



**Poder Judiciário
Justiça do Trabalho
Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região**

Recurso Ordinário Trabalhista 1001204-16.2020.5.02.0023

Relator: ADRIANA PRADO LIMA

Processo Judicial Eletrônico

Data da Autuação: 25/10/2021

Valor da causa: R\$ 100.000,00

Partes:

RECORRENTE: -----

ADVOGADO: WALTER WILIAM RIPPER ADVOGADO: WAGNER WELLINGTON RIPPER
ADVOGADO: BIANCA DE ANTONI LOVISON BUDDA ADVOGADO: RENATO REQUENA
ADVOGADO: WILTON ASSIS DE CARVALHO

RECORRENTE: -----

ADVOGADO: JOAO PAULO FOGACA DE ALMEIDA FAGUNDES ADVOGADO: RONALDO
RAYES

RECORRIDO: -----

ADVOGADO: JOAO PAULO FOGACA DE ALMEIDA FAGUNDES ADVOGADO: RONALDO
RAYES

RECORRIDO: -----

ADVOGADO: WALTER WILIAM RIPPER ADVOGADO: WAGNER WELLINGTON RIPPER
ADVOGADO: BIANCA DE ANTONI LOVISON BUDDA ADVOGADO: RENATO REQUENA

PAGINA_CAPA_PROCESSO_PJEADVOGADO: WILTON ASSIS DE
CARVALHO

PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 2ª REGIÃO



PROCESSO nº 1001204-16.2020.5.02.0023 (ROT)

RECORRENTE: ----- , -----

RECORRIDO: ----- , -----

RELATOR: ADRIANA PRADO LIMA

JUIZ(A) PROLATOR(A) DA SENTENÇA: LUCY GUIDOLIN BRISOLLA

INTERVALO ARTIGO 384, DA CLT. CABIMENTO. O art. 384 da CLT, em vigor anteriormente à Lei 13.467/2017, foi recepcionado pela Constituição Federal. Na mesma esteira a Súmula nº 28 deste E. Regional. Ressalte-se que a observância do intervalo do art. 384, não está adstrito à ocorrência habitual, como é o caso do intervalo intrajornada de uma hora na extração da jornada de seis horas. Trata-se de norma de ordem pública, que visa proteger a saúde, segurança e higiene física da mulher. Logo, ao ser descumprido, redonda no pagamento desse período como hora extraordinária, não havendo que se falar em mera infração administrativa.

Inconformado com a r. sentença de ID. d2eb1ea, que julgou PROCEDENTE EM PARTE a ação, recorrem as partes.

A Reclamante, em suas razões de ID. d219428, argui, preliminarmente, cerceamento de defesa e contesta a a sentença proferida quanto a enquadramento sindical, redução salarial, adicional de periculosidade, honorários periciais, horas extras, intervalo do artigo 384 da CLT, dobra de férias, diferenças de verbas rescisórias, previdência privada, multas normativas, correção monetária e honorários de sucumbência.

Tempestivo.

Isenta de preparo.

Representação processual regular (IDs. ad8fa98 e fcddc36).

Contrarrazões (ID. f98c644).

ID. 4dac188 - Pág. 1

A Reclamada, em suas razões de ID. 2dc1a1e, contesta a a

Assinado eletronicamente por: ADRIANA PRADO LIMA - 07/06/2022 16:49:09 - 4dac188
<https://pje.trt2.jus.br/segundograu/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam?nd=21110309184067200000094281353>
Número do processo: 1001204-16.2020.5.02.0023
Número do documento: 21110309184067200000094281353



sentença proferida quanto a equiparação salarial e DSRs.

Tempestivo.

Preparo adequado (ID. 7775d67, 5598a29, 812cbcd e 9971561).

Representação processual regular (ID. 2b954ae).

Contrarrazões (ID. 4f5b6cf).

É o relatório.

VOTO

Conheço dos recursos, por presentes os pressupostos de admissibilidade.

Relação de trabalho, objeto da ação: desde 18/08/1994 a 11/02 /2020

Distribuição: 09/11/2020.

RECURSO DO RECLAMANTE

Preliminar - Cerceamento

Afirma a Reclamante que o Juízo a quonegou, sob protestos (ID. 2a72c58), oportunidade de produzir prova pericial para comprovar as alegações iniciais referentes ao inadimplemento de DSR's. Atesta que, embora tenha sido julgada procedente o pedido de pagamento dos DSR's sobre a remuneração variável, eventual entendimento contrário deste E. TRT, julgando a improcedência do pedido, caracterizará o prejuízo da Reclamante em relação a tal pedido, restando, nesse caso, configurado o cerceamento do direito de produzir provas, ferindo os princípios constitucionais de acesso ao devido processo

legal (Art. 5º, LIV, CF) e do contraditório e da ampla defesa (Art. 5º, LV, CF). Requer, nesse caso, seja declarada a nulidade da sentença proferida, com a consequente reabertura da instrução processual, autorizando-se a produção de prova pericial contábil, com vista à comprovação das alegações iniciais de inadimplementos de DSR's.

Assim foi decidido no despacho de ID. 9d6ce7b:

"Vistos.

(...)

Decido.

A perícia técnica contábil requerida, neste momento processual, é desnecessária. Eventuais diferenças a serem quitadas a título de remuneração dos descansos semanais podem ser obtidas por meio de simples cálculos confrontando-se os valores constantes dos relatórios do "Field Management System", juntados com a petição inicial (fls. 307/313), e os recibos de pagamentos coligidos com a defesa. Nesse sentido, o cálculo já foi lançado, de modo exemplificativo, na petição inicial.

Indefiro."

A liberdade de direção do processo garantida ao magistrado (art. 765 da CLT) e o princípio da livre apreciação da prova (art. 371, da Lei 13.105/2015 - novo CPC) permitem que o julgador se valha de quaisquer circunstâncias e fatos ocorridos nos autos para formar o seu convencimento, não se reputando qualquer violação a direito da parte o indeferimento de diligências que nada acrescentem à solução do feito (art. 370, da Lei 13.105 /2015 - novo CPC), sobretudo porque as provas - registrem-se, de titularidade do Juízo, e não das partes - servem unicamente para formação do convencimento do julgador.

Como bem explanou o Juiz a quona decisão mencionada, a realização da perícia contábil mostrou-se desnecessária, tanto que a sentença deferiu o pedido. Não pode a parte alegar cerceamento de defesa CASO haja reversão do julgamento.

Não há, portanto, nulidade a ser declarada, na medida em que o magistrado é o responsável pela direção do processo, pode indeferir provas que entender impertinentes, não se vislumbrando, no presente caso, excesso do Juízo de primeiro grau que configurasse cerceamento de defesa.

Rejeito.

Enquadramento Sindical

ID. 4dac188 - Pág. 3

Relata a Reclamante que o Juízo a quo julgou improcedente o pedido de enquadramento sindical ao SINDPD - SINDICATO DOS EMPREGADOS EM EMPRESAS DE PROCESSAMENTO DE DADOS, DE SERVIÇOS DE COMPUTAÇÃO, DE INFORMÁTICA E TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO E DOS TRABALHADORES EM PROCESSAMENTO DE DADOS, SERVIÇOS DE COMPUTAÇÃO, INFORMÁTICA E TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO DO ESTADO DE SÃO PAULO, indeferindo também, por corolário, os pedidos que se embasaram em tais normas coletivas. Para tanto, considerou que a Reclamada tem por objetivo a prestação de serviços de informática, mas, com a mesma preponderância, também tem por objetivo a pesquisa e o desenvolvimento, a indústria, o comércio de máquinas e os serviços em geral, inclusive importação e exportação, conforme revela o contrato social juntado aos autos. Alega a Recorrente que a Reclamada é publicamente concorrente da empresa Microsoft, sendo certo que há muitos anos sua atividade preponderante passou a ser a de desenvolvimento de programas de TI (Processamento de Dados).

Atesta a Autora que, conforme artigo 2º do contrato social da Ré (ID. 2b954ae), a sua atividade preponderante é o desenvolvimento e manutenção de programas de computador e de processamento de dados, pois a comercialização de produtos depende de seu desenvolvimento, caracterizando atividade secundária. Afirma que o enquadramento ao Sindicato dos Comerciários tem-se revelado mais vantajoso para a Recorrida, em evidente prejuízo aos seus empregados.

Assim constou da sentença:

"Categoria profissional"

A reclamante persegue direitos previstos nas Convenções Coletivas de Trabalho firmadas pelo Sindicato dos Empregados em Empresas de Processamento de Dados, Serviços de Computação, de Informática e Tecnologia da Informação e dos Trabalhadores em Processamento de Dados, Serviços de Computação, Informática e Tecnologia da Informação do Estado de São Paulo - SINDPD e pelo Sindicato das Empresas de Processamento de Dados e Serviços de Informática no Estado de São Paulo - SEPROSP.

A reclamada impugna a pretensão, asseverando que a questão já foi decidida nos autos do processo 01637-12.2008.5.02.0061 e que a reclamante, no exercício da função de gerente de vendas, é representada pelo Sindicato dos Empregados no Comércio de São Paulo.

