



PROCESSO N° TST-AIRR-111500-14.2009.5.04.0004

A C Ó R D Ã O

7^a Turma

CMB/pp

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA DA RECLAMADA EM FACE DE DECISÃO PUBLICADA ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI N° 13.015/2014. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL.

O exame dos autos revela que a Corte *a quo* proferiu decisão completa, válida e devidamente fundamentada, razão pela qual não prospera a alegada negativa de prestação jurisdicional. Agravo de instrumento a que se nega provimento.

TRABALHO EXTERNO. CONTROLE DE JORNADA.

A exceção prevista no artigo 62, I, da CLT não depende apenas do exercício de trabalho externo, mas também da impossibilidade de controle de horário pelo empregador. No caso, concluiu o Tribunal Regional que "a prova oral favorece a tese do autor de que não realizava jornada externa sem controle de horário, pois evidencia que havia chefia superior que controlava a jornada e que havia horário de entrada e saída". Indubitável, portanto, que o empregador exercia o controle direto sobre os horários cumpridos pelo empregado. Somente quando se revelar inteiramente impossível o controle da jornada estará afastado o direito ao pagamento de horas extraordinárias, em razão da liberdade de dispor do seu próprio tempo, a exemplo do que ocorre com o intervalo para refeição, cujo gozo é presumido, diante a autorização legal para dispensa do registro. Indene o artigo 62, I, da CLT. Agravo de instrumento a que se nega provimento.

CARGO DE CONFIANÇA. ARTIGO 62, II, DA CLT. Está consignado na decisão regional que "o autor, em que pese exercesse algumas tarefas de cunho de gerenciamento, estava subordinado sempre a uma chefia superior, e esta, pelo que revela a prova oral, possuía maiores poderes de gestão no local onde laboravam em relação ao



PROCESSO N° TST-AIRR-111500-14.2009.5.04.0004

reclamante e era a quem estava subordinado. Saliente-se que os depoimentos das testemunhas da reclamada acabam corroborando a tese de inexistência de ampla autonomia e de amplos poderes, no exercício das funções do autor". Assim, concluíram os julgadores que não era detentor de cargo de fidúcia excepcional a ponto de enquadrá-lo na hipótese contida no inciso II do artigo 62 da CLT. Nesse passo, não verifico ofensa ao mencionado dispositivo legal, na medida em que Tribunal de origem adequou os elementos fáticos e probatórios delineados no acórdão recorrido ao correto enquadramento jurídico. Agravo de instrumento a que se nega provimento.

DIFERENÇAS SALARIAIS. DESVIO DE FUNÇÃO.

O Tribunal Regional, soberano na análise do conjunto probatório, registrou que "o autor não desenvolvia a atividade para qual fora contratado, mas atuava no desenvolvimento de sistemas de informática". O artigo 456 da CLT autoriza a presunção de que o empregado se obrigou a prestar qualquer serviço compatível com sua condição pessoal, mas só se aplica aos casos em que não houver prova da função para a qual o empregado foi contratado. Não é essa a hipótese dos autos. Ileso, portanto, o mencionado preceito. Agravo de instrumento a que se nega provimento.

RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR.

DANOS MORAIS CAUSADOS AO EMPREGADO. CARACTERIZAÇÃO. A responsabilidade civil do empregador pela reparação decorrente de danos morais causados ao empregado pressupõe a existência de três requisitos, quais sejam: a conduta (culposa, em regra), o dano propriamente dito (violação aos atributos da personalidade) e o nexo causal entre esses dois elementos. O primeiro é a ação ou omissão de alguém que produz consequências às quais o sistema jurídico reconhece relevância. É certo que esse agir de modo consciente



PROCESSO N° TST-AIRR-111500-14.2009.5.04.0004

é ainda caracterizado por ser contrário ao Direito, daí falar-se que, em princípio, a responsabilidade exige a presença da conduta culposa do agente, o que significa ação inicialmente de forma ilícita e que se distancia dos padrões socialmente adequados, muito embora possa haver o dever de resarcimento dos danos, mesmo nos casos de conduta lícita. O segundo elemento é o dano que, nas palavras de Sérgio Cavalieri Filho, consiste na “[...] subtração ou diminuição de um bem jurídico, qualquer que seja a sua natureza, quer se trate de um bem patrimonial, quer se trate de um bem integrante da própria personalidade da vítima, como a sua honra, a imagem, a liberdade etc. Em suma, dano é lesão de um bem jurídico, tanto patrimonial como moral, vindo daí a conhecida divisão do dano em patrimonial e moral”. Finalmente, o último elemento é o nexo causal, a consequência que se afirma existir e a causa que a provocou; é o encadeamento dos acontecimentos derivados da ação humana e os efeitos por ela gerados. No caso, o quadro fático registrado no acórdão recorrido revela que “a falta de clareza por parte da reclamada com relação às deliberações acerca da manutenção ou não dos empregados do seu quadro quando da fusão das empresas, a indução na crença de que não seriam demitidos e a posterior demissão conjunta da grande maioria destes” ocasionou situação de aflição psicológica experimentada pelo autor. Ademais, acrescentou o Tribunal Regional que a prova testemunhal é convincente no sentido de que a ré não agiu com lisura. “Não deixou claro que em função das alterações na estrutura da empresa, decorrentes da mudança no controle societário da companhia, haveriam (sic) dispensas e quais os critérios possíveis de serem adotados. Ao revés, ocorreu boa dose de desinformação. A meu sentir, houve violação do dever de lealdade, ínsito ao contrato de trabalho e que ao qual estão obrigados tanto o empregado quanto o empregador. O quadro de angústia, tensão e sofrimento a que foram submetidos os



PROCESSO N° TST-AIRR-111500-14.2009.5.04.0004

empregados da ré, inclusive o reclamante, resulta confirmado até mesmo pelo depoimento das testemunhas de defesa. Assim, considero preenchidos os requisitos para a configuração do dano moral, quais sejam, o ilícito (violação do dever de lealdade), a agressão à auto-estima e auto-imagem do trabalhador, decorrente da insegurança e posterior dispensa de forma constrangedora, como narrado pela segunda testemunha do autor. Pondero que a reclamada é organização de grande porte, que poderia e dever ter conduzido o processo de forma menos traumática, estabelecendo desde o início critérios objetivos para as dispensas e mantendo os seus empregados bem e corretamente informados desde o início do reordenamento empresarial". Demonstrado o dano decorrente da conduta do empregador, deve ser mantido o acórdão regional que condenou a reclamada a indenizá-lo. Agravo de instrumento a que se nega provimento.

DANOS MORAIS. VALOR DA INDENIZAÇÃO.

IMPUGNAÇÃO GENÉRICA. A alegação genérica de que o valor arbitrado para a indenização por danos morais não atende aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade não se coaduna com a natureza especial do recurso de revista. É necessário que a parte indique, de modo fundamentado, em que pontos os critérios utilizados pela Corte Regional não foram aplicados ou mensurados corretamente e as razões pelas quais considera que o valor fixado não corresponde à extensão do dano. Precedentes desta Turma. Agravo de instrumento a que se nega provimento.

DIFERENÇAS DE PPR. O Tribunal Regional consignou que "as diferenças salariais decorrentes de desvio de função, deferidas na presente ação, integram o salário nominal do autor, pelo que devem ser pagas diferenças das participações nos resultados pagas ao autor". Conforme consta no acórdão recorrido, "as vantagens previstas nos acordos coletivos para participação em resultados dos anos anteriores preveem o pagamento em número de 'salários', assim entendido o salário nominal". Desse



PROCESSO N° TST-AIRR-111500-14.2009.5.04.0004

modo, a cláusula normativa em questão foi interpretada restritivamente, e, portanto, não se verifica a alegada ofensa ao artigo 114 do Código Civil. Agravo de instrumento a que se nega provimento.

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA DO RECLAMANTE EM FACE DE DECISÃO PUBLICADA ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI N° 13.015/2014. ADICIONAL DE TRANSFERÊNCIA. MUDANÇA ÚNICA QUE PERDUROU ATÉ A DATA DA RESCISÃO CONTRATUAL. CARÁTER DEFINITIVO.

A Orientação Jurisprudencial nº 113 da SBDI-1 desta Corte determina o direito ao adicional de transferência no caso em que esta é provisória. A SBDI-1 deste Tribunal Superior considera o caráter da transferência, se provisória ou definitiva, aferindo-se, no caso concreto, os termos em que ocorreu o deslocamento, tais como o tempo de contratação, o motivo que a ensejou, o número de mudanças, o ânimo de permanência e, em certos casos, a época da rescisão contratual. Precedentes. Na hipótese, o reclamante foi contratado na cidade de Porto Alegre/RS (em 14/09/2001) de onde foi posteriormente transferido, uma única vez, em maio de 2007, para a cidade de Campo Grande/MS onde permaneceu até a rescisão contratual, ocorrida em fevereiro de 2009. Correta a decisão regional que reconheceu o caráter definitivo da transferência. Agravo de instrumento a que se nega provimento.

ESTABILIDADE. REINTEGRAÇÃO. Inviável o conhecimento do recurso de revista em que a parte não indica violação de dispositivo de lei ou da Constituição Federal, tampouco aponta dissenso pretoriano ou contrariedade a verbete de jurisprudência desta Corte, desatendendo, assim, a disciplina do



PROCESSO N° TST-AIRR-111500-14.2009.5.04.0004

artigo 896 da CLT. Agravo de instrumento a que se nega provimento.

INDENIZAÇÃO POR DANO MATERIAL. IMPOSTO DE RENDA. Não prospera a alegação de contrariedade à Orientação Jurisprudencial nº 207 da SBDI-1 do TST, na medida em que a hipótese dos autos não trata da matéria afeta à indenização paga em virtude de adesão a programa de incentivo à demissão voluntária, mas sim do pagamento de verbas decorrentes da rescisão contratual por dispensa imotivada. Agravo de instrumento a que se nega provimento.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento em Recurso de Revista n° **TST-AIRR-111500-14.2009.5.04.0004**, em que são Agravantes **RAFAEL JORDAN PETTERMAN e BRASIL TELECOM S.A.** e Agravados **OS MESMOS**.

As partes, não se conformando com o despacho do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região (fls. 1.036/1.045) que negou seguimento aos recursos de revista, interpõem os presentes agravos de instrumento (fls. 1.052/1.057 e 1.064/1.073) sustentando que foram preenchidos todos os pressupostos legais para o regular processamento daqueles recursos.

