

Acórdão: 0020311-52.2019.5.04.0020 (ROT)

Redator: LUCIANE CARDOSO BARZOTTO

Órgão julgador: 8ª Turma

Data: 27/06/2022



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

Identificação

PROCESSO nº 0020311-52.2019.5.04.0020 (ROT)

RECORRENTE: JOSE NUNES DOS SANTOS

RECORRIDO: ASUN COMERCIO DE GENEROS ALIMENTICIOS LTDA

RELATOR: LUCIANE CARDOSO BARZOTTO

EMENTA

TRABALHO EXTERNO. ART. 62, I DA CLT. Hipótese em que restou comprovada a impossibilidade de fiscalização e controle da jornada cumprida pelo reclamante em razão da atividade externa exercida. Recurso não provido.

LIMITAÇÃO DA CONDENAÇÃO AOS VALORES ATRIBUÍDOS NA PETIÇÃO INICIAL. RITO ORDINÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. Em se tratando de ação trabalhista submetida ao rito ordinário, a indicação de valores aos pedidos, exigida no § 1º do art. 840 da CLT, dá-se de forma meramente estimativa, sem necessidade de liquidação, de sorte que descabe limitar a condenação aos valores indicados na petição inicial.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

ACORDAM os Magistrados integrantes da 8ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região: por maioria, vencido em parte o Des Marcelo José Ferlin D'Ambroso, dar parcial provimento ao recurso ordinário do reclamante, para excluir da sentença a limitação da condenação aos valores atribuídos aos pedidos na inicial, para absolvê-lo da condenação ao pagamento dos honorários advocatícios decorrentes de sua sucumbência, observando-se o decidido pelo STF no julgamento da ADI 5766 em 20.10.2021 a respeito da inconstitucionalidade do §4º do art. 791-A da CLT incluído pela Lei nº 13.467/2017.

Intime-se.

Porto Alegre, 22 de junho de 2022 (quarta-feira).

RELATÓRIO

Inconformado com a sentença de parcial procedência proferida pelo Juiz MARCELO BERGMANN HENTSCHKE (ID. 136bdea), o reclamante SUCESSÃO DE JOSÉ NUNES DOS SANTOS, interpõe recurso ordinário (ID.605a06f).

Busca a reforma da decisão de primeiro grau em relação aos seguintes itens: limitação da condenação ao valor dos pedidos, trabalho externo, horas extras, trabalho noturno, trabalho aos feriados, sobreaviso e honorários sucumbenciais.

Com contrarrazões da reclamada ASUN COMERCIO DE GENEROS ALIMENTICIOS LTDA (ID. 5ae5be0), os autos sobem a este Tribunal para julgamento.

É o relatório.

FUNDAMENTAÇÃO

1. RECURSO ORDINÁRIO DO RECLAMANTE

1.1 LIMITAÇÃO DA CONDENAÇÃO AO VALOR DOS PEDIDOS

O reclamante requer a exclusão da determinação de que a condenação seja limitada aos valores atribuídos aos pedidos na inicial. Ressalta que além de determinar que a condenação a ser liquidada futuramente seja limitada ao valor atribuído individualmente a cada pedido, também arbitrou os honorários sucumbenciais em favor do advogado da empresa ré, em 10%, tendo como base de cálculo os valores a serem apurados a partir da diferença entre os valores históricos postulados e os valores deferidos, com acréscimo posterior de juros e correção monetária. Alega que os valores indicados aos pedidos são estimativos, não podendo limitar a condenação e que nos termos do § 1º do artigo 840 da CLT, há a exigência de que o pedido seja certo, determinado e que tenha indicação do valor correspondente. Sustenta que inconstitucionalidade no § 1º do artigo 840 da CLT por exigir que o pedido seja certo e determinado, pois cabe ao legislador definir os elementos e requisitos para propositura da ação.

O Juízo *a quo* determinou que na apuração da condenação sejam observados os limites de valores atribuídos a cada pedido na petição inicial (ID. 136bdea - fls 422-423).

Examino.

A presente ação foi ajuizada sob o rito ordinário, em 28.03.2019, quando já vigente a Lei nº 13.467/17, que conferiu nova redação ao art. 840, § 1º, da CLT:

"Art. 840 - A reclamação poderá ser escrita ou verbal.

§ 1º Sendo escrita, a reclamação deverá conter a designação do juízo, a qualificação das partes, a breve exposição dos fatos de que resulte o dissídio, o

pedido, que deverá ser certo, determinado e com indicação de seu valor, a data e a assinatura do reclamante ou de seu representante."

Ocorre que a indicação de valores aos pedidos, exigida no § 1º do art. 840 da CLT, se dá de forma meramente estimativa, sem necessidade de liquidação, de sorte que descabe limitar a condenação aos valores indicados na petição inicial.

Nesse sentido, cito os seguintes precedentes deste Tribunal:

"LIMITAÇÃO DA CONDENAÇÃO AO VALOR DOS PEDIDOS INDICADOS NA INICIAL. Caso em que afastada a limitação do valor da condenação à estimativa dos pedidos constante na petição inicial, uma vez que o § 1º do art. 840 da CLT estabelece tão somente a indicação das quantias estimativas das verbas postuladas, não sendo exigida a liquidação dos pedidos. (TRT da 4ª Região, 11ª Turma, 0020418-30.2018.5.04.0021 ROT, em 02/05/2019, Desembargador Ricardo Hofmeister de Almeida Martins Costa - Relator)"

"RITO ORDINÁRIO. VALOR ATRIBUÍDO AOS PEDIDOS. LIMITAÇÃO DA CONDENAÇÃO. ARTIGO 840, § 1º, DA CLT. Embora a nova regra do art. 840, § 1º, da CLT preveja a necessidade de indicação do valor do pedido, serve esta disposição apenas a fins processuais, como para determinar o rito processual a ser observado, sem o alcance de definir o montante da condenação, porquanto remanesce na CLT a previsão de posterior liquidação da condenação (art. 879). (TRT da 4ª Região, 4ª Turma, 0020567-97.2018.5.04.0741 ROT, em 16/08/2019, Desembargador George Achutti)"

