



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

Recurso Ordinário Trabalhista **0020388-63.2021.5.04.0029**

Relator: RICARDO HOFMEISTER DE ALMEIDA MARTINS COSTA

Processo Judicial Eletrônico

Data da Autuação: 01/03/2023

Valor da causa: R\$ 697.208,60

Partes:

RECORRENTE: TIM S A

ADVOGADO: LUIZ VICENTE DE CARVALHO

ADVOGADO: CARLOS ROBERTO DE SIQUEIRA CASTRO

ADVOGADO: RODRIGO ANTONIO FREITAS FARIAS DE SOUZA

RECORRIDO: ROSALVO BUENO COELHO

ADVOGADO: MAURO ANDRE MIZDAL



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 4ª REGIÃO
29ª VARA DO TRABALHO DE PORTO ALEGRE
ATOrd 0020388-63.2021.5.04.0029
RECLAMANTE: ROSALVO BUENO COELHO
RECLAMADO: TIM S A

29ª Vara do Trabalho de Porto Alegre

Processo: 0020388-63.2021.5.04.0029

Reclamante: ROSALVO BUENO COELHO

Reclamada: TIM SA

SENTENÇA

I – RELATÓRIO

Vistos os autos.

ROSALVO BUENO COELHO ajuíza, em 11/5/2021, Reclamatória Trabalhista em face de **TIM SA**, e postula, após exposições fáticas e jurídicas, os pedidos constantes na petição inicial, referentes ao alegado contrato de trabalho mantido com a ré entre 2/1/2019 e 11/12/2020. Junta documentos. O valor atribuído à causa é de R\$ 697.208,60.

A tutela de urgência requerida pelo autor foi indeferida, nos termos da decisão constante no documento ID. 210b83e.

A reclamada comparece à audiência e apresenta defesa, contestando articuladamente os pedidos constantes na petição inicial. Junta documentos.

São produzidas provas oral e testemunhal.

Sem outras provas, a instrução é encerrada.

As partes apresentam razões finais remissivas.

As propostas conciliatórias, oportunamente realizadas, foram rejeitadas.

É o relatório.

Decido.

II – FUNDAMENTAÇÃO

APLICAÇÃO DA LEI NO TEMPO

A reclamada requer a integral aplicação da Lei 13.467/2017 ao caso.

A Lei 13.467/2017 entrou em vigor no dia 11/11/2017. Dessa forma, faz-se necessária a delimitação das regras de direito intertemporal para evitar dúvidas sobre a incidência ou não da referida lei.

As alterações de direito material aplicam-se, imediatamente, aos processos em curso, vedada a aplicação retroativa, respeitado o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada (art. 6º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e art. 5º, inciso XXXVI, da CRFB/88).

No âmbito do Direito Processual, considerando que a presente ação foi ajuizada após a vigência da reforma, aplicam-se integralmente as suas disposições, em razão da teoria do isolamento dos atos processuais.

INCOMPETÊNCIA EM RAZÃO DA MATÉRIA

A parte ré pretende o reconhecimento da incompetência dessa Justiça especializada, pois aduz que o provimento jurisdicional perseguido pela parte autora decorre de relação comercial e não de relação de trabalho.

Entretanto, a parte autora pretende o reconhecimento de vínculo de emprego, o que diz respeito à relação de trabalho e de emprego, razão pela qual esta Justiça Especializada é a competente para analisar a matéria, conforme art. 114 da CF/88.

Rejeito.

Por outro lado, o artigo 114, VIII, da Constituição Federal, dispõe que *“compete à Justiça do Trabalho processar e julgar (...) a execução, de ofício, das*

contribuições sociais previstas no art. 195, I, a, e II, e seus acréscimos legais, decorrentes das sentenças que proferir”.

Assim, a Súmula de nº 368, I, dispõe que “(...) a competência da Justiça do Trabalho, quanto à execução das contribuições previdenciárias, limita-se às sentenças condenatórias em pecúnia que proferir e aos valores, objeto de acordo homologado, que integrem o salário de contribuição”, não abrangendo, então, contribuições previdenciárias decorrentes de sentença declaratória de vínculo empregatício, o que se coaduna com o enunciado constante na Súmula Vinculante nº 53.

Logo, pronuncio a incompetência da Justiça do Trabalho para processar e julgar o pleito de recolhimento das contribuições previdenciárias relativas ao período de vínculo empregatício que eventualmente venha a ser reconhecido na presente decisão.

INÉPCIA. HORAS EXTRAS

A ré alega haver inépcia em relação à causa de pedir referente ao pleito de horas extras, pois aduz que o autor sequer mencionou a jornada praticada durante a vigência do contrato.

Analiso.

O Processo Laboral é inspirado no princípio da simplicidade, sendo suficiente na petição inicial o breve relato dos fatos e o pedido (art. 840, § 1º da CLT), que é o que se verifica no caso em análise.

Isso porque, depreende-se da peça inicial que o reclamante narra ter excedido a sua jornada de trabalho, alegando os motivos para tanto, bem como a carga horária média efetuada fora da jornada de trabalho ordinária.

Assim, conforme teoria da substanciação mitigada, aplicável ao processo do trabalho, em razão do princípio da proteção, observo que a parte autora atendeu aos requisitos ensejadores do conhecimento da petição inicial.

Não existe, portanto, qualquer deformidade que prejudique a análise da petição inicial ou o direito de defesa da reclamada.

Rejeito.

PRESCRIÇÃO

Considerando que o alegado contrato de trabalho mantido entre as partes perdurou entre 2/1/2019 e 11/12/2020 e que a presente ação foi ajuizada em 11/5/2021, não há prescrição a ser pronunciada (art. 7º, XXIX, da CRFB).

