



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 21ª REGIÃO
Primeira Turma de Julgamento

RECURSO ORDINÁRIO TRABALHISTA (1009) nº 0000121-87.2020.5.21.0011 (ROT)

RELATORA: DESEMBARGADORA AUXILIADORA RODRIGUES

RECORRENTE: _____, BV FINANCEIRA SA CREDITO FINANCIAMENTO E INVESTIMENTO

RECORRENTE Advogados: FELIPE MEINEM GARBIN - RS0086951, RAPHAEL BERNARDES DA SILVA - RS0084109, ISAAC BERTOLINI AULER - RS0087670, ANTONIO MILLER MADEIRA - RS0090923 RECORRENTE Advogados: EDUARDO ABUCARUB GASPAROTO - SP0172884, EDUARDO CHALFIN - RJ0053588

RECORRIDO: _____, BV FINANCEIRA SA CREDITO FINANCIAMENTO E INVESTIMENTO

RECORRIDO Advogados: FELIPE MEINEM GARBIN - RS0086951, RAPHAEL BERNARDES DA SILVA - RS0084109, ISAAC BERTOLINI AULER - RS0087670, ANTONIO MILLER MADEIRA - RS0090923 RECORRIDO Advogados: EDUARDO ABUCARUB GASPAROTO - SP0172884, EDUARDO CHALFIN - RJ0053588 ORIGEM: 1ª VARA DO TRABALHO DE MOSSORÓ

EMENTA

RECURSO DO RECLAMANTE

ATIVIDADE EXTERNA. AUSÊNCIA DE CONTROLE DE JORNADA. ARTIGO 62, I DA CLT. HORAS EXTRAS INDEVIDAS. Comprovado que o reclamante desempenhava atividade externa sem sujeição a controle de jornada, na forma do art. 62, I, da CLT, é indevido o pagamento de horas extras. Manutenção da sentença.

RECURSO DA RECLAMADA

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. SUCUMBÊNCIA. RECLAMANTE BENEFICIÁRIO DA JUSTIÇA GRATUITA. ARTIGO 791-A DA CLT. Nos termos do art. 791-A, §4º, da CLT, mesmo que o vencido seja beneficiário da justiça gratuita, é devido o pagamento de honorários advocatícios sucumbenciais, cujo pagamento da parcela, mediante interpretação conforme a Constituição Federal, deve se dar por meio dos recursos decorrentes de verbas não alimentares. Reforma da sentença.

Recursos ordinários conhecidos e, no mérito, desprovido o do reclamante e provido o da reclamada.

RELATÓRIO

Trata-se de recursos ordinários interpostos pelo reclamante _____ e pela reclamada BV FINANCEIRA SA CREDITO FINANCIAMENTO E INVESTIMENTO, contra a sentença proferida pela 1ª Vara do Trabalho de Mossoró (ID. ff9d4c6; fls. 1346-1359), da lavra da MM. Juíza Lisandra Cristina Lopes, que deferiu à parte reclamante os benefícios da justiça gratuita, rejeitou a preliminar de impugnação ao valor da causa; declarou prescritos e extintos com resolução do mérito os títulos anteriores a 24.03.2015; julgou improcedentes os pedidos formulados na presente reclamação trabalhista e, ainda, "*Lançando mão do controle de constitucionalidade difuso, com efeitos apenas inter partes, declaro de forma incidental a inconstitucionalidade do § 4º do art. 790-B, §§ 3º e 4º do art. 791A e § 2º do art. 844, da CLT, introduzidos pela Lei nº 13.467/2017, por cerceamento ao direito de acesso ao Poder Judiciário, previsto no art. 5º, XXXV, da CF, e, em consequência, deixo de aplicá-los ao presente caso, de modo que o reclamante fica isento do pagamento dos honorários sucumbenciais*" (fl. 1359).

Em suas razões recursais (ID. 8069d6b - fls. 1375-1386), a reclamada pede a reforma da sentença para condenar o reclamante ao pagamento de honorários advocatícios. Argumenta que *apesar de ser beneficiário da justiça gratuita, deve arcar sim com o pagamento dos honorários, não se falando em inconstitucionalidade do § 4º do art. 790-B, §§ 3º e 4º do art. 791-A e § 2º do art. 844, da CLT, introduzidos pela Lei nº 13.467/2017, especialmente por já ter sido ajuizada ação junto ao Supremo Tribunal Federal ADI5766.* (fl. 1380). Ao final, afirma que *o recurso deve ser conhecido e provido para deferir o pagamento de honorários sucumbências, por estar em plena conformidade com a atual legislação trabalhista.* (fl. 1385).