"LIMITAÇÃO DA CONDENAÇÃO AOS VALORES ATRIBUÍDOS DOS PEDIDOS. RITO ORDINÁRIO. Em que pese seja exigida a indicação do valor correspondente a cada pedido, nos termos do art. 840 da CLT, não é exigida a sua liquidação prévia. Tal exigência obstará o acesso à Justiça, motivo pelo qual não há como se considerar o valor atribuídos aos pedidos como definitivo, mas mera estimativa. Recurso da reclamante provido, no aspecto. (TRT da 4ª Região, 4ª Turma, 0020279-54.2018.5.04.0611 RO, em 21/06/2019, Desembargador Andre Reverbel Fernandes)"

Cito, outrossim, julgado do TST:

"AGRAVO DE INSTRUMENTO DA RECLAMADA. RECURSO DE REVISTA SOB A ÉGIDE DA LEI 13.467/2017. NULIDADE POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. PREJUDICADO EXAME DOS CRITÉRIOS DA TRANSCENDÊNCIA. APELO DESFUNDAMENTADO. [...]. RECURSO DE REVISTA DO RECLAMANTE. APELO SOB A ÉGIDE DA LEI 13.467/2017. PEDIDOS LÍQUIDOS. LIMITAÇÃO DA CONDENAÇÃO AOS VALORES DE CADA PEDIDO. APLICAÇÃO DO ART. 840, § 1º, DA CLT, ALTERADO PELA LEI 13.467/2017. TRANSCENDÊNCIA RECONHECIDA . A controvérsia gira acerca da aplicação do artigo 840, § 1º, da CLT, que foi alterado pela Lei 13.467/2017. No caso em tela, o debate acerca do art. 840, § 1º, da CLT, detém transcendência jurídica, nos termos do art. 896-A, § 1º, IV, da CLT. A controvérsia acerca da limitação da condenação, aos valores liquidados apresentados em cada pedido da inicial, tem sido analisado, pela jurisprudência dominante, apenas sob a égide dos artigos 141 e 492 do Código de Processo Civil. Por certo que aludidos dispositivos do CPC são aplicados subsidiariamente no processo trabalhista. Entretanto, no que se refere à discussão acerca dos efeitos dos pedidos liquidados, apresentados na inicial trabalhista, os dispositivos mencionados do CPC devem ceder espaço à aplicação dos parágrafos

1º e 2º do artigo 840 da CLT, que foram alterados pela Lei 13.467/2017. Cumpre esclarecer que o TST, por meio da Resolução nº 221, de 21/06/2018, considerando a vigência da Lei 13.467/2017 e a imperativa necessidade de o TST posicionar-se, ainda que de forma não exaustiva, sobre a aplicação das normas processuais contidas na CLT alteradas ou acrescentadas pela Lei 13.467/2017, e considerando a necessidade de dar ao jurisdicionado a segurança jurídica indispensável a possibilitar estabilidade das relações processuais, aprovou a Instrução Normativa nº 41/2018, que no seu art. 12, § 2º, normatizou que "para fim do que dispõe o art. 840, §§ 1º e 2º, da CLT, o valor da causa será estimado (...)". A Instrução Normativa nº 41/2018 do TST, aprovada mediante Resolução nº 221, em 02/06/2018, registra que a aplicação das normas processuais previstas na CLT, alteradas pela Lei 13.467/2017, com eficácia a partir de 11/11/2017, é imediata, sem atingir, no entanto, situações pretéritas iniciadas ou consolidadas sob a égide da lei revogada. Portanto, no caso em tela, em que a inicial foi ajuizada no ano 2018, não de incidir as normas processuais previstas na CLT alteradas pela Lei 13.467/2017. Assim, a discussão quanto à limitação da condenação aos valores constantes nos pedidos apresentados de forma líquida na exordial deve ser considerada apenas como fim estimado, conforme normatiza o parágrafo 2º do artigo 12 da IN 41/2018 desta Corte. A decisão regional que limitou a condenação aos valores atribuídos aos pedidos na inicial configura ofensa ao art. 840, § 1º, da CLT. Reconhecida a transcendência jurídica do recurso de revista. Recurso de revista conhecido e provido" (ARR-1000987-73.2018.5.02.0271, 6ª Turma, Relator Ministro Augusto Cesar Leite de Carvalho, DEJT 16/10/2020).

Observo que o pedido referente a limitação de valores atribuídos aos honorários sucumbenciais será analisado em tópico próprio.

Pelo exposto, dou provimento ao recurso ordinário do reclamante para excluir da sentença a limitação da condenação aos valores atribuídos aos pedidos na inicial.

1.2 TRABALHO EXTERNO. ART. 62, I, DA CLT

Insurge-se o reclamante com a sentença que julga improcedentes os pedidos de pagamento de horas extras, trabalho noturno e em feriados em razão de entender que o autor laborava em regime de trabalho externo, enquadrado na exceção do art. 62, I da CLT. Alega que inexistente anotação desta condição na CTPS (ID. f7ffc42), no Contrato de Trabalho (ID.f056b19), bem como, na Ficha de Registro de Empregado (ID. d2998c6), pelo que não restou preenchido o requisito formal insculpido no art. 62, I, da CLT. Ressalta que consignado na ata da audiência de instrução (ID. d42b231 - Págs. 1-2) a preposta da recorrida confessa que o trabalho do "de cujus" era realizado na matriz da empregadora, na CEASA e nas diversas lojas (18 Filiais) da recorrida. Frisa que a prova testemunhal dá conta de que nas terças, quintas e sábados o "de cujus" trabalhava fixo na Ceasa, das 6h às 14h, quando deixava sua colega de trabalho que o acompanhava na parada de ônibus após as 14:00hs, o que é confirmado pela própria funcionária que depôs como testemunha. Aduz que o controle exercido pela recorrida através das ligações efetuadas e recebidas pelo "de cujus", acostadas aos autos através dos relatórios intitulados "uso detalhado do vivo móvel 51-99324-3168" (IDs. 89f3a2f, 56c104f, 92d9d47, 1fe1b81, 55b8d81,15fb332,