RECONHECIMENTO DE VÍNCULO DE EMPREGO

A parte autora afirma que trabalhou em prol da reclamada, como executivo de vendas (SENIOR ACOUNT), no período de 2/1/2019 e 11/12/2020, realizando, em síntese, as atividades relativas à venda de serviços móveis ofertados pela ré a pessoas jurídicas, sendo remunerado de forma variável, mediante a percepção de comissões e prêmios, que geralmente lhe eram creditados, primeiramente, de forma quinzenal e, posteriormente, no final de cada mês.

Aduz que não houve registro do contrato laboral no seu documento profissional, apesar de estarem presentes todos os requisitos do pacto empregatício na relação mantida com o réu.

Afirma que, para ser contratado, a empresa exigiu que constituísse uma pessoa jurídica para a prestação de serviços.

Expõe que sempre teve que participar de reuniões convocadas pela empresa ré, nas quais, geralmente, havia cobranças acerca do atingimento das metas de vendas, as quais eram estabelecidas pela reclamada; que teve que cursar aulas “on line” disponibilizadas pela reclamada mensalmente; e que possuía senha pessoal de acesso ao sistema operacional da empresa, bem como, cartões de visita com o logo da ré, correio eletrônico corporativo, de forma que se apresentava aos clientes como empregado da TIM SA.

Requer, portanto, o reconhecimento do vínculo empregatício.

A reclamada, por sua vez, contesta a existência do vínculo de emprego e aduz que celebrou contrato de prestação de serviços intelectuais personalíssimos – PSP com a empresa do reclamante, em 02/01/2019, tendo como objeto a negociação e comunicação estratégica de seus produtos e serviços sob a denominação Senior Account, conforme admitido pela Lei 11.196/05, artigo 129, c/c Lei 13.429/2017, artigo 4º-A.

Aponta que o autor constituiu sua empresa antes de firmar o contrato referido, o que aduz ter sido por ele feito de acordo com a sua plena capacidade de praticar dos atos da vida civil.

Sustenta que os requisitos da relação empregatícia não estavam presentes no caso, fato que leva à improcedência do pleito.

Ao exame.

No presente caso, a parte autora sustenta ter ocorrido burla à legislação trabalhista, caracterizada pelo fato de o empregador exigir que o profissional constitua pessoa jurídica para sua contratação, com a formalização de um contrato de natureza civil ou comercial, mesmo que o pacto contenha com todos os requisitos da relação empregatícia.

Nesses termos, para a caracterização de vínculo de emprego, necessário se faz a presença dos requisitos previstos nos arts. 2º e 3º da CLT, quais sejam: a pessoalidade, ser o serviço prestado por pessoa física, a subordinação, a não-eventualidade da prestação de serviços, a onerosidade e a figura do empregador.

Cabe lembrar que no Direito do Trabalho predomina o princípio da primazia da realidade sobre o elemento formal, tornando-se irrelevante o *nomen juris* dado pelos contratantes ao relacionamento jurídico, pois, se concretizado o suporte fático previsto no art. 3º da CLT, o vínculo de emprego se estabelece independentemente da vontade das partes.

Assim, tendo a ré alegado o trabalho em questão ocorreu por meio de celebração de contrato de prestação de serviços por empresa cujo quadro societário era composto pela parte reclamante, a ela cabe provar a ausências dos requisitos da relação empregatícia, pois, uma vez admitida a prestação de serviços, o contrato de emprego se presume.

Portanto, é do empregador o ônus de comprovar a inexistência dos requisitos da relação de emprego, quando na defesa alega que houve relação diversa.

Nessa perspectiva, o conjunto probatório demonstrou que o reclamante constituiu sua pessoa jurídica em 22 de novembro de 2018 (ID. 5dec621 - Pág. 1), tendo firmado contrato com reclamada na data de 16/4/2020 (ID. 3a8b034 - Pág. 7).

Assim, em relação à data de constituição da referida empresa, o autor afirmou, em seu depoimento pessoal, que **"*tinha uma empresa que prestava serviços para a reclamada desde 2016 até 2017; que esta prestação de serviços era de vendas de produtos e renovação de contratos, quando trabalhava com um revenda***

autorizada; **que após, encerrou o CPNJ e abriu uma empresa individual, quando foi convidado pelo senhor Celiomar para trabalhar no mesmo ramo que já tinha experiência, na função de sênior account, a partir de 2018, porém de forma individual**”.

Logo, depreende-se que somente o fato de o autor ter constituído a sua pessoa jurídica em momento anterior ao que firmou o contrato com a ré não elide a possível ilicitude dessa contratação, pois nada impede que o reclamante tenha prestado serviços, anteriormente, a outras empresas também em desacordo com a legislação trabalhista ou que tenha atuado lícitamente por meio dessa pessoa jurídica prestando serviços autônomos, fatos que não dizem respeito ao lapso temporal no qual prestou serviços em prol da ré.

Portanto, o importante, no caso, não é simplesmente a análise acerca da data de constituição da pessoa jurídica pelo autor, mas em quais condições o trabalho foi prestado em benefício da reclamada.

