



PROCESSO N° TST-ARR-2843-80.2011.5.02.0030

A C Ó R D ã O
(8ª Turma)
GMMCP/mcf/klg

**I - AGRAVO DE INSTRUMENTO DO RECLAMADO
- PLANO DIRETOR DE AÇÕES - "INCENTIVE
SHARE UNITS" - PRAZO DE CARÊNCIA -
VALIDADE**

Vislumbrada violação ao art. 122 do Código Civil, dá-se provimento ao Agravo de Instrumento para melhor exame do recurso denegado.

**II - RECURSO DE REVISTA DO RECLAMADO -
PLANO DIRETOR DE AÇÕES - "INCENTIVE
SHARE UNITS" - PRAZO DE CARÊNCIA -
VALIDADE**

É lícita a cláusula que prevê a perda de "ações fantasmas" (unidades monetárias de incentivo) pelo empregado que pedir demissão antes de decorrido o prazo de carência ("vesting") fixado pelo regulamento. Não há falar em sujeição à vontade unilateral do empregador, mas na mera expectativa de direito ao resgate das ações de incentivo no curso do prazo de carência.

HORAS EXTRAS - ÔNUS DA PROVA

A Corte de origem aplicou corretamente as regras de distribuição do ônus da prova (arts. 818 da CLT e 333 do CPC) quanto às horas extras. Ao alegar a inexistência de controle da jornada e a compensação de eventuais horas extras, o Reclamado atraiu para si o *onus probandi*, por se tratar de fatos impeditivos do direito do Reclamante.

HORAS EXTRAS - VIAGENS

A Corte Regional não se manifestou sobre o tema sob o enfoque ventilado no Recurso de Revista, relativo ao tempo de deslocamento em viagens à luz do art. 58, § 2º, da CLT. A questão carece do necessário prequestionamento, nos termos da Súmula n° 297 do TST.

**PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS E RESULTADOS -
NATUREZA SALARIAL**



PROCESSO N° TST-ARR-2843-80.2011.5.02.0030

O Eg. TRT julgou a lide com base na interpretação de cláusulas insertas em normas coletivas da categoria, que disciplinaram a Participação nos Lucros e Resultados. O cabimento do Recurso de Revista, nos termos do artigo 896, "b", da CLT, restringe-se à comprovação de divergência jurisprudencial válida e específica. O Reclamado, porém, não trouxe arestos divergentes.

Recurso de Revista conhecido parcialmente e provido.

III - AGRAVO DE INSTRUMENTO DO RECLAMANTE - PLR - REPERCUSSÃO - HORAS EXTRAS - REPOUSO SEMANAL REMUNERADO

Em se tratando de parcela com periodicidade de pagamento superior à mensal, ainda que reconhecida a natureza salarial, não há que se falar em repercussão no cálculo das horas extras e do descanso semanal remunerado. Precedentes.

Agravo de Instrumento a que se nega provimento.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista com Agravo n° **TST-ARR-2843-80.2011.5.02.0030**, em que é Agravante e Recorrido **GUILHERME LOPES GAMA** e Agravado e Recorrente **BANCO DE INVESTIMENTOS CREDIT SUISSE (BRASIL) S.A.** e Recorrido.

Trata-se de Agravos de Instrumento do Reclamante (fls. 310/315) e do Reclamado (fls. 316/330) interpostos ao despacho de fls. 294/308, que negou seguimento aos Recursos de Revista.

Contrarrazões e contraminuta pelo Reclamado, às fls. 356/360 e 339/342, e contrarrazões pelo Reclamante, às fls. 361/376.

O D. Ministério Público do Trabalho não foi ouvido, nos termos regimentais.

É o relatório.



PROCESSO Nº TST-ARR-2843-80.2011.5.02.0030

V O T O

I - AGRAVO DE INSTRUMENTO DO RECLAMADO

1 - CONHECIMENTO

Conheço do Agravo de Instrumento, porque tempestivo (fls. 309 e 316), realizado o preparo (fls. 158/161, 261 e 331) e subscrito por advogado habilitado (fl. 43).

2 - MÉRITO

O Juízo primeiro de admissibilidade negou seguimento ao Recurso de Revista, nestes termos:

PRESSUPOSTOS INTRÍNSECOS

Remuneração, Verbas Indenizatórias e Benefícios / Gratificações / Gratificação Ajustada.

Férias.

Alegação(ões):

- contrariedade à Súmula nº 253 do Colendo Tribunal Superior do Trabalho.
- violação do Código Civil, artigo 122.

A recorrente requer sejam afastados os reflexos das gratificações ajustadas nas férias, acrescidas do terço constitucional.

Consta do v. acórdão:

"Gratificações e Incentive Share Units

Diz a reclamada que a sentença que a condenou no pagamento de diferenças de gratificações e incentive share units merece reforma. Afirma que tais parcelas foram instituídas e pagas de forma excepcional e discricionária, através da adesão do trabalhador e sujeição às condições regulamentares as quais previam o seu pagamento quando cumpridas todas as disposições legais. Acrescenta que o autor estava ciente das normas que instituíram a gratificação em comento, razão pela qual a condenação no pagamento de valores que estavam sujeitos ao implemento de condições específicas é injusta e ilegal.

O reclamante afirmou na inicial que foi contratado em 01.06.2009, como analista de IBD IV (fl.04). Que recebia remuneração bruta de R\$ 3.935,00 e, também 'bônus anuais' ou gratificações anuais, pagas ao final do mês de janeiro do ano subsequente ao período anual de competência. Disse que, como analista, recebeu R\$ 621.731,00 relativos à gratificação proporcional do ano de 2009 (7/12), cuja parcela foi totalmente paga em dinheiro. Que a partir de julho de 2010 passou a exercer o cargo de associado, cuja forma de remuneração é diversa daquela utilizada para o pagamento de analistas: passaria a



PROCESSO Nº TST-ARR-2843-80.2011.5.02.0030

receber salário mensal mais bônus anual composto de pagamento em dinheiro na conta corrente do empregado e pagamento diferido pago em Ações do Banco negociadas na Bolsa de Valores de Nova Iorque (NYSE). Que em janeiro de 2011 foi alterado o critério de pagamento do bônus anual, com efeitos retroativos ao bônus referente ao ano de 2010, contrariando o que havia sido pactuado anteriormente. Que tal alteração foi prejudicial aos empregados, já que antes de sua implementação, teria direito a receber 30,74% destes valores por meio de ações e 69,26% em dinheiro; a partir de janeiro de 2011, com efeito retroativo ao exercício de 2010, o critério passou a ser de 58,8% desta gratificação em Ações e 41,2% em dinheiro (fl.08). Que a reclamada justificou seu procedimento em razão de recomendações de entidades europeias para política de pagamento de bônus, resultando em alteração global dos percentuais relativos aos pagamentos em dinheiro e em ações de incentivo. Que o procedimento foi retroativo ao bônus anual referente ao ano de 2010, contrariando a pactuação anterior. Que diante da alteração no critério do pagamento da remuneração de forma unilateral e após o final do exercício, bem como após o árduo trabalho do obreiro, em face da quebra do elemento confiança, o autor optou por se desligar da empresa. Que em razão de seu desligamento a reclamada se apropriou indevidamente da gratificação paga por meio de ações diferidas. Pugnou o autor pela restituição dos valores relativos às Ações, num total de 8.173 unidades no montante de R\$ 654.246,90.

A reclamada defendeu-se alegando que além da PLR prevista em normas coletivas, o autor poderia receber gratificações adicionais, pagas de forma excepcional e discricionária, mediante sua adesão e aceitação dos termos e condições previstas no Credit Suisse AG Máster Share Plan Awards, as quais não tinham natureza salarial, sendo pagas de forma aleatória e excepcional, sem compor a base de cálculo de férias, horas extras e DSR's. que o valor da gratificação não estava sujeito a qualquer critério, sendo de inteira discricionariedade da empresa que, em razão disso, recolhia os devidos encargos previdenciários e o FGTS sobre os pagamentos efetuados (fl. 74). Continuou a reclamada afirmando que de acordo com as regras do Plano das Incentive Shares, ao qual o autor anuiu e aderiu para poder participar, tais gratificações poderiam ser pagas em dinheiro ou em "Incentive Share Units" (no caso do Brasil, em "phantom shares" ou ações espelho) a critério da empresa, conforme, segundo alega, a cláusula 3 do plano referido. Que diante da discricionariedade do pagamento, o mesmo poderia ser fixado livremente, inclusive quanto ao valor e forma de pagamento, que poderiam ser também alterados a critério exclusivo da ré. (fl.76). Que em razão disso o autor não tinha direito à percepção de nenhum percentual de eventual gratificação em dinheiro. A forma de pagamento da gratificação era decisão discricionária da empresa, que não estava vinculada a determinados percentuais em espécie. Que o autor tinha uma expectativa de ganho vinculada a condições temporais para o resgate das unidades, dentre as quais, a perda do direito na hipótese de demissão voluntária. Que o autor se demitiu antes de completar três anos de trabalho e, portanto, não faz jus ao pagamento pretendido.



