



Poder Judiciário
Justiça do Trabalho
Tribunal Superior do Trabalho

TST-E-ARR-599-17.2014.5.06.0143

Embargante **LEANDRO CÂNDIDO DA SILVA** e

Embargada **BRASIL KIRIN INDÚSTRIA DE BEBIDAS LTDA**

MALR/vln

VOTO DIVERGENTE
Ministro Alexandre Luiz Ramos

Trata-se de recurso de embargos contra decisão exarada pela 8ª Turma desta Corte, que não conheceu do recurso de revista do Reclamante quanto ao tema: "COMISSIONISTA MISTO. PARTE VARIÁVEL DA REMUNERAÇÃO. SÚMULA 340 DO TST".

O eminente Relator apresenta voto no sentido de conhecer do recurso por divergência jurisprudencial, e, no mérito, dar-lhe provimento para restabelecer a sentença, pela qual se deferiu o pagamento de horas extraordinárias sem a incidência da Súmula nº 340 do TST. Eis o teor da ementa dessa decisão:

"EMBARGOS REGIDOS PELA LEI Nº 13.015/2014, PELO CPC/2015 E PELA INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 39/2016 DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. COMISSIONISTA MISTO. JORNADA EXTRAORDINÁRIA PRESTADA SEM A REALIZAÇÃO DE VENDAS. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA Nº 340 DO TST. Discute-se a base de cálculo das horas extras do empregado comissionista misto que desempenha, no período da jornada extraordinária, atividades internas meramente burocráticas, sem a realização efetiva de vendas. A Súmula nº 340 desta Corte estabelece que "O empregado, sujeito a controle de horário, remunerado à base de comissões, tem direito ao adicional de, no mínimo, 50% (cinquenta por cento) pelo trabalho em horas extras, calculado sobre o valor-hora das comissões recebidas no mês, considerando-se como divisor o número de horas efetivamente trabalhadas." Segundo a diretriz da citada súmula, é imprescindível que o empregado comissionista, no cumprimento das horas extras, tenha permanecido trabalhando na execução das atividades que ensejam o pagamento de comissões e para as quais foi contratado. In casu, extrai-se dos elementos fáticos registrados pelo Regional que o empregado, no momento da efetivação do labor em sobrejornada, não efetivava vendas, porquanto laborava em atividade interna, meramente burocrática, circunstância que obsta a aplicação da Súmula nº 340 desta Corte, com vistas a limitar a condenação da reclamada ao pagamento do adicional de 50% quanto às horas laboradas em jornada extraordinária. Precedentes. Embargos conhecidos e providos."



Poder Judiciário
Justiça do Trabalho
Tribunal Superior do Trabalho

A decisão proferida pela 8ª Turma, que não conheceu do recurso de revista do Reclamante, foi assim fundamentada:

“O Recorrente defende a inaplicabilidade da Súmula 340 do TST em relação ao período em que executava apenas serviços burocráticos, participando de reuniões e prestação de contas, sem que houvesse a realização de vendas. Argumenta que este verbete deve incidir apenas quando o empregado, durante o trabalho extraordinário, recebe comissões, o que não é o caso dos autos. Aponta contrariedade à Súmula 340 do TST, por má aplicação. Transcreve arestos para o confronto de teses.

Sem razão.

O Regional consignou, no particular:

“Da súmula 340 do TST

Afirma a recorrente que deverá ser aplicada a Súmula 340 do Colendo Tribunal Superior do Trabalho ao presente caso, haja vista que o entendimento sumulado não exige que as supostas horas extras estejam vinculadas às atividades externas desenvolvidas pelo recorrido, mas, apenas e tão-somente, determina que deverão incidir horas extras sobre o salário base, isso porque no que se refere as comissões e prêmios (remuneração variável), incidirá o adicional das horas extraordinárias. Diz que o salário-hora da parcela variável (comissões) deve ser calculado considerando-se como divisor o número de horas efetivamente trabalhadas, e não o 220.

O autor informou na inicial que, na qualidade de vendedor, percebia como remuneração um salário fixo mais comissões sobre as vendas. Analisando as fichas financeiras, vejo que, de fato, o autor percebia remuneração mista.