Na sequência, a testemunha indicada pelo autor afirmou, em seu depoimento, que **“trabalhou de 2017 a 2019, quando foi colega do reclamante; na função de executivo de grandes contas, sendo consultor comercial com CTPS assinada; que recebia salário fixo e comissões; que trabalhava na matriz da empresa em Porto Alegre; que viaja toda semana para atender clientes PJ com grandes contas; que também trabalhava de forma presencial na sede da reclamada; que conhecia a demanda de trabalho do reclamante, o qual exercia a mesma função do depoente, porém este sem o vínculo de emprego; que todos os sênior accounts precisam de CNPJ porque foi uma política de reestruturação da empresa; que o depoente fazia prospecção de novos clientes, mas como sua carteira era de grandes contas, precisava da autorização da empresa para inclusão; que qualquer tipo de CNPJ era aceito pela reclamada; que havia cláusula de exclusividade; que o reclamante tinha um superior hierárquico mas não se recorda do nome; que tinham reuniões semanais para cobrança de metas; que o comparecimento era obrigatório, sob pena de advertência; que tinham que participar de treinamentos on line; que não era possível o reclamante subcontratar empregados; que o reclamante tinha crachá com logo da reclamada e email corporativo, bem como cartões; que o depoente tinha PPLR; que tinha auxílio alimentação e recebia por km rodado, não lembra o valor e recebia um cartão pré pago para abastecimento; que havia pressão pelo atendimento das metas; que acredita que o reclamante deveria ter um número mínimo de visitas; que recebiam cobranças por email; (...)que os emails eram iguais para os empregados e autônomos; que o reclamante acessava a mesma plataforma de sistemas”**.

Assim, nos termos do citado depoimento, a testemunha, que tinha sua CTPS assinada, declara expressamente que ocupava cargo com as mesmas

atribuições que as efetuadas pelo autor, ou seja, também desempenhava atividades relativas à venda de produtos da ré aos clientes pessoas jurídicas, sendo a única diferença atinente ao porte desses clientes.

Dessa forma, resta evidenciado que a ré mantinha empregados formais e pessoas jurídicas desempenhando funções idênticas, o que demonstra a fraude em relação aos contratos firmados com os trabalhadores que eram obrigados à constituir uma empresa.

Isso porque nada impede que a reclamada terceirize a sua prestação de serviços, porém não pode haver qualquer indício de existência dos elementos do vínculo empregatício nessa relação, o que não ocorria no presente caso, pois, se o mesmo trabalho também era prestado por empregado formal é porque os requisitos legais que caracterizam o empregado estavam presentes na hipótese.

Ademais, a necessidade de constituição de pessoa jurídica para a prestação de serviços também foi confirmada pela prova oral e pela prova testemunhal.

Além disso, a citada testemunha declarou que o autor tinha um superior hierárquico e que tinha que cumprir metas, fato que revela que a existência de subordinação jurídica no trabalho desenvolvido pelo reclamante, o que também pode ser constatado pelo fato de que havia cobrança em relação ao atingimento dos parâmetros de vendas, havia a participação do autor em reuniões semanais de comparecimento obrigatório, circunstâncias que demonstram que o obreiro não tinha liberdade para prestar o serviço para o qual foi contratado.

Cabe destacar que a exigência de metas pelo tomador de serviços, sem que o prestador possa argumentar qualquer termo da política de trabalho que lhe é imposta, é circunstância típica de uma relação de subordinação entre empregado e empregador.

No mesmo sentido, a testemunha revela, inclusive, a existência de punição (advertência) em caso de não comparecimento do autor à reunião, fato que deixa nítida a existência de subordinação no caso, principal característica da relação de emprego.

A falta de autonomia na prestação de serviços pelo autor também restou demonstrada quando a testemunha afirmou que ele não poderia subcontratar empregados para prestação de serviços, fato que demonstra que o trabalho deveria ser efetuado pessoalmente pelo reclamante, de forma que resta evidente mais um dos elementos da relação empregatícia no caso, qual seja, a pessoalidade.

A pessoalidade na prestação dos serviços também foi relatada pela testemunha indicada pela ré, que afirmou que "o sênior account trabalha de forma individual; **que seu CNPJ pode conter algum colaborador, mas que essa ajuda não pode ser para o objeto principal da prestação de serviços, como atendimento a clientes, renovações de contratos, vendas**".

Desse modo, embora a testemunha indicada pela ré tenha contradito diversos pontos do depoimento da testemunha indicada pelo autor, o fato crucial, no presente caso, apto a caracterizar a relação de emprego diz respeito ao fato de o autor prestar serviços nos mesmos moldes dos feitos pelo empregado da ré que tinha sua CTPS assinada.

Logo, observa-se que um mesmo trabalho, desempenhado de forma igual por dois trabalhadores demonstra que, se um deles tinha o vínculo de emprego reconhecido, o outro também deveria ter, não havendo prova nos autos de que os requisitos da relação de emprego estavam presentes quanto a um trabalhador e quanto ao outro não.

Portanto, dos citados depoimentos, restou provado ter havido relação de emprego entre as partes, pois o relato foi hábil a demonstrar a existência dos requisitos caracterizadores da relação nos moldes celetistas, quais sejam, a habitualidade na prestação de serviços, a onerosidade e a pessoalidade, já que houve comprovação de que o reclamante trabalhava com controle de metas, seguindo as diretrizes passadas pelo réu, sem autonomia e liberdade quanto ao modo de prestação dos serviços, bem como que recebia contraprestação pelo serviço prestado, de forma que a ré estabelecia parâmetros de produtividade, aplicava punições, motivo pelo qual também restou comprovada a existência de subordinação jurídica na prestação de serviços.

Por conseguinte, as provas produzidas nos presentes autos mostram que era efetuada pela ré a prática conhecida como "pejotização", em que a criação de pessoa jurídica é fomentada pelo tomador de serviços no intuito de evitar encargos fiscais e trabalhistas, porém, na realidade, se evidencia a presença dos elementos da relação de emprego.

Entretanto, na relação trabalhista, conforme já explicitado, vigora o princípio da primazia da realidade, sendo que as relações jurídicas são definidas e conceituadas pelo seu conteúdo real, motivo pelo qual o manto de um contrato de prestação de serviços entre empresas não pode encobrir a verdadeira relação de emprego ora comprovada.

