



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 2ª REGIÃO

PROCESSO TRT/SP Nº 1002259-67.2016.5.02.0467 - 14ª TURMA
RECURSO ORDINÁRIO
ORIGEM: 7ª VARA DO TRABALHO DE SÃO BERNARDO DO CAMPO
RECORRENTE: MANOELA BASTIDA FERREIRA DE LIMA
ADV.: NORBERTO GUEDES DE PAIVA
RECORRENTE: ÉPICA EMPREENDIMENTOS COMERCIAIS LTDA
ADV.: JANETE RIBEIRO DE CAMPOS MARINI
JUIZ SENTENCIANTE: EVANDRO BEZERRA

EMENTA

USO DE APARELHO CELULAR FORNECIDO PELO EMPREGADOR - ATENDER A CLIENTES FORA DO EXPEDIENTE LABORAL - AUSÊNCIA DE ÓBICE À LIBERDADE DE LOCOMOÇÃO - SOBREAVISO - NÃO CARACTERIZAÇÃO. Não se verifica a hipótese de labor nos termos da Súmula 428 do TST, pois a mera utilização do aparelho celular fornecido pela empresa, para atender a clientes não caracteriza o sobreaviso, quando não acarreta óbice à liberdade de locomoção do empregado. Recurso ordinário da reclamante não provido.

Inconformada com a r. sentença de fls. 380/386, cujo relatório adoto e que julgou procedente em parte a ação, recorre ordinariamente a reclamante pelas razões de fls. 395/402, pretendendo a reforma do julgado quanto às horas de sobreaviso e à indenização por danos morais.

A reclamada recorre pelas razões de fls. 404/408, invocando prescrição e pretendendo a reforma quanto às retenções de comissões e aos honorários advocatícios.

Contrarrazões às fls. 415/424 e 432/435.

É o relatório.

V O T O

Regular e tempestivo, conheço.

RECURSO DA RECLAMADA

Consta da inicial que a reclamada reteve o percentual de suas comissões a partir de 13.09.2013.

Alega a reclamada que a pretensão da recorrida encontra-se prescrita, pois o novo regulamento interno teria fixado novas regras em 13.09.2013 e o biênio prescricional expirado em 13.09.2015, mas a presente ação foi ajuizada em 2016.

Em se tratando de obrigação de trato sucessivo, apenas a prescrição quinquenal a alcança, não se justificando a contagem bienal retroativa a partir da data da rescisão do contrato.

Mantenho.

A reclamante foi admitida em 03.02.2003 como vendedora de jazigos, gavetas, lotes, nichos e pronto atendimento, sendo demitida em 30.04.2016.

A recorrente alega que não houve desconto ou retenção de 25% dos salários da recorrida a partir de setembro de 2013. Aponta que a sentença *"desrespeitou os limites em que foi proposta a lide, eis que ao impor à recorrente condenação por alteração contratual, quando a recorrida refere-se a descontos em folha de pagamento, ofendeu o disposto nos artigos 141 e 492 do CPC"* (fl. 406). Resume que não foi comprovada a alteração contratual prejudicial.

Na defesa, a reclamada destaca que a modificação dos critérios de comissões foi ajustada de comum acordo entre as vendedoras, conforme ata de reunião. Refere que a autora não informou a estipulação de um bônus, que não existia antes de setembro/2013.

O documento de fls. 199/200 indica que, na reunião de vendas de 13.09.2013, foram discutidas as mudanças nas regras de pagamento de comissão. Foi resolvido que as comissões seriam pagas com retenção de 25% do valor da comissão e, ao findar do terceiro mês, o acumulado seria pago conforme cumprimento da cota/metras em percentagens. Assim, a partir daquela data de implantação das metas, a empregada a receberia integral se cumprida a cota; teria um acréscimo de 10% sobre o valor retido se ultrapassada a

cota em 10%; de 20% sobre o valor retido se ultrapassada a cota em 20%; de 30% se ultrapassada a cota em 30%; pagamento de 80% do valor retido, para o cumprimento de 90% da cota trimestral; de 70% do valor retido, para o cumprimento de 80% da cota trimestral; de 60% do valor retido, para o cumprimento de 70% da cota trimestral; não haveria pagamento de valor retido nos casos de cumprimento inferior a 70%.

Conforme a tabela de fl. 200, no período de 20/09/2013 a 20/11/2013, a autora recebeu 80% de seu salário, tendo uma retenção de R\$ 1.344,59; no período de 20/12/2013 a 20/02/2014, recebeu 70% de seu salário com retenção de 30%, no valor de R\$ 1.527,34; no período de 20/03/2014 a 20/05/2014, nada recebeu; no período de 20/06/2014 a 20/08/2014, recebeu 60% de seu salário, com retenção de 40%, valor retido de R\$ 1.935,17; no período de 20/09/2014 a 20/11/2014, nada recebeu; e assim por diante, **perfazendo um total retido dos salários da reclamante de 20/09/2013 a 20/04/2016, o montante de R\$ 30.306,11.**

A contestação, de forma genérica, indica que a reclamada limitou-se a asseverar que não ocorreram descontos ou retenção de 25% dos salários da autora, como já mencionado.

