



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL  
Justiça do Trabalho - 2ª Região

TRT - 2ª REGIÃO

fls.  
func.

fl. 1

**PROCESSO TRT/SP Nº 0002167-41.2015.5.02.0015 13ª**  
**TURMA**  
**RECURSO ORDINÁRIO**  
**1º RECORRENTE: HSBC VIDA E PREVIDÊNCIA BRASIL**  
**S/A. E**  
**OUTRO**  
**2º RECORRENTE: MARCELO MARTINS MECIANO**  
**ORIGEM: 15ª VT DE SÃO PAULO**

**EMENTA**

**ESTORNO DE COMISSÕES. RESTITUIÇÃO DEVIDA. O cancelamento de parte ou do todo do produto vendido pelo autor, em benefício das rés, insere-se no risco do empreendimento, de modo que não pode ser repassado ao empregado, que já fazia sua parte contratual de oferecer e vender aqueles investimentos, em respeito ao disposto no Art. 466 da CLT, que prescreve que as comissões pagas ao empregado após o fim da transação não podem ser estornadas, ainda que exista cláusula contratual nesse sentido. Esta, por sua vez, se conclui com o fechamento do negócio e não com o cumprimento pelo cliente das obrigações dela provenientes. Correta a determinação de restituição das parcelas estornadas, bem como seus reflexos, pois se revestem do caráter salarial e habitual. Recurso ordinário interposto pelas reclamadas ao qual se nega provimento.**

Considerando que a divergência no voto do ilustre Desembargadora Relatora sorteada, a Exma. Dra. Cíntia Táffari, diz respeito somente quanto ao reconhecimento da condição de bancária da reclamante, peço-lhe venia para adotar as demais razões de decidir:

*“Inconformado com a r. decisão de fls. 515/517-vº, cujo relatório adoto, prolatada pela MM. Juíza Alessandra de Cássia Fonseca Tourinho Tupiassú, que julgou procedente em parte a ação, recorrem*



*ordinariamente as partes: a reclamada, pelas razões de fls. 519/523-vº, insurge-se contra a condenação em restituição dos valores de comissão estornados e reflexos.*

*O autor, às fls. 526/532-vº, questiona a contagem da prescrição quinquenal, e pretende a nulidade da contratação realizada com o HSBC Vida e o vínculo diretamente com o HSBC Bank, o enquadramento como empregado bancário, com as benesses da categoria, bem como a condenação em diferenças salariais decorrentes da ilícita redução havida.*

*Depósito prévio e custas processuais foram recolhidos às fls. 524/525-vº.*

*Contrarrazões foram ofertadas às fls. 535/536-vº e 537/544.*

*É o relatório.*

### VOTO

#### *I – JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE*

*Os recursos ordinários interpostos pelas partes são tempestivos e estão firmados por advogados com procuração nos autos (fls. 446 e 50, respectivamente). A ré efetuou corretamente o preparo (fls. 524/525-vº). Conhece-se dos apelos, por presentes os pressupostos de admissibilidade.*

#### *II – RECURSO ORDINÁRIO DA RECLAMADA*

##### *Estorno de Comissões e Reflexos*

*Insurgem-se as reclamadas contra a condenação em destaque, alegando que conforme já exposto na contestação, o contrato pactuado entre o autor e a primeira ré estabeleceu que os valores das comissões*



fl. 3

*referentes a parcelas vendidas que deixaram de ser pagas pelos clientes deveriam ser devolvidas ao empregador, fosse ele parcial ou total, sendo certo que o pagamento das comissões era feito de forma antecipada, não podendo saber as demandadas se o pactuado seria cumprido pelo cliente.*

*Caso mantida a condenação, insurgem-se contra aos reflexos dessas parcelas. Afirmam que as comissões foram corretamente pagas e integradas à remuneração, não havendo falar em reflexos.*

*Conforme muito bem apontado pelo MM. Juízo sentenciante, o cancelamento de parte ou do todo do produto vendido pelo autor, em benefício das rés, insere-se no risco do empreendimento, de modo que não pode ser repassado ao empregado, que já fazia sua parte contratual de oferecer e vender aqueles investimentos, em respeito ao disposto no Art. 466 da CLT, que prescreve que as comissões pagas ao empregado após o fim da transação não podem ser estornadas, ainda que exista cláusula contratual nesse sentido. Esta, por sua vez, se conclui com o fechamento do negócio e não com o cumprimento pelo cliente das obrigações dele provenientes.*

