



PROCESSO N° TST-RR-34600-65.2006.5.04.0013

A C Ó R D ã O
(1ª Turma)
GMWOC/dan

RECURSO DE REVISTA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. REQUISITOS NA JUSTIÇA DO TRABALHO. RELAÇÃO DE EMPREGO.

Contraria a Súmula n° 219 deste Tribunal Superior, o deferimento de honorários advocatícios sem que, além da sucumbência, haja a presença concomitante dos requisitos do benefício da justiça gratuita e da assistência por sindicato.

ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. BASE DE CÁLCULO. SÚMULA VINCULANTE N° 04.

O Supremo Tribunal Federal, em diversos julgados proferidos no exame de Reclamação Constitucional, em razão do entendimento fixado na Súmula Vinculante n° 4 do STF e do comando que emerge do art. 103-A da Constituição Federal de 1988, tem decidido que é defeso ao Poder Judiciário estabelecer novos parâmetros para a base de cálculo do adicional de insalubridade. Em observância à jurisprudência do STF, esta Corte Superior firmou entendimento de que, em regra, o salário mínimo deve ser adotado como base de cálculo do adicional de insalubridade, salvo se lei ou norma coletiva expressamente estipular que o piso nela fixado será considerado como a base para a parcela.

Recurso de revista parcialmente conhecido e provido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista n° **TST-RR-34600-65.2006.5.04.0013**, em que é Recorrente **COMPANHIA DE BEBIDAS DAS AMÉRICAS - AMBEV** e Recorrido **CLAUDEMIR DA ROCHA DOS SANTOS**.



PROCESSO Nº TST-RR-34600-65.2006.5.04.0013

O Tribunal Regional da 4ª Região deu parcial provimento aos recursos ordinários interpostos pelo reclamante e pela reclamada, o que ensejou, por parte desta última, a interposição do presente recurso de revista, na forma do art. 896, a e c, da CLT.

Recebido o recurso, o reclamante não apresentou contrarrazões ao recurso de revista, conforme certidão à fl. 2503.

Dispensada a remessa dos autos ao Ministério Público do Trabalho, em face do disposto no art. 83, § 2º, II, do RITST.

É o relatório.

V O T O

1. CONHECIMENTO

O recurso é tempestivo, tem representação regular e encontra-se regularmente preparado. Atendidos os pressupostos extrínsecos de admissibilidade, passa-se ao exame dos intrínsecos do recurso de revista.

1.1. FÉRIAS. ÔNUS DA PROVA

Em relação ao tema em epígrafe, o Tribunal Regional negou provimento ao recurso ordinário interposto pela reclamada com amparo nos seguintes fundamentos, *verbis*:

2. FÉRIAS

Subleva-se a recorrente contra a condenação ao pagamento das férias referentes aos períodos aquisitivos de 2001/2002, 2002/2003, 2003/2004 (em dobro) e 2004/2005 (de forma simples), argumentando que não há prova nos autos do processo de que o autor não tenha usufruído das férias a que tinha direito. Sustenta que a decisão de origem se baseia apenas no depoimento da testemunha convidada pelo reclamante e que a prova documental produzida nos autos do processo conforta a versão da defesa. Examina-se.



PROCESSO N° TST-RR-34600-65.2006.5.04.0013

O autor afirma, na inicial, que as férias eram concedidas apenas “no papel”, nunca tendo gozado os períodos a que tinha direito, alegação que é corroborada pela prova oral produzida nos autos, na medida em que a testemunha Fabiano Pereira Santos declara que (fl. 994), *ao invés de férias, tiravam algumas folgas em feriados, finais de semana, iniciando na quinta-feira; que isso também ocorreu com o autor e o procedimento ocorria por falta de pessoal* e César Silva Troquato afirma que (fls. 995/996), *em relação às férias, assinavam os documentos, mas estas eram gozadas apenas em feriados e este procedimento ocorria com todos os empregados por falta de funcionários*. Já a testemunha Luciano Leitão Benaduce, convidada pela reclamada, limita-se a referir que (fl. 997) *usufruíra férias de trinta dias corridos, mas acredita que supervisores e gerentes não tivessem elas usufruídas deste modo*. Nessa senda, está correta a decisão de origem. Provedimento negado.

Nas razões do recurso de revista, a reclamada alega que as provas produzidas, especialmente a documental e a testemunhal, comprovam que todas as férias a que o reclamante fez jus ao longo do contrato de trabalho foram corretamente usufruídas e pagas. Afirma ainda que unto aos autos todos os documentos que lhe competiam, os quais comprovam a concessão e o pagamento das férias. Indica violação dos arts. 818, da CLT, e 333, I, do CPC.

O recurso não alcança conhecimento.

O Tribunal Regional, valorando fatos e provas, concluiu pela manutenção da sentença que condenou a reclamada ao pagamento das férias referentes aos períodos aquisitivos de 2001/2002, 2002/2003, 2003/2004 (em dobro) e 2004/2005 (de forma simples).

Nesse contexto, a Corte Regional declinou expressamente as razões do seu convencimento, inclusive com a transcrição de depoimentos testemunhais, sendo inviável a tese da reclamada que requer o reexame das provas documental e testemunhal.

Com efeito, esta Corte Superior possui jurisprudência pacífica no sentido de, nos termos da Súmula n.º 126, não ser possível o reexame de fatos e provas nesta instância recursal extraordinária.



PROCESSO N° TST-RR-34600-65.2006.5.04.0013

Ante o exposto, **NÃO CONHEÇO** do recurso de revista, no tema.

1.2. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. REQUISITOS NA JUSTIÇA DO TRABALHO. RELAÇÃO DE EMPREGO

Em relação ao tema em epígrafe, o Tribunal Regional negou provimento ao recurso ordinário interposto pela reclamada com amparo nos seguintes fundamentos, *verbis*:

3. HONORÁRIOS ASSISTENCIAIS. JUSTIÇA GRATUITA

A reclamada investe contra a decisão que a condena ao pagamento de honorários assistenciais ao procurador do reclamante, alegando que não estão preenchidos os requisitos legais para a concessão do benefício. Analisa-se.

A doutrina e a jurisprudência ensinam que a assistência judiciária é gênero do qual a justiça gratuita é espécie. Aquela é o direito de obter orientação jurídica e defesa gratuitas, em todos os graus de jurisdição, por meio de advogado, perito e demais auxiliares da justiça, assegurado pela Carta Política (art. 5º, inc. LXXIV) a todo aquele que se declare hipossuficiente. Ao passo que a justiça gratuita, segundo o art. 790, § 3º, da CLT, é a isenção de custas e emolumentos concedida pelos órgãos julgadores, a requerimento ou de ofício, aos que perceberem salário igual ou inferior ao dobro do mínimo legal ou declararem insuficiência de recursos.

Após a vigência da Constituição Federal de 1988, não se pode mais considerar que cabe apenas aos sindicatos dos empregados a prestação da assistência judiciária na Justiça do Trabalho, diante da generalidade da norma constitucional que a todos os necessitados garante a assistência judiciária gratuita, o que leva à conclusão de que coexistem as Leis nºs 1.060/50 e 5.584/70, devendo o empregado que não tenha categoria que o represente, que discorde da orientação do sindicato ou que prefira escolher outro advogado, mediante declaração de insuficiência econômica, receber o benefício da assistência judiciária gratuita.

No caso sob exame, o autor traz aos autos declaração de hipossuficiência (fl. 18), nos termos do art. 4º da Lei nº 1.060/50. Portanto,



PROCESSO N° TST-RR-34600-65.2006.5.04.0013

faz jus à assistência judiciária gratuita e aos respectivos honorários assistenciais. No que se refere ao percentual arbitrado na origem (15% sobre o valor da condenação), está de acordo com as Súmulas n° 219 do TST e 37 deste Regional, não merecendo qualquer reparo. Recurso desprovido.

Nas razões do recurso de revista, a reclamada alega, em síntese, que não se encontram preenchidos os requisitos legais para o deferimento dos honorários advocatícios, sendo que o reclamante não se encontra assistido por advogado munido de credencial sindical. Insurge-se também contra o fato de ter sido a condenação ao pagamento de honorários advocatícios deferida com base no valor da condenação e não no valor líquido da condenação. Indica violação do arts. 14 da Lei n.º 5.584/70, 11, da Lei n.º 1.060/50, além de contrariedade às Súmulas n.º 219 e n.º 329, ambas do TST. Transcreve arestos para o confronto de teses.

O recurso alcança conhecimento.

Na hipótese vertente, ao condenar a reclamada ao pagamento de honorários advocatícios, a Corte Regional emitiu tese no sentido de que o reclamante, pelo simples fato de trazer aos autos declaração de hipossuficiência, faz jus à assistência judiciária gratuita e aos respectivos honorários assistenciais.

Na Justiça do Trabalho, para as controvérsias oriundas da relação de emprego, a condenação ao pagamento de honorários advocatícios está condicionada à constatação da presença concomitante de dois requisitos distintos, assim estabelecidos pela Lei n° 5.584/70: assistência sindical e benefício da Justiça Gratuita, conforme o entendimento sedimentado nas Súmulas n° 219, I, e n° 329 do TST, que, respectivamente, dispõem, verbis:

Na Justiça do Trabalho, a condenação ao pagamento de honorários advocatícios, nunca superiores a 15% (quinze por cento), não decorre pura e simplesmente da sucumbência, devendo a parte estar assistida por sindicato da categoria profissional e comprovar a percepção de salário inferior ao dobro do salário mínimo ou encontrar-se em situação econômica que não lhe permita demandar sem prejuízo do próprio sustento ou da respectiva família.



PROCESSO N° TST-RR-34600-65.2006.5.04.0013

Mesmo após a promulgação da CF/1988, permanece válido o entendimento consubstanciado na Súmula n° 219 do Tribunal Superior do Trabalho.

Desse modo, a Corte Regional, ao condenar a reclamada ao pagamento de honorários advocatícios sem que o reclamante encontre-se assistido pelo sindicato da categoria profissional, contrariou a jurisprudência consolidada no item I, da Súmula n.º 219, desta Corte Superior.

Ante o exposto, **CONHEÇO** do recurso de revista por contrariedade à Súmula n.º 219, I, do TST.

1.3. PRÊMIO EXCELENCIA EM VENDAS (PEV) . ÔNUS DA PROVA

Em relação ao tema em epígrafe, o Tribunal Regional negou provimento ao recurso ordinário interposto pela reclamada com amparo nos seguintes fundamentos, *verbis*:

4. PROGRAMA DE EXCELENCIA EM VENDAS (PEV)

Subleva-se a reclamada contra a decisão que a condena ao pagamento da verba “PEV” relativa aos anos de 2003, 2004 e 2005, no importe de um salário do autor por ano, argumentando, em síntese, **que não foram preenchidos os requisitos ensejadores do prêmio**. Argumenta a demandada que *o Programa de Excelência em Vendas (PEV) é um modo de participação nos lucros onde todos os CDD's (Centros de Distribuição Direta) da Companhia são avaliados, sendo que para perceber o prêmio o CDD precisaria ficar entre as três melhores colocações. À análise.*

O Juízo *a quo* decide a matéria conforme os seguintes fundamentos (fl. 1.006):

(...) No que se refere ao PEV dos anos de 2003, 2004 e 2005, cujos pagamentos deveriam, na hipótese de atingidas as metas, ser efetuados nos meses de fevereiro de 2004, 2005 e 2006, melhor sorte assiste ao autor.

É que a reclamada não produziu a prova que lhe competia no sentido de que as metas da filial em que o autor



PROCESSO N° TST-RR-34600-65.2006.5.04.0013

trabalhava não houvessem sido atendidas nos anos em questão.

Beira à obviedade que o documento de fl. 461, ante à sua unilateralidade, não se presta a comprovar o desatendimento das metas estabelecidas para o ano de 2003.

Nesta senda, por não haver a ré demonstrado quantum satis os fatos impeditivos do direito alegado pelo empregado, merece acolhida a postulação de pagamento da verba 'PEV' relativa aos anos de 2003, 2004 e 2005, no importe de 1 (um) salário do autor por ano, já que não há prova de que a pactuação fosse de pagamento superior a este. (...)

