

JUSTIÇA DO TRABALHO: 70 ANOS. RENOVAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO TST

João Batista Brito Pereira*

1 – INTRODUÇÃO

O presente trabalho vem inspirado no orgulho de celebrar os setenta anos da Justiça do Trabalho, testemunhando o seu sempre crescente prestígio no seio da sociedade. Daí nasceu o propósito de registrar o fato e oferecer despreziosos comentários sobre cada uma das mudanças operadas na jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho que se renovou na semana de 17 a 20 de maio último, na constatação de que o Tribunal Superior do Trabalho reafirma sua liderança como órgão de cúpula, responsável pela uniformização da jurisprudência trabalhista.

Com efeito, à Justiça do Trabalho cabe a aplicação da lei na solução dos conflitos de interesse oriundos da relação de trabalho (Constituição da República, art. 114). É daí que emerge a verdadeira sistematização do direito (no particular, do direito do trabalho) e, ao fim e ao cabo, o amadurecimento e o fortalecimento desse ramo da ciência jurídica, minimizando os efeitos do positivismo puro.

Essa é a jurisprudência. Instrumento de pacificação dos conflitos, elementar à segurança jurídica.

Pois bem, no ano em que a Justiça do Trabalho comemora seu septuagésimo aniversário, o Tribunal Superior do Trabalho realizou sua segunda semana de estudos da sua jurisprudência (a primeira se deu no período de 23 a 27 de maio de 2003 – Resolução Administrativa nº 934/03¹, que instituiu a “Semana do Tribunal”).

Agora, no período de 17 a 20 de maio último, o Tribunal Superior do Trabalho, mediante a Resolução Administrativa nº 1.448/2011², instituiu a segunda “Semana do TST”; os Ministros reuniram-se em dois grupos de trabalho: um formado por 16 ministros com o objetivo de realizar exame na sua jurisprudência consolidada, e outro, formado por 11 ministros para examinar

* *Ministro do Tribunal Superior do Trabalho; membro da Academia Nacional de Direito do Trabalho.*

1 Resolução Administrativa nº 934/03, publicada no DJU de 11.06.03.

2 Resolução Administrativa nº 1.448/2011, publicada no DEJT de 13.05.2011.

propostas de emenda ao Regimento Interno do Tribunal e da Corregedoria-Geral da Justiça do Trabalho, além de apreciar propostas de anteprojeto de lei visando à atualização e o aprimoramento do Processo do Trabalho.

As valorosas contribuições e os resultados daí alcançados pelos dois grupos de trabalho foram reapreciados em reunião conjunta dos 27 ministros, cujas conclusões foram submetidas à apreciação do Tribunal em Sessões Extraordinárias realizadas no dia 24 de maio, respectivamente:

1) ao *Tribunal Pleno* o julgamento de 8 (oito) *Incidentes de Uniformização de Jurisprudência*, propostas de edição de 4 novas súmulas (426, 427, 428 e 429); revisão das Súmulas ns. 74, 85, 219, 291, 326, 327, 331, 364, 369 e 387 e o cancelamento da Súmula nº 349 (*Resolução nº 174, de 24.05.2011*); Revisão das Orientações Jurisprudenciais ns. 18 e 191 da SBDI-1, bem como a Orientação Jurisprudencial nº 7 do Tribunal Pleno. Foram, ainda, canceladas as Orientações Jurisprudenciais ns. 49, 156, 215, 273 e 301 da SBDI-1 como também a Orientação Jurisprudencial Transitória nº 4 da SBDI-1. (*Resolução nº 175, de 24.05.2011*) e a edição do Precedente Normativo da Seção Especializada em Dissídios Coletivos nº 120 (*Resolução nº 176 de 24.05.2011*);

2) ao *Órgão Especial*, a apreciação da proposta de sistematização do Regimento Interno da Corregedoria-Geral da Justiça do Trabalho, da proposta de emenda ao Regulamento da Ordem do Mérito Judiciário do Trabalho, alteração da tabela de funções comissionadas do Tribunal e proposta de encaminhamento ao Congresso nacional de duas propostas de anteprojetos de lei: a) *sobre o processamento de recursos* no âmbito da Justiça do Trabalho, b) *execução trabalhista*.

Aqui se abordará apenas as mudanças havidas na jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, com ligeiros comentários sobre os textos aprovados, cujas opiniões são de exclusiva responsabilidade do autor, ao tempo em que reconhece o elevado valor desses estudos que foram realizados com o firme propósito de oferecer aos jurisdicionados e à sociedade instrumentos atualizados, ora à nova realidade jurisprudencial, ora à tendência atual da Corte.

