



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 03ª REGIÃO

PROCESSO nº 0011526-81.2017.5.03.0026 (ROT)

RECORRENTE: DANILO FRANCO CAMPOS DA MATA

RECORRIDO: NOVARTIS BIOCÍENCIAS S.A.

RELATOR(A): MARIA CECÍLIA ALVES PINTO

EMENTA

HORAS EXTRAS. GERENTE. ENQUADRAMENTO. HIPÓTESE EXCEPTIVA DO INCISO II DO ART. 62 DA CLT. No Direito do Trabalho, em razão da aplicação do princípio da primazia da realidade, a simples nomenclatura atribuída ao cargo ou função não é suficiente para o enquadramento do empregado na exceção do artigo 62, II da CLT, tornando-se necessário examinar, na prática, se a parte autora atuava como *longa manus* do empregador, tendo poderes de mando e gestão suficientes para ser enquadrada na hipótese exceptiva, o que não restou caracterizado no caso dos autos.

Vistos os autos, relatado e discutido o recurso ordinário interposto contra decisão proferida pelo douto juízo da 1ª Vara do Trabalho de Betim, em que figuram como recorrente **DANILO FRANCO CAMPOS DA MATA** e como recorrido **NOVARTIS BIOCÍENCIAS S.A.**

RELATÓRIO

O d. Juízo da 1ª Vara do Trabalho de Betim, pela r. sentença de Id 2da1e84, proferida pela MM. Juíza Jordana Duarte Silva, julgou improcedentes as pretensões deduzidas na inicial.

Embargos de declaração opostos pelo autor, julgados improcedentes (Id cdd9cca).

O reclamante interpôs recurso ordinário (Id c668db8), versando o apelo sobre jornada de trabalho, horas extras, adicional noturno, repousos semanais remunerados e feriadões, diferenças de prêmios, enquadramento sindical, integração da ajuda-alimentação ao salário e honorários advocatícios.

Procuração outorgada pelo autor (Id 7bea124) e pela ré (Id eba28cf).

Contrarrazões ofertadas pela ré (Id 1d8abc8).

Ficou dispensada a manifestação da douta Procuradoria Regional do Trabalho, conforme art. 36 da Consolidação dos Provimentos da Corregedoria-Geral da Justiça do Trabalho e artigo 129, do Regimento Interno deste Eg. TRT.

É o relatório.

VOTO

JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE

Preenchidos os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

QUESTÃO DE ORDEM

A presente demanda envolve reclamação trabalhista relativa a contrato de trabalho iniciado e rescindido em período anterior ao de vigência da Lei 13.467/17, responsável pela denominada "Reforma Trabalhista", o que teve início no dia 11.11.2017.

Nesse contexto, as normas de direito material que restringiram direitos trabalhistas não se aplicam ao contrato de trabalho aqui analisado, pois a rescisão contratual ocorreu antes da vigência da Lei 13.467/17. Veja-se que, por força do disposto no *caput* do art. 7º/CF, bem como do art. 468/CLT, não é possível a alteração contratual em prejuízo do trabalhador, nem mesmo nos contratos em curso e muito menos aos contratos findos antes da vigência da lei. Essa a razão pela qual toda a fundamentação aqui lançada diz respeito ao regramento legal anterior à reforma.

Ou seja, a lei nova restritiva de direitos aplica-se apenas aos novos contratos, assim entendidos aqueles firmados após a sua vigência, entendimento que deverá reger também a não incidência dos preceitos restritivos ditados pela Lei 13.467/17 aos contratos em curso. Dessa forma, a inaplicabilidade da lei nova aos contratos findos anteriormente à sua entrada em vigor é ainda mais evidente, na medida em que a relação se desenvolveu inteira sob a regência da lei revogada.

No que tange à incidência ou não dos preceitos de ordem processual ditados pela Lei 13.467/17, a análise será efetuada no item pertinente, caso o recurso demande análise no particular aspecto.

JUÍZO DE MÉRITO

JORNADA DE TRABALHO - HORAS EXTRAS - ADICIONAL NOTURNO

Requer o autor a reforma da r. sentença de origem para condenar a reclamada ao pagamento das horas extras e reflexos.

Examino.

O inciso II do art. 62/CLT excepciona do pagamento das horas extras os gerentes, assim considerados os que exercem cargos de gestão, aos quais se equiparam, para efeito do disposto nesse artigo, os diretores e chefes de departamento ou filial. Prevê, ainda, o parágrafo único do citado art. 62, que:

O regime previsto neste capítulo será aplicável aos empregados mencionados no inciso II deste artigo, quando o salário do cargo de confiança, compreendendo a gratificação de função, se houver, for inferior ao valor do respectivo salário efetivo acrescido de 40% (quarenta por cento).

Portanto, analisando-se os termos da lei, tem-se que, para que se enquadre na exceção do art. 62/CLT, o empregado deverá, concomitantemente, exercer cargo de confiança e perceber salário do cargo de confiança superior em 40% o valor do salário efetivo, o que pode ocorrer por meio de gratificação ou não.

Dessa forma, o que se faz necessário é que o salário seja diferenciado, e que o empregado ocupe posição estratégica na estrutura organizacional da empresa.

