



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

Recurso Ordinário Trabalhista

0000083-32.2023.5.12.0040

Relator: ROBERTO LUIZ GUGLIELMETTO

Processo Judicial Eletrônico

Data da Autuação: 08/11/2023

Valor da causa: R\$ 177.919,44

Partes:

RECORRENTE: JOHANNES CHRISTIAN CUMIOTTO VELASQUES

ADVOGADO: ALEXANDRE MATZENBACHER

RECORRIDO: HNK BR LOGISTICA E DISTRIBUICAO LTDA

ADVOGADO: RENATA PEREIRA ZANARDI



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

PROCESSO nº 0000083-32.2023.5.12.0040 (ROT)
RECORRENTE: JOHANNES CHRISTIAN CUMIOTTO VELASQUES
RECORRIDO: HNK BR LOGISTICA E DISTRIBUICAO LTDA
RELATOR: DESEMBARGADOR ROBERTO LUIZ GUGLIELMETTO

RECURSO ORDINÁRIO. VENDA EFETIVADA. PRODUTO DEVOLVIDO PELO CLIENTE. COMISSÃO DEVIDA. PRODUTO NÃO ENTREGUE. FATO IMPEDITIVO DO DIREITO DO VENDEDOR. NÃO COMPROVADO. "Após a efetivação da venda, caracterizada esta pela entrega do bem, é vedado às empresas o desconto ou estorno das comissões do empregado incidentes sobre mercadorias devolvidas pelo cliente, tanto em face do cancelamento da venda quanto da troca do produto adquirido". Inteligência do Enunciado nº 88 da Súmula de jurisprudência deste Tribunal. A alegação de que o estorno da comissão se limitava aos casos de desistência da aquisição do produto, antes da efetiva entrega ao cliente, figura como fato impeditivo do direito do vendedor e, como tal, o ônus da prova recai sobre a empregadora. No caso concreto, desse ônus a empregadora não se desincumbiu a contento. Provimto denegado.

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de **RECURSO ORDINÁRIO**, provenientes da 1ª Vara do Trabalho de Balneário Camboriú, SC, sendo recorrentes **1. HNK BR INDUSTRIA DE BEBIDAS LTDA.** e **2. JOHANNES CHRISTIAN CUMIOTTO VELASQUES** e recorridas **1. JOHANNES CHRISTIAN CUMIOTTO VELASQUES** e **2. HNK BR INDUSTRIA DE BEBIDAS LTDA.**

Inconformadas com a sentença de fls. 559-565, de parcial procedência dos pedidos iniciais, a reclamada e o reclamante, cada qual, interpõem seu recurso ordinário a esta Corte.

Nas razões de fls. 567-576, a reclamada requer seja afastada a condenação ao pagamento de diferenças de comissões e, em caráter subsidiário, a redução da condenação para 5% do valor das comissões já pagas, bem como recorre contra sua condenação ao pagamento de honorários advocatícios e requerer condenação da parte adversa, ainda que sob condição suspensiva de exigibilidade.



Nas razões recursais de fls. 591-625, a reclamante busca a reforma da sentença, para ter ampliada a condenação a título de diferenças de comissões; para que a reclamada seja condenada ao pagamento do tempo suprimido de intervalo intrajornada, com a adicional e reflexos; bem como pugna pela reforma da sentença no tocante aos critérios de atualização; à limitação da condenação aos valores indicados na exordial; aos honorários advocatícios de sucumbência.

Contrarrazões são apresentadas pela reclamada, às fls. 628-641, e pela reclamante, às fls. 642-565.

É o relatório.

VOTO

ADMISSIBILIDADE

REFLEXOS DECORRENTES DA VIOLAÇÃO DO INTERVALO INTRAJORNADA. RECURSO DO RECLAMANTE

O reclamante requer a reforma da sentença, para que a reclamada seja condenada ao pagamento do intervalo intrajornada suprimido de 30 minutos, com adicional de 50% e reflexos em diversas verbas.

Na petição inicial, o pedido está limitado ao tempo suprimido do intervalo intrajornada, com adicional de 50%, sem reflexos (fl. 15, pedido "e").

Portanto, não conheço do pedido de condenação da reclamada no pagamento de reflexos, decorrentes da violação do intervalo intrajornada, por inovatório em grau de recurso, sob pena de supressão de instância, além de violação do direito da parte adversa ao contraditório e à ampla defesa (CF, art. 5º, LIV e LV).

CONHECIMENTO

Atendidos os pressupostos legais de admissibilidade, conheço do recurso ordinário da reclamada, conheço do recurso do reclamante no restante (conhecimento parcial), e conheço de ambas as contrarrazões.

MÉRITO

1 - RECURSO ORDINÁRIO DA RECLAMADA



1.1 - DIFERENÇAS DE COMISSÕES, PELO CANCELAMENTO E DEVOLUÇÃO DE PRODUTOS

A Juíza de primeira instância condenou a reclamada no pagamento de diferenças de comissões sobre vendas canceladas e trocas de produtos, na média postulada de R\$300,00 mensais, com reflexos.

Conforme fundamentos da sentença, em síntese: " (...) a prova oral produzida corrobora a alegação do autor de que havia estorno de comissões em caso de cancelamento da compra e devolução de produtos, situação que viola o direito do empregado, que despence esforços com a venda e deixa de receber a devida contraprestação" (sentença, fl. 562 - destaquei).

A recorrente argumenta que não há qualquer registro de estorno de comissões, bastando analisar os recibos de salário.

Argumenta que a venda somente é perfectibilizada com a entrega do produto e que, após a entrega, a empresa assume o risco da inadimplência; porém, antes de ultimada a transação pela entrega do produto, o estorno é permitido pela lei (cita art. 466, §1º, da CLT; art. 7º da Lei 3.207/57, PN 97 do TST; Súmula 88 deste Regional).

