



TRT-10 RO 0001131-39.2015.5.10.0015 - ACÓRDÃO

RECURSO ORDINÁRIO 0001131-39.2015.5.10.0015

RELATOR: DESEMBARGADOR ALEXANDRE NERY DE OLIVEIRA

REVISOR: DESEMBARGADOR JOÃO AMILCAR

RECORRENTE: MÁRCIO PEREIRA DA SILVA

Advogado: Moacir Pereira Calderon

RECORRIDA: CEB DISTRIBUIÇÃO S.A

Advogado: Murilo Bouzada de Barros

ORIGEM: 15ª VARA DO TRABALHO DE BRASÍLIA/DF

Prolatora: Juíza Audrey Choucair Vaz

CLASSE: RECLAMAÇÃO TRABALHISTA – RITO ORDINÁRIO

EMENTA:

GRATIFICAÇÃO DE FUNÇÃO EXERCIDA POR MAIS DE DEZ ANOS: SÚ-

MULA 372/TST: NOVO CONCURSO: CONTRATO ÚNICO: PROMOÇÃO VERTICAL: AUSÊNCIA DE SOLUÇÃO DE CONTINUIDADE: INCORPORAÇÃO À REMUNERAÇÃO (ressalvas do Relator).

Recurso do Reclamante conhecido e provido.

RELATÓRIO

Contra a r. sentença proferida pela Exma. Sra. Juíza Audrey Choucair Vaz, da MM. 15ª Vara do Trabalho de Brasília - DF, que decidiu julgar improcedentes os pedidos formulados na peça inicial (fls. 178/180), complementada por embargos declaratórios (fls. 187/187-v), recorreu o Reclamante

(fls. 190/200), suscitando, preliminarmente, julgamento ultra petita para, no mérito, requerer a incorporação da função exercida por mais de dez anos.

Contrarrazões ofertadas pela Reclamada (fls. 203/204).

Dispensado o parecer ministerial, nos termos regimentais.

Em diligência, determinei fosse contatada a 8ª Vara do Trabalho de Brasília/DF para que fosse colacionada aos autos a inicial do processo RO 0000543-58.2012.5.10.0008 visando identificar os pedidos formulados.

É o relatório.

V O T O

(1) ADMISSIBILIDADE

O recurso ordinário interposto é tempestivo e regular: **conheço**.

As contrarrazões ofertadas são tempestivas e regulares: **conheço**.

(2) PRELIMINAR

- julgamento extra petita:

Suscita o Reclamante julgamento extra petita, sob o argumento de que o fundamento utilizado pelo Juízo monocrático (realização de outro concurso público) não estaria nos limites da lide.

Sem razão.

O Juízo não está vinculado aos argumentos das partes, podendo decidir conforme sua convicção, desde que motivada (arts. 93, inciso IX, da Constituição Federal e 371/CPC 2015).

Rejeito.

(3) MÉRITO:

- Gratificação de função exercida por mais de dez anos: súmula 372/TST:

Requeru o Reclamante na inicial o pagamento de gratificação de função exercida 10 anos.

A Reclamada afirmou em defesa que o Reclamante exerceu diversas funções gratificadas, mas nenhuma por período igual ou superior a 10 anos.

Em Réplica o Reclamante afirmou que houve alteração da nomenclatura das funções, mas não de sua natureza, motivo pelo qual não caberia a supressão da referida gratificação.

O Juízo de piso indeferiu o pedido obreiro nos seguintes termos:

“A – INCORPORAÇÃO DE GRATIFICAÇÃO DE FUNÇÃO

1- O autor ingressou com a presente ação trabalhista, alegando que presta serviços à reclamada desde 16/09/1998. Afirmou que foi admitido após aprovação em prévio concurso público, assumindo o cargo de agente operacional. Alegou que o cargo exercido era de nível médio,

sendo que em 2009 ele submeteu-se a concurso público para o cargo de engenheiro, tomando posse e entrando em exercício no cargo em 2010. **Aduziu que ao tomar posse no cargo de engenheiro a ré suprimiu a gratificação de função que ele recebia desde o ano de 2000, ocasionando perda salarial.** Afirmou que outros empregados tiveram êxito no pedido, por força de decisão judicial, e que a ré deveria estender o mesmo tratamento ao autor, sob pena de violação ao princípio da isonomia. **Requeru a incorporação da gratificação de função, com pagamento de parcelas vencidas e vincendas.**