a2705e5, 2889d57 e 9e7bc7d), que comprovam os registros das ligações telefônicas do celular corporativo utilizado pelo "de cujus", em que facilmente percebe-se o labor além dos horários comerciais, em diversas datas, bem como, tinha por escopo o controle indireto dos horários de labor, bem como a localização do empregado nas diversas horas do dia e da noite. Cita jurisprudência. Requer a reforma da sentença para que seja afastada a aplicação da exceção contida no art. 62, I da CLT.

Eis a sentença:

"(...) Registro, inicialmente, e por importante para o deslinde da controvérsia, que a empresa reclamada começou como uma empresa familiar e o "de cujus" tinha parentesco com o atual proprietário, tendo laborado durante muitos anos na função de encarregado/comprador de hortifrutigranjeiros da rede de lojas da reclamada.

Além disso, também restou incontroverso que o "de cujus" realizava atividades externas, até mesmo em função das atividades por ele exercidas no curso do contrato -, sem comparecimento diário na sede da empresa reclamada.

Assim, transcrevo as palavras de Valentim Carrion, in "Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho", 29ª edição, ao comentar o que seriam serviços externos: o que caracteriza este grupo de atividades é a circunstância de estarem todos fora da permanente fiscalização e controle do empregador; há impossibilidade de conhecer-se o tempo realmente dedicado com exclusividade à empresa.

Segundo o magistério de Maurício Godinho Delgado, "in" Curso de Direito do Trabalho, 4ª edição, Editora LTR, pág. 874, "a ordem jurídica reconhece que a aferição de uma efetiva jornada de trabalho cumprida pelo empregado supõe um mínimo de fiscalização e controle por parte do empregador sobre a prestação concreta dos serviços ou sobre o período de disponibilidade perante a empresa. O critério é estritamente prático: trabalho não fiscalizado nem minimamente controlado é insuscetível de propiciar a aferição da real jornada laborada pelo obreiro - por essa razão é insuscetível de propiciar a aferição da prestação (ou não) de horas extraordinárias pelo trabalhador".

Mas atenção: cria aqui a CLT apenas uma presunção - a de que tais empregados não estão submetidos, no cotidiano laboral, à fiscalização e controle de horário, não se sujeitando, pois, à regência das regras sobre jornada de trabalho.

Repita-se: presunção jurídica, e não discriminação legal. Desse modo, havendo prova firme (sob ônus do empregado) de que ocorria efetiva fiscalização e controle sobre o cotidiano da prestação laboral, fixando fronteiras claras à jornada laborada, afasta-se a presunção legal instituída, incidindo o conjunto das regras clássicas concernentes à duração do trabalho.

Destaco que a exceção prevista no art. 62, I, da CLT, significa exclusão de direito constitucional (limitação da jornada com pagamento das horas extraordinárias), devendo ser reconhecida apenas quando há efetiva impossibilidade, e não quando há opção do empregador em não fazer o controle de jornada.

Na espécie, observo que a reclamada não demonstra cumprir o requisito formal de anotação na Carteira de Trabalho e Previdência Social e no registro de empregados, o que transfere para a empresa o ônus de provar a total impossibilidade de controle de jornada, ônus do qual logrou se desincumbir, conforme exame da prova oral que segue.

A preposta, em depoimento na audiência do dia 16 de agosto de 2021, ata de id d42b231, afirma que "o reclamante fazia verificação da qualidade dos produtos de hortifruti que iam para as lojas, verificação feita na própria CEASA, prospecção de novos fornecedores de hortifruti; que o reclamante só trabalhava com produtos de hortifruti; que o reclamante também negociava valores para aquisição dos produtos, visitava as lojas quando necessário e também fornecedores; participava de reuniões; que o reclamante era irmão de uma das sócias da reclamada; que **o reclamante não tinha como registrar horário de trabalho pois trabalhava externamente**; que o reclamante trabalhava dentro da ceasa às terças, quintas sábados; que nos demais dias, visitava fornecedores, participava de reuniões; que nas segundas à tarde o reclamante ia na sede da empresa para conversar com Sr. Antônio; (...) **que o reclamante não trabalhava aos domingos, nem à noite; que o reclamante não ficava de sobreaviso em sua residência, pois não havia necessidade**, já que trabalhava apenas com horário comercial; que a reclamada tinha em torno de 18 lojas no período de 2014 a 2019; que quando necessário, se chamado, o reclamante visitava todas as 18 lojas; quando o reclamante adquiria os produtos na Ceasa, estes já eram enviados para cada uma das 18 lojas; que o reclamante não acompanhava a entrega em cada uma das lojas, o que era feito pelos gerentes e conferentes das lojas; que o reclamante já verificava a qualidade dos produtos quando os adquiria na Ceasa, mas se houvesse algum problema com os produtos e ele fosse chamado, comparecia nas lojas, como antes referido; que algumas lojas da reclamada fecham às 20h30 e outras às 21h; que como os caminhões deixavam a Ceasa por volta das 13h, e a última entrega na loja mais distante, que seria no litoral, ocorria até às 17h, ressaltando a depoente que até mais cedo, pois os caminhões vão direto da Ceasa para as lojas, qualquer problema poderia ser solucionado pelo reclamante por telefone antes das 20h30 ou 21h; que próximos das datas festivas - Natal, Ano-Novo, Páscoa, e outras - há um maior consumo de produtos de hortifrutigranjeiros; que nestas datas o reclamante já tinha um planejamento para o envio de maior número de mercadorias; que como o reclamante já trabalhava nessa atividade há mais de 25 anos, ele já previa as quantidades necessárias e não tem conhecimento a depoente de que fossem estimados menos produtos e necessária a atuação do reclamante para complementação imediata dos produtos; que o reclamante trabalhava com telefone celular fornecido pela reclamada; que o reclamante poderia desligar o aparelho na hora em que terminasse o expediente dele, a tardinha, mas não sabe a depoente se o reclamante, por ser parente próximo do sócio, efetivamente desligava o aparelho celular; que o reclamante era subordinado a tratava apenas com o Sr. Antônio, sócio majoritário e casado com a sobrinha do reclamante; que o reclamante utilizava veículo próprio para o trabalho, custeado pela empresa em combustível".

