



PROCESSO N° TST-ARR-1263-84.2015.5.10.0019

A C Ó R D Ã O (4.^a Turma) GMMAC/r5/msr/eo/ri

AGRADO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA DA RECLAMADA. PRESCRIÇÃO. AVISO PRÉVIO INDENIZADO. CRITÉRIO DE CONTAGEM. ART. 132, CAPUT, DO CÓDIGO CIVIL. Na contagem da prescrição bienal prevista no art. 7.º, XXIX, da Constituição Federal incide a regra do art. 132, *caput*, do Código Civil, segundo a qual deve-se excluir do cômputo do prazo o dia inicial. No caso, extinta a relação de emprego em 20/8/2013, em virtude da projeção do aviso prévio indenizado, o termo a quo para o contagem da prescrição se deu em 21/8/2013, razão pela, tendo havido o ajuizamento da Reclamação Trabalhista em 21/8/2015, considerar-se devidamente observado o biênio prescricional previsto no art. 7.º, XXIX, da Constituição Federal. **Agravo de Instrumento conhecido e não provido. AGRADO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA DA RECLAMANTE. SALÁRIO SUBSTITUIÇÃO. SÚMULAS N.º 159, I, DO TST.** Diante da possível contrariedade à Súmula n.º 159, I, do TST, merece ser processado o Recurso de Revista. **Agravo de Instrumento conhecido e parcialmente provido. RECURSO DE REVISTA DA RECLAMANTE. SALÁRIO SUBSTITUIÇÃO. SÚMULAS N.º 159, I, DO TST.** Nos termos da Súmula n.º 159, I, do TST, "Enquanto perdurar a substituição que não tenha caráter meramente eventual, inclusive nas férias, o empregado substituto fará jus ao salário contratual do substituído". *In casu*, a Corte de origem entendeu que, conquantos tivesse



PROCESSO N° TST-ARR-1263-84.2015.5.10.0019

sido comprovado que a Reclamante, no período de férias da outra empregada, exercia as suas atribuições normais e as funções da empregada que se encontrava em férias, seria indevido o pagamento do salário da empregada em férias, por se tratar de acumulação de funções, e não de mera substituição. Ora, a acumulação das atribuições de gerente comercial - atividade da empregada em férias - e gerente de faturamento - atividade da Reclamante - é mais gravosa à trabalhadora do que a mera substituição de funções, visto que ela, no mesmo período de trabalho, tem que cumprir as suas funções e as funções da empregada que está substituindo. Assim, visto que a Reclamante exercia as funções da empregada que se encontrava em férias, é de se reconhecer que o indeferimento das diferenças salariais contraria o disposto na Súmula n.º 159, I, do TST.
Recurso de Revista conhecido e parcialmente provido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso
de Revista com Agravo n.º **TST-ARR-1263-84.2015.5.10.0019**, em que é Agravante e Recorrida [REDACTED]
e Agravada e Recorrente [REDACTED].

R E L A T Ó R I O

Contra a decisão, a fls. 584/598-e, pela qual o Regional negou seguimento aos seus Recursos de Revista em razão de estarem desatendidos os pressupostos do artigo 896 da CLT, interpõem a Reclamada e a Reclamante os Agravos de Instrumento, a fls. 604/619-e e 621/662-e, respectivamente.



PROCESSO N° TST-ARR-1263-84.2015.5.10.0019

A Reclamante ofertou contraminuta ao Agravo de Instrumento a fls. 692/702-e e contrarrazões ao Recurso de Revista a fls. 668/690-e.

Não houve remessa dos autos à Procuradoria-Geral do Trabalho (art. 95 do RITST).

É o relatório.

V O T O

AGRAVO DE INSTRUMENTO DA RECLAMADA

ADMISSIBILIDADE

Conheço do Agravo de Instrumento, pois preenchidos os seus pressupostos extrínsecos.

MÉRITO

PREScriÇÃO - AVISO PRÉVIO INDENIZADO - CRITÉRIO DE CONTAGEM

Assim decidiu a Corte de origem:

“A magistrada sentenciante declarou a prescrição total, julgando extinto o processo com resolução do mérito. Concluiu que, considerada a projeção do aviso prévio, o término do contrato de trabalho da Reclamante se deu em 20/08/2013 e tendo a reclamação trabalhista sido ajuizada somente em 21/08/2015 foi ultrapassado o prazo de dois anos (a fls. 406).

Contra essa decisão, insurge-se a Reclamante. Pretende que seja afastada a prescrição total pronunciada, sob a alegação de que para a contagem do prazo prescricional deve ser excluído o dia do começo. Desse modo, defende que tendo o contrato de trabalho terminado em 20/08/2013 o prazo prescricional começa a fluir a partir do dia 21/08/2013, de modo que é tempestivo o ajuizamento da ação (a fls. 426/434).

Examino.

O término do contrato de trabalho ocorreu em 20/08/2013, uma vez reconhecido o direito da Reclamante a 90 dias de aviso prévio indenizado, nos termos da Lei 12.506/2011.

Não se discute na presente demanda que o aviso prévio projetou o contrato de trabalho no tempo tendo, por isso, o término do pacto laboral se dado em 20/08/2013, último dia do contrato.



PROCESSO N° TST-ARR-1263-84.2015.5.10.0019

O cerne do litígio é o termo inicial do biênio prescricional, que segundo a Reclamante deve observar a disposição contida do art. 132 do CC no sentido de excluir o dia do começo na contagem do prazo.

No caso, é incontrovertido que o último dia do contrato foi 20/08/2013. O prazo bienal começa no dia imediatamente seguinte, em 21/08/2013, nos termos do art. 132 do CC.

