

PROCESSO nº 0020531-29.2019.5.04.0512

RECORRENTES: MATHEUS DE OLIVEIRA, TSA HEALTHY EIRELI

RECORRIDOS: MATHEUS DE OLIVEIRA, TSA HEALTHY EIRELI

RELATOR: RICARDO HOFMEISTER DE ALMEIDA MARTINS COSTA

PROCEDIMENTO SUMARÍSSIMO (art. 895, § 1º, VI, da CLT)

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

ACORDAM os Magistrados integrantes da 11ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região: preliminarmente, por unanimidade de votos, REJEITAR O PEDIDO DE CONTRARRAZÕES DO RECLAMANTE DE NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO ORDINÁRIO DA RECLAMADA, por deserção.

No mérito, por unanimidade de votos, DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO ORDINÁRIO DA RECLAMADA, para:

a) afastar as condenações ao pagamento de horas extraordinárias excedentes a 8 por dia e 44 horas semanais e de uma hora extraordinária por dia de trabalho a título de hora intervalar; e

b) por consequência, afastar a condenação da reclamada ao pagamento de honorários advocatícios em favor dos procuradores do reclamante; mantendo-se a sentença, nos demais itens, por seus próprios fundamentos, nos termos do art. 895, § 1º, IV, da CLT.

Por unanimidade, NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO ORDINÁRIO DO RECLAMANTE, mantendo-se a sentença, por seus próprios fundamentos, nos termos do art. 895, § 1º, IV, da CLT. Custas, pelo reclamante, calculadas sobre o valor da causa, na importância de R\$ 252,57 (duzentos e cinquenta e dois reais e cinquenta e sete centavos), de cujo pagamento fica dispensado, em razão do benefício da justiça gratuita que lhe foi deferido.

Intime-se.

Porto Alegre, 05 de março de 2020 (quinta-feira).

RAZÕES DE DECIDIR.

PRELIMINARMENTE.

CONTRARRAZÕES DO RECLAMANTE.

NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO ORDINÁRIO DA RECLAMADA. DESERÇÃO.

O reclamante afirma que o depósito recursal efetuado pela reclamada é inferior ao necessário para o conhecimento do recurso, já que é inaplicável o § 9º do art. 899 da CLT. Assevera que a reclamada é uma EIRELI, não estando inclusa no rol taxativo do § 9º do art. 899 da CLT. Requer que não seja reconhecido o recurso da ré, por deserto.

Examino.

O § 9º do art. 899 da CLT assim dispõe:

§ 9º - O valor do depósito recursal será reduzido pela metade para entidades sem fins lucrativos, empregadores domésticos, microempreendedores individuais, microempresas e empresas de pequeno porte.

Tenho que o dispositivo é válido e eficaz, não havendo razão para a sua não aplicação.

Ademais, não se deve confundir o porte da empresa com o seu tipo societário. O fato de a reclamada se enquadrar no tipo Empresa Individual de Responsabilidade Limitada não exclui a possibilidade de ter um porte de microempresa.

A reclamada comprovou ser optante pelo Simples Nacional desde 14.01.2016 (ID fd6f060) e estar enquadrada como empresa de porte micro na RAIS (ID 468e921 - Pág. 1).

Desse modo, está inserida na previsão do art. 899, § 9º, da CLT, de forma que o depósito recursal no valor de R\$ 4.914,25 (ID bb7742b) está adequado, não havendo que se falar em deserção.

Rejeito.

MÉRITO.

RECURSO ORDINÁRIO DA RECLAMADA.

JORNADA DE TRABALHO.

Assim decidiu a sentença:

A possibilidade de excepcionar os trabalhadores que exercem atividade externa das normas sobre a duração do trabalho é prevista no inciso I do artigo 62 da CLT. A norma contempla dois pressupostos para sua incidência: um objetivo ou formal, consistente na anotação da condição especial na Carteira de Trabalho e Previdência Social e no registro de empregados; outro de caráter subjetivo ou fático, referente à atividade externa incompatível com a fixação de horário de trabalho.

Ambos pressupostos devem estar preenchidos de forma concomitante, não sendo alternativos. Ainda que o direito do trabalho seja orientado pelo princípio da primazia da realidade, a ausência de cumprimento da formalidade não pode ser suprida por outros meios de prova, vale dizer, mesmo que a realidade fática evidencie que o trabalho era externo e incompatível com a fixação de horário, a falta de registro dessa condição especial na CTPS do empregado e na ficha de registro afasta a incidência da exceção prevista no inciso I do art. 62 da CLT.