A reclamada afirmou que o autor recebeu a função gratificada de março de 2000 a novembro de 2007, e que de dezembro de 2007 a novembro de 2010 recebeu adicional de atividade especial, que não é função de confiança. Asseverou que o adicional de atividade especial é devido apenas aos empregados que eram lotados na superintendência de manutenção do sistema – SMS e superintendência de operação do sistema elétrico – SOE.

3 - Pelos documentos constantes dos autos (fl. 14), verifica-se que o reclamante ingressou na ré em 16/03/1998, como agente operacional, cargo de nível médio, no qual permaneceu até 17/12/2010, quando foi encerrado o seu contrato de trabalho, com devida anotação na CTPS. Três dias depois

(20/12/2010) depois ele iniciou em novo contrato com a ré, em cargo de nível superior, como engenheiro electricista, contrato esse devidamente assinado. A ré não contesta que os dois contratos foram precedidos de prévia aprovação em concurso público de provas e títulos.

Conforme os contracheques também constantes dos autos (fls. 15 e seguintes), o autor recebia desde outubro de 2010 uma parcela chamada de “função gratificada”. Essa parcela foi paga até novembro de 2007 (fl. 92). Em seguida o autor passou a receber uma gratificação de atividades especiais – GAT, posteriormente denominada de adicional de atividades especiais, excetuando apenas o mês de janeiro de 2008, em que não houve o pagamento.

Em maio de 2010 o reclamante foi designado para assumir a **função de controlador de operação do sistema elétrico integrado de distribuição** (fl. 136).

À fl. 160 consta ata de reunião extraordinária do conselho de administração da empresa, data de 01/07/2010, pela qual as gratificações atividade especial foram substituídas por adicional de atividades especiais. As funções que receberiam o adicional constam à fl. 160 e são todas elas funções de confiança ou de chefia (coordenação, encarregado, etc).

É incontroverso que o reclamante, ao tomar posse como engenheiro, cargo

de nível superior, teve a gratificação de função suprimida.

Esse é o quadro fático-probatório constante dos autos.

4 - É cediço que as empresas públicas bem como as sociedades de economia mistas compõem a administração pública indireta, tendo personalidade jurídica de direito privado. Nesse diapasão, a Constituição Federal, em seu artigo 183, II, dispôs que tais empresas se sujeitam ao regime privado, inclusive quanto aos direitos e obrigações trabalhistas. Daí porque a aplicação do regime celetista à parte reclamante é inquestionável, e à luz de tal regime é que deve ser aplicado o princípio da legalidade.

Explica a jusadministrativista Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

“Quanto à natureza jurídica das empresas públicas e sociedades de economia mista, as controvérsias doutrinárias se pacificaram consideravelmente a partir de 1967; de um lado, porque a Constituição, no artigo 183, parágrafo 2o, determinava a sua submissão ao direito privado; de outro lado, tendo em vista o conceito contido no artigo 5, II e III, do Decreto-lei n. 200. A isso tudo acrescenta-se outra razão de ordem técnico-funcional, ligada à própria origem desse tipo de entidade; ela foi idealizada, dentre outras razões, principalmente por fornecer ao poder público instrumento adequado para o desempenho de atividades de natureza comercial e industrial; foi precisamente a forma de funciona-

mento e organização das empresas privadas que atraiu o poder público. Daí a sua personalidade jurídica de direito privado. Embora elas tenham personalidade dessa natureza, o regime jurídico é híbrido, porque o direito privado é parcialmente derogado pelo direito público. Mas, falando-se em personalidade de direito privado, tem-se a vantagem de destacar o fato de que ficam espancadas quaisquer dúvidas quanto ao direito a elas aplicável: será sempre o direito privado, a não ser que se esteja na presença de norma expressa de direito público” (Direito Administrativo. 20a ed. São Paulo: Atlas, 2007. pp. 418-418). Grifei.

