



ACÓRDÃO
(2ª Turma)
GMMHM/yar/nt

I - AGRAVO DE INSTRUMENTO DO RECLAMANTE

NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. 1. O acórdão recorrido analisou a matéria debatida nos autos, estando suficientemente fundamentado, uma vez que consignou expressamente as razões de fato e de direito com relação ao assédio moral noticiado, constatando, a partir de testemunhas válidas, haver prova dividida de fato, aspecto esse que atrai o julgamento conforme as regras de distribuição do ônus da prova. Assim, o mero inconformismo com a decisão que não lhe foi favorável não enseja nulidade por negativa de prestação jurisdicional, já que devidamente fundamentada em todos os pontos essenciais para a sua conclusão, em conformidade com os elementos trazidos ao processo, nos termos do art. 371 do CPC. Incólumes os dispositivos hábeis indicados, nos termos da Súmula 459 do TST. 2. Por outro lado, quanto ao tema remanescente (danos morais por dispensa em período próximo à concessão de férias), por observar possível julgamento do mérito em favor do agravante, deixa-se de examinar a preliminar de nulidade nos termos do artigo 282, § 2º, do CPC/2015 (correspondente ao art. 249, § 2º, do CPC/1973).

Agravo não provido.

INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. DISPENSA DIAS ANTES DA CONCESSÃO DAS FÉRIAS. OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA. VEDAÇÃO DO COMPORTAMENTO CONTRADITÓRIO (VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM). Ante a possível violação dos artigos 186 e 927 do CC, deve ser provido o agravo de instrumento. **Agravo de instrumento a que se dá provimento.**

II - RECURSO DE REVISTA DO RECLAMANTE. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. DISPENSA IMOTIVADA DIAS ANTES DA CONCESSÃO DAS FÉRIAS. OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA. VEDAÇÃO DO COMPORTAMENTO CONTRADITÓRIO (VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM). A presente controvérsia cuida de definir se caracteriza dano moral, passível de indenização, o ato praticado pela empresa de dispensar imotivadamente o empregado em período próximo ao usufruto de férias concedidas pelo empregador. No caso, extraem-se como fatos incontroversos constantes dos presentes autos: o autor foi avisado em 04/05/2019 que suas férias teriam início em 03/06/2019, durando até 02/07/2019. Contudo, a parte autora foi comunicada de sua dispensa na data de 29/05/2019, com aviso-prévio indenizado, poucos dias antes do início de usufruir de sua pausa anual, direito social de enorme relevância, de natureza constitucional (CF, art. 7º, XVII). Conquanto a dispensa do empregado constitua direito potestativo do empregador, conforme exegese do art. 2º, *caput*, da CLT, ao exercê-lo, a reclamada violou a boa-fé objetiva, diante da legítima expectativa de usufruir seu período de férias regularmente, ante a regular vigência do contrato de trabalho, caracterizando abuso de direito a rescisão contratual nesse contexto. A conduta da reclamada deve ser interpretada como afronta ao princípio *nemo potest venire contra factum proprium*, que veda o comportamento contraditório da parte, capaz de violar a legítima confiança da outra parte. É devida, assim, a indenização por danos morais pretendida pela parte autora.

Recurso de revista conhecido e provido.

III - RECURSO DE REVISTA DA RECLAMADA

PROMOÇÕES POR MERECIMENTO. AUSÊNCIA DE AVALIAÇÃO DE DESEMPENHO. CONCESSÃO AUTOMÁTICA. IMPOSSIBILIDADE. A SDI-1 desta Corte entende que as promoções por merecimento, pelo seu caráter subjetivo e comparativo, ligado à avaliação profissional dos empregados aptos a concorrer à progressão, estão condicionadas aos

critérios estabelecidos no regulamento empresarial, cuja análise está exclusivamente a cargo da empregadora. Assim, a promoção por merecimento não é automática, sendo imprescindível a soma de todos os requisitos estabelecidos no regulamento da empresa, como a avaliação satisfatória do empregado em seu desempenho funcional. Precedentes. **Recurso de revista conhecido e provido.**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de **Recurso de Revista com Agravo** nº TST-RRAg - 582-19.2019.5.05.0018, em que é Agravante(s), Recorrente(s) e Recorrido(a)(s) **MARCOS VINICIO LUZ DA COSTA** e é Agravado(a)(s), Recorrente(s) e Recorrido(a)(s) **SESC - ADMINISTRACAO REGIONAL NO ESTADO DA BAHIA**.

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra decisão mediante a qual foi denegado seguimento ao recurso de revista.

As partes apresentaram contraminuta ao agravo de instrumento e contrarrazões ao recurso de revista.

É o relatório.

V O T O

I – AGRAVO DE INSTRUMENTO DO RECLAMANTE

NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

Afirma a parte reclamante que o acórdão regional padece de nulidade, por negativa de prestação jurisdicional, notadamente no que concerne aos pleitos de indenização por dano moral pela dispensa ocorrida em período próximo ao gozo de férias, bem como em relação ao assédio moral configurado.

No que toca à dispensa ocorrida em período próximo à pausa anual, afirma a parte autora que *"o Julgado foi omissivo em enfrentar a questão sob a perspectiva de que o ato de comunicar ao trabalhador sobre a concessão das férias é incompatível com o ato de promover a rescisão contratual num período inferior a 30 (trinta) dias, vulnerando a boa-fé que deve reger as relações de trabalho"*.

Quanto ao assédio moral, destaca que não houve manifestação acerca da tese de que cumpria a ré demonstrar que as salas eram apropriadas para o desempenho da aula de yoga, cabendo a Corte de origem se manifestar acerca da correta distribuição do ônus da prova neste particular.

Registrou que não há que se falar em prova dividida, tendo em vista que as testemunhas foram categóricas em afirmar que inexistia sala própria para a atividade ministrada pelo autor.

Afirma, ainda, haver omissão quanto à parcialidade das testemunhas, as quais muitas mantêm ainda o vínculo de emprego, o que faz com que se tenha uma tendência a faltar com a verdade.

Aponta violação do art. 93, IX, da Constituição Federal. 832 da CLT e 489 do CPC.