A seu turno, em suas razões recursais (ID. 25a2a82 - fls. 1423-1433), o reclamante pede o

pagamento de horas extras após a sexta diária, sob alegação de havia possibilidade de controle de horário, conforme comprovam os depoimentos das testemunhas e documentos acostados, devendo ser afastada a aplicação do art. 62, I, da CLT. Sustenta que, *considerando que a prova produzida da conta de que a reclamada possuía meios de fiscalizar a jornada do reclamante, bem como que descumpriu o requisito objetivo constante no artigo 62, I, da CLT deverá ser aplicada a Súmula 338, I do TST, a ser reconhecida a jornada exposta na inicial, durante todo o período contratual.* (fl. 1431). Pede, também, o pagamento do intervalo intrajornada, tendo em vista a ausência dos cartões de ponto, aplicando-se a Súmula 437, I, TST. Postula a integração ao salário das verbas variáveis (comissões e prêmios) pela venda de produtos da reclamada. Por fim, com a inversão da sucumbência, requer a condenação da reclamada ao pagamento de honorários advocatícios.

Apenas a reclamada apresentou contrarrazões (ID. 5186d6c - fls. 1436-1462).

Desnecessária a remessa dos autos ao Ministério Público do Trabalho, por não se tratar de matéria prevista na Resolução Administrativa nº 30/2017 desta Corte.

É o relatório.

FUNDAMENTAÇÃO

ADMISSIBILIDADE

Recurso do reclamante

Recurso tempestivo. Representação regular. Preparo dispensado.

Recurso conhecido.

Recurso da reclamada

Recurso tempestivo. Representação regular. Preparo comprovado.

Recurso conhecido

MÉRITO

Recurso do reclamante

Horas extras pela extrapolação da jornada e pela não concessão integral do intervalo intrajornada

Em suas razões recursais (ID. 25a2a82 - fls. 1423-1433), o reclamante pede o pagamento de horas extras após a sexta diária, sob alegação de havia possibilidade de controle de horário, conforme comprovam os depoimentos das testemunhas e documentos acostados, devendo ser afastada a aplicação do art. 62, I, da CLT. Sustenta que, *considerando que a prova produzida da conta de que a reclamada possuía meios de fiscalizar a jornada do reclamante, bem como que descumpriu o requisito objetivo constante no artigo 62, I, da CLT deverá ser aplicada a Súmula 338, I do TST, a ser reconhecida a jornada exposta na inicial, durante todo o período contratual.* (fl. 1431). Pede, também, o pagamento do intervalo intrajornada, tendo em vista a ausência dos cartões de ponto,

A pretensão foi indeferida na origem, tendo a magistrada fundamentado o seguinte:

A alegação empresária de que o autor trabalhava externamente e não estava sujeito a controle de jornada constitui fato extintivo do direito, razão pela qual o ônus da prova é da empresa, a teor do art. 818, II da CLT. De tal ônus, compreendo que a ré se desincumbiu, pois a instrução demonstrou que ele não estava sujeito a controle de jornada.

O reclamante, em seu depoimento, confirmou, com algumas alterações, o horário indicado na inicial. Disse que passava a maior tempo no interior de uma concessionária, considerada loja "âncora", e que sua agenda de visitas às demais era traçada pela responsável pela filial. Mencionou a ocorrência de feirões físicos, com horário ainda mais estendido. Sobre o controle de horário, afirmou:

"(...) que havia acompanhamento de horário através de whatsapp sendo que no sábado tinha que bater foto para mostrar que estava na concessionária; que tinha meta de vendas; que o controle dos horários eram feitos através de planilhas, e-mails e grupos de whatsapp, especialmente com a obrigação de mandar foto na qual tinha que aparecer a logomarca da ; que uma vez concessionária precisou ir a um velório e foi constrangedor pois em um primeiro momento sua saída não foi liberada; que se o depoente não atendesse uma ligação da empresa eles logo ligavam diretamente para a concessionária; que o depoente passava 90% de seu tempo nas concessionárias e 10% nas secundárias; que não atendia os clientes nas residências;"

A preposta da ré negou a existência de controle e relatou uma quantidade mínima de feirões. Sobre o pagamento de horas extras em um dado período, disse que foi circunscrito a um ou dois meses, e que foi para compensar uma alteração na forma da remuneração.

Embora seja irregular a conduta da ré em pagar horas extras para supostamente remunerar outra rubrica, isso não implica confissão em relação a todo o período contratual do autor, pois de fato só se verifica tal pagamento por um curto período.