*É o que nos ensina a jurisprudência dos nossos Tribunais Superiores:*

**ESTORNOS DE COMISSÕES. CANCELAMENTO DA VENDA OU INADIMPLÊNCIA DO COMPRADOR. IMPOSSIBILIDADE.** *A discussão refere-se a estorno de comissões sobre vendas de revistas, em virtude do inadimplemento pelos clientes. Prevê o artigo 466 da CLT que - o pagamento de comissões e percentagens só é exigível depois da ultimada a transação a que se referem -. Esta Corte, reiteradamente interpretando o referido dispositivo, tem adotado o entendimento de que o fim da transação se dá com o fechamento do negócio, e não com o cumprimento, pelos clientes, das obrigações dele provenientes, ou seja, com o*



*pagamento da obrigação decorrente do negócio ajustado. Assim, não são autorizados estornos de comissões pelo cancelamento da venda ou pela inadimplência do comprador. Recurso de revista conhecido e provido. (TST - RR: 2948004420035020036 294800-44.2003.5.02.0036, Relator: José Roberto Freire Pimenta, Data de Julgamento: 11/10/2011, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 21/10/2011.)*

*Ademais, no caso em comento, as reclamadas não comprovaram nenhuma irregularidade por parte dos clientes a justificar referidos estornos no salário do reclamante.*

*Assim sendo, o demandante tem direito ao pagamento das comissões decorrentes de transações por ele efetivadas e aceitas pela empregadora, segundo determina o Art. 3º da Lei 3.207 /1957. Restando incontroverso que a reclamada efetuou estornos de comissões, a restituição se impõe, assim como os reflexos da parcela integral.*

*Nada, portanto, a ser alterado no julgado ora recorrido quanto a essa questão.*

### *III – RECURSO ORDINÁRIO DO RECLAMANTE*

#### *III.1 – Prescrição Quinquenal*

*Entende o autor que a ação antes interposta tem o condão de interromper o prazo prescricional, razão pela qual se insurge contra o termo fixado na origem.*

*Tem razão o reclamante.*

*De acordo com o Art. 240, § 1º do novel CPC, a interrupção da prescrição retroagirá à data da propositura da ação. Já o Art. 202, parágrafo único, do Código Civil determina que a prescrição interrompida recomeça a correr da data do ato que a*



*interrompeu, ou do último ato do processo para a interromper.*

*Nesse sentido, de se concluir que o simples ajuizamento da reclamação trabalhista anteriormente proposta interrompe a fluência do prazo prescricional, tanto bienal quanto quinquenal. Incidência e aplicação das Súmulas nº 268 e 308 do C. TST.*

*Nesse sentido já se tem manifestado de forma incontestada a jurisprudência pátria:*

*RECURSO DE REVISTA. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. INTERRUÇÃO. RECLAMAÇÃO TRABALHISTA ARQUIVADA. CONTAGEM. É pacífica a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho no sentido de que o ajuizamento de reclamação trabalhista, ainda que arquivada, provoca a interrupção tanto da prescrição bienal quanto da prescrição quinquenal. Inteligência das Súmulas 268 e 308, do TST. Firmado esse entendimento, impõe-se declarar como marco inicial da contagem da prescrição quinquenal a data do ajuizamento da primeira ação. Precedentes desta Corte. Recurso de revista conhecido e provido. (TST - RR: 128004120065020302 12800-41.2006.5.02.0302, Relator: Delaíde Miranda Arantes, Data de Julgamento: 15/08/2012, 7ª Turma).*

*No presente caso, o pacto laboral perdurou de 08.09.2008 a 31.01.2013. Foi interposta ação anterior em 19.12.2014, cujo arquivamento por não comparecimento do demandante à audiência inicial ocorreu em 05.08.2015, entre as mesmas partes e com identidade de pedidos (fls. 393/430). A presente ação foi interposta em 25.09.2015.*

*Destarte, retifica-se o termo prescricional fixado pela origem para 19.12.2009.”*

