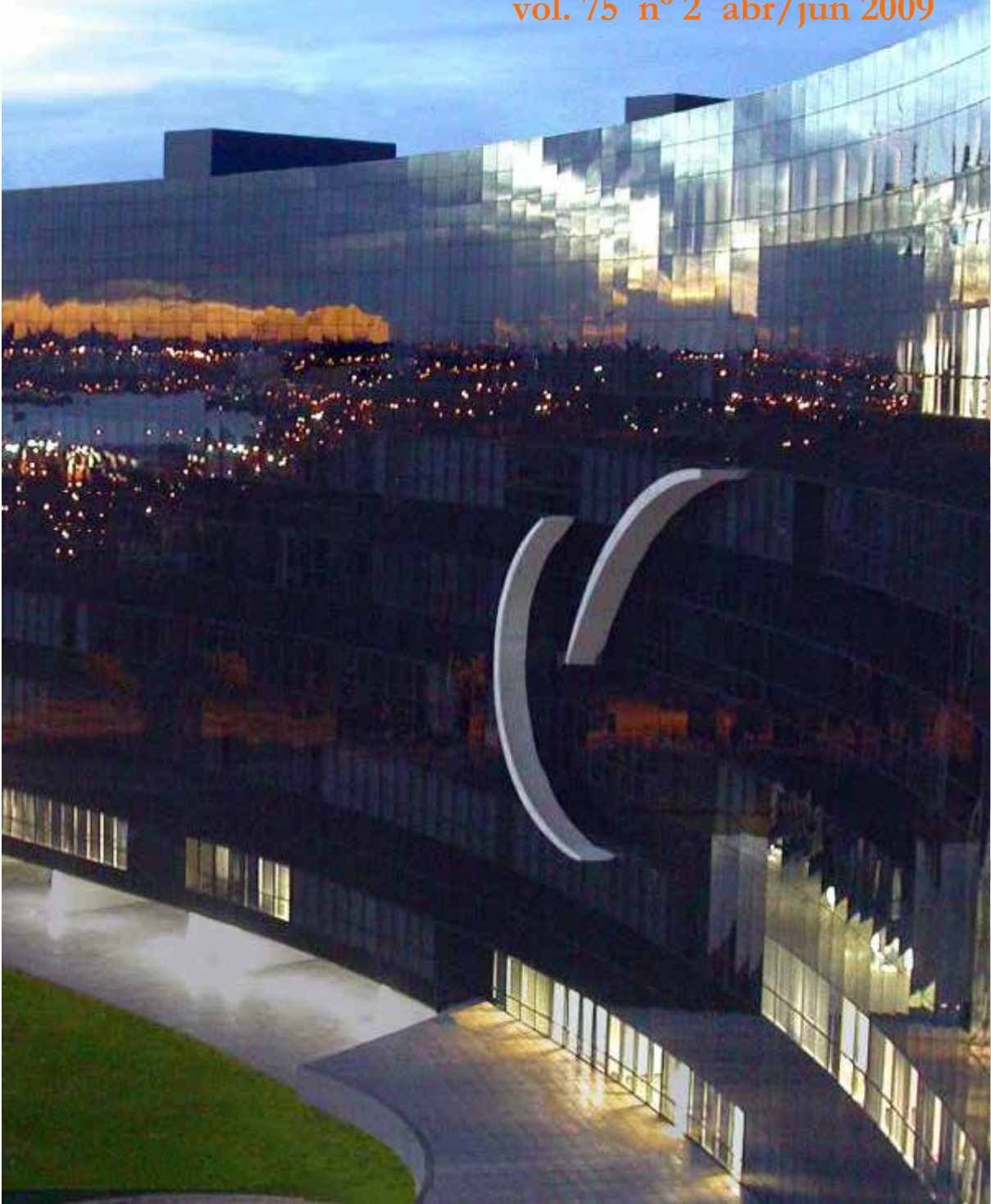


Revista do Tribunal Superior do Trabalho

vol. 75 n° 2 abr/jun 2009



Revista do Tribunal Superior do Trabalho



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

Revista do Tribunal Superior do Trabalho

Ministro Milton de Moura França
Presidente

Ministro João Oreste Dalazen
Vice-Presidente

Ministro Carlos Alberto Reis de Paula
Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho

Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi
Ministro Horácio Raymundo de Senna Pires
Ministra Rosa Maria Weber Candiota da Rosa
Comissão de Documentação

Ano 75 – nº 2 – abr. a jun. – 2009



Alameda Coelho Neto, 20 / 3º andar – Porto Alegre – RS – 91.340-340
magister@editoramagister.com – www.editoramagister.com

Revista do Tribunal Superior do Trabalho / Tribunal Superior do Trabalho. – Vol. 21, n. 1 (set./dez. 1946) – Rio de Janeiro : Imprensa Nacional, 1947-.

v.

Trimestral.

Irregular, 1946-1968; suspensa, 1996-1998; trimestral, out. 1999-jun. 2002; semestral, jul. 2002-dez. 2004; quadrimestral, maio 2005-dez. 2006.

Continuação de: Revista do Conselho Nacional do Trabalho, 1925-1940 (maio/ago.).

Coordenada pelo: Serviço de Jurisprudência e Revista, 1977-1993; pela: Comissão de Documentação, 1994-.

Editores: 1946-1947, Imprensa Nacional; 1948-1974, Tribunal Superior do Trabalho; 1975-1995, LTr; out. 1999-mar. 2007, Síntese; abr. 2007- , Magister.

ISSN 0103-7978

1. Direito do Trabalho. 2. Processo Trabalhista. 3. Justiça do Trabalho – Brasil.
4. Jurisprudência Trabalhista – Brasil. I. Brasil. Tribunal Superior do Trabalho.

CDU 347.998.72(81)(05)

Coordenação: Comissão de Documentação

Organização e Supervisão: Ana Celi Maia de Miranda

Revisão: José Geraldo Pereira Baião

Capa: Ivan Salles de Rezende (sobre foto de Marta Crisóstomo)

Editoração Eletrônica: Editora Magister

Os artigos publicados com assinatura não traduzem a opinião do Tribunal Superior do Trabalho. Sua publicação obedece ao propósito de estimular o debate sobre questões jurídicas relevantes para a sociedade brasileira e de refletir as várias tendências do pensamento jurídico contemporâneo. Instruções para submissão de artigo encontram-se no link “Revista do TST” na página www.tst.jus.br.

Tribunal Superior do Trabalho

Setor de Administração Federal Sul

Quadra 8, lote 1, bloco “B”, mezanino

70070-600 – Brasília – DF

Fone: (61) 3314-3056

E-mail: revista@tst.jus.br

Internet: www.tst.jus.br

Editora Magister

Alameda Coelho Neto, 20 / 3º andar

91340-340 – Porto Alegre – RS

Fone: (51) 3027-1100

Assinaturas:

magister@editoramagister.com

www.editoramagister.com

**Composição do
Tribunal Superior do Trabalho**

Tribunal Pleno

Ministro Milton de Moura França, Presidente do Tribunal
Ministro João Oreste Dalazen, Vice-Presidente do Tribunal
Ministro Carlos Alberto Reis de Paula, Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho
Ministro Vantuil Abdala
Ministro Rider Nogueira de Brito
Ministro Antônio José de Barros Levenhagen
Ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho
Ministro João Batista Brito Pereira
Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi
Ministro José Simpliciano Fontes de Faria Fernandes
Ministro Renato de Lacerda Paiva
Ministro Emmanoel Pereira
Ministro Lelio Bentes Corrêa
Ministro Aloysio Silva Corrêa da Veiga
Ministro Horácio Raymundo de Senna Pires
Ministra Rosa Maria Weber Candiota da Rosa
Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho
Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira
Ministra Maria de Assis Calsing
Ministra Dora Maria da Costa
Ministro Pedro Paulo Teixeira Manus
Ministro Fernando Eizo Ono
Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos
Ministro Márcio Eurico Vitral Amaro
Ministro Walmir Oliveira da Costa
Ministro Mauricio Godinho Delgado
Ministra Kátia Magalhães Arruda

Órgão Especial

Ministro Milton de Moura França, Presidente do Tribunal
Ministro João Oreste Dalazen, Vice-Presidente do Tribunal
Ministro Carlos Alberto Reis de Paula, Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho

Ministro Vantuil Abdala
Ministro Rider Nogueira de Brito
Ministro Antônio José de Barros Levenhagen
Ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho
Ministro João Batista Brito Pereira
Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi
Ministro José Simpliciano Fontes de Faria Fernandes
Ministro Renato de Lacerda Paiva
Ministro Emmanoel Pereira
Ministro Lelio Bentes Corrêa
Ministro Aloysio Silva Corrêa da Veiga

Seção Especializada em Dissídios Coletivos

Ministro Milton de Moura França, Presidente do Tribunal
Ministro João Oreste Dalazen, Vice-Presidente do Tribunal
Ministro Carlos Alberto Reis de Paula, Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho
Ministra Dora Maria da Costa
Ministro Fernando Eizo Ono
Ministro Márcio Eurico Vitral Amaro
Ministro Walmir Oliveira da Costa
Ministro Mauricio Godinho Delgado
Ministra Kátia Magalhães Arruda

Subseção I da Seção Especializada em Dissídios Individuais

Ministro Milton de Moura França, Presidente do Tribunal
Ministro João Oreste Dalazen, Vice-Presidente do Tribunal
Ministro Carlos Alberto Reis de Paula, Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho
Ministro Vantuil Abdala
Ministro Rider Nogueira de Brito
Ministro João Batista Brito Pereira
Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi

Ministro Lelio Bentes Corrêa
Ministro Aloysio Silva Corrêa da Veiga
Ministro Horácio Raymundo de Senna Pires
Ministra Rosa Maria Weber Candiota da Rosa
Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho
Ministra Maria de Assis Calsing
Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos

Subseção II da Seção Especializada em Dissídios Individuais

Ministro Milton de Moura França, Presidente do Tribunal
Ministro João Oreste Dalazen, Vice-Presidente do Tribunal
Ministro Carlos Alberto Reis de Paula, Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho
Ministro Antônio José de Barros Levenhagen
Ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho
Ministro José Simpliciano Fontes de Faria Fernandes
Ministro Renato de Lacerda Paiva
Ministro Emmanoel Pereira
Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira
Ministro Pedro Paulo Teixeira Manus

Primeira Turma

Ministro Lelio Bentes Corrêa, Presidente
Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho
Ministro Walmir Oliveira da Costa

Segunda Turma

Ministro Vantuil Abdala, Presidente
Ministro José Simpliciano Fontes de Faria Fernandes
Ministro Renato de Lacerda Paiva

Terceira Turma

Ministro Rider Nogueira de Brito, Presidente
Ministra Rosa Maria Weber Candiota da Rosa
Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira

Quarta Turma

Ministro Antônio José de Barros Levenhagen, Presidente
Ministra Maria de Assis Calsing
Ministro Fernando Eizo Ono

Quinta Turma

Ministro João Batista Brito Pereira, Presidente
Ministro Emmanoel Pereira
Ministra Kátia Magalhães Arruda

Sexta Turma

Ministro Aloysio Silva Corrêa da Veiga, Presidente
Ministro Horácio Raymundo de Senna Pires
Ministro Mauricio Godinho Delgado

Sétima Turma

Ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho, Presidente
Ministro Pedro Paulo Teixeira Manus
Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos

Oitava Turma

Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, Presidente
Ministra Dora Maria da Costa
Ministro Márcio Eurico Vitral Amaro

Ministros do Tribunal Superior do Trabalho



MILTON DE MOURA FRANÇA
Presidente



JOÃO ORESTE DALAZEN
Vice-Presidente



CARLOS A. R. DE PAULA
Corregedor-Geral



VANTUIL ABDALA



RIDER DE BRITO



ANTÔNIO JOSÉ
DE B. LEVENHAGEN



IVES GANDRA FILHO



BRITO PEREIRA



CRISTINA PEDUZZI



JOSÉ SIMPLICIANO
FONTES



RENATO PAIVA



EMMANOEL PEREIRA



LELIO BENTES



ALOYSIO VEIGA



HORÁCIO SENNA
PIRES



ROSA MARIA



VIEIRA DE MELLO
FILHO



ALBERTO BRESCIANI



MARIA DE ASSIS
CALSING



DORA COSTA



PEDRO PAULO
TEIXEIRA MANUS



FERNANDO EIZO ONO



GUILHERME
CAPUTO BASTOS



MÁRCIO EURICO
VITRAL AMARO



WALMIR OLIVEIRA
DA COSTA



MAURÍCIO JOSÉ
GODINHO DELGADO



KÁTIA MAGALHÃES
ARRUDA

Sumário

TEMA ESPECIAL: DURAÇÃO DE TRABALHO

1. Jornada especial dos bancários <i>Aloysio Corrêa da Veiga</i>	17
2. Duração do trabalho: o debate sobre a redução para 40 horas semanais <i>Mauricio Godinho Delgado</i>	25
3. Jornada de trabalho e acidente de trabalho: reflexões em torno da prestação de horas extraordinárias como causa de adoecimento no trabalho <i>Cláudio Mascarenhas Brandão</i>	35
4. La clause d'exclusivite dans le contrat à temps partiel <i>Alice Catarina de Souza Pires</i>	53
5. A garantia fundamental da limitação da jornada: entre a Constituição e o artigo 62 da CLT <i>Noemia Porto</i>	68
6. Redução de jornada gera emprego? <i>José Pastore</i>	85

TEMÁTICA ATUAL

El acoso laboral y el acoso moral: propuestas para su distinción conceptual y para su protección judicial <i>Pablo Aramendi</i>	115
--	-----

NOTAS E COMENTÁRIOS

Proposições em relação à duração de trabalho em tramitação no Congresso Nacional	139
Enamat promove 7º Curso de Formação Inicial de Magistrados	155
Nova composição das Comissões Permanentes do TST	156

SUMÁRIO

Ato autoriza Presidente do Tribunal a decidir, monocraticamente, os agravos de instrumento em recurso de revista e os recursos de revista pendentes de distribuição, nas condições que especifica 157

JURISPRUDÊNCIA

Jurisprudência temática 161

ÍNDICE TEMÁTICO

1. Índice da Jurisprudência do TST 267

Tema Especial: Duração de Trabalho

JORNADA ESPECIAL DOS BANCÁRIOS

Aloysio Corrêa da Veiga*

INTRODUÇÃO

Uma das questões mais polêmicas no Direito do Trabalho, na atualidade, continua sendo a jornada de trabalho dos empregados bancários.

O grande número de ações trabalhistas ajuizadas, com certeza, desafia os juízes na aplicação da norma jurídica ao caso concreto.

O enquadramento da função do bancário, a excepcionalidade da prorrogação da jornada de trabalho, o trabalho noturno, as normas coletivas, os anseios de flexibilização das normas trabalhistas, tudo está a exigir dos estudiosos do Direito uma profunda reflexão, com o fim de retirar e harmonizar o conflito de interesses, sempre presente nas relações de trabalho do bancário, a compatibilizar a existência de duas jornadas de trabalho, de 6 e de 8 horas, criadas por lei, para uma mesma categoria.

Resta, por fim, estabelecer quando uma e outra jornada de trabalho irá regular a relação jurídica do empregado bancário.

HISTÓRIA DA JORNADA DE TRABALHO DO EMPREGADO BANCÁRIO – A FIXAÇÃO EM SEIS HORAS

A jornada especial de trabalho do empregado bancário tem provocado grande debate entre as categorias profissional e econômica. Se, de um lado, os banqueiros procuram relativizar a jornada legal de 6 horas, mediante o enquadramento do trabalho desenvolvido de um maior número de empregados, na exceção de que trata o § 2º do art. 224 da CLT, de outro lado a categoria profissional insiste na defesa do regime especial de trabalho, alegando que a conquista histórica deve ser mantida respeitada.

* *Ministro do Tribunal Superior do Trabalho; professor da Faculdade de Direito da Universidade Católica de Petrópolis; membro da Academia Nacional de Direito do Trabalho.*

DOCTRINA

Necessário se torna, portanto, que se faça um esforço histórico no tocante à origem da jornada de trabalho de 6 horas para os empregados de bancos e de casas bancárias.

As primeiras normas legais de limitação da jornada de trabalho, de que se tem notícia no Brasil, remontam ao Decreto nº 313, de 17.01.1891. Mesmo assim, referia-se à limitação da jornada de trabalho do menor, fixando a duração máxima em 9 horas por dia para os menores do sexo masculino e em 7 horas por dia, para os menores do sexo feminino. As normas legais que limitavam a jornada de trabalho vieram com o Estado Novo, mediante decretos, já no ano de 1932.

Os empregados em banco, até 1933, estavam integrados no regime de enquadramento sindical dos comerciários. A partir daí, surge a primeira norma legal com o fim de regular a duração do trabalho dos empregados em bancos e casas bancárias. Tal se deu com o Decreto nº 23.322, de 3 de novembro de 1933.

A fixação da jornada de trabalho do empregado bancário em seis horas desperta a curiosidade no sentido de investigar a origem do porquê de sua fixação.

A redução, à primeira vista, impunha-se em razão do desgaste físico e mental provocado pela tarefa cotidiana de exercer função voltada ao recebimento e pagamento de grandes somas em dinheiro, onde a concentração para evitar incorreções causava um sofrimento maior. Além disso, o trabalho permanentemente sentado podia causar lesões irreversíveis à coluna vertebral.

Bastariam essas razões para justificar a redução da jornada de trabalho.

No entanto, não se pode atribuir, tão-somente, à sensibilidade social do governo que se instalava a edição do decreto que limitou em 6 horas a jornada de trabalho do bancário.

Outros fatores foram determinantes para consagrar a redução da jornada, que culminaram com a edição do Decreto nº 23.322/33.

No início da década de 20 do século passado, os empregados de determinadas categorias procuravam se associar com fim de reivindicar melhores condições de trabalho.

Os bancários de São Paulo, no dia 16 de abril de 1923, aprovaram, em assembleia, da qual participaram 84 bancários, o estatuto da Associação dos Funcionários de Bancos de São Paulo¹. A proposta inicial era, de fato, a de

1 Fonte – Secretaria de Imprensa do Sindicato dos Bancários de Jundiaí em 19.07.2007.

DOCTRINA

criar uma categoria com identidade própria, já que, até então, integrava a categoria dos comerciários.

Quase 10 anos depois, surgia a primeira greve dos bancários, iniciada em Santos, no dia 18 de abril de 1932. Reivindicavam, então, melhorias salariais e das condições sanitárias. É que, na época, havia grande incidência de tuberculose.

A greve foi vitoriosa; movimentou nacionalmente a categoria, todos voltados para a conquista do chamado “horário higiênico”. Pareceres médicos justificavam a redução da jornada de trabalho dos bancários, vítimas da tuberculose e da neurose.

O movimento da categoria, em assembleia, continuava a reivindicar a jornada de trabalho de 6 horas. Atribuem a Álvaro Cechino, diretor da entidade, a missão de ir ao Rio de Janeiro exigir do governo provisório a assinatura do decreto de 6 horas.

É, então, assinado o decreto criando a jornada de trabalho dos bancários de 6 horas diárias e 36 horas semanais. As modificações no decreto não agradaram à categoria, que pretendia a jornada de trabalho de 32 horas semanais nos moldes da semana inglesa.

Bem mais tarde, a jornada de trabalho passou para 33 horas semanais; sendo 6 horas durante a semana e 3 horas no sábado.

A CLT de 1943 estabeleceu para os empregados em “Bancos e Casas Bancárias” a jornada de seis horas contínuas ou trinta e seis horas semanais, exceto para os exercentes de cargos de confiança, com vencimentos superiores aos dos postos efetivos e com admissão da prorrogação da jornada em até oito horas diárias.

A Lei nº 1.540, de 3 de janeiro de 1952, alterou a jornada para seis horas diárias, com exceção dos sábados, cuja duração era de três horas, perfazendo um total de trinta e três horas de trabalho por semana, além de um intervalo de quinze minutos diários. Manteve a exceção quanto aos exercentes de cargos de confiança.

O Decreto-Lei nº 754, de 11 de agosto de 1969, determinou que as disposições do art. 224 da CLT não se aplicariam aos exercentes de funções de direção, gerência, fiscalização, chefia e equivalentes ou que desempenhassem outros cargos de confiança, desde que o valor da gratificação não seja inferior a um terço do salário do cargo efetivo.

O repouso aos sábados foi estabelecido em 1969, pelo Decreto-Lei nº 915, de 7 outubro de 1969, com fixação da duração semanal de 30 horas.

DOCTRINA

Essa, historicamente, foi a evolução legislativa quanto à jornada de trabalho dos empregados em bancos e casas bancárias.

O fundamento, de início, para motivar a adoção do então chamado “horário higiênico” foi, sem dúvida, o sentimento associativo deflagrado pelos funcionários de banco do Estado de São Paulo, em razão da grande incidência de tuberculose existente à época e dos transtornos psíquicos decorrentes do exercício da função imediata nos bancos.

Se hoje não mais existe a grande incidência dos tipos de doença que indicaram a adoção da jornada de 6 horas de trabalho, ainda há o sentimento da categoria pela manutenção da jornada especial sob fundamento de que doenças outras, como LER-DORT, assédio moral, síndrome do pânico, hipertensão e doenças cardiovasculares estão a recomendar que se mantenha a jornada reduzida de trabalho.

CARGO E FUNÇÃO DE CONFIANÇA

A norma legal confunde cargo com função. Há, flagrantemente, distinção entre as duas denominações. Cargo é a investidura no emprego público ou particular. Função é o conjunto de direitos, obrigações e atribuições de uma pessoa em sua atividade profissional específica.

Estabelece o art. 224 da CLT, *verbis*:

“A duração normal do trabalho dos empregados em bancos, casas bancárias e Caixa Econômica Federal será de 6 (seis) horas contínuas nos dias úteis, com exceção dos sábados, perfazendo um total de 30 (trinta) horas de trabalho por semana.”

Essa é a regra geral. Os empregados em bancos, casas bancárias e CEF têm jornada de trabalho de 6 horas. Qualquer outra jornada de trabalho há que ser entendida como exceção.

A exceção vem tratada, e como tal, afirma o § 2º do art. 224 da CLT:

“As disposições deste artigo não se aplicam aos que exercem funções de direção, gerência, fiscalização, chefia e equivalentes ou que desempenhem outros cargos de confiança, desde que o valor da gratificação não seja inferior a 1/3 do salário do cargo efetivo.”

Para se admitir a jornada de trabalho do empregado, excepcionada pelo § 2º, é necessário que a função de confiança esteja demonstrada com as atribuições que diferenciam os seus exercentes da regra comum.

ENQUADRAMENTO DO EMPREGADO BANCÁRIO – JORNADAS DE SEIS E DE OITO HORAS

Não é tarefa das mais simples o enquadramento do empregado bancário na jornada de trabalho contida na exceção do § 2º do art. 224 da CLT. O enquadramento na jornada de trabalho de 6 horas não desperta maior curiosidade ou dúvida. É a regra geral. Enquadrar na exceção é que exige do intérprete maior cuidado.

Novamente o grande número de ações trabalhistas onde se discute o enquadramento do empregado na exceção, de modo que se consagre como legítima o exercício da jornada de trabalho em 8 horas diárias e 40 semanais, tem trazido grande insegurança na aplicação do dispositivo excepcional.

É comum nas ações trabalhistas, notadamente no curso da fase probatória, ao procurar caracterizar a jornada excepcional, a preocupação dos advogados em procurar limitar a diferença de atribuições na quantidade de subordinados que o empregado possui, na existência ou não de assinatura autorizada e na possibilidade de admitir ou demitir empregados, a informar que na ausência de um desses três elementos, de *per se*, estar-se-ia a negar o exercício de cargo (função) de confiança.

É sabido que há empregados que possuem diversos subordinados; têm assinatura autorizada e nem por isso exercem função de confiança. Outros, porém, não têm nenhum subordinado; trabalham diante de um computador e de um aparelho de telefone; no entanto, quebram o banco com apenas um compromisso mal celebrado, como no caso daqueles que trabalham no mercado de capitais.

O que vai determinar, necessariamente, o exercício da função são, sem dúvida, as atribuições, oriundas da relação jurídica de trabalho desenvolvida e que precisam, nas ações, estar delimitadas, na medida em que a consagração dessas funções se limita à instância da prova, isto é, a instância ordinária, de modo que, por força do entendimento consagrado na Súmula nº 102, não é passível de exame no recurso de revista e no de embargos.

É tênue a distinção entre o empregado bancário que trabalha exercendo função de confiança daquele empregado bancário que estaria enquadrado na regra geral do *caput* do art. 224 da CLT.

Em princípio todos os empregados têm uma fidúcia especial, sobretudo aqueles que exercem suas funções em contato permanente com importante volume de recursos financeiros em espécie. O que vai distinguir a função de

DOCTRINA

confiança da função técnica, penso, é a possibilidade de responder e ter a autoridade de comprometer o patrimônio do empregador com o exercício de suas funções. A chamada alçada pela qual o empregado bancário poderá autorizar pagamentos a clientes, como, v.g., vistando cheques que não tenham suficiente provisão de fundos; liberando empréstimos nos limites de sua alçada, etc.

O simples pagamento da gratificação de função não inferior a 1/3 do salário do cargo efetivo não é bastante para definir o exercente de cargo de confiança. 1/3 de seis horas equivale, ao fim, a duas horas. O pagamento da gratificação estaria apenas a remunerar as 7^a e 8^a horas como jornada normal de trabalho.

GERENTE DE AGÊNCIA E GERENTE GERAL

Outra fonte de grande conflito sempre foi a caracterização do gerente de bancos. Numa determinada época houve um aumento significativo na denominação dos cargos ocupados pelos empregados dos bancos. A denominação de gerente era a preferida para designar qualquer cargo exercido, chegando a contemplar todos os designados para o atendimento de clientes.

A adoção deste método provocou reação mais rigorosa na valoração das funções exercidas pelos empregados, de modo a excluir da jornada normal e ordinária dos empregados em bancos aqueles que, embora denominados de gerentes, exerciam funções técnicas não condizentes com a exceção preconizada pelo § 2º do art. 224 da CLT.

Os gerentes de agência, que exerciam funções de confiança, dentro da estrutura bancária, estavam de fato inseridos na jornada de trabalho excepcional de 8 horas diárias.

Já no caso do gerente geral, isto é, do gerente principal da agência, a representação do empregador é inerente à função.

A controvérsia no enquadramento desta função na excludente de que trata o art. 62, II, da CLT, sempre foi acentuada. Entendiam que, estando a jornada de trabalho do empregado bancário contemplada em título específico das normas especiais de tutela do trabalho (título III da CLT), a esses empregados não se aplicaria a norma geral de tutela do trabalho, esta prevista no Título II.

As normas gerais não perdem a eficácia quando norma especial regula, com pormenores, determinada atividade. O convívio entre ambas se impõe. É necessário compatibilizar com a regra geral o que a regra especial não regulou.

DOCTRINA

O encargo e gestão diferenciados no gerente geral estão presentes, sem dúvida, na atividade por ele exercida.

De nada valia, na tentativa de descaracterizar o exercício das funções de mando e de gestão, a demonstração da inexistência desses poderes, pelo simples fato de o gerente geral não possuir as chaves da agência e nem proceder à abertura do cofre da agência sem a presença de outro empregado.

Em boa hora o TST uniformizou a jurisprudência mediante a Súmula nº 287. Com ela preconizou que, nesta função, presume-se o exercício de encargo de gestão, estando o gerente geral na excludente de que trata o art. 62 da CLT.

É o que enuncia:

“JORNADA DE TRABALHO. GERENTE BANCÁRIO. NOVA REDAÇÃO. RES. 121/2003, DJ 21.11.2003. A jornada de trabalho do empregado de banco gerente de agência é regida pelo art. 224, § 2º, da CLT. Quanto ao gerente geral de agência bancária, presume-se o exercício de encargo de gestão, aplicando-se-lhe o art. 62 da CLT.”

A presunção, que daí decorre, é *iuris tantum*, de modo que não basta denominar de gerente geral. É preciso que seja o gerente geral. Senão, bastaria denominar de gerente geral de negócios; gerente geral de atendimento, p. ex., para excluir da tutela de duração do trabalho diversos gerentes de uma mesma agência bancária, o que, definitivamente, não é o caso.

INTERVALO INTRAJORNADA

O intervalo intrajornada do bancário é de 15 minutos, estabelece o § 1º do art. 224 da CLT. Importa saber se o tempo destinado ao descanso se computa ou não na jornada de trabalho. Não há determinação na regra legal. Pela interpretação sistemática, quando a lei quis não computar o tempo de intervalo no cômputo da jornada, expressamente estatuiu. Logo, o intervalo de 15 minutos está computado na jornada de trabalho.

CONCLUSÃO

A harmonia das relações sociais pressupõe, sempre, o cumprimento voluntário das obrigações assumidas pelo homem em sociedade. O conflito entre capital e trabalho é histórico. As conquistas sociais, ao longo do tempo, procuram sempre aperfeiçoar as instituições, como alicerces para um desenvolvimento seguro.

DOUTRINA

A duração do trabalho do bancário, contemplada como regra geral em 6 horas, para alguns, não mais se justifica diante da automação e da mudança sensível na atividade bancária. Para outros, a conquista histórica tem que ser preservada por se tratar da própria identidade profissional.

Legem habemus. Estamos diante de um direito positivo. A norma legal impõe o cumprimento e o respeito, cabendo ao Judiciário, por fim, resgatar a autoridade da lei no caso concreto.

A única possibilidade de alteração é pela via legislativa, que, por vocação política, não se justifica notadamente na atualidade quando se retorna ao debate sobre a redução de jornada de trabalho.

DURAÇÃO DO TRABALHO: O DEBATE SOBRE A REDUÇÃO PARA 40 HORAS SEMANAIS

Mauricio Godinho Delgado*

I – INTRODUÇÃO

A Constituição da República, há pouco mais de 20 anos, trouxe importantes inovações na ordem jurídica do Brasil, quer no plano institucional, quer no plano normatizador das relações sociais.

Na ótica jurídica trabalhista, uma dessas notáveis inovações consistiu na redução da duração do trabalho de 48 horas para o teto de 44 horas semanais. De fato, após mais de quatro décadas de vigência do teto normativo de 48 horas, a Carta Magna iniciou a modernização da ordem jurídica em direção a limites mais próximos ao padrão normativo prevalecente nos países capitalistas desenvolvidos ocidentais.

Duas décadas depois desse avanço inicial, ressurge o debate sobre a diminuição da duração do trabalho, agora com foco no limite hegemônico no Ocidente, relativo às 40 horas semanais de labor.

O debate envolve múltiplas dimensões, algumas escapando aos próprios contornos da seara tipicamente jurídica.

Tais dimensões serão a seguir examinadas.

II – DURAÇÃO DO TRABALHO – DIMENSÕES

O tema jurídico da duração do trabalho tem múltiplas dimensões, não se esgotando na ideia de simples repositório de regras regentes do contrato empregatício, tal como outras normas instituídas pelo Direito do Trabalho.

* *Ministro do Tribunal Superior do Trabalho; professor do Mestrado em Direito do Trabalho da PUC Minas e do Curso de Especialização em Direito Material e Processual do Trabalho do IESB; autor dos livros Curso de Direito do Trabalho (8. ed., São Paulo: LTr; 2009), Direito Coletivo do Trabalho (3. ed., São Paulo: LTr; 2008) e de outras publicações jurídicas.*

DOCTRINA

A extensão do tempo de disponibilidade humana em decorrência do contrato laboral implica repercussões no plano da *saúde* do(a) trabalhador(a), no plano de sua *educação* e também no contexto de suas relações com a *família e correspondentes crianças e adolescentes* envolvidos. Implica ainda repercussões no tocante à candente equação social do *emprego/desemprego*, além de ter importante impacto no *mercado econômico interno*.

1) *Saúde do(a) trabalhador(a)*

No plano da saúde do(a) trabalhador(a), sabe-se, hoje, que a extensão do contato do indivíduo com certas atividades ou ambientes é elemento decisivo à configuração do potencial efeito insalubre de tais ambientes ou atividades. Nesse cenário, a redução da jornada ou da duração semanal do trabalho em certas atividades ou ambientes constitui medida profilática importante no contexto da moderna medicina laboral. Por essa razão é que as regras jurídicas reguladoras da jornada laborativa obreira não são mais apenas regras jurídicas de estrito fundo econômico, sendo também, principalmente, *regras de saúde pública*.

A Constituição da República apreendeu, de modo exemplar, essa nova leitura a respeito da jornada e duração laborativas e do papel que têm no tocante à construção e implementação de uma consistente política de saúde no trabalho. Por essa razão é que a Carta de 1988, sabiamente, arrolou como direito dos trabalhadores a “redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança” (art. 7º, XXII).

É importante enfatizar que o maior ou menor espaçamento da jornada (e da duração semanal e mensal do labor) atua, diretamente, na deterioração ou melhoria das condições internas de trabalho na empresa, comprometendo ou aperfeiçoando uma estratégia de redução dos riscos e malefícios inerentes ao ambiente de prestação de serviços. Noutras palavras, *a modulação da duração do trabalho é parte integrante de qualquer política de saúde pública, uma vez que influencia, exponencialmente, a eficácia das medidas de medicina e segurança do trabalho adotadas na empresa*.

Do mesmo modo que a ampliação da jornada (inclusive com a prestação de horas extras) acentua, drasticamente, as possibilidades de ocorrência de doenças profissionais, ocupacionais ou acidentes do trabalho, sua redução diminui, de maneira significativa, tais probabilidades da denominada “infortunistica do trabalho”.

Nesse quadro, a diminuição para 40 horas do módulo semanal de labor no Direito brasileiro constitui notável medida de saúde no ambiente do trabalho,

por restringir o desgaste inerente à atividade laborativa, com a fundamental ênfase de que se trata, regra geral, de redução apta a propiciar o franqueamento de um inteiro dia adicional, dentro da semana, para o respectivo trabalhador brasileiro.

2) Educação do(a) trabalhador(a)

No plano da educação do(a) trabalhador(a), a redução da duração semanal do trabalho para 40 horas iria traduzir importante medida de favorecimento à sua maior qualificação profissional específica, além de favorecer a melhoria de sua educação formal genericamente considerada.

É que se abriria a dezenas de milhões de empregados(as) todo um novo inteiro dia da semana de disponibilidade pessoal, tempo que, muitas vezes, tenderia a ser direcionado à busca de novas oportunidades de aperfeiçoamento pelo indivíduo. Mesmo para aqueles que já concentram suas atividades laborativas em cinco dias da semana, por meio do critério compensatório de jornada, a medida redutora teria significativo impacto, por restringir o desgaste inerente ao trabalho nos dias a ele dedicados.

Ora, o processo educativo não se realiza, conforme se sabe, sem a presença de razoável tempo de disponibilidade pessoal, quer para a transmissão específica do conhecimento, quer para sua internalização e sedimentação pelo educando. Falar-se em política pública de qualificação profissional ou de incremento do nível educacional das pessoas sem que se crie, de maneira geral, maior período de disponibilidade individual para a população que trabalha, é inviabilizar-se, na prática, qualquer sucesso significativo nessa mesma política pública.

Nesse contexto, a diminuição para 40 horas do módulo semanal de labor no Direito brasileiro constitui importante medida proativa da educação do(a) trabalhador(a) do país.

3) Relações do(a) trabalhador(a) com sua família, especialmente crianças e adolescentes

No plano das relações do(a) trabalhador(a) com sua família, inclusive crianças e adolescentes sob sua direção familiar unitária ou compartilhada, a nova regra redutora da duração semanal do trabalho teria, simplesmente, repercussão admirável.

Tal pequeno ajuste na jornada laborativa obreira traduziria medida universalizante propiciadora de notável maior presença dos pais – do pai e da

mãe (dos responsáveis familiares, em síntese) – no seio de suas respectivas microcomunidades familiares. Quer se tratando da unidade familiar clássica (dirigida pelo casal), quer se tratando das novas e cada vez mais importantes famílias monoparentais – a maioria das vezes dirigidas pelas mulheres –, em todos os casos a nova política pública incrementaria o tempo de disponibilidade parental para dedicação aos filhos e dependentes, à sua educação, melhor estruturação da personalidade e mais bem-sucedida formação moral.

Mesmo nas sociedades e Estados mais bem desenvolvidos e estruturados – como os países nórdicos, por exemplo, em que prima o Estado de bem-estar social –, já se chegou à conclusão acerca da relevância da dimensão familiar na formação estrutural do indivíduo (sem prejuízo do complemento necessário pelo sistema educacional formal – exterior à família, evidentemente). Mais claro isso se torna em países como o Brasil, em que as estruturas formais educativas e de socialização das crianças e adolescentes, próprias da sociedade civil e do Estado, ainda são bastante precárias e desconexas.

Propiciar aos responsáveis legais por crianças e adolescentes maior tempo de interação e convivência familiar, de transmissão cotidiana de valores e princípios éticos, de lazer comunitariamente compartilhado, é instituir efetiva política pública de resgate da família na sociedade brasileira, viabilizando o melhor funcionamento de mecanismo comprovadamente eficaz de formação e socialização das crianças e jovens brasileiros.

Nesse cenário, a diminuição para 40 horas do módulo semanal de labor no Direito brasileiro constitui política pública exponencial de favorecimento das famílias, crianças e jovens do país, contribuindo para corrigir uma das mais graves anomalias hoje existentes em nossa sociedade.

4) *Emprego versus desemprego*

No plano das relações entre a redução da duração do trabalho e a decisiva equação socioeconômica do emprego *versus* desemprego, desponta também aspecto de grande relevo.

De fato, a evolução do Direito do Trabalho no mundo ocidental tem demonstrado que a *modulação da jornada e da duração do trabalho consiste em um dos mais eficazes mecanismos de combate ao desemprego*. A redução da duração diária, semanal e mensal do labor abre, automaticamente (ainda que não em proporção equivalente), inúmeros novos postos de trabalho, ou – na pior das hipóteses – obstacula, de modo franco e direto, o ritmo de avanço da taxa de desocupação no mercado de trabalho.

DOUTRINA

É comum argumentar-se que essa redução provocaria efeitos paradoxais sobre o próprio nível de emprego. Sustenta-se que, embora a medida seja hábil a elevar a taxa de ocupação em um primeiro momento, ela também produziria, logo a seguir, uma retração na atividade econômica (em virtude do incremento do custo trabalhista), ensejando conseqüentemente nova – e mais grave – diminuição na oferta de postos de trabalho no mercado.

Não é, porém, correta essa objeção. Em primeiro lugar, o custo econômico e financeiro adicional absorvido pelos empregadores seria rapidamente diluído na dinâmica de atuação das empresas e do sistema econômico, sendo, além disso, gradativamente compensado, ainda que de modo indireto, pelo estímulo a todo o mercado interno que a medida necessariamente traria.

Em segundo lugar, a evolução do sistema capitalista nos países desenvolvidos tem demonstrado que as medidas de redução da duração do trabalho têm se mostrado compatíveis e até mesmo *funcionais* ao avanço do sistema econômico. É que tais medidas tendem a incentivar o conjunto das forças econômicas à busca de maiores investimentos em tecnologia e intensificação de capital, como fórmula para se atenuar o impacto das restrições legais ao uso da força de trabalho. Com isso, o conjunto do sistema vê-se estimulado, do ponto de vista organizacional e tecnológico, ao avanço e aperfeiçoamento quando defrontado com situações de redução do tempo laborativo.

Há outro aspecto importante na presente relação (jornada-emprego/desemprego): é que a redução da duração do trabalho desponta, sem dúvida, como um dos mais eficazes instrumentos de *redistribuição social de parte dos enormes ganhos de produtividade alcançados pelo desenvolvimento científico e tecnológico inerente ao capitalismo*. De fato, a espetacular evolução da ciência e da tecnologia experimentada nas décadas mais recentes dos séculos XX e XXI pelo sistema capitalista, em seus vários segmentos, somente seria redistribuída de modo mais equânime ao conjunto da sociedade caso se permitisse o incremento genérico do *valor trabalho*, ao lado da incorporação de novas pessoas ao próprio mercado econômico – repercussões que seriam alcançadas por meio da redução do tempo unitário de labor dos contratos de emprego existentes.

Ora, não tem sentido admitir-se, em uma sociedade *democrática* (onde o poder político não depende mais, em tese, do poder econômico e social de cada indivíduo ou setor), que todos os ganhos do espetacular avanço científico e tecnológico ocorrido no sistema fiquem concentrados estritamente nas elites econômicas, sem qualquer redistribuição social (ainda que em parte, é claro).

Assim, a criação de empregos novos em face do encurtamento da duração do trabalho seria fundamental mecanismo de democratização do progresso científico e tecnológico alcançado pela humanidade nas últimas décadas.

Nesse quadro, a diminuição para 40 horas do módulo semanal de labor no Direito brasileiro constitui medida relevante de combate ao desemprego e de geração de novos postos de trabalho no sistema econômico e social do país.

5) *Mercado econômico interno*

No plano das relações entre a redução da duração do trabalho e o mercado econômico interno do país, a implementação da medida teria exponencial importância.

O reforço do mercado interno é política estratégica fundamental para qualquer país, como se sabe. No entanto, consideradas as características brasileiras, demarcadas por uma das maiores extensões territoriais de todo o planeta e uma das maiores populações existentes no mundo, esse reforço é, simplesmente, decisivo. Esse diferencial incomparável brasileiro no universo das nações, países e economias (numerosa população em enorme espaço geográfico) não pode ser descurado pela ordem jurídica do Brasil.

A redução da duração semanal do trabalho de 44 para 40 horas provocaria notável incentivo ao mercado econômico interno, pelo incremento relativo do *valor trabalho* na economia e sociedade brasileiras. Tão importante quanto isso é o fato de esse incremento se realizar de maneira moderada e equanimemente distribuída entre os agentes econômicos e o universo de trabalhadores, não sobrecarregando em especial nenhum segmento da economia em benefício de outro, nem tornando desiguais as condições internas de concorrência interempresarial.

Trata-se de pequeno ajuste nas ordens jurídica e econômica, moderado e equilibrado em sua dimensão efetiva, porém com notável impacto no aperfeiçoamento do mercado econômico interno do país.

A medida elevaria o poder aquisitivo da enorme massa de trabalhadores favorecidos, mas de modo atenuado e indireto, pela elevação relativa propiciada ao *valor trabalho*. No conjunto de suas repercussões incrementaria todo o mercado econômico interno, pelo maior dinamismo que propiciaria à vida familiar e comunitária dos(as) trabalhadores(as). Não se pode deixar de perceber, contudo, que iria conferir especial fôlego ao estratégico setor de serviços – exatamente um dos que já mais emprega na economia brasileira – em vista da maior disponibilidade do(a) trabalhador(a) perante seus entes familiares.

DOUTRINA

Note-se que não se está falando de medida radical de redução da duração do trabalho (como seria, hoje, no Brasil, provavelmente uma diminuição para níveis situados em linha com 36/39 horas); está-se falando somente na modernização dos limites máximos da jornada padrão brasileira para as fronteiras dominantes nos países ocidentais desenvolvidos há várias décadas, ou seja, o teto de 40 horas semanais. Não importa se em outras nações o avanço de décadas atrás se consumou por meio de legislação estatal, negociação coletiva, costume trabalhista ou outro mecanismo internamente peculiar a cada sociedade e Estado. O que é relevante é se implementar a necessária modernização desse aspecto da ordem jurídica brasileira, naturalmente por meio do mecanismo sedimentado de realização de tais mudanças em nosso país, qual seja, a regra jurídica heterônoma estatal.

Entre as várias lições que a dramática crise econômica de 2007/2009 ensinou a todos está a manutenção da essencialidade da intervenção estatal na ordem econômica – a bem direcionada intervenção estatal, evidentemente –, para se garantir o adequado funcionamento do sistema capitalista. Ao lado disso, também a essencialidade de medidas concretas de incremento da renda das pessoas que vivem do trabalho, como meio eficaz de proteção e incentivo ao próprio desenvolvimento empresarial e fortalecimento do capitalismo. Nesta linha, concretizar-se no alvorecer do século XXI medida civilizatória já consolidada no Ocidente desde meados do século XX é aperfeiçoamento jurídico e econômico fundamental ao próprio reforço do sistema capitalista no Brasil.

Nesse contexto, a diminuição para 40 horas do módulo semanal de labor no Direito brasileiro constitui medida central no processo indispensável de incremento do mercado econômico interno do país.

III – PONDERAÇÕES CONTRÁRIAS ÀS 40 HORAS SEMANAIS – PERSPECTIVA ECONÔMICO-FINANCEIRA

As ponderações contrárias à redução da duração semanal do trabalho para 40 horas restringem-se aos aspectos econômico-financeiros que a medida importaria para os empregadores. Trata-se de ponderações fundamentalmente econômico-financeiras, em contraponto às considerações da mais diversificada natureza que conferem suporte ao avanço jurídico debatido.

Há que se reconhecer que, efetivamente, a diminuição de 44 para 40 horas semanais no padrão jurídico de contratação laborativa implicaria certo aumento do *valor trabalho* no sistema econômico do país, uma vez que o

mesmo montante salarial retribuiria o labor obreiro por menor número de horas. Com isso, o salário-hora do empregado sofreria relativo acréscimo, implicando a norma jurídica redutora reajuste indireto nos salários *relativos* dos empregados beneficiados pela mudança. Os salários, nominalmente, manter-se-iam os mesmos, porém retribuindo menor número de horas efetivamente laboradas pelos trabalhadores.

De par com isso, a medida poderia elevar a necessidade de novas contratações trabalhistas, para responder à redução da carga semanal de trabalho cumprida pelos empregados.

Como se vê, as críticas ao avanço normativo em debate soam mais como reconhecimento das virtudes da medida do que efetivo contraponto científico à sua adoção.

De todo modo, há que se registrar que o impacto econômico-financeiro não seria tão significativo quanto usualmente apregoado. Ademais, esse impacto não seria estritamente negativo para o empregador, uma vez que iria também produzir importante repercussão econômica positiva para todo o empresariado, em seu conjunto.

É que, em primeiro lugar, inúmeras categorias de trabalhadores já observam a duração semanal de 40 horas – ou até menos –, em função de regras legais sedimentadas reguladoras de sua contratação trabalhista. É o que se passa, por exemplo, com o segmento bancário e economiário em geral, com empregados em frigoríficos, telefonistas com horários variáveis, radialistas, cabineiros de elevador, aeroviários em pista, professores, trabalhadores de minas de subsolo, jornalistas, trabalhadores que laboram em turnos ininterruptos de revezamento. Acrescentem-se os empregados que já usufruem essa duração máxima semanal de trabalho por força de negociação coletiva, regulamento empresarial, cláusula contratual ou costume trabalhista. Ao lado de todo esse importante universo, há que se aduzir o grande espectro de servidores públicos celetistas federais, estaduais, distritais e municipais, os quais, regra geral, também já estão submetidos à duração semanal de 40 horas. Aponte-se, além disso, o segmento doméstico, que sequer seria afetado por regra jurídica dessa natureza.

Trata-se, portanto, de vários milhões de empregados (e seus respectivos empregadores, evidentemente) que não seriam afetados por semelhante alteração normativa.

Em segundo lugar, há que se registrar a constante e acentuada diminuição do *valor trabalho* na composição dos custos empresariais, fato que atenuaria

DOUTRINA

ainda mais o impacto da mudança jurídica no conjunto dos custos desses agentes econômicos. Tal diminuição da participação do *valor trabalho* nos custos empresariais resulta, como se sabe, além de outros aspectos, também das contínuas transformações tecnológicas e organizacionais experimentadas pelo sistema socioeconômico ao longo de seu desenvolvimento. Note-se que, no caso brasileiro, o impacto da informática e da *internet* (sem mencionar outras dimensões da terceira revolução tecnológica) somente foi efetivamente percebido e generalizado na economia e na sociedade brasileiras depois da Constituição de 1988, a contar dos anos 90, não tendo seus ganhos de produtividade sido ainda absorvidos pelo sistema jurídico, por meio da compatível redução da duração do trabalho.

De toda maneira, esse impacto estritamente econômico e financeiro ocorreria em quadro de fortalecimento do conjunto do mercado interno do país, *favorecendo genericamente todas as empresas integrantes desse mercado*, pensando, em consequência, parte do incremento de custos experimentado.

Por outro lado, à medida que se sabe ser a *política cambial* o elemento central de favorecimento ou desfavorecimento das condições de concorrência do empresariado pátrio no plano internacional, não há como se tributar a semelhante ajuste trabalhista interno influência decisiva em desfavor da inserção empresarial brasileira nos mercados externos. As condições de concorrência empresarial no exterior são dadas, essencialmente, pela qualidade da política cambial do respectivo país, como se sabe, e não em decorrência do maior ou menor fortalecimento econômico do *valor trabalho* dentro de suas fronteiras.¹

Mais importante do que tudo, o somatório de vantagens econômicas, sociais, ambientais, medicinais, educacionais e familiares propiciadas pela redução da duração laborativa para o módulo de 40 horas semanais justifica sua incorporação pela ordem jurídica brasileira. Ainda que os argumentos estritamente econômico-financeiros estivessem certos – o que, como se vê, não ocorre, ao menos na intensidade propalada –, caberia afastá-los em face do largo conjunto de vantagens da mais variada natureza que resultaria da

1 A respeito do caráter estratégico decisivo da política cambial adotada pelo país para fins de acentuar ou diminuir sua competitividade no plano econômico externo e proteger ou não seu mercado interno, consultar o estudo comparativo de distintas estratégias nacionais seguidas em três recentes décadas (1970-1999) pelos países asiáticos (câmbio reiteradamente desvalorizado) e países latino-americanos (câmbio tendencialmente valorizado), realizado pelo economista da Fundação Getúlio Vargas de São Paulo, Paulo Gala, sob o título “Dois Padrões de Política Cambial: América Latina e Sudeste Asiático”, *Revista Economia e Sociedade*, Campinas: UNICAMP, v. 16, n. 1, abril de 2007, p. 65-91. O texto está também disponível na Internet.

DOCTRINA

adoção dessa medida modernizante na ordem jurídica trabalhista do país neste início de século.

IV – CONCLUSÃO

O debate sobre a redução da duração do trabalho para o teto de 40 horas semanais é, conforme analisado, multidimensional.

Ele não se esgota na perspectiva econômico-financeira da medida, como poderia inicialmente sugerir-se; é que tem repercussões no plano de distintos interesses claramente sociais, como saúde, educação, comunidade familiar, emprego *versus* desemprego e, até mesmo, estruturação do mercado econômico interno do país.

Este debate propicia, finalmente, o sempre atual reexame dos caminhos de compatibilização entre os marcos e imperativos da sociedade democrática com os pleitos da dinâmica econômica. Nesta linha, sugere, com suporte reiterado na História, que as melhores soluções normativas, embora não impliquem a exclusão de uma dimensão pela outra, seguramente informam a prevalência democrática e social sobre as considerações estritamente mercadológicas.

JORNADA DE TRABALHO E ACIDENTE DE TRABALHO: REFLEXÕES EM TORNO DA PRESTAÇÃO DE HORAS EXTRAORDINÁRIAS COMO CAUSA DE ADOECIMENTO NO TRABALHO

Cláudio Mascarenhas Brandão*

Falar-se em jornada de trabalho é trazer à tona um dos temas que sempre estiveram presentes na pauta de discussões da classe trabalhadora e, ainda hoje, é objeto de intensos debates na doutrina, sem se falar no elevado número de ações que, diariamente, chegam às Varas do Trabalho de Norte a Sul do País.

Raríssimo é o processo em que não se discute, por exemplo, excesso de jornada, direito à incorporação de parcelas na base de cálculo de horas excedentes, efeitos produzidos no contrato quando os limites, diário e semanal, são ultrapassados, elementos caracterizadores dos turnos ininterruptos de revezamento.

Pretende-se, aqui, abordar um aspecto pouco discutido no âmbito da doutrina, muito embora capaz de produzir consequências danosas para os sujeitos da relação de emprego: *a relação existente entre o excesso de jornada e a ocorrência de acidentes do trabalho.*

NORMAS DE ORIGEM COMUM

Desde o seu nascimento, o Direito do Trabalho foi marcado por reivindicações em torno da necessidade de normas de proteção ao trabalho,

* Desembargador Federal do Trabalho do TRT da 5ª Região; mestre em Direito do Trabalho pela Universidade Federal da Bahia; professor de Direito do Trabalho e de Direito Processual do Trabalho da Faculdade Ruy Barbosa; professor convidado da Escola Judicial do TRT da 5ª Região, da Escola Superior de Advocacia Orlando Gomes, da OAB/BA e do Podivm – Centro de Preparação e Estudos Jurídicos; membro da Comissão de Avaliação dos Projetos de Informatização da Justiça do Trabalho (CAPI/JT), do Conselho Superior da Justiça do Trabalho e do Comitê de Gestão dos Sistemas Informatizados do Poder Judiciário (CGTI), do Conselho Nacional de Justiça.

particularmente em um momento da história caracterizado pela existência de profundas desigualdades sociais e econômicas. Os trabalhadores dessa época constituíam

“(…) uma ralé fatigada, sórdida, andrajosa, esgotada pelo trabalho e pela subalimentação; inteiramente afastada das magistraturas do Estado; vivendo em mansardas escuras, carecida dos recursos mais elementares de higiene individual e coletiva; oprimida pela deficiência dos salários; angustiada pela instabilidade do emprego; atormentada pela insegurança do futuro, próprio e da prole; estropiada pelos acidentes sem reparação; abatida pela miséria sem socorro; torturada na desesperança da invalidez e da velhice sem pão, sem abrigo, sem amparo.”¹

Imperava o desemprego em massa, provocado pela redução da necessidade de mão-de-obra em virtude da introdução da máquina a vapor na Revolução Industrial, que substituiu os braços do homem, modificava o processo produtivo e gerava, como efeito reflexo, a redução dos salários e a inexistência de qualquer espécie de limite na utilização da força de trabalho.

Era comum o labor extenuante e em condições subumanas nas fábricas e minas. Registra Pierre Jaccard o trabalho de crianças em manufatura das 6 horas da manhã até às 10 da noite².

Até então, o Estado tudo assistia impassível, com a única função de “[...] garantir a ordem social e política, com a força organizada, os tribunais distribuindo justiça e dando aos particulares ampla liberdade de ação econômica”³. Prevalciam, nas codificações civis características dessa época, os princípios do individualismo e do materialismo, respaldados, respectivamente, no princípio da autonomia da vontade e na garantia do direito de propriedade, ambos necessários para possibilitar ao indivíduo afirmar-se frente ao Estado.

Pouco a pouco, porém, mudanças começaram a acontecer na postura não-intervencionista do Estado. Em 1802, na Inglaterra, surgiu a Lei de Saúde e Moral dos Aprendizes (Moral and Health Act), considerada a primeira lei de proteção aos trabalhadores, que previa a limitação em doze horas do trabalho diário e vedação do trabalho noturno, além de tornar obrigatório ao empregador

1 SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas. *Instituições de direito do trabalho*. 11. ed. São Paulo: LTr, 1992, v. 1, p. 35.

2 JACCARD, Pierre. *História social do trabalho*. Coleção Movimento, v. 1. Lisboa: Livros Horizonte, 1974, p. 113.

3 VIANA, Segadas. In: SÜSSEKIND, Arnaldo. *Instituições de direito do trabalho*. 11. ed. I. v. São Paulo: LTr, 1991, p. 36.

lavar a fábrica duas vezes por ano e adotar medidas relativas à ventilação no local de trabalho, práticas que, na análise de Arnaldo Sússekind, não tiveram eficácia⁴.

Observa-se, desde logo, a interligação entre a definição de limites do trabalho diário e a fixação de regras de proteção à saúde do trabalhador, o que também ressoou no meio empresarial, cabendo pioneiramente a Robert Owen o protagonismo dessas iniciativas, ao promover uma profunda reforma na fábrica de sua propriedade na Escócia, cuja direção assumiu em 1800, dentre as quais se incluíam a não admissão de menores de dez anos e limitação da jornada de trabalho em dez horas e trinta minutos⁵.

Em 1830, na Inglaterra, foi criado pioneiramente em uma indústria têxtil pertencente a Robert Demham o serviço de medicina do trabalho e, em 1833, editado o *Factory Act*, apontado como a “primeira legislação eficiente de proteção ao trabalhador”⁶ que, pelo seu caráter abrangente, aplicava-se a todas as empresas têxteis com utilização de força hidráulica e a vapor. Definia a idade mínima para o trabalho (nove anos), vedava o trabalho noturno aos menores de dezoito anos e fixava-lhes o limite do trabalho diário em doze horas e semanal de sessenta e nove horas.

Seguiram-se leis na Inglaterra (1847), que fixaram, de forma imperativa, em dez horas o máximo da jornada de trabalho; França, (1848), dez horas em Paris e onze nas demais províncias; Estados Unidos (1868), oito horas para os empregados e operários do serviço público federal; Suíça (1877), onze horas; Áustria (1885), dez horas.

É também dessa época o surgimento das primeiras leis de acidente do trabalho na Alemanha, em 1884, e em vários países da Europa nos anos que se seguiram, assim como a divulgação da Encíclica *Rerum Novarum*, do Papa Leão XIII, em 1891, que tinha na Justiça Social o seu principal enfoque⁷ e influenciou a edição de leis⁸, como também a ação de integrantes da nobreza no sentido de buscar a proteção social do trabalhador.

4 SÚSSEKIND, Arnaldo. *Curso de direito do trabalho*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 16.

5 JACCARD, Pierre. *História social do trabalho*. Coleção Movimento. v. 1. Lisboa: Livros Horizonte, 1974, p. 16.

6 NOGUEIRA, Diogo Pupo, apud OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Proteção jurídica à saúde do trabalhador*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2002, p. 64.

7 Pregava a mudança da diretriz predominante, até então, no trato das questões relacionadas ao trabalho, com o fim de preservar a dignidade humana do trabalhador e implantar a justiça social.

8 São citadas por Sússekind leis da Rússia, Austrália, Itália, Grã-Bretanha, Bélgica, França, Suécia, Uruguai, dentre outros países. SÚSSEKIND, Arnaldo. *Curso de direito do trabalho*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 15-18.

DOCTRINA

Arnaldo Süssekind⁹ aponta que o período de 1838 a 1889 foi marcado pela consolidação das ideias de internacionalização das normas de proteção ao trabalho e destaca a atuação de Louis Blanqui, professor de Economia Industrial de Sorbonne, na divulgação de estudos que defendiam a melhoria das condições de trabalho por meio de tratados, e de Daniel Legrand, industrial alsaciano¹⁰ que advogou a criação de um direito internacional protetivo do trabalho, especificamente relacionado ao trabalho prematuro e excessivo, causa principal do enfraquecimento físico, da degradação moral e da privação.

Essa tese veio a ser acolhida anos mais tarde (1856) no Congresso Internacional da Beneficência, em Bruxelas, e consolidada em 1857, no mesmo Congresso em Frankfurt.

Já nessa época, questionava-se a relação existente entre produtividade e excesso de jornada. O fabricante belga Otteware afirmava, em 1860, que se se trabalhasse apenas onze horas por dia, em vez de treze, seria alcançada a mesma produção e de forma mais econômica¹¹.

O Congresso de Genebra, em 1866, buscou a limitação internacional das horas de trabalho e reafirmou o movimento em torno da criação das normas de proteção ao trabalho.

Diversas outras iniciativas voltadas para a formação de tratados internacionais direcionados para a proteção do trabalho podem ser destacadas, como a doutrina de Adolpho Wagner, Lujo Brentano, Schoenberg e Adler, na Alemanha,¹² a atuação do chanceler Bismarck¹³, do economista francês Louis Woloski¹⁴ e do coronel Frey, na Suíça¹⁵, além do Congresso Internacional Operário, realizado em Roubaix, em 1884¹⁶, e o Congresso Socialista de Paris¹⁷.

9 SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito internacional do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2000, p. 85-98.

10 Considerado o mais ativo promotor de uma legislação do trabalho, na França, no começo do século XIX, o seu medalhão tem lugar de honra no átrio do Bureau Internacional do Trabalho.

11 JACCARD, Pierre. *História social do trabalho*. Coleção Movimento. v. 1. Lisboa: Livros Horizonte, 1974, p. 107.

12 Pronunciaram-se em favor dos acordos internacionais para a regulamentação do trabalho (entre 1864 a 1868).

13 Tentou elaborar um tratado bilateral entre Alemanha e Áustria (1871).

14 Sugeriu à Assembleia Nacional da França que tentasse obter a regulamentação internacional do trabalho (1871).

15 Propôs que a Suíça fosse autorizada a celebrar, com outros países civilizados, convenções sobre a proteção ao trabalho, buscando abolir a concorrência internacional baseada no custo da mão-de-obra (1876).

16 Pediu a interdição do trabalho ao menor de 14 anos, do trabalho nocivo à saúde, do feminino, a fixação do salário mínimo e a jornada de oito horas de trabalho.

17 Incluiu o repouso semanal e a inspeção internacional do trabalho nas reivindicações.

DOCTRINA

Mencione-se, ainda, a Conferência de Berlim, de 1890¹⁸, que é apontada como a primeira reunião oficial de países na tentativa de regulamentar as normas de proteção ao trabalho, onde foram discutidos temas como trabalho das crianças, jovens, mulheres, em minas, e descanso dominical e deixou plantada a semente do que veio a se consolidar mais tarde em protocolos e recomendações.

Acrescente-se a esse rol, finalmente, as Conferências de Berna, em 1905, 1906 e 1913; na última delas, foram definidas as bases de convenções referentes à proibição do trabalho dos menores na indústria e à fixação de jornada de 10 horas para o trabalho das mulheres e dos menores.

Como se constata, desde o surgimento das primeiras normas de proteção à saúde do trabalhador, o pano de fundo dos debates sempre incluiu a fixação de limites à jornada de trabalho, especialmente nas categorias mais fragilizadas de trabalhadores (como mulheres e crianças), o que demonstra a intrínseca relação entre os dois temas.

SISTEMA BRASILEIRO DE DISCIPLINA DA JORNADA DE TRABALHO

Excetuada a iniciativa isolada do Decreto nº 313, de 17.01.1891, que fixou em nove horas a duração máxima do trabalho dos menores do sexo masculino e em sete horas para os do sexo feminino, o regramento da duração do trabalho no Brasil surgiu na década de 30 do século passado, quando foram editadas diversas leis dirigidas a categorias específicas de trabalhadores, a exemplo de comerciários, industriários, empregados em Barbearias e estabelecimentos congêneres, em farmácias, etc., as quais foram consolidadas no Decreto nº 2.308, de 13.06.1940, e, mais tarde, na própria CLT.

A análise do conjunto de normas contidas nesse diploma legal revela que o legislador se preocupou não apenas em definir a jornada normal, como também tratou de enumerar as hipóteses – e o fez de forma taxativa – em que poderia ser ultrapassada. Com isso, estabeleceu a premissa de que o empregador somente está legitimado para dispor da força de trabalho do empregado se observar as regras que a tanto o autorizam, especialmente quando importa em sobrecarga.

Assim é que, ao lado de limitá-la em oito horas, conferiu autorização para o excesso nos casos de serviço suplementar, compensação de jornada e

18 Reuniu Alemanha, Áustria-Hungria, Bélgica, Dinamarca, França, Holanda, Inglaterra, Itália, Luxemburgo, Noruega, Portugal, Suécia e Suíça.

DOCTRINA

necessidade imperiosa, esta abrangendo a execução de serviço inadiável (que compreende a necessidade de execução imediata na perspectiva técnica), serviço cuja inexecução causa prejuízo manifesto ao empregador (perspectiva de natureza econômica) e força maior (que diz respeito às exigências ditadas pela ocorrência de eventos naturais e imprevistos de origem humana).

Ademais, frise-se, a permissão também está condicionada à observância de limites igualmente definidos, os quais oscilam entre duas a quatro horas, excetuada a força maior que, em virtude de sua absoluta excepcionalidade e do fato de pôr em risco a própria continuidade da atividade empresarial, pode significar extrapolação até cessar a causa determinante do labor excedente.

O sistema se completa com a obrigatoriedade de concessão de períodos de descanso no curso (*intrajornada* – de quinze minutos até uma ou duas horas) e entre duas jornadas de trabalho (*interjornadas* – onze horas consecutivas), semanal (*repouso semanal* – vinte e quatro horas consecutivas) e anual (*férias* – trinta dias), ao lado de intervalos especiais em atividades em que o desgaste se mostra mais acentuado, como nas permanentes de mecanografia (quinze minutos a cada noventa trabalhados) e digitação (dez minutos a cada cinquenta de labor).

Mais tarde, revelou o caráter imperativo dessas regras, ao estabelecer que a falta de concessão acarreta para o empregado o direito de perceber o valor correspondente a título de horas extras, tese sufragada em julgados do TST¹⁹⁻²⁰, que também rejeita a validade de qualquer forma de negociação que envolva a sua não observância²¹.

Também previu a possibilidade de jornadas menores para empregados que executam atividades mais desgastantes, como ocorre com advogados e professores (quatro horas), músicos e radialistas (cinco horas), bancários, trabalhadores em minas de subsolo, cabineiros de elevadores (seis horas), entre outros.

Definiu o conceito de tempo de serviço e considera como elemento caracterizador, na essência, a restrição à liberdade do empregado em dispor do seu próprio tempo, pois nele incluiu o período à disposição do empregador – ainda que não esteja efetivamente prestando serviços – e criou situações

19 OJ 307 da SDI-I, do TST.

20 BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. RR - 10692/2003-002-09-00.9, Relator Ministro: Aloysio Corrêa da Veiga. Data de Julgamento: 18.03.2009, 6ª Turma, Data de Publicação: 24.04.2009.

21 BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. RR - 363/2003-018-03-00.8, Relatora Ministra: Dora Maria da Costa. Data de Julgamento: 01.04.2009, 8ª Turma, Data de Publicação: 07.04.2009.

intermediárias, a exemplo de prontidão e sobreaviso, previsto legalmente para os ferroviários, mas hoje estendidos a outras categorias de trabalhadores²².

Como se evidencia, o regramento originariamente traçado na legislação mostra-se coerente com o direito/dever de tutela à saúde, diante da necessidade de preservação da capacidade produtiva do empregado ao longo de sua vida, porquanto é do trabalho que provém a principal – não raras vezes a única – fonte do seu sustento pessoal e de sua família e é parte integrante de sua própria dignidade²³.

É verdade que o legislador também criou excentricidades ao prever, por exemplo, a possibilidade de ocorrência de excesso laboral em atividades insalubres, o que potencializa o desgaste provocado pelo contato com substâncias nocivas à saúde, conquanto exija autorização prévia da autoridade fiscalizadora que, por isso mesmo, somente deve ser concedida em situações absolutamente excepcionais.

Contudo, o sistema de proteção, na prática, não se mostra eficaz, pois se tornou comum o excesso de trabalho. Hora extra tornou-se algo corriqueiro. O empregador a encara como uma conduta normal e representativa de mera execução de cláusula contratual autorizadora; o empregado, não raras vezes, enxerga a possibilidade de aumentar os seus ganhos mensais com a percepção do adicional que sobre ela incide.

A rotina incorporou-se de tal modo no cotidiano empresarial que o mesmo legislador ordinário legitimou o curioso instituto das *horas extraordinárias habituais*²⁴, diante da frequência com que ocorre o excesso, o que levou os tribunais, acertadamente, a reconhecerem o direito de incorporação do valor correspondente ao número de horas efetivamente realizadas e não nos parâmetros previstos na lei, já abordados acima.

Com o advento da Constituição de 1988, especificamente em relação à duração do trabalho, importantes normas foram acrescentadas e, na mesma linha, trataram de: fixação do limite máximo normal diário em oito horas e semanal de quarenta e quatro horas (art. 7º, XIII); redução para seis, nos casos de turnos ininterruptos de revezamento (art. 7º, XIV); elevação do adicional remuneratório

22 BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. RR - 363010/1997.6. Data de Julgamento: 27.09.2000, Relatora Juíza Convocada: Eneida Melo Correia de Araújo, 3ª Turma, Data de Publicação: DJ 24.11.2000.

23 BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. RR - 10905/2002-900-02-00.0, Relator Ministro: Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira. Data de Julgamento: 18.03.2009, 3ª Turma, Data de Publicação: 17.04.2009.

24 Art. 7º, *a e b*, da Lei nº 605/49.

DOUTRINA

do trabalho extraordinário, que saltou de 25% para 50% (art. 7º, XVI); previsão de compensação de jornada mediante negociação, embora a jurisprudência tenha mantido a validação do ajuste negocial entre empregado e empregador (art. 7º, XIII); introdução do acréscimo de 1/3 sobre a remuneração das férias (art. 7º, XVII).

Importa destacar a voz uníssona da doutrina que aponta o fundamento biológico do controle da jornada de trabalho, destinado a assegurar a integridade psicofisiológica do empregado, diante do maior desgaste provocado pela sobrecarga, como lecionam Arnaldo Süssekind²⁵, José Augusto Rodrigues Pinto²⁶, Alice Monteiro de Barros²⁷, Orlando Gomes, Elson Gottschalk²⁸ e Mauricio Godinho Delgado²⁹.

DIREITO À REDUÇÃO DOS RISCOS DO TRABALHO

A Carta de 1988 apontou um novo rumo ao encimar os princípios fundamentais no portal de suas disposições, seguindo a trilha deixada pelas constituições de países como a Itália, que reconhece o trabalho como um dos seus fundamentos, assegura o dever de torná-lo efetivo e proclama a sua função social (arts. 1º e 4º).

A inspiração do constituinte, ao dispor sobre o labor, residiu na proteção à pessoa do trabalhador, pois nas atividades em que o ciclo biológico é mais diretamente afetado e, com isso, capazes de provocar maior desgaste, estabeleceu o máximo de seis horas normais de trabalho, aliado ao fato de tornar mais onerosa para o empregador a prestação de trabalho extraordinário, como a indicar a excepcionalidade de sua ocorrência.

Não apenas isso. Também definiu que o empregado tem direito à redução dos riscos presentes no meio ambiente do trabalho (art. 7º, inciso XXII) para preservação de sua saúde, diretriz maior a ser observada por aqueles que buscam garantir a efetividade da Constituição, sejam legisladores (incumbidos de criar as normas necessárias ao seu detalhamento), julgadores (capazes de tornar concreta a proteção) e administradores (encarregados de implementar políticas públicas destinadas ao cumprimento das normas).

25 *Instituições de direito do trabalho*. 22. ed. v. II. São Paulo: LTr, 2005, p. 803.

26 *Tratado de direito material do trabalho*. São Paulo: LTr, 2008, p. 431.

27 *Curso de direito do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2007, p. 646.

28 *Curso de direito do trabalho*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 295-296.

29 *Curso de direito do trabalho*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2005, p. 830-836.