A CLT consagra o princípio da inalterabilidade contratual lesiva em seu artigo 468. No mesmo artigo, contudo, ressalva exceção à regra, dispondo no parágrafo primeiro que é alteração lesiva, mas permitida, a reversão do empregado exercente de cargo de confiança ao cargo anterior. A despeito da previsão celetista, não olvidou o Judiciário trabalhista, bem como a doutrina, que a exceção do artigo celetista deveria ser analisada à luz de um dos princípios fundantes do direito do trabalho, o já citado princípio da inalterabilidade contratual lesiva, bem como dos princípios da segurança jurídica, previsto na CF, art. 5o, caput, e da irredutibilidade salarial (art. 7o, VI, CPC). Da mesma forma, a regra celetista deveria ser analisada à luz dos meta princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Nesse sentido, **construiu-se o entendimento de que o empregado, passados vários anos com o recebimento da gratificação e sendo extremamente comum que seu emprego seja sua única fonte de renda, não poderia ver-se abruptamente tolhido da gratificação recebida.** Tal ação empresarial, inicialmente inserta no jus variandi, geraria ao empregado a eterna impossibilidade de comprometer-se financeiramente em relação ao valor da gratificação, ainda que a curto prazo. Violados, a uma só vez, os princípios da inalterabilidade contratual lesiva e segurança jurídica. Configurada, na mesma esteira, redução salarial ilícita à luz do artigo 7, VI, CF.

Ademais, não parece razoável que o empregador, servindo-se da força de trabalho dos empregados em cargo de confiança por mais de 10 (dez) anos, possa simplesmente, por ato unilateral e imotivado, retirar parte significativa da remuneração de tais empregados. Tal ato constituiria arbitrariedade, além de extremo apego à liberdade empresarial, em detrimento excessivo da dignidade e segurança do trabalhador. Daí a necessidade de aplicação dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

5 – Em que pese a reclamada alegar que a parcela GAT ou sua sucessora, o adicional de atividade especial, não constituem gratificação de função, não é o que exsurge da prova documental que ela pró-

pria apresentou. Ela não apresentou todo o histórico e normativo dessa parcela, mas pelo que foi apresentado, ela era paga aos exercentes de função de coordenação e/ou chefia, ou seja, uma gratificação de função.

6 – Feitas todas essas observações, a tendência deste Juízo seria deferir ao autor a incorporação da gratificação de função, já que houve a percepção da gratificação por um pouco mais de 10 (dez) anos, com mínima interrupção (um mês).

O caso concreto, contudo, contém uma peculiaridade que constitui óbice ao acolhimento da pretensão.

Com efeito, e conforme demonstrado acima, o autor teve a supressão da gratificação de função quando tomou posse em novo cargo na ré. Antes ele ocupava um cargo de nível médio, submeteu-se a concurso público de provas e títulos, foi aprovado, e tomou posse em novo cargo, de nível superior. Houve entre os dois contratos 3 (três) dias de intervalo. Houve anotação de término do contrato, com assinatura de novo pacto laboral na CTPS.

Não é possível reconhecer a existência de um contrato uno, já que o autor não poderia ascender do cargo de nível médio ao cargo de nível superior sem que fosse aprovado em concurso público (art. 37, II, CF). Daí porque houve corretamente a assinatura de um novo

pacto laboral na CTPS, contra a qual não se insurgiu o reclamante.

A partir da nova posse, já no cargo de engenheiro, o autor passou a ter um novo regime salarial, e não poderia trazer consigo o regime salarial anterior.

Nem se pode afirmar que houve prejuízo salarial ao reclamante, ou mesmo inobservância dos princípios da irredutibilidade salarial ou da segurança jurídica. **Se a finalidade da súmula 372 do TST é impedir que o trabalhador tenha uma redução no seu padrão salarial, essa redução, diante da especificidade do caso concreto, não ocorreu.** O contracheque de novembro de 2010 indica que o autor recebia salário básico de R\$2576,64 e uma gratificação de função de R\$1686,90. Não constam dos autos as fichas financeiras, mas a anotação da CTPS, em dezembro de 2010, indica que o salário básico (R\$4937,17) já era superior à soma do salário básico anterior com a gratificação de função.