Por outro lado, a observância da formalidade legal gera mera presunção de que o trabalho era realizado em condições incompatíveis com a fixação e fiscalização do horário de trabalho do empregado. Essa presunção não inverte o ônus da prova, que se mantém com o empregador. Há que se ter em mente que a condição normal é aquela em que o trabalhador é submetido ao controle de horário, de modo que a exceção tratada no artigo 62 da CLT, quando alegada em defesa, constitui um fato impeditivo ao direito do empregado à remuneração do trabalho extraordinário.

Na análise sobre o enquadramento ou não do empregado na exceção do regime de controle de jornada, não basta que a atividade seja executada externamente, é necessário que haja efetivamente incompatibilidade na fiscalização da jornada por parte do empregador. Consoante Segadas Vianna, citado por SÜSSEKIND:

A exceção da referida alínea a do art. 62 (hoje inciso I desse artigo) unicamente tem aplicação aos empregados que, executando serviços externos em razão da própria natureza das funções, não podem estar submetidos a horários, desde

que tal importaria em impedir que pudessem desenvolver suas atividades, a fim de obter remuneração compensadora, como no caso dos vendedores e viajantes (SÜSSEKIND, Arnaldo e outros. Instituições de Direito do Trabalho, 18 ed., v. 2, São Paulo: LTr, 1999, p. 809).

Da mesma forma, ensina SÜSSEKIND:

"se o trabalho do empregado é executado fora do estabelecimento do empregador (serviço externo), mas vigora condição que, indiretamente, lhe impõe um horário, afigura-se-nos que não poderá prosperar a exceção consubstanciada na aliena a transcrita".

Na mesma trilha, CARRION preconiza que a configuração da hipótese em estudo exige que o trabalhador esteja fora da permanente fiscalização e controle do empregador, o que se compreende como uma impossibilidade material de conhecimento acerca do tempo realmente dedicado com exclusividade à empresa. O mesmo alerta que não se enquadra na exceção o trabalhador cuja produção, "sendo mensurável, não puder ser realizada senão ultrapassando jornada normal". Apresenta o seguinte exemplo:

É o caso do motorista de caminhão, perfazendo percurso determinado entre certas cidades, cuja quilometragem exige fatalmente tempo superior ao de oito horas. Mas a jurisprudência e a regulamentação administrativa ultrapassaram a restrição legal (CLT, art. 62, I) e a interpretação restrita acima sugerida, generalizando a obrigatoriedade da ficha individual, papeleta ou registro de ponto, que devem ficar em poder do empregado (Port. 3.626/91); a omissão poderá modificar em seu favor o ônus da prova do empregado em juízo, desde que haja indícios veementes da existência de horário prorrogado frequente (CARRION, Valentim. Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho, 22 ed., São Paulo: Saraiva, 1997, p. 108).

No caso de vendedores viajantes, afigura-se aplicável a exceção do regime de duração do trabalho, na medida em que, em regra, o trabalho não apenas é executado externamente, como também sem meios efetivos de controle da jornada pelo empregador. Assim já decidiu o TRT da 4ª Região:

HORAS EXTRAS. ART. 62, I, DA CLT. O vendedor viajante sujeito a controle exclusivo por produtividade, sem possibilidade de fiscalização do horário de trabalho, não está sujeito às regras gerais de duração do trabalho, conforme inciso I do art. 62 da CLT. (Processo 0000916-91.2012.5.04.0611 (RO). Relator Desembargador Ricardo Hofmeister De Almeida Martins Costa. Data de julgamento: Data: 17/10/2013).

Não será o caso de vendedores cujo relacionamento com o empregador se dê com o uso de meios capazes de denunciar a extensão da jornada de trabalho superior ao limite constitucional. É o que ocorre, por exemplo, com os vendedores que transmitem os pedidos online ou emitem nota fiscal no ato da venda. Também é possível reconhecer a submissão a controle de horário por meio de relatórios de visitas, agenda de compromissos, contato telefônico ou por meio eletrônico ou mesmo comparecimento diário na sede da empresa. Essa hipótese é conhecida dos tribunais, inclusive na 4ª Região, a exemplo da seguinte ementa:

HORAS EXTRAS. ADICIONAL NOTURNO. ATIVIDADE EXTERNA. VENDEDOR. ART. 62, I, DA CLT. Exceção prevista no art. 62, I, da CLT aplicável tão somente aos trabalhadores cuja jornada laboral não pode ser controlada ou fiscalizada pelo empregador. Determinante para esse enquadramento o fato de ser totalmente inviável o controle do tempo em que o empregado permaneceu à disposição da empresa, de modo que, se o trabalho for externo, mas compatível com a fiscalização da jornada efetivamente cumprida, não haverá espaço para a aplicação daquela norma. Existência, no caso em exame, de mecanismos pelos quais havia a possibilidade de controle da jornada do reclamante, em que pese não executados pela reclamada. Não verificada a incompatibilidade entre o trabalho do autor e o controle da sua jornada, impõe-se a reforma da sentença, reconhecendo o direito do demandante ao pagamento de horas extras. Apelo parcialmente provido. (Processo 0000916-60.2012.5.04.0007 (RO). Relator Desembargador Alexandre Corrêa Da Cruz. Data de Julgamento: 11/09/2014).

