



PROCESSO Nº TST-ARR-48400-11.2007.5.04.0019

A C Ó R D ã O
2ª Turma
GMJRP/alx/pr/pa

**AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE
REVISTA DO AUTOR**

**RECURSO ORDINÁRIO DA RECLAMADA
AUSÊNCIA DE IDENTIFICAÇÃO DOS
SIGNATÁRIOS DA PROCURAÇÃO.
IRREGULARIDADE DE REPRESENTAÇÃO.
MANDATO TÁCITO. SUBSISTÊNCIA.
ORIENTAÇÃO**

**JURISPRUDENCIAL Nº 286 DA SBDI-1 DO
TST.** A jurisprudência atual desta
Corte superior entende que a
apresentação de mandato expreso
irregular não desconfigura a hipótese
de mandato tácito existente nos
autos, de acordo com o item II da
Orientação

Jurisprudencial nº 286 da SBDI-1 do
TST, que assim dispõe: "configurada a
existência de mandato tácito fica suprida a
irregularidade detectada no mandato expreso".

Agravo de instrumento **desprovido**.

**PREVISÃO EM ACORDO COLETIVO.
ABATIMENTO DAS HORAS EXTRAS.**

No caso, o Tribunal Regional
determinou o abatimento dos valores
pagos a título de uma hora extra fixa
por dia decorrente de previsão em
acordo coletivo daquelas horas extras
deferidas judicialmente. O recurso de
revista não ultrapassa a barreira do
conhecimento, pois a parte não infirma
os fundamentos da decisão regional,
direcionados ao abatimento dos valores
pagos a mesmo título, e não ao direito



PROCESSO Nº TST-ARR-48400-11.2007.5.04.0019

propriamente dito. Ademais, não se trata de discussão acerca da natureza das horas extras fixas, tampouco é o caso de pré-contratação de horas extras no momento da admissão, motivo pelo qual estão incólumes o artigo 457 da CLT e a Súmula nº 199 do TST.

Agravo de instrumento **desprovido**.

REFLEXOS DO DECIMO QUARTO SALÁRIO.

O Regional manteve a sentença que indeferiu os reflexos das parcelas da condenação relacionada ao décimo quarto salário com base no regulamento que instituiu a verba, visto que se trata de liberalidade do empregador. Portanto, quanto aos mencionados reflexos das parcelas da condenação no "14º salário", cumpre esclarecer que não houve, por parte do Regional, emissão de pronunciamento explícito acerca da aventada violação do artigo 457, § 1º, da CLT - até mesmo porque o Regional se baseou nas disposições contidas nos acordos coletivos de trabalho para manter a sentença que indeferiu o pleito do reclamante - tampouco foi a Corte a quo instada a se manifestar mediante a interposição de embargos de declaração, o que atrai, à hipótese, a aplicação do teor da Súmula nº 297, item I, do Tribunal Superior do Trabalho. Incólume o artigo 457, § 1º, da CLT, bem como superada a análise dos arestos colacionados no recurso de revista. Agravo de instrumento **desprovido**.

RECURSO DE REVISTA DA RECLAMADA

**AÇÃO COLETIVA AJUIZADA POR SINDICATO
COMO SUBSTITUTO PROCESSUAL E AÇÃO
INDIVIDUAL PROPOSTA POR EMPREGADO
SUBSTITUÍDO. COISA JULGADA.
INEXISTÊNCIA.**



PROCESSO Nº TST-ARR-48400-11.2007.5.04.0019

A Subseção I Especializada em Dissídios Individuais desta Corte adotava entendimento de que a ação ajuizada pelo sindicato da categoria profissional, na qualidade de substituto processual, acarretava litispendência e fazia coisa julgada em relação à reclamação trabalhista com os mesmos pedido e causa de pedir proposta pelo empregado individualmente. Entretanto, em precedente acerca da matéria, a Subseção I Especializada em Dissídios Individuais deste Tribunal Superior, por ocasião do julgamento dos Embargos em Recurso de Revista nº 18800-55.2008.5.22.0003, da relatoria do Ministro Augusto César Leite de Carvalho, em decorrência de interpretação do artigo 104 da Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), segundo o qual a ação coletiva não induz litispendência para a ação individual, à falta da necessária identidade subjetiva, alterou seu posicionamento acerca da matéria, passando a adotar o entendimento de que, na ação coletiva, o sindicato exerce a legitimidade extraordinária para atuar como substituto processual na defesa em Juízo dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria que representa, defendendo direito de outrem, em nome próprio, enquanto, na ação individual, a parte busca o seu próprio direito, individualmente. Assim, ausente a necessária identidade subjetiva, não se pode ter como configurada a tríplice identidade que caracteriza a coisa julgada. O aludido precedente fundamentou-se também no fato de que a tutela coletiva concorre para a igualdade de tratamento e também para



PROCESSO Nº TST-ARR-48400-11.2007.5.04.0019

a objetivização do conflito trabalhista, sem expor o titular do direito ao risco de uma demanda que não moveu, ou não pôde mover sem oferecer-se à represália patronal. Portanto, a ação ajuizada pelo sindicato da categoria profissional, na qualidade de substituto processual, não acarreta litispendência nem faz coisa julgada em relação à reclamação trabalhista idêntica proposta pelo empregado individualmente. Ressalta-se que, embora a primeira parte do artigo 104 do

CDC literalmente afaste a litispendência somente entre as ações coletivas que visam à tutela dos interesses ou direitos difusos e coletivos e as ações individuais, a doutrina e a jurisprudência mais atualizadas e igualmente já pacificadas, diante da teleologia desse dispositivo, consideram que essa redação não exclui de sua incidência as ações coletivas de defesa dos interesses individuais homogêneos.

Recurso de revista **não conhecido.**

HORAS EXTRAS. PERÍODO CONTRATUAL ANTERIOR A SETEMBRO DE 2005. JORNADA EXTERNA.

Nos termos do artigo 62, inciso I, da CLT, os empregados que desenvolvem atividade externa incompatível com a fixação de horário de trabalho não fazem jus às horas extras. Dessa forma, o fato de o trabalhador prestar serviços de forma externa, por si só, não enseja o seu enquadramento na exceção contida no mencionado dispositivo, visto que é relevante a comprovação de que exista incompatibilidade entre a natureza da



PROCESSO Nº TST-ARR-48400-11.2007.5.04.0019

atividade exercida e a fixação do seu horário de trabalho. No caso concreto, constou da decisão recorrida que é "inarredável reconhecer a existência de controle da jornada do reclamante, ainda que de forma indireta - como enfatizado na sentença - inclusive no período anterior a setembro de 2005, inviabilizando a aplicação do art. 62, I, da CLT, pretendida pela recorrente".

Desta forma, não houve demonstração de que o labor era incompatível com a fixação de horário de trabalho, na forma prevista no inciso I do artigo 62 da CLT, ônus probatório que recaiu sobre a reclamada, por tratar-se de fato impeditivo de direito (Artigo 333, II, do CPC). Importante observar, ainda, que ficou consignado na decisão recorrida que a reclamada não observou o requisito formal previsto no art. 62, I, da CLT, segundo o qual, o labor em atividade externa deve ser anotado na Carteira de Trabalho e Previdência Social e no registro de empregados. Recurso de revista **não conhecido**.

HORAS EXTRAS. PERÍODO CONTRATUAL POSTERIOR A SETEMBRO DE 2005. CONTROLES DE JORNADA. ÔNUS DA PROVA.

A Corte regional consignou, no acórdão recorrido, que a prova testemunhal produzida "evidencia, de forma uníssona, o cumprimento de jornada superior àquela registrada nos registros mantidos pela ré, os quais estão retratados, por amostragem, no demonstrativo contábil elaborado pelo contador, à fl. 1044". Cumpre salientar que somente é importante perquirir a quem cabe o ônus da prova quando não há prova de fato controvertido nos autos, arguido por qualquer das partes. Assim, uma vez que este ficou efetivamente provado, conforme asseverou o Tribunal

Regional, é irrelevante o questionamento sobre a quem caberia fazer a prova. Portanto, nessa



PROCESSO N° TST-ARR-48400-11.2007.5.04.0019

hipótese, não há reconhecer ofensa aos artigos 818 da CLT e 333, I, do CPC. Nesse sentido, a decisão regional foi pautada no livre convencimento do magistrado de acordo com a previsão contida no art. 131 do CPC. Assim, para se chegar à conclusão diversa, seria necessário o revolvimento de matéria fático-probatória, análise impossível em fase recursal de natureza extraordinária, na forma da Súmula n° 126 do TST, razão pela qual se encontra superada a análise dos arestos colacionados no recurso de revista. Recurso de revista **não conhecido.**

INTERVALO INTRAJORNADA. CONCESSÃO PARCIAL.

Nos termos da Súmula n° 437, item I, do TST (antiga Orientação Jurisprudencial n° 307 da SBDI-1 desta Corte), a não concessão total ou parcial do intervalo intrajornada mínimo para repouso e alimentação implica o pagamento total do período correspondente, com acréscimo de, no mínimo, 50% do valor da remuneração da hora normal de trabalho (artigo 71 da CLT). Dessa forma, abolida parte do intervalo destinado ao repouso e à alimentação do empregado, deve ser pago a ele, como extra, todo o período mínimo assegurado por lei, com adicional de horas extraordinárias, e não apenas o período remanescente. Ademais, encontra-se pacificado, no âmbito desta Corte, nos termos da Orientação Jurisprudencial n° 354 da SBDI-1 desta Corte, convertida na Súmula n° 437, item III, o entendimento de que a parcela paga a esse título possui natureza salarial, repercutindo, portanto, no cálculo das



PROCESSO Nº TST-ARR-48400-11.2007.5.04.0019

demais verbas salariais. Recurso de revista **não conhecido**.

ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. CÂMARA FRIA. MATÉRIA FÁTICA.

A Corte *a quo* consignou expressamente que a conclusão pericial se deu no

sentido de que "as atividades laborais do reclamante caracterizaram-se como insalubres em grau médio, devido à exposição ao frio, de acordo com o Anexo 9 da NR 15 da Portaria 3214/78 (fls. 956-65)", sendo certo que foram feitas duas visitas a locais atendidos pelo vendedores da reclamada "nos quais constatada a presença de câmara fria com temperaturas oscilando entre +5°C e -5,3°C" e que ainda, "os trabalhadores das referidas lojas confirmaram que os vendedores ingressam na câmara fria e de congelamento de seus estabelecimentos".

Encontra-se, portanto, registrado na decisão regional que o autor, no exercício de suas funções, adentrava as câmaras frias dos estabelecimentos atendidos pela AMBEV e nelas realizava procedimentos relacionados com a sua atividade profissional, dentre elas a "limpeza dos refrigeradores, das câmaras frias em mercados de pequeno porte" bem como "faziam rodízio de produtos na câmara fria dos clientes, a fim de evitar que fossem sendo retirados sempre os produtos mais novos, armazenados por último". A Corte de origem ainda esclarece que não havia a concessão, pela reclamada, de equipamento de proteção contra o frio para o ingresso nas câmaras frias, visto que "o depoente ingressava na maioria delas; permanecia cerca de um ou dois minutos dentro da câmara fria; ingressava na câmara fria apenas com a jaqueta da ré (sic, fl. 1094). Releva destacar, ainda, a informação da perita oficial de que 'o Reclamante não recebeu EPI para protegê-lo do frio existente no interior das câmaras frias' (fl. 964), não infirmada por prova em sentido diverso". Conclui o Regional que



PROCESSO N° TST-ARR-48400-11.2007.5.04.0019

"restou atestado pela perícia técnica que o reclamante trabalhava em condições de exposição a frio, na medida em que diariamente adentrava em câmaras frias, cujas temperaturas, consoante inspeção *in loco*, oscilavam entre 5 graus positivos e 5 negativos, muito aquém, portanto, dos 10º a que alude o parágrafo único do artigo 253 da CLT e é referido à fl. 962 do laudo. Essa situação caracteriza a intermitência na exposição aos agentes insalubres, o que é suficiente para a incidência

do adicional de insalubridade". Como se vê, a discussão, neste caso, é de cunho nitidamente probatório e, nesse contexto, impossível o exame da alegada ofensa aos artigos 189, 190, 191 e 192 da CLT, bem como da divergência jurisprudencial, diante do disposto na Súmula nº 126 do TST. Recurso de revista **não conhecido**.

RESTITUIÇÃO DOS DESCONTOS NO PRÊMIO-OBJETIVO EM RAZÃO DA INADIMPLÊNCIA DOS CLIENTES.

O artigo 466 da CLT, indicado como violado pela reclamada, preceitua que "o pagamento de comissões e percentagens só é exigível depois da ultimada a transação a que se referem". No entanto, esta Corte Superior, reiteradamente interpretando o citado dispositivo, tem adotado o entendimento de que o fim da transação se dá com o fechamento do negócio e não com o cumprimento, pelos clientes, das obrigações dele provenientes, ou seja, com o pagamento da obrigação decorrente do negócio ajustado. Assim, não são autorizados pela legislação trabalhista estornos de comissões pelo cancelamento da venda ou pela inadimplência do comprador como comprovadamente praticado pela reclamada no caso presente. Recurso de revista **não conhecido**.



PROCESSO Nº TST-ARR-48400-11.2007.5.04.0019

DIFERENÇAS SALARIAIS. REDUÇÃO DO VALOR-BASE DO PRÊMIO-OBJETIVO, DA ALTERAÇÃO DAS COTAS DE VENDAS, DA ALTERAÇÃO DOS ÍNDICES DE PERFORMANCE E DA CONCESSÃO DE BONIFICAÇÕES ESPECIAIS.

O Regional consignou que caberia à reclamada demonstrar que as reduções salariais não causaram prejuízo ao autor, e desse ônus não se desincumbiu a reclamada. Trata-se de dar efetividade ao princípio da aptidão da prova, que deve nortear a distribuição do ônus probatório, mormente no processo do trabalho, em que uma das partes detém a condição de hipossuficiente. Incólumes os artigos 818 da CLT e 333, inciso I, do CPC. Por sua vez, atribuir razão à reclamada significa reconhecer validade de alteração em prejuízo do empregado, tendo em vista que os benefícios, após a concessão, incorporam-se ao contrato de trabalho e ao patrimônio jurídico do trabalhador. Incólumes os artigos 7º, inciso XXVI, da Constituição Federal e 114 do Código Civil.

Recurso de revista **não conhecido.**

DESPESAS COM CELULAR. MATÉRIA FÁTICA.

Ao contrário da assertiva da reclamada, a prova oral demonstrou que o reclamante utilizava seu celular em serviço, sem o reembolso das despesas pela reclamada. Para esta Corte superior concluir de forma diversa, necessário seria o reexame de fatos e de provas do processo, o que é absolutamente vedado nesta esfera recursal extraordinária, nos termos da Súmula nº 126 do Tribunal Superior do Trabalho.

Recurso de revista **não conhecido.**



PROCESSO Nº TST-ARR-48400-11.2007.5.04.0019

AMBEV. PROGRAMA DE EXCELENCIA EM VENDAS. VERBA EQUIPARADA À PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS E RESULTADOS DA EMPRESA. LIMITAÇÃO EM CONVENÇÃO COLETIVA DE TRABALHO. EXCLUSÃO DOS EMPREGADOS QUE PEDIREM DEMISSÃO. INVALIDADE. OFENSA AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA. SÚMULA Nº 451 DO TST.

Na hipótese, o Regional registra que a verba Programa de excelência em vendas

- PEV- equipara-se à parcela participação nos lucros e resultados, bem como a unidade do autor faz jus ao recebimento da parcela pelo atingimento de metas no ano de 2007, sendo certo que a reclamada não pagou ao autor mencionada verba por ter sido o ano da rescisão contratual do trabalhador, confira-se “o laudo contábil confirma, a vista desses documentos, que a unidade integrada pelo reclamante não era elegível para o prêmio nos anos de 2004 e 2005, em razão de não ter se classificado entre as quatro primeiras colocadas no *ranking* nacional

(quesitos “b” e “c”, fls. 1030-1). Por outro lado, em relação ao ano demissão (2007), merece acolhida a pretensão recursal da parte autora. Nada obstante esta colidência entre os dados contratuais e o exigido pelos regulamentos da empresa, não se pode olvidar do princípio da isonomia material consagrado no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal. O autor tem tanto direito quantos os demais colegas admitidos e demitidos em datas diversas a receber a parcela PEV”. A despeito do reconhecimento das negociações coletivas garantido nos artigos 7º, inciso XXVI, e 8º, inciso III, da Constituição Federal, que preconizam especificamente o reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho, esta Corte superior tem entendido que a imposição normativa de qualquer condição diferenciada para que o trabalhador que tenha laborado na



PROCESSO Nº TST-ARR-48400-11.2007.5.04.0019

empresa à época da geração do direito ao recebimento da parcela denominada "participação nos lucros e resultados" tenha efetivamente direito ao seu recebimento implica ofensa ao princípio da isonomia e, por consequência, em atitude discriminatória, mormente levando-se em conta que o reconhecimento ao direito dessa verba trabalhista encontra respaldo na Constituição Federal. Esse posicionamento tornou-se evidente com a edição da Súmula nº 451 do TST (Orientação Jurisprudencial nº 390 da

SBDI-1 do TST), a qual dispõe que "fere o princípio da isonomia instituir vantagem mediante acordo coletivo ou norma regulamentar que condiciona a percepção da parcela participação nos lucros e resultados ao fato de estar o contrato de trabalho em vigor na data prevista para a distribuição dos lucros. Assim, inclusive na rescisão contratual antecipada, é devido o pagamento da parcela de forma proporcional aos meses trabalhados, pois o ex-empregado concorreu para os resultados positivos da empresa". Assim, a mencionada norma coletiva, que exclui dos trabalhadores que se enquadrarem na sua previsão o direito ao recebimento de parcela estendida aos outros trabalhadores, somente com base no fato de o empregado ter se desligado da empresa, a despeito de haver laborado nos quadros da empresa durante o período que gerou o direito ao recebimento da verba, colaborando com sua força de trabalho para o bom resultado financeiro da empresa, é ofensiva ao princípio da isonomia, previsto no artigo 5º, caput, da Constituição Federal, e ainda ao artigo 7º, inciso

XI, também da Carta Magna, que dispõe sobre o direito de todos os trabalhadores urbanos e rurais, sem distinção, à participação nos lucros



PROCESSO Nº TST-ARR-48400-11.2007.5.04.0019

ou resultados da empresa. Recurso de revista **não conhecido**.

DIFERENÇAS SALARIAIS. COMPRA DE MERCADORIAS DA PRÓPRIA RECLAMADA PARA O ATINGIMENTO DAS METAS ESTABELECIDAS PELA EMPRESA. ÔNUS DA PROVA.

Conforme extrai-se da decisão do Regional "o reclamante se desincumbe de comprovar o fato constitutivo do direito vindicado, qual seja, a necessidade de comprar mercadorias da reclamada para o atendimento de metas e, assim, garantir o recebimento integral de sua remuneração. A inexistência de prova contundente de que a empregadora impusesse a aquisição dos produtos não afasta esse entendimento, principalmente considerando que se beneficiava dessa conduta, auferindo lucros dos produtos comercializados pelos seus vendedores".

Assim, somente é importante perquirir a quem cabe o ônus da prova quando não há prova de fato arguido por qualquer das partes. Assim, uma vez comprovado que o autor adquiria produtos da reclamada para atingir as metas estabelecidas, conforme asseverou o Tribunal Regional, é irrelevante o questionamento sobre a quem caberia fazer a prova, pelo que não se verifica a violação dos artigos 818 da CLT e 333, inciso I, do CPC/1973. Recurso de revista **não conhecido**.

PARCELAS VINCENDAS. ARESTO INESPECÍFICO. ARTIGO 896, § 8º, SEGUNDA PARTE, DA CLT E SÚMULA Nº 296, ITEM I, DO TST.

O único aresto colacionado pela parte é inespecífico, pois analisa diferenças de horas extras, hipótese não versada no acórdão recorrido. Inteligência do artigo 896, § 8º, segunda parte, da CLT e Súmula nº 296, item I, do TST. Recurso de revista **não conhecido**.



PROCESSO N° TST-ARR-48400-11.2007.5.04.0019

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista com Agravo n° **TST-ARR-48400-11.2007.5.04.0019**, em que é Agravante e Recorrido [REDACTED] e Agravada e Recorrente **COMPANHIA DE BEBIDAS DAS AMÉRICAS - AMBEV**.

O Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, mediante decisão de págs. 1.067-1.145, negou provimento ao recurso ordinário das partes.

Houve apresentação de recurso de revista pela reclamada e pelo reclamante.

A Vice-Presidente do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, por meio do despacho às págs. 1.221-1.230, denegou seguimento ao recurso de revista interposto pelo reclamante, por ausência dos pressupostos legais de admissibilidade do apelo. De outra parte, deu seguimento ao recurso de revista interposto pela reclamada.

Em suas razões de agravo de instrumento, o reclamante sustenta, em síntese, que o despacho denegatório merece ser reformado, porquanto preenchidos se encontram os requisitos legais exigidos para o regular processamento do seu apelo.

Contrarrazões e contraminuta às págs. 1.261-1.279. Dispensada a remessa dos autos ao Ministério Público do Trabalho, ante o disposto no artigo 83, § 2º do RITST. É o relatório.

V O T O

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA DO AUTOR

A Vice-Presidência do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região negou seguimento ao recurso de revista interposto pela reclamante por ausência dos pressupostos legais de admissibilidade do apelo.



PROCESSO Nº TST-ARR-48400-11.2007.5.04.0019

Eis o teor da decisão agravada:

“Recurso de: [REDACTED] RR
fls. 1361 e ss.

PRESSUPOSTOS EXTRÍNSECOS

Tempestivo o recurso.

Regular a representação processual.

O preparo é inexigível.

PRESSUPOSTOS INTRÍNSECOS

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E DO TRABALHO / Recurso /

Regularidade Formal.

Alegação(ões):

- contrariedade às Súmulas 164 e 383/TST.
- contrariedade às OJs 110, 149 e 373 SDI-I/TST.
- violação dos arts. 654, §1º, do CC; 37,
parágrafo único, e 245 do CPC; 5º, §1º, da Lei 8.906/94.
- divergência jurisprudencial.