Por outro vértice, ainda que outros empregados da ré tenham obtido a incorporação da gratificação de função, por força de decisão judicial, não é possível invocar o princípio da isonomia para aplicação ao autor do mesmo entendimento. Não há isonomia quando as partes envolvidas estão em situação fática diversa. O autor teve a peculiaridade de passar por dois contratos de trabalho, intermediados por concurso público. Não

há registro que os demais colegas tenham passado por situação semelhante.

Por conseguinte, indefiro o pedido.”

Sustenta o Reclamante em seu recurso ordinário que houve redução salarial, já que a gratificação recebida por mais de 10 anos integrava o salário. No mais, diz que não houve solução de continuidade no seu contrato com a Reclamada restando caracterizada a promoção vertical operada por concurso público.

Com razão.

Inicialmente, analisando os termos da sentença proferida no processo RO 0543-58.2012.5.10.0008, transitada em julgado em 30/8/2012, colacionada ao recurso ordinário ora interposto e sequer impugnada pela Reclamada em contrarrazões, percebe-se que a demissão do Reclamante em virtude da posse em novo cargo da Reclamada foi declarada nula. Assim, o contrato do Reclamante não foi rescindido com a aprovação em novo concurso público, tendo sido reconhecida a promoção vertical, vejamos:

“8ª Vara do Trabalho de Brasília-DF

PROCESSO: 0543-58.2012.5.10.0008
RECLAMANTE: MÁRCIO PEREIRA DA SILVA

RECLAMADA: CEB DISTRIBUIÇÃO S/A e FACEB FUNDAÇÃO DE PREVIDÊNCIA DOS EMPREGADOS DA CEB

SENTENÇA

Em 22 de agosto de 2012, na sala de sessões da MM. **8ª VARA DO TRABALHO DE BRASÍLIA/DF, sob a direção do Exmo. Juiz URGEL RIBEIRO PEREIRA LOPES**, realizou-se audiência relativa ao processo identificado em epígrafe.

Às 17:00 horas, aberta a audiência, foram de ordem do Exmo. Juiz do Trabalho, apregoadas as partes.

Presentes aquelas que assinam ao final desta ata.

Vistos, etc.

Trata-se de reclamatória trabalhista entre as partes em destaque acima, inicial de fls. 02/51, postulando a decretação da nulidade do pedido de demissão, reintegração de todos os benefícios, diferenças salariais, danos morais, e justiça gratuita. Deu à causa o valor de R\$ 101.889,67.

Procuração e documentos, fls. 52/511.

Audiência inicial, fl. 518. Instrução encerrada.

Contestação da Ceb, fls. 519/522.

Petição da Faceb, fls. 548/549.

Réplica, fls. 556/562.

Frustradas as propostas conciliatórias.

Vieram os autos conclusos para julgamento.

É o relatório.

II – FUNDAMENTAÇÃO

O reclamante requer a decretação da revelia da Ceb, ao argumento de que a procuração que acompanha

a defesa, fl. 523, está apócrifa.

Sem razão.

A aposição de assinatura no instrumento de mandato, dando poderes de representação ao advogado regularmente habilitado pela parte, é indispensável para sua admissibilidade. O desatendimento de tal providência implica, necessariamente, ato juridicamente inexistente, sem qualquer validade jurídica, a teor do que dispõe o art. 37, parágrafo único, do CPC, o que obsta o conhecimento do recurso ordinário, ante a ausência de pressuposto extrínseco do apelo. Todavia, uma vez constatado nos autos que a reclamada compareceu à audiência inaugural acompanhada de seu patrono, deve-se reconhecer o mandato tácito que supre a procuração apócrifa e afasta a irregularidade, de acordo com o entendimento contido na Súmula nº 164 do c. TST.