Em síntese, a preposta confirma as teses da defesa: o "de cuius" trabalhava externamente, sem a possibilidade de que sua jornada fosse controlada, até mesmo por que também era parente dos sócios da empresa e exercia um cargo de confiança como responsável por todas as negociações e compras de produtos hortifrutigranjeiros da reclamada na CEASA.

O depoimento da testemunha indicada pela sucessão autora deve ser visto com reservas, seja pelo pouco período trabalhado na reclamada, dois anos, seja por não ser crível a afirmação, depois contraditada pela própria testemunha, que fizesse os pedidos de hortifrutigranjeiros ao "de cuius" nas terças e quintas ao telefone, para "confirmá-los" aos domingos. Destaco, ainda, que inicialmente a testemunha referiu que fazia os pedidos ao reclamante aos domingos, por telefone, para depois **mudar seu depoimento** e referir que aos domingos apenas confirmava os pedidos já feitos na semana. Também não é crível aceitar que o reclamante fosse aos domingos na loja gerenciada pela testemunha para, com seu veículo, recolher produtos e transportá-los para outras lojas da rede. No mais, a testemunha confirma as

atividades externas realizadas pelo reclamante ("que o reclamante normalmente estava na Ceasa ou nas lojas da rede, dificilmente sendo encontrado na matriz da empresa, motivo pelo qual o depoente mantinha contato com o reclamante pelo celular; que o reclamante estava na Ceasa sempre pela manhã e nas lojas da rede, à tarde), e o cargo de confiança exercido ("que normalmente fazia os pedidos de reposição de produtos por telefone ao reclamante, e se ele estivesse ocupado, ele informava a loja em que estaria e o depoente enviava um e-mail para essa loja com a relação de produtos que necessitava; que o depoente nunca enviou e-mails ou fez telefones a Sra Petri, para solicitar a reposição de produtos de hortifruti ou a redução do preço de algum desses produtos, pois sempre que assim procedeu a Sra Petri dizia que todas as compras e todas as modificações de preço somente poderiam ser feitas com a autorização do reclamante, e por isso o depoente sempre fazia tais solicitações ao reclamante"), que, em que pese não tenha sido alegado pela reclamada como excludente do controle da jornada do "de cuius", também serve de prova de que ele trabalhava com liberdade, sem nenhum controle de suas atividades e da jornada realizada.

As testemunhas indicadas pela reclamada, a seu turno, confirmam as teses defendidas na contestação. A primeira, Sandra, que com o "de cuius" trabalhou por bastante tempo, refere que "o reclamante era o superior direto da depoente; que o reclamante era comprador e fazia as compras de produtos de hortifruti para as lojas da rede; que o reclamante era subordinado ao dono da empresa, Sr. Antônio Ortiz; que o reclamante trabalhava diretamente na Ceasa, fazendo a aquisição, controle de qualidade e distribuição dos produtos; que o reclamante negociava a compra dos produtos, fazendo inclusive em relação a preços e prazos de pagamento, e informava a depoente, que fazia o lançamento das informações no sistema; que nas terças, quintas e sábados o reclamante trabalhava fixo na Ceasa, das 6h às 14h; que a depoente acompanhava o reclamante na Ceasa e por volta das 14h o reclamante a deixava na parada de ônibus; que dentro do horário de trabalho fazia parte das atividades do reclamante a visita a lojas da rede, sempre em função dos hortifruti; que a depoente chegava a ligar para o reclamante após às 14h, quando o encontrava em casa ou na Ceasa, podendo também estar nas lojas da rede; que nos demais dias da semana - segunda, quarta e sexta - a depoente ficava na matriz, e o reclamante negociava preços para aquisição dos produtos, mas **não sabe em que local o reclamante estava**; que o reclamante sempre estava na matriz nas segundas à tarde, ou quando era solicitada sua presença pelo Sr. Antônio; (...); e o **reclamante não batia ponto**, e se havia alguém que controlasse a execução de seu serviço, poderia ser apenas Sr. Antônio; que o reclamante utilizava telefone celular fornecido pela reclamada; que o reclamante nunca estabeleceu horário para que a depoente lhe fizesse ligações, mas as ligações feitas pela depoente sempre observaram o seu horário de trabalho, das 8h às 12h e das 13h às 18h, de segunda a sexta; que tirando os dias em que o reclamante estava na Ceasa, **a depoente não sabia em que local o reclamante estaria, por isso mantinha contato com ele por telefone**; que o único local fixo em que o reclamante poderia ser encontrado era na Ceasa, nos dias antes referidos, e na matriz nas segundas à tarde, **não havendo nenhum roteiro de dias, horários e lojas em que o reclamante poderia ser encontrado nos demais dias, pois ele tinha autonomia na execução de seu serviço; que o reclamante não tinha estação de trabalho ou e-mail funcional, recebendo as informações da depoente por telefone, por escrito ou por e-mail enviado às lojas em que o reclamante dizia estar naquele momento para a depoente"**.

