

SÚMULAS DO TST: avanço ou retrocesso?

SYNOPSIS OF THE TST: advance or retreat?

Luiz Carlos Amorim Robortella*

Resumo: A interpretação dinâmica e a liberdade ampliada do julgador levam à reconhecimento da lei e à produção do direito. Porém, a busca pela concretização dos princípios constitucionais não pode desvirtuar a legalidade, e sim conciliar norma e interpretação - o ativismo judicial deve observar limites. Nesse sentido, e em razão do caráter persuasivo que assume, a aplicação das Súmulas do TST está sujeita à desconsideração da realidade heterogênea das relações trabalhistas e da visão moderna do direito. Classificá-las valorativamente ajuda a ilustrar situações, revelando se há compromisso ou comprometimento. Vislumbrando o papel de cada um na sociedade atual, cabe ao TST a revisão das práticas que agravam o estado anacrônico e disfuncional que afeta o ordenamento jurídico.

Palavras-chave: Interpretação da lei. Jurisprudência. Súmula. Mercado de trabalho.

Abstract: The dynamic interpretation and the judge's extended freedom take to the recognition of the law and the right production. However, the search for carrying out the constitutional principles may not alter the legality, but it may conciliate the rule and the interpretation - the judicial activism must observe limits. In this point and within reason of the persuasive character which assumes the application of the TST Synopses is subjected to the inconsideration of the heterogeneous of the labor relationship and the modern vision of the law. To classify it valorously it helps illustrate some situations, showing if there is an obligation or commitment. Recognizing the role of each one in the current society, it is up to TST the revision of the practices that makes worse the outdated and dysfunctional condition that affects the juridical order.

Keywords: Interpretation of the law. Jurisprudence. Synopsis. Job market.

*Advogado. Doutor em Direito do Trabalho pela USP. Professor do Direito do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade Mackenzie (1974-1995). Professor Titular de Direito do Trabalho da Faculdade de Direito da Fundação Armando Álvares Penteado (2000/2008). Membro da Academia Nacional de Direito do Trabalho (cadeira n. 91). Membro do Instituto Latino Americano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Membro da Asociación Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

1 LEI, SENTENÇA E SEPARAÇÃO DE PODERES

Segundo a doutrina clássica, a sentença judicial declara a vontade concreta da lei. O juiz, ao decidir o caso concreto, expressa o que se contém na lei, estando a ela subordinado, até pelo princípio da separação dos poderes.

Mas a interpretação do direito é dinâmica e, na atualidade, ampliou-se a liberdade do julgador, que não se limita a revelar o conteúdo da norma, mas também a atualizá-la, produzindo o direito. Passou de mero aplicador a intérprete da lei, com visão jurídica, política e social dos fenômenos que lhe são submetidos, no exercício do poder estatal.

Não faz sentido um Poder Judiciário que aplique a lei de forma inflexível e acrítica; por isto se pode afirmar que a interpretação faz uma “reconhecimento” da lei, com efeito produtivo do direito.

Todavia, corrente mais extremada considera a lei apenas um projeto de ordenamento jurídico, pois este, ao fim e ao cabo, só nasceria verdadeiramente da sentença, sendo o juiz, portanto, também um legislador.

É o pensamento dos adeptos contemporâneos do ativismo judicial, que buscam a concretização dos princípios fundamentais consagrados na Constituição Federal mediante postura mais ativa do juiz, recriando e ressignificando valores espalhados no ordenamento, ainda que à custa da ampliação, redução ou desconsideração do preceito legal.

2 ATIVISMO JUDICIAL

É claro que a sentença não é operação mecânica; o juiz não se limita a subsumir automaticamente o fato à norma.

Sucedem que os defensores desse ativismo judicial vão além: atribuem à sentença judicial uma eficácia legislativa negativa, ou seja, o juiz teria o poder de decidir contra o texto legal, principalmente quando se trata de garantir direitos fundamentais previstos na Constituição, como se colhe nesta página de Maria Cecília Máximo Teodoro:

Por ativismo entende-se a atuação de um juiz que incorpora as vicissitudes do meio social, as conquistas das classes envolvidas, a própria evolução do Poder Judiciário e tem por fim a realização de direitos fundamentais [...]. Pelo ativismo judicial o magistrado se mostra um protagonista judicial se sua decisão criar a norma adequada para o caso concreto. Ressalte-se que somente um juiz com formação ética humanista e que busca a justiça desenvolverá o ativismo para efetivar direitos trabalhistas, podendo ser que para isso tenha até mesmo que negar a lei, caso esta venha a acarretar decisões injustas.¹

¹TEODORO, Maria Cecília Máximo. **O Juiz Ativo e os Direitos Trabalhistas**. São Paulo: LTr, 2011.

Alessandro Santos de Miranda, concedendo ao juiz a mesma dimensão extraordinária de poderes, diz que ele deve guardar e proteger os direitos fundamentais mediante uma postura de interpretação intervencionista e transformadora das relações sociais, sem grande apego ao direito positivo; afirma que o

[...] ativismo judicial responsável para a afirmação dos direitos sociais está legitimado na própria essencialidade desses direitos, devendo rechaçar quaisquer omissões intoleráveis ou abusivos do Governo ou do Legislativo, bem como os comportamentos desviados de suas finalidades constitucionais.

E arremata:

[...] a função específica do Poder Judiciário, cujo poder estatal lhe é conferido, é a de assegurar a exigibilidade dos direitos em clima de interdependência, e não de independência dos poderes. Somente quando o sistema de freios e contrapesos funciona adequadamente é que se pode fazer menção à separação de poderes.²

Tais opiniões, embora acertem ao criticar o apego excessivo ao positivismo jurídico, caem na visão maniqueísta quando propõem um método de interpretação jus-naturalista, de inspiração kantiana, uma espécie de moralismo jurídico que, para suprir a deficiência ou injustiça da lei, rompe com a noção de ordenamento estatal formado por normas interdependentes e hierarquizadas.