Assim pensa Mauricio Godinho Delgado, ao assinalar:

“A Constituição da República apreendeu, de modo exemplar, essa nova leitura a respeito da jornada e duração laborativas e do papel que têm no tocante à construção e implementação de uma consistente política de saúde no trabalho. Por essa razão é que a Carta de 1988, sabiamente, arrolou como direito dos trabalhadores a ‘*redução dos riscos inerentes ao trabalho*, por meio de *normas* de saúde, higiene e segurança’.”³⁰

Importa assegurar proteção maior à pessoa do trabalhador voltada para a diminuição dos riscos propiciados pelo trabalho, a partir de sua tríplice dimensão: a) riscos inerentes ao trabalho em si; b) riscos inerentes ao local de trabalho; e c) riscos inerentes às condições em que o trabalho se realiza³¹. Imprescindível, por conseguinte, que o empregador promova a sua análise, que compreende a identificação de perigos, a avaliação dos riscos associados, a frequência e as consequências do evento danoso³².

Por sua vez, perigo é a propriedade inerente a um agente físico (eletricidade), químico (produtos químicos), biológico (doenças infecciosas), ergonômico (mobiliário inadequado) e psíquico (assédio moral) capaz de provocar danos à integridade psicofísica do empregado. Alguns são previstos na NR-9, que estabelece a definição de riscos ambientais e agentes causadores:

“9.1.5 Para efeito desta NR consideram-se riscos ambientais os agentes físicos, químicos e biológicos existentes nos ambientes de trabalho que, em função de sua natureza, concentração ou intensidade e tempo de exposição, são capazes de causar danos à saúde do trabalhador;

9.1.5.1 Consideram-se agentes físicos as diversas formas de energia a que possam estar expostos os trabalhadores, tais como ruído, vibrações, pressões anormais, temperaturas extremas, radiações ionizantes, radiações não ionizantes, bem como o infrassom e o ultrassom;

9.1.5.2 Consideram-se agentes químicos as substâncias, compostos ou produtos que possam penetrar no organismo pela via respiratória, nas formas de poeiras, fumos, névoas, neblinas, gases ou vapores, ou que, pela natureza de atividade de exposição, possam ter contato ou ser absorvidos pelo organismo através da pele ou por ingestão;

30 Idem, *Ibidem*, p. 831.

31 CRETELA Jr., J. *Comentários à Constituição de 1988*. v. II. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989, p. 972.

32 CARDELLA, Benedito. *Segurança no trabalho e prevenção de acidentes*. São Paulo: Atlas, 1999, p. 109.

DOCTRINA

9.1.5.3 Consideram-se agentes biológicos as bactérias, fungos, bacilos, parasitas, protozoários, vírus, entre outros.”

Seria, portanto, assegurar ao empregado condições de trabalho que efetivamente importassem em minimização da ação dos agentes agressores presentes no meio ambiente laboral, não como mero instrumento de retórica, mas implementadas de maneira efetiva e consciente.

EXCESSO DE JORNADA E FADIGA

Quando se trata de qualificar a realização de trabalho extraordinário como agente agressor à saúde do empregado, a realidade é bastante diversa. A começar pelo próprio mapeamento de risco que identifique – como condição perigosa – a fadiga por ele propiciada, capaz de reduzir o desempenho e a atenção necessária à execução do trabalho. No mais das vezes, a hora extra não é apontada no mapa de riscos – quando existente – como causa de estresse ocupacional e geradora de fadiga, que significa a sensação de fraqueza, falta de energia e exaustão.

É resultante do esforço continuado, que provoca redução reversível da capacidade do organismo e uma degradação qualitativa desse trabalho, causada por um conjunto complexo de fatores, cujos efeitos são cumulativos³³.

É o cansaço ou esgotamento provocado por excesso de trabalho físico ou mental e, conseqüentemente, autointoxicação pela liberação de leucomáias no cérebro, aumento de ácido láctico nos músculos e creatinina no sangue e diminuição da resistência nervosa conducente a acidentes³⁴. Reduz a potência muscular, induz ao desconforto e dor e acredita-se que, em longo prazo, contribua para o desenvolvimento de distúrbios e lesões.

Destacam Rodrigo Filus e Maria Lúcia Okimoto, em estudos realizados na Universidade do Paraná, com apoio em Ribeiro e Lacaz que, dentro de certo limite, o esforço físico conduz o indivíduo a uma fadiga recuperável por meio do repouso. Contudo, quando esse estado de fadiga é ultrapassado frequentemente, irá acumulando um desgaste residual que o levará a uma fadiga crônica, que ocorre quando o indivíduo exaurido e desrespeitando os seus pró-

33 GRANDJEAN apud FILUS, Rodrigo; OKIMOTO, Maria Lúcia. O efeito do tempo de rodízios entre postos de trabalho nos indicadores de fadiga muscular – o ácido láctico. In: *14º Congresso Brasileiro de Ergonomia*. Curitiba, 2006.

34 CATALDI, Maria José Giannella. Stress e fadiga mental no âmbito do trabalho. Palestra. In: *I Congresso Internacional sobre Saúde Mental no Trabalho*. Goiânia: Instituto Goiano de Direito do Trabalho, 2004.

prios limites, continua executando o seu labor normalmente ou até mantido na situação de laborar em regime de horas extras, agredindo seu corpo e aumentando o problema, que se tornará insuportável e poderá evoluir drasticamente³⁵.

A avaliação da fadiga constitui importante debate na medicina do trabalho e, para tanto, são utilizados vários instrumentos qualitativos e quantitativos³⁶ com a finalidade de compreender o grau de desgaste humano no trabalho, como também medir a reação do organismo humano a diferentes sobrecargas, embora seja certo que não existe, hoje, nenhum método direto de avaliação quantitativa do estado de fadiga. Os métodos utilizados medem determinadas manifestações, que só podem ser avaliadas como indicadores de sua ocorrência³⁷.

É certo que não se pode determinar um padrão único de reação dos indivíduos diante da ação de um fator agressivo. A avaliação de cada um exige testes individualizados, onde os níveis das substâncias químicas presentes no organismo e que se manifestam diante da carga de trabalho seriam medidos e indicariam os respectivos limiares, o que não se encontra presente nos exames realizados quando da admissão do empregado ou no curso do contrato de trabalho.

Isso não impede, contudo, que sejam relacionados no ambiente de trabalho fatores condicionantes do estado de fadiga física, entre os quais podem ser mencionados³⁸:

- a) esforço físico superior à capacidade muscular;
- b) alteração do equilíbrio hidroeletrólítico, como a que ocorre em trabalhos em ambientes quentes;
- c) duração e intensidade do trabalho;
- d) esgotamento das reservas de substâncias energéticas nos músculos, como ocorre quando o indivíduo vai executar um trabalho e não tem o aporte alimentar adequado para aquela atividade.

35 FILIUS, Rodrigo; OKIMOTO, Maria Lúcia. O efeito do tempo de rodízios entre postos de trabalho nos indicadores de fadiga muscular – o ácido láctico. In: *14º Congresso Brasileiro de Ergonomia*. Curitiba, 2006.

36 Teste de ácido láctico, por exemplo.

37 GRANDJEAN apud FILIUS, Rodrigo; OKIMOTO, Maria Lúcia. O efeito do tempo de rodízios entre postos de trabalho nos indicadores de fadiga muscular – o ácido láctico. In: *14º Congresso Brasileiro de Ergonomia*. Curitiba, 2006.

38 RODRIGUES, Lucinaldo. *O engajamento organizacional dos indivíduos na perspectiva da gestão estratégica do conhecimento*. Dissertação de Mestrado apresentada no Programa de Pós-Graduação de Engenharia da Produção na Universidade Federal de Santa Catarina, 1999. Disponível em: <<http://www.eps.ufsc.br/disserta97/viera/cap2.htm>>. Acesso em: 12 jun. 2009.

DOCTRINA

É exatamente no aspecto relacionado à duração e intensidade do trabalho que se quer destacar a importância de ser a prestação de horas extraordinárias – como a própria denominação aponta – encarada como uma situação de anormalidade dentro da atividade empresarial, pois a adequada gestão pressupõe a necessária equivalência entre demanda de serviço e capacidade de atendimento.

Estudo realizado em Porto Alegre pelos médicos do trabalho Paulo Antônio Barros Oliveira e Jaqueline Cunha Campello para avaliar a carga de trabalho na atividade bancária e seu impacto sobre a saúde revelou que a jornada rotineira oscilou entre oito e até quase nove horas para não comissionados, e entre nove horas e nove horas e trinta e oito minutos para gerentes e chefes, e o nível de adoecimento provocado pelo trabalho chegou a 30%³⁹.

O que deveria ser anormal tornou-se corriqueiro a tal ponto que aqueles que lidam com o problema – empregadores, empregados, advogados, magistrados, procuradores do trabalho, auditores fiscais do trabalho – não se dão conta de que contribui para a implementação ou ampliação desse estado progressivo de desgaste, mesmo que não perceptível, e elevação dos riscos presentes no trabalho.

Precisa é a lição de Mauricio Godinho Delgado quando identifica o excesso de trabalho como fator de incremento dos riscos ocupacionais e legitima as ações voltadas para garantir o efetivo gozo dos intervalos destinados ao descanso do empregado:

“É importante enfatizar que o maior ou menor espaçamento da jornada (e duração semanal e mensal do labor) atua, diretamente, na deterioração ou melhoria das condições de trabalho na empresa, comprometendo ou aperfeiçoando uma estratégia de redução dos riscos e malefícios inerentes ao ambiente de prestação de serviços. Noutras palavras, *a modulação da duração do trabalho é parte integrante de qualquer política de saúde pública, uma vez que influencia, exponencialmente, a eficácia das medidas de medicina e segurança do trabalho adotadas na empresa.* Do mesmo modo que a ampliação da jornada (inclusive com a prestação de horas extras) acentua, drasticamente, as probabilidades de ocorrência de doenças profissionais ou acidentes do

39 OLIVEIRA, Paulo Antônio Barros; CAMPELLO, Jaqueline Cunha. Cargas de trabalho e seu impacto sobre a saúde: estudo de caso em quatro instituições financeiras de Porto Alegre. Secretaria de Estado da Saúde do Rio Grande do Sul. Escola de Saúde Pública. *Boletim da Saúde*, v. 20, n. 1, jan./jun. 2006, p. 80-82.

trabalho, sua redução diminui, de maneira significativa, tais probabilidades da denominada ‘infortunistica do trabalho’.”⁴⁰

E por que deveria ser diferente? Porque a sobrecarga de trabalho é uma das mais importantes causas de acidentes do trabalho em todo o mundo. Estudos realizados na Europa e nos Estados Unidos comprovam o aumento de acidentes com a elevação do número de horas de trabalho, que chegam ao máximo por volta das onze horas da manhã e caem por volta do meio-dia, com a mesma distribuição no período da tarde. Além disso, há casos de diminuição em 60% do número de acidentes quando se reduziu em determinada fábrica de doze para dez horas a jornada de trabalho, da mesma forma que variam conforme o índice de fadiga⁴¹.

Esses dados também deixam implícita a necessidade das pausas no curso da jornada, que propiciarão ao empregado o descanso necessário para que possa recuperar-se do desgaste acumulado pela situação de fadiga do seu sistema muscular e psíquico e pelo estresse ocupacional, o que não constitui algo novo.

Ao contrário, a relação entre estresse ocupacional e doença foi reconhecida há mais de 300 anos por Bernardo Ramazzini. É consequência de “relações complexas entre condições de trabalho, condições externas ao trabalho e características do trabalhador, nas quais a demanda do trabalho excede as habilidades do trabalhador para enfrentá-las”, dizem Jeanne Marie R. Stacciarini e Bartholomeu T. Trócoli, para quem o primeiro passo para a prevenção e o tratamento reside no entendimento das fontes de pressão organizacional⁴².

Enquanto na década de 20 do século passado a medicina conhecia cerca de 3.000 doenças diferentes, estima-se que a cada ano são descobertas entre 500 e 600 novas enfermidades, em virtude do aperfeiçoamento dos métodos de diagnóstico e, também, pela detecção de doenças que antes não existiam⁴³.

Não se pode esquecer que no rol dos direitos sociais elencados no *caput* do art. 6º da Constituição Federal, foi incluído o direito à saúde, conceituada pela Organização Mundial de Saúde como “estado de completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doença ou enfermidade”, o que é

40 *Curso de direito do trabalho*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2005, p. 832.

41 COLETA, José Augusto Dela. *Acidentes de trabalho: fator humano, contribuições da psicologia do trabalho, atividades de prevenção*. São Paulo: Atlas, 1989, p. 50.

42 Estresse ocupacional. In: MENDES, Ana Magnólia; BORGES, Livia de Oliveira; FERREIRA, Mário César. *Trabalho em transição, saúde em risco*. Brasília: Universidade de Brasília, 2002, p. 190.

43 SOUTO, Daphnis Ferreira. *Saúde no trabalho: uma revolução em andamento*. Rio de Janeiro: Senac, 2003, p. 32.

alvo de observação de Daphnis Ferreira Souto, quando destaca a tentativa de uma formulação positiva e a mudança de direção no enfoque dado, ao atribuir-lhe uma condição profundamente humana, embora o caracterize como utópico, por contemplar “[...] um ideal ambicioso, difícil de ser alcançado e medido”⁴⁴.

Saúde é resultante de uma relação equilibrada, dinâmica e harmônica entre condições biológicas e o meio físico e social, isto é, com o meio ambiente; é o resultado de um contínuo e bem-sucedido equilíbrio entre o indivíduo e o meio que o cerca⁴⁵, o que pressupõe interação permanente com o meio ambiente do trabalho, que, para Júlio César de Sá da Rocha, constitui “[...] *locus* dinâmico, formado por todos os componentes que integram as relações de trabalho e que tomam uma forma no dia-a-dia laboral”, não se restringindo ao espaço interno da fábrica ou da empresa e, por isso mesmo, alcança o próprio local de morada e o ambiente urbano.

Representa todos os elementos, inter-relações e condições que influenciam o trabalhador em sua saúde física e mental, comportamento e valores reunidos no local do trabalho e constitui o ponto de partida para que se assegure a saúde no trabalho, que corresponde ao resultado da interação dos diversos elementos do ambiente (bens, maquinários, instalações e pessoas), provocando, ou não, o bem-estar no trabalho⁴⁶.

Ana Maria Rossi, citando Bateman, Strasser e Pelletier, afirma que “o estresse é reconhecido como um dos riscos mais sérios ao bem-estar psicossocial do indivíduo e provoca cerca de 50 a 80% de todas as doenças de fundo psicossomático”⁴⁷.

A mesma autora cita pesquisa que realizou envolvendo 900 profissionais (450 homens e 450 mulheres) escolhidos aleatoriamente em quatro organizações nacionais brasileiras com o objetivo de promover o mapeamento dos agentes estressores. Como resultado, a sobrecarga de trabalho foi identificada em 74,0% dos homens e 94,3% das mulheres e compatíveis com os dois principais fatores de riscos organizacionais para o *burnout*⁴⁸.

Por outro lado, a relação entre estresse e doença coronariana está, há muito, comprovada. Desde o final da década de 40 tem-se observado que pode

44 Idem, *Ibidem*, p. 17.

45 Idem, *Ibidem*, p. 20.

46 ROCHA, Júlio César de Sá da. *Direito ambiental do trabalho*. São Paulo: LTr, 2002, p. 127-128.

47 ROSSI, Ana Maria. Estressores ocupacionais e diferenças de gênero. In: ROSSI, Ana Maria; PERREWÉ, Pamela L.; SAUTER, Stewer L. (Orgs.). *Stress e qualidade de vida no trabalho: perspectivas atuais da saúde ocupacional*. São Paulo: Atlas, 2005, p. 10.

48 Idem, *Ibidem*, p. 14-16.

causar, entre outras enfermidades, aterosclerose acelerada e oclusão coronariana associada a níveis elevados de colesterol, triglicérides e ácidos graxos livres e, desde a década de 90, foi cientificamente comprovada por R.A. Karasek e S.J. Theorell a ligação clara entre estresse ocupacional e doenças cardiovasculares⁴⁹.

Maria José Giannella Cataldi⁵⁰ destaca pesquisa patrocinada pela ISMA – International Stress Management Association, realizada nos Estados Unidos, Alemanha, França, Brasil, Israel, Japão, China, Hong Kong e em Fiji, cuja conclusão apontou que o Brasil ocupa o segundo lugar em número de trabalhadores acometidos pela “Síndrome de Burnout”, que alcança cerca de 30%, ao lado de 70%, afetados pelo estresse ocupacional.

Ainda segundo a autora, a mesma pesquisa aponta nos Estados Unidos gastos pelas empresas da ordem de US\$ 300 bilhões de dólares por ano, em razão das ausências por motivos de saúde e por indenizações pagas a profissionais que as acionam judicialmente pelos danos causados pelo estresse profissional.

Relatório divulgado pela Organização Internacional do Trabalho no dia 24 de abril⁵¹ do ano em curso revela que, anualmente, mais de 2 milhões de trabalhadores morrem por ano em virtude de acidentes do trabalho, que também ocasionam perda de 4% do PIB mundial relativos aos custos diretos e indiretos, perda de tempo de trabalho, indenizações aos trabalhadores afetados, interrupção do trabalho e despesas médicas⁵².

No Brasil não é diferente. Apenas para exemplificar:

a) Segundo dados da Secretaria de Estado da Saúde de São Paulo, 77% dos acidentes com motociclistas, incluindo motoboys, ocorrem a caminho do trabalho ou na volta para casa e são atribuídos a dois fatores: pressão e cansaço⁵³;

49 ROSCH, Paul J. O comportamento tipo “a” propenso a problemas coronarianos, stress no trabalho e doença cardíaca. In: ROSSI, Ana Maria; PERREWÉ, Pamela L.; SAUTER, Stewer L. (Orgs.). *Stress e qualidade de vida no trabalho: perspectivas atuais da saúde ocupacional*. São Paulo: Atlas, 2005, p. 31-33.

50 CATALDI, Maria José Giannella. Stress e fadiga mental no âmbito do trabalho. Palestra. In: I Congresso Internacional sobre Saúde Mental no Trabalho. Goiânia: Instituto Goiano de Direito de Direito do Trabalho, 2004.

51 Dia Mundial em Memória das Vítimas de Acidentes do Trabalho.

52 Acidentes no trabalho matam 2 milhões de pessoas por ano, aponta estudo. *Folha de São Paulo*, São Paulo, Dinheiro, 28 abr. 2009. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/dinheiro/ult91u557413.shtml>>. Acesso em: 13 jun. 2009.

53 Maioria dos acidentes com motos em SP ocorre na ida e na volta do trabalho, diz estudo. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 10 out. 2009. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u454746.shtml>>. Acesso em: 13 jun. 2009.

DOCTRINA

b) Os gastos da Previdência Social com benefícios acidentários saltaram de R\$ 9,38 bilhões em 2006, para R\$ 10,72 bilhões, em 2007, o que representa incremento da ordem de 9,2%;

c) As Lesões por Esforço Repetitivo são responsáveis por 37,77% dos afastamentos acidentários e 65% das licenças médicas solicitadas por trabalhadores;

d) Os acidentes do trabalho causam 3.000 mortes por ano, valendo salientar que esses dados não levam em consideração os trabalhadores do mercado informal e o índice de subnotificação chega a alcançar até 80% em determinadas atividades;

e) Os gastos anuais com acidentes do trabalho em 2008 alcançaram a espetacular cifra de R\$ 25 bilhões.

A análise dos primeiros dados estatísticos oriundos da alteração promovida no critério de caracterização do acidente do trabalho a partir da identificação do Nexo Técnico Epidemiológico – NTEP, divulgados em abril de 2008 pelo Ministério da Previdência e correspondentes a onze meses⁵⁴, revelou um cenário trágico, coerente com a situação de *guerra civil* mencionada por Dorival Barreiros⁵⁵:

“a) As notificações de doenças do sistema osteomuscular, nas quais se incluem as Lesões por Esforço Repetitivo (LER), aumentaram 512,3%;

b) As doenças infecciosas e parasitárias aumentaram 3.701%, seguidas pelas doenças do aparelho circulatório (1.406%);

c) As doenças ocupacionais, em geral, aumentaram 134%;

d) A média de notificações saltou de 30 mil para 144 mil por ano, o que revela o elevado índice de subnotificação;

e) A faixa etária mais exposta a acidentes foi de trabalhadores de até 19 anos e, em números absolutos, foi de 30 a 35 anos.”

Essa realidade impõe uma tomada de atitude que imprima um ritmo decisivo em torno do combate implacável ao adoecimento provocado pelo trabalho, aqui incluído, em um conceito mais amplo, o próprio acidente típico. A gestão empresarial voltada a assegurar, de modo efetivo, a concessão do

54 Registro de doenças ocupacionais cresce 134%. *Valor Online*, 08 abr. 2008.

55 BARREIROS, Dorival. Saúde e segurança nas pequenas empresas. *Revista Brasileira de Saúde Ocupacional*, v. 18, n. 70, p. 25, 1990.

descanso e minimização das situações de ocorrência de sobrejornada, deve ultrapassar os umbrais da empresa e ser vista como política de saúde pública.

Tudo isso inspirado nos princípios maiores de valorização do trabalho e da livre iniciativa, assim como o seu caráter social, elevados que foram ao patamar dos *princípios políticos constitucionalmente conformadores*⁵⁶ ou *princípios constitucionais fundamentais*⁵⁷, que se caracterizam por explicitarem as valorações políticas fundamentais do legislador constituinte, condensarem as opções políticas nucleares e refletirem a ideologia dominante da constituição⁵⁸.

Tratou-se, portanto, de opção político-ideológica fincada pelo legislador constituinte de situar no nível mais elevado dos valores que abraçou a defesa do trabalho, certamente por lhe reconhecer a condição de elemento integrante da própria dignidade humana.

Por outro lado, os princípios fundamentais constituem a essência dos valores encampados pelo constituinte e cuja densidade é refletida nos demais preceitos e, por isso mesmo, caracterizam paradigma a ser observado a partir da interpretação de toda a Constituição. Não se restringem tão-somente à conformação do binômio trabalho x liberdade de iniciativa ou mesmo diretrizes exclusivas da ordem econômica.

Não se trata de conferir ao trabalho uma proteção meramente filantrópica ou de estabelecê-la no plano exclusivamente teórico. É cláusula principiológica que exprime potencialidade transformadora⁵⁹, diante da importância de que desfruta no mundo contemporâneo pelo que representa para a própria economia, em virtude da riqueza e do crescimento econômico, como também pelo que significa como instrumento de inserção social e de afirmação do ser humano, condições imprescindíveis para que se possa atingir o ideal da dignidade humana.

É por meio do trabalho que o homem atinge a sua plenitude, realiza a sua própria existência, socializa-se, exercita todas as suas potencialidades

56 Assim pensa Eros Roberto Grau, que se vale da classificação proposta por José Joaquim Gomes Canotilho. GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 240.

57 SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 93.

58 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 1.152.

59 A expressão é tomada de empréstimo de Eros Roberto Grau. *Idem*, *Ibidem*, p. 241.

DOCTRINA

(materiais, morais e espirituais). Pode-se, sem receio, afirmar que o valor social do trabalho representa a projeção do princípio da proteção à dignidade do homem na condição de trabalhador⁶⁰.

Nas palavras de Juan Somavia, Diretor-geral da OIT, “Trabalho sem segurança é uma tragédia”. “Muitos desses casos que atingem milhões de trabalhadores todos os anos permanecem desconhecidos da maioria, não ganham manchetes nos jornais. Muito poderia ser prevenido.”⁶¹ Minimizar o risco, portanto, é prevenir danos à pessoa do trabalhador.

60 Sobre o valor do trabalho: por todos: DELGADO, Gabriela Neves. *Direito fundamental ao trabalho digno*. São Paulo: LTr, 2006, p. 111 passim.

61 Acidentes no trabalho matam 2 milhões de pessoas por ano, aponta estudo. *Folha de São Paulo*, São Paulo, Dinheiro, 28 abr. 2009. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/dinheiro/ult91u557413.shtml>>. Acesso em 13 jun. 2009.

LA CLAUSE D'EXCLUSIVITE DANS LE CONTRAT À TEMPS PARTIEL *

Alice Catarina de Souza Pires**

O estudo da jornada do trabalho, tema dessa edição da Revista do Tribunal Superior do Trabalho, leva-me a propor uma reflexão sobre a cláusula de exclusividade inserida nos contratos a tempo parcial, assunto da monografia de conclusão do curso de Mestrado em *Droit Social*, pela Universidade Panthéon-Assas (Paris 2), em junho de 2005.

Trata-se de tema cujo tratamento jurídico sofreu uma reviravolta na jurisprudência francesa, em pequeno espaço de tempo e cuja atualidade permanece em face do fenômeno da globalização e das propostas, cada vez mais audaciosas, de flexibilização dos direitos trabalhistas.

A validade da cláusula de exclusividade nos contratos de trabalho a tempo parcial foi examinada no ano 2000 pela Cour de Cassation, que afirmou, em três acórdãos de 11 de julho, tratar-se de cláusula incompatível com essa modalidade de contrato¹. Tal entendimento foi, em seguida, modificado em acórdão proferido em 25 de fevereiro de 2004, que estabeleceu as condições de validade da cláusula de exclusividade, para alcançar também o trabalho a tempo parcial. O conteúdo dessa decisão, porém, não permite considerar esse assunto como encerrado.

A Cour de Cassation substituiu a anterior incompatibilidade de princípio da cláusula de exclusividade nos contratos a tempo parcial por uma validade enquadrada, fundamentando a sua decisão na liberdade de exercício de uma atividade profissional e no caráter excepcional da restrição dessa liberdade².

* Extração de estudo originalmente escrito em francês, sob orientação de Me Corinne Pizzio-Delaporte. Tradução da autora.

** *Juíza do Trabalho da 5ª Região; mestre em Direito Social pela Université Paris-2/Panthéon Assas.*

1 “(...) la clause d’un contrat de travail par laquelle un salarié s’engage à travailler pour un employeur à titre exclusif et à temps partiel ne peut lui être opposée et lui interdire de se consacrer à temps complet à son activité professionnelle (...)” Cass. soc., 11 juil. 2000, n° 98-40.143.

2 “La clause par laquelle un salarié à temps partiel se voit interdire toute autre activité professionnelle, soit pour son compte, soit pour le compte d’un tiers, porte atteinte au principe fondamental de libre exercice d’une activité professionnelle (...)” Cass. soc., 25 fév. 2004, n° 01-43.392.

Ora, a liberdade de trabalho não tem um valor constitucional seguro, já que nunca foi mencionada em texto dessa natureza, nem evocada pelo Conseil Constitutionnel. De qualquer sorte, a Cour de Cassation já decidiu em várias oportunidades com base no que chama de “principe constitutionnel de la liberté du travail”³.

O legislador também reconhece, implicitamente, é verdade, a existência de um direito à pluriatividade na Lei de 19 de janeiro de 2000, que regulamenta a redução do tempo de trabalho. Essa lei autoriza o trabalhador a tempo parcial a recusar uma mudança no seu horário de trabalho, principalmente quando motivado pelo acúmulo de atividades⁴. O mesmo reconhecimento implícito pode ser observado nos artigos L.223-7 e L.751-3 do Código do Trabalho. O primeiro obriga o empregador a levar em consideração esses eventuais acúmulos para determinar a ordem de concessão de férias. E o segundo prevê a necessidade de prévia autorização do empregador ao VRP (representante comercial) que pretende representar novas empresas.

A pluriatividade, entretanto, não é um direito sem limites. A liberdade que o empregado dispõe além do seu tempo de trabalho pode ser limitada, tanto pela lei, que prevê uma duração máxima de trabalho, quanto pelo próprio contrato firmado entre as partes.

A jurisprudência da Cour d’Appel de Paris também evoca o princípio, ao afirmar que nenhum texto pode impedir um trabalhador de ter vários empregos, desde que o tempo consagrado a cada empregador, nem o seu total, ultrapasse a duração máxima do trabalho⁵.

A regulamentação sobre o acúmulo de empregos visa não apenas ao empregado, mas também ao empregador. O artigo L.324-3 do Código do Trabalho prevê que “Nul ne peut recourir aux services d’une personne qui contrevient aux dispositions des articles L.324-1 et L.324-2”⁶; e o artigo R.362-4 estabelece uma sanção penal para os casos de desrespeito à duração máxima de trabalho, que atinge igualmente os empregados e os empregadores que utilizam os seus serviços.

O Código do Trabalho, entretanto, não esclarece se essa infração acarreta o reconhecimento da nulidade de um dos contratos ou não. A Chambre Sociale

3 Princípio constitucional da liberdade do trabalho. Cass. soc., 18 déc. 1997, n° 99-43.392.

4 Art. L.212-4-3, al. 6, C. trav.

5 CA Paris, 22 sept. 1986, D.1986, flash n° 34.

6 Ninguém pode recorrer aos serviços de uma pessoa que transgride as disposições dos artigos L.324-1 et L.324-2.

se recusa a reconhecer essa nulidade, pois a violação dos textos invocados resulta da realização do trabalho além da duração autorizada e não da conclusão do segundo contrato. Os dois contratos são incompatíveis, mas não nulos⁷.

Pelo visto, não é no campo das nulidades dos contratos, mas no da ruptura que a limitação da duração do trabalho produzirá seus efeitos. Assim, para não infringir a lei, cabe ao empregado escolher o emprego que pretende conservar e rescindir o outro. A demissão se destina especificamente a por fim à situação ilegal⁸.

Por outro lado, a inércia do empregado não constitui, por si só, a prova de uma vontade clara e inequívoca de rescindir um dos contratos e não autoriza o empregador a tomar a iniciativa da ruptura do contrato por justa causa. Qualquer um dos empregadores deve iniciar o processo normal de licenciamento⁹.

No particular, a jurisprudência estabelece que a despedida fundada na incompatibilidade entre os dois contratos tem uma causa real e séria¹⁰, mas o empregador só pode alegar justa causa se conceder ao empregado oportunidade de escolher um dos contratos¹¹.

As limitações contratuais, por sua vez, são impostas pela própria natureza do vínculo existente entre o trabalhador e a empresa. É este que impõe a obrigação de lealdade, inerente à condição do empregado. O contrato de trabalho, como toda convenção legalmente concluída, deve ser executado de boa-fé. A obrigação de lealdade é reconhecida no artigo L.120-4 do Código do Trabalho, e deve ser observada inclusive na ausência de disposição expressa no contrato. Isso não impede às partes de fazerem previsões expressas nesse sentido. Essas disposições podem, por exemplo, tomar a forma de uma obrigação de discrição, como reconheceu a Cour d'Appel de Paris¹².

O empregado está também sujeito à obrigação de não concorrência, que o proíbe, enquanto durar o contrato, de exercer qualquer outra atividade em detrimento do empregador¹³. Vale ressaltar que o simples fato do empregado

7 Cass. soc., 27 avr. 1989, Bull. civ. V, n° 313; Cass. soc., 27 avr. 1989, Bull. civ. V, n° 313.

8 Cass. soc., 13 mai 1992, Bull. civ. V, n° 299.

9 Cass. soc., 25 oct. 1990, Bull. civ. V, n° 501.

10 Cass. soc., 4 juin 1998, RJS 10/1998, n° 1305.

11 Cass. soc., 7 mai 1997, n° 94-43.169.

12 CA Paris, 18 mai 1993, RJS 6/1994, n° 828.

13 Cass. soc., 13 mai 1978, Cah. prud'h. n° 3-79, p. 3; 28 janv. 1988, Cah. prud'h. 1989, n° 5, p.80.

trabalhar para uma empresa concorrente não constitui automaticamente desrespeito à obrigação de lealdade. Para que a falta exista é preciso que o comportamento do empregado seja efetivamente prejudicial ao empregador¹⁴.

As limitações contratuais se baseiam, igualmente, na presença de eventual cláusula de exclusividade, que é o compromisso do empregado em não exercer qualquer outra atividade profissional. O empregado se vê, então, durante o período de vigência do contrato, obrigado a se dedicar a um único empregador.

A cláusula de exclusividade não se confunde com a cláusula de não concorrência¹⁵. A cláusula de exclusividade não proíbe apenas atividades concorrentes à do empregador, mas toda e qualquer atividade. Além disso, ela se aplica pelo tempo de vigência do contrato, enquanto que a cláusula de não concorrência somente intervém após a ruptura da relação contratual.

A cláusula de exclusividade também não se confunde com a obrigação de lealdade. Enquanto esta é uma consequência natural do contrato, a exclusividade precisa estar expressamente prevista no contrato, ou, eventualmente, em uma norma coletiva. A forma escrita é indispensável, já que a cláusula de exclusividade não pode ser presumida. Daí se conclui que a exigência de autorização prévia do empregador para que o VRP (representante comercial) possa aceitar novas representações não pode ser equiparada a uma cláusula de exclusividade¹⁶.

Não é obrigatório, entretanto, que a cláusula de exclusividade seja absoluta; as partes podem prever condições sob as quais ela possa ser derogada. Assim, uma cláusula pela qual um VRP se engaja a representar uma única sociedade constitui uma cláusula de exclusividade, mesmo se o contrato possibilita à empresa autorizar o VRP a derogá-la. Neste sentido julgou a *Chambre Sociale*, em decisão proferida em 9 de julho de 2003¹⁷.

A inobservância da obrigação de exclusividade constitui uma falta do empregado, passível de sanção disciplinar, desde que para isso a referida cláusula seja válida. Na ausência de texto legislativo relativo à validade da cláusula de exclusividade no direito do trabalho, a questão é regulada pela jurisprudência.

14 CA Versailles, 2 avril 1991, RJS 10/1992, n° 1193.

15 Cass. soc., 7 mai 1997, Cah. prud'h. n° 10-03, p. 137.

16 Art. 751-3, 2 al., C. trav.

17 Cass. soc., 9 juillet 2003, Cah. prud'h. n° 10-03, p. 139.

DOCTRINA

Inicialmente aceita pela *Chambre Sociale*, com base no princípio da liberdade contratual¹⁸, a licitude das cláusulas de exclusividade foi, em seguida, colocada em dúvida. Isso até que a *Cour de Cassation* proferiu três acórdãos muito importantes, que datam de 11 de julho de 2000¹⁹, se pronunciando pela primeira vez acerca da licitude dessa cláusula.

Nessas três decisões, a Alta Jurisdição impõe três exigências relativas à inclusão das cláusulas de exclusividade nos contratos de trabalho. Em se tratando de uma cláusula derivada do direito comum e limitativa da liberdade do trabalho, a *Cour de Cassation* decidiu que uma cláusula de exclusividade só pode ser válida se respeitadas certas condições objetivas. Essas condições visam a proteger os legítimos interesses da empresa, respondendo também às exigências impostas pelo art. L.120-2 do Código do Trabalho. Elas derivam do princípio geral da proporcionalidade e coincidem com as condições de validade das outras cláusulas limitativas da liberdade do trabalho.

A validade de uma cláusula de exclusividade, eventualmente inserida em um contrato de trabalho a tempo completo, seja ela a prazo ou por tempo indeterminado, fica então submetida a três condições cumulativas: ela deve ser indispensável à proteção dos interesses legítimos da empresa, justificada pela natureza do serviço e proporcional ao objetivo do contrato.

Resta, entretanto, saber se a cláusula de exclusividade tem validade em se tratando de contratos a tempo parcial²⁰. A resposta a esta questão foi trazida, mais uma vez, não pela lei, mas pela jurisprudência da *Cour de Cassation*, pelos mesmos acórdãos de 11 de julho de 2000. Nesses três julgamentos a *Cour de Cassation* deduz das condições anunciadas que a exclusividade é incompatível com a atividade assalariada exercida a tempo parcial: “la clause par laquelle un salarié s’engage à travailler pour un employeur à titre exclusif et à temps partiel ne peut lui être opposée et lui interdire de se consacrer à temps complet à son activité professionnelle”²¹.

Levando em consideração unicamente o princípio da liberdade do trabalho, a *Cour de Cassation* declara que as cláusulas de exclusividade não podem ser impostas aos trabalhadores a tempo parcial. Esta Corte esclarece, ainda, que a cláusula de exclusividade inserida no contrato a tempo parcial

18 Cass. soc., 27 mai 1992, n° 88-42.877; Cass. soc., 7 mai 1997, Cah. prud’h. n° 10-03, p. 137.

19 Cass. soc., 11 juil. 2000, n° 98-40.143/ n° 98-43.945/ n° 98-43.240.

20 Le travailleur à temps partiel est celui qui répond aux exigences énoncées dans l’article L.212-4-2 du Code du travail.

21 Attendu commun des trois arrêts du 11 juil. 2000.

atenta contra o princípio constitucional da liberdade do trabalho a tempo completo: “(...) la clause d’un contrat de travail par laquelle un salarié s’engage à travailler pour un employeur à titre exclusif et à temps partiel ne peut lui être opposée et lui interdire de se consacrer à temps complet à son activité professionnelle”²².

Como impedir um empregado a tempo parcial de trabalhar para uma outra empresa, considerando que seu principal empregador não lhe assegura uma remuneração e um trabalho a tempo completo? Como um empregador poderia exigir de um trabalhador que consagre sua atividade profissional exclusivamente a seu serviço sem assegurar-lhe um contrato a tempo completo? Um empregado contratado a tempo parcial deve poder trabalhar para outro empregador a fim de completar a sua remuneração. Seria socialmente justo impedir trabalhadores de ganharem normalmente sua vida através do trabalho? A liberdade de trabalho se articula, pois, à liberdade de ganhar a vida.

Para decidir pela incompatibilidade da cláusula de exclusividade com o trabalho a tempo parcial, a Chambre Sociale de la Cour de Cassation se apoia na doutrina existente sobre a matéria, que sempre privilegiou a liberdade do trabalho. O professor A. Mazeaud lembra assim que “ l’exclusivité ne saurait justifier l’obligation de n’avoir aucune autre activité professionnelle, même réduite. Elle serait contraire à la fois à la liberté du travail et aux droits de la personnalité”²³. M. J-E Ray acrescenta que essas cláusulas “portent atteinte à la liberté du travail et, négociées à l’embauche, font penser à l’abus de position dominante si le nombre d’heures proposées ne permet pas au salarié de vivre décemment”²⁴.

Apesar do princípio da incompatibilidade ter sido estabelecido nos citados acórdãos de 11 de julho de 2000, a propósito de uma única categoria profissional, a dos VRP, o entendimento, pela sua generalidade, alcança todos os empregados a tempo parcial.

À ocasião de um *revirement* de jurisprudência, que data de 25 de fevereiro de 2004²⁵, porém, a incompatibilidade da cláusula de exclusividade com o contrato a tempo parcial foi abandonada. Nesse processo, uma caixa de

22 Cass. soc., 28 fév. 2001, Cah. prud’h. n° 10-03, p. 141.

23 “A exclusividade não poderia justificar a obrigação de não exercer nenhuma outra atividade profissional, mesmo reduzida. Ela seria contrária tanto à liberdade do trabalho, quanto aos direitos da personalidade”. Rép. Dalloz, Contrat de travail – exécution, n° 54, janvier 1993.

24 “Ofendem a liberdade do trabalho e, negociadas na admissão, fazem pensar no abuso de posição dominante se o número de horas propostas não permite ao empregado viver decentemente”. RAY, J-E, “Fidélité et exécution du contrat de travail” In Dr. soc. 1991, 376.

25 Cass. soc., 25 fév. 2004, n° 01-43.392.

supermercado foi contratada a tempo parcial e o seu contrato continha uma cláusula que a proibia de exercer qualquer outra atividade profissional. Aqui, reafirmando que esse tipo de cláusula não pode ser empregada de maneira aleatória, a Cour de Cassation revê o seu posicionamento²⁶.

Assim, a incompatibilidade da cláusula de exclusividade com os contratos a tempo parcial pertence ao passado. Agora, a obrigação de exclusividade pode ser imposta tanto aos trabalhadores com jornada integral, quanto aos que trabalham a tempo parcial. A Cour de Cassation procede em dois tempos. Primeiro enuncia quais as condições de validade de uma cláusula de exclusividade inserida em um contrato a tempo parcial (Parte I). Em seguida, determina as consequências de uma cláusula ilícita (Parte II).

PARTE I – CONDIÇÕES DE VALIDADE

Pelo visto, agora a cláusula de exclusividade nos contratos a tempo parcial não é necessariamente proibida, desde que preenchidas as exigências definidas pela jurisprudência. Esses critérios são os mesmos exigidos para a validade da cláusula de não concorrência (Capítulo 1), com exceção apenas da contraprestação financeira (Capítulo 2).

CAPÍTULO 1 – EXIGÊNCIAS PARA A LICITUDE DA CLÁUSULA

Assim, segundo esse novo entendimento da Cour de Cassation, a cláusula de exclusividade inserida em um contrato a tempo parcial “n’est dès lors valable que si elle est indispensable à la protection des intérêts légitimes de l’entreprise et si elle est justifiée par la nature de la tâche à accomplir et proportionnée au but recherché”²⁷.

A primeira condição imposta ao empregador para que possa restringir a liberdade do trabalho do empregado é a existência de um interesse legítimo, tendo os juízes o dever de investigar se essa restrição ao livre exercício da atividade profissional do empregado corresponde a uma imperiosa necessidade da empresa.

26 “(...) la clause par laquelle un salarié à temps partiel se voit interdire toute autre activité professionnelle, soit pour son compte, soit pour le compte d’un tiers, porte atteinte au principe fondamental de libre exercice d’une activité professionnelle et n’est dès lors valable que si elle est indispensable à la protection des intérêts légitimes de l’entreprise et si elle est justifiée par la nature de la tâche à accomplir et proportionnée au but recherché; que si la nullité d’une telle clause n’a pas pour effet d’entraîner la requalification du contrat de travail à temps partiel en contrat de travail à temps complet, elle permet toutefois au salarié d’obtenir réparation du préjudice ayant résulté pour lui de cette clause illicite.”

27 Cass. soc., 25 fév. 2004, n° 01-43.392.

DOCTRINA

E para verificar a legitimidade dos interesses da empresa, a jurisprudência fixa vários critérios, dentre os quais, o contato com a clientela, o acesso a informações importantes ou o conhecimento de um *savoir-faire* próprio à empresa.

Reconhecida a legitimidade do interesse da empresa, deve o juiz controlar o momento em que a cláusula foi imposta ao empregado, para se certificar de que a exclusividade era realmente indispensável e não apenas útil à proteção dos interesses da empresa.

A segunda condição diz respeito à natureza do serviço. Assim, a cláusula só é legítima se o empregador tiver razões concretas para temer um prejuízo que o empregado possa causar à empresa. Isso, levando em consideração a função exercida pelo trabalhador e o seu nível de responsabilidade e não a maior ou menor competência pessoal do empregado do ponto de vista técnico. Foi exatamente esse critério que levou a Cour de Cassation a se decidir pela nulidade da cláusula de exclusividade inserida no contrato de uma caixa que prestava serviços em um centro comercial²⁸.

Essa condição não conhece exceções. Mesmo no caso do VRP, em que foi a própria lei que instituiu a possibilidade de se exigir a exclusividade dos serviços, a empresa deve, ainda assim, demonstrar que a cláusula se justifica pela natureza da atividade a ser realizada.

O terceiro princípio diretor do controle judiciário é a proporcionalidade ao objeto do contrato, permitindo-se instaurar uma relação de adequação entre a medida tomada pelo empregador e o objetivo do contrato. Esse princípio permite que sejam evitadas investidas exageradas contra a liberdade do trabalho.

A cláusula de exclusividade pode ser considerada excessiva se ela impede o empregado a tempo parcial de ganhar normalmente a sua vida completando a sua remuneração por um outro emprego. O critério da proporcionalidade é, pois, a garantia dada ao empregado de ter uma outra atividade e conservar seus meios de existência.

Como lembra M. Thézé, “Il s’agit de trouver un point d’équilibre entre les droits et libertés du salarié et les pouvoirs de l’employeur. Usage raisonnable ou usage abusif? Telle est la question que l’employeur doit se poser avant d’agir ou de réagir”²⁹.

28 Cass. soc., 25 fév. 2004, nº 01-43.392.

29 Deve-se achar um ponto de equilíbrio entre os direitos e liberdades do empregado e os poderes do empregador. Uso razoável ou abusivo? Essa é a questão que o empregador deve se fazer antes de agir ou reagir. THEZE, M., “Les potentialités de l’article L.120-2 du Code du travail”, In *Semaine Soc. Lamy*, 2002, In <<http://www.lamylinereflex.fr>>.

DOCTRINA

Os magistrados devem analisar cada caso concreto e verificar qual a efetiva consequência para o empregado dessa proibição de exercer qualquer outra atividade. As condições de validade enunciadas pela jurisprudência são cumulativas, elas se adicionam; na ausência de apenas uma delas, a cláusula será ilícita.

Com essas exigências, a Cour de Cassation procurou demonstrar o caráter excepcional da cláusula de exclusividade: ela não é uma disposição inofensiva, que pode ser integrada a qualquer contrato. Os magistrados tentam colocar dessa forma um ponto final no uso dessa cláusula como uma simples fórmula de estilo.

CAPÍTULO 2 – NÃO EXIGÊNCIA DE CONTRAPARTIDA FINANCEIRA

Até o momento, entretanto, a validade das cláusulas de exclusividade não depende de uma contrapartida financeira, contrariamente, por exemplo, ao que acontece com a cláusula de não concorrência. Sobre a questão, as opiniões se dividem: enquanto alguns são a favor da inserção de mais essa exigência para garantir a validade da cláusula de exclusividade, outros são contrários a tal condição.

São três os principais argumentos dos que militam a favor da imposição de uma contrapartida financeira.

O primeiro é no sentido de que esse pagamento seria uma resposta ao princípio da equidade e da reciprocidade das obrigações. Ele seria a causa da obrigação, já que em todo contrato sinalagmático o objeto da obrigação de uma das partes constitui a causa da obrigação da outra. Na sua ausência a obrigação seria, então, nula pela falta de causa. Uma contrapartida financeira compensaria, pois, o sacrifício feito pelo empregado de uma parte da sua liberdade profissional, conferindo à cláusula esse caráter sinalagmático. Em consequência, se o empregado violasse a cláusula, o empregador estaria livre da sua obrigação de pagar a contrapartida financeira e, da mesma forma, caso não fosse paga a contrapartida financeira, o empregado recuperaria a sua liberdade de exercer outra atividade.

O argumento mais coerente ultrapassa o direito comum das obrigações e recorre às liberdades e direitos fundamentais, revelando, mais uma vez, a autonomia do direito do trabalho com relação ao direito civil. De acordo com essa corrente, uma contrapartida financeira permitiria conciliar os interesses em questão, incitando o empregador a ajustar a sua exigência de exclusividade

unicamente à imperiosa necessidade de proteger a empresa. A contrapartida financeira se alinharia assim à busca pela estrita proporcionalidade das limitações à liberdade do trabalho, iniciada com os acórdãos de 11 de julho de 2000. Essa seria uma solução favorável ao empregado, já que este, segundo os seus interesses, poderia requerer a anulação da cláusula e dispor assim de uma inteira liberdade profissional, ou simplesmente postular o pagamento da contrapartida financeira.

O terceiro argumento favorável é no sentido de que tal exigência asseguraria uma maior proteção dos interesses dos trabalhadores, pois aumentaria o poder do juiz de controle da validade da cláusula.

Para os que se opõem à imposição de uma contrapartida financeira, porém, essa nova condição de validade não seria a melhor maneira de conter as ofensas à liberdade do trabalho. Para eles, tal exigência seria uma fonte de insegurança jurídica e levaria a uma maior complexidade do controle judiciário sobre a validade da cláusula. Argumentam que não havendo nenhuma disposição legal ou convencional prevendo uma eventual contrapartida financeira, tal exigência fugiria ao poder criador dos juízes e os efeitos dos *revirements* de jurisprudência. Criar novas regras seria conceder aos juízes um poder igual ao do legislador, provocando uma instabilidade jurídica para os empregadores, na medida em que as cláusulas em vigor seriam apreciadas de acordo com as novas regras.

Isso foi exatamente o que aconteceu com relação à cláusula de não concorrência. Com efeito, a indenização para esses casos somente foi estabelecida em 2002, mas o seu pagamento tornou-se obrigatório também para os contratos firmados antes dessa data. A questão toca então o problema do efeito retroativo dos *revirements* de jurisprudência. Nesse caso a Cour de Cassation determinou o efeito imediato do novo entendimento, justificando a sua decisão com o fato de que ela se funda na proteção de um direito fundamental.

Além disso, os defensores dessa corrente entendem que a imposição de uma contrapartida financeira como condição de validade da cláusula seria um complicador a mais para o controle judicial, já que as condições de validade da cláusula devem ser analisadas cumulativamente. E mais, que um novo objeto de litígio surgiria para determinar qual o regime jurídico aplicável a essa contrapartida financeira. Ela teria um caráter indenizatório, destinado a compensar o prejuízo sofrido pelo empregado pela restrição da sua liberdade de trabalho, ou teria um caráter remuneratório, complementando assim o salário do trabalhador?

DOCTRINA

Pelo visto, a questão relativa à validade da cláusula de exclusividade não está definitivamente resolvida.

PARTE II – SANÇÕES EM CASO DE ILICITUDE

Até agora, a cláusula de exclusividade que não preenche as condições de validade exigidas pela jurisprudência é ilícita (Capítulo 1) e a Cour de Cassation, no mesmo acórdão de 25 de fevereiro de 2004, prevê as consequências dessa ilicitude (Capítulo 2).

CAPÍTULO 1 – AS SANÇÕES

Na referida decisão, a Cour de Cassation opta claramente pela nulidade, mas a revisão da cláusula permanece, em alguns casos, como uma sanção possível.

Em se tratando de sancionar um interesse privado, a nulidade, no caso, é relativa. Essa é uma característica própria do direito do trabalho, não podendo ser assimilada ao princípio geral das nulidades do direito civil.

A questão que se coloca então é a de saber quem pode invocar essa nulidade. Ordinariamente, no direito dos contratos, a nulidade absoluta pode ser alegada por qualquer interessado, mas a ação de anulabilidade só é permitida às pessoas a quem essa nulidade visa a proteger. Nessa linha, a nulidade tendo sido instituída apenas para proteger o empregado contra as restrições injustificadas da sua liberdade de trabalho, somente este tem legitimidade para intentar a ação de anulabilidade da cláusula de exclusividade. A via está, portanto, fechada aos empregadores, já que a nulidade não pode ser requerida por quem lhe deu causa. Este princípio está diretamente ligado à boa-fé, que deve reger as relações entre as partes do contrato de trabalho.

Outrossim, em razão da adoção do mecanismo da nulidade parcial, o contrato continua válido, simplesmente amputado da cláusula ilícita, que é tida como não escrita.

Apesar da nulidade não afetar a natureza do contrato, resta ao empregado a possibilidade de requerer uma indenização pelo prejuízo provocado pela aplicação de uma cláusula considerada ilícita. E, de acordo com os termos da decisão de 25 de fevereiro de 2004, a simples previsão de uma cláusula ilícita no contrato faz presumir a existência de um prejuízo, estando o empregado dispensado de provar que ele não pôde exercer outra atividade profissional para obter uma reparação. E mais, essa não é uma presunção relativa,

acarretando a inversão do ônus da prova, mas uma presunção irrefragável, não admitindo prova em contrário.

A avaliação do prejuízo sofrido pelo empregado, porém, é ainda muito difícil de ser feita. Por conta disso, talvez fosse mais apropriado sancionar a nulidade da cláusula com a requalificação ou conversão do contrato de trabalho a tempo parcial em contrato a tempo integral, uma vez que, para o empregado, nenhuma compensação equivale a uma duração normal de trabalho. A solução adotada pela Cour de Cassation é, pelo visto, inexpressiva, pois nem sempre a nulidade do contrato ou apenas da cláusula, traz algum benefício para o trabalhador.

Ressalte-se que a nulidade da cláusula pode sempre ser substituída pela sua revisão, já que não parece justo que as cláusulas simplesmente excessivas sejam sancionadas da mesma forma que as totalmente injustificadas. Os juízes passam a ter, então, um poder moderador, sendo-lhes facultado reduzir as obrigações contratuais. Esse poder de redução é, em princípio, rejeitado, pois contraria a liberdade contratual e o princípio da intangibilidade dos contratos. Mas, sendo a redução um modo de restaurar o equilíbrio contratual, uma das exigências primordiais do direito do trabalho, a liberdade contratual e o próprio contrário devem se inclinar.

Tal poder não é estranho ao Direito do Trabalho. Em acórdão proferido em 25 de março de 1998³⁰, a Chambre Sociale reconheceu expressamente esse poder aos juízes de primeira instância. Nesse processo, a cláusula de não concorrência se estendia a todo o território nacional e a Cour d'Appel tinha decidido reduzir o seu campo de aplicação para incluir apenas os departamentos onde o empregado interessado tinha exercido as suas funções. Em decisão proferida em 18 de setembro de 2002³¹, a Cour de Cassation entendeu que o juiz *a quo* tem o poder de modificar todos os termos da cláusula, mesmo se esta é indispensável aos interesses legítimos da empresa, desde que represente um entrave à liberdade de trabalho do empregado.

Esta parece ser a conduta adequada, pois a anulação de uma cláusula, que apesar de não totalmente injustificada, for desproporcional ao objeto do contrato, pode representar um atentado contra a indispensável proteção do interesse legítimo das empresas, o que levaria, segundo M. Vatinet³², a combater um excesso com outro.

30 Cass. soc., 25 mars 1998, n° 95-41.543.

31 Cass. soc., 18 sept. 2002, n° 00-42.904.

32 VATINET, R., "Les principes mis en œuvre par la jurisprudence relative aux clauses de non-concurrence en droit du travail", Dr. soc. 1998, p. 538.

CAPÍTULO 2 – OS EFEITOS DA NOVA JURISPRUDÊNCIA

O novo entendimento da Cour de Cassation foi adotado com relação a uma categoria específica, a dos representantes comerciais, mas, não obstante, ele é válido para todos os trabalhadores a tempo parcial.

Antes de 25 de fevereiro de 2004, a violação de uma cláusula de exclusividade não podia autorizar a despedida de um empregado a tempo parcial, já que essa cláusula era incompatível com esse tipo de contrato. Agora, com o novo posicionamento da Cour de Cassation, a inobservância da cláusula pelo empregado a tempo parcial constitui uma falta passível de sanção disciplinar ou mesmo de despedida por justa causa.

Essa nova posição ainda serviu para harmonizar o regime da cláusula de exclusividade com o das outras cláusulas limitativas da liberdade de trabalho, como a cláusula de mobilidade e a cláusula de não concorrência, mas, principalmente, a alinhar o regime do contrato a tempo parcial com o do contrato a tempo integral.

O que é verdadeiramente novo e significativo, porém, é que a substituição da incompatibilidade da cláusula de exclusividade com o contrato a tempo parcial pela validade de princípio (submetida ao preenchimento de certas condições) permite uma maior liberdade contratual e inscreve a jurisprudência relativa à cláusula de exclusividade no movimento atual da flexibilização do direito do trabalho. E essa tendência de flexibilidade introduz derrogações e diminui proteções, justificando essas mudanças pela intenção de promover e manter o emprego. Em outras palavras, a ambição dessa nova jurisprudência, introduzida pelo *revirement* de 25 de fevereiro de 2004, se inscreve nessa dinâmica de flexibilidade do direito do trabalho que, teoricamente, procura conciliar a proteção dos trabalhadores com o interesse da empresa, da coletividade e do emprego, dando maior liberdade contratual.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AUGUET, Y. *La légitimité de la clause de non-concurrence en droit du travail*, Petites Affiches, 1998, n. 75, p. 14.

CASAUX-LABRUNEE. L. *Cumul d'activités*, Encyclopédie juridique, Dalloz, mai 2004, p. 1.

CESARO, J. F. *Voyageurs, représentants et placiers*, Juris-Classeur, v. 1, fascicule 4-10, 2004.

CHIREZ, A. *Contrepartie pécuniaire*, Sem. soc. Lamy, nº 1.036, 2001.

CHIREZ, A. *La clause de non-concurrence doit enfin être indemnisée!* Sem. soc. Lamy, nº 1.085, 22 juillet 2002, p. 10.

DOCTRINA

CHOISEZ, S. *La contrepartie financière de la clause de non-concurrence d'un contrat de travail*. Dr. soc. 1993, p. 662.

CORNU, G. *Vocabulaire Juridique*, Presses universitaires de France (PUF): 1998.

CORRIGNAN-CARSIN, D. *Validité de la clause de non-concurrence et protection des intérêts légitimes de l'entreprise*. Dr. soc. 1992, p. 967.

DAMAS, N. *Validité de la clause de non-concurrence: de la contrepartie pécuniaire en particulier au contrôle de proportionnalité en général*, Petites affiches, 31 janvier 2003, n. 23, p.17.

DEL SOL, M. *Le contrat de travail: instrument de flexibilité et/ou de résistance*. Francis Lefebvre, BS 5/02, p. 269.

DORANT, A. *Des limitations du cumul d'emplois et des clauses d'exclusivité en cas de travail chez un ou plusieurs employeurs*. Jurisprudence soc. Lamy, n. 145, 11 mai 2004, p. 4.

FAVENNEC-HERY, F. *Le travail et le temps partiel*, Ed. Litec: 1997.

_____. *Tempête sur la clause de non-concurrence*. Sem. soc. Lamy, n. 1.094, 21 octobre 2002, p. 6.

FAVOREU, L. et PHILIP, L. *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 12^e ed., Dalloz: 2003.

GAVALDA, N. *Les critères de validité des clauses de non-concurrence en droit du travail*. Dr. soc. 1999, p. 582.

HAUTEFORT, M. *Clause d'exclusivité: est-ce la fin de l'incompatibilité avec un temps partiel?* Jurisprudence soc. Lamy, n. 144, 27 avril 2004, p. 12.

HAUTEFORT, M. *Statut de VRP et temps partiel: un cocktail explosif!* Jurisprudence soc. Lamy, n. 83, 12 juillet 2001, p. 7.

HAUTEFORT, M. *Clause d'exclusivité, clause suspecte*. Jurisprudence soc. Lamy, octobre 2000, p. 11.

JEAMMAUD, A. *Les principes dans le droit français du travail*. Dr. soc. 1982, p. 619.

KERBOUC'H, J-Y. *Clauses de non-concurrence. Conditions de validité*, Sem. soc. Lamy, n° 1.169, 17 mai 2004, p. 17.

LYON-CAEN, G. *Les clauses restrictives de la liberté du travail*. Dr. social 1963, p. 88.

MAZEAUD, A. *Autour du temps partiel et de la pluriactivité: à propos du refus d'accepter le changement*. Travail et protection sociale, Juris-Classeur, août-septembre 2000, p. 5.

MAZEAUD, D. *La réduction des obligations contractuelles*. In: *Que reste-t-il de l'intangibilité contractuelle*. Droit et patrimoine, mars 1998, p. 58.

PELLISSIER, J. *La liberté du travail*. Dr. soc. 1990, p. 19.

PREAUBERT, C. *Clause de non-concurrence: vers un renforcement de la protection des intérêts du salarié*. Petites affiches, 23 mars 2004, n. 59, p.11.

RAY, J-E. *Fidélité et exécution du contrat de travail*. Dr. soc. 1991, p. 376.

REROLLE, N. *Effet d'une clause d'exclusivité permettant au salarié d'y déroger en accord avec l'employeur*. Jurisprudence soc. Lamy, n. 133, 4 novembre 2003, p. 29.

DOCTRINA

- SARGOS, P. *L'horreur économique dans la relation de droit*. Dr. soc. 2005, p. 123.
- SAVATIER, J. *Cumuls d'emplois privés et limitation de la durée du travail*. Dr. soc. 1984, p. 554.
- SAVATIER, J. *L'interdiction des cumuls d'emplois privés: une réglementation inapplicable*, Dr. soc. 1989, p. 725.
- SERRA, Y. *Concurrence (Obligation de non-concurrence)*. Encyclopédie juridique, Dalloz, avril 2003, p. 01.
- SERRA, Y. Tsunami sur la clause de non-concurrence en droit du travail. note sous Soc., 10 juillet 2002, Bulletin 2002, V, n° 239, p. 234, In: Le Dalloz, n° 32, 19 septembre 2002, jurisprudence, p. 2491-2498.
- STULZ, V. *La clause de non-concurrence (Le point après deux années de jurisprudences évolutives)*. Petites affiches, 24 octobre 2003, n. 213, p. 9.
- THEZE, M. Les potentialités de l'article L.120-2 du Code du travail. In Semaine Soc. Lamy, 2002, In: <<http://www.lamylinereflex.fr>>
- VATINET, R. *Les principes mis en œuvre par la jurisprudence relative aux clauses de non-concurrence en droit du travail*. Dr. soc. 1998, p. 534.
- VATINET, R. *Les conditions de validité des clauses de non-concurrence: l'imbroglia*. Dr. soc. 2002, p. 949.
- VINCENT, X. *Temps de travail et rémunération des VRP engagés à titre exclusif*. Francis Lefebvre, BS 11/02, p. 581.

A GARANTIA FUNDAMENTAL DA LIMITAÇÃO DA JORNADA: ENTRE A CONSTITUIÇÃO E O ART. 62 DA CLT*

Noemia Porto**

1 – DIREITOS SOCIAIS FUNDAMENTAIS: MUDANÇAS E PERSISTÊNCIAS NO TEMA DA LIMITAÇÃO DE JORNADA

A atual Constituição, desde 1988, traça um novo horizonte de possibilidades, tanto que, de forma simbólica e inédita, acomoda os direitos fundamentais na parte inicial do texto, antes, portanto, das disciplinas endereçadas às questões do poder. Os direitos fundamentais deste novo contexto explicitamente incluem os direitos sociais, sendo que nas ordens constitucionais anteriores os direitos trabalhistas eram tratados no capítulo pertinente à ordem econômica e social. Embora este não seja um requisito imprescindível, a consagração constitucional explícita de um direito social é um indício relevante do caráter fundamental dos bens ou interesses protegidos (Pisarelo, 2007, p. 82).

Pensando no cenário que a Constituição de 1988 pretendeu modificar, é certo que a marca autoritária se fez presente durante todo o regime da Constituição de 1967/69. Definitivamente, não só os direitos fundamentais passavam ao largo do eixo material essencial da Constituição, como também havia convívio cotidiano com práticas que violavam liberdades.

Nesse esquema, não era viável construir ambiente institucional favorável à garantia dos direitos sociais como fundamentais. Por isso mesmo, o Direito do Trabalho era sobretudo um “direito celetista”, cuja compreensão e articulação

* As observações críticas e as reflexões avançadas de Ricardo Lourenço Filho, integrante do Grupo de Pesquisa Sociedade, Tempo e Direito da UnB, foram imprescindíveis para desenvolvimento do presente trabalho.

** *Juíza do Trabalho Titular da 2ª Vara de Araguaína (TO); especialista em Direito Constitucional pela UnB; mestranda em Direito, Estado e Constituição na mesma Universidade; integrante do Grupo de Pesquisa Sociedade, Tempo e Direito; professora universitária e vice-presidente da AMATRA-10 (biênio 2009/2011).*

concreta demandavam o manejo, predominantemente, de instrumental infraconstitucional.

Quanto à temática da limitação da jornada, a Constituição de 1967/69 assegurava aos trabalhadores, conforme redação disposta no art. 165, além de outros direitos que visassem à melhoria da sua condição social, “duração diária do trabalho não excedente a oito horas, com intervalo para descanso, salvo casos especialmente previstos” (inciso VI). Aliás, também a Constituição de 1946, em razão do art. 157, inciso V, estabelecia a regra da duração do trabalho diário não excedente de oito horas, mas assumia a possibilidade de casos e condições excepcionais que fossem previstos em lei.

O contexto normativo então prevalente por mais de quarenta anos comportava raciocinar em torno da ideia de regime ou regra geral de horário, de um lado (no plano constitucional), e regime ou regra especial, de outro (no plano infra), tanto que estavam ressalvados os casos especiais previstos, que o seriam por lei.

Por isso mesmo, a exclusão promovida pelo art. 62 da CLT, quanto aos gerentes e aos trabalhadores externos, isso no que concerne ao regime de duração da jornada, poderia ser inserida no contexto dos “casos especialmente previstos”.

Ainda assim, ao menos no caso dos gerentes, a exceção recebia interpretação restritiva, de modo a alcançar número reduzido de trabalhadores que ficariam à margem da proteção representada pelo limite de jornada.

Conforme revela Mauricio Godinho Delgado, com suporte na doutrina de Mario de La Cueva, o discurso jurídico construído sobre o assunto revelava clara compreensão restritiva, para considerar como exercentes dos encargos que afastavam o regime da duração da jornada apenas aquelas hipóteses em que o exercício da função “colocasse em jogo *a própria existência da empresa, seus interesses fundamentais, sua segurança e a ordem essencial ao desenvolvimento de sua atividade*” (2008, p. 350).

No âmbito da Constituição de 1946, a preponderância de um modelo de Bem-Estar Social também veio acompanhada de teorias constitucionais que procuravam explicar a não concretização dos direitos sociais através do esquema conceitual presente na tipologia das normas constitucionais, de maneira que as normas de eficácia limitada, incluindo as programáticas, tinham aplicação apenas mediata, altamente dependentes da vontade discricionária do legislador constituído. No caso da Constituição de 1967/69, que compartilhou a cena brasileira de um regime de exceção, não houve a construção e/ou a consolidação de uma pragmática compromissada com os direitos fundamentais.

A atual Constituição, também sem prejuízo de outros direitos que possam melhorar a condição social dos trabalhadores, prevê “duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho” (art. 7º, inciso XIII).

É certo que o advento de uma nova Constituição deveria ser capaz de abalar antigas certezas. De fato, a mudança não ocorreu apenas no âmbito redacional, embora também este aspecto seja importante indicador da necessidade de uma nova pragmática constitucional. Na verdade, outra passa a ser a dimensão político-constitucional condicionadora dos olhares de seus intérpretes, qual seja, a democrática de direito (art. 1º). Sobretudo numa perspectiva de direitos fundamentais, pode-se afirmar que o constitucionalismo da atualidade procura se assentar de forma cotidiana sobre uma ordem jurídica baseada em princípios (Dworkin, 2005). De outro modo, os direitos sociais, assumidos como fundamentais, passaram a ser fatores decisivos para a legitimidade do sistema constitucional. A discricionariedade do legislador também precisou ser redimensionada em razão do vínculo obrigacional representado por tais direitos.

A despeito da ruptura paradigmática representada pela Constituição de 1988, há persistências nas práticas, sobretudo judiciárias, que bloqueiam a concretização das novas propostas sociais-trabalhistas.

Nesse sentido, as exclusões promovidas pelo art. 62 da CLT, com sua redação originária, foram consideradas, em grande extensão tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência, compatíveis com a nova Constituição, vale dizer, como se ainda fosse possível afastar da garantia da duração de jornada alguns “casos especiais”¹.

Não bastasse isso, sobreveio reforma legislativa que, como resultado visível, ao menos quanto aos gerentes, expandiu o raio de incidência das exceções do art. 62 da CLT.

Pela redação anterior, as exceções eram as seguintes:

“a) os vendedores pracistas, os viajantes e os que exercerem, em geral, funções de serviço externo, não subordinado a horário, devendo

1 Consta em decisão da 1ª Turma do TST, RR 328.490/96.8, Relator Ministro Ronaldo Lopes Leal, julgado em 15 de dezembro de 1999, o seguinte: “o art. 7º, XIII, da Constituição Federal, ao dispor sobre a jornada de trabalho, estabelece norma de caráter geral, razão pela qual não poderia revogar disposição legal específica, ou seja, o então vigente art. 62, b, da CLT, que disciplina a jornada de trabalho para os ocupantes de cargo de gerente. Tal entendimento parte do princípio de que a lei nova, que estabelece disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior, conforme exegese do art. 2º, § 2º, da LICC”.

tal condição ser, explicitamente, referida na Carteira de Trabalho e Previdência Social e no livro de registro de empregados, ficando-lhes de qualquer modo assegurado o repouso semanal;

b) os gerentes, assim considerados os que, investidos de mandato, em forma legal, exerçam encargos de gestão e, pelo padrão mais elevado de vencimentos, se diferenciem dos demais empregados, ficando-lhes, entretanto, assegurado o descanso semanal.

A previsão atual está traduzida nos seguintes termos:

I – os empregados que exercem atividade externa incompatível com a fixação de horário de trabalho, devendo tal condição ser anotada na Carteira de Trabalho e Previdência Social e no registro de empregados;

II – os gerentes, assim considerados os exercentes de cargos de gestão, aos quais se equiparam, para efeito do disposto neste artigo, os diretores e chefes de departamento ou filial.”

Nesse ponto é preciso dizer que a relação entre a Constituição e a normatividade infraconstitucional não consegue ser adequadamente compreendida se posta nos termos da Lei de Introdução ao Código Civil. Não se trata de disposição geral (a Constituição) que não revoga previsão especial (o art. 62 da CLT). O aspecto relevante, que remonta ao próprio significado do constitucionalismo, é quanto à supremacia da constituição e à inconstitucionalidade de dispositivos, especiais ou gerais, que contrariem seus preceitos. A supremacia material e formal da constituição é a pedra angular de suporte à juridicidade estatal legítima e “não há democracia que se sustente quando se desrespeitam as normas constitucionais” (Oliveira, 1998, p. 96-97).

Portanto, paradoxalmente, no sistema constitucional anterior, a garantia representada pelo limite à duração da jornada era mais intensa e abrangente, considerando a acomodação restritiva das exceções, tanto no texto da CLT como na prática interpretativa construída em torno dele. Sob a Constituição democrática de 1988 não só se permitiu, sobremodo em razão da interpretação dos tribunais, a persistência das exceções baseadas “em casos especiais” (através da recepção do art. 62 da CLT), como também albergou-se alteração legislativa que expandiu a desproteção (tanto que o debate sobre a constitucionalidade da Lei nº 8.966/94 ainda não alcançou razoável envergadura)².

2 Sobre a recepção/constitucionalidade do art. 62 da CLT – mantendo-se a matriz de raciocínio sobre normas gerais e normas especiais – tem-se também decisão da SBD-1 do TST, E-RR 540.991/99.2, redator designado Ministro João Oreste Dalazen, julgado em 28 de abril de 2003. Na mesma linha, decisão da 5ª Turma do TST, RR 561968/1999.5, Relator Ministro Emmanoel Pereira, julgado em 27 de fevereiro de 2008.

DOCTRINA

Embora grande parte da doutrina e da jurisprudência trabalhista possuam determinadas convicções sobre o tema, a concorrência intensa de ideias diversas, que caracteriza o ambiente da democracia, instiga à reflexão crítica permanente sobre os rumos que estão sendo conferidos aos direitos sociais.

O direito é uma prática interpretativa (Dworkin, 2005, p. 217-221), portanto não é um dado, mas um construto. Por isso mesmo é atual e relevante que se questione se é viável e legítimo que norma infraconstitucional exclua alguma categoria de trabalhadores do sistema de proteção representado pela limitação da jornada de trabalho.