Ora, sendo a remuneração composta de parte fixa mais variável, deve incidir as horas extras mais o adicional sobre a parte fixa dos salários, e apenas o adicional sobre as comissões, conforme Súmula 340 do Colendo TST, in verbis:

"Súmula nº340 do TST COMMISSIONISTA. HORAS EXTRAS (nova redação) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003 O empregado, sujeito a controle de horário, remunerado à base de comissões, tem direito ao adicional de, no mínimo, 50% (cinquenta por cento) pelo trabalho em horas extras, calculado sobre o valor-hora das comissões recebidas no mês, considerando-se como divisor o número de horas efetivamente trabalhadas."

É necessário esclarecer que a diretriz contida na referida súmula não se dirige unicamente ao comissionista puro.

Nesse passo, se o demandante também era remunerado à base de comissões, atrai a incidência da orientação contida na precitada súmula, em relação à parte variável de sua remuneração, assim consideradas as comissões.



Poder Judiciário
Justiça do Trabalho
Tribunal Superior do Trabalho

O escopo da Súmula nº 340 do C. TST reside na forma de remuneração recebida e não no modus operandi da prestação de serviços. Se o autor recebe também remuneração variável, sobre esta deve ser aplicado apenas o adicional de remuneração. Não há distinção entre a forma de trabalho dispensada, se realizando vendas ou prestando serviços internos.

Tenho, ademais, que **as atividades realizadas internamente pelo empregado, antes e após o seu retorno à sede da reclamada, vinculam-se diretamente às vendas,** encontrando-se cobertas não só pelo salário fixo como, também, pelas comissões auferidas com ditas vendas, sendo irrelevante, pois, distinguir entre o período em que eram realizadas vendas ou não.

Aplicável, assim, a diretriz da Súmula nº 340 do TST, já que mesmo nos períodos em que o autor estava em reuniões internas, as atividades eram relacionadas às vendas, vez que traçadas metas para a viabilização dos negócios, inexistindo motivo para se diferenciar da jornada de trabalho interregnos em que o mesmo estava ou não exercendo atividade de venda.

Importante registrar que não altera esta conclusão a constatação de que a parcela variável da remuneração é constituída por parcela condicionada a um objetivo (metas); o que importa é a sua configuração como parcela variável, integrante da remuneração do obreiro. As especificidades próprias do título não desnaturam a sua qualidade, sobre ela incidindo a orientação da citada súmula.

Dessa forma, dou provimento ao apelo patronal, no ponto, para que em relação à incidência de horas extras incida sobre as comissões apenas o adicional de horas extras, na forma da Súmula 340, do TST." (fls. 1292/1294).

Os embargos de declaração opostos pelo reclamante foram rejeitados, sem nenhum acréscimo relevante (fls. 1363/1365).

Conforme se verifica, a decisão Regional que deferiu apenas o adicional de horas extras em relação à parte variável da remuneração, encontra-se em consonância com a OJ 397 da SbDI-1 do TST, segundo a qual "O empregado que recebe remuneração mista, ou seja, uma parte fixa e outra variável, tem direito a horas extras pelo trabalho em sobrejornada. Em relação à parte fixa, são devidas as horas simples acrescidas do adicional de horas extras. Em relação à parte variável, é devido somente o adicional de horas extras, aplicando-se à hipótese o disposto na Súmula 340 do TST".

Desse modo, o processamento do recurso de revista encontra óbice na Súmula 333 do TST e no art. 896, § 7º, da CLT.

Não conheço."

A Súmula nº 340 desta Corte orienta no sentido de que " o empregado, sujeito a controle de horário, remunerado à base de comissões, tem direito



Poder Judiciário
Justiça do Trabalho
Tribunal Superior do Trabalho

ao adicional de, no mínimo, 50% (cinquenta por cento) pelo trabalho em horas extras, calculado sobre o valor-hora das comissões recebidas no mês, considerando-se como divisor o número de horas efetivamente trabalhadas”.

Já a Orientação Jurisprudencial nº 397 da SBDI-I desta Corte preconiza de que o empregado comissionista tem direito a horas extras pelo trabalho em sobrejornada, ressaltando que, em relação à parte fixa, são devidas as horas simples acrescidas do adicional de horas extras e, em relação à parte variável, é devido apenas o adicional de horas extras, aplicando-se à hipótese o disposto na Súmula nº 340 do TST.