A 8ª Turma rejeitou a arguição de não-conhecimento do recurso ordinário da reclamada por irregularidade de representação, nos seguintes termos: *"O reclamante suscita, em contra-razões, o não-conhecimento do recurso ordinário interposto pela reclamada, em razão da irregularidade da representação processual. Nesse sentido, afirma que as procurações trazidas aos autos pela ré não contêm a indicação do seu representante legal, atraindo a aplicação da Orientação Jurisprudencial nº 373 da SDI-I do TST. Acrescenta não terem sido juntados os estatutos sociais da empresa, o que impossibilitaria a verificação de seus representantes. Diz não ser o caso, portanto, de aplicação da Orientação Jurisprudencial nº 255 da SDI-I do TST, pois a irregularidade não está na não-juntada do estatuto, mas na qualificação do outorgante dos poderes de representação. Observa, ainda, que a existência de mandato expresso nos autos inviabiliza o reconhecimento de mandato tácito, na esteira da jurisprudência. Ressalta a impossibilidade de saneamento do vício de representação nesta fase processual, nos termos da Súmula 383, itens I e II, do TST. Traz jurisprudência. Além dos dispositivos elencados, prequestiona: art. 654, §1º, do CCB; art. 5º da Lei 8.906/94; arts. 13, 37, 245, parágrafo único, e 518, §2º, do CPC; Súmula 164 do TST; Orientações Jurisprudenciais nºs 110 e 149 da SDI-I do TST. Não procede a arguição. De fato, o instrumento de mandato juntado pela AMBEV às fls. 1020-1, mediante o qual constitui novos procuradores para atuarem no feito, não identifica quem sejam os representantes legais signatários do documento, limitando-se a registrar que a ré estaria "neste ato representada na forma do seu Estatuto", o qual, registra-se, sequer veio aos autos. Assim, em princípio, estaria configurada a hipótese prevista na Orientação Jurisprudencial nº 373 da SDI-I do TST, que dispõe: "IRREGULARIDADE DE REPRESENTAÇÃO. PESSOA JU-RÍDICA.*



PROCESSO Nº TST-ARR-48400-11.2007.5.04.0019

PROCURAÇÃO INVÁLIDA. AUSÊNCIA DE IDENTIFICAÇÃO DO OUTORGANTE E DE SEU REPRESENTANTE. ART. 654, § 1º, DO CÓDIGO CIVIL (DEJT divulgado em 10, 11 e 12.03.2009) Não se reveste de validade o instrumento de mandato firmado em nome de pessoa jurídica em que não haja a sua identificação e a de seu representante legal, o que, a teor do art. 654, § 1º, do Código Civil, acarreta, para a parte que o apresenta, os efeitos processuais da inexistência de poderes nos autos." **Entretanto, a advogada que firma o recurso ordinário interposto pela reclamada, Bel. Sheila Cristina da Costa Nery - OAB/RS 43.183 - esteve presente à audiência realizada em 26.11.2008, retratada na ata de fls. 1094-5, acompanhando a parte representada. Logo, resta evidenciada a hipótese de mandato tácito, suprindo-se a irregularidade constatada na procuração juntada aos autos.** Nesse sentido, é o conteúdo da Súmula 164 do TST, in verbis: "PROCURAÇÃO. JUNTADA (nova redação) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003 O não-cumprimento das determinações dos §§ 1º e 2º do art. 5º da Lei nº 8.906, de 04.07.1994 e do art. 37, parágrafo único, do Código de Processo Civil importa o não-conhecimento de recurso, por inexistente, exceto na hipótese de mandato tácito." (grifou-se). **Não vinga, de outra parte, a tese do reclamante de que a presença de procuração expressa nos autos inviabilizaria a configuração de mandato tácito. Aplica-se, à espécie, o entendimento sumulado pelo Tribunal Superior do Trabalho na Orientação Jurisprudencial nº 286, item II, com a redação que lhe conferiu a Resolução nº 167/2010, a saber: "Configurada a existência de mandato tácito fica suprida a irregularidade detectada no mandato expresso." A questão ora enfrentada foi objeto de pormenorizada análise pela SBDI-I do C. TST, em acórdão lavrado pela Exma. Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, cuja ementa se transcreve: "EMBARGOS SUJEITOS À SISTEMÁTICA DA LEI Nº 11.496/2007 - AGRAVO DE INSTRUMENTO NÃO CONHECIDO IRREGULARIDADE DE REPRESENTAÇÃO FALTA DE IDENTIFICAÇÃO DO SUBSCRITOR DA PROCURAÇÃO EXISTÊNCIA DE MANDATO TÁCITO - POSSIBILIDADE 1.** De acordo com a doutrina de Pontes de Miranda, reproduzida por Marcos Bernardes de Mello, os atos jurídicos lato sensu incluídos aí, portanto, os atos jurídicos stricto sensu e os negócios jurídicos - podem se desenvolver em três planos jurídicos, quais sejam, existência, validade e eficácia (cf. MELLO, Marcos Bernardes. Teoria do Fato Jurídico: plano da existência. São Paulo: Saraiva, 2007; Teoria do Fato Jurídico: plano da validade. São Paulo: Saraiva, 2006; e Teoria do Fato Jurídico: plano da eficácia. São Paulo: Saraiva, 2007). 2. Em regra, esses planos são sucessivos, ou seja, para que um ato jurídico alcance o plano da eficácia, pressupõe-se a passagem pelos da validade e da existência. Assim, um negócio jurídico, para ter validade, precisa, antes de tudo, existir; em seguida, para produzir efeitos, deve também ser válido, salvo se a lei expressamente atribuir-lhe certa eficácia. 3. Na hipótese dos autos, a C.



PROCESSO Nº TST-ARR-48400-11.2007.5.04.0019

Turma corretamente declarou que a procuração de fls. 46 não serve à comprovação da outorga de poderes à subscritora do Agravo de Instrumento, na medida em que não fora atendido o referido art. 654, § 1º, do Código Civil. 4. Entretanto, o negócio jurídico encerrado na procuração de fls. 46, porque inválido, não alcança o plano da eficácia e, portanto, não gera efeitos. Consequência lógica é a impossibilidade de descaracterizar o mandato tácito existente nos autos o que, em última análise, exigiria a produção de efeitos. 5. Desse modo, diante da presença do subscritor do Agravo de Instrumento à audiência de fls. 39, acompanhando a Ré, conclui-se pela caracterização do mandato tácito, previsto na Súmula nº 164, in fine, do TST. Embargos conhecidos e providos." (E-ED-AIRR - 299/2007-006-24-40; DEJT 13/11/2009) Destarte, **ante a existência de mandato tácito, é regular a representação processual da reclamada em relação ao recurso ordinário interposto às fls. 1193-233, rejeitando-se a prefacial de não-conhecimento arquivada em contra-razões.** Em razão da tese expressamente adotada, não há violação aos dispositivos legais e jurisprudenciais suscitados pela parte autora, os quais se têm por prequestionados para os fins a que alude a Súmula 297 do TST." (Relatora: Ana Rosa Pereira Zago Sagrilo, acórdão fls. 1312 e ss.) - Grifei.

A decisão, tal como lançada, não permite concluir pela contrariedade às Súmulas e Orientações jurisprudenciais invocadas. Destaco que a Orientação Jurisprudencial 149 da SDI-1 foi convertida na Súmula 383 do TST.

Não detecto violação literal a dispositivo de lei, circunstância que obsta a admissão do recurso pelo critério previsto na alínea "c" do art. 896 da CLT.

Reprodução de aresto que provém de órgão julgador não mencionado na alínea "a" do art. 896 da CLT não serve para confronto de teses.

Conforme disposto na Súmula 23 do TST, falta especificidade a aresto que não enfrente todos os fundamentos contidos na decisão recorrida.

Decisões paradigmas não se prestam a demonstrar o dissenso pretoriano quando inobservados os requisitos da Súmula 337, IV, do TST: **COMPROVAÇÃO DE DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. RECURSOS DE REVISTA E DE EMBARGOS.** (redação alterada pelo Tribunal Pleno em sessão realizada em 16.11.2010) (...) IV - **É válida para a comprovação da divergência jurisprudencial justificadora do recurso a indicação de aresto extraído de repositório oficial na internet, sendo necessário que o recorrente transcreva o trecho divergente e aponte o sítio de onde foi extraído com a devida indicação do endereço do respectivo conteúdo na rede (URL e Universal Resource Locator).** Nesse sentido, a jurisprudência reiterada e atual do TST (TST-E-ED-RR-64100-21.2005.5.09.0322, DEJT 05.05.2011; TST-E-AIRR-41240-48.2006.5.04.0025, DEJT 25.2.2011; TST-E-RR-80100-74.2005.5.03.0060, DEJT 18.2.2011; TST-E-RR-129800-07.2008.5.06.0003 DEJT 12.11.2010; E-ED-RR-29100-69.2005.5.15.0070, DEJT 15.10.2010;



PROCESSO Nº TST-ARR-48400-11.2007.5.04.0019
TST-E-RR-4026000-38.2002.5.02.0900, DEJT 15.10.2010).

Duração do Trabalho / Horas Extras / Pré-contratação.

Alegação(ões):

- contrariedade à Súmula 199/TST.
- violação do art. 457 da CLT.

A Turma ratificou o juízo de improcedência quanto ao *pedido de integração da verba fixa paga a título de horas extras ao salário do autor e consequente repercussão desses valores sobre as demais parcelas salariais (férias com um terço, décimo terceiro salário, horas extras, repouso semanal remunerado, FGTS, multa de 40%, aviso-prévio, adicional noturno, hora reduzida noturna, bônus e PEV)*. O acórdão registra: "(...) A reclamada admite ter passado a alcançar aos vendedores, a partir de 2003, pagamento referente a uma hora extra por dia de trabalho, independentemente da efetiva prestação de serviço suplementar, em virtude de acordo firmado com o Sindicato da categoria profissional (fls. 239-40). Da análise das fichas financeiras juntadas às fls. 295-301, constata-se que o reclamante efetivamente recebeu o pagamento de horas extras ("H. EXTRA 50% CDD") em todos os meses do contrato de trabalho, a partir de outubro/03, em valores fixos, majorados ao longo do tempo. Em decisão proferida à unanimidade por esta Turma Julgadora, nos autos do processo nº 0052600-26.2009.5.04.0008, julgado em 16.09.2010, no qual atuou como Relator o Exmo. Juiz Convocado Wilson Carvalho Dias, assim restou consignado: "HORAS EXTRAORDINÁRIAS. TRABALHO EXTERNO NA DISTRIBUIÇÃO DE BEBIDAS. PARCELA DENOMINADA "HORA EXTRA A.C.T". A exceção prevista no artigo 62, I, da CLT somente é aplicável quando há atividade externa incompatível com a fixação de horário de trabalho. Não é o caso quando o empregado tem que se apresentar na sede da empresa no início e no final da jornada de trabalho e, no interregno, tem controlado o volume de trabalho prestado. A parcela "HORA EXTRA A.C.T" ajustada em norma coletiva para a finalidade de apuração, controle, cálculo e pagamento de horas extras em serviço externo, deve ser deduzida da condenação ao pagamento de horas extraordinárias". (grifou-se) *Constam como fundamentos do julgado: "(...), a controvérsia inicial reside na efetiva natureza da parcela "HORA EXTRA A.C.T". A vantagem foi criada por meio de negociação coletiva e consta da cláusula 30ª do acordo coletivo de trabalho, (...), assim titulada: "CONTROLE DA JORNADA - APURAÇÃO, CONTROLE, CÁLCULO E PAGAMENTO DE HORAS EXTRAS EM SERVIÇO EXTERNO". Não há dúvida que a intenção das partes acordantes foi estabelecer um critério de pagamento da sobrejornada, embasado no volume de trabalho produzido pelo empregado, considerando as peculiaridades da atividade externa de motoristas e ajudantes relativa à distribuição de bebidas, na qual a maior parte do serviço prestado ocorre fora do estabelecimento. Portanto, ainda que o critério de cálculo da vantagem fosse a produção dos empregados, a finalidade pela qual ela foi instituída foi*



PROCESSO N° TST-ARR-48400-11.2007.5.04.0019

a de contraprestar eventuais excessos na jornada normal trabalhada, tanto assim que foi expressamente nominada como "HORA EXTRA A.C.T.". Não há qualquer ilegalidade no ajuste de vantagem visando cobrir eventuais horas extraordinárias, já que paga sob esta rubrica e foi uma forma de solução que o sindicato representativo da categoria profissional e a reclamada encontraram para uma questão que é foco de constantes conflitos neste tipo de atividade. Feitas tais considerações, reconhece-se que os valores pagos a título de "H. EXTRAS A.C.T." devem ser deduzidos das horas extras deferidas, não podendo compor a base de cálculo destas. Nesse sentido, inclusive, já se manifestou esta 8ª Turma acerca desta matéria, em processo movido em face da mesma reclamada, de nº 0047600-03.2008.5.04.0292, julgado dia 10.09.2009, sendo Relator o Desembargador Denis Marcelo de Lima Molarinho." (*grifou-se*). Com efeito, no caso dos autos, existe acordo coletivo celebrado entre a empresa reclamada e o sindicato da categoria profissional assim estipulando: "Visando evitar discussões a respeito do regime de trabalho ora reconhecido, cargo abaixo, convencionam as partes que aos empregados da área externa de vendas, por todas as características inerentes às condições de trabalho acima previstas, será assegurado, a partir da data de assinatura deste instrumento, o recebimento da quantia fixa mensal conforme abaixo estabelecido. Este pagamento será a título de uma hora extra por dia de trabalho de segunda a sábado. Por tratar-se de empregado vendedor, cargo não sujeito ao controle de horário, a hora extra paga a este título tem por objetivo remunerar o período em que eventualmente o vendedor permaneça na sede da empresa, no início e ao final do expediente." (*Aditamento ao Acordo Coletivo de Trabalho de 2003, cláusula 3, parágrafo terceiro - fl. 427; grifou-se*). Logo, e consoante entendimento firmado por este Colegiado, nos termos da decisão antes transcrita, **os valores pagos sob a rubrica de horas extras fixas devem ser compensados com aqueles deferidos na presente reclamatória, como já autorizado na origem, não sendo cabível a sua repercussão nas verbas salariais recebidas pelo autor em decorrência do contrato mantido com a ré. Observação especial, todavia, há que ser feita em relação ao pedido de repercussão das horas extras fixas em PEV e em 14ºs salários, a qual se remete ao exame específico desses tópicos. Apelo obreiro não-provido."** - Grifei.

A decisão não contraria a Súmula indicada.

Não detecto violação literal a dispositivo de lei, circunstância que obsta a admissão do recurso pelo critério previsto na alínea "c" do art. 896 da CLT.

Remuneração, Verbas Indenizatórias e Benefícios / Adicional.

Alegação(ões):

- divergência jurisprudencial.

A Turma ratificou o juízo de improcedência quanto aos *reflexos das parcelas deferidas em 14º salário*, nos seguintes termos: "(...) A sentença entendeu incabíveis reflexos das verbas porventura deferidas nesta ação sobre o décimo quarto salário, em que pese ter reconhecido sua natureza



PROCESSO Nº TST-ARR-48400-11.2007.5.04.0019

salarial, ao seguinte fundamento: "O décimo quarto salário, conforme as normas coletivas, deveria ser pago à base de um salário nominal, sem outros acréscimos, com ressalva expressa quanto às horas extras, comissões, prêmio objetivo, entre outros. Portanto, a Gratificação Condicional de Assiduidade é paga apenas com base no salário fixo. Em se tratando de liberalidade do empregador, dever ser interpretada nos termos do regulamento. Desse modo, apesar da natureza salarial da GCA, não incide em outras parcelas de mesmo cunho por força da norma instituidora." (fl. 1142-verso; grifou-se). De fato, inobstante a evidente natureza salarial da Gratificação Condicional de Assiduidade, paga pela reclamada de forma habitual a todos os empregados como forma de contraprestar a força de trabalho prestada com assiduidade à empresa, as parcelas deferidas nela não repercutem, como pretende o reclamante, haja vista que a verba é calculada sobre o salário-base do empregado. Com efeito, as normas coletivas que prevêm a Gratificação Condicionada a Assiduidade (v.g., cláusula 17, fl. 443) determinam a observância do Regulamento Interno da empresa. (...) Logo, indevida a repercussão das parcelas deferidas no 14º salário alcançado pela ré. Essa decisão alcança os valores contraprestados pela demandada a título de horas extras fixas, não reconhecidos como salário. Recurso não-provido." - Grifei.

Conforme disposto na Súmula 23 do TST, falta especificidade a aresto que não enfrente todos os fundamentos contidos na decisão recorrida.

CONCLUSÃO

Nego seguimento" (págs. 1.221-1.230) .

Na minuta de agravo de instrumento, o reclamante impugna os fundamentos do despacho denegatório do recurso de revista.

Quanto à **irregularidade de representação da reclamada**, argui o autor que o recurso ordinário patronal deve ser considerado inexistente pois "as procurações lançadas aos autos pela ré não contém a identificação do representante legal da Recorrente, mas apenas duas assinaturas, o que torna impossível aferir se o subscritor do mandato é o representante legal da reclamada" (pág. 1.245) .

Fundamenta seu inconformismo em violação dos artigos 37, parágrafo único do CPC/1973, 654, § 1º, do CC, 2º e 5º, § 1º, da Lei nº 8.906/94 e conflito com as Súmulas nºs 164 e 383, itens I e II, do TST e Orientações Jurisprudenciais nºs 110, 149, 255 e 373 da SBDI-1, ambas do TST, bem como colaciona arestos em apoio à sua tese.

Quanto à **pré-contratação das horas extras**, argui que



PROCESSO Nº TST-ARR-48400-11.2007.5.04.0019

“da análise das fichas financeiras é possível verificar a veracidade da alegação de ter o reclamante passado a receber um valor fixo sob a rubrica de horas extras. Contudo, a recorrente afirma não ter efetuado o controle da jornada de trabalho do reclamante, de onde decorre a conclusão de que o valor pago sob a rubrica de "horas extras" não tinha por finalidade contra prestar a jornada suplementar, haja vista a tese da defesa de que esta sequer era fiscalizada, ou seja, o valor era alcançado em decorrência da jornada normal de trabalho desempenhada” (pág. 1.254) .

E ainda que “resta incontroversa a percepção pelo reclamante de horas extras em valor fixo, desvinculado da prestação de horas extras. Ora, se o pagamento era de forma habitual e desvinculado da prestação das efetivas horas extras, não há como se considerar o pagamento das mesma” (pág. 1.254) .

Em suma, requer o autor a integração da verba fixa paga

a título de horas extras ao seu salário e consequentemente a repercussão desses valores sobre as demais parcelas salariais.

Fundamenta seu inconformismo em violação do artigo 457

da CLT e conflito com a Súmula nº 199 do TST.

Quanto aos **reflexos do 14º salário**, argui o autor que

o indeferimento da condenação da reclamada ao pagamento dos reflexos desta rubrica é indevido, por se tratar de parcela que integra o salário do obreiro.

Fundamenta seu inconformismo em violação do artigo 457, § 1º, da CLT, bem como colaciona arestos em apoio à sua tese.

Sem razão.

Quanto à **irregularidade de representação da reclamada**, assim se pronunciou o Tribunal Regional:

“ARGUIÇÃO DE NÃO-CONHECIMENTO DO RECURSO ORDINÁRIO DA RECLAMADA. IRREGULARIDADE DE REPRESENTAÇÃO PROCESSUAL.

O reclamante suscita, em contra-razões, o não-conhecimento do recurso ordinário interposto pela reclamada, em razão da irregularidade da representação processual. Nesse sentido, afirma que as procurações trazidas aos autos pela ré não contêm a indicação do seu representante legal, ataindo a aplicação da Orientação Jurisprudencial nº 373 da SDI-I do TST. Acrescenta não terem sido juntados os estatutos sociais da empresa, o que impossibilitaria a verificação de seus representantes. Diz não ser o caso, portanto, de aplicação da Orientação Jurisprudencial nº 255 da SDI-I do TST,



PROCESSO Nº TST-ARR-48400-11.2007.5.04.0019

pois a irregularidade não está na não-juntada do estatuto, mas na qualificação do outorgante dos poderes de representação. Observa, ainda, que a existência de mandato expresso nos autos inviabiliza o reconhecimento de mandato tácito, na esteira da jurisprudência. Ressalta a impossibilidade de saneamento do vício de representação nesta fase processual, nos termos da Súmula 383, itens I e II, do TST. Traz jurisprudência. Além dos dispositivos elencados, prequestiona: art. 654, §1º, do CCB; art. 5º da Lei 8.906/94; arts. 13, 37, 245, parágrafo único, e 518, §2º, do CPC; Súmula 164 do TST; Orientações Jurisprudenciais nºs 110 e 149 da SDI-I do TST.

Não procede a arguição.

De fato, o instrumento de mandato juntado pela AMBEV às fls. 1020-1, mediante o qual constitui novos procuradores para atuarem no feito, não identifica quem sejam os representantes legais signatários do documento, limitando-se a registrar que a ré estaria “*neste ato representada na forma do seu Estatuto*”, o qual, registra-se, sequer veio aos autos.

Assim, em princípio, estaria configurada a hipótese prevista na Orientação Jurisprudencial nº 373 da SDI-I do TST, que dispõe:

“IRREGULARIDADE DE REPRESENTAÇÃO. PESSOA JURÍDICA. PROCURAÇÃO INVÁLIDA. AUSÊNCIA DE IDENTIFICAÇÃO DO OUTORGANTE E DE SEU REPRESENTANTE. ART. 654, § 1º, DO CÓDIGO CIVIL (DEJT divulgado em 10, 11 e 12.03.2009)

Não se reveste de validade o instrumento de mandato firmado em nome de pessoa jurídica em que não haja a sua identificação e a de seu representante legal, o que, a teor do art. 654, § 1º, do Código Civil, acarreta, para a parte que o apresenta, os efeitos processuais da inexistência de poderes nos autos.”

Entretanto, a advogada que firma o recurso ordinário interposto pela reclamada, Bel. Sheila Cristina da Costa Nery – OAB/RS 43.183 – esteve presente à audiência realizada em 26.11.2008, retratada na ata de fls. 1094-5, acompanhando a parte representada.

Logo, resta evidenciada a hipótese de mandato tácito, suprindo-se a irregularidade constatada na procuração juntada aos autos.

Nesse sentido, é o conteúdo da Súmula 164 do TST, *in verbis*:

“PROCURAÇÃO. JUNTADA (nova redação) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003

O não-cumprimento das determinações dos §§ 1º e 2º do art. 5º da Lei nº 8.906, de 04.07.1994 e do art. 37, parágrafo único, do Código de Processo Civil importa o não-conhecimento de recurso, por inexistente, exceto na hipótese de mandato tácito.” (grifou-se).



PROCESSO Nº TST-ARR-48400-11.2007.5.04.0019

Não vinga, de outra parte, a tese do reclamante de que a presença de procuração expressa nos autos inviabilizaria a configuração de mandato tácito. Aplica-se, à espécie, o entendimento sumulado pelo Tribunal Superior do Trabalho na Orientação Jurisprudencial nº 286, item II, com a redação que lhe conferiu a Resolução nº 167/2010, a saber:

“Configurada a existência de mandato tácito fica suprida a irregularidade detectada no mandato expresso.”

A questão ora enfrentada foi objeto de pormenorizada análise pela SBDI-I do C. TST, em acórdão lavrado pela Exma. Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, cuja ementa se transcreve:

“EMBARGOS SUJEITOS À SISTEMÁTICA DA LEI Nº 11.496/2007 - AGRAVO DE INSTRUMENTO NÃO CONHECIDO IRREGULARIDADE DE REPRESENTAÇÃO FALTA DE IDENTIFICAÇÃO DO SUBSCRITOR DA PROCURAÇÃO EXISTÊNCIA DE MANDATO TÁCITO - POSSIBILIDADE

1. De acordo com a doutrina de Pontes de Miranda, reproduzida por Marcos Bernandes de Mello, os atos jurídicos *lato sensu* incluídos aí, portanto, os atos jurídicos *stricto sensu* e os negócios jurídicos – podem se desenvolver em três planos jurídicos, quais sejam, existência, validade e eficácia (cf. MELLO, Marcos Bernardes. *Teoria do Fato Jurídico: plano da existência*. São Paulo: Saraiva, 2007; *Teoria do Fato Jurídico: plano da validade*. São Paulo: Saraiva, 2006; e *Teoria do Fato Jurídico: plano da eficácia*. São Paulo: Saraiva, 2007).

2. Em regra, esses planos são sucessivos, ou seja, para que um ato jurídico alcance o plano da eficácia, pressupõe-se a passagem pelos da validade e da existência. Assim, um negócio jurídico, para ter validade, precisa, antes de tudo, existir; em seguida, para produzir efeitos, deve também ser válido, salvo se a lei expressamente atribuir-lhe certa eficácia.

3. Na hipótese dos autos, a C. Turma corretamente declarou que a procuração de fls. 46 não serve à comprovação da outorga de poderes à subscritora do Agravo de Instrumento, na medida em que não fora atendido o referido art. 654, § 1º, do Código Civil.

4. Entretanto, o negócio jurídico encerrado na procuração de fls. 46, porque inválido, não alcança o plano da eficácia e, portanto, não gera efeitos. Consequência lógica é a impossibilidade de descaracterizar o mandato tácito existente nos autos o que, em última análise, exigiria a produção de efeitos.

5. Desse modo, diante da presença do subscritor do Agravo de Instrumento à audiência de fls. 39, acompanhando a Ré, conclui-se pela caracterização do mandato tácito, previsto na Súmula nº 164, in fine, do TST.