Abrem as portas para o voluntarismo judicial; o juiz pode adotar a decisão e depois preparar a fundamentação para adequá-la ao que já estava decidido. No dizer do Professor Juan Damián Moreno, da Universidade Autônoma de Madrid, a argumentação jurídica se torna simples pretexto, uma espécie de maquiagem para criar fundamentos objetivos³.

Embora evidentemente não sejam cegos aplicadores da lei, os magistrados estão sempre a ela subordinados, inclusive quanto aos métodos de interpretação que utilizam nos julgamentos. O ato de julgar deve respeitar processos lógicos formais e materiais que, por sua vez, se contêm nas normas legais.

²MIRANDA, Alessandro Santos de. **Ativismo Judicial na Promoção dos Direitos Sociais**: a dimensão política da jurisdição constitucional na realização dos direitos sociais: o Supremo Tribunal Federal como formador de novos parâmetros de civilidade social e propagador do ativismo judicial. São Paulo: LTr, 2013.

³DAMIÁN MORENO, Juan. *El Juez Ante La Ley*. In: ROVIRA, Antonio (coord.). **Gobernanza Democrática**. Madrid: Marcial Pons, 2013.

Quando se cai no apaixonado ativismo judicial, a lei se torna mera possibilidade ou projeto de construção da sociedade, pois só adquire concretude se essa for a vontade do juiz. Como diz Maria Isabel Garrido Gómez, da Universidade de Alcalá,

[...] la interpretación se desvincula del texto, prescindiendo del documento que se debe interpretar. Em realidad, la postergación del texto no es más que una consecuencia del debilitamiento del valor de la ley que vincula, sin embargo, para mantener el principio democrático, el modelo que guía la actuación judicial es el de la búsqueda discursiva de la verdad.⁴

Esse ativismo judicial descontrolado produz a desqualificação da legitimidade que se reconhece à legalidade, podendo conduzir a uma crise do estado de direito, do princípio da separação de poderes e da própria democracia.

Afasta-se inclusive da lógica do razoável que, embora aponte os erros do positivismo jurídico, denuncia também os excessos da interpretação judicial jus-naturalista.

A lógica do razoável, efetivamente, critica o monopólio pelo Estado da produção do direito e, ao mesmo tempo, condena o caráter dogmático da jurisprudência, eis que é forma de saber o direito baseada no princípio da autoridade⁵.

Por tudo isto, são definitivamente necessários limites para que não se desvirtue a atividade jurisdicional. Há que controlar o arbítrio judicial para impedir que da interpretação se passe à criação ou mesmo à revogação da norma, como escreveu Satta. O direito não pode depender do bom ou mau humor do magistrado, ou mesmo de suas atuais convicções ideológicas.

Afinal, a lei, além de se legitimar pelo processo legislativo, provém da vontade popular, através de representantes eleitos, sendo importante instrumento de direção da sociedade, em sua mais moderna aceção.

Os critérios legais de interpretação garantem ao juiz, ainda que submetido ao império da lei, amplo espaço de liberdade quando se trata de aplicação de princípios constitucionais, podendo até mesmo declarar a insubsistência da norma inconstitucional.

⁴GARRIDO GÓMEZ, Isabel. **La Democracia em La Esfera Jurídica**. Pamplona: Civitas, 2013; Thomson Reuters, 2013.

⁵LAFER, Celso. **A Reconstrução dos Direitos Humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

O juiz pode criar pragmaticamente o direito, a partir de princípios constitucionais, para proteger direitos constantes da própria Constituição, mas não pode ter um comportamento cético diante da lei, transformando-se no absolutista desiludido a que alude Hart⁶.

Se a interpretação é evolutiva, recebendo influência de circunstâncias sociais, econômicas e políticas, não menos certo é que o primado da legalidade oferece estabilidade e segurança jurídica.

O imperativo de conciliar interpretação judicial e norma mereceu a advertência do Professor Miguel Reale:

Não nos atemoriza, em mais esta oportunidade, afirmar que a verdade está no meio-termo, na conciliação dos extremos, devendo o juiz ser considerado livre, não perante a lei e os fatos, mas dentro da lei, em razão dos fatos e dos fins que dão origem ao processo normativo, segundo a advertência de Radbruch de que a interpretação jurídica, visando o sentido objetivamente válido de um preceito, 'não é pura e simplesmente um pensar de novo aquilo que já foi pensado, mas, pelo contrário, um saber pensar até o fim aquilo que já começou a ser pensado por outro, observação que deve ser completada com a de que a interpretação de uma norma envolve o sentido de todo o ordenamento a que pertence'.⁷

Tudo está a recomendar que a interpretação judicial, como ato humano, estando sujeita a tantas variáveis ideológicas e psicológicas, não pode ser conferida da forma ampla defendida por esse ativismo judicial.

Assentadas tais ideias, cabe analisar o que se passa nos domínios da jurisprudência trabalhista brasileira.

3 SÚMULAS DE JURISPRUDÊNCIA

As súmulas do TST, ao cristalizarem os precedentes judiciais, cumprem importante função uniformizadora, considerando-se o caráter federal da legislação trabalhista.

⁶DAMIÁN MORENO, Juan. El Juez Ante La Ley. In: ROVIRA, Antonio (coord.). **Gobernanza Democrática**. Madrid: Marcial Pons, 2013.

⁷RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial**: parâmetros dogmáticos. 1.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

Tal sistema, semelhante ao *stare decisis* do direito anglo-americano, favorece a coerência e a previsibilidade das decisões judiciais, facilitando a tarefa dos juízes e o funcionamento do aparelho judiciário, eis que funciona também como limitador do direito de recurso.

