



Poder Judiciário
Justiça do Trabalho
Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região

Recurso Ordinário Trabalhista **0020748-76.2019.5.04.0252**

Relator: RICARDO HOFMEISTER DE ALMEIDA MARTINS COSTA

Processo Judicial Eletrônico

Data da Autuação: 27/01/2023

Valor da causa: R\$ 60.000,00

Partes:

RECORRENTE: EDSON DA CUNHA GIMENIS
ADVOGADO: MICHELLE MEOTTI TENTARDINI
RECORRIDO: ONIZ DISTRIBUIDORA LTDA.
ADVOGADO: PAULO HENRIQUE SCHNEIDER
ADVOGADO: GEAN CARLOS KERBER NUNES
ADVOGADO: MARTAN PARIZZI ZAMBOTTO
ADVOGADO: ANDRE FRIEDRICH DORNELES



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 4ª REGIÃO

Identificação

PROCESSO nº 0020748-76.2019.5.04.0252 (ROT)
RECORRENTE: EDSON DA CUNHA GIMENIS
RECORRIDO: ONIZ DISTRIBUIDORA LTDA.
RELATOR: FABIANO HOLZ BESERRA

EMENTA

HORAS EXTRAS. ATIVIDADE EXTERNA. CONTROLE E FISCALIZAÇÃO DA JORNADA. ART. 62, INC. I, DA CLT. A regra do art. 62, inc. I, da CLT somente pode ser aplicada nos casos em que a atividade externa é incompatível com a fixação de horário de trabalho, não se incluindo em tal caso mera dificuldade ou conveniência ao empregador. Caso em que o contexto probatório indica a impossibilidade de controle da jornada pelo empregador.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

ACORDAM os Magistrados integrantes da 1ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região: por maioria, parcialmente vencido o Exmo. Juiz Convocado Edson Pecis Lerrer, **NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO ORDINÁRIO DO RECLAMANTE.**

Intime-se.

Porto Alegre, 21 de junho de 2023 (quarta-feira).

RELATÓRIO

O autor recorre da sentença de ID. 22811e9, que julgou improcedentes os pedidos, buscando a reforma quanto à necessidade da total desconsideração do depoimento prestado pela testemunha P.R.S.C., inaplicabilidade da Lei no 13.467/2017, jornada de trabalho, diferenças de férias, 13º salário e rescisórias e honorários de sucumbência (ID. b7390f2).



Com contrarrazões da reclamada (ID. e217afb), os autos vêm ao Tribunal para julgamento e são distribuídos a este Relator, na forma regimental.

É o relatório.

FUNDAMENTAÇÃO

RECURSO ORDINÁRIO DO RECLAMANTE

1. Prova testemunhal. Desconsideração

O autor recorre alegando que o depoimento prestado pela primeira testemunha da reclamada, P.R.S.C., deve ser totalmente desconsiderado. Argumenta que: 1) não possui qualquer ânimo de isenção, pois atuou como preposto da reclamada em diversas ações; 2) conforme mencionado na ata de audiência de ID. 2dc22ee, nos autos do processo tombado sob o no 0020754-87.2016.5.04.0026, foi reconhecido que a referida testemunha faltou com a verdade. Requer a total desconsideração do depoimento prestado pela mencionada testemunha da reclamada.

Análise.

De acordo o art. 447, § 3º, inc. II, do CPC, considera-se suspeito para depor como testemunha aquele que "*tiver interesse no litígio*".

Quando da realização da audiência de instrução, o reclamante contraditou a referida testemunha sob o argumento de que "*ela não possui isenção de ânimo necessária para depor em Juízo sob compromisso, tendo, inclusive, sido multada nos autos do Processo de nr 0020754-87.2016.5.04.0026, sendo que a sentença ainda não transitou em julgado e se encontra em grau recursal*" (ID. 2dc22ee - Pág. 5).

A Magistrada da origem, no entanto, indeferiu "*a contradita, por não se tratar de hipótese de impedimento ou suspeição*" (ID. 2dc22ee - Pág. 5).

No mesmo norte da origem, entendo que o mero fato de, no processo de no 0020754-87.2016.5.04.0026, a Juíza ter entendido que a referida testemunha faltou com a verdade quando de seu depoimento não a torna suspeita para depor nos presentes autos.

Neste ponto, observo que naquela oportunidade a Magistrada verificou que "[...] a testemunha em questão afirmou "*que desde 2011 o depoente trabalhou junto com o reclamante na filial de Cachoeirinha*" (fls. 417) [...] afirmação [...] *flagrantemente falsa, já que a testemunha não laborou para a reclamada no período entre 28/02/2011 a 23/02/2014, conforme apontam sua CTPS (fls. 430/431)*" (TR



T da 4ª Região, 26ª Vara Do Trabalho De Porto Alegre, 0020754-87.2016.5.04.0026 Atord, em 28/01/2020, Juiz(a) Luisa Rumi Steinbruch). Já nos presentes autos, após ter sido advertida e compromissada, a referida testemunha informou, na audiência realizada no dia 30.06.2022, que "trabalhou na reclamada de março-2014 até agosto-2017", ou seja, além de ter declinado corretamente o seu período de trabalho em favor da empresa reclamada, é possível verificar que, à época de seu depoimento na presente ação, a testemunha sequer trabalhava mais para a empresa ré, não havendo qualquer indício nos autos de que pudesse ter algum interesse no presente litígio, tampouco a intenção de favorecer a sua ex empregadora.

