



Poder Judiciário
Justiça do Trabalho
Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região

Recurso Ordinário Trabalhista 0000360-60.2023.5.12.0036

Relator: CESAR LUIZ PASOLD JUNIOR

Processo Judicial Eletrônico

Data da Autuação: 16/02/2024

Valor da causa: R\$ 1.389.506,74

Partes:

RECORRENTE: LETICIA DE SOUZA LIMA

ADVOGADO: KLAUS PACHECO MARTINS

RECORRENTE: TELEFONICA BRASIL S.A.

ADVOGADO: ANA CAROLINA ANGELO HELOU

ADVOGADO: THIAGO TORRES GUEDES

RECORRIDO: LETICIA DE SOUZA LIMA

ADVOGADO: KLAUS PACHECO MARTINS

RECORRIDO: TELEFONICA BRASIL S.A.

ADVOGADO: ANA CAROLINA ANGELO HELOU

ADVOGADO: THIAGO TORRES GUEDES



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 12ª REGIÃO

PROCESSO nº 0000360-60.2023.5.12.0036 (ROT)

RECORRENTE: LETICIA DE SOUZA LIMA, TELEFONICA BRASIL S.A.

RECORRIDO: LETICIA DE SOUZA LIMA, TELEFONICA BRASIL S.A.

RELATOR: CESAR LUIZ PASOLD JUNIOR

EMENTA

COMISSIONISTA MISTO. ALTERAÇÃO DA POLÍTICA DE REMUNERAÇÃO VARIÁVEL PELO EMPREGADOR. JUS VARIANDI. LICITUDE. A alteração da política de remuneração variável durante a contratualidade, desde que observados certos requisitos, tal como a vedação de pura redução nominal ou objetiva das comissões, insere-se no *jus variandi* do empregador e deve ser legitimada, sob pena de impedir a liberdade de gestão empresarial por quem assume os riscos do empreendimento. Assim, a alteração de metas e critérios de cálculo de forma a adequar a remuneração variável às mudanças de mercado, ainda que acarrete menor ganho ao trabalhador, não configura alteração contratual ilícita, mormente quando se tratar de comissionista misto, que tem remuneração fixa garantida, e, portanto, estabilidade financeira. O § 1º do art. 457 da CLT ao estabelecer que as comissões pagas pelo empregador integram o salário não veda a modificação da forma (critério) de cálculo.

RELATÓRIO

As partes recorrem da sentença de parcial procedência de fls. 5660-5692, complementada pela decisão de embargos de declaração fls. 5706-5709.

A autora busca a reforma do julgado em relação à remuneração variável.

A ré, por sua vez, manifesta insurgência quanto a horas extras, intervalo intrajornada, auxílio-alimentação extraordinário, quebra de caixa, FGTS e honorários sucumbenciais.

Contrarrazões apresentadas.

Os autos foram remetidos ao CEJUSC para tentativa de conciliação, a qual restou infrutífera.

A ré foi intimada para comprovar a regularidade do seguro garantia apresentado, o que restou atendido.



É o relatório.

ADMISSIBILIDADE

Conheço do recurso ordinário da autora, exceto da pretensão recursal de reconhecimento da natureza salarial da parcela variável denominada incentivo de vendas, com integração na remuneração da autora (pleito constante da alínea "a" da peça recursal (fl. 5724); bem como conheço do recurso da ré.

Diante da ofensa ao princípio da dialeticidade (CPC, art. 1.010, inc. II, e Súmula n. 422, item III, do TST), não conheço da pretensão recursal de reconhecimento da natureza salarial da parcela variável denominada incentivo de vendas, com integração na remuneração do autor (reflexos), especialmente o pleito constante da alínea "a" da peça recursal (fl. 5724). Com efeito, na sentença resolutiva dos embargos de declaração, o Juízo de primeiro grau reconheceu que a parte autora postulou na peça inicial o pagamento de diferenças de comissões (prejuízos) pela alteração das metas no curso do mês, mais reflexos, e de diferenças de comissões pelo estorno/cancelamento das comissões após efetivadas as vendas, além de reflexos; tendo sido deixado assente pelo Magistrado que "não há pedido inicial de reconhecimento da natureza salarial da remuneração variável a ensejar a omissão apontada" (fl. 5707). Nas razões recursais, a parte autora deixa de impugnar especificamente o fundamento da sentença de que a peça inicial não veicula o pedido de reconhecimento da natureza salarial da remuneração variável, motivo pelo qual o pleito recursal correspondente não deve ser conhecido.

MÉRITO

RECURSO DA AUTORA

REMUNERAÇÃO VARIÁVEL. ALTERAÇÕES CONTRATUAIS LESIVAS. DIFERENÇAS SALARIAIS. ESTORNOS

O julgador singular rejeitou os pedidos de diferenças salariais decorrentes de alterações contratuais lesivas nas regras da remuneração variável e de estornos de comissões após efetivada a venda por entender que a autora recebia prêmios - e não comissões - os quais encontram-se dentro do poder diretivo do empregador.

Eis os termos da sentença (fls. 5662-5670):

A parte autora sustenta que:

"A fórmula de pagamento das comissões ao tempo de sua contratação era de fácil compreensão porque se baseava em um percentual sobre o faturamento das vendas, ou



seja, tudo que era vendido gerava comissionamento e seu valor podia ser projetado no final do mês.

O Vivo Acelera previa 02 faixas de faturamento que definiam o percentual de comissão a ser aplicado, ou seja, 2,75% caso o colaborador atingisse R\$ 9.500,00 em vendas (Target 1T), e 3,5% se alcançasse os R\$ 12.500,00 (Target 2T), sem TETO para pagamento, simples assim.

Atingido o Target, seria então multiplicado por um "indexador", índice definido a partir do faturamento médio de cada Loja e aplicado seguindo a mecânica de cálculo abaixo (2,5% para Lojas que vendessem até R\$ 25 mil, e 1,0% para aquelas acima de R\$ 300 mil)²:

(...)