A presente ação foi ajuizada no último dia do prazo, em 21/08/2015, dentro do biênio constitucional. Logo, foi interrompida a prescrição.

Por outro lado, ajuizada a presente reclamação em 21/08/2015 (fl. 02) e observada a prescrição quinquenal arguida em defesa pela Reclamada (a fls. 210), declaro prescritas as parcelas anteriores a agosto/2010, nos termos do art. 7.º, XXIX, da CF.

Dou provimento ao recurso da autora para afastar a prescrição total e declaro prescritas as parcelas anteriores a agosto/2010.” (Grifos nossos.)

A Reclamada, em seu Apelo denegado, afirma que, tendo

havido a ruptura contratual em 22/5/2013, com a projeção do aviso prévio indenizado, postergando o término da relação empregatícia para o dia 20/8/2013, encontra-se prescrita a Reclamação Trabalhista ajuizada em 21/8/2015, visto que, ante os termos do art. 132, § 3.º, do Código Civil, a contagem em anos tem seu término no dia e mês de igual número do início, ou no imediato, se faltar correspondência. Indica afronta ao art. 7.º, XXIX, da Constituição Federal, contrariedade à Orientação Jurisprudencial n.º 83 da SBDI-1 e à Súmula n.º 380 ambas do TST e em divergência jurisprudencial.

Ao exame.

De início, cumpre registrar que a parte recorrente, quando da interposição do Recurso de Revista, observou os todos novos parâmetros de admissibilidade do artigo 896, § 1.º-A, da CLT. No entanto, quanto aos arrestos colacionados, não preencheu os requisitos do artigo 896, § 8.º, da CLT, visto que não procedeu ao cotejo analítico de teses. Alerta-se: não basta a transcrição do acórdão, ou, ainda, o destaque de partes do arresto para a configuração da divergência jurisprudencial. É necessário que a parte recorrente mencione, “em qualquer caso, as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados”, o que não ocorreu no caso dos autos.

Cinge-se a questão controvertida a se fixar o termo



PROCESSO N° TST-ARR-1263-84.2015.5.10.0019

a quo da contagem do prazo prescricional nos casos em que o aviso prévio é indenizado.

Nos termos da Orientação Jurisprudencial n.º 82 da SBDI-1, "a data de saída a ser anotada na CTPS deve corresponder à do término do prazo do aviso prévio, ainda que indenizado".

Por sua vez, a Orientação Jurisprudencial n.º 83 da SBDI-1 dispõe que "a prescrição começa a fluir no final da data do término do aviso prévio".

In casu, está incontroverso nos autos que a efetiva data da ruptura contratual se deu em 20/8/2013, quando do término do aviso prévio indenizado.

Discute-se, assim, se deve incidir a regra prevista no art. 132, *caput*, do Código Civil, para fins de se estabelecer o termo *a quo* do prazo prescricional relativo ao biênio prescricional previsto no art. 7.º, XXIX, da Constituição Federal, nas hipóteses de concessão do aviso prévio indenizado.

De acordo com a jurisprudência desta Corte, na contagem da prescrição bienal prevista na Constituição Federal (art. 7.º, XXIX, CF) incide a regra do art. 132, *caput*, do Código Civil, segundo a qual deve-se excluir do cômputo do prazo o dia do começo.

Registre-se, ainda, que a disposição inserta no art. 132, § 3.º, do Código Civil, que prevê que "Os prazos de meses e anos expiram no dia de igual número do de inicio", não tem o condão de afastar a regra prevista no *caput* do mesmo preceito legal, que disciplina o início de contagem da todos os prazos previstos nos demais parágrafos do art. 132 do CCB.

No caso, extinta a relação de emprego em 20/8/2013, o termo *a quo* para o contagem da prescrição se deu em 21/8/2013. Visto que o ajuizamento da Reclamação Trabalhista ocorreu em 21/8/2015, considera-se devidamente observado o biênio prescricional previsto no art. 7.º, XXIX, da Constituição Federal.

Registre-se, por oportuno, que esta Corte já teve a oportunidade de se manifestar sobre a possibilidade de incidência do art. 132, *caput*, do Código Civil na contagem do prazo prescricional bienal em casos de concessão do aviso prévio indenizado. A propósito:



PROCESSO N° TST-ARR-1263-84.2015.5.10.0019

“RECURSO DE REVISTA. 1. PRESCRIÇÃO. AVISO PRÉVIO INDENIZADO. TERMO INICIAL. O prazo prescricional começa a fluir a partir da data do término do aviso prévio, ainda que indenizado, aplicando-se, para a sua contagem, a regra prevista no “caput” do art. 132 do Código Civil de 2002. Esta é a inteligência da Orientação Jurisprudencial n.º 83 da SBDI-1 e da Súmula 380 desta Corte. Recurso de revista não conhecido. (...).” (TST-RR-208-82.2011.5.02.0465, Relator: Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, 3.ª Turma, DEJT 14/8/2015.)

“EMBARGOS INTERPOSTOS ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI N.º 11.496/2007. PRESCRIÇÃO BIENAL - FORMA DE CONTAGEM - RECURSO DE REVISTA NÃO CONHECIDO (alegação de violação dos artigos 896 da Consolidação das Leis do Trabalho e 7.º, XXIX, da Constituição Federal). Nos termos dos artigos 132 e § 3.º do Código Civil, na contagem do prazo prescricional exclui-se o dia do começo e inclui-se o do vencimento e expiram no dia de igual número do de início, ou no imediato se faltar exata correspondência, os prazos contados em anos. Recurso de embargos não conhecido (...).” (E-ED-RR-691936-43.2000.5.18.0141, Relator: Ministro Renato de Lacerda Paiva, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, DEJT 6/5/2011.)

