

Ordem que infringe contrato não precisa ser obedecida

Empregado que se recusa a cumprir determinação que infringe as condições do seu contrato de trabalho, não pode ser punido. Com esse entendimento, a 9ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região configurou demissão sem justa causa de trabalhador acusado de desobediência pela empresa Folha da Manhã S.A.

Por unanimidade, a 9ª Turma condenou a empresa a pagar ao telefonista todas as verbas trabalhistas devidas pela demissão sem justa causa, somadas em R\$ 50 mil.

De acordo com o juiz relator do caso, Luiz Edgar Ferraz de Oliveira, “a transferência de local ou de setor é lícita — pois faz parte do jus variandi — mas o empregador deve comunicar ao empregado de modo formal a alteração que pretende introduzir. Se não o fizer, o empregado não está obrigado a ir a outro local ou a outro setor de trabalho, sobretudo se se tratar de ordem de pessoa estranha ao seu relacionamento habitual”.

Caso concreto

O ex-empregado, que trabalhava como telefonista, ingressou com ação na 78ª Vara do Trabalho de São Paulo, questionando sua demissão por justa causa. De acordo com o processo, o reclamante ficou afastado muitos anos exercendo funções de dirigente sindical. As informações são do TRT-SP.

Em 1997, o reclamante negociou com a empresa jornalística o retorno ao trabalho, desde que aceitasse retomar seu cargo e funções normais. O jornal, então, convocou o empregado a reiniciar suas atividades laborais, no horário contratual, das 23h às 5h15, sob pena de abandono de emprego.

No dia e horário marcados, o telefonista dirigiu-se ao Centro Telefônico, local onde, anteriormente, dava expediente. Como o setor fechou à meia-noite, o trabalhador foi informado pela segurança de que, a partir daquele horário, seu novo local de trabalho seria a portaria do prédio. O reclamante não aceitou a ordem, alegando que suas funções sempre foram exercidas no setor de telefonia.

A empresa entendeu que o telefonista havia praticado ato de insubordinação, demitindo-o por justa causa. Inconformado com a sentença da 78ª Vara do Trabalho, que manteve a justa causa, o trabalhador recorreu à segunda instância. De acordo com o relator do Recurso Ordinário no tribunal, “a alteração unilateral das condições pode representar um ilícito do empregador”.

Para o relator, “a recusa do empregado em tais casos não constitui necessariamente justa causa, salvo se estava a par da nova situação ou da necessidade de sua transferência de um local para outro”.

“O serviço de telefonia é regido por normas especiais e os porteiros e guardas não têm obrigação de exercer tais funções, nem os telefonistas têm obrigação de trabalhar em portarias, se a empresa possui um setor específico para a telefonia”, observou o relator.

RO 02010.1997.078.02.00-2

Leia a íntegra do voto do relator

9ª TURMA

PROCESSO N° 02010.1997.078.02.00-2

RECORRENTES: 1. GUALTER FERREIRA DANTAS

2. EMPRESA FOLHA DA MANHÃ S/A

ORIGEM: 78ª Vara de São Paulo

Insubordinação. CLT, art. 482, h. Não se caracteriza quando a ordem vem de pessoa estranha ao relacionamento jurídico entre empregado e empregador. Para que haja insubordinação é necessário que o empregado receba ordens diretas da pessoa a quem se subordina, ou de alguém acima na hierarquia da empresa, ordens essas que não podem ser manifestamente ilegais, nem podem infringir as condições originais do contrato. A alteração unilateral das condições pode representar um ilícito do empregador.

A recusa do empregado em tais casos não constitui necessariamente justa causa, salvo se estava a par da nova situação ou da necessidade de sua transferência de um local para outro. A transferência de local ou de setor é lícita – pois faz parte do jus variandi – mas o empregador deve comunicar ao empregado de modo formal a alteração que pretende introduzir. Se não o fizer, o empregado não está obrigado a ir a outro local ou a outro setor de trabalho, sobretudo se se tratar de ordem de pessoa estranha ao seu relacionamento habitual.