A testemunha apresentada pelo reclamante, embora supostamente tivesse função idêntica, demonstrou pouco conhecimento específico sobre a rotina dele, mencionando acreditar que fosse semelhante à sua. Porém, os dois estavam vinculados a superiores diferentes. A citada testemunha disse que o controle de jornada era feito por WhatsApp e **pelo login no sistema**, bem como através de ligações.

Já a testemunha da reclamada, que trabalha na empresa desde 2009, relatou a existência de flexibilidade e autonomia por parte do gerente, sem deixar de reconhecer que havia cobrança pelo atingimento de metas diárias: (...).

Dos depoimentos se extrai que não havia local físico para o gerente permanecer, embora ele pudesse passar mais tempo na loja "âncora". Havia cobrança de metas, havia discussão em grupos de whatsapp, mas esta magistrada não vislumbrou a efetiva ocorrência de controle diário. As fotos para os feirões também não indicam controle de jornada, e sim muito mais uma amostra de que os kits para a caracterização haviam efetivamente sido entregues às lojas. Não é razoável supor que a empresa diariamente buscasse recuperar as informações do login no sistema (o que não se daria automaticamente, mas necessitaria de um trabalho técnico) apenas para saber até que horas o gerente trabalhou.

Em resumo, a reclamada demonstrou que não havia submissão a controle de jornada.

Não fosse suficiente, conforme esclarecido pela ré em sua defesa, o autor da presente demanda foi ouvida como testemunha nos autos do Processo Nº 0000226-65.2014.5.21.0014, que tramitou perante a 4ª Vara do Trabalho de Mossoró/RN, e, após devidamente compromissado, relatou o seguinte:

"[...] que trabalhou com o reclamante para a reclamada; que atualmente trabalha na empresa; que ele(a) depoente exerce a função de gerente de relacionamento; [...]; que a jornada de trabalho da reclamante não sofreria controle. [...]"

Por fim, importa registrar ainda que todos os documentos relativos ao vínculo de emprego objeto da presente demanda privilegiam a tese empresária. Na Ficha de Registro do reclamante (ID 3f827ae), está consignado, no campo "horário de trabalho", que o trabalhador exerce atividade externa incompatível com a fixação de horário de trabalho. Já o Contrato de Trabalho (ID dba882d), no qual consta a devida chancela do reclamante, evidencia em sua cláusula terceira que "o empregado não estará sujeito a controle de horário de trabalho, por exercer função externa incompatível com a fixação de horário de trabalho, nos termos do art. 62, I da CLT".

Em razão de todo o exposto, reconheço o regime de trabalho do reclamante como incompatível com o controle de jornada, atraindo a incidência do art. 62, I da CLT e julgo improcedentes os pedidos referentes às horas extras em razão de sobrejornada, supressão de repousos e de intervalos. Por conseguinte, igualmente improcedentes os pedidos de reflexos destas parcelas, ante a sua natureza acessória.

O reclamante alegou na inicial que *iniciava sua jornada de trabalho em torno das 07h30min/08h e findava, normalmente, às 19h30min/20h, em média, dispondo de não mais que 30/40 minutos de intervalo para descanso e alimentação. Os horários informados eram praticados de segunda à sexta-feira. Aos sábados laborava das 09h às 19h, com 30/40 de intervalo. Ainda, na média de dois domingos por semestre, o reclamante laborava em feirões promovidos pela reclamada, na média de 07h30min/8h às 19h30min/20h.* (fl. 02)

O inciso I do art. 62 da CLT reza que não são abrangidos pelo capítulo que trata da jornada de trabalho "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".

Do contrato de trabalho consta que o reclamante foi contratado em 30/07/2010 para o cargo de *Gerente de Relacionamento Veículos I* e, no item 3, registra que o empregado *não está sujeito a controle de horário, por exercer função externa incompatível com a fixação de horário de trabalho nos termos do art. 62, I, da CLT* (fl. 692). A seu turno, na ficha de registro do contrato do empregado (fl. 693) consignou-se no campo *horário de trabalho*, que o empregado exerce atividade externa incompatível com a fixação de horário de trabalho.