PROCESSO Nº TST-ARR-48400-11.2007.5.04.0019
Embargos conhecidos e providos.” (E-ED-AIRR -
299/2007-006-24-40; DEJT 13/11/2009)

Destarte, ante a existência de mandato tácito, é regular a representação processual da reclamada em relação ao recurso ordinário interposto às fls. 1193-233, rejeitando-se a prefacial de não-conhecimento arguida em contra-razões.

Em razão da tese expressamente adotada, não há violação aos dispositivos legais e jurisprudenciais suscitados pela parte autora, os quais se têm por prequestionados para os fins a que alude a Súmula 297 do TST” (págs. 1.071-1.075).

Como se observa, o Regional consiga expressamente que

a advogada subscritora do recurso ordinário, Dra. Sheila Cristina da Costa Nery - OAB/RS 43.183 detém mandato tácito, razão pela qual não há falar em irregularidade de representação visto que presente à audiência realizada em 26/11/2008 acompanhando a parte representada.

Desse modo, tendo sido configurado o mandato tácito, encontra-se regular a representação da reclamada, consoante o disposto na Súmula nº 164 do TST, que assim dispõe:

"PROCURAÇÃO. JUNTADA (nova redação) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003 O não-cumprimento das determinações dos §§ 1º e 2º do art. 5º da Lei nº 8.906, de 04.07.1994 e do art. 37, parágrafo único, do Código de Processo Civil importa o não-conhecimento de recurso, por inexistente, exceto na hipótese de mandato tácito" (grifou-se).

Assim, constata-se que diligenciou a reclamada no sentido de comprovar a regularidade da representação processual mediante a demonstração de que o advogado subscritor do recurso de revista esteve presente na audiência inaugural, o que caracteriza mandato tácito, nos termos da Súmula nº 164 desta Corte.

Ademais, o caso dos autos se adequa aos requisitos da Orientação Jurisprudencial da SBDI-1 nº 286, item I, do TST, *in verbis*:

"286. AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRASLADO. MANDATO TÁCITO. ATA DE AUDIÊNCIA.

CONFIGURAÇÃO (alterada – Res. 167/2010, DEJT divulgado em 30.04.2010 e 03 e 04.05.2010)



PROCESSO Nº TST-ARR-48400-11.2007.5.04.0019

I - A juntada da ata de audiência, em que consignada a presença do advogado, desde que não estivesse atuando com mandato expresso, torna dispensável a procuração deste, porque demonstrada a existência de mandato tácito.

II - Configurada a existência de mandato tácito fica suprida a irregularidade detectada no mandato expresso."

Nesses termos, estando regular a representação processual da reclamada, em face da existência de mandato tácito, o conhecimento do seu recurso ordinário encontra-se em conformidade com a jurisprudência desta corte, consubstanciada na Súmula nº 164 do TST.

Neste sentido:

"RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO PELA RECLAMADA. RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. RECURSO ORDINÁRIO DA RECLAMADA NÃO CONHECIDO POR IRREGULARIDADE DE REPRESENTAÇÃO. MANDATO TÁCITO. SUBSISTÊNCIA. ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL Nº 286 DA SBDI-1 DO TST. A jurisprudência atual desta Corte superior entende que a apresentação de mandato expresso irregular não desconfigura a hipótese de mandato tácito existente nos autos, de acordo com o item II da Orientação Jurisprudencial nº 286 da SBDI-1 do TST, que assim dispõe: "configurada a existência de mandato tácito fica suprida a irregularidade detectada no mandato expresso". Recurso de revista conhecido e provido". (RR - 172900-78.2008.5.15.0094 , Relator Ministro: José Roberto Freire Pimenta, Data de Julgamento: 28/10/2015, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 06/11/2015)

Desta forma, encontram-se incólumes os artigos 37, parágrafo único do CPC/1973, 654, § 1º, do CC, 2º e 5º, § 1º, da Lei nº 8.906/94 e ausente o conflito com as Súmulas nºs 164 e 383, itens I e II, do TST e Orientações Jurisprudenciais nºs 110, 149, 255 e 373 da SBDI-1 (convertida na Súmula nº 456), todas do TST.

Por estar a decisão do Regional em consonância com a

jurisprudência pacificada do Tribunal Superior do Trabalho, esgotada se encontra a função uniformizadora desta Corte, o que afasta a possibilidade de eventual configuração de conflito pretoriano, por



PROCESSO Nº TST-ARR-48400-11.2007.5.04.0019
inteligência do artigo 896, § 7º, da CLT, com a redação dada pela Lei nº 13.015/14 e Súmula nº 333 do TST.

Quanto à **pré-contratação das horas extras**, assim se pronunciou o Tribunal Regional:

“Horas extras “fixas”. Integração.

O pedido de integração da verba fixa paga a título de horas extras ao salário do autor e consequente repercussão desses valores sobre as demais parcelas salariais (férias com um terço, décimo terceiro salário, horas extras, repouso semanal remunerado, FGTS, multa de 40%, aviso-prévio, adicional noturno, hora reduzida noturna, bônus e PEV), foi indeferido pelo Juízo singular, ao seguinte fundamento:

“É incontroverso que a verba citada foi paga com a finalidade de remunerar eventuais horas extras realizadas pelos empregados que realizam trabalho fora da sede da ré, sem qualquer correspondência com as horas efetivamente realizadas.

A sentença embargada, ao apreciar o item referente às horas extras postuladas pelo autor, autoriza o abatimento das horas extras pagas. Desse modo, o julgado admite que os valores pagos a título de horas extras remuneraram o trabalho extraordinário realizado, apesar do fato de não terem sido computadas as horas de trabalho. A partir disso, as horas extras pagas têm natureza remuneratória, porém não de salário em sentido estrito, restando improcedente o pedido de declaração das horas extras fixas como parcela salarial e reflexos postulados, por corolário.” (fl. 1190; grifou-se).

Vejamos.

A reclamada admite ter passado a alcançar aos vendedores, a partir de 2003, pagamento referente a uma hora extra por dia de trabalho, independentemente da efetiva prestação de serviço suplementar, em virtude de acordo firmado com o Sindicato da categoria profissional (fls. 239-40).

Da análise das fichas financeiras juntadas às fls. 295-301, constata-se que o reclamante efetivamente recebeu o pagamento de horas extras (“*H. EXTRA 50% CDD*”) em todos os meses do contrato de trabalho, a partir de outubro/03, em valores fixos, majorados ao longo do tempo.

Em decisão proferida à unanimidade por esta Turma Julgadora, nos autos do processo nº 0052600-26.2009.5.04.0008, julgado em 16.09.2010, no qual atuou como Relator o Exmo. Juiz Convocado Wilson Carvalho Dias, assim restou consignado:

“HORAS EXTRAORDINÁRIAS. TRABALHO EXTERNO NA DISTRIBUIÇÃO DE BEBIDAS. PARCELA DENOMINADA “HORA



PROCESSO Nº TST-ARR-48400-11.2007.5.04.0019

EXTRA A.C.T”. A exceção prevista no artigo 62, I, da CLT somente é aplicável quando há atividade externa incompatível com a fixação de horário de trabalho. Não é o caso quando o empregado tem que se apresentar na sede da empresa no início e no final da jornada de trabalho e, no interregno, tem controlado o volume de trabalho prestado. A parcela “HORA EXTRA A.C.T” ajustada em norma coletiva para a finalidade de apuração, controle, cálculo e pagamento de horas extras em serviço externo, deve ser deduzida da condenação ao pagamento de horas extraordinárias”. (grifou-se)

Constam como fundamentos do julgado:

“(…), a controvérsia inicial reside na efetiva natureza da parcela “HORA EXTRA A.C.T.” A vantagem foi criada por meio de negociação coletiva e consta da cláusula 30ª do acordo coletivo de trabalho, (…), assim titulada: “CONTROLE DA JORNADA – APURAÇÃO, CONTROLE, CÁLCULO E PAGAMENTO DE HORAS EXTRAS EM SERVIÇO EXTERNO”. Não há dúvida que a intenção das partes acordantes foi estabelecer um critério de pagamento da sobrejornada, embasado no volume de trabalho produzido pelo empregado, considerando as peculiaridades da atividade externa de motoristas e ajudantes relativa à distribuição de bebidas, na qual a maior parte do serviço prestado ocorre fora do estabelecimento. Portanto, ainda que o critério de cálculo da vantagem fosse a produção dos empregados, a finalidade pela qual ela foi instituída foi a de contraprestar eventuais excessos na jornada normal trabalhada, tanto assim que foi expressamente nominada como “HORA EXTRA A.C.T”. Não há qualquer ilegalidade no ajuste de vantagem visando cobrir eventuais horas extraordinárias, já que paga sob esta rubrica e foi uma forma de solução que o sindicato representativo da categoria profissional e a reclamada encontraram para uma questão que é foco de constantes conflitos neste tipo de atividade.

Feitas tais considerações, reconhece-se que os valores pagos a título de “H. EXTRAS A.C.T.” devem ser deduzidos das horas extras deferidas, não podendo compor a base de cálculo destas. Nesse sentido, inclusive, já se manifestou esta 8ª Turma acerca desta matéria, em processo movido em face da mesma reclamada, de nº 0047600-03.2008.5.04.0292, julgado dia 10.09.2009, sendo Relator o Desembargador Denis Marcelo de Lima Molarinho.” (grifou-se).

Com efeito, no caso dos autos, existe acordo coletivo celebrado entre a empresa reclamada e o sindicato da categoria profissional assim estipulando:

”Visando evitar discussões a respeito do regime de trabalho ora reconhecido, cargo abaixo, convencionam as partes que aos empregados da área externa de vendas, por todas as características inerentes às condições de trabalho



PROCESSO Nº TST-ARR-48400-11.2007.5.04.0019

acima previstas, será assegurado, a partir da data de assinatura deste instrumento, o recebimento da quantia fixa mensal conforme abaixo estabelecido. Este pagamento será a título de uma hora extra por dia de trabalho de segunda a sábado. Por tratar-se de empregado vendedor, cargo não sujeito ao controle de horário, a hora extra paga a este título tem por objetivo remunerar o período em que eventualmente o vendedor permaneça na sede da empresa, no início e ao final do expediente.” (Aditamento ao Acordo Coletivo de Trabalho de 2003, cláusula 3, parágrafo terceiro - fl. 427; grifou-se).

Logo, e consoante entendimento firmado por este Colegiado, nos termos da decisão antes transcrita, os valores pagos sob a rubrica de horas extras fixas devem ser compensados com aqueles deferidos na presente reclamatória, como já autorizado na origem, não sendo cabível a sua repercussão nas verbas salariais recebidas pelo autor em decorrência do contrato mantido com a ré.

Observação especial, todavia, há que ser feita em relação ao pedido de repercussão das horas extras fixas em PEV e em 14ºs salários, a qual se remete ao exame específico desses tópicos.

Apelo obreiro não-provido” (págs. 1.091-1.095).

O reclamante inconforma-se com a determinação de abatimento das horas extras pagas durante o contrato de trabalho. Afirma se tratar de horas extras pré-contratadas.

Todavia, o recurso de revista não ultrapassa a barreira do conhecimento, pois a parte não infirma os fundamentos da decisão regional, direcionados ao abatimento dos valores pagos a mesmo título, e não ao direito propriamente dito.

Ademais, não se trata de discussão acerca da natureza das horas extras fixas, tampouco é o caso de pré-contratação de horas extras no momento da admissão, motivo pelo qual estão incólumes o artigo 457 da CLT e a Súmula nº 199 do TST.

Quanto aos **reflexos do 14º salário**, assim se pronunciou o Tribunal Regional:

“14º SALÁRIO.

Insurge-se a parte autora contra o indeferimento de reflexos das parcelas deferidas em 14º salário. Destaca estar comprovado que a reclamada pagava 14º salário a todos os empregados, embora utilizasse a rubrica “GCA”



PROCESSO N° TST-ARR-48400-11.2007.5.04.0019
(Gratificação Condicional Assiduidade). Invoca o preceito insculpido no §1º do art. 457 da CLT. Transcreve jurisprudência. Pede o provimento do apelo.

A sentença entendeu incabíveis reflexos das verbas porventura deferidas nesta ação sobre o décimo quarto salário, em que pese ter reconhecido sua natureza salarial, ao seguinte fundamento:

“O décimo quarto salário, conforme as normas coletivas, deveria ser pago à base de um salário nominal, sem outros acréscimos, com ressalva expressa quanto às horas extras, comissões, prêmio objetivo, entre outros. Portanto, a Gratificação Condicional de Assiduidade é paga apenas com base no salário fixo. Em se tratando de liberalidade do empregador, dever ser interpretada nos termos do regulamento. Desse modo, apesar da natureza salarial da GCA, não incide em outras parcelas de mesmo cunho por força da norma instituidora.” (fl. 1142-verso; grifou-se).

De fato, inobstante a evidente natureza salarial da Gratificação Condicional de Assiduidade, paga pela reclamada de forma habitual a todos os empregados como forma de contraprestar a força de trabalho prestada com assiduidade à empresa, as parcelas deferidas nela não repercutem, como pretende o reclamante, haja vista que a verba é calculada sobre o salário-base do empregado.

Com efeito, as normas coletivas que prevêm a Gratificação Condicionada a Assiduidade (v.g., cláusula 17, fl. 443) determinam a observância do Regulamento Interno da empresa. Este, por sua vez, estipula:

“A Gratificação Condicional de Assiduidade incidirá sobre o salário base, sem quaisquer acréscimos fixo a que o empregado tiver direito, no mês da concessão da gratificação, não sendo portanto considerados os seguintes complementos ou médias salariais:

Gratificação Condicional por Tempo de Serviço;
Adicional de Insalubridade Permanente ou Eventual;
Adicional Noturno;
Ajudas de Custo;
Diárias para viagem;
Horas Extras;
Prêmio por objetivo;
Comissões (Remuneração Variável);
Compensação orgânica;
Verba de representação; Outros
proventos.” (grifou-se).

Logo, indevida a repercussão das parcelas deferidas no 14º salário alcançado pela ré.



PROCESSO Nº TST-ARR-48400-11.2007.5.04.0019

Essa decisão alcança os valores contraprestados pela demandada a título de horas extras fixas, não reconhecidos como salário.

Recurso não-provido" (págs. 1.128-1.130) .

Como se observa, o Regional manteve a sentença em que

se indeferiu os reflexos das parcelas da condenação relacionada ao décimo quarto salário com base no regulamento que instituiu a verba, visto que se trata de liberalidade do empregador.

Portanto, quanto aos mencionados reflexos das parcelas da condenação no "14º salário", cumpre esclarecer que não houve, por parte do Regional, emissão de pronunciamento explícito acerca da aventada violação do artigo 457, § 1º, da CLT - até mesmo porque o Regional se baseou nas disposições contidas nos acordos coletivos de trabalho para manter a sentença que indeferiu o pleito do reclamante - tampouco foi a Corte a *quo* instada a se manifestar mediante a interposição de embargos de declaração, o que atrai, à hipótese, a aplicação do teor da Súmula nº 297, item I, do Tribunal Superior do Trabalho.

Incólume o artigo 457, § 1º, da CLT, bem como superada

a análise dos arestos colacionados no recurso de revista.

Diante do exposto, **nego provimento** ao agravo de instrumento.

RECURSO DE REVISTA DA RECLAMADA

1. AÇÃO COLETIVA AJUIZADA POR SINDICATO COMO SUBSTITUTO PROCESSUAL E AÇÃO INDIVIDUAL PROPOSTA POR EMPREGADO SUBSTITUÍDO. COISA JULGADA. INEXISTÊNCIA

Quanto ao tema, assim se posicionou o Regional:

**"RECURSO ORDINÁRIO DA RECLAMADA.
Matéria prejudicial.
COISA JULGADA.**



PROCESSO Nº TST-ARR-48400-11.2007.5.04.0019

Renova a reclamada a arguição de coisa julgada em relação aos pedidos de horas extras, intervalos intrajornadas e reflexos relativamente ao período compreendido entre a admissão do autor e setembro de 2005. Argumenta que o autor foi um dos beneficiados por acordo celebrado nos autos do proc. nº 00698-2006-004-04-00-0, ajuizado pelo Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias de Alimentação de Porto Alegre contra a demandada – AMBEV. Diz que a homologação do referido acordo implicou quitação das horas extras relativas a todo o período postulado na petição inicial daquela ação, inclusive intervalos, havendo coisa julgada em relação a este processo. Requer a extinção do feito, no aspecto, sem resolução de mérito, na forma do art. 267, V, do CPC.

O Juízo de origem afasta, em sentença, a alegação de coisa julgada ao fundamento de que a legitimação do sindicato profissional em defesa dos interesses dos integrantes da categoria é concorrente com a do titular do direito material de ajuizar ação individual, por força do art. 104 do CDC, aplicado subsidiariamente.

Analisa-se.

Trata-se a coisa julgada de instituto elevado à condição de garantia constitucional fundamental no art. 5º, inciso XXXVI da Carta Maior, haja vista o seu papel na efetivação da segurança jurídica e no impedimento de perpetuação dos litígios, tendo por objetivo a paz social e a certeza final dos processos.

O parágrafo único do art. 831 da CLT dispõe que o acordo homologado, em regra, valerá como decisão irrecorrível. Por outro lado, o art. 467 do CPC reza que se denomina coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário. O mesmo diploma processual ainda dispõe verificar-se a coisa julgada quando se reproduz idêntica ação a outra anteriormente ajuizada. Outrossim, há identidade entre ações quando ambas têm as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido (art. 301, §§ 1º a 3º do CPC), constituindo a chamada tríplice identidade.

Os documentos juntados às fls. 483-96 referem-se a acordo homologado nos autos da reclamação trabalhista nº 00698-2006-004-04-00-0, proposta pelo Sindicato dos Trabalhadores das Indústrias de Alimentação de Porto Alegre e Região contra a Companhia de Bebidas das Américas – AMBEV.

Pelo acordo em apreço, ficou estabelecido que a empresa pagaria a cada um dos trabalhadores substituídos os valores discriminados na tabela das fls. 488-93 – onde consta o nome do reclamante e o valor que lhe seria devido – e que tal ensejaria a “plena, geral e irrevogável quitação das parcelas pleiteadas no presente processo bem como em relação às demais verbas indicadas nos itens 2.2 e 2.7 do presente acordo, notadamente intervalos intra e interjornada não usufruídos, trabalho em domingos e feriados, bem como



PROCESSO Nº TST-ARR-48400-11.2007.5.04.0019

horas in itinere e de sobreaviso no período indicado na presente ação” (fl. 487).

A cláusula 2.5, a seu turno, elucida que “O presente acordo contempla o pagamento, relativo a todo o período pleiteado na exordial, de horas extras e reflexos em Descanso Semanal Remunerados (DSR), férias, 13º salário, FGTS e demais incidências legais, bem como, indenização sobre intervalos intrajornadas ou interjornadas eventualmente não usufruídos pelos substituídos.” (fl. 486).

Pois bem, em primeiro lugar, embora não se olvide que as ações para defesa de direitos individuais homogêneos propostas pelos entes coletivos tramitem de forma independente em relação às ações individual, sendo impossível a existência de conflito prático de julgamento, de acordo com o artigo 104 do CDC, esse mesmo dispositivo traz regra específica para a coisa julgada, assim dispondo:

“As ações coletivas, previstas nos incisos I e II e do parágrafo único do art. 81, não induzem litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada erga omnes ou ultra partes a que aludem os incisos II e III do artigo anterior não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida sua suspensão no prazo de trinta dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva.” (grifou-se)

No caso em apreço, a alegação da reclamada é de que existe decisão transitada em julgado, consubstanciada em acordo homologado pelo Juízo, em ação coletiva que apresenta as mesmas partes, pedido e causa de pedir em relação à presente ação individual, no que tange às horas extras e intervalos do período compreendido entre a admissão do autor e setembro de 2005.

Assim, inviável afastar de plano a tese de coisa julgada simplesmente porque se reconhece a legitimação concorrente entre o sindicato e o trabalhador. Todavia, não se acolhe a alegação empresária, no particular.

Com efeito, considerando que o ônus da prova da alegada triplíce identidade é da parte que assim argúi, incumbia à demandada comprová-la. No entanto, no caso dos autos foi juntada apenas a ata de audiência em que homologada a avença entabulada pelas partes no processo nº 00698-2006-004-04-00-0 (fl. 483) e a petição de acordo firmada pelos litigantes (fls. 484-93). Não se verifica cópia da petição inicial daquela ação, que possibilitasse o pormenorizado exame dos pedidos e causas de pedir nela versados, bem como do período a que se referem as pretensões, tampouco veio aos autos o rol de substituídos da ação coletiva, inobstante conste o nome do autor na tabela de valores a serem pagos, integrante da petição de acordo.

Não bastasse isso, o reclamante trouxe à fl. 935 petição protocolada na no processo nº 00698-2006-004-04-00-0 em que declara não possuir interesse na atuação do Sindicato como seu substituto processual e requer sua exclusão



PROCESSO Nº TST-ARR-48400-11.2007.5.04.0019
do pólo ativo da referida demanda. Veja-se que, embora não haja elementos que demonstrem a efetiva homologação desse requerimento, não cabe a este Juízo ignorá-lo, sob pena de se privar o trabalhador do acesso ao Poder Judiciário e do devido processo legal.

Ademais, tal documento apenas foi impugnado pela reclamada ao argumento de que seria estranho à lide intentada pela entidade sindical (fl. 944), o que não se confirma, constatando-se que a demandada junta informação processual extraída da ação 00689-2006-004-04-00-0, enquanto a ação coletiva está tombada sob o nº 00698-2006-004-04-00-0.

Logo, os elementos de convicção carreados aos autos não permitem que se constate a tríplice identidade entre as demandas. Inviável, portanto, o provimento do recurso empresarial quanto à declaração de coisa julgada e a consequente extinção do feito sem resolução de mérito.

Considerando, entretanto, a coexistência dos seguintes aspectos: a) não resta demonstrada, como se viu, a homologação do pedido de exclusão do reclamante do pólo ativo da ação coletiva; b) o nome do autor consta na tabela de pagamentos integrante do acordo homologado naqueles autos, inclusive com indicação do valor que lhe caberia receber (R\$ 6.957,92 – fl. 489); c) o acordo prevê o repasse do valor total ao Sindicato profissional, com posterior pagamento individualizado a cada trabalhador, mediante a entrega de cheque individual ou, em caso de não-comparecimento do trabalhador para a correspondente retirada, depósito em conta corrente – cláusula 2.4, à fl. 486; d) o reclamante não nega o recebimento dessa quantia, inclusive ressaltando, em sua manifestação sobre a defesa, que “não se diga que o recebimento do acordado fundamentaria a pretensão patronal, o que é impróprio, pois os valores foram pagos diretamente ao substituto, não havendo alternativa ao reclamante” (fl. 908); e e) o pedido de horas extras formulado nesta ação abrange todo o labor suplementar prestado durante o contrato mantido entre as partes (itens “c” e “d” do petitório – fl. 14), irretocável a sentença que autorizou o abatimento dos valores eventualmente recebidos pelo reclamante na ação nº 00698-2006-004-04-00-0 do montante deferido a título de horas extras nesta reclamationária.

Apelo não-provido.” (págs. 1.075-1.079) .

Nas razões de recurso de revista, a reclamada alega que “no caso dos autos restou incontroverso que o autor integra ambas as ações, individual e coletiva (nesta última como substituído). Embora o sindicato esteja atuando como substituto processual, o titular do direito material é o empregado. Nesta ação individual, entretanto pleiteia horas extras inclusive do período abrangido pela ação coletiva, ou seja, da sua admissão até setembro de 2005, o que não pode ser admitido” (pág. 1.188) .



PROCESSO Nº TST-ARR-48400-11.2007.5.04.0019

E ainda que "deve ser observado que o recorrido admitiu expressamente ter recebido os valores relativos ao acordo firmado entre a recorrente e o Sindicato representativo da sua categoria profissional" (pág. 1.189).

