever decorrente de norma de ordem pública impositiva, não pode o empregador que viola esse dever legal beneficiar-se da própria torpeza e tentar se valer de prova testemunhal com objetivo de demonstrar o horário cumprido pelos seus empregados, por força do disposto no art. 400, II, do CPC: *"A prova testemunhal é sempre admissível, não dispondo a lei de modo diverso. O juiz indeferirá a inquirição de testemunhas sobre fatos: (...) II - que só por documento ou por exame pericial puderem ser provados"*.

Na espécie, não veio aos autos a prova documental atinente aos controles de jornada da autora, razão pela qual se tem por desatendido o comando expresso no art. 74, §§2º e 3º, da CLT, admitindo-se a veracidade da



ACÓRDÃO

0000516-67.2013.5.04.0021 RO

Fl. 23

jornada declinada na inicial.

Assim, são impertinentes as alegações da demandada recorrente de que *"a autora não teria comprovado"* ou que deveria prevalecer a versão do informante ouvido na origem como testemunha, isso porque, repisa-se, diante da ausência injustificada dos registros de jornada, cabia a ela, empregadora, produzir prova capaz de elidir a presunção da jornada declinada na inicial, do qual não se desincumbiu. O depoimento prestado pela autora, observado no arbitramento, é inclusive benéfico à ré, pois elide parcialmente a jornada declinada na inicial, que goza de presunção de veracidade, como dito.

De qualquer sorte, apesar das alegações da recorrente, a jornada foi judiciosamente arbitrada pelo Julgador de origem, com razoabilidade, observando a carga declinada na inicial (que goza de presunção relativa de veracidade) e, inclusive, os depoimentos prestados (em alguns pontos até o do informante trazido pela ré), em consonância com a Súmula 338, I, do TST. Por tal razão, fazendo uso da técnica de motivação referenciada, adoto os bem lançados fundamentos da sentença no particular, nestes termos:

"A autora relatou que se demorava em torno de 1 hora em cada visita, tempo esse que não considero razoável, mormente se for considerada a jornada informada na inicial, das 7h30min às 18h30min ou 19h, com 40 minutos de intervalo. Ora, não há lógica no quantitativo de 12 horas em efetivas visitas se desenvolverem dentro de um lapso temporal de aproximadamente 10 ou 11 horas, isso sem se computar o tempo de deslocamento entre uma e outra visita.



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 4ª REGIÃO

ACÓRDÃO
0000516-67.2013.5.04.0021 RO

Fl. 24

Menos razoável ainda é a informação da testemunha da autora, que referiu realizar 12 visitas diariamente, com duração de 1 hora e 30 minutos cada visita, o que resultaria em uma jornada de 18 horas de trabalho, sem considerar o período em que permanecia alimentando o “palm top” após a realização das visitas, o que, conforme ela, demandava de 2 a 3 horas. Ou seja, pelo depoimento da testemunha da autora, Sra. Greice, ela, testemunha, trabalhava aproximadamente 21 horas por dia, o que beira ao absurdo. Ainda que não se considere parâmetro razoável para a autora, não acolho o depoimento também porque a testemunha não sabia a duração de cada visita feita pela reclamante.

Tenho que as informações (em relação ao período efetivamente laborado), tanto as prestadas pela autora, quanto por sua testemunha, beiram ao absurdo, o que remete este magistrado a acolher o depoimento da testemunha da reclamada, o qual é, sem dúvida, muito mais coerente e próximo de uma realidade aceitável. Ora, se fosse o caso de se acolher o depoimento da testemunha da autora como sendo similar à realidade da autora, estar-se-ia diante de uma situação de redução à condição análoga de escravo, o que, certamente, não é o caso dos autos.

Sendo assim, considero que a reclamante visitava 12 farmácias de segundas a quintas-feiras, o que foi confirmado pela autora e ré, 5 farmácias na sexta, com tempo de duração de 35 minutos em cada uma delas.



ACÓRDÃO

0000516-67.2013.5.04.0021 RO

Fl. 25

Em relação ao período de segundas a quintas-feiras, o tempo de duração das visitas resulta no total de 7 horas (12 x 35 min). Já nas sextas, 2 horas e 55 minutos (5 x 35min)

Contudo, há uma variável que deve ser considerada. O tempo de deslocamento médio entre uma e outra farmácia. A própria reclamada traz três itens na defesa, fl. 218, a se ponderar, em relação ao tempo de duração de cada diligência, quais sejam, I - tempo de deslocamento até a farmácia, II - tempo de espera para o atendimento e III - tempo de conversa com o farmacêutico.

Em primeiro lugar, entendo que o período de 7 horas, acima fixado, abrange o tempo de espera para o atendimento e o tempo de conversa com o farmacêutico, mas não o tempo de deslocamento até a farmácia. Com relação a esse último, arbitro no total de 15 minutos antes de cada visita, totalizando um período de 3 horas de deslocamento por dia (12 visitas x 15 minutos). Considerando a duração total/dia das visitas de 7 horas, acrescido de 3 horas de deslocamento, tenho que a jornada da autora de segundas a quintas-feiras era de 10 horas. Observo que se trata de jornada arbitrada, tomando-se um período médio tanto de permanência dentro da farmácia quanto de deslocamento na cidade de Porto Alegre.

Recordo que o item 2 da inicial (fl. 02) não se coaduna com a realidade. Consoante o depoimento pessoal da reclamante, sua zona de trabalho não era em Tapes, Guaíba, Charqueadas e



ACÓRDÃO

0000516-67.2013.5.04.0021 RO

Fl. 26

Passo Fundo, apenas em Porto Alegre. A região metropolitana (Grande Porto Alegre) referida no depoimento pessoal não foi informada como zona de trabalho na petição inicial. Quanto ao município de Passo Fundo, não se inseria em sua zona de trabalho, porquanto, nos termos do depoimento da autora, trabalhou lá apenas por dois meses, em um período de licença de uma colega. E em relação a esse período não há pedido específico, motivo pelo qual deverá ser considerado, para fins de liquidação, de idêntica maneira aos demais períodos.

Quanto às visitas a farmácias nas sextas-feiras, o tempo total de duração resulta em 2 horas e 55 minutos (5 visitas x 35 minutos), acrescido do tempo de deslocamento entre as visitas de 15 minutos antes de cada visita, ou seja, 1 hora e 15 minutos, resultando o total da jornada nas sextas de 4 horas e 10 minutos.

Além das visitas normalmente efetuadas nas sextas, considero que a autora fazia nesse mesmo dia as atividades burocráticas, elencadas no item 8 da inicial. Isso extraído do depoimento da própria autora, verbis: “que na sexta-feira atendia um número inferior de farmácia, no máximo 5, no restante do dia era para serviços burocráticos, relatórios, e-mail, etc”. Acolho a alegação da inicial de que as tarefas elencadas no item 8 da inicial demandavam 4 horas, contudo, limitado ao depoimento pessoal da reclamante no sentido de que eram feitas nas sextas-feiras.

Diante disso, tenho que a jornada da autora era, de segundas a quintas-feiras, de 10 horas, e nas sextas-feiras, 8 horas e 10



ACÓRDÃO

0000516-67.2013.5.04.0021 RO

Fl. 27

minutos, redundando em uma carga semanal de 48 horas e 10 minutos, o que extrapola a carga semanal contratada de 40 horas semanais. Por essa razão, é devido à autora o pagamento de 8 horas e 10 minutos como extras, por semana" (grifos no original; negritos suprimidos).

Não há decisão *ultra* ou *extra petita* na consideração de um tempo de deslocamento entre as visitas, pois está inserido na pretensão de pagamento das horas extras e, além disso, trata-se de matéria que foi alegada na defesa, como observado na decisão.

