



ACÓRDÃO
0000121-04.2013.5.04.0271 RO

Fl. 1

DESEMBARGADOR HERBERT PAULO BECK

Órgão Julgador: 11ª Turma

Recorrente: WMS SUPERMERCADOS DO BRASIL LTDA. - Adv. Flávio Obino Filho
Recorrido: ALEXSANDRO DA COSTA NUNES - Adv. Luiz Antonio Carvalho Beck
Origem: Vara do Trabalho de Osório
Prolator da Sentença: JUIZ LUÍS FERNANDO DA COSTA BRESSAN

E M E N T A

RECURSO ORDINÁRIO DO RECLAMADO. HORAS EXTRAS. FUNÇÃO DE CONFIANÇA. A caracterização da função de confiança depende da demonstração de que o trabalhador exerça típicos encargos de gestão, mediante a prática de atos próprios da esfera do empregador, com autonomia para tomada de decisões no plano administrativo e técnico, o que não se verifica no caso. Provimento negado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

ACORDAM os Magistrados integrantes da 11ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região: por unanimidade, **DAR PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO ORDINÁRIO DO RECLAMADO** para determinar que, na apuração das horas extras deferidas, sejam considerados, em substituição à jornada fixada na sentença, os seguintes horários: de segunda-feira a sábado, das 7h às 18h, com uma hora de



ACÓRDÃO

0000121-04.2013.5.04.0271 RO

Fl. 2

intervalo intrajornada, do período imprescrito até março de 2009 e, a partir daí, de segunda-feira a sábado, das 7h às 20h, e em dois domingos por mês, das 9h às 20h, sempre com uma hora de intervalo intrajornada. Valor da condenação que se reduz em R\$ 5.000,00, para os efeitos legais.

Intime-se.

Porto Alegre, 03 de julho de 2014 (quinta-feira).

RELATÓRIO

Inconformada com a sentença de parcial procedência da ação (fls. 277/284), proferida pelo Exmo. Juiz do Trabalho Substituto Luís Fernando da Costa Bressan, o reclamado interpõe recurso ordinário (fls. 277/284).

Pretende a reforma do julgado quanto às seguintes matérias: horas extras, indenização pela política interna, adicional de transferência e FGTS.

Com contrarrazões pelo reclamante (fls. 300/308), sobem os autos a este Tribunal para julgamento.

Processo não sujeito à intervenção do Ministério Público do Trabalho.

É o relatório.

VOTO

DESEMBARGADOR HERBERT PAULO BECK (RELATOR):

RECURSO ORDINÁRIO DO RECLAMADO

HORAS EXTRAS



ACÓRDÃO
0000121-04.2013.5.04.0271 RO

FI. 3

O Julgador *a quo*, afastando a incidência do disposto no art. 62, II, da CLT ao contrato de trabalho do reclamante, defere-lhe o pagamento de *“horas extras, assim consideradas as excedentes da 8ª diária ou 44ª semanal, com adicional de 50%, com reflexos em repousos semanais remunerados, férias acrescidas de 1/3, 13º salário e aviso prévio”*.

Inconformado, o reclamado recorre. Sustenta que, quanto ao exercício do cargo de confiança, a sentença não atentou para o conteúdo probatório dos autos. Aduz que o reclamante desempenhava a função de “Trainee” e “Gerente de Loja”, sendo a pessoa responsável por toda a filial onde laborou. Assevera que a jornada de trabalho dele sempre foi de acordo com as suas próprias determinações, decorrentes de suas necessidades profissionais e particulares, pois como a função de “Gerente” é essencial para a empresa, sempre foi considerado como cargo de confiança. Alega que não há qualquer comprovação de que o reclamante tinha controlada sua jornada de trabalho. Menciona o depoimento da testemunha Adilson Geraldo, segundo o qual o Diretor Distrital comparecia na filial a cada 15 ou 20 dias, o que torna inviável o controle da jornada. Afirma que, tendo autonomia, não era necessário o registro dos horários e que, por várias ocasiões, o reclamante chegou mais tarde, saiu mais cedo, ou não foi trabalhar em um determinado dia, sem sofrer qualquer controle, pois era a autoridade máxima dentro da filial. Pondera que o autor era responsável por dirigir, controlar e supervisionar o funcionamento de toda a loja, estando esta sob sua responsabilidade. Refere que os empregados que trabalhavam na loja gerenciada pelo reclamante estavam diretamente subordinados a ele, que tinha poderes para adverti-los, suspendê-los, inclusive, sendo sua a opção de admissões e demissões. Assevera que os demonstrativos de pagamento juntados demonstram que o demandante



