



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

PROCESSO TRT/SP Nº 1001374-40.2020.5.02.0717 - 14ª TURMA

RECURSO ORDINÁRIO

ORIGEM: 17ª VARA DO TRABALHO DE SÃO PAULO - ZONA SUL

RECORRENTE: JULIANA AQUILLAS MORITZ DOS SANTOS

ADVOGADO(A): GRACIELA JUSTO EVALDT

RECORRIDO: BOEHRINGER INGELHEIM DO BRASIL QUIMICA E FARMACEUTICA LTDA

ADVOGADO(A): GUSTAVO GRANADEIRO GUIMARÃES

JUIZ(A): CAROLINA MENINO RIBEIRO DA LUZ PACIFICO

Inconformada com a sentença de fls. 869/882 (14ab1ef), complementada pela decisão declaratória de fls. 889/891 (44f1a36), cujo relatório adoto e que julgou improcedente a ação, recorre ordinariamente a reclamante, pelas razões de fls. 895/975 (44f1a36).

Requer a concessão de efeito suspensivo ao apelo, os benefícios da justiça gratuita e a aplicação dos efeitos da revelia contra a ré. Aponta nulidade em razão da não-realização de perícia contábil e cerceamento de defesa. Pretende reforma quanto às horas extras, ao adicional noturno, às diferenças por prêmios, à norma coletiva aplicável, aos honorários advocatícios, às custas, aos recolhimentos fiscais, aos juros e atualização monetária e à definição da natureza das parcelas que eventualmente lhe forem deferidas.

Contrarrazões às fls. 982/1022 (a4378fe).

É o relatório.

V O T O

Regular e tempestivo, conheço.

De início, consigne-se que, nos termos do art. 899 da CLT, a regra geral aplicável aos recursos no processo do trabalho é de que serão interpostos por simples petição e terão efeito meramente devolutivo.

De todo modo, a ação foi julgada improcedente e não há notícia de extração de carta de sentença para execução dos honorários advocatícios a que foi condenada a recorrente (objeto de impugnação recursal inclusive).

Indefiro.

A declaração à fl. 21 (13c714d) faz prova da miserabilidade jurídica a que se refere o § 4º do art. 790 da CLT. E não há prova nos autos que a contrarie. Nesse sentido, o art. 99, § 3º, do CPC e

o art. 1º da Lei 7.115/83

Logo, a autora faz jus aos benefícios da justiça gratuita.

Reformo.

Impossível o deferimento de perícia contábil para apuração da regularidade dos prêmios quitados. Como ficará consignado adiante, a reclamada deixou de juntar os extratos de premiação relativos à integralidade do período contratual imprescrito.

Assinala-se também, nos termos do art. 282, §2º do CPC, que a nulidade não será decretada se o Magistrado puder decidir o mérito a favor da parte a quem aproveita.

Rejeito.

O juiz é livre para apreciar o conjunto probatório e adotar na instrução o entendimento que lhe pareça o mais consentâneo. Dispõe o art. 370 do CPC que cabe ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias. O art. 765 da CLT, por sua vez, estabelece que *"os juízos e Tribunais do Trabalho terão ampla liberdade na direção do processo e velarão pelo andamento rápido das causas, podendo determinar qualquer diligência necessária ao esclarecimento delas"*.

A prova oral mostrou-se suficiente para elucidar as questões relativas à jornada de trabalho e prêmios.

Rejeito a alegação de cerceamento de defesa no indeferimento de perguntas quanto aos temas citados.

Também aqui menciona-se a dicção do art. 282, §2º do CPC.

Rejeito.

Afasta-se a pretensão da recorrente de aplicação dos efeitos da revelia e confissão contra a ré, por sua ausência à audiência de ata às fls. 361/362 (2f1d247).

Como certificado na ocorrência pelo Juízo de Origem, a dificuldade de confirmação de recebimento da citação postal à época decorria da implantação do sistema e-Carta, não podendo ser desconsideradas as dificuldades no cumprimento de prazos pelos Correios em decorrência das consequências da pandemia do coronavírus.

Nesse sentido, a Recomendação da Corregedoria deste Tribunal nº 73, de 19/02/2021, quanto à cautela na aplicação do entendimento contido na Súmula nº 16 do C. TST: *"Para os casos de reconhecimento de eventuais revelias, não obstante a previsão da presunção relativa à Súmula 16, do C. Tribunal Superior do Trabalho, seja analisado cada caso para verificar se houve ou não revelia, diante da extrema dificuldade em se demonstrar que houve o recebimento da comunicação postal pela reclamada"*.

A empresa compareceu regularmente à audiência designada em substituição, após citação pessoal (fl. 375 - 57ecd53).

Nada a deferir.