2 – RESOLUÇÃO Nº 174

2.1 – *Novas súmulas*

2.1.1 – *SÚMULA Nº 426. DEPÓSITO RECURSAL. UTILIZAÇÃO DA GUIA GFIP. OBRIGATORIEDADE*

Nos dissídios individuais o depósito recursal será efetivado mediante a utilização da Guia de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência

Social – GFIP, nos termos dos §§ 4º e 5º do art. 899 da CLT, admitido o depósito judicial, realizado na sede do juízo e à disposição deste, na hipótese de relação de trabalho não submetida ao regime do FGTS.

O Tribunal tem constatado grande incidência de depósito recursal fora da conta vinculada do FGTS; as partes vêm realizando esse depósito utilizando-se da guia denominada “depósito judicial”, que se destina a outros fins. A nova Súmula não veda a utilização dessa guia, mas limita-a à “hipótese de relação de trabalho não submetida ao regime do FGTS”, como, por exemplo, doméstico (a adesão ao FGTS é optativa – Lei nº 5.859/72, art. 3º-A) e avulso, e, principalmente, nos casos em que há discussão sobre o vínculo de emprego, pois não há conta vinculada aberta.

2.1.2 – SÚMULA Nº 427. INTIMAÇÃO. PLURALIDADE DE ADVOGADOS. PUBLICAÇÃO EM NOME DE ADVOGADO DIVERSO DAQUELE EXPRESSAMENTE INDICADO. NULIDADE

Havendo pedido expresso de que as intimações e publicações sejam realizadas exclusivamente em nome de determinado advogado, a comunicação em nome de outro profissional constituído nos autos é nula, salvo se constatada a inexistência de prejuízo.

O art. 236, § 1º, do CPC dispõe que “é indispensável, sob pena de nulidade, que da publicação constem os nomes das partes e de seus advogados, *suficientes para sua identificação*”.

O art. 179 do Regimento Interno do TST prescreve: “É suficiente a indicação do nome de *um dos advogados*, quando a parte houver constituído mais de um, ou o constituído substabelecer a outro com reserva de poderes”.

Não consta que esse dispositivo tenha sido alterado, conquanto houvesse sido constituído grupo de estudo específico para examinar propostas de emenda ao Regimento Interno do Tribunal. Parece-me que se perdeu a oportunidade de, diante da edição da Súmula, alterar-se o Regimento Interno para adequação ao novo Verbete.

A despeito disso, a novel Súmula nº 427 não guarda qualquer incompatibilidade com a aludida norma regimental na medida em que esta será observada apenas na ausência da *indicação do nome do advogado* que deverá figurar nas publicações ou na hipótese da indicação de mais de um deles. Neste último caso, o magistrado poderá indicar o nome de apenas um dos patronos mencionados.

2.1.3 – SÚMULA N° 428. SOBREAVISO. (Conversão da Orientação Jurisprudencial n° 49 da SBDI-1)

O uso de aparelho de intercomunicação, a exemplo de BIP, “pager” ou aparelho celular, pelo empregado, por si só, não caracteriza o regime de sobreaviso, uma vez que o empregado não permanece em sua residência aguardando, a qualquer momento, convocação para o serviço.

A Súmula atende à reiteração da jurisprudência sobre a questão do sobreaviso em face do uso do aparelho celular, mas é de se notar que o que há de mais significativo na novidade é o uso de aparelho de intercomunicação, sendo a menção à BIP, “pager” e aparelho celular apenas exemplificativa.

Ressalte-se que o centro do debate está na efetiva demonstração de que o empregado trabalhou em razão do sobreaviso, e não apenas em face da possibilidade de ser chamado; é imperativo que haja limitação à liberdade de locomoção. Nesse sentido, a jurisprudência indica o caminho:

“HORAS DE SOBREAVISO. Na forma consubstanciada na nova redação da Orientação Jurisprudencial n° 49 da SBDI-1 do TST, o uso do aparelho de intercomunicação pelo empregado, por si só, não caracteriza o regime de sobreaviso, uma vez que o empregado não permanece em sua residência aguardando, a qualquer momento, convocação para o serviço. Nesse contexto, o simples fato de o empregado poder ser contatado fora do expediente não resulta no direito às horas de sobreaviso postuladas. Recurso de revista conhecido e provido.” (RR-50800-33.2005.5.17.0010, Ac. 8ª Turma, DEJT 10.06.2011)