RELATÓRIO

RECURSO ORDINÁRIO de ambas as partes (fls. 428 e 439). O reclamante pede reforma da decisão a fim de que lhe sejam reconhecidas as verbas decorrentes da dispensa injusta, apontando violação ao art. 493 da CLT; nega a ocorrência dos fatos que justificaram a rescisão do contrato sem direito às indenizações postuladas no processo e renovadas no recurso. A reclamada pede, inicialmente, a nulidade da decisão que rejeitou seus embargos de declaração, alegando falta de prestação jurisdicional, com ofensa ao art. 93, IX, da CF, no que diz respeito aos depósitos do FGTS; também pede reforma quanto aos reflexos do saldo salarial em férias, 13º salário e FGTS, sob o seu entender “indevidos neste tipo de rescisão”; por fim, pede reforma quanto à condenação em FGTS, pois comprovou os recolhimentos. Contra-razões (fls. 448 e 457) e Parecer do Ministério Público (fls. 464).

VOTO

RECURSO DA RECLAMADA (fls. 439)

1. Em ordem (fls. 9, 91, 427), conheço. Examina-se em primeiro lugar este recurso por conter preliminar de nulidade da sentença.

1.1. Preliminar de nulidade. Rejeita-se, pois o erro de julgamento, quando diz respeito ao mérito, pode ser suprido pelo Tribunal sem necessidade de anulação, conforme art. 796 da CLT.

1.2. Dos reflexos do saldo de salário. A juíza, embora reconhecendo a prática de falta grave pelo reclamante, condenou a recorrente a pagar “o saldo de salário de julho de 1997 até a data da dispensa do autor, com reflexos nos 13º salários, férias, acrescidas do terço constitucional, depósitos do FGTS”. Sustenta a recorrente que essas verbas (13º salário, férias e FGTS) são “indevidas neste tipo de rescisão”. Um esclarecimento precisa ser feito no caso sub judice. Este processo se iniciou como inquérito, cujo procedimento, por óbvio, é distinto da reclamação comum, como se vê do recolhimento antecipado das custas (fls. 11) e da carta de suspensão do reclamante datada de 8/7/97 (fls. 22). De acordo com o art. 494 da CLT, uma vez suspenso o empregado para a apuração da falta grave, “sua despedida só se tornará efetiva após o inquérito em que se verifique a procedência da acusação”. Dispõe o § único do artigo que a suspensão do contrato, ou do empregado, “perdurará até a decisão final do processo”. Por fim, dispõe o art. 495 da CLT que, reconhecida a inexistência da falta grave objeto do inquérito, “fica o empregador obrigado a readmiti-lo no serviço e a pagar-lhe os salários a que teria direito no período da suspensão”. Este seria o procedimento normal do inquérito.

1.3. Continuação do item anterior. Ocorre que a recorrente desistiu do inquérito às fls. 101/102 e ao reclamante, na ocasião requerido, foi dado prazo para manifestar-se, conforme ata de fls. 188. Em princípio, cabia ao juiz extinguir o feito, por não mais presentes as condições dos arts. 493, 494 e 495 da CLT. Mas o reclamante, na ocasião requerido, apresentou às fls. 56/63 reconvenção (juridicamente desnecessária, face à letra expressa dos artigos acima mencionados), objetivando reintegração, bem como pagamento de salários, 13º salários, férias vencidas, FGTS, multa por litigância de má-fé e multa do art. 729 da CLT, para o caso de não ser obedecida a reintegração. Com a desistência do inquérito, e chamado a falar sobre o assunto, sublinhou o reclamante no item 5 de sua petição que “abre mão de sua estabilidade e, de consequência, concorda que a MM. aprecie e julgue a presente controvérsia, como se o empregado requerido fosse tão somente um trabalhador comum e não um dirigente sindical. Consequentemente, ...se a falta grave imputada ao demandado não for reconhecida pela MM. Junta, a empresa requerente deverá, então, ser condenada no pagamento das chamadas verbas indenizatórias” (fls. 192). A reclamada, na ocasião requerente, concordou “com a alteração do objeto da ação” (fls. 198/199) e o reclamante, assumindo esta posição, aditou sua reconvenção (fls. 209/220) formulando o pedido de pagamento das verbas indenizatórias, ficando transformada a reconvenção numa reclamação comum.