Em particular, alega que a testemunha ouvida a seu convite "(...) deixa claro que a venda é perfectibilizada no momento da entrega do produto, não repassando ao vendedor qualquer eventual prejuízo. Ainda, a referida testemunha comprova que inexistente 'estorno' de comissões no caso de cancelamento ou devolução do produto, já que não houve a venda" (fl. 572 - destaquei).

Argumenta que ao reclamante incumbe o ônus de comprovar o efetivo prejuízo para ter direito a diferenças ou indenizações.

Afirma que, por ausência de prova de dano ou mesmo da ocorrência da "causa de pedir" alegada pelo reclamante, não há como se falar em condenação em tal aspecto.

Requer seja afastada a sua condenação.

Argumenta que o reclamante não soube apurar qual a base para o cálculo das diferenças que alega, ônus que lhe competia, nos termos do art. 818 da CLT.

Refere que a sentença se baseia em supostos documentos que a reclamada nunca foi notificada para juntar aos autos, como poderia ter requerido o reclamante ou o juízo determinado, com base nos arts. 396 a 400 do CPC.



Razões pelas quais, em caráter subsidiária, requer seja minorado o valor arbitrado em primeira instância para, no máximo, 5% sobre o valor das comissões já pagas.

O art. 466 da CLT dispõe que:

Art. 466 - O pagamento de comissões e percentagens só é exigível depois de ultimada a transação a que se referem.

§ 1º - Nas transações realizadas por prestações sucessivas, é exigível o pagamento das percentagens e comissões que lhes disserem respeito proporcionalmente à respectiva liquidação.

(...)

O art. 2º da CLT estabelece que o risco do empreendimento econômico é assumido pelo empregador.

Este Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região tem entendimento, consolidado no Enunciado nº 88 da Súmula de jurisprudência, no sentido de que a efetivação da venda ocorre com a entrega do bem. *In verbis*: "Após a efetivação da venda, caracterizada esta pela entrega do bem, é vedado às empresas o desconto ou estorno das comissões do empregado incidentes sobre mercadorias devolvidas pelo cliente, tanto em face do cancelamento da venda quanto da troca do produto adquirido."

Portanto, se o empregado conclui todo o procedimento necessário para a realização da venda e obtenção da correspondente contraprestação, despendendo seu tempo e força de trabalho, uma vez ultimada a transação com a entrega do produto, não pode sofrer descontos em sua comissão.

Ressalva é feita apenas quando comprovada a insolvência do comprador, conforme disposto no art. 7º da Lei nº 3.207/57 - hipótese essa, entretanto, não retratada nos autos pelas partes.

Dado que o risco do empreendimento pertence ao empregador, após ultimada a transação, com a entrega do produto, não pode ser atribuído ao obreiro o ônus pelo mero cancelamento da venda e devolução do produto, por iniciativa do cliente, incluindo a troca do produto adquirido.

Estabelecidas essas premissas, subsiste a controvérsia quanto à ocorrência, ou não, de estornos das comissões do empregado, nos casos de cancelamento, devolução ou troca do produto, após a entrega do produto, quando se considera ultimada a transação (TRT12, Súmula nº 88).



Ressalto que a ocorrência de estornos indevidos nas comissões é fato afirmado desde a inicial, integrando a causa de pedir (fl. 08), embora negado pela reclamada.

O ônus de comprovar os fatos constitutivos do direito pertence ao empregado (CLT, art. 818, I).

A preposta admitiu que havia estorno da comissão no caso de devolução do produto por algum problema relacionado à empresa, a exemplo da entrega da mercadoria errada; porém, afirmou que não era estornada a comissão no caso de simples desistência, por iniciativa do cliente (PjeMídias, a partir de 00min35).

As duas testemunhas ouvida a rogo do reclamante confirmaram que não havia pagamento de comissão (espécie de estorno) em todos os casos de "devolução" de produtos pelo cliente (PjeMídias, testemunha Roger, a partir de 02min20; testemunha Maurício, a partir de 05min25).

A testemunha ouvida a rogo da defesa (José Carlos) informou que "se a gente vende e o produto volta, não é teoricamente uma venda", explicando que "é feito um faturamento, nota fiscal eletrônica, o caminhão vai entregar, se o pedido não fica no PDV [ponto de venda], não é concretizada a venda". Perguntado por que não ficaria a mercadoria, se o cliente pediu, a testemunha respondeu: "(...) desistiu da compra por algum motivo (...) não entra a venda" (PjeMídias, testemunha José Carlos, a partir de 02min45).

O reclamante desincumbiu-se do seu encargo probatório por meio da confissão da preposta e, especialmente, das duas testemunhas ouvidas a seu convite.

De ordinário, a devolução pressupõe a entrega do produto ao cliente. Somente se devolve aquilo que se recebeu. A "devolução" não se confunde com a "recusa de recebimento" do produto, como parece querer fazer crer a recorrente.

A alegação de que o estorno da comissão se limitava às "devoluções" de produtos ainda não efetivamente entregues figura como fato impeditivo do direito do reclamante e, como tal, o ônus da prova recai sobre quem alega (CLT, art. 818, inciso II).

O relato desta testemunha (José Carlos) não basta para comprovar a tese da recorrente.

Considero que, em alguns casos de desistência, o produto sequer chegasse a ser efetivamente entregue, como alega a reclamada. Porém, de forma algum é possível extrair da prova oral que o estorno da comissão se limitava às desistências de produtos ainda não efetivamente entregues.



Outrossim, pondero que na hipótese de entrega da mercadoria errada, caso haja devolução do produto, também não é devido o pagamento da comissão. A entrega da mercadoria errada se distingue da hipótese da Súmula 88 desta Corte. Na forma da mencionada Súmula, a transação se considerada efetivada com a entrega do produto adquirido pelo cliente, e não com a entrega de outro produto em seu lugar (produto errado).

