



ACÓRDÃO
0028800-20.2005.5.04.0004 AP

Fl. 1

DESEMBARGADOR JOÃO GHISLENI FILHO

Órgão Julgador: Seção Especializada em Execução

Agravante: MIGUEL RANINCHESKI JÚNIOR - Adv. Carlos Roberto Nuncio, Adv. José Wagner Amaral
Agravante: VONPAR REFRESCOS S.A. - Adv. Roberto Pierri Bersch
Agravado: OS MESMOS
Origem: 4ª Vara do Trabalho de Porto Alegre
Prolator da Decisão: JUÍZA LENARA AITA BOZZETTO

E M E N T A

INDENIZAÇÃO DO PERÍODO ESTABILITÁRIO. VALOR DA INDENIZAÇÃO. Fixada a indenização do período estabilitário, e não o pagamento de salários do período, seu valor deve seguir estritamente a coisa julgada, no caso dos autos *salários mais FGTS*. Não se incluem outros valores, ainda que consectários do salário, pois não se está pagando esta parcela propriamente dita, mas sim indenização que tem como base seu valor.

ADICIONAL DE HORAS EXTRAS PARA COMISSÕES. APLICAÇÃO DA SÚMULA Nº 340 DO TST COMO CRITÉRIO DE CÁLCULO DAS HORAS EXTRAS. Em que pese o entendimento da Súmula nº 340 do TST possa expressar critério de cálculo, é inegável que também se posiciona sobre matéria de direito, na medida em que define que o empregado comissionista não tem direito à hora extra propriamente dita, mas apenas ao adicional correspondente ao labor extraordinário. Assim, considerando-se que o título executivo não faz qualquer referência acerca da observância à mencionada súmula, além de deferir horas extras, e não *adicional* de horas extras, não é



ACÓRDÃO
0028800-20.2005.5.04.0004 AP

Fl. 2

possível determinar sua aplicação em fase de liquidação de sentença, sob pena de ofensa à coisa julgada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

ACORDAM os Magistrados integrantes da Seção Especializada em Execução do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região: à unanimidade, negar provimento ao agravo de petição do exequente; e, também à unanimidade, negar provimento ao agravo de petição da executada.

Intime-se.

Porto Alegre, 03 de julho de 2012 (terça-feira).

RELATÓRIO

Contra a sentença das fls. 491-492, que julgou procedente em parte a impugnação à sentença de liquidação apresentada pelo exequente (fls. 473-479), este e a executada interpõem agravos de petição, respectivamente às fls. 495-499 e 500-503.

O agravo de petição do exequente versa sobre a indenização do período de estabilidade.

O agravo de petição da executada versa sobre a aplicação da Súmula nº 340 do TST como critério de cálculo das horas extras.

Tempestivamente a executada contraminuta o recurso do exequente às fls. 509-511.



ACÓRDÃO
0028800-20.2005.5.04.0004 AP

Fl. 3

Também tempestivamente o exequente apresenta contraminuta ao agravo de petição da executada, às fls. 516-522, todas em carmim.

Processo não submetido a parecer do Ministério Público do Trabalho.

É o relatório.

VOTO

DESEMBARGADOR JOÃO GHISLENI FILHO (RELATOR):

CONHECIMENTO.

O agravo de petição do exequente é tempestivo (fls. 493 e 495) e a representação é regular (fls. 08, 374 e 495). Conheço do recurso.

O agravo de petição da executada é tempestivo (fls. 494 e 500) e a representação é regular (fls. 433, 436 e verso da fl. 503). O valor e a matéria objeto do agravo estão justificadamente delimitados (art. 897, § 1º, da CLT). Conheço do recurso.

MÉRITO.

I - AGRAVO DE PETIÇÃO DO EXEQUENTE.

INDENIZAÇÃO DO PERÍODO DE ESTABILIDADE.

Alega o agravante que no cálculo homologado não estão considerados os décimos terceiros salários e as férias na remuneração da indenização do período de estabilidade. Assevera que a condenação ao pagamento de indenização equivalente aos salários contempla também os décimos terceiros salários e as férias já que visa indenizar o empregado de



ACÓRDÃO
0028800-20.2005.5.04.0004 AP

Fl. 4

forma idêntica como se trabalhando estivesse. Pede que seja determinada a inclusão dos décimos terceiros salários e das férias na indenização pelo período da estabilidade, destacando que o prejuízo da incorreção é de aproximadamente R\$ 1.500,00.

Na contraminuta, a executada sustenta que a inclusão das parcelas pleiteadas no cálculo de liquidação, mesmo sem expressa previsão em sentença, afronta a coisa julgada, sendo incabível a modificação ou inovação do título executivo judicial na fase de cumprimento da sentença.