Assim, conclui-se que para ser o empregado enquadrado na regra do art. 62, II, da CLT, mister que detenha poderes de gestão, sendo estes os gerentes, diretores e chefes de departamento ou filial, e distinção remuneratória, consistente em percentual mínimo de 40% a mais do cargo efetivo ou do patamar remuneratório correspondente ao dos demais empregados da empresa.

No caso em tela, com a devida vênica ao entendimento adotado na origem, a despeito de demonstrada a distinção remuneratória, não se comprovou nos autos, que o autor detinha poderes de mando ou gestão necessários ao enquadramento no inciso II do art. 62/CLT.

Registro que a nomenclatura do cargo, por si só, gerente distrital, não exclui o controle de jornada nos moldes do citado artigo. Isso porque o conjunto probatório revelou a inexistência de poderes de gestão e de autonomia do empregado em suas atividades.

Produzida prova oral, o recorrente declarou, em depoimento pessoal (Id 0d5e5e2 - Pág. 2 - grifos acrescidos):

[...] que o cargo do depoente era gerente distrital de especialidades; que para dispensar ou contratar pessoas na empresa, comunicava ao RH e este juntamente com o gestor definiam se a operação poderia ser realizada[...]; que depoente poderia indicar um funcionário para dispensa mas dependeria de um OK do RH e da chefia imediata; que o processo de dispensa poderia ser iniciado pelo depoente ou pela chefia superior; que chegou a indicar uma pessoa para dispensa; que chegou a indicar funcionário para promoção mas não para premiação; que a premiação era definida pela empresa conforme o ranking; que o processo de contratação era iniciado pelo RH, que fazia uma pré-seleção e depois, os candidatos eram entrevistados pelo depoente, pelo chefe imediato e pelo RH; que o depoente fazia uma avaliação qualitativa das pessoas da equipe mas a avaliação de "números" era feita pela empresa e também havia uma avaliação geral realizada em conjunto com a chefia imediata com o RH; [...] que a chefia imediata do depoente eram gerente nacional de vendas e depois teve um diretor.

A testemunha, João Paulo Camargo Gutierrez, ouvida a convite do reclamante, afirmou (Id 0d5e5e2 - Pág. 4 - grifos acrescidos):

[...] que as atividades que depoente desenvolvia eram as mesmas do reclamante mas em locais diferentes; que a hierarquia era da seguinte forma: 7 representantes abaixo do depoente e acima, tinha 1 gerente, 1 diretor e o presidente; perguntado se além do gerente mencionado, se também deveria se reportar a outros gerentes de outras unidades, respondeu: sim, a gente tinha um gerente imediato só que a gente se reportava ao business partning, parceira de RH, gerente de produto (tinha que vender o produto que ele tinha planejado); perguntado se tinha que submeter o relatório de despesas à aprovação, respondeu: sim; que não tinha procuração da empresa; que não tinha poderes para admitir, demitir e aplicar penalidades mas tinha que reportar ao gerente imediato e também à parceira de RH antes de qualquer prática dessa.

A testemunha, Evando Santos Andrade, ouvida por indicação da reclamada, disse o seguinte (Id 0d5e5e2 - Pág. 5/6 - grifos acrescidos):

[...] que é muito alinhado com gestor imediato e RH a admissão e dispensa, não é uma decisão unilateral e sim colegiada [...] que o chefe imediato do depoente era o gerente regional, assim como do reclamante; que para aplicar advertência, tinha que reportar em um relatório e, quando havia alguma insubordinação mais forte, depoente acionava o RH, mas o depoente nunca usou deste artifício [...] que o gerente regional está acima do distrital.

Nessa perspectiva, a despeito de o recorrente, como gerente distrital, exercer suas atividades com certo grau de responsabilidade sobre a equipe de vendas, não restou comprovado pela prova oral colhida que o obreiro contasse com uma gama de poderes de gestão que o autorizasse a substituir o empregador.

Ao revés, ficou evidenciado que o recorrente era subordinado ao gerente regional, não possuindo ampla liberdade ou autonomia para contratar ou dispensar empregados.

Desta feita, não há elementos nos autos suficientes para se concluir que os poderes conferidos ao reclamante o enquadravam como verdadeiro *alter ego* ou *longa manus* do empregador.

Lado outro, cumpre registrar que o trabalho externo, apto a afastar o direito às horas extras, decorre da impossibilidade absoluta de controle, ainda que indireto, da jornada de trabalho do empregado, uma vez que nem sempre a atividade exercida fora das dependências do empregador é incompatível com o controle de jornada.

Destarte, para que se caracterize a exceção prevista no art. 62, inciso I, da CLT, não basta que o empregado desempenhe atividade externa, longe das vistas do empregador, devendo ficar constatada a impossibilidade de controle da jornada de trabalho, o que não é o caso dos autos.

No caso, a prova oral comprovou que parte da jornada do autor era cumprida externamente, em visita de campo com os representantes. Veja-se que a própria testemunha patronal informou "que nessa época o representante fazia o lançamento da visita e se estava ou não acompanhado pelo gestor".