No caso dos autos, quanto ao aspecto formal, a reclamada apenas comprova a anotação da condição especial no registro de empregados, mas não na Carteira de Trabalho e Previdência Social, o que já seria suficiente à rejeição da tese de defesa.

Não bastasse, os termos dos depoimentos colhidos evidenciam que havia meios de controle de horário, o que afasta em definitivo o enquadramento na exceção de que trata o inciso I do artigo 62 da CLT.

Em seu depoimento pessoal, a representante da reclamada relata o seguinte acerca dos fatos em análise (ID 7675e58):

"[...] que o reclamante não tinha horário fixo, não tendo como precisar o horário cumprido, "uma vez que ele vinha na empresa apenas para troca de veículo e depois saía para vendas no roteiro que ele mesmo fazia"; que no final do dia o autor retornava à empresa para pegar o seu veículo; que na sede da empresa o reclamante utilizava o escritório para mandar e-mails e eventualmente ajudava na produção; que diariamente o reclamante comparecia na empresa no início da manhã e no final do expediente; que em alguns dias ele também comparecia na empresa ao meio-dia, para deixar o carro da empresa, pegar o seu veículo e ir almoçar em casa [...]"

A testemunha Rafaela Benedetti, que laborou para a reclamada de junho de 2017 a janeiro de 2018, ouvida por carta precatória a convite da reclamada, presta as seguintes informações (0a0de9b):

"[...] conheci o reclamante, ele era vendedor externo; eu o via chegando à empresa e logo a seguir saindo; ele chegava depois de mim, depois das 08h00; muitas vezes ele só chegava, pegava o carro da empresa e saía; às vezes ele ficava um pouco mais, acho que mandando e-mails ; o reclamante trabalhou esporadicamente na produção, quando precisava a gente chamava ele, mas era bem pouco; chamávamos quando precisava embalar, engarrafar; no primeiro dia de trabalho ele ajudou a mim e a minha colega [...] para ir até a empresa o reclamante usava o carro dele, mas para sair a trabalho, usava sempre o carro da empresa; [...] quando o reclamante não estava fazendo vendas externas, ele ficava na empresa o dia todo, e então ele ia almoçar em casa; outras vezes ele ficava na empresa de manhã e saía para vendas externas à tarde; nessas ocasiões ele não voltava mais [...]"

Os depoimentos colhidos deixam evidente que havia meios de controle da jornada de trabalho do autor, uma vez que, conforme declarado pela representante da empresa, "diariamente o reclamante comparecia na empresa no início da manhã e no final do expediente; que em alguns dias ele também comparecia na empresa ao meio-dia o qual diariamente iniciava e findava a jornada na empresa".

Ainda, o depoimento da testemunha ouvida a convite da própria reclamada é no sentido de que havia fixação de jornada de trabalho do autor, uma vez que esta declara que "como ele entrava às 08h00, teoricamente ele deveria sair às 18h00, para cumprir as 08h48min diárias".

Assim sendo, resta claro que, apesar de o reclamante laborar como vendedor e de suas atividades serem desempenhadas quase que integralmente fora das dependências da empregadora, havia plena possibilidade de controlar as atividades e horários praticados pelo autor.

Nesse contexto, os elementos probatórios permitem o reconhecimento de que o autor não se inclui na exceção de que trata o art. 62, inciso I, da CLT.

Por outro lado, de acordo com a Relação Anual de Informações Sociais (fls.87/99), a reclamada contava com menos de dez funcionários, não sendo obrigada a manter registro de horário de seus funcionários, nos termos do artigo 74, § 2º, da CLT, permanecendo com o autor o ônus de comprovar a jornada realizada, do qual se desincumbiu a contento, ao menos parcialmente.

Inicialmente, o autor apresenta cópias de mensagens eletrônicas trocadas com o proprietário da empresa (fls. 34/40), tratando de assuntos relacionados ao trabalho, em diversos horários, tais como 23h16min, 22h47min, 19h56min, 22h03 e, também, com referência ao labor em sábado.