Também havia um Gatilho de Qualidade - ISC3, definido pela regional, que consistia em uma nota de satisfação atribuída ao funcionário, por telefone, de forma totalmente subjetiva, que retirava do Empregado o direito de receber a variável mesmo que atingida a meta de vendas, considerada condição indispensável ao seu pagamento⁴.

(...)

Porém, com o passar do tempo a Empresa unilateralmente alterou essas regras, 03 vezes!

a) A primeira alteração em maio/2016: de faturamento para "pontos".

A primeira mudança ocorreu em maio/2016 com a implementação da Instrução de Trabalho Vivo Alta Performance (VAP) - em anexo, quando a Empresa alterou drasticamente o procedimento e as regras do Programa de Remuneração Variável para um modelo calculado a partir de uma " tabela de pontuação" - Versão 11 para as Lojas da Regional Sul.

(...)

Em resumo, os produtos e serviços considerados para o cálculo das comissões passaram a ser separados em 02 (duas) unidades de negócio chamadas de linhas de telefonia "Fixa" e "Móvel"⁵.

Após o somatório dos "pontos" conquistados em cada unidade, somente estaria elegível à remuneração variável aquele funcionário que atingisse, no mínimo, 85% da meta de cada uma delas, vedada a compensação entre produtos, tal como descrito na Instrução de Trabalho:

(...)

Na prática, independentemente da produção, mesmo que o colaborador atingisse 85% em uma linha de produtos, mas não na outra, toda a sua comissão de vendas seria cancelada.

(...)

Também não havia "TETO" para o pagamento da comissão, já que o colaborador receberia de acordo com o resultado de suas vendas.

(...)

Ainda noutro aspecto, o novo Programa previu também a alteração das metas individuais no curso do mês (até o dia 10)⁶, tornando ainda mais difícil serem atingidas.

(...)

Então, o que já era difícil ficou ainda pior.

b) A segunda alteração em abril/2019 - VAP 2.0: de pontos para receita bruta de captação em 03 linhas de produtos.



A segunda mudança ocorreu em abril/19 com a implementação da Instrução de Trabalho Vivo Alta Performance 2.0 (VAP 2.0) - em anexo, quando a Empresa novamente alterou o procedimento e as regras do Programa.

(...)

Por esse novo modelo, para que o vendedor se tornasse elegível ao recebimento da parcela se fez necessário e obrigatório atingir o percentual mínimo de 90% da meta de "receita de captação" em cada uma das 03 (três) unidades de negócio da Empresa, quais sejam, as linhas de telefonia fixa, móvel, e também terminais (aparelhos, acessórios, etc) e SVA (serviços adicionais).

(...)

Os critérios de elegibilidade, as faixas de atingimento e os percentuais sobre os salários fixos poderiam sofrer alterações de acordo com as necessidades estratégicas da Empresa.

(...)

Na prática, o colaborador passou a ter que atingir então 90% em todas as 03 linhas de produtos para garantir sua comissão, pois caso atingisse em apenas 02, toda a sua comissão de vendas seria cancelada como explica a própria Instrução de Trabalho da Empresa, vide pág. 11:

(...)

Também foram instituídos limitadores de comissionamento (TETO máximo) através de faixas de atingimento de metas para se determinar os percentuais aplicados sobre o "salário fixo bruto" do colaborador, a depender da linha de produtos:

(...)

Ou seja, se por um lado quando o colaborador atingisse apenas 89,99% da meta em qualquer um dos segmentos de produtos toda sua comissão de vendas seria multiplicada por 0,00% e ele não receberia absolutamente nada por sua produção, por outro, mesmo que sua produção fosse maior que 150% da meta, seria aplicado um TETO de comissionamento limitado a 130%, 65% e 6,5% sobre o salário bruto, dependendo do segmento de produtos. Mas ainda havia espaço para piorar mais.

c) A terceira alteração em fevereiro/2022 - NOVO VAP: Nota do Termômetro DNA de Atendimento e fator de classificação das Lojas.

A terceira e última mudança ocorreu a partir de fevereiro/2022 através Instrução de Trabalho Novo Vivo Alta Performance (Novo VAP) - em anexo:

(...)

A mais impactante inovação trazida por esse último regulamento foi a "Nota do Termômetro DNA de Atendimento", ou seja, um indicador totalmente subjetivo para avaliar o nível de satisfação dos consumidores com a experiência que tiveram durante sua visita à Loja VIVO, associado a uma mecânica de classificação das Lojas a partir de níveis como TOP, BOM, INTERMEDIÁRIO e OPORTUNIDADE:

(...)

Dependendo do atingimento da meta de serviços, da Nota do Termômetro DNA e do nível de classificação da Loja, o vendedor receberia até, no máximo, 50% do seu salário fixo (não bruto) de comissionamento independentemente da produção, ou seja, o TETO baixou ainda mais!

(...)

Contudo, caso a Loja tenha sido classificada no nível OPORTUNIDADE por insatisfação do cliente com a "experiência VIVO", por exemplo, nenhum colaborador receberia remuneração variável por suas vendas (RV = 0,00), como especificado acima.



Ora Excelência, se a comissão é devida com base na venda ultimada, ou seja, a partir do instante em que a operação é concluída surge para o empregado o direito à percepção da parcela, não há qualquer justificativa legal para sua total desconsideração quando atingido percentual da meta das vendas em uma determinada linha de produtos mas não em alguma outra, portanto, as alterações das políticas internas só vêm demonstrar o flagrante intuito de redução salarial do empregado comissionista que passou a ter que cumprir novas condições para fazer jus ao seu recebimento, em clara transferência do risco da atividade econômica.