A testemunha obreira disse que "os representantes tinham que fazer a cada visita, lançamentos da visita no aplicativo, com registro de hora, o que conversou com o médico, se depoente estava junto ou não; que havia sistema de geolocalização nos sistemas fornecidos pela empresa, mas não se lembra agora do nome, era 'mobile alguma coisa' e quando desligavam por algum motivo, recebiam um alerta 'o mobile está desligado do

representante X ou o seu' e tinha que acionar para deixar funcionando" (Id 0d5e5e2 - Pág. 4), demonstrando que era possível controlar a jornada do gerente pelos registros de visita dos representantes.

Veja-se, ainda, que a testemunha ouvida a rogo da ré confirmou que o autor recebeu celular e notebook para o trabalho, o que permitia também o controle de jornada por contato telefônico.

Assim, não restando demonstrado nos autos o enquadramento do autor na situação excepcional do art. 62/CLT, seja pelo exercício de cargo de confiança ou labor externo, nos termos dos incisos I e II, prevalece a obrigatoriedade do registro de ponto, nos moldes do art. 74 da CLT. E, como a ré não colacionou aos autos os respectivos controles de jornada, aplica-se à espécie o entendimento consubstanciado na Súmula 338/TST, presumindo-se verdadeiros os horários alegados na inicial.

Entretanto, essa presunção é apenas *iuris tantum*, devendo-se levar em conta o conjunto probatório existente nos autos.

Por conseguinte, tendo em vista as assertivas lançadas na inicial em cotejo com a prova oral colhida, bem como os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, fixo a jornada de trabalho do autor, como sendo de: **a)** segunda a sexta-feira, das 08h00 às 20h00, com 1 hora de intervalo intrajornada (trabalho em campo e *home office*), e uma vez por mês até à 00h (jantar com clientes); **b)** 2 vezes ao ano, de sexta a sábado, das 08h00 às 22h00, com 1 hora de intervalo intrajornada, em razão da participação em congresso médico.

Em que pese o documento indicado pelo obreiro registrar "200 mês/ 40 sem" (Id 553a972 - Pág. 4), observo que o recorrente foi contratado para cumprir jornada de 44 horas semanais, com folga aos domingos (vide contrato de trabalho de Id be4db51).

Sendo o autor comissionista misto, ele já teve remuneradas, de forma simples, por meio das comissões percebidas, as horas extras laboradas, sendo-lhe devido, sobre a parcela variável de seu salário, apenas o adicional (entendimento consolidado na Súmula 340/TST), excluída a incidência sobre as horas extras fictícias, pelo não gozo do intervalo intrajornada.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso para condenar a reclamada ao pagamento das horas extras, com o respectivo adicional sobre o salário fixo, e sobre a parte variável da remuneração apenas o adicional sobre as horas extras laboradas, de acordo com a jornada acima fixada, assim entendidas as que ultrapassarem 8 horas diárias ou 44 horas semanais, o que for mais benéfico, com reflexos em RSR, aviso prévio, férias + 1/3, décimo terceiro salário e FGTS + 40%, como restar apurado em regular liquidação de sentença.

Em face da jornada arbitrada, condeno a reclamada ainda ao pagamento do adicional noturno (observada a redução da hora noturna), no percentual de legal de 20%, com os mesmos reflexos fixados para as horas extras.

Para apuração das horas extras deverão ser observados os seguintes critérios: divisor 220 para a parte fixa e número de horas efetivamente laboradas para a parte variável da remuneração, com observância do entendimento firmado na súmula 340 do C. TST, adicional legal ou convencional, aquele mais benéfico, base de cálculo composta pelas parcelas de natureza salarial, por força da Súmula 264 do TST, OJ 97 da SDI-1/TST, dias efetivamente trabalhados e evolução salarial do empregado.

Em face do provimento do recurso, ficam invertidos os ônus da sucumbência relativamente aos honorários periciais, estipulados em R\$1.000,00 (Id 2da1e84 - Pág. 16), que passam a ser devidos pela reclamada.

SÁBADO COMO DIA DE DESCANSO PARA FINS DE CÁLCULO DOS REPOUSOS SEMANAIS REMUNERADOS E FERIADOS

Requer o autor a reforma da r. sentença de origem para que no cálculo dos repousos semanais remunerados e feriados seja considerado o sábado como dia de descanso, apurando-se as diferenças de repousos e feriados pagos, com os reflexos legais.

Analiso.

Registro que, ao contrário do alegado pelo recorrente, não existe previsão normativa para considerar o sábado como dia de repouso semanal remunerado, consoante será analisado no tópico pertinente ao enquadramento sindical.

Ademais, a contratação para cumprimento da carga horária legal de segunda a sexta-feira, com jornada semanal de 44 horas semanais, não implica que o sábado era dia de repouso semanal remunerado, mas sim que havia compensação de jornada, que era diluída ao longo da semana.

Portanto, indevidas as diferenças de repouso semanal remunerado pretendidas, bem como o pagamento, em dobro, dos sábados laborados.

Nego provimento.

DIFERENÇAS DE PRÊMIOS

Insiste o reclamante na condenação da ré ao pagamento das diferenças de prêmios.