Contudo, pelo teor das mensagens é certo que o autor não estava prestando serviço desde o final da jornada normal, às 18h, até referidos horários. Veja-se, por exemplo, a mensagem enviada pelo proprietário da empresa dia 05/11/2018 às 20h17min, somente foi respondida pelo autor às 22h46min, com os seguintes dizeres: "Caaa. Tava dormindo".

Acerca da jornada de trabalho, em seu depoimento pessoal, o autor relata o seguinte:

"[...] que o horário normal era das 08h às 12h e das 13h30min às 18h, mas trabalhava por bem mais tempo; que entre meados de 2017 e meados de 2018 trabalhou em todos os sábados, no horário das 06h às 20h, quando viajava a Porto Alegre e em outras ocasiões das 07 às 12h, quando ia para Caxias do Sul; que durante a semana tinha que prorrogar a jornada ao final do expediente, o que fazia em média 3 vezes por semana até às 20h ou 21h; que quando estava na empresa, o que ocorria em 2 dias por semana, em média, exceto no período de entregas, o depoente usufruía intervalo de 1h30min para descanso e alimentação; que quando estava fora da empresa fazia intervalo de 25 minutos; que no período em que fazia entregas o intervalo também era de 25 minutos; [...] que era o depoente quem definia o horário do almoço, "mas não tinha como fazer mais que 25 minutos, porque geralmente as vendas eram feitas em shopping e o melhor horário era o do almoço"; que no período de entregas também não podia ter intervalo maior, porque o suco tinha que ser mantido resfriado; que o sistema de resfriamento da Fiorino funcionava apenas com o motor ligado; [...]"

A representante da reclamada, por sua vez, declara o que segue:

"[...] que não sabe informar o horário que o reclamante chegava na empresa pela manhã, tampouco o horário que retornava ao final do expediente; que o reclamante trabalhava de segunda a sexta-feira; que aos sábados trabalhava 1 sábado a cada 3 ou 4 meses, quando tinha degustação; que depois de um tempo foi contratada uma nutricionista para fazer a degustação; [...]"

Por fim, a testemunha Rafaela Benedetti, ouvida por carta precatória a convite da reclamada, presta as seguintes informações (0a0de9b):

"[...] eu trabalhava das 07h00 às 17h18, de segunda a sexta; não trabalhava aos sábados; fazia intervalo das 12h00 às 13h15; conheci o reclamante, ele era vendedor externo; eu o via chegando à empresa e logo a seguir saindo; ele chegava depois de mim, depois das 08h00; muitas vezes ele só chegava, pegava o carro da empresa e saía; às vezes ele ficava um pouco mais, acho que mandando e-mails; [...] quando o reclamante ficava na empresa o dia todo, eu acho que ele chegava por volta das 08h00, e quando eu saía às 17h18, ele continuava trabalhando; não sei que hora ele parava de trabalhar nessas ocasiões, mas como ele entrava às 08h00, teoricamente ele deveria sair às 18h00, para cumprir as 08h48min diárias; [...]"

Ressalto, inicialmente, que o depoimento da preposta demonstra desconhecimento acerca dos fatos debatidos em juízo, especialmente sobre a jornada cumprida pelo autor. O artigo 843, § 1º, da CLT, ao facultar a substituição do empregador por gerente ou preposto, exige que este tenha conhecimento dos fatos relativos ao contrato de trabalho, sendo que suas declarações obrigam o proponente. O desconhecimento do preposto, no caso dos autos, importa em confissão do empregador quanto à matéria fática controvertida nos autos.

Não obstante, não há como simplesmente acolher a jornada da inicial, visto que diversa da relatada no depoimento pessoal do autor e demais elementos presentes nos autos.

Assim sendo, considerando os elementos presentes nos autos, arbitro que o autor laborava, em regra, de segunda a sexta-feira, das 08h às 18h, prorrogando a jornada até as 20h em três dias por semana. Com relação ao intervalo para repouso e alimentação, arbitro que em três ocasiões por semana o intervalo era usufruído por apenas 25 minutos, ao passo que nas demais ocasiões era de 01h30min. Além disso, arbitro que o autor, no período de julho de 2017 a junho de 2018, laborava em dois sábados por mês, das 07h às 12h e em um sábado por mês, das 7h às 19h, com uma hora de intervalo.

A jornada arbitrada importa em prestação de labor extraordinário, visto que ultrapassa a carga horária diária de 8 horas e/ou 44 horas semanais.