Contraminuta às fls. 1.096/1.099 e 1.12/1.117 e contrarrazões às fls. 1.104/1.107.

Dispensada a remessa dos autos ao Ministério Público do Trabalho, nos termos do artigo 83, § 2º, II, do Regimento Interno do Tribunal Superior do Trabalho.

É o relatório.

V O T O

Inicialmente, destaco que os presentes apelos serão apreciados à luz da Consolidação das Leis do Trabalho, sem as alterações promovidas pela Lei nº 13.015/2014, uma vez que se aplica apenas aos



PROCESSO N° TST-AIRR-111500-14.2009.5.04.0004

recursos interpostos em face de decisão publicada já na sua vigência, o que não é a hipótese dos autos.

AGRADO DE INSTRUMENTO DA RECLAMADA

CONHECIMENTO

Conheço do agravo de instrumento, visto que presentes os pressupostos legais de admissibilidade.

MÉRITO

NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

A reclamada argui a nulidade da decisão regional por negativa de prestação jurisdicional. Sustenta que, não obstante a oposição de embargos de declaração, a Corte *a quo* ficou silente a respeito de questões relevantes referentes à prova oral produzida, tais como: "o fato de reclamante (1) não ter controle de horário, (2) determinou de forma efetiva a troca de setor de subordinados seus, (3) fazia a seleção de candidatos em seu departamento e (4) decidia pela dispensa de funcionários".

Com esteio na Orientação Jurisprudencial nº 115 da SBDI-1 desta Corte, passo à análise do recurso somente com relação aos artigos 93, IX, da Constituição Federal, 458 do CPC e 832 da CLT.

O exame dos autos revela que a Corte *a quo* proferiu decisão completa, válida e devidamente fundamentada, razão pela qual não prospera a alegada negativa de prestação jurisdicional.

Por outro lado, a argumentação exposta nos embargos de declaração evidencia que a real pretensão da parte era obter o reexame do conjunto probatório e a alteração do registro fático feito pelo Tribunal Regional, objetivos que não se coadunam com as disposições do artigo 897-A da CLT.



PROCESSO N° TST-AIRR-111500-14.2009.5.04.0004

Acrescente-se que, para fins de prequestionamento, não é necessário que a decisão faça referência expressa aos dispositivos legais invocados. A adoção de tese explícita acerca da matéria discutida é suficiente para que se considere preenchido o mencionado requisito, de acordo com a Orientação Jurisprudencial nº 118 da SBDI-1 do Tribunal Superior do Trabalho. Além disso, o item III da Súmula nº 297 desta Corte deixa claro que se considera prequestionada a matéria jurídica invocada no recurso principal na hipótese de o Tribunal recorrido haver se recusado a adotar tese, mesmo após ter sido instado a fazê-lo, via embargos de declaração.

Ilesos, portanto, os artigos acima citados.
Nego provimento.

TRABALHO EXTERNO – CONTROLE DE JORNADA

A agravante sustenta a inexistência de controle na jornada de trabalho, razão pela qual entende serem indevidas as horas extras. Aponta violação dos artigos 62, I, 818, da CLT; 333, II, do CPC.

Eis a decisão recorrida:

“Jornada Externa.

Quanto a esta questão o julgador de origem, com relação ao período imprescrito, considerou que ‘O trabalho externo, sem possibilidade de controle ou fiscalização, pelo empregador, no período de maio de 2005 em diante não resta provado por nenhum meio. Afasto, portanto, a aplicação da regra de exceção do art. 62, inciso I, da CLT.’ No tocante aos elementos trazidos nos autos que poderiam elucidar sobre a configuração de jornada externa realizada pelo reclamante, a prova oral descreve as seguintes circunstâncias: Com relação ao depoimento da primeira testemunha do autor: “(...) que o reclamante fazia viagens a serviço porque a filial Rio Grande do Sul abrangia todo Estado e não só Porto Alegre e por isso o reclamante fazia viagens especialmente para as cidades polo como Pelotas, Passo Fundo, Caxias do Sul e Santa Maria; que essas viagens ocorriam no mínimo uma a duas vezes por mês e que duravam dois ou três dias; que o depoente acompanhou o reclamante em algumas viagens; que normalmente saíam de Porto Alegre antes do horário de expediente; que procuravam chegar no início do horário comercial no destino e por isso saíam antes, para ter um melhor aproveitamento do tempo; que da mesma forma no retorno saíam após o encerramento do horário comercial; que o horário comercial era o



PROCESSO N° TST-AIRR-111500-14.2009.5.04.0004

mesmo a que se referiu antes; que quando passou para a gerencia de mercado consumidor o reclamante passou a trabalhar mais porque essa área é a que atende pessoas físicas, que são vendas massivas e que o volume de serviço é bem maior; que são utilizados todos os canais possíveis de vendas; (...) que o depoente não batia ponto; que o depoente não tinha horário livre; que como gerente era controlado pelo diretor da filial e como diretor pela matriz; (...) que no caso de atrasos, saída mais cedo ou necessidade de ausência a pessoa se reportava ao depoente;... que o reclamante já tinha curso superior quando entrou na empresa e que é um dos requisitos do trainer; que ratificou a resposta anterior dizendo que poderia haver analistas que registravam o ponto e que havia um critério de "job grade" que a partir de um determinado nível não era necessário bater o ponto; que não tem bem certeza se o reclamante marcava ponto no período de analista; que os gerentes não marcavam o ponto; que quanto a flexibilidade de horário, no caso de afastamento da empresa, o gerente sempre tinha que avisar o diretor ou se ele não estivesse presente tinha que deixar o recado com a secretária; que o mesmo ocorria com o analista em relação ao gerente; que a pessoa que batia ponto tinha que pedir autorização para se afastar do serviço;" (fls. 883-6-carmim).

A segunda testemunha do autor assim refere (fl. 884-carmim): "...que o reclamante fazia trabalho interno e que fazia viagens a Brasília, em média uma vez por mês; que ficava um ou dois dias; (...) Os depoimentos das testemunhas da reclamada são frágeis a comprovar a atividade externa sem controle de jornada. A primeira testemunha da reclamada assim disse: (...) 9- Em Campo Grande, o reclamante trabalhava em serviços internos e, embora pudesse sair para visitar clientes-parceiros, não sabe dizer se o fazia; 10- O reclamante, como gerente de planejamento, estava dispensado de registrar sua jornada, sendo que isso ocorria também com os demais gerentes de seu nível; 11- O reclamante chegava ao trabalho entre 08h00/09h00 e normalmente permanecia na empresa após o horário de saída do depoente, que ocorria entre 18h00/19h00; (...) 13- Não sabe dizer se o reclamante tinha de pedir autorização a algum superior para se ausentar do serviço; E, a segunda testemunha da reclamada, assim menciona: (...) 6 - O serviço do reclamante era basicamente interno, porém a depoente não sabe dizer se aquele fazia registro de sua jornada; (...) Assim, tem-se que a prova oral favorece a tese do autor de que não realizava jornada externa sem controle de horário, pois evidencia que havia chefia superior que controlava a jornada e que havia horário de entrada e saída. Quanto aos períodos de viagens, resta demonstrado que eram eventuais e que também nestas situações, era sabido o tempo de trabalho despendido. Não há outros elementos de prova nos autos a comprovar a tese da reclamada de que o autor realizava jornada externa, sem controle de jornada, a ensejar seu enquadramento na hipótese inserta no art. 62, I, da CLT.

Mantém a sentença quanto a este aspecto." (fls. 930/932)



PROCESSO N° TST-AIRR-111500-14.2009.5.04.0004

De início, impende ressaltar que a exceção prevista no artigo 62, I, da CLT não depende apenas do exercício de trabalho externo, mas também da impossibilidade de controle de horário pelo empregador.

No caso, concluiu o Tribunal Regional que "a prova oral favorece a tese do autor de que não realizava jornada externa sem controle de horário, pois evidencia que havia chefia superior que controlava a jornada e que havia horário de entrada e saída".

Indubitável, portanto, que o empregador exercia o controle direto sobre os horários cumpridos pelo empregado.

Somente quando se revelar inteiramente impossível o controle da jornada estará afastado o direito ao pagamento de horas extraordinárias, em razão da liberdade de dispor do seu próprio tempo, a exemplo do que ocorre com o intervalo para refeição, cujo gozo é presumido, diante a autorização legal para dispensa do registro.

Indene o artigo 62, I, da CLT.

Os artigos 818 da CLT e 333 do CPC disciplinam a distribuição do encargo probatório entre as partes do processo. Assim, a violação dos mencionados dispositivos legais somente ocorre na hipótese em que magistrado decide mediante atribuição equivocada desse ônus, o que não ocorreu no caso dos autos.

Provado o fato constitutivo do direito às horas extras, como se extrai do acórdão regional, é impossível reconhecer a violação literal desses dispositivos de lei.

Nego provimento.

CARGO DE CONFIANÇA - ARTIGO 62, II, DA CLT

A agravante defende o enquadramento do autor na disciplina do artigo 62, II, da CLT, tendo em vista que ocupava o cargo de gerente com amplo poder de mando e gestão. Aponta violação do aludido preceito, bem como dos artigos 818, da CLT; 5º, II, da Constituição Federal e 333, I, do Código de Processo Civil. Indica contrariedade à Súmula nº 287 desta Corte. Transcreve aresto para o confronto de teses.

Eis a decisão recorrida:



PROCESSO N° TST-AIRR-111500-14.2009.5.04.0004

“Horas Extras. Cargo de Confiança.