Ao seu ouvido em juízo, o reclamante afirmou que:

"que a empresa tem uma filial em Natal; que o depoente era cadastrado nessa filial em Natal e trabalhava nas concessionárias representando a reclamada; que no geral o depoente permanecia ao longo de seu expediente numa concessionária da Volkswagen; que em razão do grande movimento é considerado uma loja âncora; que existem lojas secundárias, mas muitas vezes o depoente conseguia fazer o atendimento dessas lojas por whatsapp permanecendo na loja âncora; que o depoente era gerente de relacionamento; que trabalhava das 7h30/8h às 19h30/20h com intervalo de 30 a 40 minutos, sendo que muitas vezes passava o intervalo com o celular ao lado, uma vez que o atendimento era o grande diferencial para a realização dos contratos; que esse horário era de segunda a sábado; que confrontado com o horário da exordial, confirma que os horários realmente começavam às 7h30/8h aos sábados, uma vez acompanhava o horário da concessionária; que havia mais de seis bancos concorrentes de modo que a presença do depoente fazia a diferença; que em dois finais de semana, a cada seis meses, em média, trabalhava em feirões que eram mais "agressivos" em relação ao horário; que nos feirões

*almoçava no próprio local de trabalho e nos sábados de feirão acontecia de ir até 20h/21h; que no início havia seis gerentes, mas depois eles foram sendo demitidos e no fim havia somente dois em Mossoró e um em Pau dos Ferros; que o depoente se reportava à gerente Lillian que ficava em Natal; **que havia acompanhamento de horário através de whatsapp sendo que no sábado tinha que bater foto para mostrar que estava na concessionária; que tinha meta de vendas; que o controle dos horários eram feitos através de planilhas, emails e grupos de whatsapp**, especialmente com a obrigação de mandar foto na qual tinha que aparecer a logomarca da concessionária; que em uma vez precisou ir a um velório e foi constrangedor pois em um primeiro momento sua saída não foi liberada; que se o depoente não atendesse uma ligação da empresa eles logo ligavam diretamente para a concessionária; que o depoente passava 90% de seu tempo nas concessionárias e 10% nas secundárias; que não atendia os clientes nas residências; que no caso do depoimento prestado no processo 22665, da 4ª Vara do Trabalho de Mossoró, o depoente estava se referindo ao horário de trabalho de uma promotora, tendo informado naquela ocasião que não sabia qual o horário praticado por ela; que na época em que o depoente foi ser testemunha essa pessoa trabalhava como promotora." **As perguntas da reclamada, respondeu:** "que geralmente fazia uma visitasemanal às outras lojas, sendo uma visita rápida apenas para colher contratos; que o gerente de filial traçava metas e as prioridades, de modo que o depoente fazia as visitas às lojas secundárias com base nessa demanda; **que o gerente de filial tem de 12 a 13 gerentes de relacionamentos subordinados a ele; que o gerente de filial conseguia fazer todo esse controle dos seus subordinados através do whatsapp**; que os feirões eram físicos, em Mossoró; que havia feirões promovidos pelas concessionárias e também pelo próprio banco reclamado; que em média a concessionária fica aberta ao público das 7h30 até 18h/18h30; que todavia, se o cliente iniciar a compra de um carro às 16h30, por exemplo, o vendedor fica com ele até a entrega do veículo, não tendo hora para encerrar; que o depoente fica com o cliente até encerrar a parte do pagamento; que as concessionária também tem plantonistas que abrem as lojas aos domingos."*

A testemunha trazida pelo reclamante, por sua vez, asseverou que: *o horário era controlada por whatsapp, ligações e pelo login no sistema; que às vezes também tinha reuniões on line; que acredita que o reclamante sofria esse mesmo tipo de controle; que participava de um grupo de whatsapp junto com o reclamante e outros funcionários; que também ia com o reclamante para treinamentos em Natal;"* (fl. 1322)

A testemunha trazida pela reclamada, a seu turno, disse que: *que o sistema de trabalho era dinâmico e o depoente não ficava em um local fixo; que às vezes certas gerências podiam demanda que os gerentes ficassem em local fixo durante a maior parte, mas de todo modo tinha que visitar outras lojas; que pessoalmente o depoente nunca recebeu cobrança ou controle de horário; que não assinava ponto; que a reclamada faz controle da meta diário a fim de poder verificar o atingimento da meta mensal e anual; que esse controle da meta é feito por whatsapp ou pela manhã o funcionário liga para o depoente para saber a projeção de pagamento do dia e, após a pandemia, no início da tarde passou a entrar em contato novamente; que o reclamante trabalhava nesse mesmo sistema que o depoente."* (fl. 1322).

Na hipótese, verifica-se que o reclamante exerceu atividade externa (gerente de relacionamento veículos), em todo o período do vínculo empregatício (de 30/07/2010 a 17/02/2020), percebendo remuneração variável (salário fixo, acrescido de comissões, conforme fls. 724 e ss.).