Ao exame.

O autor relatou na inicial que, desde o início do contrato laboral, não era possível conferir se a premiação mensal paga pela ré era feita corretamente, tendo em vista que não lhe eram repassados os critérios de pagamento, tampouco disponibilizados os meios para tal conferência, estimando um prejuízo mensal de 40% (quarenta por cento) de sua remuneração.

Foi determinada a realização de perícia contábil para apurar as alegadas diferenças de premiação, nos termos da ata de Id 9c51e9d.

Elaborado o laudo oficial, assim concluiu a i. perita (Id bd1508b - Pág. 24):

Com base no levantamento realizado, apresenta-se a conclusão do presente trabalho pericial.

São inassumíveis responsabilidades sobre documentos idôneos e válidos que podem estar em poder de pessoas naturais e jurídicas, seja do Reclamante ou das Reclamadas, que não foram apresentados até a data da conclusão deste laudo.

APURAÇÃO DE DIFERENÇA DE PREMIAÇÃO

Conforme exposto no item II.3 e II.4 deste laudo, para a apuração de possível diferença da premiação paga ao Reclamante seria necessário a comprovação de dados mercadológicos dos produtos da Reclamada que compõem a base de cálculo dos prêmios pagos, sendo eles:

- Demanda dos produtos;

- Participação no mercado dos produtos da Reclamada que corresponde à totalidade das vendas realizadas em relação à demanda.

Os dados acima são fornecidos por terceiros, IMS Realth e Tivit Tecnologia da Informação. Conforme diversos documentos constantes dos autos, foi requerido por esta Perita que a Reclamada ou a IMS Realth apresentassem comprovação dos dados utilizados para a base de cálculo dos prêmios pagos, o que não foi efetivado.

De acordo com a manifestação de ID 5aa915d, a IMS Health disponibiliza para a Reclamada seu banco de dados inerentes às vendas de produtos farmacêuticos e esta utiliza estas informações conforme lhe convier.

Diante do exposto, com os dados fornecidos, não foi possível a conferência dos valores pagos a título de prêmios por falta de comprovação dos dados acima relacionados.

Nos esclarecimentos periciais, a *expert* ratificou na íntegra o laudo apresentado (Id 9c548a4; 0c49a2b; 2854ad7; 8b7fd17; c6937b1; d43f769).

Dessa forma, considerando que a reclamada não apresentou todos os documentos requisitados para elaboração do laudo pericial, limitando-se a alegar a correção na quitação da referida parcela, não havendo justificativa para a omissão, incide na espécie o disposto no art. 400 do CPC, presumindo-se verdadeiras as alegações do autor.

Esclareça-se que a empregadora é a detentora dos documentos capazes de demonstrar os parâmetros de pagamento utilizados e, por conseguinte, o fato obstativo ao direito do empregado.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso para condenar a reclamada ao pagamento das diferenças de prêmios, consistente em 40% da remuneração do autor, com reflexos em RSR, aviso prévio, 13º salários, férias integrais + 1/3, FGTS + 40%, adicional noturno e horas extras.

NORMAS COLETIVAS APLICÁVEIS

Requer o autor a reforma da r. sentença de origem para reconhecer a aplicação das normas coletivas anexadas com a inicial, condenando a reclamada ao pagamento dos pedidos constantes das alíneas "f" (consideração do sábado como dia de repouso), "i" (reajustes normativos), "j" (quilômetro rodado), "k" (seguro total) e "m" (indenização adicional).

Analiso.

O reclamante colacionou com a inicial os instrumentos coletivos celebrados pelos Sindicato dos Empregados, Vendedores e Viajantes do Comércio, Propagandistas, Propagandistas-Vendedores e Vendedores de Produtos Farmacêuticos de Minas Gerais e o Sindicato da Indústria de Produtos Farmacêuticos no Estado de São Paulo - SINDUSFARMA.

Por sua vez, a reclamada juntou com a defesa as normas coletivas firmadas entre o Sindicato dos Propagandistas, Propagandistas-Vendedores e Vendedores de Produtos Farmacêuticos no Estado de São Paulo - SINPROVESP e o Sindicato da Indústria de Produtos Farmacêuticos no Estado de São Paulo - SINDUSFARMA.

Pois bem.

O enquadramento sindical da categoria profissional segue o da categoria patronal, que é definido pela atividade preponderante da empresa, observando-se, ainda, o quadro a que se refere o art. 577/CLT. A exceção se faz em relação à categoria profissional diferenciada, o que não é o caso dos autos.

Assim dispõe o art. 570/CLT:

Os sindicatos constituir-se-ão, normalmente, por categorias econômicas ou profissionais, específicas, na conformidade da discriminação do quadro das atividades e profissões a que se refere o art. 577 ou segundo as subdivisões que, sob proposta da Comissão do Enquadramento Sindical, de que trata o art. 576, forem criadas pelo ministro do Trabalho, Indústria e Comércio.