Com relação aos "coffee breaks", por outro lado, tendo em vista que a ré não logrou elidir a presunção de veracidade da alegação de que realizada essa tarefa três vezes por mês - em razão da divergência dos depoimentos, cabível a majoração da jornada para o fim de adotar o depoimento pessoal da autora, que infirmou em parte as alegações da inicial, em conformidade com o entendimento da Súmula 338, I, do TST.

Sobre a questão, declarou a autora: *"que participava de três coffe breack por mês; que duravam em torno de uma hora e trinta minutos; que tinha uma verba disponibilizada pela reclamada; que realizava o coffe breack com farmácias que atendia; que poderia ser dois coffe breacks por mês" (grifei).*

Assim, **arbitra-se**, por média, que nos meses ímpares (janeiro, março, etc.) a autora participou de 3 (três) "coffee breaks" por mês e, nos meses pares (fevereiro, abril, etc.), de 2 (dois) por mês. Por conseguinte, considerando o tempo destinado para cada atividade (1h30min), cabível a majoração da condenação para 4 horas e 30 minutos de horas extras nos meses ímpares e para 3 horas extras nos meses pares, pela participação em "coffee



ACÓRDÃO

0000516-67.2013.5.04.0021 RO

Fl. 28

break".

Destarte, no item, **nego provimento ao recurso ordinário da ré e dou parcial provimento ao recurso ordinário da autora** para majorar condenação em horas extras pela participação em "coffee break" para 4 horas e 30 minutos de horas extras nos meses ímpares e para 3 horas extras nos meses pares.

4.2. INTERVALO INTRAJORNADA

O Juízo *a quo* considera que a prova oral corroborou a tese da autora de que fruía apenas 40 minutos de intervalo, fixando, porém, que essa situação ocorria por três vezes por semana, e nos demais era fruído integralmente.

A ré aduz que, em razão do exercício de atividade externa e da falta de controle de jornada, a autora sempre gozou do intervalo mínimo. Invoca, ainda, o depoimento prestado pelo informante ouvido como testemunha, que afirmou ser possível gozar até mais de uma hora e que, na média, gozava-se no mínimo uma hora.

A autora, por sua vez, alega que a prova testemunhal demonstra que o intervalo intrajornada era parcialmente suprimido todos os dias da semana. Requer, assim, a majoração da condenação, entendendo-se o intervalo arbitrado na origem para os demais dias.

Conforme expandido acima, não veio aos autos a prova documental atinente aos controles de jornada da autora, razão pela qual se entendeu-se por desatendido o comando expresso no art. 74, §§2º e 3º, da CLT, admitindo-se a veracidade da jornada declinada na inicial.

Na inicial, a autora gozava de intervalo intrajornada de, no máximo, 40



ACÓRDÃO

0000516-67.2013.5.04.0021 RO

Fl. 29

minutos, o que confirmou em depoimento pessoal, afirmando que *“tinha 40 minutos de intervalo, de segunda a sexta”*.

Ainda que se admita a prova oral na tentativa de elidir a presunção de veracidade que recai sobre a jornada da inicial, nos moldes da Súmula 338, I, do TST, e mesmo que se considere o depoimento do informante, verifica-se que a ré não logrou se desvencilhar do ônus que lhe incumbia, já que há divergência entre os depoimentos, pois enquanto a testemunha ouvida a convite da autora declarou que *“tinha intervalo de 30 minutos”*, o informante da ré disse que *“o intervalo para almoço ficava a critério da reclamante”* e que *“intervalo indeterminado, podendo ser de uma, duas horas ou até menos que uma hora”* (grifei).

Destarte, em conformidade com o entendimento da Súmula 338, I, do TST, considerando que a ré não logrou afastar a presunção de veracidade da jornada da inicial, merece reforma a sentença, tal como pretendido pela autora.

Em conclusão, **nego provimento ao recurso ordinário da ré e dou provimento ao recurso ordinário da autora** para majorar a condenação em horas extras decorrentes dos intervalos intrajornada parcialmente suprimidos para todos os dias de efetivo trabalho.

4.3. DIFERENÇAS DE PRÊMIOS. PERCENTUAL E BASE DE CÁLCULO DAS DIFERENÇAS DE PRÊMIOS.

A sentença condena a ré no pagamento de diferenças no percentual de 30% sobre os prêmios pagos, a ser apurado em liquidação de sentença.

A ré pretende ser absolvida da condenação. Aduz que instituiu o benefício para "agradar" e incentivar seus empregados e que o pagamento da verba



ACÓRDÃO

0000516-67.2013.5.04.0021 RO

Fl. 30

é global a todos os empregados que trabalham na mesma linha de produtos, os quais recebem exatamente o mesmo. Sustenta que apresentou a forma do cálculo do prêmio em sede de tréplica e em sua impugnação ao laudo pericial e que o documento da fl. 723 comprova que a vendedora Letícia Guidotti recebeu prêmio no mesmo valor recebido pela autora em idêntico mês. Assevera, ainda, que a autora teria confessado que recebeu por escrito as metas a serem atingidas, bem como a prévia mensal do resultado obtido, o que, ao seu ver, elidiria o argumento sobre a falta de conhecimento acerca dos parâmetros adotados nos cálculos. Ainda, diz que a prova seria impossível *"pois seria necessário o levantamento do faturamento de toda propaganda feita e o reflexo na venda de todo o Brasil, mês a mês"* (verbis). Busca, por tais razões, a reforma da sentença.

A autora, por sua vez, insurge-se contra os parâmetros arbitrados (percentual e base de cálculo), aduzindo que *"o pedido foi formulado em face da absoluta impossibilidade de conferência da correção do pagamento dos prêmios, até mesmo porque desconhecidos com exatidão os critérios e as bases para o recebimento de tal parcela"*. Argumenta que, apesar da determinação do Juízo *a quo*, sob as penas do art. 359 do CPC (fl. 206), a demanda não trouxe aos autos a documentação necessária à verificação da correção ou não dos pagamentos realizados, prejudicando o seu intuito probatório, conforme atestou o perito contábil em resposta ao quesito "17", à fl. 774. Entende, assim, que deve ser adotado o percentual de 40% sobre sua remuneração mensal aduzida na inicial, o qual considera seria suficiente para ressarcir seu prejuízo. Requer, assim, a majoração da condenação para 40% sobre a remuneração total (salário fixo mais variáveis).



ACÓRDÃO

0000516-67.2013.5.04.0021 RO

Fl. 31

A decisão de origem bem demonstra a dificuldade do perito contábil na apuração das diferenças postuladas pela autora, devida, unicamente, a ato processual da ré que, mesmo instada pelo Juízo, sob as penas do art. 359 do CPC (ata, fl. 206), utilizou-se de evasivas e alegações infundadas, conforme bem ressaltado pelo Magistrado de piso na sentença:

"Em primeiro lugar, impende registrar que a reclamada não juntou aos autos os critérios para apuração dos valores a título de prêmio, muito embora tenha insistido em toda instrução processual, que a remuneração da autora era "extremamente vantajosa" e que foi paga nos mesmos valores aos outros vendedores da linha "genéricos", com base na política nacional.

(...)

Foi determinada a realização de perícia contábil, na qual certamente seria dirimida a questão. Contudo a reclamada, mesmo diante das observações do perito contador acerca da impossibilidade de apuração de eventuais valores devidos, não juntou os documentos necessários para elucidar a controvérsia.

O perito referiu em resposta aos quesitos das partes que o "regulamento" com os critérios estabelecidos para pagamento dos prêmios não foi juntado, o que teria prejudicado a análise do item. Tampouco pôde afirmar se todos os vendedores/promotores recebem o mesmo valor a título de prêmio, independentemente da área em que atuem (quesito 10 da reclamada, fls. 762-763), como afirmou a



ACÓRDÃO
0000516-67.2013.5.04.0021 RO

Fl. 32

reclamada, pela absoluta falta de “base documental”.