Insurge-se a recorrente contra a improcedência do seu pedido de pagamento de horas extras, conforme jornada de trabalho declinada na petição inicial: das 8h às 19h, com 40 minutos de intervalo para refeição e descanso. Alega que era obrigada a realizar 6 jantares mensais com clientes que iniciavam por volta das 19h30 e não findavam antes das 24h e, ainda, a participar de 3 congressos anuais que tinham início na quinta-feira, prorrogando-se até o sábado (com trabalho das 8h às 22h, e pausa de 20 minutos). Diante disso, requer o pagamento de horas extras e reflexos.

A reclamada se defendeu, apontando que a reclamante, como propagandista-vendedora, exercia trabalho externo, sem possibilidade de fiscalização de jornada, na forma do art. 62, I da CLT. Atraiu para si o ônus de provar o fato impeditivo do direito da autora (art. 818 da CLT c/c art. 373, I do CPC), mister do qual não se desvencilhou.

O preposto confessou *"...que havia um controle mensal de visitas a serem realizadas para poder ter controle do impacto realizado...que há cobranças de visitas e frequência das visitas, que isso faz parte da estratégia da reclamada...que em caso de afastamento a reclamante deveria apresentar atestado médico...que por algum período foi solicitado para que as visitas fossem registradas após a ocorrência de cada visita, que isso era estratégia da reclamada..."* (fl. 812 - 16673c0).

Embora a testemunha da ré atuasse na equipe da reclamante, suas declarações foram contraditórias frente às afirmativas do representante da empresa quanto ao controle das atividades externas da empregada (fl. 814 - 16673c0).

A testemunha da reclamante também fazia visitas a médicos e farmácias. Em que pese laborasse em equipe diferente da autora, prestou informações mais consentâneas com o depoimento transcrito (fl. 813 - 16673c0):

"...que deveria seguir o roteiro já enviado e aprovado pelo gestor; que o gestor apenas se manifestava a respeito do roteiro se não concordasse, caso concordasse não havia manifestação e o depoente poderia fazer o roteiro; que tinha um horário programado o roteiro para visita; que não poderia fazer alterações sem avisar, que geralmente era orientado a seguir o roteiro avisado; que poderiam sugerir alterações no roteiro para o mês subsequente; que deveria visitar 12 médicos e 2 farmácias; que não sabe dizer se o veículo da empresa tinha rastreador; que a orientação é para que a sincronização fosse feita após a saída do médico, que nunca aconteceu qualquer falha de internet, de sistema; que o horário de trabalho em campo era das 8 às 19h; que não era impedido de fazer uma hora de intervalo para refeição e descanso mas em virtude do planejamento somente conseguiam fazer de 30 a 40 minutos; que tinha atividades após as visitas; que essas atividades duravam em torno de horas; que havia em torno de 2 jantares por mês, das 19:30 às 24h; que havia colegas que faziam mais de dois jantares por mês; que depois desses eventos não poderia chegar mais tarde para trabalhar...que o agendamento era sempre padrão; que era o próprio depoente quem fazia a programação mensal, sendo que era encaminhado ao gestor que apenas se manifestava se não aprovasse; que não poderia manipular os agendamentos e fazer trocas; que as atividades que mencionou que fazia após o horário era responder e-mail e whatsapp, arrumar o porta-mala

do carros e às vezes tinham provas e cursos; que se não houvesse alteração na base de dados o roteiro se repetia no dia seguinte; que uma visita dura em média 45 minutos a uma hora; que na visita era lançado o que foi conversado com o médico e a estratégia da próxima visita..."

Assim contextualizado o caso, nota-se que as declarações da autora em seu depoimento às fls. 811/812 (16673c0) no sentido de que não comparecia à sede da empresa, que elaborava o roteiro de médicos e farmácias a serem visitados, e de que o gestor não entrava em contato para saber onde a depoente estava não são suficientes a comprovar a tese defensiva.

O exercício de trabalho externo é indubitável, a questão é se era, de alguma forma, fiscalizado. Ficou provado que o roteiro elaborado pela empregada era submetido à aprovação de seu superior, e havia metas de visitas, inclusive de sua frequência. A inclusão e exclusão de médicos, na dicção da autora, "*por óbitos eventualmente existentes ou mudança de endereço*", certamente justificava adequação na proposta de visitas pela empregada. A alteração por simples interesse da reclamante, como quis apontar a testemunha levada pela ré, não é compatível com a necessidade de apresentação de atestado por afastamento indicada pelo preposto.

O controle das atividades da vendedora-propagandista não se dava por meio de contato telefônico, mas por relatórios, que, por dado período, deveriam ser apresentados logo após a ocorrência.

Assim é que se afasta a incidência do art. 62, I, da CLT.