Há, neste depoimento, confirmação das atividades de gestão e de responsabilidade do "de cuius" por toda a aquisição de produtos hortifrutigranjeiros para as lojas da reclamada, assim como o trabalho totalmente externo sem a possibilidade de controle da jornada.

Por fim, a segunda testemunha indicada pela reclamada, que trabalhava para uma empresa que lhe prestava serviços de logística e transporte dos produtos adquiridos pelo "de cujus" na Ceasa, confirma que ele "era responsável pela compra de todos o hortifruti da reclamada, fazendo o recebimento das mercadorias na plataforma, na Ceasa antes do embarque, também conferindo a qualidade e peso dos produtos que adquiria; que o próprio reclamante negociava a compra dos produtos; que o reclamante não acompanhava a entrega dos produtos nas lojas".

Como já analisado, a prova dos autos demonstra o trabalho do "de cujus", em razão de exercer cargo de confiança em empresa familiar, na qual ainda tinha parentesco com os sócios, em atividades externas, sem qualquer controle e possibilidade de controle da jornada e sem trabalho em horário noturno, em regime de sobreaviso e em domingos e feriados sem a concessão de folga em outro dia da semana.

Julgo, pois, improcedente a ação, no particular."

(grifei).

Sem razão o autor.

No caso em apreço, o cerne da controvérsia paira sobre a constatação da existência de trabalho externo sem qualquer controle de horário, ou seja, incompatível com o controle do horário da jornada. Por se tratar de exceção à fiscalização da duração do trabalho, incumbe à demandada o ônus da prova do enquadramento legal sustentado na contestação, o qual se desincumbiu a contento, embora não conste tal referência no contrato de trabalho do autor.

De plano, salienta-se que ausência de controle não está limitada à forma escrita, mas sim, de qualquer forma indireta. Não há que se cogitar da necessidade do empregado comparecer nas dependências físicas da empregadora se simultaneamente há ação de meios de telecomunicações (palmtop e celular), assim como o registro dos roteiros e das visitas aos clientes.

Neste particular, a prova testemunhal foi determinante na elucidação do caso concreto. Conforme consta da sentença, a preposta da reclamada noticia que o reclamante trabalhava externamente, não havendo como exercer um controle sobre sua jornada. No mesmo sentido, a testemunha Sandra aduz que *"tinha autonomia na execução de seu serviço; que o reclamante não tinha estação de trabalho ou e-mail funcional, recebendo as informações da depoente por telefone, por escrito ou por e-mail enviado às lojas em que o reclamante dizia estar naquele momento para a depoente"*.

Outrossim, conforme narrado nos autos, a testemunha trazida pelo reclamante confirma o cargo de gestão exercido pelo autor.

A toda evidência, os termos transcritos em muito corroboram o fato de que não havia controle indireto da jornada de trabalho, valendo a tese de que o contrato de trabalho do autor

mencionasse estar enquadrado no artigo 62, inciso I, da CLT. Sobre o tema, transcrevem-se as ementas que seguem:

HORAS EXTRAS. CONTROLE INDIRETO DA JORNADA. ATIVIDADE EXTERNA. Para a exclusão de determinada atividade do regime de duração do trabalho, com arrimo no art. 62, I, da CLT, não basta que seja externa, sendo imperativo o exercício efetivo de trabalho externo incompatível com o controle de jornada. Com efeito, a simples ausência de controle direto do horário de trabalho não afasta o direito a horas extras quando há meios indiretos de realização do controle, através do comparecimento obrigatório na empresa tanto no início do expediente, para a distribuição de romaneio a ser seguido, quanto no final da jornada, para confecção de relatório diário, através do qual o trabalhador presta contas do serviço realizado ao longo do dia. Recurso Ordinário das Reclamadas a que se nega provimento. (TRT-PR-00967-2006-585-09-00-7-ACO-11715-2007 - 1A. Turma Relator: Ubirajara Carlos Mendes. Publicado no DJPR em 11-05-2007)

EXCEÇÃO DO INCISO I, DO ARTIGO 62 DA CLT. CONTROLE DE JORNADA. É pacífico na doutrina e jurisprudência que a aplicação do art. 62, inciso I, da CLT, não decorre do simples labor fora das dependências da empresa. É necessário, para que se exclua do trabalhador o direito a horas extras, que, além de labor externo, não se vislumbre a possibilidade de controle de jornada por qualquer meio. Para a descaracterização da hipótese, não se exige prova de que a jornada tenha sido efetivamente controlada, bastando que o empregador tenha meios para fazê-lo. Recurso da ré a que se nega provimento para manter a sentença que afastou o enquadramento da autora na exceção prevista no inciso I, do art. 62, da CLT. (TRT-PR-05034-2008-002-09-00-0-ACO-23333-2009 - 2A. Turma. Relator: Marlene T. Fuverki Suguimatsu Publicado no DJPR em 21-07-2009).

Por consequência, como não havia sequer a fiscalização indireta da jornada de trabalho pela reclamada - e nem mesmo seria cabível dadas as circunstâncias do caso -, não há falar na obrigatoriedade consagrada no artigo 74, parágrafo 2º, da CLT. Esta é limitada pela prova oral e documental trazidas aos autos. (Súmula n. 338, inciso I, do TST).

Dessa forma, entendo que o reclamante exercia cargo de confiança como responsável por todas as negociações e compras de produtos hortifrutigranjeiros da reclamada na CEASA, sendo responsável por toda a aquisição de produtos hortifrutigranjeiros para as lojas da reclamada, sendo assim o trabalho realizado de forma externa sem a possibilidade de controle da jornada.

Diante do exposto, nego provimento ao apelo.