Declara-se a ilegitimidade passiva da Faceb. A leitura da longa petição inicial não justifica fato ou fundamento jurídico para sua inclusão no polo passivo.

Aliás, a fl. 05 dos autos, e também a fl. 46, fica claro que a parte autora pretende que a Faceb atue como assistente. Ora, tal condição depende de interesse que apenas a Faceb podia arguir, não o autor em nome de terceiro. Portanto, extinta a reclamatória quanto a Faceb, art. 267, VIII, do CPC.

Aduz o autor que foi aprovado em concurso público em 25.11.1997 e tomou posse em 16.03.1998 para

ocupar emprego público no cargo de agente operacional. Ao longo desse contrato diz que acumulou diversos benefícios, tais como anuênios, quinquênios, auxílio escola, adicional por tempo de serviço, função gratificada Faceb, ajustes de ACT. **Alega que juntamente com o empregado João Batista, formou-se em engenharia elétrica, obtendo em seguida aprovação em concurso público 01/2009 para o cargo de engenheiro.**

No processo de admissão dos recém-admitidos em cargo superior, obteve informação junto a chefia da reclamada que “o pedido de demissão era pré-requisito imposto a todos os candidatos que ocupavam cargo anterior junto à reclamada”. Restando apenas 10 dias para que assumisse o cargo assinou “inconformado o citado pedido de demissão” (cuja nulidade agora persegue), sendo então admitido no novo cargo em 20.12.2010 e homologada a rescisão em 27.12.2010 pelo Stiu/DF.

Razão assiste ao autor em sua pretensão.

Em primeiro lugar, a própria ressalva lançada no TRCT, que reporta necessário o pedido de demissão para o provimento no novo cargo de engenheiro já sinalizava a conturbada desinformação da reclamada e exigências para o novo provimento.

Em segundo lugar, tem-se que o pedido de demissão é inválido, vez que inobservou formalidade legal. A norma do art. 477, §1º, da CLT estatui a exigência de assistência sindical ou homologação administrativa para o pedido de demissão de empregado com mais de um ano de serviço e situa **essa exigência no plano da validade e não apenas da eficácia do ato jurídico.** Cuida-se de zelar pelo princípio da continuidade do vínculo, garantido que o trabalhador seja bem esclarecido sobre as consequências de sua atitude. A homologação foi feita tardiamente, sem a presença do empregado.

Em terceiro lugar, tem-se que a reclamada editou a **Resolução da Diretoria 180 de 27.07.2011**, que disciplinando a promoção vertical, após publicada a contratação do autor, reconheceu o direito aos benefícios adquiridos com o tempo de serviço. Se o Administrador anteriormente, dentro das regras para o mesmo certame, não reconheceu ao reclamante direito que posteriormente estendeu ao restante dos concursados, incorreu em frontal violação aos princípios da legalidade e isonomia.

Assim, declaro a nulidade do pedido de demissão, determinando-se “reintegração dos benefícios adquiridos pelo autor desde sua admissão em 1998”, julgando procedente os pedidos os itens “e”, “g” e “h”, do rol pedidos, fl. 48 dos autos, pagando-se ainda, porque genericamente contestada, as diferenças salariais relaciona-

das no item 176 da exordial, fl. 49 dos autos. (...)

III – DISPOSITIVO

ISTO POSTO, nos termos da fundamentação, julgo:

EXTINTA, a reclamatória contra a FACEB por ilegitimidade passiva, art. 267, VI, do CPC.

PROCEDENTE, EM PARTE, os pedidos da reclamatória, para condenar a CEB a incorporar as vantagens do autor no cargo anterior ao cargo atual, e pagar diferenças na forma da fundamentação acima que integra este Decisum.

Custas pela reclamada no valor de R\$ 1.200,00, calculadas sobre R\$ 60.000,00.

Cientes as partes.

Encerrada às 17:01 horas.