Há coisa julgada quando é repetida ação que já foi decida por sentença, da qual não caiba mais qualquer recurso (CPC, art. 337, § 4º), ou seja, que se verifique a tríplice identidade: partes, pedido e causa de pedir (§ 2º).

ID. 4dac188 - Pág. 4

A reclamante não figurou como parte no processo nº 0163712.2008.5.02.0061, razão pela qual não recai sobre ela os efeitos da coisa julgada. Mas, reclamada tem razão no tocante às normas coletivas aplicadas ao contrato de trabalho da reclamante.

A categoria profissional é caracterizada de acordo com a atividade preponderante da empresa (CLT, art. 511, § 2º), salvo se existir categoria diferenciada (§ 3º).

É certo que a reclamada tem por objetivo a prestação de serviços de informática, mas não menos certo que, com a mesma preponderância, também tem por objetivo a pesquisa e o desenvolvimento, a indústria, o comércio de máquinas e os serviços em geral, inclusive importação e exportação, conforme revela o contrato social juntado aos autos (fl. 1870).

A função exercida pela reclamante, de gerente de vendas, está ligada ao segundo objetivo social da empresa e igualmente preponderante. Assim, as Convenções Coletivas de Trabalho firmadas pelo SINDPD e o SEPROSP juntadas com a petição inicial não se aplicam ao contrato de trabalho da reclamante.

Não procedem os pedidos de pagamento de diferenças salariais decorrentes de reajuste normativo, inclusive do salário variável, limitação da jornada de trabalho em 40 horas, remuneração adicional diferenciada sobre as horas extras e multas pelo descumprimento das normas coletivas."

O enquadramento sindical está vinculado diretamente à atividade preponderante desenvolvida pelo empregador. Nesse sentido é o disposto no art. 581 da CLT, principalmente o parágrafo 2º, que assim dispõe:

"§ 2º - Entende-se por atividade preponderante a que caracterizar a unidade de produto, operação ou objetivo final, para cuja obtenção todas as demais atividades convirjam, exclusivamente,

Assinado eletronicamente por: ADRIANA PRADO LIMA - 07/06/2022 16:49:09 - 4dac188

<https://pje.trt2.jus.br/segundograu/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam?nd=21110309184067200000094281353>

Número do processo: 1001204-16.2020.5.02.0023

Número do documento: 21110309184067200000094281353

em regime de conexão funcional. (Redação dada pela Lei n.º 6.386 , de 09-12-76, DOU 10-12-76)".

O objeto social da Recorrida, constante do contrato social de ID. 2b954ae, é "a pesquisa e o desenvolvimento, a indústria, o comércio e os serviços em geral, inclusive a importação e exportação; a prestação de serviços de informática, tais como o processamento de dados em geral e outros de natureza correlata; a produção, a comercialização e manutenção de programas de computador; a consultoria na área de serviços de informática e a prestação de serviços de integração, instalação e assistência técnica de equipamentos e sistemas de informática; o ensino e treinamento de recursos humanos em serviços de informática; a consultoria e a prestação de serviços na área de recursos humanos tais como: recrutamento e seleção, avaliações e relatórios de desempenho, cursos de formação e aconselhamento, pesquisa e análise do mercado e a formação

ID. 4dac188 - Pág. 5

comercial, o fornecimento de soluções de software e de tecnologia da informação para apoiar os serviços da área de recursos humanos, bem como todas as atividades comerciais e de representação comercial necessárias para o cumprimento de seu objeto social."

Verifica-se que a criação e desenvolvimento dos programas de informática são tão importantes quanto a sua comercialização, assim como a prestação na área de recursos humanos e de consultoria, sendo todas estas atividades preponderantes da Ré.

Verifica-se, outrossim, da CTPS da Autora, recolhimentos sindicais feitos pela Recorrida junto ao Sindicato dos Empregados no Comércio de São Paulo. Ressalte-se que as próprias funções desenvolvidas pela Reclamante relacionam-se à comercialização de produtos de informática.

Desta feita, correta a sentença que reconheceu a legitimidade do SINDICATO DOS EMPREGADOS NO COMÉRCIO DE SÃO PAULO para representar os empregados da Reclamada.

Correta, portanto, a decisão da sentença que julgou inaplicáveis os

instrumentos normativos juntados pela Reclamante.

Mantenho.

Redução Salarial

Insurge-se a Reclamante contra a decisão de origem que não reconheceu a ocorrência de redução salarial, indeferindo seu pedido de diferenças salariais. Alega que as alterações na estrutura de remuneração, tais como implementadas pela Recorrida, implicaram em transferência à Recorrente dos riscos do empreendimento, com redução do salário fixo e mantida ou alterada a remuneração global de acordo com os resultados. Ressalta que, ao contrário dos fundamentos da sentença atacada, embora em alguns meses a operação em questão tenha beneficiado a Recorrente, com incremento de sua remuneração, em outros é certo que a Autora recebeu apenas o salário reduzido, o que se observa das próprias planilhas que instruíram a defesa.

Foi decidido na sentença:

"Alteração prejudicial

ID. 4dac188 - Pág. 6

Reza o artigo 468 da CLT que "só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e ainda assim desde que não resultem, direta ou indireetamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia".

É incontroverso que a reclamante recebia salário fixo mensal e, após sua inclusão no plano de incentivos, passou a receber remuneração composta de salário fixo reduzido (fl. 60) acrescido, em contrapartida, de comissões variáveis.

A reclamante prestou depoimento e declarou que aderiu ao plano de incentivo, cujas regras constavam na ferramenta denominada de "FMS" ("Field Management System"), pois era condição para receber as comissões.

Ao contrário do que alega na petição inicial, a alteração da composição da remuneração da reclamante, em junho de 2015, não causou prejuízos financeiros.

Os demonstrativos de pagamento juntados pela própria reclamante revelam que a remuneração sempre esteve em patamar superior ao mês que ocorreu a alteração.

Ilustrativamente, cito o demonstrativo do mês de maio de 2015, em que a reclamante recebeu remuneração bruta de R\$19.314,55 e os demonstrativos dos meses subsequentes, quando recebeu remuneração bruta de R \$21.984,61, R\$38.041,22, R\$23.976,13 e R\$33.947,72 (subtraída a PLR).

Assim, demonstrada a anuência às comissões e a ausência de prejuízo do padrão remuneratório, a alteração foi lícita e a reclamante não faz jus às diferenças salariais pleiteadas."

A prática adotada pela Ré não ensejou redução salarial, tendo em vista que, além do salário fixo, a Autora passou a receber, a partir de 2015, salário variável decorrente das comissões recebidas pela venda de produtos da empresa, o que se verifica claramente dos demonstrativos de pagamento juntados.

Com efeito, o art. 7º, VI, da Constituição Federal prevê o princípio da irredutibilidade salarial como regra, pois a remuneração é patamar civilizatório e de dignidade social, não podendo sofrer redução em sua composição.

No entanto, o art. 457, § 1º, da CLT, prevê que integram o salário não apenas a importância fixa estipulada, mas também as gratificações legais e as comissões pagas pelo empregador. Ao contrário, observa-se que o valor global recebido pela Autora não sofreu redução, tendo havido inclusive ganhos, não havendo que se falar em redução salarial. Ressalte-se que a Reclamante não indicou de modo específico que a alteração utilizada pela Ré tenha ensejado prejuízo ou redução da remuneração global auferida.

ID. 4dac188 - Pág. 7

Não há que se falar, portanto, em transferência dos riscos do negócio ao empregado em face do pagamento salarial mediante salário fixo mais comissões (parcela variável).

Correta a sentença.

Mantinho.

Adicional de Periculosidade

Afirma a Reclamante que deve ser reformada a sentença que indeferiu o seu pedido de adicional de periculosidade, alegando que, à época do contrato de trabalho da Reclamante, havia na Reclamada 03 (três) tanques, com capacidades volumétricas de 3.000 (três mil) litros, cada um, e mais 03 (três) tanques de 250 litros, cada um, e que se tratam de vasos comunicantes, totalizando 9.750 litros de líquido inflamável, armazenados no interior da edificação, ou seja, capacidade superior ao legalmente previsto, mesmo considerando a nova redação dada à NR 20. Afirma que os 03 tanques de 3.000 litros, apesar de desativados em junho de 2017, não foram degasados e foram removidos apenas em março de 2019, conforme expressamente consignado no laudo pericial. Atesta que a menção contida no laudo pericial, de que os 03 tanques de 250 litros e os 03 tanques de 3.000 litros estavam "Fora da Projeção" não elide o fato de que se encontravam no subsolo, eis que este é parte integrante do prédio.

Segundo a Autora, conforme alínea "c", do item 20.17.2.1 da NR 20, a instalação de tanques não enterrados de óleo diesel no interior de edifícios "deve conter até 3 tanques". Contudo, a Reclamada mantinha 6 (seis) tanques (3 de 250 litros e mais 3 de 3.000 litros), ultrapassando os limites de capacidade de armazenamento, instalados no interior da edificação, interligados entre si através de passagens, corredores de circulação, elevadores e escadas. Atesta que, conforme determina a NR 20, em seu item 20.17.1, permanece a exigência de instalação de tanques para armazenamento de líquidos inflamáveis, no interior dos edifícios, somente na forma de tanque enterrado. A exceção, prevista no item 20.17.2, só é admitida quando comprovada a impossibilidade de instalações dos tanques na forma enterrada ou a céu aberto, cuja circunstância a Reclamada não comprovou.