Não obstante, pelo que depreendo da prova testemunhal (analisada em seu conjunto), a comissão deixava de ser paga aos vendedores (havia uma espécie de estorno) em todos os casos de devolução de produto, e não apenas nos casos da entrega da mercadoria errada.

Não poderia a reclamada proceder ao estorno da comissão no caso de devolução do produto pelo simples desinteresse do cliente, após a entrega, e nas trocas de produtos efetivamente pedidos.

A prova oral (em seu conjunto) demonstra que o "estorno" da comissão ocorria na devolução do produto por qualquer motivo, o que se apresenta indevido, pois o empregado não pode assumir o risco do empreendimento.

Ressalto que a ausência de registro de estorno de comissões nos recibos de pagamento é explicada pela prova oral, a qual evidenciou que, no caso de devolução do produto, a venda sequer chegava a ser computada (havia uma espécie de estorno).

Em relação ao valor, incumbe ao empregador o ônus da prova do pagamento de todos os valores efetivamente devidos ao empregado, por força do art. 464 da CLT, independentemente da aplicação dos arts. 369 a 400 do CPC.

Como não veio aos autos o comprovante de pagamento de todas as comissões efetivamente devidas, presume-se verdadeiro o valor alegado na inicial, de R\$ 950,00 por mês (fl. 12).

Cabia à reclamada juntar aos autos comprovantes das vendas canceladas, decorrentes de devoluções, e respectivos valores, para a apuração dos valores efetivamente devidos ao reclamante. Entretanto, essa prova não veio aos autos. O ônus era da empregadora, não do trabalhador.

Não obstante, a presunção estabelecida nos autos é relativa e deve ser confrontada com as demais provas produzidas e analisada com base no critério da verossimilhança das alegações (CLT, art. 844, §4º, IV, por analogia).



O valor arbitrado na origem, de R\$ 300,00 mensais, apresenta-se razoável na forma da fundamentação da sentença, considerando que a devolução do produto é fato incomum e a média das comissões recebidas (R\$ 3.000,00), conforme contracheques.

Além disso, acrescendo as ponderações aqui apresentadas: a desistência de produto não efetivamente entregue e a entrega de mercadoria errada não ensejam o direito ao comissionamento.

Feitas essas ponderações, entendo razoável e proporcional o valor arbitrado na origem.

Registro que o valor diz respeito apenas ao "estorno" (ausência de pagamento) de comissões, decorrentes do cancelamento e devolução de produtos (matéria ora analisada). As questões relacionadas ao estabelecimento e ao atingimento de metas, e o seu impacto no valor das comissões, são analisadas em separado, no exame do recurso do reclamante.

Mantenho a sentença.

Nego provimento.

1.2 - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

A recorrente requer seja afastada sua condenação ao pagamento de honorários advocatícios e requerer condenação da parte adversa, ainda que sob condição suspensiva de exigibilidade.

Na forma do art. 791-A, caput, da CLT, ao advogado serão devidos honorários de sucumbência, fixados entre o mínimo de 5% e o máximo de 15%, sobre o valor que resultar da liquidação da sentença, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa, observados os parâmetros indicados no §2º do mesmo artigo.

A condenação em honorários advocatícios de sucumbência, enquanto verba acessória, segue a sorte do principal.

Portanto, a condenação da reclamada se mantém.



O reclamante já está condenado, em sentença (fl. 564), ao pagamento de honorários advocatícios, todavia, sob condição suspensiva de exigibilidade, porque beneficiário da gratuidade de justiça, na forma do §4º do art. 791-A da CLT e da ADI 5.766, do STF, precedente de observância obrigatória.

Nego provimento.

2 - RECURSO ORDINÁRIO DO RECLAMANTE

2.1 - DIFERENÇAS DE COMISSÕES, PELO ESTABELECIMENTO E ATINGIMENTO DE METAS, COM PERCENTUAIS MÍNIMOS E MÁXIMOS

O recorrente requer seja ampliada a condenação a título de diferenças de comissões, para o valor indicado na petição inicial (R\$ 950,00)..

Argumenta que a condenação está baseada apenas na ilegalidade dos estornos de comissões, entretanto, afirma que, além disso, também era ilegal a sistemática de pagamento das comissões, pelo estabelecimento de percentuais mínimos e máximo de metas (80% e 150%), para o recebimento de comissão.

Alega ter confessado a preposta que a empresa adotava essa sistemática, a qual, segundo defende, viola as regras vigentes estabelecidas quando da pactuação da remuneração variável, bem como viola o art. 2º da CLT e o art. 7º, incisos VI e X, da Constituição, o art. 457, §1º, da CLT e resulta em enriquecimento ilícito da empresa.

Pugna pela inversão do ônus da prova, pela aplicação das penas impostas nos termos dos art. 396, 397 e 400 do CPC.

Requer a reforma da sentença.

De início, registro que as medidas previstas nos arts. 396 a 400 do CPC constituem meios para obtenção da prova documental, aplicáveis na fase de instrução processual.

Em primeira instância, não houve determinação judicial para a exibição de documentos pela reclamada. Em segunda instância, não há pedido de nulidade da sentença, por eventual "*erro in procedendo*" ou cerceamento de defesa, cumulado com pedido de reabertura da instrução.



Os arts. 396 a 400 do CPC não são aplicáveis na qualidade de regra de julgamento, como pretende a parte-recorrente, sobretudo em segunda instância, sob pena de grave violação do direito da parte adversa ao contraditório e à ampla defesa (CF, art. 5º, LV).

No caso concreto, o contrato de emprego firmado entre as partes estabelece que o empregado faz jus a uma remuneração fixa por mês, "(...) mais uma parte composta de remuneração variável" (fl. 214, Cláusula 4).