PROCESSO Nº TST-ARR-2843-80.2011.5.02.0030

O pedido foi deferido em primeiro grau, pelos seguintes fundamentos:

"Bônus anual / Unidades de ação de incentivo

O reclamante requer a restituição dos valores relativos às ações que lhe foram suprimidas pela ré diante do pedido e demissão do autor.

A única testemunha ouvida declarou que (fl. 68);

"que a política salarial do banco é composta de salário base mais uma remuneração anual variável"

A própria ré qualifica a parcela como (fl. 74):

"gratificações, por não terem natureza de salário (eis que eram aleatórias e excepcionais)..."

Mais adiante esclarece (fl.74)

"seu valor não estava sujeito a qualquer critério sendo de inteira discricionariedade da empresa..."

A toda evidencia, percebe-se que esse pagamento instituído pela ré (aleatório, sem critério e discricionário) trata-se de cláusula meramente potestativa, isto é, produz efeito por exclusiva vontade de uma das partes contratantes.

Não somente isso viola a natureza jurídica comutativa do contrato de trabalho, ou seja, destrói a equivalência das obrigações contratuais na medida em que não estabelece critérios para pagamentos.

A cláusula meramente potestativa é vedada pelo ordenamento jurídico brasileiro, na forma do artigo 122 do Código Civil, aplicado subsidiariamente por força do artigo 769 da CLT:

Art. 122. São lícitas, em geral, todas as condições não contrárias à lei, à ordem pública ou aos bons costumes; entre as condições defesas se incluem as que privarem de todo efeito o negócio jurídico, ou o sujeitarem ao puro arbítrio de uma das partes. Grifo meu

Disso, é nulo de pleno direito (artigo 9º da CLT) condicionar pagamento em decorrência da prestação de serviços no âmbito do contrato de trabalho ao mero arbítrio do empregador (relembrando: aleatório, sem critério e discricionário, segundo a própria ré).

Por consequência (e ainda pelas mesmas razões), inválida a cláusula que determina a perda das ações não resgatadas no caso de pedido de demissão (Regulamento de Unidade de Ações de Incentivo juntada pela ré).

Não há motivo juridicamente justificável de o empregado permanecer com as ações em caso de dispensa sem justa causa e pedido de demissão. Em outras palavras, se o empregador dispensar o empregado este ficaria com as ações e, se pedir demissão, perde as ações referentes ao ano que trabalhou para o empregador.

A cláusula fere escancaradamente o princípio da isonomia (art. 5º, I, da CF) e da não discriminação (artigo 7º, XXXI, da CF), ao possibilitar que uma das partes decida os efeitos jurídicos de parcela devida em razão do trabalho passado.

Por isso, defiro o pedido de restituição dos valores relativos a 8.173 ações."

A reclamada recorre reiterando a tese defensiva e pugnando pela ratificação e seu procedimento.



PROCESSO Nº TST-ARR-2843-80.2011.5.02.0030

Vejam os.

A própria recorrente reconhece, em contestação e em razões recursais, que a gratificação era paga por liberalidade e, portanto, sujeita à discricionariedade e às regras estabelecidas pela Ré. Acrescenta que a condição imposta para resgate das ações não era meramente potestativa, ao arbítrio da Reclamada. Muito ao contrário, a condição era que não pedisse demissão antes de decorrido o prazo de resgate (três anos).

Utiliza para ratificar sua tese, o contido na cláusula 3 do Plano Diretor de Ações do Credit Suisse Group AG (fl. 259 do volume apartado), que estabelece:

"3. Administração do Plano

(a) Poder e Autoridade do Comitê. O Plano será administrado pelo Comitê, que terá plenos poderes e autoridade, sujeito a leis, normas e regulamentos aplicáveis, às DRO e as disposições expressas deste instrumento:

(...)

(ii) para fazer Gratificações de acordo com o Plano;

(...)

(iv) para determinar os termos e condições de cada Gratificação, incluindo, sem limitação, aqueles relacionados à aquisição, perda, cancelamento, pagamento, liquidação, bloqueio e exercício, e o efeito, se houver, da demissão do Participante do Grupo;

(...)"

A gratificação ora pleiteada pelo autor foi também definida no referido Plano Diretor de Ações do Credit Suisse Group AG, nos seguintes termos (fls. 253, 256 e 257 do volume apartado):

2. Definições - Para os fins do Plano, os seguintes termos serão definidos da seguinte forma:

"Gratificação" significa uma gratificação feita nos termos do Plano a um Funcionário Apto na forma de Gratificações de Ações, Opções, Ações Fantasma, Direitos de Valorização de Ações ou Outras Gratificações.

"Gratificação de Incentivo Variável Discricionária" significa uma gratificação de incentivo variável discricionária atribuída a um Participante.

"Participante" significa um indivíduo a quem uma Gratificação foi concedida, e que detém uma Gratificação, no âmbito do Plano.

"Ação Fantasma" significa uma ratificação concedida a um Funcionário Apto ao abrigo do artigo 8 do Plano consistindo de um direito sem garantia do Participante de receber um determinado número de Ações Nominativas.

"Ações Nominativas" significa as Ações Nominativas, com valor nominal de CHF 0,04 por ação, do CSG.

Ainda, na cláusula 5 do Plano Diretor, consta o seguinte acerca do ato de demissão (fl.262 - vol.doctos.apartado):

© Demissão O Certificado de Gratificação deve especificar no momento da concessão e uma Gratificação as disposições que regem a disposição de uma Gratificação em caso de demissão e um Participante com o Grupo. Sujeito ao Artigo 409ª (a) (3) do Código e outras leis,



PROCESSO Nº TST-ARR-2843-80.2011.5.02.0030

regras e regulamentos aplicáveis, em conexão com a demissão de um Participante, o Comitê terá o poder de adiantar a aquisição, exercício ou liquidação de, eliminar as restrições e condições aplicáveis a, ou estender o período de exercício pós-demissão de uma Gratificação em circulação. As disposições descritas neste Artigo 5(c) podem ser especificadas no Documento de Gratificação aplicável ou determinadas em um momento posterior. .

De tudo o quanto restou transcrito acima, oriundo do Plano Diretor de Ações do Credit Suisse Group AG, de janeiro de 2010 não se observa a condicional de pagamento da gratificação pretendida pelo autor, ao termo de três anos de exercício.

Através do documento de fls. 276/277 do volume apartado documento que não está datado, tendo sido traduzido para o vernáculo em setembro de 2011 (fls. 278/280 do volume apartado), a reclamada instituiu o critério de pagamento da gratificação de janeiro de 2010. Tal documento previa o seguinte:

Aquisição, Entrega e Dividendos serão adquiridas e entregues no vencimento (ou seja, três anos). Por exemplo, um funcionário que recebe 100 Ações de Incentivo irá adquirir e receber 34 Ações Nominativas do Credit Suisse Group AG no primeiro aniversário, e 33 ações no segundo aniversário da concessão. A parcela final de 33 ações mais um número adicional de ações (se houver) será entregue no terceiro aniversário. Cada Ação de Incentivo vai pagar dividendos ou equivalentes iguais a uma Ação Nominativa do Credit Suisse Group AG.

Esta descrição é apenas um resumo ilustrativo e está sujeita ao Certificado de Gratificação de Ações de Incentivo, que será distribuído brevemente. O certificado contém informações importantes, incluindo as condições de aquisição, os ajustes para eventos corporativos, e outros termos importantes da Ações de Incentivo.

Ainda na Carta de Intenções de fls. 283/284 do apartado, também sem data, constou o seguinte:

Rescisão Sem Justa Causa - Aquisição antecipada de todas as Unidades Monetárias de Incentivo não adquiridas, sujeito à assinatura de renúncia e liberação. A Liquidação deve ocorrer no prazo de 120 dias das datas de aquisição programadas originais. Ações Adicionais não adquiridas são canceladas.

Demissão Voluntária - Cancelamento de todas as Unidades Monetárias de Incentivo e Ações Adicionais não adquiridas.