Assim, diante do exposto, declaro a nulidade dos serviços prestados pelo reclamante como pessoa jurídica e reconheço a existência do vínculo de

emprego entre as partes no período de 2/1/2019 e 11/12/2020, na função de executivo de vendas, com salário referente à média das comissões auferidas mensalmente, o que deve ser calculado em liquidação de sentença de acordo com a documentação juntada aos autos, e determino o conseqüente registro da sua CTPS, fazendo constar a referida anotação, sob pena de aplicação de multa diária no valor de R\$ 200,00, limitada a 60 dias, reversível ao reclamante, com fulcro no art. 537 do CPC.

Por fim, tendo em vista que a contratação da pessoa jurídica cujo sócio era o autor foi ilícita e feita para mascarar a relação de emprego, os descontos de tributos feitos pela reclamada devem ser restituídos ao obreiro (ISS, PIS, COFINS), cujo montante deve ser apurado de acordo com as notas fiscais juntadas aos autos.

VERBAS ADVINDAS DA RELAÇÃO DE EMPREGO

O autor pleiteia parcelas relativas ao vínculo de emprego mantido com a ré.

Nesses termos, considerando que o pacto laboral foi reconhecido na presente decisão, conforme fundamentação constante no capítulo anterior dessa sentença, são devidas parcelas ao autor advindas do lapso temporal pelo qual perdurou o contrato de trabalho.

Ressalta-se, contudo, que o autor confessa, em seu depoimento pessoal, que teve a iniciativa de romper o contrato com a ré, tendo afirmando que “*solicitou, por vontade própria a rescisão do contrato, em razão de não concordar com o estorno de algumas comissões*”.

Assim, tendo em vista não haver nos autos pleito relativo à rescisão indireta do contrato de trabalho, entendo que o obreiro foi quem pôs termos à relação com a ré.

Diante de tais circunstâncias, defiro o pagamento das seguintes verbas pela parte ré, considerando que o pacto laboral perdurou entre 2/1/2019 e 11/12/2020 e que foi o autor que requereu a extinção do contrato:

- 1) 11/12 de décimo terceiro proporcional;
- 2) décimo terceiro integral referente ao ano de 2019;

3) férias integrais, com adicional de um terço, de forma simples, referente ao biênio 2019/2020;

4) 11/12 de férias proporcionais com 1/3;

5) recolhimento do FGTS do período contratual.

Os valores atinentes ao FGTS deverão ser depositados na conta vinculada do reclamante.

Para o cálculo das parcelas ora deferidas, deve ser utilizado o valor médio mensal das comissões auferidas pelo autor, conforme consta nos notas fiscais juntadas aos autos (ID. 2f69ffb - Pág. 1 e seguintes), cujo montante deve ser calculado em liquidação de sentença.

Indevida a habilitação do autor no benefício do seguro desemprego, tendo em vista que partiu dele a vontade de romper o pacto laboral.

Por fim, tendo em vista que o autor aduz que recebia os salários mensalmente, nada lhe é devido a título de pagamento pelos repousos semanais remunerados e feriados, pois a verba que foi quitada de forma mensal já incluía o pagamento por tais dias, mesmo com o reconhecimento do vínculo de emprego em sede judicial.

ENQUADRAMENTO SINDICAL. APLICAÇÃO DA NORMA COLETIVA

O enquadramento sindical ocorre pela atividade econômica preponderante da empresa, conforme art. 511, combinado com o art. 570 e art. 581, §2º, todos da CLT, salvo em se tratando de categoria profissional diferenciada ou profissional liberal, bem como pela base territorial do local onde se deu a prestação dos serviços.

O estatuto social da reclamada revela que seu objeto diz respeito à prestação de serviços de telecomunicação, sendo que o autor, incontroversamente, atuava na venda de produtos e serviços em prol da ré.

Assim, tendo em vista o reconhecimento do vínculo empregatício entre as partes, devem ser aplicadas ao caso as normas coletivas (ACT)

firmadas entre o SIND DOS TRAB EM EMP DE TELEC E OP MESAS TELEF EST RGS e a própria ré, conforme documentação juntada aos autos com a exordial (ID. a326d17 - Pág. 1 e seguintes).

Consequentemente, diante do enquadramento sindical do autor e da aplicação dos referidos instrumentos normativos ao caso, são devidas as parcelas referentes ao auxílio-alimentação (ID. a326d17 - Pág. 14), observados os valores, as vigências e os critérios estabelecidos nas normas coletivas juntadas aos autos, cujos montantes devidos devem ser calculados em liquidação de sentença, autorizada a dedução da quota parte de responsabilidade do trabalhador prevista nos instrumentos normativos.

O reclamante pleiteia, ainda, a aplicação da norma coletiva em relação à parcela de participação os lucros e resultados, a qual foi pactuada para os anos de 2019 e 2020, conforme demonstram os documentos (ID. a326d17 - Pág. 5 e seguintes).

Assim, considerando que a PLR corresponde à parcela desvinculada da remuneração, segundo inciso XI do artigo 7º da Constituição Federal, tendo sua base de cálculo (ou valor fixo a ser adimplido) claramente definida nas normas coletivas aplicáveis na espécie, as quais foram comprovadas pelo autor, julgo procedente o pleito e determino o pagamento da parcela proporcional ao obreiro, em relação aos anos de 2019 e 2020, nos termos estabelecidos nas citadas convenções coletivas de trabalho em relação aos valores e critérios por elas dispostos, já que era ônus da ré comprovar que o autor não cumpriu os critérios para a percepção da verba, incumbência da qual não se desvencilhou.

É devido ao autor, igualmente o benefício do abono indenizatório, com previsto na norma coletiva (ID. a326d17 - Pág. 1), a ser calculado nos termos lá estabelecidos, quando da liquidação de sentença.