Todavia, a prerrogativa de editar verbetes, que representam a cristalização da jurisprudência, vem sendo afetada pelo ativismo judicial criticado no tópico anterior, produzindo impactos negativos nas relações e no mercado de trabalho.

Esse ativismo parece contaminar o processo de elaboração das súmulas, com alguns reflexos negativos.

Embora não sejam obrigatórias ou vinculantes, as súmulas do TST são persuasivas, influenciando as decisões da própria Corte ou dos demais magistrados, para preservar a integridade, a harmonia e a previsibilidade das decisões judiciais.

Muitas vezes as circunstâncias do julgamento são desconsideradas pelo juiz que, persuadido, aplica a súmula porque provém de um órgão superior e não por considerá-la justa no caso concreto.

Bentham, sempre contrário aos precedentes do sistema anglo-saxônico, descreveu-o como forma de “atuar sem razão, para a exclusão explícita da razão e, ao cabo, em oposição à razão.”⁸

Há quem considere, sob o ponto de vista lógico, que os precedentes constituem verdadeiras falácias porque o fato de se chegar a uma solução no passado não significa que seja a mais correta para todos os casos semelhantes⁹.

As súmulas têm origem em conflitos reiteradamente julgados no TST, cada qual com suas peculiaridades jurídicas, econômicas, sociais e ambientais. A relação conflitiva, embora inerente e necessária, é aqui chamada patológica, em oposição à relação não-conflitiva, aqui denominada fisiológica.

A relação não-conflitiva faz parte da fisiologia das relações de trabalho; nasce, cresce e morre sem desembocar no Judiciário, constituindo a imensa maioria.

A relação conflitiva tem um elemento patológico, exigindo a solução judicial, o que constitui a minoria.

A repetição da solução judicial acaba adotada como súmula que, por sua vez, vai interferir em relações que não têm potencial conflitivo, mas passam a ter. Relações que não tendiam a gerar conflitos se transformam porque o patológico serve de modelo para o fisiológico.

⁸SCHAUER, Frederick. **Pensar como um Abogado**: uma nueva introducción al razonamiento jurídico. Madrid: Marcial Pons, 2013.

⁹*Ibidem*

Por outro lado, notável doutrina vem condenando leis tutelares que pressupõem homogeneidade de situações jurídicas, quando se sabe que o mercado de trabalho é cada vez mais heterogêneo. Esse tratamento coletivista, característica marcante da legislação, se revela disfuncional e anacrônico quando incide sobre uma realidade multiforme, variada.

No entanto, a mesma técnica coletivista é reproduzida pelas súmulas que, quase sempre abstratas e genéricas, serão aplicadas de modo a acentuar o tratamento homogêneo de situações heterogêneas. À igualdade abstrata, em face de uma realidade heterogênea, arrisca-se criar uma desigualdade concreta¹⁰.

A jurisprudência do TST revela uma tradição enraizada: interpretar as leis de forma ampliativa mediante verbetes genéricos, tornando mais onerosa a contratação.

Não se está a perceber que a lei alterada pelos tribunais no sentido e teleologia, gerando direitos e obrigações novas, enseja desequilíbrios no futuro e até desarranjos no passado.

Invocam-se os princípios da proteção e da regra mais favorável para a criação de precedentes *contra legem e praeter legem*. É um ativismo judicial que extrapola os limites traçados pela CF e legislação ordinária, permitindo a pergunta: de que vale a lei, fruto da vontade popular, se pode ser modificada arbitrariamente pelo juiz ?

Ora, nem mesmo a igualdade clássica entre trabalho manual, técnico ou intelectual é justificável nos dias de hoje. Já se admite até um direito do trabalho intelectual ou de alta qualificação, com tipos especiais de contrato e proteção diferenciada¹¹.

A dinâmica dos negócios, as novas tecnologias e os métodos produtivos exigem crescente qualificação profissional dos trabalhadores, fazendo desaparecer a tradicional subordinação jurídica.

A liberdade de iniciativa e de contratar passaram a ter maior importância nas atividades de alta qualificação.

4 SÚMULAS. VISÃO CRÍTICA

Com a crescente valorização dos direitos humanos fundamentais, não se pode comparar o capitalismo de nossos dias com a sórdida exploração de mão de obra do Século 19 e início do Século 20.

¹⁰ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. O novo conceito de proteção no direito do trabalho. In: ZAINAGHI, Domingos Sávio *et alii* (coord.). **Temas de direito do trabalho e seguridade social**. São Paulo: LTr, 2013.

¹¹DRAI, Laurent. **Le droit du travail intellectuel**. Paris: LGDJ, 2004.

As atuais práticas empresariais trazem fortes ingredientes de respeito ao trabalhador, decorrentes de uma evolução comportamental e social, para a qual muito contribuem os princípios adotados nos tratados internacionais, incorporados pelo nosso sistema jurídico.

Mas é verdade também que a aparatosa legislação trabalhista e as súmulas de jurisprudência não conseguem, lamentavelmente, impedir os desvios, as condutas patronais nocivas ao trabalhador. Entretanto, isto não justifica o retorno ao velho protecionismo.

O excesso de proteção pode redundar em prejuízo do trabalhador. Assim, por exemplo, a multiplicação de estabilidades aumenta a contratação atípica, precária ou menos onerosa, deixando intocável o sistema. Surge uma grande quantidade de novos contratos, periféricos; é uma flexibilidade pelas pontas, com a tutela do emprego permanente à custa de maior precarização dos demais.

A lei e a jurisprudência deveriam ser mais seletivas quanto às matérias que disciplinam. Há que abrir, certamente, mais espaço para a proteção aos direitos humanos, mas ao mesmo deveria o Estado se abster de excessos de regulação de aspectos econômicos da relação de trabalho.