Tampouco prospera o argumento do reclamante no sentido de que a mencionada testemunha era suspeita por já ter participado como preposto da reclamada em ações anteriores, porquanto a Corte Superior trabalhista tem entendimento firmado no sentido de que tal fato, por si só, não configura isenção de ânimo.

Por todo o exposto, nego provimento ao apelo.

2. Inaplicabilidade da Lei no 13.467/2017

A sentença está assim fundamentada (ID. 8831025 - Pág. 2):

A Lei no 13.467/2017 é aplicável, de imediato, aos contratos de trabalho em curso a partir de sua vigência, em 11/11/2017, de forma não retroativa, respeitados o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, art. 6o; CLT).

No caso, as normas de direito material decorrentes da Reforma Trabalhista serão aplicadas aos fatos ocorridos a partir de 11/11/2017, estando o período anterior albergado pelo regramento até então vigente.

O reclamante recorre, argumentando que: 1) não há que se falar em aplicação e interpretação de regras materiais oriundas da vigência da Lei no 13.467/2017 em face de circunstâncias pretéritas, em observância e resguardo ao ato jurídico processual perfeito e ao direito adquirido, em consonância com o princípio clássico de que o tempo rege o ato, tendo em vista que o contrato de trabalho do recorrente foi celebrado em 2014 e a lei que as introduziu somente passou a vigor a partir de novembro/2017; 2) quanto às regras de direito material, em especial, a legislação vigente à época do contrato de trabalho deve ser a reguladora das questões enfrentadas na lide, tendo em vista a necessidade de proteção da situação jurídica consolidada (ato jurídico perfeito, direito adquirido e coisa julgada), nos termos do que dispõe os arts. 5o, inc. XXXVI, da CRFB e 6o, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB); 3) da lei que estabelece alterações que prejudique algum direito do trabalhador, mesmo que em vigor, origina-se a necessidade de observância da irretroatividade da norma, para fins de que produza efeitos, quando prejudiciais, somente para os contratos de trabalho celebrados a partir 11.11.2017, em respeito à cláusula pétrea de proteção ao direito adquirido, consoante já referido, na medida em que o contrato de trabalho aqui questionado, o fora sob a égide da CLT, antes das alterações trazidas pela Lei no 13.467/17; 4) sobre



o que se questiona do contrato de trabalho, a presente reforma é prejudicial ao recorrente, uma vez que afronta, principalmente, princípios constitucionais e convenções internacionais. Pede a reforma, para que sejam aplicadas unicamente as normas vigentes á época da contratação.

Examino.

A demanda foi ajuizada em 29.08.2019, portanto, após a vigência da Lei no 13.467/17, que entrou em vigor em 11.11.2017.

O reclamante foi admitido pela reclamada em 14.09.2016, para exercer as atividades do cargo de supervisor técnico de marca, tendo sido dispensado sem justa causa em 01.02.2019, projetando-se o encerramento do contrato para o dia 09.03.2019 (CTPS - ID. c936487 - Pág. 4 e TRCT - ID. 5288ea6 - Pág. 1).

Nos casos em que os contratos abrangem período anterior e posterior à Lei no 13.467/17, entendo que a legislação vigente não adere ao contrato de trabalho e que não há direito adquirido a regime jurídico. Assim, as alterações trazidas pela referida lei surtem seus efeitos desde logo, isto é, são aplicáveis aos contratos em curso, sem, contudo, implicações retroativas, em respeito à garantia do direito adquirido na vigência do regime anterior.

Nesse sentido, inclusive, a Proposta no 1, aprovada, por maioria, na I Jornada sobre a Reforma Trabalhista realizada neste Tribunal, em 10.11.2017:

DIREITO MATERIAL DO TRABALHO. LEI NOVA. TEORIA DO EFEITO IMEDIATO. Dada a qualidade de ordem pública em que se fundam as disposições trabalhistas e a natureza de trato sucessivo do contrato de trabalho, a Lei 13.467/17 é aplicável de imediato aos contratos de trabalho em curso à data de sua vigência, de forma não retroativa, respeitados o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, nos termos do artigo 6o da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, e observado o artigo 468 da CLT.

Quanto às normas de direito processual, a aplicação é imediata, conforme o art. 1o da Instrução Normativa no 41/2018 do TST, o que já foi observado na sentença.

Sinalo, por oportuno, que, em relação às normas de direito material, acompanho o Enunciado no 1 da Comissão no 1 da I Jornada sobre a Reforma Trabalhista deste Tribunal:

PROPOSTA 1: DIREITO MATERIAL DO TRABALHO. LEI NOVA. TEORIA DO EFEITO IMEDIATO. Dada a qualidade de ordem pública em que se fundam as disposições trabalhistas e a natureza de trato sucessivo do contrato de trabalho, a Lei 13.467/17 é aplicável de imediato aos contratos de trabalho em curso à data de sua vigência, de forma não retroativa, respeitados o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, nos termos do artigo 6o da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, e observado o artigo 468 da CLT.