ACÓRDÃO

0000121-04.2013.5.04.0271 RO

Fl. 4

percebia remuneração compatível com as responsabilidades inerentes ao cargo ocupado, ou seja, superior ao salário normativo pago aos demais empregados. Conclui que ficaram comprovados os poderes de gestão do autor, estando ele enquadrado na hipótese do art. 62, II, da CLT. Colaciona jurisprudência. No tocante à jornada fixada, diz que o demandante jamais extrapolou o limite de 8 horas diárias e 44 horas semanais, o que não foi observado pela sentença. Aduz que a jornada arbitrada é exagerada e distante da realidade. Invoca os princípios da razoabilidade e da primazia da realidade. Argumenta que os relatos constantes dos autos sobre as tarefas desenvolvidas pelo reclamante trazem a certeza de que a jornada extraordinária era a exceção. Requer seja reduzida a jornada de trabalho do autor, afastando-se a condenação ao pagamento de horas extras e dos reflexos deferidos, por se tratar de parcela acessória.

Decido.

No caso *sub judice*, o autor foi admitido pelo reclamado em 31/01/2005, na função de operador II (fl. 118). Durante o período imprescrito, ele exerceu as seguintes funções: Encarregado de Seção (Mercearia); Trainee Gerente, a partir de **01/05/2008** e Gerente Loja, a partir de **01/03/2009** até a sua despedida, conforme ficha de registro do empregado (fl. 117). A anotação de baixa da CTPS do reclamante foi efetuada em **25/12/2012** (fl. 21).

O art. 62, II, da CLT exclui da duração do trabalho os gerentes, assim considerados os exercentes de cargos de gestão, aos quais se equiparam, para efeito do disposto no aludido dispositivo legal, os diretores e chefes de departamento ou filial.

Entretanto, para que fique o trabalhador excepcionado dos preceitos relativos à duração do trabalho, necessária a demonstração de que exerça



ACÓRDÃO
0000121-04.2013.5.04.0271 RO

Fl. 5

típicos encargos de gestão, mediante a prática de atos próprios da esfera do empregador, com autonomia para tomada de decisões no plano administrativo e técnico.

O enquadramento do autor na hipótese do art. 62, II, da CLT constitui fato impeditivo do direito do empregado às horas extras, razão pela qual a sua comprovação incumbe ao empregador (art. 818 da CLT e 333, II, do Código de Processo Civil), encargo do qual não se desonera o reclamado.

Antes do mais, destaco que, não obstante o recorrente refira também o período em que o autor exerceu a função de Trainee, a prova produzida, bem como o conjunto das razões recursais por ela aduzidas, diz respeito exclusivamente à atuação dele como Gerente de Loja. Desse modo, a meu ver, não pende dúvida quanto ao não exercício da função de confiança a que alude o art. 62, II, da CLT durante o período em que exercida a função de Trainee pelo reclamante.

Com relação ao conjunto probatório, destacam-se os seguintes trechos da prova oral colhida durante a instrução:

DEPOIMENTO PESSOAL DO(A) AUTOR(A): [...] *que como trainee sua função era passar por todos os setores existentes na loja; que não tinha poderes para admitir ou aplicar penalidades o que só era feito pelo diretor da loja; [...] que depois disso veio para Osório como Gerente de Loja, em final de fevereiro de 2009; que tanto no Lindóia quanto em Osório seu horário era o mesmo.*

DEPOIMENTO PESSOAL DO(A) REPRESENTANTE DA RÉ:
que como Gerente o reclamante tinha autonomia para contratar



ACÓRDÃO
0000121-04.2013.5.04.0271 RO

Fl. 6

e despedir não precisando de autorização de nenhum superior; que à vista do documento da fl. 23, e questionada sobre o seu conteúdo, refere que no seu entender esse documento não significa nada; que à vista do documento da fl. 33, e questionada sobre a autorização da demissão, disse que foi instituída pela política de orientação para melhoria, trabalhando a empresa para resgatar algum empregado; que autorização para demissão nesse caso é assinada pelo vice-presidente da companhia, acrescentando que isso ocorre quando há uma reestruturação na empresa e o empregado não passou pelas fases da melhoria; que como gerente o reclamante fazia o horário que escolhesse; que trabalhava de segunda a sábado.