“RECURSO DE REVISTA - PRESCRIÇÃO - FORMA DE CONTAGEM. Nos termos do art. 132 e § 3.º do Código Civil, na contagem do prazo prescricional exclui-se o dia do começo e inclui-se o do vencimento e expiram no dia de igual número do de início, ou no imediato se faltar exata correspondência, os prazos contados em anos. Recurso de revista não conhecido. (...).” (RR-36400-94.2004.5.02.0065, Relator: Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, 1.ª Turma, DEJT 23/9/2011.)

“AGRADO DE INSTRUMENTO. (...) AVISO PRÉVIO INDENIZADO. INÍCIO DA CONTAGEM. SÚMULA N.º 380. PRESCRIÇÃO. MARCO INICIAL. NÃO PROVIMENTO. 1. As apontadas violações dos artigos 7.º, XXIX, da Constituição Federal, e 487, II, da CLT são meramente reflexas, pois esses dispositivos não disciplinam a forma como os prazos devem ser contados na Justiça do Trabalho. 2. Ademais, o entendimento desta Corte Superior acerca da forma de contagem do aviso prévio firmou-se por meio da Súmula n.º 380, que preconiza: „Aplica-se a regra prevista no „caput” do artigo 132 do Código Civil de 2002 à contagem do prazo do aviso prévio, excluindo-se o dia do começo e incluindo o do vencimento”. Na espécie, o prazo de trinta dias correspondente ao aviso prévio indenizado começou a ser contado em 18/12/2008 e terminou em 17/1/2009, uma vez que o mês de dezembro tem trinta e um dias e referido prazo é contado em dias. Sucede que o prazo prescricional também deve ser contado na forma prevista no artigo 132, „caput”, do CCB/2002, ou seja,



PROCESSO N° TST-ARR-1263-84.2015.5.10.0019

excluindo-se o dia do começo. Assim, a prescrição começou a correr em 18/1/2009 e findou em 18/1/2011, uma vez que, aos prazos contados em anos, incide o disposto no artigo 132, § 3.º, do Código Civil. Logo, não se encontram prescritas as pretensões deduzidas pelo reclamante na petição inicial, porquanto ajuizada a presente reclamação trabalhista em 18/1/2011, ou seja, no *dies ad quem*, ou último dia do prazo bienal previsto no artigo 7.º, XXIX, da Constituição Federal. Agravo de instrumento a que se nega provimento.” (AIRR-23-47.2011.5.05.0631, Relator: Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos, 2.ª Turma, DEJT 24/8/2012.)

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. PREScriÇÃO BIENAL. AVISO PRÉVIO INDENIZADO. INÍCIO DA CONTAGEM. SÚMULA N.º 380. ARTIGO 132, § 3.º, DO CÓDIGO CIVIL. NÃO PROVIMENTO. O entendimento desta Corte Superior acerca da forma de contagem do aviso prévio firmou-se por meio da Súmula n.º 380, que preconiza: „Aplica-se a regra prevista no „caput” do artigo 132 do Código Civil de 2002 à contagem do prazo do aviso prévio, excluindo-se o dia do começo e incluindo o do vencimento”. Na espécie, o prazo de trinta dias correspondente ao aviso prévio indenizado começou a ser contado em 12/04/2007 e terminou em 11/05/2007. Por sua vez, a prescrição bienal começou a correr em 12/05/2007 e findou em 12/05/2009, uma vez que, aos prazos contados em anos, incide o disposto no artigo 132, § 3.º, do Código Civil. Logo, encontram-se prescritas as pretensões deduzidas pelo reclamante na petição inicial, porquanto ajuizada a presente reclamação trabalhista em 13/05/2009, ou seja, após o último dia do prazo bienal previsto no artigo 7.º, XXIX, da Constituição Federal. Ressalta-se que a prorrogação do prazo prescricional para o primeiro útil subsequente ocorre somente no vencimento, e não no início da contagem, nos termos do artigo 132, § 1.º, do Código Civil. Agravo de instrumento a que se nega provimento.”

(AIRR-85400-22.2009.5.15.0002, Relator: Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos, 5.ª Turma, DEJT 19/12/2012.)

Nessa senda, estando a decisão regional em consonância

com a jurisprudência desta Corte, a revisão pretendida encontra-se obstada pela Súmula n.º 333 do TST.

Nego provimento.

RETIFICAÇÃO DA CTPS – AVISO PRÉVIO INDENIZADO Assim decidiu a Corte de origem:



PROCESSO N° TST-ARR-1263-84.2015.5.10.0019

“No caso, admitida em 01/09/1988 e dispensada em 22/05/2013, a autora tem direito a 90 dias de aviso prévio indenizado, nos termos da Lei 12.506/2011. Requereu a autora a retificação da anotação de baixa em sua CTPS, porque registrada na data de 22/05/2013 (a fls. 22).

Consoante o disposto no art. 487, §1.º, da CLT, o aviso prévio integra o tempo de serviço para todos os efeitos legais. Nesse sentido, é a previsão contida na OJ n.º 82 da SDI-1 do TST:

A data de saída a ser anotada na CTPS deve corresponder à do término do prazo do aviso prévio, ainda que indenizado.

A baixa registrada em CTPS pela Reclamada (a fls. 22) não observou a projeção do aviso prévio (a fls. 34) no contrato de trabalho da autora.