Parágrafo único - Quando os exercentes de quaisquer atividades ou profissões se constituírem, seja pelo número reduzido, seja pela natureza mesma dessas atividades ou profissões, seja pelas afinidades existentes entre elas, em condições tais que não se possam sindicalizar eficientemente pelo critério de especificidade de categoria, é-lhes permitido sindicalizar-se pelo critério de categorias similares ou conexas, entendendo-se como tais as que se acham compreendidas nos limites de cada grupo constante do Quadro de Atividades e Profissões.

E, de acordo com o art. 581, § 2º/CLT:

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 em regime de conexão funcional.

Na definição do enquadramento sindical, há de se considerar, também, o princípio da territorialidade, segundo o qual o ente sindical do local de prestação de serviços é que possui representatividade.

Sobre o local de prestação de serviços, o d. Juízo de origem analisou a ficha financeira, concluindo que o autor, no período imprescrito, não laborou em São Paulo, o que afastou a incidência das normas colacionadas com a defesa. Da mesma forma, verificou o julgador de origem que o autor não laborou em Minas Gerais nos períodos de vigência das normas coletivas que colacionou nos autos. *In verbis* (Id 2da1e84):

A ficha de registro de empregado (fl. 412) demonstra que o reclamante prestou serviços em Minas Gerais, Rio de Janeiro e São Paulo, sendo que no período de 2010 até 2016 as contribuições sindicais foram em favor do Sindicato dos Propagandistas, Propagandistas-Vendedores e Vendedores de Produtos Farmacêuticos no Estado do Rio de Janeiro e no ano de 2017, para o Sindicato dos Empregados Vendedores e Viajantes do Comércio, Propagandistas, Propagandistas-Vendedores de Produtos Farmacêuticos de Belo Horizonte, Contagem e Betim - SINDIPROVE-BH, que também homologou o TRCT (fl. 423).

Observe-se que a testemunha João Paulo Camargo Gutierrez atestou que o reclamante trabalhava "nas áreas norte, nordeste e centro-oeste, além do Espírito Santo e Rio de Janeiro".

No período não atingido pela prescrição, portanto, o reclamante não prestou serviços em São Paulo, razão pela qual são inaplicáveis os instrumentos normativos juntados pela reclamada. Por outro lado, considerando-se que o reclamante somente prestou serviços em Minas Gerais no ano de 2017 (considerando-se as contribuições sindicais recolhidas), tendo prestado serviços nos anos anteriores em outras localidades (notadamente no Rio de Janeiro), não são aplicáveis as normas coletivas anexadas com a inicial, que tiveram vigência somente até 2016.

Em suma, não há nos autos normas coletivas aplicáveis ao período imprescrito.

Nessa perspectiva, considerando que não restou comprovado que o recorrente prestou serviços no Estado de Minas Gerais, não há como aplicar os instrumentos coletivos juntados com a inicial ao seu contrato de trabalho.

Dessa forma, indevidos os benefícios convencionais pretendidos.

Nada a prover.

INTEGRAÇÃO DA AJUDA-ALIMENTAÇÃO AO SALÁRIO

Insiste o autor na integração da parcela paga a título de ajuda alimentação ao seu salário com a condenação da ré aos reflexos legais.

Examino.

Dispõe a OJ 413 SDI-I/TST:

AUXÍLIO-ALIMENTAÇÃO. ALTERAÇÃO DA NATUREZA JURÍDICA. NORMA COLETIVA OU ADESÃO AO PAT. (DEJT divulgado em 14, 15 e 16.02.2012) A pactuação em norma coletiva conferindo caráter indenizatório à verba auxílio-alimentação ou a adesão posterior do empregador ao Programa de Alimentação do Trabalhador - PAT - não altera a natureza salarial da parcela, instituída anteriormente, para aqueles empregados que, habitualmente, já percebiam o benefício, a teor das Súmulas n.os 51, I, e 241 do TST.

A parcela quitada a título de alimentação tem presunção de possuir natureza salarial, ou seja, incumbe ao empregador a comprovação de filiação ao PAT ou pactuação em norma coletiva para lhe conferir caráter indenizatório.

Na hipótese dos autos, o autor foi admitido em 01.11.2000 (Id 0ba6523), inexistindo nos autos norma coletiva vigente à época da admissão preconizando a natureza indenizatória da alimentação, nem comprovante de filiação ao PAT àquela época, tendo em vista que a adesão da recorrida ao PAT apenas ocorreu em 30.07.2008 (Id d20040d - Pág. 1).

Ante o exposto, confiro provimento ao apelo para determinar a integração da parcela paga a título de ajuda alimentação ao salário do autor e condenar a reclamada ao pagamento de reflexos em horas extras, adicional noturno, férias + 1/3, 13º salários e FGTS + 40%.

Indevidos os reflexos sobre os RSRs, porquanto os valores eram quitados em base mensal.

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

Pugna o autor pela condenação da ré ao pagamento dos honorários advocatícios.

Analiso.

Ressalto, de início, que a presente ação foi ajuizada no dia 31.08.2017, antes da entrada em vigor da Lei 13.467/2017.

Pois bem, a questão há de ser analisada à luz da legislação em vigor à época.