A decisão agravada concluiu que (fl. 492): "*Ainda que as férias e os 13º salários possuam natureza salarial, tratam-se de parcelas distintas do salário, somente podendo ser incluídas na conta de liquidação, caso expressamente determinadas na decisão exequenda, o que não se verifica no caso concreto.*" e rejeitou a impugnação à sentença de liquidação no aspecto.

Sem razão o agravante.

A sentença de primeiro grau julgou improcedente a demanda.

A condenação ao pagamento de indenização decorrente do período da estabilidade foi fixada no acórdão de segundo grau, nos seguintes termos (fl. 256): "*pagamento de indenização equivalente aos salários e ao FGTS a partir da data da despedida, 04.10.2004, até o término do período da estabilidade, em 23.09.2005, bem como a efetuar a contribuição previdenciária relativa ao período;*" (sublinhei). Assim transitou em julgado a decisão (certidão da fl. 325), uma vez que o recurso de revista interposto pela executada não foi conhecido (fl. 322).

No cálculo apresentado pelo exequente, foi incluída na base de



ACÓRDÃO
0028800-20.2005.5.04.0004 AP

Fl. 5

cálculo da indenização fixada o 13º salário e férias (ver fl. 340, terceira coluna). À fl. 355, a executada impugna o cálculo, no aspecto; mantendo sua irresignação (fl. 394) mesmo depois dos esclarecimentos do exequente. Nesse ponto, a magistrada de primeiro grau, à fl. 396, entendeu "*inviável a inclusão de décimo-terceiros salários e adicional de férias se não previstas no título executivo. Também, neste item, deverá a parte autora retificar o cálculo.*".

À fl. 403 o exequente apresenta protesto antipreclusivo quanto à matéria, e os cálculos retificados (sem a inclusão da parcela ora discutida) **às fls. 417-426** (também apresentou o cálculo com a inclusão de 13º e férias na indenização, às fls. 406-416), com os quais concorda a executada (fl. 441), tendo sido homologados pela decisão da fl. 447.

Está claramente definida na decisão exequenda a natureza da parcela sob discussão: pagamento de **indenização**. Aliás, é incontroverso nos autos tal natureza. Nos cálculos apresentados pelo exequente (tanto os das fls. 417-426, homologados pelo juízo; quanto os das fls. 406-416, que incluem 13º e férias na indenização, e por isso não homologados segundo entendimento da decisão agravada) a parcela resultante da condenação ora sob discussão é considerada **parcela não tributável** (fls. 407 e 418), dada sua natureza indenizatória. Mesmo na certidão de cálculos da 4ª Vara do Trabalho (fl. 448), que origina o pagamento (fl. 453 e 460) e isenta o exequente de imposto de renda (fl. 426), a indenização do período da estabilidade é considerada parcela não tributável (terceira linha, rubrica 0101, principal não tributável).

Sendo indenização pelo período estável, não se está a tratar de pagamento dos salários e demais direitos do período, inclusive porque, de



ACÓRDÃO
0028800-20.2005.5.04.0004 AP

Fl. 6

fato, não houve prestação do trabalho. Assim, a indenização foi fixada no valor **equivalente** aos salários e FGTS, não se tratando, como indenização que é, de salários e FGTS propriamente ditos. Como parâmetros de fixação do valor da indenização foram utilizados os valores de salários e FGTS, não incluindo o acórdão outros valores, a exemplo de 13º salário e férias. Quando quis incluir outro valor que não os salários, o fez expressamente, caso do FGTS. Portanto, não se pode presumir que tenha incluído na expressão "salários" o 13º e as férias. Registro, ainda que por demasia, que não se está a tratar do pagamento dos salários do período (e seus consectários legais), mas indenização fixada com base nos salários e FGTS.

Nego provimento.

II - AGRAVO DE PETIÇÃO DA EXECUTADA.

APLICAÇÃO DA SÚMULA Nº 340 DO TST COMO CRITÉRIO DE CÁLCULO DAS HORAS EXTRAS.

Alega a executada que não há ofensa à coisa julgada aplicar o entendimento da Súmula nº 340 ao caso concreto, na medida em que se trata de critério de cálculo e, como tal, correta sua apreciação na fase executória. Diz que na decisão exequenda não ficou expressa a base de cálculo da referida parcela, que deve ser definida na fase de liquidação. Assevera que se tratam de comissões variáveis e habituais, cujo pagamento consta expressamente dos recibos de salário do reclamante, relacionadas diretamente com a quantidade de vendas realizadas pelo reclamante. Aduz que se assemelha o exequente ao comissionista misto, sendo devidas em relação à parte fixa as horas simples acrescidas do adicional de horas extras e, em relação à parte variável, somente o



ACÓRDÃO
0028800-20.2005.5.04.0004 AP

Fl. 7

adicional de horas extras, conforme Súmula nº 340 do TST e OJ nº 397 da SDI-1 do mesmo Tribunal. Pede o acolhimento do recurso para manter a aplicação da Súmula nº 340 do TST como critério de cálculo das horas extras devidas ao recorrido.