Na defesa, a reclamada explicou que (...) visando aumentar as vendas, um produto específico por mês é eleito e se, naquele produto, a venda for superior a 80%, o vendedor, terá direito a um acelerador, o que resultará em um percentual maior para composição da remuneração variável. Este acelerador está descrito nas políticas e pode chegar a 150 % do percentual já atingido pela média dos produtos. (fl. 375).

Portanto, segundo a defesa, na verdade, os percentuais de 80% e de 150% constituem, respectivamente, o piso e o teto de uma política de incentivo, que proporcionava aumento da remuneração variável (não sua supressão).

Entretanto, a empresa não juntou aos autos o documento que, eventualmente, formaliza e que comprovaria a adoção da suposta política de incentivo, ônus que lhe incumbia.

A preposta da empresa, ao ser questionada se existe um percentual mínimo para pagamento da comissão, respondeu que "existe, é 80%", e, se existe um percentual máximo, a preposta afirmou que "sim, 150%, que é o que a gente chama de acelerador" (PJeMídias, 02min30).

Portanto, no caso em particular, na ausência de prova documental, e diante da confissão da preposta, prevalece como verdade processual a tese do reclamante, no sentido de que os percentuais de 80% e de 150% funcionavam, respectivamente, como "gatilho" e teto para o recebimento de comissões.

Embora o pagamento de comissões não tenha previsão legal e o sistema de pagamento se insira no poder diretivo do empregador (CLT, art. 444), a forma de contraprestação adotada pela empresa deve respeitar os princípios basilares do Direito do Trabalho.

Assim, entendo que o critério instituído pela reclamada para o pagamento das comissões não se mostra adequado, diante do nítido prejuízo causado ao empregado, já que deixa de receber a integralidade das comissões sobre as vendas realizadas, não obstante o enriquecimento (ilícito) da empresa.



Nessa linha já decidiu o Tribunal Superior do Trabalho. Cito, como exemplo, o seguinte julgado:

COMISSÕES. TETO LIMITADOR. VALIDADE. EMPREGADO COMMISSIONISTA MISTO . Conforme previsto no artigo 457, § 1º, da CLT (em redação anterior à Lei nº 13.467/17), as comissões, juntamente com a importância fixa estipulada, as percentagens, as gratificações ajustadas, as diárias para viagens e os abonos pagos pelo empregador, integram o salário do empregado. Para a doutrina, o salário compreende todo o conjunto de verbas pagas como contraprestação ao trabalho. Segundo José Martins Catharino (Tratado jurídico do salário, São Paulo: LTr, 1994, passim), o salário é um complexo, que abrange não só uma parcela definida, mas toda aquela que tenha por objetivo remunerar a atividade laboral. Nesse ponto, as comissões enquadram-se como salário por representarem a contraprestação devida em razão da intermediação do empregado nos negócios realizados em prol do empregador (NASCIMENTO, Amauri Mascaro, Manual do salário , 2ª ed., São Paulo: LTr, 1985, págs. 316-317). A doutrina, contudo, diverge sobre sua classificação quanto ao tipo. Para Maurício Godinho Delgado (Curso de direito do trabalho , 17ª ed., São Paulo: LTr, 2018, pág. 911) , a vertente que as classifica como salário por unidade de obra "melhor harmoniza-se ao sentido e dinâmica do instituto: é que, mesmo a comissão, regra geral , calculada à base de percentuais sobre o valor do negócio levado à frente pelo obreiro em nome da empresa, este mecanismo não é imperativo; de fato, nada obsta que ela seja também aferida mediante o uso de uma tabela diferenciada de valores fixos, sem referência a percentuais" . O salário pago por unidade de produção ou obra é devido em razão da "energia efetivamente prestada, medida pela produção obtida" (MARTINEZ, Luciano, Curso de direito do trabalho , 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 2015, pág. 446). A produção obtida é o critério principal para definição do salário. O tempo, assim, transcorre em benefício do próprio empregado, pois, quanto mais aquele passa, mais este pode ser remunerado por unidades de produção. O salário, nesse caso, decorre de ações comissivas do empregado e é estipulado normalmente por percentuais incidentes sobre a produção. Segundo Delgado (op. cit. , pág. 882), "tem também caráter de salário por unidade de obra o pagamento pactuado à base de percentagens ou comissões , que se calculam sobre o montante da produção realizada pelo empregado (vendas, por exemplo)" . No presente caso, não há dúvidas de que a autora se enquadrava como comissionista misto. Isso porque, segundo o afirmado por ela na inicial, "recebia salário fixo, mais comissões" , fato não negado pela ré. O quadro fático registrado pelo Tribunal Regional revela, ainda, que, uma vez atingida a meta mínima, a reclamada realizava o pagamento de comissões, em percentual calculado sobre o salário em igual proporção à produção obtida, limitado, em todo caso, a 130%. Assim, se a empregada vendesse 150% da produção estabelecida, receberia apenas o comissionamento de 130%. Vale dizer, não havia diferença se atingisse 130% ou 150% da meta: a comissão seria igual em ambos os casos. Ora, como visto, no salário fixado por unidade de produção, a contraprestação laboral decorre exatamente da produção efetuada pelo empregado. Assim, caso o empregador continue a exigí-la, sem realizar o pagamento correspondente, estará caracterizado seu enriquecimento ilícito, haja vista que, no caso do salário misto, a importância fixa remunera apenas a jornada ajustada (salário aferido por unidade de tempo) ou a jornada até o limite da produção mínima (salário aferido por unidade de tarefa). Resulta claro, portanto, que o teto limitador fixado na hipótese é ilegal, uma vez que, após atingido o patamar mínimo de vendas, a reclamada realizava o pagamento de comissões somente sobre determinado número de negócios realizados. Cumpre salientar que não há nos autos qualquer registro de que, atingido o teto fixado, a autora era dispensada do cumprimento do restante da jornada mensal ou da obrigação de continuar realizando vendas . Não se nega que as condições contratuais podem ser objeto de livre estipulação das partes, nos termos do artigo 444 da CLT, tampouco que as comissões não são inteiramente regulamentadas em lei. Todavia, por integrarem o salário, por expressa previsão do mencionado artigo 457, § 1º, da CLT, recebem toda a proteção legal dada às verbas salariais, as quais, como visto anteriormente, constituem contraprestação ao trabalho. **Desse modo, ao estipular o salário por unidade produção (comissões), e deixar de pagá-lo quando atingido determinado patamar, a ré impediu a empregada de ser remunerada pelo trabalho prestado, o que enseja a nulidade do referido teto, nos termos do artigo 9º da CLT.** Recurso de revista conhecido e provido. (...) (RR-1648-51.2012.5.09.0088, 7ª Turma, Relator Ministro Claudio Mascarenhas Brandao, DEJT 01/03/2019 - destaquei).