A alegada modificação dos critérios de pagamento de comissões em setembro de 2013 evidentemente não implicaram descontos salariais, mas o não pagamento integral de comissões.

A testemunha Aparecida Regina Chimati Fatini nada mencionou sobre o novo sistema de pagamento de comissões, porque o juízo de origem restringiu o objeto da prova oral ao sobreaviso (fls. 377/379). A mesma depoente ouvida nos autos do processo nº 1002326-06.2014.5.02.0466 disse que "*(...) trabalhou para a reclamada de 1981 a 1990 como supervisora e desde fevereiro/2002 trabalha como vendedora; que a depoente recebia somente comissões, explicando que havia valor fixo que era quitado somente se não atingido o valor das comissões; que na prática recebia apenas comissões; que em agosto ou setembro de 2012 teve alteração na forma de pagamento de comissões, sendo que era descontado valor de 25% das comissões e condicionado o reembolso desde desconto ao cumprimento de metas; que a depoente algumas vezes cumpriu as metas; que o valor das comissões e o desconto referido não constava em holerites; que a depoente sabe dizer que tem valor retido pela reclamada, porém não pode informar o montante porque não acompanhou os valores retidos; que a alteração quanto à forma de pagamento de comissões e retenção de 25% ocorreu com todas as vendedoras; que sempre tiveram metas na reclamada, porém após 2012 aumentou um pouco o número de*

vendas e foi estabelecido o desconto de 25%; que a quantidade de vendas manteve-se na mesma média depois da alteração ocorrida em 2012; que a depoente ouviu do Sr. Durval, supervisor, dizer que ia colocar ordem na casa; que não recebiam nenhum tipo de ajuda de custo com despesas para realizar o trabalho externo; que caso atingido 100% da meta, tinham o valor retido devolvido e **caso ultrapassado 100% da meta recebiam bônus, que não existia antes da alteração ocorrida em 2012; que a depoente chegou a receber o bônus referido; que a reclamada não ajustou o pagamento de valor incluído nas comissões para custear gastos com o trabalho externo."**

A reclamada não explicou exatamente a nova sistemática de pagamentos implementada a partir de setembro de 2013, admitida em defesa. Não houve a juntada de qualquer documento capaz de justificar a alteração contratual unilateralmente imposta. O documento que resume a reunião em que foi firmada a referida alteração apenas menciona a redução e o pagamento de comissões atrelado ao cumprimento de metas. Nada estipula a respeito de pagamento de bônus, que conforme a explicação da testemunha, só ocorria se a meta de 100% fosse ultrapassada, e não para compensar a redução das comissões, como sugeriu a reclamada.

A alegação da ré de que não havia "descontos" não a favorece, pois a testemunha informou que o valor do desconto percentual mensal sobre as comissões "(...) não constava em holerites".

Também de acordo com a informação de testemunha, o bônus não existiu para compensar a redução das comissões, ao contrário do quanto alegado pela reclamada, como já fundamentado anteriormente. A empregadora não apresentou qualquer documento que demonstre a base de cálculo dos alegados "bônus", e quais os valores e em que datas teriam sido pagos à autora.

Não há falar em desrespeito dos limites objetivos da lide, pois observado o pedido inicial, o juízo originário concluiu que "(...) *diante do que restou demonstrado, imperioso reconhecer que, além da ausência do mútuo consentimento, ocorrera notória redução do valor das comissões em caso de não atingimento das novas metas estabelecidas unilateralmente pela reclamada, impondo-se concluir que houve alteração contratual lesiva em prejuízo do trabalhador, em afronta ao art. 468 da CLT e 7º, VI, da CF.*

Isto posto, julgo procedente o pedido, condenando a reclamada ao pagamento das diferenças de comissões, a partir de 13/09/2013, com reflexos nos RSR, férias +

1/3, décimos terceiros salários, FGTS 8%, multa de 40% do FGTS e aviso prévio" (fl. 382).

Diante de todo o quadro probatório, inclusive o emprestado, a autora faz jus às diferenças de comissões em razão de alteração contratual unilateral lesiva aos seus interesses, com as devidas integrações.

Mantenho.

Quanto aos honorários advocatícios, a recorrente requer a incidência do percentual de 15% sobre o total dos pedidos da inicial, ante a flagrante improcedência.

Como a procedência parcial foi mantida, não se acolhe a pretensão patronal, sendo que o percentual de 5% sobre os pedidos julgados improcedentes deve ser mantido, pois não houve recurso da parte contrária sobre tal tema e apresenta-se razoável.

RECURSO DA RECLAMANTE

Alega a recorrente que era obrigada a estender sua jornada, em regime de plantões (24 horas) de sobreaviso, sendo devido o labor extraordinário. Explica que era complicado atender aos clientes quando estava fora de casa, dada à situação envolvida (luto) quando da necessidade de adquirirem os produtos da reclamada, então ficava com a locomoção comprometida.