E conclui que "restou incontroverso que o recorrido foi beneficiado através do acordo firmado entre o Sindicato e a recorrente no processo nº 00698- 2006-004-04-00-0. Portanto, no período compreendido entre a admissão do autor e setembro de 2005 resta comprovada a tríplice identidade e, conseqüentemente, aplicável ao caso dos autos o instituto da coisa julgada em relação aos pedidos de horas extras e reflexos daquele período" (pág. 1.189).

Fundamenta seu inconformismo em violação dos artigos 831, parágrafo único, da CLT, 472 do CPC/1973, 103, inciso III, do CDC e conflito com a Súmula nº 259 do TST, bem como colaciona arestos em apoio à sua tese.

Sem razão.

Discute-se, nos autos, se a coisa julgada incidente sobre ação ajuizada por sindicato, na qualidade de substituto processual, atinge a reclamação trabalhista ajuizada individualmente pelo trabalhador.

A Subseção I Especializada em Dissídios Individuais desta Corte adotava entendimento de que a ação ajuizada pelo sindicato da categoria profissional, na qualidade de substituto processual, acarretava litispendência e fazia coisa julgada em relação à reclamação trabalhista com os mesmos pedidos e causa de pedir proposta pelo empregado individualmente.

Entretanto, em precedente acerca da matéria, a SbDI-1,

por ocasião do julgamento dos Embargos em Recurso de Revista nº 18800-55.2008.5.22.0003, da relatoria do Ministro Augusto César Leite de Carvalho, em decorrência de interpretação do artigo 104 da Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), segundo o qual a ação coletiva não induz litispendência para a ação individual, à falta da necessária identidade subjetiva, alterou seu posicionamento acerca da matéria, passando a adotar o entendimento de que, na ação coletiva, o sindicato exerce a legitimidade extraordinária para atuar como substituto processual na defesa em Juízo dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria que representa, defendendo



PROCESSO Nº TST-ARR-48400-11.2007.5.04.0019

direito de outrem, em nome próprio, enquanto na ação individual a parte busca o seu próprio direito, individualmente. Assim, ausente a necessária identidade subjetiva, não se pode ter como configurada a tríplice identidade que caracteriza a coisa julgada.

O aludido precedente fundamentou-se também no fato de

que a tutela coletiva concorre para a igualdade de tratamento e também para a objetivização do conflito trabalhista sem expor o titular do direito ao risco de uma demanda que não moveu, ou não pôde mover sem oferecer-se à represália patronal.

Eis a ementa do referido julgado:

"LITISPENDÊNCIA. AÇÃO COLETIVA EM QUE O SINDICATO FIGURA COMO SUBSTITUTO PROCESSUAL. Para a configuração de litispendência se faz necessária a presença de tríplice identidade, ou seja, identidade de partes, de causa de pedir e de pedido, nos estritos termos do art. 301, § 2º, do Código de Processo Civil. No presente caso, não há litispendência, pois a hipótese ressenete-se da necessária identidade subjetiva. Na ação coletiva, o sindicato exerce a legitimidade extraordinária para atuar como substituto processual na defesa em juízo dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria que representam, defendendo direito de outrem em nome próprio. Enquanto na ação individual a parte busca o seu próprio direito individualmente. As ações que visam à tutela de direitos difusos e coletivos, sejam eles trabalhistas ou de consumo, gozam de disciplinamento excepcional quanto à litispendência. De fato, o art. 104 do CDC (Lei 8.078/90) expressamente exclui a possibilidade de litispendência entre a ação individual e a coletiva. Aplicação dos arts. 81, 103 e 104 do CDC. Recurso de embargos conhecido e provido." (Processo: E-RR-18800-55.2008.5.22.0003, Relator Ministro:

Augusto César Leite de Carvalho, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, data de publicação: DEJT 9/1/2012)

No mesmo sentido, outras decisões de Turmas desta Corte, incluindo de minha lavra:

"RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. AÇÃO COLETIVA AJUIZADA POR SINDICATO COMO SUBSTITUTO PROCESSUAL E AÇÃO INDIVIDUAL PROPOSTA POR EMPREGADO SUBSTITUÍDO. COISA JULGADA.



PROCESSO Nº TST-ARR-48400-11.2007.5.04.0019

INEXISTÊNCIA. A Subseção I Especializada em Dissídios Individuais desta Corte adotava entendimento de que a ação ajuizada pelo sindicato da categoria profissional, na qualidade de substituto processual, acarretava litispendência e fazia coisa julgada em relação à reclamação trabalhista com os mesmos pedido e causa de pedir proposta pelo empregado individualmente. Entretanto, em recente precedente acerca da matéria, a Subseção I Especializada em Dissídios Individuais deste Tribunal Superior, por ocasião do julgamento dos Embargos em Recurso de Revista nº 18800-55.2008.5.22.0003, da relatoria do Ministro Augusto César Leite de Carvalho, em decorrência de interpretação do artigo 104 da Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), segundo o qual a ação coletiva não induz litispendência para a ação individual, à falta da necessária identidade subjetiva, alterou seu posicionamento acerca da matéria, passando a adotar o entendimento de que, na ação coletiva, o sindicato exerce a legitimidade extraordinária para atuar como substituto processual na defesa em Juízo dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria que representa, defendendo direito de outrem, em nome próprio, enquanto, na ação individual, a parte busca o seu próprio direito, individualmente. Assim, ausente a necessária identidade subjetiva, não se pode ter como configurada a tríple identidade que caracteriza a coisa julgada. O aludido precedente fundamentou-se também no fato de que a tutela coletiva concorre para a igualdade de tratamento e também para a objetivização do conflito trabalhista, sem expor o titular do direito ao risco de uma demanda que não moveu, ou não pôde mover sem oferecer-se à represália patronal. Portanto, a ação ajuizada pelo sindicato da categoria profissional, na qualidade de substituto processual, não acarreta litispendência nem faz coisa julgada em relação à reclamação trabalhista idêntica proposta pelo empregado individualmente. Ressalta-se que, embora a primeira parte do artigo 104 do CDC literalmente afaste a litispendência somente entre as ações coletivas que visam à tutela dos interesses ou direitos difusos e coletivos e as ações individuais, a doutrina e a jurisprudência mais atualizadas e igualmente já pacificadas, diante da teleologia desse dispositivo, consideram que essa redação não exclui de sua incidência as ações coletivas de defesa dos interesses individuais homogêneos. Recurso de revista conhecido e

provido". (RR - 1903-55.2013.5.09.0029 , Relator Ministro: José Roberto Freire Pimenta, Data de Julgamento: 02/03/2016, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 11/3/2016)

"RECURSO DE REVISTA - LITISPENDÊNCIA E COISA JULGADA - AÇÃO COLETIVA AJUIZADA POR SINDICATO COMO SUBSTITUTO PROCESSUAL E AÇÃO INDIVIDUAL PROPOSTA POR EMPREGADO - LITISPENDÊNCIA. INEXISTÊNCIA. A jurisprudência



PROCESSO N° TST-ARR-48400-11.2007.5.04.0019

recente desta Corte é de que na ação coletiva, o sindicato exerce a legitimidade extraordinária para atuar como substituto processual na defesa em juízo dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria que representa, defendendo direito de outrem, em nome próprio, enquanto na ação individual a parte busca o seu próprio direito, individualmente. Por conseguinte, não configura a litispendência entre a ação individual e a ação coletiva ajuizada por sindicato como substituto processual. Precedentes do TST. Recurso de revista conhecido e provido." (Processo: RR - 17-33.2011.5.12.0053, data de julgamento: 23/10/2013, Relator Desembargador Convocado: Valdir Florindo, 2ª Turma, data de publicação: DEJT 30/10/2013)

"RECURSO DE REVISTA - LITISPENDÊNCIA - SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL PELO SINDICATO - AÇÃO INDIVIDUAL - INEXISTÊNCIA. O entendimento da SBDI-1, quanto à matéria, é no sentido de que a existência de ação ajuizada pelo Sindicato profissional, na condição de substituto processual, não enseja a litispendência, se outra ação individual foi proposta pelo empregado. Esta é a interpretação que condiz com o art. 104 do Código de Defesa do Consumidor. Precedentes. Recurso de revista conhecido e provido." (RR-63100-71.2007.5.04.0025, Relator Desembargador Convocado: José Pedro de Camargo Rodrigues de Souza, data de julgamento: 30/5/2012, 1ª Turma, data de publicação: 8/6/2012)

"LITISPENDÊNCIA. SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL E AÇÃO INDIVIDUAL. INEXISTÊNCIA. ARTIGO 104 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. a existência de ação ajuizada pelo Sindicato, na condição de substituto processual, não dá ensejo ao reconhecimento de litispendência, na hipótese de ajuizamento de ação por empregado integrante da categoria profissional objetivando o reconhecimento dos mesmos direitos, ainda que coincidentes os pedidos e as causas de pedir. A nova sistemática processual, caracterizada pela coletivização das demandas, visando a racionalizar a atividade judicante- além de emprestar maior efetividade e coerência à prestação jurisdicional-, não se compadece com certos conceitos tradicionais, típicos do processo individual. Nesse sentido, o artigo 104 do Código de Defesa do Consumidor exclui, expressamente, a possibilidade de se configurar litispendência entre a ação individual e a ação coletiva. Recurso de revista não conhecido. **GRATIFICAÇÃO DE INCENTIVO À PRODUÇÃO. VÍCIO DE INICIATIVA. COMPETÊNCIA PRIVATIVA DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO. PRINCÍPIO DA SIMETRIA. 1.** A majoração da remuneração dos servidores públicos somente é cabível por meio de regular processo legislativo, mediante lei específica de iniciativa



PROCESSO Nº TST-ARR-48400-11.2007.5.04.0019

privativa do chefe do Poder Executivo, nos termos do artigo 61, § 1º, II, a, da Constituição da República. 2. Dessa forma, mostra-se inviável a criação de vantagem aos servidores mediante resolução do Conselho de Saúde Municipal de Teresina, porquanto latente o vício quanto à iniciativa da medida. Precedentes da SBDI-I. 3. Recurso de revista conhecido e provido." (RR-8500-31.2008.5.22.0004, Relator Ministro: Lelio Bentes Corrêa, data de julgamento: 20/6/2012, 1ª Turma, data de publicação: 29/6/2012)

"RECURSO DE REVISTA ADESIVO DA RECLAMADA. PRELIMINAR EM FACE DE MATÉRIA PREJUDICIAL. COISA JULGADA. SINDICATO COMO SUBSTITUTO PROCESSUAL. AÇÃO COLETIVA. As ações coletivas têm a mesma natureza jurídica, quer elas tenham origem em relações trabalhistas ou em relações de consumo. Desse modo, não há de se falar em litispendência ou em coisa julgada, uma vez que o art. 104 do CDC garante a propositura de ações individuais e coletivas sem a configuração de litispendência e sem que se estenda a coisa julgada ao interessado individual quando julgada improcedente a demanda coletiva, pois a ação coletiva não aproveita ao demandante individual se não promovida a suspensão do processo individual no trintídio seguinte à ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva. Recurso de revista não conhecido. (...)" (RR-61-15.2011.5.24.0022, Relator Ministro: Augusto César Leite de Carvalho, 6ª Turma, data de publicação: 16/3/2012)

Ressalta-se que, embora a primeira parte do artigo 104

do CDC literalmente afaste a litispendência somente entre as ações coletivas que visam à tutela dos interesses ou direitos difusos e coletivos e as ações individuais, a doutrina e a jurisprudência mais atualizadas e igualmente já pacificadas, diante da teleologia desse dispositivo, consideram que essa redação não exclui de sua incidência as ações coletivas de defesa dos interesses individuais homogêneos.

Nesse sentido, a jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça:

"PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO AJUIZADA POR ÓRGÃO DE CLASSE. AÇÃO INDIVIDUAL. LITISPENDÊNCIA. NÃO OCORRÊNCIA. PRECEDENTES DO STJ. 1. Há entendimento perfilhado por esta Corte afastando a litispendência caso haja ação proposta individualmente por um servidor e outra proposta pelo Sindicato de classe,



PROCESSO Nº TST-ARR-48400-11.2007.5.04.0019

em que aquele figure como substituído, defendendo direitos individuais homogêneos. 2. Precedentes: AgRg no REsp 976325 / DF, DJe 26/08/2010; AgRg no REsp 1089917 / DF, DJe 19/10/2009; AgRg no REsp 813282 / RS, DJe 10/08/2009; REsp 640071 / PE, DJ 28/02/2005 p. 298; REsp 327184 / DF, DJ 02/08/2004 p. 474. 3. Recurso especial provido." (REsp 1253681/MG, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 7/2/2012, DJe 14/2/2012)

"RECURSO ESPECIAL - NÃO-OCORRÊNCIA DE LITISPENDÊNCIA NA ESPÉCIE - CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA - SERVIDOR PÚBLICO - FUNÇÃO COMISSIONADA - NÃO-INCIDÊNCIA - PRECEDENTES. Deve ser afastada a alegada ocorrência de litispendência da ação individual com ação coletiva que visa ao reconhecimento de direitos individuais homogêneos. Com efeito, é pacífico o entendimento nesta Corte segundo o qual "a circunstância de existir ação coletiva em que se objetiva a tutela de direitos individuais homogêneos não obsta a propositura da ação individual" (AGREsp 240.128/PE, Rel. Min. Felix Fischer, DJ de 02.05.2000). É firme a orientação desta colenda Turma no sentido da inexigibilidade da contribuição previdenciária sobre os valores percebidos pelos servidores públicos a título de função comissionada. Se ao servidor inativo não assiste o direito à percepção dos valores auferidos a título de função comissionada durante o período laboral, não faz qualquer sentido o desconto da contribuição sobre tais verbas. Precedentes. Recurso especial improvido." (REsp 640.071/PE, Rel. Ministro Franciulli Netto, Segunda Turma, julgado em 19/8/2004, DJ 28/2/2005, p. 298)

"Litispendência. Ação coletiva ajuizada por sindicato e ação individual ajuizada pelos trabalhadores. 1. Já decidiu esta Turma que a 'circunstância de existir, em curso, ação coletiva, em que se objetiva a tutela de direitos individuais homogêneos, não obsta o ajuizamento da ação individual'. 2. Recurso especial não conhecido." (REsp 153.750/PE, Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, julgado em 3/2/2000, DJ 27/3/2000, p. 93)

Assim também já decidiu esta Corte, conforme se observa nas seguintes decisões:

"LITISPENDÊNCIA. SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL E AÇÃO INDIVIDUAL. INEXISTÊNCIA. ARTIGO 104 DO CÓDIGO DE



PROCESSO Nº TST-ARR-48400-11.2007.5.04.0019

DEFESA DO CONSUMIDOR. a existência de ação ajuizada pelo Sindicato, na condição de substituto processual, não dá ensejo ao reconhecimento de litispendência, na hipótese de ajuizamento de ação por empregado integrante da categoria profissional objetivando o reconhecimento dos mesmos direitos, ainda que coincidentes os pedidos e as causas de pedir. A nova sistemática processual, caracterizada pela coletivização das demandas, visando a racionalizar a atividade judicante - além de emprestar maior efetividade e coerência à prestação jurisdicional -, não se compadece com certos conceitos tradicionais, típicos do processo individual. Nesse sentido, o artigo 104 do Código de Defesa do Consumidor exclui, expressamente, a possibilidade de se configurar litispendência entre a ação individual e a ação coletiva.

Precedentes da SBDI-I. Recurso de embargos conhecido e provido."

(Processo: E-RR - 71500-14.2008.5.22.0001, data de julgamento: 15/8/2013, Relator Ministro: Lelio Bentes Corrêa, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, data de publicação: DEJT 30/8/2013)

"(...) PRELIMINAR DE LITISPENDÊNCIA. AÇÃO COLETIVA. SINDICATO. SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. AÇÃO INDIVIDUAL. ARTIGO 103, INCISO III, DA LEI Nº 8.078/90. APLICABILIDADE AO PROCESSO DO TRABALHO. A coletivização das ações tem como resultado pronunciamento judicial com autoridade para solucionar lesões de direto que se repetem, de modo que tenha ele força suficiente para se estender aos direitos individuais homogêneos e coletivos, evitando, com isso, o entulhamento de processos que asoberbam os órgãos jurisdicionais. As ações coletivas têm a mesma natureza jurídica, quer sejam elas de origem trabalhista, quer sejam consumeristas, de modo que inexistente razão para não estender esse efeito ao Processo do Trabalho e nele tolher a aplicação do comando contido no artigo 104 do Código de Defesa do Consumidor que garante a propositura de ações individuais e coletivas sem a configuração de litispendência. Precedentes. Recurso de revista não conhecido. (...)"

(ARR-220100-84.2005.5.02.0050, Relator Ministro: Aloysio Corrêa da Veiga, data de julgamento: 27/6/2012, 6ª Turma, data de publicação: 6/7/2012)

"RECURSO DE REVISTA - AÇÃO INDIVIDUAL - AÇÃO AJUIZADA POR SINDICATO COMO SUBSTITUTO PROCESSUAL - LITISPENDÊNCIA - NÃO CONFIGURAÇÃO NA HIPÓTESE. Nas ações coletivas para a defesa dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, segundo nosso ordenamento, há uma nítida mitigação do conceito tradicional de parte, qual seja, o de titular do direito cuja satisfação ou defesa se postula perante o Poder Judiciário. Na órbita doutrinária, essa mitigação se dá em face da impossibilidade ou da ausência de conveniência de que tais direitos sejam defendidos individualmente em juízo.



PROCESSO N° TST-ARR-48400-11.2007.5.04.0019

Impossibilidade naquelas hipóteses em que o direito não pertence a determinados indivíduos, como se dá nos casos dos interesses difusos e coletivos. A ausência de conveniência, por sua vez, ocorre naquelas situações em que, apesar da existência de titularidade individual do direito, se a sua defesa restasse possibilitada apenas pelos meios tradicionalmente disponibilizados pelo processo civil clássico, ela não ocorreria, dada a disparidade econômica entre as partes envolvidas em litígio, situação em que a prevalência do poder econômico da parte mais forte (na esfera trabalhista, esse papel cabe ao empregador) se imporia à parte mais fraca (o empregado) envolvida na relação jurídica. Ultrapassado esse ponto, o cerne da questão, segundo nosso ordenamento jurídico, reside na existência, ou não, da identidade de partes, da identidade de pedidos e causa de pedir entre as ações que se pretende comparar. O art. 81, III, do Código de Defesa do Consumidor (CDC) refere-se a direitos individuais homogêneos, assim entendidos aqueles que, apesar de suas titularidades individuais, ostentam origem comum, motivo pelo qual o CDC possibilitou sua defesa (art. 82, IV) às associações cujas finalidades institucionais incluam a proteção desses direitos. Com base no mencionado conceito, verifica-se que o sindicato da categoria profissional, nos termos do art. 8º, inciso III, da Constituição da República, ostenta legitimidade para buscar a tutela dos mencionados direitos, por ser ele o legítimo defensor dos direitos dos trabalhadores pertencentes à categoria profissional que representa. Independentemente da existência, ou não, de identidade de causas de pedir e pedidos nas ações em cotejo, não se há de cogitar a existência do óbice indicado pela reclamada, porquanto o CDC, em seu art. 104, expressamente afasta a eficácia *erga omnes* dessa decisão nos casos em que não for requerida a suspensão do dissídio individual. Entendimento diverso levaria à conclusão de que o consumidor encontra-se mais protegido pelo ordenamento jurídico do que o trabalhador, já que o primeiro disporia de duas vias (uma sem prejuízo da outra) para a defesa de seus interesses, enquanto o segundo, de apenas uma (individual ou coletiva), sendo que a escolhida (pelo sindicato da categoria profissional ou pelo Ministério Público do Trabalho, sem, ressalte-se, a participação do obreiro) prejudicaria a utilização da outra. A controvérsia foi resolvida pelo Código de Defesa do Consumidor, como já explicitado, pelo que se contém no seu art. 104, em face da adoção, pelo sistema das ações coletivas, da teoria da coisa julgada *secundum eventum litis*. No caso em análise, há que se ressaltar que, como consigna o acórdão recorrido, o autor optou por propor ação individualmente, tendo, inclusive, desistido da ação ajuizada pelo sindicato. Tal fato demonstra a intenção do autor de que os efeitos da ação coletiva não o atinjam, razão pela qual, efetivamente, não se há de falar em litispendência. Recurso de revista conhecido e desprovido"

(RR-9400-67.2006.5.01.0004, Relator Ministro: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, data de julgamento:



PROCESSO Nº TST-ARR-48400-11.2007.5.04.0019

30/11/2011, 1ª Turma, data de publicação: 9/12/2011)
Portanto, a ação ajuizada pelo sindicato da categoria

profissional, na qualidade de substituto processual, não acarreta litispendência nem faz coisa julgada em relação à reclamação trabalhista idêntica proposta pelo empregado individualmente.

Incólumes os artigos 831, parágrafo único, da CLT, 472

do CPC/1973, 103, inciso III, do CDC, bem como ausente o conflito com a Súmula nº 259 do TST.

Por estar a decisão do Regional em consonância com a

jurisprudência pacificada do Tribunal Superior do Trabalho, esgotada se encontra a função uniformizadora desta Corte, o que afasta a possibilidade de eventual configuração de conflito pretoriano, por inteligência do artigo 896, § 7º, da CLT, com a redação dada pela Lei nº 13.015/14 e Súmula nº 333 do TST.

Não conheço.

2. HORAS EXTRAS. PERÍODO CONTRATUAL ANTERIOR A SETEMBRO DE 2005. JORNADA EXTERNA

Quanto ao tema, assim se posicionou o Regional:

“HORAS EXTRAS. JORNADA DE TRABALHO. ATIVIDADE EXTERNA.

Ambas as partes insurgem-se contra a sentença no que diz respeito às horas extras.

A reclamada, às fls. 1204-15, renova a tese de que, no período compreendido entre a admissão e setembro de 2005, o reclamante executava atividade eminentemente externa, incompatível com o controle de jornada, atraindo a incidência do disposto no art. 62, I, da CLT. Entende não comprovada pela parte autora a existência de efetivo e contundente controle de jornada, na esteira do art. 818 da CLT. Requer seja considerada válida a disposição coletiva no sentido de que o comparecimento dos profissionais da área externa de vendas na empresa, inclusive para participarem de reuniões, não descaracterizaria a atividade como externa e incompatível com a fiscalização dos horários de trabalho, sob pena de ofensa ao inciso XXVI do art. 7º da CF e art. 611, §1º, da CLT. Ressalta que as horas normais de



PROCESSO Nº TST-ARR-48400-11.2007.5.04.0019

trabalho (8 horas) eram suficientes para a realização de todas as tarefas atribuídas ao reclamante, inexistindo motivo a justificar sua permanência habitual na empresa. Pede a reforma da decisão originária, no tópico, ou, por cautela, a fixação de jornada com base na média constante nos cartões-ponto colacionados aos autos. Em relação ao período posterior a setembro de 2005, pugna pela observância dos registros de horário, os quais espelhariam a efetiva jornada de trabalho desempenhada pelo obreiro e não teriam sido desconstituídos pela prova dos autos, ônus atribuído ao demandante. Alude ao depoimento pessoal do autor, afirmando que o único problema referido em relação aos cartões-ponto seria referente ao saldo do banco de horas, nada aduzindo sobre a manipulação dos documentos ou trabalho sem registro. Assevera que a prova testemunhal também corroboraria a tese da defesa, no particular. Acentua sobre a existência de horários variáveis nos espelhos de ponto. Adverte que, em caso de prova dividida, deve-se decidir contra quem tem o encargo probatório, no caso, o reclamante. Pede a observância do regime compensatório – banco de horas – previsto em norma coletiva, sob pena de afronta ao art. 7º, incisos XIII e XXVI, da CF, e art. 59, §2º, da CF. Por cautela, requer a aplicação do entendimento consolidado na Súmula 85 do TST, limitando-se a condenação ao pagamento apenas do adicional por trabalho extraordinário. Ainda, requer a observância da regra insculpada no art. 58, §1º, da CLT.