As horas extras são devidas a partir da 8ª diária e/ou 44ª semanal, sem a consideração de qualquer regime compensatório, por inexistente, já que a empregadora nega o direito às horas extras e não apresenta registros de horário do período contratual.

Destarte, defiro ao reclamante o pagamento de horas extraordinárias excedentes a 8 por dia e/ou 44 horas semanais, com reflexos em repouso semanais remunerados, aviso prévio, 13º salário, férias, com 1/3 e FGTS, com acréscimo de 40%.

As horas extras serão apuradas em liquidação de sentença, a partir da jornada arbitrada. O adicional será aquele previsto nas normas coletivas, pactuado no contrato ou estipulado na legislação, o que for mais benéfico para o reclamante. A base de cálculo será composta de todas as parcelas remuneratórias (Súmula nº 264 do TST). Por outro lado, tendo em vista que a remuneração do autor era mista e levando em conta os termos da Súmula 340 do TST, em relação ao salário fixo deve ser apurada a hora extra mais o adicional, enquanto sobre a parte variável (comissões) deve ser calculado somente o adicional pelo labor extraordinário.

3. Intervalo do art. 71 da CLT

O autor cumpria jornada de trabalho superior a seis horas, hipótese em que fazia jus ao intervalo mínimo de uma hora para descanso ou alimentação, consoante o disposto no artigo 71 da CLT.

O intervalo para descanso e/ou alimentação é regulado por norma de ordem pública, insuscetível de derrogação pelas partes, mesmo pela via da negociação coletiva, pois a matéria extrapola os limites da autonomia coletiva, conforme entendimento consagrado na Súmula 437, II, do TST.

A prestação de trabalho durante o intervalo para descanso e alimentação assegura ao empregado o direito à remuneração do período correspondente (ao intervalo), acrescido do adicional por serviço suplementar, sem prejuízo da integração do período trabalhado na jornada de trabalho. Trata-se de hora extra ficta, que se destina a compensar o empregado que não goza regularmente o intervalo mínimo para descanso e alimentação. Nessa trilha, ademais, a Súmula 437, I, do TST:

INTERVALO INTRAJORNADA PARA REPOUSO E ALIMENTAÇÃO. APLICAÇÃO DO ART. 71 DA CLT

I - Após a edição da Lei nº 8.923/94, a não-concessão ou a concessão parcial do intervalo intrajornada mínimo, para repouso e alimentação, a empregados urbanos e rurais, implica o pagamento total do período correspondente, e não apenas daquele suprimido, com acréscimo de, no mínimo, 50% sobre o valor da remuneração da hora normal de trabalho (art. 71 da CLT), sem prejuízo do cômputo da efetiva jornada de labor para efeito de remuneração.

Conforme reconhecido no tópico anterior, em três ocasiões por semana o autor gozava intervalo de apenas 25 minutos.

Assim, nos termos do artigo 71, parágrafo 4º, da CLT, o reclamante faz jus a uma hora extraordinária por dia de trabalho, nas ocasiões em que período mínimo de intervalo não foi usufruído.

Por conseguinte, defiro o pagamento de uma hora extraordinária por dia de trabalho, com adicional de 50%, nas ocasiões em que não gozado o período mínimo de uma hora de intervalo, com reflexos em repouso semanais remunerados, aviso prévio, 13º salário, férias, com 1/3 e FGTS, com acréscimo de 40%.

As horas extras serão apuradas em liquidação de sentença, a partir da jornada arbitrada e demais critérios determinados no item anterior.

Por fim, tendo em vista que o contrato vigorou em período posterior à alteração legislativa, cumpre salientar que as alterações introduzidas pela Lei 13.467/2017 não se aplicam ao caso concreto.

Com efeito, no caso do intervalo para repouso ou alimentação, a nova redação do parágrafo 4º do art. 71 é a seguinte:

§ 4º A não concessão ou a concessão parcial do intervalo intrajornada mínimo, para repouso e alimentação, a empregados urbanos e rurais, implica o pagamento, de natureza indenizatória, apenas do período suprimido, com acréscimo de 50% (cinquenta por cento) sobre o valor da remuneração da hora normal de trabalho.

A alteração modificou não apenas a natureza jurídica da parcela, como também limitou o direito ao período efetivamente suprimido do intervalo, o que implica alteração lesiva ao trabalhador. Mesmo que a alteração seja decorrente de lei, não pode incidir sobre os contratos de trabalho iniciados antes da vigência da nova lei, sob pena de ofensa às normas constitucionais que vedam o retrocesso em direitos fundamentais (art. 7º, caput, da CF/88) e a irredutibilidade de salário (art. 7º, inciso VI, da CF/88). Da mesma forma, a alteração lesiva ao trabalhador viola a norma do art. 468 da CLT.