Foi altamente louvável a normatização jurisprudencial da dispensa coletiva pelo TST, belo exemplo de como aplicar princípios constitucionais no vazio da lei, modernizando nosso sistema jurídico.

Entretanto, é difícil conciliar a visão moderna do direito do trabalho com súmulas que punem o empregador ao oferecer maior conforto no transporte dos empregados, para compensar o abominável e intolerável transporte público.

O deslocamento até o local de trabalho em indústrias foi transformado em jornada itinerante, o que se afigura ilegal. Muitos empregados, nas grandes cidades, utilizam o transporte público por horas e ainda caminham para chegar ao posto de trabalho, mas esse tempo não é computado como jornada itinerante.

Quando se teme a desindustrialização do país, lançar tal ônus sobre empresas industriais não favorece a atividade econômica.

Há súmulas que impedem a concessão de mais intervalos durante a jornada para todo e qualquer empregado, como se fosse um mal.

A rígida fixação dos minutos em cartões de ponto, quando há verdadeiros exércitos de trabalhadores, e sem possibilidade de negociação, é um claro exagero. Aliás, em face das novas tecnologias, é ingenuidade acreditar que o empregado cumpre efetivamente a jornada integral, com toda a liberdade e quantidade de informações através da *internet*. Em sua mesa de trabalho ele se põe em contato com o mundo.

Pode-se imaginar a perplexidade de um desempregado, de um autônomo, de um informal ou de um trabalhador precário, todos com escassa proteção legal, diante de súmulas que ampliam sem parar os benefícios do emprego permanente.

Diante dessas constatações, uma classificação valorativa das súmulas do TST, em termos de impacto no sistema, pode dividi-las em necessárias, contraditórias, prejudiciais e ilegais.

As necessárias confirmam o empenho e compromisso do Tribunal Superior do Trabalho na defesa dos direitos humanos, matéria que deve, axiologicamente, ocupar cada vez maior espaço na dogmática trabalhista.

As contraditórias, prejudiciais e ilegais, ao contrário, comprometem a política judiciária, o desenvolvimento econômico e social do país.

A partir dessa classificação, selecionamos, exemplificativamente, algumas súmulas, com alguns comentários pertinentes, quando úteis para justificar a crítica.

4.1 Remuneração

Súmula n. 152 do TST - **PREJUDICIAL**

GRATIFICAÇÃO. AJUSTE TÁCITO (mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003

O fato de constar do recibo de pagamento de gratificação o caráter de liberalidade não basta, por si só, para excluir a existência de ajuste tácito (ex-prejulgado n. 25).

Súmula n. 253 do TST - **CONTRADITÓRIA E PREJUDICIAL**

GRATIFICAÇÃO SEMESTRAL. REPERCUSSÕES (nova redação) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003

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.

Súmula n. 372 do TST - **ILEGAL E CONTRADITÓRIA**

GRATIFICAÇÃO DE FUNÇÃO. SUPRESSÃO OU REDUÇÃO. LIMITES (conversão das Orientações Jurisprudenciais ns. 45 e 303 da SBDI-1) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.4.2005

I - Percebida a gratificação de função por dez ou mais anos pelo empregado, se o empregador, sem justo motivo, revertê-lo a seu cargo efetivo, não poderá retirar-lhe a gratificação tendo em vista o princípio da estabilidade financeira. (ex-OJ n. 45 da SBDI-1 - inserida em 25.11.1996)

II - Mantido o empregado no exercício da função comissionada, não pode o empregador reduzir o valor da gratificação. (ex-OJ n. 303 da SBDI-1 - DJ 11.8.2003)

Súmula n. 101 do TST - **CONTRADITÓRIA E ILEGAL**
DIÁRIAS DE VIAGEM. SALÁRIO (incorporada a Orientação Jurisprudencial n. 292 da SBDI-1) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.4.2005

Integram o salário, pelo seu valor total e para efeitos indenizatórios, as diárias de viagem que excedam a 50% (cinquenta por cento) do salário do empregado, enquanto perdurarem as viagens. (primeira parte - ex-Súmula n. 101 - RA 65/1980, DJ 18.6.1980; segunda parte - ex-OJ n. 292 da SBDI-1 - inserida em 11.8.2003).

Súmula n. 91 do TST - **PREJUDICIAL**

SALÁRIO COMPLESSIVO (mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003

Nula é a cláusula contratual que fixa determinada importância ou percentagem para atender englobadamente vários direitos legais ou contratuais do trabalhador.

Diante da heterogeneidade do mercado de trabalho, especialmente em se tratando de altos empregados ou salários elevados, não faz sentido a Súmula n. 91 proibir genericamente o salário comlessivo; outras legislações, por exemplo, concedem mais liberdade contratual para as altas remunerações.

4.2 Jornada de trabalho

Súmula n. 90 do TST - **ILEGAL E PREJUDICIAL**

HORAS IN ITINERE. TEMPO DE SERVIÇO (incorporadas as Súmulas ns. 324 e 325 e as Orientações Jurisprudenciais ns. 50 e 236 da SBDI-1) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.4.2005

I - O tempo despendido pelo empregado, em condução fornecida pelo empregador, até o local de trabalho de difícil acesso, ou não servido por transporte público regular, e para o seu retorno é computável na jornada de trabalho. (ex-Súmula n. 90 - RA 80/1978, DJ 10.11.1978)

II - A incompatibilidade entre os horários de início e término da jornada do empregado e os do transporte público regular é circunstância que também gera o direito às horas *in itinere*. (ex-OJ n. 50 da SBDI-1 - inserida em 1º.2.1995)

III - A mera insuficiência de transporte público não enseja o pagamento de horas *in itinere*. (ex-Súmula n. 324 - Res. 16/1993, DJ 21.12.1993)

IV - Se houver transporte público regular em parte do trajeto percorrido em condução da empresa, as horas *in itinere* remuneradas limitam-se ao trecho não alcançado pelo transporte público. (ex-Súmula n. 325 - Res. 17/1993, DJ 21.12.1993)

V - Considerando que as horas *in itinere* são computáveis na jornada de trabalho, o tempo que extrapola a jornada legal é considerado como extraordinário e sobre ele deve incidir o adicional respectivo. (ex-OJ n. 236 da SBDI-1 - inserida em 20.6.2001).