O julgador de origem entendeu que a prova dos autos revela que o reclamante não exerceu cargo de confiança a ensejar seu enquadramento na exceção prevista no art. 62, II, da CLT, para efeito de indeferimento do pleito de horas extras. Com relação ao período em que a reclamada busca o reconhecimento do exercício de cargo de confiança por parte do reclamante - a partir de 01.02.2007 até o final da contratualidade -, assim ponderou (fl. 1071-carmim): “(...) No que tange à incidência do dispositivo seguinte, inciso II, referente ao exercício de cargo de confiança, duas são as situações retratadas nos autos. Quanto ao período laborado em Porto Alegre, como “coordenador”, não tenho a menor dúvida de que o mesmo não se enquadra no tipo legal em referência. O contexto probatório indica que o “coordenador” exerce chefia média, não podendo ser equiparado a gerente, chefe de departamento ou filial. Atente-se para o fato de que a reclamada pagou horas extras ao reclamante até fevereiro de 2007 (fl. 540). Mais complexa apresenta-se a situação no que respeita ao labor desenvolvido em Campo Grande/MS, onde o reclamante estava rotulado como “gerente”. De fato, aqui ressalta o exercício de poder de mando; a gestão, todavia, não resulta bem delineada. É certo que, conforme já exarado em inúmeros outros feitos sobre a mesma matéria, na atualidade não existe mais a figura do gerente plenipotenciário, aquele do qual se dizia que o seu poder ou mandato era tal que poderia colocar em risco o próprio empreendimento. Até porque, numa visão mais moderna, não se quer que o empreendimento entre em risco, haja vista as recentes inovações legislativas que instituem a “recuperação judicial”. Assim, cuida-se de identificar o nível hierárquico ou traço distintivo acima do qual se está diante do típico cargo de confiança. A redação anterior da CLT fornecia um critério objetivo: a existência de mandato na forma legal, ou seja, procuração. A redação atual, introduzida pela Lei n. 8.966/94, também fornece critérios objetivos. O primeiro deles é que o empregado para ser considerado de confiança deve ser aquele de maior hierarquia na filial ou em departamento, estrutura vertical que perpassa o organograma da empresa e cujo titular é superior ao gerente de filial. A expressão “chefe de departamento ou filial” é utilizada em homenagem ao princípio da primazia da realidade, de forma a retirar peso do mero uso da nomenclatura “gerente”. Nessa trilha, a partir dos depoimentos colhidos, entendo que nas filiais da reclamada o único empregado dotado de poderes de mando e gestão é o gerente ou diretor de filial. Os demais gerentes, situados em nível hierárquico inferior (caso do reclamante no MS) não detêm verdadeiramente poderes de gestão, ainda que possam ter poder de mando. As decisões cruciais que tomam, como a despedida ou admissão de empregados estão sujeitas à chancela desse superior. Por igual, a sua assinatura em contrato somente tem eficácia se apostila em conjunto com o diretor ou gerente de filial. Por fim, observo que, quanto ao outro requisito objetivo estabelecido na norma do art. 62, mais precisamente no seu parágrafo único, também resta descumprido. Quando promovido de “coordenador” a “gerente”, em maio de 2007, o reclamante teve seu salário



PROCESSO N° TST-AIRR-111500-14.2009.5.04.0004

base aumentado de R\$ 5.000,00 para R\$ 6.500,00 (fl. 543), o que representa um aumento da ordem de 30%. Note-se que NÃO havia o pagamento de gratificação de função de forma discriminada (fl. 540). Diante de todo o exposto e não tendo sido trazidos aos autos registros de freqüência e horário, afastada a aplicação do art. 62, incisos I e II da CLT, decidido na linha do preconizado na Súmula n. 338, inciso I, do E. TST. (...) A prova testemunhal esclarece a questão quanto ao alegado exercício de cargo de confiança pelo autor no período objeto de recurso.

A primeira testemunha trazida pelo reclamante, assim declarou: "... que passou a trabalhar com o reclamante em 2001 quando o depoente foi transferido para Porto Alegre (...) que o reclamante estava subordinado ao gerente de mercado corporativo, que por sua vez estava subordinado ao diretor da filial; que quando passou para o suporte e planejamento ele estava subordinado ao gerente dessa área, também subordinado ao diretor da filial; que como analista o reclamante não tinha subordinados; que o reclamante não batia ponto e que o controle era por exceção; que o horário do reclamante era controlado pelo diretor da filial e que era um controle presencial, visual; que o reclamante entrava por volta das 08h30min e saía entre 19h30min e 20h; que o depoente tinha contato direto com o reclamante, até mesmo em razão do portal que ele estava desenvolvendo; que o reclamante tinha intervalo de almoço de 50 minutos a uma hora; que a partir do final de 2006, outubro, aproximadamente, o reclamante coordenou uma outra atividade, vinculada a outra gerência, gerência de mercado consumidor, sendo que a atividade era de inteligência de mercado; que era uma equipe de 05 ou 06 pessoas e que o reclamante não tinha propriamente subordinados; que ele era um "ponto focal", que era a pessoa do grupo que fazia contato com as outras áreas da filial; (fls. 883-6-carmim - grifo atual).

A segunda testemunha do reclamante declara o seguinte: "que entrou na reclamada em novembro de 83 e saiu em fevereiro de 2009; que trabalhou com o reclamante somente em Campo Grande; que o reclamante foi para lá em junho de 2007 e ficou até fevereiro de 2009 e que o reclamante saiu na mesma data que a depoente; que a depoente era coordenadora do planejamento comercial e que o reclamante era o gerente do planejamento comercial; que perguntado se o reclamante era o seu superior hierárquico, disse que era o coordenador das atividades e quem tinha o poder de gestão era o diretor da filial;... que o reclamante não registrava o ponto; que a depoente sua mesa ao lado da do reclamante e que por isso sabe o horário dele; (...) que perguntado se o reclamante admitia ou despedia pessoas disse que ela fazia análise de currículo, assim como a depoente, e também faziam entrevistas de candidatos, mas que a definição quanto ao poder de contratar e também quanto às vagas era do diretor de filial e especialmente da matriz; que no setor do reclamante faziam o controle do comissionamento dos agentes autorizados mas que quem assinava a papelada financeira era o diretor da filial; que os contratos com agentes autorizados eram assinados por três pessoas e que entre elas podia ser o reclamante e que também tinha o visto do setor jurídico e quem dava a autorização final era Brasília;...que o



PROCESSO N° TST-AIRR-111500-14.2009.5.04.0004

reclamante não participava da negociação dos contratos com os agentes autorizados e que ele também não podia escolher esses agentes e isso era feito pela direção da filial, juntamente com a matriz; que os contratos seguiam um modelo enviado pela matriz; que se o reclamante precisasse se ausentar do local de trabalho ele comunicava o diretor de filial; que o reclamante comunicava e que se o diretor da filial não precisasse dele dava o "ok"; que se ele precisasse para alguma reunião ou atividade ele não autorizava o reclamante sair da filial; (...)" (fls. 886-8-carmim - grifos atuais).

O depoimento da primeira testemunha da reclamada foi no seguinte sentido: (...) O reclamante trabalhou em Campo Grande de junho de 2007 até o desligamento da empresa, na função de gerente de planejamento comercial; 2- Como gerente de planejamento comercial, o reclamante era responsável pela elaboração e acompanhamento do orçamento da empresa relativo à área comercial; 3- O departamento de planejamento comercial engloba todas as áreas em que se subdivide o setor comercial; 4- O reclamante estava subordinado ao diretor comercial, assim como ocorria com o gerente de marketing e o gerente de mídia; (...) 14- Ao reclamante estavam subordinados três coordenadores e os funcionários subordinados a eles; 15- Cabia ao reclamante a seleção de candidatos à admissão em seu departamento, assim como decidir quanto à demissão de seus funcionários; 16- O cargo que o reclamante ocupou em Campo Grande é tido como de confiança; 17- Embora a decisão fosse sua, o reclamante tinha de comunicar ao diretor comercial quando resolvesse contratar ou demitir funcionários; 18- O depoente era responsável por realizar os pagamentos de comissões de vendas aos agentes autorizados quando aprovados pelo reclamante; 19- Tais pagamentos eram aprovados apenas pelo reclamante, não necessitando de confirmação por parte do diretor comercial; 20- O depoente não era responsável pelo cadastro de novos parceiros; 21- Os contratos com parceiros eram necessariamente assinados pelo reclamante e pelo diretor comercial ou outro procurador da empresa" (fls. 873-4-carmim - grifo atual).

E, a segunda testemunha da reclamada, assim refere: "(...) 7 – Ao que sabe, os gerentes do nível do reclamante não possuíam cartão de ponto; 8 – Não sabe dizer se o reclamante tinha de pedir autorização para se ausentar do serviço; 9 – Não sabe dizer se as demissões eram decididas pelo reclamante, porém informa que foi o autor quem aprovou a mudança da depoente para o setor; 12 – Acredita que o reclamante exercia cargo de confiança, já que era gerente; 13 – Acima do reclamante havia o diretor da filial, Sr. Omar; 14 – Havia os gerentes do canal empresarial e do canal direto; 15 – O reclamante tinha de assinar contratos com parceiros, acompanhado de outro gerente ou do diretor comercial" (fl. 874-carmim).

Adota-se o mesmo posicionamento explanado na sentença. Tem-se que o conjunto da prova dos autos demonstra que as funções exercidas pelo autor, no período em questão, não se enquadram como de gestão para o fim de incidência da excepcionalidade prevista no art. 62, II, da CLT. O autor, em que pese exercesse algumas tarefas de cunho de gerenciamento, estava



PROCESSO N° TST-AIRR-111500-14.2009.5.04.0004

subordinado sempre a uma chefia superior, e esta, pelo que revela a prova oral, possuía maiores poderes de gestão no local onde laboravam em relação ao reclamante e era a quem estava subordinado. Saliente-se que os depoimentos das testemunhas da reclamada acabam corroborando a tese de inexistência de ampla autonomia e de amplos poderes, no exercício das funções do autor. Nesta linha, confirma-se a sentença, no aspecto.

Mantida a condenação ao pagamento de horas extras, mantém-se os reflexos deferidos, pois conforme asseverado pela reclamada, são acessórios à parcela principal.

Nega-se provimento.” (fls. 933/938)

Está consignado na decisão regional que “o autor, em que pese exercesse algumas tarefas de cunho de gerenciamento, estava subordinado sempre a uma chefia superior, e esta, pelo que revela a prova oral, possuía maiores poderes de gestão no local onde laboravam em relação ao reclamante e era a quem estava subordinado. Saliente-se que os depoimentos das testemunhas da reclamada acabam corroborando a tese de inexistência de ampla autonomia e de amplos poderes, no exercício das funções do autor”. Assim, concluíram os julgadores que não era detentor de cargo de fidúcia excepcional a ponto de enquadrá-lo na hipótese contida no inciso II do artigo 62 da CLT.

Nesse passo, não verifico ofensa ao mencionado dispositivo legal, na medida em que Tribunal de origem adequou os elementos fáticos e probatórios delineados no acórdão recorrido ao correto enquadramento jurídico.