Assim, a questão da aplicação da Lei no 13.467/2017 será analisada, quando couber, em cada tópico recursal, de acordo com as razões lançadas em sentença e os argumentos formulados no recurso da parte.

Nada a prover.

3. Jornada de trabalho

O reclamante não se conforma com a sentença que o enquadrou na exceção do art. 62, inc. I, do CLT. Alega que: 1) é do empregador o ônus de comprovar não só o trabalho externo executado pelo empregado, mas também a incompatibilidade de controle de horário, para efeito de enquadramento no art. 62, inc. I, da CLT, ônus do qual não se desincumbiu a reclamada, considerando que a prova oral produzida corrobora a tese obreira; 2) a exceção legal do art. 62, inc. I, da CLT, além de determinar o preenchimento de requisito formal, exige o preenchimento de requisito material, que é a incompatibilidade de controle e fiscalização do horário de trabalho do empregado; 3) a mera anotação do trabalho externo nos documentos do empregado não afastaria a necessidade de comprovação do preenchimento do requisito material indispensável para excepcionar o direito às horas extras, o qual não restou evidenciado no caso em análise, uma vez que a reclamada não só tinha plenas condições de controlar o horário laborado pelo empregado, como deveria tê-lo feito, já que não se trata de uma faculdade do empregador, mas de uma obrigação legal (art. 74, § 2º, da CLT); 4) o depoimento prestado pela testemunha P.R.S.C. não deve ser considerado, conforme razões do presente recurso, e o depoimento da testemunha E.R.O. em nada contribuiu ao deslinde da controvérsia; 5) a testemunha L.S.K. informou que também trabalhavam internamente no CD, em Cachoeirinha, na mesma sala, inclusive, sendo que confirmou que "*normalmente almoçavam na empresa*", não sendo possível, portanto, enquadrar o recorrente na exceção do art. 62, inc. I da CLT, pois laborava internamente na empresa; 6) a própria decisão recorrida reconheceu que havia reuniões matinais diárias, tendo a testemunha S.C.X. confirmado que o recorrente deveria apresentar relatórios ao seu gestor, o que, por si só, denota o controle de horário por parte da reclamada; 7) dos próprios documentos laborais do recorrente, acostados pela ré, é possível verificar que o mesmo estava submetido a controle de jornada, sendo-lhe fixado cumprimento de horário contratual, o que faz cair por terra as alegações da ré de enquadramento do autor nas previsões do art. 62 da CLT; 8) a partir da segunda década do século XXI, não é crível que não fosse possível à empresa controlar os horários laborados pelo empregado, tendo em vista a diversidade dos meios telemáticos disponíveis no mercado que possibilitam o acompanhamento da jornada de trabalho dos obreiros; 9) se a ré não utilizava dos meios disponíveis para controle e registro dos horários de trabalho do recorrente, era por mera liberalidade e conveniência, não por impossibilidade, cumprindo destacar que o pressuposto material para o enquadramento art. 62, inc. I, da CLT é justamente a "incompatibilidade" da função com a fixação da jornada, o que, entretanto, não é o caso dos autos. Pede a reforma, para que seja afastada a incidência do art. 62, inc. I, da CLT, devendo ser fixada a jornada de trabalho nos termos informados na



inicial, inclusive quanto ao gozo do intervalo intrajornada, com a condenação da recorrida ao pagamento das horas extras laboradas, inclusive em relação ao intervalo intrajornada, calculadas com base na totalidade da remuneração do reclamante, conforme Súmula no 264 TST, devendo ser julgados procedentes os pedidos de letras "b", "c" e "e" da inicial.

Analiso.

Como já referido, o reclamante foi admitido pela reclamada em 14.09.2016, para exercer as atividades do cargo de supervisor técnico de marca, tendo sido dispensado sem justa causa em 01.02.2019, projetando-se o encerramento do contrato para o dia 09.03.2019 (CTPS - ID. c936487 - Pág. 4 e TRCT - ID. 5288ea6 - Pág. 1).

Durante toda a contratualidade o autor desempenhou a função de supervisor técnico de marca, conforme evidencia a ficha de registro de empregado (ID. 07667ff - Pág. 4), na qual também consta a anotação "*Funcionário não sujeito a controle de horário conforme disposição contida no Art. 62, I [...] CLT*" (ID. 07667ff - Pág. 4).

Na exordial, o autor sustentou que, embora "*realizasse alguns trabalhos externos, devido a visitas comerciais, sempre foi possível o controle de seus horários. O reclamante utilizava veículo da empresa, sendo que este era equipado com GPS/rastreador, bem como, acessava sistemas da empresa através do smartphone mediante login e senha. Também, comparecia na reclamada para participação de reuniões e recebia ligações frequentes de seus superiores hierárquicos, além de participar de grupos de trabalho criados no aplicativo de comunicação denominado "whatsapp"*" (ID. ed308b4 - Pág. 3).

O art. 62, inc. I, da CLT assim dispõe:

Art. 62 - 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; [...].