Caso a Turma julgadora não se coadune com os argumentos antes expostos, a reclamada pretende seja reduzida a jornada arbitrada na decisão hostilizada, ao argumento de que não observa os limites impostos pela prova colhida nos autos. Diz que os depoimentos de Mateus, Cláudio e José Vinicius não podem ser considerados meio de prova hábil da jornada praticada pelo autor, porquanto desprovidos de coerência, resultando, se estritamente observados, no cumprimento de uma jornada superior a 24 horas. Pugna pela consideração das informações prestadas pelas testemunhas Vinícius da Silva Gelak e Luciano da Rosa Monteiro, aduzindo estar comprovado que a jornada do reclamante ia das 7h20min às 17h30min, de segunda a sexta-feira, e das 07h45min/07h50min às 13h30min aos sábados. Ainda segundo tais depoimentos, o trabalho aos domingos teria sido devidamente compensado com folgas. Invoca os depoimentos prestados pelo autor como testemunha em outros processos, os quais anexa com o apelo (fls. 1234-58), onde seriam referidas jornadas inferiores àquela fixada na sentença, inclusive em relação aos intervalos, sábados, domingos e feriados.

O reclamante também se insurge contra a sentença, no particular, conforme razões recursais de fls. 1269 e 1270 e verso. Em relação à jornada arbitrada, requer seja fixado o seu termo inicial às 7h, no período anterior a setembro de 2005, quando foi implantado o registro de horário eletrônico, e seu termo final às 21h, durante toda a contratualidade, mantendo-se o horário fixado em relação aos últimos cinco dias de cada mês, com base na prova oral, inclusive o depoimento da preposta da empresa. Noutro vértice,



PROCESSO N° TST-ARR-48400-11.2007.5.04.0019

repisando que o valor fixo alcançado pela reclamada a título de “horas extras” não tinha por finalidade contraprestar a jornada suplementar, pretende a reforma da decisão *a quo* a fim de que seja reconhecida a sua natureza de salário em sentido estrito, nos termos do art. 457 da CLT, e reformada a sentença nos termos propostos na inicial. Traz jurisprudência.

Examina-se, por partes.

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

Na sentença, o Juiz *a quo* afastou a tese de atividade externa incompatível com a fiscalização de jornada, *in verbis*:

“Os depoimentos apresentados como prova emprestada pelo autor (fls. 1.099/1.101, 1.107/1.110 e 1.118/1.120) evidenciam a existência de relatórios de vendas, a necessidade de comparecimento na empresa no início e final da jornada e o monitoramento da rota pela reclamada, o que revela o controle indireto da jornada, apesar de ser realizada em regime externo. Inclusive há referência ao sistema MVR, que permitia ao supervisor controlar a localização do vendedor em determinado horário. Acresço que também o depoimento da prova emprestada apresentada pela reclamada às fls. 1.129/1.131 confirma a existência do sistema MVR. Portanto, não aplico ao caso o disposto no inciso I do artigo 62 da Consolidação das Leis Trabalhistas, de modo que admito a possibilidade de prestação de horas extras.” (fls. 1150v-1).

Nada a reparar na decisão, no aspecto.

O fato de o empregado exercer atividade externa não significa a ausência do direito a horas extras. A parcela não será devida apenas quando a atividade externa exercida pelo empregado for incompatível com a fixação do horário de trabalho (nesse sentido o artigo 62 da CLT) ou quando restar comprovado o fato de que o empregado, exercendo atividades externas às dependências da empresa, não praticou horas de trabalho superiores aos limites legais.

Nesse sentido é a lição de Valentin Carrion (*in* Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho, 24ª edição, Ed. Saraiva, pág. 115):

“2. Serviços externos: o que caracteriza este grupo de atividades é a circunstância de estarem todos fora da permanente fiscalização e controle do empregador; há impossibilidade de conhecer-se o tempo realmente dedicado com exclusividade à empresa. É o caso do cobrador em domicílio, propagandista, etc. Mesmo externo, se estiver subordinado a horário, deve receber horas extraordinárias (Maranhão, Direito do Trabalho, p. 77). Também serão devidas se a produção, sendo mensurável, não puder ser realizada senão ultrapassando a jornada normal. É o caso do motorista de caminhão, perfazendo percurso determinado entre certas cidades, cuja quilometragem exige fatalmente tempo superior ao de oito horas. (...).”



PROCESSO N° TST-ARR-48400-11.2007.5.04.0019
(grifou-se)

Dispõe o artigo 62, inciso I, da CLT:

Não são abrangidos pelo regime previsto neste capítulo:

I - os empregados que exercem atividade externa incompatível com a fixação de horário de trabalho, devendo tal condição ser anotada na Carteira de Trabalho e Previdência Social e no registro de empregados; (...). – grifou-se.

No caso concreto, está apenas parcialmente atendido o requisito objetivo inserto no artigo 62 da CLT, pois a Ficha de Registro de Empregado, à fl. 279, contém observação nesse sentido. Entretanto, não há provas de que essa condição tenha sido anotada também na CTPS do empregado, conforme determina o referido dispositivo legal. As cópias da CTPS trazidas pelo demandante (fls. 20-2) não contemplam registro de realização de atividade externa. Em razão disso, a presunção de veracidade milita em desfavor da tese sustentada na defesa.

Ademais, a relação de emprego em exame perdurou de 12.05.2003 a 24.09.2007 (fl. 1124), sendo que a demandada afirmou em defesa que o contrato de trabalho é marcado por dois períodos distintos; o primeiro, até setembro de 2005, em que o autor não anotava os horários praticados, pois a demandada considerava o exercício de atividade externa. A partir de então, o obreiro passou a ter controle de horário, mas ainda assim, segundo a ré, exercia atividade externa não condizente com a fiscalização de jornada (fl. 221).

Ora, conforme os fundamentos acima expendidos, e considerando que a anotação das jornadas não se coaduna com a prestação laboral externa incompatível com o controle de horários, é possível concluir que o demandante, a partir de setembro de 2005, não esteve inserido nas disposições do inciso I do artigo 62 da CLT.

Em relação ao período anterior, mesmo não havendo a formal consignação dos horários de labor, não há falar na inserção do obreiro nos ditames do inciso I do artigo 62 da CLT. Além de sequer estar preenchido o requisito legal objetivo para o enquadramento do empregado no dispositivo legal invocado pela ré, qual seja, a anotação do trabalho externo na CTPS do empregado, o conjunto da prova produzida nos autos, analisado sob a ótica do princípio da Primazia da Realidade, também não corrobora a tese da defesa.

Nesse sentido, e na esteira do que já restou salientado na decisão originária, a prova emprestada, tanto a trazida pelo reclamante (fls. 1098-122) quanto pela reclamada (fls. 1127-37), dá conta de que os vendedores compareciam diariamente à sede da empresa, no início e no final da jornada de trabalho, para participar de reuniões e apresentar seus relatórios de vendas.



PROCESSO Nº TST-ARR-48400-11.2007.5.04.0019

A própria representante da reclamada confirma, em depoimento, que *“era necessário o reclamante comparecer pela manhã na ré e retornar ao final da jornada”* (fl. 1094-verso).

Além disso, a prova testemunhal dá conta da existência do sistema “MVR” (monitoramento do vendedor em rota), mediante o qual era possível fiscalizar o cumprimento da rota pelo vendedor. A testemunha Vinícius da Silva Gelak, da reclamada, explica que *“o sistema consiste num extrato da rota do dia do vendedor, incluindo horários de atendimento, intervalos, início e final da rota;”* (fl. 1130).

Frente a esse contexto, inarredável reconhecer a existência de controle da jornada do reclamante, ainda que de forma indireta - como enfatizado na sentença - inclusive no período anterior a setembro de 2005, inviabilizando a aplicação do art. 62, I, da CLT, pretendida pela recorrente.

Giza-se não serem aceitáveis as disposições normativas que determinam a impossibilidade de controle de horário em relação aos empregados que trabalham com vendas. Isto porque a matéria tem regramento legal próprio, e deve, assim, ser examinada à luz da legislação pertinente. Não há, pois, como referendar a norma coletiva tendente a suprimir direito trabalhista legalmente assegurado. Por conseguinte, não se trata de violação a dispositivo constitucional referente à validade dos acordos e convenções coletivos de trabalho, sendo meramente a hipótese de preservar direitos dispostos por lei, bem como obedecer a hierarquia das fontes formais do Direito.

Consideram-se prequestionados todos os dispositivos legais invocados no apelo, nos termos da Súmula nº 297 do E. TST.

Nega-se provimento ao recurso da reclamada, no tópico” (págs. 1.079-1.085) .

Nas razões de recurso de revista, a reclamada alega que o deferimento de horas extras até setembro de 2005 é indevido, visto que o autor ativava-se em jornada externa, incompatível com o controle de horário.

Acrescenta que há acordos coletivos que preveem a impossibilidade do controle da jornada externa.

Fundamenta seu inconformismo em violação dos artigos 7º, inciso XXVI, da Constituição Federal, 62, inciso I, e 818 da CLT e 333, inciso I, do CPC/1973, bem como colaciona arestos em apoio à sua tese.

Sem razão.

Nos termos do artigo 62, inciso I, da CLT, os



PROCESSO Nº TST-ARR-48400-11.2007.5.04.0019

empregados que desenvolvem atividade externa incompatível com a fixação de horário de trabalho não faz jus às horas extras.

No caso concreto, constou da decisão recorrida que é

"inarredável reconhecer a existência de controle da jornada do reclamante, ainda que de forma indireta - como enfatizado na sentença - inclusive no período anterior a setembro de 2005, inviabilizando a aplicação do art. 62, I, da CLT, pretendida pela recorrente" (pág. 1.085).

Dessa forma, o fato de o trabalhador prestar serviços

de forma externa, por si só, não enseja o seu enquadramento na exceção contida no mencionado dispositivo, visto que é relevante a comprovação de que exista incompatibilidade entre a natureza da atividade exercida e a fixação do seu horário de trabalho.

Portanto, não houve demonstração de que o labor era incompatível com a fixação de horário de trabalho, na forma prevista no inciso I do artigo 62 da CLT, ônus probatório da reclamada, por tratar-se de fato impeditivo de direito (Artigo 333, II, do CPC/1973).

Em sentido semelhante, as seguintes decisões desta Corte superior:

" TRABALHO EXTERNO. POSSIBILIDADE DE CONTROLE DE JORNADA. HORAS EXTRAS. DEVIDAS. ART. 62, INCISO I, DA CLT. No caso, o Tribunal Regional, instância exauriente para análise de fatos e provas, expressamente consignou, no acórdão recorrido, que -havia a possibilidade de a ré fiscalizar os horários praticados pelo autor, enquanto motorista-. Em razão disso, concluiu que -não há como se enquadrar a situação ora em exame no artigo 62, I, da CLT-. Assentou-se, ainda, que, por meio da própria norma coletiva invocada pela reclamada, esta se comprometeu ao pagamento de horas extras ao reclamante. Com efeito, considerando o contexto fático delineado no acórdão regional, verifica-se que o reclamante, embora exercesse atividade externa, estava sujeito a controle de jornada e trabalhava em labor extraordinário. Desse modo, evidente o direito do reclamante ao pagamento de horas extras. Desse modo, tendo sido comprovada a prestação de labor extraordinário, assim como a efetiva possibilidade do controle de jornada do reclamante, não subsiste norma coletiva que, aprioristicamente enquadra o trabalhador na exceção prevista no art. 62, inciso I, do TST. Recurso de revista não conhecido". (RR - 66000-92.2008.5.15.0087 , Relator Ministro: José Roberto Freire Pimenta, Data de Julgamento: 19/02/2014, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT



PROCESSO N° TST-ARR-48400-11.2007.5.04.0019

7/3/2014)

"(...) TRABALHO EM ATIVIDADE EXTERNA. CONTROLE DE JORNADA. HORAS EXTRAS E INTERVALO INTRAJORNADA. O fato de o empregado exercer suas atividades fora da empresa, por si só, não é suficiente para enquadrá-lo na hipótese do art. 62, I, da CLT. O trabalho externo que afasta o pagamento de horas extras é aquele insuscetível de controle de jornada, o que não é o caso dos autos. As premissas fáticas registradas no acórdão recorrido demonstram que a reclamada podia controlar a jornada de trabalho do reclamante por meio de ligações em telefone celular, troca de informações por meio de palm top e relatórios de visitas a clientes. A empresa, ao colocar o empregado numa situação na qual tinha de se reportar a ela durante toda sua jornada, inclusive on line por meio de aparelhos eletrônicos, podia fiscalizar sua atividade externa. Veja-se que o caso dos autos não é de empregado que estivesse simplesmente à disposição da empresa por meio de aparelhos eletrônicos, mas de empregado que estava efetivamente trabalhando e se sujeitava ao monitoramento da empresa durante sua jornada. A realidade indica que, na tentativa de evitar o pagamento das horas extras, tem sido comum esse modo de controle da jornada sutil e indireto, mas bastante eficaz: a empresa monitora o reclamante por meio de ligações em telefone celular, mas diz que seriam simples contatos; monitora o reclamante por meio de palm top, mas diz que seria para simples envio de pedidos; monitora o reclamante por meio da exigência de elaboração de relatório, mas diz que seria simples resumo de atividades; monitora o reclamante por meio de aparelhos eletrônicos, mas diz que o foco principal seria apenas a sua utilização como instrumento de trabalho. Isso deve ser coibido pela Justiça do Trabalho pela aplicação do princípio da primazia da realidade, segundo o qual vale aquilo que efetivamente acontece (no caso, o controle de jornada), e não o mero revestimento formal que as partes hajam dado à relação jurídica (suposta atividade externa sem controle). Recurso de revista a que se dá provimento.

(RR - 39-76.2011.5.05.0024, Relatora Ministra Kátia Magalhães Arruda, 6ª Turma, DEJT 26/9/2014)

"HORAS EXTRAS. EXERCÍCIO DE ATIVIDADE EXTERNA COMPATÍVEL COM O CONTROLE DE JORNADA. No caso, o Regional expressamente consignou no acórdão recorrido que o reclamante, embora exercesse atividade externa, a empresa tinha possibilidade de fiscalizar e controlar a jornada de trabalho, por meio de aparelhos eletrônicos, como palmtops e telefone celular. Com efeito, para se chegar à conclusão diversa da do Regional, seria necessário o revolvimento de fatos e provas, não permitido nesta instância recursal extraordinária, ante o óbice previsto na Súmula nº 126 do TST. Considerando, portanto, a efetiva fiscalização pela reclamada do itinerário traçado pelo reclamante e dos clientes efetivamente



PROCESSO Nº TST-ARR-48400-11.2007.5.04.0019

visitados, não há como enquadrá-lo na exceção prevista no art. 62, inciso I, da CLT. Divergência jurisprudencial não caracterizada, pois não atendidos os pressupostos de admissibilidade exigidos na Súmula nº 337, item IV, alínea -b-, do TST. Recurso de revista não conhecido. (...)" (RR - 524-10.2013.5.03.0106, Relator Ministro José Roberto Freire Pimenta, 2ª Turma, DEJT 5/9/2014)

"RECURSO DE REVISTA. TRABALHO EXTERNO. CONTROLE DE JORNADA. HORAS EXTRAS. 1. Nos termos do art. 62, I, da CLT, os empregados que desenvolvem atividade externa incompatível com a fixação de horário de trabalho não fazem jus às horas extras. Cumpre referir que o fato de o empregado prestar serviços de forma externa, por si só, não enseja o seu enquadramento na exceção contida no referido dispositivo consolidado. Relevante para o deslinde da controvérsia, neste caso, é que exista incompatibilidade entre a natureza da atividade exercida pelo empregado e a fixação do seu horário de trabalho, não sendo esta a hipótese dos autos, em que restou delimitado no acórdão regional, a partir do depoimento do preposto, que -o trabalho da autora era em parte interno e em parte externo, conforme a necessidade do dia a dia- e que -a autora utilizava telefone celular e computador com acesso remoto, fornecidos para serem usados para o trabalho, e que a autora mantinha contato de uma a dez vezes por dia-. Registrou, ainda, que -não foram produzidas quaisquer outras provas, pelas rés, no sentido de demonstrar o enquadramento da autora na exceção do art. 62, I, da CLT- e que -as viagens ocorriam de forma periódica e habitual, durante o contrato de trabalho, que durou mais de um ano-. 2. Inviolado o art. 62, II, da CLT. Contrariedade à Súmula 347 do TST não configurada. (...)

Recurso de revista integralmente não conhecido." (RR - 810-34.2013.5.09.0651, Relator Ministro Hugo Carlos Scheuermann, 1ª Turma, DEJT 5/9/2014)

Importante observar, ainda, que ficou consignado, na

decisão recorrida, que a reclamada não observou o requisito formal previsto no art. 62, I, da CLT, segundo o qual, o labor em atividade externa deve ser anotada na Carteira de Trabalho e Previdência Social e no registro de empregados.

Ressalta-se que, ao contrário do que sustenta a recorrente, o acordo coletivo que estabelece a forma de cálculo do pagamento de horas extras não afasta a condenação ao pagamento das demais horas extras devidas em razão de labor extraordinário.



PROCESSO Nº TST-ARR-48400-11.2007.5.04.0019

Na verdade, conforme consignado nos autos, a norma coletiva invocada pela reclamada tão somente dispõe sobre a forma de cálculo e pagamento, não havendo informação acerca das hipóteses de incidência.

Desse modo, tendo sido comprovada a prestação de labor extraordinário, assim como a efetiva possibilidade do controle de jornada do reclamante, não subsiste norma coletiva que, aprioristicamente, enquadra o trabalhador na exceção prevista no art. 62, inciso I, do TST.

Incólume, portanto, os artigos 62, inciso I, da CLT e 7º, inciso XXVI, da Constituição da República.

Destaca-se, por fim, que somente é importante perquirir a quem cabe o ônus da prova quando não há prova de fato arguido por qualquer das partes. Assim, uma vez comprovado que havia o controle de jornada, conforme asseverou o Tribunal Regional, é irrelevante o questionamento sobre a quem caberia fazer a prova, pelo que não se verifica a violação dos artigos 818 da CLT e 333, inciso I, do CPC.

Por estar a decisão do Regional em consonância com a jurisprudência pacificada do Tribunal Superior do Trabalho, esgotada se encontra a função uniformizadora desta Corte, o que afasta a possibilidade de eventual configuração de conflito pretoriano, por inteligência do artigo 896, § 7º, da CLT, com a redação dada pela Lei nº 13.015/14 e Súmula nº 333 do TST.

Não conheço.

3. HORAS EXTRAS. PERÍODO CONTRATUAL POSTERIOR A SETEMBRO DE 2005. CONTROLES DE JORNADA. ÔNUS DA PROVA

Quanto ao tema, assim se posicionou o Regional:

“Validade dos registros de jornada. Jornada de trabalho arbitrada.

Em relação aos registros de horário, introduzidos pela reclamada a partir de 14.09.2005 – fato incontroverso –, concluiu a Julgadora originária que tais documentos não espelham a efetiva jornada de trabalho



PROCESSO N° TST-ARR-48400-11.2007.5.04.0019

desempenhada pelo reclamante, notadamente em face do conteúdo da prova testemunhal. Arbitrou a jornada de trabalho do autor como sendo:

“de segunda a sexta-feira, das 7h20min às 19 horas, salvo nos últimos 5 dias trabalhados de cada mês, quando a jornada terminava às 23h30min, e aos sábados das 7h30min horas às 17h30min, sempre com intervalo de quinze minutos, bem como em dois domingos das 8 às 12 horas até 14.09.2005 e em feriados das 8 às 12 horas, salvo anotação mais benéfica nos cartões-ponto. Fixo, ainda, ter havido trabalho em feriados, conforme anotações nos cartões-ponto, tendo em vista que o reclamante admite em seu depoimento pessoal que o trabalho em domingos e feriados era registrado no cartão-ponto. Portanto, acolho os registros de horário como prova da frequência ao trabalho. A jornada realizada em feriados é arbitrada como sendo a mesma do sábado, salvo anotação mais benéfica ao autor nos cartões-ponto, porquanto a jornada é fixada pela média.” (fl. 1152 e verso; grifos originais).

Analizando o conteúdo da prova oral, nesta compreendidos os depoimentos pessoais das partes, das testemunhas e as informações prestadas pelo reclamante, na condição de testemunha, nos autos dos processos n° 0058000-42.2009.5.04.0001 e 0092700-39.2008.5.04.0014, conclui-se que a sentença enseja parcial reforma.

Cumpre, inicialmente, afastar o argumento recursal da reclamada no sentido de que as informações prestadas pelo próprio autor atestariam a fidedignidade dos registros de ponto. Diversamente, o trabalhador relata que contestava os registros de jornada e que “sempre trabalhava a mais” (fl. 1094).

De resto, o contexto da prova produzida nos autos ampara a decisão que desconstituiu os espelhos de ponto como prova da efetiva jornada de trabalho desempenhada pelo obreiro. Com efeito, a prova testemunhal emprestada carreada pelo reclamante evidencia, de forma uníssona, o cumprimento de jornada superior àquela registrada nos registros mantidos pela ré, os quais estão retratados, por amostragem, no demonstrativo contábil elaborado pelo contador, à fl. 1044.

Essa conclusão não é afastada pela prova emprestada trazida pela reclamada, valendo ressaltar a afirmação da testemunha Vinícius de que o vendedor “poderia ir embora em torno de 17h30min dependendo da habilidade de cada um” (fl. 1130), o que por certo se devia à necessidade de realizar o fechamento das atividades, com impressão dos relatórios de vendas e posterior conferência com os supervisores, tarefas confirmadas inclusive pela representante da empresa ouvida em juízo (fl. 1094v).

Releva salientar, ainda, a contradição havida entre os depoimentos das testemunhas da reclamada, haja vista que, segundo a primeira, Vinicius, “não havia reunião no final do expediente” (fl. 1129), enquanto afirma a segunda,



PROCESSO Nº TST-ARR-48400-11.2007.5.04.0019

Luciano, que “por volta das 17h/17h30min terminava a reunião vespertina” (fl. 1135).

Também em relação aos intervalos intrajornada, entende-se que a prova oral demonstrou não haver a sua regular fruição, afastando assim a presunção que decorreria da pré-assinalação dos registros, cuja existência é confirmada no laudo contábil, à fl. 1045. Com efeito, as três testemunhas do reclamante prestam depoimentos coesos no sentido de que os vendedores não usufruíam a integralidade do descanso previsto no art. 71 da CLT, cabendo ressaltar que as testemunhas da reclamada não têm o condão de desconstituir essa prova, no particular. A exemplo do afirmado em relação ao encerramento da jornada, no que tange aos períodos de descanso, pondera a testemunha Vinícius que “os vendedores recebem orientação para fazer intervalo para almoço, sendo que este acaba sendo cumprido de acordo com a demora de cada um na rota;” (fl. 1130; grifou-se). Já a testemunha Luciano, também da ré, esclarece que “há intervalo de almoço de uma hora a critério do vendedor” (fl. 1135; grifou-se).

À vista desses elementos de convicção, compartilha-se da decisão originária na parte em que afasta a idoneidade dos registros de ponto como prova dos reais horários de trabalho do reclamante, inclusive em relação aos intervalos intrajornada. Daí emerge, em consequência, presunção de veracidade da jornada alegada pela parte autora, que deve prevalecer se não infirmada por prova em sentido diverso.

Examinando a prova dos autos, entende-se que a jornada arbitrada na sentença requer parcial adequação, notadamente em face dos depoimentos prestados pelo reclamante nos processos nºs 0058000-42.2009.5.04.0001 e 0092700-39.2008.5.04.0014, admitidos como documentos novos.