Portanto, dou provimento ao recurso da Reclamante para condenar a Reclamada a retificar a anotação de baixa na CTPS da autora para que conste a data de 20/08/2013.”

A Reclamada, em seu Apelo denegado, afirma que a “projeção do aviso prévio não é fato gerador de registro na CTPS, mas sim o efetivo desligamento da Recorrida”, alegando que, ante os termos do art. 40, § 10, da Constituição Federal, aplicado analogicamente ao caso dos autos, a legislação não pode estabelecer tempo de contribuição fictício.

Não prospera o Apelo.

Conquanto a parte recorrente tenha observado a diretriz inserta no art. 896, § 1.º-A, I, da CLT, não merece ser processado o seu Apelo.

De fato, o único fundamento trazido pela Reclamada

-

violação do art. 40, § 10, da Constituição Federal - trata da impossibilidade de lei estabelecer contagem fictícia de contribuição previdenciária de servido público federal. O Apelo não trata especificamente da questão discutida nos autos, qual seja, anotação da CTPS pela projeção do aviso prévio indenizado.

Inviável, nesse contexto, se vislumbrar afronta direta e literal do aludido preceito constitucional.

Nego provimento.



**PROCESSO N° TST-ARR-1263-84.2015.5.10.0019
COMISSÕES - REAJUSTE SALARIAL - DIFERENÇAS SALARIAIS**

DECORRENTES DO ADICIONAL POR TEMPO DE SERVIÇO

Quanto às comissões, ao reajuste salarial e às diferenças salariais decorrentes do adicional por tempo de serviço, não há como admitir o processamento do Apelo, pois os referidos capítulos recursais encontram-se desfundamentados à luz do art. 896 da CLT. Na espécie, não foi indicada nenhuma vulneração legal ou constitucional e/ou divergência jurisprudencial.

Aplica-se ao caso as disposições do art. 896, § 1.º-A, II, da CLT.

Nego provimento.

FGTS - ÔNUS DA PROVA

Visando demonstrar o prequestionamento da controvérsia, nos termos do artigo 896, § 1.º-A, I, da CLT, a Recorrente indica o seguinte trecho do acórdão regional:

“Na inicial, a autora afirmou que não houve o recolhimento do FGTS sobre o 13.º salário nos anos de 2010, 2011 e 2012, razão pela qual requer a condenação da Reclamada e a aplicação dos juros de mora e da multa prevista no art. 22, §§ 1.º e 2-A, inciso II da Lei n.º 8.036/90 (a fls. 7/11).

Em defesa, a Reclamada alegou que recolheu corretamente o FGTS de todo o pacto laboral (a fls. 220/222).

Analiso.

Observo que não consta no extrato analítico do FGTS a fls. 126/142 o recolhimento do FGTS sobre o 13.º salário nos anos de 2010, 2011 e 2012.

Por se tratar de obrigação legal do empregador, era da Reclamada o ônus de demonstrar a regularidade dos depósitos do FGTS realizados na conta vinculada da autora, encargo do qual não se desincumbiu.

Quanto à aplicação dos juros de mora e da multa de 10% fixada no art. 22, §§ 1.º e 2-A, inciso II da Lei n.º 8.036/90, tais penalidades possuem natureza administrativa nos casos em que o empregador não efetua os depósitos do FGTS na conta vinculada do trabalhador, em detrimento do atendimento das finalidades sociais às quais se destina o fundo.

Portanto, dou provimento parcial ao recurso da Reclamante e julgo procedente o pedido da inicial para condenar a Reclamada a pagar o FGTS sobre o 13.º salário nos anos de 2010, 2011 e 2012, e multa de 40%.”

A Reclamada, em seu Apelo denegado, afirma que os



PROCESSO N° TST-ARR-1263-84.2015.5.10.0019

documentos colacionados aos autos demonstram, de forma escorreita, o correto pagamento do FGTS da Reclamante. Aduz, ainda, ser da trabalhadora a ônus de provar o incorreto pagamento dos depósitos do FGTS. O Apelo vem calcado exclusivamente em divergência jurisprudencial.

O Apelo não merece ser processado.

Isso porque a admissibilidade do Recurso de Revista está condicionada à observância dos requisitos introduzidos pela Lei n.º 13.015/2014.

In casu, cabe assinalar que, em relação ao dissenso de teses, o § 8.º, parte final, do art. 896 da CLT, com a redação que foi dada pela Lei n.º 13.015/2014, é claro ao dispor que a parte recorrente deverá mencionar, “em qualquer caso, as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados”.

Logo, não basta, para o conhecimento do Apelo por divergência jurisprudencial, a transcrição do arresto; é necessário, repise-se, que a parte recorrente especifique o cenário que iguale ou aproxime os casos analisados, o que efetivamente não ocorreu no caso dos autos, consoante se infere a fls. 514-e.

Ante o exposto, conheço do Agravo de Instrumento da Reclamada e, no mérito, nego-lhe provimento.

AGRADO DE INSTRUMENTO DA RECLAMANTE

ADMISSIBILIDADE

Conheço do Agravo de Instrumento, pois preenchidos os seus pressupostos extrínsecos.

MÉRITO

Considerando a nova sistemática introduzida pela Instrução Normativa n.º 40 do TST, e, na busca por manter a coerência na aplicação das novas disposições, dentre elas: necessidade de a parte recorrente impugnar, mediante Agravo de Instrumento, o tema não admitido da Revista; obrigação de a parte recorrente impugnar,



PROCESSO N° TST-ARR-1263-84.2015.5.10.0019

mediante Embargos de Declaração, o tema não analisado na decisão de admissibilidade da Revista - tudo sob pena de preclusão, entendo que, ainda que provido um dos temas, os demais deverão ser analisados no próprio Agravo de Instrumento.