### **III.2 – Vínculo Diretamente com a Segunda Ré**



A r. sentença originária, à fls. 515-verso, rejeitou o pedido de reconhecimento de vínculo de emprego diretamente com o 2ª reclamado, HSBC BRASIL S/A BANCO MÚLTIPLO, e, por conseqüência, da condição de bancário do reclamante, assim se manifestando:

*Alega o reclamante que foi admitido por empresa interposta (1ª reclamada), para prestar serviços à 2ª reclamada. Requer a nulidade da contratação, o reconhecimento do vínculo empregatício com a 2ª reclamada, a adequação do enquadramento sindical e os benefícios inerentes à categoria dos bancários.*

*Os reclamados contestam os pedidos, afirmando que o autor foi empregado da primeira reclamada, enquadrado à categoria dos securitários e que o segundo reclamado não possuiu qualquer relação jurídica com o autor.*

*Análise.*

*Tendo em vista o disposto no art. 40 da CLT, as anotações registradas na carteira de trabalho gozam de presunção relativa de veracidade, de forma que cabia ao autor comprovar a falsidade dos registros. De tal ônus, o reclamante não se desincumbiu a contento.*

*Isto porque, em depoimento, ele confessou que fazia atendimento para clientes do banco ou não. Declarou, ainda, que trabalhava em agências variadas e que era a 1ª primeira reclamada que fiscalizava a qualidade de seus serviços e avaliava seu desempenho.*

*A 2ª testemunha arrolada pelo autor, deixou claro que as metas eram estabelecidas por ambas as reclamadas, que o reclamante se reportava a diversos gerentes, inclusive era subordinado à própria testemunha – empregado da 1ª reclamada. Afirmou ainda, que a substituição do autor era feita por empregado da 1ª reclamada e que era o próprio autor que fazia sua agenda de visitas.*

*Tais fatos comprovam a ausência de subordinação à 2ª reclamada.*

*Outrossim, o reclamante não logrou êxito em provar que fazia abertura de conta corrente ou outros serviços*



*próprios do bancário.*

*Registro que a sua participação em reuniões ocorria por interesse do seu próprio trabalho de consultor, em razão dos produtos que comercializava em nome da segunda reclamada. De qualquer sorte, o próprio autor confessa "que participavam das reuniões empregados de ambas as reclamadas."*

*Sendo assim, não sendo o autor remunerado ou comandado pelo segundo reclamado, e não exercendo atividades típicas bancárias, julgo improcedentes os pedidos de declaração da relação empregatícia com o segundo reclamado, bem como o reconhecimento da condição de bancário e direitos consectários, tais como jornada de seis horas diárias e PLR.*

Insiste o reclamante na nulidade da contratação realizada com o HSBC Vida e o reconhecimento do vínculo diretamente com o HSCB Bank, uma vez constatada a fraude na contratação, porquanto as provas dos autos comprovam à saciedade, que ele exercia funções tipicamente de empregados bancário, estando subordinado à segunda ré .

Sem razão, contudo.

Da autora o ônus de provar dos fatos constitutivos de seu direito, conforme art. 818, da CLT, e art. 333, I do CPC, tendo em vista a negativa, pela primeira e segunda reclamadas, de qualquer subordinação direta ao segundo reclamado, BANCO ALFA S.A., bem como do exercício de funções bancárias, em sede de contestação (id a27cde9 – pgs. 04/06).

Contudo, a prova produzida nos autos não favorece a pretensão recursal de reconhecimento do exercício das funções típicas de bancária, porquanto a própria reclamante informou, em depoimento (fl. 452), que *“vendia produtos de investimento, vida e previdência e captava novos clientes para o banco; que vendia fundos, CDBs e poupança; que habilitava clientes para trabalhar no home broker do banco, para compra de ações e títulos públicos; (...); que o Sr. João Barbosa e Heloísa Gotardo eram empregados da 1ª reclamada, que visitavam as agências em que o reclamante trabalhou em média 4 vezes por mês para avaliar o desempenho do*



autor e a qualidade do serviço prestado (...)que fazia tanto atendimento de clientes do banco, como outros que não eram clientes do banco”.

Note-se que a testemunha convidada pelo próprio reclamante prestou depoimento em sentido diverso daquele prestado pelo autor, relatando que “o reclamante atendia exclusivamente clientes do banco” (fl. 452-verso), motivo pelo qual não merece credibilidade suas declarações.