“SOBREAVISO. HORAS EXTRAS. LIMITAÇÃO DE LOCOMOÇÃO. PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA n° 297/TST. Se o empregado não sofre limitação na sua liberdade de locomoção ou no tempo dedicado ao descanso em sua residência, mostra-se inviável reconhecer o sistema de sobreaviso, pelo simples fato de o obreiro ser acionado para atender o empregador por intermédio de telefone celular (aplicação analógica da OJ n° 49/SBDI-I/TST, convertida em súmula pela sessão plenária do TST de 24.05.2011), consoante extensa jurisprudência desta Corte. No caso sob exame, no entanto, o Regional, a despeito de estipular o regime de sobreaviso tão somente na frequência em que o Reclamante era acionado, nada tratou sobre a restrição ou limitação de locomoção do Reclamante, tornando impossível o exame da matéria no recurso de revista, ante a ausência de prequestionamento, exigido pela

Súmula nº 297/TST. Recurso de revista não conhecido.” (RR-45100-95.2009.5.15.0041, Ac. 6ª Turma, DEJT 10.06.2011)

“RECURSO DE REVISTA. HORAS DE SOBREAVISO – USO DE TELEFONE CELULAR (por violação aos arts. 8º e 244, § 2º, da Consolidação das Leis do Trabalho e divergência jurisprudencial). O fornecimento de aparelho celular não implica, necessariamente, em situação de sobreaviso, exigindo a efetiva permanência do reclamante em sua residência para caracterizar o direito ao respectivo adicional. Aplicação analógica da Orientação Jurisprudencial nº 49 da SBDI-1. Recurso de revista não conhecido.” (RR-86000-98.2009.5.12.0043, Ac. 2ª Turma, DEJT 10.06.2011)

“REGIME DE SOBREAVISO. CONFIGURAÇÃO. Tendo o Colegiado turmário, à luz das premissas retratadas na decisão regional, concluído não ser devido o pagamento de horas de sobreaviso, uma vez que, apesar do uso de telefone celular pelo empregado, este não permanecia em sua residência, aguardando eventual chamado, não há falar em contrariedade à OJ nº 49/SDI-I/TST. Recurso de embargos não conhecido, no tema.” (E-ED-RR-143700-89.2001.5.17.0005, Ac. SDI-1, DEJT 25.02.2011)

Todavia, particularmente entendo que deveria ser considerado de sobreaviso o empregado que for designado ou inscrito em escalas ou plantões no aguardo de chamadas para o serviço.

É de se considerar que, conquanto o uso do telefone celular, diante do avanço tecnológico da telefonia móvel principalmente quanto à portabilidade e amplitude da área de cobertura, não restrinja liberdade de locomoção, é certo que o empregado que está submetido a regime de sobreaviso não pode usufruir amplamente da sua liberdade e do seu repouso.

Ora, todo empregado tem o direito de se desconectar do trabalho. Para isso o legislador constituinte alçou ao patamar de direito social o direito ao lazer (art. 6º), fixou jornada máxima de trabalho, previu o descanso semanal remunerado, estabeleceu período de férias com remuneração superior (art. 7º, incisos. XIII, XIV, XV, XVII). Tudo para garantir que, após a jornada de trabalho o empregado tivesse o razoável (e devido) período de descanso, sem interferências.

Note-se, aliás, que a figura do sobreaviso, como dito, foi tomada por empréstimo dos ferroviários, que por condições específicas ficam em casa aguardando o chamado para o serviço. Não é o caso dos demais empregados

(das empresas não ferroviárias), principalmente nos dias de hoje, com os avanços tecnológicos dos meios de comunicação móvel.

De fato, é inegável que o uso da tecnologia de um modo geral tem escravizado o empregado e, na questão do sobreaviso, paradoxalmente, tem sido utilizada como um meio de negar a ligação com o ambiente de trabalho nos períodos que deveriam ser de repouso, isso justamente em face dos já mencionados avanços quanto à portabilidade e amplitude da área de cobertura dos telefones celulares – principal instrumento utilizado na situação de sobreaviso.

Ocorre que o empregado que, por estar inscrito em escala de sobreaviso, é obrigado a portar celular para ser contatado para atendimentos emergenciais não pode naquele período, por exemplo, usufruir do almoço de família, não pode ingerir bebidas alcoólicas, não pode afastar-se fisicamente da empresa de um modo que o retorno, no caso de chamado, seja inviável ou demorado.