De outra parte, no que tange à divergência jurisprudencial, inviável a sua demonstração, já que o único arresto colacionado não reflete as premissas fáticas das quais partiu a decisão *a quo* (Súmula nº 296, I, do TST).

Nego provimento.

DIFERENÇAS SALARIAIS - DESVIO DE FUNÇÃO

Sustenta a ré que o reclamante sempre desempenhou serviços compatíveis com sua condição pessoal. Aponta violação do artigo 5º, II, da Constituição Federal; 456 da CLT. Transcreve arresto para ao confronto de teses.

Eis a decisão recorrida:

“DIFERENÇAS SALARIAIS.

Firmado por assinatura digital em 24/09/2015 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, conforme MP 2.200-2/2001, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.



PROCESSO N° TST-AIRR-111500-14.2009.5.04.0004

A reclamada busca afastar a condenação ao pagamento de diferenças salariais, por desvio de função, limitada ao período de setembro/2004 a outubro/2006 . Sustenta que o reclamante sempre exerceu as atividades para as quais foi contratado, e, apesar de ter exercido diversas funções, sempre recebeu as promoções e alterações salariais em cargos a que fazia jus.

Examina-se.

O julgador de origem assim ponderou: “(...) O reclamante postula o adimplemento de diferenças salariais por desvio de função, alegando que desde o início da contratualidade, em janeiro de 2001, até outubro de 2006, foi responsável pelo desenvolvimento do sistema “Portal de Gestão”. Para tanto, exerceu concomitantemente diversas funções, como “web designer”, programador, “data base administrador” e analista de sistemas. Arrola os salários de cada um desses cargos e postula sejam deferidas diferenças com base no salário do maior cargo júnior, ou seja, “analista de sistema”. Caso não admitido esse parâmetro, pede seja arbitrada uma “indenização” justa e adequada. De outra banda, o reclamante alega que de outubro de 2006 a maio de 2007 exerceu a função de “coordenador de inteligência comercial”, mas não recebeu o salário correspondente, nem houve a anotação na CTPS. (...) O reclamante aduna com a exordial farta documentação, em meio papel e eletrônico, tendente a comprovar a sua atividade no desenvolvimento do “Portal de Gestão” (fls. 66 e seguintes; fls. 158/587; fls. 801/818). (...) No caso em tela, acolho parcialmente as pretensões do demandante. Quanto ao segundo lapso de tempo questionado, entre outubro de 2006 e maio de 2007, não encontro prova convincente de que o reclamante tenha executado atividades diversas daquelas para as quais foi contratado, analista comercial. (...) Relativamente ao período até outubro de 2006, no entanto, resto convencido de que o reclamante atuou em desvio de função, ou seja, não desenvolvia a atividade para qual fora contratado, mas atuava no desenvolvimento de sistemas de informática. Para que se caracterize tal desvio, não é necessária a comprovação do o alegado na exordial em toda a sua extensão, ou seja, que o autor criou ou desenvolveu um sistema ou aplicativo inovador, denominado “Portal de Gestão”. O que se discute aqui não é direito de invenção ou propriedade intelectual, mas, tão somente, o fato de que as atividades que desempenhava nesse período eram de maior complexidade e mereciam na reclamada melhor remuneração. Portanto, mesmo que o reclamante tenha desenvolvido inovações e melhoramentos sobre uma base que já existia, exsurge o direito à melhor salarial que não lhe foi alcançada. A prova documental anexada com a peça vestibular e o depoimento da primeira testemunha do reclamante, que foi o seu superior hierárquico em Porto Alegre, são elementos robustos de convicção nesse sentido. Considero razoável a utilização como parâmetro o salário inicial do “analista de sistemas”, apontado na inicial como sendo de R\$ 4.761,33, o que se presume tenha por base o mês de outubro de 2006, o último debatido no aspecto. Não encontro nos autos a evolução salarial desse cargo entre setembro de 2004, marco prescricional, e outubro de 2006, fim do período debatido. Noto que o salário do reclamante era de R\$ 2.997,00 em 2004,



PROCESSO N° TST-AIRR-111500-14.2009.5.04.0004

chegando a R\$ 4.033,96 entre junho e outubro de 2006 (fl. 41). Assinalo que esses dados não foram objeto de contestação expressa na defesa e que a partir de 01.05.2007 o reclamante passou a perceber o salário de 5.000,00. Assim, considero razoável arbitrar as diferenças decorrentes de desvio de função em 25% do salário-base do reclamante. Em conclusão, acolho em parte o pedido do item “5” e condeno a reclamada ao pagamento de diferenças salariais por desvio de função no período de setembro 2004 a outubro de 2006, no equivalente a um acréscimo de 25% sobre o salário-base do reclamante, com reflexos em horas extras, pagas e diferenças decorrentes da presente, 13º.s salários e férias com adicional de 1/3, respeitados os respectivos períodos de apuração. (...)” (grifo atual).

Tem-se que a presente questão se esclarece pela prova produzida nos autos, especialmente, a testemunhal.

A primeira testemunha trazida pelo reclamante assevera que “...que passou a trabalhar com o reclamante em 2001 quando o depoente foi transferido para Porto Alegre, que era a sede da filial no Rio Grande do Sul; (...) que de 2004 até o final de 2006 o reclamante tinha o cargo de analista comercial, embora não exercesse esta atividade; que durante esse período o reclamante ficou responsável por desenvolver uma ferramenta, um software de gestão para a área comercial; que ele estava vinculado a gerência de mercado corporativo e em 2006 passou para a gerência de suporte e planejamento comercial, que era aonde estava o depoente... que a partir do final de 2006, outubro, aproximadamente, o reclamante coordenou uma outra atividade, vinculada a outra gerência, gerência de mercado consumidor, sendo que a atividade era de inteligência de mercado;... que o reclamante não desenvolveu essas atividades no período em que desenvolveu o portal gestão, que cada vez mais ele foi solicitado a dar informações sobre esse portal aos gerentes e portanto não trabalhava como analista comercial no período antes referido; que o depoente não conhece bem os termos técnicos mas que o reclamante para desenvolver o portal trabalhava como "web designer", toda parte de administração de banco de dados, atividades precípuas de um desenvolvedor de software; que havia uma área específica na empresa para desenvolvimento de software mas era em Brasília, na matriz, que era na diretoria de TI e que em Porto Alegre não havia esse setor; que não houve a participação da matriz no desenvolvimento do software no qual o reclamante trabalhou; (...)”. (grifo atual).

A segunda testemunha do reclamante, declarou que “... trabalhou com o reclamante somente em Campo Grande; que o reclamante foi para lá em junho de 2007 e ficou até fevereiro de 2009 e que o reclamante saiu na mesma data que a depoente (...) que trabalhavam aproximadamente 14 pessoas na área de planejamento comercial; que nessa área trabalhavam com orçamentos e estimativas de demandas, basicamente; que o reclamante coordenava essas atividades e que ele também levou um portal que ele tinha desenvolvido aqui e que ele também desenvolveu lá, adequando às características da filial..”.



PROCESSO N° TST-AIRR-111500-14.2009.5.04.0004

Pela prova oral produzida, verifica-se que o reclamante, no período da condenação (observado o limite prescricional), trabalhou em nítido desvio de função, já que exercia atividade diversa para a qual foi contratado em Porto Alegre, pois as testemunhas trazidas pelo autor revelam que este realizou, de fato, tarefas de desenvolvimento de sistemas informatizados. Os depoimentos das testemunhas da reclamada são frágeis e até contraditórios para o fito de afastar as informações prestadas pelas testemunhas do autor, salientando-se que trabalharam com o reclamante somente em Campo Grande, período que não está ora em questão quanto à análise do exercício da atividade ligada à área de informática.

E, considerando-se que esta função exercida pelo autor possuía maior complexidade em relação a que foi contratado, deve ser mantida a sentença que condenou a reclamada ao pagamento de diferenças salariais, decorrentes de desvio de função.

Assim, tem-se que deve ser mantida a sentença, no aspecto, por seus próprios fundamentos.

Mantém-se a sentença.”

O Tribunal Regional, soberano na análise do conjunto probatório, registrou que “o autor não desenvolvia a atividade para qual fora contratado, mas atuava no desenvolvimento de sistemas de informática”.

O artigo 456 da CLT autoriza a presunção de que o empregado se obrigou a prestar qualquer serviço compatível com sua condição pessoal, mas só se aplica aos casos em que não houver prova da função para a qual o empregado foi contratado. Não é essa a hipótese dos autos. Ileso, portanto, o mencionado preceito.

Tampouco se verifica afronta direta e literal ao artigo 5º, II, da Constituição Federal, segundo disciplina a alínea “c” do artigo 896 do Texto Consolidado. A apontada infringência implica prévia análise da legislação infraconstitucional que rege a matéria a fim de que se possa, em momento posterior, apurar eventual violação ao seu comando. Caracteriza-se, no máximo, a violação reflexa.

No que diz respeito à questão, o Supremo Tribunal Federal já sedimentou seu entendimento, consubstanciado na Súmula nº 636:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO - CONTRARIEDADE AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA LEGALIDADE - INTERPRETAÇÃO DADA A NORMAS INFRACONSTITUCIONAIS PELA DECISÃO RECORRIDA - NÃO CABIMENTO. Não cabe recurso extraordinário por contrariedade ao princípio constitucional da legalidade,



PROCESSO N° TST-AIRR-111500-14.2009.5.04.0004

quando a sua verificação pressuponha rever a interpretação dada a normas infraconstitucionais pela decisão recorrida.”

Nego provimento.

**RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR – DANOS MORAIS
CAUSADOS AO EMPREGADO – CARACTERIZAÇÃO**

Aduz a agravante que “o fato do reclamante não ter sido mantido em seu cargo não gera qualquer dano moral, eis que a rescisão contratual é direito potestativo da reclamada e legalmente previsto, sendo decorrente do princípio do *jus variandi* empresarial”. Aponta violação dos artigos 186 do Código Civil; 333, I, do CPC; 818 da CLT.

Eis a decisão recorrida:

“A reclamada busca afastar a condenação ao pagamento de indenização por danos morais. E, caso mantida, busca a redução do seu valor. Examina-se.