As reivindicações coletivas por melhores salários, limites de jornada e proteção às mulheres e crianças marcaram as primeiras lutas operárias, inclusive no Brasil (entre meados do Século XIX e início do Século XX). O processo de afirmação de direitos dos trabalhadores, contudo, não foi concluído com o Texto de 1988. A partir dele, outros desafios tensionam os direitos sociais relacionados com o Direito do Trabalho. Segundo o diagnóstico de José Eduardo Faria (2007, p. 187), o alcance e a força do Direito do Trabalho têm sido afetados pela volatilidade e mobilidade dos capitais e pelas mudanças ocupacionais e organizacionais subjacentes ao fenômeno da globalização econômica. De fato, ao lado da crescente informatização, terceirização e flexibilidade operativa, encontra-se também a valorização das formas novas de remuneração com base na produtividade. Neste último caso, a ideia prevalente é a de que o incremento do ganho (ou sua manutenção, com a manutenção do emprego) se relaciona diretamente com o maior envolvimento pessoal do trabalhador.

A valorização da produtividade, do desempenho, dos critérios de mérito, da competição e da concorrência pressionam os trabalhadores à disponibilidade exaustiva, ou quando menos, é comprometedora, com o passar do tempo, de uma vida que possa se afirmar sob o primado da liberdade.

As controvérsias em torno do art. 62 da CLT justamente se situam nas reflexões sobre a performance constitucional dos direitos sociais e sobre a eficiência da proteção devida à pessoa do trabalhador.

2 – PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL E AS INCOMPATIBILIDADES DOS “CASOS ESPECIAIS” DO ART. 62 DA CLT

É importante situar, de início, que a definitiva inserção dos princípios na esfera da normatividade desafia as premissas construídas, na órbita interna, em torno dos mais variados temas de conteúdo econômico-social-trabalhista, dentre eles a performance da garantia representada pela limitação da jornada,

em relação aos abusos que ainda hoje não permitem aos trabalhadores construírem para si um tempo relevante, que não seja apenas o tempo para o empregador.

De fato, a superação da antinomia clássica entre Direito Natural/Direito Positivo pela teoria dos princípios alça as normas jurídicas à categoria de gênero, a encontrar nos princípios e nas regras suas espécies.

Especialmente em Dworkin, a dimensão de peso só os princípios possuem e, por isso, a escolha, em caso de conflito, deve estar norteada pela sua relevância, ao passo que o conflito entre regras se resolve sob a perspectiva da validade (Bonavides, 2000, p. 253-254). De todo modo, os princípios atuam como vínculos inclusive em relação às regras.

O Estado Democrático de Direito, que estrutura o sistema jurídico constitucional, intermedia o consenso quanto ao procedimento e o dissenso com relação ao conteúdo (Neves, 2006, p. 144), tornando salutar conceber a cidadania como um processo construtivo com vistas à participação efetiva, que convive e assume o contexto da tensão no convívio das diferenças (Carvalho Netto, 2001, p. 18).

A despeito da pluralidade que se estabelece no dissenso, o Estado Democrático de Direito só se afirma caso a unidade de uma esfera de juridicidade esteja presente (Neves, 2006, p. 150), e nesse sentido destaca-se a Constituição, mas não como fonte de uma hierarquia procedimental, mas antes no estabelecimento de uma repartição orgânica de competências e de um controle interorgânico, essencial à construção da democracia (Neves, 2006, p. 152-153).

Os direitos fundamentais, notadamente de igualdade e de liberdade, são requisitos de legitimação procedimental do Estado Democrático de Direito (Neves, 2006, p. 154), e encontram solidez na confirmação da dignidade da pessoa humana.

A questão do limite à jornada de trabalho conecta-se necessariamente com a proposta internacional de promoção do trabalho decente, vale dizer, aquele desenvolvido em condições de liberdade, igualdade, seguridade e dignidade (OIT, 2005, p. 5-7), e ambienta uma normatividade de princípios fundamentais, não só em razão da luta histórica pela afirmação de direitos relacionados a dignas condições de trabalho, como também porque precisa ser associada, cotidianamente, a uma consistente política de saúde no trabalho.

Os fatores biopsicossociais (sociais, psicológicos e biológicos) do trabalhador demandam que se lhe possa garantir o tempo necessário para a

construção de uma identidade pessoal que não necessariamente se relaciona com os desafios do trabalho. O direito de acesso ao trabalho decente – e não apenas o direito a ocupar-se, esclareça-se – é importante dimensão da vida das pessoas, mas não é a única. Além de outros motivos, a construção de laços familiares e de relações sociais, a recomposição da energia física e a reabilitação da criatividade mental, além da integridade emocional – que não se compatibilizam com o excesso de trabalho –, são fatores que reclamam pensar a limitação da jornada com inserção adequada na temática dos direitos sociais fundamentais da classe trabalhadora.

Quando a Constituição prevê a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança (art. 7º, XXII), também empresta maior projeção ao tema da duração de jornada, deixando evidente o caráter de saúde pública, para além, portanto, das questões estritamente econômicas (Delgado, 2008, p. 833-834).

Ainda segundo Delgado,

“(...) a modulação da duração do trabalho é parte integrante de qualquer política de saúde pública, uma vez que influencia, exponencialmente, a eficácia das medidas de medicina e segurança do trabalho adotadas na empresa. Do mesmo modo que a ampliação da jornada (inclusive com a prestação de horas extras) acentua, drasticamente, as probabilidades de ocorrência de doenças profissionais ou acidentes do trabalho, sua redução diminui, de maneira significativa, tais probabilidades da denominada ‘infortunistica do trabalho’.” (2008, p. 834)

Ademais, a comunidade de princípios que a Constituição constitui, e que projeta a todo momento a tensão entre liberdade e igualdade³, exige que não possa ser tida como mera retórica de texto a busca pelo pleno emprego. Ao contrário, trata-se de princípio, e por isso mesmo normativo e vinculante, da ordem econômica brasileira, fundada na conjugação simultânea entre valorização do trabalho e livre iniciativa (art. 170, inciso VIII). De forma coerente, então, a limitação da jornada também revela aspecto de ordem socioeconômica, considerando que o respeito à redução do tempo de trabalho, cumulado com eventual necessidade habitual pelo contratante de serviços para além do limite, deve implicar na abertura de novas oportunidades de emprego.

3 Essas expressões e correspondente raciocínio, são do Prof. Dr. Menelick de Carvalho Netto e foram discutidos em diversas ocasiões no decorrer da Disciplina Tópicos Especiais em Direito, ministrada no segundo semestre de 2008, junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB.

Nestes termos, ao invés do excesso de trabalho a cargo de uma pessoa, há compartilhamento com outros trabalhadores para se fazer frente, no conjunto, às necessidades do empregador.

O trabalho não é uma mercadoria, mas parte da vida diária de todos e fator determinante para alcançar a dignidade humana, o bem-estar e o desenvolvimento como seres humanos (OIT, 2005, p. 07). Então, eventual “custo trabalhista” resultante do cumprimento da Constituição – que limita, sem casos especiais, a jornada em oito e quarenta e quatro horas, salvo compensação ou redução negociadas coletivamente⁴ – não pode ser o fio condutor para que se decida se determinada previsão legal ou em contrato individual de trabalho é juridicamente válida ou não. O sistema da economia e o sistema do direito trocam prestações continuamente, mas não podem atuar com lógicas intercambiáveis. Não se decide no direito com suporte na lógica da economia e vice-versa, sob pena de os sistemas perderem sua própria e autônoma referência (Campilongo, 2000, p. 74). Levar a Constituição a sério não pode depender da autorização do sistema da economia.

A questão do limite à jornada de trabalho tem, portanto, inequívoca dimensão pública. Por isso mesmo deve limitar e condicionar a liberdade de condução do contrato de trabalho pelo empregador. Nesse contexto, o controle de jornada por ele exercido adquire a recíproca e dúplice implicação de prerrogativa e dever.

Como a Constituição de 1988 limita a jornada, ressaltando a compensação ou a redução definidas coletivamente, isso cria obrigação aos contratantes de promoverem o controle sobre o tempo de disponibilidade do trabalhador, ainda que para isso devam se utilizar de recursos outros para além do tradicional cartão de ponto – e os meios tecnológicos atuais assim o permitem. A obrigação patronal, portanto, é de fixar fronteiras claras à jornada laborada.

Identifica-se a figura jurídica do empregador pelo conjunto de prerrogativas que exerce, de direção, fiscalização e controle sobre a prestação de serviços contratada. Trata-se do traço marcante da subordinação jurídica (arts. 2º e 3º da CLT). Na atual dimensão constitucional, porém, não se contrata

4 O Tribunal Superior do Trabalho, interpretando o art. 7º, inciso XIII, da Constituição, tem entendido que é viável que se estabeleça sistema de compensação de jornada por acordo expresso individual de trabalho, sem necessidade, portanto, em todos os casos, de negociação coletiva (Súmula nº 85, item I). Esta reflexão, porém, suplanta o objeto do presente trabalho. Uma convicção inicial sobre o tema conduz à conclusão de que a exigência constitucional é a de negociação coletiva em todos os casos, tanto para a compensação quanto para a redução de jornada. Por isso, no decorrer deste artigo será mantida a referência à negociação coletiva.

a força de trabalho, mas a pessoa do trabalhador, destinatário, como ser livre, de uma série de direitos fundamentais previstos na Constituição. É importante nas relações contratuais trabalhistas que se observe a aplicação horizontal dos direitos fundamentais, os quais, portanto, também vinculam os particulares. Assim, às prerrogativas do empregador corresponde seu dever de zelo quanto ao cumprimento dos direitos sociais trabalhistas. Controlar a jornada não é só uma prerrogativa, mas uma obrigação que, para o trabalhador, se converte em direito.

O art. 7º, inciso XIII, da Constituição não estabelece sistema de proteção apenas para os casos de relações de emprego sujeitas a controle de horário. Ao contrário, exige que o controle se faça presente em todas as relações de emprego, ainda que para isso seja preciso repensar, repita-se, os mecanismos tradicionais de controle, a fim de inibir a disponibilidade do trabalhador para além do limite constitucionalmente definido⁵.

A referida norma constitucional, ademais, reclama aplicação imediata, nos moldes do art. 5º, § 1º, da Constituição. Por isso mesmo, o potencial restritivo à garantia constitucional se encontra apenas presente nos acordos e convenções coletivas de trabalho, e não na possibilidade de se estabelecerem casos especiais pela legislação infraconstitucional. O art. 62 da CLT não “complementa” a norma constitucional, mas sim com ela se antagoniza⁶.

A relação entre a Constituição e a CLT, na questão da jornada, é de princípio que deveria condicionar a regra, ainda mais em se considerando que o direito ao pagamento das horas excedentes como extras, acrescidas de 50%, igualmente possui patamar constitucional, e sem exceções (art. 7º, XVI).

Considerar a Constituição como uma regra geral tem mantido abertas as possibilidades de abuso, sem respostas adequadas do direito.

O art. 62 da CLT não prevê explicitamente em sua redação que os trabalhadores inseridos naquelas situações funcionais trabalharão para além de 44

5 Contrariamente ao raciocínio aqui exposto, tem-se a decisão da 5ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho, RR 733.029/2001.3, Relator Ministro Rider de Brito, julgado em 1º de outubro de 2003, a qual reconhece “a possibilidade de a legislação infraconstitucional estabelecer normas específicas para o atendimento a situações diferenciadas, quando as circunstâncias do trabalho não permitem o controle da jornada”.

6 A ideia de complementariedade entre a norma constitucional e a norma infra encontra-se presente na decisão proferida pela 4ª Turma do TST, AIRR 643/2000-007-05-00.9, Relator Ministro Ives Gandra Martins Filho, julgado em 09 de junho de 2004.

horas semanais⁷. Embora não o declare, é isso materialmente que a norma infraconstitucional possibilita. Não se pode considerar que seja constitucional o dispositivo em relação ao disposto no art. 7º, inciso XIII, precisamente porque representa a subtração da garantia do limite de jornada em relação a tais trabalhadores. Além dessa contradição, é necessário considerar o que, materialmente, ocorre no mundo da vida, quanto aos excessos e abusos que têm orbitado cotidianamente os contratos de trabalho.

Os chamados “altos empregados” têm sido vítimas de jornadas excessivas e frequentemente permanecem conectados ao trabalho através dos meios modernos de comunicação, para muito além do limite constitucional e em todos os dias da semana (Maior, 2008, p. 200). Segundo Márcia Novas Guedes (*apud* Maior, 2008, p. 201), “a ‘cultural gerencial’, agregada à qualidade total, exige também entrega total; a regra é romper os diques entre trabalho e vida privada, entre intimidade e empresa”. Ainda segundo Maior, a subordinação dos “altos empregados” ao processo produtivo é intensa, corroendo sua saúde e desagregando sua família, até porque para eles o desemprego não representa apenas uma desocupação temporária, mas a “interrupção de uma trajetória de carreira, vista como um plano de vida, implicando crise de identidade, humilhação, sentimento de culpa e deslocamento social” (2008, p. 200).

Acerca de tais empregados, é interessante situar que a redação do art. 62 da CLT, antes do advento da Lei nº 8.966/94, excluía, dentre outros, do regime da duração do trabalho “os gerentes, assim considerados os que, investidos de mandato, em forma legal, exerçam encargos de gestão, e, pelo padrão mais elevado de vencimentos, se diferenciem dos demais empregados, ficando-lhes, entretanto, assegurado o descanso semanal” (alínea *b*).

Delgado (2008, p. 350) elenca os três requisitos exigidos antes de dezembro de 1994 e que restringiam o alcance da exceção do art. 62 da CLT em relação aos cargos/funções de confiança: “a) função e poderes elevados de gestão com respeito à dinâmica da empresa; b) função e poderes de representação; c) inequívoca distinção remuneratória a seus detentores, em face dos demais empregados da mesma organização”.

7 Em decisão da 4ª Turma do TST, RR 771.243/2001.8, Relatora Ministra Maria de Assis Calsing (na época convocada), julgado em 25 de maio de 2005, ficou assentado que: “a argumentação de que o art. 62 da CLT não foi recepcionado pela Constituição Federal, em razão da redação de seu art. 7º, XIII, não é plausível, visto que o artigo consolidado mencionado não estabelece jornada superior às 44 horas semanais, apenas exclui do pagamento das horas extras os trabalhadores que prestam seus serviços sem o controle de horário da jornada”.

DOCTRINA

Ainda quanto aos exercentes de cargo/função de confiança, a ideia central prevalente no sistema anterior, que convivia com os tais “casos especiais”, era da representação. Por isso, os ocupantes de cargos meramente técnicos, ainda que em nível elevado na escala hierárquica da empresa, não eram alcançados pela exceção. Da mesma forma ocorria com os “simples chefes de serviço encarregados de função de rotina permanente” (Carrion *apud* Delgado, 2008, p. 351). Também os ocupantes de cargos/funções nominadamente de confiança, mas que não eram destinatários de poderes de elevado mando e representação exigidos por lei, e aqueles que foram habilitados para cargos elevados da carreira, segundo regras objetivas e não apenas em razão da exclusiva vontade do empregador, permaneciam sob a proteção do limite de jornada (Delgado, 2008, p. 351).

Com o advento da Lei nº 8.966/94, ao menos três aspectos diferenciais sobressaíram desde logo: a) deixou de constar explicitamente que os gerentes abarcados pela exceção, exercentes do encargos de gestão, precisariam estar investidos de mandato legal (restou afastado o requisito da concessão de poderes de representação); b) aos diretores foram equiparados os chefes de departamento ou filial; c) estabeleceu-se como padrão distintivo remuneratório a percepção de montante superior, no mínimo, a 40% do salário próprio ao cargo efetivo.

Como é sabido, o empregado cuja situação funcional é alcançada pelo art. 62, inciso II, da CLT, não tem reconhecido direito ao cômputo e ao pagamento de horas extras. Todavia, qual é a incompatibilidade entre a sistemática de controle de jornada e tal circunstância funcional? Parece que aqui a grande questão tem sido a percepção de remuneração em padrão superior ao dos demais empregados.

Mas a distinção remuneratória dos detentores de cargos de gerência, chefia ou similares pode adquirir o significado concreto de suprimir-lhes a incidência do direito fundamental à limitação da jornada? Vantagem econômica, que vem acompanhada de maiores responsabilidades e exigências do cargo, pode autorizar desincumbir o empregador da prerrogativa/dever de controlar o horário de trabalho, afastando o respeito à garantia presente nos limites de jornada constitucionalmente estabelecidos?

Além disso, o fato dos “altos empregados” representarem o “alter ego” do empregador apenas reforça a intensidade da subordinação jurídica, e não sua liberação, tanto que as exigências se farão presentes das mais variadas formas, inclusive quanto à análise da permanente disponibilidade do contratado (sua boa vontade em renunciar a outros aspectos da sua vida pessoal em favor do empreendimento).

DOCTRINA

A distinção entre os detentores de cargo de confiança e os demais empregados pode prevalecer para outros fins, tais como a possibilidade de retorno ao cargo anterior sem configurar redução salarial; adoção de padrão remuneratório e de outros benefícios de forma diferenciada; atribuição de responsabilidades específicas em razão da gerência ou chefia; substituição por empregado subalterno em períodos não eventuais com direito, deste último, ao salário-substituição, etc.

É certo que os gerentes e demais chefes, em razão da sua peculiar condição, são destinatários, de forma assimétrica, de poderes e prerrogativas que os deixam mais próximos do empregador (Delgado, 2008, p. 349).

Evidentemente, esses poderes e prerrogativas atraem maiores expectativas de desempenho e responsabilidades exigidos dos ocupantes de tais encargos.

No entanto, há se questionar, numa perspectiva constitucional, se essas circunstâncias se convertem em razão juridicamente fundada para afastar o princípio protetivo à pessoa do trabalhador e consubstanciado no limite de jornada. Explicitamente, não é constitucionalmente viável permutar ganho remuneratório por disponibilidade sem limites.

O padrão remuneratório distintivo deveria compensar as maiores atribuições e responsabilidades do cargo, e não abarcar, de forma complexiva, as horas extraordinárias⁸.

É certo, aliás, que a fragilização da garantia constitucional ocorre não só pela presença do art. 62 da CLT, mas também através de outras conexões interpretativas que são feitas de maneira a ampliar o alcance de regra restritiva e que deve atrair sérios questionamentos quanto à sua constitucionalidade.

Note-se, neste contexto, que embora o Tribunal Superior do Trabalho considere como revestida de interesse público a questão do intervalo intrajornada, tanto que representa barreira que limita a autonomia negocial coletiva, não mantém o mesmo tratamento no âmbito do contrato individual protagonizado por ocupante de cargo/função de confiança. Nos termos da Orientação Jurisprudencial nº 342 da SDI-1 do TST, “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

8 O TST tem entendimento consolidado quanto a rejeitar cláusulas de pagamento complexivo. Nos termos da Súmula nº 91: “nula é a cláusula contratual que fixa determinada importância ou percentagem para atender englobadamente vários direitos legais ou contratuais do trabalhador”.

segurança do trabalho, garantido por norma de ordem pública (art. 71 da CLT e art. 7º, XXII, da CF/1988), infenso à negociação coletiva”. Todavia, o mesmo tribunal, a despeito da questão de ordem pública, não tem reconhecido o direito ao intervalo intrajornada dos trabalhadores abrangidos pelas exceções dispostas em norma infraconstitucional, à falta de controle de jornada. Então, não se permite a negociação coletiva para vulnerar o direito dos trabalhadores ao intervalo intrajornada mínimo, considerando que a matéria se conecta com a saúde do trabalhador, a qual recebe proteção mediante norma jurídica de ordem pública, mas se tolera que isso ocorra em contratos individuais “enquadrados” no art. 62 da CLT⁹. Há, portanto, evidente elastecimento do alcance do dispositivo infraconstitucional, porquanto não apenas se retira dos trabalhadores o direito ao limite de jornada, como ainda fica subtraído o direito ao descanso mínimo intrajornada.

Relativamente aos trabalhadores externos, a exceção também não está autorizada pela Constituição. Tanto neste caso como nos dos exercentes de cargos/funções de confiança, o principal argumento não é – embora este dado seja relevante – a ausência, no art. 7º, inciso XIII, de referência expressa aos “casos especiais” que orbitavam as constituições anteriores, mas sobretudo o primado da igualdade, e igualdade de proteção trabalhista, que se ressentem de exclusões que, na prática, representam excesso de disponibilidade da pessoa do trabalhador, com prejuízo para outros aspectos de sua existência, que vão desde o direito ao descanso até o de preservar espaço privado diverso do meio ambiente do trabalho.

A ausência de marcação ou o registro dos horários de trabalho não significa maior liberdade para o trabalhador. Ao contrário, potencializa-se o traço marcante do contrato de emprego que é a subordinação jurídica. A marcação ou o registro da jornada constitui garantia ao trabalhador de que o limite será respeitado e de que os excessos serão compensados ou pagos como hora extra (art. 7º, inciso XVI, da Constituição).

Tanto os ocupantes de cargos/funções de confiança como os chamados trabalhadores externos permanecem sob o comando diretivo do empregador, o qual é a marca característica da subordinação típica do contrato de emprego. Apenas que, inexistindo o controle formal de ponto, a fiscalização se fará presente de outras formas. A referida ausência de controle formal, portanto, pode justamente significar a presença de controle empresarial mais intenso,

9 A título exemplificativo tem-se decisão da 3ª Turma do TST, RR-86/2005-121-04-00, Relator Ministro Alberto Bresciani de Fontan Pereira, julgado em 05 de novembro de 2008.

traduzido em cobranças de produtividade, metas, desempenho, performance, rotas, etc.

Emprestar juridicidade às exceções presentes no art. 62 da CLT tem adquirido o significado concreto de a proteção constitucional, ou a barreira de fogo que os direitos fundamentais representam¹⁰, não conseguir atuar quando a disponibilidade excessiva do trabalhador efetivamente compromete seu bem-estar e sua liberdade pessoal. Ilustrativo disso é o caso em que o motorista dorme no interior do caminhão e lhe são negadas horas de sobreaviso por não ser possível verificar o tempo de pernoite e porque, dormindo, não aguarda ordens ou é chamado para o serviço, ou porque há incompatibilidade entre dormir e vigiar, ou ainda porque o pernoite do motorista é inerente ao trabalho desenvolvido¹¹.

A discussão acerca do direito ou não dos motoristas que pernoitam no caminhão a receber horas de sobreaviso é altamente reveladora dos abusos que frequentemente ocorrem e que produzem como resultado visível a limitação à liberdade individual dos trabalhadores, que vai desde a mobilidade na vida social até outras dimensões pessoais de difícil enumeração exaustiva.

O atingimento, pelo art. 62 da CLT, de outros direitos relacionados com a disponibilidade do trabalhador, como no caso do sobreaviso, não tem ocorrido apenas em relação aos trabalhadores externos, mas também em face dos exercentes de cargo/função de confiança¹².

Numa situação em que o tempo privado é absorvido pelo tempo do trabalho, qual deveria ser o papel das garantias fundamentais?

10 Os direitos fundamentais como barreira de fogo é expressão utilizada pelo Prof. Dr. Menelick de Carvalho Netto, da UnB, sobretudo a partir da teoria de Dworkin.

11 Neste sentido, decisão da 8ª Turma do TST, RR 65/2003-069-09-00.8, Relatora Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, julgado em 20 de agosto de 2008. Da mesma forma, destacando a incompatibilidade entre dormir e vigiar e a inexistência de controle indireto de jornada do trabalhador para quantificar o número de horas alusivas ao pernoite, tem-se decisão da mesma Turma no AIRR e RR 736290/2001.2, Relatora Ministra Dora Maria da Costa, julgado em 04 de março de 2009. Na decisão da 4ª Turma do mesmo Tribunal Superior há referência ao pernoite como inerente à atividade de motorista – RR 446/2002-030-03-00.0, Relator Ministro Barros Levenhagen, julgado em 05 de outubro de 2005.

12 É o que consta na decisão da SBDI-1 do TST, E-RR 6.778/2001-037-12-00.2, Relatora Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, julgado em 18 de junho de 2007, tanto que “as horas de sobreaviso são devidas apenas ao trabalhador submetido ao regime normal de duração do trabalho, previsto no capítulo II do título II da CLT. No caso do gerente do art. 62, II da CLT, esse regime é afastado pelo próprio *caput* do preceito consolidado”.

3 – CONCLUSÕES: O USO DO DIREITO CONTRA O DIREITO

O direito fundamental à limitação da jornada tem sido fragilizado pelo art. 62 da CLT, e é necessário tomar cuidado com a banalização da realidade, ou com o excesso de confiança nas certezas.

O direito como integridade é tanto o produto da interpretação abrangente da prática jurídica quanto sua fonte de inspiração, e justamente, enquanto postura, exige que os juízes continuem interpretando o mesmo material que se afirma já ter sido interpretado com sucesso (Dworkin, 1999, p. 273).

Segundo Pisarello (2007, p. 79), ainda persiste a concepção em diversos ordenamentos jurídicos de que os direitos sociais não são direitos fundamentais. Isso traz como consequência evidente a inexistência de mecanismos de proteção similares àqueles que visam à garantia dos direitos civis e políticos. Considerar os direitos sociais como diferentes dos direitos fundamentais “sérios” também importa em aceitar que são direitos de livre configuração legislativa, como se sua realização dependesse do legislador, o qual, aliás, discricionariamente, poderia dizer o que fazer ou o que não fazer a respeito deles, sem maiores limites ou vínculos.

Essa concepção comum viola, todavia, a Constituição do Brasil que explicitamente assumiu os direitos sociais como fundamentais e declarou a sua aplicação imediata, o que deve significar a estreita vinculação dos poderes constituídos.

Voltando a Pisarello (2007, p. 79-80), os direitos sociais, na medida em que são reconhecidos em constituições e tratados internacionais, são tão fundamentais como os direitos civis e políticos e devem, em razão disso, ser destinatários de mecanismos potencialmente equivalentes de tutela, incluídos os de tipo jurisdicional.

A limitação da jornada é direito social fundamental de conteúdo trabalhista e alberga norma de ordem pública. Há se reconhecer, por isso, o dever específico de respeito ao seu conteúdo essencial, tanto pelo legislador ordinário quanto pelos tribunais.

A construção, a recepção e a juridicidade atualmente reconhecidas às exceções do art. 62 da CLT desnaturam o direito em questão. Pisarello (2007, p. 85-86) destaca, quanto aos direitos sociais fundamentais, os limites entre a justiça e a política, ou entre juízes e legisladores. A despeito da tensão que permeia a delimitação das atribuições de cada qual para o sistema do direito, é certo que os juízes devem preservar o conteúdo mínimo dos diferentes direitos

DOCTRINA

e os legisladores devem mantê-los e desenvolvê-los, e nunca aniquilá-los ou desvirtuá-los por ação ou omissão. As exceções antes referidas, porém, significam um vazio de tutela, a despeito da ausência de autorização para tanto contida na Constituição, no caso de certos trabalhadores, em razão dos poderes assimétricos recebidos do empregador, do padrão remuneratório diferenciado ou da dificuldade do controle de jornada. É despropositada, porém, a força que se tem conferido a tais questões práticas, a ponto de servirem como bloqueio à incidência de norma protetiva constitucional.

O que se nota, no apego aos “casos especiais”, é a permanência de um discurso cuja referência é um sistema constitucional que não mais deveria ser presentificado, em razão da superação promovida pela Constituição de 1988. Ora, condicionar e limitar a Constituição a partir da normatividade infraconstitucional equivale a fazer uso do direito contra o próprio direito por meio de pretextos jurídicos¹³.

O respeito à limitação da jornada expressa na Constituição como uma garantia fundamental não se compatibiliza com exceções construídas e amplificadas, em norma infraconstitucional. A Constituição assegura a todos os trabalhadores, sem exceção, a duração normal do trabalho não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, desde 05 de outubro de 1988.

Estabelecer “regimes especiais” adquire, num contexto de supremacia da Constituição, um caráter de *discrimen* em relação a determinados trabalhadores. A questão não é das atividades laborais que facilitam ou dificultam o controle, mas essencialmente de ver que quem delas se beneficia, e inclusive controla os resultados, o desempenho, a prestação de serviços (daí a presença da subordinação jurídica), deve zelar para que a disponibilidade do trabalhador não suplante o constitucionalmente permitido.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2005.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

13 Celso Fernandes Campilongo faz referência a este perverso fenômeno denunciando o excesso de formalismos e proceduralismos que inibem decidir sobre o próprio direito violado, “ou seja, um sistema de *feedback* negativo e não positivo que, sob uma roupagem jurídica, uma fachada jurídica, na verdade se permite corromper, se permite desvirtuar por uma lógica que, na essência, não é jurídica, mas é a lógica do sistema político. Com isso, criam-se recíprocos bloqueios na comunicação jurídica política” (2000, p. 109).

DOCTRINA

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O direito na sociedade complexa*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

CARVALHO Netto, Menelick de. A contribuição do Direito Administrativo enfocando da ótica do administrado para uma reflexão acerca dos fundamentos do Controle de Constitucionalidade das Leis no Brasil: um pequeno exercício de Teoria da Constituição. In: *Fórum administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, ano I, n. 01, mar. 2001, p. 11-20.

CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS: 1946. BALEEIRO, Aliomar; SOBRINHO, Barbosa Lima. 2. ed. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001.

CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS: 1967. CAVALCANTI, Themístoles Brandão; BRITO, Luiz Navarro de; BALEEIRO, Aliomar. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 1999.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 7. ed. São Paulo: LTr, 2008.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. por Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999

_____. *Uma questão de princípio*. Trad. por Luís Carlos Borges [revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios; revisão de tradução Silvana Vieira] 2. ed., São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FARIA, José Eduardo. Pluralismo jurídico e regulação (oito tendências do direito contemporâneo). In: *Revista da Escola da Magistratura do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região*. São Paulo: TRT/2ª Região, n. 2 (semestral), set. 2007.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. *Curso de direito do trabalho: a relação de emprego*. São Paulo: LTr, 2008. v.II.

NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). *Las reglas del juego: una breve introducción a las normas internacionales del trabajo*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, 2005.

PISARELLO, Gerardo. *Los derechos sociales y sus garantías: elementos para una reconstrucción*. Madri: Trotta, 2007.

CONSULTA ELETRÔNICA:

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO, <<http://aplicacao.tst.jus.br/consultaunificada2/>>, acesso em 04, 05, 06 e 07 jun. 2009.

REDUÇÃO DE JORNADA GERA EMPREGO?

José Pastore*

I – O TEMPO DE TRABALHO NA SOCIEDADE MODERNA

É um traço da sociedade moderna preocupar-se cada vez mais com a preservação dos recursos naturais e com a melhoria da qualidade de vida dos seres humanos. No campo do trabalho, acentua-se a busca de tratamento condigno, o respeito aos direitos fundamentais, a liberdade de associação, e a redução da jornada de trabalho. Como diz De Masi:

“O progresso humano nada mais é do que um longo percurso rumo à intencional libertação, primeiro da fadiga física e depois da faina intelectual. Na Pré-História, o trabalho foi empreendido por homens com a ajuda de alguns animais domésticos e poucos utensílios primitivos. A partir da civilização mesopotâmica, entretanto, foi desenvolvido por escravos auxiliados por animais e por máquinas elementares como a roda. Na Idade Média já era feito por servos da gleba e por artesãos livres com a ajuda de animais modernamente arreados e de máquinas bastante sofisticadas como o moinho d’água. No início da era industrial, foi executado por máquinas automáticas... No século XX, da década de 50 em diante, foi empreendido por operários, empregados, profissionais e gerentes auxiliados por equipamentos mecânicos e eletrônicos, como o computador, no contexto de uma organização flexível. Finalmente, na nossa sociedade pós-industrial é feito por planejadores que inventam e por máquinas complexas como os robôs numa organização criativa. Daí surge uma sucessão de fases liberatórias (...).”¹

Uma das legítimas aspirações do homem moderno é trabalhar menos e viver mais. Embora para muitos o trabalho seja uma das maiores fontes de

* *Professor de Relações do Trabalho da Universidade de São Paulo. O autor agradece a colaboração da economista Priscila M. Flori.*

1 Domenico De Masi, *Desenvolvimento e trabalho*, trad. por Eugênia Deheinzeln, São Paulo: Esfera, 1999; *O futuro do trabalho: fadiga e ócio na sociedade pós-industrial*, trad. por Yadyr A. Figueiredo, Rio de Janeiro: UnB/José Olympio, 1999.

satisfação e criatividade, para outros ainda é um fardo pesado. De acordo com um ditado espanhol, “hombre que trabaja, pierde tiempo precioso” ou como dizia Oscar Wilde, “só trabalha quem não tem nada mais interessante para fazer”.

Seja qual for a visão, a grande maioria dos seres humanos quer ajustar o trabalho a um regime que permita usufruir as boas coisas da vida, em especial, a saúde, a família, a cultura e o lazer. Henry Ford argumentava que isso é igualmente positivo para as empresas. O trabalho realizado em menos horas e com mais salário aumentaria a eficiência e geraria mais renda para o consumo.

Nos tempos modernos, a entrada das novas tecnologias propiciou a redução do trabalho físico. Os maiores beneficiados foram os trabalhadores de renda mais baixa². Os trabalhadores de renda mais alta, em especial os que exercem atividades intelectuais, tiveram um ganho paradoxal. Se, de um lado as tecnologias permitiram fazer mais em menos tempo, de outro, elas estenderam a jornada para além do local de trabalho. Quantos e quantos profissionais, das mais variadas áreas do saber, exercem o trabalho remoto, depois do expediente normal, com a ajuda de um computador, em casa ou na viagem.

Mas, numa perspectiva histórica de longo prazo, as pessoas estão trabalhando menos e vivendo mais. Na Inglaterra, na metade do século 19, os seres humanos trabalhavam cerca de 125 mil horas ao longo da vida e a idade média era de 55 anos. Hoje, eles trabalham 69 mil horas e vivem 78 anos, em média³.

O “tempo disponível” é o que se refere ao total de horas, menos cerca de 10 anos dedicados à infância e à escolarização básica e 10 horas por dia usadas para descanso, alimentação e lazer. Pois bem. Entre meados do século 19 até os anos 90, o tempo disponível de uma carreira média aumentou de 242 mil horas para 356 mil horas. Nesse período, como vimos, o tempo trabalhado diminuiu de 125 mil horas para 69 mil. Ou seja, o tempo trabalhado, em relação ao disponível, diminuiu de 50% para 20%! Essa dramática redução decorreu, de um lado, da diminuição do número de horas trabalhadas e, de outro, do aumento da vida média.

2 Várias pesquisas atestam que os empregados de renda mais baixa limitam a sua jornada ao tempo em que permanecem na empresa. John Robinson e Geoffrey Godbey, *Time for life: the surprising ways Americans use their time*, University Park: Pennsylvania State University Press, 1997; Dora L. Costa, “The wage and length of work day: from 1890 to 1991”, *Journal of Labor Economics*, vol. 18, n. 1, 2000.

3 Para o cálculo do trabalho em toda carreira, costuma-se excluir as férias, feriados e licenças. Omite-se também o trabalho doméstico voluntário. Jesse H. Ausubel e Arnulf Grubler, “Working Less and Living Longer”, *Technological Forecasting and Social Change*, vol. 50, n. 3, 1995.

DOCTRINA

O que se faz nas horas não trabalhadas? Na infância, alimenta-se e diverte-se. Na juventude, acrescenta-se o tempo de estudo. Na meia idade, para o estudo e entra o cuidado dos filhos, o trabalho doméstico e fora do lar. No final da vida, quase todo o tempo vai para a administração da saúde.

Dentro de poucos anos, a maior parte do tempo será gasta antes e depois da carreira. As estimativas indicam que, nas primeiras décadas deste milênio, a jornada semanal cairá para uma média de 35 horas para os homens e 22 horas para as mulheres. E a vida média ultrapassará os 80 anos. Em suma, o homem do futuro realizará seu sonho: trabalhará menos e viverá mais.

Para trabalhar menos, será essencial ter educação de boa qualidade. Para sustentar o descanso dos idosos, será crucial rever as políticas previdenciárias. Para gerar receita pública, será fundamental criar boas oportunidades de trabalho.

O mundo do futuro tem uma agenda carregada. A demografia diz que a vida será longa. A economia afirma que o emprego será curto. A atuária anuncia que as previdências quebrarão. E as escolas se mostram impotentes para educar adequadamente as pessoas.

O grande desafio, portanto, é o de reverter esse quadro e promover a convergência entre a demografia, a economia, a previdência e a educação. Isso feito, nossos filhos, netos e bisnetos poderão desfrutar as delícias de viver muito e trabalhar pouco.

Por que a educação de boa qualidade é estratégica para poder trabalhar menos ou se dedicar a variedades de tarefas? Porque as máquinas estão se tornando cada vez mais inteligentes (e mais baratas), o que exige, do outro lado, trabalhadores bem preparados. O amálgama da tecnologia avançada com o talento bem formado é que permitirá aos seres humanos trabalhar cada vez menos e fazer o que gostam.

A revolução tecnológica está permitindo às pessoas viabilizarem horas de trabalho mais curtas e uma vida íntima mais longa. Não quer dizer que a redução do trabalho redunde necessariamente em lazer. A mesma tecnologia que simplifica as nossas tarefas na empresa é a que nos faz a gastar horas a fio fora dela.

É nesse contexto que se coloca a discussão da redução da jornada de trabalho que é exercida nas empresas. Se o mundo caminha para jornadas cada vez mais curtas, como pode isso ser conseguido de forma a maximizar os ganhos dos empregados, das empresas e da sociedade? É possível concretizar

esse sonho por lei? O que fizeram os povos que hoje trabalham menos do que antigamente?

II – UMA TEORIA SOBRE JORNADA E EMPREGO

Há muitos anos que as centrais sindicais do Brasil pleiteiam uma diminuição da jornada semanal estabelecida na Constituição Federal, pretendendo, com isso, melhorar a qualidade de vida dos trabalhadores e assegurar oportunidades de trabalho para todos. Várias propostas de emenda constitucional visam reduzi-la de 44 para 40 horas (mantendo-se o mesmo salário) e aumentar o valor da hora extra. A “teoria” que justifica essa pretensão se baseia nos seguintes argumentos:

1. Ao estabelecer uma jornada legal de 40 horas semanais e um valor mínimo da hora extra em 75% da hora normal, as empresas empregarão um adicional de empregados para produzir o que estavam produzindo em 44 horas⁴.

2. O aumento do custo da hora trabalhada (provocado pela redução de quatro horas e manutenção do mesmo salário) não afetará a vida das empresas.

3. O adicional de custo será compensado por um aumento da produtividade, garantido por empregados mais descansados, mais motivados e mais eficientes.

4. Graças ao aumento da produtividade, a empresa terá melhores condições de competir (com sucesso) no mercado nacional e internacional.

5. Do lado dos empregados, o aumento da produtividade permitirá a sua maior participação na renda gerada pelas empresas.

6. O aumento de renda propiciará um aumento do consumo, uma elevação da demanda e um estímulo para produzir mais.

7. O aumento da produção gerará mais empregos, formando-se, assim, o tão desejado círculo virtuoso.

8. Conclusão: a redução da jornada legal funcionará como um redutor do desemprego e estimulador do crescimento econômico e do progresso social.

9. Prova: os países que possuem jornadas legais mais curtas e salários mais altos são os mais desenvolvidos.

4 Atualmente (junho de 2009), tramita no Congresso Nacional a PEC 231, que visa reduzir a jornada semanal de 44 para 40 horas e aumentar o valor mínimo da hora extra de 50% para 75%.

III – QUESTÕES METODOLÓGICAS

Para tentar comprovar essa “teoria” é utilizado um encadeamento de raciocínios lógicos que seriam necessariamente seguidos pelas empresas e que as levaria a gerar mais empregos. Antes de examinar a consistência dos argumentos, convém esclarecer algumas questões metodológicas.

1. Jornada legal e jornada negociada

Os defensores da redução de jornada costumam citar livremente exemplos de vários países, especialmente da União Europeia, que têm jornadas de 40 horas por semana e até menos, num forte contraste com o Brasil, onde a jornada legal é de 44 horas.

Ocorre que os exemplos citados se referem à *jornada contratada* pela via da negociação coletiva e não à *fixada por lei*. Esse é um grave equívoco que compromete todo o entendimento do assunto e os resultados da proposta. Não se pode comparar jornada legal com jornada contratada⁵.

No mundo, a jornada que mais encurta é a contratada e não a legal. Na grande maioria dos países da Europa, de fato, as jornadas contratadas são mais curtas do que a legal. Na Irlanda, a média da jornada contratada é de 39 horas por semana; na Itália, 38; na Alemanha, 37,7; na Inglaterra, 37,3; na Dinamarca e na França, 37 horas. No entanto, a jornada legal é mais longa. A Alemanha e a Inglaterra, por exemplo, fixam a jornada legal em 48 horas. O mesmo ocorre na Dinamarca, Holanda, Irlanda, Itália, Hungria, Lituânia, Luxemburgo, Grécia, Polônia, República Checa e vários outros países da União Europeia⁶. Tais países têm jornada legal superior a do Brasil (44 horas por semana). Na Argentina, Uruguai e Chile, igualmente, a jornada legal é de 48 horas.

Há países que fixam jornadas legais iguais à do Brasil (Canadá, China, Coreia do Sul) assim como há alguns que têm jornadas legais menores, com 40 horas (Noruega, Portugal, Espanha, Suécia) e até menos, como é o caso da Bélgica (38 horas) e da França (35). O número de países nesses casos é bem menor do que o dos que fixam 48 horas e, mesmo assim, todos admitem ampliações, como é o caso, por exemplo, da Áustria, Espanha e Portugal, que

5 Para uma discussão das definições e mensuração dos vários tipos de jornadas de trabalho, ver EIRO, “Time and work: duration of work”, European Industrial Relations Observatory, Dublin, 2003.

6 EIRO, “Working Time in European Union”, European Industrial Relations Observatory, Dublin, 2006-07; Labourstat, International Labour Organization, Geneve, 2006-2007.

têm jornada legal de 40 horas, e da França que tem 35 horas⁷. Na Inglaterra, havendo interesse ou necessidade (doença, compra de um bem, reforma de casa etc.) os empregados podem optar por trabalhar mais de 48 horas por semana durante certo período, sem necessidade de negociação coletiva. Este mecanismo – chamado *opt out* – existe em 15 dos 27 países da União Europeia, em especial, para as profissões que exigem jornadas longas e desordenadas, como é o caso dos médicos, enfermeiros, seguranças, emergências em serviços públicos e outros. O Conselho Econômico Social da União Europeia tem tentado terminar com esse sistema mas, até o momento, não teve sucesso⁸.

2. Ajustes na jornada de trabalho

A tendência histórica tem sido a de manter a jornada legal estável e longa e a jornada negociada flutuante e curta. Por que os países relutam em mudar a jornada legal e avançam cada vez mais na redução de jornada contratada?

Por uma razão muito simples. Para fazer face à necessidade eventual de trabalhar mais, não é preciso mudar a lei – o que é sempre difícil. O ajuste é feito por meio de negociação coletiva que é muito mais fácil. Ademais, a liberdade para negociar permite às partes fazerem acordos realistas, com jornadas maiores ou menores.

A história recente tem registrado reversões importantes⁹. Com a entrada de dez novos membros na União Europeia em 2004 (Estônia, Hungria, Letônia, Lituânia, Polônia, Eslováquia, Eslovênia, República Checa, Malta e Chipre), as diferenças nas condições de trabalho entre os 25 estados membros tornaram-se colossais. No leste europeu o salário médio da indústria estava entre US\$ 3.00 e US\$ 6.00 por hora. As jornadas eram mais longas do que nos países da Europa Ocidental; os benefícios eram limitados; e a negociação com os sindicatos era mais fácil. Nos 15 países do lado ocidental, o salário médio

7 A jornada praticada na França vem subindo nos últimos anos por força de mudanças realizadas na Lei Aubry das 35 horas que permitem às partes negociar acima do legal. Para os que acertam a nova jornada por negociação, o valor da hora extra (estabelecido em lei) é de, no mínimo, 10% acima da hora normal. Para os que não fazem isso por negociação, o valor da hora fixado por lei é de 25%.

8 Bob Sherwood e Stanley Pignal, “European Union talks to end working time opt-out fail”, *Financial Times*, 28.04.2009.

9 O Conselho de Emprego, Política Social, Saúde e Consumo da União Europeia firmou um acordo em 09.06.2008 que permite a prática de uma jornada de trabalho de até 60 horas por semana e, em casos especiais, 65 horas. EIRO, “Political agreement reached on working time and temporary work directives”, European Industrial Relations Observatory, Dublin, 10.06.2008.

DOCTRINA

industrial era de US\$ 35.00 por hora. As jornadas eram mais curtas; os benefícios mais generosos; e a negociação mais difícil. O que ocorreu?

Como o Parlamento da União Europeia, em 2004, havia proibido a migração de trabalhadores do leste para o oeste, a consequência foi a previsível: as empresas do lado ocidental passaram a migrar para o lado oriental. A Alemanha implantou uma fábrica da Audi na Eslováquia. O salário médio era de US\$ 6.00 por hora e a jornada de 40 horas por semana, enquanto na Alemanha o salário era de US\$ 45.00 por hora e a jornada de muitas fábricas era de 32 horas. Os empregados dessas fábricas trabalhavam, em média, 1.440 horas por ano enquanto que os do leste europeu trabalhavam mais de 2.000 horas. Ademais, as empresas do leste europeu dispunham de trabalhadores bem qualificados e com longa tradição industrial como era o caso, por exemplo, da Hungria, Polônia e República Checa.

As empresas do leste foram se tornando as melhores plantas industriais do mundo (perdendo apenas para a China), atraindo investimentos e gerando empregos. Entre 1995 e 2004, só as montadoras, sem contar as empresas de autopeças, investiram mais de US\$ 24 bilhões no lado oriental que, até 2010, produzirão 60% dos 14,5 milhões de veículos que são consumidos anualmente na União Europeia¹⁰.

Na contramão desses movimentos, Alemanha, Inglaterra, Espanha e outros países perdiam as empresas que se mudavam a passos largos para o lado leste, deixando para trás os desempregados e os dirigentes sindicais¹¹. Estes foram os primeiros a pedir aos empregadores e aos governos rodadas especiais de negociação tripartites nas quais procuraram afastar as desvantagens e reter as empresas e os empregos.

Os contratos coletivos foram reformados. As jornadas de trabalho foram alongadas, pois a lei permitia. Na Alemanha, a Siemens e a Bosch ampliaram a jornada semanal de 35 para 40 horas – sem aumento de salários – em troca do compromisso das fábricas ficarem no país até 2012¹². Depois da Alemanha, o mesmo ajuste se repetiu em vários países do lado ocidental da Europa. A

10 “Detroit East”, *Business Week*, 25.07.2005.

11 José Pastore, “Industrial Relocation and Labour Relations: The Case of Eastern Europe”, In: *International Journal of Labour Law and Industrial Relations*, Spring, 2007.

12 Muitos casos de relocação de empresas já haviam ocorrido antes de 2004. Uma grande fábrica do Opel saiu da Alemanha e foi para a Polônia. Outra, da General Motors foi para Gliwice na Polônia. A Toyota europeia e a Peugeot Citroën mudaram-se para Kolin na República Checa. A Hyundai estabeleceu-se em Zilina, na Eslováquia. A Toyota abriu outra fábrica em Trnava também na Eslováquia. Todas com fortes reduções no custo de produção. Ao montar uma fábrica na Bratislava, a Volkswagen passou a economizar US\$ 1.8 bilhões por ano com os gastos com pessoal.

jornada legal se manteve intacta e longa. Se esta fosse muita baixa, como na França, o espaço de negociação teria sido bloqueado pela lei, inviabilizando, assim, a possibilidade de empregadores e empregados salvarem as fábricas e manterem os empregos.

3. *Jornadas e diferenças setoriais*

Os países também mantêm jornadas legais altas porque estas são tidas apenas como referências e, como tal, não poderiam se ajustar a todos os setores da economia que têm atividades, tecnologias e necessidades diferentes. A agricultura, por exemplo, precisa de trabalho intensivo em determinadas épocas do ano, especialmente na preparação da terra, no plantio e na colheita. No setor industrial, há atividades que podem ser praticadas em jornadas curtas e outras que exigem jornadas mais longas. Na siderurgia, por exemplo, que trabalha em turnos de revezamento de 6 horas diárias, uma redução da jornada legal para 40 horas forçaria as empresas a contratar mais um turno completo. Isso traria um forte aumento no custo de produção, o que tornaria a competitividade mais difícil. Ainda recentemente, o governo brasileiro foi obrigado a taxar o aço importado para conter a invasão chinesa¹³. Os próprios sindicatos laborais pressionaram o governo a tomar aquela medida com medo de as empresas siderúrgicas partirem para dispensas em massa¹⁴.

No setor de serviços, igualmente, há subsetores em que uma eventual redução de jornada legal sem redução de salários provoca forte elevação de custo. Os hospitais, por exemplo, são intensivos em mão-de-obra. As possibilidades de substituir pessoas por máquinas no atendimento dos pacientes são reduzidas, o que requer trabalho em turnos especiais, muitas vezes desencontrados, e que só podem ser desenhados por negociações específicas.

As negociações coletivas têm sido utilizadas para fazer ajustes na jornada semanal contratada em vários setores. No Brasil, a jornada média contratada e efetivamente trabalhada no grupo das indústrias metalúrgicas é de 43,9 horas semanais; nas empresas químicas e farmacêuticas de São Paulo é de 40 horas. Em parte das montadoras de veículos é de 40 horas; em outra, 44 horas. Essas variações jamais poderiam ser atendidas por meio da jornada legal.

É assim em todo o mundo. Na Itália, por exemplo, onde a jornada legal é de 48 horas por semana, os metalúrgicos trabalham 39,2 horas; os bancários,

13 “Brasil taxa aço importado para conter invasão chinesa”, *O Estado de S. Paulo*, 05.06.2009.

14 “Lobby uniu sindicatos e empresas”, *O Estado de S. Paulo*, 05.06.2009.

35,9; os comerciários, 38,8; e os profissionais de hospitais, 36 horas. Na Inglaterra, onde a jornada legal também é de 48 horas por semana, os metalúrgicos trabalham 37,6 horas; os bancários, 35,2; os comerciários, 38,1; e o pessoal de hospitais, 37,5. Na Alemanha, são 35, 39, 37,5 e 38,5 horas, respectivamente, (a jornada legal é de 48 horas semanais). No Brasil, onde a jornada legal é de 44 horas semanais, a jornada contratada média para toda a força de trabalho é de 41,4 horas semanais e isso vem sendo acertado pela negociação coletiva e não pela legislação¹⁵.

Dentro de cada setor, há diferenças entre os vários tipos de atividades. Por exemplo, os empregados da produção tendem a trabalhar mais horas do que os profissionais da administração. Em muitos países, a diferença chega a ser de 10% e mais.

Em suma, a extensão da jornada segue as características das atividades, dos setores e das empresas¹⁶. O ajuste a essa heterogeneidade é feito por negociação coletiva. É impossível e desaconselhável impor uma jornada legal única a situações tão diferentes. Em 1988, a jornada legal do Brasil foi reduzida de 48 para 44 horas por semana com a intenção de gerar mais empregos. O efeito foi pífio¹⁷. Mesmo os estudos que encontraram algum impacto sobre o emprego, este foi irrisório¹⁸.

4. A influência do tempo parcial

Uma outra confusão que frequenta o debate sobre o assunto diz respeito ao uso das médias de horas efetivamente trabalhadas. Como as atividades,

-
- 15 O DIEESE, que acompanha as negociações coletivas, registrava, no início de 2009, mais de 20 categorias que contrataram jornadas menores do que a de 44 horas semanais, sendo que o número dessas categorias cresce a cada ano. A tendência de redução da jornada por meio de negociação já dura dez anos. No ano 2000, a Força Sindical fechou 33 acordos de redução de jornadas no Brasil. Na maioria dos casos, a jornada foi reduzida gradualmente de modo a permitir às empresas as adaptações necessárias.
- 16 Argumenta-se ser alta a correlação entre a jornada contratada e a jornada legal. Isso significaria que a jornada legal atuaria como um indutor da jornada contratada. Nem sempre isso se manifesta. Nos casos da União Europeia, as jornadas praticadas estão muito distantes das jornadas legais.
- 17 José Marcio de Camargo e Gustavo M. Gonzaga, “Os efeitos da redução da jornada de trabalho de 48 para 44 horas semanais em 1988”, *Revista Brasileira de Economia*, vol. 57, n. 2, 2003; José Marcio de Camargo e Gustavo M. Gonzaga, “Efeitos da Redução da Jornada de Trabalho sobre o Mercado de Trabalho no Brasil”, Rio de Janeiro: PUC (Departamento de Economia), 2000 (mimeo); Gustavo M. Gonzaga e José Marcio Camargo, “Efeitos da redução da jornada de trabalho sobre o mercado de trabalho no Brasil”, Relatório de atividades, Ministério do Trabalho, 2000.
- 18 Dal Rosso verificou que a redução da jornada de trabalho promovida pela Constituição Federal de 1988, que baixou de 48 para 44 horas semanais – 8,33% – resultou na criação de apenas 0,7% de novos postos de trabalho devido às estratégias compensatórias adotadas pelas empresas. Sadi dal Rosso, “O debate sobre a redução da jornada de trabalho”, São Paulo: Edição da ABET (Associação Brasileira de Economia do Trabalho), 1998.

DOCTRINA

setores e empresas apresentam condições muito díspares, as médias encobrem as diferenças. Além disso, as médias incluem geralmente as jornadas em tempo integral e em tempo parcial.

Na União Europeia, por exemplo, a incidência do tempo parcial (18% em média) é maior do que no Brasil (12%)¹⁹. Em Portugal e na Polônia, cerca de 11% da força de trabalho segue o regime de tempo parcial; na Espanha, Itália e Irlanda, 12%; na França, 17%; em Luxemburgo, 18%; na Áustria, 21%; na Dinamarca e na Bélgica, 22%; na Suécia, 24%; na Alemanha, 24%; na Inglaterra, 25%; e na Holanda, 46%²⁰.

Para as mulheres, a incidência do tempo parcial é ainda mais alta. Em Portugal e na Polônia, são cerca de 16%; na Irlanda, 22%; na Espanha, 23%; na Itália, 25%; na França, 30%; na Dinamarca, 33%; na Suécia, 38%; na Áustria, 39%; em Luxemburgo e na Bélgica, 40%; na Alemanha e na Inglaterra, 43%; na Holanda, 75%.

Nos países da União Europeia, a mistura de gêneros no cálculo da jornada contratada média sofre a interferência do grande percentual de mulheres que trabalham em tempo parcial. Esse é mais um fator que contribui para o fato das jornadas semanais contratadas serem tão baixas. Quando se retira da média geral, a proporção das jornadas em tempo parcial, o tempo de trabalho na União Europeia sobe de 38,6% para 40,5%²¹. Isso está muito próximo da jornada média calculada para o Brasil que é de 41,4 horas por semana.

No Brasil, infelizmente, não dispomos de dados seguros sobre contratos de trabalho em regime de tempo parcial²². Mas o percentual dos que trabalham até 14 horas semanais é de 6,5% para o total, e de 11% para as mulheres²³. Estima-se que o regime de tempo parcial (formalmente contratado) atinja cerca de 15% da força de trabalho – muito menor do que as médias europeias acima indicadas. Em outras palavras, o peso da força redutora da jornada em tempo parcial é muito maior na Europa do que no Brasil.

19 Estimativa do Autor. Ver detalhes a seguir.

20 EIRO, *Part-time work in European companies*, European Industrial Relations Observatory, Dublin, 2007 (Dados de 2005).

21 EIRO, “Part time in European companies”, op. cit., 2007; EIRO, “Time and work: duration of work”, op. cit., 2003.

22 O regime de tempo parcial foi introduzido no Brasil pela Medida Provisória nº 1.953 de 14 de dezembro de 2000 (art. 58-A da CLT). O trabalho não pode exceder a 25 horas semanais e tem salário proporcional ao número de horas contratadas. As férias são de 18 dias para quem trabalha entre 22 e 25 horas por semana; 14 dias para jornada de 15-20 horas semanais; 12 dias para jornadas de 10-15 horas; e 10 dias para jornadas de 5 a 10 horas por semana. A adoção a esse regime é mediante acordo coletivo.

23 PNAD, Pesquisa por Amostra de Domicílios, IBGE, Brasília, 2008. Dados de 2007.

5. Resultados conforme as fontes dos dados

Convém salientar uma outra confusão metodológica que afeta a clareza na discussão da matéria. Há muitos anos que os pesquisadores vêm observando certo distanciamento entre os resultados de pesquisas domiciliares e dos dados das empresas nesse campo.

As informações colhidas no domicílio (como as da PNAD) sempre registram jornadas superiores às que são efetivamente trabalhadas²⁴. Isso porque, apesar de solicitados a informar sobre o emprego principal, muitos entrevistados incluem na jornada o tempo de trajeto. Outros contam as horas extras registradas por sua memória recente, em geral, na semana anterior²⁵.

Há ainda os que somam trabalhos diferentes, pois certas profissões têm jornadas legais curtas que permitem ter dois empregos. Exemplo: a jornada diária dos telefonistas, ascensoristas, professores, bancários e outras é de seis horas; a de jornalistas, cinco; advogados, dentistas, radiologistas e médicos, quatro. Qual é o médico que não trabalha em mais de um emprego? Pessoas que trabalham em dois empregos declaram muitas horas trabalhadas diariamente (além de 44 por semana), que são registradas como horas extras e jornadas longas. Essas jornadas curtas não geram nenhum emprego adicional e tendem a elevar artificialmente a jornada média trabalhada²⁶.

Em resumo. A agregação de todas essas jornadas em uma só média carrega consigo vários efeitos contrários, na maioria dos casos, elevando a jornada de trabalho declarada. Para ter maior precisão, o estudo da jornada de trabalho requer dados informados pelas empresas, como os do CAGED (Cadastro Geral de Empregados e Desempregados) e da RAIS (Relação Anual de Informações Sociais). Os dados do CAGED indicam que a jornada média efetivamente trabalhada em 2007 foi de 42,6 horas. No cômputo dessa média, houve influência de extremos, como é o caso, de um lado, da administração pública e do setor financeiro cujas médias foram, respectivamente, de 35,2 e 37,6 horas por semana e, de outro, da agropecuária e da construção civil que

24 Jerry A. Jacobs, "Measuring time at work: are self-reports accurate?", *Monthly Labor Review*, dezembro de 1998; Mary T. Coleman e John Pencavel, "Changes in work hours of male employees, 1940-1988", *Industrial Relations and Labor Relations Review*, vol. 46, n. 2, 1993.

25 Nos dados da PNAD, há grupos que declaram trabalhar 92 horas por semana. Embora não seja impossível encontrar quem trabalhe 13 horas por dia (em média), é pouco provável que isso ocorra com muitos grupos.

26 Pelos dados da PNAD de 2007, cerca de um terço dos brasileiros trabalhavam mais de 44 horas por semana, mas nesse resultado estão os que declaram trabalho em dois empregos e os que incluíram tempo de trajeto e de horas extras no passado recente.

registraram 43,8 horas semanais. Pela RAIS, foram obtidos resultados muito próximos aos do CAGED²⁷.

6. Jornada semanal vs. jornada anual²⁸

Para se poder avaliar o impacto da redução de jornada de trabalho sobre o emprego há que se proceder a comparações de jornadas anuais. Além de serem mais estáveis, elas fornecem o montante de trabalho efetivamente realizado e com o qual as empresas contam. É com base nessas jornadas que se chega à produção anual de uma empresa, de um setor ou do PIB.

Para o cálculo da jornada anual efetivamente praticada, há que se subtrair os dias de férias e feriados²⁹.

Analisando-se os dias de férias que são remunerados, verifica-se que, enquanto a lei brasileira exige o pagamento de 40 dias após completar 12 meses de trabalho na mesma empresa ou domicílio (30 de férias mais 10 correspondentes ao abono de férias), na grande maioria dos países, a lei garante a remuneração de um número muito menor. Na Áustria, Dinamarca, França, Luxemburgo, Suécia, são 25 dias; em Portugal e Espanha, 22; na Noruega, 21; na Alemanha, Grécia, Hungria, Irlanda, Itália, Letônia, Lituânia, Holanda, Polônia, Romênia, Bélgica, Bulgária, Chipre, República Checa, Estônia, Eslováquia, Eslovênia, Reino Unido e Finlândia, são apenas 20 dias, sendo que o número de dias³⁰ de férias remunerados pode ser menos do que esses³¹.

Um outro sistema comum é o de férias progressivas, ou seja, quanto mais tempo de empresa, mais tempo de férias. No Chile, por exemplo, a lei estabelece 15 dias úteis remunerados para cada ano trabalhado durante os

27 A média da jornada semanal efetivamente trabalhada é de 41,4 horas. As médias mais altas estão nas atividades de calçados (43,9 horas), agropecuária, construção civil, madeira e mobiliário (43,8) e as mais baixas no ensino (32,6), administração pública (35,6) e instituições financeiras (37,8).

28 Para a análise de dados e da metodologia de cálculo da jornada anual, ver “Annualised hours in Europe”, EIRO, European Industrial Relations Observatory, Dublin, 2004.

29 Tecnicamente deveriam ser descontados também os dias de licenças e de descanso. As licenças variam demais entre os países e nem todos os empregados têm direito de gozá-las. No Brasil, a licença obrigatória à gestante é de 120 dias, mas isso se aplica, evidentemente, apenas a uma parte da força de trabalho. O mesmo ocorre com as licenças para alistamento militar, para doar sangue, para tirar o título de eleitor, etc. Os dias de descanso nem sempre são remunerados em separado.

30 EIRO, “Working Time in European Union”, op. cit. 2006-07.

31 Exemplos de dias de férias legais e remunerados (entre parêntesis): Portugal, os legais são 24,5, mas os remunerados são 22; Inglaterra, 24,6 (24), respectivamente; Noruega, 35 (21); Finlândia, 25 (20); República Checa, 25 (20); Holanda, 25,6 (20); Luxemburgo, 28 (25); Itália, 28 (20); Alemanha, 30 (20); Dinamarca, 30 (25); Suécia, 33 (25). Fonte: EIRO, “Working Time in European Union”, op. cit.

primeiros dez anos na mesma empresa. Depois disso, para cada três anos adicionais, há um dia a mais de férias. Para quem completa 13 anos são 16 dias úteis de férias e assim por diante.

Em termos de despesas, a diferença é colossal. Enquanto que uma empresa chilena gasta o equivalente a 150 dias úteis de férias em dez anos (ou 200, contando os dias corridos), uma empresa brasileira gasta o equivalente a 400 dias.

Há países em que as férias não são fixadas por lei, como nos Estados Unidos. Nesse caso, os períodos de descanso são negociados no nível das empresas³². Há outros em que os dias legais de férias são muito poucos quando comparados com os do Brasil ou com os dos países da União Europeia, como é o caso da Coreia do Sul (15 dias); Vietnã e Indonésia (12); Japão (10); Filipinas (8), Taiwan, Hong Kong e Cingapura (7); Tailândia (6); China e Malásia (5)³³. Na Austrália e na Nova Zelândia as férias são de 20 dias úteis, mas apenas 7 são remunerados. No Canadá, são 10 dias úteis e 8 remunerados. No Uruguai são 20 dias por ano para quem tem até cinco anos de firma. Dai para frente aumenta alguns dias. Na Argentina são 14 e no Paraguai 12, ambos com sistema progressivo³⁴.

Os feriados nacionais – legais e remunerados – se aplicam a toda a força de trabalho e, se não gozados, são compensados, o que viabiliza a sua utilização para o cálculo da jornada anual³⁵.

Para fins práticos, a jornada anual aqui calculada em horas, resulta do número de horas semanais efetivamente trabalhadas, menos as horas não trabalhadas e correspondentes aos dias de férias remunerados e dos dias feriados em cada país. A tabela apresentada no Anexo 1 mostra os detalhes desses cálculos. A jornada anual média no Brasil é de 1.804 horas, sendo menor do que a da Bulgária (1.808), Grécia (1.816), Eslovênia (1.832), Romênia e Polônia

32 Em 21 de maio de 2009, o deputado Alan Grayson (Florida-D) apresentou um projeto de lei, propondo o estabelecimento de férias legais de uma semana para toda a nação. Segundo suas estimativas, cerca de 25% dos americanos não têm férias remuneradas.

33 Na maioria dos casos, são dias úteis e os dias de férias são progressivos, isto é, sobem conforme o tempo de trabalho na mesma empresa.

34 José Pastore, “Encargos sociais no Mercosul”, In: José Pastore, *Encargos sociais: implicações para o salário, emprego e competitividade*, São Paulo: Editora LTr, 1997.

35 Os feriados nacionais são determinados por lei e conhecidos. O Brasil possui um total de onze feriados, sendo dez nacionais (1º de janeiro, sexta-feira da Paixão, Tiradentes, Dia do Trabalho, Corpus Christi, Independência, Nossa Senhora da Aparecida, Finados, Proclamação da República, Natal) e um estadual (Dia do Estado). Há estados que possuem feriados adicionais como é o caso de São Paulo, por exemplo, que tem 9 de julho e Zumbi dos Palmares.

DOCTRINA

(1.840), Hungria (1.856), Letônia (1.864) e Estônia (1.872) que são países que, em certa medida, concorrem mais com o Brasil do que as nações mais avançadas.

A jornada anual brasileira (1.804) é menos de 5% maior do que a da Eslováquia (1.752), Espanha (1.740), Áustria e Bélgica (1.730); cerca de 5,5% maior do que a de Portugal (1.707) e Holanda (1.705); cerca de 6% maior do que a do Reino Unido (1.696); 7% maior do que a da Itália (1.679); 8% maior do que a da Alemanha (1.658); 9% do que a da Suécia (1.631) e 14% maior do que a da França (1.568).

Se analisarmos em termos de despesas – incluindo o que se gasta com o abono correspondente a dez dias de férias – a jornada anual remunerada do Brasil é uma das menores do mundo (1.724 horas).

Em outras palavras, o tempo efetivamente trabalhado no Brasil é menor do que o de muitos dos países que são seus concorrentes no comércio internacional e pouco maior (não chega a 10%)³⁶ dos países mais avançados com os quais não temos como competir.

Tais países trabalham menos porque produzem mais. Os fatores que cercam a produção formam um clima mais favorável do que os do Brasil como é o caso, por exemplo, de educação de boa qualidade, impostos e juros baixos e tecnologia avançada.

Conclusão. Não se pode dizer que os dias efetivamente trabalhados no Brasil sejam excessivos quando comparados aos de outros países, lembrando-se ainda que essa média esconde as jornadas legais de várias profissões que são bem menores do que oito horas por dia e 40 por semana.

IV – OS IMPACTOS DA REDUÇÃO DE JORNADA

Feitas essas considerações metodológicas, podemos avaliar, um a um, os argumentos que pretendem associar a redução de jornada à criação de novos empregos no Brasil.

1. Geração de empregos

Ao estabelecer uma jornada legal de 40 horas semanais e um valor mínimo da hora extra em 75% da hora normal, as empresas empregarão

36 Com exceção da França que tem uma jornada semanal legal 14% menor do que a do Brasil, mas que vem sendo ampliada por meio da negociação coletiva com base em lei aprovada em 2007.

um adicional de empregados para produzir o que estavam produzindo em 44 horas³⁷.

Com base em uma regra de três e nos dados da RAIS de 2005, o DIEESE realizou várias simulações para calcular o número de novos empregos que seriam criados com a redução da jornada e das horas extras. O raciocínio é o seguinte:

Total de pessoas contratadas para 44 horas semanais: 22.526.000. Ao reduzir 4 horas na jornada atual, tem-se: $22.526.000 \times 4/40 = 2.252.600$ novos postos de trabalho.

Esse montante pode ser ampliado com o fim das horas extras. Aliás, só com o fim das horas extras, mesmo mantendo a jornada de 44 horas, o DIEESE estimou a criação de 1,2 milhões de novos empregos³⁸.

Os próprios defensores da redução de jornada citam que a economia não é estática e que as empresas tendem a compensar a elevação de custo da redução de jornada, intensificando o trabalho dos empregados existentes, introduzindo tecnologias que poupam mão-de-obra ou ajustando a produção às novas condições de trabalho. Por isso, a simples regra de três não tem condições de gerar mais empregos³⁹.

É difícil também assegurar que a elevação da hora extra para 75% da hora normal venha a provocar o fim dessa prática. Hora extra é usada em caso de necessidade. Nos picos de demanda, as empresas farão os cálculos para ver o que mais compensa⁴⁰.

Pode-se argumentar que as despesas de uma nova contratação são compensadas por um aumento de produtividade. Dependendo da natureza da atividade da empresa (mais ou menos intensiva em mão-de-obra) e do seu tamanho, o valor da hora extra terá de ser estratosférico para compensar as despesas de contratação para atender a um pico de demanda, especialmente em empresas de pequeno porte.

37 Atualmente (Junho de 2009), tramita no Congresso Nacional a PEC 231 que visa reduzir a jornada semanal de 44 para 40 horas e aumentar o valor mínimo da hora extra de 50% para 75%.

38 DIEESE, Redução da jornada de trabalho é gerar empregos de qualidade, São Paulo: Departamento Intersindical de estudos e estatística e estudos socioeconômicos, Nota Técnica 57, Novembro de 2007.

39 Cássio Silva Calvete, *Redução da jornada de trabalho: uma análise econômica para o Brasil*, Campinas: Instituto de Economia, Universidade Estadual de Campinas, Tese de Doutorado, 2006.

40 Segundo os dados da PNAD de 2007, do total de horas extras declaradas pelos informantes, 67,8% foram até 10 horas semanais; 7,6%, entre 11 e 15 horas por semana; 12,8% entre 16 e 20 horas. Daí para cima a incidência de horas extras é bem menor. Tabulação do Autor.

DOCTRINA

As despesas adicionais não se restringem ao salário do novo contratado. A incorporação de mais empregados gera despesas de recrutamento, treinamento, adaptação, compra de equipamentos de proteção individual (EPIs), ampliação de restaurantes (ou de vale refeição), adição de facilidades de transporte (ônibus ou vales transporte), redimensionamento de ambulatórios, brigadas de incêndio, pessoal administrativo, extensão de benefícios assegurados por acordos e convenções coletivas (seguro de vida, convênio de saúde, previdência privada, creche e outros) e, em certos casos, aquisição de novas máquinas, equipamentos, mesas, computadores e até expansão do espaço físico.

Ou seja, quando se considera o custo indireto de uma nova contratação, a conta vai muito além da elevação do salário-hora. A produtividade terá de aumentar de maneira substancial para compensar todo custo indireto. Quando a redução é feita por negociação coletiva, tudo isso é levado em conta, e a jornada vai encurtando gradualmente de modo a permitir os necessários ajustes por parte das empresas.