Os acordos coletivos de trabalho da categoria profissional do autor dispõem (p. ex. cláusula 15, fl. 230), verbis:

PROGRAMA DE EXCELÊNCIA EM VENDAS - As partes reconhecem o Programa de Excelência em Vendas (P.E.V.), com seus mecanismos de avaliação dos índices de produtividade, lucratividade, programas de metas vinculados a prazos e resultados, amplamente divulgado e discutido com todos os empregados da CIA BRASILEIRA DE BEBIDAS – CENTRO DE DISTRIBUIÇÃO DIRETA PORTO ALEGRE, COMERCIAL RIO GRANDE DO SUL E CAT, bem como o Programa de Avaliação de Desempenho e Prêmio Especial para Supervisores de Vendas da Companhia como legítimos instrumentos de Participação nos Lucros da Empresa, conforme legislação em vigor.

Dessarte, não obstante os termos dos acordos coletivos revelem que o pagamento do prêmio de excelência em vendas **era condicionado ao atingimento de determinados resultados, compete à reclamada, nos termos do art. 818 da CLT, comprovar que estes não foram preenchidos, ônus do qual não se desincumbe, porquanto não colaciona aos autos a documentação alusiva às vendas efetuadas, a qual demonstraria se o autor faz, ou não, jus à percepção da parcela postulada.** Recurso desprovido. (GRIFOS APOSTOS)

Nas razões do recurso de revista, a reclamada alega, em síntese, que o ônus da prova incumbia ao recorrido e que, ao contrário do que afirmado na decisão regional, existem elementos nos autos suficientes para demonstrar que o recorrido não fazia jus ao Prêmio de Excelência em Vendas (PEV) nos anos de 2003, 2004 e 2005. Afirma, ainda, haver se desincumbido do ônus probatório que, equivocadamente, lhe foi imposto, pois os elementos anexados ao processo demonstraram que as metas



PROCESSO Nº TST-RR-34600-65.2006.5.04.0013

de 2003 não foram atingidas em âmbito nacional, motivo pelo qual nenhum empregado da empresa recebeu participação nos lucros e resultados. Indica violação dos arts. 818, da CLT, e 333, I, do CPC.

O recurso não alcança conhecimento.

O Tribunal Regional, valorando fatos e provas, concluiu que a reclamada não se desincumbiu do ônus de comprovar o não preenchimento pelo reclamante das condições necessárias à percepção do Prêmio Excelência em Vendas (PEV), deixando, inclusive, de colacionar aos autos a documentação alusiva às vendas efetuadas, a qual demonstraria se o autor faz, ou não, jus à percepção da parcela postulada.

Na medida em que a reclamada, em sua matéria de defesa, afirma que o reclamante não preenche os requisitos, está claro que lhe pertence o ônus de demonstrar tais alegações, inclusive em virtude da aptidão para a produção da prova.

Nesse sentido, aliás, observo que o artigo 818 da CLT dispõe que "*a prova das alegações incumbe à parte que as fizer*". Dessa forma, afasta-se a alegação de que caberia ao reclamante a prova quanto ao seu direito à percepção do prêmio em comento, não cabendo falar em violação dos arts. 818 da CLT e 333, I, do CPC.

Quanto à alegação de existência, nos autos, de provas suficientes a comprovação de que o recorrido não fazia jus ao Prêmio de Excelência em Vendas (PEV) nos anos de 2003, 2004 e 2005, o apelo encontra óbice na Súmula nº 126, que veda o reexame de fatos e provas nesta instância extraordinária.

Ante o exposto, **NÃO CONHEÇO** do recurso de revista, no tema.

1.4. DIFERENÇAS SALARIAIS. ALTERAÇÃO CONTRATUAL LESIVA

Em relação ao tema em epígrafe, o Tribunal Regional deu provimento ao recurso ordinário interposto pelo reclamante com amparo nos seguintes fundamentos, *verbis*:

2. ALTERAÇÃO DE METAS E ÍNDICES DE PERFORMANCE



PROCESSO N° TST-RR-34600-65.2006.5.04.0013

A Magistrada de primeiro grau julga improcedente o pedido de pagamento de diferenças salariais em razão da alteração das quotas de venda, sob o argumento de que (fl. 1.010), *em se tratando de benefício suplementar instituído pela empregadora, as regras concessórias hão de ser interpretadas restritivamente. Não há inquirir de nulo o ajuste em questão, porquanto retratava as regras estabelecidas para a aquisição de direito concedido aos empregados por liberalidade da ré.*

O recorrente não se conforma com a decisão, sustentando, em síntese, que as tabelas de comissões eram alteradas mensalmente pela reclamada de forma a impedir que os vendedores obtivessem a comissão correspondente às vendas efetuadas, eis que as alterações eram sempre em prejuízo deles. Afirma que, quando a primeira tabela da “Brahma” foi lançada, previa pagamento de comissões na variável 1% a 200%. Já a segunda tabela continha alterações com itens de performance nos quais o PM (preço médio) respondia por 30% das comissões e os outros 70% correspondiam ao volume de mercadorias negociado junto aos pontos de venda (PDV). Por fim, a terceira tabela alterou os percentuais para 70% (PM) e 130% (PDV). Decide-se.

Nos termos do contrato de trabalho ajustado entre as partes (fls. 290/291):

(...) Face aos serviços exercidos a CONTRATANTE pagará ao CONTRATADO um prêmio vinculado ao cumprimento de objetivos previamente pactuados no início de cada mês. (...)

Os parâmetros serão definidos no início de cada mês e poderão ser alterados ou ajustado de acordo com as campanhas promocionais, marketing e de vendas programadas pela CONTRATANTE. Da mesma forma, poderão ser introduzidos novos produtos entre os disponíveis para venda. (...) grifamos

Entretanto, a despeito de haver previsão contratual, **a alteração de critérios no transcurso do pacto laboral é inaceitável quando gerar prejuízos ao empregado, razão pela qual considera-se inválida a cláusula contratual que seja estabelecida em afronta ao art. 468 da CLT.**

O perito contabilista, em resposta a quesito formulado pelo reclamante item AA, fl. 906), esclarece que houve redução do valor base para cálculo do Prêmio Objetivo, o qual, inicialmente, era de R\$ 733,00, passando a R\$



PROCESSO Nº TST-RR-34600-65.2006.5.04.0013

638,00 e, por fim, a R\$ 588,00. Logo, **houve alteração na forma de pagamento da parcela variável do salário, unilateralmente pela reclamada, em prejuízo do autor, o que ofende o disposto no art. 468 da CLT.** Nesse sentido é a decisão proferida pela Exma. Juíza-Convocada Carmen Gonzalez, proferida nos autos do processo nº 00604-2006-014-04-00-0 RO, publicado em 27.8.2008, a qual se agrega aos fundamentos deste acórdão, *verbis*:

(...) De acordo com o laudo resultou na redução do valor base para o cálculo do prêmio objetivo, que passou de R\$638,00 para R\$588,00 em outubro de 2004. Sendo assim, comunga-se do entendimento de origem de que a alteração resultou em prejuízos ao reclamante. Sinala-se que a possibilidade de variação de critérios para o pagamento da parte variável do salário prevista no contrato de trabalho não ampara o procedimento da ré, na medida em que a revisão de critérios não pode resultar em prejuízo do trabalhador.

Alterada a forma de pagamento da parcela variável do salário unilateralmente pela reclamada, em prejuízo do autor, mantém-se a condenação no aspecto. (...)

Dá-se provimento ao recurso para condenar a reclamada ao pagamento de diferenças salariais, pela alteração de metas e índices de performance, no percentual de 30%, com reflexos em aviso-prévio, férias com 1/3, 13º salário, horas extras, 14º salário e FGTS acrescido da indenização compensatória de 40%. (GRIFOS APOSTOS)

Nas razões do recurso de revista, a reclamada alega, em síntese, que a decisão regional foi proferida em total descompasso com os preceitos legais que versam sobre o ônus da prova, sendo que caberia ao autor a comprovação das diferenças. Afirma ser aplicável à hipótese dispositivo do Código Civil (art. 114) segundo o qual os negócios jurídicos devem ser interpretados restritivamente. Considera não haver nenhuma irregularidade na sistemática adotada pela reclamada para a estipulação de regras concernentes à remuneração variável dos trabalhadores. Indica violação dos arts. 114, do Código Civil, 333, I, do CPC e 818, da CLT.

O recurso não alcança conhecimento.

O Tribunal Regional, reportando-se expressamente ao contrato de trabalho e ao laudo pericial, concluiu que "houve alteração
Firmado por assinatura digital em 27/05/2015 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, conforme MP 2.200-2/2001, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.



PROCESSO N° TST-RR-34600-65.2006.5.04.0013

na forma de pagamento da parcela variável do salário, unilateralmente pela reclamada, em prejuízo do autor, o que ofende o disposto no art. 468 da CLT”.

Observo que o Tribunal Regional não emitiu tese no tocante à interpretação restritiva pretendida pela recorrente, limitando-se a transcrever trecho da sentença. Nesse sentido, ausente o prequestionamento que constitui pressuposto intrínseco indispensável ao conhecimento do recurso de revista, nos termos da Súmula n.º 297, do TST.

Nesse contexto, está explícito que o Tribunal Regional constatou a alteração contratual lesiva ao trabalhador com base na valoração dos fatos e das provas que entendeu suficientes para firmar o seu convencimento acerca da matéria, o que torna impossível o seu reexame nesta instância extraordinária, incidindo na hipótese o óbice da Súmula n.º 126, deste Tribunal.

Ante o exposto, **NÃO CONHEÇO** do recurso de revista, no tema.

1.5. COMPRA DE MERCADORIAS PARA O ALCANCE DE METAS.

INDENIZAÇÃO

Em relação ao tema em epígrafe, o Tribunal Regional deu provimento ao recurso ordinário interposto pelo reclamante com amparo nos seguintes fundamentos, *verbis*:

4. COMPRA DE MERCADORIAS

O Juízo de primeiro grau indefere o pedido de pagamento, a título indenizatório, de 10% de remuneração mensal do autor pelas compras de mercadorias da reclamada com o objetivo de serem atingidas as metas, por concluir que não há elementos nos autos do processo capazes de comprovar a sistemática denunciada pelo demandante. O recorrente não se conforma com a decisão, argumentando, em suma, que a prova oral produzida nos autos do processo ampara a pretensão. Analisa-se.

A prova oral produzida nos autos ampara as pretensões da inicial, na medida em que a testemunha Fabiano Pereira dos Santos declara que (fl. 994) às vezes os



PROCESSO N° TST-RR-34600-65.2006.5.04.0013

vendedores compravam produtos denominados como críticos para atingir a pontuação e a testemunha César Silva Troquato relata o seguinte (fl. 996):

(...) os vendedores compravam produtos para atingirem metas e isto não era mandado, mas ocorria por pressão de supervisores e gerentes frente às metas; que os supervisores e gerentes também tinham que atingir metas e estas dependiam do atingimento de metas dos vendedores. (...) grifamos

Já a testemunha Luciano Leitão Benaduce, convidada pela reclamada, afirma que (fl. 997):

(...) alguns vendedores compram produtos críticos para atingir a meta, às vezes despendendo R\$ 30,00 para obterem o salário completo, ou senão não recebem este, mas não há instrução da R. para tanto. (...)

Logo, ainda que se entenda que a reclamada não incentivava os empregados a comprar as mercadorias difíceis de serem vendidas, é incontroverso que somente o atingimento das metas garantia o pagamento integral da remuneração dos vendedores. Nessa senda, não há dúvida de que a reclamada se beneficiava dessa prática, na medida em que auferia o lucro obtido nas vendas, devendo, portanto, ser responsabilizada pelos gastos despendidos pelos vendedores na compra dessas mercadorias. Nesse aspecto, comunga-se do entendimento esposado pela Juíza-Convocada Maria da Graça Ribeiro Centeno no acórdão proferido nos autos do processo nº 01125-2005-020-04-00-2 RO, publicado em 18.11.2008, ao analisar matéria idêntica, em ação ajuizada contra a mesma demandada, *verbis*:

(...) A despeito de não ser obrigado, propriamente, a comprar os produtos comercializado pela empresa, o fazia, porque incentivado pelos gerentes - para atingir mais facilmente as metas estabelecidas pela reclamada (item 15, fl. 10). Logo, por existir imposição patronal nesse sentido, ainda que velada, o que se tem como inadmissível frente às normas que regem o contrato de trabalho, para atingir metas e, por decorrência, gerar lucro para a empresa, é devido o pleito nos termos em que formulado. (...)