O julgador de origem entendeu fazer jus o autor à percepção de indenização por danos morais, por assim considerar:

‘A respeito do assunto, a primeira testemunha do reclamante diz o seguinte: “...que quando a OI adquiriu a Brasil Telecom o reclamante já estava no Mato Grosso; que nesse momento as primeiras notícias, inclusive divulgadas na mídia, é que não haveria redução de postos de trabalho; que também foi dito que seriam aproveitados os talentos da empresa, que passariam por seleções e que todas as pessoas que fossem proveitosas seriam aproveitadas até porque não haveria sobreposição porque a OI atendia uma área do país e a Brasil Telecom outra; que houve o processo de seleção; que o depoente participou mas que não foi dado o retorno; que o depoente fez entrevista e alguns testes; que não se lembra do nome mas sabe que outras pessoas foram contratadas pela OI antes dessa seleção; que inclusive veio uma pessoa de outro estado para ser o diretor da regional abrangendo o RS, PR e SC; que o depoente teve a impressão negativa desse processo porque não teve retorno dos testes, conforme já referiu, e que também o presidente da OI se apresentou a todos os grupos de líderes da Brasil Telecom em Brasília e disse que o maior capital da empresa seriam as pessoas, mas que aos poucos foram desligados...” (fl. 884).

No mesmo tom, depõe a segunda testemunha do reclamante: “que quanto ao período que antecedeu o período de demissão da depoente e do reclamante foi de muito estresse porque foi na época que a OI comprou a Brasil Telecom e não haviam informações sobre o que aconteceria; que notaram que pouco a pouco foi diminuindo o serviço e que o pessoal ficou muito ansioso e que em janeiro de 2009 houve uma reunião em Brasília com



PROCESSO N° TST-AIRR-111500-14.2009.5.04.0004

todos os coordenadores e que foi dito que não havia necessidade de ficarem ansiosos e que seriam mantidos os postos de trabalho e que pelo contrário haveria expansão; que também foi dito que haveria uma seleção e que os melhores permaneceriam; que de fato houve uma seleção com entrevista, entrega de currículo, mas que disso não houve retorno; que a depoente considera que o modo como foi feita a demissão, em fevereiro de 2009, foi humilhante porque foram chamados todos num auditório, depois foi determinado que os coordenadores e gerentes saíssem e que eram chamados um a um numa salinha, no final de uma escada e que lá eram demitidos; que cada um após a demissão tinha que chamar o próximo; que praticamente todos os coordenadores e gerentes foram demitidos; que ficaram um ou dois e que esses pelo que a depoente ficou sabendo já sabiam que não seriam demitidos até mesmo antes da seleção; (fl. 886).A primeira testemunha da reclamada, ouvida por carta precatória em Campo Grande/RS, quando questionada a respeito, assim se manifestou: “22- O período que antecedeu a demissão do reclamante foi de muita tensão, diante da insegurança de todos os empregados, que não sabiam se iriam permanecer na empresa ou seriam demitidos, em função da alteração no controle acionário da empresa” (fl. 874).Na mesma linha, responde a segunda testemunha da reclamada: “...16 – Na época da demissão do reclamante o clima na empresa estava bastante tenso, pelo fato da fusão com outra empresa que estava ocorrendo; 17 – Nessa época, houve reuniões entre o reclamante e o pessoal do departamento de planejamento, sendo que aquele dizia para todos permanecerem calmos e continuarem com suas atividades normais, pois não havia nenhuma decisão quanto à dispensa ou aproveitamento dos funcionários’ (fl. 874).

Por certo que a rescisão contratual imotivada constitui-se, no sistema juslaboralista brasileiro, em direito potestativo do empregador, bastando para tanto que pague as reparações devidas. Como regra geral, ressalvadas as hipóteses de garantia no emprego, não haverá ilicitude. Na hipótese em exame, o dano moral não decorre da resilição em si, mas da situação que a precedeu. Os depoimentos das duas testemunhas do reclamante, colhidos neste Juízo, são minuciosos e convincentes no sentido de que a ré não agiu com lisura. Não deixou claro que em função das alterações na estrutura da empresa, decorrentes da mudança no controle societário da companhia, haveriam dispensas e quais os critérios possíveis de serem adotados. Ao revés, ocorreu boa dose de desinformação. A meu sentir, houve violação do dever de lealdade, ínsito ao contrato de trabalho e que ao qual estão obrigados tanto o empregado quanto o empregador. O quadro de angústia, tensão e sofrimento a que foram submetidos os empregados da ré, inclusive o reclamante, resulta confirmado até mesmo pelo depoimento das testemunhas de defesa. Assim, considero preenchidos os requisitos para a configuração do dano moral, quais sejam, o ilícito (violação do dever de lealdade), a agressão à auto-estima e auto-imagem do trabalhador, decorrente da insegurança e posterior dispensa de forma constrangedora, como narrado pela segunda testemunha do autor. Pondero que a reclamada é organização de grande porte, que poderia e dever ter conduzido o processo de forma menos



PROCESSO N° TST-AIRR-111500-14.2009.5.04.0004

traumática, estabelecendo desde o início critérios objetivos para as dispensas e mantendo os seus empregados bem e corretamente informados desde o início do reordenamento empresarial.

Pelo exposto, considerando o porte da reclamada, a remuneração e o tempo de serviço do reclamante e a gravidade da falta, considero razoável fixar a indenização por dano moral em R\$ 40.000,00, ou pouco menos de 05 (cinco) vezes o último salário nominal do reclamante pelo seu valor histórico. Cuida-se de parcela indenizatória para todos os efeitos e não cabe nenhuma compensação.” (grifo atual) Compartilha-se do entendimento esposado na sentença. Os fatos esclarecidos pela prova testemunhal, demonstram a falta de clareza por parte da reclamada com relação às deliberações acerca da manutenção ou não dos empregados do seu quadro quando da fusão das empresas, a indução na crença de que não seriam demitidos e a posterior demissão conjunta da grande maioria destes. Não há como se conceber que tal forma de proceder da reclamada não tenha causado abalos emocionais nos seus empregados, pelo clima incerto e tenso que obviamente se instaurou na empresa neste período.

Inclusive, saliente-se que a própria reclamada diz nas razões do seu recurso ordinário (fl. 1126-verso) que suas testemunhas também confirmam ter havido um “clima tenso” quando do processo de fusão das duas empresas.

Nesta esteira, pelo contexto fático demonstrado, tem-se que deve ser mantida a sentença.” (fls. 938/942)

A responsabilidade civil do empregador pela reparação decorrente de danos morais causados ao empregado pressupõe a existência de três requisitos, quais sejam: a conduta (culposa, em regra), o dano propriamente dito (violação aos atributos da personalidade) e o nexo causal entre esses dois elementos.

O primeiro é a ação ou omissão de alguém que produz consequências às quais o sistema jurídico reconhece relevância. Representa, na lição de Sérgio Cavalieri Filho, “o comportamento humano voluntário que se exterioriza através de uma ação ou omissão, produzindo consequências jurídicas” (*Programa de responsabilidade civil*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 49). É o aspecto físico, objetivo, da conduta e a vontade de assim agir o elemento psicológico, subjetivo.

Alia-se à imputabilidade, definida pelo mencionado autor como “[...] o conjunto de condições pessoais que dão ao agente capacidade para poder responder pelas consequências de uma conduta contrária ao dever; imputável é aquele que podia e devia ter agido de outro modo” (obra citada, p. 50).



PROCESSO N° TST-AIRR-111500-14.2009.5.04.0004

É certo que esse agir de modo consciente é ainda caracterizado por ser contrário ao Direito, daí falar-se que, em princípio, a responsabilidade exige a presença da conduta culposa do agente, o que significa ação inicialmente de forma ilícita e que se distancia dos padrões socialmente adequados (obra e autor citados, p. 53), muito embora possa haver o dever de resarcimento dos danos, mesmo nos casos de conduta lícita.

No particular, porém, merece destaque o posicionamento adotado por Rodolfo Pamplona Filho e Pablo Stolze Gagliano que, apesar de reconhecerem, como regra geral, a presença da antijuridicidade como elemento que acompanha a conduta humana, ressaltam que nem sempre ambos se encontram atrelados:

“Sem ignorarmos que a antijuridicidade, como regra geral, acompanha a ação humana desencadeadora da responsabilidade, entendemos que a imposição do dever de indenizar poderá existir *mesmo quando o sujeito atua licitamente*. Em outras palavras: poderá *haver dever responsabilidade civil sem necessariamente haver antijuridicidade, ainda que excepcionalmente, por força de norma legal*” (*Novo curso de direito civil – responsabilidade civil*. V. III. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 36).

O segundo elemento é o dano que consiste na “[...] subtração ou diminuição de um bem jurídico, qualquer que seja a sua natureza, quer se trate de um bem patrimonial, quer se trate de um bem integrante da própria personalidade da vítima, como a sua honra, a imagem, a liberdade etc. Em suma, dano é lesão de um bem jurídico, tanto patrimonial como moral, vindo daí a conhecida divisão do dano em patrimonial e moral” (obra e autor citados, p. 96).

Para o jurista português Antunes Varela, há que se distinguir o dano real do dano patrimonial, em face de peculiaridades que os caracterizam:

“é a perda *in natura* que o lesado sofreu, em consequência de certo facto, nos interesses (materiais, espirituais ou morais) que o direito violado ou a norma infringida visam tutelar. É a lesão causada no interesse juridicamente tutelado, que reveste as mais das vezes a forma de uma *destruição, subtração ou deterioração* de certa coisa, material ou incorpórea. É a morte ou são os ferimentos causados à vítima; é a perda ou afecção do seu bom nome ou reputação; são os estragos causados no veículo, as fendas abertas no edifício pela explosão; a destruição ou apropriação de coisa alheia.



PROCESSO N° TST-AIRR-111500-14.2009.5.04.0004

Ao lado do dano assim definido, há o *dano patrimonial* – que é o reflexo do dano real sobre a situação patrimonial do lesado. Trata-se, em princípio, de realidades diferentes, de grandezas distintas, embora estreitamente relacionadas entre si. Uma coisa é a morte da vítima, as fracturas, as lesões que ela sofreu (*dano real*); outra, as *despesas* com os médicos, com o internamento, com o funeral, os lucros que o sinistrado deixou de obter em virtude da doença ou da incapacidade, os prejuízos que a falta da vítima causou ao seus parentes (*dano patrimonial*).” (*Das obrigações em geral*. v. I. 10^a ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 598).

Portanto, caracterizada a lesão a bem jurídico integrante do patrimônio de outrem, material ou imaterial, haverá dano a ser indenizado.