Analiso.

Por observar possível julgamento do mérito em favor do agravante, no que toca ao tema **danos morais por dispensa perto do período de gozo de férias**, deixa-se de examinar a preliminar de nulidade nos termos do artigo 282, § 2º, do CPC/2015 (correspondente ao art. 249, § 2º, do CPC/1973), quanto ao tema.

Quanto aos danos morais por assédio moral, observa-se que a Corte Regional assim se manifestou:

DOS DANOS MORAIS DECORRENTES DE ASSÉDIO MORAL SOFRIDO PELO RECORRENTE
Advoga o reclamante recorrente a reforma da sentença no ponto que indeferiu o pedido de pagamento de indenização por danos morais decorrentes de assédio moral.
Sustenta que restou evidenciada a conduta caracterizadora do assédio, não havendo que se falar em prova dividida, conforme conclusão da sentença a quo, que rendeu ensejo ao indeferimento

da pretensão, ante o julgamento através das regras de ônus da prova.

Pois bem.

A pretensão baseia-se em supostas posturas da parte reclamada, seja por intermédio de tratamentos hostis por parte dos seus prepostos (gerentes), seja pela abstenção no que toca ao fornecimento de condições de trabalho, sob o ponto de vista de um local hígido para o exercício das atividades desenvolvidas como instrutor de Yoga, que exigiam higiene e silêncio, por exemplo.

A sentença, entretanto, julgou improcedente o pedido de pagamento de indenização por danos morais, tomando como base a prova oral, sobretudo a prova testemunhal, ante a conclusão de que as testemunhas arroladas por ambas as partes foram contraditórias em seus termos, restando evidenciado **o que se denomina "prova dividida", cuja solução é o julgamento pelas regras de distribuição do ônus da prova.**

O preposto da ré sem admitir qualquer conduta que, por si só, fosse capaz de caracterizar assédio moral, afirmou: "que cada unidade tinha uma sala específica para que o reclamante executasse as suas tarefas; quem, por exemplo, na unidade Aquidabã, havia uma sala de artes marciais; que nas unidades Piatã e Chile não havia sala de artes marciais, mas havia uma sala que não era específica para yoga, podendo ser ministradas outras aulas no local". **Conclui-se do depoimento do preposto apenas que havia local conjugado para as aulas de Yoga, não havendo, de fato, ambiente individual para tais atividades, não se podendo concluir, no entanto, que as salas concedidas não eram apropriadas para os fins almejados.**

A primeira testemunha trazida pela Reclamada (SINTHIA NOVAES OLIVEIRA), alinhando-se à tese defensiva, afirmou:

"...;que no Sesc Piatã, as aulas de yoga ministradas pelo reclamante, aconteciam numa sala que pela manhã era destinada a aula de ginástica e pela tarde a aula de yoga; que a sala não tinha uma estética como o mercado oferece, tendo, por exemplo, imagens de bambu, não era climatizada, etc.,mas era uma sala com 05 janelas, com ponto de energia para colocar o som e que possibilitava a realização da aula de yoga; que não ocorreu incêndio na referida sala; que no período em que a depoente trabalhou no Sesc Piatã o reclamante sempre ministrou aulas na referida sala;...".

Seguindo a mesma linha, a segunda testemunha da parte ré (LEVI BARROS DE OLIVEIRA) trouxe as seguintes informações:

"que na Rua Chile existe uma sala de ginástica para várias atividades, inclusive para aula de yoga, local onde o reclamante executava as suas atividades; que o depoente acredita que a referida sala é compatível para realização das aulas de yoga, pois é ampla, inclusive ocorria dança de salão e ginástica, essa última aula ocorrendo treinamento funcional; que a senhora Sued tem um bom relacionamento com a maioria dos funcionários e com os demais não pode dizer que é um mau relacionamento, mas seria um relacionamento profissional; que o depoente não presenciou qualquer situação de constrangimento entre a senhora Sued e o reclamante; que existem atividades /projetos que ocorrem fora das unidades do Reclamado e todos os professores participam; que, por exemplo, pode citar a semana dos avós com parceria realizada com o Shopping Center Lapa e o propósito é realizar atividades destinadas a clientela do shopping e do Sesc; que as unidades da Reclamada possuem metas de atendimentos; que o Sesc possui setor para divulgar as atividades disponibilizadas e o corpo funcional destinada à matrícula explica aos interessados sobre as atividades disponíveis; que não existe penalidade em caso de não atingir a meta de matrícula por atividade, mas há uma tentativa de manter, tentando cumprir a meta e caso não conseguindo, conversa com todos, inclusive com os professores para buscar ideias e alternativas para conseguir o fechamento da turma; que já aconteceu com o reclamante de ter uma determinada turma sem nenhum aluno e acredita também que jpa aconteceu de ter duas turmas com poucos alunos e juntou em uma; que não sabe informar se já aconteceu do reclamante chegar em determinado dia para dar aula a uma turma que tinha aluno e não conseguiu ministrar a aula por falta de aluno em sala; que não havia penalidades por falta de aluno, mas o que ocorria eram todos reunidos tentar buscar alternativas para conseguir formar a turma de alunos;...".

Por seu turno, a primeira testemunha da parte reclamante (CAROLINA FIGUEIREDO VALADARES), ratificando a tese autoral, trouxe as seguintes informações:

"...; que na Rua Chile chegou a dividir sala com o reclamante em horários diferentes e em dias diferentes; que na unidade da Rua Chile não há sala específica para yoga, sendo utilizada a sala que é utilizada por outras atividades (dança, ginástica, funcional,etc.); que a gerente da unidade da rua Chile era a senhora Sued; que a referida gerente era muito ignorante, impunha o que tinha que ser feito pelo professor, não dava liberdade aos professores de como ministrarem as aulas, mas apenas dentro das regras que estabelecia;que muitas vezes o professor chegava para dar aulas e não tinha aluno porque estavam em passeios, organizados pela senhora Sued; que neste último caso, no final do mês, o SESC cobrava da senhora Sued os atendimentos e esta cobrava do professor porque em determinada data não teve aula, mas não se responsabilizava que retirava os alunos para os passeios; que na unidade Piatã não tem sala de yoga e antigamente existia uma espécie de sala de musculação e algumas aulas ocorriam no salão de festas; que quando não ocorria no salão de festas, as aulas eram realizadas na sala de musculação; que já participou de projetos realizados pelo Sesc fora das unidades, a exemplo de corridas, triatlon; que pode citar também eventos realizados em shopping, como o Dia dos Avós, contendo ginástica, yoga, dança, etc.;que embora acabasse sendo uma divulgação, acredita que não era o objetivo principal do Sesc realizar esses eventos fora das unidades, era mais para beneficiar o comerciante; que no caso da depoente, já recebia turma pronta e não participou de captação de atendimento; que em relação ao reclamante, quando trabalhou no Sesc Piatã e Sesc Rua Chile, foi cobrado pela senhora Sued para fazer captação de alunos, pois se assim não procedesse, não teria turma e não teria como continuar, sabendo informar por comentários de outros colegas do local; que a penalidade era que se por acaso não tivesse aluno para formar a turma, não poderia continuar na modalidade, ou seja, sairia; que no Sesc Aquidabã havia divulgação das aulas de yoga, como também no site do próprio Sesc; que em relação ao Sesc Rua Chile, a depoente já presenciou uma vez um banner oferecendo aulas e yoga; que no Sesc Piatã falava-se muito pouco da referida aula e para que as aulas pudessem acontecer colocavam hóspedes para complementar a turma;...".

No mesmo sentido, a segunda testemunha do Reclamante (ROQUE FERNANDO RIBEIRO) afirmou o seguinte:

"...; que na Rua Chile havia uma sala de dança adaptada para ser executada aula de yoga; que em Piatã, havia uma sala de musculação onde eram realizadas as aulas de yoga, sala muito ruim; que o depoente já participou de atividades fora das unidades do Sesc, tais como corridas, eventos em shoppings, por exemplo, Dia dos Avós, cinema na praça, etc.; que o reclamante também participava de eventos externos, a exemplo de um convite realizado pela Marinha ou por um shopping e muitas vezes tomava

conhecimento somente quando chegava no Sesc para ministrar a aula; que a gerente das unidades Rua Chile e Piatã falavam para o reclamante que deveria captar alunos porque senão a situação dele ficaria difícil, ou seja, o que certamente aconteceu, seria demitido; que a instituição rad divulgava as atividades disponíveis para os comerciantes, inclusive as aulas de yoga em sua agenda e em cada unidade, quando tinha número menor de alunos eram feitos cartazes internos para divulgação; que a depender da unidade poderia ser que não batesse a meta e mesmo assim o gerente cobrava do professor que conseguisse mais aluno porque queria uma sala cheia; que o depoente tomava conhecimento de tal fato pelo próprio professor que chegava comentando da atribuição que lhe foi passada;...".

Dos depoimentos acima transcritos, percebe-se nitidamente que não há uniformidade, havendo uma perceptível cisão e consequente confirmação das respectivas teses autoral e defensiva, que, por óbvio, são dissonantes.

A partir deste meio probatório (prova testemunhal), conclusão alguma se alcança, senão o dissenso existente entre elas, sendo dividida a prova.

Em hipóteses como tal, como bem asseverou o juiz a quo, vislumbra-se o que a doutrina e jurisprudência denominam de prova empatada, cuja solução alcançada é o julgamento pela distribuição do ônus da prova, como acertadamente decidiu o juízo originário.

Na hipótese, a presença do assédio moral é fato constitutivo do direito da parte reclamante, a teor do artigo 818 da CLT e artigo 373 do NCPC.

Não logrou êxito, no entanto, a parte autora na comprovação do fato constitutivo, vale dizer, as condutas hostis dos prepostos da parte ré, sobretudo no cumprimento de metas, bem como a inviabilização do exercício das atividades, frente a um ambiente inapropriado para as aulas de Yoga.

Desta forma, outra via não há senão a manutenção da improcedência da pretensão, conforme os termos da sentença a quo.

Irretocável, portanto, a sentença.

Quanto ao tema em epígrafe, observa-se que o Tribunal Regional decidiu a questão de forma fundamentada, expondo as razões de fato e de direito que balizaram seu convencimento.

Com efeito, quanto ao ônus da prova de demonstrar o assédio moral e que o local não era apropriado para que o autor ministrasse a aula de yoga, a Corte Regional expressamente aduziu que:

Na hipótese, a presença do assédio moral é fato constitutivo do direito da parte reclamante, a teor do artigo 818 da CLT e artigo 373 do NCPC.

Não logrou êxito, no entanto, a parte autora na comprovação do fato constitutivo, vale dizer, as condutas hostis dos prepostos da parte ré, sobretudo no cumprimento de metas, bem como a inviabilização do exercício das atividades, frente a um ambiente inapropriado para as aulas de Yoga.

Em relação à inexistência de provas divididas, bem como quanto a possível parcialidade das testemunhas, verifica-se que a Corte Regional, soberana no exame das provas, apreciou-as de acordo com seu livre convencimento (CPC, art. 371), concluindo, a partir da validade desses meios probatórios, e de acordo com o teor dos depoimentos prestados, que houve prova dividida, aspecto esse que acarretou o julgamento de acordo com as regras de distribuição do ônus da prova.

O art. 93, inciso IX, da Constituição Federal, ao preceituar que todas as decisões dos órgãos do Poder Judiciário serão fundamentadas, sob pena de nulidade, não exige que o julgador rebata, ponto a ponto, todos os argumentos articulados pelas partes. Assim, o mero inconformismo da parte com a decisão que não lhe foi favorável não enseja nulidade por negativa de prestação jurisdicional, já que devidamente fundamentada em todos os pontos essenciais para a sua conclusão, em conformidade com os elementos trazidos ao processo, nos termos do art. 371 do CPC.

Nego provimento.

INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. DISPENSA DIAS ANTES DA CONCESSÃO DAS FÉRIAS. OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA. VEDAÇÃO DO COMPORTAMENTO CONTRADITÓRIO (VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM).