Embora a reclamada afirme que, por ocasião de sua contratação o autor estava ciente dos termos do pagamento da gratificação ora pleiteada, fato é que o autor foi admitido no ano de 2009 e o Plano Diretor (fls. 237/252), que também não está datado, estabelece critérios para pagamento a partir de janeiro de 2010.

Ao asseverar que o pagamento da gratificação era condicionado à permanência do trabalhador em seus quadros acrescentando que, ainda assim, o pagamento era feito por liberalidade, a recorrente confirma que o pagamento da parcela, além de condicionado, estava sujeito a sua discricionariedade. No entanto, sequer há possibilidade de estabelecer uma cronologia dos critérios apresentados.



PROCESSO Nº TST-ARR-2843-80.2011.5.02.0030

Ainda que assim não fosse, se o objetivo da parcela era incentivar o trabalhador a permanecer na empresa e contribuir para o êxito das atividades desta, não poderia a ré efetuar tal pagamento de forma discricionária. Em se tratando de método de incentivo à produtividade, a retenção indevida de parte dos valores conquistados justamente em razão deste incentivo, fere de morte a necessária comutatividade do contrato de trabalho: o trabalhador atua de forma a atingir as metas estabelecidas pelo empregador, envidando esforços para o incremento de suas ações no mercado financeiro, mas corre o risco de, ao final da competência respectiva, não ser remunerado pelos valores auferidos, em razão da aludida discricionariedade e liberalidade. E mais, vê-se obrigado a abrir mão de seu direito legalmente previsto de romper o contrato de trabalho, para que não corra o risco de perder a remuneração daquilo que já contribuiu - com o seu trabalho - para o incremento da atividade empresarial.

Como destacado na sentença recorrida, a cláusula que determina a perda das ações pelo trabalhador que se demite antes do termo final de 03 (três) anos, é inválida por representar retenção indevida de parcela incrementada também em decorrência da prestação de serviços do reclamante. Não bastasse isso, o critério estabelecido no regulamento, que permitia a alteração unilateral e a qualquer tempo da forma de cálculo e pagamento da parcela, fere de morte a alteridade contratual impossibilitando inclusive o atingimento do próprio objetivo do pagamento respectivo, que é fomentar a atividade do trabalhador. Ainda que possa o empregador efetuar o pagamento de gratificações de acordo com o incremento de sua atividade empresarial, ao estabelecer critérios obscuros de pagamento, alterando-os de acordo com sua vontade e a qualquer tempo, quebra a confiança necessária à manutenção da comutatividade da relação de emprego.

As condições descritas na carta de intenções juntada em volume apartado não poderiam ser instauradas após o início do exercício, não bastando para isso a previsão regulamentar, já que nula de pleno direito a previsão que dá absoluto poder ao empregador de efetuar o pagamento de gratificação de acordo com critérios alteráveis a qualquer tempo e de qualquer forma.

Confirmo a sentença, no particular, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Reflexos das Gratificações em Férias

Restando incontroverso nos autos que as gratificações 'Incentive Share Units' faziam parte da política remuneratória da ré, salientando que parte do pagamento era feito em dinheiro e parte em ações, notória a natureza salarial da mesma, razão pela qual correta a incidência da mesma nas férias do trabalhador.

De se ponderar, também, que a própria reclamada já remunerava o 13º salário e o FGTS com a integração da gratificação em debate, daí a natureza salarial da mesma, o que afasta a aplicação da tese encampada na Súmula 253 do C. TST. Rejeito o apelo da ré, no particular. " (original sublinhado)

As matérias relativas à gratificação ajustada e seus reflexos nas férias, tal como analisada, são eminentemente interpretativas, somente questionáveis nesta



PROCESSO Nº TST-ARR-2843-80.2011.5.02.0030

fase recursal, mediante a apresentação de tese oposta específica, que não restou demonstrada, a teor do disposto na Súmula nº 296 do C. Tribunal Superior do Trabalho.

Oportuno consignar que a divergência jurisprudencial hábil a impulsionar o recurso de revista (CLT, art. 896, alínea a), há de partir de arestos que, reunindo as mesmas premissas de fato e de direito ostentadas pelo caso concreto, ofereçam resultado diverso. A ausência ou acréscimo de qualquer circunstância alheia ao caso posto em julgamento faz inespecíficos os julgados, na recomendação da Súmula nº 296 supracitada.

Discorrendo sobre o sentido depositado no indigitado verbete, bem justifica o ilustre Francisco Antonio de Oliveira:

"A especificidade é um dos pressupostos de admissibilidade exigidos para o conhecimento da revista. Se o acórdão paradigma indicado não enfrentou hipótese fática idêntica, não parecida, não haverá como considerar-se preenchido aquele pressuposto. O conflito há de estabelecer-se no julgamento de fatos idênticos".

Ilesos, pois, o artigo 122 do Código Civil e inaplicável à espécie o entendimento sumular nº 253 do C.TST, por não abarcar hipótese contrária específica. (fls. 294/302)

No Recurso de Revista, o Reclamado sustentou a validade da cláusula que condicionou a aquisição definitiva de "ações fantasmas", ou "incentive cash units", à implementação de uma condição temporal, qual seja, a permanência por três anos na empresa. Argumentou que a concessão do benefício enseja mera expectativa de recebimento do valor equivalente em ações do Reclamado na Bolsa de Valores, pois o resgate das "ações fantasmas" através da sua conversão em ações reais, negociáveis em bolsa, só poderia ocorrer após três anos da concessão. Alegou que a cláusula não deixa ao arbítrio unilateral do Reclamado a percepção do benefício, porquanto a sua perda decorre de ato do próprio empregado que pede demissão. Invocou o art. 122 do Código Civil.

Por divisar violação ao art. 122 do Código Civil, **dou provimento** ao Agravo de Instrumento para mandar processar o Recurso de Revista e determinar seja publicada certidão, para efeito de intimação das partes, dela constando que o julgamento do recurso dar-se-á na primeira sessão ordinária subsequente à data da publicação, nos termos da Resolução Administrativa nº 928/2003 desta Corte.

II - RECURSO DE REVISTA DO RECLAMADO

REQUISITOS EXTRÍNSECOS DE ADMISSIBILIDADE



PROCESSO Nº TST-ARR-2843-80.2011.5.02.0030

Atendidos os requisitos extrínsecos de admissibilidade - tempestividade (fls. 1172 e 1185), representação processual (fl. 24) e o preparo -, passo ao exame dos intrínsecos.

**1 - PLANO DIRETOR DE AÇÕES - "INCENTIVE SHARE UNITS"
- PRAZO DE CARÊNCIA - VALIDADE**

Conhecimento

Estes, os fundamentos do acórdão regional:

Diz a reclamada que a sentença que a condenou no pagamento de diferenças de gratificações e *incentive share units* merece reforma. Afirma que tais parcelas foram instituídas e pagas de forma excepcional e discricionária, através da adesão do trabalhador e sujeição às condições regulamentares as quais previam o seu pagamento quando cumpridas todas as disposições legais. Acrescenta que o autor estava ciente das normas que instituíram a gratificação em comento, razão pela qual a condenação no pagamento de valores que estavam sujeitos ao implemento de condições específicas é injusta e ilegal.

O reclamante afirmou na inicial que foi contratado em 01.06.2009, como analista de IBD IV (fl.04). Que recebia remuneração bruta de R\$ 3.935,00 e, também 'bônus anuais' ou gratificações anuais, *pagas ao final do mês de janeiro do ano subsequente ao período anual de competência*. Disse que, *como analista, recebeu R\$ 621.731,00 relativos à gratificação proporcional do ano de 2009 (7/12), cuja parcela foi totalmente paga em dinheiro*. Que a partir de julho de 2010 passou a exercer o cargo de associado, cuja forma de remuneração é diversa daquela utilizada para o pagamento de analistas: passaria a receber salário mensal mais bônus anual composto de *pagamento em dinheiro na conta corrente do empregado e pagamento diferido pago em Ações do Banco negociadas na Bolsa de Valores de Nova Iorque (NYSE)*. Que em janeiro de 2011 foi alterado o critério de pagamento do bônus anual, com efeitos retroativos ao bônus referente ao ano de 2010, *contrariando o que havia sido pactuado anteriormente*. Que tal alteração foi prejudicial aos empregados, já que antes de sua implementação, *teria direito a receber 30,74% destes valores por meio de ações e 69,26% em dinheiro*; a partir de janeiro de 2011, com efeito retroativo ao exercício de 2010, o critério passou a ser de *58,8% desta gratificação em Ações e 41,2% em dinheiro* (fl.08). Que a reclamada justificou seu procedimento *em razão de recomendações de entidades europeias para política de pagamento de bônus*, resultando em alteração global dos percentuais relativos aos pagamentos em dinheiro e em ações de incentivo. Que o procedimento foi retroativo ao bônus anual referente ao ano de 2010, contrariando a pactuação anterior. Que diante da alteração no critério do pagamento da remuneração de forma unilateral e após o final do exercício, bem como após o *árido trabalho do obreiro*, em face da quebra do elemento confiança, o autor optou por se desligar da empresa. Que em razão de seu desligamento a reclamada se



PROCESSO Nº TST-ARR-2843-80.2011.5.02.0030

apropriou indevidamente da gratificação paga por meio de ações diferidas. Pugnou o autor pela *restituição dos valores relativos às Ações*, num total de 8.173 unidades no montante de R\$ 654.246,90.