Em seu depoimento, declarou *"que os plantões eram realizados por escala, sendo um vendedor por dia, que o plantão iniciava de madrugada à 00h, e terminava à meia-noite (24h), ou seja, o vendedor iniciava o seu plantão à 00h01 do próprio dia, ficava neste plantão até o horário de entrada no trabalho às 07h30, cumpria sua jornada normal na sede da empresa das 07h30 às 17h30, ia embora para casa portando celular da empresa e continuava no plantão até meia-noite do próprio dia (24h), sendo que no dia seguinte essa mesma rotina era seguida por outro vendedor; que durante os plantões recebia ligações de funerárias e pessoa do próprio cemitério querendo adquirir jazigos para pronto sepultamento e previdência para futuros possíveis óbitos; que para realização das vendas durante os plantões, a depoente utilizava uma tabela de preços, fotos com modelos dos jazigos, caso a venda fosse fechada colhia as informações por telefone e quando chegasse na empresa elaborava o contrato no computador da empresa; que durante os plantões permanecia na sua própria casa devido à*

complexidade das informações relativas à venda então caso tivesse algum compromisso avisava a empresa com antecedência para alterar a data do seu plantão; que os plantões ocorriam em média uma vez por semana, totalizando 5 a 6 plantões por mês em média; que não tinha liberdade para sair durante seus dias de plantão."

A testemunha indicada pela reclamante informou "que os plantões eram feitos em forma de escala entre todos os vendedores de modo que todos fizessem o mesmo número de plantões por mês; que na época do reclamante havia 6 vendedores; que o plantão inicia à 00h01 na madrugada do próprio dia, sendo que das 07h30 às 17h30 o vendedor cumpre sua jornada normal na sede da empresa e após este horário até à meia-noite o vendedor continua em regime de plantão, sendo que à 00h01 do dia seguinte o plantão é assumido por outro vendedor e assim sucessivamente; que nos dias de plantão a depoente evita sair para compromissos particulares pois é complicado atender o cliente, discutir valores e outras questões, então procura ficar em casa e programar seus compromissos para outros dias; que se a depoente precisar ir, por exemplo, ao supermercado no dia do plantão, fica com o celular do seu lado para atender qualquer chamada; que para realizar as vendas utiliza uma tabela de preços e uma calculadora."

A testemunha ouvida a convite da reclamada disse "que participava dos plantões; que a depoente fazia seus plantões na empresa em horário comercial e fora do horário comercial permanecia com o celular à disposição da empresa e dos clientes; que fora do horário comercial em plantão, a depoente poderia sair para outras atividades particulares pois bastava estar com o celular para atender o cliente; que no seu celular já possuía a tabela de preços e a calculadora; que o plantão durava 24h, iniciando à 00h01 da madrugada do próprio dia e encerrando à 00h, sendo que no dia seguinte o plantão era assumido por outro vendedor."

As testemunhas comprovaram que o fato de estarem aguardando telefonemas dos clientes não as impedia de se locomoverem e resolverem suas pendências particulares.

Não se verifica a hipótese de labor nos termos da Súmula 428 do TST, pois a mera utilização de aparelho celular fornecido pela empresa para atender a clientes não caracteriza o sobreaviso, quando não acarreta óbice à liberdade de locomoção do empregado.

Mantenho.

O fato de a reclamada reduzir indevidamente o valor das comissões realmente caracteriza danos à autora. Estes, contudo, foram de natureza material, objeto da condenação desta Justiça Especializada, com valores que serão atualizados monetariamente e acrescidos de juros de mora. Assim, já se procederá à reparação dos danos causados pela conduta da empregadora, não sendo cabível indenização por danos de natureza moral.

A redução salarial indevida ocorreu em relação a todas as vendedoras, e só em 13.09.2013, após o período de afastamento por doença da autora, que ocorreu de 12.12.2012 a 12.02.2013 (fl. 202).

Nada a reparar.

Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Desembargador FERNANDO ÁLVARO PINHEIRO.

Tomaram parte do julgamento os Exmos. Srs. Magistrados: RAQUEL GABBAI DE OLIVEIRA, FERNANDO ÁLVARO PINHEIRO e MARIA CRISTINA XAVIER RAMOS DI LASCIO.

Relatora: a Exma. Sra. Juíza RAQUEL GABBAIS DE OLIVEIRA.

Revisor: o Exmo. Sr. Desembargador FERNANDO ÁLVARO PINHEIRO.

Sustentação oral: Dr. Norberto Guedes de Paiva.

Ante o exposto, ACORDAM os Magistrados da 14ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região em: por unanimidade de votos, CONHECER e NEGAR PROVIMENTO a ambos os apelos, conforme a fundamentação, mantendo integralmente a r. sentença.

RAQUEL GABBAI DE OLIVEIRA

JUÍZA RELATORA CONVOCADA

z

VOTOS