Ademais, além de o critério de pagamento das comissões estar equivocado, também ficou claro que o atingimento das metas e, consequentemente, o valor das comissões era impactado negativamente por fatores que dizem respeito ao poder diretivo do empregador e ao risco do empreendimento, e que não podem ser repassados ao empregado (falta de mercadorias, alteração de metas no decorrer do mês, inadimplemento dos clientes).

A este respeito, a preposta da reclamada confessou que a inadimplência do cliente prejudicava a remuneração variável do vendedor (PJeMídias, a partir de 03min20); o que foi confirmado pela testemunha Maurício (PJeMídias, 08min45).

A testemunha Roger, por sua vez, relatou que o atingimento da meta também era prejudicado pela ausência de produtos no estoque (PJeMídias, 05min35).

A mesma testemunha relatou que a meta era alterada no decorrer do mês, por exemplo, nos casos de ingresso de um novo cliente na carteira de clientes (PJeMídias, a partir de 09min00). A testemunha Maurício também relatou ser bastante comum a alteração da meta no decorrer do mês (PJeMídias, a partir de 05min48).

Ante o exposto, deve ser dado provimento ao recurso do reclamante para majorar a condenação da reclamada ao pagamento das diferenças de comissões.

Além da ilegalidade dos estornos (ausência de pagamento) das comissões, decorrentes do cancelamento e devolução de produtos (matéria analisada no capítulo anterior), também a sistemática de estabelecimento e atingimentos das metas mostrou-se irregular e prejudicial ao empregado.

Não obstante, pondero que a alegação de ausência de pagamento (das comissões) pelo não atingimento do percentual de 80% não pode ser acolhida.

Segundo o reclamante, se não atingisse esse percentual, não receberia qualquer pagamento (fl. 08). Entretanto, as fichas financeiras juntadas aos autos (fl. 224 e s.) evidenciam o pagamento mensal de comissão. O reclamante não apontou, nas fichas financeiras, eventual mês sem o correspondente pagamento. Portanto, não estão comprovadas diferenças pelo não atingimento da meta de 80%, podendo-se presumir que a meta sempre foi atingida.

Ainda que a fixação de um "gatilho" (percentual mínimo) para o recebimento de comissão seja equivocado, como o reclamante sempre atingiu esse percentual (sempre recebeu comissão), não há prejuízo de ordem material comprovado.



Assim sendo, o valor da condenação deve ser maior em relação aquele fixado em sentença (R\$ 300,00), porém, menor em relação aquele alegado na exordial (R\$ 950,00).

Pautado pela razoabilidade e proporcionalidade (CPC, art. 8º), diante das peculiaridades do caso concreto (acima explicitadas), entendo que a condenação deve ser majorada para o valor de R\$ 600,00 mensais, a título de diferenças de comissões, englobando o cancelamento /inadimplência de vendas e alteração irregular de metas.

Ante o exposto, dou parcial provimento ao recurso para ampliar a condenação a título de diferenças de comissões para R\$ 600,00 mensais, com reflexos em repouso semanais, férias com um terço, gratificação natalina, horas extras e FGTS com 40%.

2.2 - INTERVALO INTRAJORNADA

O reclamante requer a reforma da sentença, para que a reclamada seja condenada ao pagamento do intervalo intrajornada suprimido de 30 minutos, com adicional de 50%.

Alega estar comprovada a "(...) efetiva impossibilidade do trabalhador gozar do intervalo intrajornada, a considerar a rotina de trabalho que tinha" (fl. 598). Faz apontamentos na prova testemunhal.

Pelo disposto no §4º do art. 71 da CLT, com redação dada pela Lei nº 13.467/17, a não concessão ou a concessão parcial do intervalo intrajornada mínimo implica o pagamento, de natureza indenizatória, apenas do período suprimido, com acréscimo de 50%, sobre o valor da remuneração da hora normal de trabalho.

No caso concreto, a reclamada juntou aos autos os controles de jornada, com pré-assinalação do intervalo de uma hora (fl. 243 e ss.).

A pré-assinalação do intervalo intrajornada nos cartões de ponto é permitida expressamente na parte final do § 2º do art. 74 da CLT.

Desta feita, ao reclamante incumbia o ônus de desconstituir os válidos controles de jornada, por fato constitutivo do seu direito (CLT, art. 818, inciso I).

A testemunha Roger corroborou que a empresa orientava, mas não era possível ter uma hora de almoço (PjeMídias, 04min30).



A testemunha Maurício afirmou que tinha a mesma rotina de trabalho do reclamante e que gozava de meia hora de almoço (PjeMídias, 00min50)

Porém, o reclamante admitiu que realizava trabalho externo, que comparecia na empresa somente de manhã e ao final do dia, que cumpria a sua rota sozinho, que utilizava a motocicleta da empresa e que podia ficar com o veículo (PjeMídias, 00min05 e 01min30).