Vejamos.

Tem razão o reclamante quando pretende a fixação do início da jornada de trabalho às 7h, no período anterior a 14.09.2005, quando implantado o registro eletrônico da jornada, porquanto a prova oral evidencia que era esse o horário de início da reunião matinal, na época, a qual passou a ocorrer a partir das 7h20min, no lapso temporal subsequente. Nesse sentido, inclusive, o depoimento da representante da reclamada, segundo a qual “antes [de 2005] o horário era das 07 às 16h30min” (fl. 1094v).

Em relação ao horário fixado para o término da jornada de trabalho, este deve ser fixado às 21h, como requer o autor, porém, apenas em relação ao período que precede a setembro de 2005. Veja-se que as três testemunhas ouvidas a convite do reclamante, conforme prova emprestada, confirmam o encerramento da jornada entre 21h e 22h, de segundas a sextas-feiras (fls. 1099-101, 1107-10 e 1118-20). Já nos autos da reclamação trabalhista nº 0092700-39.2008.5.04.0014, o autor afirmou que “com o advento do cartão ponto o depoente passou a trabalhar menos, encerrando sua jornada por volta das 18h, 18h30min, inclusive na semana do fechamento do mês”, complementando que essa jornada poderia se estender “até, no máximo,



PROCESSO Nº TST-ARR-48400-11.2007.5.04.0019
19h”. (fls. 1247-8). No período posterior a setembro de 2005, portanto, fixa-se o encerramento da jornada às 18h30min.

Em razão desse mesmo depoimento, cabe limitar, ainda, a extensão da jornada nos últimos cinco dias do mês, definida na sentença, até 14.09.2005.

Em relação aos sábados, impõe-se definir que, antes de 14.09.2005, o trabalho acontecia das 7h45min às 16h (o reclamante afirma no proc. 0092700.39.2008.5.04.0014 que “trabalhavam em todos os sábados das 7h45min às 16h”) e, após, das 7h14min às 14h, pois assim informado pelo autor no proc. 0058000-42.2009.5.04.0001 (“que depois que passou a haver registro de horário no ponto eletrônico, o horário de trabalho nos sábados eram das 7h14 às 14h”).

No que tange aos intervalos intrajornada, cumpre majorar o tempo efetivamente fruído pelo autor, durante toda a contratualidade, para 25 minutos, com base na seguinte afirmação do reclamante: “que o depoente fazia de 20 a 30 min de intervalo” (proc. nº 0092700-39.2008.5.04.0014).

Limita-se também o trabalho prestado em domingos a um por mês, considerando que assim relatado pelo obreiro como testemunha na ação 0092700-39.2008.5.04.0014 (“trabalhavam em todos os sábados das 7h45min às 16h, e em um domingo por mês até as 13h”), mantendo-se o horário já fixado na sentença, das 8h às 12h.

Mantém-se, por fim, com base no conjunto da prova, a decisão originária quanto aos feriados, fixados em 05 (cinco) por ano, com trabalho das 8h às 12h (fls. 1152 e verso), salientando que o pagamento correspondente foi deferido apenas até setembro de 2005 (fl. 1153-verso).

Cabe esclarecer que a informação do reclamante de que poderia trabalhar meio turno ou sair mais cedo em algum dia da semana não representa a compensação do trabalho prestado em domingos e feriados, que exige concessão de folga integral, nos termos da Lei nº 605/49.

Atribuídos esses contornos ao conjunto probatório, tem-se que a jornada de trabalho do reclamante passa a ser fixada da seguinte forma:

até 14.09.2005: das 07h às 21h, de segundas a sextas-feiras, salvo nos últimos cinco dias trabalhados de cada mês, quando o término da jornada ocorria às 23h30min, e das 7h45min às 16h, aos sábados, sempre com 25 minutos de intervalo; a partir de 14.09.2005: das 07h20min às 18h30min, de segundas a sextas-feiras, e das 7h14min às 14h, aos sábados, também sempre com 25 minutos de intervalo; um domingo por mês, das 8h às 12h, até 14.09.2005;

Mantém-se a sentença, como se disse, em relação aos feriados.

Diante do ora decidido, remanesce a condenação da reclamada ao pagamento de horas extras bem como de domingos e feriados trabalhados, em dobro.



PROCESSO Nº TST-ARR-48400-11.2007.5.04.0019

Frente às razões ora adotadas, não há falar em “prova dividida” ou em violação aos dispositivos que regem a distribuição do ônus da prova.

Noutro vértice, nada refere a sentença revisanda em relação a regime compensatório de jornada porventura adotado pela empregadora, descabendo a este Juízo ad quem apreciar a alegação empresária, no aspecto, sob pena de supressão de instância. E, não reconhecida a existência de compensação de jornada, improcede o requerimento de aplicação da Súmula nº 85 do TST, a qual se destina, de toda sorte, à compensação semanal, e não ao banco de horas.

Havendo, de outra parte, fixação expressa pelo Juízo da jornada de trabalho cumprida pelo empregado, não tem lugar a aplicação do critério de contagem estipulado no art. 58, §1º, da CLT, que se refere ao tempo de tolerância na marcação do ponto.

Recursos ordinários parcialmente providos, nesses termos” (págs. 1.085-1.091) .

A reclamada alega que o reclamante não logrou comprovar a existência de diferenças de horas extras devidas a seu favor, bem como não demonstrou, de forma cabal, que os controles de jornada trazidos aos autos não refletem a real jornada por ele cumprida.

Aponta violação dos artigos 818 da CLT e 333, I, do CPC/1973. Transcreve arestos para demonstrar o conflito de teses.

Sem razão.

Conforme se observa na transcrição acima, a Corte regional consignou, no acórdão recorrido, que a prova testemunhal produzida “evidencia, de forma uníssona, o cumprimento de jornada superior àquela registrada nos registros mantidos pela ré, os quais estão retratados, por amostragem, no demonstrativo contábil elaborado pelo contador, à fl. 1044” (pág. 1.087) .

Cumprе salientar que somente é importante perquirir a quem cabe o ônus da prova quando não há prova de fato controvertido nos autos, arguido por qualquer das partes. Assim, uma vez que este ficou efetivamente provado, conforme asseverou o Tribunal Regional, é irrelevante o questionamento sobre a quem caberia fazer a prova. Portanto, nessa hipótese, não há reconhecer ofensa aos artigos 818 da CLT e 333, I, do CPC.

Nesse sentido, a decisão regional foi pautada no livre



PROCESSO Nº TST-ARR-48400-11.2007.5.04.0019

convencimento do magistrado de acordo com a previsão contida no art. 131 do CPC.

Assim, para se chegar à conclusão diversa, seria necessário o revolvimento de matéria fático-probatória, análise impossível em fase recursal de natureza extraordinária, na forma da Súmula nº 126 do TST, razão pela qual se encontra superada a análise dos arestos colacionados no recurso de revista.

Não conheço.

4. INTERVALO INTRAJORNADA. CONCESSÃO PARCIAL

Quanto ao tema, assim se posicionou o Regional:

“INTERVALOS.

A reclamada não se conforma com a condenação ao pagamento de intervalos intrajornada ao reclamante. Afirma que a prova emprestada por si trazida a estes autos demonstra a correta fruição dos descansos pelo recorrido. Renova a tese de que, no período anterior a setembro de 2005, o próprio reclamante estabelecia seu roteiro de trabalho, organizando sua jornada, inclusive quanto ao intervalo para repouso e alimentação. Assim diz estar também previsto nos Acordos Coletivos de Trabalho aplicáveis ao autor. Em relação ao período posterior a setembro de 2005, salienta haver pré-assinalação dos períodos de intervalo nos cartões-ponto mantidos pela recorrente, em atendimento ao previsto no art. 74, §2º, da CLT, bem como nos instrumentos coletivos. Por cautela, afirma que o pagamento dos descansos não se confunde com o de horas extras, tratando-se de verba de caráter indenizatório. Entende, pois, ser indevido o pagamento de adicional legal ou normativo sobre o período ou sua integração para fins de reflexos em outras parcelas. Requer, assim, seja absolvida da condenação imposta, sob pena de *bis in idem*.

O reclamante, a seu turno, busca seja deferido o período integral do intervalo não-fruído a título de hora extra, ou seja, de 1 (uma) hora, e não apenas do tempo faltante, nos termos da Orientação Jurisprudencial nº 307 da SDI-I do TST.

Analisa-se.

Primeiramente, observa-se que, inobstante a presença da pré-assinalação dos intervalos intrajornada no período em que adotados registros de jornada (a partir de 14.09.2005), conforme examinado em item precedente, esses documentos foram considerados inválidos como prova dos horários de trabalho efetivamente prestados pelo reclamante, inclusive em relação aos intervalos. Afastou-se, por outro lado, a tese de jornada externa



PROCESSO Nº TST-ARR-48400-11.2007.5.04.0019

não passível de fiscalização por parte da reclamada e arbitrou-se o gozo de 25 minutos de intervalo intrajornada pelo autor, durante todo o período contratual.

De outra parte, conforme já salientado nesta decisão, não são válidas as disposições de norma coletiva que determinam a impossibilidade de controle dos horários dos empregados que trabalham com vendas, por suprimir direito trabalhista assegurado em lei. Inexiste, por isso, afronta aos dispositivos constitucionais suscitados pela reclamada.

Inviável acolher, ainda, a alegação recursal da reclamada no sentido de que indevido o pagamento de adicional sobre a remuneração do período de intervalo não-concedido, diante do que dispõe expressamente o §4º do art. 71 da CLT, a saber:

“Quando o intervalo para repouso e alimentação, previsto neste artigo, não for concedido pelo empregador, este ficará obrigado a **remunerar o período correspondente com um acréscimo de no mínimo cinquenta por cento** sobre o valor da remuneração da hora normal de trabalho.” (grifou-se).

Com efeito, o desrespeito a esse preceito legal frustra o descanso assegurado ao trabalhador, razão pela qual é devida a remuneração pelo lapso intervalar não-usufruído, independentemente do direito à contraprestação do trabalho.

Por fim, nada a reparar quanto ao deferimento de reflexos da parcela em epígrafe, coadunando-se o entendimento adotado na sentença à Orientação Jurisprudencial nº 354 do TST, *in verbis*:

”INTERVALO INTRAJORNADA. ART. 71, § 4º, DA CLT. NÃO CONCESSÃO OU REDUÇÃO. NATUREZA JURÍDICA SALARIAL.
DJ 14.03.2008.

Possui natureza salarial a parcela prevista no art. 71, § 4º, da CLT, com redação introduzida pela Lei nº 8.923, de 27 de julho de 1994, quando não concedido ou reduzido pelo empregador o intervalo mínimo intrajornada para repouso e alimentação, repercutindo, assim, no cálculo de outras parcelas salariais.” (grifou-se)

Procede, noutro vértice, a insurgência da parte autora.

Este Colegiado, alterando o entendimento a respeito da matéria, passa a considerar que a não-concessão dos intervalos, mesmo que parcial, resulta no pagamento integral do período correspondente, acrescido do adicional, por afrontar o artigo 71 da CLT, ante a irregularidade na concessão. Segue-se, assim, a Orientação Jurisprudencial nº 307 da SDI-I do TST, que prevê:

“INTERVALO INTRAJORNADA (PARA REPOUSO E ALIMENTAÇÃO). NÃO CONCESSÃO OU CONCESSÃO PARCIAL.



PROCESSO Nº TST-ARR-48400-11.2007.5.04.0019

LEI Nº 8.923/94. *Após a edição da Lei nº 8.923/94, a não-concessão total ou parcial do intervalo intrajornada mínimo, para repouso e alimentação, implica o pagamento total do período correspondente, com acréscimo de, no mínimo, 50% sobre o valor da remuneração da hora normal de trabalho (art. 71 da CLT)."*

Assim, considerando que o período de intervalo concedido ao reclamante foi arbitrado em 25 minutos, durante toda a contratualidade, impõe-se o provimento do recurso ordinário do reclamante, para majorar a condenação referente aos intervalos não-fruídos (item "f" do dispositivo – fl. 1161) ao pagamento de 1 (uma) hora diária, mantidos os critérios e reflexos definidos na sentença.

Nega-se provimento ao apelo da reclamada" (págs. 1.095-1.098) .

Nas razões de recurso de revista, a reclamada argui que "deve ser observado que à previsão do artigo 71, § 4º, da CLT, em momento algum pode ser confundida com horas extras, pois se trata de verba com caráter indenizatório. Nesta linha, não há que se falar em adicional legal ou normativo de horas extras e tampouco sua respectiva integração para fins de reflexo em outras parcelas" (pág. 1.202) .

Requer, ainda, que a condenação ao pagamento do intervalo intrajornada se dê somente em relação ao período não usufruído e não em sua integralidade.

Fundamenta seu inconformismo em violação do artigo 71, § 4º, da CLT e conflito com a Orientação Jurisprudencial nº 307 da SBDI-1 do TST, bem como colaciona arestos em apoio à sua tese.

Sem razão.

Discute-se, na hipótese dos autos, se a concessão parcial do intervalo intrajornada gera direito ao pagamento, como hora extra, do período total correspondente ao período mínimo fixado em lei ou apenas do período restante não concedido.

O artigo 71 da CLT dispõe ser obrigatória a concessão de intervalo mínimo de uma hora para refeição e descanso quando a jornada de trabalho exceder de seis horas.

O parágrafo 4º do referido artigo 71, por sua vez,



PROCESSO Nº TST-ARR-48400-11.2007.5.04.0019

estabelece o pagamento do período concernente ao intervalo não concedido, com o acréscimo de, no mínimo, 50% (cinquenta por cento) do valor da hora normal de trabalho.

Vale salientar que esse dispositivo da CLT constitui regra de caráter imperativo e cogente, cuja observância não pode ser transigida, nem mesmo por intermédio de convenções ou acordos coletivos do trabalho, que são a expressão máxima de autonomia da vontade das partes, constituindo, ainda, fonte formal do Direito do Trabalho.

Assim, o intervalo mínimo estabelecido em lei para refeição e descanso é direito indisponível, concernente à saúde física e mental do trabalhador, do qual não podem dispor as partes a nenhum pretexto.

Está sedimentado, nesta Corte, o entendimento de que, desde o advento da Lei nº 8.923/94, a não concessão de intervalo para repouso e alimentação impõe a obrigação de pagamento do período integral referente ao intervalo não concedido, acrescido do adicional de hora extra, não havendo inferir-se que o direito se limitaria apenas ao tempo remanescente para integralizar o mínimo fixado em lei.

Nesse sentido, também já se firmou a jurisprudência desta Corte, conforme pode constatar-se da redação da Súmula nº 437, item I, do TST (antiga Orientação Jurisprudencial nº 307 da SBDI-1), *in verbis*:

"Após a edição da Lei nº 8.923/94, a não-concessão ou a concessão parcial do intervalo intrajornada mínimo, para repouso e alimentação, a empregados urbanos e rurais, implica o pagamento total 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"

Assim, ao contrário do que sustenta a reclamada, o intervalo intrajornada concedido parcialmente deve ser pago com uma indenização que corresponda ao período total respectivo, com acréscimo de, no mínimo, 50% (cinquenta por cento) do valor da remuneração da



PROCESSO Nº TST-ARR-48400-11.2007.5.04.0019

hora normal de trabalho, não se verificando, portanto, violação do § 4º do artigo 71 da CLT ou conflito com a Súmula nº 437, item I, do TST (antiga Orientação Jurisprudencial nº 307 da SBDI-1 desta Corte).

Além disso, não mais se discute acerca da natureza jurídica da verba prevista no artigo 71, § 4º, da CLT e sua repercussão nas demais parcelas de natureza salarial, visto que se encontra pacificado, no âmbito desta Corte, o entendimento de que a referida parcela possui natureza salarial, repercutindo no cálculo das demais verbas salariais.

É o que dispõe a Orientação Jurisprudencial nº 354 da SBDI-1 do TST, convertida na Súmula nº 437, item III, do TST:

"Possui natureza salarial a parcela prevista no art. 71, § 4º, da CLT, com redação introduzida pela Lei nº 8.923, de 27 de julho de 1994, quando não concedido ou reduzido pelo empregador o intervalo mínimo intrajornada para repouso e alimentação, repercutindo, assim, no cálculo de outras parcelas salariais".

Diante das considerações expostas, fica evidente que o posicionamento adotado pelo TRT de origem está em consonância com o entendimento jurisprudencial sedimentado nesta Corte, consubstanciado na Súmula nº 437, itens I e II, (antigas Orientações Jurisprudenciais nºs 307 e 354 da SBDI-1), razão pela qual também não há falar em divergência jurisprudencial, nos termos do artigo 896, § 7º, da CLT e da Súmula nº 333 desta Corte.

Não conheço.

5. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. CÂMARA FRIA. MATÉRIA FÁTICA

Quanto ao tema, assim se posicionou o Regional:

"A sentença contempla condenação da reclamada ao pagamento de adicional de insalubridade em grau médio, em razão do ingresso em câmaras frias, a ser calculado sobre o salário básico do reclamante, com reflexos em horas extras, décimos terceiros salários, férias com 1/3, PEV e FGTS.

A reclamada insurge-se contra a decisão originária, no aspecto, invocando a aplicação do art. 192 da CLT. Sustenta que o reclamante não



PROCESSO N° TST-ARR-48400-11.2007.5.04.0019

comprovou a existência de câmaras frias nos estabelecimentos integrantes de sua rota, tampouco o ingresso nesses locais. Além disso, afirma que a exposição ao frio, nos termos mencionados no laudo pericial, não caracteriza o trabalho como insalubre, sob pena de equipará-lo ao dos trabalhadores que exercem suas atividades dentro de câmaras frigoríficas, em exposição permanente a condições adversas de temperatura, durante toda a jornada de trabalho. Pugna por absolvição. Sucessivamente, caso mantida a condenação, pede a modificação do julgado em relação à base de cálculo da verba, a qual entende ser o salário mínimo, na esteira da jurisprudência do STF. Sugere afronta ao princípio da igualdade (art. 5º, caput) e ao art. 7º, XXIII, da CF, bem como à Súmula Vinculante nº 04 do STF.

O reclamante, por sua vez, investe contra o suposto indeferimento do adicional de insalubridade (fls. 1269 e verso), requerendo a concessão da parcela, com base no laudo técnico.

Obviamente, o apelo do reclamante não contém objeto, já que o adicional de insalubridade em grau médio figura entre as parcelas da condenação (item “j” do dispositivo – fl. 1161-verso).

A insurgência da reclamada, a seu turno, merece parcial acolhida.

A conclusão da perícia técnica foi de que as atividades laborais do reclamante caracterizaram-se como insalubres em grau médio, devido à exposição ao frio, de acordo com o Anexo 9 da NR 15 da Portaria 3214/78 (fls. 956-65). Esclareceu a expert que essa norma regulamentadora “não estabelece tempo mínimo de exposição para classificar como insalubre o trabalho executado em locais com temperatura inferior a 10°C (dez) graus Centígrados positivos, considerando a nossa zona climática.” (fl. 962).

A inspeção pericial contou com visita a dois estabelecimentos atendidos pelos vendedores da reclamada, nos quais constatada a presença de câmara fria com temperaturas oscilando entre +5°C e -5,3°C. Destacou-se no laudo que “Os trabalhadores das referidas lojas confirmaram que os vendedores ingressam na câmara fria e de congelamento de seus estabelecimentos.” (fl. 959).

Da mesma forma, a prova testemunhal do presente feito permite concluir que o reclamante, para o exercício de sua função de vendedor, adentrava de forma intermitente nas câmaras frias dos estabelecimentos dos clientes visitados.

A testemunha Mateus explica que “nos clientes faziam a limpeza dos refrigeradores, das câmaras frias em mercados de pequeno porte” (fl. 1101). Segundo Cláudio, “os vendedores faziam rodízio de produtos na câmara fria dos clientes, a fim de evitar que fossem sendo retirados sempre os produtos mais novos, armazenados por último; (...) nas rotas próximas ao centro, havia clientes com câmaras frias; apenas em rotas de áreas pobres da cidade, como, por exemplo, a que compreendia a Vila Cruzeiro, é que não havia clientes com câmara fria” (sic, fls. 1108-9; grifou-se).



PROCESSO Nº TST-ARR-48400-11.2007.5.04.0019

Já José Vinicius confirma que “possuía em média 03/05 clientes com câmara fria por rota; que o depoente ingressava na câmara fria para retirar mercadorias para colocar na área de vendas; que o depoente ingressava várias vezes na câmara fria; que o depoente atendia uma média de 02 clientes por semana com câmara fria e sempre entrava na câmara fria nestes casos” (fl. 1119; grifou-se).

A própria testemunha, Vinicius, da reclamada, admite que “o vendedor poderia ser obrigado a entrar em câmaras frias, se o cliente delas dispusesse;” (fl. 1130).

A exposição do reclamante ao frio, portanto, restou sobejamente demonstrada no presente feito, tanto pela prova técnica quanto pela prova oral, a corroborar o depoimento pessoal do reclamante, no sentido de que “em torno de cinco ou seis cliente de visitas no dias possuíam câmaras frias, sendo que o depoente ingressava na maioria delas; permanecia cerca de um ou dois minutos dentro da câmara fria; ingressava na câmara fria apenas com a jaqueta da ré” (sic, fl. 1094).

Releva destacar, ainda, a informação da perita oficial de que “o Reclamante não recebeu EPI para protegê-lo do frio existente no interior das câmaras frias” (fl. 964), não infirmada por prova em sentido diverso.

O Anexo nº 9 da NR-15 da Portaria nº 3.214/78 estabelece que “as atividades ou operações no interior de câmaras frigoríficas, ou em locais que apresentam condições similares, que exponham os trabalhadores ao frio, sem a proteção adequada, serão consideradas insalubres em decorrência de laudo de inspeção realizada no local de trabalho”.

Consoante se infere da referida norma, não se estabelece qualquer graduação mínima ou máxima para caracterizar o frio. A insalubridade do trabalho executado no interior de câmaras frigoríficas ou em locais que apresentem condições similares é caracterizada pela avaliação qualitativa, e não quantitativa.

A insalubridade, no caso, advém da exposição do organismo do trabalhador a sucessivos resfriamentos, em função da repetição do ato de entrar e sair de um local resfriado, que tem como consequência a diminuição das defesas biológicas, predispondo o empregado a adquirir doenças respiratórias.

No caso em apreço, restou atestado pela perícia técnica que o reclamante trabalhava em condições de exposição a frio, na medida em que diariamente adentrava em câmaras frias, cujas temperaturas, consoante inspeção in loco, oscilavam entre 5 graus positivos e 5 negativos, muito aquém, portanto, dos 10º a que alude o parágrafo único do artigo 253 da CLT e é referido à fl. 962 do laudo. Essa situação caracteriza a intermitência na exposição aos agentes insalubres, o que é suficiente para a incidência do adicional de insalubridade.

O fato de o trabalhador não permanecer o dia inteiro ou na maior parte da jornada trabalhando em contato com o agente insalutífero, não exclui o



PROCESSO N° TST-ARR-48400-11.2007.5.04.0019

direito ao adicional correspondente, decorrendo o enquadramento respectivo, como referido alhures, de critério qualitativo. Veja-se que o Anexo 9º da NR-15, fala simplesmente em atividades que “exponham o trabalhador ao frio”, sem condicionar o enquadramento à permanência do empregado em câmaras frigoríficas ou similares durante toda a jornada. Ao referir às atividades ou operações “no interior de câmaras frigoríficas, ou em locais que apresentam condições similares”, está-se apenas indicando fontes de baixa temperatura, sem condicionar a insalubridade à permanência nesses locais durante toda a jornada de trabalho.

Pelo exposto, mostra-se irretocável a sentença de origem no ponto em que defere ao reclamante o adicional de insalubridade em grau médio por exposição ao frio” (págs. 1.107-1.114).

Nas razões de recurso de revista, a reclamada alega que não há provas nos autos no sentido de que o autor tenha ingressado em câmaras frigoríficas.