Assim constou da sentença de origem:

"Adicional de periculosidade

ID. 4dac188 - Pág. 8

Após realização de perícia, o perito judicial concluiu que a reclamante não trabalhou em área de risco, porque suas atividades

não implicavam em exposição permanente a inflamáveis, explosivos ou energia elétrica (fls. 2692/2732).

A reclamante impugnou o laudo pericial, asseverando que os três tanques com capacidade de 3.000 litros de óleo diesel cada, interligados e não enterrados, são considerados como único reservatório e, portanto, estão em desacordo com a Norma Regulamentadora nº 20 do Ministério do Trabalho e Emprego.

A reclamante não tem razão.

A NR 16 considera área de risco "toda a bacia de segurança" que tenha "tanques de inflamáveis líquidos" (Anexo II, 3, "d") e "toda a área interna do recinto" que tenha "armazenamento de vasilhames que contenham inflamáveis líquidos ou vazios não desgaseificados, ou decantados, em recinto fechado" (Anexo II, 3, "s").

No local onde a reclamante trabalhou havia tanques, não vasilhames.

Os tanques possuem bacia de contenção e a reclamante não tinha acesso à bacia de contenção, ou seja, à área de risco definida na norma regulamentadora.

Além disso, a NR 20 permite o armazenamento de líquidos inflamáveis dentro do edifício (item 20.17) e permite volume total de armazenagem de 3.000 litros, em cada tanque.

Assim, o fato da reclamante desenvolver suas atividades na projeção vertical do edifício onde estão instalados os tanques, não assegura à trabalhadora o direito à remuneração adicional (TST, OJ nº 385, da SDI-I), pois a quantidade de líquidos inflamáveis respeita o limite previsto nas normas regulamentadoras.

Logo, não é devido à reclamante o adicional de periculosidade postulado."

Os itens 20.17.1 e 20.17.2 da NR-20 referem que:

"(...)

20.17.1 Os tanques para armazenamento de líquidos inflamáveis somente poderão ser instalados no interior dos edifícios sob a forma de tanque enterrado e destinados somente a óleo diesel.

20.17.2 Excetuam-se da aplicação do item 20.17.1 os tanques de superfície que armazenem óleo diesel destinados à alimentação de motores utilizados para a geração de energia elétrica em situações de emergência ou para o funcionamento das bombas de pressurização da rede de água para combate a incêndios, nos casos em que seja comprovada a impossibilidade de instalá-lo enterrado ou fora da projeção horizontal do edifício."

Da leitura desta norma, verifica-se que, em regra, os tanques de líquido inflamável poderão ser instalados no interior dos edifícios, apenas, sob a forma de tanque enterrado. Excepcionalmente, ressalta-se que a NR-20 da Portaria MTE nº 3.214/78,

ID. 4dac188 - Pág. 9

permite a existência de tanques de superfície, no interior dos prédios, tão somente, quando destinados à alimentação de motores utilizados para a geração de energia elétrica em situações de emergência (item 20.17.2) e, nos casos em que seja comprovada a impossibilidade de instalá-los enterrados fora da projeção horizontal do edifício, hipótese esta última que não restou comprovado nos autos.

Também não restou demonstrado que o tanque de combustível ficava localizado fora da projeção horizontal do prédio em que a Autora trabalhava. Ao contrário, o Sr. Perito deixou claro que o tanque se encontrava no subsolo do edifício (ID. c16e181, fl. 2707 - ordem crescente).

Demonstrado, pois, que a Autora exercia suas atividades em uma construção vertical, onde nos subsohos existiam tanques não enterrados, em desconformidade ao disposto na NR-20 da Portaria MTE nº 3.214/78. E a NR-16, da Portaria MTE nº 3.214/78, em seu anexo II, item 02, III, "b", refere que são consideradas atividades perigosas qualquer atividade executada dentro do prédio de armazenamento de inflamáveis, como ocorre no presente caso. Nesse contexto, pouco importa se o armazenamento era realizado em realizado em vasilhame ou tanque. Da mesma forma, o fato de a Reclamante não manusear inflamáveis ou adentrar na sala de geradores em nada interfere, pois toda a edificação é tida como área de risco. De se aplicar a disposição contida no OJ nº 385 da SDI-1.

Nos termos do art. 479 e 371 do CPC/2015, o juiz não está adstrito ao laudo pericial, devendo apreciar a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, indicando, na sentença, os motivos que o levaram a considerar ou deixar de considerá-las

Desta feita, afasto a conclusão do laudo pericial e reconheço as condições de periculosidade em que laborava a Reclamante.

Reformo para deferir à Autora adicional de periculosidade por



todo o contrato e os respectivos reflexos em 13º salários, férias mais 1/3, depósitos do FGTS + 40%, horas extras, aviso prévio.

Não há que se falar em reflexos do referido adicional nos DSRs, posto que seu cálculo observa o salário mensal, o qual já incorpora os descansos.

Honorários periciais em reversão, pela Reclamada, por sucumbente na pretensão objeto da perícia, ora rearbitrados para R\$ 3.000,00.

ID. 4dac188 - Pág. 10

Horas Extras

Insurge-se a Reclamante contra a decisão de indeferiu seu pedido de horas extras, fundamentada na cláusula 24ª dos Acordos Coletivos de Trabalho, que estabelecem que os empregados incentivados e os demais que exerçam cargo de confiança ou incompatíveis com a fixação de horário não estão sujeitos ao limite diário de 8 horas ou de 44 semanais e que a Autora admitiu que trabalhava na condição de "incentivada", ou seja, participava do programa de incentivos da Reclamada, bem como recebia salário relevante, caracterizando o exercício de cargo com fidúcia (CLT, art. 62, II). Requer a aplicação das normas coletivas juntadas com a exordial e, caso mantida a sentença quanto ao enquadramento sindical, que seja observado o previsto na 24ª cláusula de referidas normas, que dispõe sobre a exceção da fixação de jornada aos empregados "incentivados" ou outros cargos de confiança, "respeitando-se a legislação trabalhista vigente".

Quanto ao cargo de confiança aduzido pela Reclamada, alega a Autora que o conjunto probatório revela que esta não era chefe de departamento, não realizava atos de gestão, não tinha poderes para representar a Ré, sequer tinha subordinados, não exercendo poderes de gestão. No que tange ao trabalho externo, o depoimento da testemunha da Reclamante comprovou que este ocorria apenas eventualmente, sendo as atividades predominantemente internas. Afirma que o trabalho parcialmente externo não impedia o controle de jornada de trabalho da Reclamante pela Reclamada porque as visitas a clientes eram acompanhadas por um colega e deviam ser autorizadas pelos gestores, de modo que estes tinham conhecimento sobre o agendamento das reuniões, o que incluía a remarcação de visitas, a jornada de trabalho não era flexível e era obrigatório o comparecimento na Reclamada.

Assim constou da sentença:

"Horas extras"

A reclamada impugna a pretensão alegando que reclamante exercia função de fidúcia, o trabalho era externo, flexível e incompatível com o controle de jornada. Portanto, inserida na exceção prevista na cláusula 23^a dos Acordos Coletivos de Trabalho.

Tem razão nesse ponto.

O trabalho externo é inerente à função de gerente de vendas.

A cláusula 24^a ou correspondentes dos Acordos Coletivos de Trabalho estabelece que os empregados incentivados e os demais

ID. 4dac188 - Pág. 11

que exerçam cargo de confiança ou incompatíveis com a fixação de horário não estão sujeitos ao limite diário de 8 horas ou de 44 semanais.

A reclamante prestou depoimento e admitiu que trabalhava na condição de "incentivada", ou seja, participava do programa de incentivos da reclamada. O salário que a reclamante recebia era relevante, diferente de qualquer outro trabalhador de sua categoria profissional, o que revela o exercício de cargo com fidúcia (CLT, art. 62, II).

A testemunha convidada pela reclamante revelou que, não obstante o trabalho interno, a obreira tinha agenda própria de clientes a serem visitados, podia ir direto de sua casa ao cliente e tinha autonomia para remarcar a agenda. Nesse mesmo sentido, a testemunha convidada pela reclamada afirmou que trabalhavam em horário flexível, com possibilidade de não comparecer no escritório e realizar as visitas agendadas a sós, independente de conhecimento do gerente.

Desse modo, ainda que as atividades fossem parcialmente desenvolvidas em ambiente interno da empresa, a jornada de trabalho não era compatível com o controle (CLT, art. 62, I) e a reclamante não faz jus ao pagamento de horas extras e reflexos. Rejeito."