Nesses termos, dá-se provimento ao recurso para condenar a reclamada ao pagamento de indenização em valor correspondente a 10% da remuneração mensal do autor, em razão da compra de mercadorias a fim de atingir as metas fixadas.



PROCESSO Nº TST-RR-34600-65.2006.5.04.0013

Nas razões do recurso de revista, a reclamada alega, em síntese, que caberia ao reclamante a demonstração dos fatos constitutivos do seu direito. Indica violação dos arts. 818, da CLT, e 333, I, do CPC.

O recurso não alcança conhecimento.

O Tribunal Regional, valorando fatos e provas, especialmente a prova oral, com transcrição dos depoimentos testemunhais, concluiu que não haver dúvida de que a reclamada se beneficiava da compra de mercadorias feita pelos próprios empregados para o atingimento de metas, na medida em que auferia o lucro obtido nas vendas, devendo, portanto, ser responsabilizada pelos gastos despendidos pelos vendedores na compra dessas mercadorias.

Nesse contexto, a Corte Regional ao decidir a controvérsia com fundamento nas provas efetivamente produzidas nos autos, conforme o artigo 131 do CPC, não permite concluir pela violação dos arts. 818 da CLT e 333, I, do CPC.

Ante o exposto, **NÃO CONHEÇO** do recurso de revista, no tema.

1.6. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. BASE DE CÁLCULO

O Tribunal Regional deu provimento ao recurso ordinário interposto pelo reclamante quanto ao adicional de insalubridade com amparo nos seguintes fundamentos, *verbis*:

5. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE

Insurge-se o reclamante contra a decisão que indefere o pedido de pagamento de adicional de insalubridade, alegando que a conclusão pericial confirma que suas atividades são insalubres em grau médio devido ao ingresso em câmaras frias. Decide-se.

O laudo (fls. 944/951) conclui que as atividades exercidas pelo reclamante são insalubres em grau médio, pelo exercício de atividades rotineiras em ambientes com baixas temperaturas, nos termos do Anexo nº 9 da NR-15 da Portaria nº 3.214/78. Contudo, o Juízo de primeiro grau afasta a conclusão pericial por considerar que o autor mantinha contato



PROCESSO Nº TST-RR-34600-65.2006.5.04.0013

apenas eventual com o agente frio, não fazendo jus ao pagamento do adicional de insalubridade. Por oportuno, transcreve-se excerto da sentença, no aspecto, fl. 1.014, *verbis*:

(...) Na hipótese dos autos, é evidente que o autor não laborava dentro de câmaras frigoríficas, limitando-se a acondicionar bebidas em geladeiras dos estabelecimentos clientes: mercados, bares, etc.

Ainda que o autor adentrasse em câmaras frigoríficas – o que não ocorria, todavia, como dito – ainda assim, para fins de caracterização da insalubridade, deveria haver uma permanência mínima. (...)

Entretanto, ao contrário do entendimento da Magistrada de origem, o *expert* relata no parecer técnico que (fl. 946):

(...) Em diligência a 03 pontos de venda da rota atendida pelo reclamante na cidade de Canoas – RS, verificou-se:

Loja de Conveniência do Posto Pampa – a gerente da loja, Sra. Tais Santos, declarou que o levantamento e reposição do estoque de bebidas no ‘alquim’ (câmara fria para gelar bebidas > 0°C) são realizados pelo vendedor, 02 vezes/semana, com uma duração de 15 a 20 minutos;

Loja de Conveniência do Posto Nafta – o gerente da loja, Sr. Giovanni Bueno, declarou que o abastecimento do ‘alquim’ (-3°C) é atividade pertinente aos funcionários da loja;

Supermercado Colonial – um dos funcionários, Sr. Diogo, declarou que não costumam colocar bebidas na câmara fria do açougue (-8°C), na qual o Reclamante ingressaria 01 vez/semana.

Logo, resta demonstrado que o autor ingressava habitualmente em câmaras frias. Ademais, considera-se que a execução de atividade costumeira em ambiente frio, ainda que em curto período, caracteriza a existência de insalubridade, porquanto o que prejudica a saúde do empregado, na verdade, é o choque térmico, caracterizado pela mudança brusca de temperatura, pelo ingresso e saída das câmaras frias.

Por conseguinte, tem-se que, em razão da grande oscilação de temperatura ao longo da jornada, o reclamante faz jus ao pagamento do adicional de insalubridade em grau médio, com respaldo no Anexo nº 9 da NR-15 da Portaria nº 3.214/78, durante todo o contrato, a ser calculado sobre seu salário básico, nos termos da Súmula Vinculante nº 4 do STF, a seguir transcrita:



PROCESSO Nº TST-RR-34600-65.2006.5.04.0013

Salvo os casos previstos na Constituição Federal, o salário mínimo não pode ser usado como indexador de base de cálculo de vantagem de servidor público ou de empregado, nem ser substituído por decisão judicial.

Dá-se provimento ao recurso para condenar a reclamada ao pagamento de adicional de insalubridade em grau médio, durante todo pacto laboral, calculado sobre o salário básico do autor, com reflexos em aviso-prévio, férias acrescidas do terço legal, natalinas, 14º salário, horas extras, FGTS e indenização compensatória de 40%. (GRIFOS APOSTOS)

Nas razões do recurso de revista, a reclamada alega, em síntese, que o adicional de insalubridade encontra-se em situação análoga a do adicional de penosidade, carecendo de previsão legal que ampare o seu pagamento. Aduz que, no entendimento do Supremo Tribunal Federal, a vinculação do adicional de insalubridade ao salário mínimo, ofende a Constituição Federal, mas a alteração de sua base de cálculo por via de interpretação jurídica não é possível. Requer a reforma do julgado para que seja absolvida do pagamento do adicional de insalubridade e, caso não se adote esse entendimento, que o salário mínimo seja utilizado como base de cálculo. Indica violação dos arts. 5º, caput, II, e 7º, XXIII, da Constituição Federal, além de contrariedade à Súmula Vinculante n.º 04. Transcreve aresto para confronto de teses.

O recurso alcança conhecimento.

A Corte de origem, valorando fatos e provas, assentou que “resta demonstrado que o autor ingressava habitualmente em câmaras frias”, de modo que faz jus ao adicional de insalubridade, em grau médio, com respaldo no Anexo nº 9 da NR-15 da Portaria nº 3.214/78, do Ministério do Trabalho, durante todo o contrato.

Para se concluir de forma distinta, seria indispensável o reexame de fatos e provas, procedimento que não se admite nesta instância recursal extraordinária, nos termos da Súmula n.º 126, desta Corte Superior.

Por outro lado, no que concerne à base de cálculo do adicional de insalubridade, o Tribunal Regional, ao fixar que deva ser calculado sobre o salário básico, dissentiu da orientação seguida pela jurisprudência deste Tribunal Superior.



PROCESSO N° TST-RR-34600-65.2006.5.04.0013

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal, na sessão plenária de 30/04/2008, julgando o Recurso Extraordinário n° 565.714/SP, entendeu que a vinculação do adicional de insalubridade ao salário mínimo ofende o art. 7º, IV, da Constituição Federal. Na ocasião, aprovou o texto da Súmula Vinculante n° 04, nos seguintes termos, *verbis*:

Salvo nos casos previstos na Constituição, o salário mínimo não pode ser usado como indexador de base de cálculo de vantagem de servidor público ou de empregado, nem ser substituído por decisão judicial.

Em face do efeito vinculante previsto no art. 103-A da Constituição Federal, o Tribunal Pleno desta Corte Superior, apreciando Incidente de Uniformização da Jurisprudência, aprovou a nova redação da Súmula n° 228 do TST (DJ 08, 09 e 10/07/2008), *verbis*:

ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. BASE DE CÁLCULO.

A partir de 09.05.2008, data da publicação da Súmula Vinculante n° 4 do Supremo Tribunal Federal, o adicional de insalubridade será calculado sobre o salário básico, salvo critério mais vantajoso fixado em instrumento coletivo.

Ocorre, todavia, que o Ministro Presidente do Supremo Tribunal Federal, ao apreciar a Medida Cautelar na Reclamação n° 6266, ajuizada pela Confederação Nacional da Indústria - CNI, deferiu liminar para suspender a aplicação da Súmula n° 228/TST, na parte que em que permite a utilização do salário básico para o cálculo do adicional de insalubridade.

Assim, apesar de reconhecer a inconstitucionalidade da utilização do salário mínimo como indexador da base de cálculo do adicional de insalubridade, o STF vem proclamando ser defeso ao Poder Judiciário estabelecer novos parâmetros para a base de cálculo da parcela, firme no entendimento fixado na Súmula Vinculante n.º 04 e no comando gravado no art. 103-A da Constituição Federal de 1988.

Nessa linha de raciocínio, depreende-se que, em regra, o salário mínimo deve ser adotado como base de cálculo do adicional de



PROCESSO N° TST-RR-34600-65.2006.5.04.0013

insalubridade, salvo se a lei ou norma coletiva expressamente estipular que o piso nela fixado será considerado como a base para a parcela, premissa não informada no acórdão recorrido.

Esse posicionamento consagra o princípio da segurança jurídica e vem sendo reiteradamente confirmado por esta Corte Superior Trabalhista, consoante os seguintes precedentes da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais:

(...) BASE DE CÁLCULO DO ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. SÚMULA VINCULANTE 4 DO STF. SALÁRIO-MÍNIMO. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO CARACTERIZADA. Caso em que a decisão da Turma reflete a jurisprudência atual desta Subseção no tocante à base de cálculo do adicional de insalubridade, a qual considera as decisões do Supremo Tribunal Federal, a edição de sua Súmula Vinculante 4 e a suspensão da nova redação da Súmula 228 desta Corte Superior (Reclamações 6.266/DF e 6830/PR). Nesse contexto, na ausência de lei dispendo sobre a base de cálculo do adicional mencionado, e inexistindo norma coletiva fixando critério mais vantajoso, correta a adoção do salário-mínimo como base de cálculo da parcela, nos termos do artigo 192 da CLT, sem que isso implique contrariedade à Súmula 17 a qual foi cancelada ou à Súmula 228 do TST, a qual se encontra suspensa. Recurso de embargos não conhecido. (E-ED-RR - 37240-85.2006.5.10.0009 , Relator Ministro: Augusto César Leite de Carvalho, Data de Julgamento: 26/02/2015, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DEJT 13/03/2015)

RECURSO DE EMBARGOS EM RECURSO DE REVISTA. INTERPOSIÇÃO SOB A ÉGIDE DA LEI N.º 11.496/2007. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. BASE DE CÁLCULO. 1. A Quinta Turma deste Tribunal deu provimento ao recurso de revista da reclamada, para excluir da condenação o pagamento de diferenças do adicional de insalubridade, decorrentes da base de cálculo adotada. Registrou que -o fato de o salário-mínimo não se amoldar à nova ordem constitucional como base de cálculo da parcela, bem como a lacuna legislativa acerca da questão e a impossibilidade de fixação de base de cálculo por meio de decisão judicial, não podem implicar a pura



PROCESSO Nº TST-RR-34600-65.2006.5.04.0013

supressão do pagamento desse direito. (...) Assim, a fim de viabilizar o pagamento da parcela, deve ser mantida a base de cálculo já adotada no âmbito da empresa, até que lei ou ajuste coletivo disponha sobre a matéria-. 2. Na esteira da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, esta Corte firmou entendimento no sentido de que o adicional de insalubridade deve ser calculado sobre o salário-mínimo até que nova base de cálculo seja estabelecida mediante lei ou norma coletiva. 3. Ausente notícia, no acórdão recorrido, acerca da existência de lei ou de instrumento coletivo estipulando outra base de cálculo para o adicional de insalubridade, a conclusão do Colegiado Turmário, pela adoção do salário-mínimo como base de cálculo do adicional de insalubridade percebido pelo reclamante, está em conformidade com a Súmula Vinculante nº 04 do STF. Não se cogita, portanto, de contrariedade à Súmula 228 do TST. 4. Inviável o exame dos paradigmas trazidos a cotejo, a teor da parte final do art. 894, II, da CLT. Recurso de embargos não conhecido. (TST-E-RR-54400-43.2007.5.15.0044, Relator Ministro Hugo Carlos Scheuermann, SBDI-1, DEJT 21/11/2014).

ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. BASE DE CÁLCULO. SALÁRIO MÍNIMO. DESCARACTERIZAÇÃO DO DISSENSO PRETORIANO. Hipótese em que a decisão da Turma reflete a jurisprudência atual da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho no tocante à base de cálculo do adicional de insalubridade, a qual considera as decisões do Supremo Tribunal Federal, a edição de sua Súmula Vinculante nº 4 e a suspensão da nova redação da Súmula nº 228 desta Corte Superior (Reclamações 6.266/DF e 6830/PR). Nesse contexto, na ausência de lei dispondo sobre a base de cálculo do adicional mencionado, e inexistindo norma coletiva fixando critério mais vantajoso, a parcela deve ser calculada sobre o salário-mínimo. Recurso de embargos não conhecido. (TST-E-ED-RR-60300-87.2006.5.10.0009, Relator Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, SBDI-1, DEJT 24/10/2014).

Nesse contexto, em face do entendimento fixado na Súmula Vinculante nº 4 do STF e do comando que emerge do art. 103-A da



PROCESSO N° TST-RR-34600-65.2006.5.04.0013

Constituição Federal de 1988, conclui-se pela necessidade de reforma do acórdão regional.

Ante o exposto, **CONHEÇO** do recurso de revista, por violação da Súmula Vinculante n° 4, do STF.

1.7. "PRÊMIO OBJETIVO". DESCONTOS SALARIAIS DECORRENTES DA INADIMPLÊNCIA DOS CLIENTES

No que se refere ao tema em epígrafe, o Tribunal Regional deu provimento ao recurso ordinário interposto pelo reclamante com amparo nos seguintes fundamentos, *verbis*:

6. DESCONTOS NO "PRÊMIO OBJETIVO"

Subleva-se o recorrente **contra o indeferimento do pedido de ressarcimento dos descontos efetuados em razão das vendas não recebidas pelos clientes inadimplentes**, aduzindo que a prova testemunhal produzida nos autos do processo confirma o procedimento da reclamada, a qual deixa de trazer à colação os documentos que comprovariam a prática ilegal da empresa, razão por que deve ser a ela aplicada a pena de confissão. Examina-se.

O Juízo *a quo* rejeita a pretensão do autor por considerar que, *em se tratando de benefício suplementar instituído pela empregadora, as regras concessórias não de ser interpretadas restritivamente*, não havendo ser *inquinado de nulo o ajuste, porquanto retratava as regras estabelecidas para a aquisição de direito concedido aos empregados por liberalidade da ré*.

No entanto, considera-se que, **ainda que se trate de benefício suplementar concedido pelo empregador e, não obstante, haja previsão contratual autorizando a reclamada a proceder aos descontos em comento, tal prática implica a transferência dos riscos da atividade econômica ao empregado, o que afronta a norma consolidada (art. 2º da CLT)**. É devido, pois, o pagamento das diferenças salariais pleiteadas na inicial.

Nesse sentido, transcreve-se excerto de acórdão proferido nos autos do processo n° 00577-2005-007-04-00-7 RO, da lavra da Juíza Laís Helena



PROCESSO N° TST-RR-34600-65.2006.5.04.0013

Jaeger Nicotti, publicado em 17.7.2008, o qual se adota como razão de decidir:

*(...) Entende-se que o condicionamento do pagamento das comissões ao efetivo pagamento pelo comprador implica, na verdade, em transferência do ônus dos riscos da atividade econômica que desenvolve a reclamada ao trabalhador subordinado, em inobservância ao art. 2º da CLT. O direito ao salário variável (comissão) do trabalhador nasce com a venda dos produtos da empresa ao cliente, compreendendo-se o adimplemento da obrigação pelo comprador no resultado do negócio, o qual responde, tão-somente, o empregador. Dessa forma, realizada e aprovada a venda, impõe-se como devida a comissão independentemente do pagamento final pelo cliente.
(...)*

Dessarte, dá-se provimento ao recurso, no tópico, para condenar a reclamada **ao pagamento de diferenças salariais decorrentes de descontos efetuados do “prêmio objetivo” pelas vendas não recebidas**, arbitradas em R\$ 500,00 mensais e reflexos em aviso-prévio, férias acrescidas do terço legal, 13º salário, 14º salário, horas extras, adicional noturno, hora reduzida noturna, FGTS e indenização compensatória de 40%.

Nas razões do recurso de revista, a reclamada alega, em síntese, que há enriquecimento ilícito por parte do reclamante na medida em que este recebe sem efetuar a venda propriamente dita, tendo em vista o não recebimento do pagamento pelo empregador e o não recebimento da mercadoria pelo cliente. Aduz ainda que há previsão expressa nos acordos coletivos colacionados aos autos no sentido de que não haverá o pagamento do valor variável sobre o valor das vendas devolvidas ou canceladas ou não pagas pelos clientes. Indica violação dos arts. 7º, XXVI, da Constituição Federal, 466, da CLT, e 7º, da Lei n.º 3.207/57. Transcreve arestos para o confronto de teses.

O recurso não alcança conhecimento.

O Tribunal Regional considerou ilícitos os descontos efetuados do “prêmio objetivo” devido ao empregado em face das vendas não recebidas. Nesse sentido, considerou que “o direito ao salário variável (...) do trabalhador nasce com a venda dos produtos da empresa ao cliente, compreendendo-se o adimplemento da obrigação pelo comprador no resultado do negócio, o qual responde, tão-somente, o empregador.



PROCESSO Nº TST-RR-34600-65.2006.5.04.0013

Dessa forma, realizada e aprovada a venda, impõe-se como devida a comissão independentemente do pagamento final pelo cliente”.

A alegação de violação do art. 7º da Lei n.º 3.207/57 não prospera na medida em que o referido dispositivo legal refere-se expressamente às hipóteses em que for verificada a insolvência do comprador, o que não se confunde com inadimplemento, hipótese dos autos.

Em relação ao art. 466 da CLT, o entendimento que prevalece nesta Corte Superior é de que o dispositivo em questão não autoriza o estorno de comissões sobre vendas já finalizadas, mesmo que, após o negócio, o cliente desista ou se mostre inadimplente. Isso porque a atividade do empregado esgota-se na venda em si, não lhe podendo ser transferidos os riscos da atividade econômica desenvolvida pelo empregador.

Ainda que, na hipótese, não se trate especificamente de comissão, mas de um prêmio concedido em face do atingimento de metas (“prêmio objetivo”), o raciocínio a ser utilizado é idêntico no sentido de não ser possível transferir ao empregado os riscos da atividade econômica desenvolvida, os quais devem ser suportados integralmente pelo empregador (art. 2º, da CLT).

Nesse sentido, os seguintes precedentes, todos relativos ao referido “Prêmio Objetivo”:

(...) RESTITUIÇÃO DOS DESCONTOS NO PRÊMIO-OBJETIVO EM RAZÃO DA INADIMPLÊNCIA DOS CLIENTES. O artigo 466 da CLT, indicado como violado pela reclamada, preceitua que -o pagamento de comissões e percentagens só é exigível depois da ultimada a transação a que se referem-. **No entanto, esta Corte Superior, reiteradamente interpretando o citado dispositivo, tem adotado o entendimento de que o fim da transação se dá com o fechamento do negócio e não com o cumprimento, pelos clientes, das obrigações dele provenientes, ou seja, com o pagamento da obrigação decorrente do negócio ajustado.** Assim, não são autorizados pela legislação trabalhista estornos de comissões pelo cancelamento da venda ou pela inadimplência do comprador como comprovadamente praticado pela reclamada no caso presente. A decisão regional, portanto, encontra-se em sintonia com a



PROCESSO N° TST-RR-34600-65.2006.5.04.0013

jurisprudência iterativa, atual e notória desta Corte, nos termos do artigo 896, § 4º, da CLT e da Súmula n° 333 do TST. Recurso de revista não conhecido. (...) (RR-17100-40.2007.5.04.0016, Relator Ministro: José Roberto Freire Pimenta, 2ª Turma, DEJT 01/07/2014) (GRIFOS APOSTOS)

(...) PRÊMIO OBJETIVO. INADIMPLÊNCIA DE CLIENTES.

Recurso calcado em violação legal e constitucional e divergência jurisprudencial. Em que pese à alegação da empresa de que não pode efetuar o pagamento de comissão por valor que não recebeu de seus clientes, o Tribunal Regional do Trabalho consignou que, por ela não ter demonstrado, em prazo hábil, sua recusa justificada em efetivar a operação de venda, deve restituir ao empregado o valor das comissões respectivas. **Com efeito, destaca-se o teor do Precedente Normativo n° 97 da Seção de Dissídios Coletivos: "Proibição de estorno de comissões (positivo). Ressalvada a hipótese prevista no art. 7º da Lei n° 3.207/57, fica vedado às empresas o desconto ou estorno das comissões do empregado, incidentes sobre mercadorias devolvidas pelo cliente, após a efetivação de venda". Vê-se, portanto, que a decisão do Tribunal Regional do Trabalho está de acordo com a jurisprudência desta Corte.** Indenes, portanto, os artigos 32 da Lei n° 4.886/65 e 466 da CLT, 7º da Lei n° 3.207/57 e 7º, XXVI, da Constituição Federal. Recurso de revista não conhecido. (...) (RR-153800-26.2007.5.04.0403, Relator Ministro: Alexandre de Souza Agra Belmonte, Data de Julgamento: 20/11/2013, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 22/11/2013) (GRIFOS APOSTOS)

(...) 10 - DIFERENÇAS DO PRÊMIO OBJETIVO. DESCONTOS SALARIAIS POR INADIMPLÊNCIA DOS CLIENTES. A jurisprudência desta Corte superior tem adotado o entendimento de que, uma vez finalizada a venda, **não é cabível o estorno das comissões, mesmo que inadimplente o comprador, sob pena de transferir para o empregado os riscos da atividade econômica** (art. 2º, caput, da CLT). Precedentes. Recurso de revista de que não se conhece. (...) (RR-11500-53.2007.5.04.0011, Relatora Ministra: Kátia Magalhães Arruda, 6ª Turma, DEJT 09/11/2012) (GRIFOS APOSTOS)

(...) DAS DIFERENÇAS DE PRÊMIO-OBJETIVO. DA INADIMPLÊNCIA DE CLIENTES. A jurisprudência desta Corte, nos mesmos termos da decisão regional, se orienta no sentido de que o direito à



PROCESSO N° TST-RR-34600-65.2006.5.04.0013

comissão surge depois de ultimada a transação pelo empregado, sendo indevido o cancelamento do pagamento pela inadimplência do comprador, sob pena de transferir ao empregado os riscos da atividade econômica. Precedentes. (...) (RR-68400-12.2005.5.04.0016, Relator Ministro: Pedro Paulo Manus, 7ª Turma, DEJT 25/05/2012) (GRIFOS APOSTOS)

RECURSO DE REVISTA. PRÊMIO OBJETIVO. VENDAS NÃO CONCRETIZADAS. ESTORNO DE COMISSÕES. IMPOSSIBILIDADE. NÃO CONHECIMENTO. É entendimento pacífico desta Corte que, a partir do momento em que foi bem sucedido o acerto com o comprador e se conseguiu firmar o contrato de compra e venda, estão satisfeitas as condições necessárias e suficientes para que o empregado faça jus ao recebimento das comissões devidas pela venda. A circunstância de o comprador deixar de concretizar o negócio ou de efetuar o pagamento, própria do risco a que está sujeita qualquer atividade empresarial, não pode ser suportada pelo empregado. Recurso de Revista não conhecido. (RR-84500-87.2006.5.04.0022, Relatora Ministra: Maria de Assis Calsing, 4ª Turma, DEJT 04/11/2011) (GRIFOS APOSTOS)

Em relação à previsão da possibilidade de estorno das referidos valores alegadamente prevista em norma coletiva, o que, no entender da reclamada, violaria o art. 7º, XXVI, da Constituição, tal aspecto não foi objeto de tese por parte do Tribunal Regional, não se permitindo o conhecimento do recurso de revista ante a falta do indispensável prequestionamento da matéria, nos termos da Súmula n.º 297, do TST. Nesse contexto, os embargos de declaração interpostos pela reclamada limitaram-se a questionar a inobservância pela Corte Regional dos instrumentos coletivos pactuados apenas no tocante às horas extras fixadas por acordo coletivo.