PRELIMINAR DE NULIDADE DO ACÓRDÃO REGIONAL POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

A Reclamante sustenta que a decisão recorrida padece do vício de nulidade, porquanto a Corte de origem, mesmo instada por meio de Embargos de Declaração, não se manifestou sobre os seguintes aspectos:

a) a testemunha por ela indicada expressamente negou a existência de amizade íntima; b) os documentos colacionados aos autos, que não foram impugnados pela Reclamada, atestam a percepção de comissão em valor superior a R\$1.000,00 (mil reais). Indica violação dos arts. 832 da CLT, 489, § 1.º, IV, do CPC/2015 e 93, IX, da Constituição Federal.

Destaque-se que a Reclamante, em atenção ao disposto na Lei n.º 13.015/2014, demonstrou as razões de decidir do Regional no Recurso Ordinário, o que afirmou nos Declaratórios, bem como transcreveu a resposta do Regional à sua alegação de omissão, razão pela qual entendo preenchidos os requisitos da atual redação do art. 896, § 1.º-A, da CLT, no tópico.

Registra-se que a preliminar será analisada nos termos

da Súmula n.º 459 do TST.

Consoante se infere dos termos do acórdão regional, a Corte de origem expôs, de forma fundamentada, as razões pelas quais manteve a contradita da testemunha obreira e fixou o valor das comissões no valor de R\$1.000,00. Para tanto, confira-se os termos da decisão proferida nos Embargos de Declaração, *in verbis*:

“Aponta a embargante omissões no acórdão. Quanto ao cerceamento de defesa, requer que conste expressamente na decisão que a testemunha ouvida negou ter amizade íntima com a autora. Sustenta que o pedido de diferença salarial formulado na inicial fundamentou-se em afronta ao princípio da isonomia ante a existência de diferença entre a remuneração por ela recebida e aquela paga aos demais gerentes, não tendo sido embasado no



PROCESSO N° TST-ARR-1263-84.2015.5.10.0019

art. 461 da CLT. Por fim, alega que o valor fixado a título de comissões está aquém daqueles constantes na prova documental produzida nos autos.

Razão não lhe assiste.

No caso, quanto ao tópico do cerceamento de defesa, constou no acórdão que a testemunha da autora não demonstrou ter a isenção de ânimo necessária para prestar depoimento justamente pelo fato de terem tido relação além daquela que se mantém em um ambiente de trabalho. Tal conclusão decorreu das declarações da testemunha ao dizer que „quanto ao aspecto pessoal confia na reclamante para algumas questões. Acaso a depoente passasse por alguma atribulação de ordem pessoal, tem confiança o suficiente na reclamante para com ela contar nesse tipo de adversidade“ (a fls. 403).

Assim, não obstante a testemunha tenha negado amizade íntima com a autora o teor da suas declarações foram suficientes para acolhimento da contradita.

Com relação ao pedido de diferenças salariais formulado na inicial, a causa de pedir trata da existência de diferença entre a remuneração recebida pela autora e aquela paga aos demais gerentes. Embora não haja referência expressa na inicial ao art. 461 da CLT, cabe ao juiz aplicar aos fatos trazidos a norma jurídica que entender cabível. Portanto, não há omissão.

No mais, o valor das comissões pagas „por fora“ foi fixado com base em documento constante a fls. 73 e à vista dos valores declarados pela informante, sendo que o único condizente com a prova documental foi o de R\$ 1.000,00 (a fls. 403).

Não há, portanto, omissão a ser sanada em nenhum dos tópicos apresentados, mas sim inconformismo da embargante com o resultado do julgamento, sendo os Embargos de Declaração via inadequada para o reexame de matéria já decidida nesta instância (art. 1022 do CPC/2015 c/c o art. 897-A da CLT).

Ressalto que a matéria debatida em Embargos de Declaração está devidamente prequestionada conforme o que dispõe a OJ 118 da SDI-1 do TST.

Nego provimento.” (Grifos nossos.)

Ora, consoante se infere dos termos do acórdão regional, a instância de origem já se manifestou sobre as questões reputadas omissas pela Recorrente.

Assim, é de se concluir que não há omissão no acórdão recorrido, sendo certo que o mero inconformismo da parte com a decisão que lhe foi desfavorável não é capaz de ensejar a nulidade da decisão por negativa de prestação jurisdicional.

Acrescente-se, por oportuno, que a pretensão de



PROCESSO N° TST-ARR-1263-84.2015.5.10.0019

reavaliação da prova não autoriza o reconhecimento da negativa de prestação jurisdicional. A propósito:

“AGRAVO. PRELIMINAR DE NULIDADE. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIAL. ALEGAÇÕES: DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL; AFRONTA DIRETA E LITERAL AOS ARTIGOS 5.º, LV, E 93, IX, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL; E VIOLAÇÃO LITERAL DOS ARTIGOS 832 DA CLT E 535, II, DO CPC. NÃO VERIFICADA. NÃO PROVIMENTO. De acordo com a Súmula n.º 459, destaco que o Recurso de Revista tem sua admissibilidade quanto à preliminar de nulidade por negativa de prestação jurisdicional limitada à demonstração de violação do artigo 832 da CLT, 458 do CPC ou 93, IX, da Constituição Federal, de modo que não serão analisadas as indicações de divergência jurisprudencial, afronta direta e literal ao artigo 5.º, LV, da Constituição Federal e de violação literal do artigo 535, II, do CPC. Na hipótese, a egr. Corte Regional apreciou, fundamentadamente, a questão atinente ao pedido de acúmulo de funções da parte reclamante, a qual não concorda com a negativa de provimento e pretende, na verdade, a reavaliação da prova testemunhal na qual se fundamentou o v. acórdão recorrido. Neste contexto, tem-se que o v. acórdão recorrido atendeu às normas contidas nos artigos 93, IX, da Constituição Federal, 832 da CLT e 458 do CPC, não havendo falar em negativa de prestação jurisdicional.