É certo que o fato de o empregado realizar atividade externa, por si só, não dispensa o registro da jornada. O inc. I do art. 62 da CLT exclui do regime de duração da jornada de trabalho apenas aqueles empregados que exercem atividades externas incompatíveis com a fixação de horário de trabalho.

Tal dispositivo constitui norma de exceção, razão pela qual deve ficar efetivamente demonstrada a impossibilidade de controle. Isso porque, o fato de a demandada não exercer o controle de jornada em atividade que permite tal controle não justifica o enquadramento do empregado na referida norma de exceção.



No caso dos autos, entendo que a Magistrada da origem analisou com precisão o conteúdo probatório dos autos, razão pela qual adoto como razão de decidir os fundamentos da sentença, senão vejamos (ID. 8831025 - Pág. 9 a 14):

2.2. Artigo 62, inciso I, da CLT

De acordo com o artigo 62, inciso I, da CLT, não são abrangidos pelo regime previsto no Capítulo II, "Duração do Trabalho", "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".

Como se constata, o dispositivo legal invocado pela reclamada não se esgota no fato de o trabalho ser externo. Há, também, que ser incompatível com o controle da duração da jornada.

Não há controvérsia quando ao aspecto formal, anotação na CTPS do enquadramento no art. 62, inciso I, da CLT, o que também se pode verificar na documentação dos autos, conforme analisado no item anterior.

Quanto à possibilidade de controle da jornada, a testemunha L[...]S[...]K[...], ouvida a convite do autor, e que trabalhou na reclamada de 19/04/2016 até 27/05/2017, na função de supervisor comercial, diz que:

*"(...) normalmente trabalhava das 07h da manhã, iniciando com reunião com a equipe de vendas, por videoconferência; que normalmente quando o depoente acompanhava o vendedor em sua rota, sua jornada de trabalho encerrava às 18h; quando o depoente não estava acompanhando o vendedor, e sim estava trabalhando no CD em Cachoeirinha encerrava sua jornada por volta das 20h/21h; que o horário declinado era de segunda à sexta-feira; o depoente trabalhava normalmente dois sábados por mês, das 08h às 12h, para efetuar reuniões com os vendedores ou gestores; que o reclamante trabalhava no mesmo horário declinado pelo depoente, e da mesma forma no sábado; que o reclamante e o depoente normalmente almoçavam na empresa, com intervalo de uma hora para o descanso e alimentação; o depoente não registrava sua jornada de trabalho em controle de ponto; que durante a semana no mínimo de duas a três vezes o depoente estendia a jornada até 20h/21h, conforme declinado; **como supervisor o depoente tinha acesso ao roteiro que o vendedor estava fazendo no dia, e através desse roteiro escolhia área que iria participar**; que o único meio que poderia ser localizado o supervisor seria pelo roteiro do vendedor ou pelo GPS do veículo; **que o equipamento de trabalho do depoente não possuía nenhum dispositivo de geolocalização**; o gestor direto do depoente, que era o gerente, tinha acesso a agenda semanal do depoente, já que informava sempre à empresa qual vendedor o depoente estaria acompanhando, o que informava no início da semana, fazendo uma programação tanto semanal como mensal; que geralmente o depoente acompanhava o vendedor com performance mais baixa no dia anterior, então, por vezes, esse roteiro programado sofria alterações por essa contingência; (...) o depoente **não utilizava sistema para check in ou check out**, sendo que este sistema era utilizado apenas para visitas e feito pelo vendedor; que o depoente possuía acesso ao sistema apenas para fazer a avaliação do vendedor, o que acontecia igualmente com o autor, sendo que ambos quando acompanhavam algum vendedor, lançavam a avaliação do funcionário no sistema; (...) que a prorrogação de jornada quando estava na empresa reclamada durante a semana referida pelo depoente anteriormente, acontecia da mesma forma com o autor, pois trabalhavam juntos na empresa na mesma sala nessas ocasiões; que o acompanhamento do vendedor, que no dia anterior tinha atingido performance de vendas mais baixa, em sua rotina de trabalho,*



consistia do depoente marcar um encontro no início do dia com esse vendedor, e acompanhar as visitas do dia conforme o roteiro do vendedor; **que o depoente acompanhava um vendedor praticamente por dia, não ficando com o mesmo vendedor durante todos os dias** de acompanhamento, à exceção de algum vendedor que estivesse em período de treinamento; que o acompanhamento era do primeiro até o último cliente do roteiro, e feito diariamente com o vendedor de performance de vendas mais baixa; **que diariamente realizava reuniões com os vendedores no início da manhã, e nestas reuniões designava qual vendedor seria acompanhado em seu roteiro** de vistas naquele dia; que as reuniões de sábado abrangia toda a equipe de vendas e era realizado no CD em Cachoeirinha pela parte da manhã"(ID. 2dc22ee, fls. 424-426 do pdf).