Nessa esteira, também é devido ao autor o ressarcimento dos valores gastos com a utilização do seu automóvel particular para a prestação dos serviços, o que inclui as despesas com a quilometragem percorrida mensalmente, conforme parâmetros estabelecidos na norma coletiva (ID. a326d17 - Pág. 3), o que deve ser calculado em liquidação de sentença, nos termos da quilometragem disposta nos relatórios de viagens juntados aos autos.

Por fim, julgo improcedente a pleiteada multa por descumprimento da norma coletiva em questão, tendo em vista que a controvérsia em relação à pactuação mantida entre as partes somente foi dirimida em Juízo, momento a partir do qual o autor passou a poder ser enquadrado no âmbito sindical ora analisado.

COMISSÕES E PRÊMIOS

O reclamante aduz que sempre teve os seus salários calculados e pagos por comissões e prêmios.

Narra que foi surpreendido pela ré com o pedido de restituição do montante de R\$ 35.947,97 referente à comissão, o qual aduz ter recebido regularmente, mas que, segundo a ré, por ter havido o cancelamento do contrato com o cliente, o montante deveria ser restituído pelo autor.

Afirma que o referido cancelamento do contrato com o cliente se deu em razão de problemas técnicos de responsabilidade única e exclusiva da reclamada, que não conseguiu operacionalizar as linhas (terminais móveis) adquiridos pelo sindicato de Ijuí (cliente para o qual realizou a venda), não tendo nenhuma culpa no cancelamento do contrato.

Informa que recebeu informação através do aplicativo da Serasa Experian, de que seu nome estava sendo levado a registro negativo, em razão do não pagamento/restituição por parte do reclamante do valor descrito de R\$35.947,94.

Alega, então, que a ré passou a descontar, dos valores a que fazia jus mensalmente, a partir do mês de agosto de 2020, o montante referente a sua suposta dívida, razão pela qual afirma que, após essa data, deixou de receber as comissões a que faria jus.

Aponta que o montante da dívida era de R\$ 50.208,80 e que, tendo em vista os descontos das comissões, como referido, ao fim do contrato, a ré ainda estava lhe cobrando o montante de R\$ 35.947,94.

Requer, portanto, a devolução dos valores que lhe foram descontados e, ainda, o cancelamento do valor remanescente que a ré ainda lhe cobra.

A reclamada, por sua vez, contesta o pleito e afirma que os valores que foram estornados e cobrados do autor respeitaram as disposições das cláusulas contrатаis firmadas entre as partes.

Afirma que o cliente Sindicato de Ijuí, prospectado pelo reclamante, adquiriu 240 acessos, sendo que não houve qualquer problema técnico no caso, conforme alegado pelo autor, mas sim a inadimplência pelo período superior a 270 dias de atraso, o que ocasionou o cancelamento involuntário desse contrato.

Aduz que o estorno das comissões, totalizavam o valor de R\$49.149,38 e não R\$ 50.208,80 conforme alegado pelo autor, e que o montante foi descontado gradativamente do reclamante até a rescisão do contrato, momento em que o saldo devido era de R\$ 35.947,94.

Analiso.

Observa-se que a reclamada não juntou aos autos a documentação que comprove o inadimplemento das parcelas devidas pelo cliente prospectado pelo autor, a fim de que incidisse, no caso, a cláusula contratual que permitia o estorno das comissões do obreiro.

Ressalta-se que a reclamada detinha a aptidão para a produção dessa prova, nos termos do disposto no art. 1.194 do CCB, o que não foi feito, razão pela qual entendo que não se desincumbiu do ônus de provar as suas alegações relativas ao fato impeditivo do direito do autor, nos termos do disposto no art. 818, II, da CLT.

Ademais, entendo que o direito às comissões decorre da realização da venda e não se afasta por ato do cliente, o qual diz respeito à relação entre esse e a empresa. Isso porque cabe à reclamada arcar com os riscos do empreendimento, não podendo transferir tais ônus aos seus empregados, conforme art. 2º da CLT.

Nesse sentido, a jurisprudência deste e. TRT da 4ª Região:

DIFERENÇAS DE COMISSÕES. VENDAS NÃO FATURADAS, CANCELADAS OU OBJETO DE TROCA. A prática de estorno de vendas canceladas, não faturadas ou objeto de troca é ilícita, pois transfere os riscos da atividade econômica ao empregado, o que viola os arts. 2º e 466 da CLT, mesmo após a vigência da Lei nº 13.467/2017. Precedente Normativo nº 97 do TST. (Acórdão: 0020337-27.2021.5.04.0102 (ROT); Redator: ROGER BALLEJO VILLARINHO; Órgão julgador: 1ª Turma; Data: 09/12/2022)

COMISSÕES. PRÊMIOS. AUSÊNCIA DE DOCUMENTAÇÃO. ESTORNOS E CANCELAMENTOS. Caso em que a reclamada não se desincumbiu de seu ônus probatório, nos termos dos artigos 818, inc. I, da CLT e 373, inc. II, do CPC, diante do princípio de

aptidão para a prova e do dever de documentação, inerente ao empregador. Documentos insuficientes para determinar as diferenças devidas. Devido, ainda, o pagamento de diferenças de comissões correspondentes às vendas estornadas e canceladas. (Acórdão: 0020817-50.2018.5.04.0024 (ROT); Redator: CLAUDIO ANTONIO CASSOU BARBOSA; Órgão julgador: 5ª Turma; Data: 27/10/2022)

PRÊMIOS POR VENDAS. CANCELAMENTO E ESTORNOS. É devido o pagamento da premiação ajustada ao empregado, independente de prejuízo porventura sofrido pelo empregador em virtude da inadimplência dos clientes ou cancelamentos posteriores, cabendo a este o risco do negócio, consoante o art. 2º da CLT. (TRT da 4ª Região, 4ª Turma, 0021198-66.2014.5.04.0002 RO, em 03/04/2017, Desembargador George Achutti).