Ante o exposto, **NÃO CONHEÇO** do recurso de revista, no tema.

1.8. HORAS EXTRAS. TRABALHO EXTERNO. CONTROLE DE JORNADA. NORMA COLETIVA



PROCESSO N° TST-RR-34600-65.2006.5.04.0013

No que se refere ao tema em epígrafe, o Tribunal Regional negou provimento aos recursos ordinários interpostos por ambas as partes com amparo nos seguintes fundamentos, *verbis*:

1. HORAS EXTRAS. JORNADA. INTERVALOS. LABOR EM DOMINGOS

O Juízo singular condena a reclamada ao pagamento de horas extras, assim consideradas **as excedentes da 8ª diária e da 44ª semanal**, considerada a jornada das 6h50min às 21h, de segundas a sextas-feiras, e, aos sábados, das 7h às 17h30min, devendo ser considerado que o autor saía às 19h15min em três oportunidades semanais e laborava das 8h às 14h30min em um domingo e um feriado a cada seis meses, horas suplementares prestadas dentro do intervalo interjornada e intrajornada, tudo com reflexos em repouso semanais remunerados, feriados, férias acrescidas do terço constitucional, natalinas, aviso-prévio, FGTS e indenização compensatória de 40%, observado o divisor 220 e considerando, como base de cálculo das horas extras deferidas, o somatório do salário mensal com o “prêmio objetivo”, acrescido do valor pago a título de horas extras a partir de outubro de 2003.

Contra essa decisão investem as partes. A reclamada assevera que não é devido o pagamento de horas extras, porquanto o autor exercia trabalho externo, não estando sujeito a controle de horário, nos termos do art. 62, I, da CLT. Requer, caso seja mantida a sentença, a redução da jornada arbitrada na origem, eis que excessiva, e a aplicação da Súmula nº 340 do TST. Sustenta, ainda, que não se pode falar em direito a horas extras pela não-concessão de intervalo intrajornada, uma vez que a condenação ao pagamento de horas extras excedentes da oitava diária e da quadragésima quarta semanal já remunera a parcela de intervalo não gozado. Caso não seja esse o entendimento desta Turma, afirma que deve ser deferido tão-somente o adicional de horas extras, nos termos da OJ nº 307. Finalmente, argumenta que é devido como extraordinário somente o tempo faltante para completar o intervalo mínimo de uma hora. No que se refere ao labor aos domingos, argumenta que a prova oral produzida nos autos demonstra que o trabalho em domingos era eventual, cabendo sua absolvição ou, no mínimo, a redução



PROCESSO N° TST-RR-34600-65.2006.5.04.0013

das horas extras deferidas, porquanto exageradas. Diz, ainda, que as horas extraordinárias habitualmente pagas integraram o salário, *gerando os reflexos em todas as cominações legais*. O autor, a seu turno, não concorda com o horário de término da jornada laboral fixado na sentença, aduzindo que o termo correto era às 22h. Alega, também, ser devido, como horas extras, o pagamento do período integral de uma hora pela não-fruição do intervalo para repouso e alimentação. Decide-se.

O fato de as atividades do autor serem eminentemente externas, não afasta, por si só, o direito ao recebimento de horas extras, pois a exceção prevista no art. 62 da CLT se refere aos empregados que prestam serviços em circunstâncias tais que resulta impossível o controle do horário de trabalho, devendo tal condição ser anotada na CTPS e no Livro de Registro de Empregados. Assim, entende-se que horário de trabalho não controlado não se confunde com horário de trabalho que não se pode controlar. Este último é que dá ensejo à incidência da exceção mencionada, conforme estabelece o inc. I do art. 62 da CLT, *verbis*:

Não são abrangidos pelo regime previsto neste capítulo:

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

A propósito, transcreve-se a lição de Valentin Carrion sobre a norma supra, nos seguintes termos:

(...) o que caracteriza este grupo de atividades é a circunstância de estarem todos fora da permanente fiscalização e controle do empregador; há impossibilidade de conhecer-se o tempo realmente dedicado com exclusividade à empresa. É o caso do cobrador a domicílio, propagandista etc. Mesmo externo, se estiver subordinado a horário, deve receber horas extraordinárias. Também serão devidas, se a produção, sendo mensurável, não puder ser realizada senão ultrapassando a jornada normal. (32ª Edição, Ed. Saraiva, 2007, p.120)

Portanto, para que o empregado seja enquadrado na hipótese legal supratranscrita, sendo dispensado do registro de horário, é necessária a comprovação do exercício de atividades incompatíveis com o controle de jornada, o que não ocorre no caso dos autos, na medida em que **a prova oral demonstra que, diariamente, ocorriam reuniões na empresa, pela manhã e no final do dia, o que caracteriza um controle indireto da**



PROCESSO N° TST-RR-34600-65.2006.5.04.0013

jornada prestada pelo trabalhador. É o que se verifica do depoimento do preposto da reclamada ao declarar que (fl. 993):

(...) havia reunião pela manhã, iniciada às 7h e depois de um período a partir das 7h20min, normalmente com presença obrigatória e ali tratavam sobre vendas e motivação; que em cada sala participavam cerca de 30 vendedores nas reuniões e depois eles saíam para cumprir a rota, que tem de 30 a 45 clientes, conforme a rota; que os vendedores retornavam à empresa ao fim do dia para descarga do palmtop, sendo que o vendedor, depois faz a análise com o supervisor e depois é liberado; (...) grifamos

Nessa senda, o autor não está enquadrado na ressalva legal prevista no art. 62, I, da CLT, fazendo jus ao pagamento de horas extras, caso excedida a jornada de oito horas ou a carga semanal de quarenta e quatro horas. Nesse aspecto, também a prova testemunhal auxilia no deslinde da controvérsia, haja vista que **o preposto da reclamada admite que a jornada habitualmente desempenhada pelos vendedores era das 7h às 17h ou das 7h15min às 17h15min, nada referindo sobre os intervalos para repouso e alimentação, o que significa uma jornada de dez horas.** Contudo, **a jornada fixada na origem** (das 6h50min às 21h, de segundas a sextas-feiras, e, aos sábados, das 7h às 17h30min, devendo ser considerado que o autor saía às 19h15min em três oportunidades semanais e laborava das 8h às 14h30min em um domingo e um feriado a cada seis meses), inclusive no que se refere ao labor em domingos, **é coerente com as declarações das testemunhas** ouvidas em Juízo, como se pode inferir do depoimento de Fabiano Pereira Santos (fls. 993/994), *verbis*:

(...) que trabalhava das 6h ou 6h30min, e saía por volta das 21h30min, 22h de segunda a sextas, sábados com horário das 7h às 18h, com 20 a 30min de intervalo; que havia plantões em domingos e feriados das 8h às 14 ou 15h; que nos eventos aos finais de semana ficava direto ou então até o término do evento se não houvesse muita duração, pois normalmente são feiras e rodeios; que participou das atividades na mesma sala do A., na qual eram abrigados cerca de 30 vendedores, com 4 supervisores; que nesta sala eram feitas reuniões matinais e vespertinas; que estas últimas iniciavam por volta das 20h e nestas faziam o fechamento do dia, verificando os objetivos previstos e realizados no dia, assim como falta de produtos, preços; (...) que o A. trabalhava no mesmo horário, e também tomava café na empresa, chegando quase junto com o depoente,



PROCESSO N° TST-RR-34600-65.2006.5.04.0013

e no final do dia, retornava a empresa por volta das 18 ou 18h30min, e ficava até as 20h fazendo descarga do palmtop e verificando inconsistências, faltas ou inadimplências e então ingressavam nas reuniões vespertinas; que no final do mês havia verificação do atingimento de cotas, ficando a cargo do supervisor essa verificação, e se não fossem atingidas retornavam à rota para buscar mais vendas, retornando por volta das 21h ou até cumprir um objetivo, saindo da empresa por volta das 22h; (...) que não era obrigatório tomar café na empresa; que haveria horário próprio para descarga do palmtop às 17h, mas isso não ocorria pela jornada de trabalho e pelos problemas havidos nas inconsistências; que na reunião vespertina verificavam o objetivo diário planejado, o realizado e o acima já informado; que nos domingos havia plantões de entrega; que a maioria dos clientes fechava entre 20h, 20h30min ou 21h e então quando retornassem à rota ficava até este horário; que este horário também era da rota do A.; que havia escala para participação em eventos, da qual o A participava, e as escolhas eram pelo território do evento, e os eventos de fora, como os do litoral, tinha uma equipe montada pelo supervisor; (...)

No mesmo sentido é o depoimento da testemunha César Silva Troquato (fls. 995/996), ao declarar:

(...) que trabalhou de 1998 a 2004 como vendedor; que trabalhava das 6h30min até as 22h; que era obrigatório o café da manhã na empresa e após havia uma reunião; que integrava a mesma equipe do autos; que o A. chegava no mesmo horário do depoente; que após a reunião vespertina é que saíam da empresa, e esta era realizada depois do encerramento dos procedimentos, por volta das 20h, 20h30min; que nesta reunião eram discutidas as metas do dia seguinte, verificadas as metas do dia, merchandising, findando por volta das 22h; que retornavam à empresa por volta das 18h30min ou 19h, quando descarregavam o palmtop, analisavam o processo de crítica, em documento impresso, e depois de toda a conclusão as críticas eram assinadas pelo supervisor e gerente; (...) que o intervalo era de 20 a 30min.; que o depoente trabalhava de segundas a sextas, e nos sábados trabalhavam das 6h30min às 18h e nos domingos, quando havia eventos, das 8h às 16h ou 17h; que nos períodos de avaliação trabalhavam aos domingos; que esta avaliação era feita de 6 em 6 meses e então tinham que estar com a rota toda feita; (...)

No que se refere aos intervalos intrajornada, entende esta Relatora que a remuneração estabelecida no § 4º do art. 71 da CLT não se confunde com o



PROCESSO Nº TST-RR-34600-65.2006.5.04.0013

pagamento de horas extras e, com base na OJ nº 307 da SDI-I do TST, considera que o autor tem direito ao pagamento total do período de intervalo, com acréscimo de 50%, nos termos do art. 71, § 4º, da CLT, e não apenas o tempo faltante para atingir os sessenta minutos. Porém, a Turma, por maioria, decide ser devido o pagamento do tempo faltante para completar o período de uma hora, com acréscimo de 50%, tal qual deferido na origem.

Não foi dado provimento aos embargos de declaração interpostos pela reclamada nos quais sustentou ser o acórdão omissivo, porquanto não teria apreciado os fundamentos apresentados em sua peça recursal no concernente à validade dos acordos coletivos trazidos à colação.

Nas razões do recurso de revista, a reclamada alega, em síntese, que restou incontroverso nos autos que o reclamante exerce atividade externa incompatível com o controle de horário, nos termos do art. 62, I, da CLT. Afirma também que havia acordo coletivo por intermédio do qual restou convencionado que o comparecimento dos profissionais da área externa de vendas na empresa, qualquer que fosse o horário, o motivo e a frequência, não descaracterizaria a atividade externa como sendo incompatível com a fixação de horário de trabalho para fins de aplicação do referido art. 62, I, da CLT. Aduz que as normas coletivas fazem lei entre as partes e que o reclamante foi representado pelo sindicato ao qual se encontra "subordinado". Indica violação dos arts. 62, I, da CLT, e 7º, XXVI, da Constituição Federal. Transcreve arestos para o confronto de teses.

O recurso não alcança conhecimento.