A testemunha S[...]C[...]X[...], também convidada pelo autor, afirma:

"que trabalhou na reclamada de junho-julho ou agosto- 2017 até março-2018, na função de vendedor externo, atuando em Alvorada e Viamão, na maior parte do tempo, sendo que posteriormente englobou Cachoeirinha e Gravataí, por um período pequeno; o depoente trabalhou na mesma equipe do reclamante, que era supervisor da equipe, fazendo visitas com os vendedores, dando o suporte para as vendas, também suporte técnico, etc; (...) não havia previsão de datas para que o reclamante como supervisor acompanhasse as visitas do depoente; **que o reclamante estava sempre em viagens, cuidando de todo o grupo de vendedores no interior, fazendo prospecção de clientes;** sendo que **o depoente dependia de que o reclamante estivesse na região de Porto Alegre** para que o autor pudesse acompanhar as visitas do depoente que eram em Alvorada e Viamão; que o autor acompanhava as visitas do depoente em vendas em média de duas a três vezes por mês; que nestes dias em que o autor acompanhava as visitas do depoente, iniciavam às 08h no primeiro cliente, e o encerramento na última visita era até aproximadamente 18h/18h30min, em média, pois sempre nas visitas dependiam do tempo disponibilidade pelo comprador no cliente; que havia clientes que não conseguiam atender o vendedor/supervisor antes das 18h; que de regra trabalhavam no horário determinado pela reclamada 18h, e depois retornavam para a empresa; **que o depoente, como vendedor, não tinha obrigação de retornar à empresa após o encerramento de sua jornada,** pois havia um controle de jornada em sistema eletrônico que o depoente acessava e registrava o encerramento; que **havia oportunidades em que o depoente e o reclamante após às 18h ainda reservavam um tempo para conversarem sobre o trabalho, para diretrizes de vendas de agregar clientes, de concessão de bonificação, sendo que conversaram em postos de conveniência ou cafés do percurso;** o depoente não tem conhecimento se o autor, como supervisor, tinha obrigação de retornar à reclamada após o encerramento do dia de acompanhamento de vendas com o depoente; (...) que o depoente não tem conhecimento se o autor tinha que avisar ou reportar necessidade de ausência ao trabalho, e refere que ao tempo de trabalho do depoente nunca presenciou o autor comunicando à equipe de vendas que não comparecia; que o autor avisava suas viagens de trabalho com antecedências para que a equipe de vendas utilizasse outros meios de buscar auxílio pelos suportes da empresa; **o depoente trabalhou em uma única oportunidade em sábado na reclamada, por escolha própria, para finalizar atividades;** (...) sempre que o reclamante estivesse em visitas em cidades mais distantes, em viagens, sempre avisava ao depoente, para que o depoente soubesse como deveria encaminhar suas demandas, com exceção das vezes em que o reclamante teve que fazer visitas com urgência; que **não havia no sistema acessado pelo depoente, como vendedor, como saber da localização do reclamante no dia, se em viagens ou não;** que quando o autor acompanhava o depoente em visitas faziam intervalo para descanso e alimentação, em média, das 12h às 13h30min" (ID. 2dc22ee, fls. 426-427 do pdf).

A testemunha P[...]R[...]S[...]C[...], indicada pela reclamada, que trabalhou para a reclamada de março de 2014 a agosto de 2017, na função de supervisor comercial, declara:



Assinado eletronicamente por: FABIANO HOLZ BESERRA - 22/06/2023 14:18:53 - 4ebd83e

<https://pje.trt4.jus.br/segundograu/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam?nd=23050311035638400000074548451>

Número do processo: 0020748-76.2019.5.04.0252

ID. 4ebd83e - Pág. 8

Número do documento: 23050311035638400000074548451

"(...) o reclamante trabalhava numa equipe de vendas de Porto Alegre, e o depoente, numa equipe do interior do Estado do RGSul; o depoente não acompanhava a rotina diária de trabalho do reclamante, e refere que os procedimentos e rotinas da função de supervisor na reclamada eram similares independentemente da região de atuação; (...) o depoente não fazia registro de sua jornada de trabalho em controle de ponto e **nem recebia controle de sua jornada por parte da empresa**, e ao que recorda nunca preencheu planilhas com horários de trabalho; **o depoente basicamente trabalhava como supervisor em atividades externas**, sendo que considerava que "o seu escritório era dentro do carro"; que em média o depoente trabalhava das 08h às 12h e das 14h às 18h/18h30min, de segunda à sexta-feira, e **trabalhava em um sábado por mês, para efetuar reunião com sua equipe de vendas, das 08h às 12h**; que encerradas as atividades diárias do trabalho, o depoente ia direto para sua residência, não tendo obrigação de retornar à reclamada (...)"(ID. 2dc22ee, fls. 427-428 do pdf)

A testemunha E[...]R[...]O[...], também indicada pela reclamada, refere:

"que trabalha na reclamada desde 2009, na função de vendedor; o depoente trabalhou na equipe de vendas do autor, porém não lembra do período em que isso ocorreu; (...) que o depoente trabalha das 08h às 12h e das 14h às 18h, de segunda à sexta-feira, e por vezes o depoente é convocado em algum sábado para jornada extra, das 08h às 12h, em exceções, acontecendo em média de um a dois sábados por mês; que existe uma reunião mensal, que ocorre nos sábados, ou se se já tiver demanda de trabalho, como treinamento na reclamada em sábado, a reunião é antecipada para a sexta-feira à tarde; que o depoente comunica-se com seu supervisor sempre durante a sua jornada de trabalho; (...) **que o supervisor de vendas acompanha um dia de trabalho de visitas de vendas do depoente**, sendo que esse dia é previamente avisado ao depoente que terá o referido acompanhamento; que durante a semana excepcionalmente o supervisor de vendas, tendo necessidade, pode solicitar reunião da equipe para passar orientações ou mesmo diretrizes de incremento de vendas; **que essas reuniões excepcionais podem ser por teleconferência ou com encontros em locais alternativos com toda a equipe**" (ID. 2dc22ee, fls. 428-429 do pdf).