Finalmente, o último elemento é o nexo causal, cuja compreensão não está afeta ao campo jurídico, em virtude de representar “o vínculo, a ligação ou relação de causa e efeito entre a conduta e o resultado” (obra e autor citados, p. 71). É a relação imprescindível entre a consequência que se afirma existir e a causa que a provocou; é o encadeamento dos acontecimentos derivados da ação humana e os efeitos por ela gerados.

Caio Mário da Silva Pereira, com apoio em vasta doutrina, sintetiza:

“Assim, não basta que uma pessoa tenha contravindo a certas regras; é preciso que sem esta contravenção, o dano não ocorreria. [...] Não basta, [...] que um dano tenha coincidido com a existência de uma culpa ou de um risco para estabelecer uma responsabilidade. ‘Coincidência não implica em causalidade’ [...] Para que se concretize a responsabilidade é indispensável que se estabeleça uma interligação entre a ofensa à norma e o prejuízo sofrido, de tal modo que se possa afirmar ter havido o dano ‘porque’ o agente procedeu contra direito”. (*Responsabilidade civil*. 9^a ed. Rio de Janeiro; Forense, 2002. p. 75).

No caso específico do dano moral, pode-se falar na lesão ao que se denomina “dignidade constitucional”, representada pelos atributos inerentes à pessoa humana que encontram proteção no art. 5º, X, da Constituição Federal, nele exemplificativamente enumerados.

Essa correlação foi identificada por Xisto Tiago de Medeiros Neto que, após percorrer doutrina civil-constitucional, assinala:



PROCESSO N° TST-AIRR-111500-14.2009.5.04.0004

“o dano moral ou extrapatrimonial consiste na lesão injusta e relevante ocasionada a determinados interesses não materiais, sem equipolência econômica, porém concebidos pelo ordenamento como valores e bens jurídicos protegidos, integrantes do leque de projeção interna (como a intimidade, a liberdade, a privacidade, o bem-estar, o equilíbrio psíquico e a paz) ou *externa* (como o nome, a reputação e a consideração social) inerente à personalidade do ser humano, abrangendo todas as áreas de extensão e tutela de sua dignidade, podendo também alcançar os valores e bens extrapatrimoniais reconhecidos à pessoa jurídica ou a uma coletividade de pessoas” (*Dano moral coletivo*. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2012. p. 64).

Na expressão de Rodolfo Pamplona Filho, em clássica obra sobre o tema, “[...] consiste no prejuízo ou lesão de interesses e bens, cujo conteúdo não é pecuniário, nem comercialmente redutível a dinheiro. Em outras palavras, podemos afirmar que o dano moral é aquele que lesioná a esfera personalíssima da pessoa, violando sua intimidade, vida privada, honra e imagem, bens jurídicos tutelados constitucionalmente” (*O dano moral na relação de emprego*. São Paulo: LTr, 1998. p. 37).

Não é outro o pensamento de Sérgio Cavalieri Filho, após ressaltar a necessidade de revisão do conceito e estrutura principiológica, a partir do advento da Constituição de 1988:

“À luz da Constituição, podemos conceituar *dano moral* por dois aspectos distintos. Em *sentido estrito*, dano moral é a *violação do direito à dignidade*. [...]”

Nessa perspectiva, o dano moral não está necessariamente vinculado a alguma reação psíquica da vítima. Pode haver ofensa à dignidade da pessoa humana sem dor, vexame, sofrimento, assim como pode haver dor, vexame e sofrimento sem violação à dignidade. Dor, vexame, sofrimento e humilhação podem ser consequências, não causas.

[...]

Os direitos da personalidade, entretanto, englobam outros aspectos da pessoa humana que não estão diretamente vinculados à sua dignidade. Nessa categoria incluem-se também os chamados *novos direitos da personalidade*: a imagem, o bom nome, a reputação, sentimentos, relações afetivas, aspirações, hábitos, gostos, convicções políticas, religiosas, filosóficas, direitos autorais. Em suma, os direitos da personalidade podem ser realizados em diferentes dimensões e também podem ser violados em diferentes níveis. Resulta daí que o dano moral, em *sentido amplo*, envolve esses diversos graus de violação dos direitos da personalidade, abrange todas as ofensas à pessoa, considerada esta em suas dimensões individual e social, ainda que sua dignidade não seja arranhada.” (obra citada, p. 101-102).



PROCESSO N° TST-AIRR-111500-14.2009.5.04.0004

Em síntese merecedora de destaque, afirma Maria Celina Bodin de Moraes, de forma categórica:

Recentemente, afirmou-se que o ‘dano moral, à luz da Constituição vigente, nada mais é do que violação do direito à dignidade’. Se não se está de acordo, todavia, com a criação de um ‘direito subjetivo à dignidade’, com foi sugerido, é efetivamente o princípio da dignidade humana, princípio fundante do nosso Estado Democrático de Direito, que institui e encima, como foi visto, a cláusula de tutela da personalidade humana, segundo a qual as situações jurídicas subjetivas não-patrimoniais merecem proteção especial no ordenamento nacional, seja através de prevenção, seja mediante reparação, a mais ampla possível, dos danos a elas causados. A reparação do dano moral transforma-se, então, na contrapartida do princípio da dignidade humana: é o reverso da medalha.” (Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 131-132).

Para a sua configuração, é necessário tão somente que sejam identificados os elementos que o caracterizam; não se há de exigir a prova da dor e do sofrimento suportados pela vítima.

Em consagrada expressão da doutrina, afirma-se ser *in re ipsa* ou, em outras palavras, o direito à reparação se origina da própria ação violadora, cuja demonstração há de ser feita; o dano mostra-se presente a partir da constatação da conduta que atinge os direitos da personalidade.

Mais uma vez, recorro à doutrina de Sérgio Cavalieri Filho, na obra já mencionada (p. 108) :

“Neste ponto a razão se coloca ao lado daqueles que entendem que o dano moral está ínsito à própria ofensa, decorre da gravidade do ilícito em si. Se a ofensa é grave e de repercussão, por si só justifica a concessão de uma satisfação de ordem pecuniária ao lesado. Em outras palavras, o dano moral existe *in re ipsa*; deriva inexoravelmente do próprio fato ofensivo, de tal modo que, provada a ofensa, *ipso facto* está demonstrado o dano moral à guisa de uma presunção natural, uma presunção *hominis* ou *facti*, que decorre das regras de experiência comum.” (obra citada, p. 108).

No caso, o quadro fático registrado no acórdão recorrido revela que “a falta de clareza por parte da reclamada com relação às deliberações

Firmado por assinatura digital em 24/09/2015 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, conforme MP 2.200-2/2001, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.



PROCESSO N° TST-AIRR-111500-14.2009.5.04.0004

acerca da manutenção ou não dos empregados do seu quadro quando da fusão das empresas, a indução na crença de que não seriam demitidos e a posterior demissão conjunta da grande maioria destes” ocasionou situação de aflição psicológica experimentada pelo autor.

Ademais, acrescentou o Tribunal Regional que a prova testemunhal é convincente no sentido de que a ré não agiu com lisura. “Não deixou claro que em função das alterações na estrutura da empresa, decorrentes da mudança no controle societário da companhia, haveriam (sic) dispensas e quais os critérios possíveis de serem adotados. Ao revés, ocorreu boa dose de desinformação. A meu sentir, houve violação do dever de lealdade, ínsito ao contrato de trabalho e que ao qual estão obrigados tanto o empregado quanto o empregador. O quadro de angústia, tensão e sofrimento a que foram submetidos os empregados da ré, inclusive o reclamante, resulta confirmado até mesmo pelo depoimento das testemunhas de defesa. Assim, considero preenchidos os requisitos para a configuração do dano moral, quais sejam, o ilícito (violação do dever de lealdade), a agressão à auto-estima e auto-imagem do trabalhador, decorrente da insegurança e posterior dispensa de forma constrangedora, como narrado pela segunda testemunha do autor. Pondero que a reclamada é organização de grande porte, que poderia e dever ter conduzido o processo de forma menos traumática, estabelecendo desde o início critérios objetivos para as dispensas e mantendo os seus empregados bem e corretamente informados desde o início do reordenamento empresarial”.

Correta a decisão quando proclama a existência dos dever de lealdade, ínsito ao contrato de trabalho. Na essência, há deveres impostos aos contratantes, como decorrência da exigência do comportamento ético aludido, que não dependem de menção expressa em qualquer das cláusulas contratuais; a ele aderem como consequência lógica da expectativa legítima que se espera de ambos, a partir do instante em que manifestam a sua vontade no sentido de celebrar o contrato de trabalho, como uma das funções desempenhadas pela já mencionada cláusula da boa-fé objetiva, quais sejam, cânones interpretativo-integrativo; norma de limitação ao exercício de direitos subjetivos; e, norma de criação de deveres jurídicos.

Como regra de interpretação, serve para melhor especificar a finalidade do acordo à luz das circunstâncias do caso concreto. No que toca à sua segunda função, combina-se com a teoria do abuso de direito para impor restrições ao exercício de direitos subjetivos.



PROCESSO N° TST-AIRR-111500-14.2009.5.04.0004

Do exercício da função criativa decorre que, além dos deveres principais, devem nortear a relação contratual, dentre outros, os deveres de segurança, cuidado, previdência, informação, proteção e lealdade, colaboração, cooperação, omissão e segredo, tradicionalmente exemplificados pela doutrina e jurisprudência como sendo alguns dos deveres anexos ou de consideração, decorrentes da chamada complexidade intraobrigacional. Aliás, “o mais imediato dever decorrente da boa-fé é o dever de lealdade com a contraparte” (Judith Martins Costa e Gerson Branco. *Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 200).

Gustavo Tepedino [et al.] preleciona que “como norma de criação de deveres jurídicos, a boa-fé dá origem aos chamados ‘deveres laterais’, também conhecidos como acessórios, ou ainda secundários, em razão de não se referirem direta e primordialmente ao objeto central da obrigação. Ao se exigir que os contratantes, quer na conclusão, quer na própria execução do contrato, ‘guardem os princípios da probidade e boa-fé’, o CC, muito mais do que apenas exigir um dever geral de não prejudicar, autoriza a imposição de uma série de deveres de conduta mutuamente exigíveis entre os contratantes e que independem da vontade de um e de outro” (*Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. v. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 18).