Assim, não se pode negar que o uso de telefone celular ou outro meio de comunicação portátil (BIP/pager/correio eletrônico, etc.) seja, de certa forma, meio de limitação da liberdade do empregado.

Deve-se considerar, nesse diapasão, que a utilização sistemática do regime de sobreaviso interfere na vida privada, no convívio social e na intimidade do empregado com a sempre constante expectativa de chamado para o serviço e com a privação do descanso merecido – físico e psicológico –, e, assim, acaba por subtrair-lhe a dignidade que o trabalho haveria de proporcionar.

O direito à desconexão deve ser visto no sentido de preservar a vida privada, o convívio social e a saúde do empregado, oportunizando o efetivo direito de se desligar do trabalho, com o que se choca o regime de sobreaviso.

Esses são, portanto, os motivos pelos quais considero que o verbete (Súmula nº 428) não é suficiente para o desejado equacionamento da questão; a meu juízo, é preciso alterar art. 59 da CLT, para inserir-se dispositivo específico quanto ao sobreaviso.

2.1.4 – SÚMULA Nº 429. TEMPO À DISPOSIÇÃO DO EMPREGADOR. ART. 4º DA CLT. PERÍODO DE DESLOCAMENTO ENTRE A PORTARIA E O LOCAL DE TRABALHO

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

Trata-se de uma variação da Súmula nº 90, mas ausente um dos requisitos que revelam estar o empregado recebendo ou aguardando ordens. Por isso sustentei a inclusão da seguinte expressão “...deslocamento do trabalhador entre a portaria da empresa e o local de trabalho, *em transporte fornecido pela empresa*, desde que supere o limite de 10 (dez) minutos diários” (fiquei vencido).

Por outro lado, parece-me que a ausência da expressão sugerida (“em transporte fornecido pela empresa”) resultará na abrangência, pelo verbete, das situações em que há o deslocamento no âmbito interno da empresa – portaria e local de efetivo trabalho – em meios outros. Nesse particular, é de se imaginar, como exemplo, o caso de empresas com grande pátio, em que o deslocamento entre a portaria e os locais de trabalho é feito a pé, e em que se aplicava analogicamente a Orientação Jurisprudencial Transitória nº 36 da SDI-1, relativa à Açominas, no sentido de considerar o tempo de deslocamento em questão como horas “*in itinere*”. Veja-se o seguinte precedente nesse sentido:

“RECURSO DE EMBARGOS INTERPOSTO PELA RECLAMADA. HORAS *IN ITINERE*. TRAJETO INTERNO. APLICABILIDADE DA ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL TRANSITÓRIA Nº 36 DA SDI-1 DESTA CORTE. ANALOGIA. Esta Corte tem entendimento reiterado de que a circunstância de a Orientação Jurisprudencial Transitória nº 36 da SDI-1 fazer expressa referência à Açominas não impede sua aplicação a outras empresas com as mesmas características. Recurso de Embargos de que se conhece e a que se nega provimento.” (E-ED-RR-206000-17.2003.5.02.0464, Ac. SDI-1, DEJT 08.04.2011)

2.2 – Súmulas revisadas

2.2.1 – SÚMULA Nº 74. CONFISSÃO. (Nova redação do item I e inserido o item III)

I – Aplica-se a confissão à parte que, expressamente intimada com aquela cominação, não comparecer à audiência em prosseguimento, na qual deveria depor. (ex-Súmula nº 74 – RA 69/1978, DJ 26.09.78).

II – A prova pré-constituída nos autos pode ser levada em conta para confronto com a confissão ficta (art. 400, I, CPC), não implicando cerceamento de defesa o indeferimento de provas posteriores. (ex-OJ nº 184 da SBDI-1 – inserida em 08.11.00).

III – A vedação à produção de prova posterior pela parte confessa somente a ela se aplica, não afetando o exercício, pelo magistrado, do poder/dever de conduzir o processo.

No item I, retirou-se a expressão “pena de confissão”. Na verdade, para ter-se o uso mais correto da terminologia jurídica o ideal seria inserir a expressão “os efeitos da confissão”.

Não houve mudanças no item II.