Fundamenta seu inconformismo em violação dos artigos 189, 190, 191 e 192 da CLT e conflito com a Súmula nº 80 do TST, bem como colaciona arestos em apoio à sua tese.

Sem razão.

Conforme se extrai da decisão regional, a Corte a quo

consignou expressamente que a conclusão pericial se deu no sentido de que “as atividades laborais do reclamante caracterizaram-se como insalubres em grau médio, devido à exposição ao frio, de acordo com o Anexo 9 da NR 15 da Portaria 3214/78 (fls. 956-65) ” (pág. 1.108), sendo certo que foram feitas duas visitas a locais atendidos pelo vendedores da reclamada “nos quais constatada a presença de câmara fria com temperaturas oscilando entre +5°C e -5,3°C” e que ainda, “os trabalhadores das referidas lojas confirmaram que os vendedores ingressam na câmara fria e de congelamento de seus estabelecimentos” (pág. 1.108).

Encontra-se, portanto, registrado na decisão regional

que o autor, no exercício de suas funções, adentrava as câmaras frias dos estabelecimentos atendidos pela AMBEV e nelas realizava procedimentos relacionados com a sua atividade profissional, dentre elas a “limpeza dos refrigeradores, das câmaras frias em mercados de pequeno porte” (pág.



PROCESSO N° TST-ARR-48400-11.2007.5.04.0019

1.108) bem como “faziam rodízio de produtos na câmara fria dos clientes, a fim de evitar que fossem sendo retirados sempre os produtos mais novos, armazenados por último” (pág. 1.108).

A Corte de origem ainda esclarece que não havia a concessão, pela reclamada, de equipamento de proteção contra o frio para o ingresso nas câmaras frias, visto que “o depoente ingressava na maioria delas; permanecia cerca de um ou dois minutos dentro da câmara fria; ingressava na câmara fria apenas com a jaqueta da ré (sic, fl. 1094). Releva destacar, ainda, a informação da perita oficial de que ‘o Reclamante não recebeu EPI para protegê-lo do frio existente no interior das câmaras frias’ (fl. 964), não infirmada por prova em sentido diverso” (pág. 1.109).

Conclui o Regional que “restou atestado pela perícia técnica que o

reclamante trabalhava em condições de exposição a frio, na medida em que diariamente adentrava em câmaras frias, cujas temperaturas, consoante inspeção in loco, oscilavam entre 5 graus positivos e 5 negativos, muito aquém, portanto, dos 10° a que alude o parágrafo único do artigo 253 da CLT e é referido à fl. 962 do laudo. Essa situação caracteriza a intermitência na exposição aos agentes insalubres, o que é suficiente para a incidência do adicional de insalubridade” (pág. 1.110).

Como se vê, a discussão, neste caso, é de cunho nitidamente probatório e, nesse contexto, impossível o exame da alegada ofensa aos artigos 189, 190, 191 e 192 da CLT, bem como da divergência jurisprudencial, diante do disposto na Súmula n° 126 do TST.

O indigitado conflito com a Súmula n° 80 do TST não se verifica, pois, como registrado no acórdão recorrido, não havia o fornecimento do EPI apto a elidir a insalubridade.

Não conheço.

**6. RESTITUIÇÃO DOS DESCONTOS NO PRÊMIO-OBJETIVO EM
RAZÃO DA INADIMPLÊNCIA DOS CLIENTES**

Quanto ao tema, assim se posicionou o Regional:

“DESCONTOS NO PRÊMIO OBJETIVO.

A sentença condena a reclamada ao pagamento de diferenças de comissões (prêmio por objetivo) decorrentes do desconto referente a vendas não recebidas, em valores a serem apurados em liquidação de sentença, até o limite de R\$ 1.000,00.



PROCESSO Nº TST-ARR-48400-11.2007.5.04.0019

A reclamada discorda. Acentua que, tratando-se de vantagem criada pelo empregador, deve ser analisada em seus estritos termos, à luz do art. 114 do CCB. Assim, segundo a recorrente, se o regulamento permite o desconto na pontuação do reclamante, este seria lícito. A licitude do desconto referente a vendas inacabadas ou cujo cliente deixou de adimpli-las também estaria amparada no art. 7º da Lei nº 3.207/57 e no art. 466 da CLT. Observa que a perícia contábil realizada nos autos não comprovaria os referidos descontos na pontuação do prêmio objetivo e, conseqüentemente, nas comissões percebidas em decorrência da inadimplência de clientes. Entende aplicável, por analogia, o disposto no art. 32 da Lei nº 4.886/65, segundo o qual o representante comercial adquire o direito às comissões quando do pagamento dos pedidos. Sugere enriquecimento sem causa da parte autora. Transcreve jurisprudência. Pede a reforma da sentença, no particular.

Não vinga a inconformidade.

O art. 466 da CLT ampara a prática do estorno de comissões pelo empregador, ao dispor que “*O pagamento de comissões e percentagens só é exigível depois de ultimada a transação a que se referem*”.

Dispõem, por sua vez, os arts. 3º e 7º da Lei 3.207/57:

“Art 3º A transação será considerada aceita se o empregador não a recusar por escrito, dentro de 10 (dez) dias, contados da data da proposta. Tratando-se de transação a ser concluída com comerciante ou empresa estabelecida noutro Estado ou no estrangeiro, o prazo para aceitação ou recusa da proposta de venda será de 90 (noventa) dias podendo, ainda, ser prorrogado, por tempo determinado, mediante comunicação escrita feita ao empregado.

(...)

Art 7º Verificada a insolvência do comprador, cabe ao empregador o direito de estornar a comissão que houver pago.” (grifou-se).

Na esteira desses dispositivos legais, entende-se que cabe ao empregado demonstrar a efetiva ocorrência dos descontos e ao empregador incumbe a prova da insolvência do comprador, para fins de desconto da comissão paga ao empregado.

No caso concreto, o autor se desincumbe de seu ônus de prova, porquanto evidencia-se a ocorrência de descontos na pontuação do prêmio objetivo, por conta de clientes inadimplentes, e seu reflexo no pagamento da vantagem no mês subsequente.

Nesse sentido, e em sentido diverso ao sustentado no recurso empresarial, o laudo contábil confirma a existência dos precitados descontos no prêmio objetivo, efetuados sob o título de “*variação CR*” – fl. 1041. A testemunha Luciano, da reclamada, esclarece que “*a sigla CR é referente a clientes devedores*”, corroborando a tese da inicial.



PROCESSO Nº TST-ARR-48400-11.2007.5.04.0019

As testemunhas do reclamante, por sua vez, confirmam a prática dos descontos e acrescentam que estes não eram revertidos caso o cliente posteriormente quitasse a dívida. Mateus afirma que *“havia desconto no prêmio objetivo se o cliente não pagasse, não do valor, mas de um percentual sobre o prêmio; os vendedores faziam cobrança dos clientes inadimplentes, e se não conseguiam cobrar, passavam para o supervisor; se o cliente pagava a dívida, não recebia o valor do prêmio descontado;”* (fl. 1101; grifou-se). Já Claudio esclarece que *“quando havia inadimplência de clientes, deixavam de atingir os pontos e, portanto, não recebiam o valor correspondente; o depoente ressalta que, caso o cliente viesse a pagar a dívida ulteriormente, o valor não era pago;”* (fl. 1109; grifou-se).

A prova dos autos, pois, dá conta de que a reclamada efetuava o estorno das comissões sobre vendas (no caso, o desconto de pontos para o programa de premiação, que se refletia no pagamento das comissões, a qual, por sua vez, ocorria sob a forma de “prêmio objetivo”), inclusive nas hipóteses de o cliente inicialmente inadimplente efetuar, posteriormente, o pagamento da compra. Nessas situações, a reclamada, embora recebesse o valor integral da venda, não repassava a comissão devida ao vendedor.

Giza-se não ser possível diferenciar, pelos elementos trazidos aos autos, quando ocorreu uma ou outra situação, ônus, como se viu, atribuído à empregadora que efetuou os descontos.

Nesse contexto, e considerando que o risco da atividade econômica não pode ser transferido ao empregado, deve ser mantida a sentença que considera ilícitos os descontos no prêmio objetivo e determina o pagamento das diferenças daí decorrentes.

Não há enriquecimento sem causa do empregado ou violação aos dispositivos legais invocados no apelo.

Recurso não-provido” (grifou-se - págs. 1.114-1.116).

Nas razões de recurso de revista, a reclamada alega que “a vantagem (prêmio objetivo) foi criada pelo empregador, devendo ser analisada em seus estritos termos, à luz do que dispõe o art.114 do CCB. Portanto, se o regulamento permite o desconto na pontuação do obreiro, este é lícito” (pág. 1.206).

Afirma que, se o cliente deixou de pagar, pé lícito o desconto efetuado na comissão do vendedor.

Fundamenta seu inconformismo em violação dos artigos 466 da CLT, 114 do CC, 32, da Lei nº 4.886/65 e 7º, da Lei nº 3.207/57, bem como colaciona arestos em apoio à sua tese.

Sem razão.

O artigo 466 da CLT, indicado como violado pela



PROCESSO Nº TST-ARR-48400-11.2007.5.04.0019

reclamada, preceitua que "o pagamento de comissões e percentagens só é exigível depois da ultimada a transação a que se referem" .

Esta Corte superior, reiteradamente interpretando o citado dispositivo, tem adotado o entendimento de que o fim da transação se dá com o fechamento do negócio, e não com o cumprimento, pelos clientes, das obrigações dele provenientes, ou seja, com o pagamento da obrigação decorrente do negócio ajustado.

Nesse sentido, precedentes de minha lavra:

"RESTITUIÇÃO DOS DESCONTOS NO PRÊMIO-OBJETIVO EM RAZÃO DA INADIMPLÊNCIA DOS CLIENTES. O artigo 466 da CLT, indicado como violado pela reclamada, preceitua que -o pagamento de comissões e percentagens só é exigível depois da ultimada a transação a que se referem-. No entanto, esta Corte Superior, reiteradamente interpretando o citado dispositivo, tem adotado o entendimento de que o fim da transação se dá com o fechamento do negócio e não com o cumprimento, pelos clientes, das obrigações dele provenientes, ou seja, com o pagamento da obrigação decorrente do negócio ajustado. Assim, não são autorizados pela legislação trabalhista estornos de comissões pelo cancelamento da venda ou pela inadimplência do comprador como comprovadamente praticado pela reclamada no caso presente. A decisão regional, portanto, encontra-se em sintonia com a jurisprudência iterativa, atual e notória desta Corte, nos termos do artigo 896, § 4º, da CLT e da Súmula nº 333 do TST. Recurso de revista não conhecido". (RR - 17100-40.2007.5.04.0016 , Relator Ministro: José Roberto Freire Pimenta, Data de Julgamento: 18/06/2014, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 1º/7/2014)

"DIFERENÇAS DE PRÊMIO OBJETIVO. DESCONTO DAS VENDAS REALIZADAS PELO RECLAMANTE QUANDO OS CLIENTES NÃO EFETUAVAM O PAGAMENTO. ESTORNOS DE COMISSÕES. INADIMPLEMENTO PELOS CLIENTES.

IMPOSSIBILIDADE. A discussão refere-se a estorno de comissões sobre vendas de bebidas, em virtude do inadimplemento pelos clientes. Prevê o artigo 466 da CLT que -o pagamento de comissões e percentagens só é exigível depois da ultimada a transação a que se referem-. Esta Corte, reiteradamente interpretando o citado dispositivo, tem adotado o entendimento de que o fim da transação se dá com o fechamento do negócio, e não com o cumprimento, pelos clientes, das obrigações dele provenientes, ou seja, com o pagamento da obrigação decorrente do negócio ajustado. Assim, não são autorizados estornos de comissões pelo cancelamento da



PROCESSO Nº TST-ARR-48400-11.2007.5.04.0019

venda ou pela inadimplência do comprador. A decisão regional, portanto, encontra-se em sintonia com a jurisprudência iterativa, atual e notória desta Corte, nos termos do artigo 896, § 4º, da CLT e da Súmula nº 333 do TST. Recurso de revista não conhecido". (RR - 11400-16.2007.5.04.0006 , Relator Ministro: José Roberto Freire Pimenta, Data de Julgamento: 28/08/2013, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 6/9/2013)

Assim, não são autorizados pela legislação trabalhista estornos de comissões pelo cancelamento da venda ou pela inadimplência do comprador, como comprovadamente praticado pela reclamada neste caso dos autos.

A indicação de violação dos artigos 7º da Lei nº 3.207/57 e 32, da Lei nº 4.886/65, não será analisada nesta decisão ante a ausência de pertinência temática entre o que dispõem estes preceptivos e aquilo que foi decidido pela Corte *a quo*.

Por estar a decisão do Regional em consonância com a jurisprudência pacificada do Tribunal Superior do Trabalho, esgotada se encontra a função uniformizadora desta Corte, o que afasta a possibilidade de eventual configuração de conflito pretoriano, por inteligência do artigo 896, § 7º, da CLT, com a redação dada pela Lei nº 13.015/14 e Súmula nº 333 do TST.

Não conheço.

7. DIFERENÇAS SALARIAIS. REDUÇÃO DO VALOR-BASE DO PRÊMIO-OBJETIVO, DA ALTERAÇÃO DAS COTAS DE VENDAS, DA ALTERAÇÃO DOS ÍNDICES DE PERFORMANCE E DA CONCESSÃO DE BONIFICAÇÕES ESPECIAIS

Quanto ao tema, assim se posicionou o Regional:

"DIFERENÇAS SALARIAIS. ALTERAÇÃO DOS ÍNDICES DE PERFORMANCE.

Busca a reclamada ser absolvida do pagamento de diferenças de prêmio objetivo pela alteração dos índices de performance, que teria diminuído o valor da vantagem recebida pelo autor. Primeiramente, nega a redução da base de cálculo do prêmio objetivo, aduzindo que o laudo contábil também



PROCESSO Nº TST-ARR-48400-11.2007.5.04.0019

não a comprovou. Invoca os critérios previstos no regulamento que instituiu a verba, bem como nos Acordos Coletivos da categoria, na esteira do art. 114 do CCB. No sentido da norma regulamentar, esclarece que os pesos percentuais de cada um dos itens eram variáveis, exemplificando sua alegação. Nega tenha havido prejuízo ao reclamante com essa conduta, já que se manteve o percentual de 100% na soma dos três itens (cerveja, refrigerantes mais nanc – produtos não alcoólicos - e performance). Invoca o disposto nos arts. 818 da CLT e 333, I, do CPC, referentes ao ônus de prova.

A Julgadora de origem concluiu ter havido redução salarial ao longo do contrato de trabalho do reclamante, consubstanciada na variação da base de cálculo dos índices de performance, qual seja, o “salário de referência base de cálculo” utilizado para o cálculo do prêmio objetivo. Em razão disso, condenou a reclamada ao pagamento de diferenças de índice de performance, considerando-se, da admissão até março de 2004, o valor de R\$ 219,90 e, a partir de então, de R\$ 319,00, com reflexos.

Nada a reparar na decisão.

Em sentido diverso ao argumentado pela recorrente, o laudo contábil demonstra que houve redução dos índices de performance em determinados meses da contratualidade e que essas alterações geraram prejuízo ao trabalhador. Com efeito, a resposta do contador aos quesitos “bb”, “cc” (fl. 1037), “dd” e “ee” (fl. 1038) do reclamante evidencia que houve decréscimo na base de cálculo dos índices de performance do prêmio objetivo, consistente no “Salário de Referência Base de Cálculo”, conduta que acarretou redução do valor recebido pelo trabalhador (resposta ao quesito “aa”, de fls. 1034-5).

A alteração dos critérios de pagamento do salário no transcurso do pacto laboral é inaceitável quando gerar prejuízos ao empregado, violando o princípio da intangibilidade salarial. Demonstrado que a redução procedida pela reclamada configurou alteração unilateral na forma de pagamento da parcela variável do salário, forçoso reconhecer a afronta ao disposto no art. 468 da CLT.

Correta, portanto, a sentença que determinou o pagamento das diferenças decorrentes da alteração dos *índices de performance*.

Frente à tese ora adotada, de alteração unilateral lesiva do contrato de trabalho e ofensa ao princípio da intangibilidade dos salários, inexistente a apregoada afronta ao art. 114 do Código Civil Brasileiro.

Nega-se provimento.

3. DIFERENÇAS SALARIAIS DECORRENTES DE BONIFICAÇÕES ESPECIAIS.

Sustenta a reclamada que o autor jamais foi prejudicado pela existência de contrato com os pontos de vendas, mediante os quais era atribuída bonificação ao cliente (e não ao trabalhador), de forma a reduzir o valor



PROCESSO N° TST-ARR-48400-11.2007.5.04.0019

unitário das caixas comercializadas e, por conseguinte, a remuneração recebida. Reprisa o argumento de que os Acordos Coletivos de Trabalho reconheceriam a aplicação do regramento, postulando a sua observância, sob pena de ofensa ao art. 7º, XXVI, da CF. Aduz que, segundo a testemunha Vinícius, a concessão da bonificação trazia benefícios ao vendedor, porquanto eventual redução do preço médio da venda era compensada com o aumento da quantidade de produtos vendidos. Assim, entende não haver prova do fato constitutivo do direito. Invoca, novamente, o disposto no art. 114 do Código Civil Brasileiro. Pugna pela reforma do julgado *a quo*.

Não procede a irresignação.

O prêmio objetivo consiste em uma remuneração variável paga em consideração a meta estabelecida e atingida, sendo calculado pela margem bruta acrescida dos itens de performance. Ainda, o regulamento da política de prêmio por objetivo da empresa esclarece que:

“5.2. PRÊMIO OBJETIVO

O prêmio objetivo referente à margem bruta será calculada em forma de pontos. Um fator multiplicador (=0,357) será utilizado para converter tanto a margem bruta gerada pela venda de produtos em pontos quanto à variação mensal dos títulos vencidos do Contas a Receber.

5.2.1. ROTA

O valor do prêmio objetivo dos cargos de Supervisor de Vendas I/II/III e Vendedor I/II/III é calculado pela MARGEM BRUTA + ITENS DE PERFORMANCE. (fl. 396)

Logo, uma vez concedidas pela ré bonificações a algumas empresas e as deduzindo do montante comercializado pelos vendedores, há claro prejuízo à remuneração do trabalhador. Essa conclusão é corroborada pelo depoimento prestado pela testemunha Cláudio Braz Franco:

“(...) era feito contrato com alguns clientes de grande porte, no qual a reclamada dava bonificação com a moeda da qual dispunha, ou seja, os produtos; ao conceder a bonificação de produtos aos clientes, a pontuação do preço médio dos produtos era calculada também sobre os produtos concedidos graciosamente, de forma que o preço médio do produto caia consideravelmente, e com ele a pontuação do vendedor; (...).” (fl. 1110; grifou-se).

A demonstração de prejuízo é clara, inexistindo violação aos artigos 818 da CLT e 333, inciso I, do CPC. Também não há falar em afronta aos arts. 114 do CCB e 7º, XXVI, da CF, pois não é dado ao empregador alterar de forma unilateral e prejudicial vantagem remuneratória concedida ao empregado, entendimento não modificado pelo fato de a parcela estar prevista em negociação coletiva.



PROCESSO Nº TST-ARR-48400-11.2007.5.04.0019

Endossa-se, ainda, o posicionamento adotado na origem, de que “*O procedimento adotado implicou a transferência do ônus do negócio ao empregado, o que não pode ser admitido.*”, face ao teor do art. 2º da CLT, que impõe os riscos do empreendimento econômico ao empregador.

Diante do exposto, deve ser mantida a sentença que condenou a ré ao adimplemento de diferenças de prêmio por objetivo decorrentes do desconto da bonificação especial.

Provimento negado” (págs. 1.116-1.120).

Nas razões de recurso de revista, a reclamada alega que o autor não se desincumbiu de seu ônus em provar a alegada redução salarial.

Indica que os instrumentos coletivos colacionados aos autos são expressos no sentido de que referida parcela era variável. Fundamenta seu inconformismo em violação dos artigos 7º, inciso XXVI, da Constituição Federal, 114 do CC, 818 da CLT e 333, inciso I, do CPC/1973.

Sem razão.

O Regional consignou que caberia à reclamada demonstrar que as reduções salariais não causaram prejuízo ao autor, e desse ônus não se desincumbiu a reclamada.

Trata-se de dar efetividade ao princípio da aptidão da prova, que deve nortear a distribuição do ônus probatório, mormente no processo do trabalho, em que uma das partes detém a condição de hipossuficiente. Incólumes os artigos 818 da CLT e 333, inciso I, do CPC.

Por sua vez, atribuir razão à reclamada significa reconhecer validade de alteração em prejuízo do empregado, tendo em vista que os benefícios, após a concessão, incorporam-se ao contrato de trabalho e ao patrimônio jurídico do trabalhador.

Neste sentido, precedente de minha lavra envolvendo a mesma reclamada:

“DIFERENÇAS SALARIAIS. REDUÇÃO DO VALOR-BASE DO PRÊMIO-OBJETIVO, DA ALTERAÇÃO DAS COTAS DE VENDAS, DA ALTERAÇÃO DOS ÍNDICES DE PERFORMANCE E DA CONCESSÃO DE BONIFICAÇÕES ESPECIAIS. O Regional consignou que caberia à



PROCESSO Nº TST-ARR-48400-11.2007.5.04.0019

reclamada demonstrar que as reduções salariais não causaram prejuízo ao autor, e desse ônus não se desincumbiu a reclamada. Trata-se de dar efetividade ao princípio da aptidão da prova, que deve nortear a distribuição do ônus probatório, mormente no processo do trabalho, em que uma das partes detém a condição de hipossuficiente. Incólumes os artigos 818 da CLT e 333, inciso I, do CPC. Por sua vez, atribuir razão à reclamada significa reconhecer validade de alteração em prejuízo do empregado, tendo em vista que os benefícios, após a concessão, incorporam-se ao contrato de trabalho e ao patrimônio jurídico do trabalhador. Incólumes os artigos 7º, inciso XXVI, da Constituição Federal e 114 do Código Civil. Recurso de revista não

conhecido". (RR - 17100-40.2007.5.04.0016 , Relator Ministro: José Roberto Freire Pimenta, Data de Julgamento: 18/06/2014, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 1º/7/2014)

Incólumes os artigos 7º, inciso XXVI, da Constituição Federal e 114 do Código Civil.

Não conheço.

8. DESPESAS COM CELULAR. MATÉRIA FÁTICA

Quanto ao tema, assim se posicionou o Regional:

“DESPESAS PELA UTILIZAÇÃO DE TELEFONE CELULAR.

O Juízo originário concluiu ter sido demonstrada nos autos a necessidade de utilização de aparelho celular próprio pelo reclamante para o desempenho de suas atividades laborais. Declarou, ainda:

“Embora o reclamante não tenha apresentado prova documental das despesas efetuadas, da exigência do uso de telefone particular para a prestação do trabalho resulta a presunção dos gastos correspondentes. Entendo, ainda, razoável o valor indicado na petição inicial de R\$ 100,00 por mês a título de despesas com o telefone celular, incumbindo à reclamada o ressarcimento respectivo.

Defiro, pois, ao reclamante o pagamento de indenização equivalente a R\$ 100,00 por mês a título de despesas com o telefone celular.” (fl. 1159).

A reclamada discorda. Salienta não ter o demandante comprovado os valores supostamente despendidos com telefonia a serviço da empregadora, ônus que lhe incumbiria, a teor dos arts. 818 da CLT e 333, I, do CPC. Nesses termos, busca a modificação do julgado *a quo*.



PROCESSO N° TST-ARR-48400-11.2007.5.04.0019

Sem razão.

O conjunto da prova testemunhal carreada aos autos permite concluir, na esteira da decisão originária, que o reclamante utilizava aparelho de celular próprio a serviço da empregadora, sem receber o correspondente ressarcimento.