O entendimento desta Corte Superior é de que o comissionista misto tem direito à hora extra integral sobre a parte fixa e tão somente ao adicional sobre a parte variável. Aplica-se a Súmula nº 340 apenas quanto à parcela variável da remuneração. Nesse sentido, a jurisprudência da SBDI-1 - Orientação Jurisprudencial nº 397, a saber:

COMISSIONISTA MISTO. HORAS EXTRAS. BASE DE CÁLCULO. APLICAÇÃO DA SÚMULA Nº 340 DO TST - O empregado que recebe remuneração mista, ou seja, uma parte fixa e outra variável, tem direito a horas extras pelo trabalho em sobrejornada. Em relação à parte fixa, são devidas as horas simples acrescidas do adicional de horas extras. Em relação à parte variável, é devido somente o adicional de horas extras, aplicando-se à hipótese o disposto na Súmula n.º 340 do TST.

O eg. Tribunal Regional assentou a premissa fática (incontroversa, aliás), de que o autor recebia salário misto. Assim, resolveu sobre a aplicação da Súmula 340 do TST nos seguintes termos:

Ora, sendo a remuneração composta de parte fixa mais variável, deve incidir as horas extras mais o adicional sobre a parte fixa dos salários, e **apenas o adicional sobre as comissões**, conforme Súmula 340 do Colendo TST, *in verbis*:

"Súmula nº340 do TST COMISSIONISTA. HORAS EXTRAS
(nova redação) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003 O empregado, sujeito a controle de horário, remunerado à base de comissões, tem direito ao adicional de, no mínimo, 50% (cinquenta por cento) pelo trabalho em horas extras, calculado sobre o valor-hora das comissões recebidas no mês, considerando-se como divisor o número de horas efetivamente trabalhadas."

O recurso de revista do reclamante, no particular, não foi conhecido, sob o fundamento de que "**A decisão recorrida está em consonância com a**



Poder Judiciário
Justiça do Trabalho
Tribunal Superior do Trabalho

OJ 397 da SbDI-1 do TST", razão pela qual a 8ª Turma aplicou o óbice na Súmula 333 do TST e no art. 896, § 7º, da CLT.

Ora, uma vez que o eg. Tribunal Regional assentou premissa de que: "**as atividades realizadas internamente pelo empregado, antes e após o seu retorno à sede da reclamada, vinculam-se diretamente às vendas**" e de que "**mesmo nos períodos em que o autor estava em reuniões internas, as atividades eram relacionadas às vendas, vez que traçadas metas para a viabilização dos negócios, inexistindo motivo para se diferenciar da jornada de trabalho interregnos em que o mesmo estava ou não exercendo atividade de venda**", entendo que contraria a Súmula 126 desta Corte a conclusão proposta no voto condutor do eminente Relator no sentido de que: "**extrai-se dos elementos fáticos registrados pelo Regional que o empregado, no momento da efetivação do labor em sobrejornada, não efetivava vendas, porquanto laborava em atividade interna, meramente burocrática**".

Observo que, em sede de embargos de declaração, a eg. Turma afirmou que não houve omissão no julgado, pois o acórdão embargado de declaração consignou, com amparo na descrição fática feita pelo Tribunal Regional, que "**as atividades realizadas internamente pelo reclamante, vinculavam-se diretamente a sua atividade de vendedor e estavam cobertas não só pelo salário fixo, como pelas comissões auferidas com as vendas realizadas**".

Nas razões de agravo interno em face da decisão denegatória de seguimento dos embargos, a parte sustenta que "**tendo em vista que durante o labor em sobrejornada não realizava vendas, mas apenas atividades internas burocráticas**".

Pois bem, o óbice da Súmula 126 desta Corte precede a análise de divergência jurisprudencial Diz o verbete que "**Incabível o recurso de revista ou de embargos (arts. 896 e 894, "b", da CLT) para reexame de fatos e provas**". Se o acórdão Regional afirmou que "**as atividades realizadas internamente pelo empregado, antes e após o seu retorno à sede da reclamada, vinculam-se diretamente às vendas**" e de que "**mesmo nos períodos em que o autor estava em reuniões internas, as atividades eram relacionadas às vendas, vez que traçadas metas para a viabilização dos negócios**", encontra óbice na Súmula 126 do TST a pretensão deduzida nos embargos sob a afirmação de que "**não realizava vendas durante o labor em jornada extraordinária, mas apenas desempenhava atividades internas burocráticas**".