1.4. Continuação do item anterior. Até o momento da conversão do procedimento não foi noticiada a efetiva rescisão do contrato, valendo lembrar que o contrato ficou suspenso durante o curso do inquérito até a data em que a reconvenção foi convertida em reclamação. A reclamada manifestou-se quanto ao aditamento impugnando o pedido, sob o fundamento de que o reclamante, ao ser convocado para retornar ao serviço em 6/7/97, após um longo período afastado como dirigente sindical, recusou-se a trabalhar na portaria do prédio da Alameda Barão de Limeira, argumentando que o seu local de trabalho não era ali e em seguida foi embora, deixando caracterizadas duas infrações trabalhistas, quais sejam,

insubordinação e indisciplina (fls. 238/242). Ouvidas as partes (ainda chamadas de “requerente” e “requerida”) e as respectivas testemunhas (fls. 314/317), a juíza considerou provada a justa causa e declarou rescindido o contrato por justa causa em 8/7/99, data esta não impugnada pela reclamada e aceita expressamente pelo reclamante, como pode ser visto no item 3 dos embargos de declaração (fls. 338). A anulação da sentença e o retorno dos autos à origem, por falta de prestação jurisdicional (acórdãos de fls. 382 e 396), não alteram a referida data, pois as partes a aceitaram. Na realidade o término da rescisão do contrato deveria coincidir com a data em que a reclamada desistiu do inquérito (14/7/99, cf. fls. 101), mas assim não foi decidido, por isso foi feita esta digressão para esclarecimento da matéria fática.

1.5. Dos reflexos do saldo de salário. Retornando à matéria objeto do recurso, não tem fundamento jurídico mandar pagar salários “com reflexos em 13º salário, férias e FGTS”. Isto só seria possível se a empresa estivesse sendo condenada a pagar diferenças de salário por algum motivo, caso em que essas diferenças necessariamente refletiriam no cálculo de 13º, férias e FGTS. Como a condenação abrange tão-somente salários, os “reflexos” determinados não têm amparo legal, pois necessariamente tais verbas devem ser pagas com base no salário do empregado, por isso não pertine ao juiz mandar refletir salário sobre verbas que não fazem parte da condenação (no caso, não há condenação em férias e 13º salário, e o FGTS foi acolhido na sentença a apurar-se, o que torna desnecessário mandar refletir salário no FGTS). Não tem pertinência a alegação da recorrente de que essas verbas (13º, férias, FGTS) são “indevidas neste tipo de rescisão”. São devidas em qualquer tipo de rescisão, exceto quando as parcelas são indenizatórias, o que não é o caso da sentença. Dou provimento para excluir os reflexos do saldo de salário.

1.6. Das diferenças de FGTS. A condenação está correta, mesmo porque o término da relação de emprego foi declarada para julho de 1999 e não houve depósitos no período posterior à suspensão do contrato. De todo modo, por se tratar de diferenças a serem apurados por artigo, nenhum prejuízo sofrerá a recorrente, pois os depósitos já existentes em conta serão naturalmente excluídos da apuração, conforme determinado na sentença (fls. 405). Mantenho a decisão.

RECURSO DO RECLAMANTE (fls. 429)

2. Conhecido por atendidos os pressupostos legais (fls. 37, 427).

2.1. A matéria discutida diz respeito à existência ou não de justa causa, da qual resultará ou não o direito às verbas indenizatórias postuladas às fls. 219/220.

2.2. Entendeu a juíza que o recorrente se insubordinou e considerou justa a dispensa. Entretanto, não há como concordar com essa conclusão. O recorrente sequer chegou a receber aviso de dispensa sobre o motivo previsto no art. 482 da CLT. O histórico do processo nos remete a outra conclusão. O recorrente ficou afastado muitos anos exercendo funções de dirigente sindical, segundo o preposto “desde a década de 1960” e, de acordo com suas palavras, foi “numa mesa redonda na DRT que ficou decidido a forma pela qual o requerido reassumiria as funções” – fls 314. Ocorre que essa declaração do preposto é falsa e não recebeu o devido tratamento pelas juízas sentenciantes. A realidade processual é outra totalmente

distinta. O documento de fls. 13 mostra que o recorrente, em 7/3/94, portanto mais de 3 anos antes dos atuais acontecimentos, já encontrava problemas para ingressar na sede da empresa, tendo encaminhado correspondência para denunciar que seu crachá não estava sendo aceito, ou seja, segundo suas palavras, “quando passo o crachá a catraca acusa erro”. O documento de fls. 18 registra outra carta do recorrente, datada de 27/1/97, no sentido de que no dia 15 do referido mês, ao tentar passar pela catraca “a mesma recusou o meu crachá”. Em 8/5/97 as partes estiveram na DRT e discutiram a oferta da empresa de devolver o crachá magnetizado ao recorrente “desde que o mesmo aceite retomar seu cargo e funções normais”. Em nenhum momento ali foi informado ao recorrente que deveria retornar ao serviço em setor diverso do seu setor contratual (fls. 26).