Em sua contestação, alegou a Ré que a Reclamante gozava de

fidúcia, representando-a perante terceiros, bem como trabalhava com vendas, realizando viagens e visitas aos clientes, seu trabalho era externo, flexível e incompatível com o controle de jornada, nos termos do art. 62, da CLT. Ressalta que a Autora também se inseria em exceção normativa no que tange às horas extras, conforme disposição da cláusula 23 do acordo coletivo juntado, que deverá ser observada a teor do artigo 7º XXVI da Constituição Federal, afastando o direito às horas extras dos empregados "incentivados" ou "banda 8 ou superior", reconhecendo a impossibilidade e ausência de controle de jornada. Esclarece que a Reclamante se inseria em ambas as hipóteses convencionais, afastando a sua pretensão de reconhecimento de horas extras.

Portanto, a tese defensiva baseia-se nas exceções previstas na norma trabalhista para o controle de jornada, cargo de gestão, trabalho externo e disposição normativa.

Com relação à jornada externa aduzida pela Reclamada, a despeito da função exercida, deve ser comprovada a efetiva impossibilidade de fiscalização da jornada empreendida pelo trabalhador, ônus que pertencia à Ré. O mesmo se aplica quanto ao cargo de gestão, sendo da Ré o ônus de comprovar suas alegações, nos termos do art. 818 da CLT e 373 do CPC.

ID. 4dac188 - Pág. 12

Em seu depoimento pessoal, declarou a Reclamante que "era "incentivada", ou seja, vendedor que tem metas de vendas a cumprir, e atingindo, recebe comissão por isso; (...) que a empresa não mantém ponto, mas mantém o controle de acesso dos empregados, que pode ser requerido pelo gerente de todo o período; que normalmente passava na IBM antes e depois ia para o cliente, até porque não ia sozinha; que normalmente passava na IBM e depois ia para casa; que o crachá era passado na recepção na entrada do prédio e também no andar em que trabalhava; que já viu o relatório gerado pelo sistema de controle da catraca; que a agenda era compartilhada com o gerente e por este validada, mas a organização era feita pela depoente; que a depoente tinha autonomia para fazer remarcar algum compromisso em caso de cancelamento, mas era imediatamente validado; (...) que muito eventualmente trabalhava em home office, com autorização do gerente". O preposto da Ré, por sua vez, declarou que "as atividades da reclamante eram majoritariamente externas; que geralmente a reclamante fazia as visitas sozinha; (...) que a reclamante não tinha controle

de horário, ostentava a banda 9, e era cobrada por produção, não por horário de trabalho; (...) que havia celular corporativo para contato com os clientes, não para controle de horário; que a reclamada usava um sistema chamado "sametime"; que a reclamante não compartilhava a agenda dela com o gerente".

A testemunha da Reclamante, ouvida em audiência, declarou que "as atividades eram internas, e eventualmente tinham alguma reunião externa; que faziam as reuniões acompanhados de outros colegas da reclamada, normalmente; que o depoente agendava com o clientes, e o gestor autorizava as reuniões; que a agenda era compartilhada com o gerente; que houvesse cancelamento pelo cliente, o depoente tinha autonomia para remarcar, mas tinha que autorizar com o gestor; que trabalhava das 8h00 às 20h mais ou menos, de segunda a sexta-feira; (...) o horário mencionado não era flexível na maioria das vezes; que era uma cultura na empresa; que era obrigatório o comparecimento presencial na reclamada; que era possível fazer home office, mas em horário adicional; que eventualmente poderia ir direto ao cliente quando havia reunião se esta fosse muito cedo, no primeiro horário da manhã, mas sempre voltava das reuniões para a empresa no final da tarde; que a agenda de compromissos era um sistema; que o depoente precisava colocar login e senha para acessar a agenda, e se escolhesse compartilhar a agenda, outros poderiam acessá-la sem o login e senha do depoente; que o depoente era incentivado, todos os vendedores eram; que deu aceita na carta de incentivo, todos os anos tinham que dar; que a comissão está atrelada à carta de incentivos".

A testemunha da Reclamada, por seu lado, declarou "que trabalhavam em horário flexível de acordo com a agenda; que havia a possibilidade de não

ID. 4dac188 - Pág. 13

comparecer no escritório; que fazia as visitas tanto sozinha quanto acompanhada; que a agenda da depoente era compartilhada com o gerente, mas este não tinha acesso à agenda da depoente; (...) que a depoente dava aceite nas cartas de incentivo, porque só tem validade para quem concorda com seus termos; que o pagamento da comissão está atrelado à carta; (...) que cada um dos vendedores definia a própria agenda; (...) que era possível o vendedor se dirigir ao cliente direto de casa e vice-versa; (...) que o número de dias a depoente ia até o escritório dependia da agenda, mas na média, de 3 a 4 vezes por semana"

A testemunha da Reclamada não só não comprovou a ausência

de controle de jornada, como declarou que havia comparecimento na empresa de 3 a 4 vezes por semana, bem como a agenda, onde constavam as visitas a serem feitas, era compartilhada com o gerente, em consonância ao depoimento da testemunha da Autora. Quanto ao labor em *home office*, ficou claro, pelo próprio depoimento da testemunha da Ré, que este se dava de forma eventual e não de forma habitual.

Do teor da prova oral produzida, verifica-se, aliás, que esta foi colidente quanto ao fato da função exercida pela Reclamante ser externa ou interna, caracterizando a situação de prova dividida, circunstância que desfavorece a parte que detém o ônus da prova, no caso, a Reclamada.

Quanto à exceção prevista no inciso I do artigo 62 da CLT, também não foi mais feliz a Reclamada. Restou claro que a Reclamante não tinha poderes de admitir, demitir ou punir funcionários, sequer tinha subordinados. Tais atributos sequer foram aventados, calcando a Ré seu argumento na alegada autonomia da Autora no exercício de suas funções, mas especificamente no agendamento de suas visitas a clientes da Ré, argumento este insuficiente para configurar o cargo de gestão apontado.

Quanto à cláusula 24^a do ACT 2016/2017, cujo teor não constava dos ACTs anteriores, mas foi repetido no ACT 2017/2018, mencionada pela Ré, assim dispõe:

"CLÁUSULA VIGÉSIMA QUARTA - DA JORNADA DE TRABALHO
 (...)

Com atenção ao Contrato Individual de trabalho, estabelece-se, dentro do limite legal, a jornada de 8 (oito) horas diárias e 44 (quarenta e quatro) horas semanais, excetuados os gerentes de pessoas B8 e acima, os empregados incentivados e os demais empregados que exerçam cargo de confiança ou que exerçam atividades incompatíveis com a fixação de horário, **respeitando-se a legislação trabalhista vigente.**

(....)

ID. 4dac188 - Pág. 14

I - Do controle de horas - No que tange ao controle da jornada de trabalho, fica determinada a adoção do sistema de controle de horas trabalhadas por todos os empregados, excetuados os gerentes de pessoas B8 e acima, os empregados incentivados e os

demais empregados que exerçam cargo de confiança ou que exerçam atividades incompatíveis com a fixação de horário".

Como se observa, a própria norma coletiva remete à necessária observância da lei trabalhista ao tratar de exceções ao regime legal de duração e controle de jornadas. Desta feita, independentemente da função exercida pelo empregado, é necessária a caracterização nas exceções apontadas, ou seja, previstas nos incisos I e II do artigo 62 da CLT.

Assim, a validade do enquadramento do empregado "incentivado" ou "de confiança" em exceção ao regime constitucional e legal de duração e controle de jornadas depende, em última instância, da análise da natureza das atividades, poderes e responsabilidades a ele conferidos. E a Reclamada, no presente caso, não produziu a prova.

Não tendo a Reclamada juntado aos autos controles de jornada da Reclamante, aplicável ao caso o entendimento da Súmula 338, do C. TST, observados os limites da prova oral. Desta feita, fixo a jornada da Reclamante como das 08h00 às 20h00, de segundas-feiras a sextas-feiras, com uma hora de intervalo para alimentação e descanso, conforme descrito na exordial e confirmado por sua testemunhas.

Reformo para deferir horas extras, acrescidas dos adicionais previstos nas normas coletivas aplicáveis, considerando-se a jornada fixada e observada a jornada normal de oito horas diárias e quarenta e quatro horas semanais, a globalidade salarial, os dias efetivamente trabalhados e o divisor 220, bem como as integrações em DSR's, aviso prévio, 13ºs salários, férias acrescidas de 1/3, FGTS acrescido de 40%.

Intervalo do Artigo 384 da CLT

Inconformada com o indeferimento, em primeiro grau, das horas extras relativas ao intervalo previsto no art. 384 da CLT, recorre a Reclamante, alegando que restou comprovado nos autos que se ativou em labor extraordinário, sem que tivesse havido concessão da pausa legal prevista no artigo 384, da CLT, vigente à época dos fatos.

Tem razão a Recorrente.

Reformada a sentença quanto às horas extras, nos termos da fundamentação, há que se analisar o direito às horas extras relativas ao intervalo mencionado.

O art. 384 da CLT, vigente à época do início contrato de trabalho da Reclamante, foi recepcionado pela Constituição Federal, sendo que o direito nele assegurado é restrito à mulher.