Nesse sentido, enunciado aprovado na 1ª Jornada sobre a Reforma Trabalhista do TRT da 4ª Região:

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

Portanto, aplica-se a todo o contrato de trabalho a legislação anterior à Lei 13.467/2017.

A reclamada afirma que a sentença não considerou a prevalência do depoimento pessoal do reclamante na escala de valoração das provas. Refere que é um pequeno negócio de fabricação de sucos de frutas e congregou em seu quadro de pessoal no máximo duas ou três pessoas simultaneamente, sendo o cenário real do trabalho a ampla e total liberdade de ir e vir, incompatível com a concepção de controle. Destaca trechos do depoimento do reclamante. Questiona como a preposta poderia assegurar existir horário do reclamante, se ele próprio afirmou não ter horário. Alega que a sentença sequer especifica sobre a quais elementos probatórios se refere para a formação da sua convicção. Aduz que o fato de o reclamante passar, sozinho, ocasionalmente na empresa não desqualifica seu trabalho como externo e sem fiscalização de jornada, sendo que os elementos dos autos revelam a natureza predominantemente externa da sua atividade laboral. Assevera que o reclamante portava a chave do estabelecimento e passava na empresa às vezes para buscar o carro, na maioria das vezes fazendo isso sozinho, sem qualquer interferência de comando. Salienta que nos registros funcionais do reclamante consta a informação de que ele exercia função externa incompatível com o controle de jornada, de forma que estava submetido ao art. 61, I, da CLT. Diz que, além disso, o reclamante passou a exercer cumulativamente atividade gerencial, o que o enquadraria também na exceção do inciso II do mesmo dispositivo. Defende que, se o reclamante não tinha horário fixo, por óbvio que a preposta não teria como precisar seu horário, de modo que beira o absurdo a aplicação de confissão ficta. Pondera que a única testemunha, que trabalhou apenas em parte do período coincidindo com o do autor, ressaltou que não sabia que horas o reclamante encerrava a jornada, porque muitas vezes ela ia embora e ele ainda não havia retornado à empresa, bem com que o reclamante não tinha controle de jornada. Aponta que a testemunha afirmou que, se o reclamante não fosse trabalhar, não acontecia nada e que o gerente eram bem flexível e não cobrava. Ressalta que a empresa, minúscula e recém-instalada, sequer exercia meios indiretos de controle da jornada. Pontua que demonstrou ter menos de 10 empregados, de modo que estava desobrigada a manter registro de jornada, nos termos do § 2º do art. 74 da CLT. Sustenta que cumpria ao autor fazer prova da alegada jornada extraordinária, intervalos não usufruídos e labor aos sábados, ônus do qual não se desincumbiu. Argumenta que o reclamante admitiu que era ele quem definia o seu horário de almoço.

Examino.

É incontroverso que o reclamante realizava atividade externa, como ele próprio admite em depoimento pessoal.

Entretanto, o caráter externo da atividade e a ausência de controle de horário não determinam, por si só, o enquadramento do empregado no preconizado pelo art. 62, I, da CLT. A exceção trazida pelo mencionado artigo não se aplica a todo trabalho realizado fora do ambiente físico da empresa, como se vê da regra do § 3º do art. 74 da CLT: "Se o trabalho for executado fora do estabelecimento, o horário dos empregados constará, explicitamente, de ficha ou papeleta em seu poder, sem prejuízo do que dispõe o § 1º deste artigo".

Para o enquadramento do trabalhador na exceção legal, é necessário haver incompatibilidade entre o trabalho executado e a possibilidade de fixação ou fiscalização da jornada, conferindo ao prestador de serviços certa liberdade na organização de sua jornada.

Como exceção ao regime legal da duração do trabalho, garantido constitucionalmente como direito fundamental dos trabalhadores na regra do artigo 7º, inciso XIII, da Carta da República, cabe ao empregador provar a existência de situação fática que dê ensejo à aplicação da regra de exceção do inciso I do art. 62 da CLT.

No caso dos autos, sequer os requisitos formais foram integralmente atendidos pela reclamada. Embora conste no registro de empregado o enquadramento na hipótese do art. 62, I, da CLT (ID ff51ef3), a CTPS menciona apenas o cargo de "Vendedor Externo", sem anotação do enquadramento na exceção legal (ID 8e7e4f8 - Pág. 2).