O reclamante alega que faz jus à indenização por danos morais decorrentes da dispensa no curso do aviso de férias.

Aponta violação dos arts. 5º, V e X, da Constituição Federal, 186, 187, 927, do Código Civil e 373, do Código de Processo Civil.

Analiso.

Por observar possível violação dos artigos 186 e 927 do CC, **dou provimento** ao agravo de instrumento para determinar o processamento do recurso de revista.

II – RECURSO DE REVISTA DO RECLAMANTE

INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. DISPENSA DIAS ANTES DA CONCESSÃO DAS FÉRIAS. OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA. VEDAÇÃO DO COMPORTAMENTO CONTRADITÓRIO (*VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM*).

Conhecimento

O Tribunal Regional assim decidiu:

INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. DISPENSA NO PERÍODO DE AVISO DE FÉRIAS

Busca a reclamada recorrente a exclusão da condenação de indenização por danos morais em razão da dispensa do empregado na oportunidade do aviso de férias.

Sustenta que a ruptura unilateral do vínculo de emprego traduz direito potestativo do empregador, não havendo que se falar em ato ilícito nesta conduta.

Por outro lado, almeja a parte autora recorrente a majoração do valor arbitrado da indenização, uma vez que supostamente o valor de R\$ 3.000,00 não foi suficiente para compensar o dano.

Ao exame.

O direito potestativo confere ao empregador o direito de gerir os seus negócios como bem lhe aprouver, podendo despedir os seus empregados sem motivação a qualquer tempo, afigurando-se abusiva a resilição unilateral somente quando viola as normas constitucionais e infraconstitucionais de garantia de emprego.

O mero aviso de fruição de férias direcionada ao empregado não constitui fato gerador de garantia de emprego, podendo, desta forma, ser cumulado com o ato de aviso de dispensa sem que isso configure ato emulativo (abusivo), a teor do artigo 186 do CC, salvo se presente motivo escuso.

E, nessa linha, inexistiu nos autos prova de que o ato de dispensa foi, por exemplo, motivado por atos de perseguição, discriminação ou punição.

Cabia, inclusive, ao autor/recorrente, a teor do quanto disposto no art. 818 Consolidado, c/c o inciso I do art. 373 do CPC/2015, o ônus probandi do fato constitutivo do seu direito, qual seja, o exercício abusivo do direito potestativo patronal de despedi-lo, o que não ocorreu na hipótese dos autos.

Exerceu, em verdade, o empregador o legítimo direito de gestão dos seus negócios, corolário do Direito Constitucional de Propriedade, insculpido no artigo 5º, XII da CRFB/88, sobretudo porque não houve discussão ou alegação de ausência de pagamento das verbas rescisórias, tendo sido as férias em questão objeto de indenização conforme TRCT adunado aos autos (ID. 1765941 - Pág. 1).

Ante o exposto, não demonstrada a ocorrência de despedida discriminatória, prevalece como válida a dispensa, em face do regular exercício do poder potestativo do empregador.

Reformo a sentença para excluir a condenação ao pagamento de indenização por danos morais decorrentes da dispensa no curso do aviso de férias, prejudicado o ponto do recurso obreiro que pretendia a majoração da indenização deferida pela sentença.

DOS DANOS MORAIS DECORRENTES DE ASSÉDIO MORAL SOFRIDO PELO RECORRENTE

Advoga o reclamante recorrente a reforma da sentença no ponto que indeferiu o pedido de pagamento de indenização por danos morais decorrentes de assédio moral.

Sustenta que restou evidenciada a conduta caracterizadora do assédio, não havendo que se falar em prova dividida, conforme conclusão da sentença *a quo*, que rendeu ensejo ao indeferimento da pretensão, ante o julgamento através das regras de ônus da prova.

Pois bem.

A pretensão baseia-se em supostas posturas da parte reclamada, seja por intermédio de tratamentos hostis por parte dos seus prepostos (gerentes), seja pela abstenção no que toca ao fornecimento de condições de trabalho, sob o ponto de vista de um local hígido para o exercício das atividades desenvolvidas como instrutor de Yoga, que exigiam higiene e silêncio, por exemplo.

A sentença, entretanto, julgou improcedente o pedido de pagamento de indenização por danos morais, tomando como base a prova oral, sobretudo a prova testemunhal, ante a conclusão de que as testemunhas arroladas por ambas as partes foram contraditórias em seus termos, restando evidenciado o que se denomina "prova dividida", cuja solução é o julgamento pelas regras de distribuição do ônus da prova.

O preposto da ré sem admitir qualquer conduta que, por si só, fosse capaz de caracterizar assédio moral, afirmou: *"que cada unidade tinha uma sala específica para que o reclamante executasse as suas tarefas; quem, por exemplo, na unidade Aquidabã, havia uma sala de artes marciais; que nas unidades Piatã e Chile não havia sala de artes marciais, mas havia uma sala que não era específica para yoga, podendo ser ministradas outras aulas no local"*. Conclui-se do depoimento do preposto apenas que havia local conjugado para as aulas de Yoga, não havendo, de fato, ambiente individual para tais atividades, não se podendo concluir, no entanto, que as salas concedidas não eram apropriadas para os fins almejados.

A primeira testemunha trazida pela Reclamada (SINTHIA NOVAES OLIVEIRA), alinhando-se à tese defensiva, afirmou:

"...que no Sesc Piatã, as aulas de yoga ministradas pelo reclamante, aconteciam numa sala que pela manhã era destinada a aula de ginástica e pela tarde a aula de yoga; que a sala não tinha uma estética como o mercado oferece, tendo, por exemplo, imagens de bambu, não era climatizada, etc., mas era uma sala com 05 janelas, com ponto de energia para colocar o som e que possibilitava a realização da aula de yoga; que não ocorreu incêndio na referida sala; que no período em que a depoente trabalhou no Sesc Piatã o reclamante sempre ministrou aulas na referida sala;..."