TESTEMUNHA INDICADA PELO(A) AUTOR(A): Rodrigo Siqueira Müller [...]: trabalha na reclamada desde 02/08/2001; que trabalhou junto com o reclamante na loja da reclamada do Lindóia, ao que recorda em 2008; que logo após o reclamante passou a trainee de gerente e a gerente e um ano após o depoente também foi promovido; que, como gerente, sempre que precisa contratar alguém o depoente deve requerer ao Diretor distrital, o qual pode acolher ou não; que à vista do documento da fl. 23, confirma que é dessa forma que é feito tal requerimento; que à vista do documento da fl. 33, confirma que tal documento é necessário no caso de despedimento, o que sequer pode ser autorizado pelo Diretor distrital, devendo haver autorização do gerente de capital humano, podendo chegar até o vice-presidente ou ao presidente, dependendo do tempo de trabalho do empregado a ser desligado; que para



ACÓRDÃO
0000121-04.2013.5.04.0271 RO

Fl. 7

o depoente, como gerente, aplicar advertência ou suspensões deve haver a concordância do diretor distrital; que também pode haver a solicitação do diretor distrital, o que ocorreu com o depoente, tendo o diretor solicitado que aplicasse advertências; que o Diretor distrital comparece à loja no mínimo três vezes por semana; que também é mantido contato com o diretor mediante conference call, email e telefone; que emails e telefonemas são diários e conference call também é bastante frequente; que para aquisição de quaisquer bens é necessária a autorização do diretor distrital ou do apoio administrativo; [...] que é necessária autorização do diretor distrital mesmo para despedir funcionários com menos de 5 anos de serviço; que na região do depoente o diretor distrital está cuidando de 12 lojas; que o número de lojas de cada região varia podendo ser de 8 a 12; que mesmo em caso de urgência o depoente não aplicaria uma despedida por justa causa, sempre requerendo autorização de um diretor. (Grifei)

SEGUNDA TESTEMUNHA INDICADA PELO(A) AUTOR(A):
Edilson Neto Figueira [...]: *trabalhou na reclamada de dezembro de 2005 a outubro de 2011; que até dezembro de 2008 trabalhou em Tramandaí, e a partir de então trabalhou em Osório; que trabalhou junto com o reclamante na loja de Osório; que trabalhava como encarregado do setor de Mercearia. [...] que o diretor distrital passava na loja no mínimo 04 vezes por semana; que o diretor distrital dava ordens diretamente aos encarregados e ao gerente; que eram de 9 a 10 encarregados na*



ACÓRDÃO
0000121-04.2013.5.04.0271 RO

Fl. 8

loja; [...] que situações que demandavam advertência ou suspensão tinham de ser comunicadas ao diretor distrital; que o reclamante não poderia despedir sem autorização do diretor distrital.

PRIMEIRA TESTEMUNHA INDICADA PELA RÉ: Adilson Geraldo, [...]: *trabalha na reclamada desde 1983; que não chegou a trabalhar na mesma loja que o reclamante; que ambos exerceram a função de Gerente em lojas diferentes; que o depoente, como Gerente, pode contratar dentro do quadro (ou seja, dentro do número de empregados previstos para a loja) sem necessidade de autorização do diretor; que como Gerente tem autonomia para dar até 10% de aumento aos empregados da loja, ou até 20% quando promove algum empregado; que pode despedir sem necessidade de autorização; que na loja do depoente há 18 encarregados e são eles que fazem os plantões; que o depoente trabalha das 8h às 12h e das 14h às 18h30min/19h; que se algum dia o depoente fica até mais tarde, chega mais tarde no dia seguinte; que o diretor distrital comparece na loja do depoente a cada 15 ou 20 dias, às vezes mais; [...] questionado sobre folga semanal, disse que não trabalha aos domingos; que se precisasse contratar empregados além do limite da loja teria de pedir autorização ao diretor distrital, pois extrapolaria o orçamento; que o depoente faz o orçamento da loja e manda ao diretor; que contratação acima do limite não é necessário no caso do depoente; que para concessão de aumento acima de 10%, ou 20% no caso de promoção, é necessária autorização do diretor*



ACÓRDÃO
0000121-04.2013.5.04.0271 RO

Fl. 9

distrital. (Realcei)

À vista da prova oral acima transcrita, cumpre enfatizar, de plano, a discrepância das declarações prestadas pelas testemunhas, especialmente a testemunha Rodrigo, convidado pelo autor, e a testemunha Adilson, trazido pelo reclamado. Embora ambos relatem o exercício da função de gerente de loja, a mesma desempenhada pelo autor no período em discussão, as informações fornecidas quanto aos limites da atuação do gerente são essencialmente opostas.