Analisando a prova oral colhida, observa-se que o reclamante trabalhava efetuando visitas diárias as lojas/estabelecimentos secundários da reclamada, sem efetivo controle de sua jornada. Inexistiam itinerários préestabelecidos pela ré, havendo liberdade para organização e duração dessas visitas. Não havia obrigação de iniciar e terminar a jornada na empresa ou em horário específico, tampouco o acompanhamento do trajeto por meio de equipamento via satélite.

Não há, no caso concreto, elemento de prova apto a afastar a conclusão de real impossibilidade de controle do trabalho externo efetuado pelo reclamante. Veja-se que, quando o empregado, como na hipótese, trabalha se deslocando em carro sem controle via satélite e sem obrigatoriedade de comparecimento à sede da empresa no início e término de sua jornada, impossibilita-se, na prática, o efetivo controle da sua jornada.

Impende ressaltar que a comunicação por aplicativo de mensagens e por meio de acesso aos computadores não tinham a finalidade de controlar a jornada do empregado, sendo tais instrumentos utilizados para registro das vendas/contratos e comunicações internas, não tendo por fim o controle, mesmo porque não constituem forma eficaz de aferir a jornada em tempo real, tendo em vista que o trabalhador pode não estar *necessariamente* trabalhando ao fazer esse tipo de comunicação.

Ademais, como o reclamante recebia premiações/comissões por cumprimento de metas, tinha

interesse em efetuar mais vendas e, conseqüentemente, ficava a seu critério o número de horas de trabalho prestadas, inclusive para extrapolar a jornada legal, assim como, o período que usufruiria do seu intervalo intrajornada, não se podendo impor tal ônus à empregadora.

De ressaltar, por fim, que os contracheques a que faz referência o reclamante/recorrente, consignam o pagamento de horas extras nos meses de setembro/2010 e julho/2011 (fl. 1427), referindo-se, portanto, à período prescrito do contrato de trabalho, tendo em vista que a sentença declarou extintos com resolução do mérito os títulos anteriores a 24.03.2015.

Outrossim, com base no princípio da imediação, devem ser valorizadas as impressões do magistrado de primeiro grau, tendo em vista que colheu diretamente a prova e, em razão disso, pôde aferir a firmeza e hesitação das partes ouvidas, formando daí o seu convencimento.

Portanto, reconhece-se que o recorrente se insere na exceção prevista no inciso I do art. 62 da CLT por exercer atividade externa incompatível com a fixação de horário de trabalho e, em consequência, mantém-se a sentença que indeferiu o pleito de horas extras por extrapolação de jornada e por supressão do intervalo intrajornada.

Nego provimento.

Integração de verbas variáveis

O reclamante postula a integração ao salário das verbas variáveis (comissões e prêmios) pela venda de produtos da reclamada.

Na inicial, o reclamante afirmou que recebia verbas variáveis pela venda de produtos da ré, como empréstimos, capitalizações, consórcios, dentre outros, cujos valores eram pagos sob diversas rubricas nos contracheques, mas a empresa *não considerava esses valores para fins de pagamento dos repousos remunerados (incluídos os sábados e feriados - normas coletivas anexas), férias acrescidas de 1/3, 13º salários, horas extras*. Em razão disso, requereu a condenação da reclamada ao pagamento de diferenças salariais oriundas da integração de tais verbas.

O Juízo *a quo* indeferiu o pleito adotando a seguinte fundamentação (ID. ff9d4c6 - Pág. 9 - fls. 1354):

Disse a parte autora que, ao longo do contrato, a reclamada procedia ao pagamento de parte da remuneração de forma variável, sob a rubrica de comissões e prêmios por vendas, tais como: "Programa de Força de Vendas" e "DSR Programa de Força de Vendas", "Prêmio BV Mais", "DSR Prêmio BV Mais", "Prêmio Capitalização", "DSR Prêmio Capitalização", "Prêmio Consórcio", "DSR Prêmio Consórcio". Relatou que estas parcelas não integravam a remuneração e, por conseguinte, não refletiam em férias, 13º salários e FGTS, causando-lhe prejuízo.

Sem razão, contudo, o demandante.

Analisando os contracheques trazidos aos autos, é possível identificar que, quando havia o pagamento das parcelas às quais fez referência o reclamante, a empresa procedia à inclusão destas na base de cálculo das demais verbas, deixando isso evidente no próprio holerite, do qual consta campo próprio consignando a base de cálculo do FGTS.