Os embargos, assim, não devem ser conhecidos, pelo óbice da Súmula 126 do TST. Não conheço dos embargos.

Afastando-se o óbice da Súmula 126 do TST, acompanho o conhecimento por divergência jurisprudencial, uma vez que o aresto da eg. 7ª Turma,



Poder Judiciário
Justiça do Trabalho
Tribunal Superior do Trabalho

traz premissa específica quanto ao reconhecimento da participações em reuniões de fixação de metas como atividade dissociada do processo de venda, inclusive oriundos do mesmo TRT (6ª Região):

"RECURSO DE REVISTA. ACÓRDÃO REGIONAL. PUBLICAÇÃO ANTERIOR À VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. EMPREGADO COMMISSIONISTA. HORAS EXTRAS. ATIVIDADES DESVINCULADAS DO PAGAMENTO DE COMISSÕES. SÚMULA Nº 340 DO TST. NÃO INCIDÊNCIA. 1. Conforme a atual, notória e iterativa jurisprudência desta Corte Superior, a limitação ao pagamento apenas do adicional das horas extras prestadas pelo empregado comissionista pressupõe a efetiva percepção de comissões durante o labor extraordinário. Na hipótese de o comissionista participar de reuniões e realizar atividades internas desvinculadas do fato gerador das comissões, não incide a diretriz perfilhada na Súmula nº 340 do TST, fazendo jus o empregado ao pagamento da hora trabalhada acrescida do respectivo adicional. 2. O Tribunal Regional, ao assentar que, " mesmo nos períodos em que o autor estava em reuniões internas, as atividades eram relacionadas às vendas, vez que traçadas metas para a viabilização dos negócios ", e adotar tese no sentido de que não há "motivo para se diferenciar da jornada de trabalho interregnos em que o mesmo estava ou não exercendo atividade de venda" (fl. 1.035), incorreu em contrariedade, por má aplicação da Súmula nº 340 do TST. 3. Recurso de revista de que se conhece, por contrariedade à Súmula nº 340 do TST, e a que se dá provimento " (RR-1524-58.2010.5.06.0141, 7ª Turma, Relator Desembargador Convocado Ubirajara Carlos Mendes, DEJT 07/12/2018).

O que está em discussão no presente recurso de embargos é saber o conceito de "venda". Se venda é somente o ato da tradição da coisa, em sentido estrito, ou se venda é um processo mais amplo, que abrange atos preparatórios e conclusivos. Me filio a segunda corrente, que entende **venda** como um processo complexo que abrange a oferta de um produto ou serviço aos mercado consumidor, esperando pelo "aceite" do comprador, que paga o valor ajustado. Assim, venda inclui a oferta do produto/serviço, o que abrange a preparação da estratégia de atingimento do "target" (consumidor), como exposição dos produtos, até a conclusão da venda, como preenchimento do contrato, onde inclusive se faz venda de "garantias estendidas", igualmente passível de comissionamento. Venda também inclui o pós-venda, necessário processo de fidelização realizado pelo vendedor, para garantir vendas futuras.

Assim, andou bem o Tribunal Regional ao afirmar que a participação em reuniões para fixação de metas para viabilizar os negócios estava relacionada às vendas, por serem atos preparatórios da venda.

Ante o exposto, apresento **VOTO DIVERGENTE** no sentido de não conhecer do recurso de embargos, pelo óbice da Súmula 126 do TST e, caso superado



Poder Judiciário
Justiça do Trabalho
Tribunal Superior do Trabalho

este óbice, conhecer por divergência jurisprudencial com o paradigma da 7ª Turma (RR-1524-58.2010.5.06.0141, 7ª Turma, Relator Desembargador Convocado Ubirajara Carlos Mendes, DEJT 07/12/2018) e, no mérito, negar-lhe provimento.

Brasília, 20 de abril de 2023.

Ministro ALEXANDRE RAMOS