Súmula n. 320 do TST - **PREJUDICIAL**

HORAS *IN ITINERE*. OBRIGATORIEDADE DE CÔMPUTO NA JORNADA DE TRABALHO (mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003

O fato de o empregador cobrar, parcialmente ou não, importância pelo transporte fornecido, para local de difícil acesso ou não servido por transporte regular, não afasta o direito à percepção das horas *in itinere*.

Súmula n. 118 do TST - **CONTRADITÓRIA E ILEGAL**
JORNADA DE TRABALHO. HORAS EXTRAS (mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003

Os intervalos concedidos pelo empregador na jornada de trabalho, não previstos em lei, representam tempo à disposição da empresa, remunerados como serviço extraordinário, se acrescidos ao final da jornada.

Súmula n. 366 do TST - **CONTRADITÓRIA E ILEGAL**
CARTÃO DE PONTO. REGISTRO. HORAS EXTRAS.
MINUTOS QUE ANTECEDEM E SUCEDEM A JORNADA DE TRABALHO (conversão das Orientações Jurisprudenciais ns. 23 e 326 da SBDI-1) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.4.2005

Não serão descontadas nem computadas como jornada extraordinária as variações de horário do registro de ponto não excedentes de cinco minutos, observado o limite máximo de dez minutos diários. Se ultrapassado esse limite, será considerada como extra a totalidade do tempo que exceder a jornada normal. (ex-Ojs da SBDI-1 ns. 23 - inserida em 3.6.1996 - e 326 - DJ 9.12.2003)

Súmula n. 429 do TST - **ILEGAL**

TEMPO À DISPOSIÇÃO DO EMPREGADOR. ART. 4º DA CLT. PERÍODO DE DESLOCAMENTO ENTRE A PORTARIA E O LOCAL DE TRABALHO - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.5.2011

Considera-se à disposição do empregador, na forma do art. 4º da CLT, o tempo necessário ao deslocamento do trabalhador entre a portaria da empresa e o local de trabalho, desde que supere o limite de 10 (dez) minutos diários.

Súmula n. 428 do TST - **ILEGAL**

SOBREAVISO. APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 244, § 2º DA CLT (redação alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 14.9.2012) - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.9.2012

I - O uso de instrumentos telemáticos ou informatizados fornecidos pela empresa ao empregado, por si só, não caracteriza o regime de sobreaviso.

II - Considera-se em sobreaviso o empregado que, à distância e submetido a controle patronal por instrumentos telemáticos ou informatizados, permanecer em regime de plantão ou equivalente, aguardando a qualquer momento o chamado para o serviço durante o período de descanso.

Esta Súmula n. 428, ao proclamar que período de descanso, diante da mera possibilidade de um chamado para o serviço, deve ser remunerado como sobreaviso, faz falsa analogia com o trabalhador ferroviário.

A norma é de 1943, tempo em que o ferroviário residia na estação, não tinha celular e não podia se afastar em momento algum. É uma fonte inesgotável de conflitos. Período de descanso, definitivamente, não se confunde com tempo à disposição.

Súmula n. 437 do TST - ILEGAL E CONTRADITÓRIA COM A SÚMULA N. 444

INTERVALO INTRAJORNADA PARA REPOUSO E ALIMENTAÇÃO. APLICAÇÃO DO ART. 71 DA CLT (conversão das Orientações Jurisprudenciais ns. 307, 342, 354, 380 e 381 da SBDI-1) - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.9.2012

II - É inválida cláusula de acordo ou convenção coletiva de trabalho contemplando a supressão ou redução do intervalo intrajornada porque este constitui medida de higiene, saúde e segurança do trabalho, garantido por norma de ordem pública (art. 71 da CLT e art. 7º, XXII, da CF/1988), inofensivo à negociação coletiva.

Súmula n. 444 do TST - NECESSÁRIA

JORNADA DE TRABALHO. NORMA COLETIVA. LEI. ESCALA DE 12 POR 36. VALIDADE. - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.9.2012 - republicada em decorrência do despacho proferido no processo TST-PA-504.280/2012.2 - DEJT divulgado em 26.11.2012

É válida, em caráter excepcional, a jornada de doze horas de trabalho por trinta e seis de descanso, prevista em lei ou ajustada exclusivamente mediante acordo coletivo de trabalho ou convenção coletiva de trabalho, assegurada a remuneração em dobro dos feriados trabalhados. O empregado não tem direito ao pagamento de adicional referente ao labor prestado na décima primeira e décima segunda horas.

A Súmula n. 437 não permite a redução do intervalo intrajornada; a n. 444 realistischamente admite a norma coletiva que institui jornada de 12 por 36 horas, o que parece muito mais danoso à saúde e segurança do trabalho. É uma contradição.

Súmula n. 291 do TST - ILEGAL

HORAS EXTRAS. HABITUALIDADE. SUPRESSÃO. INDENIZAÇÃO. (nova redação em decorrência do julgamento do processo TST-IUJERR 10700-45.2007.5.22.0101) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.5.2011

A supressão total ou parcial, pelo empregador, de serviço suplementar prestado com habitualidade, durante pelo menos 1 (um) ano, assegura ao empregado o direito à indenização correspondente ao valor de 1 (um) mês das horas suprimidas, total ou parcialmente, para cada ano ou fração igual ou superior a seis meses de prestação de serviço acima da jornada normal. O cálculo observará a média das horas suplementares nos últimos 12 (doze) meses anteriores à mudança, multiplicada pelo valor da hora extra do dia da supressão.