Segundo a testemunha Rodrigo, toda a atuação do gerente estava, basicamente, vinculada ao diretor distrital, que compareceria à loja pelo menos três vezes por semana, sendo necessária a autorização dele para contratações e despedidas, aplicação de penalidades a subordinados, inclusive advertências. Essa narrativa, a meu juízo, não se revela plenamente verossímil, considerando que, na qualidade de gerente da loja, algum tipo de autoridade, para não dizer autonomia, deveria ser concedida ao gestor, até mesmo para viabilizar a sua atuação perante os subordinados.

Por outro lado, de acordo com a testemunha Adilson, o diretor distrital, que compareceria na loja a cada quinze dias ou mais, não precisava avaliar a maioria dos atos do gerente, que poderia admitir e despedir empregados e até mesmo conceder-lhes aumentos salariais, tudo dentro da margem orçamentária estabelecida para a sua loja - descrição que, em que pese se afigure mais crível, é contraposta pela documentação colacionada pelo autor (fls. 23/32), que evidencia diversas solicitações formuladas por ele, na qualidade de gerente, ao diretor distrital para efetivar contratações e realizar despesas.



ACÓRDÃO

0000121-04.2013.5.04.0271 RO

Fl. 10

Como se percebe, evidencia-se que ambas as testemunhas transparecem o intuito de favorecer a parte que as convidou para depor em Juízo, o que enfraquece sobremaneira a força probante de seus depoimentos. Nesse contexto, tratando-se de circunstância cujo ônus da prova pertencia exclusivamente ao reclamado, dada a fragilidade da prova testemunhal produzida, tenho que o conjunto probatório não comprova suficientemente a prática de atos próprios da esfera do empregador pelo autor, o que afasta a aplicação do disposto no art. 62, II, da CLT.

Não bastasse isso, ainda que pudesse pairar certa dúvida quanto a esse ponto, saliento que não houve o preenchimento sequer do requisito formal para o enquadramento na exceção ao controle de jornada invocada pelo réu. Com efeito, o dispositivo legal supracitado determina, em seu parágrafo único, que *“O regime previsto neste capítulo será aplicável aos empregados mencionados no inciso II deste artigo, quando o salário do cargo de confiança, compreendendo a gratificação de função, se houver, for inferior ao valor do respectivo salário efetivo acrescido de 40% (quarenta por cento)”* (destaquei).

Todavia, não há prova do pagamento da gratificação de função a que alude a norma em comento, ou mesmo do correspondente acréscimo de 40% no salário do demandante. Veja-se que anteriormente à assunção dele ao cargo de gerente, o seu salário básico era de R\$ 2.258,68 (por exemplo, fevereiro/2009, fl. 141), ao passo que, em abril/2009, o seu salário-base passou a ser R\$ 2.708,25 (fl. 143), ou seja, um aumento de, aproximadamente, 20%.

Diante disso, concluo que o reclamante, durante todo o período contratual imprescrito, não esteve investido em função de confiança, em conformidade



ACÓRDÃO
0000121-04.2013.5.04.0271 RO

Fl. 11

com o art. 62, II, da CLT, de forma que são aplicáveis ao seu contrato de trabalho as disposições gerais da CLT quanto à duração do trabalho e à percepção de horas extras.

Desse modo, competia ao reclamado juntar aos autos os controles de horário do reclamante, a que estava obrigada a manter por força do art. 74, § 2º, da CLT. Todavia, desse ônus não se desincumbe, gerando a presunção relativa de veracidade da versão declinada na inicial e autorizando o arbitramento da jornada de trabalho pelo Juízo de origem, consoante entendimento contido no item I da Súmula nº 338 do TST, *verbis*:

I - É ônus do empregador que conta com mais de 10 (dez) empregados o registro da jornada de trabalho na forma do art. 74, § 2º, da CLT. A não-apresentação injustificada dos controles de frequência gera presunção relativa de veracidade da jornada de trabalho, a qual pode ser elidida por prova em contrário.

Na inicial, o reclamante informa que, quando passou ao cargo de gerente, no ano de 2008, trabalhava de segunda-feira a domingo, das 7h às 21h, sem intervalo intrajornada regular, com folgas excepcionais em um ou dois domingos por mês (fl. 06).

Na sentença, o Julgador *a quo* arbitra a seguinte jornada de trabalho ao reclamante: “[...] das 7h às 21h, de segundas a domingos, com intervalo intrajornada de uma hora por dia de trabalho, e repouso semanal remunerado em apenas dois domingos por mês” (fl. 270-v).