Agravo a que se nega provimento.” (TST-Ag-AIRR-404-91.2010.5.01.0246, Relator: Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos, 5.ª Turma, DEJT 2/9/2016.)

Incólumes, portanto, os artigos apontados como violados, nos termos da Súmula n.º 459 do TST.

Nego provimento.

CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA – CONTRADITA DA TESTEMUNHA

Assim decidiu a Corte de origem:

“Alega a Reclamante que houve cerceamento de seu direito de defesa, porquanto a magistrada que conduziu a audiência de instrução acolheu a contradita da sua testemunha. Nega que tivesse amizade íntima com a testemunha (a fls. 434/436).

Na audiência de instrução a juíza condutora acolheu a contradita por considerar que o „nível de confiança que transcende o ambiente de trabalho é fator decisivo para configuração da amizade íntima” (a fls. 403). Analiso.



PROCESSO N° TST-ARR-1263-84.2015.5.10.0019

Nos termos dos arts. 370 do novo CPC e 765 da CLT, pode o magistrado conduzir o processo com ampla liberdade, determinando as diligências que entender importantes e indeferindo a produção de provas que julgar desnecessárias ou impertinentes ao deslinde da controvérsia, máxime quando o conjunto probatório existente nos autos mostra-se suficiente para formar sua convicção para decidir.

No caso, a testemunha arrolada pela recorrente não demonstrou ter a isenção de ânimo necessária para prestar depoimento. Isso porque ela afirmou que „quanto ao aspecto pessoal confia na reclamante para algumas questões. Acaso a depoente passasse por alguma atribulação de ordem pessoal, tem confiança o suficiente na reclamante para com ela contar nesse tipo de adversidade“ (a fls. 403).

Tal declaração revelou haver entre a Reclamante e a sua testemunha uma relação além daquela que se mantém em um ambiente de trabalho e afastou a imparcialidade que a prova oral necessita, sendo ouvida a testemunha como informante.

Assim, não houve a alegada nulidade processual porque a prova oral pretendida pela autora foi produzida e os fatos por ela relatados, na condição de informante, serão sopesados à vista dos demais elementos de prova dos autos.

Nego provimento.” (Recurso Ordinário.)

“No caso, quanto ao tópico do cerceamento de defesa, constou no acórdão que a testemunha da autora não demonstrou ter a isenção de ânimo necessária para prestar depoimento justamente pelo fato de terem tido relação além daquela que se mantém em um ambiente de trabalho. Tal conclusão decorreu das declarações da testemunha ao dizer que „quanto ao aspecto pessoal confia na reclamante para algumas questões. Acaso a depoente passasse por alguma atribulação de ordem pessoal, tem confiança o suficiente na reclamante para com ela contar nesse tipo de adversidade“ (a fls. 403).

Assim, não obstante a testemunha tenha negado amizade íntima com a autora o teor da suas declarações foram suficientes para acolhimento da contradita.” (Embargos de Declaração.)

A Reclamante afirma que a manutenção da contradita de

sua testemunha acabou por cercear o seu direito de defesa, alegando que a testemunha afirmou expressamente não ter com ela amizade íntima. Aduz que o mero fato de a testemunha atribuir a qualidade de solidária à Reclamante não é suficiente para demonstrar a amizade íntima entre elas. Indica afronta aos arts. 829 da CLT e 5.º, LIV e LV, da Constituição Federal.



PROCESSO N° TST-ARR-1263-84.2015.5.10.0019

Não prospera o Apelo.

A princípio, cumpre registrar que foram devidamente observados os requisitos do art. 896, § 1.º-A, da CLT.

Nos termos do art. 371 do CPC, "O juiz apreciará a prova

constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento".

In casu, o magistrado, diante do registrado pela testemunha indicada pela Reclamante, que afirmou que "quanto ao aspecto pessoal confia na reclamante para algumas questões. Acaso a depoente passasse por alguma atribulação de ordem pessoal, tem confiança o suficiente na reclamante para com ela contar nesse tipo de adversidade", entendeu que a testemunha não teria isenção suficiente para testemunhar, pois provada "uma relação além daquela que se mantém em um ambiente de trabalho".

Ora, o magistrado, quando da produção da prova testemunhal tem o contato direto tanto com a testemunha quanto com as demais partes do feito, cabendo primordialmente a ele avaliar a imparcialidade da testemunha, bem como fundamentar as razões pelas quais entendeu que deveria, ou não, haver a contradita.

No caso, o magistrado expôs, de forma fundamentada, com base no art. 371 do CPC/2015, as razões pelas quais acolheu a contradita, não se evidenciando, a princípio, qualquer afronta aos preceitos legais e constitucionais invocados.

Nego provimento.