Na contraminuta, o exequente aduz que a aplicação da Súmula nº 340 do TST não cuida de mero critério de cálculo, mas verdadeiro limitador da condenação e que não havendo na decisão exequenda expressa referência à ela, tal aplicação implicaria em ofensa à coisa julgada. Assevera, ainda, que a agravante formulou na contestação pedido de aplicação da Súmula nº 340 do TST, conforme fls. 33-34, não tendo nada sido mencionado na condenação, nem sido opostos embargos de declaração quanto ao tema. Por fim menciona que na função por ele exercida, "ajudante de motorista entregador", não recebia comissões sobre as vendas, pois não era vendedor, aduzindo que os valores variáveis pagos consistiam em incentivo/coação ao rendimento na entrega/coleta de bebidas, na forma de gratificação ou mesmo salário. Finaliza afirmando que em se tratando de prêmio/gratificação paga não por vendas, mas por metas alcançadas, não é aplicável a disposição da Súmula nº 340 do TST.

Da decisão agravada consta (verso da fl. 491 e fl. 492): "*Melhor analisando a questão, verifico que no título executivo não consta limitação da condenação apenas ao adicional de horas extras, não havendo menção à Súmula 340 do TST. Assim, ofende à coisa julgada a aplicação da Súmula 340 do TST na fase de liquidação da sentença, sem previsão no título executivo.*". Assim, a decisão agravada acolheu a impugnação à sentença de liquidação apresentada pelo exequente para determinar "[...] a exclusão da aplicação do critério previsto no Súmula 340 do TST, devendo o cálculo das horas extras abranger o valor da hora acrescido do



ACÓRDÃO
0028800-20.2005.5.04.0004 AP

Fl. 8

adicional de horas extras."

Sem razão a agravante.

A decisão exequenda (fls. 256-257, complementada pela decisão dos embargos de declaração, fl. 276) condena a reclamada ao pagamento de horas extras, com base no horário de saída arbitrado para os meses de verão, com o adicional normativo quando mais benéfico, e reflexos em repousos, férias com 1/3, 13ºs salários, aviso-prévio e FGTS com 40%.

Não há qualquer menção à base de cálculo das horas extras ou à aplicação da Súmula nº 340 do TST.

Na defesa, a executada afirmou que, de fato, o exequente foi contratado em 02-05-2001 como ajudante de motorista entregador e que na despedida, 04-10-2004, recebia R\$ 686,94. Consta, ainda, o pedido de limitação do pagamento, em relação à parcela variável do salário (final das letras "a" e "b", no fim da fl. 33 e início da fl. 34), apenas do adicional, com força na Súmula nº 340 do TST. Já por aí, verifico que a alegação da agravante de que a matéria deve ser objeto de discussão na liquidação de sentença não procede, uma vez que traz o pedido de aplicação já na defesa, não tendo sido abordada pela decisão exequenda e não se insurgindo a executada quanto à matéria (nem nos embargos de declaração, nem no recurso de revista).

A aplicação da Súmula nº 340 do TST, limita o direito ao adicional extraordinário ao empregado comissionista, pelo menos sobre a parte variável de sua remuneração. Nesse sentido, a decisão exequenda não faz tal limitação, pois condena a executada ao pagamento de horas extras e não ao pagamento de **adicional** de horas extras. Em fase de liquidação de



ACÓRDÃO
0028800-20.2005.5.04.0004 AP

Fl. 9

sentença, sob pena de ofensa à coisa julgada, não se pode restringir a condenação aos limites da Súmula nº 340 do TST. Em que pese possa se considerar que o entendimento da súmula diga respeito a critérios de cálculo, é inegável que também se posiciona sobre matéria de direito, na medida em que define que o empregado comissionista não tem direito à hora extra propriamente dita, mas apenas ao adicional correspondente ao labor extraordinário.

Considerando que o título executivo não faz qualquer menção acerca da aplicação da referida súmula, além de deferir horas extras, e não adicional de horas extras, deve ser mantida a decisão que afastou a aplicação da súmula sob comento.