À luz do conjunto probatório reunido nos autos, tenho que a jornada fixada enseja uma sensível modificação.

Em primeiro lugar, porque o autor, na inicial, relata que somente passou a



ACÓRDÃO

0000121-04.2013.5.04.0271 RO

Fl. 12

desempenhar a jornada indicada ao assumir a função de gerente, o que ocorreu a partir de março/2009, motivo pelo qual, para o período anterior, em que ele desempenhava a função de Trainee de gerente, utilizo como parâmetro a referência da testemunha Edinilson (*“que nesse período trabalhava das 7h às 18h, ou, quando era plantão, até 21h, 21h45min”*). Ou seja, arbitro que, no lapso em comento, o reclamante laborava de segunda-feira a sábado, das 07h às 18h, com uma hora de intervalo intrajornada.

Por outro lado, relativamente ao período a partir de março/2009, considerando-se as referências da testemunha Rodrigo (*“que no Lindóia o depoente e o reclamante trabalhavam 12 a 14 horas por dia”*) e da testemunha Adilson (*“que o depoente trabalha das 8h às 12h e das 14h às 18h30min/19h”* e *“questionado sobre folga semanal, disse que não trabalha aos domingos”*), sem descuidar das ressalvas quanto à força probante de suas declarações, reputo razoável estabelecer a seguinte jornada ao autor: das 7h às 20h, com uma hora de intervalo intrajornada, de segunda-feira a sábado e, em dois domingos por mês, das 9h às 20h, com uma hora de intervalo.

Registro que esses horários são fixados como jornadas de trabalho média - que busca conciliar a jornada declinada pelo autor com o princípio da razoabilidade -, o que equivale dizer que, presumivelmente, o empregado pode ter, em algumas oportunidades, trabalhado além do horário arbitrado, as quais, porém, restam compensadas por eventuais ocasiões em que a jornada foi inferior à arbitrada.

Por conseguinte, são devidas as horas extras deferidas, que deverão ser apuradas de acordo com a jornada arbitrada na presente decisão. Devidas



ACÓRDÃO

0000121-04.2013.5.04.0271 RO

Fl. 13

também as integrações reconhecidas na sentença, na ausência de impugnação específica, por se tratar de mero consectário.

Isso posto, dou provimento parcial ao recurso do reclamado para determinar que, na apuração das horas extras deferidas, seja considerada a jornada de trabalho arbitrada na presente decisão, em substituição àquela fixada na sentença.

POLÍTICA DE ORIENTAÇÃO PARA MELHORIA

Insurge-se o reclamado contra a condenação ao pagamento de *“indenização pela inobservância dos procedimentos previstos na norma interna denominada ‘Política de Orientação para Melhoria’, no valor de R\$ 4.272,90, correspondente ao salário-base para fins rescisórios”*. Sustenta que comprovou a ausência de vigência da norma interna juntada pelo reclamante, pois a norma colacionada foi aprovada em 29/06/2012, enquanto que a dispensa do reclamante ocorreu em 05/11/2012. Aduz que a “Política de Orientação para Melhoria” não confere garantia de emprego, pois não se destina a proporcionar estabilidade provisória ao empregado. Afirma que não há suporte fático que determine o pagamento de indenização por tempo de duração determinado. Invoca o disposto no art. 5º, II, da Constituição Federal. Colaciona jurisprudência. Enfatiza que a despedida foi imotivada, que é uma faculdade da qual dispõe o empregador, inserida em seu poder diretivo, não podendo ser obstada em face de uma norma interna meramente instrutiva. Entende que o pagamento de indenização configura, por via transversa, o reconhecimento da existência de garantia de emprego. Argumenta que a norma interna da empresa não condiciona as rescisões dos contratos de trabalho de seus empregados. Destaca que a norma denominada “Política de Orientação



ACÓRDÃO

0000121-04.2013.5.04.0271 RO

Fl. 14

para Melhoria” apenas estabelece diretrizes básicas a serem observadas antes de um empregado ser despedido sem justa causa. Pondera que não se trata de uma norma rígida, cuja inobservância implique a nulidade da despedida ou o pagamento de indenização compensatória, pois não há previsão nesse sentido em seu teor. Requer seja afastada a decisão que determinou a reintegração. Entende que a norma em comento, por visar à melhoria do empregado que apresenta alguma dificuldade, deve ser interpretada restritivamente, nos termos do art. 114 do Código Civil. Sustenta que a condenação não tem fundamentação jurídica ou legal, inexistindo no ordenamento jurídico qualquer previsão que a ampare. Pede o provimento do apelo, com a absolvição da condenação imposta.