Registro que o questionamento da reclamada na fl. 810, e ratificado na ata de audiência da fl. 812, acerca de “qual” seria a documentação pretendida pelo perito, e necessária para esclarecer a celeuma, causa estranheza, pois certamente sabe de que documento se trata. Veja-se que na petição da fl. 810 a própria reclamada referiu ter juntado documentação “anexa”, contudo a petição não veio acompanhada de qualquer documento.

Sendo assim, o critério de “aleatoriedade” de um eventual arbitramento que a reclamada busca distanciar-se, na medida em que não junta os documentos essenciais para a real apuração dos valores, é atraído pela própria estratégia da defesa” (negritei).

Neste contexto, a ré, que detinha a aptidão para fazer a juntada dos documentos necessários, não se desincumbiu de seu encargo probatório acerca da correção do pagamento dos prêmios devidos à autora (arts. 333, II, do CPC e art. 818 da CLT).

O fato da autora ter afirmado em depoimento que *“recebia relatórios constando as metas atingidas”*, que *“a meta era para atingimento nacional”* e que *“as metas eram coletivas e não individual”* não comprova o correto pagamento da verba, sobretudo porque a demandante também declarou que *“não tinha como fazer a conferência se o valor da premiação estavam de acordo com as metas atingidas”*, o que é óbvio, já que, pelas próprias razões recursais, nem a própria empregadora tinha conhecimento dos parâmetros adotados, dizendo tratar-se de prova impossível, sob a



ACÓRDÃO

0000516-67.2013.5.04.0021 RO

Fl. 33

alegação de que "seria necessário o levantamento do faturamento de toda propaganda feita e o reflexo na venda de todo o Brasil, mês a mês".

Constata-se, assim, que, de fato, o pagamento das premiações ocorria ao exclusivo alvedrio do empregador, que suprimiu dos seus empregados o direito à informação sobre os critérios e parâmetros de cálculo dos prêmios estabelecidos. Por essas razões, não servem ao fim pretendido pela ré os holerites da fl. 723, dos quais se pode apenas inferir que a empregada que recebeu o mesmo valor da autora, naquele mês, também deve tê-lo recebido de forma incorreta, já que a empresa não informava claramente os critérios para pagamento da verba.

Logo, considerando a ausência dos documentos necessários à aferição do correto pagamento da verba, impõe-se a manutenção da sentença, tornando inequívoco que a premiação não foi paga corretamente.

Por outro lado, ausente qualquer prova capaz de restringir ou parametrizar os prejuízos alegados pela autora, presume-se a existência de diferenças aduzidas na inicial. E, na falta de outros parâmetros, não se pode reputar abusivo o patamar de 40%, objeto da pretensão da autora.

Quanto à base de cálculo adotada, o cálculo da diferença de prêmios deve observar o salário fixo, porquanto a parte variável do salário do autor constitui-se dos próprios prêmios pagos. Desta forma, não é possível proceder ao cálculo dos prêmios na forma pretendida pela autora, sob pena de *bis in idem*.

Nesse mesmo sentido, já decidiu esta Turma Julgadora em processo envolvendo a mesma demandada, no acórdão do processo nº 0000346-50.2012.5.04.0015, julgado em 05/06/2014, de minha relatoria, tendo



ACÓRDÃO

0000516-67.2013.5.04.0021 RO

Fl. 34

participado do julgamento a Exma. Desembargadora Tânia Rosa Maciel de Oliveira e a Exma. Desembargadora Tânia Regina Silva Reckziegel.

Portanto, acolho o percentual de prejuízo deduzido na inicial (40%), mas apenas sobre o salário fixo mensal, e não sobre o total da remuneração.

Por todo o exposto, **nego provimento ao recurso ordinário da ré e dou provimento parcial ao recurso ordinário da autora** para majorar a condenação no pagamento de diferenças de prêmios para o percentual de 40% sobre o salário fixo mensal.

4.4. MULTA NORMATIVA

A sentença condena a demandada no pagamento das multas normativas na forma das Convenções Coletivas de Trabalho da categoria da demandante, no percentual de 20%, do salário base, por ano de trabalho, observada a prescrição declarada.

A ré aduz que aplica a norma coletiva oriunda do Estado de São Paulo, que seria mais benéfica. Ademais, argumenta que a multa seria devida por instrumento normativo, e não por ano de trabalho.

A autora, por sua vez, pretende a condenação da ré ao pagamento de multa tantas vezes quantas foi o descumprimento, a cada cláusula descumprida, na periodicidade do descumprimento. Subsidiariamente, requer a condenação da ré ao pagamento da multa na quantidade de cláusulas infringidas a cada ano/período de vigência das normas coletivas.

As normas coletivas da categoria da autora estabelecem que *"em caso de descumprimento de qualquer das cláusulas coletivas desta Convenção, incidirá multa no valor de 20% (vinte por cento) do salário base do*



ACÓRDÃO

0000516-67.2013.5.04.0021 RO

Fl. 35

empregado, revertida em favor do mesmo [sic], em caso de reincidência"
(cláusula quadragésima sexta, fl. 73)

Como observado pela sentença, *"no caso dos autos houve tanto o descumprimento quanto a reincidência, em relação ao pagamento das cestas básicas, auxílio-educação e adicional por tempo de serviço"*.

A insurgência da ré, relativa às normas coletivas aplicáveis, já foi superada em preliminar, não merecendo maiores considerações.

Quanto ao pedido do autor de aplicação da penalidade na proporcionalidade do descumprimento das normas coletivas, rejeito-o por absoluta ausência de previsão normativa nesse sentido. A Súmula 384, I, do TST invocada não induz à conclusão pretendida, ao contrário, a infirma, quando consolida o entendimento de que *"o descumprimento de qualquer cláusula constante de instrumentos normativos diversos não submete o empregado a ajuizar várias ações, pleiteando em cada uma o pagamento da multa referente ao descumprimento de obrigações previstas nas cláusulas respectivas"* (grifei).

Devida, realmente, apenas uma multa a cada período de vigência de cada norma coletiva, já que cada instrumento coletivo reiteradamente descumprido representa uma nova penalidade aplicável por ocasião das diversas cláusulas não observadas.

Neste sentido, inclusive, já decidiu outrora esta Turma Julgadora:

MULTA NORMATIVA. A penalidade prevista nas convenções coletivas de trabalho merece ser interpretada de forma restritiva, não havendo amparo, portanto, ao pagamento mensal, a cada descumprimento, pois inexistente tal previsão nas normas



ACÓRDÃO

0000516-67.2013.5.04.0021 RO

Fl. 36

coletivas. Contudo, devida a multa no percentual de 20% do salário base, a ser apurada em uma única oportunidade, por período de vigência do instrumento normativo. Apelo não provido. (TRT da 4ª Região, 2a. Turma, 0090900-03.2009.5.04.0026 RO, em 14/03/2013, Desembargador Alexandre Corrêa da Cruz - Relator. Participaram do julgamento: Desembargadora Tânia Rosa Maciel de Oliveira, Desembargadora Vania Mattos)

Falece interesse recursal à ré, todavia, pois os instrumentos coletivos nos quais se ampara a condenação possuem vigência anual, razão pela qual não há o que modificar na sentença que deferiu uma multa convencional por ano trabalhado.

Destarte, nego provimento ao recurso ordinário da autora e nego provimento ao recurso ordinário da ré.