URGEL RIBEIRO PEREIRA LOPES

Juiz Titular da 8ª Vara do Trabalho de Brasília/DF”

Ademais, nesse julgado, os pedidos julgados procedentes - itens “e”, “g” e “h” - **fl. 48 (atual fl. 233)** dos autos e diferenças salariais relacionadas no item 176 da exordial, **fl. 49 (atual 233-v)** dos autos - não englobam a gratificação de função exercida por mais de dez anos requerida nessa ação, conforme se contata da inicial ora colacionada aos autos, conforme relatado.

Nesse sentido, a parte final da sentença proferida pelo Juízo de origem perde

a sustentação lógica ao momento em que consigna que:

“O caso concreto, contudo, contém uma peculiaridade que constitui óbice ao acolhimento da pretensão.

Com efeito, e conforme demonstrado acima, o autor teve a supressão da gratificação de função quando tomou posse em novo cargo na ré. Antes ele ocupava um cargo de nível médio, submeteu-se a concurso público de provas e títulos, foi aprovado, e tomou posse em novo cargo, de nível superior. Houve entre os dois contratos 3 (três) dias de intervalo. **Houve anotação de término do contrato, com assinatura de novo pacto laboral na CTPS.**

Não é possível reconhecer a existência de um contrato uno, já que o autor não poderia ascender do cargo de nível médio ao cargo de nível superior sem que fosse aprovado em concurso público (art. 37, II, CF). **Daí porque houve corretamente a assinatura de um novo pacto laboral na CTPS**, contra a qual não se insurgiu o reclamante.”

Assim, há que se manter o entendimento consubstanciado na parte inicial da sentença no sentido de que:

“5 – Em que pese a reclamada alegar que a parcela GAT ou sua sucessora, o adicional de atividade especial, não constituem gratificação de função, não é o que exsurge da prova documental que ela própria apresentou. Ela não apresentou

todo o histórico e normativo dessa parcela, mas pelo que foi apresentado, ela era paga aos exercentes de função de coordenação e/ou chefia, ou seja, uma gratificação de função.

6 – Feitas todas essas observações, a **tendência deste Juízo seria deferir ao autor a incorporação da gratificação de função, já que houve a percepção da gratificação por um pouco mais de 10 (dez) anos, com mínima interrupção (um mês).**”

Assim, não havendo solução de continuidade no contrato e verdadeira promoção vertical em virtude de concurso público, emerge líquido e certo o direito obreiro à incorporação da gratificação de função exercida por 10 anos.

Assim, conquanto tenha entendimento diverso, curvo-me à jurisprudência desta Corte e, considerando que no caso é incontroverso que o Acionante exerceu funções gratificadas por mais de 10 (dez) anos, **dou provimento** ao recurso do Reclamante para determinar a incorporação ao seu salário da função gratificada antes recebida, desde a posse no novo cargo, respeitada a prescrição quinquenal, com reflexos sobre as demais parcelas de natureza salarial.

(4) CONCLUSÃO:

Concluindo, conheço o recurso ordinário interposto pelo Reclamante e, no mérito, dou-lhe provimento, para determinar a incorporação ao seu salário da função gratificada antes recebida, desde a posse no novo cargo, respeitada a prescrição quinquenal, com reflexos sobre as demais parcelas de

natureza salarial, com ressalvas de entendimento, nos termos da fundamentação.

Em consequência, inverte o ônus de sucumbência para arbitrar à condenação o valor de R\$ 20.000,00, com custas pela Reclamada de R\$ 400,00.

É o voto.

ACÓRDÃO

Por tais fundamentos, **ACORDAM** os integrantes da Egrégia Segunda Turma do Tribunal Regional do Trabalho da Décima Região, conforme certidão de julgamento: aprovar o relatório, conhecer o recurso ordinário interposto pelo Reclamante e, no mérito, dar-lhe provimento, invertendo o ônus da sucumbência para arbitrar à condenação o valor de R\$ 20.000,00, com custas pela Reclamada de R\$ 400,00, nos termos do voto do Relator. Ementa aprovada.

Brasília (DF) 2 de março de 2017
(data de julgamento)

ALEXANDRE NERY DE OLIVEIRA
Desembargador Relator

31 de março de 2017
(data de publicação)