Analiso.

No caso *sub judice*, a prova produzida evidencia que o contrato de trabalho mantido entre o autor e o demandado perdurou entre 31/01/2005 e 25/12/2012 (fl. 21).

No curso do contrato, a empresa instituiu o regulamento denominado "Política de Orientação para Melhoria", com vigência a partir de 16/08/2006, que prevê no seu item XI (fl. 44):

"Toda e qualquer demissão deverá estar baseada na completa aplicação do processo de Orientação para Melhoria. Além disso, caso o associado tenha mais de 5 anos de empresa ou faça parte da equipe Gerencial da unidade (Gerente de Departamento ou Diretor), a demissão só poderá ser feita mediante a aprovação da presidência." (Grifei)

A propósito da norma aplicável ao contrato de trabalho do autor, destaco



ACÓRDÃO

0000121-04.2013.5.04.0271 RO

Fl. 15

que o reclamado colaciona um instrumento aprovado em 29/06/2012 (fls. 187/194), que, em suas diretrizes gerais, prevê o seguinte: “*A aplicação da Política de Orientação para Melhoria não é obrigatória, sendo certo que a faculdade de sua aplicabilidade, será analisada caso a caso e de acordo com a liberalidade do Walmart Brasil*” (fl. 187).

Entretanto, tenho que, *in casu*, devem ser aplicadas as disposições contidas no regramento anterior, carreado aos autos pelo demandante, pois se trata de cláusula mais benéfica que, tendo sido instituída por liberalidade do reclamado, aderiu ao contrato de trabalho do empregado. Incide, na espécie, o disposto no item I da Súmula nº 51 do TST, assim redigido:

Súmula nº 51 do TST. NORMA REGULAMENTAR. VANTAGENS E OPÇÃO PELO NOVO REGULAMENTO. ART. 468 DA CLT. I - As cláusulas regulamentares, que revoguem ou alterem vantagens deferidas anteriormente, só atingirão os trabalhadores admitidos após a revogação ou alteração do regulamento.

Nesse contexto, é inequívoco que, no momento de sua despedida, o autor contava com mais de cinco anos na empresa e que deveria ter sido submetido ao procedimento previsto em regulamento interno do demandado. Contudo, o réu não comprovou tenha efetivamente concluído o processo a que estava obrigada por força de norma regulamentar, ônus que lhe incumbia (arts. 818 da CLT e 333, II, do Código de Processo Civil).

Como bem pontuou o Julgador *a quo*, “*os documentos das fls. 126/127 demonstram que houve inobservância dos procedimentos previstos na norma interna, pois apenas consta a 1ª fase da Orientação para Melhoria,*



ACÓRDÃO

0000121-04.2013.5.04.0271 RO

Fl. 16

em três datas distintas, as quais, inclusive, foram efetuadas mais de um ano antes da despedida do reclamante” (fl. 272). Com efeito, nos termos do regulamento aplicável ao contrato de trabalho do autor, ele deveria ter sido submetido a um procedimento em três fases distintas, em um interregno de seis meses cada, o que, a toda evidência, não foi realizado. Além disso, verifico que o procedimento teve sua última providência adotada em 09/11/2011 (fl. 127). Porém, o autor foi comunicado de sua dispensa em 05/11/2012 (fl. 116), após permanecer afastado em benefício previdenciário entre 01/12/2011 e 04/10/2012 (fl. 117), inexistindo qualquer prova de que tenha sido adotada alguma providência após o retorno do reclamante.

Diante disso, a respeito dos efeitos da não observância da "Política de Orientação para Melhoria" instituída pelo reclamado, destaco que se trata de matéria já apreciada por esta Turma Julgadora. No aspecto, merecem transcrição os fundamentos esposados pelo Exmo. Des. Ricardo Hofmeister de Almeida Martins Costa na análise de caso semelhante, os quais adoto como razões de decidir:

O regulamento em questão, mesmo instituído de forma unilateral pela reclamada, constitui negócio jurídico do qual defluem, por conta do princípio da boa fé objetiva e a proteção à legítima confiança, deveres de proteção, entre os quais o dever de não defraudar imotivadamente a confiança legitimamente despertada na contraparte.