Dessa forma, entendo que os valores descontados das comissões devidas ao autor a partir do mês de agosto de 2020 foram indevidas e devem ser restituídas a ele, bem como deve haver o cancelamento da cobrança que ainda lhe é feita, no montante de R\$ 35.947,94, sob pena de aplicação de multa diária no valor de R\$ 200,00, limitada a 60 dias, reversível ao reclamante.

Os valores devidos ao autor devem ser apurados em liquidação de sentença.

A ré deve ainda proceder ao cancelamento da anotação junto a Serasa e ao cancelamento do protesto junto ao Cartório de Títulos e Protestos de Santa Maria, em razão do valor de R\$35.947,94 que entendia devido pelo autor, sob pena de aplicação de multa diária no valor de R\$ 200,00, limitada a 60 dias, reversível ao reclamante.

JORNADA DE TRABALHO

O reclamante alega que laborava em sobrejornada, sem receber as horas extras prestadas.

Afirma que estendia a jornada ordinária de 8 horas diárias, em razão da sua participação em reuniões e pela realização das aulas *online* que tinha que assistir, motivo pelo qual aduz que elastecia o labor em três horas extras diárias, em média.

Requer, portanto, o pagamento das horas extraordinárias devidas pela empresa.

A reclamada, por sua vez, contesta o pedido e afirma que o reclamante prestava seus serviços de forma externa, sem possibilidade de fiscalização pela empresa, fato que o enquadra na hipótese descrita no art. 62, I, da CLT.

Assevera que não havia controle do horário do empregado e que ele possuía atribuições que lhe conferiam ampla liberdade de horários na prestação dos serviços.

Analiso.

No caso, foi reconhecido o vínculo de emprego entre as partes.

O art. 62, I, da CLT afasta a aplicabilidade do limite de jornada sempre que o empregado realizar atividade externa incompatível com o controle de jornada, ou seja, as funções contratuais devem ser desempenhadas longe da presença do empregador, com singular liberdade de tempo, de horário de prestação de serviços, sem frequência significativa aos estabelecimentos físicos da empresa e laborando no plano geográfico realmente externo.

Portanto, os empregados situados nessa circunstância contratual têm contra si a presunção de que, laborando externamente, não se submetem a real e eficaz controle de horários, não incidindo as regras concernentes a jornada de trabalho.

No hipótese dos autos, conforme se constata do depoimento pessoal do autor, o trabalho ocorria sem controle de jornada, nos termos do art. 62, I, da CLT, pois o reclamante afirmou que **"trabalhava de forma externa comparecendo 1 vez pro mês em 1 reunião em Porto Alegre; (...) que quando não pudesse comparecer à reunião avisava previamente ou participava por vídeo conferência; (...) que a sua rota de visitas era determinada por regiões do estado, com base em informações do gestor em clientes com demandas de renovação de contratos; que também fazia prospecção de novos clientes e atendia demanda solicitada pelos próprios clientes junto a operadora; que não alterava a roteiro; que os atendimentos iniciavam as 08 indo até as 18h, que fora esse período fazia os deslocamentos entre as cidades; que quando tinha impossibilidade de viajar por problemas particulares tentava ajustar com atendimentos**

na cidade em que residia; que comunicava o Celiomar; que entregava relatório semanal chamado funil de vendas, via sistema para atualizar sua produtividade”.

Assim, a análise do citado depoimento revela que o autor realmente laborava de forma externa e que não era fiscalizado quanto aos horários laborados, pois a frequência com que tinha que comparecer em reuniões presenciais não era tão alta ao ponto de a empresa conseguir controlar a jornada efetuada pelo trabalhador.

Ademais, o fato de a rota de visitas do obreiro ser determinada pelo gestor da empresa não significa que havia o controle efetivo do horário de trabalho do autor, já que a existência de determinação acerca dos locais que o autor tinha que visitar não se confunde com o efetivo controle dos horários feitos pelo reclamante, até porque o autor alega que tinha a liberdade de remanejamento das visitas que efetuava, quando não podia viajar, por exemplo.

Por fim, a entrega semanal do relatório de produtividade para a empresa não se confunde com a possibilidade de controle de horários pela ré.

Nesse sentido, a testemunha indicada pelo autor apenas afirmou que *“acredita que o reclamante deveria ter um número mínimo de visitas; que tempo de atendimento ao cliente é de no mínimo 1 hora; que acredita que o atendimento era de 4 atendimentos por dia, devendo fazer um relatório diário de atendimentos”*, declarações que revelam a inexistência de controle de horários pela ré em relação ao autor, apenas a cobrança acerca do número mínimo de visitas a serem efetuadas.

Já a testemunha indicada pela ré afirmou, em seu depoimento, que *“o próprio reclamante fazia sua rota de atendimento; que o reclamante poderia prospectar novos clientes; que não havia controle de horário do reclamante”*.

Logo, entendo comprovado que o reclamante não tinha a jornada controlada pela empresa e que apenas havia a determinação pela ré acerca do número mínimo de visitas a serem efetuadas, o que, conforme o relato da testemunha indicada pelo autor, sequer fazia com que a jornada de 8 horas fosse excedida, de forma que a submissão do relatório de vendas ao superior hierárquico do reclamante somente demonstra que existia subordinação no caso, mas não controle rígido de horários.

Nesse contexto, entendo que o autor não era submetido a real controle da jornada pelo empregador, de modo que caracterizado o enquadramento na hipótese do art. 62, I, da CLT.