5. RECURSO ORDINÁRIO DA RÉ

5.1. INTERVALO DO ART. 384 DA CLT

Irresigna-se a ré, ainda, com a condenação ao pagamento de horas extras pela não concessão do intervalo de 15 minutos que antecede o início da jornada extraordinária, na forma do art. 384 da CLT. Sustenta que esse dispositivo legal não foi recepcionado pela Constituição Republicana e que, diante da ausência de extrapolação de jornada, não há como deferir o pagamento dos 15 minutos nele previstos. Caso assim não se entenda, requer sejam desprezados os 15 minutos das sextas-feiras, pois, considerando o disposto no art. 58 da CLT, não ocorreu a prestação de jornada extraordinária de 8 horas.



ACÓRDÃO

0000516-67.2013.5.04.0021 RO

Fl. 37

A regra do art. 384 da CLT não conflita com a Constituição Federal, ao estabelecer a igualdade entre homens e mulheres. Partindo-se dos conceitos orientativos da não discriminação da mulher e considerando o conceito aristotélico de igualdade, que consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, é de se entender por recepcionada a norma do art. 384 da CLT na Constituição da República, especialmente em face do disposto na Convenção 111 da OIT, cujo art. 5º, itens 1 e 2, dispõe que *"as medidas especiais de proteção ou de assistência previstas em outras convenções ou recomendações adotadas pela Conferência Internacional do Trabalho não são consideradas como discriminação"* e *"qualquer Membro pode, depois de consultadas as organizações representativas de empregadores e trabalhadores, quando estas existam, definir como não discriminatórias quaisquer outras medidas especiais que tenham por fim salvaguardar as necessidades particulares de pessoas em relação às quais a atribuição de uma proteção ou assistência especial seja, de uma maneira geral, reconhecida como necessária, por motivos tais como o sexo, a invalidez, os encargos de família ou o nível social ou cultural"*.

A propósito, o Pleno do TST, ao apreciar incidente de inconstitucionalidade em 2008 (TST-IIN-RR-1.540/2005-046-12-00.5), concluiu que o art. 384 da CLT foi recepcionado pela Constituição de 1988 e que a concessão de condições especiais à mulher não fere o princípio da igualdade entre homens e mulheres (art. 5º, CF), destacando-se que *"a igualdade jurídica entre homens e mulheres não afasta a natural diferenciação fisiológica e psicológica dos sexos"* e que *"não escapa ao senso comum a patente diferença de compleição física de homens e mulheres"*. E, por aplicação extensiva e analógica do art. 71, §4º, da CLT, o desrespeito ao intervalo do



ACÓRDÃO

0000516-67.2013.5.04.0021 RO

Fl. 38

art. 384 da CLT enseja o direito ao pagamento de horas extras.

Nesse sentido, os seguintes precedentes:

INTERVALOS DO ART. 384 DA CLT. Considerada a recepção do artigo 384 da CLT pela Constituição da República, é devido o pagamento à trabalhadora, como horas extras, dos quinze minutos de intervalo previstos nesta norma, em face do trabalho em jornada extraordinária sem o devido gozo do intervalo. Aplica-se, analogicamente, o disposto no artigo 71, §4º, da CLT. (TRT da 4ª Região, 5a. Turma, 0001538-53.2010.5.04.0511 RO, em 13/06/2013, Desembargador Clóvis Fernando Schuch Santos - Relator. Participaram do julgamento: Desembargador Leonardo Meurer Brasil, Desembargadora Rejane Souza Pedra)

INTERVALO DO ARTIGO 384 DA CLT. O artigo 384 da CLT foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, sendo devido às empregadas mulheres o intervalo de 15 minutos para descanso, antes da realização de horas extras. (TRT da 4ª Região, 2a. Turma, 0000970-97.2011.5.04.0512 RO, em 21/03/2013, Desembargador Alexandre Corrêa da Cruz - Relator. Participaram do julgamento: Desembargadora Tânia Maciel de Souza, Desembargador Raul Zoratto Sanvicente)

Por tais fundamentos, é certo que é devido o pagamento desse período como hora extraordinária, isto é, hora mais adicional. Incide, por analogia, o entendimento previsto na Súmula 437, I, do TST: "(...) a não concessão ou a concessão parcial do intervalo intrajornada mínimo, para repouso e alimentação, a empregados urbanos e rurais, implica o pagamento total



ACÓRDÃO

0000516-67.2013.5.04.0021 RO

Fl. 39

do período correspondente, e não apenas daquele suprimido, com acréscimo de, no mínimo, 50% sobre o valor da remuneração da hora normal de trabalho (art. 71 da CLT), sem prejuízo do cômputo da efetiva jornada de labor para efeito de remuneração".

É também, o entendimento do TST:

RECURSO DE REVISTA. PROTEÇÃO DO TRABALHO DA MULHER - PERÍODO DE DESCANSO - INTERVALO DO ARTIGO 384 DA CLT. A violação do artigo 384 da Consolidação das Leis do Trabalho impõe a obrigatoriedade de se remunerar, como serviço extraordinário, o período de intervalo não concedido, uma vez que se trata de norma de segurança e medicina do trabalho, aplicando-se, analogicamente, o disposto contido no artigo 71, §4º, da Consolidação das Leis do Trabalho. Recurso de revista conhecido e provido. (Processo: RR - 66700-38.2008.5.03.0108 Data de Julgamento: 03/10/2012, Relator Ministro: Renato de Lacerda Paiva, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 11/10/2012.)

De acordo com a jornada arbitrada, ocorreu prestação de jornada suplementar. E, com relação às sextas-feiras, a sentença arbitra que a autora laborava 8 horas e 10 minutos, estando presente o suporte fático exigido pelo art. 384 da CLT (prorrogação da jornada normal de trabalho).

O art. 58, §1º, da CLT aplica-se às "variações de horário no registro de ponto", o que não é o caso dos autos, haja vista a omissão da ré quanto ao dever documental de registro dos horários da autora.

Isto posto, nego provimento ao recurso.



ACÓRDÃO

0000516-67.2013.5.04.0021 RO

Fl. 40

5.2. CRITÉRIOS DE CÁLCULO DAS HORAS EXTRAS. LIMITE SEMANAL E DIÁRIO. APLICAÇÃO DO ART. 58 DA CLT.

Requer a ré que eventual condenação ao pagamento de horas extras seja limitada àquelas prestadas além da 40ª hora semanal, e não a partir da 8ª hora diária, sob a alegação de que a autora foi contratada para laborar não mais do que 40 horas semanais, conforme anotação contida na ficha de registro de empregado. Ademais, sustenta que devem ser desconsiderados os 10 minutos previstos no art. 58 da CLT.

Carece de objeto a pretensão recursal atinente à limitação da condenação, pois a sentença defere "*8 horas e 10 minutos extras por semana*", já tendo observado como parâmetro a carga horária semanal.

Ademais, como dito, o art. 58, §1º, da CLT aplica-se às "*variações de horário no registro de ponto*", o que não é o caso dos autos, haja vista a omissão da ré quanto ao dever documental de registro dos horários da autora.

Nego provimento ao recurso.

5.3. DIFERENÇAS DE PLR

A sentença condena a ré ao pagamento dos valores apurados a título de diferenças da verba participação nos lucros e resultados, constantes no demonstrativo pericial contábil das fls. 764-765.

A demandada recorre, aduzindo que o perito, na verdade, aponta diferenças favoráveis à empresa, e não à autora. Afirma que basta analisar a tabela apresentada pelo perito para verificar que foram pagos valores maiores do que os estabelecidos nas Convenções Coletivas aplicáveis, em



ACÓRDÃO

0000516-67.2013.5.04.0021 RO

Fl. 41

todos os anos do contrato de trabalho. Pretende, por tais razões, a reforma do julgado.

Com razão a insurgência.

Realmente, ao contrário do que entendeu o Julgador de origem, não há diferenças em favor da autora a título de PLR. Analisando a tabela elaborada pelo perito, em resposta ao quesito nº 14 (fls. 764-765), constata-se, de forma clara, que a demandante recebeu valores em muito superiores àqueles previstos nas normas coletivas da categoria.