Seguindo a mesma linha, a segunda testemunha da parte ré (LEVI BARROS DE OLIVEIRA) trouxe as seguintes informações:

"que na Rua Chile existe uma sala de ginástica para várias atividades, inclusive para aula de yoga, local onde o reclamante executava as suas atividades; que o depoente acredita que a referida sala é compatível para realização das aulas de yoga, pois é ampla, inclusive ocorria dança de salão e ginástica, essa última aula ocorrendo treinamento funcional; que a senhora Sued tem um bom relacionamento com a maioria dos funcionários e com os demais não pode dizer que é um mau relacionamento, mas seria um relacionamento profissional; que o depoente não presenciou qualquer situação de constrangimento entre a senhora Sued e o reclamante; que existem atividades/projetos que ocorrem fora das unidades do Reclamado e todos os professores participam; que, por exemplo, pode citar a semana dos avós com parceria realizada com o Shopping Center Lapa e o propósito é realizar atividades destinadas a clientela do shopping e do Sesc; que as unidades da Reclamada possuem metas de atendimentos; que o Sesc possui setor para divulgar as atividades

disponibilizadas e o corpo funcional destinada à matrícula explica aos interessados sobre as atividades disponíveis; que não existe penalidade em caso de não atingir a meta de matrícula por atividade, mas há uma tentativa de manter, tentando cumprir a meta e caso não conseguindo, conversa com todos, inclusive com os professores para buscar ideias e alternativas para conseguir o fechamento da turma; que já aconteceu com o reclamante de ter uma determinada turma sem nenhum aluno e acredita também que jpa aconteceu de ter duas turmas com poucos alunos e juntou em uma; que não sabe informar se já aconteceu do reclamante chegar em determinado dia para dar aula a uma turma que tinha aluno e não conseguiu ministrar a aula por falta de aluno em sala; que não havia penalidades por falta de aluno, mas o que ocorria eram todos reunidos tentar buscar alternativas para conseguir formar a turma de alunos;....".

Por seu turno, a primeira testemunha da parte reclamante (CAROLINA FIGUEIREDO VALADARES), ratificando a tese autoral, trouxe as seguintes informações:

"...; que na Rua Chile chegou a dividir sala com o reclamante em horários diferentes e em dias diferentes; que na unidade da Rua Chile não há sala específica para yoga, sendo utilizada a sala que é utilizada por outras atividades (dança, ginástica, funcional, etc.); que a gerente da unidade da rua Chile era a senhora Sued; que a referida gerente era muito ignorante, impunha o que tinha que ser feito pelo professor, não dava liberdade aos professores de como ministrarem as aulas, mas apenas dentro das regras que estabelecia; que muitas vezes o professor chegava para dar aulas e não tinha aluno porque estavam em passeios, organizados pela senhora Sued; que neste último caso, no final do mês, o SESC cobrava da senhora Sued os atendimentos e esta cobrava do professor porque em determinada data não teve aula, mas não se responsabilizava que retirava os alunos para os passeios; que na unidade Piatã não tem sala de yoga e antigamente existia uma espécie de sala de musculação e algumas aulas ocorriam no salão de festas; que quando não ocorria no salão de festas, as aulas eram realizadas na sala de musculação; que já participou de projetos realizados pelo Sesc fora das unidades, a exemplo de corridas, triathlon; que pode citar também eventos realizados em shopping, como o Dia dos Avós, contendo ginástica, yoga, dança, etc.; que embora acabasse sendo uma divulgação, acredita que não era o objetivo principal do Sesc realizar esses eventos fora das unidades, era mais para beneficiar o comércio; que no caso da depoente, já recebia turma pronta e não participou de captação de atendimento; que em relação ao reclamante, quando trabalhou no Sesc Piatã e Sesc Rua Chile, foi cobrado pela senhora Sued para fazer captação de alunos, pois se assim não procedesse, não teria turma e não teria como continuar, sabendo informar por comentários de outros colegas do local; que a penalidade era que se por acaso não tivesse aluno para formar a turma, não poderia continuar na modalidade, ou seja, sairia; que no Sesc Aquidabã havia divulgação das aulas de yoga, como também no site do próprio Sesc; que em relação ao Sesc Rua Chile, a depoente já presenciou uma vez um banner oferecendo aulas e yoga; que no Sesc Piatã falava-se muito pouco da referida aula e para que as aulas pudessem acontecer colocavam hóspedes para complementar a turma;...".

No mesmo sentido, a segunda testemunha do Reclamante (ROQUE FERNANDO RIBEIRO) afirmou o seguinte:

"...; que na Rua Chile havia uma sala de dança adaptada para ser executada aula de yoga; que em Piatã, havia uma sala de musculação onde eram realizadas as aulas de yoga, sala muito ruim; que o depoente já participou de atividades fora das unidades do Sesc, tais como corridas, eventos em shoppings, por exemplo, Dia dos Avós, cinema na praça, etc.; que o reclamante também participava de eventos externos, a exemplo de um convite realizado pela Marinha ou por um shopping e muitas vezes tomava conhecimento somente quando chegava no Sesc para ministrar a aula; que a gerente das unidades Rua Chile e Piatã falavam para o reclamante que deveria captar alunos porque senão a situação dele ficaria difícil, ou seja, o que certamente aconteceu, seria demitido; que a instituição divulgava as atividades disponíveis para os comerciários, inclusive as aulas de yoga em sua agenda e em cada unidade, quando tinha número menor de alunos eram feitos cartazes internos para divulgação; que a depender da unidade poderia ser que não batesse a meta e mesmo assim o gerente cobrava do professor que conseguisse mais aluno porque queria sala cheia; que o depoente tomava conhecimento de tal fato pelo próprio professor que chegava comentando da atribuição que lhe foi passada;...".

Dos depoimentos acima transcritos, percebe-se nitidamente que não há uniformidade, havendo uma perceptível cisão e consequente confirmação das respectivas teses autoral e defensiva, que, por óbvio, são dissonantes.

A partir deste meio probatório (prova testemunhal), conclusão alguma se alcança, senão o dissenso existente entre elas, sendo dividida a prova.

Em hipóteses como tal, como bem asseverou o juiz a quo, vislumbra-se o que a doutrina e jurisprudência denominam de prova empatada, cuja solução alcançada é o julgamento pela distribuição do ônus da prova, como acertadamente decidiu o juízo originário.