No documento de fls. 19 – notificação da empresa ao recorrente datada de 6/6/97 – a reclamada comunica ao recorrente a necessidade “do seu retorno ao trabalho, em seu cargo, função e horário contratual”, mas nenhuma referência faz a eventual mudança do local de trabalho. No documento de fls. 20, datado de 3/7/97, a reclamada convoca o recorrente “a reiniciar suas atividades laborais, no horário contratual – das 23:00 às 5:15 – à partir do dia 07.07.97”, sob pena de abandono de emprego. No dia 8/7/97 o recorrente informou que, em atenção à ordem de convocação, havia retornado ao serviço no dia 7/7/97, mas, segundo suas palavras, “para minha surpresa, o Centro Telefônico fechou às 00:00 horas, por este motivo fiquei impedido de cumprir o horário estabelecido”.

No documento de fls. 24, datado de 7/7/97, o setor de segurança informa que o recorrente compareceu para trabalhar e lhe foi informado que o seu novo local de trabalho seria na portaria do prédio 425 (andar térreo) e o recorrente teria respondido que seu local de trabalho não era ali e sim no 3º andar do prédio 320 na sala de telefonia. O segurança levou o recorrente até o local onde estava a telefonista de plantão (senhora Benedita) e informou que após a saída da referida senhora, à meia-noite, as ligações passariam a ser recebidas no prédio 425, no andar térreo.

O recorrente não aceitou essa ordem, pois suas funções sempre foram exercidas no setor de telefonia, onde estava a colega Benedita, no 3º andar do prédio 320, por isso não aceitou trabalhar na portaria do outro prédio e se retirou para casa depois que o seu setor foi fechado à meia-noite. Este ato – ir para casa à meia-noite – constituiu, ao ver da juíza, o ato de insubordinação que retirou o direito às indenizações.

2.3. Data venia, para que haja insubordinação é necessário que o empregado receba ordens diretas da pessoa a quem se subordina, ou de alguém acima na hierarquia da empresa, ordens essas que não podem ser manifestamente ilegais, nem podem infringir as condições originais do contrato. A alteração unilateral das condições pode representar um ilícito do empregador. A recusa do empregado em tais casos não constitui necessariamente justa causa, salvo se estava a par da nova situação ou da necessidade de sua transferência de um local para outro.

A transferência de local ou de setor é lícita – pois faz parte do jus variandi – mas o empregador deve comunicar ao empregado de modo formal a alteração que pretende introduzir. Se não o fizer, o empregado não está obrigado a ir a outro local ou a outro setor de trabalho, sobretudo se se tratar de ordem de pessoa estranha ao seu relacionamento habitual. No caso, quem transmitiu ordens sobre o seu local de trabalho foi o guarda da portaria, sem nenhuma ascendência sobre o recorrente.

Por outro lado, o recorrente foi levado ao seu setor de trabalho – o setor de telefonia, já que o mesmo era telefonista – e lá permaneceu até meia-noite, ocasião em que o setor foi fechado, sem que o recorrente tivesse prévio conhecimento de que o setor estava funcionando apenas até meia-noite. O preposto afirmou que isso já vinha acontecendo desde “meados de 1990” (fls. 314). Logo, o reclamante não podia, em 1997, saber dessa alteração. Tinha a reclamada de comunicar que o setor de telefonia estava funcionando somente até meia-noite e que a partir da meia-noite o trabalho continuaria em outro prédio, no térreo, junto à portaria. Tal comunicação era necessária, porque, de acordo com o preposto, por falta de telefonista “as ligações do centro telefônico foram transferidas para a recepção a partir da meia-noite” e o porteiro “ficava ‘quebrando o galho’” (fls. 315).

Com o retorno do recorrente — cuja função é telefonista — não havia razão plausível para o setor de telefonia continuar a ser fechado à meia-noite e as ligações transferidas para outro prédio, onde ficavam os porteiros. Essa situação era naturalmente provisória — já que o serviço de telefonia é regido por normas especiais e os porteiros e guardas não têm obrigação de exercer tais funções, nem os telefonistas têm obrigação de trabalhar em portarias, se a empresa possui um setor específico para a telefonia.