Da análise dos depoimentos acima transcritos, é possível verificar que a prestação de serviços era eminentemente externa com autonomia em relação aos horários a serem cumpridos, o que faz concluir que não havia um controle efetivo da dinâmica de trabalho do autor, portanto.

Veja-se que a testemunha S[...]C[...]Xa[...] afirma que o autor "estava sempre em viagens, cuidando de todo o grupo de vendedores no interior, fazendo prospecção de clientes", e que para ser acompanhado nas visitas em Alvorada e Viamão dependia que ele "estivesse na região de Porto Alegre".

A testemunha Lucas disse que o seu equipamento de trabalho não possuía dispositivo de geolocalização, e que "o único meio que poderia ser localizado o supervisor seria pelo roteiro do vendedor ou pelo GPS do veículo". No entanto, como o supervisor era quem decidia qual o vendedor de sua equipe seria acompanhado, e que a designação poderia ser feita no mesmo dia, procedimento adotado pela testemunha, sem necessidade de justificar ou demonstrar a quantidade de acompanhamentos, não se trata de atividade compatível com o controle de jornada. E, quanto ao GPS, além de não comprovada a existência no veículo utilizado pelo autor, o equipamento, por si só, não é suficiente para demonstrar a possibilidade e o controle de jornada por parte da reclamada, diante das demais provas dos autos.



Ao seu tempo, a participação em reuniões com a equipe está intrinsecamente relacionada ao conteúdo ocupacional do supervisor, na condição de responsável e gestor da equipe, não configurando, por si só, controle direto e/ou indireto de jornada.

A experiência mostra que para se configurar essa realidade, a ação patronal deve ser mais contundente como, por exemplo, ocorre com o controle rígido de rotas mediante contato direto e permanente com um superior imediato, seja por telefone ou presencialmente, a fim de retratar uma autêntica fiscalização do cotidiano laboral do trabalhador, o que não é a hipótese dos autos.

Nesse contexto, concluo que o autor se enquadrava na regra de exceção do art. 62, inciso I, da CLT, por exercer atividade externa e com autonomia para decidir o seu trabalho da forma que lhe aprouvesse, não havendo um indicativo claro de que a reclamada exercesse uma fiscalização.

Colaciono precedentes deste Tribunal Regional que trata de situação similar à hipótese dos autos envolvendo a reclamada:

HORAS EXTRAS. TRABALHO EXTERNO. ÔNUS DA PROVA. 1. Para que o empregado esteja enquadrado na exceção do art. 62, I, da CLT, não basta simplesmente que o trabalho seja externo, havendo a necessidade de que não seja possível o controle de jornada praticada. 2. Por se tratar de fato obstativo/modificativo do direito à percepção de horas extras, compete ao empregador comprovar que o empregado se enquadrava na exceção legal, ônus do qual se desincumbiu a contento (TRT da 4ª Região, 5ª Turma, ROT no 0020825-59.2017.5.04.0251. Redatora: Rejane Souza Pedra, em 10/03/2021).

HORAS EXTRAS. ARTIGO 62, I, DA CLT. Caso em que a prova produzida evidencia que as atividades executadas pelo reclamante não eram compatíveis com o controle de jornada, razão pela qual incide a norma contida no art. 62, I, da CLT, não fazendo jus às horas extras postuladas. Provimento negado (TRT da 4ª Região, 9ª Turma, RO no 0020906-73.2015.5.04.0252. Relator: Desembargador João Batista de Matos Danda, em 24/08/2016).

Com efeito, não sendo aplicadas ao autor as normas insertas no capítulo da duração do trabalho, julgo improcedentes os pedidos (letras "b", "c" e "e").

Acresço que, conforme evidenciou o testemunho de L.S.K., ouvido a convite do autor, embora o gerente tivesse acesso à agenda semanal e mensal dos supervisores, "por vezes, esse roteiro programado sofria alterações", já que geralmente "acompanhava o vendedor com performance mais baixa no dia anterior", o que evidencia que o reclamante, na qualidade de supervisor, tinha autonomia para elaborar o roteiro, bem como para alterá-lo. Neste ponto, destaco que o mero fato de ter que informá-lo ao gestor, por si só, não retira a liberdade do autor em organizar sua rotina de trabalho, mormente porque a prova testemunhal evidencia que os supervisores não dependiam da autorização da gerência para a alteração do roteiro, sequer precisavam justificá-la.

Ademais, observo que o fato de a testemunha S.C.X., ouvida a convite do autor, ter dito que "o reclamante estava subordinado a um gestor na reclamada, a quem deveria reportar vendas e apresentar relatórios", tampouco tem o condão de alterar o decidido, haja vista que tal fato se relaciona



propriamente à organização e desempenho nas atividades laborais, e não propriamente ao controle da jornada do empregado.