E até então, consoante o entendimento jurisprudencial cristalizado nas Súmulas 219 e 329 do TST, a condenação ao pagamento de honorários advocatícios não decorria da mera sucumbência, exigindo-se do empregado que fosse beneficiário da justiça gratuita e que estivesse assistido pelo sindicato da sua categoria profissional.

Dessa forma, na seara trabalhista, o regramento próprio para o deferimento dos honorários advocatícios não contempla o ressarcimento das despesas efetuadas com a contratação de advogado particular, mesmo tendo sido condenada a reclamada ao pagamento de verbas trabalhistas.

Nesse diapasão, a legislação civil não se aplicava ao processo do trabalho por não existir lacuna no âmbito da legislação trabalhista sobre a matéria, uma vez que vigora o *jus postulandi*, não estando o empregado obrigado a contratar advogado para ajuizar a ação trabalhista e, por isso, não se podendo equiparar as despesas efetuadas com esse profissional, voluntariamente contraídas pelo trabalhador, a perdas e danos para efeito de ressarcimento pela parte contrária.

Assim, para exercer o direito de ação, nesta Justiça do Trabalho, as partes possuem o *jus postulandi* (Súmula 425/TST) sendo que o empregado ainda pode fazer-se assistir pelo sindicato da sua categoria profissional, sem ter de contratar advogado particular. E nesse particular, não há afronta aos artigos 5º, II e 133/CF, vez que prestigia o princípio do acesso amplo e gratuito à Justiça.

Assim, não estando o reclamante assistido pelo sindicato de sua categoria profissional, indevidos os honorários contratuais postulados.

Nesse sentido, em sessão ordinária realizada em 14.05.2015, o Tribunal Pleno deste Regional, ao apreciar o incidente de uniformização nº 00368-2013-097-03-00-4, aprovou, por maioria de votos, a edição da Súmula nº 37, disponibilizada no DEJT em 21.05.2015, assim dispondo:

POSTULADO DA REPARAÇÃO INTEGRAL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. PERDAS E DANOS. INTELIGÊNCIA DOS ARTIGOS 389 E 404 DO CÓDIGO CIVIL. É indevida a restituição à parte, nas lides decorrentes da relação de emprego, das despesas a que se obrigou a título de honorários advocatícios contratados, como dano material, amparada nos arts. 389 e 404 do Código Civil.

Por fim, apenas para evitar que no futuro se alegue omissão deste Juízo, registro que no caso dos autos não há como falar-se em condenação ao pagamento de honorários advocatícios, conforme previsão da Lei 13.467/2017, cuja entrada em vigor ocorreu no dia 11 de novembro de 2017.

É certo, por um lado, que o instituto dos honorários advocatícios está inserido dentre normas processuais. Mas é inegável, por outro lado, que sua natureza jurídica é híbrida, sendo evidente seu viés de direito material (artigo 22 da Lei 8.906/2000).

Assim, não há que se falar em aplicação imediata da lei, mesmo aos processos em curso, pois a questão concernente aos honorários de sucumbência no processo do trabalho deverá ser interpretada à luz dos

princípios da isonomia (artigo 5o, XXXVI da CR) e da segurança jurídica (parágrafo 13o do artigo 525 do CPC). Além disso, não pode ocorrer a lesão ao ato jurídico perfeito (inciso XXXVI do artigo 5o da Constituição da República e artigo 6o da LINDB).

A nova redação dada ao artigo 791 da CLT alterou de forma muito substancial a sistemática anterior. E essa mudança reflete na análise dos custos e riscos do processo, impondo aumento considerável dos ônus processuais. Assim, é no momento do ajuizamento da ação que tais riscos devem ser ponderados e a lei em vigor naquele momento é que deve reger o processo em curso.

Assim, em atenção ao princípio da não surpresa, da segurança jurídica e da previsão contida no artigo 5º, XXXVI, da Constituição da República, bem como no parágrafo 13 do artigo 525 do CPC e artigo 6º da LINDB, adotando, ainda, as mesmas razões de decidir que motivaram a edição da OJ 421 da SDI 1 do TST (ao tratar das demandas recebidas da Justiça Comum, à época da EC 45/2004), bem como a OJ 260, I, também da SDI 1 do TST (quando se fixou o rito processual vigente à época do ajuizamento da ação, na situação de superveniência da Lei n. 9.957/00), entendo que não há que se falar em condenação ao pagamento de honorários de sucumbência, seja por parte do reclamante, seja por parte da reclamada, no caso em exame, tendo em vista que o ajuizamento da ação ocorreu antes de 11 de novembro de 2017, quando ainda não havia previsão legal a esse respeito.

Nesse sentido, inclusive, o artigo 6º da recém editada Instrução Normativa 41/2018 do C. TST, que "dispõe sobre as normas da CLT, com alterações da Lei nº 13.467/2017 e sua aplicação no processo do trabalho", *in verbis*:

Art. 6º. Na Justiça do Trabalho, a condenação em honorários advocatícios sucumbenciais, prevista no art. 791-A, e parágrafos, da CLT, será aplicável apenas às ações propostas após 11 de novembro de 2017 (Lei nº 13.467/2017). Nas ações propostas anteriormente, subsistem as diretrizes do art. 14 da Lei nº 5.584/1970 e das Súmulas nº 219 e 329 do TST.