Diante do acima transcrito, observo que não resultou caracterizado o exercício de atividades tipicamente bancárias, ligadas à atividade fim do segundo reclamado, nem, tampouco, a existência de subordinação do reclamante ao banco reclamado.

Destaco, ainda, que as atividades comprovadamente realizadas pelo reclamante não são atividades típicas de bancário. Nesse sentido, cito a jurisprudência do C. TST, “*verbis*”:

*“(...) ENQUADRAMENTO COMO BANCÁRIO. O Regional destacou que não houve prova da existência de fraude na contratação do reclamante e de que ele fosse bancário. Registrou que o autor vendia consórcios e seguros e que foi contratado por empresa de seguros. Nessas circunstâncias, as alegações do reclamante de que exercia atividades típicas de bancário ou que sua contratação foi fraudulenta demandariam o revolvimento de fatos e provas por esta Corte, o que é vedado pela Súmula nº 126 do TST. Desse modo, não há falar em ofensa aos artigos 2º, 3º e 9º da CLT e contrariedade à Súmula nº 331, item I, do TST. Por outro lado, como também não foi reconhecido que o reclamante era financeiro, não se aplica a invocada Súmula nº 55 do TST. Os julgados não possuem a especificidade exigida pela Súmula nº 296, item I, do TST. Recurso de revista não conhecido. (...)” (TST-RR-237000-41.2005.5.02.0019, Rel. Min. José Roberto Freire Pimenta, 2ª Turma, DEJT 16/08/2013).*

Assim, não configurada no caso concreto a hipótese de fraude à legislação trabalhista (art. 9º da CLT), pois a função exercida pelo autor não era essencial à atividade fim do banco reclamado, nem restou provada a subordinação direta, consoante Súmula nº 331 do C. Tribunal Superior do Trabalho.





Saliente-se, também, que o Direito Coletivo Brasileiro dispõe que a organização dos trabalhadores, para efeito de representação sindical é feita de forma objetiva, por categorias. A inserção dos mesmos na chamada base profissional e sindical se faz levando em conta a similitude de vida oriunda do trabalho em comum, situação que deságua, naturalmente, na separação das categorias, conforme atividade preponderante do empregador (CLT, art. 570).

Diante disso, merece prevalecer a r. sentença de primeiro grau que rejeitou o enquadramento da reclamante como bancário.

Mantenho, portanto.

### *“III.3 – Redução Salarial*

*Argumenta o autor que há provas nos autos, inclusive documental, apresentadas pelas rés, de que houve efetivamente redução do seu salário ao longo do pacto laboral. Aduz que as comissões sobre o aporte e portabilidade do produto previdência privada, antes pago no percentual de 0,46%, passou, a partir de janeiro de 2011, a ser atrelado ao valor da taxa de administração negociada com o cliente, a razão de 0,46% para os contratos com taxa de administração de 3%, 0,30% para aqueles com taxa de administração de 1,5% e de 0,15% para os contratos com taxa de administração de 0,8%, o que importou em ofensa ao Princípio da Irreduzibilidade Salarial.*

*Diversamente do que alegado pelo autor, os documentos acostados pelas rés e constantes do Volume de Documentos apartado comprovam que ele percebia percentual de comissão variável de acordo com o produto vendido, mas não é suficiente para que se conclua que houve efetivamente a redução desses importes ao longo do pacto laboral.*

*Assim sendo, ante a total falta de provas, inclusive do apontamento pelo demandante dessas diferenças, não*



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL  
Justiça do Trabalho - 2ª Região

TRT - 2ª REGIÃO

fls.  
func.

**fl. 10**

*prospera a irresignação recursal obreira nesse sentido.”*

#### **IV – DISPOSITIVO**

ACORDAM os Magistrados da 13ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da Segunda Região em **CONHECER** dos recursos ordinários interpostos e, no mérito, **NEGAR PROVIMENTO** ao recurso ordinário interposto pelas reclamadas; e, **DAR PARCIAL PROVIMENTO** ao apelo do reclamante, para declarar prescritas as parcelas anteriores a 19.12.2009. Mantido o valor da condenação.

**FERNANDO ANTONIO SAMPAIO DA SILVA**  
**Desembargador Redator Designado**