Pelo exposto, igualmente improcedente o pedido de reconhecimento da natureza salarial das parcelas adimplidas a título de comissões e prêmios, eis que já assim consideradas pela reclamada. Tratando-se de pedido acessório, indevidos também os reflexos.

Segundo fundamentou a juíza prolatora da sentença de primeira instância, sem refutação recursal específica, *"é possível identificar que, quando havia o pagamento das parcelas às quais fez referência o reclamante, a empresa procedia à inclusão destas na base de cálculo das demais verbas, deixando isso evidente no próprio holerite, do qual consta campo próprio consignando a base de cálculo do FGTS"*.

As razões recursais do reclamante, contudo, não tecem qualquer argumentação no sentido de demonstrar o equívoco da conclusão a que chegou a magistrada. Ora, ao recorrer, cabia ao reclamante contrapor a fundamentação adotada na sentença quanto à integração, apontando analiticamente nos autos os documentos/contracheques que comprovassem o erro da magistrada ao considerar que a reclamada procedia à correta inclusão das verbas nos contracheques.

Nesse contexto, diante da ausência de razões recursais aptas a afastar o entendimento *a quo*, não há razões para reforma.

Nego provimento.

Prejudicado o pleito recursal referente à condenação da reclamada ao pagamento de honorários de sucumbência.

Recurso da reclamada

Honorários advocatícios. Beneficiário da justiça gratuita

Em suas razões recursais (ID. 8069d6b - fls. 1375-1386), a reclamada pede a reforma da sentença para condenar o reclamante ao pagamento de honorários advocatícios. Argumenta que *apesar de ser beneficiário da justiça gratuita, deve arcar sim com o pagamento dos honorários, não se falando em inconstitucionalidade do § 4º do art. 790-B, §§ 3º e 4º do art. 791-A e § 2º do art. 844, da CLT, introduzidos pela Lei nº 13.467/2017, especialmente por já ter sido ajuizada ação junto ao Supremo Tribunal Federal ADI5766*. (fl. 1380). Ao final, afirma que *o recurso deve ser conhecido e provido para deferir o pagamento de honorários sucumbências, por estar em plena conformidade com a atual legislação trabalhista*. (fl. 1385).

Embora sucumbente o reclamante, a sentença de primeiro grau deixou de condená-lo ao pagamento de honorários advocatícios, concluindo que:

Entendo, assim, que a sucumbência recíproca somente pode ser aplicável no processo do trabalho quando a parte, reclamante ou reclamada, não seja beneficiária da justiça gratuita.

Diante de todo o exposto, lançando mão do controle de constitucionalidade difuso, com efeitos apenas inter partes, declaro de forma incidental a inconstitucionalidade do § 4º do art. 790-B, §§ 3º e 4º do art. 791-A e § 2º do art. 844, da CLT, introduzidos pela Lei nº 13.467/2017, por cerceamento ao direito de acesso ao Poder Judiciário, previsto no art. 5º, XXXV, da CF, e, em consequência, deixo de aplicá-los ao presente caso. (fl. 1358).

Inicialmente cabe registrar que a Lei nº 13.467/2017 (Reforma Trabalhista) instituiu novo regramento sobre a matéria envolvendo honorários advocatícios, sendo que esta possui aplicação imediata quanto às regras de natureza processual, ressalvando-se, no entanto, a integridade dos atos e situações consolidadas na lei anterior, nos termos do artigo 14 do CPC.

Assim, a mudança perpetuada em relação ao princípio da sucumbência tem aplicabilidade, no caso das demandas decorrentes das relações de emprego, às ações trabalhistas ajuizadas a partir do dia 11.11.2017, data da entrada em vigor da Lei citada, como no caso, em que a ação foi ajuizada em 24/03/2020.

O artigo 791-A da CLT trouxe a mudança envolvendo os honorários advocatícios, estando assim redigido:

Art. 791-A. Ao advogado, ainda que atue em causa própria, serão devidos honorários de sucumbência, fixados entre o mínimo de 5% (cinco por cento) e o máximo de 15% (quinze por cento) sobre o valor que resultar da liquidação da sentença, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

§ 1º Os honorários são devidos também nas ações contra a Fazenda Pública e nas ações em que a parte estiver assistida ou substituída pelo sindicato de sua categoria. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

§ 2º Ao fixar os honorários, o juízo observará: (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

I - o grau de zelo do profissional; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

II - o lugar de prestação do serviço; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

III - a natureza e a importância da causa; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

IV - o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

§ 3º Na hipótese de procedência parcial, o juízo arbitrarará honorários de sucumbência recíproca, vedada a compensação entre os honorários. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