Neste aspecto, se as alterações aderem ao contrato de trabalho e somente são admitidas se mais benéficas, nos termos do art. 468 da CLT e princípios consagrados da inalterabilidade contratual e irredutibilidade salarial previstas no art. 7º, inciso VI da CF /88, a supressão salarial, mesmo quando atingindo critérios objetivos de produção, são ilegais, vide Súmula nº 51 do TST". (destaques no original)

Acrescenta que:

"Ainda noutro aspecto, haviam também alterações das metas individuais no curso do mês tornando ainda mais difícil serem atingidas, fosse por definição do setor de Planejamento Comercial da Empresa, ou ainda como punição por decisão pessoal do Gerente quando algum funcionário chegava atrasado, por exemplo, dentre outros motivos.

(...)

Sem embargo, para suprimir o direito ao recebimento das comissões bastaria à Ré apenas elevar o valor da meta mensal individual em qualquer um dos 03 segmentos para torná-la inatingível, de acordo com suas necessidades estratégicas (ponto 7 acima citado), como descrito no "exemplo 2 - critérios de elegibilidade não atingidos".

Portanto, a alteração aleatória das metas de vendas no curso do mês de aferição, além surpreender o empregado impedindo-o de alcançar seu melhor desempenho e auferir a maior remuneração possível, quebram a boa-fé objetiva e constituem alteração contratual unilateral lesiva do contrato de trabalho por submeter o negócio jurídico a condição puramente potestativa¹¹, sujeito ao arbítrio exclusivo do empregador, logo, presumível o prejuízo do trabalhador.

(...)

Não bastasse o critério de elegibilidade, haviam também cláusulas em suas instruções de trabalho que previam o estorno ou cancelamento da comissão após efetivada a venda denominados "Ajustes" - ou movimentos descendentes) que não se confundiam com o ISC - Índice de Satisfação do Cliente, já mencionado."

Diante disso, postula:

"c) a nulidade das alterações contratuais unilateralmente promovidas pela Ré através: c. 1) das Instruções de Trabalho Vivo Alta Performance a partir de maio/2016, Vivo Alta Performance 2.0 de abril/19 (VAP 2.0) e do Novo Vivo Alta Performance (Novo VAP) de fevereiro/2022, e também; c.2) pela alteração aleatória das metas de vendas no curso do mês de aferição, por também constituírem alteração contratual unilateral lesiva do contrato de trabalho e submeter o negócio jurídico a condição puramente potestativa, e com isto seja condenada ao pagamento das diferenças de comissões pelos prejuízos causados no valor de R\$ 2.000,00 mensais, que acrescido dos reflexos legais de 13º salários integrais e proporcional, férias acrescidas de 1/3, descanso semanal remunerado totaliza R\$ 199.485,69, conforme planilha abaixo.

d) seja a Ré condenada a pagar as diferenças pelo estorno/cancelamento das comissões após efetivada a venda durante toda a contratualidade no valor de R\$ 2.000,00 mensais, que acrescido dos reflexos legais de 13º salários integrais e proporcional, férias acrescidas de 1/3, descanso semanal remunerado totaliza R\$ 199.485,69, conforme planilha abaixo;"

A parte ré contesta a pretensão, aduzindo, em síntese, que realizou o pagamento de remuneração variável conforme política de remuneração variável implementada por liberalidade do empregador. Diz que tal remuneração não era fixa e estava intimamente ligada ao desempenho da parte reclamante e a sua capacidade de entregar resultados,



fazendo com que ela pudesse receber valores maiores ou menores ao completar o período de apuração. Acrescenta que "De acordo com o programa, uma vez alcançadas as metas estipuladas, a parcela é calculada sobre o salário fixo do empregado, melhor dizendo, o atingimento da meta autoriza a aplicação de um percentual sobre o salário bruto, conforme as faixas". Assevera que não realiza descontos de valor algum da remuneração variável, independentemente se o cliente permanece ou não com o produto ou serviço vendido, o que de fato ocorre é a denominada "Baixa Prematura", a qual se trata de uma situação identificada pela parte ré que, de fato, acusa o cancelamento do serviço contratado em até 180 dias após a venda, mas isso não tem repercussão nos contratos de trabalho, contribui na formação do percentual deflator que é utilizado no cálculo da parcela variável destinada ao trabalhador. Pugna pela improcedência da pretensão.

Pois bem.

Segundo o Ministro DELGADO:

Os prêmios (ou bônus) consistiam em parcelas contraprestativas pagas pelo empregador ao empregado em decorrência de um evento ou circunstância tida como relevante pelo empregador e vinculada à conduta individual do obreiro ou coletiva dos trabalhadores da empresa.

A figura jurídica tinha um enquadramento específico antes da Lei da Reforma Trabalhista, na qualidade de parcela salarial. Após a Lei n. 13.467, vigente desde 11.11.2017, despontou o enquadramento não salarial da parcela (novo §2º do art. 457 da CLT). (DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. 17. ed. São Paulo: LTr, 2018. p. 916).

As comissões, por sua vez, "consistem em parcelas contraprestativas pagas pelo empregador ao empregado em decorrência de uma produção alcançada pelo obreiro no contexto do contrato, calculando-se, variavelmente, em contrapartida a essa produção" (Op. cit. p. 911).

No caso vertente, a remuneração variável questionada pela parte autora foi instituída por ato regulamentar do empregador, o qual leva em conta não apenas o atingimento de metas individuais dos empregados, em diversos pilares (segmentos de produtos), os quais sofriam reduções na apuração dos resultados finais decorrentes de critérios como inadimplência dos clientes, cancelamento das linhas (baixa prematura), dentre outros, mas também o atingimento de um faturamento mínimo. É o que se verifica das normas internas da parte ré, acostadas nos marcadores 8-11 dos autos.