A reclamada defendeu-se alegando que além da PLR prevista em normas coletivas, o autor poderia receber gratificações adicionais, pagas de forma excepcional e discricionária, mediante sua adesão e aceitação dos termos e condições previstas no Credit Suisse AG Máster Share Plan Awards, as quais não tinham natureza salarial, sendo pagas de forma aleatória e excepcional, sem compor a base de cálculo de férias, horas extras e DSR's. que o valor da gratificação não estava sujeito a qualquer critério, sendo de inteira discricionariedade da empresa que, em razão disso, recolhia os devidos encargos previdenciários e o FGTS sobre os pagamentos efetuados (fl. 74). Continuou a reclamada afirmando que de acordo com as regras do Plano das Incentive Shares, ao qual o autor anuiu e aderiu para poder participar, tais gratificações poderiam ser pagas em dinheiro ou em "Incentive Share Units" (no caso do Brasil, em "phantom shares" ou ações espelho) a critério da empresa, conforme, segundo alega, a cláusula 3 do plano referido. Que diante da discricionariedade do pagamento, o mesmo poderia ser fixado livremente, inclusive quanto ao valor e forma de pagamento, que poderiam ser também alterados a critério exclusivo da ré. (fl.76). Que em razão disso o autor não tinha direito à percepção de nenhum percentual de eventual gratificação em dinheiro. A forma de pagamento da gratificação era decisão discricionária da empresa, que não estava vinculada a determinados percentuais em espécie. Que o autor tinha uma **expectativa** de ganho vinculada a **condições temporais** para o resgate das unidades, dentre as quais, a perda do direito na hipótese de **demissão voluntária**.

Que o autor se demitiu antes de completar três anos de trabalho e, portanto, não faz jus ao pagamento pretendido.

O pedido foi deferido em primeiro grau, pelos seguintes fundamentos:

"Bônus anual / Unidades de ação de incentivo

O reclamante requer a restituição dos valores relativos às ações que lhe foram suprimidas pela ré diante do pedido e demissão do autor.

A única testemunha ouvida declarou que (fl. 68);

"que a política salarial do banco é composta de salário base mais uma remuneração anual variável"

A própria ré qualifica a parcela como (fl. 74):

"gratificações, por não terem natureza de salário (eis que eram aleatórias e excepcionais)..."

Mais adiante esclarece (fl.74)

"seu valor não estava sujeito a qualquer critério sendo de inteira discricionariedade da empresa..."

A toda evidencia, percebe-se que esse pagamento instituído pela ré (aleatório, sem critério e discricionário) trata-se de **cláusula meramente potestativa**, isto é, produz efeito por exclusiva vontade de uma das partes contratantes.

Não somente isso viola a natureza jurídica comutativa do contrato de trabalho, ou seja, destrói a equivalência das obrigações contratuais na medida em que não estabelece critérios para pagamentos.

A cláusula meramente potestativa é vedada pelo ordenamento jurídico brasileiro, na forma do artigo 122 do Código Civil, aplicado subsidiariamente por força do artigo 769 da CLT:



PROCESSO Nº TST-ARR-2843-80.2011.5.02.0030

Art. 122. São lícitas, em geral, todas as condições não contrárias à lei, à ordem pública ou aos bons costumes; entre as condições defesas se incluem as que privarem de todo efeito o negócio jurídico, ou o sujeitarem ao puro arbítrio de uma das partes. Grifo meu

Disso, é nulo de pleno direito (artigo 9º da CLT) condicionar pagamento em decorrência da prestação de serviços no âmbito do contrato de trabalho ao mero arbítrio do empregador (relembrando: aleatório, sem critério e discricionário, segundo a própria ré).

Por consequência (e ainda pelas mesmas razões), inválida a cláusula que determina a perda das ações não resgatadas no caso de **pedido de demissão** (Regulamento de Unidade de Ações de Incentivo juntada pela ré).

Não há motivo juridicamente justificável de o empregado permanecer com as ações em caso de dispensa sem justa causa e pedido de demissão. Em outras palavras, se o empregador dispensar o empregado este ficaria com as ações e, se pedir demissão, perde as ações referentes ao ano que trabalhou para o empregador.

A cláusula fere escancaradamente o princípio da isonomia (art. 5º, I, da CF) e da não discriminação (artigo 7º, XXXI, da CF), ao possibilitar que uma das partes decida os efeitos jurídicos de parcela devida em razão do trabalho passado.

Por isso, defiro o pedido de restituição dos valores relativos a 8.173 ações.”

A reclamada recorre reiterando a tese defensiva e pugnando pela ratificação e seu procedimento.

Vejamos.

A própria recorrente reconhece, em contestação e em razões recursais, que a gratificação era paga por liberalidade e, portanto, sujeita à discricionariedade e às regras estabelecidas pela Ré. Acrescenta que a condição imposta para resgate das ações não era meramente potestativa, ao arbítrio da Reclamada. Muito ao contrário, a condição era que não pedisse demissão antes de decorrido o prazo de resgate (três anos).

Utiliza para ratificar sua tese, o contido na cláusula 3 do Plano Diretor de Ações do Credit Suisse Group AG (fl. 259 do volume apartado), que estabelece:

“3. Administração do Plano

a) Poder e Autoridade do Comitê. O Plano será administrado pelo Comitê, que terá plenos poderes e autoridade, sujeito a leis, normas e regulamentos aplicáveis, às DRO e as disposições expressas deste instrumento: (...)

(ii) para fazer Gratificações de acordo com o Plano;

(...)

(iv) para determinar os termos e condições de cada Gratificação, incluindo, sem limitação, aqueles relacionados à aquisição, perda, cancelamento, pagamento, liquidação, bloqueio e exercício, e o efeito, se houver, da demissão do Participante do Grupo; (...)”

A gratificação ora pleiteada pelo autor foi também definida no referido Plano Diretor de Ações do Credit Suisse Group AG, nos seguintes termos (fls. 253, 256 e 257 do volume apartado):



PROCESSO N° TST-ARR-2843-80.2011.5.02.0030

2. Definições – Para os fins do Plano, os seguintes termos serão definidos da seguinte forma:

“**Gratificação**” significa uma gratificação feita nos termos do Plano a um Funcionário Apto na forma de Gratificações de Ações, Opções, Ações Fantasma, Direitos de Valorização de Ações ou Outras Gratificações.

“**Gratificação de Incentivo Variável Discricionária**” significa uma gratificação de incentivo variável discricionária atribuída a um Participante.

“**Participante**” significa um indivíduo a quem uma Gratificação foi concedida, e que detém uma Gratificação, no âmbito do Plano.

“**Ação Fantasma**” significa uma ratificação concedida a um Funcionário Apto ao abrigo do artigo 8 do Plano consistindo de um direito sem garantia do Participante de receber um determinado número de Ações Nominativas.

“**Ações Nominativas**” significa as Ações Nominativas, com valor nominal de CHF 0,04 por ação, do CSG.

Ainda, na cláusula 5 do Plano Diretor, consta o seguinte acerca do ato de demissão (fl.262 – vol.doctos.apartado):

© **Demissão** O Certificado de Gratificação deve especificar no momento da concessão e uma Gratificação as disposições que regem a disposição de uma Gratificação em caso de demissão e um Participante com o Grupo. Sujeito ao Artigo 409^a (a) (3) do Código e outras leis, regras e regulamentos aplicáveis, em conexão com a demissão de um Participante, o Comitê terá o poder de adiantar a aquisição, exercício ou liquidação de, eliminar as restrições e condições aplicáveis a, ou estender o período de exercício pós-demissão de uma Gratificação em circulação.

As disposições descritas neste Artigo 5© podem ser especificadas no Documento de Gratificação aplicável ou determinadas em um momento posterior.