Na hipótese, a presença do assédio moral é fato constitutivo do direito da parte reclamante, a teor do artigo 818 da CLT e artigo 373 do NCP.

Não logrou êxito, no entanto, a parte autora na comprovação do fato constitutivo, vale dizer, as condutas hostis dos prepostos da parte ré, sobretudo no cumprimento de metas, bem como a inviabilização do exercício das atividades, frente a um ambiente inapropriado para as aulas de Yoga.

Desta forma, outra via não há senão a manutenção da improcedência da pretensão, conforme os termos da sentença a quo.

Irretocável, portanto, a sentença.

O reclamante alega que faz jus à indenização por danos morais decorrentes da dispensa no curso do aviso de férias.

Aponta violação dos arts. 5º, V e X, da Constituição Federal, 186, 187, 927, do Código Civil e 373, do Código de Processo Civil.

Analiso.

Trata-se a presente controvérsia em definir se caracteriza dano moral, passível de indenização, o ato praticado pela empresa de dispensar imotivadamente o empregado em período próximo ao usufruto de férias concedidas pelo empregador.

No caso, extraio como fatos incontroversos constantes dos presentes autos: o autor foi avisado em 04/05/2019 que suas férias teriam início em 03/06/2019, durando até 02/07/2019. Contudo, a parte autora foi comunicada de sua dispensa na data de 29/05/2019, com aviso-prévio indenizado, poucos dias antes do início de usufruir de sua pausa anual, direito social de enorme relevância, de natureza constitucional (CF, art. 7º, XVII).

Nos termos do artigo 422 do Código Civil, "*Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé*".

Consoante o disposto no artigo 113 do Código Civil, "*Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração*".

Cite-se, ainda, o artigo 187 do mesmo diploma legal, segundo o qual "*Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes*".

Assim, conquanto a dispensa do empregado constitua direito potestativo do empregador, conforme exegese do art. 2.º, *caput*, da CLT, ao exercê-lo, a reclamada violou a boa-fé objetiva, diante da legítima expectativa de usufruir seu período de férias regularmente, ante a regular vigência do contrato de trabalho.

A conduta da reclamada deve ser interpretada como afronta ao princípio *nemo poteste venire contra factum proprium*, que veda o comportamento contraditório da parte, capaz de violar a legítima confiança da outra parte.

Assim, configurado o dano moral sofrido pelo autor, o nexo de causalidade e o ato culposos da ré, é devida a condenação ao pagamento de danos morais.

Nesse contexto, **conheço** do recurso de revista por violação aos arts. 186 e 927 do Código Civil.

1.2 - Mérito

Conhecido o recurso de revista por violação dos arts. 186 e 927 do Código Civil, **dou-lhe provimento** para julgar procedente o pedido de pagamento de indenização por danos morais.

Tendo sido reconhecida a ocorrência do dano moral, passa-se à análise do quantum indenizatório.

No arbitramento da indenização por danos morais, devem ser consideradas as peculiaridades do caso concreto, observando-se o grau de culpa do ofensor, a capacidade financeira do ofensor, a situação econômica e social do ofendido, a gravidade e a extensão do dano, bem como o caráter pedagógico da pena, de forma a desestimular a prática do ato.

Obedecendo aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, arbitro o valor em R\$ 7.000,00 (sete mil reais), majorando o valor inicial concedido em sentença.

III – RECURSO DE REVISTA DA RECLAMADA.

Satisfeitos os pressupostos comuns de admissibilidade, examino os específicos do recurso de revista.

PROMOÇÕES POR MERECIMENTO. AUSÊNCIA DE AVALIAÇÃO DE DESEMPENHO. CONCESSÃO AUTOMÁTICA. IMPOSSIBILIDADE.

1.1 - Conhecimento

Ao analisar o recurso ordinário quanto ao tema em destaque, o TRT assim decidiu:

DIFERENÇAS SALARIAIS. INAPLICABILIDADE DO PLANO DE CARGOS E SALÁRIOS. PROMOÇÕES HORIZONTAIS. OMISSÃO NA IMPLEMENTAÇÃO DA AVALIAÇÃO DE DESEMPENHO

Propugna a parte recorrente a reforma da sentença no ponto que deferiu o pagamento de diferenças salariais decorrentes de promoção horizontal.

Sustenta que, a despeito da previsão das promoções horizontais em Norma de Gestão de Pessoas, a concessão da progressão depende de implementação de avaliação de desempenho que apure a ocorrência de critérios subjetivos dos funcionários, fato que não ocorreu na hipótese dos autos.

Obtempera que a realização de referida avaliação de desempenho integra o plexo de direitos potestativos do Empregador e sua implementação não pode ser suprida por decisão Judicial.

Sem razão.

Ao prever a concessão de progressões, caberia à reclamada realizar as avaliações por desempenho e demonstrar que a avaliação do reclamante teve resultado insatisfatório.

Contudo, a recorrente não trouxe aos autos prova de que o empregado foi submetido à avaliação de desempenho durante o pacto laboral a permitir a progressão horizontal.

Ressalte-se que o direito obreiro não pode permanecer limitado ao puro arbítrio do empregador, que, para se escusar de gastos, jamais realiza a mencionada avaliação, o que é vedado pelo ordenamento jurídico pátrio, consoante art. 122 do Código Civil, aplicado subsidiariamente no direito individual do trabalho, por força do art. 8º, parágrafo único, da CLT.

"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".

Aplica-se à espécie, analogicamente, o disposto na Orientação Jurisprudencial Transitória nº 71 do C. TST:

"EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS - ECT. PLANO DE CARGOS E SALÁRIOS. PROGRESSÃO HORIZONTAL POR ANTIGUIDADE. NECESSIDADE DE DELIBERAÇÃO DA DIRETORIA PARA COMPROVAR O EFETIVO CUMPRIMENTO DOS REQUISITOS DO PCCS. CONDIÇÃO PURAMENTE POTESTATIVA PARA A CONCESSÃO DA PROMOÇÃO. INVALIDADE. (DEJT divulgado em 09, 10 e 11.06.2010) A deliberação da diretoria da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT, prevista no Plano de Carreira, Cargos e Salários como requisito necessário para a concessão de progressão por antiguidade, por se tratar de condição puramente potestativa, não constitui óbice ao deferimento da progressão horizontal por antiguidade aos empregados, quando preenchidas as demais condições dispostas no aludido plano".