§ 4º Vencido o beneficiário da justiça gratuita, desde que não tenha obtido em juízo, ainda que em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa, as obrigações decorrentes de sua sucumbência ficarão sob condição suspensiva de exigibilidade e somente poderão ser executadas se, nos dois anos subsequentes ao trânsito em julgado da decisão que as certificou, o credor demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade, extinguindo-se, passado esse prazo, tais obrigações do beneficiário. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

§ 5º São devidos honorários de sucumbência na reconvenção. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

Dessa feita, percebe-se que o novo regramento, em similaridade com o processo civil, impõe a obrigação da parte vencida de pagar honorários advocatícios sucumbenciais, ainda que a demanda tenha sido julgada parcialmente procedente e que seja o reclamante beneficiário da justiça gratuita.

Merece destaque o § 4º do artigo em análise ao disciplinar que o autor vencido, beneficiário da justiça gratuita, terá o encargo de suportar os honorários *desde que não tenha obtido em juízo, ainda que em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa, as obrigações decorrentes de sua sucumbência ficarão sob condição suspensiva de exigibilidade e somente poderão ser executadas se, nos dois anos subsequentes ao trânsito em julgado da decisão que as certificou, o credor demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade, extinguindo-se, passado esse prazo, tais obrigações do beneficiário.*

Nota-se que a interpretação literal do referido artigo poderia conduzir à violação do artigo 5º, *caput*, da CF, por ofensa ao princípio da isonomia processual, ao se impor, no processo do trabalho, que o beneficiário da Justiça Gratuita, na sua maioria trabalhadores desempregados, um ônus processual que não se exige no processo civil, usando-se verba alimentar, reconhecida judicialmente, para quitar verba honorária.

Deve ser lembrado que o conteúdo do art. 833, IV, do CPC dispõe que são impenhoráveis os *vencimentos, os subsídios, os soldos, os salários, as remunerações, os proventos de aposentadoria, as pensões, os pecúlios e os montepios, bem como as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e de sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, ressalvado o § 2º.*

Registre-se que foi ajuizada Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 5766 - DF) no Supremo Tribunal Federal onde se discute, dentre outras, a constitucionalidade do § 4º do art. 791-A da CLT, tendo o Exmo. Min. Luís Roberto Barroso, no seu voto, quanto à matéria, decidido que *1. O direito à gratuidade de justiça pode ser regulado de forma a desincentivar a litigância abusiva, inclusive por meio da cobrança de custas e de honorários a seus beneficiários. 2. A cobrança de honorários sucumbenciais do hipossuficiente poderá incidir: (i) sobre verbas não alimentares, a exemplo de indenizações por danos morais, em sua integralidade; e (ii) sobre o percentual de até 30% do valor que exceder ao teto do Regime Geral de Previdência Social, mesmo quando pertinente a verbas remuneratórias.* Em seguida, foi suscitada divergência pelo Exmo. Min. Edson Fachin, para declarar a inconstitucionalidade dos dispositivos constitucionais enfrentados, sob o argumento de que houve ofensa aos direitos fundamentais da assistência jurídica integral e gratuita e de acesso à justiça, contidos, respectivamente, nos incisos LXXIV e XXXV do art 5º da Constituição Federal, e o julgamento foi suspenso em razão do pedido antecipado de vista do ministro Luiz Fux. (STF - Informativo nº 901 - Título ADI e "Reforma Trabalhista").

Destaque-se, ainda, que, tendo em vista a cláusula da reserva de plenário, resta inviabilizada a discussão incidental da inconstitucionalidade do dispositivo legal em tela no âmbito de órgão fracionário do Tribunal (art. 97 da CF).

Portanto, diante de todo o exposto e visando a harmonia interpretativa do ordenamento jurídico, tem-se que é possível a condenação do beneficiário da Justiça Gratuita nos honorários advocatícios, nos termos do art. 791-A da CLT, mas, concedendo a tal dispositivo consolidado interpretação conforme a Constituição, entendo que não é possível a compensação de créditos alimentares trabalhistas do reclamante para o respectivo pagamento, posto que a exigibilidade da verba honorária não pode estar condicionada ao recebimento de verba alimentar.

Nesse contexto, **diante da sucumbência do reclamante, imperiosa sua condenação ao**

pagamento de honorários advocatícios sucumbenciais, em favor do patrono da reclamada.