Diante desse contexto, no entender do Juízo, resta evidente que a remuneração variável não era calculada simplesmente sobre a produtividade do empregado, com a aplicação de percentual sobre as vendas, mas, de acordo com o atingimento de metas, com percentuais incidentes sobre o salário bruto do empregado, cujos resultados podiam sofrer restrições de outros indicadores como a qualidade de vendas e cancelamentos prematuros. Não existia, portanto, efetivo desconto na remuneração em razão de cancelamentos, porque esses cancelamentos influenciavam negativamente como redutores na obtenção das metas. A remuneração variável paga pela ré, portanto, não constitui comissões, mas premiações.

As premiações foram instituídas por ato regulamentar do empregador, o qual, adotando o seu poder diretivo, apresenta critérios de fixação dos parâmetros de apuração e regras de restrições de resultados, de acordo com cada campanha adotado. Entender que essas premiações são comissões resultaria no desvirtuamento do ato regulamentar instituído pelo empregador, adotando-se regras não ajustadas pelas partes.

Outrossim, restou evidenciado pelo regulamento empresarial apresentado nos autos que o procedimento de "baixa prematura" é indicador de qualidade das vendas que enseja a restrição dos resultados no atingimento das metas, ou seja, não constitui diretamente em estorno dos valores da remuneração variável, mas redutores dos resultados de atingimento das metas que influenciam no valor final das premiações em cada mês, e que, portanto, se inserem no poder diretivo do empregador de liberalidade na criação dos prêmios.

Nesse sentido, cito o seguinte julgado do e. TRT desta 12ª Região:



[...]

Ainda, não há prova robusta nos autos de que a parte ré alterava constantemente as metas estabelecidas no curso do mês com o objetivo de impedir a obtenção dos resultados pela parte autora.

Por isso, e por entender que a instituição das premiações se encontra legitimamente dentro do poder diretivo do empregador, rejeito os pedidos deduzidos nos itens "c" e "d" da petição inicial, fl. 29 dos autos.

A autora assevera que as alterações de critérios de pagamento foram admitidas na defesa, e que, a despeito de a reclamada não ter trazido todas as políticas de remuneração variável ao longo da contratualidade, tampouco os relatórios de vendas individuais da autora, constata-se que a partir da implementação de novo regramento em abril/2019 sofreu queda significativa nas suas comissões, em que pese sua produção mensal tenha crescido. Sustenta que a defesa também admitiu que a fidelização do cliente, dentre outros elementos, contribuía na formação de um percentual deflator utilizado no cálculo da parcela variável destinado ao trabalhador, considerado como parte de critério de negatização, o que, defende, configura a transferência do risco da atividade aos empregados.

Analiso por partes.

a) Mudanças nos critérios para atingimento das metas

No período impreso da contratualidade, a autora exerceu os cargos de Consultor de Relacionamento Loja (até 30-6-2019), Gerente Negócios Loja (de 1º-7-2019 a 31-1-2022) e Gerente Operação (de 1º-2-2022 a 13-3-2023 - data da rescisão).

A remuneração variável de tais cargos, que conforme regulamentos aplicáveis são chamados de cargos coletivos, está atrelada ao desempenho da loja e não ao desempenho individual do colaborador.

Consoante consta da Instrução de Trabalho Vivo Alta Performance, vigente até 03/2019, a remuneração variável era paga quando atingido o mínimo de 85% da meta em cada unidade de negócio (fixa e móvel) (fl. 108). Todavia, a partir de abril de 2019, foi instituída a Instrução de Trabalho Vivo Alta Performance - VAP 2.0, a partir da qual a ré passou a condicionar o pagamento da parcela "incentivo de vendas" ao atingimento do percentual mínimo de 90% da meta de receita de captação bruta nas três unidades de negócios (fixa, móvel e terminais) (fl. 130). E a partir de janeiro de 2022 foi instituída a Instrução de Trabalho Nova VAP, a qual condicionou o pagamento de remuneração variável sobre serviços à classificação da loja (desempenho coletivo - atingimento da meta de receita de captação de serviços e nível de satisfação dos consumidores), limitando a 20% e 50%, respectivamente, do salário fixo percebido. Estabeleceu que a classificação da loja no nível "Oportunidade" excluiria a percepção de remuneração variável de serviços (fls. 193-199).



Revedo posicionamento anterior, adoto o entendimento de que a alteração da política de metas operada pela ré não configura alteração lesiva do contrato.

A autora foi admitida em 9-6-2014, no cargo de "Consultor Negócios Loja", com remuneração fixa mensal de R\$ 1.077,51 acrescida de "remuneração variável, condicionada ao cumprimento de metas, **conforme normas e prazos estipulados na Política de Remuneração Variável**" (fl. 672).

Desde o início da contratualidade ela tinha ciência de que a remuneração variável observaria política de metas estabelecida em programa próprio.

A alteração dessa política durante o contrato, desde que observados certos requisitos, tal como a vedação de pura redução nominal ou objetiva das comissões, insere-se no *jus variandi* do empregador e deve ser legitimada, sob pena de impedir a liberdade de gestão empresarial.

Vale lembrar que é o empregador que assume os riscos da atividade econômica, e, portanto, a ele cabe adotar medidas para o maior rendimento de seus empregados, podendo estabelecer e alterar a política de metas da remuneração variável de forma a adequá-la às mudanças de mercado, sendo certo que ao longo da contratualidade podem ser adicionados produtos e serviços ao seu portfólio, serem firmados acordos com outras instituições, dentre outras possibilidades que justifiquem a readequação da política remuneratória. Do contrário, para alterar a política de metas e comissões, o empregador deveria garantir mais de um sistema remuneratório, o que violaria a isonomia entre os empregados (arts. 460 e 461 da CLT), ou dispensar os antigos empregados (o que seria prejudicial ao próprio trabalhador).

O § 1º do art. 457 da CLT ao estabelecer que as comissões pagas pelo empregador integram o salário não veda a alteração na forma (critério) de cálculo.