Frise-se que princípio da primazia da realidade sobre a forma atua dialeticamente na relação de emprego, em favor da verdade real, não tendo caráter unilateral e que o autor não se desincumbiu satisfatoriamente de produzir provas capazes de subsidiar o seu pleito, mas, pelo contrário, restou provado o trabalho de forma externa sem controle de jornada.

Diante do exposto, convencido ficou este juízo de que o autor não tinha fiscalização de horários para execução de seu labor, podendo plenamente dispor de seu tempo quando estava atuando de forma externa, desde que cumprisse suas tarefas, razão pela qual julgo improcedente os pleitos referentes às horas extraordinárias.

BENEFÍCIO DA JUSTIÇA GRATUITA

O reclamante pleiteia o benefício da justiça gratuita.

A Lei 13.467/2017 alterou a redação do art. 790, §§ 3º e 4º da CLT, prevendo a necessidade de comprovação que o reclamante percebe salário inferior a 40% do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social (valor aproximado de R\$ 2.440,42 na data atual) ou possui insuficiência de recursos para demandar em juízo.

Essa prova, contudo, pode ser feita mediante declaração, que conforme previsão do §3º do art. 99 do Código de Processo Civil, aplicável subsidiariamente ao processo do trabalho, deve ser presumida verdadeira.

Nesse sentido, recente precedente do C. TST:

AGRAVO. RECURSO DE REVISTA. ACÓRDÃO PUBLICADO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.467/2017. BENEFÍCIO DA JUSTIÇA GRATUITA. PESSOA FÍSICA. COMPROVAÇÃO DE INSUFICIÊNCIA DE RECURSOS POR SIMPLES DECLARAÇÃO. TRANSCENDÊNCIA JURÍDICA RECONHECIDA. Cinge-se a controvérsia a definir se a simples declaração de hipossuficiência econômica é suficiente para a comprovação do estado de pobreza do reclamante, para fins de deferimento dos benefícios da justiça gratuita, em ação ajuizada após a vigência da Lei nº 13.467/2017. Segundo o artigo 790, §§ 3º e 4º, da CLT, com as alterações impostas pela Lei nº 13.467/2017, o benefício da gratuidade da Justiça será concedido àqueles que perceberem salário igual ou inferior a 40%

do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social, ou àqueles que comprovarem insuficiência de recursos. Já o artigo 5º, LXXIV, da Constituição Federal consagra o dever do Estado de prestar assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos e o artigo 99, § 3º, do CPC, de aplicação supletiva ao processo do trabalho, consoante autorização expressa no artigo 15 do mesmo Diploma, dispõe presumir-se verdadeira a alegação de insuficiência deduzida por pessoa natural. A partir da interpretação sistemática desses preceitos, não é possível exigir dos trabalhadores que buscam seus direitos na Justiça do Trabalho - na sua maioria, desempregados - a comprovação de estarem sem recursos para o pagamento das custas do processo. Deve-se presumir verdadeira a declaração de pobreza firmada pelo autor ou feita por seu advogado, com poderes específicos para tanto. Agravo Interno e Recurso de Revista conhecidos e providos. (PROCESSO Nº TST-Ag-RRAg-1001410-91.2018.5.02.0090; 5ª Turma; DJ: 15/12/2021).

Ressalta-se que o e. STJ defere ao Microempreendedor Individual (MEI) e ao Empresário Individual (EI) o benefício da justiça gratuita sem a necessidade de comprovação da insuficiência econômica, nos termos do seguinte julgado:

“RECURSO ESPECIAL - PEDIDO DE JUSTIÇA GRATUITA FORMULADO NO CURSO DO PROCESSO - EMPRESÁRIO INDIVIDUAL - TRIBUNAL A QUO QUE REFORMOU A DECISÃO DE ORIGEM PARA DEFERIR AOS AUTORES O PEDIDO DE GRATUIDADE DE JUSTIÇA. INSURGÊNCIA DO RÉU (...) Assim, para a concessão do benefício da gratuidade de justiça aos microempreendedores individuais e empresários individuais, em princípio, basta a mera afirmação de penúria financeira, ficando salvaguardada à parte adversa a possibilidade de impugnar o deferimento da benesse, bem como ao magistrado, para formar sua convicção, solicitar a apresentação de documentos que considere necessários, notadamente quando o pleito é realizado quando já no curso do procedimento judicial.” (RECURSO ESPECIAL Nº 1.899.342 - SP (2019/0328975-4); DJ: 05/04/2022)

Dessa forma, tendo o reclamante (pessoa natural) alegado a insuficiência de recursos para satisfazer as custas e demais despesas processuais e, ainda, não tendo a reclamada comprovado que a situação de hipossuficiência não existe, acolho o pedido de deferimento ao reclamante o benefício da justiça gratuita.

HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA

Estabelece o artigo 791-A da CLT:

Art. 791-A. Ao advogado, ainda que atue em causa própria, serão devidos honorários de sucumbência, fixados entre o mínimo de 5% (cinco por cento) e o máximo de 15% (quinze por cento) 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.

Tendo a parte autora sido sucumbente em parte - em tese e pela simples aplicação da atual norma legal sobre a matéria - caberia a sua condenação ao pagamento de honorários advocatícios em favor dos patronos do réu. Todavia, conforme decisão do Pleno do STF de 20.10.2021 (ADI 5766), foram declarados inconstitucionais os arts. 790-B, caput e § 4º, e 791-A, § 4º, da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).

Desse modo, considerando a recente decisão do STF sobre a matéria, deixo de fixar honorários advocatícios de sucumbência em favor dos patronos das rés.

Contudo, tendo a parte autora logrado êxito em parte dos pleitos elencados na exordial, o seu patrono faz jus a honorários, no percentual de 5% sobre os valores apurados em liquidação de sentença.