Nesse diapasão, merecem ser citados os seguintes julgados:

"PROMOÇÕES POR MERECIMENTO. AUSÊNCIA DE AVALIAÇÃO DE DESEMPENHO. Diante da inércia da empresa em promover avaliação por desempenho, aliada à ausência de qualquer outro fato impeditivo ao direito do Empregado, correta a decisão do Regional que concedeu as promoções por merecimento. Aplicação analógica da OJ-SDI-1 nº 71 do TST. Recurso de Revista não conhecido. (TST Processo: RR - 899- 96.2010.5.18.0009, Data de Julgamento: 23/11/2011, Relator Juiz Convocado: Sebastião Geraldo de Oliveira, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 25/11/2011)."

"PROMOÇÃO POR MERECIMENTO. DESCUMPRIMENTO PELO EMPREGADOR. APLICAÇÃO ANALÓGICA DA OJ TRANSITÓRIA Nº 71 DA ADI-1/TST. O atual entendimento desta Dt. Sexta Turma é o de que, se a Reclamada não implementou as promoções por merecimento a que tinha direito o Reclamante, por não efetuar as avaliações de desempenho, as quais se obrigou ao instituir o Plano de Cargos e Salários, não poderá o empregado sofrer os prejuízos advindos do inadimplemento de tal obrigação, sendo-lhe, portanto, devidas as diferenças salariais decorrentes das referidas promoções. Tendo o Regional consignado que a Reclamada não se desincumbiu de comprovar o não preenchimento dos demais requisitos previstos no regulamento da empresa, a decisão recorrida foi proferida em consonância com a Orientação Jurisprudencial Transitória 71 da SDI-1 do TST, aplicada, analogicamente, no presente caso. Registre-se a ressalva deste Relator no sentido de que, na hipótese, a promoção por merecimento não é automática, sendo necessária a soma de requisitos estabelecidos no Regulamento de Pessoal, entre as quais a avaliação satisfatória do empregado no seu desempenho funcional. Trata-se de vantagem de caráter eminentemente subjetivo, ligada à apuração e a avaliação do mérito obtido pelo empregado da CONAB, em termos comparativos, podendo o funcionário que atingir um determinado padrão de excelência profissional, cujos requisitos encontram-se previstos no regulamento empresarial, concorrer com outros funcionários a promoção por mérito. Observa-se, portanto, que, nos termos do regulamento da empresa, resultados satisfatórios dos níveis de desempenho só permitem ao empregado concorrer a promoção por mérito. Contudo, considerar direito subjetivo do obreiro as promoções por merecimento, ocupações de cargo de confiança e similares, é, sem dúvida, um exagero não corroborado pela ordem jurídica. Ante o exposto, mantém-se a decisão recorrida, seguindo-se o entendimento desta Dt. 6ª Turma. Recurso de revista não conhecido, no particular. (RR - 904-27.2010.5.18.0007, Relator Ministro: Maurício Godinho Delgado, Data de Julgamento: 14/12/2011, 6ª Turma, Data de Publicação: 19/12/2011)".

Ainda, cumpre anotar que a Súmula nº 32 oriunda do Incidente de Uniformização de Jurisprudência no âmbito deste Regional assim foi redigida, possuindo efeito vinculante no âmbito deste TRT5:

PROMOÇÃO POR MERECIMENTO. PLANO DE CARGOS E SALÁRIOS. OMISSÃO DO EMPREGADOR EM REALIZAR AS AVALIAÇÕES DE DESEMPENHO PREVISTAS. RECONHECIMENTO AUTOMÁTICO DO DIREITO DO EMPREGADO. Se o empregado obsta a implementação da condição necessária à obtenção da promoção por merecimento pelo empregado, não realizando as avaliações de desempenho previstas em plano de cargos e salários, considera-se verificada a condição, nos termos do quanto disposto no art. 129 do Código Civil, impondo-se o reconhecimento automático do direito do empregado.

Ante o exposto, mantenho a sentença.

O recorrente alega, em síntese, que as promoções por merecimento não eram automáticas, pois dependiam da realização de avaliações de desempenho.

Aponta violação aos arts. 122, 129 e 422 do CC. Transcreve arestos.

Análise.

A SDI-1 deste Tribunal Superior decidiu que as promoções por merecimento, pelo seu caráter subjetivo e comparativo, ligado à avaliação profissional dos empregados aptos a concorrer à progressão, estão condicionadas aos critérios estabelecidos no regulamento empresarial, cuja análise está exclusivamente a cargo da empregadora.

Dessa forma, diferentemente da progressão por antiguidade, condicionada apenas ao preenchimento de critérios objetivos, na progressão por mérito, a apuração é eminentemente subjetiva e fundamenta-se na aferição de desempenho funcional, qualidade do trabalho, metas, contribuições, engajamento com os propósitos da empresa, produtividade, disciplina, assiduidade e outros, de modo que, mesmo omissa a reclamada no tocante à realização da avaliação, ainda assim não se poderá considerar implementada a condição.