Esse fato é confirmado pela prova emprestada trazida pela própria demandada, a exemplo do relatado pela testemunha Vinicius da Silva Gelak: *“que o depoente já utilizou celular próprio para ligar para clientes; que não possuía ressarcimento da empresa; que sabe que antigamente apenas o supervisor recebia um valor X para gastar; que refere que o uso do celular fica a critério de cada um e não é imprescindível, já que o contato pode ser feito com o supervisor, sem custo;”* (fl. 1130; grifou-se). Note-se que, segundo esse depoente, o único contato sem custo era com o supervisor, e não com os clientes.

A testemunha Cláudio, do reclamante, confirma a tese da inicial: *“os vendedores utilizavam celular próprio em serviço, para fazer contatos com os clientes; receberam um celular da empresa apenas para descarga do palm-top; o depoente nunca recebeu nenhum ressarcimento por gastos com telefone celular, e não sabe de ninguém que tenha recebido;”* (fl. 1110; grifou-se).

O depoimento de José Vinícius também ampara a condenação, inclusive em relação ao valor arbitrado para a indenização, qual seja, de R\$ 100,00 mensais: *“que o depoente utilizava celular próprio em serviço; que o depoente gastava em média R\$ 100,00 a R\$ 120,00;”* (fl. 1119; grifou-se).

Frente a esse contexto, entende-se que o autor desincumbiu-se de seu *onus probandi*, inexistindo violação aos arts. 818 da CLT e 333, I, do CPC.

A hipótese em apreço configura a transferência dos custos do empreendimento ao empregado, contrariamente ao que dispõe o art. 2º da CLT.

Provimento negado” (pág. 1.124).

Nas razões de revista, a reclamada afirma que não se

comprovou a necessidade de uso de telefone celular nem os gastos supostamente despendidos pelo reclamante com a utilização de seu telefone celular.

Aponta violação dos artigos 818 da CLT, 333 e inciso I, do CPC.

Sem razão.

Ao contrário da assertiva da reclamada, a prova oral



PROCESSO Nº TST-ARR-48400-11.2007.5.04.0019

demonstrou que o reclamante utilizava seu celular em serviço, sem o reembolso das despesas pela reclamada.

Para esta Corte superior concluir de forma diversa, necessário seria o reexame de fatos e de provas do processo, o que é absolutamente vedado nesta esfera recursal de natureza extraordinária, nos termos da Súmula nº 126 do Tribunal Superior do Trabalho.

Nessas circunstâncias, também não se evidencia afronta aos artigos 818 da CLT e 333, inciso I, do CPC.

Não conheço.

9. AMBEV. PROGRAMA DE EXCELÊNCIA EM VENDAS. VERBA EQUIPARADA À PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS E RESULTADOS DA EMPRESA. LIMITAÇÃO EM CONVENÇÃO COLETIVA DE TRABALHO. EXCLUSÃO DOS EMPREGADOS QUE PEDIREM DEMISSÃO. INVALIDADE. OFENSA AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA. SÚMULA Nº 451 DO TST

Quanto ao tema, assim se posicionou o Regional:

“PROGRAMA DE EXCELÊNCIA EM VENDAS – PEV. ANOS DE 2003/2007.

O reclamante investe contra o indeferimento da parcela Programa de Excelência em Vendas – PEV – referente aos anos de 2003 a 2007. Em relação aos exercícios de 2003 e 2007, sustenta fazer jus ao pagamento proporcional da vantagem (7/12 e 9/12, respectivamente), já que admitido em maio/03 e dispensado em setembro/07. Invoca, no aspecto, o entendimento insculpido na Orientação Jurisprudencial nº 390 da SDI-I do TST e o princípio da Isonomia. No que tange aos exercícios de 2004 e 2005, afirma que a ré não trouxe aos autos as metas, as avaliações e o ranqueamento referente ao CDD onde laborava o recorrente, o que seria confirmado pela perícia contábil, restando confessa na matéria. Salienta ter impugnado oportunamente as declarações juntadas pela reclamada, razão pela qual estas não comprovariam a que se referem, a teor do art. 368 do CPC. Entende ser da demandada, e não seu, o ônus da prova, no tópico, já que a empresa detém toda a documentação capaz de solucionar a questão. Nessa senda, aduz deva se considerar incontroverso o cumprimento das metas estipuladas. Ademais, diz que a ré não promove a publicidade das metas ou das avaliações realizadas. Reforça que a reclamada estava obrigada a trazer aos autos a documentação pertinente, independentemente da sua complexidade. Cita jurisprudência a amparar sua tese. Destaca ser a reclamada empresa



PROCESSO Nº TST-ARR-48400-11.2007.5.04.0019

multinacional, estabelecida em todo o território brasileiro e nele obtendo lucros de grande monta. Pede o provimento do recurso, no aspecto.

Vinga, em parte, a insurgência obreira.

É certo que há, no caso, fuga ao critério clássico de distribuição do ônus da prova (CLT, artigo 818, e CPC, artigo 333), em face do Princípio da Aptidão para a prova. De fato, não se pode exigir de outro sujeito processual, que não o empregador reclamado, a documentação relativa ao alcance das metas estabelecidas em nível nacional para fins de percepção de prêmios.

Todavia, entende-se que a reclamada se desonerou do seu encargo probatório, no particular. Os documentos das folhas 349-51, ainda que elaborados unilateralmente pela ré, têm valor probatório. Efetivamente, esses documentos, em fotocópias autenticadas, consistem em declarações emitidas pela empresa no sentido de que não atingiu as metas corporativas previstas para o ano de 2003 (fl. 349) e apontam as unidades vencedoras do Programa de Excelência em Vendas nos anos de 2004 (fl. 350) e 2005 (fl. 351), entre as quais não figurou a do reclamante.

O laudo contábil confirma, a vista desses documentos, que a unidade integrada pelo reclamante não era elegível para o prêmio nos anos de 2004 e 2005, em razão de não ter se classificado entre as quatro primeiras colocadas no *ranking* nacional (quesitos “b” e “c”, fls. 1030-1).

Por outro lado, em relação ao ano demissão (2007), merece acolhida a pretensão recursal da parte autora.

Nada obstante esta colidência entre os dados contratuais e o exigido pelos regulamentos da empresa, não se pode olvidar do princípio da isonomia material consagrado no art. 5º, caput, da Constituição Federal. O autor tem tanto direito quantos os demais colegas admitidos e demitidos em datas diversas a receber a parcela PEV.

Desta forma, impõe-se reconhecer a hierarquia superior da norma constitucional, de forma a mitigar a interpretação restritiva dos negócios jurídicos benéficos proposta pelo artigo 114 do Código Civil. Neste sentido sedimentou-se a jurisprudência no Tribunal Superior do Trabalho, cuja SDI-1 publicou a Orientação Jurisprudencial n. 390, aplicável por analogia ao caso concreto, *in verbis*:

PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS E RESULTADOS. RESCISÃO CONTRATUAL ANTERIOR À DATA DA DISTRIBUIÇÃO DOS LUCROS. PAGAMENTO PROPORCIONAL AOS MESES TRABALHADOS. PRINCÍPIO DA ISONOMIA.

Fere o princípio da isonomia instituir vantagem mediante acordo coletivo ou norma regulamentar que condiciona a percepção da parcela participação nos lucros e resultados ao fato de estar o contrato de trabalho em vigor na data prevista para a distribuição dos lucros. Assim, inclusive na rescisão contratual antecipada, é devido o pagamento da parcela de forma



PROCESSO Nº TST-ARR-48400-11.2007.5.04.0019

proporcional aos meses trabalhados, pois o ex-empregado concorreu para os resultados positivos da empresa.

Neste prumo hermenêutico, deve a reclamada pagar ao autor o Plano de Excelência em Vendas do ano de 2007, de forma proporcional, em valores a serem apurados em liquidação de sentença.

Em relação ao exercício de 2006, o perito aponta o recebimento do prêmio pelo autor no mês de março de 2007, no valor de R\$ 4.003,02, equivalente a 5,58 salários nominais (quesito “d” – fl. 1031).

Assim, não faz jus o reclamante ao Programa de Excelência em Vendas – PEV – dos anos de 2004 a 2006, sendo devida a parcela em relação ao ano de 2007, de forma proporcional.

Por conseguinte, dá-se provimento parcial ao recurso para acrescentar à condenação o pagamento da parcela “Programa de Excelência em Vendas – PEV, de forma proporcional ao tempo de serviço no ano de 2007” (págs. 1.130-1.133) .

Nas razões de recurso de revista, a reclamada alega que “o PEV é uma modalidade de Participação nos lucros e resultados criada pela recorrente em atenção às disposições contidas na Lei 10.101/00 e ao permissivo do artigo 7º, inciso XI, da Constituição Federal e ainda com amparo nas Convenções Coletivas de Trabalho da categoria”

(pág. 1.210), bem como que “as regras do PEV são expressas ao definir que somente farão jus ao pagamento de parcela referente ao ano de 2007 os empregados na ativa em 31/12/2007” (pág. 1.210) .

Fundamenta seu inconformismo em violação dos artigos 7º, incisos XI e XXVI, da Constituição Federal e 114 do CC, 818 da CLT, 333, inciso I, do CPC/1973 e Lei nº 10.101/00 e conflito com a Orientação Jurisprudencial nº 390 da SBDI-1 do TST.

Sem razão.

Na hipótese, o Regional registra que a verba Programa

de excelência em vendas – PEV – se equipara à parcela participação nos lucros e resultados, bem como a unidade do autor faz jus ao recebimento da parcela pelo atingimento de metas no ano de 2007, sendo certo que a reclamada não pagou ao autor mencionada verba por ter sido o ano da rescisão contatual do trabalhador, confira-se:

“o laudo contábil confirma, a vista desses documentos, que a unidade integrada pelo reclamante não era elegível para o prêmio nos anos de 2004 e 2005, em razão de não ter se classificado entre as quatro primeiras colocadas



PROCESSO N° TST-ARR-48400-11.2007.5.04.0019

no *ranking* nacional (quesitos “b” e “c”, fls. 1030-1). Por outro lado, em relação ao ano demissão (2007), merece acolhida a pretensão recursal da parte autora. Nada obstante esta colidência entre os dados contratuais e o exigido pelos regulamentos da empresa, não se pode olvidar do princípio da isonomia material consagrado no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal. O autor tem tanto direito quantos os demais colegas admitidos e demitidos em datas diversas a receber a parcela PEV” (pág. 1.131) .

A despeito do reconhecimento das negociações coletivas garantido nos artigos 7º, inciso XXVI, e 8º, inciso III, da Constituição Federal, que preconizam especificamente o reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho, esta Corte superior tem entendido que a imposição normativa de qualquer condição diferenciada para que o trabalhador que tenha laborado na empresa à época da geração do direito ao percebimento da parcela denominada “participação nos lucros e resultados” tenha efetivamente direito ao seu percebimento implica ofensa ao princípio da isonomia e, por consequência, em atitude discriminatória, mormente levando-se em conta que o reconhecimento ao direito dessa verba trabalhista encontra respaldo na Constituição Federal.

Esse posicionamento tornou-se evidente com a edição da Súmula n° 451 do TST (Orientação Jurisprudencial n° 390 da SBDI-1 do TST), a qual dispõe que:

“fere o princípio da isonomia instituir vantagem mediante acordo coletivo ou norma regulamentar que condiciona a percepção da parcela participação nos lucros e resultados ao fato de estar o contrato de trabalho em vigor na data prevista para a distribuição dos lucros. Assim, inclusive na rescisão contratual antecipada, é devido o pagamento da parcela de forma proporcional aos meses trabalhados, pois o ex-empregado concorreu para os resultados positivos da empresa”.

Assim, a norma coletiva, que exclui dos trabalhadores

que se enquadrarem na sua previsão o direito ao percebimento de parcela estendida aos outros trabalhadores, somente com base no fato de o empregado ter se desligado da empresa, a despeito de haver laborado nos quadros da empresa durante o período que gerou o direito ao



PROCESSO Nº TST-ARR-48400-11.2007.5.04.0019

percebimento da verba, colaborando com sua força de trabalho para o bom resultado financeiro da empresa, é ofensiva ao princípio da isonomia, previsto no artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal, e ainda ao artigo 7º, inciso XI, também da Carta Magna, que dispõe sobre o direito de todos os trabalhadores urbanos e rurais, sem distinção, à participação nos lucros ou resultados da empresa, pelo que se encontram incólumes os artigos 7º, incisos XI e XXVI, da Constituição Federal e 114 do CC e ausente o conflito com a OJ nº 390 da SBDI-1, desta Corte (convertida na Súmula nº 451 do TST).

Destaca-se que somente é importante perquirir a quem cabe o ônus da prova quando não há prova de fato arguido por qualquer das partes. Assim, uma vez comprovado o não pagamento do PEV ante a demissão do autor no ano de 2007, conforme asseverou o Tribunal Regional, é irrelevante o questionamento sobre a quem caberia fazer a prova, pelo que não se verifica a violação dos artigos 818 da CLT e 333, inciso I, do CPC.

Por fim, a indicação genérica de violação da Lei nº 10.101/00 não fundamenta o recurso de revista, pois a sua admissibilidade tem como pressuposto a indicação expressa do dispositivo de lei ou da CF tido como violado, nos termos do art. 896, § 1º-A, inciso II, da CLT e Súmula nº 221 do TST.

Não conheço.

10. DIFERENÇAS SALARIAIS. COMPRA DE MERCADORIAS DA PRÓPRIA RECLAMADA PARA O ATINGIMENTO DAS METAS ESTABELECIDAS PELA EMPRESA. ÔNUS DA PROVA

Quanto ao tema, assim se posicionou o Regional:

“COMPRA DE MERCADORIAS.

O Juízo originário indefere o pleito de pagamento de 10% da remuneração do reclamante a título de indenização pela compra de produtos visando o atingimento das metas da empregadora, assim fundamentando a decisão:

“Em que pese o teor dos depoimentos, não verifico fossem os empregados obrigados a comprar mercadorias da reclamada, além do que a



PROCESSO Nº TST-ARR-48400-11.2007.5.04.0019

compra revertia em seu benefício pelo pagamento do prêmio. Portanto, ainda que configurado o fato alegado pelo reclamante, não entendo se trate de prejuízo causado pelo em pregador a atribuir ao reclamante qualquer direito.” (fl. 1156-verso).

O reclamante não se conforma. Observa deva-se levar em consideração o contexto do seu ambiente de trabalho, no qual é constante a pressão para o atingimento de metas e onde a remuneração dos supervisores varia de acordo com as vendas de seus subordinados. Nessa senda, afirma que a compra de mercadorias não era simplesmente um incentivo aos vendedores, mas verdadeira obrigação, sob pena de diversas punições diretas e indiretas, tais como o pagamento de prendas. Invocando a ilegalidade do procedimento e o princípio da irredutibilidade salarial, pugna pela reforma da sentença.

Esta Relatora costumava decidir na esteira do entendimento manifestado na origem, a exemplo do acórdão proferido nos autos do processo 0017100-40.2007.5.04.0016 (RO), julgado em 19.11.2009. Todavia, alterando o posicionamento antes adotado, passa a entender de modo diverso, merecendo reforma a decisão originária.

Vejamos.

O contexto da prova oral emprestada demonstra, como reconhece a própria Magistrada de origem, que os vendedores compravam mercadorias da reclamada para cumprir as metas por ela estabelecidas, mediante “incentivo” dos supervisores.

Acerca dos fatos alegados na petição inicial, disse a testemunha Mateus, do reclamante, que: *“se no fim do mês não tinham alcançado a meta, tinham que voltar para a rota, para vender, ou até comprar produto(s) da rda, para não perder o salário; (...)”* (grifou-se).

Claudio Braz Franco, também do reclamante, esclarece que *“havia itens difíceis de vender, chamados itens de performance, entre eles o isotônico e o chá Lipton; alguns destes produtos eram adquiridos pelos vendedores como forma de fechar sua meta de vendas, sendo que a compra era feita por intermédio de um cliente; havia uma cobrança do próprio supervisor porque esses itens eram os mesmos da pontuação para os bônus deles; (...)”* (grifou-se).

O depoimento de José Vinicius, trazido pelo autor, vai ao encontro das alegações obreiras: *“que o depoente chegou a comprar produtos para bater metas; que isso era orientado pelo supervisor; que o depoente consumia as mercadorias; que a remuneração do supervisor dependia das vendas; (...)”* (grifou-se).

As testemunhas da reclamada, por sua vez, confirmam que a remuneração dos supervisores estava diretamente atrelada ao atingimento das metas pelos vendedores a si subordinados. Nesse sentido, afirma Vinicius Gelak *“que a remuneração do supervisor está atrelada à meta dos vendedores;”* (grifou-se) e Luciano, que *“a remuneração dos supervisores*



PROCESSO Nº TST-ARR-48400-11.2007.5.04.0019

tem relação com as vendas realizadas pelos vendedores de sua equipe;" (grifou-se).

Não bastassem essas informações, já se examinou nesta decisão que a rotina de trabalho dos vendedores, a exemplo do reclamante, compreendia a exposição diária a situações vexatórias, em caso de não-atingimento das metas de vendas.

Diante desse contexto, conclui-se que o reclamante se desincumbe de comprovar o fato constitutivo do direito vindicado, qual seja, a necessidade de comprar mercadorias da reclamada para o atendimento de metas e, assim, garantir o recebimento integral de sua remuneração.

A inexistência de prova contundente de que a empregadora impusesse a aquisição dos produtos não afasta esse entendimento, principalmente considerando que se beneficiava dessa conduta, auferindo lucros dos produtos comercializados pelos seus vendedores. Compartilha-se do entendimento de que a conduta da reclamada, no aspecto, configurava verdadeira "*imposição patronal ... ainda que velada*" à compra das mercadorias, expressão que se empresta dos fundamentos exarados pela Exma. Juíza-Convocada Maria da Graça Ribeiro Centeno em acórdão proferido por esta 8ª Turma nos autos do processo nº 01125-2005-020-04-00-2 RO, publicado em 18.11.2008.

No sentido do ora decidido, cita-se, ainda, acórdão lavrado pela Exma. Cleusa Regina Halfen na reclamatória trabalhista nº 0034600-65.2006.5.04.0013 (RO), publicado em 15.01.2009, e no qual se lê: "Logo, ainda que se entenda que a reclamada não incentivava os empregados a comprar as mercadorias difíceis de serem vendidas, é incontroverso que somente o atingimento das metas garantia o pagamento integral da remuneração dos vendedores. Nessa senda, não há dúvida de que a reclamada se beneficiava dessa prática, na medida em que auferia o lucro obtido nas vendas, devendo, portanto, ser responsabilizada pelos gastos despendidos pelos vendedores na compra dessas mercadorias."

Diante do exposto, dá-se provimento ao recurso ordinário do reclamante para acrescer à condenação da reclamada o pagamento de indenização em valor correspondente a 10% da remuneração mensal do autor, em razão da compra de mercadorias visando ao atendimento de metas." (págs. 1.139-1.142).

Nas razões de recurso de revista, a reclamada alega o autor não se desincumbiu de seu ônus em comprovar que tinha a obrigação de comprar mercadorias da própria reclamada com o fito de atingir as metas estabelecidas e, com isto, não ter diminuição em seus ganhos.



PROCESSO Nº TST-ARR-48400-11.2007.5.04.0019

Fundamenta seu inconformismo em violação dos artigos 818 da CLT e 333, inciso I, do CPC/1973, bem como colaciona arestos em apoio à sua tese.

Sem razão.

Conforme se extrai da decisão do Regional “o reclamante se desincumbe de comprovar o fato constitutivo do direito vindicado, qual seja, a necessidade de comprar mercadorias da reclamada para o atendimento de metas e, assim, garantir o recebimento integral de sua remuneração. A inexistência de prova contundente de que a empregadora impusesse a aquisição dos produtos não afasta esse entendimento, principalmente considerando que se beneficiava dessa conduta, auferindo lucros dos produtos comercializados pelos seus vendedores” (pág. 1.142).

Assim, somente é importante perquirir a quem cabe o ônus da prova quando não há prova de fato arguido por qualquer das partes. Assim, uma vez comprovado que o autor adquiria produtos da reclamada para atingir as metas estabelecidas, conforme asseverou o Tribunal Regional, é irrelevante o questionamento sobre a quem caberia fazer a prova, pelo que não se verifica a violação dos artigos 818 da CLT e 333, inciso I, do CPC/1973.

Os arestos colacionados à pág. 1.212 são inespecíficos, pois analisam casos de prova dividida, hipótese não versada no acórdão regional. Inteligência do artigo 896, § 8º, segunda parte, da CLT e Súmula nº 296, item I, do TST.

Não conheço.

11. PARCELAS VINCENDAS. ARESTO INESPECÍFICO. ARTIGO 896, § 8º, SEGUNDA PARTE, DA CLT E SÚMULA Nº 296, ITEM I, DO TST

Quanto ao tema, assim se posicionou o Regional:

“PARCELAS VINCENDAS.

A sentença indefere as parcelas vincendas das verbas deferidas, ao fundamento de que estas “dependem da ocorrência de certos fatos para que se tornem devidas, seja o cumprimento de metas, a exposição à condições insalubres ou mesmo à realização de trabalho extraordinário.” (fl. 1159).

A parte autora recorre. Argumenta que o contrato de trabalho estava em curso quando do ajuizamento da ação, vindo a extinguir-se somente em setembro de 2007, sem qualquer alteração nas condições de trabalho, o que



PROCESSO N° TST-ARR-48400-11.2007.5.04.0019

sequer teria sido alegado pela reclamada. Assim, segundo o recorrente, não se poderia exigir o ingresso com nova reclamatória, sob pena de ofensa ao princípio da celeridade processual.

Com razão.

A condenação em parcelas vincendas tem amparo legal nos arts. 892 da CLT (“Tratando-se de prestações sucessivas por tempo indeterminado, a execução compreenderá inicialmente as prestações devidas até a data do ingresso na execução”) e 290 do CPC (“Quando a obrigação consistir em prestações periódicas, considerar-se-ão elas incluídas no pedido, independentemente de declaração expressa do autor; se o devedor, no curso do processo, deixar de pagá-las ou de consigná-las, a sentença as incluirá na condenação, enquanto durar a obrigação”).

No caso dos autos, o contrato de trabalho mantido entre as partes estava em vigor ao tempo do ajuizamento da ação, vindo a extinguir-se no curso desta, em 24.09.2007 (TRCT, fl. 1124).

Ademais, não há notícia nos autos de alteração das condições contratuais no período imediatamente após a propositura da presente ação.

Cabível, pois, a condenação da reclamada ao pagamento de parcelas vincendas, assim compreendidas as exigíveis entre a data do ajuizamento da ação e a da extinção do vínculo contratual.

Apelo provido, nesses termos.” (págs. 1.142 e 1.143).

Nas razões de recurso de revista, a reclamada alega que “não obstante o contrato se encontrar em curso, quando do ajuizamento da ação, não há se falar em pagamento de verbas vincendas, tendo em vista que as parcelas deferidas dependem da ocorrência de certos fatos para que se tornem devidas, seja o cumprimento de metas, a exposição a condições insalubres ou à realização de trabalho extraordinário” (pág. 1.213).

Sem razão.

O aresto colacionado à pág. 1.213 é inespecífico, pois

analisa diferenças de horas extras, hipótese não versada no acórdão recorrido. Inteligência do artigo 896, § 8º, segunda parte, da CLT e Súmula n° 296, item I, do TST.

Não conheço.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Segunda Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, negar provimento ao agravo de



PROCESSO N° TST-ARR-48400-11.2007.5.04.0019
instrumento interposto pelo reclamante. Por unanimidade, ainda, não
conhecer integralmente do recurso de revista interposto pela
reclamada.

Brasília, 01 de junho de 2016.

Firmado por assinatura digital (MP 2.200-2/2001)

JOSÉ ROBERTO FREIRE PIMENTA
Ministro Relator