De tudo o quanto restou transcrito acima, oriundo do Plano Diretor de Ações do Credit Suisse Group AG, de janeiro de 2010, não se observa a condicional de pagamento da gratificação pretendida pelo autor, ao termo de três anos de exercício.

Através do documento de fls. 276/277 do volume apartado documento que não está datado, tendo sido traduzido para o vernáculo em setembro de 2011 (fls. 278/280 do volume apartado), a reclamada instituiu o critério de pagamento da gratificação de janeiro de 2010. Tal documento previa o seguinte:

Aquisição, Entrega e Dividendos serão adquiridas e entregues no vencimento (ou seja, três anos). Por exemplo, um funcionário que recebe 100 Ações de Incentivo irá adquirir e receber 34 Ações Nominativas do Credit Suisse Group AG no primeiro aniversário, e 33 ações no segundo aniversário da concessão. A parcela final de 33 ações mais um número adicional de ações (se houver) será entregue no terceiro aniversário. Cada Ação de Incentivo vai pagar dividendos ou equivalentes iguais a uma Ação Nominativa do Credit Suisse Group AG.

Esta descrição é apenas um resumo ilustrativo e está sujeita ao Certificado de Gratificação de Ações de Incentivo, que será



PROCESSO N° TST-ARR-2843-80.2011.5.02.0030

distribuído brevemente. O certificado contém informações importantes, incluindo as condições de aquisição, os ajustes para eventos corporativos, e outros termos importantes das Ações de Incentivo.

Ainda na Carta de Intenções de fls. 283/284 do apartado, também sem data, constou o seguinte:

Rescisão Sem Justa Causa – Aquisição antecipada de todas as Unidades Monetárias de Incentivo não adquiridas, sujeito à assinatura de renúncia e liberação. A Liquidação deve ocorrer no prazo de 120 dias das datas de aquisição programadas originais. Ações Adicionais não adquiridas são canceladas.

Demissão Voluntária – Cancelamento de todas as Unidades Monetárias de Incentivo e Ações Adicionais não adquiridas.

Embora a reclamada afirme que, por ocasião de sua contratação o autor estava ciente dos termos do pagamento da gratificação ora pleiteada, fato é que o autor foi admitido no ano de 2009 e o Plano Diretor (fls. 237/252), que também não está datado, estabelece critérios para pagamento a partir de janeiro de 2010.

Ao asseverar que o pagamento da gratificação era condicionado à permanência do trabalhador em seus quadros acrescentando que, ainda assim, o pagamento era feito por liberalidade, a recorrente confirma que o pagamento da parcela, além de condicionado, estava sujeito a sua discricionariedade. No entanto, sequer há possibilidade de estabelecer uma cronologia dos critérios apresentados.

Ainda que assim não fosse, se o objetivo da parcela era incentivar o trabalhador a permanecer na empresa e contribuir para o êxito das atividades desta, não poderia a ré efetuar tal pagamento de forma discricionária. Em se tratando de método de incentivo à produtividade, a retenção indevida de parte dos valores conquistados justamente em razão deste incentivo, fere de morte a necessária comutatividade do contrato de trabalho: o trabalhador atua de forma a atingir as metas estabelecidas pelo empregador, envidando esforços para o incremento de suas ações no mercado financeiro, mas corre o risco de, ao final da competência respectiva, não ser remunerado pelos valores auferidos, em razão da aludida discricionariedade e liberalidade. E mais, vê-se obrigado a abrir mão de seu direito legalmente previsto de romper o contrato de trabalho, para que não corra o risco de perder a remuneração daquilo que já contribuiu – com o seu trabalho - para o incremento da atividade empresária.

Como destacado na sentença recorrida, a cláusula que determina a perda das ações pelo trabalhador que se demite antes do termo final de 03 (três) anos, é inválida por representar retenção indevida de parcela incrementada também em decorrência da prestação de serviços do reclamante. Não bastasse isso, o critério estabelecido no regulamento, que permitia a alteração unilateral e a qualquer tempo da forma de cálculo e pagamento da parcela, fere de morte a alteridade contratual impossibilitando inclusive o atingimento do próprio objetivo do pagamento respectivo, que é fomentar a atividade do trabalhador. Ainda que possa o empregador efetuar o pagamento de gratificações de acordo com o incremento de sua atividade empresária, ao estabelecer critérios obscuros de pagamento, alterando-os de acordo com sua vontade e a qualquer tempo, quebra a confiança necessária à manutenção da comutatividade da relação de emprego.

As condições descritas na carta de intenções juntada em volume apartado não poderiam ser instauradas após o início do exercício, não bastando para isso a previsão regulamentar, já que nula de pleno direito a previsão que dá absoluto poder



PROCESSO Nº TST-ARR-2843-80.2011.5.02.0030

ao empregador de efetuar o pagamento de gratificação de acordo com critérios alteráveis a qualquer tempo e de qualquer forma.

Confirmo a sentença, no particular, por seus próprios e jurídicos fundamentos. (fls. 217/218)

O Reclamado sustenta a validade da cláusula de política interna que condicionou a aquisição definitiva de "ações fantasmas", ou "incentive cash units", à implementação de uma condição temporal, qual seja, a permanência por três anos na empresa. Argumenta não se tratar propriamente de ações, mas da expectativa de recebimento do valor equivalente em ações do Reclamado na Bolsa de Valores. Assevera que o resgate das "ações fantasmas" através da sua conversão em ações reais, negociáveis em bolsa, só poderia ocorrer após três anos do recebimento. Alega que a cláusula não deixa ao arbítrio unilateral do Reclamado a percepção do benefício, pois a sua perda decorre de ato do próprio empregado que pede demissão. Invoca o art. 122 do Código Civil.

Cinge-se o debate a aferir a validade da cláusula de política interna do Reclamado que prevê a perda de "ações fantasmas" (unidades monetárias de incentivo) pelo empregado que pedir demissão antes de decorridos três anos contados da promessa de sua concessão.

A concessão de Unidades Monetárias de Incentivo, espécie de "phantom shares", corresponde a mecanismo de estímulo concedido pelo empregador que permite a participação do empregado na valorização futura da empresa. É estratégia comumente adotada com os objetivos de alinhamento dos interesses de acionistas e empregados, bem como de captação e retenção de talentos.

Extraí-se do acórdão regional que o mecanismo contemplava a concessão de Ações de Incentivos, com prazo de carência de três anos. A aquisição e recebimento ocorreriam em percentuais iguais de Ações Nominativas a cada ano, e cada Ação de Incentivo daria ensejo a dividendos ou equivalentes iguais a uma Ação Nominativa do Credit Suisse Group AG.

A Corte Regional consignou, ainda, que a Carta de Intenções determinava o cancelamento de todas as Unidades Monetárias de Incentivo não adquiridas na hipótese de demissão voluntária.



PROCESSO Nº TST-ARR-2843-80.2011.5.02.0030

As instâncias *a quo* concluíram restar configurada condição meramente potestativa e, portanto, ilícita. Não obstante, entendo que a previsão acerca da perda das ações de incentivo pela demissão voluntária é lícita, porquanto não há falar em sujeição à vontade unilateral do empregador. Em verdade, a cláusula apenas ratifica a existência de mera expectativa de direito às ações de incentivo no curso do prazo de carência, conforme passo a demonstrar.

A metodologia de incentivo em comento envolve a concessão de uma cota virtual de ações resgatáveis após determinado período de tempo, denominado "vesting", desde que atendidas as condições previstas em regulamento. Tem-se que o direito de resgatar as ações somente se materializa em direito subjetivo após o final do prazo de carência fixado pelo plano.

No caso, foi instituída liberalidade a favor do Empregado, cuja aquisição foi condicionada à sua permanência na Empresa por três anos. No que tange ao elemento volitivo, a concessão da vantagem não está sujeita ao puro arbítrio do empregador, mas depende das vontades intercaladas das partes.

O Empregado, porém, manifestou a vontade de romper o vínculo empregatício antes do encerramento do prazo de carência, quando havia mera expectativa de direito.

Embora a concessão das ações de incentivo seja oriunda do contrato de trabalho, o Empregado não possui garantia de obtenção de um valor determinado, tendo em vista as variações do mercado acionário, o que revela a natureza mercantil da vantagem. Com efeito, não há a correlação estabelecida pelo acórdão regional entre a prestação dos serviços e o ganho no resgate das ações, pois estão envolvidos fatores alheios à Empresa, relacionados à valorização das ações no mercado.