Quando as empresas calculam os impactos do custo direto e indireto (dos itens citados acima), elas podem decidir por produzir menos com o mesmo quadro de pessoal. Nesse caso, perderão todos, as empresas, os trabalhadores, os consumidores e o governo. Como se vê, gerar empregos é um desafio que vai muito além da mera aritmética.

2. Custos irrisórios

O aumento do custo da hora trabalhada (provocado pela redução de quatro horas e manutenção do mesmo salário) não afetará a vida das empresas.

Ao reduzir a jornada em 9,09% (de 44 para 40 horas semanais) e levando em conta que, segundo a CNI, o peso dos salários no custo da produção da indústria de transformação seria de 22%, a redução de jornada proposta representaria um aumento no custo total de apenas 1,99%, a saber:

Participação dos salários no custo das indústrias de transformação = 22%.

Redução da jornada semanal em 9,09% das horas trabalhadas.

Tem-se $1,0909 \times 22 = 23,99\%$.

Impacto no custo de produção: $23,99\% - 22,00\% = 1,99\%$

Isso ocorreria uma única vez e poderia ser compensado com o aumento da produtividade, em menos de seis meses. Portanto, o impacto no custo de produção seria irrisório⁴¹.

Um aumento de 1,99% no custo da produção da indústria de transformação pode ser o divisor de águas entre o sucesso e a falência das empresas. Mas, quando se incluem as despesas adicionais de contratação, a conta vai muito além disso. Ademais, o cálculo utilizado pelo DIEESE é, no mínimo, questionável. Uma empresa que tem 10 empregados fazendo 44 horas por semana ($10 \times 44 = 440$), ao contratar mais um, ficará com 11 ($11 \times 40 = 484$), ou seja, terá um adicional de custo direto da ordem de 10% e não de 9,09%. Ao se multiplicar os 22% por 10% obtêm-se 2,20% e não 1,99%.

Convém lembrar que essa média encobre diferenças importantes. Os setores que são mais intensivos em mão-de-obra (calçados, confecções, saúde e outros) teriam um impacto muito maior do que os 1,99%.

Não há milagres. O aumento do custo total do trabalho (direto e indireto) tem impactos severos no custo de produção que podem provocar reações adversas do lado da empresa que não chegam a ser compensados por passe de mágica.

3. Custos compensáveis

O adicional de custo será compensado com um aumento da produtividade, garantido por empregados mais descansados, mais motivados e mais eficientes.

Com uma jornada reduzida, a pessoa trabalha mais motivada e mais descansada, com mais atenção e concentração e, sobretudo, com mais produtividade. Esta que cresceu enormemente entre 1990 e 2000 (6,5% ao ano, em média), cresceria ainda mais, compensando o adicional de custo da redução da jornada com o mesmo salário⁴².

Não há dúvida que uma pessoa descansada rende mais no trabalho. Mas, na vida moderna, fatores externos ao trabalho têm um grande peso na determinação no cansaço. As grandes distâncias que medeiam a casa e o local de trabalho, por exemplo, impõem aos trabalhadores viagens extenuantes de

41 DIEESE, Nota Técnica nº 57, 2007, op. cit.

42 DIEESE, Nota Técnica nº 57, 2007, op. cit.

ônibus e de trem abarrotados e desconfortáveis, conforme registra o próprio DIEESE⁴³. Para uma jornada diária de oito horas, é frequente o gasto de duas a três horas em locomoção. Estudos recentes têm mostrado que a maior parte dos acidentes de trabalho ocorre nas primeiras horas da jornada, refletindo o desgaste de noites mal dormidas, transporte extenuante e má alimentação⁴⁴. Uma redução de cerca de 30 minutos na jornada diária dificilmente compensaria esse desgaste.

O DIEESE lamenta, justamente, o pouco tempo que sobra para o convívio familiar e para uma melhor qualidade de vida dos trabalhadores⁴⁵. Vários estudos indicam, porém, que o tempo com a família é reduzido também pela participação crescente das pessoas em outras atividades, na maioria solitárias e que as afastam do convívio familiar como é o caso do tempo gasto com lazer na Internet, cinema, televisão, vídeo games, esportes e outras. O reduzido convívio familiar decorre de uma má distribuição do tempo e do excesso de horas usadas em eventos extrafamiliares e não totalmente do trabalho que é, aliás, exercido em jornadas negociadas cada vez mais curtas⁴⁶. Não se pode garantir, portanto, que o convívio familiar melhore pela mera redução da jornada legal de trabalho.

4. Competitividade mantida

Graças ao aumento da produtividade, a empresa terá melhores condições de competir (com sucesso) no mercado nacional e internacional.

Não se sustenta o argumento empresarial que prevê a diminuição da competitividade da indústria nacional, fazendo com que o Brasil perca mercado externo, o que levaria ao fechamento de muitas empresas voltadas para exportação e mesmo daquelas que enfrentarão, internamente, a competição com produtos importados.

Os dados do Departamento do Trabalho dos Estados Unidos que o custo da mão-de-obra brasileira não só é mais baixo, mas é muitas vezes mais baixo. Isso significa que há muita margem para a redução da jornada.

43 DIEESE, Nota Técnica nº 66, 2008, op. cit.

44 Clínica Massad de Perícia e Assistência Técnica em Medicina e Odontologia, “Horas de incidência de acidentes do trabalho”, com dados do Ministério da Previdência e Assistência Social, 2007 (mimeo).

45 DIEESE, Nota Técnica nº 66, 2008, op. cit.

46 José Pastore, *Trabalho, família e costumes*, (ver capítulo sobre “Trabalho e família”), São Paulo: LTr, 2001; Maria Sagrario Floro e Marjorie Miles, “Time use, work and overlapping activities: evidence from Austrália”, *Cambridge Journal of Economics*, vol. 27, n. 6, 2003.

DOCTRINA

Na indústria de transformação da Coreia do Sul, a hora trabalhada custa, em dólares americanos, US\$ 13.60; na Espanha, 17.80; na Itália, 21.10; no Japão, 21.80; nos Estados Unidos, 23.70; na França, 24.60; no Reino Unido, 25,70; na Holanda, 31.80; na Alemanha, 33.00; enquanto que no Brasil custa apenas 4,10; Fonte: U.S. Department of Labor. Bureau of Labor Statistics, dados de 2005⁴⁷.

Comparações de salários entre países são problemáticas. O padrão de vida é função do custo de vida que varia de país para país. A produtividade também varia: o que se produz em uma hora de trabalho na Alemanha, por exemplo, é muito mais do que se produz no Brasil, em média. As despesas de contratação (encargos sociais compulsórios) também variam. Enquanto que elas são da ordem de 9,03% nos Estados Unidos, 11,50% na Coreia do Sul e 11,80% no Japão, as despesas de contratação no Brasil chegam a 102,43%⁴⁸. Ou seja, há que se tomar muito cuidado com as comparações internacionais de salário. Muitas delas não têm o menor significado prático.

Mesmo que tivessem, não tem sentido dizer que o aumento de custo devido à redução da jornada não afeta a competitividade porque os salários nominais no Brasil são mais baixos do que nos países mais avançados. A comparação, com os cuidados acima apontados, deve ser feita com países que são nossos concorrentes diretos. O Brasil não tem muito que competir com a Alemanha, Inglaterra ou Japão, mas sim com a China, leste europeu, México e outros países da América do Sul.

Por exemplo, no início de 2009, a China tomou o lugar dos produtos brasileiros na Argentina, em especial, dos têxteis, confecções, calçados, brinquedos, produtos farmacêuticos e papel⁴⁹. Isso tem acontecido com vários outros países com os quais temos de competir. A participação do Brasil no comércio internacional é irrisória (1,1%) e tem se concentrado, fundamentalmente, na exportação da natureza (minérios, soja, cana de açúcar, café, sucos, etc.). Quando se trata de mão-de-obra qualificada, os salários e encargos do Brasil são mais baixos do que os dos países avançados e mais altos do que a maioria dos concorrentes. O salário industrial médio na China e na Índia é de aproximadamente US\$ 1,50 por hora efetivamente trabalhada, enquanto que no Brasil é de

47 DIEESE, Nota Técnica nº 66, 2008, op. cit.

48 José Pastore, *Trabalhar custa caro*. São Paulo: Editora LTr, 2007.

49 “China toma mercado do Brasil na Argentina”, *Folha de S. Paulo*, 29.05.2009.

US\$ 4,40, sem contar os encargos sociais (102,43%)⁵⁰. Para profissões especializadas, os salários são mais altos⁵¹.

O Autor não defende a equalização do Brasil às condições de trabalho degradantes daqueles países. Os dados são aqui citados porque é com eles que o Brasil tem de competir. Por exemplo, em 1985, o Brasil exportou para os Estados Unidos cerca de 113 milhões de pares de sapatos e a China, 21 milhões. Em 2005, a exportação do Brasil foi de 122 milhões e a da China saltou para quase dois bilhões de pares – um crescimento vertiginoso⁵². Nesse período dezenas de empresas e milhares de empregos desapareceram no Vale dos Sinos (Rio Grande do Sul) e em Franca (São Paulo) – regiões de grande concentração de calçadistas. Foi o resultado de uma competição desigual.

Ademais, o diferencial na competitividade dos países não se resume ao custo do trabalho. Competitividade depende também de infraestrutura, eficiência administrativa, juros, tributos, educação, tecnologia, etc. Não se pode isolar o custo do trabalho para dizer que o Brasil continuaria sendo competitivo com jornada legal mais curta e salário-hora mais alto. Se alguma comparação tem de ser feita, convém utilizar os salários em termos de poder de compra dos países que concorrem entre si e levar em conta o custo indireto de novas contratações que pesam na competitividade.

5. Participação na renda

Do lado dos empregados, o aumento da produtividade permitirá sua maior participação na renda gerada pelas empresas.

Em algumas sociedades a distribuição da produtividade é objeto de negociação social e com isso se faz uma divisão entre empresários, trabalhadores e sociedade em geral, de acordo com a correlação de forças, mas também segundo os interesses conjunturais.

50 José Pastore, “Qualificação e remuneração”, *O Estado de S. Paulo*, 10.07.2007. Dados atualizados para 2009. Horas efetivamente trabalhadas = 176 por mês. 1 US\$ = R\$ 2,00.

51 Pesquisas de mercado realizadas no primeiro trimestre de 2009 indicam que os ferramenteiros, os traçadores e os técnicos em segurança do trabalho, no setor automobilístico ganham, em média, R\$ 3.000,00 por mês, ou seja, R\$ 17,00 por hora efetivamente trabalhada, ou ainda, US\$ 8,50. Na indústria química de produtos farmacêuticos, veterinários e perfumaria, os técnicos em eletrônica e os técnicos em segurança do trabalho, ganham cerca de R\$ 2.400,00 por mês, ou US\$ 6,75 por hora. Na indústria metalúrgica, as médias salariais por hora e em dólar são: para os desenhistas técnicos, US\$ 7,70; técnicos de obras, US\$ 7,00; e técnicos de qualidade, US\$ 6,00.

52 José Pastore, “A guerra dos sapatos e dos empregos”, *O Estado de S. Paulo*, 07.03.2006.

DOCTRINA

A adoção da redução da jornada de trabalho é um dos instrumentos que possibilita aos trabalhadores participarem da distribuição dos ganhos de produtividade gerados pela sociedade. Caso contrário, a desigualdade é cada vez maior, aumenta a concentração da renda o que traz mais pobreza, fome e exclusão⁵³.

Na tese esposada pelo DIEESE, tem-se a impressão de que a produtividade é inteiramente apropriada pelas empresas, nada passando aos trabalhadores.

Não se pode dizer que os brasileiros não se beneficiaram dos recentes ganhos de produtividade. Os dados de seis anos recentes (2002-2007) mostram que o salário mínimo real e o salário médio real na indústria aumentaram de forma expressiva. Enquanto a produtividade industrial subiu, em média, 1,02% por ano, o salário mínimo e o salário médio industrial subiram, em média, 6,0% e 1,48%, respectivamente⁵⁴.

Vistos de outro ângulo, nos últimos anos, os preços de muitos bens e serviços (em termos reais) caíram de forma dramática, o que elevou o poder de compra dos salários. Alguns exemplos ilustram bem essa queda. Uma televisão convencional de 29 polegadas que, em 1996, custava o equivalente a cerca de R\$ 2.300,00 custa hoje cerca de R\$ 600,00⁵⁵. A cesta básica que, em 1995, representava cerca de 90% do valor do salário mínimo, em maio de 2009 situava-se no patamar de 60%. Geladeiras, fogões, telefones celulares, material fotográfico e vários outros bens industrializados seguiram o mesmo caminho. Essas reduções de preços conseguidas, em grande parte, por aumentos da produtividade, foram transferidas aos consumidores que são também trabalhadores.

Mais questionável ainda é o argumento segundo o qual a redução da jornada legal elevaria a apropriação de uma parte maior da produtividade do trabalho pelo fato do salário-hora aumentar “automaticamente”. Uma imposição desse tipo poderia levar as empresas a serem mais resistentes nas negociações coletivas, concedendo aumentos salariais menores ao longo do tempo ou aumentando a rotatividade. Em suma, não há nada de automático nesse campo.

53 DIEESE, Nota Técnica n. 57, 2007, op. cit.

54 Fontes: salário médio industrial, PIMES/IBGE, até abril de 2009; produtividade industrial: CNI, dados anuais, até 2007.

55 De acordo com a Revista Istoé, em 1996, o preço médio de uma televisão convencional de 29 polegadas era R\$ 1.000. Esse valor, atualizado pelo IPCA correspondência, em janeiro de 2009, a R\$ 2.336,19. <<http://www.terra.com.br/istoee/economia/139010.htm>>

6. Renda e consumo

O aumento de renda propiciará um aumento do consumo, uma elevação da demanda e um estímulo para produzir mais.

Além dos ganhos de produtividade verificados no passado e na conjuntura atual, eles devem continuar a acontecer no futuro, o que explicita a necessidade de a redução da jornada de trabalho ser permanente e contínua, acompanhando assim os ganhos de produtividade. Cria-se então, um círculo virtuoso, isto é, os ganhos de produtividade e a sua melhor distribuição estimularão o crescimento econômico que, por sua vez, levarão a mais aumento de produtividade. Estaria formado, assim, o círculo virtuoso do desenvolvimento econômico e social⁵⁶.

De fato, um aumento do poder de compra generalizado pode levar as empresas a produzirem mais, o que é desejável. Entretanto, esse aumento não é garantido pela redução da jornada legal de trabalho.

Os parágrafos anteriores indicaram que as empresas podem fazer o ajuste do aumento de custo da jornada via salário. Uma outra estratégia pode ser no campo da terceirização, passando-se para empresas menores (de salários e benefícios mais baixos) uma série de atividades até então realizadas pelas empresas maiores (de salários e benefícios mais altos).

7. Círculo virtuoso

O aumento da produção gerará mais empregos, formando-se, assim, o tão desejado círculo virtuoso.

A jornada normal de trabalho no Brasil é uma das maiores no mundo: 44 semanais desde 1988. A soma de uma elevada jornada normal de trabalho e um alto número de horas extras faz com que o tempo total de trabalho no Brasil seja um dos mais extensos. A redução da jornada de trabalho é um dos instrumentos para geração de novos postos de trabalho e a consequente redução das altas taxas de desemprego. Se todos trabalharem um pouco menos, todos poderão trabalhar⁵⁷.

56 DIEESE, Argumentos para a discussão da redução da jornada de trabalho no Brasil sem redução de salário. Nota Técnica nº 66, abril de 2008.

57 DIEESE, Nota Técnica nº 66, 2008, op. cit.

Como salientado, a jornada legal de trabalho – 44 horas por semana – não é a mais alta do mundo. São muitos os países com jornada legal de 48 horas semanais.

Quanto ao outro argumento, não existem dados que permitam comparar o caso brasileiro com o resto do mundo no campo das horas extras. Sabe-se que, em vários países emergentes, dentre eles os BRICs⁵⁸, as horas extras são incontáveis, pois a jornada semanal praticada é de 50, 60 e até 70 horas, como ocorre na China e na Índia, por exemplo.

Para mostrar que a jornada legal pouco tem a ver com o nível de emprego, convém lembrar que o período de 2003-2008 foi marcado por uma forte expansão dos postos de trabalho formais e de crescimento econômico. O Brasil gerou em média, cerca de 1,3 milhões de empregos formais e cresceu cerca de 5% ao ano (média). A jornada legal de trabalho continuou com 44 horas semanais e com um valor da hora extra de 50% da hora normal. Nesse período cresceu o número de jornadas semanais menores do que 44 horas, mas isso foi feito por negociação coletiva e não por imposição legal.

8. Conclusão da “teoria”

A redução da jornada legal funcionará como um redutor do desemprego e estimulador do crescimento econômico e do progresso social.

Os estudos mostram que, no Brasil, a última redução da jornada legal de 48 para 44 horas, não provocou aumento significativo do emprego. As empresas simplesmente ajustaram-se às novas regras legais, ou seja, passaram a trabalhar 44 horas com o mesmo quadro de pessoal. Pior. Houve aumento de desemprego nos anos seguintes.⁵⁹ A taxa de desemprego saltou de 5%, em 1989, para 11% em 2004⁶⁰.

A França é o país que mais reduziu a jornada legal nos últimos tempos. Em 1982, baixou de 42 para 39 horas semanais e, em 2001, entrou em vigor uma lei aprovada em 1998 (Lei Aubry) que reduziu de 39 para 35 horas por

58 Brasil, Rússia, Índia e China.

59 José Marcio de Camargo e Gustavo M. Gonzaga, “Efeitos da Redução da Jornada de Trabalho sobre o Mercado de Trabalho no Brasil”, op. cit.

60 José Pastore, “Trabalhar menos para gerar mais empregos?” *O Estado de S. Paulo*, 31.05.2005.

semana⁶¹. No primeiro período, o desemprego, em lugar de diminuir aumentou de 8% para 12%. No segundo, o desemprego caiu apenas nos dois primeiros anos quando o país viveu uma quadra de bom crescimento econômico. Depois disso, as empresas fizeram vários ajustes (eliminaram folgas, encurtaram intervalos de descanso, introduziram o trabalho aos sábados e adotaram outras providências) de modo a intensificar o trabalho com o mesmo quadro de pessoal, sem criar postos de trabalho em volume significativo.

Por ocasião da aprovação da Lei das 35 horas, Pascal Salin assim avaliou a medida: “Essa lei não cria uma só hora suplementar de trabalho na economia francesa. Ela aumenta o custo da hora de trabalho. As empresas que desejarem manter sua produção serão obrigadas a substituir empregados que conhecem bem sua função por outros menos adaptados. Essa lei é injusta em relação aos empregados atuais. Ela parte do princípio de que os empregados são intercambiáveis. Entretanto, quem conhece uma empresa sabe que o mais importante é a adaptação de um funcionário *específico* para um trabalho *específico* e que a qualificação que ele adquire é progressiva. Essa lei não organiza a repartição do trabalho, mas sim a repartição do desemprego”⁶².

Há um outro efeito indesejável. Com jornadas legais mais curtas e impostas por lei, cada minuto passa a valer ouro. Se as empresas não aumentarem a rotatividade, como indica Salin, elas têm de exigir muito mais empenho dos empregados, o que aumenta o *stress* em lugar de diminuir. De fato, na França, os empregados da produção foram submetidos a um regime laboral muito intenso⁶³. A Lei Aubry entrou em vigor em 2001 e a partir de 2004, os empregados passaram a se queixar, dizendo que o trabalho se tornou mais extenuante, pelo mesmo salário⁶⁴.

61 A lei francesa entrou em vigor em janeiro de 2001. Dois importantes fatos passaram despercebidos da imprensa brasileira. O primeiro é que, no período anterior à vigência da lei (1997-2000), o governo deu fortes incentivos (na forma de redução de encargos sociais) para as empresas aderirem às 35 horas o mais rápido possível. O segundo, é que a Suprema Corte da França mandou respeitar o prazo de vigência dos contratos coletivos de trabalho. A lei se tornou realidade depois de expirados os contratos. O negociado prevaleceu sobre o legislado.

62 Pascal Salin, “Estado francês prejudica o emprego”, *Gazeta Mercantil*, 04.05.1998.

63 Os desdobramentos foram inúmeros. Em decorrência da lei que proibe o fumo nos ambientes de trabalho (fev. de 2007), os fumantes franceses foram obrigados a sair dos prédios para manter seu hábito. As empresas, submetidas à jornada semanal de 35 horas, vão descontar cada minuto que seus empregados se afastam do posto de trabalho para fumar. Em suma, toda vez que se propõe uma nova proteção por lei, convém lembrar que ela vai cair na realidade do mercado de trabalho e as empresas, usando a liberdade que a democracia lhes garante, fazem ajustes para não perder competitividade.

64 José Pastore, “Stress e trabalho”, *Jornal da Tarde*, 02.05.2007.

Mesmo com os ajustes das empresas, as perdas de produtividade da França foram dramáticas⁶⁵. Outra consequência: em certos setores como, por exemplo, no da saúde, os hospitais estavam deixando a França e se estabelecendo na Suíça criando um grande caos no país⁶⁶.

Todas essas consequências levaram as autoridades a mudar o sistema. Em fevereiro de 2005, por 199 votos a favor e 125 contra, o Senado aprovou a lei promulgada por Nicolas Sarkozy, que manteve a jornada em 35 horas, prevendo, porém, um aumento das horas extras para que a jornada chegue até 13 horas por dia, 48 horas por semana e 405 horas extras por ano. O valor das horas extras é negociado entre as partes, havendo um piso legal de 10%. Na falta de negociação, a lei fixa o valor de 25% acima da hora normal⁶⁷. Na prática, a Lei das 35 horas virou letra morta⁶⁸.

9. A Prova

Os países que possuem jornadas legais mais curtas e salários mais altos são os mais desenvolvidos.

O aumento do emprego em outros países, quando ocorre, está relacionado muito mais à jornada negociada do que à jornada legal. Na Europa, como vimos, a jornada negociada foi reduzindo ao longo do tempo – com reversões, quando necessárias – mas a jornada legal se manteve alta, com raras exceções.

No momento (2009), vários setores da indústria de transformação do Brasil enfrentam uma grave redução da demanda interna e externa (minérios, metais, ônibus, caminhões, tratores pesados, mobiliário, etc.). Isso tem levado muitas empresas a reduzirem seus quadros de pessoal ou a adotarem medidas negociadas como a redução temporária da jornada e dos salários (Lei nº 4.923/65), a intensificação do uso do banco de horas, a suspensão interina do contrato de trabalho (art. 476-A da CLT) e outros expedientes (férias coletivas, licenças remuneradas, planos de demissão voluntária). Uma eventual mudança constitucional que viesse impor a incorporação de mais empregados e a elevação do valor da hora extra numa hora de crise poderia provocar, no mínimo, um sério desajuste na vida das empresas e no emprego.

65 The race is on to catch up with the US, Lausanne: IMD World Competitiveness Center, 2007.

66 “Lois Aubry: délocalisations et chaos hospitalier”, *Le Post*, 18.11.2008.

67 “Senado aprova mudanças nas 35 horas”, *Folha de S. Paulo*, 10.02.2005.

68 “Réquiem pour les lois Aubry”, Paris: *Mediapart*, 05.07.2008.

DOCTRINA

Os próprios defensores da redução da jornada indicam que a medida tem mais poder de gerar empregos nos momentos de aquecimento da economia, quando as empresas contratam naturalmente mais mão-de-obra. Na hora de crise, contrário senso, a falta de demanda constitui um grave problema: se não há para quem vender, não há porque manter a produção em níveis altos e os quadros de pessoal inchados.

No caso atual, com demanda e crédito reduzidos (além dos problemas de infraestrutura), ajustes de todos os tipos são feitos para superar as dificuldades, inclusive a dispensa de funcionários. Como tornar viável uma mudança constitucional que reduz a jornada e aumenta os custos de contratação?

V – CONCLUSÃO

Este ensaio examinou a consistência da tese segundo a qual uma redução da jornada legal garante um aumento do nível de emprego, uma melhoria da renda dos empregados e uma redução do desemprego.

O tema é fascinante. Desperta grande interesse nas pessoas. Afinal, todos os seres humanos desejam dispor de mais tempo livre para realizar seus sonhos pessoais, usufruir de melhor qualidade de vida e ter um convívio mais intenso com familiares e amigos.

Por outro lado, as pessoas que são economicamente ativas desejam encontrar oportunidades adequadas para trabalhar e crescer. As pesquisas de opinião pública mostram que o acesso a um emprego ocupa os primeiros lugares entre as preocupações dos brasileiros, em especial, dos jovens⁶⁹. De fato, quase 50% dos desempregados são jovens de 16 a 24 anos de idade.

Juntam-se, assim, dois desejos plenamente justificáveis. Entre os que não trabalham, é a ideia de poder trabalhar. Entre os que trabalham, é a ideia de trabalhar menos tempo.

A promessa de se criar mais empregos com uma redução da jornada legal seduz um grande número de pessoas e de parlamentares. Isso tem feito com que o tema da redução da jornada legal esteja sempre na agenda política dos candidatos à eleição ou à reeleição. A promessa de “trabalhar menos para todos trabalharem” tem forte atração entre eleitores.

69 Leticia Freire, “48 milhões de brasileiros e um único desejo: segurança de vida”, São Paulo: Pesquisa realizada pelo Mercado Ético, 2008; “Pessimismo com emprego atinge o recorde”, Pesquisa Data Folha, 20.03.2009.

DOUTRINA

Durante as campanhas eleitorais, porém, poucos se lembram que a jornada de trabalho vem sendo reduzida continuamente no Brasil através da negociação coletiva e que muitas profissões já possuem jornadas legais bem curtas (de 4 a 6 horas por dia).

As pesquisas resenhadas neste ensaio mostram que a redução da jornada legal de trabalho tem pouca ou nenhuma força para gerar mais postos de trabalho. Isso porque as empresas tendem a adotar medidas compensatórias para neutralizar a elevação de vários custos envolvidos em novas contratações. Algumas procuram fazer com que o mesmo quadro de pessoal trabalhe mais intensamente para produzir a mesma coisa que se produzia em jornadas legais mais longas. Outras procuram incorporar mais tecnologia no sistema produtivo de modo a evitar a contratação de novos empregados. Há ainda as que, sufocadas pelo aumento dos referidos custos, simplesmente passam a produzir menos com o mesmo quadro de pessoal.

Este ensaio mostrou que o argumento segundo o qual uma jornada legal mais curta eleva a produtividade e, portanto, abre espaço para a contratação de mais empregados não se sustenta como garantia para o pretendido aumento de empregos. O outro argumento de que a elevação do valor da hora extra evita a adoção de medidas compensatórias só vale para valores impraticáveis. Ademais, isso não resolve o problema das empresas que adotam horas extras para atender picos de demanda.

Depois de examinados vários argumentos e contra argumentos sobre a proposta, chega-se à conclusão de que não há milagres nesse campo. Gerar empregos depende de três fatores concretos – e não artificiais – a saber: crescimento econômico sustentado, educação de boa qualidade e legislação trabalhista amigável. Nada substitui essas forças. Afinal, se fosse possível criar mais empregos e eliminar a pobreza por lei, não haveria desemprego e pobreza em nenhum país do mundo.

Anexo 1

Jornada de trabalho anual em países selecionados

Países	A, Horas por semana Contratadas	B, Horas anuais brutas (Ax52)	C, Número de dias de férias	D, Feriados públicos	E, Total de horas não trabalhadas (C+D)	F, Jornada anual efetiva (B-E)
Estônia	40,0	2.080,0	20,0	6	208,0	1.872,0
Letônia	40,0	2.080,0	20,0	7	216,0	1.864,0
Hungria	40,0	2.080,0	20,0	8	224,0	1.856,0
Polônia	40,0	2.080,0	20,0	10	240,0	1.840,0

DOCTRINA

Continuação

Países	A, Horas por semana Contratadas	B, Horas anuais brutas (Ax52)	C, Número de dias de férias	D, Feriados públicos	E, Total de horas não trabalhadas (C+D)	F, Jornada anual efetiva (B-E)
Romênia	40,0	2.080,0	24,0	6	240,0	1.840,0
Eslovênia	40,0	2.080,0	20,0	11	248,0	1.832,0
Lituânia	40,0	2.080,0	20,0	13	264,0	1.816,0
Grécia	40,0	2.080,0	23,0	10	264,0	1.816,0
Bulgária	40,0	2.080,0	24,0	10	272,0	1.808,0
Irlanda	39,0	2.028,0	20,0	9	226,2	1.801,8
Malta	40,0	2.080,0	24,0	12	288,0	1.792,0
Eslováquia	38,8	2.017,6	21,2	13	265,4	1.752,2
Espanha	38,5	2.002,0	22,0	12	261,8	1.740,2
Luxemburgo	39,0	2.028,0	28,0	10	296,4	1.731,6
Áustria	38,8	2.017,6	25,0	12	287,1	1.730,5
Bélgica	37,6	1.955,2	20,0	10	225,6	1.729,6
Chipre	38,0	1.976,0	20,0	13	250,8	1.725,2
Rep. Checa	38,0	1.976,0	25,0	9	258,4	1.717,6
Portugal	38,2	1.986,4	24,5	12	278,9	1.707,5
Holanda	37,5	1.950,0	25,6	7	244,5	1.705,5
Reino Unido	37,3	1.939,6	24,6	8	243,2	1.696,4
Noruega	37,5	1.950,0	25,0	9	255,0	1.695,0
Finlândia	37,5	1.950,0	25,0	10	262,5	1.687,5
Itália	38,0	1.976,0	28,0	11	296,4	1.679,6
Alemanha	37,7	1.960,4	30,0	10	301,6	1.658,8
Dinamarca	37,0	1.924,0	30,0	8	281,2	1.642,8
Suécia	37,8	1.965,6	33,0	10	325,1	1.631,7
França	35,0	1.820,0	25,0	11	252,0	1.568,0
Brasil	41,0	2.132,0	30,0	11	328,0	1.804,0
Brasil c/abono	41,0	2.132,0	40,0	11	408,0	1.724,0

Fonte: EIRO, "Working Time in European Union", European Industrial Relations Observatory, Dublin, 2006-07; Labourstat, International Labour Organization, Geneve, 2006-07; PNAD, Pesquisa por Amostra de Domicílios, 2006-07, Cálculos do Autor.

Temática Atual

EL ACOSO LABORAL Y EL ACOSO MORAL: PROPUESTAS PARA SU DISTINCIÓN CONCEPTUAL Y PARA SU PROTECCIÓN JUDICIAL

Pablo Aramendi Sánchez*

INTRODUCCIÓN PARA EL LECTOR BRASILEÑO

El presente artículo responde a la amable invitación cursada por la Excm. Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi con ocasión de mi participación en el curso de formación para Magistrados de Trabajo organizado por ENAMAT, en mayo de 2009.

He elegido para ello un trabajo que versa sobre un término: el acoso en el trabajo, que desde hace algunos años viene dando lugar a numerosos litigios tanto en España como en el resto de Europa y que refleja que la empresa, además de definirse como una organización orientada a nutrir de bienes y servicios al mercado, constituye un núcleo para la convivencia de muchas y distintas personas. Esa convivencia interpersonal puede en ocasiones ser fuente de conflictos.

Diferenciar las causas de estos conflictos, que abarcan una dimensión más amplia que la contractual establecida entre empresario y trabajador, y precisar las soluciones que ofrece el ordenamiento jurídico para su prevención y reparación, constituye el objeto de este estudio que espero sea de utilidad a sus potenciales lectores, magistrados, abogados, estudiosos del derecho del trabajo en general.

I – EL *MOBBING*: UN TÉRMINO DE MODA QUE PRECISA SER ACOTADO

El *mobbing* es un término que desde hace ya más de dos años tiene una presencia permanente en los medios de comunicación, a su alrededor se han

* Magistrado do Juzgado Social nº 33 de Madrid.

creado innumerables asociaciones civiles, se han suscitado permanentes foros de debate, se han realizado estudios sociológicos para determinar su impacto y por supuesto bajo su invocación también se han planteado numerosos litigios ante las diversas jurisdicciones.

Sin perjuicio de la necesidad de identificar adecuadamente este bullicioso fenómeno, todo lo que está ocurriendo nos presenta como novedoso panorama lo que por otra parte es algo obvio: las relaciones interpersonales como fuente de donde surge la conflictividad social.

Que una de las fuentes de la conflictividad social sean las relaciones interpersonales no constituye ningún descubrimiento y menos para disciplinas como la psicología que en su estudio del comportamiento humano ello resulta un punto de partida incuestionable.

Lo que sí resulta novedad es que, en estos últimos años y en una coincidencia seguramente más que casual con otro tipo de conflictos específicos, como resulta ser la violencia contra la mujer, el debate se haya instalado de modo permanente en la sociedad y generado con ello una demanda de tutela por parte de quienes se sienten acosados y en defensa de sus derechos fundamentales¹.

Y esto ya de por sí ha de valorarse positivamente. Si convenimos con que este tipo de conflictos siempre han existido y más aún en determinados contextos como el mundo del trabajo, debemos felicitarnos si a partir de ahora se ha creado en la sociedad un ambiente de respuesta frente a estas injustificadas agresiones, felicitación que estimo debe hacerse recaer de una parte en quienes han identificado científicamente estas prácticas y sobre ellas trabajan, psicólogos y psiquiatras, y de otra en quienes se han esforzado por socializar estos problemas.

La práctica sin embargo viene demostrando y seguramente mas si cabe la práctica judicial, que quizá la misma popularización de la conflictividad interpersonal en el mundo laboral, tema al que evidentemente me ciño en estas páginas, ha englobado sin rigor, empleando la misma terminología y sin diferencias ni matices, en muchos casos esenciales para identificar la respuesta de adecuada protección que puede en cada caso dispensar el ordenamiento jurídico, todo conflicto interpersonal bajo el paraguas conceptual del *mobbing*.

1 Se aprecia de unos años a esta parte un incremento de las acciones judiciales interpuestas por trabajadores en defensa de sus derechos fundamentales, lo que es reflejo de un redimensionamiento de la conflictividad en el marco del contrato de trabajo, ahora cada vez más orientada a la reivindicación de derechos personales, síntoma de la evidente individualización.

DOCTRINA

Con ello no sólo se falta al respeto a quienes identificaron este tipo específico de comportamiento sino que además se provoca en muy buena medida un caos hermenéutico que puede y de hecho ha tenido en ocasiones efectos perniciosos.

Mobbing se viene empleando así como sinónimo integrador de todo tipo de conflictividad interpersonal en el mundo laboral capaz de generar una situación sentida de agresión. Esta expansión incontrolada del concepto, lo desnaturaliza.

Nada descubro al potencial lector de este trabajo si le indico que, conforme la definición de Leymann, “*mobbing* o terror psicológico en el ámbito laboral consiste en comunicación hostil y sin ética, dirigida de manera sistemática por uno o varios individuos contra otro que es así arrastrado a una posición de indefensión y desvalimiento y activamente mantenido en ella. Estas actividades tienen lugar de manera frecuente (como criterio estadístico una vez por semana) y durante largo tiempo (criterio estadístico por lo menos seis meses). A causa de la elevada frecuencia y duración de la conducta hostil, este maltrato acaba por resultar en considerable miseria mental psicósomática y social”.

Y tampoco si a ello se unen las apreciaciones de Hirigoyen orientadas a descubrir la personalidad del autor de este tipo de agresiones e identificarlo como un perverso narcisista que considera a la víctima como un rival que amenaza su poder y por este motivo debe destruirle.

Lo que categóricamente rechazo es que toda la conflictividad interpersonal en el marco del contrato de trabajo se lleve a cabo a través de las estrategias de acoso descritas por Leymann, con su periódica sistematicidad, con la finalidad de destruir a la víctima y protagonizadas por un jefe o compañero perverso narcisista que busca dañar como medida espuria de autoprotección.

El acoso en el trabajo, entendiendo por tal como luego veremos toda conducta dirigida a lesionar la dignidad de una persona mediante la creación de un entorno hostil, puede responder a múltiples impulsos conformadores del comportamiento del agresor, pero antes de proceder a su análisis es conveniente una somera reflexión acerca de las razones que justifican este tipo de prácticas en el marco relacional constituido por el contrato de trabajo.

Lo primero que debe tenerse en cuenta es que el contrato de trabajo identifica un vínculo en el que se las relaciones interpersonales fluyen de manera continuada durante un periodo prolongado de tiempo. El trabajador está en permanente contacto con otros trabajadores y con el empresario o sus representantes.

En segundo lugar, el contrato de trabajo es el paradigma de una relación contractual subordinada. El trabajador presta sus servicios bajo la dependencia del empresario que le organiza y ordena en su actividad. Este contrato institucionaliza o legaliza una genuina relación de poder: las partes concurren al contrato en previa situación de desigualdad que se mantiene durante todo su desarrollo. La intervención del legislador en el contrato es precisamente para aliviar el peso de la subordinación, garantizando en definitiva un núcleo de derechos para el trabajador compatibles con las necesidades productivas de la empresa.

En tercer lugar el contrato de trabajo es una relación exigente. El empresario que ordena la actividad del trabajador intenta obtener su máximo rendimiento al menor precio, pretensión dialécticamente enfrentada al deseo del trabajador obtener el mayor precio a cambio de un rendimiento menor.

Por todas estas razones el marco del contrato de trabajo se presenta especialmente receptivo para que afloren episodios de acoso².

Ahora bien, ¿por qué se acosa?, ¿cuáles son los impulsos que mueven la conducta de hostigamiento que protagoniza el acosador?. Estas conductas pueden responder a muy variados motivos. En el marco del contrato de trabajo nos encontramos con:

– Aquellos casos en los que el acosador busca en un compañero o subordinado la satisfacción de un deseo sexual: el supuesto habría de calificarse como acoso sexual;

– Aquellos casos en los que se acosa por intolerancia: cuando no se admite que los compañeros o subordinados presenten perfiles personales diferenciales: por razón de su origen racial o étnico, su religión o convicciones, su edad, su discapacidad, su orientación sexual etc. y se les acosa con una finalidad discriminatoria;

– Los supuestos en los que con el acoso se busca sencillamente anular o restringir los derechos laborales del trabajador e incluso el mantenimiento de su puesto de trabajo: hablaríamos en tal caso de acoso laboral en sentido propio;

– Los casos tipificados por el perfil psicológico del acosador, perverso narcisista que busca la destrucción de la víctima como recurso para el

2 Es significativo que estudios realizados en Suecia, validados por el Informe sobre el Acoso en el Trabajo, realizado por el Parlamento Europeo el 16.07.01, aprecian una mayor exposición al acoso en los trabajos expuestos a exigencia elevadas y con reducido grado de autonomía.

mantenimiento de su *status* de poder: hablaríamos entonces del acoso moral en sentido estricto o *mobbing*;

– Otros supuestos también causados por la personalidad del acosador, definible no ya como perverso narcisista sino como persona autoritaria o inflexible a la hora de valorar y exigir los comportamientos de los demás.

Sólo determinados supuestos de acoso podríamos, conforme lo indicado hasta este momento, calificarlos como *mobbing* o acoso moral. El resto de supuestos habría que encajarlos en un término más amplio que propongo denominarlo como acoso laboral. De este modo el término acoso laboral, sin considerar los impulsos que mueven al agresor, comprendería todo hostigamiento en el marco de la relación de trabajo, mientras que *mobbing* o acoso moral se reservaría para las agresiones identificadas por la personalidad específica del agresor, perverso narcisista.

Sin embargo, este matiz diferenciador que proporcionan los diversos móviles que impulsan al agresor, no se está teniendo en consideración por la doctrina jurídica, que identifica *mobbing* o acoso moral con acoso laboral³.

De las diversas clases de acoso que, por razón del móvil que acabo de describir impulsa al agresor, no cabe duda de que el más habitual es el acoso ejercitado por el empresario o persona por él mandatada para torcer la voluntad y los derechos laborales del trabajador. En estos casos, tanto se hostigue como represalia o como medida de presión, lo que interesa al agresor es obtener un “beneficio” alcanzado mediante prácticas antijurídicas, espurio en suma, para los intereses de la empresa.

En cambio, cuando se acosa moralmente nunca se pretenden soluciones a los problemas de la empresa, son actuaciones inútiles para los intereses empresariales y que sólo buscan la destrucción de la víctima.

Y este matiz, vinculado a la determinación de la autoría del acoso y a los móviles que lo impulsan, sigue desde mi punto de vista presentando relevancia, no solo para adecuar el supuesto de hecho jurídico a los criterios científicos desplegados desde la psicología para identificar éste fenómeno, sino también para comprender que, en muchos de estos casos de acoso, los conflictos laborales se suscitan *prima facie* entre trabajadores, ocupando el empresario una posición de no protagonista directo sino mediato, vinculado al conflicto

3 Es en cambio significativo que los estudios de campo realizados acerca de este fenómeno varían según el criterio que se adopte para su identificación clínica. En este sentido, tal como recoge Esperanza Menchón, las cifras varían entre el 16% de población afectada que ofrece el llamado Informe Cisneros y el 3% que ofrece el Informe Randstad, que utiliza un concepto “fuerte” de acoso moral.

por razón de sus obligaciones contractuales y no por su participación activa en el mismo. Se aprecia en estos casos y en otros de plena actualidad⁴, que junto al conflicto laboral clásico que identificaba como protagonistas al trabajador de una parte y al empresario de otra, aparecen otro tipo de conflictos en los que los sujetos en directa disputa son los propios trabajadores.

Por eso, cuando el empresario no es el acosador, se genera una relación triangular entre el trabajador víctima, el agresor y el empresario, de relevante trascendencia al momento de la imputación de responsabilidades.

Ahora bien, es misión de los jueces como aplicadores del ordenamiento jurídico, velar por la protección de los derechos de los ciudadanos. Protección integral que amparará frente a todo comportamiento antijurídico venga de donde venga y con independencia de su causa, atendiendo esencialmente a prevenir y reparar los daños que soporta la víctima, pero sin olvidar que no toda conducta contraria a la ley recibe el mismo nivel de protección, siendo también distintos los procesos judiciales para reivindicar su tutela. Por ello la identificación de la causa originadora del acoso laboral y de los daños efectivamente causados a la víctima con estas prácticas de hostigamiento, son elementos esenciales para determinar la pretensión que deba ejercitarse en defensa de los derechos vulnerados en cada caso y las vías procedimentales para conseguirlo.

II – EL ACOSO: LAS PRIMERAS RESPUESTAS DEL LEGISLADOR

Una de las primeras críticas que surgió cuando los medios propalaron a la sociedad la existencia de estas conductas de acoso consistió en señalar que el ordenamiento jurídico no identificaba el fenómeno, no lo regulaba y en definitiva las víctimas se encontraban desprotegidas.

Cierto es que no existía y en la actualidad en sentido estricto tampoco contamos con una norma de tales características, pero no por ello se puede llegar a la solución apuntada por los más agoreros: el ordenamiento protegía y protege frente al acoso laboral y también frente al acoso moral o *mobbing* aún cuando estos fenómenos carezcan de una tipificación precisa, tanto cuando las prácticas de acoso atenten contra derechos fundamentales como cuando atenten contra derechos protegidos por la legalidad ordinaria.

No obstante, actualmente contamos con novedades legislativas de interés que aún no siendo directamente aplicables al supuesto que nos ocupa, si nos

4 Me estoy refiriendo a las disputas en las que subyacen controversias de discriminación o trato desigual por razón de sexo, edad, discapacidad, etnia, religión, convicciones y orientación sexual. En muchos de estos conflictos el acosador o los acosadores son también trabajadores.

permiten tirar de ellas para obtener una definición precisa de lo que legalmente podría entenderse como acoso laboral.

Acudiendo al derecho comparado es ya clásica la cita de la legislación sueca, en concreto la Ley Básica de Prevención de Riesgos, que define el acoso como acciones recurrentes censurables o claramente negativas que van dirigidas contra empleados concretos de manera ofensiva y pueden tener como consecuencia la marginalización de estos trabajadores de la vida laboral⁵, así como las iniciativas desplegadas en otros países europeos, Francia, Irlanda, Bélgica y Reino Unido.

A ello cabría añadir por su especial interés el Reglamento 723/2004 del Consejo de la Comunidad Europea por el que se modifica el estatuto de su personal funcionario y en el que se inserta un art. 12 bis que expresamente señala que:

– Todo funcionario se abstendrá de cualquier forma de acoso psicológico o sexual;

– Ningún funcionario que haya sido víctima de acoso psicológico o sexual podrá verse perjudicado en forma alguna por la institución. Ningún funcionario que haya facilitado pruebas de acoso psicológico o sexual podrá verse perjudicado en forma alguna por la institución, siempre que haya actuado de buena fe;

– Por acoso psicológico se entenderá cualquier conducta abusiva que se manifieste de forma duradera, reiterada o sistemática mediante comportamientos, palabras, actos, gestos o escritos de carácter intencional que atenten contra la personalidad, la dignidad o la integridad física o psíquica de una persona.

Sin embargo, los primeros textos legales, para nosotros normativamente aplicables, que recogen una definición de acoso son las Directivas de la Comunidad Europea 2000/43 sobre igualdad de trato a las personas con independencia de su origen racial o étnico, 2000/78 sobre igualdad de trato en el empleo y la ocupación (por motivos de religión, convicciones, discapacidad, edad y orientación sexual) y 2002/73 sobre igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo referente al acceso al empleo, a la formación y promoción profesionales y a las condiciones de trabajo.

Se define el acoso como un comportamiento no deseado (relacionado con el origen racial o étnico, la religión, las convicciones, la discapacidad, la

5 Citada por Ruiz Castillo y también en el Informe del Parlamento Europeo desde el que se realiza esta transcripción.

edad, la orientación sexual o el sexo de una persona) que tenga como objetivo o consecuencia atentar contra la dignidad de la persona y crear un entorno intimidatorio, degradante, hostil, humillante u ofensivo.

Las dos primeras Directivas se han traspuesto al derecho español a través de la Ley 62/2003 de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, cuyo Título II contiene un Capítulo III “Medidas para la aplicación del principio de igualdad de trato” que encierra en su art. 28.1.d) esta definición de acoso:

“Toda conducta no deseada, relacionada con el origen racial o étnico, la religión o convicciones, la discapacidad, la edad o la orientación sexual de una persona, que tenga como objetivo o consecuencia atentar contra su dignidad y crear un entorno intimidatorio, humillante u ofensivo.”

De esta definición legal, sustituyendo las específicas causas de discriminación que estas directivas combaten por una referencia genérica al marco contractual laboral podríamos obtener una definición de acoso laboral, comprensiva de todo tipo de hostigamientos derivados de relaciones interpersonales conflictivas en el desarrollo del contrato de trabajo. El acoso laboral se podría entonces definir como:

“Toda conducta no deseada, que en el marco de una relación de trabajo tenga como objetivo o consecuencia atentar contra la dignidad de una persona y crear un entorno intimidatorio, humillante u ofensivo.”

Al desbrozar esta definición advertimos:

El acoso presupone la existencia de un agente, el acosador que protagoniza a conciencia una conducta de actividad. Sin embargo la responsabilidad no solo se podrá imputar al agente causante directo del daño sino también a aquel bajo cuya dependencia actuaba el agresor. Esta cuestión es de especial relevancia en el marco del contrato de trabajo. Lo más habitual será que los episodios de acoso, tanto laboral como moral, se protagonicen directamente por personas ajenas al empresario, pero relacionadas con la víctima por ambas pertenecer a la misma organización: la empresa cuyo responsable último es el empresario. En estos casos la responsabilidad, desde una óptica laboral y de Seguridad Social, es cuasi-objetiva (se responde esencialmente por el daño causado por negligencia simple) que ha de atribuirse al empresario por ser éste de quien depende la organización y control de la actividad empresarial y contaba por ello con medios y recursos legales para prevenir y disponer que las cosas hubieran sido de otro modo.

El acoso tiene como objetivo o consecuencia el atentar contra la dignidad de la persona. Quiere decirse con ello que basta con que se urdan agresiones

que puedan racionalmente calificarse de atentatorias contra la dignidad de la persona para apreciar que los episodios de acoso han tenido lugar, aún cuando se hayan quedado en meras tentativas⁶. Por otra parte, no es preciso para calificar una conducta de acoso que se haya producido una efectiva lesión, psíquica o física, en la víctima, las conductas atentatorias contra la dignidad en tanto que causan un daño moral apreciable también constituyen acoso⁷.

No obstante al hacerse referencia a la dignidad de la persona como bien jurídico susceptible de dañarse con las agresiones que constituyen el acoso, se están exigiendo conductas de especial relevancia o intensidad, ya que no todo conflicto interpersonal laboral, no toda disputa en el marco del contrato de trabajo puede considerarse atentatoria a la dignidad humana. Se atenta contra la dignidad cuando se vulneran los derechos fundamentales de una persona. Cuestión distinta es que no todos los derechos fundamentales están dotados del mismo nivel de protección: los derechos fundamentales y libertades públicas de la Sección 1ª del Capítulo II del Título I de la Constitución Española, arts. 14 a 29, son derechos que gozan de una protección específica tanto procesal como sustantiva, dando lugar, en el marco del contrato de trabajo, a la nulidad de las decisiones y comportamientos que los violan como a la reparación integral de los daños causados, art. 180 de la Ley de Procedimiento Laboral. En cambio el derecho al trabajo que también es un derecho fundamental, tal como reconoce la Sentencia del Tribunal Constitucional 192/03, como también el derecho a la libertad de empresa y a la propiedad privada, solventan sus colisiones desde la legalidad ordinaria. De este modo el Estatuto de los Trabajadores se configura como la pieza del ordenamiento jurídico que regula los intereses contrapuestos de trabajadores y empresarios en el desarrollo del contrato de trabajo. Por ello también podrá considerarse que se atenta contra la dignidad humana cuando se afecten los derechos básicos reconocidos al trabajador en el contrato de trabajo.

El acoso se produce cuando se crea un entorno intimidatorio, humillante u ofensivo para la víctima. Se distingue el acoso como práctica dotada de vocación de cierta permanencia y reiteración, frente a otras agresiones también

6 Así Ruiz Castillo. Que las agresiones lesionen a la víctima también va a depender de su entereza psíquica, de los apoyos sociales con que cuenta etc. No obstante basta con que razonablemente se pueda llegar a la conclusión de que estos episodios atentan contra la dignidad para calificar la conducta como acoso laboral, no siendo por ello preciso que el agredido tenga que soportar los actos hostiles hasta resultar dañado para considerarle víctima de acoso.

7 Así Luelmo Millán, para quien “la dignidad personal y profesional no ha de identificarse con la salud psíquica del acosado, pero en ambos casos debiera proceder una reparación correspondiente en cuanto que se ha procedido a la vulneración de un derecho fundamental”.

contrarias a los derechos humanos, pero meramente episódicas: un insulto, una paliza etc. Por lo tanto el acoso no se identifica con agresiones a la dignidad esporádicas, ni tampoco con la existencia de un ambiente incómodo, desapacible, antipático sino que exige una dosis mínima en la agresión que permita identificar prácticas contrarias al ejercicio de derechos fundamentales, tal como se acaba de exponer. La reiteración en los episodios de acoso, nota apreciada en todas las legislaciones que se han ocupado de definir éste fenómeno, hace muy difícil pensar que quien acosa no actúa dolosamente⁸, a conciencia de que causa un daño para conseguir el móvil que dirige su conducta.

Finalmente indicar que, con el propósito de mantener la mayor correspondencia posible entre el texto actualmente ofrecido por el legislador para regular el acoso discriminatorio, se ha mantenido, para definir el acoso laboral, el término “no deseado” para calificar la recepción de la víctima de la conducta del agente. La normativa legal, que ha trasladado miméticamente la definición comunitaria, es heredera, como ésta última, de la definición más acuñada y precedente dada al acoso sexual. Para este tipo de acoso, el rechazo de la víctima, o en su caso de la sociedad, si constituye un elemento determinante para calificar una conducta como acoso. Sin embargo y con relación al acoso laboral obvio es que calificarlo como conducta no deseada constituye una redundancia innecesaria, pues carece de sentido, salvo en patologías masoquistas, suponer que la víctima puede desear ser acosada.

III – SOLUCIONES JUDICIALES FRENTE AL ACOSO LABORAL: LA PROTECCIÓN DE LA SALUD Y LA REPARACIÓN DE LOS DAÑOS PSÍQUICOS CAUSADOS

A) De carácter preventivo

Las medidas para luchar contra el acoso laboral van a depender de distintas variables: el tipo de acoso al que se somete a la víctima, los bienes e intereses jurídicos perjudicados, los daños causados, la capacidad de resistencia, la permanencia o extinción de la relación contractual establecida entre las partes etc.

No se puede de antemano fijar con carácter general una recomendación acerca de las distintas actuaciones judiciales o administrativas que pueda en

8 No es de esta opinión M^a Fernanda Fernández, para quien no es relevante la intención del agresor, basta que se dañe aún cuando esos resultados no fueran los determinantes causales del comportamiento de acoso.

cada caso emprender la víctima. Lo único seguro es que tal decisión ha de partir de un previo asesoramiento multidisciplinar en el que la víctima tome su decisión después de escuchar a abogados y también a psiquiatras o psicólogos. Lo que está en juego en muchas ocasiones no es tan sólo la defensa de unos derechos contractuales laborales, sino la propia salud e integridad física y moral.

Las prácticas de acoso en muchas ocasiones causan lesiones psíquicas y/o físicas a las víctimas. Visto el acoso laboral desde esta perspectiva, la controversia que se suscita de seguido es si cabría calificarlo como un riesgo a la salud generado en el marco del trabajo y como tal susceptible de generar un deber de seguridad para el empleador conforme las exigencias tanto del art. 4.2.d) Estatuto de los Trabajadores, como del art. 5.1 de la Directiva 89/931. No parece discutible que estas disposiciones, aún genéricas, proponen una obligación global para el empresario de garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores en todos los aspectos relacionados con el trabajo, tal como la citada Directiva indica, por lo que difícil resulta cuestionar que se excluyan de ese deber determinados riesgos en función de su naturaleza o de su origen causal. Lo esencial será determinar si el acoso laboral es susceptible de contemplarse en los planes de prevención de riesgos laborales que las empresas, tal como dispone la Ley 31/95 de Prevención de Riesgos Laborales, están obligadas a establecer. El art. 4.2º de esta ley define el riesgo laboral como “la posibilidad de que un trabajador sufra un determinado daño derivado del trabajo. Para calificar un riesgo desde el punto de vista de su gravedad, se valorarán conjuntamente la probabilidad de que se produzca el daño y la severidad del mismo”. Y su art. 4.7º define como condición de trabajo a cualquier característica del mismo que pueda tener una influencia significativa en la generación de riesgos para la seguridad y salud del trabajador. Entre estas condiciones se incluyen todas aquellas características del trabajo, incluidas las relativas a su organización y ordenación, que influyan en la magnitud de los riesgos a que esté expuesto el trabajador.

Se aprecia por tanto que la voluntad del legislador en el diseño de la normativa de prevención de riesgos no es la de identificar todos y cada uno de los posibles agentes dañinos en el trabajo, sino crear un marco, una norma abierta, que permita la inclusión de todo acontecimiento potencialmente capaz de perjudicar la salud de los trabajadores. Queda entonces definido el riesgo laboral como la posibilidad de sufrir un determinado daño con motivo del trabajo.

Por tanto la reflexión que debe realizarse es si actualmente se ha de considerar razonablemente probable, que en el seno de las empresas se puedan producir episodios de acoso laboral. Pues bien, los estudios de campo realizados

sobre tal cuestión ofrecen un panorama de clara relevancia del fenómeno. El Informe para 2002 de la Agencia Europea para la Seguridad y Salud en el Trabajo⁹ parte del dato de que varios estudios recientes estiman que hasta 40 millones de trabajadores de la Unión Europea sufren estrés de origen laboral, que cuesta a los estados miembros hasta 20.000 millones de euros en tiempo perdido y gastos sanitarios. A su vez el informe del Parlamento Europeo de 16.07.01 partía de la consideración de que un 8% de los empleados de la Unión Europea habían sido víctimas de acoso moral. Estas cifras, unidas a los estudios de campo realizados en España, Informes Cisneros y Randstad antes referidos, evidencian la magnitud de los riesgos psicosociales.

Por ello no parece anecdótico que desde las instituciones europeas se hayan promovido importantes iniciativas que, teniendo muy en cuenta el juego conjunto de los arts. 136 y 137 del Tratado de la Unión¹⁰, parten de considerar de forma explícita a los riesgos sociales, como el estrés y el acoso en el trabajo. Así la Resolución del Consejo de la Unión Europea del 03.06.02, que comparte la opinión de la Comisión en el sentido de que la política de salud y seguridad en el trabajo debe tener como objetivo la mejor continua del estado de bienestar en el trabajo, a la vez, físico, mental y social, pone de relieve la necesidad de mejorar la seguridad y salud laborales estableciendo un entorno de trabajo sano y seguro, lo que constituye a su vez uno de los elementos esenciales de la calidad del trabajo.

No cabe duda por tanto de que en el trabajo existe un núcleo de riesgos de índole psicosocial, entre los que cabría incluir las distintas variantes de acoso, consecuencia de unas relaciones interpersonales inadecuadas¹¹.

Ahora bien, el art. 4.2 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, al momento de definir el término riesgo laboral, introduce una nota adicional de

9 El informe está contenido en: <http://agency.osha.eu.int/publications/annual_report/2002/es/ar2003_ES.PDF>.

10 El art. 136 establece como uno de los objetivos de la Unión la mejora de las condiciones de vida y trabajo y para su consecución el art. 137 precisa que la Comunidad apoyará y completará la acción de los estados miembros en lo relativo, entre otras cuestiones, a la mejora en concreto del entorno de trabajo, para proteger la salud y la seguridad de los trabajadores. Debe tenerse en cuenta también que conforme el proyecto de Constitución Europea, constituyen derechos de la Unión, integrados en su Carta de Derechos Fundamentales, el derecho a la integridad física y psíquica de las personas, art. II-3 y el derecho a trabajar en condiciones que respetan su salud, su seguridad y su dignidad, art. II-31.

11 No debe olvidarse que junto al acoso laboral existen otros riesgos también psicosociales, consecuencia bien de una inadecuada organización del trabajo o de la falta de adaptación del trabajador a las tareas encomendadas como es el caso del síndrome de desgaste personal o síndrome del quemado (*burn-out*), trastorno crónico adaptativo de carácter ansioso como resultado de la interacción del trabajo en las características personales (Cavas).

índole cualitativo que va a permitir discriminar los riesgos por razón de su gravedad. Y así un riesgo será grave por razón de la valoración conjunta de dos parámetros: la probabilidad de que se produzca el daño y la severidad del mismo.

Pues bien, vista la probabilidad ya analizada de que se produzcan episodios de hostigamiento, tampoco cabría ninguna duda al momento de valorar el acoso laboral como un riesgo grave atendiendo a la severidad de los daños susceptibles de causar a la víctima. Los análisis aportados desde la psicología y psiquiatría son contundentes al respecto y tampoco hay que echar en saco roto las demás pérdidas de carácter social y para la propia empresa que se generan¹².

Si se llega por tanto a la conclusión de que el acoso laboral, sea cual sea su causa, constituye por su probabilidad y gravedad un riesgo laboral de considerable entidad y relevancia, no debe tampoco caber la duda de que los trabajadores deben eficazmente ser protegidos del mismo, art. 14.1 de la citada Ley de Prevención, y que por tanto su prevención constituye un correlativo deber de protección para el empresario, que debe, art. 14.2 LPRL, garantizar la seguridad y salud de sus trabajadores en todos los aspectos relacionados con el trabajo.

Por todo ello considero que no puede caber actualmente ninguna duda de que cuando el legislador habla de riesgos laborales, debe interpretarse que no sólo se refiere a los que pueden provocar las máquinas, las instalaciones o el medio en el que se presta el trabajo. También la conducta misma del hombre, la existencia de unas relaciones interpersonales inadecuadas en el marco de la actividad productiva, pueden convertirse en agente causal directo de daños en el entorno del trabajo y por tanto como riesgos laborales hay que considerar al acoso laboral.

Todo aconseja, al menos en las medianas y grandes empresas, a que las posibles prácticas de acoso se incluyan como factor de riesgo psicosocial en el mapa de riesgos laborales susceptibles de prevención en el seno de las empresas, adoptando con ello los procedimientos para su detección y erradicación.

Las medidas preventivas se encaminarían así a conseguir que los episodios de acoso no tuvieran lugar o que producidos puedan ser detectados

12 El informe del Parlamento Europeo llama la atención de que el acoso moral tiene nefastas consecuencias para los empleadores, pues afecta a la rentabilidad y la eficacia económica de la empresa por el absentismo que implica, por la reducción de la productividad de los trabajadores debido a la confusión mental o la falta de concentración y por el pago de subsidios a los trabajadores despedidos, siendo obvios también los perjuicios a la propia sociedad que ha de asumir los costes de prestaciones sociales elevadas.

impidiendo en lo posible sus efectos. Se orientan por tanto a lograr que no llegue a crearse un entorno intimidatorio y hostil para la víctima.

En definitiva, si se llega a la conclusión propuesta de que en el mapa de riesgos laborales deben incluirse los riesgos psicosociales y dentro de ellos las pautas para la prevención del acoso laboral en sus diversas manifestaciones, del tal razonamiento se derivarían las siguientes consecuencias:

– En primer lugar que sería exigible por parte de los trabajadores que en el plan de prevención se contemplaran los riesgos psicosociales y se pautaran los criterios para su prevención. Tal exigencia podría dar lugar a las diversas acciones ante la autoridad administrativa y ante la jurisdicción social en su demanda¹³;

– En segundo lugar que si el plan establecido en la empresa no prevé estos riesgos se podría llegar a la conclusión de que no se han observado las medidas generales de seguridad exigibles, que el accidente causado es por ello consecuencia de este defecto de previsión y por tanto cabría interesar un recargo para las prestaciones económicas causadas tal como prevé el art. 123 de la Ley General de Seguridad Social.

No obstante hay que tener en cuenta que la adopción de este tipo de medidas preventivas no garantizará la erradicación del fenómeno. Dejando aparte todas aquellas iniciativas de autoprotección que individual o colectivamente pudieran adoptar los trabajadores, difícilmente podrán implantarse medidas preventivas frente a aquellos episodios de acoso en los que el acosador sea el empresario o alguien por él mandado. Incluso aún cuando estas medidas de prevención existan, su eficacia es irrelevante cuando el empresario mismo se sitúa extramuros de la legalidad.

Si en cambio adquieren más relevancia estas medidas cuando el acosador sea una persona ajena al propio empresario, supuesto más habitual en los episodios de acoso moral o *mobbing*, porque en tal caso se podrá, e incluso se debería siempre contar, con su voluntad orientada a impedirlo.

13 Llama poderosamente la atención la escasa judicialización de pretensiones en orden al cumplimiento de los efectos preventivos (valga la redundancia) de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales. Lo habitual es que a la jurisdicción social se acuda invocando esta Ley una vez causado el daño y en demanda de pretensiones reparadoras o resarcitorias del mismo. Sin embargo, la jurisdicción social no se emplea para conseguir sentencias declarativas o constitutivas de obligaciones de prevención. Al parecer este tipo de conflictos se canalizan exclusivamente a través de la autoridad laboral.

B) De carácter reparador

Cuando a pesar de todo la víctima ha llegado a sufrir un daño psíquico, además de la atención sanitaria que se le tenga que dispensar, el Sistema de Seguridad Social deberá reconocerle las distintas prestaciones previstas para atender a quien por razón de enfermedad no puede integrarse en el mercado laboral. Si la lesión es temporal le corresponderá una incapacidad temporal y si es definitiva y presenta secuelas que le invaliden para el trabajo se tendrá derecho a una incapacidad permanente en el grado, parcial, total, absoluto o gran invalidez, que atendiendo a las limitaciones funcionales que presente le deba corresponder.

En cualquier caso, el debate que suscita el acoso laboral, visto no desde una perspectiva preventiva sino reparadora, es si las secuelas, físicas y/o psíquicas que causa, habrían de calificarse como accidente laboral o enfermedad. La fijación de la contingencia determinante no es cuestión baladí dado el mejor nivel de protección que propone el Sistema de Seguridad Social para los accidentes de trabajo.

El art. 115.1 de la Ley General de Seguridad Social define el accidente como toda lesión corporal, tanto física como psíquica¹⁴, que el trabajador sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecute por cuenta ajena. Parte el legislador de una concepción dinámica de lesión: accidente como acontecimiento posible pero incierto, que de ocurrir actualiza, hace surgir, la lesión; existiría una sincronía entre la contingencia y la lesión¹⁵. El accidente, así considerado, en concordancia con la definición que de este fenómeno ofrece el art. 100 de la Ley de Contrato de Seguro, constituye un acontecimiento producido por una causa violenta, súbita, externa y ajena a la intencionalidad de la víctima.

Ahora bien, para que esta lesión producida por un accidente, se califique como accidente de trabajo, entre lesión y trabajo debe existir una determinada relación, de modo que no toda lesión padecida por un beneficiario del sistema sería accidente, sino sólo aquellas sufridas con ocasión o consecuencia del trabajo. Pues bien, esa relación se presume por el legislador, art. 115.3 citado, para toda lesión que sufra el trabajador durante el tiempo y lugar de trabajo¹⁶.

14 En este sentido STS de 18.03.98 RJ 3006/98.

15 En estos términos Desdentado Bonete y Nogueira Guastavino.

16 La aplicación de esta presunción legal es la que ha abierto la vía para que las lesiones que no serían accidentes conforme el art. 115.1 LGSS y 100 LCT, y por tanto serían actualizaciones de procesos de enfermedad, así se consideren. Es el caso sobradamente conocido en la jurisprudencia de los infartos y otras lesiones coronarias padecidas en el trabajo.

DOCTRINA

Desde esta perspectiva los daños causados por el acoso laboral, consistentes en patologías psíquicas diversas que no se actualizan de modo inmediato, no podrían considerarse como accidente de trabajo ya que no aparecen súbitamente y en el lugar y tiempo de trabajo, sino de modo lento y progresivo, fuera de estas coordenadas espaciotemporales y cuando pueda perfilarse su diagnóstico. Es entonces, fuera del tiempo y lugar de trabajo, cuando nacería la situación protegida por la cobertura prestacional del sistema.

Sin embargo, el art. 115 en su apartado 2, considera también como accidentes de trabajo a otros supuestos en que por no ser actualización de lesión y producirse en lugar y tiempo de trabajo (115.2 e y f) o por ser accidentes en sentido estricto pero producirse fuera de las coordenadas del lugar y tiempo de trabajo (apartados del 115.2 a, b, c, d y g), considera el legislador que han de recibir esa misma calificación.

Entre estos supuestos destaca el del art. 115.2.e):

“Las enfermedades que contraiga el trabajador con motivo de la realización de su trabajo, siempre que se pruebe que la enfermedad tuvo por causa exclusiva la ejecución del mismo.”

Como puede apreciarse, la norma exige la demostración de que la enfermedad tuvo como causa exclusiva la ejecución del trabajo. Dicha prueba corresponde al acosado que invoca el derecho a que se le reconozca que su lesión es un accidente de trabajo y le obliga a demostrar un nexo causal entre el trabajo y el daño que excluya otras posibles causas extralaborales. No basta por tanto el simple diagnóstico de la presencia de una determinada patología psíquica, sino que es preciso acreditar que esas lesiones se causaron precisamente por el trabajo para el que se prestan servicios.

Para tal demostración es precisa una sólida prueba pericial.

El perito, psiquiatra o psicólogo, puede deducir si se encuentra frente a un simulador, un fabulador o una persona con delirios o si por el contrario su paciente efectivamente padece una lesión cierta y así deberá trasladar su opinión al tribunal.

También puede llegar a la conclusión de que la causa de la lesión es una reacción frente a un acontecimiento exterior y en concreto el trabajo, descartando otros contextos: familia, amigos etc. y descartando también que la lesión traiga causa en componentes endógenos a la propia víctima.

También puede identificar el nivel de vulnerabilidad de la víctima y con ello justificar lesiones frente a agresiones o meras situaciones (estrés laboral) que otras personas soportan adecuadamente.

DOCTRINA

Una pericia pues que demuestre adecuadamente que el enfermo padece una dolencia real cuya causa sólo es posible ubicar en el contexto de su actividad laboral, debe ser suficiente para demostrar el nexo lesión y trabajo preciso para calificar el supuesto analizado judicialmente como accidente laboral, si bien resulta obvio que el mero diagnóstico acerca de la existencia de una enfermedad psíquica, en una persona que realiza una actividad laboral¹⁷, no sería suficiente debido a las distintas causas a las que pueden responder las secuelas psíquicas diagnosticadas, siendo precisa la acreditación del nexo entre lesión y trabajo excluyente de otras fuentes alternativas de las lesiones padecidas.

Más discutible resulta si en estos casos la prueba pericial ha de verse acompañada de otras demostrativas de la existencia de episodios de acoso laboral. Tal necesidad debería vincularse al resultado mismo de la prueba pericial. Si ésta puede identificar que los síntomas que padece el beneficiario, sólo pueden traer causa en el trabajo excluyendo otro entorno y se corresponden con las reacciones somáticas propias de quien ha estado expuesto con la frecuencia e intensidad precisadas a las distintas estrategias de acoso, científicamente identificadas, considero que el acoso ha de darse por probado siguiendo los parámetros del art. 115.2.e)¹⁸. Debe tenerse en cuenta que la psiquiatría identifica los trastornos por acoso psicológico como síndromes de estrés producidos por un estresor traumático crónico. Por tanto si el perito acredita que el síndrome que padece el beneficiario deriva de haber estado sometido a un estresor traumático crónico e identifica el trabajo como el único medio posible donde poder haber padecido las agresiones sufridas, considero que se alcanza una prueba bastante para aplicar el citado art. 115.2.e) LGSS.

Pero además del art. 115.2.e), los acosos laborales también podrían a mi entender calificarse como accidentes de trabajo al cobijo del art. 115.2.f): “las enfermedades o defectos padecidos con anterioridad por el trabajador que se agraven como consecuencia de la lesión constitutiva del accidente”. Encajarían en este supuesto aquellos trabajadores que, padeciendo una enfermedad psíquica, ésta se viera agravada por el acoso laboral al que fueron sometidos.

En estos casos la prueba versaría acerca de la relevancia del hostigamiento padecido en el agravamiento de unas lesiones previas al trabajo, sin que entonces fuera precisa la acreditación del trabajo como causa excluyente de cualquier otra. La lesión en estos supuestos es extralaboral y lo que debe demostrarse es

17 En este sentido Caldeiro Ruiz.

18 Así González de Rivera y Rodríguez Abuín.

que su agravamiento se produce como consecuencia de los episodios de acoso padecidos.