Ademais, tratando-se de comissionista misto, que tem a remuneração fixa garantida, e, portanto, estabilidade financeira, a parte variável só não pode ser retirada sem contrapartida alguma (mera supressão) ou reduzida de forma objetiva/nominal, o que não verifico na hipótese.

Nesse sentido, cito os seguintes precedentes:

DA REMUNERAÇÃO DE PARCELA VARIÁVEL. DIFERENÇAS. ESTORNOS. Caso em que o conjunto probatório demonstrou que não houve mero pagamento de comissões, independentemente do valor vendido, pois, desde o início, era exigido um valor de faturamento mínimo para que houvesse o pagamento da verba variável. Nesse sentido, a verba possui natureza de prêmio (pois depende do atingimento de metas) e não de mera comissão. A estipulação de metas e definição de políticas para o pagamento da remuneração variável faz parte do poder diretivo do empregador, não havendo ilicitude em alterações de forma de cálculo, desde que previamente informadas - o que foi observado pela empresa demandada. Indevido, portanto, o pagamento das diferenças postuladas, assim como a restituição dos estornos.(TRT da 12ª Região; Processo:



0000160-89.2019.5.12.0037; Data de assinatura: 04-09-2020; Órgão Julgador: CEJUSC-JT de 2º grau - 4ª Câmara; Relator(a): GARIBALDI TADEU PEREIRA FERREIRA)

RECURSO ORDINÁRIO DO RECLAMANTE. DANO MORAL. ALTERAÇÃO DAS METAS FIXADAS. INDENIZAÇÃO INDEVIDA. JUS VARIANDI. A modificação das metas inicialmente fixadas se trata de alteração do contrato de trabalho respaldada no poder diretivo do empregador (jus variandi). Portanto, inexistindo lesão a qualquer direito da personalidade do trabalhador, não deve ser deferida a indenização por dano moral. (TRT-13 - ROT: 0131472-96.2015.5.13.0007, Relator: LEONARDO JOSE VIDERES TRAJANO, 1ª Turma - Gabinete da Vice Presidência)

COMISSÕES. ALTERAÇÃO - CRITÉRIOS DE APURAÇÃO. As alterações de metas ou estabelecimento de critérios de apuração para pagamento de remuneração variável (comissão) não geram direito a diferenças de remuneração variável, tendo em vista que constituem jus variandi do empregador no exercício do poder de organização da atividade empresarial. O art. 457, § 1º, da CLT apenas estipula que as comissões integram o salário do empregado, logo, por ausência de previsão legal, o estabelecimento de metas/critérios de apuração para pagamento de remuneração variável (comissão) é objeto de livre estipulação entre as partes, diante das determinações do empregador. Recurso da reclamada provido no aspecto. (TRT-3 - ROT: 00102524720215030057 MG 0010252-47.2021.5.03.0057, Relator: Rodrigo Ribeiro Bueno, Data de Julgamento: 29/03/2023, Nona Turma, Data de Publicação: 30/03/2023.)

b) Aplicação de deflator - desconto das vendas canceladas ou estornadas

Os regulamentos dos programas de remuneração variável instituídos pela ré previam o pagamento de incentivo de vendas (comissões) aos cargos elegíveis que atingissem meta previamente estabelecida de acordo com critérios objetivos estabelecidos, dentre os quais estava a fidelização do cliente. Assim, a inadimplência e os cancelamentos, dentre outros, atuavam como critério de negatização acarretando ajuste (desconto da receita a ser considerada para aferição do atingimento da meta), enquanto altas, reabilitação e upgrade de planos, por exemplo, constituíam critério de positivação.

Alterando posicionamento anterior, entendo não existir ilegalidade nos critérios adotados pela ré para o pagamento da remuneração variável.

Não havia estorno de comissões em decorrência de inadimplência ou cancelamentos, situação que atrairia a aplicação do entendimento consolidado na Súmula 88 deste Regional. A inadimplência e os cancelamentos, na forma prevista nos regulamentos, atuavam apenas como fator negativo no atingimento da meta, tratando-se de manejo de cálculo, não equiparável à devolução ou estorno de comissões.

Destaco que a possibilidade de aferição das metas tanto pode estar relacionada a critérios quantitativos, de natureza objetiva propriamente dita, quanto a critérios qualitativos, ou seja, com dimensão subjetiva e ligada à perfeição no exercício das atividades.



Determinar o pagamento de diferenças salariais em razão da dedução da inadimplência e dos cancelamentos na aferição do atingimento das metas configuraria interferência no poder diretivo do empregador, e na própria administração do negócio, resultando na criação de obrigação não prevista em lei, que, indubitavelmente, afeta os resultados financeiros da empresa, interferindo na própria viabilidade do programa remuneratório.

A autora recebeu salário fixo durante toda a contratualidade (R\$ 3.362,81 em 03/2023), inclusive em patamar superior ao previsto nas normas coletivas. A remuneração variável tratava-se de *plus* salarial a que teria direito se atendidos os critérios previstos no regulamento instituidor.

Se de um lado não pode o empregador transferir os riscos do empreendimento aos empregados, de outro, não pode o Judiciário imiscuir-se na administração das empresas a fim de ampliar benefício instituído por mera liberalidade por quem detém o ônus de responder pelo sucesso ou insucesso do negócio.

Ante todo o exposto, rejeito o pedido de diferenças de remuneração variável.

Nego provimento.

RECURSO DA RÉ

1. JORNADA DE TRABALHO

O magistrado sentenciante reconheceu que os controles de ponto coligidos aos autos não apontam toda a jornada de trabalho da autora. Arbitrou que ela "trabalhava 50 min além dos horários registrados nos controles de ponto, sendo 20 minutos antes do horário de início do trabalho e 30 minutos após o horário de término do trabalho registrado nos pontos, em cinco dias na semana (dentre os dias de segunda a sábado), e desfrutava de 40min de intervalo para repouso e alimentação, em cinco dias na semana (dentre os dias de segunda a sábado), observados os dias laborados nos controles de ponto". Por conseguinte, condenou a ré ao pagamento de horas extras, com reflexos, declarando inválido o regime compensatório.