Nesse sentido, a Súmula nº 28 deste E. Regional:

28 - Intervalo previsto no artigo 384 da CLT. Recepção pela Constituição Federal. Aplicação somente às mulheres. Inobservância. Horas extras. (Res.TP nº 02/2015 - DOEletônico 26/05/2015)

O artigo 384 da CLT foi recepcionado pela Constituição Federal consoante decisão do E. Supremo Tribunal Federal e beneficia somente mulheres, sendo que a inobservância do intervalo mínimo de 15 (quinze) minutos nele previsto resulta no pagamento de horas extras pelo período total do intervalo.

Registre-se que não há *bis in idem*, pois as horas extras decorrentes do descumprimento do artigo 384 da CLT não se confundem com aquelas laboradas além da jornada legal, porquanto oriundas de fatos complementarmente distintos.

Por fim, o art. 384 da CLT constitui norma de ordem pública, que visa proteger a saúde, segurança e higiene física da mulher. Logo, ao ser descumprido, redonda no pagamento desse período como hora extraordinária, não havendo que se falar em mera infração administrativa.

No entanto, considerando-se que o artigo 384 foi revogado por força da Lei 13.467/17, impondo-se limitar a condenação até o início da vigência de referida lei.

Reformo, para acrescentar à condenação o pagamento de horas extras decorrentes da inobservância do intervalo previsto no artigo 384, da CLT, e os respectivos reflexos em DSR's, aviso prévio, 13ºs salários, férias acrescidas de 1/3, FGTS acrescido de 40%, até 10/11/2017.



Dobra de Férias

ID. 4dac188 - Pág. 16

Insurge-se a Reclamante contra o indeferimento de seu pedido de dobra de férias, alegando que a prova oral produzida comprovou que havia discrepância entre as datas anotadas para a fruição das férias e o período efetivamente gozado, além de ser possível a convocação para trabalhar no período das férias. Afirma, inclusive, que a testemunha da Ré admitiu que poderia haver interrupções nas férias da Autora. Além da prova oral, atesta a Recorrente que trouxe aos autos documentos que comprovam o trabalho em período de férias (ID. 05ab41c), que demonstram, a título exemplificativo, que, de acordo com as anotações em sua CTPS, a Autora estaria em gozo de férias de 2014/2015 por um período de 30 dias (fl. 59, do PDF - ID. c8bdc93 - Pág. 13), de 01/07/2016 a 30/07/2016, mas o documento juntado à fl. 478, do PDF (ID. 05ab41c - Pág. 20), mostra que no dia 28/07/2016 a Autora foi solicitada ao trabalho. Afirma ter ficado demonstrado o desrespeito ao direito de férias da Reclamante, frustrado o direito ao descanso e à desconexão da Recorrente do trabalho. Requer a reforma do julgado e o pagamento das dobras das férias de 2014/2015, 2015/2016, 2016/2017 e 2017/2018.

Assim constou da sentença de origem:

"Férias em dobro"

As anotações dos períodos de férias constantes da carteira profissional juntada com a petição inicial revelam a concessão dos descansos à trabalhadora relativo aos períodos aquisitivos de 2014 /2015, 2015/2016, 2016/2017 e 2017/2018 (fl. 59).

A testemunha convidada pela reclamante disse que nem sempre as anotações condiziam com a realidade, pois acontecia de ser anotada uma data e usufruir o descanso em outra ou de ser convocada para trabalhar no período das férias.

Todavia, o depoimento foi contrariado pela testemunha convidada pela reclamada, a qual declarou que a reclamante gozava regularmente os períodos de descanso.

Não há como crer em duas verdades distintas sobre o mesmo fato.

O ônus da prova, nesse caso, era da reclamante (CLT, art. 818, I, CPC, art. 373, I).

Logo, rejeito o pedido de pagamento em dobro da remuneração das férias."

Comungo da decisão de origem.

A Reclamante juntou aos autos as anotações referentes aos períodos de férias usufruídos (ID. c8bdc93, fl. 59 - ordem crescente). Ao alegar que tais períodos não foram corretamente usufruídos, atraiu para si o ônus de comprovar suas

ID. 4dac188 - Pág. 17

alegações, nos termos do art. 373 do CPC. Apontou, como prova documental, um único email recebido em 28/07/2016 (ID. 05ab41c, fl. 478 - ordem crescente), em meio do período de fruição das férias de 2014/2015.

Com relação à prova oral, declarou a testemunha da Autora que "tinham férias de acordo com a possibilidade (...) que na maioria das vezes acontecia de constar uma data no documento de férias e na prática fruir em outra data, de acordo com a concordância do gestor; que acontecia de ser chamado para trabalhar nas férias; que isso também acontecia com a reclamante; que deixavam uma pessoa como backup nas férias, e mesmo assim eram acionados, inclusive o substituto era a pessoa que mais os acionava". A testemunha da Ré, por sua vez, declarou que "a depoente gozava corretamente do período de férias, e imagina que a reclamante também, porque em alguns momentos cobriu as férias dela; que o substituto das férias não interrompe as férias do substituído, evitavam ao máximo, mas poderia acontecer de o cliente ligar para o substituído".

A declaração da testemunha da Reclamada confirma a possibilidade de contato da Reclamada com a Reclamante, situação alegada pela Reclamante e por sua testemunha, bem como pelo documento apontado. No entanto, considerando a quantidade de emails juntados e o longo período de contrato de trabalho, este único apontamento de contato durante o período de férias não configura uma prova robusta que todas as férias eram interrompidas, como pretende a Reclamante.

Assim como o email juntado, tendo em vista a utilização massiva da tecnologia no trabalho, é crível que, se houvesse, de fato, um padrão de interrupção nas férias da Reclamante, ela teria como juntar a documentação aos autos, o que não foi feito.

Correta a sentença.

Mantenho.

Diferenças de Verbas Rescisórias

Contesta a Reclamante o indeferimento, na sentença atacada, de seu pedido de diferenças de verbas rescisórias, com base na integração da correta média remuneratória dos salários variáveis. Relata que o pedido foi julgado improcedente por ter entendido o Juízo a quoque a Recorrida utilizou, corretamente, a média das 3 últimas comissões, na forma da Cláusula 10^a da Convenção Coletiva de Trabalho de 2019/2020. Segundo a Autora, a própria Reclamada esclareceu, na sua contestação (ID. 3f89eb1, fl. 1929)

ID. 4dac188 - Pág. 18

que, tendo em vista "os termos da norma coletiva e a suspensão contratual ocorrida a partir de agostos de 2019, deveriam ser considerados para composição da média rescisória as comissões percebidas nos meses de maio a julho, como bem observado pela reclamada". Alega a Reclamante que, mesmo que utilizada a média defendida pela Reclamada, ou seja, dos meses de maio, junho e julho do ano de 2019, ainda persistem diferenças, eis que, dos valores constantes dos recibos de pagamento dos meses citados (de maio a julho de 2019), extrai-se a média de R\$ 7.174,66 e a Reclamada utilizou a média de R\$ 4.519,09 para o pagamento das verbas rescisórias, como se vê do TRCT (ID. 7e96730, fl. 1398).

Assim foi decidida a sentença de primeiro grau:

"Diferenças de verbas rescisórias

A cláusula 10^a da CCT de 2019/2020 estabelece que deverão ser consideradas para o cálculo da rescisão contratual as comissões auferidas nos 3 (três) meses imediatamente anteriores à data de demissão.

O contrato de trabalho da reclamante foi extinto em 11 de fevereiro de 2020.

A reclamante admite que permaneceu afastada do trabalho, sem remuneração, de 9 de agosto de 2019 a 10 de fevereiro de 2020, e que recebeu comissões atrasadas até outubro de 2019.

Logo, não recebeu comissões nos 3 (três) meses imediatamente anteriores à data de demissão e não houve ofensa à citada cláusula normativa.

A alegação de que a reclamada deveria utilizar a remuneração média das comissões que recebeu durante o período de agosto a setembro de 2019 (fls. 304/306), não prospera, por se tratar de norma benéfica.

Portanto, a disposição normativa benéfica demanda interpretação restritiva, nos termos do art. 114 do Código Civil.

O pedido não procede."

Não tem razão a Recorrente.

O valor apontado pela Autora, de R\$ 4.519,09, que teria sido utilizado como média salarial para o cálculo das verbas rescisórias constantes do TRCT de ID. 7e96730, refere-se a média da remuneração variável de férias vencidas.

Não comprovou a Reclamante que a Reclamada tenha calculado de forma equivocada os valores médios para a apuração das verbas rescisórias.

Correta a sentença.

Mantenho.

ID. 4dac188 - Pág. 19

Previdência Privada - Diferenças

Insurge-se a Reclamante contra a decisão da Magistrada de primeiro grau que julgou improcedente o pedido de diferenças de contribuições à Previdência Privada, quota parte patronal, sob fundamento de que a Autora não exibiu nos autos o plano de previdência privada, nem comprovou a base de cálculo das contribuições previdenciárias pretendidas.