Com relação ao percentual dos honorários, segundo a redação do § 2º do art. 791-A da CLT, o juiz, ao fixá-lo, deve observar o grau de zelo do profissional; o lugar de prestação do serviço; a natureza e a importância da causa; o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

No caso dos autos, verifica-se que o advogado elaborou a contestação com redação clara e sem ponderações desnecessárias, primando pela técnica processual ao explicar as preliminares e o mérito, estruturando a peça em tópicos de forma organizada e bem formatada, o que demonstra zelo e, ao fim, otimiza a prestação jurisdicional.

A demanda foi ajuizada em 24/03/2020 e a sentença proferida em 14/03/2021, sendo necessário o comparecimento em uma única audiência, que fora realizada de forma telepresencial (despacho fl. 1319), não havendo, assim, necessidade de deslocamentos para o exercício da atividade profissional. Além disso, foram anexados documentos prescindíveis e sem pertinência à temática discutida nos autos.

A complexidade jurídica da causa é de grau baixo, pois abrange, basicamente, horas extras e integração de parcelas ao salário, matérias recorrentes nesta Especializada, o que diminui o tempo exigido para a elaboração do serviço pelo advogado.

Nesse contexto, levando em consideração todos os parâmetros determinados pela legislação acerca da matéria, fixo o percentual de 5% sobre as verbas julgadas improcedentes (o proveito econômico obtido pela reclamada), em favor do advogado da reclamada, porquanto atende aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

Outrossim, aplica-se a condição suspensiva prevista no § 4º do art. 791-A da CLT, ficando suspensa a exigibilidade do pagamento até posterior comprovação de que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos reconhecida em sentença.

Recurso a que se dá parcial provimento para condenar a parte reclamante ao pagamento de honorários advocatícios sucumbenciais, no percentual de 5% sobre as verbas julgadas improcedentes, em favor do patrono da reclamada, a ser apurado em liquidação, ficando a suspensão a exigibilidade, na forma prevista no § 4º do art. 791-A da CLT e ressalvando-se que o pagamento deve se dar apenas por meio de recursos provenientes de verbas não alimentares.

CONCLUSÃO

Ante o exposto, conheço dos recursos ordinários e, no mérito, nego provimento ao recurso do reclamante; e dou provimento parcial ao recurso da reclamada para condenar a parte reclamante ao pagamento de honorários advocatícios sucumbenciais, no percentual de 5% sobre as verbas julgadas improcedentes, em favor do patrono da reclamada, ficando a suspensão a exigibilidade, na forma prevista no § 4º do art. 791-A da CLT, ressalvando-se que o pagamento deve se dar apenas por meio de recursos provenientes de verbas não alimentares, nos termos da fundamentação.

Isto posto, em sessão de julgamento virtual realizada nesta data, sob a Presidência do Excelentíssimo Senhor Desembargador José Barbosa Filho, com a presença dos Excelentíssimos Senhores Desembargadores Ricardo Luís Espíndola Borges e Maria Auxiliadora Barros de Medeiros Rodrigues (Relatora) e da Representante da Procuradoria Regional do Trabalho da 21ª Região, Dra. Heloise Ingersoll Sá,

ACORDAM os Excelentíssimos Senhores Desembargadores Federais da Primeira Turma de Julgamento do Tribunal Regional do Trabalho da Vigésima Primeira Região, por unanimidade, conhecer dos recursos ordinários. Mérito: por unanimidade, negar provimento ao recurso do reclamante; por unanimidade, dar provimento parcial ao recurso da reclamada para condenar a parte reclamante ao pagamento de honorários advocatícios sucumbenciais, no percentual de 5% sobre as verbas julgadas improcedentes, em favor do patrono da reclamada, ficando a suspensão a exigibilidade, na forma prevista no § 4º do art. 791-A da CLT, ressalvando-se que o pagamento deve se dar apenas por meio de recursos provenientes de verbas não alimentares, nos termos da fundamentação.

Obs.: Sessão de Julgamento Virtual, instituída pelo ATO TRT21-GP Nº 41/2020. O

Excelentíssimo Senhor Desembargador Presidente da Turma votou no presente processo para compor o "quorum" mínimo. Ausente, justificadamente, a Excelentíssima Senhora Desembargadora Joseane Dantas dos Santos. Sustentação oral pelo advogado da **BV FINANCEIRA S.A., DR. MARCOS FERREIRA DE MORAIS DA SILVA.**

Natal/RN, 22 de junho de 2021.

AUXILIADORA RODRIGUES
Desembargadora Relatora

VOTOS



Assinado eletronicamente por: **[MARIA AUXILIADORA BARROS DE MEDEIROS RODRIGUES]** - ffd2e6e

<https://pje.trt21.jus.br/segundograu/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam> Documento assinado pelo Shodo