A ré afirma que os controles de jornada devem ser considerados eficazes à comprovação dos horários e dias anotados. Alega que, em relação às "ocorrências" contidas nos registros, só aconteciam por equívoco ou esquecimento da colaboradora, e que quando não há a marcação de um dos registros diários, que ao todo são quatro, aparece a letra "I", apontando que deverá haver a correção por parte do empregado, com a confirmação do gestor, destacando que a prova técnica (laudo pericial de



informática produzida nos autos do processo nº 0020238.93.2013.5.04.0019) constante nos presentes autos comprova a ausência de irregularidade nos registros de horário, bem como a impossibilidade de alterações desses registros. Sustenta a validade do banco de horas e que as horas extras habituais não são capazes de invalidá-lo. Subsidiariamente, requer seja afastada a condenação ao pagamento dos reflexos de repouso semanais remunerados nas verbas de férias acrescidas de 1/3, décimo terceiro salário e aviso prévio, posto que contrário ao disposto na Orientação Jurisprudencial nº 394 do TST, sob pena de caracterizar *bis in idem*. Requer, ainda, a observância da Súmula 340 do TST, tendo em vista que a autora recebia remuneração constituída de parte fixa e parte variável.

Nos termos do art. 74, §2º, da CLT, é dever dos empregadores, com mais de 20 empregados, realizar o controle da jornada, sob pena de prevalecer a presunção de veracidade daquela indicada na exordial, a qual pode ser elidida por prova em sentido contrário (Súmula n. 338, I, do TST).

Ademais, esse registro precisa ser válido, sem marcações uniformes. Caso contrário, ocorre a inversão do ônus da prova quanto à realização das horas extras (Súmula n. 338, III, do TST).

Em contrapartida, ao suscitar a invalidade dos cartões de ponto apresentados, o empregado atrai para si o ônus de comprovar sua alegação, por ser fato constitutivo do seu direito ao labor extraordinário (art. 818, I, da CLT).

Foram trazidos aos autos os cartões de ponto do período imprescrito da contratualidade, os quais predominantemente demonstram registros variáveis e não uniformes, com marcações de folgas (fls. 700-799) e o extrato do banco de horas (fls. 800-841). Deles, contudo, é possível verificar a existência de "Tratamentos" nos registros de entrada, saída e intervalo, ficando registrado a letra "I" no campo ocorrência.

Nos contracheques há rubrica constando serviço extraordinário (fls. 868-1026).

Realizada audiência de instrução, foram colhidos os depoimentos das partes e ouvidas duas testemunhas, uma arrolada pela autora e outra pela ré.

A testemunha arrolada pela autora, Deivis, confirmou a tese da exordial de que os controles de jornada não contêm todo o labor vertido à ré. Disse que não conseguia registrar todas as horas extras. Esclareceu que havia alterações no ponto e às vezes registrava a saída e permanecia trabalhando. Afirmou que isso ocorria com os demais empregados da ré. Confirmou a jornada citada na inicial.



A testemunha ouvida a convite da ré, de outro lado, negou que houvesse proibição de registrar horas extras. Disse que quando o colaborador esquece de bater o ponto, faz a justificativa dentro do sistema Conexão RH, e o gestor imediato faz a inserção do horário de acordo com a informação do colaborador. Disse que quando esqueceu de registrar o ponto, o gestor ajustou de acordo com a jornada que informou. Referiu ser proibido na empresa registrar o encerramento da jornada e continuar trabalhando. Disse não saber ao certo a jornada da autora, aduzindo que ela trabalhava no primeiro turno, que é das 9h20 até umas 17h40.

Em que pese a divergência existente na prova testemunhal, coaduno com o entendimento adotado na sentença de que evidenciado nos autos que a autora não registrava integralmente os horários de trabalho no ponto.

Embora a testemunha arrolada pela ré tenha mencionado que ela registrava sua jornada corretamente, negando a proibição de registro de horas extras, referiu que não costumava prorrogar a jornada. E disse que quando o colaborador esquece de bater o ponto, faz a justificativa dentro do sistema Conexão RH, e o gestor direto faz a inserção do horário de acordo com a informação do colaborador.

Contudo, os controles de jornada da autora contam com inúmeras ocorrências de tratamento sem justificativa.

Não se mostra crível assumir que decorressem de esquecimento na marcação, ainda mais de forma reiterada, como se verifica na hipótese.

Observo que há períodos em que houve "tratamento" durante vários dias seguidos, em todas as entradas e saídas, inclusive com inserção de jornada britânica, como por exemplo entre 1º-6-2020 e 5-6-2020, em que inserido entrada às 11h40 e saída às 20h, com intervalo intrajornada das 14h às 15h, registrando exatamente a jornada contratual de 7h20.

Pontuo, ademais, que a testemunha refere ter trabalhado com a autora por poucos meses (de agosto/2022 a março/2023) e não soube informar ao certo a jornada da reclamante.

De outro lado, a testemunha ouvida a convite da autora confirmou as alegações obreiras, inclusive quanto ao labor após registrada a saída, informando jornada bastante aproximada daquela declinada na inicial.

A prova técnica mencionada pela recorrente (laudo pericial de informática produzida nos autos do processo nº 0020238.93.2013.5.04.0019), constante nos presentes autos, também atesta a possibilidade de inserção de ponto pelo gerente (fls. 1200-1211):



3- Informe o Sr. Perito se em caso de não registro do horário por parte do funcionário o gerente pode inserir o horário informado pelo mesmo? (sic)

O não registro de horário independente tanto do seu tipo - entrada, saída - como origem-falha técnica, humana ou faltas - é identificado pelo sistema e a gerência tem poder de inserir estas marcações faltantes. (destaquei)

[...]