Transcrevo precedentes desta Corte que afastaram a natureza salarial das "Stock Options", gênero do qual são espécies as "Phantom Shares", em razão do seu caráter eminentemente mercantil:

(...) RECURSO DE REVISTA DA RECLAMADA. (...) 5. PLANO DE AÇÕES. STOCK OPTIONS. INTEGRAÇÃO. NÃO CONHECIMENTO. Em que pese a possibilidade da compra e venda de ações decorrer do contrato de trabalho, o trabalhador não possui garantia de obtenção de lucro, podendo este ocorrer ou não,



PROCESSO N° TST-ARR-2843-80.2011.5.02.0030

por consequência das variações do mercado acionário, consubstanciando-se em vantagem eminentemente mercantil. Dessa forma, o referido direito não se encontra atrelado à força laboral, pois não possui natureza de contraprestação, não havendo se falar, assim, em natureza salarial. Precedente. Recurso de revista de que não se conhece. (...) (RR-201000-02.2008.5.15.0140, 5ª Turma, Relator Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos, DEJT 27/2/2015)

RECURSO DE REVISTA. (...) REFLEXOS DE STOCK OPTIONS NO FGTS E NA INDENIZAÇÃO RESCISÓRIA. Recurso de revista calçado em violação do art. 457, § 1º da CLT. Não há afronta à literalidade do art. 457, § 1º, da CLT a decisão regional que não reconheceu a natureza de abono ao benefício denominado stock options, uma vez que tal parcela por força tanto de cláusula do contrato de trabalho quanto de norma interna da empresa controladora do grupo econômico não tem natureza de comissão, porcentagem, gratificação ajustada, diária para viagem ou abono pago pelo empregador, mas de prêmio conferido aos empregados que se destacavam na empresa. Recurso de revista não conhecido. (...) (RR-122200-69.2002.5.01.0039, 3ª Turma, Relator Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte, DEJT 31/1/2014)

RECURSO DE REVISTA DO RECLAMANTE. (...) 4. STOCK OPTIONS. O programa pelo qual o empregador oferta aos empregados o direito de compra de ações (previsto na Lei de Sociedades Anônimas, n. 6404/76, art. 168, § 3º) não proporciona ao trabalhador uma vantagem de natureza jurídica salarial. Isso porque, embora a possibilidade de efetuar o negócio (compra e venda de ações) decorra do contrato de trabalho, o obreiro pode ou não auferir lucro, sujeitando-se às variações do mercado acionário, detendo o benefício natureza jurídica mercantil. O direito, portanto, não se vincula à força de trabalho, não detendo caráter contraprestativo, não se lhe podendo atribuir índole salarial. Recurso de revista não conhecido. (...) (RR-217800-35.2007.5.02.0033, 6ª Turma, Relator Ministro Mauricio Godinho Delgado, DEJT 3/12/2010)

Não se extrai do regramento transcrito no acórdão regional qualquer traço de arbitrariedade. Ao mesmo tempo em que prevista a perda das Unidades Monetárias de Incentivo não adquiridas no caso de demissão voluntária, é assegurada a sua aquisição antecipada na hipótese de rescisão sem justa causa.

Acrescente-se que a possibilidade de alteração da forma de pagamento não invalida, por si só, o método de incentivo à produtividade em comento. Eventuais modificações que ensejem prejuízos ou revelem quebra da confiança devem ser analisadas em concreto, notadamente depois de implementadas todas as condições para a aquisição do direito ao resgate das ações, sem o que há mera expectativa de direito.



PROCESSO N° TST-ARR-2843-80.2011.5.02.0030

Não vislumbro qualquer ilicitude na cláusula que prevê a perda de "ações fantasmas" (unidades monetárias de incentivo) pelo empregado que pedir demissão antes de decorridos três anos contados da promessa de sua concessão.

Conheço, por violação ao art. 122 do Código Civil.

b) Mérito

Consectário do conhecimento do recurso por violação a dispositivo de lei federal é seu provimento.

Ante o exposto, **dou provimento** ao Recurso de Revista para indeferir o pedido de restituição dos valores relativos a 8.173 (oito mil cento e setenta e três) ações, excluindo da condenação o pagamento da quantia de R\$ 654.246,90 (seiscentos e cinquenta e quatro mil duzentos e quarenta e seis reais e noventa centavos) e correlatos reflexos.

2 - HORAS EXTRAS - ÔNUS DA PROVA

Conhecimento

Eis os fundamentos do acórdão regional, no tema em epígrafe:

Diz a reclamada que o autor não estava sujeito a controle de sua jornada, razão pela qual não há possibilidade de aplicação da Súmula 338, item I do C. TST, remanescendo com o obreiro o ônus de prova do trabalho extraordinário, ônus do qual não se desvencilhou.

(...)

Embora a reclamada afirme que o autor não estava sujeito a controle de suas jornadas, vislumbra-se dos holerites de pagamento (doctos. 21 a 102 do volume de documentos) que a reclamada efetuava o pagamento ao reclamante de 'horas extras contratuais'. Tal circunstância sequer foi mencionada em defesa e razões recursais tendo a reclamada se limitado a afirmar que o autor *trabalhava normalmente das 9h00 às 18h30 horas, com uma hora e trinta minutos de intervalo para refeição, de segunda a sexta-feira, acrescentando, ainda, que eventualmente ele poderia sair após o horário acima indicado, compensando tais horas chegando mais tarde nos dias seguintes.* (fl.81).

Desta forma, considerando a negativa da ré no cumprimento de jornadas específicas e de jornadas extraordinárias, em contradição ao quanto registrado nos holerites de pagamento, remanesceu com ela, reclamada, o ônus de provar,



PROCESSO Nº TST-ARR-2843-80.2011.5.02.0030

minimamente, os horários cumpridos pelo reclamante, ônus do qual não se desincumbiu, seja porque se omitiu de esclarecer o pagamento de 'horas extras contratuais' ao reclamante, ou porque alegou que as extrapolações eram compensadas, levando à conclusão de que havia um critério de controle das jornadas do autor, que não foi trazido aos autos sem qualquer justificativa, daí a manutenção da condenação imposta em primeiro grau.

(...)

Nego provimento a mais este item do apelo da reclamada. (fls. 223/224)

O Reclamado sustenta haver equívoco quanto à inversão do ônus da prova em relação às horas extras. Afirma que a jornada de trabalho deduzida na inicial é extensa e inverossímil. Aponta violação aos arts. 333, I, do CPC e 818 da CLT.

O Eg. TRT confirmou a sentença que acolhera a jornada de trabalho declinada na petição inicial, ao fundamento de que não foram carreados aos autos os controles de ponto do Reclamante.

A Corte Regional consignou que o Reclamado não logrou comprovar as alegações de que o Autor não estava sujeito ao controle de jornada e de que eventuais extrapolações eram compensadas. Ressaltou que os argumentos estavam em contradição com os holerites de pagamento juntados aos autos, que indicavam a quitação de horas extras contratuais.

Observa-se haver a adequada distribuição do ônus da prova, pois, ao alegar a inexistência de controle da jornada e a compensação de eventuais horas extras, o Reclamado atraiu para si o *onus probandi*, por se tratar de fatos impeditivos do direito do Reclamante.

Não há falar em violação aos artigos 333, I, do CPC e 818 da CLT.

Não conheço.

3 - HORAS EXTRAS - VIAGENS

Conhecimento

O Eg. Tribunal de origem confirmou a sentença, que deferira o pleito autoral, nestes termos:



PROCESSO Nº TST-ARR-2843-80.2011.5.02.0030

Diz a reclamada que o autor não estava sujeito a controle de sua jornada, razão pela qual não há possibilidade de aplicação da Súmula 338, item I do C. TST, remanescendo com o obreiro o ônus de prova do trabalho extraordinário, ônus do qual não se desvencilhou.

Acrescenta, ainda, que não é possível ao empregador fiscalizar as horas de viagens, também não estando abrangidas pela regra da Súmula 338. Diz, ainda, que não se tratam de horas de trabalho, restando *equivocada a inclusão das horas gastas em vôos e deslocamentos nas viagens como extraordinárias*.

(...)

Também com relação às horas de viagens, a reclamada não nega que tais viagens eram realizadas a serviço, o que se mostra suficiente para autorizar a remuneração do período, como labor extraordinário. (fls. 223/224)

O Reclamado afirma que as horas despendidas no deslocamento em viagens estão excluídas da jornada de trabalho do Reclamante, por força do art. 58, § 2º, da CLT. Traz arestos.

Da leitura da petição inicial, verifica-se que o Reclamante requereu a condenação do Reclamado ao pagamento de horas extras semanais decorrentes do tempo gasto em viagens, que demandavam labor em tempo integral, incluindo o lapso despendido no deslocamento aéreo.