Além disso, a prova oral deixa clara a possibilidade de controle de horário pela reclamada (IDs 7675e58 e a7c2086):

Depoimento da preposta da reclamada:

"que o reclamante não tinha horário fixo, não tendo como precisar o horário cumprido, 'uma vez que ele vinha na empresa apenas para troca de veículo e depois saía para vendas no roteiro que ele mesmo fazia'; que no final do dia o autor retornava à empresa para pegar o seu veículo; (...); que diariamente o reclamante comparecia na empresa no início da manhã e no final do expediente; que em alguns dias ele também comparecia na empresa ao meio-dia, para deixar o carro da empresa, pegar o seu veículo e ir almoçar em casa".

Depoimento da testemunha Rafaela: "eu o via chegando à empresa e logo a seguir saindo; ele chegava depois de mim, depois das 08h00; muitas vezes ele só chegava, pegava o carro da empresa e saía".

Saliento que a reclamada enumera, em seu recurso, as provas de que o reclamante na prática não tinha seu horário controlado pela empresa e tinha ampla liberdade de definir seu horário; contudo, o que importa, para o enquadramento na exceção legal, é a impossibilidade de controlar o horário do empregado, o que não era o caso, já que, conforme a própria preposta da ré, o reclamante ia à empresa quando iniciava o seu trabalho e ao final dele, momentos em que poderia anotar seus horários.

Portanto, fica afastada a impossibilidade de controle da jornada, não sendo o caso da aplicação do inciso I do art. 62 da CLT.

Por outro lado, ficou comprovado que a reclamada tinha menos de 10 empregados (conforme depoimento da testemunha Rafaela, ID a7c2086, e informações na RAIS, IDs 468e921 e seguintes), de modo que não estava obrigada a manter registros dos horários cumpridos pelos seus empregados, na forma do art. 74, § 2º, da CLT. Desse modo, era ônus do reclamante comprovar o horário de trabalho referido na petição inicial - ônus do qual, com a devida vênia ao que decidido em sentença, entendo que não se desincumbiu.

As conversas mantidas via aplicativo de mensagens WhatsApp (IDs b3f1b0b e seguintes), muitas vezes ocorridas após o horário de expediente, não demoravam mais do que 2 minutos para serem respondidas, às vezes eram iniciadas por iniciativa do próprio reclamante (por exemplo, áudio da conversa juntada sob ID 73c568c - Pág. 1) e sequer havia a necessidade de serem respondidas, como, por exemplo, na conversa anexada no ID 73c568c - Pág. 2, em que o reclamante respondeu mais de 2 horas após receber as mensagens, referindo que estivera dormindo, e recebeu como resposta "Blz falamos amanhã". A única mensagem que indica efetivo labor após as 18h é aquela de ID 73c568c - Pág. 3, na qual o reclamante refere, às 19h56min, que vai lavar uma máquina da empresa "depois" - contudo, a ocorrência isolada não é suficiente para o reconhecimento da prestação habitual ou mesmo esporádica de horas extras. As conversas via WhatsApp apenas refletem uma maior informalidade inerente a uma empresa que mantinha de 2 a 3 empregados, informalidade a qual não resultava em qualquer obrigação de resposta ou necessidade de labor fora do horário de trabalho. Nesse sentido, inclusive, o depoimento da testemunha Rafaela: "se o reclamante não fosse trabalhar, não acontecia nada; nosso gerente era bem flexível, não cobrava" (ID a7c2086).

Por sua vez, o depoimento da preposta da reclamada foi no seguinte sentido (ID 7675e58 - Pág. 2):

que o reclamante trabalhou na empresa de agosto de 2016 até final de 2018, na função de vendedor externo, sendo que a partir de meados de 2017 ele também começou a gerenciar os vendedores externos; que o reclamante fazia vendas na região, nas cidades de Farroupilha, Carlos Barbosa, Garibaldi, Bento Gonçalves, Caxias do Sul, Gramado; que ele também fez algumas vendas em Santa Cruz do Sul no início do contrato; que também fez algumas vendas em Porto Alegre; que os vendedores coordenados pelo reclamante trabalhavam em Caxias do Sul e Gramado; que o reclamante não tinha horário fixo, não tendo como precisar o horário cumprido, "uma vez que ele vinha na empresa apenas para troca de veículo e depois saía para vendas no roteiro que ele mesmo fazia"; que no final do dia o autor retornava à empresa para pegar o seu veículo; que na sede da empresa o reclamante utilizava o escritório para mandar e-mails e eventualmente ajudava na produção; que diariamente o reclamante comparecia na empresa no início da manhã e no