Assim sendo, em que pese o teor da prova testemunhal, essa prova testemunhal perde força, em razão o fato de que as testemunhas não acompanhavam, efetivamente, a rotina de trabalho do reclamante, trabalhador externo.

Considerando que os trabalhadores externos têm maior flexibilidade para usufruir do intervalo intrajornada, deve ser robusta a prova em contrário. Entretanto, essa prova não veio aos autos.

O reclamante não se desincumbiu a contento do seu encargo probatório.

Prevalecem os controles de jornada.

Mantenho a sentença.

Nego provimento.

2.3 - ÍNDICE DE CORREÇÃO MONETÁRIA

O recorrente requer a aplicação do IPCA-E como índice de atualização dos créditos trabalhistas, por todo o período.

Além disso, independente do índice de correção monetária a ser aplicado, o recorrente requerer seja aplicado o do §1º do artigo 39 da Lei 8.177/1991, e que se determine a incidência de juros de 1% ao mês a partir do ajuizamento da presente demanda, por todo o período (inclusive período processual).

A questão foi pacificada pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento das ADC 58 e 59 e nas ADI 5.867 e 6.021, com decisão proferida em 18/12/2020, complementada posteriormente por decisão em embargos de declaração (terceiros), na sessão virtual de 15/10/2021 a 22 /10/2021, transitada em julgado em 02/02/2022, nos seguintes termos:

Decisão STF: O Tribunal, por maioria, julgou parcialmente procedente a ação, para conferir interpretação conforme à Constituição ao art. 879, § 7º, e ao art. 899, § 4º, da CLT, na redação dada pela Lei 13.467 de 2017, no sentido de considerar que à atualização dos créditos decorrentes de condenação judicial e à correção dos depósitos



recursais em contas judiciais na Justiça do Trabalho deverão ser aplicados, até que sobrevenha solução legislativa, os mesmos índices de correção monetária e de juros que vigentes para as condenações cíveis em geral, quais sejam a incidência do IPCA-E na fase pré-judicial e, a partir da citação, a incidência da taxa SELIC (art. 406 do Código Civil), nos termos do voto do Relator, vencidos os Ministros Edson Fachin, Rosa Weber, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio. Por fim, por maioria, modulou os efeitos da decisão, ao entendimento de que (i) são reputados válidos e não ensejarão qualquer rediscussão (na ação em curso ou em nova demanda, incluindo ação rescisória) todos os pagamentos realizados utilizando a TR (IPCA-E ou qualquer outro índice), no tempo e modo oportunos (de forma extrajudicial ou judicial, inclusive depósitos judiciais) e os juros de mora de 1% ao mês, assim como devem ser mantidas e executadas as sentenças transitadas em julgado que expressamente adotaram, na sua fundamentação ou no dispositivo, a TR (ou o IPCA-E) e os juros de mora de 1% ao mês; (ii) os processos em curso que estejam sobrestados na fase de conhecimento (independentemente de estarem com ou sem sentença, inclusive na fase recursal) devem ter aplicação, de forma retroativa, da taxa Selic (juros e correção monetária), sob pena de alegação futura de inexigibilidade de título judicial fundado em interpretação contrária ao posicionamento do STF (art. 525, §§ 12 e 14, ou art. 535, §§ 5º e 7º, do CPC) e (iii) igualmente, ao acórdão formalizado pelo Supremo sobre a questão dever-se-á aplicar eficácia erga omnes e efeito vinculante, no sentido de atingir aqueles feitos já transitados em julgado desde que sem qualquer manifestação expressa quanto aos índices de correção monetária e taxa de juros (omissão expressa ou simples consideração de seguir os critérios legais), vencidos os Ministros Alexandre de Moraes e Marco Aurélio, que não modulavam os efeitos da decisão. Impedido o Ministro Luiz Fux (Presidente). Presidiu o julgamento a Ministra Rosa Weber (Vice-Presidente). Plenário, 18.12.2020 (Sessão realizada por videoconferência - Resolução 672/2020/STF). (destaquei)

Decisão STF: (ED-terceiros): O Tribunal, por unanimidade, não conheceu dos embargos de declaração opostos pelos amici curiae, rejeitou os embargos de declaração opostos pela ANAMATRA, mas acolheu, parcialmente, os embargos de declaração opostos pela AGU, tão somente para sanar o erro material constante da decisão de julgamento e do resumo do acórdão, de modo a estabelecer "**a incidência do IPCA-E na fase pré-judicial e, a partir do ajuizamento da ação, a incidência da taxa SELIC (art. 406 do Código Civil)**", sem conferir efeitos infringentes, nos termos do voto do Relator. Impedido o Ministro Luiz Fux (Presidente). Plenário, Sessão Virtual de 15.10.2021 a 22.10.2021. (destaquei).

O entendimento prevalecente nesta Câmara, com base no item 6 da ementa do acórdão principal da ADC nº 58 do STF, bem como em razão de reclamações interpostas naquela Corte Excelsa e conforme a jurisprudência do TST, é de que na fase pré-judicial cabe a incidência tanto do IPCA-E quanto, de forma cumulada, dos "*juros legais*" previstos no *caput* do art. 39 da Lei nº 8.177/91, ou seja, a TRD.

Dessa maneira, adotando o entendimento prevalecente nesta Câmara Julgadora, a aplicabilidade da decisão do Supremo Tribunal Federal fica da seguinte maneira: na fase pré-judicial (do vencimento da obrigação até o ajuizamento da ação), a aplicação cumulada do IPCA-E e da TRD ("*juros legais*" do *caput* do art. 39 da Lei nº 8.177/91); na fase judicial, aplicação apenas da SELIC, que contempla a incidência de juros e de correção monetária (índice conglobante).