Por todo o exposto, concluo que a atividade desempenhada pelo autor era incompatível com o controle de jornada, motivo pelo qual o reclamante não tem direito ao pagamento de horas extras.

No mesmo sentido, inclusive, já decidi:

Como se percebe, o reclamante tinha autonomia para atuar no roteiro de visitas, ainda que fosse necessário informar o roteiro no sistema da reclamada e, este fato, por si só, não retira a liberdade do autor em organizar sua rotina de trabalho. Ou seja, das informações trazidas pelas testemunhas, verifico que ficou demonstrada a impossibilidade de controle da jornada do reclamante pelo empregador.

Sendo assim, entendo que as atividades realizadas pelo autor estavam enquadradas no art. 62, inc. I, da CLT, sendo indevido o pagamento de horas extras. (TRT da 4ª Região, 1ª Turma, 0020153-74.2020.5.04.0662 ROT, em 16/12/2021, Desembargador Fabiano Holz Beserra)

HORAS EXTRAS. ART. 62, I, DA CLT. A regra do art. 62, inc. I, da CLT somente pode ser aplicada nos casos em que a atividade externa é incompatível com a fixação de horário de trabalho, não se incluindo em tal caso mera dificuldade ou conveniência ao empregador. Caso em que o contexto probatório indica a impossibilidade de controle da jornada pelo empregador. Vencida a Relatora. (TRT da 4ª Região, 1ª Turma, 0020156-27.2020.5.04.0016 ROT, em 19/06/2022, Desembargador Fabiano Holz Beserra);

Nada a prover.

4. Diferenças de férias, 13o salário e rescisórias

O autor recorre, alegando que: 1) ficou devidamente demonstrado por meio da manifestação de ID. 71ce636 que a reclamada não adimpliu corretamente os valores devidos a título de férias (art. 129 e 142, §3o da CLT) e 13o salário (Lei no 4.090/62, Lei no 4.749/65 e art. 7º da CRFB) de toda contratualidade, tampouco rescisórias (art. 478 da CLT), uma vez que deixou de considerar na base de cálculo das mesmas a totalidade da remuneração percebida pelo recorrente (salário fixo mais variável), descumprindo assim a norma insculpida no art. 457, §1o da CLT; 2) a ré não observava corretamente o teor do art. 142, § 3o da CLT e da OJ no 181 da SDI-I do TST, que determina que a remuneração variável deve ser corrigida monetariamente para posterior apuração; 3) ao contrário do argumentado pela decisão recorrida, tanto a remuneração variável sob rubrica "prêmio" como "prêmio extraordinário", ambos pagos habitualmente, destinavam-se à contraprestação do labor prestado pelo recorrente, possuindo assim natureza salarial; 4) as rubricas foram pagas durante toda contratualidade, em praticamente todos os meses, conforme se comprova a seguir, sendo incontroversa sua habitualidade. Pede a reforma, para que sejam julgados procedentes os pedidos de letras "d" e "e" da exordial.



Analiso.

Em seu recurso, o autor não trouxe nenhum argumento capaz de infirmar os fundamentos sentenciais, limitando-se a repisar os argumentos por ele trazidos na exordial, sem sequer impugnar os apontamentos feitos em sentença no sentido de que não foram apuradas diferenças.

Nesta senda, entendo que a decisão não comporta reparos, motivo pelo qual adoto como razão de decidir os seus fundamentos, que espelham com precisão a situação dos autos, senão vejamos (ID. 8831025 - Pág. 2 e 3):

O autor alega que no cálculo das férias, décimos terceiros salários e verbas rescisórias não foi considerada a totalidade da remuneração recebida, que era composta de salário fixo mais variável, bem como a correção monetária conforme prevê o art. 142, § 3o da CLT e a OJ 181 da SDI-I do TST.

A reclamada, em sua defesa, impugna as alegações, aduzindo que a remuneração foi considerada para o cálculo das parcelas.

Analiso.

Os holerites atestam pagamentos a partir de maio de 2017 a título de "Prêmios" (ID. dacec34 - Pág. 20-34, fls. 122-136 do pdf), e que os valores recebidos foram considerados para o cálculo das férias, décimos terceiros, FGTS e verbas rescisórias (holerites, ID. dacec34 - Págs. 33, 35 e 37, e 59-64 fls. 135, 137 e 139, e 161-166 do pdf; termo de rescisão, ID. 5288ea6, fls. 37-38 do pdf), conforme estabelece o art. 142, § 3o da CLT.

Não se aplica o entendimento contido na OJ no 181 da SDI-I do TST, na medida em que os prêmios ou bônus pelo alcance de metas ou objetivos globais de produção possuem natureza jurídica diversa das comissões.