Por ello en estos supuestos si será preciso demostrar la existencia de las agresiones padecidas así como cabalmente la incidencia de estos hostigamientos en el agravamiento de la lesión extralaboral que sufre el beneficiario.

Ahora bien, ninguna relevancia tendría para la calificación del acoso laboral como accidente de trabajo ni el móvil que impulsa al acosador, ni el grado de imputabilidad que alcance su conducta, ni la relación jurídica que pudiera existir entre agresor y víctima, pues debe tenerse presente que al momento de fijar el derecho a percibir prestaciones del Sistema de Seguridad Social es intrascendente que el acosador actuara dolosa o negligentemente, o que tuviera o no relación contractual directa con la víctima: bastará acreditar la relación lesión y trabajo para que operen los mecanismos protectores, de naturaleza objetiva, previstos por el sistema.

IV – SOLUCIONES JUDICIALES FRENTE AL ACOSO LABORAL: LA PROTECCIÓN DESDE LA ÓPTICA CONTRACTUAL

Hasta ahora hemos visto las acciones a emprender orientadas a preservar la salud o a obtener prestaciones que compensen de su pérdida.

Junto a ellas existen otras posibles pretensiones que puede articular la víctima en defensa de sus derechos estrictamente laborales y relativas a la relación jurídica que la vincula a la empresa.

La decisión depende de si su interés pasa por mantener vigente la relación laboral o decide por el contrario extinguirla, alternativa esencialmente vinculada a su capacidad de sobrellevar posibles situaciones de exacerbación del conflicto y por tanto a su entereza psíquica.

Si opta por mantener el vínculo laboral la víctima solicitará al juez que se declare que la conducta empresarial, constitutiva de acoso, viola alguno o varios de sus derechos fundamentales, debiendo ser repuesto en ellos de modo inmediato, cesando en definitiva las prácticas de acoso emprendidas y reponiéndole en la plenitud del disfrute de dichos derechos, pudiendo a su vez reclamar una indemnización por los daños y perjuicios causados. El cauce procesal para emprender esta pretensión será la denominada demanda de tutela de derechos fundamentales a través de la modalidad procesal prevista en el art. 175 y siguientes de la Ley de Procedimiento Laboral.

Si decide extinguir el contrato su pretensión, con fundamento también en la vulneración de derechos fundamentales, bien de los referidos en los arts.

14 a 29 de la Constitución Española, dotados del mayor nivel de protección, bien en la vulneración de sus derechos laborales básicos, consistirá en que el juez, con fundamento en el art. 50 del Estatuto de los Trabajadores y a través del procedimiento laboral ordinario, declare extinguido el contrato de trabajo con derecho a ser indemnizado y con acogimiento a las prestaciones por desempleo. La indemnización, en el caso de que los derechos vulnerados sean de legalidad ordinaria, ascenderá a 45 días de salario por año de servicio en la empresa, siendo superior y resarcitoria de la integridad de los perjuicios causados, para el supuesto en que se hubieran vulnerado derechos fundamentales de los previstos en los indicados arts. 14 a 29.

Obviamente, en los supuestos de *mobbing* o acoso moral en sentido estricto, la víctima como consecuencia de las prácticas de acoso habrá visto vulnerada su integridad moral, lo que constituirá un proceder contrario al derecho fundamental a la integridad física y moral que protege el art. 15 de la Constitución, dando con ello lugar al mayor nivel de protección que permite el ordenamiento. En cambio, cuando los episodios de hostigamiento traen causa en prácticas calificables como acoso laboral, recordemos que se trata de aquellos supuestos en los que el empresario o sus mandatados hostigan al trabajador para conseguir la renuncia al empleo o a determinados derechos laborales, lo habitual será que los derechos vulnerados sean los laborales básicos que no darían lugar a otra indemnización que la legalmente prevista en estos casos de 45 días de salario por año de servicio.

También viene siendo habitual que, despidos adoptados por el empresario y por tanto decisiones extintivas del contrato nacidas de su personal voluntad decisoria, se califiquen por el trabajador como el momento culminante y final de un proceso reiterado de acoso laboral, cuando no incluso moral. La práctica sin embargo viene demostrando que no es habitual que el empresario que acosa laboralmente a un trabajador, y menos aún si practica el *mobbing*, tome la decisión de despedirle. Ciertamente es que puede ocurrir que en un contexto calificable de acoso laboral, el empresario adopte esa medida, pero, cuando así acontece, no suele constituir la culminación de las prácticas de acoso. Quien acosa pretende en cualquier caso que el acosado renuncie a sus derechos y despedirle es darle una oportunidad para reivindicarlos. Aún más evidente resulta el caso del acoso moral: el acosador, perverso narcisista pretende la destrucción de la víctima. Que ésta escape de su control y dominio no entra en sus previsiones; podría decir que no conozco de ningún caso en el que, adecuadamente calificable de *mobbing*, el empresario acosador haya optado por despedir a la víctima. Más impensable es el caso en que quien acosa no es el empresario sino un compañero de trabajo, persona que obviamente carece de facultades para adoptar este tipo de decisiones.

DOCTRINA

Pues bien, en todos estos litigios, a diferencia de lo que ocurre cuando se reclaman las prestaciones del Sistema de Seguridad Social por las secuelas causadas por las prácticas de acoso, es preciso acreditar los episodios de acoso, su autoría y los daños causados.

En mi opinión, aún tratándose de atentados contra derechos fundamentales, no cabe hablar de inversión de la carga de la prueba, práctica procesal que con la mera aportación por el trabajador demandante de datos indiciarios de que se ha podido violar un derecho fundamental, obliga al empresario demandado a acreditar de modo objetivo y razonable su conducta, de modo que si no justifica bajo estas premisas su proceder, se da por probado que se pretendía atentar contra un derecho fundamental. Y no cabe porque no estamos frente a actos de represalia por parte del empresario en respuesta al ejercicio por el trabajador de sus derechos fundamentales, sino ante directas violaciones de éstos por parte del empleador o sus mandatados y es preciso que esas violaciones queden acreditadas.

Es necesario por tanto que la víctima alegue y acredite los episodios que constituyen el acoso. También deberá demostrar la autoría del acosador, sin perjuicio obviamente de que cuando quien acosa no es el empresario sino una persona por él mandatada o que actúa dentro de su ámbito organizativo empresarial, podrá imputarse al empleador la responsabilidad que por tales conductas y por razón de su posición en el contrato de trabajo, le deba corresponder.

Finalmente también deberán probarse los daños causados y la relación causal entre éstos y los episodios de acoso demostrados, en el sentido de demostrar una correspondencia entre el diagnóstico emitido acerca de las lesiones psíquicas que presenta la víctima y los hostigamientos padecidos, de modo que resulte plausible que esas agresiones pudieran dar lugar al diagnóstico alcanzado, descartándose otras fuentes distintas de los episodios de acoso en el entorno de la relación laboral.

No obstante, considero que no se puede llegar a la conclusión de que este tipo de litigios es de éxito imposible, por razón de las exigencias probatorias que se acaban de exponer. Una norma general del derecho es que quien alega debe probar y por tanto quien alega haber sido objeto de acoso, también debe acreditar los episodios acontecidos y los daños causados por este motivo. La práctica viene demostrando que este tipo de agresiones habitualmente deja huellas: documentos, testigos etc., mucho más que cuando se trata de acosos de tipo sexual en los que la agresión habitualmente se produce cuando víctima y acosador están a solas.

DOCTRINA

Sin embargo, cierto es que el debate de todas estas cuestiones en sede judicial ni está cerrado ni tampoco en la actualidad se han dado respuestas acabadas a determinadas cuestiones que surgen en este tipo de procesos.

Una de ellas desde mi punto de vista no resuelta adecuadamente por los tribunales es si los atentados a la dignidad vulnerando derechos fundamentales pero que no hayan llegado a provocar lesiones en la víctima, pueden ser susceptibles de recibir una indemnización reparadora de los daños y perjuicios causados.

Ello exige definir que debe entenderse por daño moral: ¿la lesión a la integridad moral exige causar a la víctima un daño psíquico y por tanto demostrar un deterioro de su salud?, o también ¿se lesiona la integridad moral cuando simplemente se ofende gravemente a la persona atentando contra su dignidad?

Hay que tener en cuenta que nuestro ordenamiento tutela de este modo determinados derechos esencialmente vinculados a la personalidad y cuya trasgresión por ello resulta difícilmente mensurable. Así la Ley Orgánica 1/82 de Protección al Honor, Intimidación Personal y Familiar y Propia Imagen establece en su art. 9.3:

“La indemnización se extenderá al daño moral que se valorará atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta, en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido. También se valorará el beneficio que haya obtenido el causante de la lesión como consecuencia de la misma.”

¿No podríamos considerar vejatorio a la dignidad y susceptible de ser indemnizado el supuesto de hecho referido en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 14.05.02, en que un empresario coloca a dos trabajadoras de cara a la pared y sentadas en una mesa de pequeñas dimensiones similar a un pupitre de colegio, con independencia de que tal decisión les hubiera o no causado algún tipo de lesión psíquica?. Si así lo consideramos estamos admitiendo indemnizar por una actuación vejatoria que no ha causado un daño mensurable a las víctimas, estamos en definitiva aceptando indemnizar por un daño moral en sentido estricto.

No parece por tanto que pudieran invocarse argumentos de peso para negar indemnizaciones por daños con afectación a bienes y derechos de la personalidad, cualquiera que fuera el contexto en el que tales lesiones se produjeran.

DOCTRINA

El llamado precio del dolor ha sido una referencia constante para justificar este tipo de indemnizaciones: resarcir el sufrimiento padecido, con independencia de que lo sufrido provoque definitivas secuelas que pudieran recibir otro tipo de satisfacción, sigue constituyendo a mi entender un derecho de la víctima que de no contemplarse impediría la reparación integral del daño.

Pero debe quedar avisado el lector de que admitiendo la reparación indemnizatoria de los genuinos daños morales, generamos un problema adicional y es el de su determinación. Así como para reparar los daños materiales: daño emergente y lucro cesante, contaremos siempre con elementos para su cálculo que permitan adoptar una solución objetiva, no existe ninguna pauta que justifique las razones por las que un daño moral se indemniza. Si lo pretendido es resarcir del sufrimiento padecido podremos incluso fijar criterios objetivos para, comparando unos padecimientos frente a otros, diferenciarlos por su gravedad y concluyendo entonces que los padecimientos más graves deben recibir una mayor indemnización que los menos graves, pero en todo caso se carecerá de criterios para fijar el *quantum* de cualquiera de ellos. Y lo que es más grave, la inexistencia de criterios susceptibles de objetivación pueden conducir a la arbitrariedad del juez, de modo que sufrimientos de intensidad similar pueden recibir distintas indemnizaciones según el entender de quien sentencia.

Por eso una de las alternativas que se baraja es acudir al baremo fijado en la Ley de Vehículos de Motor. En ella el legislador, buscando la seguridad jurídica que proporciona una igual solución para casos iguales, ha sustituido al juez en su función calibradora del daño y ha establecido unas indemnizaciones (se entiende que por los daños causados en accidentes de circulación), que también comprenden los daños morales en sentido estricto. Se ha construido con esta finalidad un baremo que identifica todo el elenco de posibles lesiones que conjugado con la edad de la víctima, su *status* personal familiar y económico, establece unas determinadas cuantías indemnizatorias, comprensivas también del daño moral que la lesión conlleva. El problema es que la aplicación de dicho baremo sólo resultaría factible en los supuestos en que se hubiera causado una lesión física o psíquica mensurable, que también se indemniza, por lo que no solventa aquellos otros supuestos en los que la víctima hubiera sido sometida a vejaciones contrarias a su dignidad, atentatorias de derechos fundamentales, pero que no hubieran provocado lesión.

Notas e Comentários

PROPOSIÇÕES EM RELAÇÃO À DURAÇÃO DE TRABALHO EM TRAMITAÇÃO NO CONGRESSO NACIONAL

A proposta de maior repercussão, no momento, no Congresso Nacional sobre duração de trabalho é a PEC 231/95, de autoria dos ex-Deputados e atuais Senadores Inácio Arruda (PCdoB/CE) e Paulo Paim (PT/RS), que dispõe sobre a jornada máxima de trabalho de 40 horas semanais.

A proposição prevê a redução da carga horária máxima semanal de 44 para 40 horas e o aumento do valor da hora extra de 50%, do valor normal, para 75%, e mantém as demais regras contidas na Constituição: jornada diária máxima de oito horas e possibilidade de compensação de horários e de redução da jornada mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho.

Apresentada em outubro de 1995, a proposta foi admitida em 1996 pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania. Em 1997 foi criada comissão especial para analisar a proposta. Essa comissão não concluiu seu trabalho, sendo a proposta arquivada em 1999, em razão da mudança de legislatura – em 2003 e 2007, tendo sido desarquivada em 2008, quando criada uma nova comissão especial.

A atual comissão, presidida pelo Deputado Luiz Carlos Busato (PTB/RS), foi criada em 25 de fevereiro de 2008, constituída em 5 de fevereiro de 2008 e instalada, de fato, somente no dia 16 de dezembro de 2008, quando foi designado Relator o Deputado Vicentinho (PT/SP). A sua composição atual é de 17 deputados titulares e 9 suplentes. O prazo regimental para a conclusão dos trabalhos foi prorrogado e a proposta não recebeu emendas.

A tendência de votação na comissão especial foi tema de pesquisa realizada pelo Departamento Intersindical de Assessoria Parlamentar em março. Dos 17 titulares da comissão especial, 11 se declararam favoráveis, dois são contra e outros disseram não ter ainda posição formada. Dirigentes das principais centrais sindicais do país que participaram da comissão geral no Plenário da Câmara dos Deputados para discutir o tema entregaram ao Presidente da Câmara dos Deputados um abaixo-assinado com mais de 1,5 milhões de assinaturas pedindo a redução da jornada permitida de trabalho, sem a redução dos salários.

O Ministro do Tribunal Superior do Trabalho, Mauricio Godinho Delgado, defendeu, em audiência pública, a redução da jornada de trabalho de 44 para 40 horas semanais, sob a alegação de que esta prática combateria os

NOTAS E COMENTÁRIOS

efeitos da crise econômica mundial. Afirmou ainda que a jornada menor implicaria novas contratações para se manter o nível de produção, desencadeando um ciclo virtuoso, com o aumento da demanda interna e a reativação da economia.

Em outra audiência pública representantes da Confederação Nacional da Indústria (CNI) e do Comércio (CNC) criticaram a proposta. O representante da CNC, Alaim Macgregor, afirmou que a PEC não contribuirá para diminuir a taxa de desemprego no país e se a redução da jornada for aprovada será necessário reestruturar os negócios, o que provocará queda no número de postos de trabalho.

Dagoberto Godoy, representante da CNI, acrescentou que a medida elevará os custos de produção para atender à demanda e que o mercado mundial é competitivo. De acordo com ele, países como China e Índia oneram menos as empresas e têm maior jornada de trabalho que o Brasil.

O Relator, Deputado Vicentinho, apresentou parecer favorável à aprovação da Proposta, cuja votação está prevista este mês de junho.

Parlamentares favoráveis à aprovação da proposta apresentaram um pedido de vista, acatado pelo presidente do colegiado, Deputado Luiz Carlos Busato.

O Deputado Paulo Pereira da Silva (PDT/SP) esclareceu que o pedido de vista foi apenas para evitar o adiamento da votação, caso seja solicitado novo prazo, considerando que o pedido de vista só pode ser concedido uma vez por relatório.

O Relatório destaca que a redução da jornada terá pouco impacto nas empresas, pois a média da duração do trabalho no país já é inferior às 44 horas previstas na Constituição – no setor automotivo é de 40 horas, valor fixado em convenção coletiva. O Relator citou dados do Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos (Dieese) que mostram que a carga de 40 horas semanais, seguida da manutenção do patamar salarial, vai significar um crescimento de apenas 1,99% no custo da produção.

A PEC determina também que o pagamento das horas extras deve ter um acréscimo de 75% sobre o valor da hora normal. O Relator explicou que o objetivo dessa medida é incentivar as empresas a trocar a hora extra por mais contratações.

Dentre as oitenta e duas propostas, aproximadamente, que tramitam na Câmara dos Deputados e as mais de vinte no Senado Federal, segue breve relato sobre algumas delas.

NOTAS E COMENTÁRIOS

PROPOSIÇÕES EM TRAMITAÇÃO NA CÂMARA DOS DEPUTADOS

Projeto de Lei nº 1.326/1988

Data da Apresentação: 05.12.88

Ementa: Regulamenta o disposto no inciso XVI da Constituição, sobre a remuneração do serviço extraordinário.

Autor: Deputado Jorge Arbage (PDS/PA).

Apreciação/Regime de tramitação: Proposição Sujeita à Apreciação do Plenário/Ordinária.

Despacho: Comissão de Trabalho de Administração e Serviço Público (CTASP) e Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC).

Apensados: PL 6.519/02

Situação: Plenário – Pronto para a Pauta.

Explicação: Regulamenta dispositivos da Constituição Federal de 1988. Considera como trabalho extraordinário o de duração horária superior a cinquenta por cento do normal, exceto em atividades consideradas penosas ou perigosas quando tal remuneração será de cem por cento a do trabalho normal.

Projeto de Lei nº 1.626/1989

Data de Apresentação: 07.03.89

Ementa: Dispõe sobre a profissão de Empregados Domésticos, prevê novos direitos, cria a categoria de Empregador Doméstico e dá outras providências. *Nova ementa:* “Dispõe sobre a proteção do trabalho doméstico, e dá outras providências”.

Autor: Deputada Benedita da Silva (PT/RJ).

Apreciação/Regime de tramitação: Proposição Sujeita à Apreciação do Plenário/Ordinária.

Despacho: CTASP e CCJC.

Situação: Plenário – Pronto para a Pauta.

Explicação: Garante direitos trabalhistas da categoria, estabelecendo a duração do trabalho normal não superior a 8 horas diárias e 44 horas semanais, facultada a compensação de horários e a redução de jornada, mediante acordo ou convenção coletiva do trabalho.

NOTAS E COMENTÁRIOS

Projeto de Lei nº 343/1991

Data de Apresentação: 02.04.03

Ementa: Fixa em 06 horas diárias a jornada de trabalho dos empregados de empresa cinematográfica.

Autor: Deputado Carlos Cardinal (PDT/RS).

Apreciação/Regime de tramitação: Proposição Sujeita à Apreciação do Plenário/Ordinária.

Despacho: CTASP e CCJC.

Apensados: PL 949, de 2003; PL 1.377, de 2003; PL 1.611, de 2003; e PL 2.322, de 2003.

Situação: Plenário – Pronto para a Pauta.

Explicação: A duração normal do trabalho dos empregados em empresas cinematográficas não excederá 6 (seis) horas diárias.

Projeto de Lei nº 4.653/1994

Data de Apresentação: 16.06.94

Ementa: Dispõe sobre a jornada de trabalho de 40 horas semanais.

Autor: Paulo Paim (PT/RS).

Apreciação/Regime de tramitação: Proposição Sujeita à Apreciação Conclusiva pelas Comissões – Art. 24 II /Ordinária.

Despacho: Comissão de Desenvolvimento Econômico, Indústria e Comércio (CDEIC), CTASP e CCJC.

Apensados: PL 1.115/95, PL 2.985/97, PL 7.460/02, PL 2.334/96, PL 3.783/04, PL 6.991/06, PL 2.719/97, PL 3.129/97, PL 3.244/97, PL 3.249/97, PL 3.948/97, PL 610/99, PL 948/99, PL 5.244/01, PL 1.242/99, PL 1.644/99, PL 2.409/00, PL 5.436/01, PL 2.658/00, PL 2.767/00, PL 6.938/02, PL 3.128/00, PL 3.260/00, PL 3.510/00, PL 3.641/00, PL 3.812/00, PL 5.007/01, PL 6.340/02, PL 7.477/02, PL 1.567/03, PL 342/03, PL 7.689/06, PL 2.838/08, PL 3.344/08, PL 7.663/06, PL 160/07, PL 2.381/07, PL 3.243/08, PL 3.603/08, PL 3.610/08.

Situação: Comissão de Desenvolvimento Econômico, Indústria e Comércio – Aguardando Designação de Relator.

NOTAS E COMENTÁRIOS

Explicação: Dispõe sobre a limitação da jornada para todos os empregados, inclusive os públicos, os rurais e os domésticos.

– a *duração* normal do trabalho não pode ser superior a 8 (oito) horas diárias e 40 (quarenta) horas semanais.

– faculta a compensação de horários e a redução de jornada mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho.

Proposta de Emenda à Constituição nº 231/1995

Data de Apresentação: 11.10.95

Ementa: Altera os incisos XIII e XVI do art. 7º da Constituição Federal (Reduz a jornada máxima de trabalho para quarenta horas semanais e aumenta para setenta e cinco por cento a remuneração de serviço extraordinário. Altera a Constituição Federal de 1988).

Autor: Senador Inácio Arruda (PCdoB/CE).

Apreciação/Regime de tramitação: Proposição Sujeita à Apreciação do Plenário/Especial.

Despacho: CCJC e Comissão Especial.

Apensados: PECs 271/95, 393/01.

Situação: Comissão Especial: Apresentado o Parecer do Relator, Deputado Vicentinho. Concedida Vista Conjunta aos Deputados Carlos Sampaio, Chico Lopes, Paulo Pereira da Silva e Rita Camata.

Explicação: Redução da carga horária máxima semanal de 44 para 40 horas e o aumento do valor da hora extra de 50% do valor normal para 75%. A proposta mantém as demais regras contidas na Constituição: jornada diária máxima de oito horas e possibilidade de compensação de horários e de redução da jornada mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho.

Projeto de Lei nº 14/1999

Data da Apresentação: 03.02.99

Ementa: Altera o art. 224 do Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943 – Consolidação das Leis do Trabalho (Reduz para cinco horas contínuas a jornada de trabalho dos empregados em bancos, casas bancárias e Caixa Econômica Federal).

Autor: Deputado Paulo Rocha (PT/PA).

NOTAS E COMENTÁRIOS

Apreciação/Regime de tramitação: Proposição Sujeita à Apreciação Conclusiva pelas Comissões – Art. 24 II /Ordinária.

Despacho: CSSF, CTASP e CCJC.

Apensados: PL 1.417/07.

Situação: CSSF – Aguardando Parecer.

Explicação: A duração normal do trabalho dos empregados em bancos, casas bancárias e Caixa Econômica Federal será de 05 (cinco) horas contínuas nos dias úteis, com exceção dos sábados.

Projeto de Lei do Senado nº 2.295/2000 (161/1999 no Senado Federal)

Data da Apresentação: 11.01.00

Ementa: Dispõe sobre a jornada de trabalho dos Enfermeiros, Técnicos e Auxiliares de Enfermagem.

Autor: Senado Federal – Lúcio Alcântara (PSDB/CE).

Apreciação/Regime de tramitação: Proposição Sujeita à Apreciação do Plenário/Prioridade.

Despacho: CTASP, CSSF e CCJC.

Apensados: PL 969/99, PL 794/07 e PL 1.891/07.

Situação: CSSF – Concedida Vista ao Deputado Andre Zacharow.

Explicação: Estabelece em 6 horas diárias e 30 horas semanais a duração da jornada de trabalho dos Enfermeiros, Técnicos, Auxiliares de Enfermagem e Parteiras.

Projeto de Lei nº 632/2003

Data de Apresentação: 02.04.03

Ementa: Dispõe sobre a redução da jornada de trabalho para os trabalhadores pais ou detentores de guarda judicial de filho portador de deficiência física ou mental grave.

Autor: Deputada Maria do Rosário (PT/RS).

Apreciação/Regime de tramitação: Proposição Sujeita à Apreciação Conclusiva pelas Comissões – Art. 24 II /Ordinária.

Despacho: CSSF, CTASP e CCJC.

NOTAS E COMENTÁRIOS

Apensados: PL 949/03, PL 1.377/03, PL 1.611/03, PL 2.322/03.

Situação: CTASP – Aguardando Parecer.

Explicação: A duração normal da jornada de trabalho, estabelecida no art. 7º da Constituição Federal, será reduzida em duas horas diárias para os trabalhadores pais ou detentores de guarda judicial de filho com deficiência física ou mental grave.

Projeto de Lei nº 3.783/2004 (Apensado ao PL 2.334/1996 – Apensado ao PL 4.653/1994)

Data de Apresentação: 15.06.04

Ementa: Altera o art. 62 da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, para dispor sobre a inclusão de motoristas, propagandistas, cobradores e vendedores no regime geral de jornada de trabalho.

Autor: Deputada Dra. Clair (PT/PR).

Apreciação/Regime de tramitação: Proposição Sujeita à Apreciação Conclusiva pelas Comissões – Art. 24 II/Ordinária.

Apensado: PL 6.991/06.

Situação: CDEIC: Tramitando em Conjunto.

Explicação: O art. 62 da CLT, que ora se altera, insere exceções ao regime geral de jornada de trabalho, em função da impossibilidade de aferir-se com segurança a duração do trabalho prestado.

Projeto de Lei nº 3.853/2004

Data de Apresentação: 23.06.04

Ementa: Dispõe sobre o trabalho educativo do adolescente, previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Autor: Deputado Carlos Sampaio (PSDB/SP).

Apreciação/Regime de tramitação: Proposição Sujeita à Apreciação Conclusiva pelas Comissões – Art. 24 II/Ordinária.

Despacho: CTASP, CSSF e CCJC.

Apensados: PL 4.388/04 e PL 4.995/05.

NOTAS E COMENTÁRIOS

Situação: CTASP: Aguardando Parecer.

Explicação: Prevê, entre outras medidas, a *duração* do trabalho educativo não superior a seis horas diárias, sem prejuízo do comparecimento à escola.

Projeto de Lei nº 7.663/2006 (Apensado ao PL 4.653/1994)

Data de Apresentação: 13.12.06

Ementa: Altera dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho, da Lei nº 605, de 1949, e da Lei nº 7.369, de 1985, e dá outras providências (Reduz para quarenta horas a jornada semanal de trabalho; exige negociação coletiva para horas extras; exige cartão de ponto ou ponto eletrônico, inclusive para micro e pequenas empresas; obriga o pagamento cumulativo dos adicionais de insalubridade e periculosidade e institui o adicional de penosidade. Altera o Decreto-Lei nº 5.452, de 1943)

Autor: Deputado Daniel Almeida (PCdoB/BA).

Apreciação/Regime de tramitação: Proposição Sujeita à Apreciação Conclusiva pelas Comissões – Art. 24 II /Ordinária.

Apensados: PL 160/07; PL 2.381/07.

Situação: CDEIC – Tramitando em Conjunto.

Explicação: Dispõe que a *duração* normal de trabalho para os empregados em qualquer atividade privada não excederá 08 (oito) horas diárias e 40 (quarenta) horas semanais. Prevê que, no trabalho desenvolvido em turnos ininterruptos de revezamento, assim entendido aquele em que o empregado é obrigado a trabalhar em três turnos, em sistema de alternância, a *duração* normal de trabalho será de 06 (seis) horas diárias, salvo negociação coletiva, observada, em qualquer hipótese, a *duração* máxima semanal de 36 (trinta e seis) horas (NR). A *duração* normal do trabalho poderá ser acrescida de horas suplementares, em número não excedente de 2 (duas) diárias, mediante acordo escrito entre empregado e empregador, desde que autorizado por negociação coletiva.

Projeto de Lei nº 82/2007

Data de Apresentação: 08.02.07

Ementa: Altera a redação do art. 8º da Lei nº 9.719, de 27 de novembro de 1998, que “dispõe sobre normas e condições gerais e proteção ao trabalho portuário, institui multas pela inobservância de seus preceitos, e dá outras

NOTAS E COMENTÁRIOS

providências” (Reduz para 6 [seis] horas o intervalo mínimo de descanso do trabalhador portuário avulso).

Autor: Deputado Beto Mansur (PP/SP).

Apreciação/Regime de tramitação: Proposição Sujeita à Apreciação Conclusiva pelas Comissões/Ordinária.

Despacho: CTASP e CCJC.

Apensados: PL 4.819/09.

Situação: CTASP – Aguardando Parecer.

Explicação: Na escalação diária dos trabalhadores portuários avulsos deverá ser observado o intervalo mínimo de seis (06) horas consecutivas entre duas jornadas, salvo em situações excepcionais, constantes de acordo ou convenção coletiva de trabalho (o intervalo mínimo de que trata este artigo será observado sempre que o trabalhador portuário avulso tenha cumprido a carga horária máxima de seis (6) horas consecutivas, no seu respectivo turno de trabalho imediatamente anterior.

Projeto de Lei nº 1.093/2007

Data da Apresentação: 16.05.07

Ementa: Regulamenta a profissão de Controlador de Tráfego Aéreo e dá outras providências.

Autor: Deputado Celso Russomano (PP/SP).

Apreciação/Regime de tramitação: Proposição Sujeita à Apreciação Conclusiva pelas Comissões – Art. 24 II /Ordinária.

Despacho: Comissão de Relações Exteriores e de Defesa Nacional (CREDN), Comissão de Viação e Transporte (CVT), CTASP e CCJC.

Situação: CTASP – Aguardando Designação de Relator.

Explicação: Os turnos de serviço noturno, ou mistos (diurno e noturno), com duração de 08 (oito) horas ou mais, serão seguidos de um repouso e uma folga.

Projeto de Lei nº 1.891/2007 (Apensado ao PL 2.295/2000)

Data de Apresentação: 28.08.07

Ementa: Acrescenta dispositivo à Lei nº 7.498, de 25 de junho de 1986, para dispor sobre a duração do trabalho dos enfermeiros, técnicos de enfermagem, auxiliares de enfermagem e parteiras.

NOTAS E COMENTÁRIOS

Autor: Deputado Mauro Nazif (PSB/RO).

Apreciação/Regime de tramitação: Proposição Sujeita à Apreciação do Plenário/Prioridade.

Apensados: 2.392/07

Situação: CSSF – Tramitando em Conjunto.

Explicação: Fixa a *duração* do trabalho em trinta horas semanais.

Projeto de Lei nº 1.892/2007

Data de Apresentação: 28.08.07

Ementa: Acrescenta dispositivo à Lei nº 6.684, de 3 de setembro de 1979, para dispor sobre a *duração* do trabalho do Biomédico.

Autor: Deputado Mauro Nazif (PSB/RO).

Apreciação/Regime de tramitação: Proposição Sujeita à Apreciação Conclusiva pelas Comissões – Art. 24 II/Ordinária.

Despacho: CSSF, CTASP e CCJC.

Situação: CSSF: Aguardando Deliberação.

Explicação: Fixa a *duração* do trabalho em trinta horas semanais.

Projeto de Lei nº 1.987/2007

Data de Apresentação: 04.10.07

Ementa: Consolida os dispositivos normativos que especifica referente ao Direito Material Trabalhista e revoga as leis extravagantes que especifica e os arts. 1º ao 642 da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT (Revoga dispositivos do Decreto-Lei nº 5.452, de 1943, e legislação citada correspondente).

Autor: Deputado Cândido Vaccarezza (PT/SP).

Situação: Aguardando Deliberação.

Projeto de Lei nº 2.673/2007

Data da Apresentação: 19.12.07

Ementa: Altera a Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, para dispor sobre as condições

NOTAS E COMENTÁRIOS

especiais sobre a duração e condições do trabalho em teleatendimento (*telemarketing*).

Autor: Deputado Jorge Bittar (PT/RJ) e Deputado Luiz Sérgio (PT/RJ).

Apreciação/Regime de tramitação: Proposição Sujeita à Apreciação Conclusiva pelas Comissões – Art. 24 II /Ordinária.

Despacho: CTASP e CCJC.

Apensados: PL 4.899/09.

Situação: CTASP – Pronta para a Pauta.

Explicação: Determina que a *duração* normal do trabalho em serviços de teleatendimento será de até 6 horas diárias e 36 horas semanais, com um intervalo mínimo de 10 minutos para descanso, incluído na jornada diária, a cada período de 50 minutos de trabalho.

– estabelece normas sobre carga horária para a atividade de teleatendimento ou *telemarketing*.

Projeto de Lei nº 3.765/2008

Data de Apresentação: 17.07.08

Ementa: Altera a Lei nº 5.811, de 11 de outubro de 1972, para assegurar a jornada de turnos ininterruptos de revezamento, estabelecida no inciso XIV do art. 7º da Constituição Federal, aos trabalhadores abrangidos por esta legislação especial, e garantir o âmbito de aplicação dessa legislação a todos os que prestem serviços sob o regime de embarque e confinamento, como empregados ou como trabalhadores terceirizados.

Autor: Deputado Jorge Bittar (PT/RJ).

Apreciação/Regime de tramitação: Proposição Sujeita à Apreciação do Plenário/Ordinária.

Despacho: Comissão de Trabalho de Administração e Serviço Público (CTASP) e CCJC.

Situação: CTASP – Pronta para a Pauta.

Explicação: Reduz de 12 para 6 horas o limite máximo do período de trabalho em jornadas de sobreaviso na indústria petroquímica. A proposta também aumenta de 24 horas para 36 horas o período de repouso após jornadas de sobreaviso.

NOTAS E COMENTÁRIOS

Projeto de Lei nº 5.293/2009

Data de Apresentação: 27.05.09

Ementa: Acrescenta o art. 58-B à Consolidação das Leis do Trabalho para permitir a redução da jornada de trabalho com a respectiva redução salarial.

Autor: Deputado Dr. Ubiali (PSB/SP).

Apreciação/Regime de tramitação: Proposição Sujeita à Apreciação Conclusiva pelas Comissões – Art. 24 II.

Despacho: Apensado ao PL 4.653/94.

Situação: CCP – Aguardando Encaminhamento.

Explicação: Permite a redução da jornada de trabalho para até seis horas com redução salarial em até vinte por cento. Altera o Decreto-Lei nº 5.452, de 1943.

PROPOSIÇÕES EM TRAMITAÇÃO NO SENADO FEDERAL

Projeto de Lei da Câmara nº 79/2002 (3.250/2000 na origem)

Data da Apresentação: 20.06.00

Ementa: Dispõe sobre a jornada de trabalho dos ocupantes de cargos da categoria Funcional de Odontólogo da Administração Pública Federal Direta, Autárquica e Fundacional.

Autor: Deputado Adolfo Marinho (PSDB/CE).

Situação: CCJ – Aguardando Designação do Relator.

Explicação: A jornada de trabalho dos ocupantes de cargos de categoria funcional de Odontólogo da Administração Pública Federal Direta, das Autarquias e das Fundações Públicas Federais corresponderá a 4 horas diárias.

Proposta de Emenda à Constituição nº 75/2003

Data da Apresentação: 30.09.03

Ementa: Altera o inciso XIII do art. 7º da Constituição Federal, para reduzir a jornada de trabalho semanal.

Autor: Senador Paulo Paim (PT/RS).

NOTAS E COMENTÁRIOS

Situação: Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania (CJC) –
Aguarda Parecer.

Explicação: Determina a *duração* do trabalho normal não superior a oito horas diárias e trinta e seis semanais, facultando a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho.

Projeto de Lei nº 64/2003

Data da Apresentação: 13.03.03

Ementa: Dispõe sobre a jornada de trabalho de 40 horas semanais.

Autor: Senador Paulo Paim (PT/RS).

Situação: CAS – Aguardando Designação do Relator.

Explicação: A duração da jornada de trabalho padrão não será superior a 8 horas diárias e 40 horas semanais, para todos empregados da atividade privada ou pública.

Projeto de Lei do Senado nº 93/2003

Data da Apresentação: 27.03.03.

Ementa: Dispõe sobre o trabalho do menor aprendiz e dá outras providências.

Autor: Senador Paulo Paim (PT/RS).

Situação: Aguardando Inclusão na Ordem do Dia.

Explicação: A jornada de trabalho não poderá ultrapassar o limite de 22 horas semanais, proibindo qualquer forma de trabalho em regime de sobrejornada.

Projeto de Lei do Senado nº 454/2003

Data da Apresentação: 06.11.03.

Ementa: Dispõe sobre a jornada, condições de trabalho e piso salarial dos técnicos e auxiliares de enfermagem.

Autor: Senador Gerson Camata (PMDB/ES).

Situação: CAS – Pronto para a Pauta.

NOTAS E COMENTÁRIOS

Explicação: Jornada de trabalho de 40 horas semanais, não podendo exceder a 8 horas diárias; em caso de plantão, a jornada poderá exceder a 8 horas diárias, não podendo, no entanto, ultrapassar 12 horas, nelas incluídas uma hora para repouso e alimentação, que será considerada hora trabalhada.

Projeto de Lei da Câmara nº 113/2005 (6.459/2002 na Câmara dos Deputados)

Data da Apresentação: 03.04.02

Ementa: Dispõe sobre a duração do trabalho dos farmacêuticos.

Autor: Deputado José Carlos Coutinho (PFL/RJ).

Situação: Comissão de Assuntos Econômicos (CAE) – Pronta para a Pauta/Audiência Pública.

Explicação: Assegura aos farmacêuticos a *duração* do trabalho normal não superior a 30 horas semanais.

Projeto de Lei do Senado nº 254/2005

Data da Apresentação: 06.07.05

Ementa: Dispõe sobre a redução da jornada de trabalho, sem redução de salários, com o objetivo de promover o *pleno emprego* em curto prazo; e dá outras providências.

Autor: Senador Paulo Paim (PT/RS).

Situação: CCJ – Aguardando Designação de Relator.

Explicação: Cria o PEPE – Pacto Empresarial para o Pleno Emprego, com o objetivo de reduzir a jornada de trabalho das atuais 44 (quarenta e quatro) horas semanais para 36 (trinta e seis) horas, sem redução de salários, em regime de seis horas por dia, ou da forma que for ajustada entre empregadores e empregados, devendo estes últimos, como contrapartida, se comprometer, no mínimo, a manter o nível de produtividade.

Projeto de Lei do Senado nº 249/2006

Data da Apresentação: 01.09.06

Ementa: Altera a Lei nº 8.234, de 17 de setembro de 1991, para dispor sobre a jornada e condições de trabalho dos nutricionistas.

NOTAS E COMENTÁRIOS

Autor: Senador Paulo Paim (PT/RS).

Situação: CAS – Matéria com a Relatoria.

Explicação: A jornada de trabalho de nutricionista não excederá trinta horas semanais ou cento e vinte horas mensais.

Projeto de Lei do Senado nº 115/2007

Data da Apresentação: 15.03.07

Ementa: Dispõe sobre a regulamentação da profissão de comerciário.

Autor: Senador Paulo Paim (PT/RS).

Situação: CAS – Audiência Pública.

Explicação: A jornada normal de trabalho dos empregados no comércio é fixada em seis horas diárias, nos dias compreendidos entre segunda-feira e sábado.

Projeto de Lei do Senado nº 426/2007

Data da Apresentação: 17.07.07

Ementa: Altera a Lei nº 5.889, de 8 de junho de 1973, para dispor sobre a jornada de trabalho do trabalhador rural.

Autor: Senadora Lúcia Vânia (PSDB/GO).

Situação: CAS – Matéria com a Relatoria.

Explicação: A duração normal do trabalho, para o empregado rural, não será superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução de jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho.

Projeto de Lei da Câmara nº 152/2008 (1.890/2007 na Câmara dos Deputados)

Data da Apresentação: 28.08.07

Ementa: Acrescenta dispositivo à Lei nº 8.662, de 7 de junho de 1993, para dispor sobre a duração do trabalho do Assistente Social.

Autor: Deputado Mauro Nazif (PSB/RO).

NOTAS E COMENTÁRIOS

Situação: Comissão de Assuntos Sociais (CAS) – Incluída na Pauta da Reunião.

Explicação: A duração de trabalho do assistente social é de 30 horas semanais.

Projeto de Lei nº 187/2008 (1.681/1999 na Câmara dos Deputados)

Data da Apresentação: 15.09.99

Ementa: Regula o exercício da Profissão de Técnico em Imobilização Ortopédica.

Autor: Deputado Arnaldo Faria de Sá (PTB/SP).

Situação: CAS – Pronto para a Pauta.

Explicação: Jornada de trabalho dos profissionais abrangidos por esta lei será de 30 (trinta) horas semanais.

Projeto de Lei do Senado nº 264/2008

Data da Apresentação: 01.07.08

Ementa: Dispõe sobre a jornada de trabalho de Médico integrante da Carreira de Analista Judiciário do Poder Judiciário da União e dá outras providências.

Autor: Senador Mão Santa (PMDB/PI).

Situação: CCJ – Pronto para Pauta na Comissão.

Explicação: A jornada de trabalho dos servidores ocupantes de cargos efetivos integrantes da Categoria Funcional de Médico dos Órgãos do Poder Judiciário da União é de quatro horas diárias e corresponde ao vencimento básico fixado em lei para o cargo de Analista Judiciário da carreira judiciária – especialidade medicina.

Projeto de Lei do Senado nº 271/2008

Data da Apresentação: 01.07.08

Ementa: Institui o Estatuto do Motorista Profissional.

Autor: Senador Paulo Paim (PT/RS).

Situação: CCJ – Pronto para Pauta na Comissão.

NOTAS E COMENTÁRIOS

Explicação: Cumprir jornada de trabalho, se empregado, de seis horas diárias, no máximo, observado um período de descanso de:

a) vinte minutos, distribuídos, conforme acordo com o empregador, no período compreendido entre o término da primeira hora trabalhada e o início da última hora de trabalho, quando se tratar de condução exclusivamente em via urbana;

b) uma hora, de forma contínua ou descontínua, conforme acordo com o empregador, no período compreendido entre o término da primeira hora trabalhada e o início da última hora de trabalho, quando se tratar de condução total ou parcialmente realizada em via rural.

Projeto de Lei da Câmara nº 56/2009 (4.516/2004 na Câmara dos Deputados)

Data da Apresentação: 24.11.04

Ementa: Acrescenta a Seção II-A ao Capítulo I do Título III da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, para dispor sobre a jornada especial de trabalho dos Operadores de *Telemarketing*.

Autor: Deputado Bernardo Ariston (PMDB/RJ).

Situação: Aguardando Leitura.

Explicação: A duração da jornada de trabalho dos Operadores de *Telemarketing* é de 6 (seis) horas diárias ou 36 (trinta e seis) horas semanais. A cada noventa (90) minutos de trabalho consecutivo, haverá intervalo de dez (10) minutos para repouso, não computado na jornada de trabalho.

ENAMAT PROMOVE 7º CURSO DE FORMAÇÃO INICIAL DE MAGISTRADOS

A Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho (Enamat) promoveu, entre os dias 04 e 20 de maio, o 7º Curso de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho. O Presidente do TST, Ministro Moura França, na sessão solene de abertura, destacou que o magistrado deve primar pela coerência e pela sua capacidade de trabalho, e

NOTAS E COMENTÁRIOS

pautar-se pela técnica, no julgamento de processos. “Nossa respeitabilidade está diretamente ligada à nossa autonomia, como magistrados, mas também – e sobretudo – pela coerência no dia-a-dia da magistratura”, completou o ministro, após saudar os participantes do evento.

O Diretor da Enamat, Ministro Antonio José de Barros Levenhagen, destacou o conteúdo “essencialmente profissionalizante” do curso de formação de magistrados, que deverá ser complementado e aprofundado na prática, quando os juízes passarem a atuar diretamente em audiências e conciliações nas varas do trabalho.

A solenidade de abertura contou ainda com a presença do magistrado espanhol Dom José Pablo Aramendi Sánchez, que proferiu aula inaugural sobre o tema “Soluções do Direito Coletivo Espanhol para garantir o emprego frente à crise financeira global”.

NOVA COMPOSIÇÃO DAS COMISSÕES PERMANENTES DO TST

O Órgão Especial do TST aprovou, em 30.03.09, a nova composição das Comissões Permanentes, que passam a ser assim constituídas:

Comissão Permanente de Regimento Interno

Renato de Lacerda Paiva (Presidente)

José Simpliciano Fontes de Faria Fernandes

Emmanoel Pereira

Luiz Philippe Vieira de Mello Filho (suplente)

Comissão Permanente de Jurisprudência e Precedentes Normativos

Vantuil Abdala (Presidente)

Ives Gandra da Silva Martins Filho

Lelio Bentes Corrêa

Aloysio Corrêa da Veiga (suplente)

Comissão Permanente de Documentação

Maria Cristina Irigoyen Peduzzi (Presidente)

Horácio Raymundo de Senna Pires

Rosa Maria Weber Candiota da Rosa

Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira (suplente)

**ATO AUTORIZA PRESIDENTE DO TST A
DECIDIR, MONOCRATICAMENTE, OS
AGRAVOS DE INSTRUMENTO EM RECURSO
DE REVISTA E OS RECURSOS DE REVISTA
PENDENTES DE DISTRIBUIÇÃO, NAS
CONDIÇÕES QUE ESPECIFICA**

ATO.SETPOEDC.GP Nº 310 – TST

Autoriza o Presidente do Tribunal a decidir, monocraticamente, os agravos de instrumento em recurso de revista e os recursos de revista pendentes de distribuição, nas hipóteses que especifica.

O Presidente do Tribunal Superior do Trabalho, no uso de suas atribuições legais e regimentais, *ad referendum* do Órgão Especial,

Considerando o disposto no art. 5º, inciso LXXVIII, da Constituição da República, que assegura às partes o direito a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação,

RESOLVEU

Art. 1º Fica o Presidente do Tribunal autorizado a decidir, monocraticamente, os agravos de instrumento em recurso de revista e os recursos de revista pendentes de distribuição que não preencham os pressupostos extrínsecos de admissibilidade.

Art. 2º Compete, ainda, ao Presidente, antes da distribuição:

NOTAS E COMENTÁRIOS

I – negar provimento a agravo de instrumento manifestamente incabível;

II – negar provimento ao agravo de instrumento na hipótese de o recurso de revista não atender os pressupostos extrínsecos de admissibilidade;

III – negar provimento ao agravo de instrumento para manter o despacho que denegou seguimento ao recurso de revista, por estar a decisão do Tribunal Regional em conformidade com súmula ou orientação jurisprudencial de direito material, da Corte.

Art. 3º Os embargos de declaração serão julgados pelo Presidente.

Parágrafo único. Postulando o embargante efeito modificativo, os embargos de declaração serão convertidos em agravo, em face dos princípios da fungibilidade e celeridade processual, e distribuídos no âmbito das Turmas do Tribunal.

Art. 4º Havendo interposição de agravo contra a decisão da Presidência, o processo será distribuído no âmbito das Turmas do Tribunal.

Art. 5º Este Ato entra em vigor na data de sua publicação, ficando revogadas as Resoluções Administrativas ns. 1.171/06, 1.185/06 e 1.242/07.

Brasília, 19 de maio de 2009. *Milton de Moura França*, Presidente do Tribunal Superior do Trabalho.

Jurisprudência Temática

DANO MORAL. REVISTA ÍNTIMA

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. DANO MORAL. REVISTA ÍNTIMA. O acórdão regional consignou que o reclamante era submetido a revista pessoal diária, momento em que ficava nu na presença de quem a estava fazendo. Possível violação do art. 5º, X, da Constituição Federal. Agravo de instrumento a que se dá provimento, para determinar o processamento do recurso de revista. RECURSO DE REVISTA. DANO MORAL. REVISTA ÍNTIMA. Consoante o art. 5º, X, da Constituição Federal, a violação da imagem, honra, vida privada e intimidade da pessoa consubstancia dano moral passível de indenização. O Tribunal Regional consignou que os empregados da reclamada eram submetidos a revista pessoal diária, momento em que ficavam nus diante da pessoa que a estava fazendo. A nudez imposta aos empregados caracteriza abuso do poder diretivo do empregador e afeta a intimidade e privacidade dos empregados. Tratando-se de violação de direitos da personalidade (honra subjetiva), não se cogita de prova acerca da existência de dano.

Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento.

(Processo nº TST-RR-870/2005-110-03-40 – Ac. 7ª Turma)

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista por conversão nº TST-RR-870/2005-110-03-40.5, em que é Recorrente Mário Santos Cerqueira e Recorrida Transportadora Ourique Ltda.

O Tribunal Regional da 3ª Região, mediante o acórdão às fls. 65/69, deu provimento ao recurso ordinário interposto pela reclamada, para excluir da condenação a indenização por dano moral e julgar improcedente a reclamação trabalhista.

Inconformado, o reclamante interpôs recurso de revista (fls. 71/73), sustentando que a decisão regional violou os arts. 5º, inciso X, da Constituição Federal, 186 e 927 do Código Civil de 2002 e 159 do Código Civil de 1916.

Mediante a decisão às fls. 74/75, foi negado seguimento ao recurso de revista, o que ensejou a interposição do presente agravo de instrumento (fls. 02/05).

Contraminuta às fls. 86/88 e contrarrazões às fls. 89/91.

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

Não houve remessa dos autos ao Ministério Público do Trabalho para emissão de parecer, em virtude do previsto no art. 83, § 2º, II, do Regimento Interno deste Tribunal.

É o relatório.

VOTO

AGRAVO DE INSTRUMENTO

CONHECIMENTO

Presentes os pressupostos legais de admissibilidade, conheço do agravo de instrumento.

MÉRITO

DANO MORAL. REVISTA ÍNTIMA

Em seu recurso de revista (fls. 71/73), o reclamante sustentou que a decisão do Tribunal Regional – ao entender que a revista íntima a que era submetido, durante a qual ficava nu na presença de colegas, não caracteriza constrangimento hábil a ensejar o pagamento de indenização – violou os arts. 5º, X, da Constituição Federal, 186 e 927 do Código Civil de 2002 e 159 do Código Civil de 1916. O órgão regional se pronunciou sobre a matéria, nos seguintes termos:

“A doutrina tem entendido que a caracterização do dano moral é condicionada à verificação de três fatores: a) a ocorrência de ação ou omissão do empregador; b) a existência de conseqüências malignas que atingiram o empregado em seus valores mais íntimos; e c) o nexo de causalidade entre o dano e a ação alheia. É necessário que ocorra abuso de direito, ou seja, falta de moderação no exercício de direitos por parte do empregador e da conexão com o fato causador para responsabilização do agente, abuso que não ocorreu na hipótese dos autos.

Saliente-se que não basta um simples constrangimento em face do procedimento do empregador para que se configure o direito à indenização por dano moral. Há que ser firme e robusta a prova da extensão desse constrangimento a nível de provocar um dano, uma lesão a um bem jurídico de interesse da vítima.

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

O autor busca o reconhecimento da ocorrência do dano moral e a conseqüente indenização, sob o argumento de que a reclamada submetia seus empregados a uma situação constrangedora e humilhante, pois todos os dias na saída do trabalho era obrigado a ficar nu em frente de seus colegas.

O preposto em seu depoimento pessoal admitiu o fato informando que ‘confirma realização de revista pessoal no recte. feita por outro vigilante, sendo determinado que o recte. retirasse sua roupa, permanecendo nu aos olhos de quem estava fazendo a revista; que a revista era feita todos os dias, na hora da saída’ (f. 442).

O reclamante tinha ciência prévia dessa exigência do empregador como consta de seu contrato de trabalho às f. 461/462, permanecendo em seu emprego durante anos até sua despedida sem considerar o fato como danoso à sua dignidade.

Não se vislumbra nos autos humilhação pelo fato da empresa submeter o reclamante à revista corporal diária, pois esclareceu a reclamada que tal procedimento era feito em decorrência do trabalho desenvolvido, pois o autor manuseava grande quantidade de dinheiro e que tal revista era feita individualmente, em uma ante-sala, devidamente fechada e na presença de apenas um funcionário da reclamada, sendo que não foi apresentada prova em contrário a tais afirmações.

Verifica-se, portanto, que a inspeção pessoal era mais um recurso a salvaguardar o patrimônio empresarial que, na espécie, foi realizada com respeito à dignidade do autor, inexistindo afronta à sua intimidade.

Nos termos dos arts. 159 e 1.518, ambos do Código Civil, o dano, como elemento indispensável à configuração da responsabilidade, resulta de violação de norma jurídica, com conseqüência lesiva a bem jurídico de direito, ocasionando o ilícito. Portanto, não se há falar em dano quando não ofendido preceito legal.

Outro importante aspecto de que não se pode esquecer, é que em razão da atividade da reclamada, que atua no transporte de valores, é razoável se esperar por fiscalização mais rígida no trabalho executado, já que, lhe cabendo o risco do empreendimento econômico, pela mesma forma se lhe debitam os prejuízos. Além disso, como já se fundamentou, não há prova de constrangimento ou humilhação por ocasião das revistas, o que, inquestionavelmente, torna insubsistente a condenação em reparação pecuniária.

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

Entendo que o reclamante não demonstrou o dano decorrente de constrangimento ou humilhação e que a atividade econômica desempenhada pela reclamada torna razoáveis as medidas de segurança adotadas pela empresa.

Nesse sentido, o RO-3117/03:

‘DANO MORAL INEXISTENTE. REVISTA EFETUADA PELO EMPREGADOR. Não se configura ofensa à honra ou à moral do empregado só o fato de ser submetido a revista realizada pelo empregador, de modo regular, dentro de um critério de generalidade e impessoalidade, justificada pela natureza do empreendimento ligada à distribuição de remédios e psicotrópicos, mormente quando a ela anuiu o empregado, durante longo período contratual, até a sua dispensa, sem manifestar qualquer inconformismo, denotando, assim, a inexistência de constrangimento com o fato.’

Ausentes os pressupostos necessários à caracterização da responsabilidade por ato ilícito, é improcedente o pedido de indenização.” (fls. 67/68)

O art. 5º, inciso X, da Constituição Federal dispõe:

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.”

No caso, conforme consignou o Regional, a reclamada reconheceu que o reclamante era submetido a revista pessoal diária, ocasião em que lhe era determinado ficar nu na presença de quem realizava a revista.

É certo que o empregador detém o poder diretivo, o qual lhe autoriza traçar as diretrizes para atingir suas metas. Contudo, essa prerrogativa não pode se sobrepor ao princípio da dignidade humana. A nudez imposta aos empregados, como meio de inibir possíveis furtos, caracteriza conduta abusiva do empregador.

Irrelevante que o empregado tenha ciência prévia da revista, por constar em seu contrato de trabalho, uma vez que a necessidade do emprego o pressiona a aceitar atos patronais que podem ser considerados abusivos.

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

Considerado o abuso de direito perpetrado e a violação dos direitos personalíssimos do trabalhador, a exemplo da intimidade, privacidade e dignidade (honra subjetiva), mostra-se evidente a ofensa ao art. 5º, inciso X, da Constituição Federal.

Nesses termos, dou provimento ao agravo de instrumento, para determinar o processamento do recurso de revista, por possível violação do art. 5º, X, da Constituição Federal.

RECURSO DE REVISTA

Satisfeitos os pressupostos extrínsecos de admissibilidade, passo à análise dos pressupostos recursais intrínsecos.

DANO MORAL. REVISTA ÍNTIMA

CONHECIMENTO

Pelos fundamentos acima expostos, conheço do recurso de revista, por violação do art. 5º, X, da Constituição Federal.

MÉRITO

Conhecido o recurso de revista, por violação do art. 5º, X, da Constituição Federal, seu provimento é consequência lógica.

Tratando-se, pois, de violação de direitos da personalidade, dentre eles a privacidade, intimidade e imagem (honra subjetiva), não se cogita, no sistema jurídico atual, de prova acerca da existência de dano. Na espécie, o dano decorre da simples violação do bem jurídico tutelado. Provada a ofensa, *ipso facto* está demonstrado o dano moral.

Dou provimento ao recurso de revista, para restabelecer a sentença de primeiro grau (fls. 37/40).

Isto posto,

Acordam os Ministros da Sétima Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, dar provimento ao agravo de instrumento, para determinar o processamento do recurso de revista. Também à unanimidade, conhecer do recurso de revista, por violação do art. 5º, X, da Constituição

Federal, e, no mérito, dar-lhe provimento, para restabelecer a sentença de primeiro grau.

Brasília, 06 de maio de 2009. *Pedro Paulo Manus*, relator.

HORAS EXTRAS. DEDUÇÃO DA GRATIFICAÇÃO

CEF. JORNADA DE TRABALHO. OPÇÃO DA EMPREGADA PELA JORNADA DE OITO HORAS. HORAS EXTRAS. DEDUÇÃO DA GRATIFICAÇÃO. A opção da empregada pelo Plano de Cargos Comissionados da Caixa Econômica Federal, alterando a jornada de trabalho e, com isso, passando a auferir gratificação de cerca de 80% do seu vencimento padrão, obriga-a ao cumprimento da jornada de oito horas, sob pena de se desprezar o acordado apenas no aspecto em que atribuída obrigação a um dos contratantes. Assim, é lícito concluir que a gratificação foi paga para remunerar uma jornada de trabalho de oito horas. Nesse caso, devem ser deduzidos da condenação ao pagamento de horas extras os valores pagos à reclamante a título de gratificação, em face da opção pela jornada de oito horas.

Recurso de Embargos de que se conhece e a que se dá provimento.

(Processo nº TST-E-ED-RR-288/2005-036-03-00 – Ac. SBDI 1)

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos em Embargos de Declaração em Recurso de Revista TST-E-ED-RR-288/2005-036-03-00.9, em que é Embargante Ângela Maria Pena Costa e Embargada Caixa Econômica Federal – CEF.

A Sexta Turma, por intermédio do Acórdão a fls. 429/433 e 451/452, este último, em sede de Embargos de Declaração, não conheceu do Recurso de Revista interposto pela Reclamante, que versava sobre o tema “Bancário. Cargo de Confiança. Configuração. Horas Extras”, com base na diretriz das Súmulas ns. 126 e 102, I, deste Tribunal Superior.

Inconformada, a Reclamante apresenta Recurso de Embargos, pelas razões a fls. 456/467 (original, a fls. 469/480). O Recurso vem calcado em violação do art. 896 da Consolidação das Leis do Trabalho.

Impugnação apresentada a fls. 484/492.

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

Os autos não foram enviados ao Ministério Público do Trabalho, nos termos do art. 83 do Regimento Interno desta Corte.

Eis o relatório lido em sessão pela eminente Ministra Relatora originária, o qual adoto integralmente.

VOTO

Satisfeitos os pressupostos genéricos de admissibilidade.

1 – CONHECIMENTO

1.1 – JORNADA DE TRABALHO. OPÇÃO DA EMPREGADA PELA JORNADA DE OITO HORAS. HORAS EXTRAS

Esta Seção conheceu do Recurso de Embargos nos termos do voto da eminente Ministra Relatora originária, vazado nos seguintes termos:

“A Turma, baseada na diretriz das Súmulas ns. 126 e 102, I, deste Tribunal Superior, não conheceu do Recurso de Revista da Reclamante. Valeu-se, para tanto, dos seguintes fundamentos (a fls. 430/432):

‘O Eg. TRT deu provimento ao recurso ordinário interposto pela Caixa Econômica Federal para absolvê-la da condenação no pagamento das horas extras, ao fundamento seguinte, *verbis*:

‘A reclamante alegou que foi admitida como ‘Auxiliar Administrativo’, laborando seis horas diárias. Em novembro/2000, passou a exercer o cargo de ‘técnico de nível médio’, posteriormente denominado de ‘técnico fomento 8h’, oportunidade em que passou a cumprir 08 horas diárias de labor. Em face disso, vindicou o pagamento da 7ª e 8ª horas de trabalho, como hora extra, o que foi deferido.

Insurge-se a reclamada contra a condenação e está com a razão.

Inicialmente, esclareça-se que, conforme se verifica à fl. 136, a autora optou pela jornada de 8h, ao assumir o cargo de ‘Técnico de Fomento 8h’. Além disso, também foi juntado aos autos o Plano de Cargos e Salários da ré, fls. 281/330.

A controvérsia *sub examine* não é novidade para esta Relatora, que já teve oportunidade de examiná-la em outros processos julgados por este eg. Tribunal. Por isso, acerca do tema adota os profícuos fundamentos apostos no acórdão proferido no processo de nº 00177-

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

2005-106-03-00-9-RO, cujo d. Juiz Relator foi o Dr. João Bosco Pinto Lara, *in verbis*:

‘Inconformada com a r. sentença de origem que deferiu à reclamante o pagamento das sétima e oitava horas diárias, como extras, recorre a reclamada. Sustenta que a reclamante exercia cargo de confiança, ao fazer livre opção pelo Plano de Cargos Comissionados, enquadrando-se no § 2º do art. 224 da CLT, recebendo gratificação muito superior ao terço do salário padrão.

Aduz que o cargo ocupado pela recorrida detém maior fúcia e destaque frente aos demais colegas e reafirma a existência de PCC – Plano de Cargos Comissionados da Caixa. Diz mais, que não se poderia se cogitar em alteração contratual lesiva, porquanto a reclamante manifestou expressamente seu interesse pela designação efetiva para o cargo em comissão, existindo, outrossim, vantagens pecuniárias. Por fim, enumera as atribuições conferidas à reclamante no exercício das funções de Técnico de Fomento.

Na análise do recurso, dou-lhe inteira razão.

(...) Na espécie é a petição inicial que dá os contornos da lide, buscando a sua standardização, sustentando inclusive a ocorrência de alteração lesiva do pactuado de forma a atrair a aplicação do art. 468 da CLT, o que jamais ocorrera de fato. Tem-se que a recorrida, simples escriturária da CEF, houve por bem, sem qualquer imposição do empregador, aderir ao denominado Plano de Cargos Comissionados, implantado em setembro de 1998 e submetido à aprovação do Ministério do Trabalho (fls. 188/203). E ao fazê-lo, recebeu atribuições diferenciadas, muito mais relevantes do que aquelas de escriturário, passou a trabalhar efetivamente por 08 horas diárias e a receber gratificação de função equivalente a quase 80% do seu vencimento padrão.

Não houve, portanto, qualquer alteração ilícita do pactuado, como tenta fazer crer a petição inicial, sendo certo que poderá a reclamante, como previsto nas normas do PCC, retornar a qualquer momento ao cargo efetivo de escriturário e à jornada de 06 horas, como se conhece de vários outros processos idênticos. Tanto pode que, é bom lembrar, ela está até demandando contra o empregador em plena vigência do contrato, fato raríssimo na nossa realidade, um verdadeiro privilégio.

Vem em seguida a outra questão: os cargos, com o conjunto das respectivas funções, podem ser enquadrados no permissivo do § 2º do

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

art. 224 da CLT? E aqui surge o outro grande equívoco produzido pela jurisprudência estandardizada, que inclusive condiciona os fundamentos da r. sentença recorrida, que é a generalização do entendimento de que o bancário que não detém poder de mando ou de gestão, por menores que sejam, que não seja chefe de ninguém, não exerce cargo de confiança. Redondo equívoco, há muito já apontado pelo insuperável Russomano em seus *Comentários à CLT*, e também por muitos outros luminares do Direito do Trabalho. Está escrito, com todas as letras, no texto do referido dispositivo de lei, que o cargo de confiança bancária, que é especial e não se confunde com o gênero do art. 62, não será apenas aquele de chefia, ou de gerência, ou de fiscalização, ou equivalentes, mas também outros cargos de real confiança, ainda que sejam técnicos ou mesmo subalternos, situações estas que só podem ser aferidas no exame de cada caso concreto.

Este é, exatamente, o caso dos autos. Ao optar, espontaneamente, por ocupar cargos com atribuições maiores do que o seu, de escriturário, e ao receber uma gratificação que alcança quase 80% o valor do seu padrão de vencimento do cargo efetivo, a recorrida, indubitavelmente, teve sua situação enquadrada no referido permissivo de lei. (...) Por certo a recorrente, no uso de seu poder diretivo, destinou o conjunto de atividades do setor apenas para aqueles alçados à condição de ocupantes de cargo de confiança. (...)

Considerando, portanto, a particularidade da situação dos economiários da recorrente em relação ao comum dos bancários, impossível aplicar-se no caso dos autos o modelo jurisprudencial construído para enfrentar as situações de fraude perpetradas comumente no setor dos bancos privados. Por isto a reclamante não faz jus às pretendidas horas extras. Dou provimento ao recurso para absolver a reclamada de todos os pedidos iniciais.’

Assim, por tais fundamentos, absolvo a ré da condenação que lhe foi imposta na r. sentença, invertendo-se o ônus da sucumbência (fls. 379/382).’

Nas razões do recurso de revista, a reclamante alega que o cargo de técnico de fomento não pode ser enquadrado na exceção do § 2º do art. 224 da CLT, com prerrogativas inerentes aos cargos de confiança bancária, não podendo o v. acórdão recorrido embasar o enquadramento da reclamante tão-somente no recebimento da gratificação superior a 1/3 do salário, sob pena de violação do dispositivo legal supracitado e

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

contrariedade à Súmula nº 102, VI, do C. TST. Afirma que não existe nos autos provas do real exercício de atribuições com maior fidedignidade e de função com grau de relevância maior do que a dos demais empregados. Sustenta, ainda, que a suposta opção da reclamante pelo PCC/98 não tem o condão de tornar válida a jornada de 8 (oito) horas, sob pena de se dar valia a uma norma interna em detrimento da norma vigente, imperativa e cogente. Aponta violação do art. 468 da CLT e transcreve arestos ao cortejo de teses.

O Eg. Tribunal Regional concluiu, com base no conjunto fático-probatório trazido aos autos, que a reclamante ocupava cargo de confiança.

São dois os requisitos que enquadram o bancário nas disposições do art. 224, § 2º, da CLT. O primeiro deles é o recebimento de gratificação de função igual ou superior a 1/3 do cargo efetivo e o segundo é exercer funções de direção, gerência, fiscalização, chefia e equivalentes, ou que desempenhem outros cargos de confiança.

Pois bem, dos fundamentos exarados pelo Eg. TRT, acima transcritos, tem-se que foram preenchidos os dois requisitos exigidos pelo dispositivo legal.

O apelo, por conseguinte, encontra óbice no item I da Súmula nº 102 do C. TST, que dispõe que a configuração, ou não, do exercício da função de confiança a que se refere o art. 224, § 2º, da CLT, dependente da prova das reais atribuições do empregado, é insuscetível de exame mediante recurso de revista ou de embargos.

Assim, tendo o Eg. Tribunal Regional concluído que a reclamante exercia função de confiança, prevista no art. 224, § 2º, da CLT, o apelo é insuscetível de exame, pois qualquer posicionamento em contrário levaria ao reexame dos fatos e das provas apresentadas nos autos, o que é incabível ante o disposto na Súmula acima transcrita e na Súmula nº 126 do C. TST, não havendo como se concluir pela pretendida divergência jurisprudencial, tampouco pela violação do art. 224, § 2º, da CLT.

O item VI da Súmula nº 102 desta C. Corte refere-se ao caixa bancário, o que não é o caso apresentado nos autos.

Intacto também o art. 468 da CLT, na medida em que o Eg. TRT afirma que a reclamante, ao aderir ao Plano de Cargos Comissionados, recebeu atribuições diferenciadas e gratificação de função equivalente a quase 80% do seu vencimento padrão. Não há como se concluir que tal

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

alteração contratual resultou em prejuízo à reclamante, se o entendimento do v. acórdão recorrido é no sentido de que a autora exercia cargo de confiança, estando inserida na previsão legal do § 2º do art. 224 da CLT, não fazendo jus ao recebimento das horas extras.

‘Não conheço.’

Inconformada, a Reclamante sustenta que: 1) o TRT foi enfático ao enquadrar a empregada na previsão do art. 224, § 2º, da CLT, entendendo que tal dispositivo legal não exige que o empregado tenha poder de mando ou de gestão, nem sequer empregado subordinado; 2) o enquadramento da Reclamante na exceção prevista no § 2º do art. 224 da CLT deu-se pela conjunção de pagamento de ‘gratificação que alcança quase 80%’ com opção espontânea por um cargo de oito horas; 3) o cargo de técnico em fomento da CEF, cumulado com a ausência declarada pelo Regional de empregados subordinados e de comprovação de existência de poderes de mando, gestão, fiscalização ou supervisão, permitem concluir, sem qualquer afronta ou mácula às Súmulas ns. 102, I, e 126, TST, que não se encontram presentes os requisitos do art. 224, § 2º, da CLT para que haja a sua incidência no caso concreto; 4) o Recurso de Revista trouxe diversos arestos divergentes advindos de outros Regionais, e da própria SBDI-1 desta Corte, envolvendo a mesma reclamada e o mesmo técnico de fomento, nos quais ficou claro, a partir do mesmo quadro fático delineado pelo TRT da 3ª Região, prolator do acórdão guerreado, que não se aplicava o art. 224, § 2º, da CLT aos exercentes do cargo de técnico em fomento da CEF, mas sim o *caput* do mencionado artigo.

O Recurso de Embargos vem calcado em violação do art. 896 da Consolidação das Leis do Trabalho, por incorreta interpretação do art. 224, § 2º, da CLT.

Procede o Recurso.

Sem dúvida que a Súmula nº 102, I, desta Corte, consagra o entendimento no sentido de que ‘a configuração ou não da prova das reais atribuições do empregado, é insuscetível de exame mediante recurso de revista ou de embargos’, impedindo, assim, em conjunto com a Súmula nº 126, também deste TST, o reexame de matéria fática para se chegar à conclusão do exercício ou não de cargo de confiança.

Ocorre que, partindo-se da moldura fática revelada pelo Tribunal Regional, é possível se concluir pela inexistência da fidúcia especial exigida pelo § 2º do art. 224 da CLT.

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

Constata-se da leitura dos fundamentos transcritos, em especial, nos trechos sublinhados, que o Regional deixa clara a adoção de tese contrária à jurisprudência uníssona desta Corte, rotulando-a, inclusive, de ‘standardizada’, e mesmo equivocada, quando consigna que o empregado bancário, seja técnico ou mesmo subalterno, que não detém poder de mando e de gestão, e que não é chefe de ninguém, pode ser considerado exercente de cargo de confiança.

Na verdade, para enquadrar a Reclamante na condição de cargo de confiança, o acórdão regional pautou-se, exclusivamente, em dois aspectos básicos, quais sejam, o recebimento de gratificação, equivalente a quase 80% do valor do vencimento do cargo efetivo, e a opção espontânea da empregada pela jornada de oito horas.

Tais elementos, no entanto, são insuficientes, sendo necessário, além da comprovação do recebimento de gratificação de função não inferior a 1/3 do cargo efetivo, o exercício de função de chefia, ou que exija fidúcia especial, enquanto que a demonstração deste último requisito foi desconsiderada pela decisão regional.

Ora, a maior responsabilidade assumida pela Reclamante não serve para justificar o aumento da jornada legal sem o pagamento das horas extras, porque a função assumida decorreu, igualmente, do interesse do empregador pela especialidade técnica oferecida por sua empregada.

Também o fato de receber gratificação de função superior a 1/3 da remuneração não pode gerar a presunção do exercício do cargo de confiança, porquanto a caracterização da fidúcia não depende, necessariamente, do pagamento de gratificação.