Relatou a Autora, na exordial, que aderiu ao plano de benefício previdenciário da Recorrente, com 10% (dez por cento) sobre sua remuneração (fixa + variável), enquanto a Recorrida aportava 6% (seis por cento) sobre a mesma remuneração (ID. 46264c8 - fl. 34). Em sua contestação, a Recorrida não negou que a Recorrente tivesse ingressado e se mantido no plano de previdência privada, tampouco impugnou especificamente os percentuais

alegados, a base de cálculo e a necessidade de sua coparticipação. A Reclamada, outrossim, afirmou que a Reclamante recebeu, quando ingressou, cópia do Estatuto, do Regulamento do Plano e do material explicativo (ID. 3f89eb1, fl. 1934). Segundo a Recorrente, uma vez que a Reclamada não nega que a Reclamante aderiu ao plano, , à Ré incumbia o ônus de comprovar que a sua participação no custeio era diversa daquela alegada pela Demandante, por se tratar de fato impeditivo do direito vindicado por esta (artigo 818, II, da CLT).

Ressalta a Reclamante que a concessão do plano de previdência privada aos empregados é, inclusive, benefício previsto em Acordo Coletivo (cláusula 18^a, do Acordo Coletivo de 2014/2015), bem como dos recibos salariais constam os descontos realizados sobre a remuneração da Recorrente, a título de previdência privada, código 8460, realizados mês a mês. Segundo a Autora, se há desconto sobre a remuneração da Recorrente, pela coparticipação desta, por óbvio, há igualmente coparticipação da Recorrida Patrocinadora do plano, como, aliás, está confessado em sua contestação.

Assim foi decidida a sentença:

"Previdência complementar"

A reclamante não juntou aos autos o regulamento ou contrato com a entidade de previdência privada.

Assim, não há como presumir a contribuição do empregador sobre as parcelas deferidas nesta sentença.

Rejeito o pedido.

ID. 4dac188 - Pág. 20

Quanto à pretensão de revisão da complementação de aposentadoria, de acordo com o artigo 114, incisos I e IX, da Constituição Federal, a Justiça do Trabalho é competente para processar e julgar a presente ação.

A causa de pedir a revisão de complementação de aposentadoria é a integração à base de cálculo do benefício as parcelas salariais na presente reclamação trabalhista.

O cômputo de verbas de natureza salarial ao salário-departicipação no plano de previdência privada complementar é hipótese distinta daquela tratada pelo Colendo Supremo Tribunal Federal quando, no julgamento do RE-586.453/SE, reconheceu a competência material da Justiça Comum para julgar a ação ajuizada contra entidade de previdência privada. Não se trata, pois, de relação jurídica de direito civil."

Comungo do entendimento de origem.

De fato, a Reclamante não trouxe aos autos o contrato de adesão ao plano de previdência privada, não comprovando, desta feita, o fato constitutivo de seu direito, nos termos do art. 373 do CPC.

Ainda que a Ré não tenha impugnado os percentuais de contribuição apontados na inicial, não há como se deduzir a base de cálculo e eventuais limites (piso e teto) das contribuições, dos critérios e responsabilidades sobre a formação da reserva matemática, dos critérios de atualização das contribuições em atraso. Ademais, a Autora pleiteou o recolhimento da quotaempregador das contribuições mencionadas, no entanto, referida contrapartida do patrocinador tem como pressuposto a contribuição da participante, pois a reserva matemática é composta por ambas as contribuições, conforme os artigos 15, parágrafo único e 18, §1º da Lei Complementar 109/2001.

Correta a sentença.

Mantenho.

Multas Normativas

Recorre a Reclamante do indeferimento de seu pedido de multa prevista na cláusula 33^a dos Acordos Coletivos de Trabalho juntados com a exordial, na hipótese de incidência da penalidade pelo descumprimento de obrigação de fazer.

ID. 4dac188 - Pág. 21

Mantido o indeferimento do enquadramento sindical da Reclamante ao SINDPD, nos termos da fundamentação, não há que se falar de condenação da multa normativa pretendida.

Correta a sentença.

Mantendo.

Correção Monetária

Afirma a Reclamante que a sentença proferida nos autos determinou que, na fase extrajudicial, deve ser utilizado como indexador o IPCAE. Contudo, deixou de determinar aplicação dos juros. Requer seja reformada a sentença para que seja determinada a aplicação dos juros legais, além da indexação pelo IPCA-E, na fase pré-judicial.

Constou da sentença:

"(...) para a atualização dos créditos trabalhistas reconhecidos na sentença aplica-se o IPCA-e, do vencimento da obrigação (CLT, art. 459) até a notificação da reclamada e, a partir de então, a taxa SELIC (Lei 9.065/95, art. 13)."

Em 18/12/2020, o Tribunal Pleno do C. STF julgou em conjunto as ADI's 5.867/DF e 6.021/DF e as ADC's 58/DF e 59/DF, definindo a questão da correção monetária e a incidência dos juros no que tange aos débitos de natureza trabalhista, decidindo pela aplicação do IPCA-E na fase pré-processual (antes da citação) e a taxa SELIC, a partir da citação.

Com relação à interpretação aos artigos 879, §7º, e 899, §4º, CLT, com a nova redação dada pela Lei 13.467/17, foi definido que "até que sobrevenha solução legislativa, deverão ser aplicados à atualização dos créditos decorrentes de condenação judicial e à correção dos depósitos recursais em contas judiciais na Justiça do Trabalho os mesmos índices de correção monetária e de juros vigentes para as hipóteses de condenações cíveis em geral (art. 406 do Código Civil), à exceção das dívidas da Fazenda Pública que

ID. 4dac188 - Pág. 22



possui regramento específico (art. 1º-F da Lei 9.494/1997, com a redação dada pela Lei 11.960 /2009), com a exegese conferida por esta Corte na ADI 4.357, ADI 4.425, ADI 5.348 e no RE 870.947-RG (tema 810)".

Referida decisão esclareceu que:

"6. Em relação à fase extrajudicial, ou seja, a que antecede o ajuizamento das ações trabalhistas, deverá ser utilizado como indexador o IPCA-E acumulado no período de janeiro a dezembro de 2000. A partir de janeiro de 2001, deverá ser utilizado o IPCA-E mensal (IPCA-15/IBGE), em razão da extinção da UFIR como indexador, nos termos do art. 29, § 3º, da MP 1.973-67/2000. Além da indexação, serão aplicados os juros legais (art. 39, *caput*, da Lei 8.177, de 1991). 7 . Em relação à fase judicial, a atualização dos débitos judiciais deve ser efetuada pela taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC, considerando que ela incide como juros moratórios dos tributos federais (arts. 13 da Lei 9.065/95; 84 da Lei 8.981/95; 39, § 4º, da Lei 9.250/95; 61, § 3º, da Lei 9.430/96; e 30 da Lei 10.522/02). A incidência de juros moratórios com base na variação da taxa SELIC não pode ser cumulada com a aplicação de outros índices de atualização monetária, cumulação que representaria *bis in idem*....".

Por fim, foram estabelecidos os seguintes parâmetros para modulação dos efeitos da decisão:

"8. A fim de garantir segurança jurídica e isonomia na aplicação do novo entendimento, fixam-se os seguintes marcos para modulação dos efeitos da decisão: (i) são reputados válidos e não ensejarão qualquer rediscussão, em ação em curso ou em nova demanda, incluindo ação rescisória, todos os pagamentos realizados utilizando a TR (IPCA-E ou qualquer outro índice), no tempo e modo oportunos (de forma extrajudicial ou judicial, inclusive depósitos judiciais) e os juros de mora de 1% ao mês, assim como devem ser mantidas e executadas as sentenças transitadas em julgado que expressamente adotaram, na sua fundamentação ou no dispositivo, a TR (ou vo IPCA-E) e os juros de mora de 1% ao mês; (ii) os processos em curso que estejam sobrestados na fase de conhecimento, independentemente de estarem com ou sem sentença, inclusive na fase recursal, devem ter aplicação, de forma retroativa, da taxa Selic (juros e correção monetária), sob pena de alegação futura de inexigibilidade de título judicial fundado em interpretação contrária ao posicionamento do STF (art. 525, §§ 12 e 14, ou art. 535, §§ 5º e 7º, do CPC. 9. Os parâmetros fixados neste julgamento aplicam-se aos processos, ainda que transitados em julgado, em que a sentença não tenha consignado

manifestação expressa quanto aos índices de correção monetária e taxa de juros (omissão expressa ou simples consideração de seguir os critérios legais)....".

Posteriormente, ao julgar os embargos de declaração opostos pela AGU, a Corte acolheu-os parcialmente para tão somente sanar erro material constante da

ID. 4dac188 - Pág. 23

decisão de julgamento e do resumo do acórdão, de modo a estabelecer "a incidência do IPCAE na fase pré-judicial e, a partir do ajuizamento da ação, a incidência da taxa SELIC (art. 406 do Código Civil)", sem lhes conferir efeitos infringentes.

Correta, portanto, a sentença.

Mantenho.

Honorários de Sucumbência

Inconformada com a condenação ao pagamento de honorários de sucumbência, recorre a Reclamante, tendo em vista que é beneficiária da justiça gratuita.