COMISSÕES PAGAS POR FORA – FORMA DE CÁLCULO Assim decidiu a Corte de origem:

"Na inicial, a autora alegou que a Reclamada efetuava o pagamento de comissão sem registo no contracheque, sendo que os valores eram depositados em conta corrente. Afirmou, ainda, que, depois de seu desligamento, celebrou com a Reclamada um acordo extrajudicial em que recebeu a quantia de R\$ 30.393,22 referente aos reflexos de comissões não pagas durante o período contratual. O valor, contudo, não seria suficiente para



PROCESSO N° TST-ARR-1263-84.2015.5.10.0019

quitar o seu crédito, razão pela qual pede a compensação do valor já recebido (a fls. 7).

Em defesa, a Reclamada afirmou que a autora nunca recebeu comissão durante todo o pacto laboral (a fls. 219).

Examino.

No caso, há prova documental de que a Reclamante recebia comissões e que o valor pago não era registrado em contracheque.

Para tanto, reporto-me ao documento da fls. 73 no qual é informado o valor de „Pagamento de Comissão 01/2011“ para a Reclamante no importe de R\$ 1.000,00, com carimbo e assinatura por funcionário do RH da Reclamada na data de 15/03/2011. Tal pagamento não constou dos contracheques fls. 279/322, o que evidencia o recebimento de comissões pela autora sem adequado registro em folha de pagamento.

Também os e-mails apresentados a fls. 69/71, demonstram as tratativas realizadas entre a Reclamada e a autora quanto ao pagamento de comissões.

Registro, por oportuno, que os documentos apresentados com a inicial não foram impugnados pela Reclamada.

Quanto à prova oral, a informante declarou que „A depoente fazia o cálculo das comissões que eram pagas a Reclamante. [...]“; A reclamante recebia comissões de R\$ 1.000,00, R\$ 1.700,00 e R\$ 1.800,00“ (a fls. 403).

Acolho, portanto, a alegação da inicial quanto ao pagamento de comissões sem registro em contracheque, sendo devidos reflexos. Fixo em R\$ 1.000,00 o valor das comissões percebidas pelo reclamante, à vista do documento da fls. 73.

Dou parcial provimento ao recurso da autora e julgo procedente em parte o pedido da autora para condenar a Reclamada ao pagamento de reflexos de comissões sobre o repouso semanal, férias, acrescidas do terço constitucional, aviso prévio, 13.º salário, FGTS e multa de 40%, observado o valor mensal de R\$ 1.000,00 e o período imprescrito.

Fica autorizada a compensação do valor de R\$ 30.393,22, conforme pleiteado na inicial.” (Recurso Ordinário.)

“No mais, o valor das comissões pagas „por fora“ foi fixado com base em documento constante a fls. 73 e à vista dos valores declarados pela informante, sendo que o único condizente com a prova documental foi o de R\$ 1.000,00 (a fls. 403).” (Embargos de Declaração.)

Busca a Reclamante a reforma do julgado, sob o argumento de que o valor das comissões pagas por fora deve corresponder à média do valor das comissões percebidas. Afirma que a prova documental que demonstrou o pagamento de comissão no montante de R\$1.000,00 deveria ser sopesada com o depoimento testemunhal que fez



PROCESSO N° TST-ARR-1263-84.2015.5.10.0019

menção a valores de R\$1.000,00, R\$1.700,00 e R\$1.800,00. Indica violação dos arts. 142, § 3.º, 451, § 1.º, e 478, § 4.º, da CLT. Colaciona arestos.

Ao exame.

Reputo atendidas as exigências do art. 896, § 1.º-A,

da CLT.

De inicio, não há como vislumbrar afronta aos arts. 142, § 3.º, 451, § 1.º, e 478, § 4.º, da CLT, visto que esses dispositivos não tratam especificamente da forma de cálculo das comissões "pagas por fora", mas apenas afirmam, respectivamente, que a média do valor da comissões integra a remuneração das férias, que as comissões integram o valor da remuneração e que a média do valor da comissões integra o cálculo da indenização devida pela rescisão do contrato de trabalho.

De outra parte, os arestos trazidos ao embate de teses

convergem com a hipótese dos autos, visto que determinam que o valor da comissões deve ser fixado em conformidade com a prova produzida nos autos, o que foi determinado pela Corte de origem.

Ademais, do exame das razões recursais, conclui-se que

a Reclamante pretende fazer prevalecer o depoimento de sua testemunha, pretensão essa que esbarra no óbice da Súmula n.º 126 desta Corte, sobretudo porque, diante do que foi mencionado alhures, sua testemunha foi ouvida como informante ante a efetiva comprovação da amizade íntima entre elas.

Nego provimento.

SALÁRIO SUBSTITUIÇÃO

Visando demonstrar o prequestionamento da controvérsia, nos termos do artigo 896, § 1.º-A, I, da CLT, a Recorrente indica o seguinte trecho do acórdão regional:

"Alegou a Reclamante, na petição inicial, que substituía gerente de outro setor em suas férias, sem o devido recebimento da diferença salarial.



PROCESSO N° TST-ARR-1263-84.2015.5.10.0019

Pedi, assim, o pagamento do salário do período de substituição da gerente comercial e os devidos reflexos (a fls. 12).

Em defesa, a Reclamada inicialmente arguiu a inépcia do pedido por considerá-lo genérico. Sucessivamente, afirmou que quando a gerente apontada na inicial estava de férias, suas atribuições eram distribuídas entre os demais empregados do seu setor e, se houve a substituição alegada na inicial, esta ocorreu de forma eventual (a fls. 217/219).

Examino.

A petição inicial tem relato suficiente de causa de pedir e coerentes pedidos. Não sofre, portanto, de inépcia a petição inicial.