2.4. Portanto, conclui-se que a reclamada não cumpriu o compromisso de reconduzir o recorrente “em seu cargo, função e horário contratual”, conforme escreveu na correspondência de fls. 19 e 25. Diferente seria se a reclamada tivesse demonstrado ao juiz, ou ao menos tivesse alegado na defesa, a necessidade técnica ou operacional de transferir as ligações do seu setor de telefonia para a portaria de um outro prédio, entre meia-noite e cinco da manhã.

Como não existe nenhuma alegação que possa ser ratificada pela Justiça, é de se entender que realmente a ordem foi abusiva e anti-contratual. Vale considerar, por fim, que o recorrente foi empregado da empresa de março de 1952 até julho de 1999 (47 anos!).

Mesmo que se considere o período em que ficou afastado como dirigente sindical (de 1968, segundo o preposto, até 1997), não consta que o recorrente tenha recebido qualquer tipo de punição por indisciplina ou insubordinação no período anterior à dispensa. Logo, tem o recorrente direito de ser indenizado na forma da lei, qual seja, aviso prévio e sua contagem para efeito de férias, 13º salário e FGTS; 13º salário de 1997 (a contar do retorno em 7/7/97), 1998 e proporcionalmente de 1999; férias de 97/98 (a contar do retorno) e 98/99, com o respectivo acréscimo de 1/3; indenização em dobro do período anterior à opção pelo FGTS (15 anos), já que na época da opção retroativa a 1967 o recorrente já era detentor de estabilidade decenal (art. 14 da Lei 8.036/90); liberação dos depósitos do FGTS e multa de 40%, conforme se apurar com atualização monetária a contar da data da dispensa e juros desde a inicial, na forma da lei. Dou provimento ao recurso para incluir as indenizações acima.

2.5. As contribuições previdenciárias constituem obrigação de empregado e empregador, o primeiro sobre o seu salário de contribuição e o segundo sobre a folha de pagamento, conforme artigos 20, 22, 28 e 43 da lei 8.212. Não existe preceito de lei que isente o trabalhador ou transfira responsabilidade exclusiva ao empregador, sendo matéria superada pelas OJ 32 e 228 da SDI-1 do C. TST, ficando rejeitada a pretensão do recorrente neste particular. Das parcelas acima, apenas 13º salário será

considerado para o cálculo das contribuições das partes.

2.6. O imposto de renda, conforme jurisprudência acima, incidirá apenas sobre as verbas tributáveis. Não estão sujeitas ao imposto a indenização de antiguidade, o FGTS, o aviso prévio e as férias indenizadas, conforme art. 39 do Decreto n. 3.000 e Súmula 125 do STJ.

2.7. O benefício da justiça gratuita é reconhecido ao recorrente, tendo em vista a declaração contida no item 18 da petição inicial (fls. 220) e face ao disposto na Orientação Jurisprudencial n. 331 da SDI-1 do C. TST.

CONCLUSÃO

3. Rejeita-se a preliminar de nulidade arguída pela reclamada e dá-se provimento parcial ao seu recurso a fim de se excluir da condenação os reflexos dos salários sobre 13º salário, férias e FGTS, por falta de amparo legal, mantida a sentença quanto ao mais; e dá-se provimento ao recurso do reclamante a fim de incluir na condenação a indenização de antiguidade (15 anos), em dobro; aviso prévio e reflexos em férias, 13º salário e FGTS; férias de 97/98 e 98/99 com acréscimo de 1/3, nos termos do voto; 13º salário de 1997, 1998 e 1999, nos termos do voto; liberação dos depósitos do FGTS e pagamento da multa de 40%, conforme se apurar com atualização monetária e juros. Imposto de renda e contribuições previdenciárias com as restrições do voto. Justiça gratuita deferida ao reclamante, por atender aos pressupostos legais. Arbitra-se em R\$ 50.000,00 o acréscimo condenatório, importando as custas suplementares em R\$ 1.000,00, pela reclamada. Nada mais.

LUIZ EDGAR FERRAZ DE OLIVEIRA

Juiz Relator

Date Created

24/05/2005