7- Em sendo editado o registro de horário, esta situação fica demonstrada no sistema?

Nos espelhos ponto fica apresentada a origem da marcação complementar com a letra I em coluna específica.

Diante desse cenário, mantenho hígida a sentença quanto à invalidade dos controles de ponto.

Registro não haver impugnação específica relativamente à jornada fixada, que considero razoável e consentânea com o conjunto probatório.

Em consequência, restam inválidos também os extratos do banco de horas que estão registrados de acordo com as anotações dos cartões de ponto, considerados inidôneos.

Por fim, nada a prover quanto aos pleitos subsidiários da ré. A sentença não determina a repercussão do repouso semanal remunerado majorado pela integração das horas extras habitualmente prestadas nas férias acrescidas de 1/3, no décimo terceiro salário e no aviso prévio, conforme preconiza a Orientação Jurisprudencial nº 394 do TST.

No que tange à Súmula 340 do TST, a própria reclamada realizava o pagamento das horas considerando os valor da hora normal mais o adicional, conforme se verifica dos contracheques, não havendo como o Juízo adotar critério diverso, diante daquele mais vantajoso já adotado pela empregadora.

Pelo exposto, negaria provimento ao recurso. No entanto, restei vencido pela douta maioria dos integrantes da 5ª Turma, tendo prevalecido o voto divergente da Desembargadora Mari Eleda Migliorini, a seguir transcrito:

1. JORNADA DE TRABALHO - Dou provimento

A mera existência de "ocorrências" nos registros de entrada, saída e intervalo, ficando registrado a letra "I" no campo ocorrência, não demonstra que as anotações tenham sido deliberadamente manipuladas com o fim de prejudicar a trabalhadora. Eventuais erros e indisponibilidades no sistema eletrônico de ponto são comuns e a sua presença não faz presumir que não tenham sido posteriormente retificados. Além disso, essas inconsistências por vezes decorrem de equívoco ou de esquecimento do próprio trabalhador.

No mais, a prova oral ficou dividida, impondo que se decida em desfavor de quem detinha o ônus probatório da alegação de invalidade do ponto: a autora.



Dou provimento para reconhecer a validade dos cartões de ponto e afastar a jornada de trabalho arbitrada na origem, excluindo a condenação em horas extras, com os seus reflexos.

Assim, foi dado provimento ao recurso para reconhecer a validade dos cartões-ponto e afastar a jornada de trabalho arbitrada na origem, excluindo a condenação em horas extras, com os seus reflexos.

2. INTERVALO INTRAJORNADA

Alega a ré que a reclamante sempre usufruiu do intervalo intrajornada, e que os registros de ponto consignam fielmente os gozos intervalares. Não sendo esse o entendimento, sustenta que a sentença não está em consonância com o art. 71, §4ª da CLT, vez que o intervalo não concedido deve ser computado como à disposição do empregador, caso comprovado que o trabalhador não usufruiu na íntegra desse período. Requer a exclusão da condenação ao pagamento de horas extras pela supressão dos intervalos intrajornada e reflexos. Sucessivamente, pugna seja a condenação limitada ao período suprimido dos intervalos, observada a natureza indenizatória da parcela.

Como já analisado no tópico anterior, ao reverso do alegado pela recorrente, os registros de ponto não eram fidedignos e não consignavam fielmente a jornada de trabalho da autora, pelo que mantida a jornada arbitrada na sentença, que considerou a fruição de 40 minutos de intervalo intrajornada.

O período imprescrito da contratualidade remonta a 19-12-2017.

Assim, aplicável o estabelecido no § 4º do art. 71 da CLT, com a redação dada pela Lei 13.467/2017, de sorte que é devido apenas o tempo suprimido do intervalo intrajornada, de forma indenizada.

Verifica-se que o julgado está em consonância com o aludido artigo, não havendo falar em reforma da sentença, portanto.

Pelo exposto, negaria provimento ao recurso. Entretanto, a douta maioria da 5ª Turma, em razão do decidido no tópico supra, entendeu que não há que se falar em reconhecimento da supressão intervalar.

Assim, foi dado provimento ao recurso para excluir a condenação nos intervalos intrajornadas.



3. AUXÍLIO ALIMENTAÇÃO EXTRAORDINÁRIO

A recorrente pretende se eximir da condenação ao pagamento de auxílio refeição extraordinário. Assere que a norma coletiva determina o "reembolso" das despesas com refeição nas ocasiões de labor extraordinário o que torna imperativa a comprovação do gasto pelo trabalhador, não demonstrado nos autos.

A cláusula 19ª da CCT 2018/2020, estabelece o seguinte:

As EMPRESAS pagarão em folha de pagamento o Auxílio Refeição Extraordinário no mês subsequente da apuração da frequência, aos empregados que trabalharem em jornada extraordinária de 2 (duas) horas consecutivas, independentemente de serem remuneradas ou compensadas, conforme valores definidos a seguir:

[...]

b) Para os empregados das EMPRESAS lotados nas lojas próprias o auxílio refeição extraordinário será R\$ 11,47 (onze reais e quarenta e sete centavos) por dia, a partir de 01 de setembro de 2018.

A norma fixa requisito único para a percepção do auxílio refeição extraordinário, a saber: a realização de jornada extraordinária de 2 horas seguidas, o qual restou demonstrado nos autos.

Assim, manteria a condenação da ré, no particular.

Entretanto, considerando o já decidido pela maioria da 5ª Turma, havendo sido afastada a jornada de trabalho arbitrada na sentença, não subsiste labor extraordinário superior a 2h que justifique o pagamento da alimentação prevista nas normas coletivas.

Portanto, foi dado provimento para excluir a condenação no auxílio-refeição extraordinário.

4. QUEBRA DE CAIXA

A ré foi condenada ao pagamento da quebra de caixa prevista nos ACTs 2016/2017, 2018/2020 e 2020/2022 durante o período de vigência de tais instrumentos.