Com relação aos honorários sucumbenciais, o artigo 791-A, da CLT, acrescido pela Lei 13.467/2017, traz novo regulamento acerca dos honorários de sucumbência na Justiça do Trabalho, devendo, no entanto, ser aplicável a legislação vigente, na época do ajuizamento da ação. Assim dispõe:

"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)"

No que tange aos honorários fixados ao Reclamante, no entanto, o julgamento da ADI 5766, em 20/10/21, o Pleno do Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, declarou a constitucionalidade do art. 790-B, *caput* e §4º e art.791-A, §4º, CLT.

Considerando o efeito vinculante e a eficácia *erga omnes* conferidos à decisão supra (art.102, §2º, CF/88), forçosa a reforma da sentença para afastar a condenação da parte autora ao pagamento dos honorários advocatícios em favor dos patronos da parte contrária.

Reformo para excluir da condenação honorários sucumbenciais aos patronos da Reclamada.

RECURSO DA RECLAMADA

Equiparação Salarial

ID. 4dac188 - Pág. 24

Recorre a Reclamada da decisão de origem que reconheceu a equiparação salarial da Reclamante por identidade de funções, alegando que a Recorrida sequer elencou à risca as funções e tarefas desenvolvida pelo paradigma, a data de início nestas funções, ou mesmo os períodos e as localidades em que atuaram simultaneamente, enfim, todos os dados essenciais à especificação e delimitação correta de seu pedido, inviabilizando a Reclamada de compreender os termos da pretensão e impugnar de forma eficiente as alegações. Afirma que a sentença prolatada não valorou corretamente os fatos e depoimentos, especialmente as confissões da própria Recorrida, insistindo que esta jamais se equiparou em efetivas atividades e conhecimento técnico com o paradigma, que atuava em contas mais complexas e exercia atividades de treinamento, enquanto a Autora se limitava a contas de menor complexidade, não havendo, portanto, o trabalho de igual valor.

Segundo a Reclamada, restou incontroverso que a Recorrida e o paradigma eram responsáveis por demandas distintas, o que afasta a possibilidade de equiparação, dado o labor distinto. Portanto nunca houve identidade de funções entre ambos, uma vez que laboravam em territórios, clientes e metas distintos, possuindo atribuições e responsabilidades também distintas. Ainda que o Paradigma e a Reclamante pudessem possuir nominalmente o mesmo cargo, não ilide o fato de que possuíam conhecimentos e rotinas diferentes, em razão das especificidades requeridas em suas atividades, e dessa forma, não preenchiam os requisitos do art. 461, da CLT, e da Súmula nº 6, do C. TST.

Caso mantida a condenação, requer a sua limitação temporal, tendo em vista que restou incontrovertido que, a partir de 2017, houve evidente diferenciação nas atividades de ambos. Requer, outrossim, seja afastado o reflexo da equiparação em DSR, uma vez que a parcela reconhecida trata-se de remuneração mensal, de forma que já engloba o descanso remunerado.

Assim foi decidida a sentença:

"Equiparação salarial"

A reclamante alega que exerceu função idêntica àquela exercida pelo paradigma Renato Gaspar dos Santos, porém, recebia salário inferior. Pleiteia, portanto, o pagamento de diferenças salariais derivadas da equiparação salarial.

A reclamada impugna a pretensão afirmando que não estão presentes os requisitos previstos no artigo 461 da CLT.

Para a caracterização da equiparação salarial, imprescindível a existência simultânea dos seguintes requisitos: (1) identidade de função; (2) mesmo empregador; (3) mesma localidade; (4) trabalho de igual valor.

ID. 4dac188 - Pág. 25

Trabalho de igual valor é aquele feito com igual produtividade e com a mesma perfeição técnica, entre pessoas cuja diferença de tempo de serviço não for superior a dois anos.

As duas testemunhas inquiridas em audiência afirmaram que o paradigma trabalhava na mesma equipe e exercia a mesma função da reclamante.

É verdade que os vendedores da equipe atuavam divididos por região, mas a prova testemunhal também revelou que havia alternância das regiões de atuação, de forma que um acabava atendendo o cliente do outro. Assim, não havia diferença de perfeição técnica ou de produtividade na realização dos trabalhos. Diferença de tempo de serviço superior a dois anos também não foi provada.

De acordo com a prova documental (fls. 252/306 e 2031/2080), reclamante e paradigma recebiam salários distintos, sendo o este último superior.

Logo, acolho o pedido de equiparação salarial entre a reclamante e o paradigma Renato Gaspar dos Santos e condeno a reclamada ao pagamento das diferenças salariais entre ambos.

As diferenças salariais devem refletir no pagamento das gratificações natalinas, das férias acrescidas de 1/3, do aviso prévio indenizado e do FGTS com a indenização de 40%."

O direito à equiparação salarial requer a demonstração da identidade de funções, de empregador, de localidade, além de simultaneidade na prestação de serviços e diferença de tempo de serviço na função não superior a dois anos, nos termos do art. 461, CLT e Súmula 6, C. TST. E o ônus da prova é cindido. Cabe ao autor, o ônus da prova da identidade de funções e, à ré, a prova dos fatos extintivos, impeditivos ou modificativos do direito do autor.

A linha de defesa da Reclamada foi de que esta "jamais executou as mesmas atividades do paradigma, bem como jamais atingiu seu conhecimento específico e capacidade técnica". Alegou ainda a Ré que "há diferença de tempo na função em período em muito superior há dois anos, na medida em que o paradigma já atuava na referida área e função desde 2006 ao passo que a reclamante somente começou a trabalhar ali apenas em 2013 após sair da área de serviços".

Negada a identidade de funções, cabia à Reclamante o ônus de comprovar que fazia jus à equiparação pleiteada, nos termos do art. 373, I, do CPC. Cabia à Reclamada, por outro lado, comprovar, a superioridade técnica e o tempo anterior na função do paradigma.

Em seu depoimento pessoal, declarou a Reclamante que "exercia a função de vendedora; que o chefe imediato da depoente era Luciano, e nos últimos meses

ID. 4dac188 - Pág. 26

Bruno Simões; que o chefe imediato era responsável por determinado segmento de clientes; que o segmento era industrial; que havia na equipe do Luciano na maior parte do tempo 4, eventualmente 5; que trabalhou com Renato Gaspar, que também era vendedor dessa equipe; que começou a trabalhar com Renato Gaspar no final de 2012 provavelmente até 2016, 2017; que a depoente estava na área antes de Renato; que Renato, quando saiu da área, foi para uma área de venda de soluções de hardware; que não sabe se Renato passou a ser em algum

momento gerente de pessoas; que no período em que trabalharam juntos, havia um rodízio de clientes, ou seja, a depoente e Renato atenderam os mesmos clientes, mas não ao mesmo tempo; que a meta mudava de acordo com os clientes que estava atendendo num determinado período; que as metas da depoente e de Renato em valores absolutos não eram as mesmas". O preposto declarou que "Renato Gaspar na mesma unidade de negócios em que a reclamante, mas não no segmento industrial, ele era do segmento de consultoria e serviço; que havia na equipe da reclamante um número variável de vendedores, de 7 a 13 em média; que Renato Gaspar nunca foi da equipe da reclamante, inclusive as atividades eram diferentes; (...) que confirma que a reclamante e Renato nunca foram da mesma equipe que a reclamante não tinha subordinados, mas o paradigma sim; que o gerente de vendas pode ser também gerente de pessoas, mas, como gerente de vendas, pode não ter subordinados; que à época da reclamante, a reclamante fazia comércio de produtos e serviços de informática"

A despeito das declarações do preposto da Ré, a testemunha da Reclamante confirmou as informações prestadas por esta em audiência. Declarou que "trabalhou na reclamada, de 1997 a 2019; que trabalhou com a reclamante, de 2012 aproximadamente até 2019, na mesma equipe; que o segmento da equipe era o setor industrial; que o responsável pela equipe era Luciano Sulbach; que havia na equipe aproximadamente 5 vendedores; que Renato Gaspar era um deles; que Renato saiu um pouco antes de o depoente se desligar da IBM, se não se engana ficou na equipe até 2017 (...) que quando entrou na equipe a reclamante já estava, e o Renato veio um pouco depois, de outra área interna; que as atividades do depoente eram as mesmas da reclamante, todos os vendedores faziam as mesmas atividades; que os clientes eram do mesmo segmento, industrial; que cada vendedor tinha o seu território, determinado pelo gestor, mas havia mudanças eventuais, de 6 em 6 meses ou anualmente os territórios eram revistos, e acabavam fazendo um rodízio de clientes; que nesse sistema, acontecia de um atender cliente do outro vendedor, dentro da equipe todos acabaram atendendo os mesmos clientes em algum momento; que Renato não tinha subordinados, nenhum dos vendedores tinha; que tinham metas de resultado; que as metas alteravam de acordo com o cliente, as metas estavam atreladas ao território; que não crê que houvesse diferenças de produtividade entre os vendedores; que a reclamante fazia o mesmo horário que o depoente; que o depoente

ID. 4dac188 - Pág. 27

trabalhava no mesmo andar em que Renato e a reclamante (...)que Renato não tinha mais experiência; que Renato veio da área GBS".