Quanto ao "Prêmio Extraordinário" recebido a partir de fevereiro de 2018 (ID. dacec34 - Pág. 39-64, fls. 141-166 do pdf), a cláusula sexta do ACT 2018/2019, com vigência de 01/01/2018 a 31/12/2019, estabelece que se trata de parcela que não possui natureza salarial, nos seguintes termos (ID. 60df889 - Págs. 2-3, fls. 213-214 do pdf):

"CLÁUSULA SEXTA - DA REMUNERAÇÃO EXTRAORDINÁRIA / PRÊMIO EXTRAORDINÁRIO

Fica autorizado, nos termos do Art. 611A, IX e XIV, o empregador lançar campanhas de premiação extraordinária que, independente da forma de pagamento (se em cartão de débito, em dinheiro, ou constante no próprio recibo de pagamento ou, ainda, em bens e produtos) não possuirá caráter salarial, não gerando reflexos nos demais direitos trabalhistas. As regras das campanhas de vendas serão acordadas em reuniões de vendas devendo a empresa apresentar as regras da campanha e os funcionários atestarem conhecimento das regras. Tais campanhas de vendas poderão ser lançadas destinadas aos vendedores, aos promotores, podendo, também, serem lançadas campanhas de premiações para os cargos de supervisão e gerência".



Sendo assim, não há como acolher o demonstrativo apresentado pelo autor (ID. 71ce636 - Pág. 6-7, fls. 202-203 do pdf), pois os valores pagos a título de "Prêmio Extraordinário" não possuem natureza salarial e, portanto, não são considerados para o cálculo das parcelas que tem como base a remuneração do empregado.

Face ao exposto, julgo improcedentes os pedidos constantes na letra "d" e "e" do rol da inicial.

Acresço que, em 02.06.2022, o Plenário do STF, apreciando o Tema 1.046, no julgamento do ARE 1121633, fixou a seguinte tese:

"São constitucionais os acordos e as convenções coletivos que, ao considerarem a adequação setorial negociada, pactuam limitações ou afastamentos de direitos trabalhistas, independentemente da explicitação especificada de vantagens compensatórias, desde que respeitados os direitos absolutamente indisponíveis".

Assim, proferida a referida decisão, de repercussão geral, deve-se reconhecer a validade da matéria negociada pela categoria, não prosperando a alegação do reclamante no sentido de que o "prêmio extraordinário" pago habitualmente destinava-se à contraprestação do labor prestado pelo recorrente e que, portanto, possuía natureza salarial, haja vista que a cláusula 6ª do ACT 2018/2019 previu expressamente que as campanhas de premiação extraordinária não possuíam caráter salarial.

Por todo o exposto, nego provimento ao recurso.

5. Honorários de sucumbência

Confiante na reforma do julgado, requer o autor que sejam redimensionados os ônus sucumbenciais e arbitrados honorários advocatícios em favor dos procuradores do autor, na forma do pedido de letra "f" da inicial.

Analisado.

Mantido o juízo de improcedência da demanda, não há que se falar em reversão dos honorários sucumbenciais.

Nada a prover.

PREQUESTIONAMENTO

Consideram-se prequestionados todos os dispositivos legais e constitucionais invocados pelos recorrentes, mesmo que não expressamente mencionados à luz da OJ no 118 da SBDI-1 do TST.



FABIANO HOLZ BESERRA

Relator

VOTOS**DESEMBARGADOR ROGER BALLEJO VILLARINHO:**

Acompanho o voto condutor.

JUIZ CONVOCADO EDSON PECIS LERRER:**3. Jornada de trabalho**

Dirirjo do voto condutor.

A exceção do artigo 62, inciso I, da CLT, só se justifica em face da real impossibilidade de fiscalização por parte do empregador. Importa referir que o simples fato de ser o trabalho desempenhado externamente não significa necessariamente que o empregador não possua meios para controlar o horário de trabalho de seu empregado.

No caso, entendo que a prova oral revela que, apesar do exercício de atividade externa, e ainda que houvesse autonomia em relação aos horários a serem cumpridos, a reclamada possuía meios hábeis para controlar a jornada de trabalho do autor.

De fato, o reclamante atuava como supervisor e acompanhava os vendedores nas visitas, declarando a testemunha do autor, que trabalhava na mesma função, que iniciavam a jornada "*com reunião com a equipe de vendas, por videoconferência*", bem como que quando não estavam acompanhando vendedor, atuavam no Centro de Distribuição da reclamada. Ainda, revela a testemunha que almoçavam na empresa em algumas oportunidades, bem como que poderiam ser localizados pelo roteiro do vendedor ou pelo GPS do veículo, quando em atividade externa.

Portanto, da prova produzida, extraio que era possível o controle da jornada pela reclamada.

Embora as testemunhas da reclamada tenham relatado uma rotina mais flexível quanto ao cumprimento do roteiro, tal situação não afasta a possibilidade que a empresa tinha de controlar os horários, conforme acima verificado.

Considerados esses fundamentos, em não tendo restado cumpridas as exigências formais, entendo que não se sustenta qualquer arguição no sentido de que a reclamante tinha liberdade de gerir seu horário de trabalho.



Dou provimento ao recurso do reclamante, no aspecto.

PARTICIPARAM DO JULGAMENTO:

DESEMBARGADOR FABIANO HOLZ BESERRA (RELATOR)

DESEMBARGADOR ROGER BALLEJO VILLARINHO

JUIZ CONVOCADO EDSON PECIS LERRER