Nesse aspecto, Edilton Meireles afirma: “Parte-se da concepção de que a relação obrigacional é ‘uma totalidade voltada para o adimplemento’ e ‘esta não inclui apenas, como relação totalizante que é, o dever principal de prestar, ou um eventual dever secundário correlato, mas também deveres acessórios ou implícitos, instrumentais e independentes, ao lado da obrigação principal, todos voltados para o correto adimplemento’” (Obra citada, p. 60).

A propósito, Anderson Shreiber destaca que “sob o ponto de vista de seu funcionamento, a noção de boa-fé objetiva esconde, sob a consagrada fórmula de sua tríplice função, um necessário estímulo à construção jurisprudencial e doutrinária de parâmetros ou *standards* de comportamento que possam ser considerados exigíveis no tráfego social. A copiosa referência a deveres anexos, expressão cuja riqueza de conteúdo abrange, por exemplo, deveres de informação, de sigilo, de colaboração, torna-se ineficaz, na prática, se desprovida de parâmetros razoavelmente aceitos que permitam estabelecer a extensão destes deveres.” E mais adiante, sob o aspecto de sua influência na responsabilidade civil, afirma: “Com isso, acaba ganhando força a sugestão de que a culpa consiste, a rigor, em apenas um dos possíveis critérios de imputação de responsabilidade, sem que outros deixem de ser igualmente úteis” (*Novos*



PROCESSO N° TST-AIRR-111500-14.2009.5.04.0004

paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. São Paulo: Atlas, 2013, p. 47).

Não há, por conseguinte, como negar a existência de tais direitos, notadamente em relações jurídicas de trato sucessivo, como a de emprego, diante da multiplicidade de situações materializadas no cotidiano de sua execução, não previstas expressamente, mas decorrentes desse estado de confiança havido entre as partes e que vai repelir a prática de quaisquer atos que o violem.

Demonstrado o dano decorrente da conduta do empregador, deve ser mantido o acórdão regional que condenou a reclamada a indenizá-lo.

Nego provimento.

**DANOS MORAIS – VALOR DA INDENIZAÇÃO – IMPUGNAÇÃO
GÉNERICA**

A ré defende a redução do valor arbitrado à indenização por danos morais. Alega que o montante de R\$ 40.000,00 não atende aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Aponta violação dos artigos 5º, V e X, da Constituição Federal. Transcreve arestos para o confronto de teses.

Eis a decisão regional:

“No tocante ao valor arbitrado, tem-se que está razoável, considerados os critérios de proporcionalidade, de condição pessoal do reclamante, do valor da sua remuneração, da capacidade econômica da reclamada, a extensão do dano causado e, também, ao caráter pedagógico que se atribui à indenização.

Mantém-se a sentença.” (fls. 942/943)

Depreende-se da transcrição acima que o valor arbitrado à indenização por danos morais foi fundamentado nos seguintes critérios: condição pessoal do reclamante, valor da sua remuneração, capacidade econômica da reclamada, extensão do dano causado e caráter pedagógico da indenização.



PROCESSO N° TST-AIRR-111500-14.2009.5.04.0004

A parte recorrente, ao se insurgir contra tal decisão, limita-se a invocar os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, de forma genérica, pleiteando a redução da quantia deferida.

Tal postura não se coaduna com a natureza especial do recurso de revista.

Com efeito, seria necessário que expusesse as razões pelas quais considera inadequado o valor arbitrado e demonstrasse em que pontos e de que maneira ele não corresponde à extensão do dano. Além, disso, deveria ter indicado, de modo preciso e fundamentado, porque os critérios utilizados pela Corte Regional não foram aplicados ou mensurados corretamente. Tais providências, no entanto, não foram tomadas pelo(a) recorrente.

Nesse mesmo sentido já decidiu esta Turma, em voto da lavra do Exmo. Ministro Vieira de Mello Filho:

“O reclamado, em seu recurso de revista, aponta violação do art. 944 do Código Civil. Apresenta divergência jurisprudencial.

Sustenta que a indenização por danos morais deve ser reduzida, porque o arbitramento deve ser moderado equitativamente e realizado com prudência, sendo descabido o enriquecimento do ofendido.

Primeiramente, como visto acima, está superada a questão relativa à existência dos requisitos para o deferimento dos danos morais decorrentes da doença ocupacional.

No mais, a insurgência de revista do reclamado apresenta insanável defeito de fundamentação neste tópico.

Neste ponto do apelo de revista, a instituição financeira limita-se a afirmar que o valor da reparação moral não foi arbitrado equitativamente e com prudência. Contudo, não traz os reais motivos pelos quais considera a reparação moral pecuniária exorbitante.

Para possibilitar a revisão do valor atribuído aos danos morais a parte recorrente deve apontar, explicitar e demonstrar inequivocamente em seu recurso de revista o desequilíbrio entre o valor da indenização e o dano extrapatrimonial causado ao empregado, considerando as condições pessoais e econômicas dos envolvidos e a gravidade da lesão aos direitos fundamentais da pessoa humana, da honra e da integridade física, psicológica e íntima.

Diante dos fracos e genéricos fundamentos trazidos pelo reclamado neste ponto de seu recurso de revista, impossível reconhecer a ofensa direta e literal ao art. 944 do Código Civil.

(...)



PROCESSO N° TST-AIRR-111500-14.2009.5.04.0004

“Não conheço.” (RR-34800-71.2008.5.17.0003, Relator Ministro: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, 7ª Turma, DEJT 06/06/2014).

Ainda:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. (...). VALOR ARBITRADO À INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS. A mera alegação de forma genérica de que o critério utilizado para arbitrar o valor da indenização por danos materiais afronta o art. 950 do Código Civil, sem que a parte esclareça os motivos pelos quais entende que o valor fixado é insuficiente e não atende os preceitos contidos no aludido dispositivo legal, não tem o condão de demonstrar a violação direta do concernente dispositivo de lei federal (art. 950 do CCB). A deficiência na fundamentação do recurso inviabiliza a dialeticidade recursal, obstando o acolhimento das alegações da parte. Agravo de instrumento desprovido.” (AIRR-544-91.2010.5.15.0002, Relator Ministro: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, 7ª Turma, DEJT 10/10/2014).

Tanto o apelo é genérico, que o argumento da razoabilidade e proporcionalidade, quando desacompanhado dos elementos objetivos de impugnação dos parâmetros utilizados pelo Tribunal Regional, pode servir tanto para aumentar quanto para reduzir a condenação.

Inviável, portanto, a constatação de afronta literal aos preceitos indicados no apelo.

Quanto ao dissenso pretoriano, verifica-se que os arrestos colacionados são inservíveis, porque são inespecíficos, nos termos da Súmula nº 296 desta Corte.

Nego provimento.

DIFERENÇAS DE PPR

Aduz a ré que “a norma que estabeleceu o PPR deve ser interpretada de forma estrita, tendo sido disposto na referida norma que tão-somente o valor de salário nominal deveria ser considerado como base de cálculo, e não de média remuneratória”. Aponta violação do artigo 114 do Código Civil.

Eis a decisão recorrida:



PROCESSO N° TST-AIRR-111500-14.2009.5.04.0004

“DIFERENÇAS DE PARTICIPAÇÃO NOS RESULTADOS.

O reclamante busca o deferimento de diferenças da parcela participação nos resultados, nos anos anteriores a 2009. Sustenta que tal parcela é calculada sobre o valor nominal do salário percebido, e, na medida que foram deferidas diferenças salariais por desvio de função, este valor será majorado, havendo diferenças a título de participação nos resultados.

Analisa-se.

A sentença foi no seguinte sentido (fl. 1057-carmim): “Por outro lado, as vantagens previstas nos acordos coletivos para participação em resultados dos anos anteriores prevêem o pagamento em número de “salários”, assim entendido o salário nominal (fls. 629, cláusula terceira, . parágrafo 2º, letra “b”; fl. 722, cláusula terceira, parágrafo 2º., letra “b”). Portanto, o aumento da média remuneratória do demandante, em razão de pedidos deferidos na presente, não influencia o cálculo da dita participação.” Data venia do entendimento do julgador de origem, tem-se que as diferenças salariais decorrentes de desvio de função, deferidas na presente ação, integram o salário nominal do autor, pelo que devem ser pagas diferenças das participações nos resultados pagas ao autor, do período imprescrito, a serem apuradas na fase de liquidação.

Dá-se provimento ao recurso, no tópico, para determinar a condenação ao pagamento de diferenças de participação nos resultados pagas ao autor, referentes ao período imprescrito, pelo aumento do salário nominal decorrente das diferenças salariais por desvio de função deferidas.” (fls. 947/948)

O Tribunal Regional consignou que “as diferenças salariais decorrentes de desvio de função, deferidas na presente ação, integram o salário nominal do autor, pelo que devem ser pagas diferenças das participações nos resultados pagas ao autor”.

Conforme consta no acórdão recorrido, “as vantagens previstas nos acordos coletivos para participação em resultados dos anos anteriores preveem o pagamento em número de ‘salários’, assim entendido o salário nominal”.

Desse modo, a cláusula normativa em questão foi interpretada restritivamente, e, portanto, não se verifica a alegada ofensa ao artigo 114 do Código Civil.

Nego provimento.

AGRADO DE INSTRUMENTO DO RECLAMANTE

CONHECIMENTO



PROCESSO N° TST-AIRR-111500-14.2009.5.04.0004

Conheço do agravo de instrumento, visto que presentes os pressupostos legais de admissibilidade.

MÉRITO

ADICIONAL DE TRANSFERÊNCIA - MUDANÇA ÚNICA QUE PERDUROU ATÉ A DATA DA RESCISÃO CONTRATUAL - CARÁTER DEFINITIVO

Sustenta o autor a provisoriaidade de sua transferência. Pugna pelo pagamento do respectivo adicional. Aponta violação do artigo 469, § 3º, da CLT. Transcreve arestos para o confronto de teses.

Eis a decisão recorrida:

“ADICIONAL DE TRANSFERÊNCIA.

O reclamante busca a reforma da sentença para acrescer à condenação o pagamento de adicional de transferência.

Analisa-se.