O Tribunal Regional, valorando fatos e provas, considerou que havia controle da jornada de trabalho do reclamante, que tinha de comparecer diariamente à empresa, pela manhã e ao final do dia, para participar de reuniões. Registrou a conclusão no sentido de que o reclamante não está enquadrado na ressalva legal prevista no art. 62, I, da CLT, fazendo jus ao pagamento de horas extras, caso excedida a jornada de oito horas ou a carga semanal de quarenta e quatro horas.

Para que se conclua diversamente, seria imprescindível o reexame do substrato fático-probatório, o que não se



PROCESSO N° TST-RR-34600-65.2006.5.04.0013

admite nesta fase recursal extraordinária, nos termos da Súmula n.º 126 desta Corte Superior.

No que se refere à norma coletiva autorizativa da desconsideração da jornada de trabalho prestada pelo trabalhador externo, é descabido cogitar da possibilidade de que os instrumentos coletivos sejam utilizados para afastar as normas que estabelecem limites à jornada de trabalho prestada pelos trabalhadores e fixada, inclusive, constitucionalmente. Nesse sentido, inviável a arguição de violação do art. 7º, XXVI, da Constituição Federal para efeito de que não sejam remuneradas as horas de trabalho efetivamente prestadas.

No tocante ao dissenso pretoriano, realço que não impulsiona o conhecimento do recurso de revista o aresto oriundo do mesmo tribunal prolator do acórdão impugnado, nos termos do art. 896, a, da CLT.

Também não viabilizam o conhecimento do recurso de revista por divergência jurisprudencial os arestos que não guardam identidade fática em relação à decisão paradigma. Assim, em relação aos arestos da 5ª, 10ª e 22ª Regiões, incide o item I da Súmula n.º 296, do TST, considerando que tais arestos adotam a premissa fática de que não havia controle de jornada, o que não se verifica na presente hipótese.

Finalmente, saliento que esta Corte Superior tem se posicionado contrariamente à possibilidade de que norma coletiva venha a suprimir o direito do trabalhador externo à percepção de horas extras. Nesse sentido, os recentes precedentes:

(...) HORAS EXTRAS. TRABALHO EXTERNO. CONTROLE E FISCALIZAÇÃO DE JORNADA. NORMA COLETIVA. NÃO APLICABILIDADE. 1. O fato de o empregado prestar serviços externos, por si só, não enseja o seu enquadramento na exceção contida no artigo 62, inciso I, da Consolidação das Leis do Trabalho. Relevante, para tanto, é a incompatibilidade entre a natureza da atividade exercida pelo empregado e a fixação do seu horário de trabalho - o que não se verifica no caso dos autos, em que registrada, pela Corte de origem, a possibilidade de controle indireto da jornada. 2. **Num tal contexto, não viabiliza o processamento do recurso de revista a alegada afronta ao artigo 7º, XXVI, da Constituição**



PROCESSO N° TST-RR-34600-65.2006.5.04.0013

da República, porquanto, não obstante a previsão em norma coletiva no sentido da impossibilidade de controle de jornada, constatou-se que, na realidade, havia controle indireto da jornada de trabalho do reclamante. 3. Revelando a decisão recorrida sintonia com a jurisprudência pacífica do Tribunal Superior do Trabalho, não se habilita a conhecimento o recurso de revista, nos termos do artigo 896, § 5º, da Consolidação das Leis do Trabalho. 4. Recurso de revista não conhecido. (...) (RR-186000-02.2006.5.06.0101, Relator Ministro: Lelio Bentes Corrêa, 1ª Turma, DEJT 13/03/2015)

(...) HORAS EXTRAS. VENDEDOR EXTERNO. CONTROLE DE HORÁRIO. NORMAS COLETIVAS. A Corte de origem, soberana no exame da prova, concluiu pela manutenção da sentença pela qual foram deferidas as horas extras, por entender que, conquanto o empregado desempenhe trabalho externo, era possível o controle da jornada e o labor ultrapassava os limites legais, pelo que ele faz jus às horas extras. Pontuou que, no caso concreto, foi comprovado o efetivo controle de jornada bem como a existência de prorrogação de horário. Salienta-se que o simples fato de se tratar de trabalhador externo não tem o condão de afastar o direito às horas extras, caso esteja subordinado a controle de jornada e se há extrapolamento dos limites fixados em lei para a jornada de trabalho. **Logo, havendo, na prática, o efetivo controle da jornada do empregado, fica afastada a incidência do artigo 62, inciso I, da CLT, fazendo jus o empregado às horas extras.** No que diz respeito à cláusula de acordo coletivo de trabalho invocada nas razões de revista, o Regional asseverou que "o disposto em norma coletiva em relação à consideração do trabalho dos vendedores como externo ' não se sobrepõe à realidade, que, conforme os elementos existentes nos autos, era de trabalho externo com controle de horário' ". **As normas coletivas devem ser resultado de concessões recíprocas entre as partes convenientes, mas não podem ser utilizadas para determinar condições menos favoráveis aos empregados do que aquelas previstas em texto de lei, pois o inciso XXVI do artigo 7º da Constituição da República, que estabelece como direito fundamental dos trabalhadores o "reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho", deve ser interpretado e aplicado em consonância com o caput desse mesmo preceito constitucional, que preceitua,**



PROCESSO N° TST-RR-34600-65.2006.5.04.0013

claramente, que seus 34 incisos somente se aplicam para fixar um patamar mínimo de direitos sociais, "além de outros que visem à melhoria de sua condição social". Desse modo, a norma coletiva invocada pela reclamada, no sentido de que, a priori, o reclamante estaria enquadrado na exceção prevista no artigo 62, inciso I, da CLT, não subsiste. Não é razoável que norma coletiva estabeleça uma jornada de trabalho fictícia. O enquadramento ou não do reclamante na hipótese do artigo 62, inciso I, da CLT deve ser analisada diante do caso concreto, baseado no contexto fático-probatório, não se cogitando, pois, de ofensa literal ao artigo 7º, inciso XXVI, da Constituição Federal. Agravo de instrumento desprovido. (...) (AIRR-85700-04.2007.5.04.0020, Relator Ministro: José Roberto Freire Pimenta, 2ª Turma, DEJT 17/04/2015)

(...) HORAS EXTRAS. TRABALHO EXTERNO. INTERVALO INTRAJORNADA. O Regional, com base no exame da prova testemunhal e documental, concluiu que o reclamante estava sujeito a controle de jornada, ainda que indireto. Nesse contexto, uma conclusão diversa, na forma como pretendida pela reclamada, a pretexto de que não exercia qualquer fiscalização da jornada do reclamante, demandaria o revolvimento do conjunto fático-probatório, atraindo o óbice na Súmula nº 126 desta Corte ao prosseguimento da revista, quanto à alegação de ofensa aos dispositivos apontados, bem como pela divergência jurisprudencial referente à questão. No que diz respeito à norma coletiva invocada pela reclamada, segundo a qual estaria reconhecido o caráter externo da atividade desempenhada pelo obreiro e a impossibilidade do controle da jornada, concluiu o e. TRT não ser aplicável "uma vez comprovada a compatibilidade da atividade externa exercida pelo autor com a fixação de horário de trabalho". **Diante da premissa fática acima delineada, segundo a qual havia a existência de meios indiretos de controle da jornada, constata-se que o v. acórdão está em conformidade com a jurisprudência desta Corte, que prestigia a realidade vivenciada no contrato em detrimento da pactuação em norma coletiva que estabelece a inserção dos empregados na exceção prevista no art. 62, I, da CLT. Precedentes.** Incidem, portanto, a Súmula nº 333 desta Corte e o art. 896, § 4º, da CLT como obstáculos ao prosseguimento da revista, a pretexto da alegada ofensa aos demais dispositivos apontados, bem como da divergência jurisprudencial transcrita a



PROCESSO N° TST-RR-34600-65.2006.5.04.0013

respeito da matéria. (...) (AIRR-8-71.2011.5.04.0028, Relator Desembargador Convocado: Breno Medeiros, 8ª Turma, DEJT 20/03/2015)

RECURSO DE REVISTA. HORAS EXTRAS. TRABALHO EXTERNO. CONTROLE DE JORNADA. NORMA COLETIVA. O Tribunal Regional concluiu, com base no conjunto fático-probatório, que o reclamante não se inseria na exceção prevista no artigo 62, I, da CLT, porque ficou comprovado que havia controle da jornada. Logo, da fundamentação do acórdão do Regional depreende-se que, na prática, a jornada de trabalho do reclamante era controlada, não se enquadrando, portanto, na hipótese do inciso I do artigo 62 da CLT. Sob esse aspecto, o reexame da matéria é vedado a Corte, pois demandaria nova análise das provas, nos termos da Súmula nº 126 do TST. **Esta Corte vem, reiteradamente, entendendo que, mesmo diante da existência de norma coletiva estabelecendo a impossibilidade de controle de jornada, havendo, na prática, o efetivo controle da jornada do empregado, fica afastada a incidência do artigo 62, I, da CLT, fazendo jus o empregado às horas extras.** Precedentes. Ilesos os arts. 7º, XXVI, e 8º, III, da CF. Recurso de revista de que não se conhece. **HORAS EXTRAS.** (...) (RR-46700-74.2009.5.04.0004, Relatora Ministra: Kátia Magalhães Arruda, 6ª Turma, DEJT 06/03/2015)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. HORAS EXTRAS. TRABALHO EXTERNO. CONTROLE E FISCALIZAÇÃO DE JORNADA. ISENÇÃO POR NORMA COLETIVA. IMPOSSIBILIDADE. A decisão da Corte Regional está em conformidade com a jurisprudência firmada no âmbito deste Tribunal Superior, no sentido de que não se admite a supressão, por força de norma coletiva, do direito ao pagamento de horas extras devidas aos trabalhadores, por força de mera presunção de autonomia na prestação dos serviços. Agravo de instrumento de que se conhece e a que se nega provimento. (AIRR-268-48.2011.5.04.0029, Relator Ministro: Fernando Eizo Ono, 03/12/2014, 4ª Turma, DEJT 05/12/2014)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. TRABALHO EXTERNO. MOTORISTA. HORAS EXTRAS. Considerou, o Tribunal Regional, que o reclamante tinha sua jornada controlada, em razão do seu comparecimento obrigatório à empresa, no início e no final da jornada, **denotando a possibilidade de sua fiscalização,**



PROCESSO Nº TST-RR-34600-65.2006.5.04.0013

o que não é afastado por norma coletiva que dispense o registro, pois ela somente é pertinente ante a inviabilidade do controle, enquanto no caso, ele era realizado. Incidência da Súmula 126, TST inviabilizando o recurso, do que decorre óbice ao exame das alegações de ofensa a normas legais e de divergência jurisprudencial. (...) (AIRR-1234-74.2011.5.04.0008, Relatora Desembargadora Convocada: Maria do Perpétuo Socorro Wanderley de Castro, 5ª Turma, DEJT 05/09/2014)

Constata-se, portanto, que o acórdão regional encontra-se em sintonia com iterativa e notória jurisprudência desta Corte Superior, o que obsta o conhecimento do recurso de revista nos termos do art. 896, § 7º, da CLT.

Ante o exposto, **NÃO CONHEÇO** do recurso de revista, no tema.

1.9. HORAS EXTRAS. EMPREGADO NÃO RECONHECIDO COMO COMISSIONISTA

O Tribunal Regional negou provimento ao recurso ordinário interposto pela reclamada com amparo nos seguintes fundamentos, *verbis*:

Outrossim, considera-se não ser cabível a aplicação da Súmula nº 340 do TST ao caso *sub judice*, na medida em que o reclamante, apesar de exercer a função de Vendedor, não percebia comissões. **A parte variável da remuneração do autor (prêmio objetivo) dependia do atingimento de metas traçadas pela reclamada, não tendo relação direta com as vendas efetuadas, não se enquadrando, portanto, na hipótese prevista na Súmula 340, que pressupõe a incidência de comissão sobre todas as vendas efetuadas pelo empregado.**

Nas razões do recurso de revista, a reclamada alega, em síntese, que o reclamante era comissionista. Transcreve trechos da petição inicial nesse sentido. Afirma ser incontroverso que a remuneração do reclamante era variável. Defende que o acórdão regional proferiu



PROCESSO N° TST-RR-34600-65.2006.5.04.0013

juízo *extra petita*, ao deferir parcela não pleiteada pelo reclamante. Indica violação dos arts. 2º, 128, 293 e 460, do CPC, além de contrariedade à Súmula n.º 340, do TST. Transcreve arestos para o confronto de teses.