Ao contrário do que pretende fazer crer a recorrida em suas contrarrazões, a afirmação do perito de que *"não se verifica nos autos comprovante de pagamento da parcela PLR a reclamante no ano de 2012"* (resposta ao quesito nº 20 formulado pela autora - fls. 774-775), por certo, não autoriza qualquer deferimento, pois o contrato de trabalho entre as partes foi encerrado em 03/11/2011 e, quanto à PLR de 2011, a autora recebeu R \$7.222,90 (fl. 764-765), valor muito além daquele previsto nas normas coletivas aplicáveis (R\$340,00 - cláusula 11ª, fl. 64) ou mesmo daqueles previstos no acordo juntado às fls. 733 e seguintes (um salário mensal).

Isto considerado, **dou provimento ao recurso ordinário da ré** para excluir da condenação as diferenças da verba participação nos lucros e resultados.

5.4. FGTS SOBRE REFLEXOS DE NATUREZA INDENIZATÓRIA

A recorrente assevera que requereu, em contestação, que fosse observado o entendimento contido na OJ 195 da SDI-1 do TST, para que não houvesse recolhimento de FGTS sobre férias indenizadas. Aduz que opôs embargos de declaração sobre a matéria, mas o Juízo não teria entendido



ACÓRDÃO

0000516-67.2013.5.04.0021 RO

Fl. 42

o requerido. Assim, requer seja deferida a aplicação da Orientação Jurisprudencial citada.

A OJ 195 da SDI-1 do TST invocada pacificou o entendimento de que "*não incide a contribuição para o FGTS sobre as férias indenizadas*".

Contudo, analisando a sentença, e tal como salientou o Magistrado *a quo* ao julgar os embargos de declaração opostos, não verifico que tenha havido condenação de férias indenizadas com repercussão em FGTS com 40%.

Nego provimento ao recurso.

5.5. BENEFÍCIO DA JUSTIÇA GRATUITA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

Não se conforma a ré com o deferimento do benefício da justiça gratuita à autora. Aduz que a autora recebia salário superior ao dobro do salário mínimo e, portanto, não faz jus ao benefício. Concomitantemente, requer a reforma da sentença que a condenou ao pagamento de honorários assistenciais em 15% sobre o valor líquido da condenação, sem a dedução dos descontos fiscais e previdenciários. Reitera que, além de a autora receber salário superior ao dobro mínimo, ela tem como advogado escritório de advocacia autônomo e, ao seu ver, não pode ser considerado como figura do Sindicato. Requer, assim, seja afastada a condenação.

No entanto, carece à ré interesse para discutir a concessão da gratuidade da Justiça prevista no art. 790, §3º, da CLT, pois o benefício apenas isenta a parte beneficiária do pagamento de custas, honorários periciais e demais despesas processuais, não lhe causando prejuízo.



ACÓRDÃO

0000516-67.2013.5.04.0021 RO

Fl. 43

De qualquer forma, o benefício da justiça gratuita pode ser deferido não só àqueles que perceberem salário igual ou inferior ao dobro do mínimo legal, mas também àqueles que *"declararem, sob as penas da lei, que não estão em condições de pagar as custas do processo sem prejuízo do sustento próprio ou de sua família"* (art. 790, §3º, da CLT), como no caso.

E a declaração de hipossuficiência econômica (fl. 21) apresentada pela autora é suficiente para se considerar configurada a sua situação econômica e sua veracidade é presumida, até prova em contrário, conforme o art. 4º da Lei 1.060/50, com a redação dada pela Lei 7.510/86.

De fato, não há considerar que a expressão do salário, por si só, represente a situação econômica do trabalhador, na medida em que outros aspectos devem ser levados em conta para se chegar a esta convicção. Por isso, o fato de a empregada perceber salário superior ao dobro do mínimo legal em nada autoriza concluir, *venia concessa*, que esteja em condições de suportar os ônus de uma demanda sem prejuízo do seu próprio sustento ou de sua família.

Neste contexto, a declaração de pobreza dos autos tem os efeitos pretendidos, presumindo-se pela condição de insuficiência econômica do trabalhador.

De igual modo, a autora junta aos autos credencial sindical (fl. 22) conferida aos advogados que a representam, o que é suficiente para o deferimento dos honorários assistenciais, conforme o entendimento expresso nas Súmulas 219 e 329 do TST.

E, mesmo que assim não fosse, em homenagem ao princípio de acesso à justiça, previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição da República, sendo o



ACÓRDÃO

0000516-67.2013.5.04.0021 RO

Fl. 44

Advogado figura indispensável à administração da Justiça, na forma do art. 133 da CF, cabível o deferimento de honorários de assistência judiciária, com fundamento no art. 5º, § 4º, da Lei 1.060/50, aplicável ao processo do trabalho, bastando que o empregado declare a sua condição de hipossuficiência econômica, como no caso.

Com relação à base de cálculo, ainda que vencido o óbice da preclusão (conforme expendido em preliminar), não prosperaria a insurgência recursal, pois os honorários devem ser calculados sobre o total bruto devido, a teor do que estabelece a Súmula 37 deste Tribunal Regional. O art. 11, §1º, da Lei 1.060/50 diz respeito ao valor apurado na liquidação de sentença (valor liquidado) e não ao valor líquido a ser pago (OJ 348 da SDI-1 do TST).

Isto considerado, nego provimento ao recurso da ré.

5.6. CORREÇÃO MONETÁRIA

A ré requer a reforma da sentença para que seja determinada a aplicação da Súmula 381 do TST.

Todavia, determinada a incidência de correção monetária sobre a condenação, não cabe debater, neste momento processual, a forma de cálculo e os critérios de atualização, porque tais questões são próprias para a fase de liquidação, levando-se em conta a legislação aplicável à época e a oscilação jurisprudencial sobre o tema, exatamente como decidido em sentença, não estando a parte impedida de renovar e tese sustentada no momento oportuno.

Nada a prover, pois.



ACÓRDÃO

0000516-67.2013.5.04.0021 RO

Fl. 45

6. RECURSO ORDINÁRIO DA AUTORA - matérias remanescentes

6.1. INTEGRAÇÃO DAS HORAS EXTRAS E PRÊMIOS EM REPOUSOS SEMANAIS REMUNERADOS E AUMENTO DA MÉDIA REMUNERATÓRIA

O Magistrado de origem julgou improcedente a pretensão de pagamento de repercussões de horas extras e de prêmios nos repousos semanais remunerados e, após, pelo aumento da média remuneratória em feriados, por entendê-las indevidas, nos termos da OJ 394 da SDI-1 do TST.

A autora recorre, alegando que não se verifica hipótese de *bis in idem*, já que as horas extras não eram remuneradas no decorrer do contrato. Quanto às diferenças de prêmios, sustenta que fica ainda mais evidente a impossibilidade de adoção do entendimento da orientação jurisprudencial adotada na sentença, pois restrita às horas extras. Entende que os prêmios são parcelas variáveis e têm natureza salarial, assim, deveriam repercutir no cálculo dos repousos remunerados e, pelo aumento da média remuneratória, nas demais parcelas. Nestes termos, pretende a reforma da sentença.