Foi inserido o item III, resultante de questão tratada em Incidente de Uniformização de Jurisprudência, em cujo feito o reclamante sofreu os efeitos da confissão e se quis impedir o Juiz de realizar as diligências necessárias na fase da instrução (Processo TST-IUJ-801385-77.2001.5.02.0017). Veja-se a ementa do referido julgado:

“INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. CONFISSÃO FICTA. IMPOSSIBILIDADE DE PRODUÇÃO DE PROVAS POSTERIORES PELA PARTE CONFESSA. O item II da Súmula nº 74/TST dispõe que ‘a prova pré-constituída nos autos pode ser levada em conta para confronto com a confissão ficta (art. 400, I, CPC), não implicando cerceamento de defesa o indeferimento de provas posteriores’. Assim, quanto à produção de provas posteriores, o parecer da Comissão de Jurisprudência, ao propor o item III ao referido Verbete, em verdade, melhor explicita o alcance da diretriz do item II. A conclusão, *ipsis litteris*, é a de que ‘apenas à parte confessa se impõe a impossibilidade de produzir provas quando aplicada a confissão ficta’. Tal vedação, porém, não atingiria, nos termos dos arts. 130 e 131 do CPC e 765 da CLT, o poder-dever do Juiz que, na busca da verdade real, pode determinar produção de provas. Incidente da Uniformização de Jurisprudência acolhido.” (IUJ-801385-77.2001.5.02.0017, Ac. Tribunal Pleno, DEJT 10.06.2011)

A alteração havida veio em boa hora, para aplinar as dúvidas na jurisprudência e na doutrina sobre possibilidade de realização de prova após a confissão ficta.

Explicitou-se, assim, que a parte atingida pelos efeitos da *ficta confessio* não é autorizada a produzir prova, mas o Juiz, que busca a verdade real e a quem é dirigida a prova, tem o poder/dever de produzi-la, admitindo-se, nesse caso, a prova pós-constituída.

No meu entender, se a confissão ficta decorre da ausência do reclamado na audiência na qual deveria prestar depoimento – para a qual fora intimado com

a advertência de confissão –, hipótese em que apresentara defesa antes, estar-se-á diante de uma confissão presumida, portanto relativa, e a parte não perde o direito de requerer a produção de provas; portanto, não se afasta dos atos da instrução. Entretanto, se a parte não apresentou defesa ou se é o reclamante que deixa de comparecer à audiência onde deveria prestar seu depoimento (para o que fora intimado com essa advertência), perde o direito de requerer a produção de prova. Hipótese em que a confissão ficta somente será ilidida se, e quando, a prova determinada pelo juiz da instrução resultar contrário.

Não se pode perder de vista, entretanto, o teor da Súmula nº 231 do STF, vazada nos seguintes termos: “o revel, em processo cível, pode produzir provas, desde que compareça em tempo oportuno”.

2.2.2 – SÚMULA Nº 85. COMPENSAÇÃO DE JORNADA. (Inserido o item V)

I – A compensação de jornada de trabalho deve ser ajustada por acordo individual escrito, acordo coletivo ou convenção coletiva. (ex-Súmula nº 85 – primeira parte – alterada pela Resolução nº 121/2003, DJ 21.11.03)

II – O acordo individual para compensação de horas é válido, salvo se houver norma coletiva em sentido contrário. (ex-OJ nº 182 da SBDI-1 – inserida em 08.11.00)

III – O mero não atendimento das exigências legais para a compensação de jornada, inclusive quando encetada mediante acordo tácito, não implica a repetição do pagamento das horas excedentes à jornada normal diária, se não dilatada a jornada máxima semanal, sendo devido apenas o respectivo adicional. (ex-Súmula nº 85 – segunda parte – alterada pela Resolução nº 121/03, DJ 21.11.03)

IV – A prestação de horas extras habituais descaracteriza o acordo de compensação de jornada. Nesta hipótese, as horas que ultrapassarem a jornada semanal normal deverão ser pagas como horas extraordinárias e, quanto àquelas destinadas à compensação, deverá ser pago a mais apenas o adicional por trabalho extraordinário. (ex-OJ nº 220 da SBDI-1 – inserida em 20.06.01)

V – As disposições contidas nesta súmula não se aplicam ao regime compensatório na modalidade “banco de horas”, que somente pode ser instituído por negociação coletiva.

Trata-se de verbete autoexplicativo. Entretanto, embora resida em súmula que vem sob o título “compensação de jornada”, na verdade nega para a compensação sob a modalidade “banco de horas” a possibilidade de aplicação

da diretriz da Súmula nº 85. Também traz o entendimento de somente poder ser a aludida compensação pactuada por negociação coletiva.

2.2.3 – SÚMULA Nº 219. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. HIPÓTESE DE CABIMENTO. (Nova redação do item II e inserido o item III)

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. (ex-Súmula nº 219 – Resolução nº 14/85, DJ 26.09.85)

II – *É cabível* a condenação ao pagamento de honorários advocatícios em ação rescisória no processo trabalhista.