Não tendo a empresa cumprido com o encargo que lhe atribui o art. 74, §2º, da CLT, incide ao caso a presunção de que trata a Súmula nº 338, I do TST, reconhecendo-se a seguinte jornada de trabalho, a partir daquela descrita na petição inicial, limitada pelos esclarecimentos da testemunha da reclamante: trabalho de segunda a sexta-feira, **das 8h às 19h, com 35 minutos de intervalo para refeição e descanso, com a participação em 2 jantares mensais de trabalho das 19h30 às 24h.**

Considerando a jornada reconhecida, reformo para condenar a reclamada ao pagamento de horas extras, consideradas as excedentes da **8ª diária e 40ª semanal**, com os adicionais legais ou convencionais, se mais benéficos, e integrações em DSR, aviso prévio, 13º salários, férias mais 1/3 e FGTS mais indenização de 40%.

Para o cálculo, considerando-se que a autora recebia parcela fixa e variável, será considerada a regra da Súmula 340 e OJ 397 do C. TST e deverão ser adotados os seguintes parâmetros: **divisor de 200**; horários acima fixados; dias efetivamente trabalhados (exclusão dos períodos de afastamento); inteligência das Súmulas 264 e 347 do TST.

Não ficou provado o trabalho em dias de folga, domingos e feriados. Apenas a testemunha da ré discorreu sobre o trabalho em congressos, afirmando que ocorriam em "horário comercial". Só havia um evento que ocorria na época de feriado ("Corpus Christi"), e havia escala entre os funcionários (fl. 814 - 16673c0).

Aplicam-se as normas coletivas firmadas pelo Sindicato da Indústria de Produtos Farmacêuticos no Estado de São Paulo (SINDUSFARMA) como representante da categoria econômica da ré, conforme atividade preponderante extraída de seu contrato social de fls. 380/381 (d21174d) e Súmula nº 374 do C. TST.

Devida também uma hora extra até 10/11/2017 em razão da concessão irregular do intervalo intrajornada, com os mesmos parâmetros e integrações acima.

A falta de intervalo regular de no mínimo uma hora, implica o pagamento da remuneração do período com acréscimo do adicional. Trata-se efetivamente de verba de natureza salarial a repercutir em outros títulos, sendo devida a hora não usufruída mais o adicional, não se considerando paga a hora pelo ordenado mensal. A questão está resolvida pela Súmula 437, do C. TST.

Com base na nova redação conferida ao § 4º do art. 71 da CLT, que se aplica imediatamente aos contratos em curso, a partir de 11/11/2017 (contrato vigorou até 01/12/2020), a condenação fica restrita ao período suprimido com o acréscimo do adicional de 50% e o reconhecimento de sua natureza indenizatória (sem a repercussão em outros títulos) a partir de tal marco.

Comprovada a prorrogação de jornada, devido o intervalo do art. 384 da CLT como hora extra, até 10/11/2017, com os mesmos parâmetros e integrações.

O art. 384 encontra-se no capítulo da CLT que trata da proteção do trabalho da mulher. Logo, não é aplicável aos homens e não configura violação aos princípios constitucionais. Vale ressaltar que é exatamente em razão do princípio da isonomia que o disposto no art. 384 da CLT aplica-se às mulheres e não aos homens.

Conclui-se, portanto, que o art. 384 da CLT foi recepcionado pela CF/88 e se encontra em pleno vigor, sendo de observância obrigatória por se tratar de regra protetiva especial.

Em decisão proferida em 27/11/2014 no julgamento do RE 658.312 com repercussão geral reconhecida, o E. STF firmou entendimento no sentido de que o art. 384 da CLT foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, e portanto continua em pleno vigor.

Nesse sentido, ainda a Súmula nº 28 desse E. Tribunal:

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

Indevida a parcela a partir de 11/11/2017, uma vez que a Lei nº 13.467/2017 revogou o dispositivo em questão.

Diante da jornada reconhecida, também devido o pagamento de adicional noturno, com as mesmas integrações acima definidas.

Reformo.

A reclamada juntou documentação relativa à forma de cálculo dos prêmios pagos mensalmente (fls. 706/781 - 55ee523 a 7454109). Embora tenha afirmado o devido pagamento das parcelas à autora, trouxe apenas alguns extratos de premiação 2018 (782/784 - da71b9b a fd22d54) e 2020 (fls. 798/808 - 0cc7737 a 0cc7737).

A testemunha por ela levada deixou certo que tais extratos eram confeccionados e apresentados periodicamente aos propagandistas (fl. 814 - 16673c0).