O julgador de origem assim entendeu: “É fato incontrovertido que o reclamante foi transferido de Porto Alegre/RS para Campo Grande/MS em maio de 2007 (fl. 15, item VIII). O reclamante lá permaneceu até fevereiro de 2009, quando veio a ser demitido (fls. 529/530). Não encontro, data venia, elementos de convicção no sentido de que a transferência tenha sido determinada em caráter provisório. A alegada promessa nesse sentido que teria sido feita pela reclamada ao reclamante não resta provada. A notícia de que a companheira do reclamante ter permanecido em P. Alegre (2ª. testemunha, fl. 886), não me parece suficiente para tanto. Ocorre que existe vinculação entre a alteração no local de trabalho e a ascensão funcional, tendo o reclamante passado de “coordenador” para “gerente” (fl. 41). Com base na norma do art. 468, parágrafo 3º., parte final, da CLT, decidido pela improcedência do pedido do item “10”. Coaduna-se com o entendimento esposado na sentença. Tem-se que o art. 469, § 3º da CLT estabelece o direito ao pagamento suplementar somente em se tratando de transferência provisória. Adota-se, ao caso, o entendimento consubstanciado na Orientação Jurisprudencial 113 da SDI-I do TST: (...)

No caso, a transferência ocorreu entre cidades de grande distância uma da outra (de Porto Alegre/RS para Campo Grande/MS) e perdurou por quase dois anos. Nesta esteira, não se verifica a transitoriedade da transferência do empregado para prestar serviços em local diverso do avençado, o que afasta o pagamento do adicional pleiteado. Registre, que tem-se que não há outros



PROCESSO N° TST-AIRR-111500-14.2009.5.04.0004

elementos nos autos que possam levar ao convencimento de ter sido provisória esta transferência, ônus que incumbia ao reclamante.

Mantém-se a sentença, no tópico.” (fls. 944/946)

O Tribunal Regional decidiu que o não autor fazia jus ao adicional postulado porque a sua transferência foi definitiva.

Cinge-se a controvérsia em definir quando uma transferência é provisória ou definitiva.

Esta Corte condiciona o direito ao adicional de transferência aos casos em que configurada a provisoriade da mudança, nos termos da Orientação Jurisprudencial nº 113 da SBDI-1:

“ADICIONAL DE TRANSFERÊNCIA. CARGO DE CONFIANÇA OU PREVISÃO CONTRATUAL DE TRANSFERÊNCIA. DEVIDO. DESDE QUE A TRANSFERÊNCIA SEJA PROVISÓRIA. O fato de o empregado exercer cargo de confiança ou a existência de previsão de transferência no contrato de trabalho não exclui o direito ao adicional. O pressuposto legal apto a legitimar a percepção do mencionado adicional é a transferência provisória.”

Para a definição da natureza da transferência, se provisória ou definitiva, devem ser observados alguns critérios.

A SBDI-1 deste Tribunal Superior considera o caráter da transferência, aferindo-se, no caso concreto, os termos em que ocorreu o deslocamento, tais como o tempo de contratação, o motivo que a ensejou, o número de mudanças, o ânimo de permanência e, em certos casos, a época da rescisão contratual.

Nesse sentido cito os seguintes precedentes:

“RECURSO DE EMBARGOS INTERPOSTO PELA EMPRESA RECLAMADA REGIDO PELA LEI 11.496/2007. ADICIONAL DE TRANSFERÊNCIA. SUCESSIVIDADE E PROVISORIEDADE. Para analisar-se o pedido de adicional de transferência, os dados fáticos devem ser analisados em conjunto, não bastando o exame de um único fator, como o tempo, mas sim a conjugação de vários requisitos: o ânimo (provisório ou definitivo), a sucessividade de transferências e o tempo de duração. In casu, mesmo que uma das transferências tenha excedido dois anos, certo é que houve sucessivas transferências, e, em uma delas, o reclamante permaneceu na localidade um ano. Nesse contexto, está demonstrada a sucessividade nas transferências, bem como a provisoriade. Recurso de embargos não



PROCESSO N° TST-AIRR-111500-14.2009.5.04.0004

conhecido.” (...) (AgR-E-ED-RR-239700-43.2006.5.09.0024, Relator Ministro: Augusto César Leite de Carvalho, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, DEJT 03/10/2014);

“RECURSO DE REVISTA DA RECLAMADA - ADICIONAL DE TRANSFERÊNCIA - PROVISORIEDADADE. Nos termos da Orientação Jurisprudencial nº 113 da SBDI-1 do TST, a transitoriedade da transferência é o pressuposto legal apto a legitimar o pagamento do adicional correspondente. Ademais, a SBDI-1 desta Corte vem decidindo no sentido de que a provisoriação não é aferida a partir do mero critério temporal, sendo necessário acurado exame das condições em que ocorreu o deslocamento, tais como duração do contrato de trabalho, motivo da transferência, ânimo de permanência e sucessividade de transferências. No caso, a reclamante, contratada em Goiânia em 1999, foi transferida para Brasília em 2002, e, em seguida, para Florianópolis em 2006, onde permaneceu até o final do contrato de trabalho, em 2009. Embora o fato de a segunda transferência perdurar até término do contrato de trabalho pudesse induzir à sua caracterização como definitiva, há que se considerar que essa transferência sucedeu uma outra, que perdurara por quatro anos. Também há de se levar em conta a circunstância de a reclamante ter sido transferido por duas vezes, sucessivas, no bojo de um contrato de trabalho que não perdurou nem dez anos. Alia-se a tais fundamentos a circunstância processual de a reclamada não ter trazido aos autos outros elementos que denotassem a definitividade da remoção obreira, como firmado na sentença. Recurso de revista conhecido e desprovido.” (...) (RR-5198-03.2010.5.12.0036, Relator Ministro: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, 7ª Turma, DEJT 09/05/2014);

“RECURSO DE EMBARGOS REGIDO PELA LEI 11.496/2007. ADICIONAL DE TRANSFERÊNCIA. MUDANÇA ÚNICA QUE PERDUROU POR DOIS ANOS E UM MÊS ATÉ A DATA DA RESCISÃO CONTRATUAL. CARÁTER DEFINITIVO. 1 - Consoante posicionamento desta SBDI-1 firmado por meio da Orientação Jurisprudencial 113, o adicional de transferência somente será devido em caso de mudança provisória. 2 - O caráter da transferência, se provisória ou definitiva, por sua vez, é aferido levando-se em conta o tempo de contratação, a duração da transferência e o número de mudanças a que foi submetido o empregado, sendo, ainda, relevante, em certos casos, a época da rescisão contratual. 3 - Na hipótese, verifica-se do acórdão embargado a existência de uma única transferência, de Pato Branco para Cascavel, em abril de 2004, e que perdurou até a demissão do reclamante, em maio de 2006. Logo, ao contrário do entendimento da Turma, deve ser reconhecido o caráter definitivo da mudança e a consequente ausência de direito ao adicional em tela. Precedente. Recurso de embargos conhecido e provido.” (E-RR-45400-34.2006.5.09.0072, Relatora Ministra: Delaíde Miranda Arantes, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, DEJT 22/11/2013).



PROCESSO N° TST-AIRR-111500-14.2009.5.04.0004

Na hipótese, o reclamante foi contratado na cidade de Porto Alegre/RS (em 14/09/2001) de onde foi posteriormente transferido, uma única vez, em maio de 2007, para a cidade de Campo Grande/MS onde permaneceu até a rescisão contratual, ocorrida em fevereiro de 2009.

Correta a decisão regional que reconheceu o caráter definitivo da transferência.

Incidem, no caso, o disposto no artigo 896, § 4º, da CLT e o teor da Súmula nº 333 do TST, que obstante o processamento de recurso de revista contrário à iterativa e notória jurisprudência deste Tribunal, o que afasta a alegação de violação dos dispositivos invocados, bem como de divergência jurisprudencial.

Nego provimento.

ESTABILIDADE - REINTEGRAÇÃO

Inviável o conhecimento do recurso de revista em que a parte não indica violação de dispositivo de lei ou da Constituição Federal, tampouco aponta dissenso pretoriano ou contrariedade a verbete de jurisprudência desta Corte, desatendendo, assim, a disciplina do artigo 896 da CLT.

Nego provimento.

INDENIZAÇÃO POR DANO MATERIAL - IMPOSTO DE RENDA

Pugna o autor pelo deferimento de indenização correspondente ao valor do imposto de renda incidente sobre o valor pago por ocasião de sua rescisão contratual. Indica contrariedade à Orientação Jurisprudencial nº 207 da SBDI-1 do TST. Transcreve aresto para o confronto de teses.

Eis a decisão recorrida:

“INDENIZAÇÃO POR DANO MATERIAL.”

O reclamante busca o deferimento de indenização correspondente ao valor do Imposto de Renda incidente sobre o valor da indenização de saída quando da sua rescisão contratual.



PROCESSO N° TST-AIRR-111500-14.2009.5.04.0004

Examina-se.

A sentença foi no seguinte sentido: “Rejeito também o pedido de indenização por desconto indevido a título de imposto de renda efetivado na rescisão contratual, ainda que sob fundamentos não de todo coincidentes com os da defesa. A jurisprudência hoje pacífica é de que não cabe a retenção fiscal sobre indenização em razão de plano de demissão incentivada ou similar. Nesse sentido, o Precedente n. 207 da SBDI-1/TST. Ocorre que o desconto em tela constituição em mera antecipação, passível de ajuste quando da declaração referente ao ano base de 2009. Além disso, o valor descontado não pertence, nem permanece, com a empregadora, mas é repassado ao Fisco. O deferimento da pretensão implicaria em bis in idem e ganho sem causa: o reclamante receberia da demandada uma devolução, que também poderia ocorrer por força da declaração anual, recebendo então da Receita. Tal resultado afigura-se antijurídico.” Adota-se o posicionamento da sentença. A indenização que recebeu o autor quando da sua despedida, constante no Termo de Rescisão Contratual (fl. 35), no valor de R\$ 17.640,00, não se trata da mesma hipótese a que se refere à OJ 207 da SDI-I do TST.

Assim, confirma-se a sentença, adotando-se seus fundamentos.” (fls. 950/951)

Não prospera a alegação de contrariedade à Orientação Jurisprudencial nº 207 da SBDI-1 do TST, na medida em que a hipótese dos autos não trata da matéria afeta à indenização paga em virtude de adesão a programa de incentivo à demissão voluntária, mas sim do pagamento de verbas decorrentes da rescisão contratual por dispensa imotivada.

Nego provimento.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Sétima Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, negar provimento aos agravos de instrumento das partes.

Brasília, 23 de Setembro de 2015.

Firmado por assinatura digital (MP 2.200-2/2001)

CLÁUDIO BRANDÃO

Ministro Relator