Já manifestei tal entendimento em diversos julgados, dos quais destaco as seguintes ementas:

ADICIONAL DE HORAS EXTRAS PARA COMISSÕES. Em que pese o entendimento vertido da Súmula nº 340 do C. TST expresse critério de cálculo, é inegável que também se posiciona sobre matéria de direito, na medida em que define que o empregado comissionista não tem direito à hora extra propriamente dita, mas apenas ao adicional correspondente ao labor extraordinário. Assim, considerando-se que o título executivo não faz qualquer menção acerca da aplicação da referida súmula, além de deferir horas extras, e não adicional de horas extras, não há como se confirmar a decisão que entende correta a aplicação da súmula em comento. Agravo de petição ao qual se dá provimento, para determinar que as horas extras



ACÓRDÃO
0028800-20.2005.5.04.0004 AP

Fl. 10

deferidas sejam calculadas de acordo com entendimento consubstanciado na Súmula nº 264 do C. TST, devendo ser utilizado o divisor 220. (TRT da 4ª Região, 3a. Turma, 0188000-96.2002.5.04.0221 AP, em 20/07/2011, Desembargador João Ghisleni Filho - Relator. Participaram do julgamento: Desembargador Ricardo Carvalho Fraga, Desembargadora Flávia Lorena Pacheco)

AGRAVO DE PETIÇÃO. FORMA DE CÁLCULO DAS HORAS EXTRAS. Não havendo no acórdão determinação de incidência do adicional remuneratório de horas extras referente às comissões recebidas, não se cogita de tal limitação, nos moldes da Súmula 340 do TST, sob pena de afronta à coisa julgada. (TRT da 4ª Região, 3a. Turma, 0081400-06.2000.5.04.0291 AP, em 12/08/2010, Desembargador João Ghisleni Filho - Relator. Participaram do julgamento: Desembargador Luiz Alberto de Vargas, Juiz Convocado Ricardo Hofmeister de Almeida Martins Costa)

AGRAVO DE PETIÇÃO. BASE DE CÁLCULO DAS HORAS EXTRAS. INCLUSÃO DA PARCELA "BÔNUS DE VENDA". Não houve ressalva na decisão exequenda para que a inclusão da parcela "bônus de vendas" na base de cálculo das horas extras ocorresse observada a Súmula 340 do TST. Assim, não se verifica irregularidade nos critérios utilizados para o cálculo



ACÓRDÃO
0028800-20.2005.5.04.0004 AP

Fl. 11

das horas extras, na medida em que observou a integração determinada na decisão exequenda (TRT da 4ª Região, 3a. Turma, 0002300-13.2007.5.04.0014 AP, em 15/09/2010, Desembargador João Ghisleni Filho - Relator. Participaram do julgamento: Desembargador Ricardo Carvalho Fraga, Desembargadora Flávia Lorena Pacheco)

Em relação à questão de fundo, propriamente dita, em que pese nada constar na decisão exequenda, verifico da cláusula segunda do contrato de trabalho, à fl. 38, que *a remuneração variável aqui discutida não configura comissões propriamente ditas*. Dispõe a mencionada cláusula:

Em contraprestação aos serviços realizados [AJUD. MOT. ENTREGADOR, conforme cláusula primeira], o(a) EMPREGADO (A) receberá uma remuneração variável, representada por comissões no valor de R\$ 0,050 (CINQUENTA MILESIMOS) por cada embalagem entregue. [sic]

O parágrafo primeiro da cláusula segunda ainda esclarece:

As comissões ora ajustadas serão calculadas de acordo com o número de embalagens comercializadas pelo EMPREGADOR e entregue pelo(a) EMPREGADO(A), independentemente dos



ACÓRDÃO
0028800-20.2005.5.04.0004 AP

Fl. 12

produtos contidos em cada embalagem. [sic].

Não se trata a remuneração variável contratada de comissões, pois estas representam um percentual ou valor fixos em razão das **vendas**, mas sim verdadeiro salário por unidade de obra, fixado em razão da produção do trabalhador e não em relação à quantidade de vendas como mencionado em contraminuta.

Não é possível determinar a aplicação da Súmula nº 340 do TST em fase de liquidação de sentença, sob pena de ofensa à coisa julgada.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo de petição da executada.

mbk.

DEMAIS MAGISTRADOS:

Acompanham o voto do Relator.

PARTICIPARAM DO JULGAMENTO:

DESEMBARGADOR JOÃO GHISLENI FILHO (RELATOR)

**DESEMBARGADOR JOÃO ALFREDO BORGES ANTUNES DE
MIRANDA (REVISOR)**



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 4ª REGIÃO

ACÓRDÃO
0028800-20.2005.5.04.0004 AP

Fl. 13

DESEMBARGADOR JOÃO PEDRO SILVESTRIN
DESEMBARGADOR LUIZ ALBERTO DE VARGAS
DESEMBARGADORA BEATRIZ RENCK
DESEMBARGADORA MARIA DA GRAÇA RIBEIRO CENTENO
DESEMBARGADORA REJANE SOUZA PEDRA
DESEMBARGADOR WILSON CARVALHO DIAS
DESEMBARGADOR GEORGE ACHUTTI
JUÍZA CONVOCADA LUCIA EHRENBRINK