1.3 HORAS EXTRAS. TRABALHO NOTURNO. TRABALHO EM FERIADOS

Afirma o reclamante que faz jus à percepção do pagamento de horas extras, horas devidas pelo trabalho noturno, bem como, pelo trabalho em feriados. Argumenta que a prova oral produzida, contrariamente ao entendimento do respeitável Julgador de origem, aponta para jornada além daquela alegada pela recorrida. Sustenta que a recorrida mais de dez empregados, tinha o dever de manter os registros de horário daquele e que, nesse sentido, é a previsão do art. 74, § 2º, da CLT, cabendo-lhe então provar a jornada exercida. Frisa ser evidente a inaplicabilidade do inciso I

do art. 62 da CLT, se utilizando a recorrida (da exceção legal) como regra geral, buscando - em prática afrontosa à lei - se eximir de sua responsabilidade, fragilizando a relação de emprego, retirando do "de cujus" o evidente direito a receber a contraprestação pelo seu trabalho, impondo jornadas extensas. Pugna pela reforma da sentença.

Sem razão o autor.

Conforme mencionado no item anterior, o autor foi enquadrado na exceção prevista no art. 62, I da CLT, não havendo falar em horas extras. Nada a reformar.

Recurso desprovido.

1.4 HORAS DE SOBREAVISO

Não se conforma o reclamante com a sentença indefere o pedido de pagamento de horas de sobreaviso. Alega que permanecia em sua residência, à disposição da recorrida, com o telefone celular ligado diariamente até as 21h e, em domingos e feriados até as 13h, tendo que atender e trabalhar sempre quando chamado em razão de todo e qualquer tipo de problema relacionado ao setor de hortifrutigranjeiro da empresa recorrida. Sopesa que estava permanentemente aguardando, a qualquer momento, o chamado da empregadora para a realização das suas funções, de acordo com o depoimento testemunhal. Ressalta que deve ser considerada como horas de "sobreaviso", por analogia ao disposto no artigo 244, § 2º da CLT, uma vez que o recorrente poderia ser localizado e chamado a qualquer momento por meio do celular. Cita jurisprudência. Requer a reforma da sentença para que a reclamada seja condenada ao pagamento das horas de sobreaviso nos termos postulados na inicial.

Analiso.

De início, saliento que o autor não comprova que estivesse à disposição da reclamada, dever que lhe foi imposto pelo art. 818 da CLT. Também não há provas de que tenha realizado alguma tarefa em seu dia de folga, resultante desse sobreaviso.

Destaca-se que a simples existência, ou mesmo o efetivo uso, de aparelho de comunicação não é suficiente para caracterizar o regime de sobreaviso, sendo necessário restar suficientemente provado que o empregado permanece de plantão aguardando para, a qualquer momento, ter de comparecer ao local da prestação de trabalho durante o período de repouso, ou seja, deve ficar evidente que o empregado sofre restrições quanto à livre mobilidade, nos termos da Súmula 428 do TST:

SUM-428 SOBREAVISO. APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 244, § 2º DA CLT (redação alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 14.09.2012) - Res. 185/2012 - DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012.

I - O uso de instrumentos telemáticos ou informatizados fornecidos pela empresa ao empregado, por si só, não caracteriza o regime de sobreaviso

II - Considera-se em sobreaviso o empregado que, à distância e submetido a controle patronal por instrumentos telemáticos ou informatizados, permanecer em regime de plantão ou equivalente, aguardando a qualquer momento o chamado para o serviço durante o período de descanso.

Ademais, conforme exposto no item referente ao trabalho externo, o reclamante não tinha a jornada controlada, logo, não faz jus à percepção das referidas horas.

Portanto, entendo que não há falar em pagamento de horas a título de regime de sobreaviso, porque os elementos permitem concluir que não havia a obrigação de permanecer de prontidão ou de ter que sacrificar sua liberdade de locomoção. Aplica-se ao caso o entendimento consagrado na Súmula nº 428, I, do TST.

Nego provimento.

1.6 HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA

Diz o reclamante que não se conforma com a sentença, no aspecto em que o condenou ao pagamento de honorários advocatícios de sucumbência em favor dos procuradores da recorrida, no percentual de 10% sobre o valor dos pedidos. Frisa que não há que se falar em condenação em honorários sucumbenciais, uma vez que o trabalhador está amparado pelo benefício da justiça gratuita, no qual se incluiu a assistência judiciária gratuita e integral, de modo que a decisão afronta o disposto no art. 5º, LXXIV, da Constituição Federal. Requer o provimento do presente recurso para afastar condenação do recorrente ao pagamento quanto aos honorários sucumbenciais ao procurador da reclamada ou, sucessivamente, minorar o valor da condenação.

Constou da sentença:

"DA JUSTIÇA GRATUITA.

Primeiramente, não verifico inconstitucionalidade quanto aos §§ 3º e 4º do artigo 790 da CLT, pois cabe ao legislador ordinário fixar os critérios para o reconhecimento da insuficiência econômica. No caso, foram fixados dois critérios, um objetivo, de salário igual ou inferior a 40% do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social, e outro subjetivo, de comprovação de insuficiência de recursos, não sendo eles colidentes. Assim, concedo à sucessão reclamante, forte no artigo 790, § 3º, da CLT, o benefício da justiça gratuita, considerando que o documento de id 649c93e demonstra o recebimento de pensão por morte da viúva em valor inferior a 40% do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social".

"DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

Os honorários advocatícios decorrentes da sucumbência são regidos pelo artigo 791-A da CLT.

Observados o grau de zelo do profissional, o lugar de prestação do serviço, a natureza e a importância da causa e o trabalho realizado pelo advogado de cada parte e o tempo exigido para o seu serviço, são devidos honorários da seguinte forma:

a) 10% sobre o valor que resultar da liquidação em favor do advogado do reclamante;

b) 10% sobre o valor dos pedidos formulados sob letras "b", "c", "d", e "e", em favor do advogado da reclamada, pela sucumbência total nesses pedidos.