No ponto, o Tribunal Regional limitou-se a consignar que o Reclamado não negou a realização de viagens a serviço.

Observa-se que o tema não foi examinado sob o prisma ventilado pelo Reclamado no Recurso de Revista, relativo ao tempo de deslocamento em viagens, à luz do art. 58, § 2º, da CLT.

O Reclamado não opôs Embargos de Declaração acerca do tema.

É imperioso o pronunciamento explícito das instâncias ordinárias e a emissão de tese jurídica para propiciar o conhecimento de recurso de natureza extraordinária. Incidência da Súmula nº 297 do TST.

Ante o exposto, **não conheço**.

4 - PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS E RESULTADOS - NATUREZA SALARIAL

Conhecimento



PROCESSO Nº TST-ARR-2843-80.2011.5.02.0030

Eis os fundamentos do acórdão regional:

O reclamante pretende a reforma da sentença com o reconhecimento da natureza salarial dos pagamentos efetuados a título de PLRPPR.

Afirma que o pagamento não se refere a Programa de Participação nos Lucros, já que a mesma não respeita o disposto na Lei 10.101/2000. Que o valor de sua remuneração variável *era determinado em moeda estrangeira* e sendo que parte dele foi quitado através de ações. Que ao contrário do que entendeu o julgador de primeiro grau, o valor da PLR previsto nas negociações coletivas não poderia ultrapassar o montante de R\$ 3.339,53 não se justificando o procedimento da reclamada de efetuar o pagamento de PLR no montante de R\$ 48.620,00.

O pedido, no particular, foi rejeitado pelos seguintes fundamentos:

“O reclamante alegou que o salário variável era pago sob o título de PLR-CCT e PLR-PPR.

Todavia, tais parcelas eram pagas de acordo com a Convenção Coletiva dos Bancários (PLR-CCT) e do Acordo Coletivo de Trabalho (PLR-PPR), devidamente firmados com o sindicato da categoria bancária e depositados no Ministério do Trabalho e Emprego (vide volume de documentos da ré).

Nesse contexto, aplicáveis o artigo 7º, XI da CF e Lei 10.101/00, que determinam a desvinculação dessa parcela ao salário, sendo indevidos os reflexos pretendidos pelo autor.

Vejamos.

Consoante se infere dos documentos juntados pela ré em volume apartado, a exemplo do “Acordo de Participação em Lucros ou Resultados – 2010” (fls. 305/309), a Participação nos Lucros e Resultados foi estabelecida através de negociação coletiva entre a reclamada e o sindicato representante da categoria profissional do autor, sendo os valores fixados nos seguintes termos:

“PARÁGRAFO QUINTO – Os Bancos pagarão como participação nos lucros e resultados, os valores apurados na forma estabelecida na CLÁUSULA SEGUNDA, observando-se um valor mínimo de 45% do salário acrescidos do valor fixo de R\$ 550,00 (quinhentos e cinquenta reais), limitado ao teto de R\$ 3.500,00 (três mil e quinhentos reais), em adição aos valores estabelecidos pela Convenção Coletiva de Trabalho 2010/2011, mesmo na hipótese de prejuízo contábil no exercício.”

A Convenção Coletiva de Trabalho do período, por seu turno, estabeleceu os seguinte valores de PLR (fl.311 do volume apartado):

“As empresas representadas pelo SINDICATO DOS EMPREGADORES efetuarão pagamento **até 14 de janeiro de 2011**, a título de Participação nos Lucros e Resultados, equivalente a **90% (noventa por cento)** sobre o salário-base mais verbas fixas de natureza salarial, reajustadas em junho de **2010**, após o que será acrescido o valor fixo de **R\$ 1.397,50(...)**, aos empregados...respeitado o teto máximo de **R\$ 7.406,02(...)**” (grifos no original).

Consoante se infere da documentação trazida pela reclamada aos autos, a exemplo do comprovante de pagamento do mês de janeiro de 2010 (doctos. 15 e 32 do volume apartado), o reclamante recebeu naquele mês o montante de R\$



PROCESSO Nº TST-ARR-2843-80.2011.5.02.0030

48.620,00 (quarenta e oito mil, seiscentos e vinte reais) sob a rubrica PLR-PPR, superando em muito o teto previsto na norma coletiva, restou claro que o valor recebido não se refere à parcela objeto das negociações firmadas com a ré.

Desta forma, impositivo o acolhimento do autor, para deferir a integração dos valores pagos sob a rubrica PLR-PPR e PLR-CCT que ultrapassem o teto de R\$ 7.406,02, em férias vencidas e proporcionais + 13º salário. Não se autoriza a integração em DSR's e horas extras porque o critério de pagamento da parcela não era mensal. (fls. 224/225)

Em resposta aos Embargos de Declaração, o Eg. TRT consignou:

Aviados a tempo e modo, conheço dos embargos.

Diz a embargante que o acórdão embargado padece de 'erro material' porque entendeu que houve extrapolação a *um suposto teto previsto na norma coletiva* quando, na verdade, referido dispositivo convencional estabelece um teto vinculado ao *valor mínimo de 45% do salário acrescido do valor fixo de R\$ 550,00*, e não aos *valores apurados na forma estabelecida* na própria convenção coletiva. Diz, ainda, que há contradição no acórdão que apontou o teto previsto em acordo coletivo (no importe de R\$ 3.500,00) e o teto previsto em convenção coletiva (R\$ 7.406,02) mas não reconheceu que o teto a ser observado deve ser a soma destes dois valores, fixando apenas o valor estabelecido em convenção coletiva.

Sem razão.

Ao contrário do que alega a embargante, o que a mesma denomina de 'erro material' ou 'erro de fato' é, na verdade, a interpretação dada no acórdão embargado, ao quanto previsto em negociação coletiva, que foi no sentido da fixação de um teto para os valores a serem quitados a título de Participação nos Lucros e Resultados, teto este que, do confronto entre os valores fixados no Acordo Coletivo de Trabalho e na Convenção Coletiva de Trabalho atingiria o montante máximo de R\$ 7.406,02, previsto nesta última, o que afasta também a alegação de contradição.

Se a embargante entende que a interpretação dada aos dispositivos legais e convencionais aplicáveis ao caso concreto não foi a mais adequada, deve valer-se de recurso à Instância Superior, hábil ao pretendido revolvimento da matéria e interpretação literal invocada. (fls. 237/238)

O Reclamado insurge-se contra a condenação à integração das diferenças de participação nos lucros e resultados na remuneração mensal do Reclamante e seus reflexos. Argumenta haver "um equívoco na leitura das normas coletivas aplicáveis" (fl. 256). Transcreve cláusulas da Convenção Coletiva e de Acordo Coletivo que disciplinaram a parcela em comento. Sustenta que não foi estipulado um teto para a PLR e, sucessivamente, defende que o valor máximo deveria corresponder à soma



PROCESSO Nº TST-ARR-2843-80.2011.5.02.0030

dos tetos previstos na CCT e no ACT. Invoca os arts. 7º, XI, da Constituição e 3º da Lei nº 10.101/2000.

O Eg. TRT entendeu ser devida a integração em férias e 13º salários dos valores pagos a título de PLR em 2010 que ultrapassaram o teto de R\$ 7.406,02 (sete mil reais quatrocentos e seis reais e dois centavos) previsto em norma coletiva da categoria.

Asseverou que a decisão resulta de "interpretação dada no acórdão embargado, ao quanto previsto em negociação coletiva, que foi no sentido da fixação de um teto para os valores a serem quitados a título de Participação nos Lucros e Resultados, teto este que, do confronto entre os valores fixados no Acordo Coletivo de Trabalho e na Convenção Coletiva de Trabalho atingiria o montante máximo de R\$ 7.406,02, previsto nesta última" (fl. 237).

Observa-se que a decisão regional baseou-se na interpretação de cláusulas insertas em normas coletivas da categoria, de maneira que o recurso apenas se viabilizaria por divergência jurisprudencial, nos moldes do art. 896, "b", da CLT. O Reclamado, porém, não trouxe arestos.

Não conheço.

III - AGRAVO DE INSTRUMENTO DO RECLAMANTE

1 - CONHECIMENTO

Conheço do Agravo de Instrumento, porque tempestivo (fls. 309 e 310), dispensado o preparo e subscrito por advogado habilitado (fl. 26).