Incumbia à reclamada fornecer o relatório integral de vendas da reclamante e apontar o método de cálculo dos prêmios, e não se limitar a dizer que o pagamento da remuneração à autora era regular. A empresa detém a capacidade de prova nesse caso, a teor do art. 818 da CLT c/c art. 373, II, do CPC e aplicação analógica da Súmula nº 460 do C. TST. Não basta a quem contesta, negar genericamente os fatos, faz-se mister que esclareça o que realmente aconteceu, restabelecendo a verdade, e informando pormenorizadamente os fatos como entende que ocorreram.

Sendo assim, e não apontado a ré outro valor a título de prêmios, reformo para **deferir o pagamento de diferenças como apontado na inicial (prejuízo de 40% na remuneração)**, com integração em horas extras, DSR, aviso prévio, férias mais 1/3, 13º salário e FGTS mais a indenização de 40%.

A integração dos valores à remuneração foi reconhecida como devida em defesa (fl. 419 - e47f0ad).

Com a reforma ora empreendida, julga-se a ação parcialmente procedente. Valor da condenação de R\$ 50.000,00 e das custas de R\$ 1.000,00. Tendo sido deferidos os benefícios da justiça gratuita à reclamante, a devolução das custas processuais comprovadas nestes autos é medida que se impõe, cujo requerimento deverá observar o Provimento GP/CR nº 07/2019 deste E. Tribunal.

Honorários advocatícios pela reclamada no importe de 5% sobre o valor da condenação.

Honorários advocatícios pela autora de 5% sobre os pedidos rejeitados, com exigibilidade suspensa, por ser beneficiária da justiça gratuita (art. 791-A, §4º da CLT).

A melhor exegese do dispositivo é não se admitir a dedução dos honorários de advogado a cargo da parte autora do crédito deferido na demanda. "Créditos capazes de suportar a despesa" são aqueles que não comprometam a subsistência do trabalhador e de sua família. Assim, como o presente feito trata de crédito eminentemente alimentar que não possui o condão de alterar a condição de miserabilidade jurídica da parte autora, não se sustenta esse tipo de dedução (inteligência do art. 5º, caput e incisos XXXV e LXXIV da CF).

Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Desembargador MANOEL ARIANO.

Tomaram parte do julgamento os Exmos. Srs. Magistrados: MANOEL ARIANO, RAQUEL GABBAI DE OLIVEIRA e REGINA CÉLIA MARQUES ALVES.

Relator: o Exmo. Sr. Desembargador MANOEL ARIANO.

Revisora: a Exma. Sra. Juíza RAQUEL GABBAI DE OLIVEIRA.

Ante o exposto, ACORDAM os Magistrados da 14ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região em: por unanimidade de votos, CONHECER o recurso ordinário da reclamante, para deferir-lhe os benefícios da justiça gratuita, julgar a ação PARCIALMENTE PROCEDENTE, com vistas a

condenar a reclamada ao pagamento de horas extras e integrações, inclusive relativas ao intervalo intrajornada e do art. 384 da CLT, conforme jornada de trabalho reconhecida e diferenças de prêmios, nos limites e termos da fundamentação.

Adota-se o índice IPCA-E + TR na fase extrajudicial e, a partir do ajuizamento, a incidência da taxa SELIC (art. 406 do Código Civil) para a atualização e juros dos créditos trabalhistas, conforme decidido pelo STF no âmbito das ADCs 58 e 59 e das ADIs 5.867 e 6.021. O mérito das demandas foi julgado em 18 de dezembro de 2020.

Contribuições previdenciárias sobre as parcelas salariais integrantes do salário de contribuição (Lei 8.212/91, art. 28).

Recolhimentos previdenciários e fiscais a cargo da reclamada, na forma da Súmula 368 do C. TST, recolhidos mês a mês (regime de competência), autorizada a dedução da cota-parte do reclamante. Não incide imposto de renda sobre os juros de mora (OJ 400 da SDI-1 do TST).

Valor da condenação de R\$ 50.000,00 e das custas de R\$ 1.000,00.

Tendo sido deferidos os benefícios da justiça gratuita à reclamante, a devolução das custas processuais comprovadas nestes autos é medida que se impõe, cujo requerimento deverá observar o Provimento GP/CR nº 07/2019 deste E. Tribunal.

Honorários advocatícios pela reclamada no importe de 5% sobre o valor da condenação.

Honorários advocatícios pela autora de 5% sobre os pedidos rejeitados, com exigibilidade suspensa, por ser beneficiária da justiça gratuita (art. 791-A, §4º da CLT).

MANOEL ANTONIO ARIANO
DESEMBARGADOR RELATOR

mv

VOTOS

PJe



Assinado eletronicamente por: [MANOEL ANTONIO ARIANO] - 248cb91
<https://pje.trt2.jus.br/segundograu/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam>

Documento assinado pelo Shodo