Esta Turma Julgadora entende que, sem embargo do entendimento consubstanciado na OJ 394 da SDI-1 do TST, a majoração dos repousos semanais remunerados, pela integração das horas extras habitualmente prestadas, deve refletir, pelo aumento da média remuneratória, nas demais parcelas que tenham a remuneração como base de cálculo. Nesse sentido, a seguinte ementa:

HORAS EXTRAS. REFLEXOS DECORRENTES DO AUMENTO DA MÉDIA REMUNERATÓRIA. Em razão da



ACÓRDÃO

0000516-67.2013.5.04.0021 RO

Fl. 46

prestação habitual, as horas extras deferidas deverão integrar os pagamentos dos repouso semanais remunerados e feriados, e, pelo aumento da média remuneratória mensal, refletir nas demais parcelas que tenham a remuneração como base de cálculo. Entendimento que afasta a aplicação da Orientação Jurisprudencial nº 394 da SDI-1 do E. TST. Recurso interposto pela reclamada a que se nega provimento. (TRT da 4ª Região, 1a. Turma, 0001302-21.2011.5.04.0009 RO, em 02/05/2013, Desembargadora Laís Helena Jaeger Nicotti - Relatora. Participaram do julgamento: Desembargadora Ana Luiza Heineck Kruse, Desembargador Marcelo José Ferlin D Ambroso)

Tal entendimento está em consonância com as Súmulas 172 e 376, II, ambas do Tribunal Superior do Trabalho, que assim dispõem, respectivamente:

SUM 172. REPOUSO REMUNERADO. HORAS EXTRAS. CÁLCULO - Computam-se no cálculo do repouso remunerado as horas extras habitualmente prestadas.

SUM 376. HORAS EXTRAS. LIMITAÇÃO. ART. 59 DA CLT. REFLEXOS

I - (...)

II - O valor das horas extras habitualmente prestadas integra o cálculo dos haveres trabalhistas, independentemente da limitação prevista no "caput" do art. 59 da CLT.



ACÓRDÃO

0000516-67.2013.5.04.0021 RO

Fl. 47

Por outro lado, os prêmios consistem em gratificação de produtividade e eram pagos mensalmente. Logo, são indevidos os reflexos em repouso remunerados, nos termos da Súmula 225 do TST: *"As gratificações por tempo de serviço e produtividade, pagas mensalmente, não repercutem no cálculo do repouso semanal remunerado"*. Por conseguinte, indevidas também repercussões em outras parcelas pelo aumento da média remuneratória.

Portanto, **dou provimento parcial** ao recurso da autora, no tópico, para acrescer à condenação diferenças de 13º salários, férias com 1/3, aviso-prévio e em FGTS e multa de 40%, pelo aumento da média remuneratória dos repouso semanais remunerados majorados pela integração das horas extras.

6.2. CÁLCULO DOS REPOUSOS SEMANAIS REMUNERADOS E FERIADOS SOBRE A PARCELA VARIÁVEL (PRÊMIOS)

Aduz a recorrente que a norma coletiva equiparou o sábado aos domingos e feriados, ressaltando ser incontroverso que estava submetida à jornada normal de 40 horas semanais. Invoca o disposto no art. 7º, "c", da Lei 605/49 e sustenta que deve ser observada a equação de 2/5 para cálculo dos repouso semanais remunerados, correspondente a 2 dias de descanso (sábado e domingo) para 5 dias de trabalho. Requer, por tais razões, a reforma da sentença.

O Julgador de piso entendeu que a cláusula coletiva *"não equipara o sábado a dia de repouso, apenas estabelece a compensação desse dia, se trabalhado, com outro útil, assim como em relação ao trabalho em domingos e feriados"*.



ACÓRDÃO

0000516-67.2013.5.04.0021 RO

Fl. 48

Entretanto, *venia concessa* ao entendimento esposado na sentença, é certo que a previsão normativa no sentido de que "*quem trabalhar em sábados, domingos e feriados gozará de folga correspondente em igual número de dias úteis*" equipara os sábados aos dias de repouso semanal remunerado, dando-lhe o mesmo tratamento conferido aos domingos e feriados. Corroborar esse entendimento o fato de que a jornada contratada era 40 horas semanais, a ser cumprida de segunda a sexta-feira.

Nesse aspecto, tem razão a insurgência recursal da autora, porque o sábado representa dia de repouso semanal remunerado, por expressa previsão em instrumento coletivo.

Portanto, **dou provimento parcial ao recurso** para acrescer à condenação o pagamento de diferenças de repouso semanal remunerado mediante consideração dos sábados como dias de repouso, com reflexos em férias com 1/3, 13º salários, aviso prévio e FGTS com acréscimo de 40%, a serem apuradas em liquidação de sentença.

6.3. INTEGRAÇÃO DA AJUDA-ALIMENTAÇÃO AO SALÁRIO

O Juízo *a quo* indefere o pedido em epígrafe, sob o fundamento de que a ré está inscrita no PAT - Programa de Alimentação ao Trabalhador, consoante apurado pelo perito contador no item 15 da perícia, fl. 773.

A autora aduz que a ré comprova inscrição no PAT em 05/09/2008, após a data de sua admissão. Invoca o entendimento da OJ 413 da SDI-1 do TST e alega que a inscrição posterior no PAT não altera a natureza salarial da parcela instituída anteriormente. Argumenta, ainda, que o cadastro em 2008, além de não abarcar o período desde o início do contrato, não estende os seus efeitos para os demais anos. Por fim, assevera que não



ACÓRDÃO

0000516-67.2013.5.04.0021 RO

Fl. 49

houve qualquer desconto a título de participação no benefício. Requer a reforma da sentença, com condenação da ré à integração da ajuda-alimentação ao salário, em todo o período contratual, com repercussões que relaciona.

Na inicial, a demandante alega que a ré lhe alcançava, diariamente, a título de valores para refeição a importância de R\$24,00.

A ré, em contestação, não nega o fato, limitando-se a aduzir que concedia o benefício por mera liberalidade e que estaria inscrita no PAT, juntando comprovante de inscrição a partir de 05/09/2008 (fls. 215-252).

Ao se manifestar sobre os documentos apresentados pela defesa, a autora invoca a OJ 413 da SDI-1 do TST, aduzindo que a inscrição ao PAT somente teria sido em momento posterior à sua admissão (fl. 656).

Ora, a realidade dos fatos conhecida pelo Magistrado, sem dúvida, não pode ser desprezada. O hodierno princípio processual da conexão, concebido por contribuição do eminente Desembargador do Trabalho JOSÉ EDUARDO DE RESENDE CHAVES JÚNIOR, do TRT da 3ª Região, e aplicado recentemente em decisão do TRT da 8ª Região (Acórdão TRT SE II/MS 0000027-82.2013.5.08.0000), de lavra do ilustre Desembargador JOSÉ MARIA QUADROS DE ALENCAR, chama a atenção para a necessária prevalência da realidade dos fatos sobre a "realidade dos autos".

Relega-se para um segundo plano, assim, o tradicional princípio da escritura, sintetizado no brocardo "*quod non est in actis non est in mundo*" (o que não está nos autos não está no mundo), princípio esse que, em última análise, acaba criando uma situação de desconexão dos autos com a realidade e, desse modo, distancia o Julgador da verdade real que tanto



ACÓRDÃO

0000516-67.2013.5.04.0021 RO

Fl. 50

se pretende alcançar na solução de uma lide. Nesse sentido, a aplicação do princípio da conexão foi objeto de notícia publicada em 20/05/2013 no site do TRT da 8ª Região (disponível em: http://www.trt8.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=3013).

No caso, supera-se a controvérsia das partes com relação à inscrição, ou não, da demandada ao PAT em período anterior à admissão da autora mediante breve consulta ao sítio do Ministério do Trabalho e Emprego na internet (<http://portal.mte.gov.br/pat/relatorios-anterior-a-2004.htm>), no qual é possível verificar que a ré, na verdade, encontra-se inscrita no PAT em período muito anterior ao ano 2004 (desde 1996), ou seja, antes da admissão da autora.