final do expediente; que em alguns dias ele também comparecia na empresa ao meio-dia, para deixar o carro da empresa, pegar o seu veículo e ir almoçar em casa; que não sabe informar o horário que o reclamante chegava na empresa pela manhã, tampouco o horário que retornava ao final do expediente; que o reclamante trabalhava de segunda a sexta-feira; que aos sábados trabalhava 1 sábado a cada 3 ou 4 meses, quando tinha degustação; que depois de um tempo foi contratada uma nutricionista para fazer a degustação; que o reclamante encaminhava os pedidos para empresa através de WhatsApp, telefone ou e-mail; que às vezes o reclamante encaminhava os pedidos logo após a venda e em outras no final do dia; que às vezes o próprio reclamante inseria os pedidos no sistema da empresa no final do dia; que sobre o salário do reclamante, refere que "ele recebia o salário da folha, mais a comissão sobre as vendas"; que o salário do reclamante com a comissão variava de R\$ 1.5000 a R\$ 1.700,00, às vezes R\$ 2.000,00, valores líquidos; que o autor começou a receber comissões a partir de maio de 2017, quando as vendas começaram a ser efetivadas; que até maio de 2017 a autor recebia apenas salário fixo cujo valor era de R\$ 1.200,00; que não tem conhecimento das conversas de WhatsApp entre o proprietário da empresa e o reclamante; que nenhum funcionário tinha cartão ponto, "apenas eu tinha horário mais fixo". Grifei.

Não se percebe, portanto, uma preposta que não tenha conhecimento dos fatos atinentes ao contrato de trabalho do reclamante; pelo contrário, a preposta apenas endossa a tese que vinha sendo defendida pela ré desde a contestação, no sentido de que não de podia precisar o horário de trabalho do reclamante justamente porque ele tinha ampla liberdade de horário, não havendo controle nesse sentido. Não se trata, assim, de hipótese de confissão ficta por desconhecimento dos fatos, mas, na verdade, de coerência argumentativa com a tese defendida pela parte.

Além disso, se o reclamante chegava no trabalho geralmente em torno de 8h, como aponta a testemunha Rafaela, e se o seu intervalo intrajornada contratual era de 1h30min, como admite o próprio autor na inicial (ID 5740170 - Pág. 10), naturalmente o reclamante ainda não teria terminado sua jornada quando a testemunha tivesse encerrado a dela, às 17h18min, de modo que tampouco o fato de o autor continuar trabalhando quando a testemunha encerrava a jornada demonstra o cumprimento de horas extras.

Por fim, o trabalho eventual em sábados ficou comprovado pelo próprio depoimento da preposta da empresa ré, que afirmou que o autor trabalhava em um sábado a cada três ou quatro meses. Todavia, mesmo que o autor laborasse em todos os sábados da contratualidade, não há prova de que isso implicasse labor extraordinário, extrapolando as 44 horas semanais legalmente previstas, haja vista que o sábado não é, via de regra, dia de repouso semanal remunerado, e a conversa via aplicativo juntada sob ID b3f1b0b - Pág. 2 faz referência a um trabalho das 9h30min às 12h - se o reclamante trabalhasse 8 horas diárias durante semana, o cumprimento de 2h30min no sábado não resultaria em labor superior a 44 horas na semana.

Diante de todo esse contexto, entendo que o reclamante não se desincumbiu de seu ônus de comprovar o cumprimento de horas extras, inclusive em relação aos intervalos intrajornada, não sendo devido qualquer pagamento a esse título em seu favor.

Dou provimento ao recurso, no ponto, para afastar as condenações ao pagamento de horas extraordinárias excedentes a 8 por dia e 44 horas semanais e de uma hora extraordinária por dia de trabalho a título de hora intervalar.

Por consequência, a demanda é integralmente improcedente, de modo que fica também afastada a condenação da reclamada ao pagamento de honorários advocatícios em favor dos procuradores do reclamante.

Custas, pelo reclamante, calculadas sobre o valor da causa, na importância de R\$ 252,57 (duzentos e cinquenta e dois reais e cinquenta e sete centavos), de cujo pagamento fica dispensado, em razão do benefício da justiça gratuita que lhe foi deferido.

RICARDO HOFMEISTER DE ALMEIDA MARTINS COSTA, relator.

PARTICIPARAM DO JULGAMENTO:

DESEMBARGADOR RICARDO HOFMEISTER DE ALMEIDA MARTINS COSTA (RELATOR)

DESEMBARGADORA FLÁVIA LORENA PACHECO

DESEMBARGADORA MARIA HELENA LISOT.