Ainda, o percentual fixado atende os critérios estabelecidos no §2º do art. 791-A da CLT, ou seja, o grau de zelo do profissional, o lugar de prestação do serviço, a natureza e a importância da causa e o trabalho realizado e o tempo exigido para o seu serviço.

CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS LEGAIS

A fixação dos critérios para apuração dos juros e correção monetária será feita na fase de liquidação, de acordo com critérios vigentes na época, conforme entendimento deste E. Tribunal.

Dessa forma, remeto a fixação para apuração dos critérios de juros e correção monetária à fase de liquidação.

CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA E IMPOSTO DE RENDA

Determino o recolhimento, pela reclamada, das contribuições previdenciárias incidentes sobre as parcelas da condenação, integrantes do salário de contribuição (art. 28 da Lei 8.212/1991).

Autorizo o desconto da quota parte de responsabilidade da parte autora.

Autorizo, também, a retenção do imposto de renda incidente sobre parcelas da condenação, observado o fato gerador.

Os cálculos devem observar os critérios consagrados pela Súmula 368 do TST, bem como pela Instrução Normativa 1127 da SRF.

Os recolhimentos supra devem ser comprovados em 15 dias.

DEDUÇÃO

Autorizo a dedução dos valores pagos a mesmo título como forma de evitar o enriquecimento sem causa.

III – DISPOSITIVO

Ante o exposto, com base na fundamentação supra, DECIDO:

Rejeitar as preliminares arguidas.

Pronunciar a incompetência da Justiça do Trabalho para processar e julgar o pleito de recolhimento das contribuições previdenciárias relativas ao período de vínculo empregatício reconhecido.

No mérito, **JULGAR PARCIALMENTE PROCEDENTES** os pedidos formulados por **ROSALVO BUENO COELHO** em face de **TIM SA** para reconhecer a existência de vínculo de emprego entre as partes, no período de 2/1/2019 e 11/12/2020, bem como para condenar a empresa ao pagamento das seguintes parcelas, observados os termos da fundamentação:

1. 11/12 de décimo terceiro proporcional;
2. décimo terceiro integral referente ao ano de 2019;
3. férias integrais, com adicional de um terço, de forma simples, referente ao biênio 2019/2020;
4. 11/12 de férias proporcionais com 1/3;
5. recolhimento do FGTS do período contratual;
6. verbas referentes ao auxílio-alimentação (ID. a326d17 - Pág. 14), observados os valores, as vigências e os critérios estabelecidos nas normas coletivas juntadas aos autos (firmadas entre o SIND DOS TRAB EM EMP DE TELECOMUNICAÇÕES E OP MESAS TELEFONICAS EST RGS e a própria ré);
7. verba referente à participação os lucros e resultados, a qual foi pactuada para os anos de 2019 e 2020, conforme demonstram os documentos (ID. a326d17 - Pág. 5 e seguintes), observando-se os critérios estabelecidos na norma coletiva correlata;
8. benefício do abono indenizatório, com previsto na norma coletiva (ID. a326d17 - Pág. 1), a ser calculado nos termos lá estabelecidos;
9. ressarcimento dos valores gastos com a utilização do seu automóvel particular para a prestação dos serviços, o que inclui as despesas com a quilometragem percorrida mensalmente, conforme parâmetros estabelecidos na norma coletiva (ID. a326d17 - Pág. 3), o que deve ser calculado conforme quilometragem disposta nos relatórios de viagens juntados aos autos;
10. restituição dos valores descontados das comissões devidas ao autor a partir do mês de agosto de 2020, conforme apuração a ser feita de acordo com a documentação juntada aos autos;
11. restituição dos descontos referentes aos tributos (ISS, PIS, COFINS) efetuados nas notas fiscais juntadas aos autos as quais diziam respeito à comissões pagas ao autor.

Deve a ré proceder a anotação da CTPS da parte autora em relação ao período de 2/1/2019 e 11/12/2020, na função de executivo de vendas, com salário referente à média das comissões auferidas mensalmente, o que deve ser

calculado em liquidação de sentença de acordo com a documentação juntada aos autos, sob pena de aplicação de multa diária no valor de R\$ 200,00, limitada a 60 dias, reversível ao reclamante.

A ré deve ainda proceder ao cancelamento da anotação junto a Serasa e ao cancelamento do protesto junto ao Cartório de Títulos e Protestos de Santa Maria, em razão do valor de R\$35.947,94 que entendia devido pelo autor, sob pena de aplicação de multa diária no valor de R\$ 200,00, limitada a 60 dias, reversível ao reclamante.

Os valores devidos serão apurados em liquidação de sentença, autorizados os descontos previdenciários e de imposto de renda, acrescidos de correção monetária e juros legais.

Defiro ao reclamante o benefício da justiça gratuita.

O patrono da parte autora faz jus a honorários, no percentual de 5% sobre os valores apurados em liquidação de sentença, a serem pagos pelo réu.

Deverá a reclamada efetuar o recolhimento à conta vinculada do reclamante dos valores do FGTS incidentes sobre as parcelas salariais deferidas na presente ação.

Custas, pela reclamada, no valor de R\$5.200,00, calculadas com base no valor da condenação, R\$ 260.000,00, arbitrados provisoriamente e complementáveis ao final.

Publique-se.

Intimem-se as partes.

Cumpra-se após o trânsito em julgado.

Nada mais.

PORTO ALEGRE/RS, 23 de janeiro de 2023.

MARCELA CASANOVA VIANA ARENA
Juíza do Trabalho Substituta



Assinado eletronicamente por: MARCELA CASANOVA VIANA ARENA - Juntado em: 23/01/2023 17:14:49 - 7a7002c
<https://pje.trt4.jus.br/pjekz/validacao/22120210120205500000122028229?instancia=1>
Número do processo: 0020388-63.2021.5.04.0029
Número do documento: 22120210120205500000122028229