Nego provimento.

CONCLUSÃO

A d. 1ª Turma conheceu do recurso, e, no mérito, deu-lhe parcial provimento para fixar a jornada de trabalho do autor, como sendo de: **a)** segunda a sexta-feira, das 08h00 às 20h00, com 1 hora de intervalo intrajornada (trabalho em campo e home office), e uma vez por mês até à 00h (jantar com clientes); **b)** 2 vezes ao ano, de sexta a sábado, das 08h00 às 22h00, com 1 hora de intervalo intrajornada, em razão da participação em congresso médico e condenar a reclamada ao pagamento de: **1)** horas extras, com o respectivo adicional sobre o salário fixo e sobre a parte variável da remuneração apenas o adicional sobre as horas extras laboradas, de acordo com a jornada acima fixada, assim entendidas as que ultrapassarem 8 horas diárias ou 44 horas semanais, o que for mais benéfico, com reflexos em RSR, aviso prévio, férias + 1/3, décimo terceiro salário e FGTS + 40%, como restar apurado em regular liquidação de sentença; **2)** adicional noturno (observada a redução da hora noturna), no percentual de legal de 20%, com os mesmos reflexos supra fixados. Para apuração das horas extras deverão ser observados os seguintes critérios: divisor 220 para a parte fixa e número de horas efetivamente laboradas para a parte variável da remuneração, com observância do entendimento firmado na súmula 340 do C. TST, adicional legal ou convencional, aquele mais benéfico, base de cálculo composta pelas parcelas de natureza salarial, por força da Súmula 264 do TST, OJ 97 da SDI-1/TST, dias efetivamente trabalhados e evolução salarial do empregado; condenar a ré, ainda, ao pagamento de: **3)** diferenças de prêmios, consistente em 40% da remuneração do autor, com reflexos em RSR, aviso prévio, 13º salários, férias integrais + 1/3, FGTS + 40%, adicional noturno e horas extras; **4)** reflexos em horas extras, adicional noturno, férias + 1/3, 13º salários e FGTS + 40%, em razão da integração da parcela paga a título de ajuda alimentação ao salário do autor.

As contribuições previdenciárias e fiscais, ao encargo da reclamada, incidirão nos termos dos artigos 28 e 43 da Lei 8.212/90.

Nos moldes da lei nº 10.035/01, deverá a ré comprovar o recolhimento da verba previdenciária sobre as parcelas salariais ora deferidas, autorizada a retenção dos valores devidos pelo reclamante. Também deverão ser efetuados, se for o caso, os recolhimentos fiscais, permitindo-se a dedução dos valores devidos pelo reclamante, conforme a Lei 8.541/92, art. 46 e o Provimento 01/96 da Corregedoria do TST, devendo ser comprovados nos autos, sob pena de oficiar-se ao órgão competente.

Embora o reclamante seja o devedor das contribuições previdenciárias a seu cargo, pelos efeitos da mora responderá apenas a empregadora.

Quanto ao imposto de renda, deverá ser observado o disposto no art. 12-A da Lei 7.713/1988 (com redação dada pela Lei 13.149/2015), combinado com a nova redação do art. 36 da Instrução Normativa 1.500/2014 da Receita Federal (dada pela IN 1.558/2015), que revogou a Instrução Normativa 1.127/2011, calculado sobre os rendimentos recebidos acumuladamente e efetuado mês a mês.

Nos termos da OJ nº 400 da SDI-1 do TST, os juros de mora decorrentes do inadimplemento de obrigação de pagamento em dinheiro não integram a base de cálculo do imposto de renda.

O índice aplicável a título de correção monetária deverá observar a incidência do IPCA-e da data do débito até a propositura da ação, bem como os juros legais (art. 39, *caput*, da Lei 8.177, de 1991, na forma constante do item 6 da ementa do acórdão proferido no julgamento da ADC 58 pelo c. STF) e da taxa SELIC (que engloba correção monetária e juros) após o ajuizamento da ação, conforme definido pelo STF no julgamento das ADCs 58 e 59 MC/DF.

Ficam invertidos os ônus da sucumbência relativamente aos honorários periciais, estipulados em R\$1.000,00 (Id 2da1e84 - Pág. 16), que passam a ser devidos pela reclamada e arbitra-se à condenação o valor de R\$80.000,00, com custas de R\$1.600,00, também a cargo da ré, que, com a publicação deste acórdão, fica intimada ao recolhimento, para os fins da Súmula 25/TST.