A sentença observa esses parâmetros (fl. 565).

A decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade é precedente de observância obrigatória (CPC, art. 927, inc. I; e Lei nº 9.868/1999, art. 28, parágrafo único).



A inobservância do precedente obrigatório ocorre apenas quanto existente peculiaridade que evidencie a distinção do caso em julgamento, em relação ao precedente, ou quando demonstrada a superação do entendimento jurisprudencial predominante (CPC, art. 489, §1º, VI), hipóteses não verificadas nos autos.

Desta feita, não se cogita violação aos dispositivos mencionados o recurso, quais sejam, artigo 5º, caput e incisos XXII e XXXVI, bem como artigo 170, II, ambos da CF /88, e do artigo 884 do Código Civil, bem como ao entendimento do C. STF na Rcl 22.012 e do do TST na ArgInc - 479-60.2011.5.04.0231.

Nego provimento.

2.4 -LIMITAÇÃO DA CONDENAÇÃO AOS VALORES INDICADOS NA PETIÇÃO INICIAL

O recorrente pede que a condenação não fique limitada aos valores indicados na petição inicial, por estimativa.

O §1º do art. 840 da CLT, na redação dada pela Lei 13.467/17, prescreve que a reclamação escrita deverá conter "o pedido, que deverá ser certo, determinado e com indicação de seu valor"

Na petição inicial, os valores estão indicados por estimativa (fls. 15-17).

A possibilidade de que o valor da causa seja estimado (TST, IN nº 41 /2018, art. 12, §2º) diz respeito à admissibilidade da petição inicial, sem prejudicar a regra da adstrição ao pedido, estabelecida no art. 492 do CPC.

A regra da adstrição ao pedido (CPC, art. 492) em nada o obsta o acesso da parte à Justiça (CF, art. 5º, incisos XXXV e LIV). A limitação é direcionada à atividade do Julgador, e não à parte autora.

A Instrução Normativa nº 41 do Tribunal Superior do Trabalho, editada por meio da Resolução nº. 221, de 21/06/2018, é ato de natureza administrativa, sem caráter vinculante.

A questão foi pacificada pelo Pleno deste Tribunal Regional, em 19/07 /2021, com a fixação da Tese Jurídica nº 06 de Incidente de Resolução de Demanda Repetitiva - IRDR, nos seguintes termos: "Os valores indicados nos pedidos constantes na petição inicial limitam o montante a ser auferido em eventual condenação"



A tese jurídica firmada em julgamento de resolução de demandas repetitivas constitui precedente de observância obrigatória (CPC, art. 927, III).

A inobservância do precedente obrigatório ocorre apenas quanto existente peculiaridade que evidencie a distinção do caso em julgamento, em relação ao precedente, ou quando demonstrada a superação do entendimento jurisprudencial predominante (CPC, art. 489, §1º, VI), hipóteses não verificadas nos autos.

Nego provimento.

2.5 - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DE SUCUMBÊNCIA

A Juíza de primeira instância julgou "(...)devidos também honorários de sucumbência ao procurador da parte reclamada, fixados em 15% sobre o valor atualizado do pedido julgado improcedente (intervalo intrajornada), os quais ficarão sob condição suspensiva de exigibilidade, ante a concessão da gratuidade de justiça, nos termos do artigo 791-A da CLT (ADI 5.766, STF)." (fl. 564).

O recorrente requer reforma da sentença, para que seja excluída sua condenação ao pagamento de honorários de sucumbência.

Em caráter subsidiário, requer não seja efetuado qualquer desconto de crédito líquido da presente ação; seja a condenação limitada a pedido autônomo; a aplicação do parágrafo único do artigo 86 do CPC; seja reduzido o percentual arbitrado em favor dos advogados da reclamada para 5%, ou ainda reduzido valor para que seja inferior ao crédito obreiro; os honorários em prol da reclamada fiquem sob condição suspensiva de exigibilidade.

Na forma do art. 791-A, caput, da CLT, ao advogado serão devidos honorários de sucumbência, fixados entre o mínimo de 5% e o máximo de 15%, sobre o valor que resultar da liquidação da sentença, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa, observados os parâmetros indicados no §2º do mesmo artigo.

De acordo a Tese Jurídica nº 05 desta Corte Regional, firmada a partir do julgamento do IRDR 0000112-13.2020.5.12.0000: "O percentual de honorários advocatícios de sucumbência devidos pela parte reclamante incide apenas sobre as verbas postuladas na inicial julgadas totalmente improcedentes".

A tese jurídica firmada em julgamento de resolução de demandas repetitivas constitui precedente de observância obrigatória (CPC, art. 927, III).



O reclamante restou integralmente sucumbente no pedido a título de intervalo intrajornada suprimido.

Entretanto, o reclamante é parte beneficiária da gratuidade de justiça.

O §4º do art. 791-A da CLT, com redação dada pela Lei 13.467/17, assim dispõe:

§ 4º Vencido o beneficiário da justiça gratuita, desde que não tenha obtido em juízo, ainda que em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa, as obrigações decorrentes de sua sucumbência ficarão sob condição suspensiva de exigibilidade e somente poderão ser executadas se, nos dois anos subsequentes ao trânsito em julgado da decisão que as certificou, o credor demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade, extinguindo-se, passado esse prazo, tais obrigações do beneficiário.