A Súmula n. 291 não tem base legal quando institui uma indenização de horas extras suprimidas, além de contradizer a lógica do art. 468 da CLT.

4.3 Negociação coletiva

A negociação coletiva integra o repertório de técnicas de gestão de recursos humanos e administração empresarial. Segundo Bronstein e Córdova, permite ao sindicato tomar consciência de seu papel no sistema político, às vezes mais importante do que na própria estrutura de relações de trabalho, principalmente na América Latina¹².

A sacralização dos direitos individuais, em face da negociação coletiva, é incompatível com o atual estágio do direito coletivo.

Não se pode argumentar com a desigualdade das partes ou a dificuldade de fazer atuar a vontade individual do trabalhador quando a alteração se faz mediante negociação coletiva, onde é garantida a igualdade das partes¹³.

Os acordos coletivos não têm a vocação da eternidade. As vantagens obtidas, ainda que resultando em benefícios individuais,

¹²BRONSTEIN, Arturo S.; CÓRDOVA, Éfren. A Negociação Coletiva. *In: As Relações Coletivas de Trabalho na América Latina*: um estudo de seus autores, suas diversas manifestações e seus conflitos, com especial referência ao setor privado. Maria Luiza Jacobson (tradutora). São Paulo: LTr: OIT: IBRART, 1985.

¹³OJEDA AVILÉS, Antonio; ERMIDA URIARTE, Óscar (coord.). *La negociación colectiva en América Latina*. Madrid: Trotta, 1993.

não perdem sua natureza de normas coletivas autônomas, com duração predeterminada. Não há como garantir direitos, mesmo que projetados em relações individuais, quando não há a ratificação do grupo.

A teoria da incorporação admite integração aos contratos individuais das normas acordadas, mesmo após a perda de vigência do instrumento coletivo, pois já teriam aderido de forma automática e irreversível.

Muitos rejeitam essa teoria, considerando-a um fator de rigidez e empobrecimento da negociação coletiva e do papel dos sindicatos.

A cláusula coletiva não tem sua natureza alterada pelo fato de incidir sobre as relações individuais; continua a ser expressão da autonomia coletiva e não da vontade individual.

Está restrita ao período de vigência negociado coletivamente. Se houver incorporação, estará se retirando do sindicato a possibilidade de negociar no interesse da coletividade, pois suas mãos estarão permanentemente atadas pelos direitos individuais intangíveis. Tornar-se-ia, em poucas palavras, refém de interesses individuais, em prejuízo do bem jurídico de maior realce, que é o interesse coletivo.

Para Adrian Goldín, não há desequilíbrio negocial no plano das relações coletivas e, por outro lado, o acordo coletivo deve ser ágil, adequando seus conteúdos às circunstâncias cambiantes e à conjuntura econômica ou social; defender a incorporação é restringir o âmbito da negociação coletiva e debilitar o sindicato, que se veria impotente para responder a situações adversas que afetam a empresa e os trabalhadores. A liberdade de negociar, para melhor, mas também para pior, é prerrogativa que enriquece a ação sindical¹⁴.

Santiago Pérez del Castillo faz analogia com a revogação da lei, a qual, a partir desse momento, não mais incide sobre a relação jurídica¹⁵.

Para Montoya Melgar, a manutenção de condições mais benéficas contidas em normas coletivas, como se direitos adquiridos fossem, bloqueia a regulação, convencional e até mesmo estatal das condições de trabalho. Ademais, cria dois tipos de trabalhadores, com regimes distintos, inviabilizando o planejamento empresarial¹⁶.

Se a própria lei não se incorpora ao contrato individual de trabalho, não se pode incorporar a norma coletiva. A norma coletiva, por pertencer à classe das normas jurídicas autônomas, ao lado das heterônomas,

¹⁴GOLDIN, Adrian. Autonomía colectiva, autonomía individual e irrenunciabilidad de derechos. **Cuadernos de Investigación del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires**, Buenos Aires, n. 22, p. 14, 1991.

¹⁵PÉREZ DEL CASTILLO, Santiago. Hierarquia das Fontes no Direito do Trabalho. *In: Estudos sobre as fontes do direito do trabalho*: grupo das quartas-feiras. São Paulo: LTr, 1998.

¹⁶*Ibidem*

não se confunde com a cláusula contratual e, assim, tem validade restrita ao período de vigência. Somente as cláusulas contratuais ajustadas individualmente aderem de forma absoluta à relação jurídica individual¹⁷.

Como diz Arion Sayão Romita,

[...] as fontes formais do Direito do Trabalho não se inserem nos contratos individuais. A ninguém acudiria a idéia de que os dispositivos da Constituição que tratam de temas trabalhistas se incorporam aos contratos de trabalho, ou que os dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho ou da Lei do FGTS ou da Lei de Greve etc. passam a fazer parte do contrato individual de trabalho. Se a convenção coletiva de trabalho é fonte de direito, os efeitos que suas cláusulas irradiam sobre o contrato individual são os mesmos produzidos pela Constituição e pelas leis infraconstitucionais.¹⁸

A incorporação gera uma incongruência terrível. O empregado, na assembléia sindical, pode votar pela alteração da norma coletiva para pior, eis que, com a incorporação, não será por ela atingido, mas apenas os contratados na vigência da nova regra. Não há nada mais injusto e discriminatório.

Na Itália, o art. 2074 do Código Civil admite a ultravigência ou ultratividade da norma coletiva, após o período de validade, mas não se aplica aos contratos coletivos de direito comum, que predominam no direito italiano¹⁹.