O recurso não alcança conhecimento.

Na hipótese vertente, o Tribunal Regional registrou expressamente sua conclusão no sentido de que o reclamante não era empregado comissionista, já que a parte variável de sua remuneração consistia no prêmio objetivo, cuja percepção "dependia do atingimento de metas traçadas pela reclamada, não tendo relação direta com as vendas efetuadas, não se enquadrando, portanto, na hipótese prevista na Súmula 340, que pressupõe a incidência de comissão sobre todas as vendas efetuadas pelo empregado".

Assentada a premissa segundo a qual o reclamante não era comissionista, impossível a reversão desse entendimento sem que, para tanto, seja necessário o reexame de fatos e provas, o que não se admite nesta instância recursal extraordinária, nos termos da Súmula n.º 126 do TST.

Revela-se inaplicável à hipótese o teor da Súmula n.º 340, a qual se reporta especificamente ao empregado sujeito a controle de horário e remunerado à base de comissões, circunstância que não fez presente nos autos, haja vista que a parcela variável da remuneração do trabalhador correspondia a um prêmio pelo atingimento de metas impostas pelo empregador.

Em relação ao dissenso pretoriano, realço que não impulsiona o conhecimento do recurso de revista o aresto oriundo do mesmo tribunal prolator do acórdão impugnado, nos termos do art. 896, a, da CLT.

Também não viabilizam o conhecimento do recurso de revista por divergência jurisprudencial os arestos que não guardam identidade fática em relação à decisão paradigma. Assim, constata-se que nenhum dos arestos oriundos de tribunal regional diverso daquele que proferiu o acórdão recorrido registra circunstância fática idêntica à do presente feito, qual seja, a de que o empregado não era comissionista



PROCESSO N° TST-RR-34600-65.2006.5.04.0013

e recebia um prêmio concedido apenas e se atingisse metas traçadas pelo empregador.

Ante o exposto, **NÃO CONHEÇO** do recurso de revista, no tema.

1.10. HORAS EXTRAS. PARCELA INVARIÁVEL PAGA AO EMPREGADO. INTEGRAÇÃO AO SALÁRIO

No que se refere ao tema em epígrafe, o Tribunal Regional negou provimento ao recurso ordinário interposto pela reclamada com amparo nos seguintes fundamentos, verbis:

Finalmente, no que se refere à consideração dos valores pagos a título de horas extras, a partir de outubro de 2003, como parte integrante do salário do reclamante, **comunga-se do entendimento esposado pelo Juízo singular de que as horas extras satisfeitas ao autor, no período em comento, não correspondia às horas efetivamente laboradas, mas se tratava de parcela invariável alcançada mensalmente, independente da jornada prestada**, estando correta, assim, sua consideração na apuração das horas extras deferidas. Pelos fundamentos expostos, nega-se provimento a ambos os recursos, mantendo-se a decisão de origem por seus próprios fundamentos.

Nas razões do recurso de revista, a reclamada alega que não há que se falar em integração ao salário do reclamante dos valores adimplidos a título de horas extras. Sustenta que há que se respeitar a norma coletiva que previa o pagamento de uma hora extra diária aos vendedores objetivando remunerar o período em que eventualmente permanecessem na empresa, no início e no final do expediente. Indica violação do art. 7º, XXVI, da Constituição federal. Transcreve aresto para o confronto de teses.

O recurso não alcança conhecimento.

O Tribunal Regional, valorando fatos e provas, concluiu pela manutenção da sentença ao constatar que as horas extras pagas ao reclamante não correspondiam às horas efetivamente trabalhadas,



PROCESSO N° TST-RR-34600-65.2006.5.04.0013

de modo que os valores pagos constituíam, na verdade, parcela invariável da remuneração.

Para se chegar a conclusão diversa seria necessário o reexame de fatos e provas, o que não se admite nesta instância extraordinária recursal, nos termos da Súmula n.º 126, desta Corte Superior.

Nos termos do item I, da Súmula n.º 296, do TST, o conhecimento do recurso de revista por dissenso pretoriano não se viabiliza ante a inespecificidade do aresto apresentado pela reclamada, que trata de *horas in itinere*, tema que não corresponde ao ora analisado.

Ante o exposto, **NÃO CONHEÇO** do recurso de revista, no tema.

1.11. DESPESAS COM TELEFONE CELULAR. RESTITUIÇÃO DOS VALORES DESCONTADOS

Em relação ao tema em epígrafe, o Tribunal Regional negou provimento aos recursos ordinários interpostos pelo reclamante e pela reclamada com amparo nos seguintes fundamentos, *verbis*:

2. DESPESAS COM CELULAR

O Juízo de origem determina a restituição dos valores comprovadamente descontados da remuneração do autor, sob a rubrica “telefone/água/luz/gás”, conforme apurado em liquidação de sentença, rejeitando, todavia, a postulação de integração dos valores alegadamente recebidos para custeio das ligações efetuadas com telefone celular pelo autor, porquanto não comprovado o fato.

Contra essa decisão rebela-se a reclamada, ao argumento de que o reclamante não produz prova *nem da utilização e tampouco dos valores gastos*, aduzindo, ainda, que nunca houve qualquer determinação da empresa para uso do celular particular no serviço, sequer havendo necessidade dessa utilização. O reclamante, a seu turno, pretende a reforma do julgado, alegando que as contas telefônicas não foram trazidas à colação exclusivamente porque o recorrente utilizava telefone celular pré-pago e cartões de orelhão. Ao exame.



PROCESSO Nº TST-RR-34600-65.2006.5.04.0013

Na inicial, o reclamante alega que até o mês de dezembro de 2002, a reclamada pagava a quantia de R\$ 50,00 mensalmente a título de despesas de aparelho celular e que, a partir de janeiro de 2003, a vantagem foi suprimida, embora tenha continuado a usar seu próprio aparelho celular, haja vista que era necessário para entrar em contato com a própria empresa e com os clientes.

A reclamada contesta, afirmando que jamais adimpliu quaisquer valores a título de despesas telefônicas e que, para exercer a função de Vendedor, nunca foi necessário o uso de aparelho telefônico.

Contudo, a prova oral produzida nos autos do processo revela que os vendedores utilizavam celular fornecido pela empresa, havendo desconto no salário das ligações efetuadas, como se verifica do depoimento da testemunha Fabiano Pereira Santos (fl. 994), ao declarar que usavam celular próprio para trabalho, fornecido pela R., e usavam para fazer ligações, havendo desconto do valor destas no salário. Com o mesmo teor é o depoimento da testemunha César Silva Troquato, a qual afirma (fl. 996) que usavam o celular da R. mas tinham desconto das ligações feitas em contracheque, embora não tivesse sido avisado que tal ocorreria quando receberam o telefone.

Com efeito, nas fichas salariais do reclamante (fls. 328/337) constam descontos sob a rubrica “telefone/água/luz/gás” (p. ex., fl. 330), devendo a reclamada ressarcir ao autor tais valores. Contudo, não há prova nos autos de que o demandante tenha percebido qualquer valor para arcar com os custos do celular, razão por que improcede sua pretensão, no aspecto. Nessa senda, está correta a decisão de origem. Nega-se provimento a ambos os recursos.

Nas razões do recurso de revista, a reclamada alega, em síntese, a necessidade de uso do telefone celular constata no acórdão regional não restou comprovada no decorrer da instrução processual, bem como não foram comprovados os gastos supostamente despendidos pelo recorrido. Indica violação dos arts. 818, da CLT e 333, I, do CPC.

O recurso não alcança conhecimento.

Ao contrário do que alega a reclamada, o Tribunal Regional, valorando fatos e provas, constatou que os vendedores



PROCESSO N° TST-RR-34600-65.2006.5.04.0013

utilizavam celular fornecido pela empresa, havendo desconto no salário das ligações efetuadas, sendo que expressamente constam nas fichas salariais do reclamante descontos sob a rubrica "telefone/água/luz/gás".

A reversão desse entendimento demandaria necessário reexame de fatos e provas, o que não se admite nesta instância recursal extraordinária à luz da Súmula n.º 126, do TST. Incólumes os arts. 818, da CLT e 333, I, do CPC.

Na medida em que a Corte Regional decidiu com base nas provas, tendo sido comprovado tanto o uso do celular quanto os valores descontados indevidamente e que serão objeto de restituição, não há falar em violação dos arts. 818, da CLT e 333, I, do CPC.

Ante o exposto, **NÃO CONHEÇO** do recurso de revista, no tema.

1.12. DANO MORAL. ASSÉDIO MORAL. INDENIZAÇÃO

Em relação à indenização por dano moral, o Tribunal Regional deu provimento ao recurso ordinário interposto pelo reclamante para deferir a majoração do valor da indenização e negou provimento ao recurso ordinário interposto pela reclamada. Amparou-se nos seguintes fundamentos, *verbis*:

3. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS

O Juízo de primeiro grau condena a reclamada ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R\$ 10.000,00. A reclamada investe contra a condenação, alegando, em resumo, que o autor não comprova que tenha sofrido qualquer dano de ordem moral. Já o reclamante pretende a majoração do valor arbitrado na origem, em face da gravidade das humilhações sofridas. Decide-se.

O assédio moral no trabalho consiste na exposição do trabalhador a situações aviltantes ou embaraçosas, de forma repetitiva durante a jornada laboral, inviabilizando, ao longo do tempo, a manutenção do contrato de trabalho. Ocorre, com mais frequência, nas relações hierárquicas autoritárias, por meio de condutas desumanas e antiéticas por parte do superior dirigidas a um ou mais subordinados, desarmonizando a relação da vítima com o



PROCESSO N° TST-RR-34600-65.2006.5.04.0013

ambiente do trabalho e compelindo-a a desistir do emprego. Assim, o assédio moral se manifesta de muitas maneiras, tais como abusos, constrangimentos, humilhações, menosprezo, difamação, indiferença, zombaria, estigma dos enfermos, sugestão para que o trabalhador peça demissão, atribuição de tarefas sem sentido, etc.

A indenização por danos morais está prevista na Constituição Federal, em seu art. 5º, cujo inc. X estabelece que *são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação*. A seu turno, o Código Civil também regula a matéria ao prescrever, no art. 186, que *Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito*. Além disso, ao tratar da responsabilidade civil, no capítulo que rege a obrigação de indenizar, o Código Civil contempla a seguinte norma:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Como se verifica, a legislação vigente prevê o direito de reparação, tanto dos danos patrimoniais, como dos danos morais. Todavia, para que se configure o direito à reparação por danos materiais ou morais, é necessária a comprovação da ilicitude, por ação ou omissão do ofensor, da existência do dano e do nexa causal entre ambos. O ilícito civil, entretanto, independe da configuração do dolo específico, bastando a culpa do empregador, no caso das relações de emprego. Acerca do ônus da prova, cabe ao autor demonstrar os fatos constitutivos do direito pleiteado, a teor dos arts. 818 da CLT e 333, I, do CPC.

No caso dos autos, **a prova oral ampara as alegações da inicial, conforme se verifica das declarações das testemunhas Fabiano e César, respectivamente, verbis:**

(...) que se os objetivos não fossem atingidos, eram bastante cobrados, xingados pelos supervisores e gerentes, tendo que pagar apoios se não cumprissem os objetivos diários, de forma individual ou coletiva, e também tinham que passar pelo corredor polonês em situação que classifica como constrangedora; (...) (fl. 994)



PROCESSO Nº TST-RR-34600-65.2006.5.04.0013

*(...) que nas reuniões também cobravam as metas diárias, com sistema rígido de cobranças, às vezes **falando de modo agressivo**, fora os danos morais que às vezes passavam, ou seja, se não batiam metas **passavam por um corredor polonês, agressividade verbal; que esse procedimento era comum a todos os empregados, incluindo o A.; (...)** (fl. 995)*

Outrossim, a própria testemunha convidada pela reclamada, Luciano Leitão Benaduce, admite que (fl. 996), *no início do contrato do depoente, havia, nas reuniões vespertinas ou nas matinais do dia seguinte, procedimentos de cobrança de apoio, ter que dançar, etc., e isso por volta de 2001, tendo mudado a mentalidade dos gestores, depois disso.*

Nessa senda, é inegável o dever da reclamada de indenizar o dano moral sofrido, o qual deve ser reparado por compensação financeira. Entretanto, considerando-se a gravidade do dano sofrido pelo autor (moderada), o grau de culpa da reclamada no evento (moderado), o tempo de trabalho do reclamante para a reclamada (aproximadamente 5 anos) e, sobretudo, a condição econômica da demandada (empresa de grande porte), tem-se como insuficiente o valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), arbitrado na origem. Assim, observando-se tais critérios, bem como os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, bem como o caráter ressarcitório-sancionatório da indenização, dá-se provimento ao recurso do autor para majorar para R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) a reparação por danos morais. Nega-se provimento ao recurso da reclamada.