Tendo em vista a dimensão social e econômica alcançada pelas relações obrigacionais, espera-se das partes cooperação e confiança na realização dos negócios jurídicos. Atuam, aí, os



ACÓRDÃO
0000121-04.2013.5.04.0271 RO

Fl. 17

princípios da proteção da boa-fé objetiva - criando deveres de cooperação, informação e lealdade - e, fundamentalmente, da confiança - vinculando as partes a não frustrar imotivadamente as expectativas legítimas criadas por sua conduta. Explica Jorge Cesa Ferreira da Silva, em seu A Boa-Fé e a Violação Positiva do Contrato. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 112:

"Considerados individualmente, pode-se dizer que os deveres de lealdade constringem as partes a não praticar atos (comissivos ou omissivos), anteriormente à conclusão do contrato, durante a vigência dele ou até após a sua extinção, que venham frustrar as legítimas expectativas encerradas no ajuste, ou dele legitimamente deduzidas".

Há, assim, instrumentalmente voltados para a proteção da legítima confiança, o nascimento de deveres de informação, de proteção, que devem ser observados pelos contratantes, sob pena de inadimplemento obrigacional na modalidade conhecida como violação positiva do contrato. É manifesta a inobservância pela reclamada das regras por ela própria instituídas quando da despedida do reclamante, o que configura inadimplemento obrigacional por violação ao dever de boa-fé, que os artigos 113 e 422 do Código Civil atribuem aos partícipes de qualquer relação contratual. A legítima expectativa do reclamante de ter a sua demissão submetida à aprovação da presidência da empregadora derivou da determinação estabelecida em regramento interno da reclamada que, nos termos do artigo 444 da CLT, adere ao contrato do trabalhador, constituindo cláusulas



ACÓRDÃO
0000121-04.2013.5.04.0271 RO

Fl. 18

que vincula a empregadora.

Pelo exposto, declaro a nulidade da rescisão contratual efetivada em 09.05.2012, sem a observância do regramento interno instituído pela reclamada, determinando a reintegração do reclamante ao emprego com o pagamento das parcelas salariais que vinham sendo pagas e demais vantagens do período de afastamento, incluindo depósitos do FGTS e reajustes salariais concedidos para os demais empregados, desde a data da despedida. (TRT da 04ª Região, 11a. Turma, 0000860-82.2012.5.04.0021 RO, em 24/10/2013, Desembargador Ricardo Hofmeister de Almeida Martins Costa - Relator. Participaram do julgamento: Desembargador João Ghisleni Filho, Desembargador Herbert Paulo Beck)

Sendo assim, no entendimento desta Turma Julgadora, o reclamante faria jus à reintegração ao emprego, assim como ao pagamento dos salários e demais vantagens do período de afastamento.

Entretanto, a pretensão inicial foi somente dos “salários de todo o período que deveria estar submetido à política citada” (fl. 15), ao passo que o Juízo *a quo* deferiu ao autor o pagamento de “indenização pela inobservância dos procedimentos previstos na norma interna denominada ‘Política de Orientação para Melhoria’, no valor de R\$ 4.272,90, correspondente ao salário-base para fins rescisórios”.

Em face disso, e considerando que não houve a interposição de recurso pelo demandante, impõe-se a manutenção do julgado de origem, no ponto, em observância ao princípio da *non reformatio in pejus*.



ACÓRDÃO
0000121-04.2013.5.04.0271 RO

Fl. 19

Nego provimento.

ADICIONAL DE TRANSFERÊNCIA

Investe o reclamado contra a condenação ao pagamento de “*adicional de transferência, correspondente a 25% do salário-base, com reflexos em férias acrescidas de 1/3 e 13º salário*”. Sustenta que o conjunto probatório não foi corretamente interpretado, pois não restaram comprovados os requisitos legais exigidos para recebimento da verba deferida. Aduz que o adicional em tela é devido apenas para transferências transitórias, o que não se aplica ao caso dos autos, pois não comprovada tal condição. Invoca o disposto na Súmula nº 333 do TST. Alega que o demandante passou a exercer cargo de confiança, o que também exclui o direito ao recebimento de adicional de transferência, nos termos do art. 469, §1º, da CLT. Colaciona jurisprudência. Pede a reforma da sentença, com a exclusão da condenação imposta.

Examino.

Na petição inicial, o autor noticia que foi transferido para as cidades de Osório/RS, Tubarão/SC e Tramandaí/RS, sem jamais ter recebido o adicional de transferência. Diz que houve desrespeito à normal legal, pois o adicional é devido a todo o empregado que passa a prestar serviços em local diverso daquele em que foi contratado, desde que tenha ocorrido a mudança de domicílio, o que se verificou em seu caso (fls. 05/06).