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o mérito da ADI 5.766/DF, conclui pela inconstitucionalidade dos arts. 790-B, caput e § 4º, e 791-A, § 4º, da CLT, nos seguintes termos:

Decisão: O Tribunal, por maioria, julgou parcialmente procedente o pedido formulado na ação direta, para declarar inconstitucionais os arts. 790-B, caput e § 4º, e 791-A, § 4º, da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), vencidos, em parte, os Ministros Roberto Barroso (Relator), Luiz Fux (Presidente), Nunes Marques e Gilmar Mendes. Por maioria, julgou improcedente a ação no tocante ao art. 844, § 2º, da CLT, declarando-o constitucional, vencidos os Ministros Edson Fachin, Ricardo Lewandowski e Rosa Weber. Redigirá o acórdão o Ministro Alexandre de Moraes. Plenário, 20.10.2021 (Sessão realizada por videoconferência - Resolução 672/2020/STF).

Para a exata compreensão do alcance da aludida decisão do STF, cumpre esquadrihar os limites dos pleitos formulados na petição inicial da ADI 5.766/DF:

Requer que, ao final, seja julgado procedente o pedido, para declarar inconstitucionalidade das seguintes normas, todas introduzidas pela Lei 13.467, de 13 de julho de 2017:

- a) da expressão "ainda que beneficiária da justiça gratuita", do caput, e do § 4º do art. 790-B da CLT;
- b) da expressão "desde que não tenha obtido em juízo, ainda que em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa", do § 4º do art. 791-A da CLT;
- c) da expressão "ainda que beneficiário da justiça gratuita", do § 2º do art. 844 da CLT.

Assim, com o julgamento do mérito da ADI 5.766/DF pelo STF, resulta que os honorários advocatícios sucumbenciais devidos pela parte beneficiária da gratuidade de justiça serão sempre colocados em condição suspensiva de exigibilidade, independentemente da obtenção por ela de créditos em juízo aptos a suportar a referida despesa processual (art. 791-A, § 4º, da CLT, com as adaptações decorrentes).



A decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade é precedente de observância obrigatória (CPC, art. 927, inc. I; e Lei nº 9.868/1999, art. 28, parágrafo único).

Diante do pronunciamento do Supremo Tribunal Federal, despiendo o exame de arguições de inconstitucionalidade pelo Plenário deste Tribunal (CPC, art. 949, parágrafo único).

A não observância dos precedentes obrigatórios ocorre apenas quando existente peculiaridade que evidencie a distinção do caso em julgamento, em relação ao precedente, ou quando demonstrada a superação do entendimento jurisprudencial predominante (CPC, art. 489, §1º, VI), hipóteses não verificadas nos autos.

O art. 769 da CLT autoriza a utilização do direito processual comum como fonte subsidiária do direito processual do trabalho. Entretanto, como os honorários advocatícios são regulados de forma expressa e específica pela legislação processual trabalhista, inexistente espaço para a aplicação de normas de outros diplomas legais, em especial Código de Processo Civil.

O arbitramento no percentual de 15% se apresenta justo e razoável, à luz dos parâmetros fixados no §2º art. 791-A da CLT, considerando, especialmente a importância da causa e o trabalho desenvolvidos pelos advogados.

Portanto, não merece provimento o recurso, inclusive quanto aos pedidos subsidiários.

Não se cogita desrespeito aos princípios previstos nos artigos 7º e 8º da CF, artigos 3º, 9º e 468, caput da CLT, ao artigo 5º, XXXV, CF/88, bem como ao Pacto de San José da Costa Rica (norma supralegal), em seu artigo 8º, de acordo com o Decreto nº 678/92, art. 1º c/c art. 5º, §§ 2º e 3º da CF/88, e demais dispositivos citados no recuso ordinário.

Nego provimento.

3 - DISPOSIÇÕES FINAIS

Ficam rejeitados os demais argumentos aduzidos pelas partes, tanto para o acolhimento quanto para a rejeição dos pedidos, pois não são minimamente capazes de infirmar ou alterar as conclusões adotadas por este Juízo (CPC, art. 489, §, 1º, IV), que teve seu livre convencimento motivado (CPC, art. 371) formado por todos os fundamentos expostos quando da decisão sobre o do pedido (CF, art. 93, IX).



Na linha do Enunciado 297 da Súmula e da Orientação Jurisprudencial n. 118 da SBDI-1 do E. TST, considero suprida qualquer necessidade de prequestionamento.

Alerto que a utilização equivocada dos embargos de declaração como sucedâneo recursal ou o seu manejo com a finalidade exclusiva de prequestionamento, quando este implicar a repetição dos fundamentos do acórdão embargado, implicará a aplicação das multas previstas no art. 1.026, §§ 2º e 3º, do CPC, c/c art. 769 da CLT.

Pelo que,

ACORDAM os membros da 1ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região, por unanimidade, **CONHECER DO RECURSO DA RECLAMADA e CONHECER PARCIALMENTE DO RECURSO DO RECLAMANTE**, deixando de conhecer do pedido de condenação da reclamada no pagamento de reflexos, decorrentes da violação do intervalo intrajornada, por inovatório em grau de recurso. No mérito, sem divergência, **NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO DA RECLAMADA**. Por igual votação, **DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO DO RECLAMANTE** para ampliar a condenação a título de diferenças de comissões pelo cancelamento das vendas e inadimplência e alteração de metas para R\$ 600,00 mensais, com reflexos em repouso semanais, férias com um terço, gratificação natalina, horas extras e FGTS com 40%. Custas pela reclamada, majoradas para R\$ 2.400,00, calculadas sobre o novo valor arbitrado provisoriamente à condenação, de R\$ 120.000,00.



Participaram do julgamento realizado na sessão do dia 24 de janeiro de 2024, sob a Presidência do Desembargador do Trabalho Hélio Bastida Lopes, os Desembargadores do Trabalho Maria de Lourdes Leiria e Roberto Luiz Guglielmetto. Presente o Procurador Regional do Trabalho Alexandre Medeiros da Fontoura Freitas.

ROBERTO LUIZ GUGLIELMETTO
Desembargador-Relator

/Joos