No direito francês, lembra Renato Rua de Almeida que não há a incorporação definitiva da norma coletiva ao contrato individual, salvo, excepcionalmente, em se tratando de vantagem adquirida pelo empregado na esfera individual, não-dependente de evento futuro e incerto. Assim, por exemplo, se o empregado, na vigência da norma que assegura estabilidade em face de acidente do trabalho, vem a sofrer o infortúnio, a terá automaticamente incorporada ao seu patrimônio individual, mesmo após a expiração do prazo da convenção coletiva²⁰.

¹⁷DELGADO, Mauricio Godinho. **Introdução ao direito do trabalho**: introdução ao direito de trabalho e relação de emprego. São Paulo: LTr, 1995.

¹⁸ROMITA, Arion Sayão. Efeitos da cessação de vigência da convenção coletiva de trabalho. **Trabalho & Doutrina**: processo jurisprudência, São Paulo, n. 23, 1999.

¹⁹GIUGNI, Gino. **Direito sindical**. São Paulo: LTr, 1991, p. 146-147.

²⁰ALMEIDA, Renato Rua de. Das cláusulas normativas das convenções coletivas de trabalho: conceito, eficácia e incorporação nos contratos individuais de trabalho. **Revista LTr**: Legislação do Trabalho, São Paulo, v. 60, n. 12, p. 1604, dezembro 1996.

O mesmo não se dá com outras vantagens, que dependem da prática de atos jurídicos futuros, como períodos de férias mais longos, adicionais de hora extraordinária maiores, prêmios ou gratificações condicionados à produtividade. Tais condições, por se condicionarem a eventos futuros e incertos, não resistem ao final da vigência da norma coletiva, sendo reguladas pelas normas temporalmente em vigor.

Merece críticas, diante disto, a atual Súmula n. 277:

Súmula n. 277 do TST - **PREJUDICIAL**

CONVENÇÃO COLETIVA DE TRABALHO OU ACORDO COLETIVO DE TRABALHO. EFICÁCIA. ULTRATIVIDADE (redação alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 14.9.2012) - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.9.2012

As cláusulas normativas dos acordos coletivos ou convenções coletivas integram os contratos individuais de trabalho e somente poderão ser modificadas ou suprimidas mediante negociação coletiva de trabalho.

4.4 Direitos fundamentais

A Súmula n. 244 estendeu a estabilidade à gestante, mesmo no contrato por prazo determinado. Essa mudança de orientação é muito elogiável, por várias razões:

- a) a CF tem normas de proteção à maternidade e ao nascituro;
- b) os acórdãos do STF estenderam a servidoras públicas e empregadas gestantes, inclusive contratadas a título precário, independentemente do regime jurídico de trabalho, o direito à licença-maternidade de 120 dias e estabilidade provisória desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto (Levandowski, Eros Grau, Luiz Fux, Ellen Gracie, Carlos Veloso, Joaquim Barbosa, Ayres Brito e Gilmar Mendes);
- c) a recolocação da gestante é muito difícil, tendo esta súmula notável suporte no princípio da dignidade da pessoa humana consagrado no art. 1º, III, da CF;
- d) as normas de direitos fundamentais devem ser aplicadas, interpretadas e integradas ao ordenamento jurídico a fim de que tenham eficácia, conforme forte corrente da doutrina constitucional. São aplicados os princípios da proporcionalidade, da dignidade, da valorização social do trabalho, da função social da empresa, do meio ambiente de trabalho seguro, da boa-fé objetiva e da não-discriminação;

e) a Declaração Universal de 1948, assim como o Pacto Internacional de 1966, proclamam que a mulher grávida e a criança têm direito a proteção, cuidados e auxílio especiais;

f) o art. 227 da CF assegura proteção à criança;

g) não se pode admitir o argumento de que a gravidez, que tem reflexos por toda a vida da família (pai, mãe, nascituro e avós), por vezes seria proposital, apenas para manter o emprego durante a gestação e mais 5 meses;

h) o Brasil ratificou a Convenção 103/1952, da OIT, que garante proteção à maternidade, e a Convenção 183/2000 garante a proteção a todas as mulheres, inclusive em empregos ocasionais, temporários, subcontratadas ou em domicílio.

Por fim, há um argumento centrado nas regras de hermenêutica. A interpretação da Constituição não se faz a partir da lei ordinária; ao contrário, a Constituição é que ilumina a interpretação da lei.

A linguagem constitucional tem mais conteúdo político que jurídico, ou seja, sem vinculação estreita com a dogmática de um específico ramo do direito. Quando veda a dispensa arbitrária ou sem justa causa da gestante, seu conteúdo axiológico é mais amplo porque está a defender valores fundamentais da sociedade, espalhados por todo o seu texto.

Não se pode extrair uma vedação da estabilidade provisória da mulher contratada por tempo determinado.

Outro argumento é infraconstitucional e tem a ver com a coerência do sistema jurídico. A Lei n. 9.601/1998, no art. 1º, § 4º, que admite contrato a termo mediante convenção coletiva, estende a estabilidade provisória à gestante.

Por outro lado, em harmonia com a teoria da responsabilidade social, a empresa que se defronta com a gravidez da empregada contratada por tempo determinado deveria merecer redução dos encargos incidentes sobre a remuneração paga além do prazo estipulado no contrato.

Não se há de negar que tal medida pode diminuir a inevitável discriminação contra a mulher.

Por sua vez, em se tratando de acidentado do trabalho, dispõe a Súmula n. 378, III, que o empregado submetido a contrato de trabalho por tempo determinado goza da garantia provisória de emprego decorrente de acidente de trabalho prevista no art. 118 da Lei n. 8.213/1991.

A inspiração, claramente, é a mesma da Súmula n. 244; negar tal direito ao acidentado é puni-lo duplamente.

A nova redação estimula a empresa a adotar ainda maiores cuidados no que tange aos acidentes do trabalho.

A proteção ao acidentado também é prevista na Lei n. 9.601/1998 e, ademais, o contrato de experiência não cumpre seu objetivo em caso de acidente.