Ainda, ressalte-se que a Portaria Interministerial do Ministério do Trabalho e Emprego nº 05, de 30/11/1999, estabelece, em seu art. 3º, que a adesão ao PAT poderá ser efetuada a qualquer tempo e terá validade a partir da data de registro do formulário de adesão na ECT, por prazo indeterminado, podendo ser cancelada por iniciativa da empresa beneficiária ou pelo Ministério do Trabalho e Emprego, em razão da execução inadequada do Programa. Tal circunstância torna irrelevante o fato de não haver prova da inscrição da ré no PAT em todo o período contratual, repelindo-se as alegações recursais da autora nesse sentido.

Todavia, no caso dos autos, é incontroverso o pagamento de valores (em espécie) diários a título de vale-refeição.

O art. 3º da Lei nº 6.321/76 prevê que *"Não se inclui como salário de contribuição a parcela paga in natura, pela empresa, nos programas de alimentação aprovados pelo Ministério do Trabalho."*



ACÓRDÃO
0000516-67.2013.5.04.0021 RO

Fl. 51

A OJ 133 da SDI-I do TST, por sua vez, estabelece:

AJUDA ALIMENTAÇÃO. PAT. LEI Nº 6.321/76. NÃO INTEGRAÇÃO AO SALÁRIO (inserida em 27.11.1998). A ajuda alimentação fornecida por empresa participante do programa de alimentação ao trabalhador, instituído pela Lei nº 6.321/76, não tem caráter salarial. Portanto, não integra o salário para nenhum efeito legal.

No entanto, impõe-se considerar que, para a caracterização de Auxílio Alimentação dentro do Programa PAT, é necessária a adequação ao referido programa, pois consoante disposto no art. 8º da Portaria nº 03/2002, da Secretaria de Inspeção do Trabalho e do Diretor do Departamento de Segurança e Saúde no Trabalho, para a execução do PAT, a pessoa jurídica beneficiária poderá (I) manter serviço próprio de refeições ou distribuição de alimentos ou (II) firmar convênios com entidades que forneçam ou prestem serviço de alimentação coletiva devidamente credenciadas no PAT.

Ou seja, o pagamento em espécie do benefício não é uma das formas albergadas pelo PAT, e se esta for a forma escolhida pela empresa para fornecer a alimentação a seus empregados, tais valores, pagos em espécie (dinheiro) serão caracterizados como salário, máxime no caso dos autos, em que não foram procedidos quaisquer descontos da empregada.

Saliento, ainda que por demasia, que a inscrição no PAT traz importantes e inegáveis benefícios ao empregador, pois permite deduzir do lucro tributável, para fins de imposto de renda, o dobro das despesas realizadas com o programa e desconsidera tais valores da incidência do FGTS e das



ACÓRDÃO

0000516-67.2013.5.04.0021 RO

Fl. 52

contribuições previdenciárias.

Mas, como supra esclarecido, a **demandante recebia a ajuda alimentação em espécie (dinheiro)**, modalidade que não figura dentre as formas previstas pela Portaria nº 03/2002, da Secretaria de Inspeção do Trabalho e do Diretor do Departamento de Segurança e Saúde no Trabalho, acima citada. Logo, independentemente da inscrição do empregador no PAT, faz jus a autora à integração da ajuda-alimentação ao salário em todo o período contratual.

Por conseguinte, **dou provimento** ao recurso da autora, no tópico, para acrescer à condenação o pagamento de diferenças de repouso semanais remunerados, horas extras, 13º salários, férias com 1/3, aviso prévio e FGTS com 40%, pelo reconhecimento da natureza salarial do auxílio-alimentação pago.

Indevidas as repercussões em adicional noturno, pois não pago no curso do contrato e não houve deferimento da parcela. Indevidas, ainda repercussões em adicional por tempo de serviço e reajustes salariais, porquanto calculados sobre o salário básico. Não há falar em observância da irredutibilidade salarial, porquanto não há indicação de que os valores tenham sido reduzidos no curso do contrato, tampouco há pedido de diferenças da parcela - que, frise-se se trata de salário utilidade, e não de salário *stricto sensu*.

6.4. INDENIZAÇÃO POR USO DE ESPAÇO RESIDENCIAL

A recorrente aduz que comprovou, por meio dos documentos das fls. 171-174, a utilização de sua residência para armazenamento de grande volume de materiais da ré. Requer a reforma da sentença para que a ré seja



ACÓRDÃO

0000516-67.2013.5.04.0021 RO

Fl. 53

condenada a pagar indenização pelo uso de espaço residencial.

Em seu depoimento pessoal, a autora informou que *“não recebiam amostra de medicamentos, pois trabalhavam com genéricos”*, sendo o material apenas a título de *“brindes folhetos, prêmios”*, o que se confirma com as notas fiscais das fls. 171-172 (referente a um único dia - 13/06/2011), que fazem referência a *“blocos de anotação”, “pen drive”, “folders”, “ficha de pedidos”, “sacola”* e não provam armazenamento em sua residência, como conclui o Magistrado *a quo*.

De igual forma, bem observado pelo Julgador de piso que as correspondências eletrônicas das fls. 173-174 não servem ao fim pretendido pela autora, pois não diz respeito a ela, seu nome não consta como destinatária das mensagens.

A decisão de primeiro grau, no mais, é precisa na análise da pretensão, ao salientar que:

“(...) ao que está demonstrado, a função da reclamante era de vendedora realizando visitas a farmácias. Ou seja, não laborava em escritório, sequer necessitava comparecer em algum ponto de referência diariamente para coleta dos materiais que fazia uso no seu dia a dia, sendo que estar com o material distribuído consigo, e dentro do automóvel, facilitava sua logística.

O fato de a autora armazenar em sua residência brindes, folhetos e prêmios, para serem distribuídas durante seus dias de trabalho, não induz concluir que a reclamada se locupletasse ilicitamente de seu espaço físico particular. Aliás, a situação está longe de se considerar sua residência um “almoxarifado” da



ACÓRDÃO
0000516-67.2013.5.04.0021 RO

Fl. 54

empresa, como refere".

Em acréscimo, não há prova de que o armazenamento do material utilizado *para o trabalho* tenha causado transtornos à autora, aumento de despesas pessoais ou prejuízos de qualquer natureza, ônus que lhe incumbia, a teor do art. 818 da CLT.

Sobre o tema, os precedentes desta Corte:

"[...] entende-se por não comprovado nos autos que a reclamante armazenasse material em quantidade excessiva, causando-lhe transtornos de maneira a justificar o pagamento de indenização. Ademais, registra-se que o armazenamento de amostras grátis e de material publicitário utilizados no regular desempenho das funções de propagandista vendedora de produtos farmacêuticos constitui obrigação inerente ao contrato de trabalho. (TRT da 4ª Região, 8a. Turma, 0000945-57.2010.5.04.0015 RO, em 18/04/2013, Desembargador Francisco Rossal de Araújo - Relator. Participaram do julgamento: Desembargadora Lucia Ehrenbrink, Juíza Convocada Angela Rosi Almeida Chapper)

"De fato, não há como acolher a pretensão do reclamante, quanto à condenação da reclamada ao pagamento de aluguel, por manter o autor em sua residência produtos (amostras grátis) a serem apresentados a clientes. Primeiro, porque inerente à sua atividade de propagandista/representante de vendas e, segundo, porquanto não demonstrado que o estoque, de certa forma, ensejasse eventual desconforto à rotina de sua residência



ACÓRDÃO

0000516-67.2013.5.04.0021 RO

Fl. 55

ou à sua família. (TRT da 4ª Região, 2a. Turma, 0131400-57.2007.5.04.0002 RO, em 14/07/2011, Desembargador Alexandre Corrêa da Cruz - Relator. Participaram do julgamento: Desembargadora Tânia Maciel de Souza, Desembargadora Vania Mattos)

Isto posto, nego provimento ao recurso.