Agora recorre sustentando que a autora recebeu a referida parcela quando trabalhou como consultora de negócios, mas que, quando passou para a função de consultora tecnológica, deixou de fazer jus ao seu pagamento, pois não atuava mais no caixa.

De acordo com os ACTs acostados aos autos:

Fica assegurado aos empregados que efetivamente exerçam as funções de caixa por um período superior a 5 (cinco) dias no mês, independente da nomenclatura do cargo, em



qualquer dos estabelecimentos das EMPRESAS, o pagamento de uma parcela mensal, a título de "quebra de caixa", sendo reajustado a partir de 01 de setembro de 2016 para o valor de R\$ 60,02 (sessenta reais e dois centavos), sem considerar quaisquer adicionais ou vantagens outras, pessoais ou não.

A ficha de registro indica que, no período impreso da contratualidade, a autora exerceu os cargos de Consultor de Relacionamento Loja (até 30-6-2019), Gerente Negócios Loja (de 1º-7-2019 a 31-1-2022) e Gerente Operação (de 1º-2-2022 a 13-3-2023 - data da rescisão).

A prova testemunhal foi uníssona em afirmar que ela atuava no caixa mesmo quando foi alçada à gerência, infirmo a versão defensiva da ré.

De outro lado, os próprios contracheques apresentados pela demandada indicam o pagamento de quebra de caixa em algumas competências no período em que a autora era gerente de operação (fls. 992 e ss).

Assim, por ausência de respaldo probatório, rejeita-se o pleito recursal.

Assim, negaria provimento ao recurso. No entanto, restei vencido pela douda maioria da 5ª Turma, tendo prevalecido o voto divergente da Desembargadora Mari Eleda Migliorini, a seguir transcrito:

4. ADICIONAL DE QUEBRA DE CAIXA - Dou provimento

Independente da constatação de que a autora tenha "atuado" no caixa, mesmo quando foi alçada à gerência, essa circunstância, por si só, não autoriza o pagamento da verba em epígrafe. O trabalho no caixa deve ser a atividade predominante, com a incidência das mesmas responsabilidades e possíveis sanções aplicáveis aos empregados formalmente investidos na função.

Não há evidência convincente de que a autora, nos períodos em que deixou de auferir o adicional, tenha ficado responsável pelo fechamento do caixa e de que tenha sofrido, ou mesmo de que estivesse sujeita a sofrer, descontos salariais em razão de eventuais diferenças de numerário a menor, única justificativa para o recebimento do adicional pretendido.

Dou provimento para excluir a condenação no adicional por quebra de caixa.

Dessa forma, foi dado provimento ao recurso para excluir a condenação ao pagamento do adicional por quebra de caixa.

5. FGTS

A ré impugna o pagamento dos reflexos do FGTS, no caso de reversão da condenação.

Tendo em vista que foi afastada a condenação em horas extras, impõe-se dar provimento ao recurso neste item para excluir também as suas repercussões sobre o FGTS.



Como corolário, julga-se a ação improcedente.

6. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

As partes foram condenadas ao pagamento de honorários advocatícios arbitrados em 15%.

A ré buscar afastar sua condenação ao pagamento de honorários advocatícios no caso de inversão da sucumbência, bem como requer que a autora seja condenada a pagar os honorários sucumbenciais aos seus patronos.

Julgada improcedente a demanda, impõe-se excluir a condenação da ré em honorários de advogado.

No mais, a autora já foi condenada ao pagamento de honorários a incidirem sobre o valor indicado na exordial para os pedidos julgados improcedentes, inexistindo interesse recursal da ré nesse ponto.

7. PREQUESTIONAMENTO

A ré prequestiona os artigos 818 da CLT e 373, I, do CPC, no tocante ao encargo probatório das partes, bem como o artigo 7º, XXVI, da Constituição Federal, e o artigo 884 do CCB.

A Orientação Jurisprudencial nº 118 da SDI-I do TST, estabelece que, havendo tese explícita sobre a matéria na decisão, desnecessário contenha nela referência expressa aos dispositivos legais, às orientações jurisprudenciais ou princípios invocados pelas partes para ter-se eles como prequestionados. Outrossim, de acordo com a Súmula nº 297, item I, do TST, "Diz-se prequestionada a matéria ou questão quando na decisão impugnada haja sido adotada, explicitamente, tese a respeito".

De toda sorte, considero prequestionadas as disposições normativas e as Súmulas invocadas pela ré, as quais não reputo violadas.



ACORDAM os membros da 5ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região, por unanimidade, **CONHECER DOS RECURSOS**. No mérito, por igual votação, **NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO DA AUTORA**. Por maioria, vencido o Desembargador do Trabalho Cesar Luiz Pasold Júnior, **DAR PROVIMENTO AO RECURSO DA RÉ** para 1) reconhecer a validade dos cartões de ponto e afastar a jornada de trabalho arbitrada na origem, excluindo a condenação em horas extras, com os seus reflexos; 2) excluir a condenação nos intervalos intrajornadas; 3) excluir a condenação no adicional por quebra de caixa; 4) afastar as repercussões sobre o FGTS; 5) auxílio-alimentação extraordinário; 6) honorários advocatícios sucumbenciais. Custas de R\$ 27.790,13 sobre o valor da causa, pela autora, dispensadas.

Participaram do julgamento realizado na sessão do dia 04 de julho de 2024, sob a Presidência da Desembargadora do Trabalho Mari Eleda Migliorini, o Desembargador do Trabalho Cesar Luiz Pasold Júnior e a Juíza do Trabalho Convocada Karem Mirian Didoné (ATO SEAP /NUMAG Nº 27/2004). Presente a Procuradora Regional do Trabalho Silvia Maria Zimmermann. Procedeu a sustentação oral, pela autora, o Dr. Klaus Pacheco Martins.

CESAR LUIZ PASOLD JUNIOR
Relator