No caso, a informante ouvida nos autos, que no caso é a própria gerente que a autora alega ter substituído, afirmou que:

‘No setor havia a gerência de faturamento e a gerência comercial. A depoente era responsável pela gerência comercial nas ausências da depoente a Reclamante permanecia como gerente do faturamento e também fazia as atividades de substituição na gerência comercial’ (a fls. 403).

O relato feito é de que a Reclamante acumulava as atribuições de gerente comercial e de faturamento. Não havia, portanto, substituição, mas sim acumulação de tarefas em período de férias da gerente comercial.

Para tal descrição, considero indevido o pedido da inicial, em especial pela condição da testemunha ouvida como informante e pelo fato de que a substituição requerida está vinculada à gerência exercida pela mencionada testemunha.

Nego provimento ao recurso e indefiro o pedido de pagamento do salário do período de substituição da gerente comercial e os devidos reflexos.” (Grifos nossos.)

A Reclamante alega que “o fato de não cessar o exercício das atribuições de seu cargo enquanto se ativava em substituição da paradigma, não tem o condão de tornar indevida a pretensão de recebimento do salário substituição”, visto que, ante os termos do item I da Súmula n.º 159 do TST, enquanto perdurar a substituição que não seja eventual, o empregado substituto tem o direito à percepção do salário contratual do empregado substituído. Indica afronta ao art. 460 da CLT e contrariedade à Súmula n.º 159, I, do TST. Colaciona arresto. Ao exame.

De inicio, cumpre registrar que a parte recorrente,



PROCESSO N° TST-ARR-1263-84.2015.5.10.0019

quando da interposição do Recurso de Revista, observou os todos novos parâmetros de admissibilidade do artigo 896, § 1.º-A, da CLT.

Nos termos da Súmula n.º 159, I, do TST, "Enquanto perdurar a substituição que não tenha caráter meramente eventual, inclusive nas férias, o empregado substituto fará jus ao salário contratual do substituído".

In casu, a Corte de origem entendeu que, con quanto tivesse sido comprovado que a Reclamante, no período de férias da outra empregada, exercia as suas atribuições normais e as funções da empregada que se encontrava em férias, seria indevido o pagamento do salário da empregada em férias, por se tratar de acumulação de funções e não de mera substituição.

Ora, a acumulação das atribuições de gerente comercial - atividade da empregada em férias - e gerente de faturamento - atividade da Reclamante - é mais gravosa à trabalhadora do que a mera substituição de funções, visto que ela, no mesmo período de trabalho, tem que cumprir as suas funções e as funções da empregada que está substituindo.

Assim, visto que a Reclamante exercia as funções da empregada que se encontrava em férias, é de se reconhecer que o indeferimento das diferenças salariais contraria o disposto na Súmula n.º 159, I, do TST.

Em face do exposto, dou provimento ao Agravo de Instrumento para determinar o processamento do Recurso de Revista.

Conforme previsão do artigo 897, § 7.º, da CLT e da Resolução Administrativa do TST n.º 928/2003, em seu artigo 3.º, § 2.º, e dos arts. 228, *caput*, § 2.º, e 229, *caput*, do RITST, proceder-se-á, de imediato, à análise do Recurso de Revista especificamente quanto ao capítulo recursal "salário substituição" na primeira sessão ordinária subsequente.

RECURSO DE REVISTA DA RECLAMANTE
ADMISSIBILIDADE

Preenchidos os requisitos gerais de admissibilidade,



PROCESSO N° TST-ARR-1263-84.2015.5.10.0019

passo à análise dos pressupostos intrínsecos.

CONHECIMENTO

SALÁRIO SUBSTITUIÇÃO

Reportando-me às razões de decidir do Agravo de Instrumento, conheço do Recurso de Revista, por contrariedade à Súmula n.º 159, I, do TST.

MÉRITO

SALÁRIO SUBSTITUIÇÃO

Conhecido o Recurso por contrariedade à Súmula n.º 159, I, do TST, a consequência lógica é o provimento.

Todavia, quanto à extensão do provimento do Recurso de Revista, faz-se importante tecer as seguintes considerações.

In casu, consoante se verifica da petição inicial, a Reclamante, com fundamento na Súmula n.º 159, I, do TST, pugna pela percepção do salário da empregada substituída.

Entretanto, tem-se que considerar que a Súmula n.º 159, I, desta Corte foi firmada com o escopo de conferir isonomia salarial ao empregado substituto em relação ao empregado substituído, não autorizando, em momento algum, a cumulação salarial.

Assim, dou parcial provimento ao Recurso de Revista da Reclamante, para lhe deferir as diferenças salariais entre o seu salário e o salário da empregada substituída, no período em que se observar a substituição não eventual, na forma a se apurar em liquidação de sentença. Mantido o valor arbitrado à condenação.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Quarta Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade: I - conhecer do Agravo de Instrumento da Reclamada e, no mérito, negar-lhe provimento; II - conhecer do Agravo de Instrumento da Reclamante e, no mérito, dar-lhe parcial provimento apenas quanto ao capítulo "salário substituição", para mandar processar o Recurso de Revista especificamente quanto a

Firmado por assinatura digital em 04/04/2018 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-ARR-1263-84.2015.5.10.0019

esse tema; II - conhecer do Recurso de Revista da Reclamante quanto ao salário substituição, por contrariedade à Súmula n.º 159, I, do TST, e, no mérito, dar-lhe parcial provimento para deferir à Reclamante as diferenças salariais entre o seu salário e o salário da empregada substituída, no período em que se observar a substituição não eventual, na forma a se apurar em liquidação de sentença. Mantido o valor arbitrado à condenação.

Brasília, 4 de abril de 2018.

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

MARIA DE ASSIS CALSING
Ministra Relatora