2 - MÉRITO

O Eg. Tribunal Regional deu parcial provimento ao Recurso Ordinário adesivo do Reclamante para "para deferir a integração dos valores pagos sob a rubrica PLR-PPR e PLR-CCT que ultrapassarem o teto de R\$ 7.406,02, em férias vencidas e proporcionais + 13º salário" (fl. 225). Indeferiu, porém, a integração das parcelas PLR-PPR e PLR-CCT, bem como da gratificação "Incentive Share Units" em descanso semanal remunerado e horas extras, ao fundamento de que o critério de pagamento das rubricas não era mensal.



PROCESSO Nº TST-ARR-2843-80.2011.5.02.0030

No Recurso de Revista, o Reclamante pugnou pelo deferimento da repercussão das parcelas sob as rubricas "Incentive Share Units", PLR-PPR e PLR-CCT sobre as horas extras e DSRs, ao argumento de que possuem natureza salarial. Invocou o art. 457, § 1º, da CLT; a Súmula nº 264 do TST e trouxe um aresto.

O Juízo primeiro de admissibilidade negou seguimento ao Recurso de Revista, nestes termos:

Duração do Trabalho / Horas Extras / Base de Cálculo.
Remuneração, Verbas Indenizatórias e Benefícios / Gratificações / Gratificação Ajustada.

Alegação(ões):

- contrariedade à Súmula nº 264 do Colendo Tribunal Superior do Trabalho.
- divergência jurisprudencial indicada a partir da folha 237, 1 aresto.

O recorrente pretende o pagamento dos reflexos da participação nos lucros e da gratificação ajustada nas horas extras e nos descansos semanais remunerados, dado o reconhecimento pelo Regional de sua natureza salarial.

Consta do v. acórdão:

"Integração das Gratificações em Horas Extras e DSR's

Embora a gratificação Incentive Share Units tenha sido quitada em decorrência do trabalho desempenhado pelo autor, não há fundamento legal para que a mesma incida sobre as horas extras e DSR's, notadamente porque a mesma não era paga mensalmente, mas em parcela anual, daí porque a impossibilidade de incidência pretendida.

Nego provimento ao apelo do autor, no particular.

(. . .)

Desta forma, impositivo o acolhimento do autor, para deferir a integração dos valores pagos sob a rubrica PLR-PPR e PLR-CCT que ultrapassem o teto de R\$ 7.406,02, em férias vencidas e proporcionais + 13º salário. Não se autoriza a integração em DSR's e horas extras porque o critério de pagamento da parcela não era mensal." (original sublinhado)

O reexame extraordinário de matéria decidida a partir da exegese dos preceitos legais aplicáveis ao caso, como na espécie, depende de demonstração da existência de efetiva divergência jurisprudencial, e o paradigma regional, trazido a cotejo, não autoriza a cognição intentada, no particular, pois, abordando hipótese fática diversa daquela delineada no duplo grau, não revela a especificidade exigida pela Súmula nº 296 do colendo Tribunal Superior do Trabalho.

Com efeito, o aresto transcrito à fl. 237 diz respeito à gratificação de produtividade e a valores variáveis, temas sequer abordados pelo Regional.

Outrossim, resta inaplicável à espécie a Súmula 264 do C.TST, por consubstanciar tese oposta inespecífica àquela fundada no v. aresto paradigma.

CONCLUSÃO

DENEGO seguimento ao Recurso de Revista. (fls. 307/308)



PROCESSO Nº TST-ARR-2843-80.2011.5.02.0030

Os argumentos do recurso principal são renovados no Agravo de Instrumento.

Resta prejudicado o exame do recurso em relação à repercussão da parcela "Incentive Share Units" em descanso semanal remunerado e horas extras, tendo em vista o provimento dado ao Recurso de Revista do Reclamado determinando a sua exclusão da condenação.

No que se refere à participação nos lucros e resultados, o Eg. TRT consignou que, no mês de janeiro de 2010, o Reclamante recebeu montante superior ao teto previsto em norma coletiva, revelando que o valor percebido teria natureza diversa.

Nesse contexto, deferiu a integração dos valores pagos que ultrapassaram o teto em 13º salário e férias vencidas e proporcionais. De outro giro, não autorizou a integração em descanso semanal remunerado e horas extras, ao fundamento de que "o critério de pagamento da parcela não era mensal" (fl. 225).

Em se tratando de parcela com periodicidade de pagamento superior à mensal, ainda que reconhecida a natureza salarial, não há que se falar em repercussão no cálculo das horas extras e do descanso semanal remunerado.

Este, o entendimento consagrado na Súmula nº 253 do TST, aplicável à hipótese dos autos, por analogia:

GRATIFICAÇÃO SEMESTRAL. REPERCUSSÕES - NOVA REDAÇÃO.

A gratificação semestral não repercute no cálculo das horas extras, das férias e do aviso prévio, ainda que indenizados. Repercute, contudo, pelo seu duodécimo na indenização por antigüidade e na gratificação natalina.

Assim como se considera que a gratificação semestral não repercute em horas extras, a coerência do raciocínio jurídico impede que se admita a repercussão de rubricas com pagamento anual. Precedentes:

RECURSO DE REVISTA DA RECLAMADA. GRATIFICAÇÃO ESPECIAL. BASE DE CÁLCULO SUPRAMENSAL. NÃO INCIDÊNCIA EM VERBAS MERAMENTE MENSAIS. BIS IN IDEM. DESRESPEITO AO CRITÉRIO CONSAGRADO PELA SÚMULA 253/TST, AINDA QUE ANALOGICAMENTE CONSIDERADA. Parcelas gratificatórias cuja base de cálculo seja superior ao mês (gratificações trimestrais, semestrais ou anuais, por exemplo), não podem produzir reflexos sobre parcelas semanais (DSR,



PROCESSO N° TST-ARR-2843-80.2011.5.02.0030

ilustrativamente), e nem sobre parcelas mensais, por serem naturalmente tais parcelas menores. O reflexo seria, desse modo, inevitavelmente *bis in idem*, afrontando o critério que, analogicamente está consagrado na Súmula 253/TST. Recurso de revista conhecido e provido. (RR-4583700-12.2002.5.02.0900, 6ª Turma, Relator Ministro Mauricio Godinho Delgado, Data de Divulgação DEJT 19/2/2010)

(...) RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO PELO RECLAMANTE.
(...) REFLEXOS DA GRATIFICAÇÃO ESPECIAL NAS FÉRIAS E NO 13º SALÁRIO. A jurisprudência desta Corte superior tem-se posicionado no sentido de que a gratificação anual paga pela Cosipa não repercute sobre verbas pagas mensalmente. Hipótese de incidência da orientação contida na Súmula n.º 253 do Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de revista de que não se conhece. (...) (AIRR e RR-5335100-24.2002.5.02.0900, 1ª Turma, Relator Ministro: Lelio Bentes Corrêa, DEJT 11/6/2010)

REFLEXOS DA GRATIFICAÇÃO ESPECIAL. A gratificação paga anualmente pela empresa não repercute nos cálculos das horas extras, das férias e do aviso prévio, ainda que indenizados. Hipótese de incidência da Súmula n.º 253 desta Corte superior. Recurso conhecido e provido. (RR-36.037/2002-900-02-00.9, 1ª Turma, Relator Ministro Lelio Bentes Corrêa, DJ de 15/06/2007)

Ante o exposto, **nego provimento.**

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Oitava Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade: I - dar provimento ao Agravo de Instrumento do Reclamado para mandar processar o Recurso de Revista e determinar seja publicada certidão, para efeito de intimação das partes, dela constando que o julgamento do recurso dar-se-á na primeira sessão ordinária subsequente à data da publicação, nos termos da Resolução Administrativa n° 928/2003 desta Corte; II - conhecer do Recurso de Revista do Reclamado no tema "PLANO DIRETOR DE AÇÕES - 'INCENTIVE SHARE UNITS' - PRAZO DE CARÊNCIA - VALIDADE", por violação ao art. 122 do Código Civil, e, no mérito, dar-lhe provimento para indeferir o pedido de restituição dos valores relativos a 8.173 (oito mil cento e setenta e três) ações, excluindo da condenação o pagamento da quantia de R\$ 654.246,90 (seiscentos e cinquenta e quatro mil duzentos e quarenta e seis reais e noventa centavos) e correlatos reflexos; dele não conhecer



PROCESSO Nº TST-ARR-2843-80.2011.5.02.0030

quanto aos demais temas; e III - negar provimento ao Agravo de Instrumento do Reclamante.

Brasília, 18 de Novembro de 2015.

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

MARIA CRISTINA IRIGOYEN PEDUZZI
Ministra Relatora

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico <http://www.tst.jus.br/validador> sob código 10010D56AC16CE857C.