É vedada a compensação. Contudo, em face da concessão do benefício da justiça gratuita, a exigibilidade pelos advogados das reclamada fica suspensa nos termos do § 4º do artigo 791-A da CLT, observada a inconstitucionalidade incidental declarada".

Com razão.

Com relação aos honorários advocatícios decorrentes da sucumbência do autor beneficiário da gratuidade da justiça, meu entendimento era no sentido de que a medida cabível seria a suspensão da exigibilidade conforme atualmente dispõe o art. 791-A, § 4º, da CLT, devendo ainda ser observado o decidido pelo Tribunal Pleno deste TRT em 12/12/2018 que entendeu "*declarar incidentalmente a inconstitucionalidade da expressão 'desde que não tenha obtido em juízo, ainda que em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa', constante do § 4º do art. 791-A da CLT, com redação da Lei 13.467 de 13.07.2017*".

Todavia, como o STF, no julgamento da ADI 5766 em 20.10.2021, declarou a inconstitucionalidade do §4º do art. 791-A da CLT incluído pela Lei nº 13.467/2017, impõe-se reconhecer a inviabilidade da condenação da parte autora ao pagamento da verba honorária decorrente de sua sucumbência, dado que se trata de beneficiária da gratuidade da justiça.

Assim, dou provimento ao recurso ordinário do autor, quanto ao aspecto, para absolvê-lo da condenação ao pagamento dos honorários advocatícios decorrentes de sua sucumbência, observando-se o decidido pelo STF no julgamento da ADI 5766 em 20.10.2021 a respeito da inconstitucionalidade do §4º do art. 791-A da CLT incluído pela Lei nº 13.467/2017.

LUCIANE CARDOSO BARZOTTO

Relator

VOTOS

DESEMBARGADOR MARCELO JOSÉ FERLIN D AMBROSO:

1.2 TRABALHO EXTERNO. ART. 62, I, DA CLT. HORAS EXTRAS. TRABALHO NOTURNO. TRABALHO EM FERIADOS

Peço vênia à nobre Relatora para divergir quanto à matéria em epígrafe.

Nos termos do art. 62, I, da CLT, não se aplicam as normas atinentes à duração do trabalho *"aos 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"*.

Pela leitura do dispositivo transcrito, depreende-se que o fato da atividade exercida ser externa não autoriza, por si só, o enquadramento automático do empregado na referida exceção legal, sendo necessária a efetiva impossibilidade de controle ou fiscalização da jornada, cuja prova é da parte ré (fato impeditivo).

De igual modo, destaco que, pelo princípio da primazia da realidade, o simples cumprimento da formalidade prevista no dispositivo em comento não obsta o reconhecimento do exercício de atividade externa compatível com a fixação de horário de trabalho e o deferimento das horas extras.

Ainda, não há confundir jornada não controlada, por liberalidade do empregador, com jornada incontrolável. Neste último caso, deve restar comprovado que o exercício do cargo, pelo tipo de atividade, realizada distante da sede da empresa, e com ingerência e liberdade única do empregado na administração da sua própria carga de trabalho, organizando de acordo com sua conveniência, enseja reconhecer ser inviável o controle e fiscalização da jornada praticada. E, por se tratar de exceção à regra legal no que respeita ao dever de documentação da carga de trabalho, a teor do contido no art. 74 da CLT, imperioso que o empregador, por invocar fato impeditivo ao direito postulado, apresente provas que justifiquem a modalidade prevista no art. 62, I, da CLT.

Todavia, analisando o conjunto probatório dos autos, verifico que a demandada não se desincumbiu do ônus que lhe pertencia (art. 818 da CLT c/c art. 373, II, do NCPC e princípio para a aptidão da prova), no sentido de que o obreiro estava enquadrada na hipótese exceptiva prevista no art. 62, I, da CLT.

Com efeito, a demandada não apresentou provas da impossibilidade de controle da jornada do autor. Ao contrário, entendo que a prova produzida favorece a tese do autor.

A testemunha ouvida a convite do demandante, José Carlos da Silveira Flor, afirma *"que o reclamante era responsável pela compra de hortifruti de todas as lojas da reclamada; que o reclamante comprava os produtos diretamente na Ceasa; que o depoente fazia os pedidos de hortifruti para o reclamante, aos domingos, por telefone; questionado se fazia os pedidos apenas aos domingos, o depoente informa que fazia os pedidos terças e quintas, por telefone, ao reclamante, reforçando o pedido aos domingos; que o depoente tem conhecimento que as demais*