Acórdão

FUNDAMENTOS PELOS QUAIS,

O Tribunal Regional do Trabalho da Terceira Região, em Sessão Ordinária Telepresencial da Primeira Turma, hoje realizada, julgou o presente processo e, preliminarmente, à unanimidade, conheceu do recurso; no mérito, sem divergência, deu-lhe parcial provimento para fixar a jornada de trabalho do autor, como sendo de: **a)** segunda a sexta-feira, das 08h00 às 20h00, com 1 hora de intervalo intrajornada (trabalho em campo e home office), e uma vez por mês até à 00h (jantar com clientes); **b)** 2 vezes ao ano, de sexta a sábado, das 08h00 às 22h00, com 1 hora de intervalo intrajornada, em razão da participação em congresso médico e condenar a reclamada ao pagamento de: **1)** horas extras, com o respectivo adicional sobre o salário fixo e sobre a parte variável da remuneração apenas o adicional sobre as horas extras laboradas, de acordo com a jornada acima fixada, assim entendidas as que ultrapassarem 8 horas diárias ou 44 horas semanais, o que for mais benéfico, com reflexos em RSR, aviso prévio, férias + 1/3, décimo terceiro salário e FGTS + 40%, como restar apurado em regular liquidação de sentença; **2)** adicional noturno (observada a redução da hora noturna), no percentual de legal de 20%, com os mesmos reflexos supra fixados; para apuração das horas extras deverão ser observados os seguintes critérios: divisor 220 para a parte fixa e número de horas efetivamente laboradas para a parte variável da remuneração, com observância do entendimento firmado na súmula 340 do C. TST, adicional legal ou convencional, aquele mais benéfico, base de cálculo composta pelas parcelas de natureza salarial, por força da Súmula 264 do TST, OJ 97 da SDI-1/TSTs, dias efetivamente trabalhados e evolução salarial do empregado; condenar a ré, ainda, ao pagamento de: **3)** diferenças de prêmios, consistente em 40% da remuneração do autor, com reflexos em RSR, aviso prévio, 13^{os} salários, férias integrais + 1/3, FGTS + 40%, adicional noturno e horas extras; **4)** reflexos em horas

extras, adicional noturno, férias + 1/3, 13^{os} salários e FGTS + 40%, em razão da integração da parcela paga a título de ajuda alimentação ao salário do autor. As contribuições previdenciárias e fiscais, ao encargo da reclamada, incidirão nos termos dos artigos 28 e 43 da Lei 8.212/90. Nos moldes da lei nº 10.035/01, deverá a ré comprovar o recolhimento da verba previdenciária sobre as parcelas salariais ora deferidas, autorizada a retenção dos valores devidos pelo reclamante. Também deverão ser efetuados, se for o caso, os recolhimentos fiscais, permitindo-se a dedução dos valores devidos pelo reclamante, conforme a Lei 8.541/92, art. 46 e o Provimento 01/96 da Corregedoria do TST, devendo ser comprovados nos autos, sob pena de oficiar-se ao órgão competente. Embora o reclamante seja o devedor das contribuições previdenciárias a seu cargo, pelos efeitos da mora responderá apenas a empregadora. Quanto ao imposto de renda, deverá ser observado o disposto no art. 12-A da Lei 7.713/1988 (com redação dada pela Lei 13.149/2015), combinado com a nova redação do art. 36 da Instrução Normativa 1.500/2014 da Receita Federal (dada pela IN 1.558/2015), que revogou a Instrução Normativa 1.127/2011, calculado sobre os rendimentos recebidos acumuladamente e efetuado mês a mês. Nos termos da OJ nº 400 da SDI-1 do TST, os juros de mora decorrentes do inadimplemento de obrigação de pagamento em dinheiro não integram a base de cálculo do imposto de renda. O índice aplicável a título de correção monetária deverá observar a incidência do IPCA-e da data do débito até a propositura da ação, bem como os juros legais (art. 39, caput, da Lei 8.177, de 1991, na forma constante do item 6 da ementa do acórdão proferido no julgamento da ADC 58 pelo c. STF) e da taxa SELIC (que engloba correção monetária e juros) após o ajuizamento da ação, conforme definido pelo STF no julgamento das ADCs 58 e 59 MC/DF. Ficaram invertidos os ônus da sucumbência relativamente aos honorários periciais, estipulados em R\$1.000,00 (Id 2da1e84 - Pág. 16), que passam a ser devidos pela reclamada e arbitra-se à condenação o valor de R\$80.000,00 (oitenta mil reais), com custas de R\$1.600,00 (mil e seiscentos reais), também a cargo da ré, que, com a publicação deste acórdão, fica intimada ao recolhimento, para os fins da Súmula 25/TST.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Desembargadores: Maria Cecília Alves Pinto (Presidente e Relatora), Adriana Goulart de Sena Orsini e Luiz Otávio Linhares Renault.

Participou do julgamento, o Exmo. representante do Ministério Público do Trabalho, Dr. Helder Santos Amorim.

Sustentação oral: Advogada Carla Henriques Fraga, pela reclamada.

Julgamento realizado em Sessão telepresencial, em cumprimento à Resolução GP nº 139, de 7 de abril de 2020 (*Republicada para inserir as alterações introduzidas pela Resolução GP n. 140, de 27 de abril de 2020, em vigor em 4 de maio de 2020).

Belo Horizonte, 13 de dezembro de 2021.

Assinatura

DES. MARIA CECÍLIA ALVES PINTO
Relatora

AFFA/R



Assinado eletronicamente por: [Maria Cecília Alves Pinto] - 96e6d5e
<https://pje.trt3.jus.br/segundograu/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam>



Documento assinado pelo Shodo