De outra parte, considerando que a CLT é expressa quanto à jornada máxima a ser desempenhada pelo bancário, bem assim o fato de a Reclamante não se enquadrar na exceção prevista no § 2º do art. 224 da CLT, uma vez que não exercente de cargo de confiança, a validade da opção para aumento da jornada esbarra na previsão contida no art. 9º da CLT.

Ressalte-se que, diante da inexistência de regra própria para proteger a situação dos autos, em que a Reclamante – bancária – cumpre jornada de oito horas, a validade da opção firmada terminaria por fazer letra morta à redução da jornada do bancário prevista no ordenamento vigente e, o mais grave, sob os olhos da Justiça, a quem cabe aplicar a lei ao caso concreto.

Concluo, pois, que o Recurso de Revista da Reclamante merecia ter sido conhecido por violação ao art. 224, § 2º, da CLT.

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

Nesse sentido, são os seguintes precedentes:

‘RECURSO DE EMBARGOS EM RECURSO DE REVISTA. HORAS EXTRAS. BANCÁRIO. EXERCÍCIO DE CARGO DE CONFIANÇA. TÉCNICO DE FOMENTO. Não incide o óbice da Súmula nº 102, I, do TST quando a pretensão contida no recurso de revista, cingida apenas à adequada classificação jurídica das atividades desempenhadas tal como descritas no acórdão regional, independe do reexame do quadro fático concernente às reais atribuições do empregado. Evidenciado, em face das premissas fáticas lançadas no acórdão regional, que tais atividades não demandam fídúcia especial nem se equiparam a funções de direção, gerência, fiscalização ou chefia, não há como concluir pelo seu enquadramento na hipótese prevista no art. 224, § 2º, da CLT. Ofensa ao art. 896 da CLT que se caracteriza, ante o não-conhecimento de recurso de revista devidamente calcado em violação de preceito de lei. Precedente desta SDI-I. Recurso de embargos provido.’ (Processo: E-RR-1892/2004-006-07-00.8, Data de Julgamento: 17.12.07, Relª Minª Rosa Maria Weber Candiota da Rosa, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DJ 08.02.08)

‘HORAS EXTRAS. BANCÁRIO. CARGO DE CONFIANÇA. TÉCNICO EM FOMENTO. VIOLAÇÃO DO ART. 896 DA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO. 1. Não contraria o entendimento consagrado no item I da Súmula nº 102 do Tribunal Superior do Trabalho o reenquadramento jurídico dos fatos revelados no acórdão proferido pelo Tribunal Regional. 2. Descaracterizado o exercício de cargo de confiança, frente às premissas lançadas na decisão de origem, torna-se inviável o enquadramento do bancário na previsão do § 2º do art. 224 da Consolidação das Leis do Trabalho. 3. Violação do art. 896 da CLT que se reconhece, em face do não-conhecimento do recurso de revista validamente calcado em violação de lei. 4. Recurso de embargos conhecido e provido.’ (Processo: E-RR-148/2005-037-03-00.7, Data de Julgamento: 13.02.07, Redator Lélío Bentes Corrêa, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DJ 17.08.07)

‘EMBARGOS DO RECLAMANTE. HORAS EXTRAS. CARGO DE CONFIANÇA. ART. 224, § 2º, DA CLT. O pagamento da gratificação de 1/3 do salário do cargo efetivo e o título de chefe não são suficientes à comprovação do exercício do cargo de confiança de que trata o art. 224, § 2º, da CLT, sendo necessária a demonstração das atribuições de gestão, bem como das condições em que o serviço é prestado. No caso, o Tribunal Regional informou que o Reclamante tinha

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

o título de Chefe de Setor, que percebia a gratificação superior a 1/3 do salário efetivo, mas que não tinha subordinados. Logo, não exercia, efetivamente, o cargo de chefia. Embargos providos no particular. EMBARGOS DA RECLAMADA BNCC. JUROS. ENUNCIADO Nº 304 DO TST. INAPLICÁVEL A extinção do BNCC não foi decretada pelo Banco Central, mas por deliberação de seus acionistas. Portanto, inaplicável o Enunciado nº 304 do TST e, em seus débitos trabalhistas, devem incidir os juros de mora (Item nº 10 da Orientação Jurisprudencial da SDI em Matérias Transitórias). Embargos não conhecidos integralmente.’ (Processo: E-ED-RR-329912/1996.0, Data de Julgamento: 31.03.03, Rel. Min. Rider de Brito, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DJ 25.04.03)

Ante o exposto, conheço do Recurso de Embargos por violação ao art. 896 da CLT.”

Acompanhei a eminente Ministra Relatora originária quanto ao conhecimento do Recurso.

2 – MÉRITO

2.1– JORNADA DE TRABALHO. OPÇÃO DO EMPREGADO PELA JORNADA DE OITO HORAS. HORAS EXTRAS

Quanto ao mérito ousei divergir da eminente Ministra Relatora, para concluir que, conquanto sejam devidas como extras a 7ª e a 8ª horas a partir de 18.01.01 e deva a reclamante retornar ao cargo efetivo, com jornada de 6 (seis) horas, consoante fixou a sentença, esse retorno deverá se dar sem a gratificação que ela percebia em face da opção pela jornada de 8 (oito) horas. Assim, deve ser deduzida da condenação a diferença entre a gratificação decorrente da jornada de 8 horas de trabalho (em face da opção) e a que eventualmente a reclamante percebia pela jornada de 6 horas. Em consequência, devolvem-se as partes ao estado em que se encontravam na data da opção, isto é, retornando a reclamante ao cargo efetivo, com jornada de 6 (seis) horas, sem a gratificação que percebia em face da opção pela jornada de 8 (oito) horas.

Assim é porque a opção da empregada pelo Plano de Cargos Comissionados da Caixa Econômica Federal, alterando a jornada de trabalho e, com isso, passando a auferir gratificação de cerca de 80% do seu vencimento padrão, obriga-a ao cumprimento da jornada de oito horas, sob pena de se desprezar o acordado apenas no aspecto em que atribuída obrigação a um dos contratantes. *In casu*, é lícito concluir que a gratificação foi paga para remunerar uma jornada de trabalho de oito horas. Nesse caso, devem ser deduzidos da

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

condenação ao pagamento de horas extras os valores pagos à reclamante a título de gratificação, em face da opção pela jornada de oito horas.

Ante o exposto, *dou provimento* ao Recurso para: I. julgar procedente o pedido de pagamento da 7ª e da 8ª horas de trabalho, a partir da opção pela jornada de 8 (oito) horas; II. determinar que a reclamante retorne ao cargo efetivo, com jornada de 6 (seis) horas, sem a gratificação que percebia em face da opção pela jornada de 8 (oito) horas; III. determinar que seja deduzida da condenação ao pagamento de horas extras a diferença entre a gratificação decorrente da jornada de 8 (oito) horas de trabalho (em razão da opção) e a que eventualmente a reclamante percebia pela jornada de 6 (seis) horas.

Isto posto,

Acordam os Ministros da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, por maioria, vencidos os Exmos. Srs. Ministros Maria de Assis Calsing, Relatora, Lélío Bentes Corrêa, Aloysio Corrêa da Veiga, Rosa Maria Weber, Luiz Philipe Vieira de Mello Filho e João Oreste Dalazen, conhecer do Recurso de Embargos quanto ao tema “Jornada de Trabalho. Opção do empregado pela jornada de oito horas. Horas extras”, por violação ao art. 896 da CLT, em face do conhecimento do Recurso de Revista por ofensa ao art. 224, § 2º, da CLT, e, no mérito, com amparo no art. 146 do Regimento Interno desta Corte, dar-lhe provimento para: I. julgar procedente o pedido de pagamento da 7ª e da 8ª horas de trabalho, a partir da opção pela jornada de 8 (oito) horas; II. determinar que a reclamante retorne ao cargo efetivo, com jornada de 6 (seis) horas, sem a gratificação que percebia em face da opção pela jornada de 8 (oito) horas; III. determinar que seja deduzida da condenação ao pagamento de horas extras a diferença entre a gratificação decorrente da jornada de 8 (oito) horas de trabalho (em razão da opção) e a que eventualmente a reclamante percebia pela jornada de 6 (seis) horas.

Brasília, 26 de fevereiro de 2009. *João Batista Brito Pereira*, redator designado.

HORAS *IN ITINERE*. NEGOCIAÇÃO COLETIVA

RECURSO DE REVISTA. DESCABIMENTO. I. HORAS “IN ITINERE”. NEGOCIAÇÃO COLETIVA. CLÁUSULA QUE LIMITA O MERECIMENTO DO TÍTULO ÀS HORAS POSTERIORES À SEGUNDA DO TRAJETO. SUPRESSÃO DE DIREITO. INVALIDADE. 1.1. Não há dúvidas de que o art.

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

7º, inciso XXVI, da Constituição Federal chancela a relevância que o Direito do Trabalho empresta à negociação coletiva – sempre válida e eficaz enquanto não rompidas as fronteiras nas quais se deve conter. 1.2. Até a edição da Lei nº 10.243/2001, o conceito de horas “in itinere” decorria de construção jurisprudencial, extraída do art. 4º da CLT, não havendo, à época, preceito legal que, expressamente, normatizasse o instituto. Estavam os atores sociais, em tal conjuntura, livres para a negociação coletiva em torno da matéria, possibilidade inúmeras vezes reiterada por esta Corte. 1.3. Modificou-se a situação com o diploma legal referido, quando acresceu ao art. 58 da CLT o § 2º, vetor pelo qual a matéria alcançou tessitura legal, incluindo-se a remuneração das horas “in itinere” entre as garantias mínimas asseguradas aos trabalhadores. 1.4. Ante o comando do art. 9º consolidado, afirma-se a impossibilidade de se ajustar, em negociação coletiva, a ausência de remuneração do período gasto em trajeto, embora possível a sua quantificação. Naquele primeiro caso, estar-se-ia negando a vigência, eficácia e efetividade de norma instituída pelo Poder Legislativo, competente para tanto, e ofender-se-ia o limite constitucionalmente oferecido pelo art. 7º, VI, da Carta Magna, que, admitindo a redução de salário, não tolerará a sua supressão. 1.5. À zona de proibição se inclina a cláusula que nega o merecimento de horas “in itinere”, quando o percurso for inferior a duas horas – sob frágil aparência do bom direito, há o rompimento com a mais volátil noção de razoabilidade, cristalizando-se renúncia explícita, onde a ordem pública a veda, com o efeito prático de se afastar, para a quase generalidade dos casos, o pagamento da parcela sob foco. A admitir-se uma tal sorte de contratação, licita seria a absurda definição de quaisquer parâmetros, ao gosto dos negociadores de um dado momento (o direito somente a surgir acima de duas horas, acima de dez horas de percurso...), o que, manifestamente, não resiste à crítica. Recurso de revista não conhecido 2. HORAS EXTRAS. ÔNUS DA PROVA. Revelados os fundamentos de fato e de direito que suportam o julgado, em que, aplicada a compreensão da Súmula nº 338, I, desta Corte, resta evidente a ocorrência de labor extraordinário. Impossível será o questionamento da validade de elementos instrutórios, para além do quadro descrito pelo acórdão. Esta é a inteligência da Súmula nº 126 do TST. Recurso de revista não conhecido. 3. SÚMULA Nº 330 DO TST. EFEITO LIBERATÓRIO. Estando a decisão em conformidade com a Súmula nº 330/TST, impossível o processamento do recurso de revista (art. 896, § 4º, da CLT).

Recurso de revista não conhecido.

(Processo nº TST-RR-159/2006-271-06-00 – Ac. 3ª Turma)

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista nº TST-RR-159/2006-271-06-00.9, em que é Recorrente Agroarte Empresa Agrícola S.A. e Recorrido Antônio Apolinário do Nascimento.

O Eg. Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região, pelo acórdão de fls. 211/224, deu provimento parcial ao recurso ordinário da Reclamada.

Inconformada, a Ré interpõe recurso de revista, pelas razões de fls. 230/252, com fulcro nas alíneas *a* e *c* do art. 896 da CLT.

Admitido o recurso a fls. 256/257.

Não há contra-razões.

Os autos não foram encaminhados ao D. Ministério Público do Trabalho (RI/TST, art. 82).

É o relatório.

VOTO

Tempestivo o recurso (fls. 225/226), regular a representação (fl. 227), pagas as custas (fl. 202) e efetuado o depósito recursal no valor da condenação (fl. 201), estão preenchidos os pressupostos genéricos de admissibilidade.

1 – HORAS *IN ITINERE*. NEGOCIAÇÃO COLETIVA. CLÁUSULA QUE LIMITA O MERECIMENTO DO TÍTULO ÀS HORAS POSTERIORES À SEGUNDA DO TRAJETO. SUPRESSÃO DE DIREITO. INVALIDADE

1.1 – CONHECIMENTO

O Regional manteve a r. sentença, quanto à condenação da Reclamada ao pagamento de horas *in itinere*, assim fundamentando sua decisão (fls. 213/216):

“Não se acolhe o argumento de que as horas *in itinere* são indevidas, em razão dos acordos coletivos trazidos à colação, às fls. 164/179 (que cobrem todo o período contratual, ou seja, de 18.02.02 até a dispensa, ocorrida em 07.03.05), que asseguram tal direito apenas quando o tempo de percurso exceder duas horas diárias.

A cláusula quarta dos referidos instrumentos coletivos estabelece que os veículos destinados ao transporte dos trabalhadores rurais serão

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

sempre ônibus e deverão satisfazer as condições técnicas e de segurança, conforme definido na legislação específica, proibindo transporte de ferramentas, defensivos agrícolas e adubos, junto aos trabalhadores e que o transporte será feito sem ônus para o trabalhador, do ponto de embarque aos locais de serviço e vice-versa, sendo que, em contrapartida, somente o tempo excedente a 02 horas, sendo 01 de ida e 01 de volta, será considerado de efetivo serviço, para efeito de horas *in itinere*, e desde que seja considerado, apenas, o trecho de difícil acesso ou não coberto por transporte público e regular, na forma do Enunciado nº 325 do TST, e, posteriormente, pela Lei nº 10.243, de 19.06.01, que alterou o art. 58, § 2º, III, da CLT.

Em julgamentos anteriores, esta Relatora tinha o entendimento de que, nessa situação, observando-se o conflito entre as normas, deveria ser seguido o princípio de hierarquia das fontes formais de direito, bem assim o de aplicação da norma mais favorável ao obreiro. E assim, a partir da edição da Lei nº 10.243/01, não se poderia atribuir validade a normas coletivas como aquela invocada pela recorrente, sendo de prevalecer o texto da legislação ordinária federal.

Todavia, ao julgar o Proc. 00073-2003-241-06-00-1, na sessão de 13.10.03, reformulando posicionamento antes adotado, esta Juíza passou a entender que as cláusulas do acordo coletivo que tratam de horas de percurso não restringem direitos disciplinados pela Lei nº 10.243/01 – v. § 2º do art. 58, CLT – se o sindicato profissional diz que o percurso é servido por transporte público, restando, em tal hipótese, afastada a caracterização de horas *in itinere*, como integrantes da jornada, nos limites estabelecidos no acordo. E, por isso, prevalecem os acordos coletivos, em face do disposto no art. 7º, XXVI, CF, se os próprios sindicatos dizem que tais acordos são mais benéficos, em seu conjunto.

Ocorre que, na hipótese vertente, não há qualquer cláusula através da qual o sindicato profissional declare que o percurso é servido por transporte público, nem que o referido ajuste é mais benéfico aos trabalhadores da categoria.

Ainda é de se ressaltar que não consta das normas coletivas trazidas à colação, mesmo implicitamente, qualquer cláusula que renda ensejo à conclusão de que a renúncia do direito às horas de percurso ocorre para a obtenção de qualquer outra vantagem para a categoria obreira. Não ficou claro, na redação da cláusula, se existe trecho servido por transporte público regular, sendo certo que, se a reclamada optou por

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

fornecer transporte gratuito aos seus empregados, tem obrigação de satisfazer as condições técnicas e de segurança previstas em lei. E assim, se o transporte oferecido ao trabalhador atende às estipulações legais, tal circunstância não se constitui vantagem a ser negociada em troca do direito às horas de percurso.

Neste sentido foi o julgamento proferido pelo Colendo TST, no processo AIRR – 397/2005-271-06-40.8, cujo Relator foi o Ministro Carlos Alberto Reis de Paula, consoante se vê no *site* do TST, Notícias, 04.10.06.”

“No tocante ao quantitativo de horas *in itinere*, ao proferir a sentença de fls. 169/178, o juízo de 1º grau entendeu que, de 18.02.02 (data da admissão) até julho/2003 (quando houve mudança de horário, conforme fl. 155), o autor pegava o transporte fornecido pela empresa, por volta das 05:00, na cidade de Pedras de Fogo (PB), deslocando-se até a sede da empresa, aonde chegava por volta das 05:30, e era deslocado para os fundos agrícolas, de difícil acesso, começando sua jornada às 06:00, em média. No tocante ao período de agosto/2003 a 07.03.05 (data da dispensa), o juízo considerou que o demandante apanhava o transporte fornecido pela reclamada por volta das 03:30, na cidade de Pedras de Fogo, chegando à sede da empresa às 05:00, após o que era deslocado para os fundos agrícolas, de difícil acesso, começando a trabalhar às 06:00. O juízo sentenciante fez consignar que ficou demonstrado que o trecho de Pedras de Fogo até a sede da empresa, cuja distância é de 30 minutos de carro, é servido por transporte público, excluindo o direito à percepção das horas *in itinere*, em relação a esse trecho do trajeto, com base na Súmula nº 325 do TST.

Oportuno salientar que a aplicação da Súmula nº 325/TST decorreu da constatação, através da prova colhida nos autos, que o trecho de Pedras de Fogo até a sede da empresa é servido por transporte público regular, e não em razão da existência de cláusula do acordo coletivo tratando do assunto, como sustentado no recurso. O § 1º da cláusula quarta do acordo coletivo de trabalho, a que se referiu a recorrente, não possui o conteúdo transcrito às fls. 184/185, como se vê às fls. 140 e 143.

Logo, em relação ao período de 18.02.02 a julho/2003, o reclamante faz jus a 01 hora de percurso diária (02 trajetos de 30 minutos), e não 02 horas, como estabelecido na decisão revisanda. Quanto ao interregno de agosto/2003 até 07.03.05, o tempo gasto das 05:00 às 06:00, no percurso da sede da empresa aos fundos agrícolas, de difícil acesso,

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

corresponde a 02 trajetos diários de 01 hora, resultando em 02 horas de percurso, como determinado na sentença.”

A Recorrente, em síntese, pretende ver excluída a sua condenação ao pagamento de horas *in itinere* e repercussões, sob o fundamento de que o Regional não respeitou as normas coletivas de trabalho. Aponta contrariedade à Súmula nº 325/TST e violação dos arts. 7º, VI, XIII, XXVI, da Constituição Federal e 611 da CLT. Traz arestos ao confronto.

Não há dúvidas de que o art. 7º, inciso XXVI, da Constituição Federal chancela a relevância que o Direito do Trabalho empresta à negociação coletiva. A validade e eficácia dessas cláusulas estão condicionadas à sua contenção dentro de fronteiras estabelecidas.

Até a edição da Lei nº 10.243/01, o conceito de horas *in itinere* decorria de construção jurisprudencial, extraída do art. 4º da CLT, não havendo, à época, preceito legal que, expressamente, normatizasse o instituto.

Estavam os atores sociais, em tal conjuntura, livres para a negociação coletiva em torno da matéria, possibilidade inúmeras vezes reiterada por esta Corte.

Modificou-se a situação com o diploma legal referido, quando acresceu ao art. 58 da CLT o § 2º, assim redigido:

“Art. 58. (...)

(...)

§ 2º O tempo despendido pelo empregado até o local de trabalho e para o seu retorno, por qualquer meio de transporte, não será computado na jornada de trabalho, salvo quando, tratando-se de local de difícil acesso ou não servido por transporte público, o empregador fornecer a condução.”

A matéria alcançou tessitura legal, incluindo-se a remuneração das horas *in itinere* entre as garantias mínimas asseguradas aos trabalhadores.

Desta forma, embora viável a quantificação do número de horas, não tenho dúvidas em afirmar a impossibilidade de se fixar a ausência de remuneração do período gasto em trajeto.

Não há como se legitimar, pela via da negociação coletiva, a supressão de direito definido em norma imperativa e de ordem pública. Além de, em tal caso, estar-se negando a vigência, eficácia e efetividade de norma instituída pelo Poder Legislativo, competente para tanto, ofender-se-ia o limite

constitucionalmente oferecido pelo art. 7º, VI, da Carta Magna, que, admitindo a redução de salário, não tolerará a sua supressão.

Em tal sentido, com extrema adequação, tem decidido o Tribunal Superior do Trabalho:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. HORAS *IN ITINERE*. O reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho, previsto no art. 7º, XXVI, da Carta Magna, não autoriza que através destes instrumentos seja promovida a simples supressão de direitos e garantias legalmente assegurados. No caso em exame, a norma coletiva, objeto de discussão, subtraiu direito do empregado assegurado em norma cogente, qual seja, o art. 58, § 2º, da CLT. A situação dos autos não encontra amparo no ordenamento jurídico, que não contempla a supressão, mediante acordo ou convenção coletiva, de direitos trabalhistas protegidos por norma legal de caráter cogente. Por conseguinte, as horas *in itinere* são devidas como extras, já que implicam transbordamento da jornada normal. Incidência da Súmula nº 90, itens I e V, do TST. Violação constitucional não configurada (art. 896, c, da CLT). Agravo de Instrumento a que se nega provimento.” (Proc. TST AIRR AIRR-397/2005-271-06-40.8; Ac. 3ª T.; Rel. Min Carlos Alberto Reis de Paula)

“HORAS *IN ITINERE*. EXCLUSÃO POR ACORDO COLETIVO. I. O recurso não se habilita ao conhecimento por divergência jurisprudencial, dada a constatação de alguns arestos serem inespecíficos, a teor da Súmula nº 296, I, do TST, e outro superado pela jurisprudência cristalizada deste Tribunal, de forma a atrair o óbice do § 4º do art. 896 da CLT. II. Não se visualiza, de outra parte, a alegada violação ao art. 7º, XXVI, da Constituição. Isso porque a matéria relativa às horas *in itinere* foi acrescida ao art. 58 da CLT pela Lei nº 10.243/01, ficando expressamente previsto em seu § 2º que: ‘O tempo despendido pelo empregado até o local de trabalho e para o seu retorno, por qualquer meio de transporte, não será computado na jornada de trabalho, salvo quando, tratando-se de local de difícil acesso ou não servido por transporte público, o empregador fornecer a condução’. Embora o princípio do conglobamento, adotado na interpretação dos acordos e convenções coletivos, permita a redução de determinado direito mediante a concessão de outras vantagens similares, de modo que no seu conjunto o ajuste se mostre razoavelmente equilibrado, não é admissível a utilização de instrumentos normativos para a preterição pura e simples de direito legalmente previsto. III. Conquanto se deva prestigi-

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

ar os acordos e convenções coletivas, por injunção do art. 7º, inciso XXVI, da Constituição, em que se consagrou o princípio da autonomia privada da vontade coletiva, impõe-se sua submissão ao princípio da reserva legal. Do contrário, a manutenção de cláusulas dessa natureza implicaria conferir-lhes o *status* de lei em sentido estrito, em condições de lhes atribuir inusitado efeito derogatório de preceito legal. Nesse sentido, a propósito, já se manifestou a Seção de Dissídios Coletivos. Precedente: ROAA-7/2005-000-24-00.3, DJU 17.03.06. Conclui-se, desse modo, que a declaração de ineficácia da cláusula após a edição da Lei nº 10.243/01, que acresceu o § 2º ao art. 58 da CLT, não ofendeu o referido dispositivo constitucional.” (Proc. TST RR-588/2005-042-03-00; Ac. 4ª T.; Rel. Min. Antônio José de Barros Levenhagen; DJ 13.10.06)

À zona de proibição se inclina a cláusula que nega o merecimento de horas *in itinere*, quando o percurso for inferior a duas horas – sob frágil aparência do bom direito, há o rompimento com a mais volátil noção de razoabilidade, cristalizando-se renúncia explícita, onde a ordem pública a veda.

O efeito prático da disposição é afastar trabalhadores da proteção legal, com a definição de limite aleatório, passível de definição pelo gosto dos negociadores de cada momento – aqui se fazendo vivo o art. 9º da CLT. A crer-se lícita a exclusão das duas primeiras horas de trajeto, então também não seria regular o alheamento de cinco ou dez horas?

A questão não resiste à crítica e a resposta há de ser abrangentemente negativa.

Dessa forma, está correta a decisão regional, não se vislumbrando a possibilidade de violação dos arts. 7º, VI, XIII e XXVI, da Constituição Federal, ou 611 da CLT.

O Regional enfatizou que “não ficou claro, na redação da cláusula, se existe trecho servido por transporte público regular, sendo certo que, se a reclamada optou por fornecer transporte gratuito aos seus empregados, tem obrigação de satisfazer as condições técnicas e de segurança previstas em lei” (fl. 215).

Para o caso dos autos, aplica-se a orientação do item I da Súmula nº 90 do TST:

“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 nº 90 – RA 80/78, DJ 10.11.78)

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

Esta é a realidade dos autos, afastada a contrariedade à Súmula nº 325/TST.

Também não ganha impulso o recurso de revista, com arrimo nos julgados oferecidos às fls. 242/247, pela deficiência de origem (CLT, art. 896, *a*), e, segundo a inteligência da Súmula nº 296, I, desta Corte, por inespecíficos, os de fls. 235/241, de vez que não partam do mesmo pressuposto fático delineado no presente caso: fato que conduziu o Regional a excluir “a percepção de horas *in itinere*, em relação a esse trecho do trajeto, com base na Súmula nº 325 do TST” (fl. 216).

Não conheço do recurso de revista.

2 – HORAS EXTRAS. ÔNUS DA PROVA

2.1 – CONHECIMENTO

Sustenta a Reclamada que deveria o reclamante “ter feito prova robusta e cabal de suas alegações”, em relação ao pedido de horas extraordinárias, “ônus probatório” do qual não se desincumbiu. Evoca o art. 818 da CLT e traz um aresto a cotejo.

O Regional assim se manifestou sobre o tema (fl. 217):

“Não prospera a alegação de que o autor não se desincumbiu do ônus da prova, porque os depoimentos colhidos nos autos revelam que havia um tempo à disposição da empresa, gasto no percurso para local de trabalho de difícil acesso, que deve ser computado na jornada de trabalho, nos termos já expostos.”

Diante do contexto fático delineado (Súmula nº 126/TST), tem-se por correta a aplicação das regras de distribuição do ônus da prova, insertas nos arts. 818 da CLT e 333, I, do CPC, que restam incólumes.

Não conheço.

3 – SÚMULA Nº 330 DO TST. EFEITO LIBERATÓRIO

3.1 – CONHECIMENTO

O Eg. 6º Regional assim se manifestou sobre o tema (fls. 217/218):

“Inicialmente, é de se ressaltar que é amplo o direito de acesso ao Judiciário, como garantia do Estado de Direito, estando consubstanciado

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

no ordenamento pátrio, no art. 5º, inciso XXXV, CF/88. Por outro lado, o art. 477, consolidado, em seu § 2º, dá os exatos limites da quitação operada quando do pagamento de verbas decorrentes da rescisão contratual. Nem se poderia pretender conferir a um ato meramente administrativo efeitos que equivalem ao da coisa julgada.

Portanto, não há quitação de parcelas ou de títulos, mas dos valores recebidos, considerando a discriminação verificada, nada impedindo que sejam postuladas diferenças ou complementações dessas mesmas parcelas ou títulos, ainda não pagas, tudo nos exatos termos dos itens I e II da atual redação da Súmula nº 330, TST, devidamente respeitada.

Por outro lado, as verbas pleiteadas na presente reclamação não são as mesmas quitadas através do termo rescisório de fl. 17.

Confirmo a sentença.”

Pretende a Recorrente, no recurso de revista, a reforma do acórdão regional, aduzindo que procedeu a quitação das verbas rescisórias. Aponta contrariedade à Súmula nº 330 do TST. Colaciona aresto.

A Súmula nº 330 do TST dá interpretação ao disposto no art. 477 e parágrafos da CLT, tornando efetivo o valor da quitação, enquanto forma completa de liberação e direito do *solvens*: a quitação torna definitivo e indiscutível o adimplemento das obrigações descritas no documento próprio, em natureza e extensão.

O verbete, no entanto, faz expressa ressalva (incisos I e II) às “parcelas não consignadas no recibo” e seus reflexos sobre títulos outros, ainda que dele constantes, bem como aos “direitos que deveriam ter sido satisfeitos durante a vigência do contrato de trabalho”. Em relação a estes, a quitação valerá apenas pelo período a que se referem, conforme vier expresso no termo de dissolução.

No silêncio do documento, obviamente, não estarão adimplidas todas as obrigações contraídas pelo empregador, ao longo do pacto laboral.

Assim, não há a apontada contrariedade à Súmula nº 330/TST.

O paradigma de fl. 251 é inservível, uma vez que oriundo de Turma desta Corte Superior (CLT, art. 896, *a*).

Isto posto,

Acordam os Ministros da Egrégia Terceira Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, não conhecer integralmente do recurso de revista.

Brasília, 16 de abril de 2008. *Alberto Bresciani*, relator.

JORNADA MISTA. PRORROGAÇÃO. ADICIONAL NOTURNO

RECURSO DE REVISTA. REGIME 12X36. JORNADA MISTA. PRORROGAÇÃO. ADICIONAL NOTURNO. DEVIDO. Sem razão o reclamado, porquanto restou configurada a jornada mista, ou seja, aquela que se inicia em horário diurno, estende-se pelo horário noturno e prossegue para além desse último. In casu, das 19h às 7h do dia seguinte em jornada de 12x36. Ao contrário do que entende o reclamado, o decisum regional consona com o item II da Súmula nº 60/TST, que dispõe: “cumprida integralmente a jornada no período noturno e prorrogada esta, devido é também o adicional quanto às horas prorrogadas. Exegese do art. 73, § 5º, da CLT”. Com efeito, é irrelevante que o trabalho tenha se iniciado antes das 22h, pois para efeito de incidência do § 5º do art. 73 da CLT é necessário apenas que a prestação de serviço cubra todo o período noturno e prorrogue-se para além das 5 horas, o que, efetivamente, ocorreu.

Recurso de revista não conhecido.

(Processo nº TST-RR-84.919/2003-900-04-00 – Ac. 6ª Turma)

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista nº TST-RR-84.919/2003-900-04-00.0, em que é Recorrente Hospital Nossa Senhora da Conceição S.A. e Recorrida Gladis Cecília Kuhn Hauser.

Adoto o relatório do Exmo. Sr. Min. Relator, nos seguintes termos:

“O Eg. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, mediante o v. acórdão de fls. 454-466, deu provimento parcial ao recurso ordinário do reclamado e deu provimento ao recurso ordinário da reclamante.

Inconformado, o reclamado recorre de revista às fls. 468-485. Sustenta que o regime compensatório 12x36 encontra-se nos acordos coletivos pactuados pela reclamante. Alega que a exigência de atestado médico para o cumprimento de jornada compensatória pelas mulheres foi revogada pelo art. 13 da Lei nº 7.855/89, bem como pelo princípio de igualdade entre homens e mulheres. Traz arestos ao cotejo de teses. Alega que o desrespeito ao intervalo mínimo entre dois turnos de trabalho, sem importar em excesso na jornada efetivamente trabalhada não dá direito a qualquer ressarcimento ao obreiro, por se tratar de infração sujeita apenas à penalidade administrativa. Traz aresto ao cotejo de

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

teses. Requer, também, a exclusão da condenação do pagamento do adicional noturno. Alega que a autora trabalhou em jornada mista, laborando das 19h às 7h, ou seja, em regime de compensação de jornada de 12x36. Aponta contrariedade à Orientação Jurisprudencial nº 06 da SDI-1 deste C. TST e traz arestos ao cotejo de teses. Por fim, alega não ter a reclamante direito ao pagamento de honorários assistenciais, pois não comprovou a percepção inferior a dois salários mínimos legais, nem sequer fez declaração de pobreza de próprio punho. Aponta violação do art. 14 da Lei nº 5.584/70 e contrariedade às Súmulas ns. 219 e 329 deste C. TST. Traz arestos ao cotejo de teses.

O recurso de revista foi admitido às fls. 489-490, por divergência jurisprudencial, quanto ao intervalo intrajornada.

Contra-razões apresentadas às fls. 492-507.

A douta Procuradoria Geral do Ministério Público do Trabalho não se manifestou.

É o relatório.”

Em sessão, manifestei divergência quanto ao tema “regime 12x36 – jornada mista – prorrogação – adicional noturno”, que foi acolhida, cabendo-me, agora, redigir o acórdão.

VOTO

Satisfeitos os pressupostos gerais de admissibilidade referentes à tempestividade (fls. 467 e 468), representação (fl. 27) e preparo (fls. 399, 400, 486 e 487), passo ao exame dos específicos do recurso.

1 – CONHECIMENTO

Acompanho o voto do Ministro Relator quanto aos temas objeto dos itens 1.1, 1.2 e 1.4:

1.1 – “REVEZAMENTO. JORNADA 12X36. HORAS EXTRAORDINÁRIAS. ADICIONAL

RAZÕES DE NÃO-CONHECIMENTO

O Eg. Tribunal Regional manteve a r. sentença que considerou inválido o regime compensatório de 12x36, sendo devido o pagamento de adicional de

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

horas extraordinárias, de 100%, conforme previsto nas normas coletivas, sobre as horas irregularmente compensadas, assim consideradas as laboradas além da 6ª até a 10ª hora diária, com reflexos. *In verbis*:

‘Conforme consta no laudo contábil, os dissídios coletivos que prevêem o regime compensatório de 12x36, estabelecem, para a validade da prorrogação do trabalho da empregada mulher, autorização por atestado médico oficial ou de serviço médico da empresa, desde que conste em sua CTPS, requisitos este que o reclamado não cumpriu (v. laudo, quesito, 5 fl. 312).

Efetivamente, observa-se pelas normas coletivas acostadas aos autos, que os Acordos Coletivos vigentes a partir de 01.04.95 (cl. 46ª e § 1º, fl. 196), de 01.04.96 (cl. 46ª e § 1º, fls. 209/210), de 01.04.97 (cl. 45ª e § 1º, fl. 274), de 01.04.98 (cl. 44ª e § 1º, fl. 236), e de 01.04.99 (cl. 35ª e § 1º, fls. 246) exigem que a prorrogação do trabalho para a empregada mulher deverá ser autorizada por atestados médico oficial ou de serviço médico da empresa, o que deverá constar em sua CTPS, além da exigência de expressa concordância do empregado, por escrito. Não há nos autos os atestados necessários para a compensação no regime 12x36, além de não constar, na CTPS da autora, as anotações referentes a este regime, bem como a autorização escrita da empregada. Saliente-se que o prontuário da reclamante, juntado às fls. 48/63, não se presta ao fim colimado.

Não sendo observada na integralidade a previsão normativa de compensação de horário, esta não pode ser admitida.

Cumpra dizer que os instrumentos normativos representam a vontade coletiva das categorias que os firmaram, seja profissional, seja econômica. Desse modo, em atenção ao princípio da autodeterminação coletiva, merecem respeito todas as disposições neles inseridas, mormente se vão diretamente ao encontro do princípio protetivo do trabalhador, informador do direito laboral. Na hipótese, a exigência de autorização para a prorrogação da jornada da mulher trabalhadora atenta para a legislação pátria, que considera de ordem pública a adoção de medidas de proteção ao trabalho das mulheres (art. 377 da CLT). Não se trata, assim, de disposição de ‘cunho preconceituoso’, mas de respeito às características próprias do sexo feminino, na relação de emprego.

Por outro lado, mesmo que assim não fosse, inviável admitir-se o regime de compensação de 12x36, previsto nas normas coletivas e adotado pelo reclamado, ultrapassa o limite de dez horas de trabalho por dia estabelecido no § 2º do art. 59 da CLT.

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

Assim, sendo incontroverso o ajuste da carga horária mensal de 180 horas, com plantões de 12 horas por 36 de descanso, mantém-se a sentença que condenou o reclamado ao pagamento de adicional de horas extras, de 100%, conforme previsto nas normas coletivas, sobre as horas irregularmente compensadas, assim consideradas as laboradas além da 6ª até a 10ª hora diária, com reflexos.

Desse modo, sem objeto o recurso do reclamado no que tange ao pedido de observação do disposto no Enunciado nº 85 do TST, porquanto foi deferido pela sentença apenas o adicional de horas extras.

De outra parte, cumpre mencionar que no tocante ao critério de desconsideração dos minutos que antecedem e sucedem a jornada de trabalho para apuração das horas extras, é sem objeto o apelo, posto que a sentença determinou que, na apuração das horas extras, fosse observada a tolerância prevista nas normas coletivas e, no período anterior, o critério no Enunciado 19 desse Tribunal (v. fls. 363/364).⁷ (fls. 459-460)

Nas razões do recurso de revista, aduz o reclamado que o regime compensatório 12x36 encontra-se nos acordos coletivos pactuados pela reclamante. Alega que a exigência de atestado médico para o cumprimento de jornada compensatória pelas mulheres foi revogada pelo art. 13 da Lei nº 7.855/89, bem como pelo princípio de igualdade entre homens e mulheres. Traz arestos ao cotejo de teses.

Sem razão, contudo.

Tem-se que o Eg. Tribunal Regional considerou inválida a jornada 12x36, por não ter o reclamado cumprido os instrumentos coletivos, que exigiam, como pressuposto de validade da prorrogação da jornada da mulher: autorização por atestado médico oficial, ou de serviço médico da empresa; que deverá constar em sua CTPS; exigência de expressa concordância do empregado, por escrito.

Diante dos pressupostos fáticos trazidos, não há como se concluir pela violação legal apontada, uma vez que a necessidade de submeter a empregada mulher à avaliação médica, como requisito de validade da prorrogação da jornada, não se trata de exigência legal, mas de pré-requisito estabelecido pelos instrumentos coletivos, e que o reclamado não cumpriu.

Da mesma forma, não há divergência jurisprudencial específica, pois nenhum dos arestos colacionados parte das premissas registradas na v. decisão recorrida, no sentido de que os instrumentos normativos previam o cumprimento de outras exigências para ser válida a jornada 12x36, as quais não foram

cumpridas. Ou seja, os arestos não abordam todos os temas versados na decisão recorrida. Incide o óbice das Súmulas ns. 23 e 296 do C. TST.

Não conheço.

1.2 – INTERVALOS INTERJORNADAS

RAZÕES DE NÃO-CONHECIMENTO

O Eg. Tribunal Regional deferiu o pagamento de horas extraordinárias relativas ao período em que a reclamante não usufruiu dos intervalos entre duas jornadas de no mínimo onze horas. *In verbis*:

‘Consoante laudo pericial às fls. 310/335, item 8, a reclamante em algumas oportunidades não usufruiu os intervalos entre duas jornadas de no mínimo onze horas, a teor do art. 66 da CLT. Por exemplo, no dia 10.06.95 a reclamante terminou sua jornada de trabalho às 07:03h e reiniciou a seguinte às 13:13h do mesmo dia, gozando de um intervalo de apenas 6 horas e 10 minutos (v. fl. 313). As horas trabalhadas no período de intervalo devem ser remuneradas como extras, independentemente de a reclamante receber as horas extras prestadas na jornada do dia anterior, o que não configura *bis in idem*. Entretanto, em tal caso, a hora básica já foi remunerada pelo salário, devendo a condenação ser restrita ao adicional de horas extras.

Relativamente ao pedido de descon sideração dos 10 minutos anteriores e posteriores à jornada de trabalho, resta sem objeto o apelo, conforme já explicitado nos itens anteriores.

Assim, dá-se provimento parcial ao apelo, para restringir a condenação ao adicional de horas extras sobre aquelas laboradas no intervalo entre as jornadas.’ (fls. 461-462)

Nas razões do recurso de revista, o reclamado alega que o desrespeito ao intervalo mínimo entre dois turnos de trabalho, sem importar em excesso na jornada efetivamente trabalhada, não dá direito a qualquer ressarcimento ao obreiro, por se tratar de infração sujeita apenas à penalidade administrativa. Traz aresto ao cotejo de teses.

Razão não lhe assiste, porém.

A decisão do Eg. TRT está em consonância com o entendimento prevalecente nesta C. Corte, por meio da Orientação Jurisprudencial nº 355 da SBDI-1, DJ 14.03.08, no seguinte sentido:

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

‘INTERVALO INTERJORNADAS. INOBSERVÂNCIA. HORAS EXTRAS. PERÍODO PAGO COMO SOBREJORNADA. ART. 66 DA CLT. APLICAÇÃO ANALÓGICA DO § 4º DO ART. 71 DA CLT. DJ 14.03.08. O desrespeito ao intervalo mínimo interjornadas previsto no art. 66 da CLT acarreta, por analogia, os mesmos efeitos previstos no § 4º do art. 71 da CLT e na Súmula nº 110 do TST, devendo-se pagar a integralidade das horas que foram subtraídas do intervalo, acrescidas do respectivo adicional.’

Assim, estando a decisão regional em conformidade com iterativa, atual e notória jurisprudência desta C. Corte, o recurso pela pretendida divergência encontra óbice no disposto na Súmula nº 333 do C. TST e no art. 896, letra *a*, da CLT.

Não conheço.”

1.3 – REGIME 12X36. JORNADA MISTA. PRORROGAÇÃO. ADICIONAL NOTURNO

Data venia do entendimento do eminente Relator, o recurso de revista não merece ser conhecido.

O E. Tribunal Regional, no particular, deu provimento ao recurso ordinário da reclamante “para acrescer à condenação o pagamento do adicional noturno sobre as horas trabalhadas após as 05:00h da manhã, com reflexos em gratificações natalinas, férias com 1/3 e FGTS” (fl. 465). Ressaltou em sua fundamentação:

“A reclamante não se conforma com a sentença de primeiro grau que indeferiu o pedido de adicional noturno para as horas trabalhadas posteriormente às cinco da manhã. Sustenta que é credora do referido adicional, tendo em vista que cumpria a jornada das 19:00h às 07:00h, ocorrendo, assim, a prorrogação do trabalho noturno, a teor do disposto no art. 73, § 5º, da CLT.

Não há controvérsia nos autos de que a reclamante estendia-se sua jornada de trabalho após as cinco horas da manhã. Ademais, o laudo pericial (fl. 314, quesito 9) confirma que efetivamente a jornada da reclamante estendia-se por volta das 19h às 7h do dia seguinte, não ocorrendo o pagamento do adicional noturno sobre as horas extras praticadas após as cinco horas da manhã.

Deste modo, em conformidade com o Precedente Jurisprudencial nº 6 da SDI-1/TST, assim como o disposto no § 5º do art. 73 da CLT e

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

não apenas conforme o § 2º deste mesmo artigo, o adicional noturno deverá incidir sobre as horas posteriores à jornada noturna. O direito ora auferido tem o fim de recompensar o empregado que labora em período noturno e cujo cansaço e desconforto também se lançam nas horas seguintes, denominadas diurnas, talvez com maior intensidade. É razoável, assim, igualarem-se todas as horas como noturnas, com pagamento do adicional também sobre as horas diurnas.” (fl. 465)

Em razões de revista, precisamente às fls. 475-480, alega o reclamado que a reclamante laborava em jornada mista (das 19 às 7h do dia seguinte, em jornada de 12x36), razão pela qual não faz jus ao adicional noturno sobre as horas trabalhadas após as cinco horas, com reflexos.

Acrescenta que “(...) não há como se opor à aplicação correta da lei, que determina a incidência de adicional noturno no horário compreendido entre as 22 horas de um dia às 5 horas da manhã do dia seguinte, e não no horário posterior como entendido pela Colenda 2ª Turma do Tribunal *ad quo*” (fl. 476).

Denuncia violação do art. 73, § 5º, da CLT, contrariedade à antiga OJ-6-SBDI-1-TST (atual item II da Súmula nº 60/TST) e divergência jurisprudencial (fls. 477-480).

Sem razão, porquanto restou configurada a jornada mista, ou seja, aquela que se inicia em horário diurno, estende-se pelo horário noturno e prossegue para além desse último. *In casu*, das 19h às 7h do dia seguinte em jornada de 12x36.

Ao contrário do que entende o reclamado, o *decisum* regional consona com o item II da Súmula nº 60/TST, que dispõe: “cumprida integralmente a jornada no período noturno e prorrogada esta, devido é também o adicional quanto às horas prorrogadas. Exegese do art. 73, § 5º, da CLT”.

Com efeito, é irrelevante que o trabalho tenha se iniciado antes das 22h, pois para efeito de incidência do § 5º do art. 73 da CLT é necessário apenas que a prestação de serviço cubra todo período noturno e prorrogue-se para além das 5 horas, o que, efetivamente, ocorreu.

Nesse sentido, cito os seguintes precedentes:

“JORNADA MISTA. REGIME DE COMPENSAÇÃO. ADICIONAL NOTURNO DEVIDO. Sendo incontroverso que a embargante laborou no período noturno (das 22 às 5 horas), visto que sua jornada de trabalho se iniciava antes das 22 horas e terminava às 7 horas, o fato de trabalhar em regime de compensação de 12x36 horas não pode ser eri-

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

gido como óbice ao não-conhecimento dos embargos. A Súmula nº 60, II, desta Corte, não deixa a mínima dúvida de que o direito ao adicional noturno deve incidir sobre as horas prorrogadas, uma vez demonstrado que o empregado trabalhou em todo o período noturno e, igualmente, que houve a prorrogação de sua jornada além das 5 horas da manhã. Cumprida, pois, integralmente a jornada noturna e prorrogada a prestação de serviços além desse período de trabalho, a hipótese atrai a aplicação da súmula *supra* referida. Recurso de embargos conhecido e provido.” (E-ED-RR-70403/2002-900-04-00, Ac. SBDI-1, Rel. Min. Milton de Moura França, DJU 22.08.08)

“EMBARGOS. ADICIONAL NOTURNO. JORNADA DE 12X36. HORÁRIO NOTURNO CUMPRIDO INTEGRALMENTE E PRORROGADO NO PERÍODO DIURNO. Devido é o adicional noturno relativamente às horas trabalhadas após as 5 horas, em prorrogação ao horário noturno. Cumprida integralmente a jornada no período noturno, das 22 às 05 horas, e prorrogada a jornada após essa hora, continua o empregado a fazer jus ao adicional noturno. Se este é devido para o trabalho realizado no período noturno, com muito mais razão ainda as horas trabalhadas em prorrogação a esse horário, quando já cumprida integralmente a jornada no período noturno. A lei não retira o direito ao adicional em virtude da adoção do regime de trabalho de 12 horas de jornada por 36 horas de descanso. Embargos conhecidos e desprovidos.” (E-RR-292/2004-026-04-00, Ac. SBDI-1, Rel. Min. Vantuil Abdala, DJU 06.09.07)

“EMBARGOS. VIOLAÇÃO DO ART. 896 DA CLT. HORÁRIO NOTURNO CUMPRIDO INTEGRALMENTE. PRORROGAÇÃO. ADICIONAL NOTURNO. JORNADA DE DOZE POR TRINTA E SEIS HORAS. Devido é o adicional relativamente às horas trabalhadas após as cinco horas, em prorrogação ao horário noturno. Cumprida integralmente a jornada no período noturno, das 22 às 05 horas, e continuando a trabalhar após essa hora, continua, também, a fazer jus ao adicional noturno. Se este é devido para o trabalho realizado no período noturno, com muito mais razão ainda as horas trabalhadas em prorrogação a esse horário, quando já cumprida integralmente a jornada no período noturno. A lei não retira o direito ao adicional em virtude da adoção do regime de trabalho de doze horas por trinta e seis. Embargos conhecidos e providos.” (E-ED-RR-609/2004-003-04-00.8, Ac. SBDI-1, Rel. Min. Vantuil Abdala, DJU 06.09.07)

“RECURSO DE REVISTA. ADICIONAL NOTURNO. HORAS PRORROGADAS. Cumprida a jornada integralmente no período

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

noturno e prorrogada, devido também o adicional quanto às horas prorrogadas, de acordo com a exegese do art. 73, § 5º, da CLT. Incidência da Súmula nº 60, II, do TST (ex-OJ 6 da SDI-I).” (RR-726.158/2001.0, Ac. 6ª Turma, Relª Minª Rosa Maria Weber Candiota da Rosa, DJU 13.10.06)

“ADICIONAL NOTURNO. PRORROGAÇÃO EM HORÁRIO DIURNO. Cumprida integralmente a jornada no período noturno e prorrogada esta, devido é também o adicional quanto às horas prorrogadas. Exegese do art. 73, § 5º, da CLT (Súmula nº 60, item II, do TST). Recurso de revista não conhecido.” (RR-101.274/2003-900-04-00.0, Ac. 1ª Turma, Rel. Min. Lélío Bentes Correia, DJU 01.11.07)

“RECURSO DE REVISTA DO RECLAMANTE. ADICIONAL NOTURNO. REGIME DE 12X36. JORNADA DE TRABALHO DAS 19H ÀS 5H. HORAS LABORADAS EM PERÍODO SUBSEQÜENTE ÀS 5 HORAS DA MANHÃ. Em havendo elastecimento da jornada noturna, adentrando as horas prestadas em período diurno, deverão estas ser abarcadas pelo labor noturno. Por silogismo óbvio, é de se depreender que o cansaço do empregado decorrente do trabalho prestado nas horas noturnas se estende às horas diurnas. Não há como conceber-se que, a partir das cinco da manhã, tendo o empregado adentrado a jornada diurna, sinta-se melhor e mais disposto a trabalhar, simplesmente porque encerrou o trabalho noturno. Se o empregado iniciou suas atividades às 19h de um dia e estendeu-as até às 7h do dia seguinte, cumprindo jornada de 12 horas, trabalhou um período diurno, um completo período noturno e outro período diurno, sendo a hipótese dos autos de prorrogação da jornada noturna. Recurso de revista conhecido e provido.” (RR-126.596/2004-900-04-00.2, Ac. 2ª Turma, Rel. Min. Renato de Lacerda Paiva, DJU 16.02.07)

“RECURSO DE REVISTA. JORNADA MISTA. ADICIONAL NOTURNO. PRORROGAÇÃO EM HORÁRIO DIURNO. SÚMULA Nº 60, ITEM II. Cumprida integralmente a jornada no período noturno e prorrogada esta, devido é também o adicional quanto às horas prorrogadas. Exegese do art. 73, § 5º, da CLT. Recurso de revista não conhecido.” (RR-768/2004-027-04-00.2, Ac. 3ª Turma, Rel. Min. Alberto Bresciani, DJU 22.06.07)

“ADICIONAL NOTURNO SOBRE AS HORAS TRABALHADAS APÓS AS CINCO HORAS. I. O art. 73, § 4º, da CLT disciplina que, nos horários mistos, será aplicado às horas de trabalho noturno o

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

disposto no artigo e parágrafos, ou seja, o adicional noturno e demais preceitos, nada falando acerca da prorrogação da jornada noturna. Infundada, portanto, a alegação de ofensa ao dispositivo. II. Se o período noturno está conceituado no art. 73, § 2º, do Diploma Consolidado como o trabalho executado entre as 22 horas de um dia e as 5 horas do dia seguinte e tendo em vista que a lógica da proteção ao trabalho noturno reside na maior penosidade da atividade, torna-se ainda mais coerente que, na situação dos autos, as horas trabalhadas depois das 5h sejam adicionadas do percentual noturno. III. O texto da orientação jurisprudencial foi incorporado à Súmula/TST nº 60, pela Resolução 129/2005/TST, DJ 20.04.05, ficando assim disposto: ‘ADICIONAL NOTURNO. INTEGRAÇÃO NO SALÁRIO E PRORROGAÇÃO EM HORÁRIO DIURNO. I. (...) II. Cumprida integralmente a jornada no período noturno e prorrogada esta, devido é também o adicional quanto às horas prorrogadas. Exegese do art. 73, § 5º, da CLT’. IV. Estando a decisão recorrida de acordo com o entendimento sumulado desta Corte, uma eventual divergência com os julgados transcritos não é apta a impulsionar o recurso, a teor do art. 896, § 4º, da CLT. V. Recurso não conhecido.’ (RR-1181/2005-025-04-00.9, Ac. 4ª Turma, Rel. Min. Barros Levenhagen, DJU 19.10.07)

Assim, dirimida a controvérsia pelo E. Tribunal Regional em perfeita harmonia com o item II da Súmula nº 60, II, do TST, inviável o conhecimento do recurso, por óbice do art. 896, § 4º, da CLT e da Súmula nº 333 do TST.

Não conheço.

1.4 – “HONORÁRIOS ASSISTENCIAIS

RAZÕES DE NÃO-CONHECIMENTO

O Eg. Tribunal manteve a condenação ao pagamento de honorários assistenciais, por estarem presentes a declaração de pobreza e a credencial sindical. *In verbis*:

‘Correto o deferimento do benefício, tendo em vista a declaração de pobreza na inicial, firmada por procurador com poderes para tanto (fl. 08), e a credencial sindical juntada à fl. 09 dos autos, de acordo com a jurisprudência uniformizada no Enunciado de Súmula nº 20 deste Tribunal segundo o qual ‘na Justiça do Trabalho, somente a assistência judiciária prestada pelo sindicato representante da categoria a que

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

pertence o trabalhador necessitado enseja o direito à percepção de honorários advocatícios, nos termos da Lei nº 5.584/70, arts. 14 a 16, no percentual nunca superior a 15%.' (fl. 464)

O reclamado alega não ter a reclamante direito ao pagamento de honorários assistenciais, pois não comprovou a percepção inferior a dois salários mínimos legais, nem sequer fez declaração de pobreza de próprio punho. Aponta violação do art. 14 da Lei nº 5.584/70 e contrariedade às Súmulas ns. 219 e 329 deste C. TST. Traz arestos ao cotejo de teses.

Sem razão, contudo.

Verifica-se que a decisão impugnada encontra-se em consonância com o entendimento consubstanciado na Súmula nº 219 do TST, bem como nas Orientações Jurisprudenciais ns. 304 e 331 da SBDI-1, que assim dispõem:

‘SÚMULA Nº 219. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. HIPÓTESE DE CABIMENTO.

I. Na Justiça do Trabalho, a condenação ao pagamento de honorários advocatícios, nunca superiores a 15% (quinze por cento), não decorre pura e simplesmente da sucumbência, devendo a parte estar assistida por sindicato da categoria profissional e comprovar a percepção de salário inferior ao dobro do salário mínimo ou encontrar-se em situação econômica que não lhe permita demandar sem prejuízo do próprio sustento ou da respectiva família.

II. É incabível a condenação ao pagamento de honorários advocatícios em ação rescisória no processo trabalhista, salvo se preenchidos os requisitos da Lei nº 5.584/70.

OJ 304. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA. DECLARAÇÃO DE POBREZA. COMPROVAÇÃO. DJ 11.08.03.

Atendidos os requisitos da Lei nº 5.584/70 (art. 14, § 2º), para a concessão da assistência judiciária, basta a simples afirmação do declarante ou de seu advogado, na petição inicial, para se considerar configurada a sua situação econômica (art. 4º, § 1º, da Lei nº 7.510/86, que deu nova redação à Lei nº 1.060/50).

OJ 331. JUSTIÇA GRATUITA. DECLARAÇÃO DE INSUFICIÊNCIA ECONÔMICA. MANDATO. PODERES ESPECÍFICOS DESNECESSÁRIOS. DJ 09.12.03.

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

Desnecessária a outorga de poderes especiais ao patrono da causa para firmar declaração de insuficiência econômica, destinada à concessão dos benefícios da justiça gratuita.’

Dessa forma, com o tema já pacificado nesta Corte Trabalhista, torna-se inadmissível o processamento do recurso de revista, ante o óbice da Súmula nº 333 do TST e do art. 896, § 4º, da CLT.

“Não conheço.”

Isto posto,

Acordam os Ministros da Sexta Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por maioria, vencido o Exmo. Min. Aloysio Corrêa da Veiga, relator, no tocante ao tema “adicional noturno – prorrogação – jornada mista”, não conhecer integralmente do recurso de revista.

Brasília, 13 de agosto de 2008. *Horácio Senna Pires*, redator designado.

PROFESSOR. REDUÇÃO DA JORNADA. ALTERAÇÃO ILÍCITA

RECURSO DE REVISTA. PROFESSOR. ENQUADRAMENTO. O detalhado quadro fático traçado na narrativa regional, por si só, afasta a aplicabilidade do art. 317 da CLT ao presente caso. Isso porque não pode a empresa, com base em disposição legal, aproveitar-se de efetivo labor de professor para, quando demandada judicialmente, alegar o não enquadramento do obreiro na categoria, situação que se configurou tão-somente por inércia da própria empresa em exigir o atendimento às condições legais. O art. 317 da CLT prevê que o exercício remunerado do magistério, em estabelecimentos particulares de ensino, exigirá apenas habilitação legal e registro no Ministério da Educação. A presente situação fática, na qual a reclamada deixou de cobrar, na assinatura contratual, o respectivo registro, mas, ainda assim, sempre enquadrando o reclamante, em todos seus documentos, como professor, afasta a aplicabilidade do referido dispositivo, na medida em que foi a própria reclamada a responsável pela ausência do requisito legal. Não pode, portanto, na instância judicial, ser o reclamante prejudicado pela inércia da reclamada. Incidência das Súmulas ns. 296 e 422 do TST. Recurso de revista não conhecido.

PROFESSOR. REDUÇÃO DE JORNADA. PREVISÃO CONTRATUAL. ALTERAÇÃO ILÍCITA. A OJ 244 da SBDI-I prevê que a redução da carga horária do professor, em virtude da diminuição do número de alunos, não

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

constitui alteração contratual ilícita, uma vez que não implica redução do valor da hora-aula. Tal entendimento parte da noção de que não há norma legal assecuratória da manutenção da carga horária do professor de um ano letivo para o outro, mormente tendo em vista a diminuição do número de turmas e alunos. Conforme se depreende da narrativa regional, efetivamente é reconhecido que não há norma legal que assegure a irredutibilidade da carga horária do professor. Todavia, a cláusula 3ª do Contrato de Trabalho previa a carga horária de 20 horas de labor semanal, e a cláusula 5ª estabelecia que a reclamada pagaria ao professor a importância de R\$ 20,06 por hora-aula, sendo que o salário mensal será calculado de acordo com o número de horas-aula previstas na cláusula 3ª. A referida configuração contratual, portanto, benéfica ao empregado, garantia-lhe a carga horária de 20 horas semanais independentemente da quantidade de alunos da reclamada. É incontroverso nos autos que em 01.09.00 foi alterada a Cláusula 3ª do contrato, inclusive de modo retroativo, até a data de 10.11.99. A nova cláusula previa que a carga horária do contratado será definida no início de cada ano letivo em função das necessidades da escola, e que a alteração da carga horária, após o início do ano letivo, deverá ser feita em razão das necessidades da empregadora e em acordo com o contratado. Ou seja, a nova cláusula pretendeu justamente retornar a situação contratual à normalidade legal das relações entre empregador e professor, em detrimento de cláusula anterior que era mais benéfica ao empregado, por desvincular sua carga horária da quantidade de alunos e das necessidades da escola. O Regional considera como ilícita, de fato, a alteração retroativa da cláusula contratual que garantia ao reclamante condição melhor do que aquela simplesmente garantida em lei. Mesmo diante da concordância do reclamante com a alteração contratual, é impossível não reconhecer sua ilicitude, visto que causou prejuízos ao trabalhador, na medida em que possibilitou à empresa a diminuição de sua carga horária, hipótese vedada pela cláusula contratual anteriormente vigente. Incidência das Súmulas ns. 23 e 296 do TST. Recurso de revista não conhecido.

Rescisão indireta. Desfundamentado.

Recurso de Revista não conhecido.

(Processo nº TST-RR-178/2003-014-10-00 – Ac. 3ª Turma)

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista nº TST-RR-178/2003-014-10-00.0, em que é Recorrente Lycee François Mitterrand (Escola Francesa de Brasília) e Recorrido Luís Aguiar de França.

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

O Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região, pelo Acórdão a fls.391-409, negou provimento ao recurso do reclamante e deu provimento parcial ao recurso da reclamada para excluir da condenação o pagamento da multa prevista no art. 538 do CPC.

A reclamada opôs Embargos de Declaração a fls. 438-445, os quais foram rejeitados pelo Acórdão a fls. 449-452.

A reclamada interpõe Recurso de Revista a fls. 454-465, por força das alíneas *a* e *c* do art. 896 da CLT.

Despacho de admissibilidade a fls. 468-471, com contra-razões a fls. 474-477.

Desnecessária a remessa dos autos ao Ministério Público do Trabalho, nos termos do art. 82, II, do RI/TST.

É o relatório.

VOTO

1 – CONHECIMENTO

Satisfeitos os pressupostos genéricos de admissibilidade, examino os específicos do Recurso de Revista.

1.1 – PROFESSOR. ENQUADRAMENTO

A reclamada relata que o Regional enquadrou o reclamante na condição de professor, em face do registro em contrato de trabalho, anotação em carteira e graduação como professor de alemão. Desconsiderou, todavia, o fato de que não dispunha de habilitação legal para o exercício do magistério, qual seja, registro no Ministério da Educação, conforme preceitua o art. 317 da CLT. Alega que o Regional reconhece a exigência do referido dispositivo, contudo, afasta sua aplicação por entender que o contrato não exigia o registro de habilitação previsto em lei. Aponta violação ao art. 317 da CLT e transcreve arestos com a intenção de demonstrar a existência de divergência jurisprudencial.

O Regional, a fls. 394-397, decidiu que:

“Insurge-se a reclamada contra o reconhecimento, na sentença, do *status* operário de professor, ‘mesmo sendo comprovado que o mesmo

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

não tem habilitação legal nem registro no Ministério da Educação'. Diz ter havido violação do art. 317 da CLT. Alega, ainda, que 'necessário se ater ao fato de que além do Recorrido não se enquadrar na condição de professor, a Recorrente é curso livre, e tal tem conhecimento somente na França, pois sequer tem CNPJ, estando direcionado aos funcionários da embaixada'. A Recorrente advoga a tese de que o reclamante seria instrutor de alemão, e não professor.

Vejam os.

Ao reconhecer o exercício da função de professor, a sentença baseou suas conclusões na prova documental (contrato de trabalho, contra-cheques e CTPS), que estampa o registro de 'professor', acrescentando que 'a tentativa de descaracterizar a função para instrutor, feita pela reclamada, alegando equívoco e ausência de habilitação, não pode ser acolhida, em face do princípio da lealdade que deve nortear todas as relações contratuais' (à fl. 313).

Em que pesem as assertivas recursais, não há reparo a ser feito na sentença.

De fato, a prova documental confirma o registro da função de 'professor' no contrato de trabalho (à fl. 18), contra-cheques (às fls. 20/36) e CTPS (à fl. 168).

A alegação patronal de equívoco no momento da contratação é insustentável. Primeiro porque tanto o contrato de trabalho como a alteração posterior qualificam o reclamante como *professor*, e não *instrutor*.

Segundo porque a própria defesa reconhece que na qualidade de curso livre a reclamada poderia ter, em seus quadros, professores habilitados ou instrutores 'com experiência adquirida normalmente por terem residido no exterior' (à fl. 129). Optou-se por contratar o reclamante sob o *status* de *professor*, deve assumir os encargos nascidos da opção.

Terceiro porque a prova documental, embora impugnada pela reclamada, confirma tanto a graduação superior do reclamante como seu histórico de professor de alemão. Documento à fl. 227, tradução de Diploma de Nível Superior em Língua Alemã, feita pelo Instituto Goethe, Brasília/DF, do original expedido pelo mesmo Instituto Goethe sediado em Munique, Alemanha, por delegação da Universidade Ludwig-Maximilian, em München, Alemanha; documento à fl. 229, tradução do Certificado de Reconhecimento Público do Título de Pedagogo Social,

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

expedido pelo Ministério da Educação, Cultura, Ciências e Artes do Estado da Baviera, Alemanha; documento à fl. 231, declaração de equivalência entre o certificado de conclusão como Pedagogo Social e o ‘Social Worker M.A.’ (Master of Arts, Magister Artium) na Grã-Bretanha, Canadá e Estados Unidos da América; documento à fl. 233, certificado expedido pelo Instituto Goethe de Brasília-DF, historiando o período de dois anos, entre março/1996 e 1998, em que o reclamante laborou como professor de alemão junto à instituição.

Soa desarmoniosa, pois, a insistência da reclamada na tese de ausência de habilitação legal do autor para o exercício do magistério, tanto mais quando confirmada nos autos a formação superior do reclamante em Pedagogia, curso relacionado à área do Magistério.

Quanto ao art. 317 da CLT, não vislumbro ofensa ao seu teor. A Consolidação, ao dispor sobre a categoria dos professores (arts. 317 a 324), não distingue entre professor de curso regular ou livre. A análise do contrato de trabalho às fls. 162/163 não evidencia constituir exigência da reclamada que o professor tenha formação superior, sequer registro no MEC. Aliás, a preposta, em depoimento pessoal, declarou que ‘nem sabe se existe diferença entre professor e instrutor. A escola não exige registro do MEC dos professores’ (à fl. 302).

Como bem dito na sentença, ‘ainda que não tenha registro no Ministério da Educação e Cultura, o reclamante foi contratado como professor, prestou seus serviços como tal, não podendo a reclamada utilizar-se de sua própria inércia para afastar o reconhecimento da função combinada’ (à fl. 314).

Ainda sob a mira do contrato de trabalho, a cláusula 10, itens 10.1 e 10.2, evidencia que as atividades desenvolvidas pelo reclamante junto a reclamada são típicas do exercício de magistério, ao contrário do simples trabalho de instrução.

Confirmado nos autos o exercício da função de professor, e não instrutor de alemão, correta a sentença que reconheceu este *status*. Mantenho-a, pois.

Quanto ao enquadramento sindical, também mantenho a sentença, no particular, pois inaplicável às partes o instrumento coletivo almejado pela reclamada (CCT firmada entre o Sindilivre e Senalba).

Nego provimento ao recurso, no particular.”

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

O Acórdão regional se embasa nos seguintes fundamentos: prova documental – contrato de trabalho, contra-cheques e CTPS que registram o reclamante como professor, que, em caso, atraem a incidência do princípio da lealdade que deve nortear todas as relações contratuais; o reconhecimento pela reclamada de que poderia ter professores em seus quadros, de modo que, tendo optado por contratar o reclamante como professor, deve assumir os encargos nascidos dessa opção; o histórico do reclamante como professor de alemão, consolidado a partir da prova documental – diploma de nível superior em alemão, feito pelo Instituto Goethe, Brasília/DF, do original expedido pelo Instituto Goethe sediado em Munique, Alemanha, por delegação da Universidade Ludwig-Maximilian, também em Munique; tradução do Certificado de Reconhecimento Público do Título de Pedagogo Social, expedido pelo Ministério da Educação, Cultura, Ciências e Artes do Estado da Baviera, Alemanha; declaração de equivalência entre o certificado de conclusão como Pedagogo Social e o “Social Worker M.A.” na Grã-Bretanha, Canadá e EUA; certificado expedido pelo Instituto Goethe de Brasília/DF, historiando o período entre março de 1996 e 1998 em que o reclamante laborou como professor de alemão junto à instituição; a ausência, no contrato de trabalho, de exigência de que o professor tenha formação superior ou registro no MEC, confirmada, inclusive, pela preposta da reclamada; a prestação efetiva de serviços como professor; evidência contratual de típica atuação como professor.

Primeiramente, é importante ressaltar que o detalhado quadro fático traçado na narrativa regional, por si só, afasta a aplicabilidade do art. 317 da CLT ao presente caso. Isso porque não pode a empresa, com base em disposição legal, aproveitar-se de efetivo labor de professor para, quando demandada judicialmente, alegar o não enquadramento do obreiro na categoria, situação que se configurou tão-somente por inércia da própria empresa em exigir o atendimento às condições legais. O art. 317 da CLT prevê que o exercício remunerado do magistério, em estabelecimentos particulares de ensino, exigirá apenas habilitação legal e registro no Ministério da Educação. A presente situação fática, na qual a reclamada deixou de cobrar, na assinatura contratual, o respectivo registro, mas, ainda assim, sempre enquadrando o reclamante, em todos seus documentos, como professor, afasta a aplicabilidade do referido dispositivo, na medida em que foi a própria reclamada a responsável pela ausência do requisito legal. Não pode, portanto, na instância judicial, ser o reclamante prejudicado pela conduta da reclamada.

Mesmo que assim não fosse, a reclamada impugna, em suas razões recursais, tão-somente dois dos fundamentos do Acórdão regional, atraindo, portanto, a incidência da Súmula nº 422 do TST. Registre-se ainda, por oportuno,

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

que o aresto a fls. 458 é inespecífico, pois não se reporta à idêntica base fática da presente situação, e que o aresto a fls. 459-461 é oriundo de Turma do TST.

Pelo exposto, não conheço do recurso.

1.2 – PROFESSOR. REDUÇÃO DE JORNADA. PREVISÃO CONTRATUAL. ALTERAÇÃO ILÍCITA

A reclamada alega que o Regional, por um lado, reconhece a procedência da OJ 244 da SBDI-I, mas vincula a manutenção da jornada em razão do estabelecido no contrato, ou seja, 20 horas-aula, por entender que a redução viola o art. 468 da CLT. Afirma que não houve alteração contratual ilícita, e nem violação ao art. 468 da CLT, porque o salário do reclamante não sofreu redução, tendo havido apenas supressão de algumas turmas em face da diminuição do número de alunos, conduta autorizada pelo art. 320 da CLT. Não há norma legal assecuratória de manutenção da carga horária de um ano para outro. Aponta contrariedade à OJ 244 da SBDI-I e transcreve aresto nesse sentido.

O Regional, a fls. 397-401, consignou que:

“Insurge-se o reclamado contra a sentença que reconheceu a rescisão indireta do contrato de trabalho em 25.11.02, afastando a justa causa aplicada (abandono de emprego). Aduz que ‘evidente o equívoco existente na r. sentença que se amparou na redução de jornada para caracterizar a rescisão indireta, bem como determinou o pagamento de diferenças de 5 (cinco) horas/aula semanais no período de 17.09.01 a 08.09.02’ (à fl. 356).

Vejamos.

De início, observo que não há insurgência da reclamada quanto às razões que subsidiaram o afastamento da justa causa, expostas na decisão à fl. 318, § 6º. As razões recursais concentram-se em atacar o único fundamento adotado na sentença para reconhecer a rescisão indireta, qual seja, a redução salarial de vinte para seis horas-aula durante o contrato de trabalho e a ilicitude da alteração contratual procedida em 2000, que fixou a carga horária do reclamante em função das necessidades da escola (às fls. 164/165).