lojas também reforçavam os pedidos aos domingos, pois a Ceasa abria na segunda e os produtos eram entregues na terça; o reclamante, a pedido do depoente, comparecia na loja do Sarandi, aos domingos antes das 13h, horário de fechamento da loja, para recolher e repassar os produtos de hortifruti para outras lojas, já que é um produto perecível; que era o próprio reclamante quem distribuía esses produtos para outras lojas; que este procedimento era adotado para evitar a quebras/desperdício; que a loja do depoente fechava às 22h; **que no horário comercial, e nos dias em que não estava na Ceasa, o reclamante fazia a supervisão das lojas na parte de hortifruti**; que aconteceu de o depoente ligar para o reclamante fora do horário comercial, solicitando o envio de tomates, batatas e cebolas, que tem mais saída, e no dia seguinte pela manhã os produtos já estarem na loja; que a loja do depoente também funcionava em feriados, ocasiões em que o reclamante também lá esteve e também atendeu ligações telefônicas do depoente; que geralmente nas sextas, sábados e domingos são vendidos mais produtos de hortifruti; que em Dia dos Pais, Dia das Mães, Natal e Ano- Novo são datas em que são vendidos mais produtos de hortifruti; que o reclamante ficava sempre em , estando de prontidão para sanar qualquer stand-by problema das lojas; que o depoente ligou em mais de uma oportunidade ao reclamante após às 22h; que os motoristas e o próprio reclamante comentaram com o depoente que ele operava as empilhadeiras para carregar os caminhões com hortifruti na Ceasa; que o reclamante disse ao depoente que seria importante que ele também aprendesse a operar empilhadeira para eventual necessidade em razão de falta de funcionário; (...) que o reclamante era responsável pela aquisição de mais de 50 produtos de hortifrutigranjeiro, para a loja do depoente; que normalmente fazia os pedidos de reposição de produtos por telefone ao reclamante, e se ele estivesse ocupado, ele informava a loja em que estaria e o depoente enviava um email para essa loja com a relação de produtos que necessitava; que o depoente nunca enviou emails ou fez telefones a Sra Petri, para solicitar a reposição de produtos de hortifruti ou a redução do preço de algum desses produtos, pois sempre que assim procedeu a Sra Petri dizia que todas as compras e todas as modificações de preço somente poderiam ser feitas com a autorização do reclamante, e por isso o depoente sempre fazia tais solicitações ao reclamante; que o reclamante normalmente estava na Ceasa ou nas lojas da rede, dificilmente sendo encontrado na matriz da empresa, motivo pelo qual o depoente mantinha contato com o reclamante pelo celular; que o reclamante estava na Ceasa sempre pela manhã e nas lojas da rede, à tarde." (grifei)

A primeira testemunha ouvida a convite da ré, Sandra Maria Petry da Silva, disse: (...) **que nas terças, quintas e sábados o reclamante trabalhava fixo na Ceasa, das 6h às 14h**; que a depoente acompanhava o reclamante na Ceasa e por volta das 14h o reclamante a deixava na parada de ônibus; que dentro do horário de trabalho fazia parte das atividades do reclamante a visita a lojas da rede, sempre em função dos hortifruti; **que a depoente chegava a ligar para o**

reclamante após às 14h, quando o encontrava em casa ou na Ceasa, podendo também estar nas lojas da rede; que nos demais dias da semana - segunda, quarta e sexta - a depoente ficava na matriz, e o reclamante negociava preços para aquisição dos produtos, mas não sabe em que local o reclamante estava; que o reclamante sempre estava na matriz nas segundas à tarde; (...); que o reclamante não batia ponto, e se havia alguém que controlasse a execução de seu serviço, poderia ser apenas Sr. Antônio; que o reclamante utilizava telefone celular fornecido pela reclamada; que a depoente também usa telefone celular cedido pela empresa, e que o desliga por volta das 21h, horário de fechamento da maioria das lojas; (...); que os produtos saem da Ceasa às 14h e chegam no máximo às 17h nas lojas mais distantes; que aos sábados os produtos saem da Ceasa às 10h ou 11h, e chegam até às 14h nas lojas; (...); que o reclamante nunca estabeleceu horário para que a depoente lhe fizesse ligações, mas as ligações feitas pela depoente sempre observaram o seu horário de trabalho, das 8h às 12h e das 13h às 18h, de segunda a sexta; que tirando os dias em que o reclamante estava na Ceasa, a depoente não sabia em que local o reclamante estaria, por isso mantinha contato com ele por telefone; (...).
(grifei)

Conforme se observa, havia pleno conhecimento do roteiro do autor por parte da ré, sendo possível o cômputo da jornada de trabalho. Desse modo, entendo que restou demonstrada a plena possibilidade de controle de horário da parte.

Portanto, concluo que as atividades realizadas externamente pelo demandante não eram incompatíveis com a fixação e controle de horários, o que afasta a incidência da regra do I do art. 62 da CLT.

Diante desses elementos de prova, resulta nítido que dispunha o empregador de meios de fiscalização e apuração da jornada efetivamente cumprida, razão pela qual concluo pela inviabilidade do enquadramento da parte autora na hipótese exceptiva do artigo celetário em comento.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso para afastar o enquadramento do autor na hipótese exceptiva do art. 62, I, da CLT, bem como para condenar a demandada ao pagamento das diferenças de horas extras todas as laboradas após às 08:00 horas diárias e 44 horas semanais, com acréscimo legal ou normativo, com reflexos em repousos, férias mais 1/3, feriados, 13ºs salários, quinquênio, aviso prévio e FGTS com 40%, considerada a jornada informada na inicial (terças-feiras, quintas-feiras e sábados, das 6h as 18h30/19h; nos feriados, das 6h as 12h30min, com exceção dos feriados de Natal, Ano Novo ou Dia das Mães, em que a jornada diária iniciava às 2h, encerrando às 12h30min, e nas segundas, quartas e sextas-feiras, das 8h às 18h)

- adicional noturno

Considerando a jornada fixada dou provimento ao recurso do autor para condenar a ré ao pagamento do adicional noturno, computando-se a hora reduzida noturna, com reflexos em repouso, feriados, férias mais 1/3, 13ºs salários, quinquênio, aviso prévio e FGTS com a multa de 40%.

- feriados

Da mesma forma, considerando a jornada fixada acima, dou provimento ao recurso ordinário do autor para condenar a ré ao pagamento das horas extras laboradas em feriados, sem o prejuízo do pagamento do repouso em dobro, previsto nas cláusulas normativas, com reflexos em férias mais 1/3, 13º salário, quinquênio, aviso prévio e FGTS com 40%.

PARTICIPARAM DO JULGAMENTO:

DESEMBARGADORA LUCIANE CARDOSO BARZOTTO (RELATORA)

DESEMBARGADOR LUIZ ALBERTO DE VARGAS

DESEMBARGADOR MARCELO JOSÉ FERLIN D AMBROSO