6.5. DANO EXISTENCIAL

Sustenta a demandante que, reconhecido o fato de que lhe eram impostas reiteradas jornadas excessivas de labor, há de ser condenada a ré ao pagamento da indenização postulada na exordial como dano existencial, pois tolhida do convívio social e familiar.

Contudo, na mesma linha da sentença, observo que a jornada de trabalho prestada pela autora, tal como arbitrada e reconhecida em juízo, não se mostra suficiente a ensejar indenização por danos existenciais.

Nego provimento ao recurso.

6.6. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIAS SOBRE REFLEXOS EM AVISO-PRÉVIO

O demandante pede seja o aviso prévio indenizado excluído da incidência de contribuições previdenciárias, argumentando tratar-se de parcela indenizatória e tributária, que não sofre tal incidência, na forma da Lei 9.528/97.

Sem razão, contudo.

Embora denominado aviso prévio indenizado, tal parcela possui nítida



ACÓRDÃO

0000516-67.2013.5.04.0021 RO

Fl. 56

natureza salarial, tanto que sofre a incidência de outras parcelas de natureza remuneratória, como é o caso das horas extras, *v.g.* Demais disso, o aviso prévio indenizado não se destina a reparar "prejuízo" ao trabalhador, fato este que fundamenta a natureza indenizatória das parcelas decorrentes do contrato de emprego, como *v.g.* reembolso de despesas (combustível).

A *contrario sensu*, tal modalidade de pré aviso beneficia sobremodo o empregado que passa a dispor de tempo integral para a busca de novo emprego, e, não apenas de duas horas diárias, fração reduzida da jornada quando o aviso prévio é concedido na forma trabalhada.

De qualquer sorte, o período correspondente ao aviso prévio indenizado é computado para todos os fins, inclusive como tempo de serviço - devendo ser anotado na CTPS como tal - a data da extinção do contrato é aquela que corresponde ao último dia do período referente ao aviso prévio indenizado. Neste período, há salário sem trabalho, em que apesar de o empregado não estar obrigado a prestar trabalho, o empregado é compelido a pagar salário. É bem verdade que a Lei 8.212/91 excluía expressamente o aviso prévio do rol das parcelas que integram o salário-de-contribuição, de sorte que, a despeito de sua natureza salarial, por expressa determinação da legislação, estava excluído da incidência de contribuição social. Contudo, essa lei foi alterada pela Lei 9.528/97, que excluiu o aviso-prévio indenizado do rol das parcelas que não integram o salário-de-contribuição (art. 28, § 9º). Ainda assim, quando da edição do Regulamento da Previdência (Decreto 3048/99) o aviso prévio constou como parcela expressamente excluída da incidência da contribuição em comento.



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 4ª REGIÃO

ACÓRDÃO

0000516-67.2013.5.04.0021 RO

Fl. 57

Apesar da aparente contradição entre a Lei e o Decreto, ainda havia determinação expressa no regulamento geral da previdência a justificar a exclusão do aviso prévio do rol das parcelas sobre as quais incide a contribuição previdenciária.

Ocorre que o regulamento foi alterado pelo Decreto 6.227, de 12 de janeiro de 2009, que revogou a alínea "f" do inciso V do § 9º do art. 214 do Regulamento da Previdência Social, de sorte que, atualmente, não há mais qualquer norma legal vigente que exclua expressamente o aviso prévio do rol das parcelas sobre as quais deve incidir o salário de contribuição.

Nesse passo, há que se reconhecer a natureza salarial do aviso prévio, a determinar sua consideração como parcela integrante do salário de contribuição, assinalando-se, por oportuno, que a definição geral de salário de contribuição contida no art. 28 da Lei 8.212/91, no sentido de que se entende como tal a totalidade dos rendimentos destinados a retribuir trabalho, não é suficiente a excluir o aviso prévio da incidência previdenciária. E isto porque, como dito acima, o aviso prévio indenizado é hipótese de pagamento de salário sem trabalho, destinando-se, pois, a retribuir trabalho na mais ampla acepção do termo.

Por derradeiro, o cômputo do aviso prévio no tempo de serviço para todos os fins impõe o pagamento da contribuição previdenciária no período, sob pena de sua desconsideração como tempo de serviço para fins de aposentadoria, o que, sem dúvida reverteria em prejuízo do próprio empregado, caso admitida a exclusão pretendida pela autora.

A questão, por fim, restou pacificada neste Tribunal, por meio da Súmula 49, que assim preconiza:

CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. AVISO PRÉVIO



ACÓRDÃO

0000516-67.2013.5.04.0021 RO

Fl. 58

INDENIZADO. Incide contribuição previdenciária sobre o aviso prévio indenizado.

Por tais fundamentos, nego provimento a este item do recurso do autor.

6.7. ART. 832, §3º, DA CLT

O autor, confiando no provimento de seu recurso, requer seja definida a natureza jurídica das parcelas acrescidas à condenação tal como determina o art. 832, § 3º da CLT.

Para efeitos do disposto art. 832, §3º, da CLT, fixo que as parcelas acrescidas às condenação possuem natureza remuneratória, à exceção dos reflexos em FGTS com acréscimo de 40%.

III - PREQUESTIONAMENTO

Adotada tese explícita a respeito das matérias objeto de recurso, são desnecessários o enfrentamento específico de cada um dos argumentos expendidos pelas partes e referência expressa a dispositivo legal para que se tenha atendido o prequestionamento e a parte interessada possa ter acesso à instância recursal superior. Nesse sentido, o item I da Súmula 297 do TST e a Orientação Jurisprudencial 118 da SDI-1, ambas do TST.

Também é inexigível o prequestionamento de determinado dispositivo legal quando a parte entende que ele tenha sido violado pelo próprio Acórdão do qual pretende recorrer, conforme entendimento pacificado na Orientação Jurisprudencial 119 da SDI-1 do TST.

Isto considerado, tem-se por prequestionadas as questões e matérias objeto da devolutividade recursal, bem como os dispositivos legais e constitucionais invocados pelas partes.



ACÓRDÃO
0000516-67.2013.5.04.0021 RO

Fl. 59

DESEMBARGADOR ALEXANDRE CORRÊA DA CRUZ:

Peço vênia ao Exmo. Desembargador Relator para lançar divergência em relação à pronúncia da prescrição de ofício.

No caso em tela, verifico ter havido exame da prescrição na sentença, ainda que existente omissão (porquanto o dispositivo da sentença remete à fundamentação, a qual, no entanto, não refere nada acerca do prazo prescricional). Trata-se de omissão do julgado, somente sanável por meio de embargos declaratórios. Não tendo a reclamada oposto o remédio processual adequado, considero operada a preclusão acerca da matéria.

Ademais, entendo incompatível com o processo do trabalho o artigo 219, § 5º, do CPC. Da mesma forma, considero equivocado o entendimento vertido na Súmula 153 do TST, porquanto a prescrição é matéria relativa ao mérito da demanda, consoante dispõe o art. 269 do CPC, não podendo, pois, ser invocada apenas na fase recursal.

Com efeito, nego provimento ao apelo da reclamada, no tópico.

DESEMBARGADORA TÂNIA REGINA SILVA RECKZIEGEL:

Voto convergente

Prescrição

Acompanho o nobre Relator quanto ao provimento do recurso ordinário da reclamada para pronunciar a prescrição parcial, ressalvando apenas que entendo inaplicável ao processo do trabalho o disposto no artigo 219, § 5º,



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 4ª REGIÃO

ACÓRDÃO

0000516-67.2013.5.04.0021 RO

Fl. 60

do Código de Processo Civil.

PARTICIPARAM DO JULGAMENTO:

DESEMBARGADOR MARCELO JOSÉ FERLIN D AMBROSO
(RELATOR)

DESEMBARGADOR ALEXANDRE CORRÊA DA CRUZ

DESEMBARGADORA TÂNIA REGINA SILVA RECKZIEGEL