Nas razões do recurso de revista, a reclamada alega, em síntese, que não restou configurado o dano moral, haja vista que a noção de dano pressupõe o ato ilícito, o que não ocorreu na hipótese, bem como de efetivo prejuízo à vítima, que também não se constatou. Considera que o fato de estipular metas e cobrá-las de seus empregados não pode, sob qualquer ângulo, configurar dano moral, fazendo parte do poder diretivo do empregador. Afirma que a prova testemunhal tão somente demonstrou a existência de cobranças para o atingimento das metas. Caso mantida a decisão que a condenou a pagar indenização por dano moral, requer sua redução por considerar que o valor arbitrado não é proporcional ao agravo que o reclamante alega ter sofrido. Indica violação dos arts.



PROCESSO Nº TST-RR-34600-65.2006.5.04.0013

818, da CLT, 333, I, do CPC, 944, parágrafo único, do Código Civil e 5º, V, da Constituição Federal. Transcreve arestos para o confronto de teses.

O recurso não alcança conhecimento.

A Corte Regional, valorando o conjunto fático-probatório, e em estrita observância ao princípio do livre convencimento (art. 131 do CPC), firmou convicção no sentido de que restaram demonstrados os requisitos essenciais à configuração da responsabilidade civil subjetiva, a saber: o dano suportado pelo reclamante, a conduta culposa do empregador eliam causal entre ambos.

Nesse sentido, o acórdão recorrido apoia-se na transcrição de depoimentos testemunhais segundo os quais os empregados da reclamada eram bastante cobrados, xingados pelos supervisores e gerentes, tendo que "pagar apoios" se não cumprissem os objetivos diários, de forma individual ou coletiva, além de ter de passar por "corredor polonês". Alude a depoimento de testemunha convidada pela própria reclamada que afirmou haver "nas reuniões vespertinas ou nas matinais do dia seguinte, procedimentos de cobrança de apoio, ter que dançar, etc., e isso por volta de 2001, tendo mudado a mentalidade dos gestores, depois disso".

Sob tal contexto, encontra-se plenamente caracterizada a conduta culposa da reclamada suficiente a justificar a indenização por dano moral.

Recordo que o dano moral ocorre *in re ipsa*, isto é, verifica-se como consequência do próprio fato ofensivo de modo que, comprovada a conduta ofensiva, tem-se como consectário lógico a configuração do próprio dano moral, exurgindo a obrigação de pagar indenização nos termos do art. 5º, X, da Constituição Federal.

Conclui-se, assim, que a pretensão da reclamada de excluir a indenização por dano moral sob o argumento de inexistência de conduta culposa ou de prejuízo ao trabalhador contrapõe-se às conclusões da Corte Regional firmadas a partir da valoração do substrato fático-probatório, cujo reexame é impossível nesta instância recursal extraordinária, nos termos da Súmula n.º 126, do TST. Ilesos, sob essa ótica, os arts. 818, CLT, 333, I, do CPC e 5º, V, da Constituição Federal.



PROCESSO Nº TST-RR-34600-65.2006.5.04.0013

No que tange ao alegado dissenso pretoriano, os arestos transcritos são inespecíficos, nos termos do item I da Súmula n.º 296, deste Tribunal, haja vista que se reportam a hipóteses nas quais não restaram configurados os elementos caracterizadores da responsabilidade civil extracontratual subjetiva.

Em relação ao valor da indenização por dano moral, a Corte Regional majorou-o de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) para R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) "considerando-se a gravidade do dano sofrido pelo autor (moderada), o grau de culpa da reclamada no evento (moderado), o tempo de trabalho do reclamante para a reclamada (aproximadamente 5 anos) e, sobretudo, a condição econômica da demandada (empresa de grande porte)".

Desse modo, a decisão da Corte de origem observou os princípios do arbitramento equitativo, da proporcionalidade e da razoabilidade, insertos no art. 5º, V e X, da CF/1988. Ressalte-se que a jurisprudência desta Corte Superior, no tocante ao *quantum* indenizatório fixado pelas instâncias ordinárias, vem consolidando orientação de que a revisão do valor somente é possível quando exorbitante ou insignificante a importância arbitrada a título de reparação de dano moral, o que não foi demonstrado na espécie, restando incólume o disposto no art. 944, parágrafo único, do Código Civil.

Nesse sentido, os seguintes precedentes:

AGRAVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. VALOR DA INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ASSÉDIO MORAL. A agravante não apresenta argumentos novos capazes de deconstituir a juridicidade da decisão agravada. Na hipótese vertente, o Tribunal Regional, ao fixar em R\$ 85.000,00 (oitenta e cinco mil reais) o valor da indenização pelos danos morais decorrentes de assédio moral, considerou a extensão do dano, os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade e as circunstâncias do caso concreto, no intuito de prevenir o enriquecimento ilícito da reclamante, não se divisando a violação referida no art. 896, -a- e -c-, da CLT, sobretudo em razão do caráter fático da controvérsia. Agravo a que se nega provimento.



PROCESSO N° TST-RR-34600-65.2006.5.04.0013

(Ag-AIRR-507-55.2010.5.15.0005, Relator Ministro: Walmir Oliveira da Costa, 1ª Turma, DEJT 21/11/2014)

(...) 4 - DANO MORAL. REVISÃO DO VALOR FIXADO.

Segundo o Tribunal Regional, a prova dos autos evidenciou a prática de constantes excessos pela reclamada, os quais resultaram em humilhação e ofensa à dignidade e honra do reclamante, motivo pela qual deve ser mantida a condenação da reclamada ao pagamento de indenização por danos morais. Consoante jurisprudência desta Corte, a revisão do quantum indenizatório somente é possível quando a importância se mostrar nitidamente exorbitante ou irrisória, o que não se observou nos autos, em que a indenização por danos morais foi arbitrada com razoabilidade e proporcionalidade, tendo em vista as humilhações sofridas pelo reclamante, o caráter punitivo e pedagógico do provimento jurisdicional, bem como a condição econômica do ofensor. Recurso de revista não conhecido. (RR - 486-68.2010.5.02.0061, Relatora Ministra: Delaíde Miranda Arantes, 2ª Turma, DEJT 24/04/2015)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DO RECLAMANTE. DANO MORAL. INDENIZAÇÃO. VALOR FIXADO. RAZOABILIDADE 1. Na fixação do valor da indenização por dano moral, o magistrado deve valer-se dos princípios da razoabilidade e de proporcionalidade, previstos na Constituição Federal. 2. Há que atentar, também, para a gravidade objetiva da lesão, a intensidade do sofrimento da vítima, o maior ou menor poder econômico do ofensor e o caráter compensatório em relação à vítima e repressivo em relação ao agente causador do dano. 3. A excepcional intervenção do Tribunal Superior do Trabalho sobre o valor arbitrado, conforme jurisprudência sedimentada, somente é concebível nas hipóteses de arbitramento de valor manifestamente irrisório, ou de valor manifestamente exorbitante. Unicamente em tais casos extremos impulsiona-se o recurso de revista ao conhecimento, por violação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade insculpidos no art. 5º, V e/ou X, da Constituição da República. 4. Caso em que o valor arbitrado pelo Tribunal Regional do Trabalho, no importe de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), não impulsiona ao conhecimento o recurso de revista por violação de lei ou da Constituição Federal, porquanto não se cuida de valor desproporcional, tampouco estratosférico. 5. Agravo de instrumento interposto pelo Reclamante a que se nega provimento. (...)



PROCESSO N° TST-RR-34600-65.2006.5.04.0013

(RR-9950300-14.2006.5.09.0513, Relator Ministro: João Oreste Dalazen, 4ª Turma, DEJT 31/03/2015)

(...) 4. DANO MORAL. TRATAMENTO VEXATÓRIO E HUMILHANTE. DANOS PSICOLÓGICOS. DESRESPEITO AO PRINCÍPIO FUNDAMENTAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. VALOR DA INDENIZAÇÃO MANTIDO. Não existe na legislação pátria delineamento do quantum a ser fixado a título de dano moral. Caberá ao juiz fixá-lo, equitativamente, sem se afastar da máxima cautela e sopesando todo o conjunto probatório constante dos autos. A lacuna legislativa na seara laboral quanto aos critérios para fixação leva o julgador a lançar mão do princípio da razoabilidade, cujo corolário é o princípio da proporcionalidade, pelo qual se estabelece a relação de equivalência entre a gravidade da lesão e o valor monetário da indenização imposta, de modo que possa propiciar a certeza de que o ato ofensor não fique impune e servir de desestímulo a práticas inadequadas aos parâmetros da lei. (...) (RR - 245-65.2012.5.09.0664 , Relator Ministro: Mauricio Godinho Delgado, Data de Julgamento: 22/04/2015, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 24/04/2015)

(...) VALOR DA INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. CINQUENTA MIL REAIS. A fixação do valor da indenização por dano moral deve se pautar nos princípios da razoabilidade e da equidade, pelo que se deve evitar um valor exorbitante ou irrisório, a ponto de levar a uma situação de enriquecimento sem causa ou a de não cumprir a função inibitória. No caso retratado pelo eg. Tribunal Regional observa-se que a quantia estabelecida como indenizatória (R\$50.000,00) guarda pertinência com o dano sofrido pelo empregado, tem o condão de compensar o sofrimento da vítima e de inibir a reiteração da prática pelo reclamado. Portanto, não há que se falar que o valor arbitrado não observou os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, não justificando, pois, a excepcional intervenção deste Tribunal Superior. Recurso de revista não conhecido. (...) (RR - 1663-37.2010.5.02.0071, Relator Ministro: Aloysio Corrêa da Veiga, Data de Julgamento: 11/03/2015, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 13/03/2015)



PROCESSO N° TST-RR-34600-65.2006.5.04.0013

Ante o exposto, **NÃO CONHEÇO** do recurso de revista, no tema.

2. MÉRITO

2.1. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. REQUISITOS NA JUSTIÇA DO TRABALHO. RELAÇÃO DE EMPREGO

Conhecido o recurso de revista por contrariedade à Súmula n° 219, I, do TST, **DOU-LHE PROVIMENTO** para, reformando o acórdão recorrido, excluir da condenação o pagamento dos honorários advocatícios.

2.2. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. BASE DE CÁLCULO

Conhecido o recurso de revista por contrariedade à Súmula Vinculante n° 4, do STF, **DOU-LHE PROVIMENTO** para, reformando o acórdão recorrido, fixar o salário mínimo como base de cálculo do adicional de insalubridade.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Primeira Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, conhecer do recurso de revista quanto aos temas: I - "Honorários advocatícios. Requisitos na Justiça do Trabalho. Relação de Emprego", por contrariedade à Súmula n° 219, I, do TST; e II - "Adicional de insalubridade. Base de Cálculo", por contrariedade à Súmula Vinculante n° 4, do STF, e, no mérito, dar-lhe provimento para, reformando o acórdão recorrido, excluir o pagamento dos honorários advocatícios e fixar o salário mínimo como base de cálculo do adicional de insalubridade. Inalterado o valor da condenação.

Brasília, 27 de maio de 2015.



PROCESSO N° TST-RR-34600-65.2006.5.04.0013

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

WALMIR OLIVEIRA DA COSTA

Ministro Relator

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico <http://www.tst.jus.br/validador> sob código 1000ED9DCA22A89458.