Cito ainda os precedentes:

PEDIDO DE DESCONSTITUIÇÃO FUNDADO EM VIOLAÇÃO DE LEI. PROMOÇÕES POR MERECIMENTO. NECESSIDADE DE AVALIAÇÃO DE DESEMPENHO. REQUISITO SUBJETIVO QUE DEVE SER OBSERVADO PARA FINS DE CONCESSÃO DAS PROMOÇÕES. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 114 E 129 DO CÓDIGO CIVIL CONFIGURADA. PROCEDÊNCIA DO PLEITO RESCISÓRIO. A decisão rescindenda consigna entendimento de que houve omissão da empresa na realização das avaliações por desempenho e na fixação do número de vagas para a concessão das promoções por merecimento. O autor pretende a desconstituição do decisor, alegando afronta aos arts. 114 e 129 do Código Civil. É

certo que nos termos da Súmula n.º 83, II, do TST, " O marco divisor quanto a ser, ou não, controversa, nos Tribunais, a interpretação dos dispositivos legais citados na ação rescisória é a data da inclusão, na Orientação Jurisprudencial do TST, da matéria discutida ". Todavia, esta Subseção tem firme o entendimento de que, tratando-se de matéria que, embora não sedimentada em Orientação Jurisprudencial ou Súmula, ao tempo da decisão rescindenda, já estava pacificada nesta Corte, com pronunciamentos da SBDI-1 e das Turmas, deve ser afastado o óbice do item I da mencionada Súmula n.º 83 do TST. No caso ora debatido, apesar de até o momento não ter sido editada OJ ou Súmula quanto à matéria controversa, é certo que, mesmo à época em que prolatada a decisão rescindenda, já havia entendimento pacífico de que tanto a aprovação na avaliação de desempenho quanto a fixação de vagas pela Diretoria não configurariam condições meramente potestativas do empregador, o que condiz com o caráter subjetivo que é conferido às promoções por merecimento. Assim, a decisão rescindenda, ao deferir as promoções por merecimento, acabou por contrariar o disposto nos arts. 114 e 129 do Código Civil. Precedentes da Corte. Recurso Ordinário conhecido e provido, para julgar procedente o pleito rescisório, no tópico. (RO-735-77.2017.5.05.0000, Subseção II Especializada em Dissídios Individuais, Relator Ministro Luiz Jose Dezena da Silva, DEJT 25/09/2020).

RECURSO ORDINÁRIO INTERPOSTO PELA AUTORA. AÇÃO RESCISÓRIA SOB A ÉGIDE DO CPC DE 2015. PARANAPANEMA - PROMOÇÕES POR MERECIMENTO - AVALIAÇÃO DE DESEMPENHO - CONCESSÃO AUTOMÁTICA - IMPOSSIBILIDADE - VIOLAÇÃO A NORMA JURÍDICA CONFIGURADA. Tratando-se de ação rescisória calcada em violação de norma jurídica (artigo 966, V, do CPC/15), deve ser analisada a eventual incidência do óbice contido na Súmula nº 83, I, desta Corte. Com relação às promoções por antiguidade, o v. acórdão rescindendo decidiu em conformidade com a jurisprudência já uniformizada desta Corte, eis que a SBDI-1, em composição completa realizada no dia 16/10/2014 (antes, portanto, do trânsito em julgado da ação matriz), nos autos do E-ARR-5966-56.2010.5.12.0026, a qual decidiu no sentido de que tais promoções dependem apenas do cumprimento do critério objetivo alusivo ao tempo, de modo que a ausência de avaliação de desempenho não constituem óbices ao seu deferimento. Quanto às promoções por merecimento, em pesquisa realizada na jurisprudência do TST à época em que transitado em julgado o v. acórdão rescindendo, a matéria já se encontrava pacificada nas 8 (oito) Turmas e na SBDI-1 desta Corte, no sentido de que a promoção por merecimento, em face do descumprimento do empregador em realizar as avaliações como pressuposto para a sua concessão, não é automática, diante de seu caráter subjetivo, sendo necessário o cumprimento dos requisitos previstos no Regulamento de Pessoal, entre os quais a avaliação de desempenho do empregado. Desse modo, restando superado o óbice da Súmula nº 83/TST, constata-se na hipótese a violação manifesta das normas jurídicas dispostas nos artigos 114 e 129 do Código Civil. Recurso ordinário conhecido e parcialmente provido" (RO-636-73.2018.5.05.0000, Subseção II Especializada em Dissídios Individuais, Relator Ministro Renato de Lacerda Paiva, DEJT 05/06/2020).

II - RECURSO DE REVISTA DA RECLAMADA INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DA LEI Nº 13.015/2014 - PROMOÇÕES POR ANTIGUIDADE E MERECIMENTO 1. A C. SBDI-1, em sessão plenária de 16/10/2014, por ocasião do julgamento dos E-ARR-5966-56.2010.5.12.0026, de relatoria do Exmo. Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte, decidiu que as promoções por antiguidade estão submetidas à avaliação objetiva, meramente temporal, razão pela qual a vinculação do direito à deliberação da diretoria, cujos critérios dependem exclusivamente do empregador, configura condição potestativa, atraindo o artigo 129 do Código Civil de 2002. 2. Quanto às promoções por merecimento, a C. SBDI-1 entendeu que, diante do seu caráter subjetivo e comparativo, relacionado à avaliação profissional dos empregados aptos a concorrer à progressão, estão condicionadas aos critérios estabelecidos no regulamento empresarial. Precedentes. (ARR-840-14.2015.5.05.0133, 8ª Turma, Relatora Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, DEJT 29/11/2019). (grifei)

Ante o exposto **conheço** do recurso de revista por violação ao art. 129 do CC.

1.2 – Mérito

Conhecido o apelo por violação ao art. 129 do CC, **dou-lhe provimento** para excluir da condenação o pagamento das promoções por merecimento.

ISTO POSTO

ACORDAM as Ministras da Segunda Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade: **I - dar provimento** ao agravo de instrumento do reclamante quanto ao tema "danos morais - dispensa imotivada em período próximo à concessão de férias", determinando o processamento do recurso de revista no tema; **II - conhecer** do recurso de revista do reclamante quanto ao tema "danos morais - dispensa imotivada em período próximo à concessão de férias", por violação aos arts. 186 e 927 do Código Civil, e, no mérito, **dar-lhe provimento** para condenar a ré ao pagamento de indenização por danos morais no importe de R\$ 7.000,00 (sete mil reais), majorando o valor inicial concedido em sentença; e **III - conhecer** do recurso de revista da reclamada quanto ao tema "promoções por merecimento", por violação ao artigo 129, do Código Civil, e, no mérito, **dar-lhe provimento** para excluir da condenação o pagamento das promoções por merecimento.

Brasília, 28 de maio de 2025.

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

MARIA HELENA MALLMANN
Ministra Relatora