Assinado eletronicamente por: ADRIANA PRADO LIMA - 07/06/2022 16:49:09 - 4dac188
<https://pje.trt2.jus.br/segundograu/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam?nd=21110309184067200000094281353>
 Número do processo: 1001204-16.2020.5.02.0023
 Número do documento: 21110309184067200000094281353

A testemunha da Reclamada, por sua vez, confirmou que o paradigma pertencia a mesma equipe que a Reclamante, ao declarar que "trabalha na reclamada, desde 2005; que trabalhou com a reclamante, por quase 3 anos, 3 a 4 anos, de 2014 a 2018; que o segmento era industrial; que o chefe era Luciano Sulzbach; que Renato Gaspar fazia parte da equipe. Quanto à superioridade técnica, o depoimento da testemunha calcou-se no tempo de casa do paradigma e no território de atuação. No entanto, confirmou a informação da Reclamante e de sua testemunha de que todos os vendedores se revezavam no atendimento dos mesmos clientes, afastando a diferença de complexidade por território. Declarou "que a diferença entre os vendedores era a senioridade e o território, Renato tinha um território mais complexo; que havia metas, que variavam de acordo com o território; que o território alternava entre os vendedores, e assim em alguns casos acontecia de os vendedores atenderem os clientes de outros vendedores; que não lembra se Renato teve algum cliente que a reclamante nunca atendeu; que a maior senioridade de Renato é porque veio de uma aquisição da IBM, trazendo um histórico profissional de consultor muito sênior, e também dava treinamento (coaching) para os demais vendedores; que não se recorda de Renato ter mudado de cargo no período em que trabalharam juntos; que Renato saiu do tipo para assumir posição de liderança na unidade de hardware, onde se tornou gerente de pessoas; que isso deve ter ocorrido pouco antes de a depoente sair, em 2017 ou 2018". Ressalte-se que, quanto à função de treinamento do paradigma mencionada pela testemunha, esta sequer foi aventada em sede de defesa ou no depoimento pessoal da Ré.

Quanto à prova documental, juntou a Reclamada aos autos os holerites do paradigma, onde se pode verificar que a data de admissão foi em 03/07/2000, posterior, portanto, à admissão da Reclamante. Não há, por sua vez, comprovação que o Reclamante exercia a função da Reclamante há mais de dois anos, como aduzido. Também não comprovou a Reclamada que o paradigma passou a exercer outra função após sair do setor da Reclamante.

Restou comprovado, portanto, que Reclamante e paradigma exerciam a mesma função, fazendo jus a Reclamante à percepção das diferenças salariais postuladas.

Quanto aos reflexos em DSR, deixo de conhecer o recurso no particular, tendo em vista que não houve condenação nesse sentido.

Irretocável a sentença primeva.

Mantenho.

Descanso Semanal Remunerado

Insurge-se a Reclamada contra a sentença que deferiu à Reclamante as diferenças de incidências de comissão sobre os descansos semanais remunerados e reflexos. Reitera o pedido de incidência da prescrição total, haja vista que a alteração alegada na inicial teria ocorrido em 2008, ao passo que a ação fora distribuída apenas em 2020, ou seja, após transcorrido o prazo prescricional. Alega que é incontrovertido nos autos que a Autora sempre foi remunerada mensalmente e, portanto, os DSRs já estão devidamente remunerados, conforme pode ser observado nos respectivos contracheques, sendo da Recorrida o ônus de comprovar a existência das diferenças que entendia devida. Esclarece a Ré que se utiliza da ferramenta (FMS), onde é demonstrada a totalidade dos valores enviados para a folha de pagamentos, o que incluía tanto comissões quanto o DSR, sendo tais valores devidamente discriminados no holerite.

Assim constou da sentença:

"Descansos semanais remunerados

A reclamante pleiteia o pagamento de remuneração de descansos semanais alegando que a reclamada subtraí o valor da parcela do valor das comissões conquistadas.

A reclamada alega prescrição total do pedido e que a ferramenta usada para calcular o valor do repouso semanal não permitia que o fosse separadamente da comissão. Sustenta que o (FMS software - "Field Management System") é mundialmente utilizado por empregados da empresa e impugna a pretensão dada a particularidade da parcela prevista na legislação laboral pátria.

Sem razão a reclamada.

A prescrição incidente é a parcial, pois a parcela pleiteada está assegurada por preceito de lei (TST, Súmula nº 294).

Além disso, a própria alegação da reclamada evidencia que as comissões englobam complessivamente os valores dos repousos semanais remunerados.

O direito laboral não compactua com salário complessivo (TST, Súmula nº 91).

Assim, os valores lançados nos demonstrativos a título de "repouso remun. sal. variav" são, na verdade, desmembramento dos valores das comissões mensais.

Acolho o pedido de pagamento da remuneração dos descansos semanais sobre o valor das comissões, a qual deve refletir no pagamento das gratificações natalinas, das férias acrescidas de 1

ID. 4dac188 - Pág. 29

/3, do aviso prévio indenizado e do FGTS com a indenização correspondente de 40%."

Concordo com a Magistrada de origem.

Afasto a arguição de prescrição total, pois o caso refere a parcela prevista em lei, nos termos da Súmula 294, do C. TST.

Verifica-se dos holerites juntados aos autos o pagamento da remuneração variável, sob rubrica 3651 "SALARIO VARIABEL", e o DSR, rubrica 3652 "REPOUSO REMUN. SAL.VARIAV" (ISD. 6324ffd).

A Reclamada, no entanto, confessa que os valores da renda variável e dos DSRs eram lançados em conjunto na ferramenta FMS, utilizada pela empresa em todo o mundo, inclusive por países que não efetuam pagamento de DSR, e por tal motivo, os valores lançados em conjunto eram posteriormente separados nos contracheques.

Em que pesem as argumentações da Ré, não há provas nos autos que os valores relativos aos DSRs foram corretamente remunerados, ainda que se encontrem discriminados nos holerites, tendo em vista que a Recorrente não juntou aos autos as vendas realizadas pela Autora e as respectivas comissões, a fim de esta pudesse reconhecer a sua correção ou apontar eventuais diferenças.

Ressalte-se que o preposto declarou, em audiência, que "a reclamada mantém os relatórios de negócios feitos pela reclamante durante o período de vigência da carta de oferta de incentivos; que essa carta pode ter vigência de 6 meses a 1 ano; que no sistema FMS é possível verificar as metas impostas, as metas atingidas, porém os negócios realizados, só durante o período de vigência.". A testemunha da Reclamada, no entanto, declarou que "existe a ferramenta FMS para consultar o aceite e as comissões; que não se lembra se na ferramenta havia campo relacionado ao DSR".

Destarte, diante da ausência de comprovação da regularidade dos valores apontados nos contracheques juntados, não se desincumbiu a Reclamada do ônus que lhe cabia.

Correta a sentença.

Mantenho.

ID. 4dac188 - Pág. 30

Ante o exposto, **ACORDAM** os Magistrados da 11^a Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 2^a Região em: **CONHECER** dos recursos das partes e, no mérito, **NEGAR PROVIMENTO** ao apelo da Reclamada e **DAR PARCIAL PROVIMENTO** ao da Reclamante para deferir à Autora 1) adicional de periculosidade por todo o contrato e os respectivos reflexos em 13º salários, férias mais 1/3, depósitos do FGTS + 40%; horas extras, aviso prévio; 2) horas extras, acrescidas dos adicionais previstos nas normas coletivas aplicáveis, considerando-se a jornada fixada e observada a jornada normal de oito horas diárias e quarenta e quatro horas semanais, a globalidade salarial, os dias efetivamente trabalhados e o divisor 220, bem como as integrações em DSR's, aviso prévio, 13ºs salários, férias acrescidas de 1/3, FGTS acrescido de 40%; 3) horas extras decorrentes da inobservância do intervalo previsto no artigo 384, da CLT, e os respectivos reflexos em DSR's, aviso prévio, 13ºs salários, férias acrescidas de 1/3, FGTS acrescido de 40%, até 10/11/2017; 4) excluir da condenação honorários sucumbenciais aos patronos da Reclamada No mais, mantida a sentença prolatada, nos termos da fundamentação da Relatora.

Votação: Unâним

PROCESSO incluído na Sessão Ordinária **TELEPRESENCIAL** de Julgamento de **07/06/2022**, que foi disponibilizada no DEJT/2 em 26/05/2022.

Presidiu regimentalmente a sessão o Exmo. Des. EDUARDO DE AZEVEDO SILVA.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs.: Relatora Juíza ADRIANA PRADO LIMA; Revisor Des. RICARDO VERTA LUDUVICE; 3^a votante Juíza LÍBIA DA GRAÇA PIRES.

Presente para a oitiva do voto o Dr. Walter Wiliam Ripper. A advogada inscrita para a sustentação oral pela ré, Dra. Josi Soares de Castro, solicitou cancelamento de sua inscrição.

ADRIANA PRADO LIMA

ID. 4dac188 - Pág. 31

Relatora

aro

VOTOS



Assinado eletronicamente por: ADRIANA PRADO LIMA - 07/06/2022 16:49:09 - 4dac188
<https://pje.trt2.jus.br/seguidograu/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam?nd=21110309184067200000094281353>
Número do processo: 1001204-16.2020.5.02.0023
Número do documento: 21110309184067200000094281353