Sendo essa a moldura recursal, entendo que a análise empreendida por esta Corte Revisora deve focalizar o contrato de trabalho e sua posterior alteração, à luz do art. 468 da CLT e da Orientação Jurisprudencial nº 244 da SDI-1 do TST.

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

O contrato de trabalho acostado às fls. 162/163, celebrado em 10.11.99, estabelece o cumprimento de carga horária de 20 horas (Cláusula 3ª – Da carga horária). A Cláusula 5ª prevê que ‘Pelos serviços prestados, a *empregadora* pagará ao *professor* a importância de R\$ 20,06 por hora-aula, sendo que o salário mensal será calculado de acordo com o número de horas-aula previstas na Cláusula 3ª’, ou seja, vinte horas-aula (grifo nosso).

Segundo a defesa, em 01.09.00 foi alterada a cláusula contratual que estabelecia a carga horária do reclamante – documento às fls. 164/165 que, embora datado de 10.11.99, foi firmado e assinado pelas partes em setembro de 2000. Em depoimento pessoal, à fl. 301, o reclamante confirmou a alteração contratual aqui mencionada, um ano após a admissão, assinado com data retroativa, conforme cota marginal.

Pois bem. Passou-se de um quantitativo previamente definido de 20 horas-aula para a fixação da carga horária em função das necessidades da escola.

‘Cláusula 3 – Da carga horária. A carga horária de cada *contratado(a)* será definida no início de cada ano letivo em função das necessidades da escola. § 1º A alteração da carga horária, após o início do ano letivo, deverá ser feita em razão das necessidades da *empregadora* e em acordo com o *contratado(a)*. § 2º (*omissis*)’ (à fl. 164).

Ou seja, como dito na sentença, ‘ficou autorizada a definição da carga horária no início de cada ano letivo’ (à fl. 317).

A tese da reclamada, justificando a alteração contratual, afirma que ‘tal disposição se deu em razão da comprovada redução de alunos, não podendo a Recorrente pagar o mesmo número de aulas ao Recorrido se este não tinha aulas a dar, já que a escola teve seu quadro de alunos comprovadamente reduzidos. Inexiste portanto a anunciada ilegalidade apontada pela r. sentença, pois não houve a redução do valor da hora-aula, mas tão-somente da jornada’ (à fl. 362 do recurso). E mais. Sustenta inexistir norma legal que assegure ao reclamante o cumprimento da mesma carga horária do ano anterior, assentando-se no *ius variandi* a pequena modificação feita no contrato de trabalho.

Por certo que inexiste norma legal assecuratória, no caso do professor, de manutenção da mesma carga horária de um ano para outro. A Orientação Jurisprudencial nº 244 da SDI-1 do TST evidencia a possibilidade de redução da carga horária em caso de diminuição do

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

número de alunos, afastada a possibilidade de alteração ilícita do contrato de trabalho, uma vez que não implica redução do valor da hora-aula.

Aliás, em um primeiro momento, poder-se-ia dizer que aplicável ao caso dos autos a Orientação em questão. Contudo, vislumbro o dissídio sob outro prisma, o qual não agasalha a Orientação Jurisprudencial nº 244 da SDI-1 do TST.

Explico. Quando da contratação do reclamante, a carga horária, então estabelecida, não se condicionava ao número de alunos ou turmas. O acerto contemplava 20 horas-aula, tanto que o salário mensal levava em conta este quantitativo.

A alteração contratual empreendida pela reclamada um ano após a contratação, estabelecendo novo critério para fixação da carga horária, embora tenha contado com a anuência do empregado, representou prejuízo direto ao seu patamar remuneratório. Como bem analisado na sentença, até agosto/2000 a remuneração do reclamante alçava R\$ 2.107,35 (documentos às fls. 20/23). A partir de então, os valores passaram a sofrer sistemática diminuição, chegando a R\$ 738,99 em novembro/2002, conforme documento às fls. 36 e 196 e evolução salarial apresentada pela reclamada às fls. 255/256.

Ora, como se verifica do documento à fl. 199, o reclamante sempre desempenhou a função de professor de alemão. Embora o documento à fl. 254 evidencie o caráter sintomático da redução do número de alunos interessados em cursar a disciplina, tal hipótese não foi contemplada pelo empregador à época da contratação.

Nesse contexto, a alteração superveniente de cláusula contratual, fixando a carga horária do professor única e exclusivamente em função das necessidades da escola, não se ajusta ao crivo da licitude prevista no art. 468 da CLT. Comprovado nos autos que da alteração decorreu significativo prejuízo salarial ao trabalhador, entendo aplicável o princípio da inalterabilidade contratual lesiva.

Embora mantido o valor da hora-aula após a alteração contratual feita em 2000, as peculiaridades do presente caso afastam a incidência da Orientação Jurisprudencial nº 244 da SDI-1 do TST, atraindo violação do art. 468 da Consolidação.

Vale a pena frisar que o conteúdo da orientação jurisprudencial parte de um pressuposto de normalidade da relação contratual, o que não ocorreu no presente caso. Poder-se-ia mesmo cogitar da hipótese de

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

a alteração contratual feita em 2000 representar verdadeira delegação, ao empregado, dos riscos da atividade econômica do empregador.

Como bem exposto na sentença, ‘o reclamante foi contratado para trabalhar uma carga horária de 20 horas-aula (à fl. 18), sem qualquer ligação com o número de alunos ou turmas. Se a reclamada não previu a possibilidade de variação ou não atentou para ela no momento da contratação, deve arcar com as conseqüências do seu ato. As CCT’s constantes dos autos não são aplicáveis ao reclamante, mas, ainda que fossem, é certo que não interferem no que foi livremente pactuado entre as partes. Isso porque o art. 444 da CLT diz que as partes podem pactuar livremente, desde que não contravenham as disposições legais, Se na vigência das CCT’s houve pacto expresso de vinte horas, sem previsão de adequação às necessidades da escola, a CCT não pode autorizar tal redução, sob pena de violar-se o pactuado entre as partes’ (às fls. 316/217).

Por todo o exposto, mantenho a sentença, inclusive em relação ao pagamento de cinco horas-aula no período de 17.09.01 a 08.09.02, em face da ilicitude da alteração contratual.

Observo que deferida, à fl. 322 da sentença, a multa de 40% sobre os depósitos de FGTS, à vista da modalidade de rompimento contratual.

Não há falar em rescisão contratual por justa causa do empregado (abandono de emprego).

Nego provimento ao recurso, no particular.”

A OJ 244 da SBDI-I prevê que a redução da carga horária do professor, em virtude da diminuição do número de alunos, não constitui alteração contratual ilícita, uma vez que não implica redução do valor da hora-aula. Tal entendimento parte da noção de que não há norma legal assecuratória da manutenção da carga horária do professor de um ano letivo para o outro, mormente tendo em vista a diminuição do número de turmas e alunos. Somente haveria efetiva redução salarial e violação ao art. 468 da CLT caso houvesse corte no valor da hora-aula do professor.

A tese se ampara na previsão do art. 320 da CLT, que determina que a remuneração dos professores será fixada pelo número de aulas semanais, na conformidade dos horários. A análise dos precedentes da referida Orientação Jurisprudencial revela que é lícita a redução da carga horária do professor, em virtude da diminuição do número de alunos de um ano para o outro, já que não existe no ordenamento jurídico pátrio norma legal garantindo a este a mesma

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

carga horária do ano anterior. A diminuição do número de horas-aula não implica na redução do valor da hora-aula, base da remuneração do professor, nos termos do art. 320 da CLT. Nesse sentido: *ERR 205928/95* – Min. José Carlos Perret Schulte, DJ 13.11.98; *RR 290634/96*, 1ª T. – Min. Ronaldo Lopes Leal, DJ 19.03.99.

Ou seja, a diminuição da carga horária do professor, de um ano para o outro, em face da redução do número de alunos, não constitui alteração contratual ilícita. Tal explanação permite evidenciar que a presente situação dos autos não se refere à hipótese da OJ 244 da SBDI-I, mas sim configura caso diverso, que não se enquadra na previsão da referida Orientação Jurisprudencial.

Conforme se depreende da narrativa regional, efetivamente é reconhecido que não há norma legal que assegure a irredutibilidade da carga horária do professor. Todavia, a Cláusula 3ª do Contrato de Trabalho previa a carga horária de 20 horas de labor semanal, e a Cláusula 5ª estabelecia que a reclamada pagaria ao professor a importância de R\$ 20,06 por hora-aula, sendo que o salário mensal será calculado de acordo com o número de horas-aula previstas na Cláusula 3ª. A referida configuração contratual, portanto, benéfica ao empregado, garantia-lhe a carga horária de 20 horas semanais independentemente da quantidade de alunos da reclamada.

Tanto é verdade que é incontroverso nos autos que em 01.09.00 foi alterada a Cláusula 3ª do contrato, inclusive de modo retroativo, até a data de 10.11.99. A nova cláusula previa que a carga horária do contratado será definida no início de cada ano letivo em função das necessidades da escola, e que a alteração da carga horária, após o início do ano letivo, deverá ser feita em razão das necessidades da empregadora e em acordo com o contratado. Ou seja, a nova cláusula pretendeu justamente retornar a situação contratual à normalidade legal das relações entre empregador e professor, em detrimento de cláusula anterior que era mais benéfica ao empregado, por desvincular sua carga horária da quantidade de alunos e das necessidades da escola.

Logo, não se há falar na ilicitude da simples redução da carga horária de professor diante de menor quantidade de alunos. O Regional considera como ilícita, de fato, a alteração retroativa da cláusula contratual que garantia ao reclamante condição melhor do que aquela simplesmente garantida em lei. O art. 468 da CLT dispõe que nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições, por mútuo consentimento, e, ainda assim, desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia. Ou seja, mesmo diante da concordância do reclamante com a alteração contratual, é impossível não

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

reconhecer sua ilicitude, visto que causou prejuízos ao trabalhador, na medida em que possibilitou à empresa a diminuição de sua carga horária, hipótese vedada pela cláusula contratual anteriormente vigente.

Dessa forma, não há contrariedade à OJ 244 da SBDI-I e nem violação ao art. 320 da CLT, e o aresto colacionado a fls. 464 é inespecífico, justamente por não se reportar a idênticos fatos e fundamentos do Acórdão recorrido.

Pelo exposto, não conheço do recurso.

1.3 – RESCISÃO INDIRETA

Desfundamentado.

Pelo exposto, não conheço do recurso.

Isto posto,

Acordam os Ministros da Terceira Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, não conhecer integralmente do Recurso de Revista.

Brasília, 02 de abril de 2008. *Carlos Alberto Reis de Paula*, relator.

RECURSO DE REVISTA. SOBREAVISO. USO DE TELEFONE CELULAR

RECURSO DE REVISTA. SOBREAVISO. USO DE TELEFONE CELULAR.

No caso dos autos, restou incontroverso que o trabalhador permanecia com o telefone celular ligado ininterruptamente, podendo ser chamado a qualquer momento em caso de ocorrência de evento criminoso nas agências do reclamado no Estado de São Paulo, bem como se comprovou que o empregado recebia comunicações via telefone celular no horário noturno e até nos dias de repouso, ocasiões em que tomava as providências pertinentes ao seu ofício. Não se pode conceber que um trabalhador que porta um aparelho de telefone celular para contato pelo empregador e tomada de providências durante qualquer das vinte e quatro horas do dia tenha o pleno gozo de sua liberdade de locomoção, mesmo que a mitigação desse direito verifique-se em potencial. Se no horário noturno e até mesmo nos dias reservados ao repouso, o empregado era obrigado a permanecer com o telefone celular ligado, está-

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

se diante de verdadeiro regime de sobreaviso, fazendo jus o reclamante à devida compensação financeira estipulada pelo art. 244, § 2º, da CLT.

Recurso de revista parcialmente conhecido e provido.

(Processo nº TST-RR-83/2007-015-03-00 – Ac. 5ª Turma)

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista nº TST-RR-83/2007-015-03-00.4, em que é Recorrente Fábio Nacari Gurgel e Recorrido Banco do Brasil S.A.

O Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, por meio do acórdão de fls. 1510-1514, complementado por acórdãos de embargos de declaração às fls. 1537-1539 e 1556-1557, negou provimento ao recurso ordinário interposto pelo reclamante para manter a sentença que o enquadrou na exceção do art. 224, § 2º, da CLT, concluindo que o bancário efetivamente exercia cargo de confiança, não fazendo jus ao pagamento de jornada extraordinária pelas sétima e oitava horas diárias trabalhadas. Outrossim, deu provimento parcial ao recurso ordinário interposto pela reclamada para, reformando a decisão de primeiro grau, excluir da condenação o pagamento de horas extras decorrentes de sobreaviso.

O reclamante interpôs recurso de revista às fls. 1559-1571, com fulcro nas alíneas *a* e *c* do art. 896 da CLT. Preliminarmente, suscita nulidade do acórdão recorrido, por negativa de prestação jurisdicional. No mérito, fundamenta o apelo em afronta aos arts. 5º, LIV e LV, 102, II e III, e 105, II e III, da Constituição Federal, 128 e 460 do CPC e 224, § 2º, da CLT, bem como em divergência jurisprudencial.

O recurso de revista foi admitido pelo despacho de fls. 1572-1573.

Foram apresentadas contra-razões às fls. 1577-1586.

Sem remessa dos autos ao Ministério Público do Trabalho, nos termos do art. 83 do Regimento Interno do Tribunal Superior do Trabalho.

É o relatório.

VOTO

I – CONHECIMENTO

Satisfeitos os pressupostos extrínsecos de admissibilidade recursal, passa-se ao exame dos pressupostos intrínsecos do recurso de revista.

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

I.1 – PRELIMINAR. NULIDADE DO ACÓRDÃO RECORRIDO. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

Nas razões do recurso de revista, fls. 1559-1571, o reclamante suscita preliminar de nulidade do acórdão recorrido, por negativa de prestação jurisdicional, conquanto tenham sido opostos embargos de declaração, com base na alegação de que o tema das horas extras decorrentes do sobreaviso não foi apreciado pelo Regional em toda sua plenitude.

Dessarte, pretendendo viabilizar o acolhimento da preliminar, o recorrente arguiu violação aos arts. 5º, LIV e LV, e 93, IX, da Constituição Federal, bem como 832 da CLT.

Carece de razão o recorrente, pois o Regional enfrentou expressamente os aspectos trazidos na preliminar de nulidade.

Ao reformar a sentença no tocante às horas extras decorrentes de sobreaviso, declinou o Regional:

“SOBREAVISO

O Juízo de origem deferiu o pagamento de horas de sobreaviso por constatar que o autor era obrigado a permanecer com o telefone celular ligado de forma ininterrupta. Tal expediente era necessário, porque o reclamante poderia ser acionado a qualquer momento no caso de ocorrer algum evento criminoso nas agências do Estado.

O só fato de o empregado portar telefone celular, com possibilidade de ser acionado, não caracteriza o regime legal do sobreaviso, a teor da OJ 49 da SDI-1 do TST. O que é capaz de atrair a definição de labor nesse tipo de regime é a circunstância de o empregado, em dado período de tempo, permanecer em sua residência, aguardando eventual chamado para realizar serviços imprevistos. E, para invocar esta definição, não basta uma simples orientação ou recomendação do empregador para que o trabalhador indique onde possa ser encontrado. É preciso que esse estado de expectativa seja obrigatório, um dever perante o contrato de trabalho, de tal forma que, na constância dele, o empregado não possa se dedicar a outros interesses. Caracterizados esses elementos, no caso concreto, é devida a remuneração à base de um terço da hora normal (§ 2º do art. 244 da CLT). Caso contrário, é devido apenas o pagamento pelo trabalho realizado quando da convocação, pela empregadora, em caráter extraordinário (art. 4º da CLT).

No caso em tela, o próprio autor menciona que apenas era obrigado a permanecer com o telefone celular ligado. Como se observa, é evidente

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

a possibilidade de livre deslocamento do reclamante, fora do horário de trabalho. Não se pode reconhecer, dessa forma, que ele permanecia estritamente à disposição da empresa nesses períodos, ou que ele estivesse privado de dispor de seu tempo para dedicar-se a outras atividades e até mesmo ao lazer. Logo, considero devido apenas o pagamento do tempo efetivamente trabalhado, o que não foi objeto do pedido.

Modifico a r. sentença para excluir da condenação o pagamento das horas de sobreaviso.” (fl. 1513-1514)

Exsurge da passagem transcrita que o Regional, ao reformar a sentença para julgar improcedente o pedido de horas de sobreaviso, considerou que não houve nas razões recursais pedido sucessivo de pagamento de horas efetivamente trabalhadas além da jornada normal.

Opostos embargos de declaração pelo reclamante às fls. 1516-1520, apontando omissão sobre o aludido pedido recursal sucessivo, o Regional reconheceu o equívoco e pronunciou-se acerca do tema, nos termos da seguinte fundamentação:

“No tocante ao sobreaviso, assiste razão ao reclamante em apontar a omissão sobre o pedido sucessivo, de pagamento das horas efetivamente trabalhadas fora da jornada normal. Em defesa, o banco sustentou que todas as horas de trabalho foram objeto de registro e, quando extrapolado o limite diário, quitadas a título de horas extraordinárias.

Não resta dúvida quanto ao fato de o autor ser obrigado a permanecer com o telefone celular ligado e receber muitas comunicações, inclusive no horário noturno e dias de repouso. Os documentos anexados aos autos assim revelam (f. 356/494) e também os depoimentos das testemunhas.

As informações obtidas dos depoentes, contudo, revelam que o autor resolvia os problemas surgidos pelo telefone. As testemunhas ouvidas a rogo do autor mencionaram, realmente, que ele poderia sair, algumas vezes, para comparecer à agência, em caso de assalto. Além de a informação ser vaga, pois não foi indicado, nem por aproximação, o número de ocorrências atendidas pessoalmente, ela choca-se com o conteúdo da prova documental, especialmente os relatórios de ocorrências (f. 393/412), os quais mostram que o reclamante, ao receber essas comunicações, resolvia as pendências por telefone. Não vislumbro, pois, elemento que confirme a efetiva prestação de horas extras, no atendimento de chamados. Logo, fica sanada a omissão nesses termos,

apenas para esclarecer que também o pedido sucessivo foi rejeitado.” (fl. 1538)

Não satisfeito com o julgado, o reclamante opôs novos embargos de declaração às fls. 1542-1553, alegando contradição entre o acórdão do recurso ordinário e a decisão embargada. O Regional negou provimento ao apelo, não se furtando a aclarar as razões do seu convencimento, conforme se depreende da seguinte transcrição:

“Não lhe assiste razão. Ao contrário do alegado pelo autor, não se afirmou que os elementos dos autos comprovassem o trabalho em prorrogação de jornada. Apenas foi ressaltado, à f. 1.513/1.514, que a hipótese narrada não evidenciava o trabalho em regime de sobreaviso. Acentuou-se que, no caso, caberia o pagamento do tempo efetivamente trabalhado, mas tal excesso nem mesmo chegou a ser avaliado, por entender a E. Turma que o autor nada postulara a esse respeito.

Após a oposição dos primeiros embargos, o reclamante demonstrou que houve efetivo pedido de pagamento das horas trabalhadas, motivo pelo qual foi sanada a omissão apontada (f. 1538). A E. Turma concluiu, contudo, que os elementos dos autos não comprovavam excessos pendentes de quitação e acentuou que as intercorrências surgidas no curso do plantão eram solucionadas pelo telefone. Por esse motivo, foi indeferido o pleito de horas extras.

Ora, somente após constatar que houve o pedido de horas extras é que a E. Turma passou ao exame da prova da efetiva prorrogação. E se constatou que os elementos dos autos não confirmavam a prestação de excessos sem a respectiva quitação, a conclusão lógica é o indeferimento da pretensão. Não vislumbro, pois, contradição a sanar.

De outro lado, os elementos exaustivamente descritos nos embargos (f. 1545/1553) confirmam a circunstância de que o autor era acionado por telefone e resolvia pendências sem se deslocar até as agências. Reafirmo, pois, que os relatórios não confirmam a efetiva prestação de serviços fora do horário de trabalho, pelo que não há horas extras a deferir. Essa circunstância já foi ressaltada na decisão anterior, pelo que não há omissão, contradição ou obscuridade a sanar.

Nada a prover.” (fls. 1556-1557)

De fato, não há que se falar em ausência de pronunciamento explícito em relação ao tema. Resta evidente que, ao sanar a omissão do acórdão que julgou o recurso ordinário, o Regional apreciou a matéria em sua inteireza,

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

levando em conta o conjunto fático-probatório dos autos para concluir que não houve prestação de serviços em jornada extraordinária sem a devida quitação.

Demonstra-se, na verdade, que a insurgência do recorrente dirige-se exclusivamente a obter novo julgamento, face à decisão que lhe foi desfavorável.

Desta forma, considerando os motivos expostos, não reconheço a nulidade indicada, pois resta patente que a prestação jurisdicional foi entregue, conforme transcrição feita das decisões prolatadas pelo Regional.

Ilesos, portanto, os arts. 458 do CPC, 832 da CLT e 93, IX, da Constituição Federal, nos termos da Orientação Jurisprudencial nº 115 da SBDI-1.

Não conheço.

1.2 – *REFORMATIO IN PEJUS*

O Regional, ao reformar a sentença para julgar improcedente o pedido de horas de sobreaviso, considerou que não houve nas razões recursais pedido sucessivo de pagamento de horas efetivamente trabalhadas além da jornada normal, nos termos do acórdão de fls. 1510-1514.

Opostos embargos de declaração pelo reclamante às fls. 1516-1520, apontando omissão sobre o aludido pedido recursal sucessivo, o Regional reconheceu o equívoco e pronunciou-se acerca do tema, conforme a seguinte fundamentação:

“No tocante ao sobreaviso, assiste razão ao reclamante em apontar a omissão sobre o pedido sucessivo, de pagamento das horas efetivamente trabalhadas fora da jornada normal. Em defesa, o banco sustentou que todas as horas de trabalho foram objeto de registro e, quando extrapolado o limite diário, quitadas a título de horas extraordinárias.

Não resta dúvida quanto ao fato de o autor ser obrigado a permanecer com o telefone celular ligado e receber muitas comunicações, inclusive no horário noturno e dias de repouso. Os documentos anexados aos autos assim revelam (f. 356/494) e também os depoimentos das testemunhas.

As informações obtidas dos depoentes, contudo, revelam que o autor resolvia os problemas surgidos pelo telefone. As testemunhas ouvidas a rogo do autor mencionaram, realmente, que ele poderia sair, algumas vezes, para comparecer à agência, em caso de assalto. Além de a informação ser vaga, pois não foi indicado, nem por aproximação, o

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

número de ocorrências atendidas pessoalmente, ela choca-se com o conteúdo da prova documental, especialmente os relatórios de ocorrências (f. 393/412) os quais mostram que o reclamante, ao receber essas comunicações, resolvia as pendências por telefone. Não vislumbro, pois, elemento que confirme a efetiva prestação de horas extras, no atendimento de chamados. Logo, fica sanada a omissão nesses termos, apenas para esclarecer que também o pedido sucessivo foi rejeitado.” (fl. 1538)

Não satisfeito com o julgado, o reclamante opôs novos embargos de declaração às fls. 1542-1553, alegando contradição entre o acórdão do recurso ordinário e a decisão embargada. O Regional, no acórdão de fls. 1556-1557, negou provimento ao apelo, ratificando que não restou comprovada a efetiva prestação de serviços em jornada extraordinária não quitada.

O reclamado, no recurso de revista, alega ter havido *reformatio in pejus*, indicando afronta aos arts. 5º, LIV e LV, 102, II e III, e 105, II e III, da Constituição Federal e 128 e 460 do CPC, além de trazer a confronto os arestos de fl. 1.570. De acordo com as razões recursais, quando do julgamento do recurso ordinário, o Regional havia reconhecido devido o pagamento das horas efetivamente trabalhadas pelo reclamante, direito este pretensamente sonogado no julgamento dos embargos de declaração, o qual concluiu pela inexistência de serviços prestados em jornada extraordinária.

Inicialmente, verifica-se que os arts. 102, II e III, e 105, II e III, da Constituição Federal, não possuem pertinência com a matéria objeto da decisão recorrida, impossibilitando a constatação de afronta à sua literalidade. Mesmo que assim não fosse, os dispositivos não foram prequestionados, o que atrairia o óbice da Súmula nº 297 desta Corte.

Também não se afiguram violados os princípios constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, consubstanciados nos incisos LIV e LV do art. 5º da Constituição Federal. Isso porque não se frustrou a plena apreciação do pedido declinado pelo reclamante, o qual teve oportunidade de apresentar seus argumentos e refutar aqueles apresentados pela parte contrária.

Melhor sorte não assiste ao recorrente no tocante à apontada ofensa aos arts. 128 e 460 do CPC, pois a lide foi decidida nos exatos termos em que foi proposta. O Regional, quando do julgamento dos embargos de declaração às fls. 1.537-1.539 e 1.556-1.557, limitou-se a analisar o conjunto fático-probatório constante dos autos para concluir pela inexistência de horas extras não quitadas,

não havendo que se cogitar de extrapolação do pedido recursal ou de julgamento de objeto diverso do proposto.

No tocante ao dissenso jurisprudencial, igualmente carece de razão o recorrente. Tem-se que o Regional, ao reconhecer seu equívoco quanto à ausência de pedido sucessivo de pagamento de horas efetivamente trabalhadas além da jornada normal, examinou a matéria em sede de embargos de declaração, porém concluiu que não houve a efetiva prestação de horas extras não quitadas. Entretanto, nenhum dos arestos transcritos à fl. 1.570 apresenta identidade com o referido quadro fático, atraindo o óbice do item I da Súmula nº 296 desta Corte.

Não conheço.

I.3 – JORNADA DE TRABALHO. BANCÁRIO. CARGO DE CONFIANÇA

O Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, por meio do acórdão de fls. 1.510-1.514, complementado por acórdãos de embargos de declaração às fls. 1.537-1.539 e 1.556-1.557, negou provimento ao recurso ordinário interposto pelo reclamante para manter a sentença que o enquadrou na exceção do art. 224, § 2º, da CLT, concluindo que o bancário efetivamente exercia cargo de confiança, não fazendo jus ao pagamento de jornada extraordinária pelas sétima e oitava horas diárias trabalhadas. Consignou-se a seguinte fundamentação naquele julgado:

“JORNADA DE SEIS HORAS

A controvérsia diz respeito à jornada do bancário.

Não se conforma o autor com a decisão que o incluiu na exceção do art. 224, § 2º, da CLT. Argumenta o obreiro que sempre exerceu funções técnicas não sendo depositário de confiança especial do empregador.

De acordo com o dispositivo consolidado referido acima, a jornada de seis horas não se aplica aos bancários que exercem funções de direção, gerência, fiscalização, chefia e equivalentes, ou que desempenhem outros cargos de confiança, desde que o valor da gratificação não seja inferior a 1/3 (um terço) do salário do cargo efetivo. A modificação da jornada de seis para oito horas pressupõe o preenchimento de dois requisitos: exercício de funções de direção, supervisão, fiscalização e controle e a percepção de gratificação superior a 1/3 do salário do cargo efetivo. A

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

lei não exige amplos poderes de mando e gestão, o que significa que a expressão ‘cargo de confiança bancária’ tem um alcance muito maior do que aquele previsto no art. 62, II, da CLT. Dessa forma, o simples fato de o autor executar atribuições técnicas, as quais não exigiriam fidúcia especial do empregador, não possui o condão de descaracterizar o cargo de confiança nos moldes do art. 224, § 2º, da CLT.

No caso em apreço, o reclamante ficava incumbido de orientar as agências bancárias do reclamado sobre segurança em geral, além de efetuar o acompanhamento de ilícitos praticados contra o banco, tais como arrombamentos, assaltos, bem como seqüestros de empregados e familiares. A farta documentação anexada à inicial revela que o autor comparecia a agências do interior e capital com o fim de averiguar as condições de segurança, fornecendo orientações aos gerentes e demais empregados para reforçá-la. Além do mais, ele também comparecia às agências alvo da ação de meliantes e prestava suporte a empregados vítimas de ação criminosa e respectivos familiares.

As tarefas executadas, a meu ver, revelam o exercício de atribuições de fiscalização e orientação, circunstância bastante para atrair a incidência da exceção contida no § 2º do art. 224 da CLT. Em consequência, considero indevida a jornada de seis horas.

Nada a prover.” (fls. 1.511-1.512)

Instado a sanar omissão pela via dos embargos de declaração, nos quais reclamante suscita o fato de não possuir subordinados ou assinatura autorizada, além de subordinar-se a gerente de núcleo e frequentar treinamentos e avaliações, o Regional assim se manifestou:

“As questões propostas pelo autor são irrelevantes. A E. Turma concluiu que a caracterização da confiança bancária, nesse caso, resultava do fato de o autor ficar incumbido de zelar pela segurança das agências bancárias. Tal atividade, embora de caráter técnico, envolvia o exercício de atos de fiscalização e orientação, suficiente para configurar o cargo de confiança na forma do art. 224, § 2º, da CLT.

Vale frisar que a existência de um superior hierárquico não exclui a confiança, pois a previsão contida no dispositivo legal em comento, não tem sua aplicação restrita aos cargos de direção do banco. De outro lado, a ausência de subordinados diretos também não é conclusiva, pois restou demonstrado o exercício da fiscalização e orientação sobre os empregados das agências. Ainda que estes últimos não mantivessem

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

relação de subordinação funcional com o autor, é certo que se submetiam às suas orientações. O caráter técnico da atividade não exclui a confiança, razão pela qual a participação em cursos e treinamentos, além da submissão a avaliações também é irrelevante.

A meu ver, a E. Turma esgotou o exame da matéria relacionada à caracterização do cargo de confiança e não há omissão ou contradição a sanar.” (fls. 1.537-1.538)

O reclamante, no recurso de revista, sustenta que a decisão não pode prevalecer, por afrontar o disposto no art. 224, § 2º, da CLT, bem como por divergir de arestos trazidos a confronto às fls. 1.566-1.567.

Carece de razão o recorrente.

Inicialmente, não se divisa ofensa ao art. 224, § 2º, da CLT, uma vez que o Regional fundou-se justamente na redação do aludido dispositivo para concluir que o reclamante exercia cargo de confiança ao desenvolver função de fiscalização sobre outros empregados na área de segurança das agências bancárias. Haja vista a função de fiscalização estar devidamente elencada no dispositivo tido por violado, infere-se que o Regional deu-lhe interpretação consentânea com sua literalidade.

Quanto aos arestos colacionados, também não logra êxito o recorrente. Verifica-se que o acórdão recorrido adotou a tese de que a função exercida pelo reclamante, apesar de possuir natureza técnica, enquadra-se como cargo de confiança por fiscalizar a conduta de outros empregados em questões de segurança das agências bancárias. Todavia, os arestos trazidos a confronto pelo recorrente passam ao largo dessa premissa fática, evidenciando sua inespecificidade e atraindo o óbice do item I da Súmula nº 296 desta Corte.

Não conheço.

I.4 – SOBREAVISO. USO DE TELEFONE CELULAR

O Regional deu provimento parcial ao recurso ordinário interposto pelo reclamado para, reformando a decisão de primeiro grau, excluir da condenação o pagamento de horas extras decorrentes de sobreaviso. De acordo com a fundamentação do acórdão de fls. 1.510-1.514, o fato de o reclamante portar telefone celular a possibilitar o eventual contato pelo empregador a qualquer hora do dia não caracteriza o regime legal de sobreaviso, aplicando analogicamente o entendimento consubstanciado na Orientação Jurisprudencial nº 49 da SBDI-1 desta Corte.

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

O reclamante, no recurso de revista, sustenta que a decisão merece reforma, por divergir de arestos trazidos a confronto.

O segundo aresto transcrito à fl. 1.569 configura divergência específica, ao adotar entendimento no sentido de que o fato de o empregado ficar à disposição do empregador para eventual chamado a distância caracteriza o regime de sobreaviso.

Conheço por divergência jurisprudencial.

II – MÉRITO

SOBREAVISO. USO DE TELEFONE CELULAR

Cuida-se de controvérsia acerca da caracterização, ou não, do regime de sobreaviso nos casos em que o empregado porta telefone celular de forma ininterrupta a possibilitar o eventual contato pelo empregador.

O entendimento consubstanciado na Orientação Jurisprudencial nº 49 da SBDI-1, segundo o qual a caracterização do regime de sobreaviso pressupõe a obrigatoriedade de o trabalhador permanecer em sua residência aguardando a convocação para o serviço, não é aplicável ao caso em tela.

Restou incontroverso nos autos que o reclamante permanecia com o telefone celular ligado ininterruptamente, podendo ser chamado a qualquer momento em caso de ocorrência de evento criminoso nas agências do reclamado no Estado de São Paulo (fl. 1.513). Outrossim, comprovou-se que o reclamante recebia comunicações via telefone celular no horário noturno e até nos dias de repouso, ocasiões em que tomava as providências pertinentes ao seu ofício (fl. 1.538).

Ora, não se pode conceber que um trabalhador que porta um aparelho de telefone celular para contato pelo empregador e tomada de providências durante qualquer das vinte e quatro horas do dia tenha o pleno gozo de sua liberdade de locomoção, mesmo que a mitigação desse direito verifique-se em potencial. Se no horário noturno e até mesmo nos dias reservados ao repouso, o empregado era obrigado a permanecer com o telefone celular ligado, está-se diante de verdadeiro regime de sobreaviso, fazendo jus o reclamante à devida compensação financeira estipulada pelo art. 244, § 2º, da CLT.

Diante do exposto, dou provimento ao recurso de revista, no particular, para restabelecer a sentença quanto à condenação ao pagamento de horas extras decorrentes do regime de sobreaviso, nos termos do art. 244, § 2º, da CLT.

Isto posto,

Acordam os Ministros da Quinta Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, conhecer parcialmente do recurso de revista e, no mérito, dou-lhe provimento para restabelecer a sentença quanto à condenação ao pagamento de horas extras decorrentes do regime de sobreaviso, nos termos do art. 244, § 2º, da CLT.

Brasília, 01 de abril de 2009. *Emmanoel Pereira*, relator.

REGIME DE TRABALHO. ALTERAÇÃO. TURNOS ININTERRUPTOS

DISSÍDIO COLETIVO DE NATUREZA JURÍDICA. INTERPRETAÇÃO DE NORMA REGULAMENTAR DA EMPRESA. REGIME DE TRABALHO. ALTERAÇÃO. TURNOS ININTERRUPTOS DE REVEZAMENTO PARA TURNOS FIXOS. LEGALIDADE.

1. *Insera-se na competência funcional originária do Tribunal Superior do Trabalho julgar dissídio coletivo de natureza jurídica visando à interpretação de norma regulamentar empresarial de observância obrigatória em área territorial que exceda a jurisdição de um Tribunal Regional do Trabalho (art. 10 da Lei nº 7.701/88).*

2. *A Emenda Constitucional nº 45/04 não pôs fim à ação de dissídio coletivo de natureza jurídica, uma vez que, anteriormente à citada EC, o art. 114 da CF/88 não se referia a dissídio coletivo jurídico, que continua sendo cabível, na Justiça do Trabalho, quando houver divergência de interpretação de cláusulas de sentenças normativas, de instrumentos de negociação coletiva, acordos e convenções coletivas, de disposições legais particulares de categoria profissional ou econômica e de atos normativos (art. 10 da Lei nº 7.701/88 e art. 220, II, do RI-TST).*

3. *É cabível o ajuizamento de dissídio coletivo de natureza jurídica resultante de disputa ou discussão quanto à interpretação de cláusula constante do regulamento interno da Empresa, a qual provoque a configuração de conflito coletivo cuja solução exija pronunciamento judicial por meio de ação de conteúdo declaratório quanto ao sentido e alcance da norma questionada.*

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

4. *O presente dissídio coletivo de natureza jurídica visa à interpretação de norma interna da Empresa; portanto, de regra preexistente, por meio da qual a Suscitada promoveu a alteração do regime de trabalho de seus empregados, de turnos ininterruptos de revezamento para turnos fixos, alteração essa que, no entender dos Suscitantes, ofende o sistema normativo.*

5. *A jurisprudência sedimentada no âmbito do STF e do TST, assim como a doutrina especializada, são unâimes em admitir que o trabalho em turnos ininterruptos de revezamento é considerado prejudicial ao empregado, pois compromete a saúde física e mental, além do convívio social e familiar. A determinação contida no art. 7º, XIV, da Constituição Federal – fixando a jornada de seis horas – quis proteger o empregado sujeito a regime de trabalho que contraria o relógio biológico do ser humano, sem lhe permitir a adaptação a ritmos cadenciados estáveis.*

6. *Também é firme a jurisprudência deste Tribunal Superior no sentido de que, na hipótese de modificação do regime de trabalho, ou seja, do sistema de turnos ininterruptos de revezamento para o de turnos fixos, o benefício social daí advindo compensa o prejuízo sofrido pelo empregado, decorrente do acréscimo da jornada, que passará a ser de oito horas.*

7. *Na hipótese em apreciação, a Empresa Suscitada utilizou-se, de forma lícita, de seu poder diretivo para alterar o sistema de trabalho, visando obter maior produtividade, e, a título de compensação, irá conceder aos empregados um adicional de 20% do valor do salário base, 18 folgas por ano, um abono na quantia de R\$ 4.000,00 (quatro mil reais), além de serviços médicos e terapêuticos e de ter consultado os empregados a respeito do horário de preferência. Comprometeu-se, ainda, na audiência de conciliação, a manter durante dois anos o número mínimo de postos de trabalho existentes.*

8. *Nesse contexto, interpretando-se o sentido e o alcance da norma interna questionada, declara-se que a alteração do regime de trabalho de turnos ininterruptos de revezamento para turnos fixos situa-se no campo do poder diretivo do empregador (jus variandi), por ser este sistema mais benéfico aos empregados, na medida em que lhes preserva a higidez física e mental, razão por que a norma regulamentar da Empresa encontra respaldo legal e constitucional, não existindo ofensa aos arts. 9º, 444 e 468 da CLT e 5º, caput, e 7º, XIV, da Constituição Federal.*

Dissídio coletivo de natureza jurídica que se julga improcedente.

(Processo nº TST-DC-196.518/2008-000-00-00 – Ac. SDC)

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Dissídio Coletivo TST-DC-196518/2008-000-00-00.9, em que são Suscitantes Sindicato dos Trabalhadores em Empresas Ferroviárias dos Estados do Espírito Santo e Minas Gerais – SINDFER e outros e é Suscitada Companhia Vale do Rio Doce – CVRD.

O Sindicato dos Trabalhadores em Empresas Ferroviárias dos Estados do Espírito Santo e Minas Gerais – SINDFER, o Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias de Extração Mineral e de Pesquisa, Prospecção, Extração e Beneficiamento do Ferro e Metais Básicos e Demais Minerais Metálicos e Não Metálicos de Itabira e Região e o Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias de Extração Mineral e de Pesquisas, Prospecção, Extração e Beneficiamento do Ferro e Metais Básicos e Demais Minerais Metálicos e Não Metálicos de Congonhas, Belo Vale e Ouro Preto e Região ajuizaram o presente dissídio coletivo de natureza jurídica em face da Companhia Vale do Rio Doce – CVRD, a Suscitada (fls. 02-28).

Os Suscitantes sustentam o preenchimento das condições da ação, pertinentes à inexigibilidade de negociação coletiva, de aprovação em assembléia geral e de comum acordo, e pleiteiam a declaração desta Corte Superior sobre a interpretação, à luz do ordenamento jurídico, da validade da norma interna por meio da qual a Suscitada altera, a partir de 11.08.08, as jornadas de trabalho de seus empregados para instituir o labor em turnos fixos de 8 horas diárias, em substituição aos habituais turnos ininterruptos de revezamento de 6 horas. Pugnam pela interpretação da norma à luz dos arts. 187 do CC, 9º, 444 e 468 da CLT e 5º, *caput*, e 7º, XIV, da Constituição Federal e indicam arrestos.

Postulam, ainda, o deferimento de medida cautelar *inaudita altera pars*, na forma do art. 273, § 7º, do CPC, para determinar à Suscitada que, até o julgamento do presente dissídio coletivo, abstenha-se de alterar a jornada laboral dos empregados submetidos ao regime de turnos ininterruptos de revezamento.

Com a petição inicial, foram apresentados os instrumentos de fls. 29-31 e os documentos de fls. 29-338.

Conforme a ata às fls. 346-348, compareceram as partes à audiência realizada no dia 29.06.08, sob a Presidência do Exmo. Sr. Ministro Milton de Moura França, Vice-Presidente do Tribunal Superior do Trabalho, sem que houvesse conciliação, tendo sido deferida a juntada de novos documentos pelos Suscitantes (fls. 349-400) e dos documentos comprovantes da regularidade de representação processual da Suscitada (fls. 401-409).

A Suscitada apresentou defesa às fls. 411-458, arguindo as preliminares de incompetência funcional do Tribunal Superior do Trabalho, ausência de

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

comum acordo, ilegitimidade ativa, ausência de interesse de agir, impossibilidade jurídica do pedido e inadequação da ação proposta em razão do pedido. No mérito, impugnou os argumentos da petição inicial.

Com a defesa vieram os documentos às fls. 451-460.

Os Suscitantes apresentaram réplica às fls. 463-475.

O Ministério Público do Trabalho, em parecer da lavra do Dr. José Carlos Ferreira do Monte, às fls. 478-494, opinou no sentido do acolhimento da preliminar de extinção do processo sem resolução de mérito, nos termos do art. 267, IV e VI, do CPC, por impropriedade da via adotada e impossibilidade jurídica do pedido, ou, superada a preliminar, pela procedência da ação coletiva, prejudicado o requerimento de antecipação de tutela, porque incompatível com o dissídio coletivo de natureza jurídica.

Em seguida, em atendimento a solicitação feita pelo Ministro Vice-Presidente, na audiência de conciliação e instrução, os Suscitantes juntaram às fls. 497-742 os documentos comprobatórios da realização de assembleias gerais de trabalhadores, nas quais foi colhida a opinião da categoria sobre a implantação dos turnos fixos, indicando que 96,85% dos trabalhadores votaram contra a mudança do regime laboral.

A medida cautelar postulada liminarmente foi indeferida pela decisão às fls. 743-745, sob o fundamento de que a pretensão dos Suscitantes carecia de *fumus boni juris*, à luz da jurisprudência desta Corte, e que a concessão acarretaria *periculum in mora* à Suscitada, nos seguintes termos, *verbis*:

“O Tribunal Superior do Trabalho tem firme orientação de que é lícito ao empregador alterar o sistema de trabalho, de turnos ininterruptos de revezamento, em turnos fixos, por ser este mais favorável ao empregado, na medida em que preserva a sua higidez física e mental.

Realmente:

‘4. O labor em turnos ininterruptos de revezamento, em nosso ordenamento jurídico, é considerado prejudicial ao empregado, pois compromete a saúde física e mental, além do convívio social e familiar. Não por outra razão, a Constituição da República, em atenção aos desgastes produzidos nesse sistema de trabalho, assegura jornada reduzida de seis horas (art. 7º, XIV).

5. Na hipótese de modificação do regime laboral, ou seja, do sistema de turnos ininterruptos para o de turnos fixos, o benefício social daí advindo compensa o prejuízo sofrido pelo empregado, decorrente

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

do acréscimo da jornada, que passará a ser de oito horas (não havendo, porém, alteração na remuneração mensal). Nesse caso, o ordenamento jurídico reconhece o equilíbrio entre a vantagem social e o aumento da duração do labor...' (E-RR-785.683/2001.0, Rel^a Min^a Maria Cristina Peduzzi, DJ 20.04.07)

‘TURNOS ININTERRUPTOS DE REVEZAMENTO. SUPRESSÃO. JORNADA FIXA. INDENIZAÇÃO. A supressão do regime de turnos ininterruptos de revezamento com o emprego de jornada fixa, embora tenha promovido alteração quantitativamente ampliativa da jornada de trabalho, já que o empregado perdeu o direito à jornada especial de 6 horas diárias, por um lado, revela-se benéfica, se considerados os seus efeitos sociais, mas por outro, é prejudicial, quando analisados os efeitos financeiros. Nesse sentido, em que a alteração pelo empregador promoveu a supressão do pagamento das horas extras percebidas com habitualidade pelo empregado, a jurisprudência tem se orientado no sentido de entender devida a indenização correspondente, nos termos da Súmula nº 291 do TST. Não foi demonstrada a violação do art. 896 da CLT. Recurso não conhecido...' (E-ED-RR-35671/2002-900-03-00.9, Rel. Min. Horácio Senna Pires, DJ 30.05.08)

‘REGIME DE TRABALHO. ALTERAÇÃO. TURNO DE REVEZAMENTO PARA TURNO FIXO. ART. 468 DA CLT. 1. A alteração do regime de trabalho do empregado de turno ininterrupto de revezamento para trabalho em horário fixo é, de regra, mais benéfica ao empregado, não se incluindo, portanto, na vedação do art. 468 consolidado, visto que o legislador constitucional, ao determinar o cumprimento de jornada reduzida de trabalho de seis horas para os empregados que trabalhem em regime de rodízio, visou desestimular a adoção desse sistema pelas empresas, por se mostrar biologicamente prejudicial aos empregados, para eles advindo conseqüências danosas da mudança contínua de turnos. 2. Embargos providos.’ (E-RR-137.369/1994, Rel. Min. Francisco Fausto, DJ 20.06.97)

‘ALTERAÇÃO DE TURNOS. REGIME DE REVEZAMENTO E HORÁRIO FIXO NOTURNO. Salvo levantamento científico e comparativo, é irrecusavelmente de alto grau de subjetividade a discussão sobre qual situação é menos prejudicial ao empregado: se o regime de turnos alternados ou se o trabalho em jornada fixa noturna. Não obstante, o equilíbrio jurídico das situações mediante a instituição legal de compensações a título indenizatório tem por conseqüência afastar qualquer possibilidade de prejuízo ao empregado, oriundo da mudança

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

do regime de revezamento para o de jornada fixa noturna. Recurso de revista conhecido e provido.’ (RR-238.986/1996, Rel. Min. Armando de Brito, DJ 28.08.98)

‘O legislador constituinte, ao instituir a jornada especial de seis horas para os trabalhadores submetidos ao sistema do turno ininterrupto de revezamento (art. 7º, XIV, da Constituição Federal), visou tutelar a saúde do trabalhador pelo desgaste físico causado em decorrência da alternância de turnos inerente à natureza desse tipo de trabalho. Assim, certo é que a mudança do regime de turno de revezamento para fixo constitui alteração benéfica ao empregado...’ (E-RR-708066/2000, Ac. SDI-1, Rel. Min. Lelio Bentes Corrêa, DJ 04.05.07)

Face referidos precedentes, a pretensão da empresa suscitada reveste-se da aparência do bom direito (*fumus boni juris*).

De outra parte, o pedido de concessão de liminar, para impedir a implementação da mudança que está prevista para o dia 11.08.08, poderá acarretar sensíveis prejuízos à empresa (*periculum in mora*), visto que, segundo consta, já foram os empregados cientificados dessa alteração, desde o início de julho do corrente ano, inclusive com a possibilidade de escolher o turno em que pretendem desenvolver seu trabalho.

Ora, a adoção de diversas providências necessárias a implementar o novo sistema de trabalho, além dos aspectos financeiros, envolve mudanças administrativas, daí não se revelar plausível a concessão da liminar.

Com estes fundamentos, indefiro o pedido de liminar.”

É o relatório.

VOTO

I – PRELIMINARES

1 – DISSÍDIO COLETIVO DE NATUREZA JURÍDICA. COMPETÊNCIA FUNCIONAL. EXTINÇÃO PELA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45/04

Nas razões da defesa, a Suscitada postula a extinção do processo, sem resolução de mérito, sustentando que seria da Vara do Trabalho a competência

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

originária para o julgamento do pedido de declaração de nulidade da alteração do contrato individual de trabalho. Indica ofensa ao art. 625 da CLT, bem como afirma a extinção do dissídio coletivo jurídico pela Emenda Constitucional nº 45/04, que apenas prevê a possibilidade de dissídio coletivo de natureza econômica.

Não prospera a preliminar.

Sobre a competência desta Seção Especializada, a Lei nº 7.701/88 dispõe, em seu art. 2º, I, *a*, *verbis*:

“Art. 2º Compete à seção especializada em dissídios coletivos, ou seção normativa:

I – originariamente:

a) conciliar e julgar os dissídios coletivos que excedam a jurisdição dos Tribunais Regionais do Trabalho e estender ou rever suas próprias sentenças normativas, nos casos previstos em lei.”

No presente Dissídio Coletivo, porque ajuizado por entidades sindicais atuantes nas áreas dos Estados do Espírito Santo e Minas Gerais, a matéria se espria pela jurisdição de mais de um Tribunal Regional do Trabalho, abrangendo a 3ª e a 17ª Regiões.

Assim, por força do art. 2º, I, *a*, da Lei nº 7.701/88, a competência de julgamento originária para o presente dissídio coletivo é desta Corte Superior.

Com efeito, insere-se na competência funcional originária do Tribunal Superior do Trabalho julgar dissídio coletivo de natureza jurídica visando à interpretação de norma regulamentar empresarial de observância obrigatória em área territorial que exceda a jurisdição de um Tribunal Regional do Trabalho (art. 10 da Lei nº 7.701/88).

Cumprido, ainda, ressaltar que a Emenda Constitucional nº 45/04 não pôs fim à ação de dissídio coletivo de natureza jurídica, uma vez que, anteriormente à citada EC, o art. 114 da CF/88 não se referia a dissídio coletivo jurídico, que continua sendo cabível, na Justiça do Trabalho, quando houver divergência de interpretação de cláusulas de sentenças normativas, de instrumentos de negociação coletiva, acordos e convenções coletivas, de disposições legais particulares de categoria profissional ou econômica e de atos normativos (art. 10 da Lei nº 7.701/88 e art. 220, II, do RI-TST).

Para a doutrina especializada, o dissídio coletivo de natureza jurídica – também conhecido como dissídios coletivos de direito – visam à interpretação de uma norma preexistente, legal, costumeira ou mesmo oriunda de acordo,

convenção ou dissídio coletivo. Nesse sentido, o entendimento de José Carlos Arouca (Cf. *Curso Básico de Direito Sindical*, São Paulo, LTr, 2006, p. 376), de Guilherme Mastrichi Basso (*Dissídio Coletivo de Natureza Jurídica*, <<http://www.planalto.gov.br/ccivil>>) e de Raimundo Simão de Melo (*A Greve no Direito Brasileiro*, São Paulo, LTr), dentre outros juslaboristas.

Por fim, conforme preleciona o eminente jurista e Ministro aposentado do TST Arnaldo Süssekind, conquanto seja a regra que o regulamento interno, no tocante ao objeto do contrato de trabalho, não constitua fonte de direito, “as regras concernentes à organização e ao funcionamento da empresa, expedidas pelo empregador com esteio no poder de comando que lhe é atribuído por assumir os riscos do empreendimento, constituem fonte de direito” (SÜSSEKIND, Arnaldo. *Curso de Direito do Trabalho*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 124).

Assim, rejeito a preliminar.

2 – AUSÊNCIA DE COMUM ACORDO

Na peça de defesa, a Suscitada postula a extinção do processo, sem resolução de mérito, sob o argumento de que o presente dissídio coletivo não preencheu o pressuposto processual do comum acordo entre as partes, exigido pelo art. 114, § 2º, da Constituição Federal.

Razão não lhe assiste.

O pressuposto processual do comum acordo entre as partes, nos termos do que dispõe o art. 114, § 2º, da Constituição Federal, introduzido pela Emenda Constitucional nº 45/04, não se aplica aos dissídios coletivos de natureza jurídica, mas apenas aos de natureza econômica:

“Art. 114. (...)

§ 2º Recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado às mesmas, de comum acordo, ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, podendo a Justiça do Trabalho decidir o conflito, respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente.” (grifo nosso)

Na espécie, trata-se de ação coletiva típica e de índole declaratória (art. 4º do CPC), na qual a parte postula que a Justiça do Trabalho proceda à interpretação do sentido e alcance de norma jurídica trabalhista aplicável à categoria profissional, quando houver controvérsia a respeito de sua aplicação, o que não se coaduna com a negociação autônoma para a instituição de normas

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

e condições de trabalho, própria do dissídio coletivo de natureza econômica, quando frustrada a negociação coletiva, conforme decisão proferida por esta Subseção no RODC 604.502/1999.8, o que levou ao cancelamento da Orientação Jurisprudencial nº 6 da SDC do TST.

Nesse sentido foi proferido o seguinte precedente:

“DISSÍDIO COLETIVO DE NATUREZA JURÍDICA. COMUM ACORDO PARA A INSTAURAÇÃO DO DISSÍDIO COLETIVO. IMPERTINÊNCIA. A exigência do comum acordo como pressuposto para o desenvolvimento válido do processo de dissídio coletivo, objeto do § 2º do art. 114 da Constituição da República, introduzida pela Emenda Constitucional nº 45/04, visa estimular e prestigiar a negociação coletiva como forma de composição dos conflitos coletivos do trabalho. Tendo em vista que para o Dissídio Coletivo de natureza jurídica não se exige negociação prévia, aquele pressuposto processual somente tem lugar em sede de Dissídio Coletivo de natureza econômica.” (TST-DC-174.611/2006-000-00-00.5, Rel. Min. Brito Pereira, DJ 11.09.07)

Diante disso, *rejeito* a preliminar.

3 – INADEQUAÇÃO DA AÇÃO PROPOSTA EM RAZÃO DO PEDIDO

A Suscitada pede, ainda, a extinção do processo, sem resolução do mérito, argüindo a ausência de correspondência entre o procedimento adotado e a natureza da causa. Afirma que a presente ação, orientada à declaração de nulidade dos efeitos da alteração dos contratos individuais de trabalho, constitui reclamação trabalhista a ser ajuizada pelo empregado que demonstrasse interesse jurídico na causa perante a Vara do Trabalho competente. Alega que o ajuizamento de dissídio coletivo de natureza jurídica pretende inviabilizar à Suscitada o devido processo legal e o amplo direito de defesa, com os recursos a ela inerentes, especialmente quanto à prova de que a alteração contratual é benéfica, decorre do *jus variandi* e não implica redução salarial nem prejuízo à saúde dos trabalhadores.

Não procedem seus argumentos.

A pretensão deduzida no presente dissídio coletivo se direciona à obtenção de decisão declaratória a respeito da interpretação da norma do regulamento interno da Empresa, portanto norma preexistente, por meio da qual a Suscitada promoveu a alteração do regime de trabalho, a que se submetem seus empregados; alteração essa que, no entender dos Suscitantes, ofende o sistema normativo, ou seja busca-se a definição jurídica do sentido e do alcance

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

de ato normativo direcionado a uma categoria de trabalhadores, diante de um caso concreto.

Assim, é cabível o ajuizamento de dissídio coletivo de natureza jurídica resultante de disputa ou discussão, quanto à interpretação de cláusula constante do regulamento interno da Empresa, a qual provoque a configuração de conflito coletivo cuja solução exija pronunciamento judicial por meio de ação de conteúdo declaratório, quanto ao sentido e alcance da norma questionada, e seus efeitos concretos nas relações de trabalho.

Ressalte-se, por fim, que, em sede de dissídio coletivo de natureza jurídica, não cabe à Justiça do Trabalho aferir a existência de prejuízo, em concreto, conforme pretende o Suscitante, mas tão-somente emitir provimento de índole declaratória a respeito da interpretação objetiva da norma impugnada, cabível à luz do ordenamento jurídico vigente. Eventual conflito intersubjetivo de interesses, individual ou coletivo, decorrente da alteração produzida e que possa ensejar reparação de danos materiais, deverá ser deduzido em ação judicial própria.

Dito isso, *rejeito* a preliminar.

4 – ILEGITIMIDADE ATIVA

Nas razões da defesa, a Suscitada requer a extinção do processo, sem resolução de mérito, ao argumento de que os Suscitantes carecem de legitimidade processual. Argumenta que o cancelamento da Orientação Jurisprudencial nº 6 da SDC do TST se referiu, na ocasião, à estabilidade do diretor sindical, norma afeita exclusivamente a direito da diretoria sindical, sendo que o debate judicial sobre a alteração da jornada laboral, por se tratar de matéria de interesse da categoria, dependeria da autorização dos empregados interessados. Alega, ainda, que, no caso, em desrespeito à exigência do art. 859 da CLT, os próprios Suscitantes afirmam a não-realização de assembléia geral dos trabalhadores. Indica precedente jurisprudencial.

Não prospera a preliminar.

Destinado à obtenção de pronunciamento judicial sobre interpretação jurídica de norma trabalhista aplicável à categoria, o ajuizamento de dissídio coletivo de natureza jurídica insere-se nas prerrogativas conferidas em lei aos sindicatos, tanto de origem patronal como de origem profissional (art. 513, *a*, da CLT e art. 8º, III, da Constituição Federal), sendo, portanto, inexigível a aprovação de assembléia para autorizar a instauração da instância, a que se refere o art. 859 da CLT.

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

Na linha desse entendimento, conforme fundamento adotado no tópico anterior, esta Subseção cancelou a Orientação Jurisprudencial nº 6 da SDC do TST, segundo a qual, mesmo em sede de dissídio coletivo de natureza jurídica, a legitimidade da entidade sindical para instauração de instância dependia de autorização da categoria reunida em assembléia.

Portanto, *rejeito* a preliminar.

5 – IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO

Nas razões da defesa, a Suscitada argúi a preliminar de extinção do processo, sem resolução de mérito, em razão da impossibilidade jurídica do pedido, alegando que, em sede de dissídio coletivo de natureza jurídica, apenas se admite a interpretação de sentença normativa, de acordo ou convenção coletiva, de disposições legais e de ato normativo direcionado à determinada categoria. Sustenta que, ao contrário do afirmado pelos Suscitantes, inexistente norma interna, mas tão-somente uma comunicação da Empregadora, no exercício legítimo de seu *jus variandi*, inerente à organização das atividades de produção, sobre a alteração da jornada laboral. Alega, ainda, que a mudança, além de lícita e benéfica, apenas abrange as condições individuais de trabalho do grupo de empregados que laboram em regime de revezamento, independente da categoria a que pertençam.

A preliminar não procede.

É defeso à Empresa negar a existência do ato normativo empresarial dispondo sobre a alteração do regime de trabalho, de turnos ininterruptos de revezamento para turnos fixos, na medida em que ela própria admite a existência de “comunicado” aos trabalhadores sobre a alteração do sistema de trabalho, em face de seu “direito de melhor organizar e dirigir os serviços”.

Desse modo, o pedido formulado em juízo, para obtenção de decisão de natureza declaratória, a respeito da interpretação do sentido e do alcance de ato patronal direcionado a produzir efeitos sobre as relações de trabalho, no caso, dos empregados da Suscitada, representados pelos Suscitantes, encontra amparo em nosso ordenamento jurídico, especificamente na Lei nº 7.701/88 (art. 10) e no Regimento Interno do Tribunal Superior do Trabalho (art. 220, II).

Conforme já foi acima exposto, é plenamente admissível o ajuizamento de dissídio coletivo de natureza jurídica resultante de disputa ou discussão quanto à interpretação de cláusula constante do regulamento interno da Empresa, a qual provoque a configuração de conflito coletivo cuja solução exija pronunciamento judicial por meio de ação de conteúdo declaratório quanto ao

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

sentido e alcance da norma questionada. O presente dissídio coletivo de natureza jurídica visa à interpretação de norma regulamentar interna, por meio da qual a Empresa Suscitada promoveu a alteração do regime de trabalho de seus empregados, de turnos ininterruptos de revezamento para turnos fixos; alteração essa que, no entender dos Suscitantes, ofende o sistema normativo.

Assim, *rejeito* a preliminar.

6 – AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR

A Suscitada postula extinção do processo, sem resolução de mérito, apontando a falta de interesse de agir, sob o argumento de que os Suscitantes não demonstram dúvida quanto à correta interpretação da validade da alteração da jornada laboral, a qual se sujeitaria apenas à declaração judicial sobre sua nulidade ou não. Indica aresto proferido por esta Corte.

Não lhe assiste razão.

A verificação do interesse de agir se vincula à análise da utilidade e da necessidade do provimento jurisdicional solicitado pela parte.

No caso, o pedido formulado tem sua utilidade no pronunciamento desta Corte Superior a respeito da interpretação acerca da validade do ato normativo impugnado, em que a Empresa promoveu alteração no regime de trabalho, com repercussão na situação dos empregados, sendo que o requisito da necessidade do provimento jurisdicional decorre da própria resistência da Suscitada ao defender a licitude da alteração da jornada de trabalho, o que demonstra a possibilidade de interpretação em sentido diverso ao pleiteado e autoriza a instauração da instância coletiva.

Diante disso, *rejeito* a preliminar.

II – MÉRITO

DISSÍDIO COLETIVO DE NATUREZA JURÍDICA. INTERPRETAÇÃO DE NORMA REGULAMENTAR DA EMPRESA. REGIME DE TRABALHO. ALTERAÇÃO. TURNOS ININTERRUPTOS DE REVEZAMENTO PARA TURNOS FIXOS. LEGALIDADE

Na presente ação de dissídio coletivo jurídico, os Sindicatos Suscitantes buscam a interpretação judicial sobre a validade de norma interna da Suscitada, divulgada por meio de comunicação aos empregados quanto à adoção das seguintes medidas:

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

a) alteração da jornada de trabalho dos empregados sujeitos aos turnos ininterruptos de revezamento de seis horas, instituindo três turnos fixos de oito horas;

b) compensação do aumento da carga horária, com o acréscimo mensal de 20% sobre o salário-base;

c) pagamento, por liberalidade, do montante único de R\$ 4.000,00 (quatro mil reais); e

d) oferecimento de acompanhamento médico e terapia do sono para facilitar a adaptação.

Alegam os Suscitantes que a alteração se aplicaria a cerca de seis mil trabalhadores, os quais laboram no Porto de Tubarão, nas Usinas de Pelotização da Ponta de Tubarão, na Ferrovia Vitória a Minas, nas Minas de Ferro do Cauê, de Conceição e de Fábrica, nas Usinas Conceição e Timbopeba e na Pelotização Fábrica, distribuídos por mais de trinta municípios.

Os Suscitantes se mostram contrários à adoção dos turnos fixos, sob o argumento de que haveria quebra da isonomia entre os trabalhadores, com a discriminação de um grupo em relação aos demais, em face da permanente submissão diferenciada aos turnos matutino (7h às 15h30), que classificam como “bom”; vespertino (15h às 23h30), “ruim”; e noturno (23h a 7h30), “pior”.

Afirmam, ainda, que todos os integrantes da categoria se acostumaram ao ciclo biológico diário decorrente do sistema de revezamento, de forma que a adoção de turnos fixos implicaria mudança brusca, com prejuízos para o sono e, conseqüentemente, o aumento dos riscos de acidente laboral. Para os empregados submetidos exclusivamente ao trabalho noturno, os malefícios à saúde seriam ainda maiores.

Quanto à possibilidade oferecida a cada empregado de indicar o turno fixo de sua preferência, argumentam que não haverá plena adequação entre as opções e as vagas em cada turno, de forma que, ao final, caberá à Suscitada discriminar os empregados, impondo um “castigo” a um terço deles. Acusam-na de, em abuso do *jus variandi*, pretender fragmentar a categoria com vistas à futura aprovação dos empregados da adoção do regime de turnos ininterruptos de revezamento de oito horas, o que, por sua vez, levaria à diminuição dos postos de trabalho.

Narram que esse procedimento fora anteriormente utilizado por outra empresa mineradora, a Companhia Siderúrgica Nacional, contra os trabalhadores da Mina Casa Pedra, em Congonhas – MG, tendo a Justiça do

Trabalho reconhecido o teor discriminatório dessa prática no julgamento do Recurso Ordinário nº 347/2004-088-03-00.7, mantido pela 1ª Turma do TST em acórdão ainda não publicado.

Afirmam que a preocupação da Suscitada com a saúde dos empregados ocultaria a intenção de reduzir o salário-hora, como forma de diminuição de gastos com mão-de-obra, pondo ainda em risco os empregos da categoria.

Relatam que, em outubro de 1998, a própria Suscitada implantou o regime de turnos fixos nas Usinas de Pelotização da Ponta de Tubarão, também com a promessa de que não haveria redução de postos de emprego, tendo, no entanto, demitido um quinto dos trabalhadores (cerca de cem) nos meses seguintes, até que a Justiça do Trabalho proferiu decisão em favor do ora Suscitante SINDFER no processo TST-RR-1805/1998-002-17-00.3. Asseveram que a garantia de emprego deveria ser debatida em conjunto com a categoria, por meio de negociação coletiva.

Os Suscitantos se opõem à tese de que seria benéfica, por si só, a substituição de turnos ininterruptos de revezamento por turnos fixos, alegando que a diferença da carga horária máxima, prevista na Constituição Federal, compensa os efeitos da alteração constante de turnos, equiparando os regimes laborais em termos de saúde e segurança do trabalho.

Pugnam pela interpretação da norma interna à luz dos arts. 187 do CC, 9º, 444 e 468 da CLT e 5º, *caput*, e 7º, XIV, da Constituição Federal.

Dito isso, analisa-se o sentido e o alcance da regulamentação interna em debate.

A questão central que o presente dissídio suscita, em síntese, consiste em saber se a legislação brasileira autoriza a Empresa a alterar, *moto proprio*, o regime de trabalho, sem submissão à negociação coletiva.

A finalidade do dissídio coletivo de natureza jurídica é obter o pronunciamento da Justiça do Trabalho sobre a interpretação de norma jurídica trabalhista preexistente, em face do ordenamento jurídico vigente.

Destarte, a análise de eventual prejuízo subjetivo concreto para os trabalhadores, seja ele fisiológico, social ou financeiro, não pode ser aferido no presente dissídio coletivo, cujo provimento detém natureza declaratória, vinculada à exegese da norma impugnada.

Em relação ao período de trabalho exigido dos trabalhadores e da contraprestação pecuniária, o ordenamento impõe a equivalência de obrigações entre o labor prestado em turnos fixos durante oito horas diárias e aquele

prestado em regime de turnos ininterruptos de revezamento durante seis horas diárias.

No entanto, essa equivalência não é verificada no plano fisiológico e social, para os quais a prestação de labor em período fixo se mostra mais vantajosa, do ponto de vista objetivo, para o trabalhador, em face de sua regularidade e de conseqüentes benefícios para sua saúde e convivência familiar, além da segurança no trabalho. A partir da adoção do labor em turnos fixos, o empregado pode planejar, de acordo com suas preferências, uma rotina diária regular sem se preocupar com a variabilidade dos horários.

Com efeito, se o Texto Constitucional impõe ao labor em turnos ininterruptos de revezamento um limite máximo excepcional, inferior ao disposto para as jornadas regulares, é porque naquele regime existe um malefício ao empregado, que não se pode pressupor completamente eliminado apenas pela redução da carga horária, mas tão-somente compensado. Portanto, mesmo com a prestação laboral confinada a seis horas diárias, os efeitos nocivos à saúde do trabalhador e à segurança do trabalho persistem e, exatamente por isso, conferem o direito à jornada máxima reduzida.

Nesse contexto, a adoção de turnos fixos, em substituição ao regime de revezamento, situa-se no âmbito do *jus variandi* da Empregadora, a quem cabe organizar suas atividades produtivas, no exercício pleno de seu poder diretivo e regulamentar característico da subordinação jurídica inerente à relação de emprego.

Na doutrina, colhe-se a abalizada, e insuspeita, lição do eminente jurista e Ministro aposentado do TST Arnaldo Süssekind, um dos autores da Consolidação das Leis do Trabalho, abordando o tema:

“Poderá o empregador substituir o regime de revezamento de turnos pelo sistema de turnos fixos?”

Afigura-se-nos que sim, porque a alteração do horário de trabalho se situa no *jus variandi* atribuído ao poder de comando da empresa e a fixação dos turnos de trabalho é, sem dúvida, favorável aos empregados, já que a variação constante de horário é prejudicial ao relógio biológico do ser humano.” (SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito constitucional do trabalho*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 213)

De sua parte, o ilustre Ministro Mauricio Godinho Delgado, que honra esta Corte Superior com sua erudição e competência, também adota entendimento acerca do maior desgaste a que se submete o empregado sujeito a trabalhar em turno ininterrupto de revezamento de seis horas previsto no art. 7º, XIV, da CF:

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

“Em primeiro lugar, está claro que, ao instituir a vantagem jurídica, a Carta Maior teve o cuidado de restringir o tipo legal enfatizado, de modo a direcionar o direito à jornada especial exclusivamente aos trabalhadores que reunissem, em sua sistemática laboral, *o máximo de adversidades características do trabalho em revezamento.*” (Cf. *Curso de Direito do Trabalho*, São Paulo, LTr, 7. ed., 2008, p. 885)

O Supremo Tribunal Federal, em diversos julgados, firmou jurisprudência no sentido de que a jornada menor, de 6 horas, estipulada no art. 7º, XIV, da Carta Magna, visa compensar o trabalhador pelo maior desgaste biológico, psicossocial e familiar, provocado por esse regime de trabalho, o que reforça a convicção de que o regime fixo de oito horas é mais benéfico ao empregado, *verbis*:

“DIREITO CONSTITUCIONAL, TRABALHISTA E PROCESSUAL CIVIL. TURNO ININTERRUPTO DE REVEZAMENTO: ART. 7º, XIV, DA CF DE 1988. JORNADA DE TRABALHO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PRECEDENTE DO PLENÁRIO: FUNDAMENTOS. AGRAVO. 1. O precedente invocado na decisão agravada considerou não descaracterizado o turno ininterrupto de revezamento, previsto no art. 7º, XIV, da CF/88, pela simples concessão, por parte do empregador, de intervalos para repouso e/ou alimentação ao trabalhador. É que a jornada menor, de 6 horas, visa compensar o trabalhador pelo maior desgaste biológico, psicossocial e familiar, provocado por esse regime de trabalho. 2. Ademais, o acórdão referido na decisão agravada já está publicado (DJU de 02.10.98), com trânsito em julgado, e a cujos fundamentos me reporto. 3. Agravo improvido.” (AI-AgR 365235/MG, Minas Gerais, AgRg. no Agravo de Instrumento, Rel. Min. Sydney Sanches, Julgamento: 26.03.02; Órgão Julgador: 1ª Turma, Publicação DJ 26.04.02, PP-00075. No mesmo sentido: AI-AgR-280884/MG, DJ 29.06.01; AI-AgR-237760/PR, DJ 30.06.00; RE-AgR-212852/SP, DJ 26.06.98)

Também é firme a jurisprudência deste Tribunal Superior no sentido de que, na hipótese de modificação do regime de trabalho, ou seja, do sistema de turnos ininterruptos de revezamento para o de turnos fixos, o benefício social daí advindo compensa o prejuízo sofrido pelo empregado, decorrente do acréscimo da jornada, que passará a ser de oito horas, daí por que esta Corte Uniformizadora já se pronunciou pela validade da modificação em causa, na linha dos seguintes precedentes:

“EMBARGOS. HORAS EXTRAORDINÁRIAS. TURNOS ININTERRUPTOS DE REVEZAMENTO. EMPREGADO HORISTA.