O reclamado, na defesa, assevera que as transferências havidas durante o contrato de trabalho tiveram caráter definitivo. Aduz que o demandante exercia cargo de confiança, o que obstaría o direito ao recebimento do adicional em questão (fls. 72/74).



ACÓRDÃO

0000121-04.2013.5.04.0271 RO

Fl. 20

A teor do disposto no art. 469, §3º, da CLT, “*Em caso de necessidade de serviço o empregador poderá transferir o empregado para localidade diversa da que resultar do contrato, não obstante as restrições do artigo anterior, mas, nesse caso, ficará obrigado a um pagamento suplementar, nunca inferior a 25% (vinte e cinco por cento) dos salários que o empregado percebia naquela localidade, enquanto durar essa situação*”.

O adicional em epígrafe é devido na hipótese em que o trabalhador é transferido para localidade diversa daquela resultante do contrato de trabalho em caráter temporário, assim entendida a transferência que envolve situação precária, sem desvinculação do trabalhador do local de trabalho de origem, com o objetivo de atender necessidade de serviço transitória ou circunstancial.

No caso *sub judice*, durante o período não abrangido pela prescrição, o demandante teve a seguinte evolução funcional, consoante a ficha de registro do empregado (fl. 117):

303 NACIONAL 021 POA LINDOIA

TRAINEE GERENTE

01/10/2008

528 NACIONAL 130 OSÓRIO BR 101

GERENTE LOJA

01/03/2009

148 NACIONAL 267 TUBARÃO

GERENTE LOJA



ACÓRDÃO
0000121-04.2013.5.04.0271 RO

Fl. 21

01/06/2010

17 NACIONAL 017 TRAMANDAÍ

GERENTE LOJA

01/07/2011

Em primeiro lugar, a propósito das razões recursais do reclamado, destaco que, nos termos da Orientação Jurisprudencial nº 113, primeira parte, da SDI-I, do TST, “*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*”. Em realidade, de acordo com o disposto na parte final do citado verbete jurisprudencial, “*O pressuposto legal apto a legitimar a percepção do mencionado adicional é a transferência provisória*” (grifei).

No que diz respeito à provisoriedade das transferências havidas, tenho que o caráter definitivo das movimentações não resta demonstrado nos autos, ônus que competia ao empregador, nos moldes do art. 818 da CLT e 333, II, do Código de Processo Civil. Com efeito, veja-se que a própria tese recursal do demandado baseia-se na suposta não comprovação da transitoriedade das transferências. Ocorre que ela é quem deveria ter comprovado o ânimo definitivo das movimentações a que o trabalhador foi submetido durante a contratualidade, encargo do qual não se desfez.

Além disso, de se notar que o demandante foi transferido três vezes nos últimos quatro anos do contrato de trabalho, o que, por se tratar de circunstância nitidamente excepcional, exigiria a produção, pelo reclamado, de prova inequívoca de que essas movimentações, ocorridas em um curto espaço de tempo, deram-se em virtude do interesse do trabalhador, do que



ACÓRDÃO

0000121-04.2013.5.04.0271 RO

FI. 22

não se cogita, até porque nada foi alegado nesse sentido pela recorrente.

Por conseguinte, ainda que por fundamentos diversos, tenho que merece ser mantida a sentença que defere ao autor o pagamento do adicional de transferência pleiteado.

Isso posto, vencidos os termos do recurso do reclamado, nego provimento.

FGTS

Mantida a condenação, é devida a incidência de FGTS sobre as parcelas de natureza salarial deferidas, nos termos do art. 15 da Lei nº 8.036/90, tal como definido pelo Juízo *a quo* (fl. 274-v).

Nada a prover.

PREQUESTIONAMENTO

Consideram-se prequestionados todos os dispositivos legais invocados, bem como a matéria trazida a julgamento, consoante a Orientação Jurisprudencial nº 118 da SDI-I do TST, *verbis*: "*Prequestionamento. Tese explícita. Inteligência da Súmula nº 297. Havendo tese explícita sobre a matéria, na decisão recorrida, desnecessário contenha nela referência expressa do dispositivo legal para ter-se como prequestionado este*".

PARTICIPARAM DO JULGAMENTO:

DESEMBARGADOR HERBERT PAULO BECK (RELATOR)

DESEMBARGADORA FLÁVIA LORENA PACHECO

DESEMBARGADOR RICARDO HOFMEISTER DE ALMEIDA MARTINS



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 4ª REGIÃO

ACÓRDÃO
0000121-04.2013.5.04.0271 RO

Fl. 23

COSTA