A Convenção 155/1981 da OIT cuida da prevenção dos acidentes do trabalho e a CV 187 exige uma cultura nacional de prevenção em saúde e segurança.

Enfim, há que criar um habitat laboral saudável.

Da mesma forma, parece-me que se deve invocar o princípio da solidariedade social, de modo a que esses custos não sejam suportados apenas pelo empregador; essas estabilidades interessam a toda a sociedade.

5 CONCLUSÕES

À empresa cabe contribuir para o desenvolvimento econômico, gerar lucros aos seus acionistas, propiciar qualidade de vida aos trabalhadores e estimular sua integração.

O protecionismo moderno não é mais estático, baseado na lei, mas sim dinâmico, ancorado na negociação coletiva.

Não há mais lugar para o elemento utópico que marcou a dogmática trabalhista. A proteção ao empregado continua, mas tem ao seu lado outros valores, como a sobrevivência da empresa e o equilíbrio no mercado de trabalho.

O modelo de relações de trabalho tem importante papel no nível de emprego, na prosperidade das empresas e na qualidade de vida dos trabalhadores.

Os tribunais devem contribuir para o direito do trabalho assumir seus valores econômicos e sociais, atuando como síntese dos interesses comuns ao capital e ao trabalho.

O TST deveria rever os processos de criação, redação e aplicação das súmulas, privilegiando a proteção efetiva dos direitos fundamentais constitucionais, abstando-se de criar normas a fim de que nosso ordenamento jurídico trabalhista não se torne ainda mais disfuncional e anacrônico, tanto pela rigidez quanto pela homogeneidade de tratamento de uma realidade heterogênea.

A regulação do mercado de trabalho pode ser prejudicada pelo ativismo judicial que impregna a produção das súmulas.

São Paulo, inverno de 2013.

6 REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Renato Rua de. Das cláusulas normativas das convenções coletivas de trabalho: conceito, eficácia e incorporação nos contratos individuais de trabalho. **Revista LTr: Legislação do Trabalho**, São Paulo, v. 60, n. 12, p. 1604, dezembro 1996.

BRONSTEIN, Arturo S.; CÓRDOVA, Éfren. A Negociação Coletiva. *In: As Relações Coletivas de Trabalho na América Latina: um estudo de seus autores, suas diversas manifestações e seus conflitos, com especial referência ao setor privado.* Maria Luiza Jacobson (tradutora). São Paulo: LTr: OIT: IBRART, 1985.

DAMIÁN MORENO, Juan. El juez ante la ley. *In: ROVIRA, Antonio* (coord.). **Gobernanza Democrática.** Madrid: Marcial Pons, 2013.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Introdução ao direito do trabalho:** introdução ao direito de trabalho e relação de emprego. São Paulo: LTr, 1995.

DRAI, Laurent. **Le droit du travail intellectuel.** Paris: LGDJ, 2005.

GARRIDO GÓMEZ, Isabel. **La Democracia em La Esfera Jurídica.** Pamplona: Civitas, 2013; Thomson Reuters, 2013.

GIUGNI, Gino. **Direito sindical.** São Paulo: LTr, 1991, p. 146-147.

GOLDÍN, Adrian. Autonomía colectiva, autonomia individual e irrenunciabilidad de derechos. **Cuadernos de Investigación del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires**, Buenos Aires, n. 22, p. 14, 1991.

LAFER, Celso. **A Reconstrução dos Direitos Humanos:** um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

MIRANDA, Alessandro Santos de. **Ativismo Judicial na Promoção dos Direitos Sociais:** a dimensão política da jurisdição constitucional na realização dos direitos sociais: o Supremo Tribunal Federal como formador de novos parâmetros de civilidade social e propagador do ativismo judicial. São Paulo: LTr, 2013.

OJEDA AVILÉS, Antonio; ERMIDA URIARTE, Óscar (coord.). **La negociación colectiva en América Latina.** Madrid: Trotta, 1993.

PÉREZ DEL CASTILLO, Santiago. Hierarquia das Fontes no Direito do Trabalho. *In: Estudos sobre as fontes do direito do trabalho:* grupo das quartas-feiras. São Paulo: LTr, 1998.

PLÁ RODRIGUEZ, Américo. La revision del convenio para disminuir los beneficios. *In*: OJEDA AVILÉS, Antonio e ERMIDA URIARTE, Óscar (coord.). **La negociación colectiva en América Latina**. Madrid: Trotta, 1993.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial**: parâmetros dogmáticos. 1.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. O novo conceito de proteção no direito do trabalho. *In*: ZAINAGHI, Domingos Sávio *et alii* (coord.). **Temas de direito do trabalho e seguridade social**. São Paulo: LTr, 2013.

ROMITA, Arion Sayão. Efeitos da cessação de vigência da convenção coletiva de trabalho. **Trabalho & Doutrina**: processo jurisprudência, São Paulo, n. 23, 1999.

SCHAUER, Frederick. **Pensar como um Abogado**: uma nueva introducción al razonamiento jurídico. Madrid: Marcial Pons, 2013.

TEODORO, Maria Cecília Máximo. **O Juiz Ativo e os Direitos Trabalhistas**. São Paulo: LTr, 2011.

7 BIBLIOGRAFIA

CORREDOR LANAS, Cristina; PENÃ ECHEVERRÍA, Javier (coord.). **Derechos com Razón**: filosofia y derechos humanos. Valladolid: Fundación Aranzadi Lex Nova, 2013.

COUTINHO, Grijalbo Fernandes. **Fragments do Ativismo da Magistratura**. São Paulo: LTr, 2006.

PRADO, Lúcia Reis de Almeida. **O Juiz e a Emoção**: aspectos da lógica da decisão judicial. São Paulo: LTr, 2013.