DIVISOR. ADICIONAL DE HORAS EXTRAORDINÁRIAS. ART. 7º, INCISO XIV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. VIOLAÇÃO DO ART. 896 DA CLT. A matéria articulada nos embargos não comporta mais discussão no âmbito da C. SBDII desde que consolidada a jurisprudência na forma da OJ 275/SBDII, inclusive no que se refere à determinação para recalcular o valor da hora trabalhada com aplicação do divisor 180. Inexistência de violação do art. 896 da CLT. Embargos não conhecidos.

TURNOS ININTERRUPTOS DE REVEZAMENTO. ALTERAÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO. TURNOS FIXOS. SUPRESSÃO DE SOBREJORNADA. SÉTIMA E OITAVA HORAS. DIREITO A INDENIZAÇÃO. 1. O ordenamento jurídico prevê certas situações em que se justifica o exercício do *ius variandi*, não gerando nenhum direito para o empregado ou dever para o empregador. Já em outras hipóteses, é reconhecida a validade da referida prerrogativa patronal, mas há uma espécie de sanção que não compromete, contudo, a validade do ato – ao empregador, em favor do empregado. 2. Tais modificações das condições de trabalho, pelo empregador, podem produzir dois efeitos (não-excludentes): de um lado, há vantagem social; de outro, efeito, em regra pecuniário, desfavorável ao empregado. O ordenamento jurídico prima pelo equilíbrio entre ambos. Quando falta esse equilíbrio, há a previsão de sanção, de caráter indenizatório, buscando seu restabelecimento. 3. Partindo da noção de direito como integridade, percebe-se que as possibilidades de exercício do *ius variandi* aceitas pelo ordenamento jurídico contêm implícitos os seguintes princípios: se o benefício social advindo da alteração contratual compensa eventual prejuízo sofrido pelo empregado, não há nenhuma sanção ao empregador (como na hipótese da Súmula nº 265 desta Corte, que trata da perda do direito ao adicional noturno, diante da mudança do turno de trabalho); do contrário isto é, se não há a referida compensação, por inexistir o benefício social, ou por ser este ínfimo, o ordenamento impõe sanção ao empregador, com o fim de restabelecer aquele equilíbrio (como no caso da Súmula nº 291 do TST, pertinente à supressão das horas extras habituais). 4. O labor em turnos ininterruptos de revezamento, em nosso ordenamento jurídico, é considerado prejudicial ao empregado, pois compromete a saúde física e mental, além do convívio social e familiar. Não por outra razão, a Constituição da República, em atenção aos desgastes produzidos nesse sistema de trabalho, assegura jornada reduzida de seis horas (art. 7º, XIV). 5. Na hipótese de modificação do regime laboral, ou seja, do sistema de turnos ininterruptos para o de turnos fi-

xos, o benefício social daí advindo compensa o prejuízo sofrido pelo empregado, decorrente do acréscimo da jornada, que passará a ser de oito horas (não havendo, porém, alteração na remuneração mensal). Nesse caso, o ordenamento jurídico reconhece o equilíbrio entre a vantagem social e o aumento da duração do labor. 6. O caso vertente, entretanto, contém uma peculiaridade: o Autor, embora submetido ao sistema de turnos ininterruptos de revezamento, cumpria jornada de oito horas, devendo ser remuneradas como sobrejornada a sétima e a oitava. Desse modo, a alteração para o regime de turnos fixos também com oito horas diárias gerou vantagem social que, de acordo com o equilíbrio previsto pelo ordenamento jurídico, não compensa, *per se*, o decréscimo pecuniário sofrido pelo empregado (produzido pela supressão da sobrejornada). Necessário é, assim, o pagamento de indenização, que visa ao restabelecimento daquele equilíbrio. Conclui-se, então, pela aplicação da Súmula nº 291 desta Corte à espécie.” (TST-E-ED-RR-50239/2002-900-03-00.8, Rel^a Min^a Maria Cristina Peduzzi, SBDI-1, DJ 07.03.08)

“TURNOS ININTERRUPTOS DE REVEZAMENTO. SUPRESSÃO. JORNADA FIXA. INDENIZAÇÃO. A supressão do regime de turnos ininterruptos de revezamento com o emprego de jornada fixa, embora tenha promovido alteração quantitativamente ampliativa da jornada de trabalho, já que o empregado perdeu o direito à jornada especial de 6 horas diárias, por um lado, revela-se benéfica, se considerados os seus efeitos sociais, mas por outro, é prejudicial, quando analisados os efeitos financeiros. Nesse sentido, em que a alteração pelo empregador promoveu a supressão do pagamento das horas extras percebidas com habitualidade pelo empregado, a jurisprudência tem se orientado no sentido de entender devida a indenização correspondente, nos termos da Súmula nº 291 do TST. Não foi demonstrada a violação do art. 896 da CLT. Recurso não conhecido.” (TST-E-ED-RR-35671/2002-900-03-00.9, Rel. Min. Horácio Pires, SBDI-1, DJ 30.05.08)

“TURNOS ININTERRUPTOS DE REVEZAMENTO. ALTERAÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO. TURNOS FIXOS. SUPRESSÃO DE SOBREJORNADA. SÉTIMA E OITAVA HORAS. DIREITO A INDENIZAÇÃO. 1. O ordenamento jurídico prevê certas situações em que se justifica o exercício do *ius variandi*, não gerando nenhum direito para o empregado ou dever para o empregador. Em outras hipóteses, é reconhecida a validade da referida prerrogativa patronal, mas há uma espécie de sanção que não compromete, contudo, a validade do ato – ao empregador, em favor do empregado. 2. Tais modificações das

condições de trabalho, pelo empregador, podem produzir dois efeitos (não-excludentes): de um lado, há vantagem social; de outro, efeito, em regra pecuniário, desfavorável ao empregado. O ordenamento jurídico prima pelo equilíbrio entre ambos. Quando falta esse equilíbrio, há a previsão de sanção, de caráter indenizatório, buscando seu restabelecimento. 3. Partindo da noção de direito como integridade, percebe-se que as possibilidades de exercício do *ius variandi* aceitas pelo ordenamento jurídico contêm implícitos os seguintes princípios: se o benefício social advindo da alteração contratual compensa eventual prejuízo sofrido pelo empregado, não há nenhuma sanção ao empregador (como na hipótese da Súmula nº 265 desta Corte, que trata da perda do direito ao adicional noturno, diante da mudança do turno de trabalho); do contrário isto é, se não há a referida compensação, por não existir o benefício social, ou por ser este ínfimo, o ordenamento impõe sanção ao empregador, com o fim de restabelecer aquele equilíbrio (como no caso da Súmula nº 291 do TST, pertinente à supressão das horas extras habituais). 4. O labor em turnos ininterruptos de revezamento, em nosso ordenamento jurídico, é considerado prejudicial ao empregado, pois compromete a saúde física e mental, além do convívio social e familiar. Não por outra razão, a Constituição da República, em atenção aos desgastes produzidos nesse sistema de trabalho, assegura jornada reduzida de seis horas (art. 7º, XIV). 5. Na hipótese de modificação do regime laboral, ou seja, do sistema de turnos ininterruptos para o de turnos fixos, o benefício social daí advindo compensa o prejuízo sofrido pelo empregado, decorrente do acréscimo da jornada, que passará a ser de oito horas (não havendo, porém, alteração na remuneração mensal). Nesse caso, o ordenamento jurídico reconhece o equilíbrio entre a vantagem social e o aumento da duração do labor. 6. O caso vertente, entretanto, contém uma peculiaridade: o Autor, embora submetido ao sistema de turnos ininterruptos de revezamento, cumpria jornada de oito horas, devendo ser remuneradas como sobrejornada a sétima e a oitava. Desse modo, a alteração para o regime de turnos fixos também com oito horas diárias gerou vantagem social que não compensa, *per se*, o decréscimo pecuniário sofrido pelo empregado (produzido pela supressão da sobrejornada). Necessário é, assim, o pagamento de indenização, que visa ao restabelecimento daquele equilíbrio. Conclui-se, então, pela aplicação da Súmula nº 291 desta Corte à espécie.” (TST-E-RR-785683/2001.0, Relª Minª Maria Cristina Peduzzi, SBDI-1, DJ 20.04.07)

“REGIME DE TRABALHO. ALTERAÇÃO. TURNO DE REVEZAMENTO PARA TURNO FIXO. ART. 468 DA CLT. 1. A

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

alteração do regime de trabalho do empregado de turno ininterrupto de revezamento para trabalho em horário fixo é, de regra, mais benéfica ao empregado, não se incluindo, portanto, na vedação do artigo quatrocentos e sessenta e oito consolidado, visto que o legislador constitucional, ao determinar o cumprimento de jornada reduzida de trabalho de seis horas para os empregados que trabalhem em regime de rodízio, visou a desestimular a adoção desse sistema pelas empresas, por se mostrar biologicamente prejudicial aos empregados, para eles advindo consequências danosas da mudança contínua de turnos. 2. Embargos providos.” (TST-E-RR-137.369/1994, Rel. Min. Francisco Fausto, SBDI-1, DJ 20.06.97)

Posto isso, tem-se que o STF e o TST, assim como a doutrina especializada, são unânimes em admitir que o trabalho em turnos ininterruptos de revezamento é considerado prejudicial ao empregado, pois compromete a saúde física e mental, além do convívio social e familiar. A determinação contida no art. 7º, XIV, da Constituição Federal – fixando a jornada de seis horas – quis proteger o empregado sujeito a regime de trabalho que contraria o relógio biológico do ser humano, sem lhe permitir a adaptação a ritmos cadenciados estáveis (STF – AI-513129/MG, Rel. Min. Eros Grau, DJ 28.09.04).

No presente dissídio coletivo, forçoso reconhecer que a Empresa Suscitada utilizou-se, de forma lícita, de seu poder diretivo para alterar o sistema de trabalho, visando obter maior produtividade e, a título de compensação, irá conceder aos empregados um adicional de 20% do valor do salário base, 18 folgas por ano, um abono na quantia de R\$ 4.000,00 (quatro mil reais), além de serviços médicos e terapêuticos e de ter consultado os empregados a respeito do horário de preferência. Assentiu com o pagamento do adicional noturno, no percentual de 60% em vigor, aos empregados que trabalharem no turno correspondente, bem como se comprometeu, na audiência de conciliação, a manter durante dois anos o número mínimo de postos de trabalho existentes.

Nesse contexto, interpretando-se o sentido e o alcance da norma questionada, declara-se que a alteração do regime de trabalho de turnos ininterruptos de revezamento para turnos fixos situa-se no campo do poder diretivo do empregador (*jus variandi*), por ser este sistema mais benéfico aos empregados, na medida em que lhes preserva a higidez física e mental, razão por que a norma regulamentar da Empresa encontra respaldo legal e constitucional, não existindo afronta aos arts. 9º, 444 e 468 da CLT e 5º, *caput*, e 7º, XIV, da Constituição Federal.

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

Vale ressaltar que, em relação ao art. 5º, *caput*, da Constituição Federal, a norma interna se amolda ao princípio da isonomia, porque contém disposição geral, direcionada a todos os trabalhadores, e não especifica quais os trabalhadores exercerão suas atividades em um ou outro turno. Eventual atribuição de turno de forma discriminatória na hipótese concreta deve ser aferida em processo próprio e adequado.

A norma interna também se harmoniza ao disposto no art. 7º, XIV, da Constituição Federal, uma vez que a exigência de negociação coletiva para a ampliação da jornada dos trabalhadores sujeito ao regime de turnos ininterruptos de revezamento pressupõe a manutenção do sistema. No caso dos autos, a alteração da jornada vem acompanhada da adoção do regime de turnos fixos, sistema não regulado pelo citado dispositivo.

A norma interna da Empresa, à luz do art. 187 do CCB/02, traduz tão-somente o exercício do *jus variandi* atribuído ao empregador, na espécie, modulado pela própria Suscitada ao se comprometer a compensar a alteração de ordem financeira e a oferecer serviços de acompanhamento médico e terapêutico.

A redução de custos na produção, por si só, não caracteriza a intenção de desvirtuar, impedir ou fraudar direitos trabalhistas, vedada pelo art. 9º da CLT, sendo certo que não se coaduna com o escopo do dissídio coletivo de natureza jurídica o julgamento com base na mera acusação de que a Suscitada teria a intenção oculta de impor prejuízo futuro à categoria ou despedir empregados.

Quanto ao teor do art. 444 da CLT, a alteração da jornada laboral, ora impugnada, não revela, no plano objetivo, a ofensa à disposição de proteção do trabalho, à norma coletiva da categoria ou à decisão de autoridade competente, além de integrar o *jus variandi* do empregador, por se tratar de característica regulamentação das formas de produção.

No tocante ao art. 468 da CLT, a verificação de eventual prejuízo aos empregados, repita-se, não é aferível, em concreto, no âmbito do dissídio coletivo de natureza jurídica, sem perder de vista que o benefício social advindo da alteração do sistema de trabalho compensa eventual prejuízo sofrido pelos trabalhadores.

Quanto à necessidade de mútuo consentimento para a alteração do regime de prestação laboral, além de a alteração inserir-se no *jus variandi* da Empresa e revelar-se mais benéfica aos trabalhadores, constata-se que a Suscitada tomou as atitudes necessárias para colher a manifestação individual de consentimento dos empregados, por meio do preenchimento do “Termo de Preferência”.

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

Ante todo o exposto, rejeito as preliminares de incompetência funcional do TST, extinção do dissídio coletivo jurídico pela Emenda Constitucional nº 45/04, ausência de comum acordo, inadequação da ação, ilegitimidade ativa, impossibilidade jurídica do pedido e ausência de interesse de agir; e, no mérito, julgo improcedente a pretensão deduzida no dissídio coletivo jurídico, declarando a validade da norma interna da Empresa Suscitada que procedeu à alteração do regime de trabalho de turnos ininterruptos de revezamento em turnos fixos, por ser este mais benéfico às categorias profissionais representadas pelos Sindicatos Suscitantes.

Isto posto,

Acordam os Ministros da Egrégia Seção Especializada em Dissídios Coletivos do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, rejeitar as preliminares de incompetência funcional do TST, extinção do dissídio coletivo jurídico pela Emenda Constitucional nº 45/04, ausência de comum acordo, inadequação da ação, ilegitimidade ativa, impossibilidade jurídica do pedido e ausência de interesse de agir; no mérito, por maioria de votos, vencidos os Ministros Márcio Eurico Vitral Amaro e Kátia Magalhães Arruda, julgar improcedente a pretensão deduzida no dissídio coletivo jurídico, declarando a validade da norma interna da Empresa Suscitada que procedeu à alteração do regime de trabalho de turnos ininterruptos de revezamento em turnos fixos, por ser este mais benéfico às categorias profissionais representadas pelos Sindicatos Suscitantes, conforme os fundamentos do Voto.

Brasília, 14 de agosto de 2008. *Walmir Oliveira da Costa*, relator.

TRABALHO POR ESCALAS. VALIDADE

EMBARGOS. REGIME DE DURAÇÃO DO TRABALHO POR ESCALAS DE 12 HORAS DE TRABALHO POR 36 DE DESCANSO (12X36). VALIDADE. INAPLICABILIDADE DA RESTRIÇÃO DO ART. 59, § 2º, DA CLT

1. A compensação de jornada a que se refere o art. 59, § 2º, da CLT, é aquela relativa a excessos de trabalho em relação à jornada contratada, ou seja, ligada à compensação de prorrogações a jornada determinadas pelo empregador. Dessa forma, buscou o legislador mitigar as chances de eventual abuso de direito por parte do empregador, estabelecendo limites a serem observados.

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

2. O regime de trabalho por escalas de 12 por 36 horas é identificado pelas seguintes peculiaridades: i) revezamento de cargas semanais de 36 horas com 48 horas; ii) jornadas exercidas sempre em um mesmo turno (horário de trabalho); iii) intervalo interjornada que compreende, necessariamente, todo um dia de descanso.

3. Considerando as peculiaridades do regime por escalas de 12 por 36 horas, não se cogita de aplicação dos limites referidos no art. 59, § 2º, da CLT, por se tratar de hipótese em que o trabalho é pré-definido, apresentando-se fixo e imutável, e, portanto, insuscetível do abuso a que o dispositivo visa resguardar.

4. Em se tratando de determinação de jornada especial de trabalho, à margem daquela estabelecida ordinariamente pela Constituição da República, apenas por meio de prévia negociação coletiva é válido o ajuste, nos termos do art. 7º, inciso XXVI, e 8º, inciso IV, da Carta Magna.

5. Confirmação da jurisprudência francamente preponderante e histórica, de toda a Justiça do Trabalho.

Embargos conhecidos e desprovidos.

(Processo nº TST-E-RR-3.154/2000-063-02-00 – Ac. SBDI 1)

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos em Recurso de Revista nº TST-E-RR-3.154/2000-063-02-00.3, em que é Embargante Cláudio Humberto Nogueira Barros e Embargada Thor Segurança S/C Ltda.

Adoto o relatório do Exmo. Min. Relator do feito:

A colenda 4ª Turma desta Corte, pelo acórdão de fls. 184-189, não conheceu do recurso de revista do reclamante, ao fundamento de que, não obstante a jornada de trabalho não possa exceder 10 horas diárias, fixada em norma coletiva a observância do limite de 44 horas semanais de labor, é válida a cláusula normativa que estabelece o regime de 12x36, não sendo devidas horas extras.

Iresignado, o reclamante interpõe embargos à SBDI, às fls. 192-199. Alega que, uma vez ultrapassado o limite de 10 horas de trabalho diário, previsto no art. 59 da CLT, são devidas as horas extras excedentes a tal período. Colaciona arestos a confronto.

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

Impugnação não apresentada.

Não houve remessa dos autos ao d. Ministério Público do Trabalho, nos termos do art. 83 do RITST.

É o relatório.

VOTO

REQUISITOS EXTRÍNSECOS DE ADMISSIBILIDADE

Próprios e tempestivos, os Embargos preenchem os requisitos extrínsecos de admissibilidade.

REGIME DE DURAÇÃO DO TRABALHO POR ESCALAS DE 12 HORAS DE TRABALHO POR 36 DE DESCANSO (12X36). VALIDADE. INAPLICABILIDADE DA RESTRIÇÃO DO ART. 59, § 2º, DA CLT

a) Conhecimento

A C. 4ª Turma, pelo acórdão de fls. 184/189, não conheceu do Recurso de Revista do Reclamante, confirmando o entendimento no sentido da validade da disposição coletiva impugnada que instituíra o regime de trabalho em escalas de 12 horas de serviço por 36 horas de descanso. Confira-se, por pertinente, a seguinte passagem:

“O Tribunal Regional manteve a sentença que indeferira o pedido de horas extras pelo labor no regime 12x36, sob os fundamentos a seguir reproduzidos:

‘Tem razão o recorrente quando afirma que a redução da hora noturna deve ser considerada para fins do pagamento de horas extras. Contudo, olvida-se o demandante que as horas extras decorrentes da ficção jurídica ora em comento não se distanciam daquelas estabelecidas no limite legal, qual seja, 08 horas diárias e 44 horas semanais.

Nesse contexto, tendo o reclamante laborado em jornada 12x36, em razão de estipulação normativa, fato esse incontroverso nos autos e considerado o intervalo para refeição efetivamente não cumprido, mas conferido pela MM. Vara de origem ao autor como hora extra, o limite de 44 horas semanais de fato não era ultrapassado, inexistindo qualquer outra sobrejornada a ser quitada.

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

Em verdade, as alegações recursais demonstram a pretensão do obreiro em receber duplamente as horas extraordinárias perseguidas, ou seja, pelo pagamento extraordinário do interregno não usufruído em si e por nova remuneração de horas extras ao final da jornada, o que efetivamente não encontra respaldo jurídico.' (fls. 160)

Colhe-se do excerto transcrito que o indeferimento do pleito decorreu da existência de negociação coletiva prevendo o labor na escala 12x36, bem como da circunstância de que, na espécie, não houve extrapolção da carga semanal de 44 horas.

Na revista, o autor sustenta a ilegalidade do regime 12x36, bem como a violação ao art. 7º, XIII, da Carta Política, já que o reclamante trabalhava mais de oito horas por dia, sem a respectiva celebração de acordo de compensação de jornada. Aponta violação aos arts. 7º, XIII, IX, da Constituição da República, 58, 59 e 73, §§ 1º a 5º, da CLT, bem como transcreve arestos para instaurar dissídio interpretativo.

Para bem se posicionar sobre a controvérsia é imprescindível salientar a circunstância de o art. 59 da CLT ser aplicável apenas ao proverbial regime de compensação, pelo qual se admite o elástico da jornada legal de oito horas até o máximo de duas horas por dia, cuja introdução há de ser pactuada em acordo individual por escrito, segundo se constata dos itens I e II da Súmula nº 85 do TST.

A norma consolidada, porém, não é oponível na hipótese de se ajustar regime de compensação de 12 por 36 horas, por meio de negociação coletiva, tendo em conta a norma do art. 7º, inciso XIII, da Constituição, segundo a qual é facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho.

É que, diferentemente do art. 59 da CLT, a norma do inciso XIII do art. 7º da Carta Magna não impõe limites ao excedimento da jornada legal de oito horas, deixando a critério dos protagonistas das relações coletivas de trabalho estabelecerem regime especial de compensação que melhor atenda às peculiaridades das respectivas atividades profissional e econômica.

Efetivamente, enquanto o art. 59 da CLT cuida de acordo de compensação firmado entre o empregado e o empregador, caso em que a jornada diária não pode exceder a 10 horas, o inciso XIII do art. 7º da Constituição cuida de regime especial de compensação da jornada de trabalho, em que essa pode eventualmente exceder aquele limite diário,

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

desde que, ao fim e ao cabo, não seja ultrapassada a duração semanal de quarenta e quatro horas, tendo por norte a norma do inciso XXVI daquele artigo, pela qual o Constituinte de 88 elevou a patamar constitucional a supremacia da vontade coletiva privada.

Aliás, nesse sentido tem-se orientado a jurisprudência desta Corte, sobretudo da douta SBDI-I, conforme se constata dos seguintes precedentes:

‘EMBARGOS. ESCALA DE 12X36. HORAS EXTRAORDINÁRIAS. CONVENÇÃO COLETIVA DE TRABALHO. O entendimento predominante na Corte é o da prevalência de acordo coletivo de trabalho celebrado por entidade sindical representativa da classe dos trabalhadores com base na livre estipulação entre as partes, desde que sejam respeitados os princípios de proteção ao trabalho. Havendo acordo de compensação de horário, firmado em convenção coletiva de trabalho, que prevê jornada de trabalho de doze horas e descanso de trinta e seis horas, não se pode desconsiderá-lo, porquanto as convenções e acordos coletivos de trabalho são reconhecidos constitucionalmente pelo art. 7º, XXVI. Registre-se que a jornada de 12 horas de trabalho por 36 de descanso é praticada há muitos anos em algumas atividades, por força de instrumentos normativos, constituindo uma conquista da classe trabalhadora, que atende aos interesses de ambas as partes. Não há, pois, violação literal dos arts. 7º, inciso XIII, 58 e 59 da CLT. Embargos não conhecidos.’ (E-RR-364.943/1997, Ac. SBDI-1, Rel. Min. Carlos Alberto Reis de Paula, DJ 10.09.04)

‘ACORDO DE COMPENSAÇÃO DA JORNADA DE TRABALHO. REGIME DE 12X36. VALIDADE. ART. 7º, XIII, DA CF. VIOLAÇÃO DO ART. 896 DA CLT. INEXISTÊNCIA DE DIREITO À PERCEPÇÃO DO ADICIONAL DE HORAS EXTRAS. A partir da promulgação da atual Constituição Federal, tem-se como válido o acordo de compensação de jornada de trabalho pelo regime de 12 horas de trabalho por 36 de descanso, não havendo que se falar em direito à percepção do adicional de horas extras sobre as horas excedentes à oitava diária. Embargos conhecidos e providos.’ (E-RR-346.316/1997, Ac. SBDI-1, Rel. Min. Rider de Brito, DJ 29.06.01)

‘REGIME DE COMPENSAÇÃO HORÁRIA DE 12X36. VALIDADE. Respeitado o limite de quarenta e quatro horas semanais, o sistema de compensação horária de 12 horas de trabalho por 36 de descanso é válido (art. 7º, inciso XIII, da CF/88). Embargos não

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

conhecidos.” (E-RR-341.889/1997, Ac. SBDI-1, Rel. Min. Rider de Brito, DJ 24.05.01)

Igualmente no Processo nº TST-E-RR-693.083/00-7, publicado no DJ de 06.10.06, em que foi relator o Ministro João Oreste Dalazen, reiterou-se a tese de ser válida a jornada especial de 12x36 horas, quando prevista em acordo ou convenção coletiva de trabalho, consoante o art. 7º, XXVI, da Constituição, tese também secundada tanto em acórdão da lavra do Ministro Milton de Moura França, proferido no Proc. TST-E-RR-480867, publicado no DJ de 27.08.04, quanto em acórdão da lavra do Ministro João Batista Brito Pereira, prolatado no Proc. TST-E-RR-509.705/1998, publicado no DJ de 31.10.03.

Sendo assim, não se divisa a pretensa violação aos arts. 7º, incisos XIII, IX, da Constituição Federal, 58 e 59 da CLT. Por outro lado, os paradigmas apresentados são inespecíficos, pois nenhum deles enfrenta as premissas fáticas que nortearam o *decisum*, quais sejam, a existência de acordo coletivo fixando jornada 12x36 e a observância da carga horária de 44 horas semanais. Incidência da Súmula nº 296/TST.

Finalmente, está incólume o art. 73, §§ 1º a 5º, da CLT, uma vez que, consoante registrou o Regional, mesmo considerando a redução da hora noturna, não havia excedimento das 8 horas diárias e 44 semanais.

“Não conheço.” (fls. 186-189)

Irresignado, o Reclamante interpôs os presentes Embargos à SBDI-1, às fls. 192/199. Segundo afirma, a leitura em conjunto dos arts. 7º, inciso XIII, da Constituição da República e 59 da CLT, demonstra que apenas as compensações realizadas dentro do limite de dez horas diárias seriam válidas, o que, para ele, é confirmado pelo item III da Súmula nº 85/TST. Requer, assim, sejam tidas como extras as horas trabalhadas além das 10ª diária e 44ª semanal. Transcreve arestos à divergência, nos termos da Lei nº 11.496/07, alegando que a C. Turma contrariou a pacífica jurisprudência desta C. SBDI-1.

Às fls. 196, o Reclamante logrou demonstrar válido e específico conflito. O primeiro precedente transcrito, a par de observar as formalidades referidas na Súmula nº 337/TST, apresenta tese divergente à adotada no acórdão embargado, no sentido da impossibilidade de compensação de jornada posterior à 10ª hora trabalhada, independentemente de ajuste coletivo.

Conheço, pois, por divergência jurisprudencial.

b) Mérito

Como se viu, versam os presentes Embargos sobre o adequado tratamento a ser conferido à modalidade de regime de trabalho baseado em escalas de 12 horas de trabalho seguidas de 36 horas de descanso. Segundo argumenta o Reclamante, o art. 59, § 2º, da CLT, ao vedar que seja ultrapassado o limite diário de 10 (dez) horas, impossibilita o regime de compensação em tela.

Eis o dispositivo, em sua redação atual, dada pela Medida Provisória nº 2.164-41, de 2001:

“Art. 59. A duração normal do trabalho poderá ser acrescida de horas suplementares, em número não excedente de 2 (duas), mediante acordo escrito entre empregador e empregado, ou mediante contrato coletivo de trabalho.

(...)

§ 2º Poderá ser dispensado o acréscimo de salário se, por força de acordo ou convenção coletiva de trabalho, o excesso de horas em um dia for compensado pela correspondente diminuição em outro dia, de maneira que não exceda, no período máximo de um ano, à soma das jornadas semanais de trabalho previstas, nem seja ultrapassado o limite máximo de dez horas diárias.”

O instituto regulado pelo referido artigo é o da compensação de jornada. Segundo tais regras, é facultado às partes de um contrato de trabalho equilibrar o excesso de horas em um dia com a correspondente diminuição em outro dia, sendo observado, como parâmetro, a jornada originalmente estabelecida. Quer dizer, trata-se de regras de proteção de compensação que importem alterações da jornada definida contratualmente.

Tal aspecto é verificado, precisamente, pelos limites escolhidos pelo legislador: fala-se, explicitamente, na soma das jornadas semanais previstas em um ano – quanto ao limite horizontal da compensação – e limite máximo de dez horas diárias – quanto ao limite vertical da compensação.

Têm-se, portanto, que o limite vertical de dez horas diárias está ligado a compensações supervenientes, que ocorrem em contrato de trabalho cuja duração ordinária sofre *alterações* em virtude da compensação. É a hipótese, pois, de uma jornada de trabalho que é ajustada segundo os parâmetros legais estabelecidos. Os limites, vertical e horizontal, nessa perspectiva, cristalizam a intenção do legislador em evitar abuso de direito por parte do empregador.

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

É importante assinalar, a essa altura, que, embora a evolução da legislação em relação à matéria tenha importado em modificações em relação ao limite horizontal, o limite de dez horas é referido desde a edição originária da CLT, quando o § 2º referido possuía a seguinte redação:

“§ 2º Poderá ser dispensado o acréscimo de salário se, por força de acordo ou contrato coletivo, o excesso de horas em um dia for compensado pela correspondente diminuição em outro dia, de maneira que não exceda o horário normal da semana nem seja ultrapassado o limite máximo de dez horas diárias.”

Indaga-se, então, se o modelo de proteção estabelecido no dispositivo é aplicável ao regime de trabalho de 12x36 horas. Tal exame exige, inicialmente, a assinalação dos elementos identificadores dessa modalidade de prestação de serviços.

São três as particularidades que devem ser destacadas no referido regime.

Em primeiro lugar, em tais condições, o trabalhador reveza, *semanalmente, cargas de trabalho de 36 e 48 horas*, de forma permanente e contínua. Isso porque, necessariamente, o ciclo de 12 horas de trabalho por 36 de descanso importa na prestação de serviços por 3 vezes em uma semana e por 4 vezes na semana seguinte.

Em segundo lugar, é preciso destacar que, pelo regime em discussão, o Reclamante sempre trabalha no curso de *um mesmo turno*. É dizer, ao contrário do regime estabelecido nos turnos ininterruptos de revezamento, o ciclo circadiano do trabalhador não é afetado em função do contrato de trabalho. Assim, o empregado estará à disposição do empregador *sempre em um mesmo horário*.

Por fim, *entre duas jornadas de trabalho, sempre haverá todo um dia livre de descanso*. Assim, na semana em que o empregado trabalha 48 horas (4 entradas de 12 horas), trabalhará quatro dias e não trabalhará por três dias. Por outro lado, quando a carga for de 36 horas (3 entradas de 12 horas), trabalhará por três dias, com descanso nos outros quatro.

Em resumo, tem-se a seguinte síntese sobre o regime de 12x36 horas: i) revezamento de cargas semanais de 36 horas com 48 horas; ii) jornadas exercidas sempre em um mesmo turno; iii) intervalo interjornada que compreende, necessariamente, todo um dia de descanso.

De todo o exposto, conclui-se que, ao contrário da compensação referida no § 2º do art. 59 da CLT, o regime da duração de trabalho em turnos de 12x36

horas consolida uma jornada pré-definida, fixa e imutável. Nele, ao contrário da compensação de jornada, não há surpresas eventualmente impostas pelo empregador. Nessa perspectiva, não há espaço para discussão acerca de eventual abuso de direito do empregador. Embora siga – naturalmente – possível a realização de um controle acerca da licitude do regime, em si, não há o receio da ocorrência de eventuais abusos de direitos que possam ser impostos pelo empregador no exercício de seu poder diretivo.

Não se cogita, pois, de aplicabilidade das restrições estabelecidas no art. 59, § 2º, da CLT, ao regime de duração do trabalho em jornada de 12x36. Precisamente por isso, é importante sublinhar, nunca pareceu à jurisprudência francamente preponderante e histórica de toda a Justiça do Trabalho ser ilícito o regime de duração de jornada por escalas de 12x36 horas, não obstante, como já assinalado, a previsão do limite vertical de dez horas desde a promulgação da CLT, em 1943.

É importante mencionar, ainda que de passagem, que para parte expressiva da doutrina, o regime de duração de trabalho por escala de 12x36 horas importa em uma condição mais benéfica para o trabalhador, conforme a natureza das atividades desempenhadas. Cite-se, por todos, a posição de Arnaldo Süssekind, no aclamado *Instituições de Direito do Trabalho*.

Não havendo falar, pois, em aplicabilidade da restrição do art. 59, § 2º, da CLT ao regime de duração do trabalho por escalas de 12x36 horas, não se cogita de nulidade do ajuste quando entabulado por meio de regular negociação coletiva. Isso porque, pretendendo as partes estabelecer balizas distintas daquelas estabelecidas no art. 7º, inciso XIII, da Constituição da República, em razão das peculiaridades das atividades exercidas por dada categoria, é imprescindível a intermediação do sindicato profissional, conforme exigência da própria Carta Magna (arts. 7º, inciso XXVI, e 8º, inciso IV).

É pertinente, inclusive, ressaltar que se o regime de duração do trabalho em escalas de 12x36 horas se tratasse, efetivamente, de compensação, com os desdobramentos próprios da previsão do art. 59, § 2º da CLT, não seria cogente o ajuste coletivo, já que, nessa hipótese, seria inteiramente aplicável o entendimento da Súmula nº 85, item I, do Eg. TST.

Por fim, como um último argumento, é possível citar o entendimento da Orientação Jurisprudencial nº 323 desta C. SBDI-1, que afirmou a compatibilidade da denominada “semana espanhola”, com o art. 59, § 2º, da CLT. É que a edição do verbete se deu em autos que referiam a situações fáticas regidas pela redação originária do dispositivo, que erigia como limite horizontal para a compensação o “horário normal da semana”. Embora os

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

precedentes não refiram, especificamente, à inaplicabilidade da restrição por não se tratar a “semana espanhola” de típico acordo de compensação de jornada, como ora se faz, deles se depreende de forma nítida o entendimento de que as peculiaridades do regime da semana espanhola não autorizavam a projeção das restrições do art. 59, § 2º, da CLT.

Por todo o exposto, nego provimento aos Embargos.

Isto posto,

Acordam os Ministros da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, conhecer dos Embargos por divergência jurisprudencial e, no mérito, negar-lhes provimento, vencidos os Exmos. Ministros Vantuil Abdala, relator, João Oreste Dalazen, Carlos Alberto Reis de Paula, Lelio Bentes Corrêa, Horácio Senna Pires, Rosa Maria Weber e o Exmo. Juiz Convocado Douglas Alencar Rodrigues.

Brasília, 28 de maio de 2009. *Maria Cristina Irigoyen Peduzzi*, redatora designada.

TRANSAÇÃO EXTRAJUDICIAL DE HORAS EXTRAS

PRELIMINAR DE NULIDADE DO ACÓRDÃO DO TRT POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. É dever do recorrente, ao arguir uma preliminar de nulidade, esclarecer não apenas em que aspectos a prestação jurisdicional não foi completa, como também a importância das questões não apreciadas para a solução da lide. Não foi esse, entretanto, o procedimento adotado pelo recorrente, o que inviabiliza a análise da preliminar. Recurso de revista não conhecido.

ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. A descrição realizada pelo TRT, quanto à periodicidade de contato do reclamante com o agente perigoso, não revela a ocorrência de eventualidade, ou seja: não dependia de acontecimento incerto, casual, fortuito ou acidental. O contato ocorria, no mínimo, em todos os períodos de safra, durante trinta minutos por dia, mostrando-se, assim, intermitente. Devido, pois, o adicional, conforme Súmula nº 364 do TST. Recurso de revista não conhecido.

HORAS EXTRAS ATÉ MAIO/98. TRANSAÇÃO EXTRAJUDICIAL. Não obstante a Constituição Federal garanta aos trabalhadores o reconhecimento

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

das convenções e acordos coletivos de trabalho, esta Corte Superior tem consagrado o entendimento de que não se coaduna com nosso ordenamento jurídico a mera supressão de direitos e garantias legalmente assegurados. No caso dos autos, o TRT revela que a norma coletiva previu o pagamento de apenas metade das horas extras já prestadas pelo trabalhador, com o adicional de 20%. Por outro lado, não há como reconhecer autêntica transação com a participação do sindicato, mas simples renúncia de direitos pois, conforme o TRT, não pairava qualquer dúvida quanto ao direito objeto do ajuste, e não ocorreram concessões recíprocas. Recurso de revista não conhecido.

TURNO ININTERRUPTO DE REVEZAMENTO. HORAS EXTRAS (PERÍODO POSTERIOR A 30.04.98). A recorrente não impugna um dos principais fundamentos utilizados pelo TRT para considerar inválido o acordo coletivo que tratava da jornada de trabalho em turnos ininterruptos de revezamento: o fato de que a Assembléia Geral Extraordinária, convocada para esse fim, não tratou da matéria. Inviável, pois, o reconhecimento da alegada afronta aos dispositivos de lei e da Constituição Federal mencionados no recurso de revista, sendo inespecíficos os arestos cotejados. Recurso de revista não conhecido.

EMPREGADO HORISTA. HORA EXTRA. PAGAMENTO APENAS DO ADICIONAL. Esta Corte Superior tem jurisprudência pacífica contrária à pretensão da recorrente, consagrada por meio da OJ 275 da SBDI-1 do TST, que dispõe: “TURNO ININTERRUPTO DE REVEZAMENTO. HORISTA. HORAS EXTRAS E ADICIONAL. DEVIDOS (INSERIDA EM 27.09.02) Inexistindo instrumento coletivo fixando jornada diversa, o empregado horista submetido a turno ininterrupto de revezamento faz jus ao pagamento das horas extraordinárias laboradas além da 6ª, bem como ao respectivo adicional”. Recurso de revista não conhecido.

MINUTOS QUE ANTECEDEM E SUCEDEM A JORNADA DE TRABALHO. A decisão do TRT encontra-se em consonância com a Súmula nº 366 do TST. Recurso de revista não conhecido.

INTERVALO INTRAJORNADA. Decisão do TRT em consonância com a OJ 342 da SBDI-1 do TST, in verbis: “INTERVALO INTRAJORNADA PARA REPOUSO E ALIMENTAÇÃO. NÃO CONCESSÃO OU REDUÇÃO. PREVISÃO EM NORMA COLETIVA. VALIDADE (DJ 22.06.04) 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

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

pública (art. 71 da CLT e art. 7º, XXII, da CF/1988), infenso à negociação coletiva”. Recurso de revista não conhecido.

JORNADA DE TRABALHO DE SEIS HORAS. INTERVALO DE 15 MINUTOS. O TRT não apreciou a matéria, limitando-se a afirmar, quando do acórdão proferido em embargos de declaração, que a alegação era inovatória. Não havendo o necessário prequestionamento, nos moldes da Súmula nº 297 do TST, inviável o exame da alegada afronta ao art. 71, § 1º, da CLT, bem como dos arrestos cotejados. Recurso de revista não conhecido.

REDUÇÃO DO INTERVALO INTRAJORNADA. PAGAMENTO APENAS DO ADICIONAL. REFLEXOS. As questões suscitadas no recurso de revista encontram-se pacificadas nesta Corte por meio da OJ 355 da SBDI-1 do TST, segundo a qual deve ser pago como horas extras o período integral das horas subtraídas do intervalo intrajornada, acrescidas do respectivo adicional. Recurso de revista não conhecido.

MULTA CONVENCIONAL. O TRT não apreciou a questão objeto do recurso de revista: se o fato de as horas extras terem regulamentação em lei impede o pagamento da multa convencional. Aquela Corte limitou-se a afastar a alegação de que, havendo condenação judicial ao pagamento de horas extras, seria indevido o pagamento da multa. Sem o necessário prequestionamento da questão jurídica suscitada no recurso de revista, nos moldes da Súmula nº 297 do TST, não há como proceder à análise dos arrestos cotejados

Recurso de revista não conhecido.

(Processo nº TST-RR-4.864/2000-663-09-00 – Ac. 5ª Turma)

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista nº TST-RR-4.864/2000-663-09-00.1, em que é recorrente Comércio e Indústrias Brasileiras Coimbra S.A. e recorrido Antônio Bonjorno de Moura.

O Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, por meio do acórdão a fls. 502/523, negou provimento ao recurso ordinário interposto pela reclamada quanto aos temas “adicional de periculosidade e reflexos”, “horas extras e reflexos”, “intervalo intrajornada”, “minutos residuais” e “multas convencionais”.

Opostos embargos de declaração, pela reclamada, foram parcialmente providos para sanar omissão, sem concessão de efeito modificativo ao julgado (fls. 537/542).

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

A reclamada interpôs recurso de revista a fls. 545/584. Suscitou a nulidade do acórdão do TRT por negativa de prestação jurisdicional, e postulou a reforma do acórdão quanto aos temas nos quais seu recurso ordinário não obteve provimento. Trouxe arestos à divergência e indicou afronta a dispositivos de lei e da Constituição Federal.

Despacho de admissibilidade a fl. 587.

O reclamante não apresentou contrarrazões, conforme certidão de fl. 588.

A fl. 591, o reclamante apresentou petição, sustentando a irregularidade de representação processual da reclamada.

Os autos não foram remetidos ao Ministério Público do Trabalho (art. 83, II, do Regimento Interno do TST).

É o relatório.

VOTO

PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO ARGUIDA POR MEIO DA PETIÇÃO A FL. 591

O reclamante, por meio da petição a fl. 591, sustenta a ocorrência de possível irregularidade de representação processual da recorrente, em decorrência de vedação de substabelecimento na procuração outorgada ao advogado que substabeleceu poderes ao subscritor do recurso de revista, Dr. Tobias de Macedo.

Primeiramente, cumpre registrar que é extemporânea a alegação constante da petição de fl. 591, protocolada em 31.03.04, pois o prazo para a apresentação de contrarrazões ao recurso de revista expirou em 07.04.03, sem manifestação do reclamante, conforme certidão de a fl. 588.

Não obstante, considerando-se que é dever do julgador apreciar de ofício o preenchimento dos pressupostos extrínsecos de admissibilidade dos recursos que lhe são submetidos a julgamento, esclareço que a representação processual encontra-se regular. A procuração a fl. 88, outorgada ao Dr. Messias Gomes Pereira, que substabeleceu poderes ao Dr. Tobias de Macedo, não veda o substabelecimento, ao contrário do que alega o reclamante.

Rejeito.

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

1 – CONHECIMENTO

1.1 – PRELIMINAR DE NULIDADE POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

A reclamada, em seu recurso de revista, postula a declaração de nulidade do acórdão do TRT por negativa de prestação jurisdicional, pois aquela Corte, mesmo com a oposição de embargos de declaração, não se manifestou quanto às questões suscitadas, em especial sobre os intervalos e horas extras no período posterior a 30.04.98. Diz que não houve manifestação quanto a todas as matérias mencionadas pela então embargante, caracterizando negativa de prestação jurisdicional. Aponta ofensa aos arts. 5º, *caput*, XXXV, LIV e LV, e 93, IX, da Constituição Federal, 832 da CLT, 535 do CPC. Alega contrariedade à Súmula nº 297 do TST, além de transcrever arestos para o cotejo de teses.

Verifica-se, entretanto, que o recorrente não esclarece quais questões teriam sido suscitadas por meio de embargos de declaração, e não teriam sido apreciadas pelo Tribunal de origem, o que inviabiliza a análise da preliminar. Limita-se a afirmar que eram questões referentes intervalos e horas extras no período posterior a 30.04.98.

Com efeito, não cabe a esta Corte Superior fazer o cotejo entre as razões dos recursos interpostos perante o TRT e os acórdãos ali proferidos, com o fim de verificar quais matérias ou questões jurídicas não teriam sido devidamente apreciadas. É dever do recorrente, ao arguir uma preliminar de nulidade, esclarecer não apenas em quais aspectos a prestação jurisdicional não foi completa, como também a importância das questões não apreciadas para a solução da lide.

Ademais, na hipótese dos autos, o TRT expôs minuciosa fundamentação para negar provimento ao recurso do reclamado quanto às horas extras (fls. 508/516) e quanto ao intervalo intrajornada (fls. 517/519).

Inviável, portanto, reconhecer a alegada afronta aos arts. 93, IX, da Constituição Federal, 832 da CLT e 535 do CPC.

Registro que, nos termos da OJ 115 da SBDI-1, não é possível o conhecimento de uma preliminar de nulidade por negativa de prestação jurisdicional por ofensa aos arts. 5º, *caput*, XXXV, LIV e LV, e 535 do CPC, por divergência jurisprudencial ou por contrariedade à Súmula nº 297 do TST.

Não conheço.

1.2 – ADICIONAL DE PERICULOSIDADE

O Tribunal Regional, após descrever com minúcia o laudo pericial a fls. 504/506, afirmou (fls. 506/508):

“(…)

Finalizou consignando que foram constatadas atividades e operações de risco entre aquelas executadas pelo reclamante, bem como trabalho em local de risco, conforme preconizam a Portaria Federal nº 3.214/78 (NR-16 e anexos) e Decreto nº 93.412 e anexo (itens 9.22 e 9.23).

Importante que ao final do laudo ressaltou que a exposição ao agente perigoso era eventual (fl. 404) e que nos termos da legislação vigente as atividades não eram perigosas (fl. 408).

A reclamada concordou e ratificou todos os termos do laudo apresentado (fl. 436).

Isto posto, passo a análise.

O laudo evidencia que efetivamente algumas atividades do autor, bem como alguns locais de trabalho, eram considerados perigosos, pois que constantes do anexo 2 da NR-16.

Assim, o cerne da questão é saber se o tempo despendido em tais misteres autoriza ou não o recebimento do adicional.

Indene de dúvidas no caso presente, eis que apontado pelo perito e referendado pela ré, o fato de que em alguns meses da safra havia a exposição do autor, e embora não ao longo de toda a jornada diária, em períodos variáveis de forma habitual, entendendo-se aqui a habitualidade como em todas as safras.

O trabalho exercido em condições perigosas, embora de forma intermitente, dá direito ao empregado a receber adicional de periculosidade de forma integral.

Intermitência não significa a mesma coisa que eventual. A atividade eventual decorre de acontecimento incerto, casual e fortuito, não se confundindo com intermitência, que é contínua e habitual, embora não seja diária ou se prolongue durante toda a jornada. O contato eventual com agente perigoso não dá direito ao adicional de periculosidade, o intermitente sim.

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

Sabia-se que a atividade do autor exigia sua entrada nos locais perigosos, para trabalhar por algum tempo, repetindo-se tal necessidade/possibilidade em todas as safras. Previsível tal atuação, que efetivamente acabava por acontecer, ainda que por curtos períodos da jornada diária.

Nesse sentido a Orientação Jurisprudencial nº 05/SDI-1/TST (...)

Sequer o pedido recursal sucessivo de limitação aos períodos de safra procede, porque o perito refere-se a tais atividades e locais de trabalho em todo o período contratual e não apenas nas safras, conforme se verifica do laudo: fl. 384, item 5.4, ‘a’, ‘b’, ‘c’, ‘d’ – estes dois últimos independentes da época da safra.”

Sustenta a recorrente que não é devido o pagamento do adicional de periculosidade, pois o reclamante entrava na área de risco de forma eventual. Alega contrariedade à OJ 5 da SBDI-1 e à Súmula nº 361 do TST. Aponta vulneração à Lei nº 7.369/85 e ao Decreto nº 93.412/86 e traz arestos. Pretende que, se não afastada integralmente a condenação, ao menos seja limitada ao período de safra, pois conforme o TRT somente nesse período o reclamante estava sujeito ao agente perigoso.

O primeiro aresto cotejado, a fl. 551, é oriundo de Turma do TST, fonte não autorizada pelo art. 896 da CLT. Além disso, não foi indicada com precisão a fonte de publicação dos paradigmas de fl. 552 (limitou-se a recorrente a utilizar nos três arestos a letra “J.”, seguida de datas, procedimento que não atende o disposto na Súmula nº 337 do TST).

A recorrente não indicou, como lhe competia, qual dispositivo da Lei nº 7.369/85 teria sido vulnerado pela decisão recorrida. Além disso, não existe previsão no art. 896 da CLT para o cabimento de recurso de revista por vulneração a decreto.

Por fim, a descrição realizada pelo TRT quanto à periodicidade de contato do reclamante com o agente perigoso não revela a ocorrência de eventualidade (no mínimo, em todos os períodos de safra, durante trinta minutos por dia). Ou seja: não dependia de acontecimento incerto, casual, fortuito ou acidental.

O contato de fato era intermitente (apresentava interrupções ou suspensões, não se mostrando contínuo). Assim sendo, não há como reconhecer contrariedade à Súmula nº 361 do TST (que autoriza o deferimento do adicional de periculosidade ainda que o contato seja intermitente), ou à OJ 5 da SBDI-1 do TST, convertida na Súmula nº 364 do TST, que dispõe:

“ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. EXPOSIÇÃO EVENTUAL, PERMANENTE E INTERMITENTE. I. Faz jus ao adicional de

periculosidade o empregado exposto permanentemente ou que, de forma intermitente, sujeita-se a condições de risco. Indevido, apenas, quando o contato dá-se de forma eventual, assim considerado o fortuito, ou o que, sendo habitual, dá-se por tempo extremamente reduzido (...)"

Ressalto que o não-conhecimento do recurso de revista impede, naturalmente, a possibilidade de limitar o pagamento do adicional apenas ao período de safra.

Não conheço.

1.3 – HORAS EXTRAS ATÉ MAIO/98. TRANSAÇÃO EXTRAJUDICIAL

O TRT manteve a sentença que condenou a empresa ao pagamento das horas extras até maio/98. Após fazer minuciosa descrição das alegações e provas dos autos, consignou que de fato houve acordo entre a empresa e o sindicato para a quitação das horas extras trabalhadas no período, nesses termos (fl. 511):

“Na cláusula 3 (fl. 126), ficou estabelecido que até 29.05.98 a empresa pagaria as 7ª e 8ª horas como extras, relativamente ao período de 30.04.93 a 30.04.98, das segundas às sextas-feiras, com adicional de 20%, reflexos no repouso semanal remunerado, férias e natalinas, bem como 8% de FGTS; que a base de cálculo seria o salário do mês de abril/98; que efetuado o pagamento o empregado daria a mais ‘plena, total e irrevogável quitação’.”

O TRT, entretanto, considerou não ser possível reconhecer validade ao ajuste, pelos seguintes fundamentos (fls. 514/515):

“Os direitos trabalhistas são irrenunciáveis (CLT, arts. 444 e 468). A flexibilização por meio de norma coletiva só é possível nas estritas hipóteses previstas nos incisos VI, XIII e XIV, do art. 7º da Constituição Federal. Assim, a norma coletiva não pode tratar de forma menos benéfica do que a prevista em lei, sob pena de nulidade absoluta (CLT, art. 9).

O ajuste havido não pode ser caracterizado como transação. Esta pressupõe a existência de direitos duvidosos e se caracteriza por concessões recíprocas tendentes a prevenir ou terminar um litígio (art. 1.025 do Código Civil Brasileiro). Tais concessões têm que ser explicitadas.

No caso, havia, isto sim, certeza de débito em relação às horas extras trabalhadas. Consequentemente, as concessões feitas o foram por renúncia de direitos.

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

Além disso, o que se vislumbra é que a manifestação de vontade dos empregados na Assembléia Geral conforme documento de fl. restringia-se ao acordo de ‘pagamento de parte das horas extras’, devidas desde 1993. Nada mencionava acerca de concordância para ampliar o turno ininterrupto até então de seis horas/dia para 8h/dia.

Onde estaria a vantagem auferida pelos empregados e que autorizasse a concordarem em receber apenas 50% das horas trabalhadas e com adicionais (20%) abaixo do que previam os instrumentos coletivos e a própria Constituição?

E onde a vantagem para que passassem de seis para oito horas/dia, mantidas todas as demais condições de trabalho?

Neste diapasão, além do fato inegável de que não há como se retirar os direitos mínimos garantidos dos trabalhadores pela Constituição (pagar adicionais inferiores aos legais, pagar quantidades sabidamente inferiores de horas extras), mesmo por via oblíqua da negociação coletiva.”

A recorrente sustenta que não é devido o pagamento dos valores relativos a horas extras do período anterior a 25.05.98, pois houve acordo coletivo tratando desses valores, que constituiu transação, em relação à qual não foi demonstrado vício de vontade. Assim, argumenta que é válida a quitação dada pelo reclamante referente às 7ª e 8ª horas trabalhadas no período. Aponta vulneração aos arts. 939, 940 e 1030 do CCB, 513, b e 514, c, da CLT, 7º, XXVI e 8º, III, da Constituição Federal e traz arestos.

Os últimos paradigmas a fls. 559, 560 e 562 são oriundos de Turmas do TST, fontes não autorizadas pelo art. 896 da CLT.

Os demais paradigmas colacionados quanto à matéria são todos inespecíficos, nos termos da Súmula nº 296 do TST, pois não tratam de casos em que apreciados os mesmos fatos analisados pelo TRT: acordo coletivo que previa o pagamento de metade das horas extras devidas pela empresa, com adicional bem inferior ao previsto na Constituição Federal, dando-se quitação total desses direitos.

Por outro lado, não há como reconhecer afronta aos dispositivos de lei e da Constituição Federal apontados nas razões de revista. Não obstante a Constituição Federal garanta aos trabalhadores o reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho, esta Corte Superior tem consagrado o entendimento de que não se coaduna com nosso ordenamento jurídico a mera supressão de direitos e garantias legalmente assegurados.

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

Mauricio Godinho Delgado, em seu Curso de Direito do Trabalho, ao tratar das possibilidades e limites da negociação coletiva, esclarece as restrições que a negociação coletiva trabalhista encontra na ordem justralhista, inclusive no âmbito constitucional, remetendo ao que o autor chama de “princípio da adequação setorial negociada”. Esse princípio diz respeito aos critérios de harmonização entre as regras jurídicas oriundas da negociação coletiva e as regras jurídicas provenientes da legislação heterônoma estatal. Esclarece o autor:

“Pelo *princípio da adequação setorial negociada* as normas autônomas juscoletivas construídas para incidirem sobre certa comunidade econômico-profissional podem prevalecer sobre o padrão geral heterônomo justralhista desde que respeitadas certos critérios objetivamente fixados. São dois esses critérios autorizativos: a) quando as normas autônomas juscoletivas implementam um padrão setorial de direitos superior ao padrão geral oriundo da legislação heterônoma aplicável; b) quando as normas autônomas juscoletivas transacionam setorialmente parcelas justralhistas de indisponibilidade apenas relativa (e não de indisponibilidade absoluta).”

Seguindo esse raciocínio, quando as normas autônomas transacionam parcelas justralhistas de indisponibilidade apenas relativa, possuem validade e eficácia jurídica em decorrência da natureza própria da parcela negociada (por exemplo, o tipo da jornada pactuada), ou pela existência de expresse permissivo jurídico heterônomo a seu respeito (por exemplo, o montante salarial, nos termos do art. 7º, VI, da Constituição Federal).

Embora amplas as possibilidades de validade e eficácia das normas autônomas coletivas em face das normas heterônomas imperativas, não são plenas e irrefreáveis, existindo limites objetivos à criatividade jurídica da negociação coletiva trabalhista. As normas coletivas não prevalecem, se concretizadas mediante ato de renúncia, bem como se concernentes a direitos revestidos de indisponibilidade absoluta.

No caso dos autos, o TRT revela que a norma coletiva previu o pagamento de apenas metade das horas extras já prestadas pelo trabalhador, com o adicional de 20%. Ademais, o Tribunal Regional afirma que sobre o direito em questão não pairava qualquer dúvida, e que não ocorreram concessões recíprocas, de modo que não há como reconhecer autêntica transação com a participação do sindicato, mas simples renúncia de direitos, o que não é admissível.

Não conheço.

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

1.4 – TURNO ININTERRUPTO DE REVEZAMENTO. HORAS EXTRAS (PERÍODO POSTERIOR A 30.04.98)

O TRT manteve a condenação ao pagamento de horas extras trabalhadas em turnos ininterruptos de revezamento, consignando o seguinte (fls. 515/516):

“Mesmo amparada em acordo coletivo de trabalho a jornada de turnos ininterruptos ampliada de seis para oito horas/dia não merece acolhida.

Não que se negue vigência aos instrumentos normativos, em especial quanto à matéria em questão, eis que o texto constitucional traz expressamente esta possibilidade de acordo (art. 7º, XIV).

Entretanto, além do fato de que o ACT da fl. 124 foi negociado sem autorização da Assembléia para tanto (fl. 129), o que se verifica foi a cumulação da ampliação da jornada em turno de revezamento (de seis para oito horas/dia) com a constante prorrogação em trabalho extraordinário para além da 8ª, sem observância ao pactuado (questão dos domingos trabalhados) e, finalmente, com compensações em banco de horas não autorizadas. Assim, mesmo que se entendesse legítimo o acordo entabulado entre as partes, o mesmo não teria validade, posto que descumprida a jornada pactuada.

O pedido sucessivo de que fosse aplicado o Enunciado nº 85/TST não prospera, haja vista que a previsão nele contida é no sentido de que em não havendo chancela sindical para compensação de jornada, uma vez respeitados os termos do pactuado entre as partes, seja determinada a paga apenas do adicional de horas extras. No presente o que existiu foi: chancela sindical não autorizada para ampliação da jornada em turnos de revezamento e, além disto, a não observância sequer ao pactuado no referido ACT. Não cabe, portanto, a limitação pretendida com fulcro no Enunciado nº 85/TST.”

Sustenta a recorrente que a Constituição Federal admite a adoção de turnos de revezamento com jornada superior a seis horas, mediante acordo ou convenção coletiva, de modo que afrontados os arts. 5º, XXXVI, 7º, XIV e XXVI e 8º, III e VI, da Constituição Federal. Diz que o fato de o acordo coletivo não ter sido cumprido de forma escorreita não anula o ajuste sobre o horário, pois não se trata de acordo de compensação de jornada. Traz arestos e aponta vulneração ao art. 611, § 1º, da CLT. Sustenta contrariedade à OJ 169 da SBDI-1 do TST. Argumenta, ainda, que, se o acordo entabulado for considerado como

de mera compensação de jornada, ainda assim sua não-observância não o invalida o ajuste. Traz arestos.

Inicialmente, cumpre observar que a recorrente não impugna um dos principais fundamentos utilizados pela Corte de origem para considerar inválido o acordo coletivo que tratava da jornada de trabalho em turnos ininterruptos de revezamento: o fato de que a Assembléia Geral Extraordinária, convocada para esse fim, não tratou da matéria. A fl. 511, esclareceu a questão nesses termos:

“Na fl. 129 foi acostada a ata da assembléia geral extraordinária que amparou a feitura do acordo coletivo acima mencionado, sendo que na assembléia a pauta para a qual foram convocados os trabalhadores foi a seguinte: ‘Discussão e autorização para negociação de regulamentação do turno de revezamento com horas excedentes às 6 (seis) horas diárias, com percentual de 55%’. O restante da Ata consigna de forma clara que a matéria em discussão eram apenas e tão-somente, as horas extras já prestadas e pendentes nos últimos 5 anos, de março/93 a março/98.”

Diante da falta de impugnação ao fundamento que norteou a decisão do TRT, não há como reconhecer afronta direta aos dispositivos de lei e da Constituição Federal mencionados pelo recorrente em suas razões recursais. Com efeito, a empresa limitou-se a argumentar quanto à validade do ajuste, embora não fosse cumprido em sua inteireza, nada mencionando sobre a necessidade de autorização da Assembléia Geral que o sindicato firmasse o acordo coletivo.

Os paradigmas colacionados são todos inespecíficos, conforme Súmula nº 296 do TST, pois não analisam o mesmo aspecto fático apreciado pelo TRT, relevante para a conclusão adotada por aquela Corte: de que o sindicato profissional firmou o acordo coletivo sem a prévia autorização da categoria, o que, somado ao fato de que o ajuste não foi devidamente cumprido, tornou-o inválido.

Não há como reconhecer contrariedade à OJ 169 da SBDI-1, pois esse Verbete pressupõe a ocorrência de negociação coletiva devidamente autorizada pela categoria profissional, sendo que o TRT afirma que não houve essa autorização.

Não conheço.

1.5 – EMPREGADO HORISTA. PAGAMENTO APENAS DO ADICIONAL

O Tribunal Regional negou provimento ao recurso ordinário interposto pela empresa, quanto ao pedido de sucessivo de que fossem pagos apenas as

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

adicionais de horas extras, pois o reclamante era horista. Entendeu o TRT que não seria o caso do pagamento apenas do adicional, pois “as horas laboradas não foram pagas em sua integralidade”, conforme “demonstrativo da fl. 432 e a ficha financeira da fl. 277” (fl. 516).

Diz a recorrente que são devidos apenas os adicionais das horas excedentes à 6ª diária, pois o reclamante era horista. Colaciona arestos.

Esta Corte Superior tem jurisprudência pacífica contrária à pretensão da recorrente, consagrada por meio da OJ 275 da SBDI-1 do TST, que dispõe:

“TURNO ININTERRUPTO DE REVEZAMENTO. HORISTA. HORAS EXTRAS E ADICIONAL. DEVIDOS (INSERIDA EM 27.09.02) Inexistindo instrumento coletivo fixando jornada diversa, o empregado horista submetido a turno ininterrupto de revezamento faz jus ao pagamento das horas extraordinárias laboradas além da 6ª, bem como ao respectivo adicional.”

Assim sendo, encontram-se superados o segundo e quarto arestos de fl. 570 e aqueles transcritos a fl. 571. Os demais paradigmas são oriundos de Turmas do TST, fontes não autorizadas pelo art. 896 da CLT.

Registro que a recorrente não impugna o principal fundamento utilizado pelo TRT para negar provimento ao recurso ordinário: de que as horas trabalhadas não foram devidamente pagas.

Não conheço.

1.6 – MINUTOS QUE ANTECEDEM E SUCEDEM A JORNADA DE TRABALHO

O TRT negou provimento ao recurso ordinário da reclamada, mantendo a determinação de apuração das horas extras conforme os cartões de ponto, inclusive considerando-se os minutos anteriores e posteriores à jornada. Esclareceu que os cartões de ponto foram devidamente validados, e acrescentou (fl. 520):

“Entretanto, se o que a recorrente busca é a aplicação dos termos da OJ 23/SBDI-1/TST, tem-se que a mesma fica jungida aos casos em que os poucos minutos que antecedem e sucedem a jornada não ultrapassa 5 min., tempo razoável para que empresas de porte possam diluir as filas dos empregados junto ao relógio-ponto ou similar.

No caso presente o que se verifica é que havia trabalho para tempo superior àquele previsto na OJ mencionada e, assim, o cômputo da

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

jornada far-se-á pela integralidade das horas e minutos lançados nos cartões-ponto.”

Sustenta a recorrente que as pequenas variações nos cartões de ponto até cinco minutos não são computadas na jornada de trabalho, ao menos naqueles dias em que o tempo não ultrapassa esse prazo. Traz arestos, sustenta contrariedade à OJ 23 da SBDI-1 do TST, e aponta vulneração ao art. 58, § 1º, da CLT.

O recurso não alcança conhecimento, pois o TRT afirma expressamente que os minutos que antecederam e sucederam a jornada de trabalho devem ser computados em sua integralidade, pois ultrapassaram o limite estabelecido na OJ 23 da SBDI-1, convertida na Súmula nº 366 do TST. Ou seja: afirma que os minutos excederam de cinco antes e/ou após a jornada.

Assim sendo, conclui-se que a decisão do TRT encontra-se em consonância com a jurisprudência pacífica desta Corte sobre o tema, estando superados os arestos cotejados. Não há, pois, como reconhecer à alegada afronta ao art. 58, § 1º, da CLT.

Não conheço.

1.7 – INTERVALO INTRAJORNADA

O TRT negou provimento ao recurso ordinário da empresa, mantendo a condenação ao pagamento de horas extras decorrentes da redução do intervalo intrajornada (fls. 518/519). Consignou que os acordos coletivos, que previam a redução do intervalo para 30 minutos, sequer foram observados, pois condicionavam a redução do intervalo a acordo direto com os empregados, o que não ocorreu na hipótese. Disse que não fora o julgador que deixara de observar os instrumentos normativos da categoria, mas a própria reclamada.

Diz a recorrente que era participante do PAT e tinha refeitório próprio, o que comprova a concessão do intervalo pactuado na convenção, mesmo quando não houve anotação nos cartões de ponto. Por outro lado, o reclamante não comprovou labor em supressão aos intervalos. Aponta vulneração aos arts. 818 da CLT e 333, I, do CPC e traz arestos.

Sustenta, também, que é lícita a redução do intervalo destinado ao descanso e alimentação por meio de acordo coletivo. Indica afronta ao art. 7º, XIII, da Constituição Federal e colaciona arestos.

O recurso não merece conhecimento.

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

As alegações referentes à filiação da empresa ao PAT e existência de refeitório próprio não foram apreciadas pelo TRT, nem mesmo foram suscitadas nos embargos de declaração opostos perante aquela Corte. Por conseguinte, não houve a análise dos arts. 818 da CLT e 333, I, do CPC, sob o prisma das argumentações da recorrente, no particular. Assim, não havendo o necessário questionamento da matéria, nos moldes da Súmula nº 297 do TST, torna-se inviável a análise dos arestos de fl. 575, que tratam do ônus da prova.

Por outro lado, esta Corte já pacificou a discussão quanto à invalidade de norma coletiva que prevê a redução do intervalo intrajornada, por meio da OJ 342 da SBDI-1 do TST, *in verbis*:

“INTERVALO INTRAJORNADA PARA REPOUSO E ALIMENTAÇÃO. NÃO CONCESSÃO OU REDUÇÃO. PREVISÃO EM NORMA COLETIVA. VALIDADE (DJ 22.06.04). 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), infenso à negociação coletiva.”

Superados, pois, os arestos de fls. 576/577, não havendo como reconhecer a alegada afronta ao art. 7º, XIII, da Constituição Federal.

Registro, ainda, que a recorrente não impugna um dos fundamentos utilizados pelo TRT para negar provimento ao recurso ordinário: de que a própria empresa não observara os acordos coletivos que trataram da redução do intervalo intrajornada.

Não conheço.

1.8 – JORNADA DE TRABALHO DE SEIS HORAS. INTERVALO DE 15 MINUTOS

Sustenta a recorrente que são indevidas as horas extras decorrentes da redução do intervalo intrajornada, pois o reclamante cumpria jornada de seis horas, de modo que tinha direito apenas a 15 minutos de intervalo. Traz arestos e indica vulneração ao art. 71, § 1º, da CLT.

Ocorre que o TRT não apreciou a matéria, limitando-se a afirmar, quando do acórdão proferido em embargos de declaração, que a alegação era inovatória.

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

Não havendo o necessário prequestionamento, nos moldes da Súmula nº 297 do TST, inviável o exame da alegada afronta ao art. 71, § 1º, da CLT, bem como dos arestos cotejados.

Registro, apenas, que o recorrente não impugna o fundamento utilizado pelo TRT para não apreciar a matéria.

Não conheço.

1.9 – REDUÇÃO DO INTERVALO INTRAJORNADA. PAGAMENTO APENAS DO ADICIONAL. REFLEXOS

O TRT afirmou que é devido o pagamento do intervalo não deferido mais o adicional de 50%, em face do que dispõe o art. 71, § 4º, da CLT.

Diz a recorrente que é devido apenas o adicional de horas extras, e não o pagamento da hora acrescida do adicional. Traz arestos e aponta vulneração ao art. 71, § 4º, da CLT. Por outro lado, argumenta que não são devidos reflexos nas demais verbas, tendo em vista a natureza indenizatória da parcela. Traz arestos também no particular.

As questões suscitadas no recurso de revista encontram-se pacificadas nesta Corte por meio da OJ 355 da SBDI-1 do TST, segundo a qual deve ser pago como horas extras o período integral das horas subtraídas do intervalo intrajornada, acrescidas do respectivo adicional. Eis os seus termos:

“INTERVALO INTERJORNADAS. INOBSERVÂNCIA. HORAS EXTRAS. PERÍODO PAGO COMO SOBREJORNADA. ART. 66 DA CLT. APLICAÇÃO ANALÓGICA DO § 4º DO ART. 71 DA CLT (DJ 14.03.08). O desrespeito ao intervalo mínimo interjornadas previsto no art. 66 da CLT acarreta, por analogia, os mesmos efeitos previstos no § 4º do art. 71 da CLT e na Súmula nº 110 do TST, devendo-se pagar a integralidade das horas que foram subtraídas do intervalo, acrescidas do respectivo adicional.”

Superados, pois, os arestos cotejados. Intacto o art. 71, § 4º, da CLT.

Não conheço.

1.10 – MULTA CONVENCIONAL

O TRT manteve a sentença que condenou a reclamada ao pagamento de 5 multas convencionais. Afirmou que o fato de haver condenação judicial ao

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

pagamento de horas extras e reflexos não elide o pagamento da multa, ao contrário do que sustentou a empresa.

Diz a recorrente que são indevidas as multas em decorrência da não-observância das cláusulas dos instrumentos normativos que tratam de horas extras, pois essa matéria possui disciplina na lei. Assim, era despicienda sua inclusão em norma coletiva. Traz arestos.

O TRT não apreciou a questão objeto do recurso de revista: se o fato de as horas extras terem regulamentação em lei impede o pagamento da multa convencional. Aquela Corte limitou-se a afastar a alegação de que, havendo condenação judicial ao pagamento de horas extras, seria indevido o pagamento da multa.

Ausente o necessário prequestionamento da questão jurídica suscitada no recurso de revista, nos moldes da Súmula nº 297 do TST, não há como proceder à análise dos arestos de a 583.

Não conheço.

Isto posto,

Acordam os Ministros da Quinta Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, rejeitar a preliminar arguida por meio da petição de fl. 591 e não conhecer do recurso de revista.

Brasília, 20 de maio de 2009. *Kátia Magalhães Arruda*, relatora.

Índice Temático

ÍNDICE TEMÁTICO

Dano moral. Revista íntima	161
Horas extras. Dedução da gratificação	166
Horas <i>in itinere</i> . Negociação coletiva	175
Jornada mista. Prorrogação. Adicional noturno	185
Professor. Redução da jornada. Alteração ilícita	196
Recurso de revista. Sobreaviso. Uso de telefone celular	207
Regime de trabalho. Alteração. Turnos ininterruptos	218
Trabalho por escalas. Validade	239
Transação extrajudicial de horas extras	248