III – *São devidos os honorários advocatícios nas causas em que o ente sindical figure como substituto processual e nas lides que não derivem da relação de emprego.*

Quanto ao item II da Súmula, inverteu-se o sinal, sem precedentes em direção contrária à anterior. Com efeito, antes esse item da súmula continha a seguinte redação: “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”.

Desse modo a concessão de honorários advocatícios em sede de ação rescisória estava condicionada ao preenchimento dos requisitos inscritos no item I da Súmula (“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”).

A seguir um ilustrativo precedente:

“3. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. SUCUMBÊNCIA. Nos termos da Súmula nº 219, II, do TST 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 – o que não ocorreu. Recurso ordinário em ação rescisória conhecido e

parcialmente provido.” (RO-96700-52.2009.5.09.0000, Ac. SDI-2, DEJT 25.03.2011)

No que tange ao *item III*, sugeri a seguinte redação: “São devidos os honorários advocatícios nas causas em que o ente sindical figure como substituto processual e declare a insuficiência econômica dos substituídos, e nas lides que não derivem da relação de emprego”. Fiquei vencido. Note-se que a sugestão não era original, mas visava ajustar o item III da Súmula nº 219 à jurisprudência que se formou no exame dessa questão. A recusa importou na inserção de um item cujo texto contraria a jurisprudência que, a princípio, o inspirou.

Vejam-se os precedentes:

“HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. SINDICATO. SUBSTITUTO PROCESSUAL. HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA. Os honorários advocatícios não se confundem com honorários assistenciais. Estes são devidos na Justiça do Trabalho, quando se constata nos autos a ‘ocorrência concomitante de dois requisitos: o benefício da justiça gratuita e a assistência por sindicato’ (Orientação Jurisprudencial nº 305 desta Corte). Os honorários advocatícios, por sua vez, somente são devidos quando se tratar de relação jurídica trabalhista advinda da nova competência da Justiça do Trabalho. Entretanto, excepcionalmente pode-se deferir honorários assistenciais em favor do sindicato quando este figurar na relação processual na qualidade de substituto processual, desde que haja prova de que todos os respectivos substituídos (titulares do direito material) são beneficiários da ‘justiça gratuita’, isto é, comprovarem a percepção de salário inferior ao dobro do salário-mínimo legal ou declararem encontrar-se em situação econômica que não lhes permita demandar sem prejuízo do próprio sustento ou da respectiva família. Recurso de Embargos de que se conhece e a que se nega provimento.” (ED-E-ED-RR-7200-27.1998.5.17.0003, Ac. SDI-1, DEJT 24.04.09)

“HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. SINDICATO. SUBSTITUTO PROCESSUAL. DECLARAÇÃO DE INSUFICIÊNCIA ECONÔMICA FORMULADA PELO SINDICATO NA PETIÇÃO INICIAL. VALIDADE. INEXISTÊNCIA DE CONDENAÇÃO EM PECÚNIA. FORMA DE CÁLCULO. 1. São devidos os honorários assistenciais ao sindicato que figura como substituto processual, desde que haja declaração nos autos de que os empregados substituídos não podem demandar sem prejuízo do próprio sustento ou de sua família. Precedentes (...)” (RR-41900-93.2007.5.03.0135, Ac. 5ª Turma, DEJT 20.05.2011)

“HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. SINDICATO. SUBSTITUTO PROCESSUAL. 1. Não é pelo fato de o sindicato figurar como substituto processual que a ele se deverá reconhecer direito ao recebimento de honorários advocatícios. 2. A jurisprudência da SDI-1 reconhece o direito a honorários advocatícios em favor do sindicato substituto processual quando este afirma na petição inicial que os substituídos não podem arcar com as despesas processuais sem prejuízo para o seu sustento ou o de sua família. Na hipótese, entretanto, o sindicato não afirmou essa condição relativa ao substituídos. Desse modo, não reconheço ao sindicato, enquanto substituto processual, direito ao recebimento de honorários advocatícios. Recurso de Revista de que se conhece em parte e a que se dá provimento.” (RR-11800-69.2007.5.03.0099, Ac. 5ª Turma, DEJT 13.05.2011)

2.2.4 – SÚMULA Nº 291. HORAS EXTRAS. HABITUALIDADE. SUPRESSÃO. INDENIZAÇÃO. (Nova redação)

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

O texto anterior da súmula era do seguinte teor:

“Súmula Nº 291 do TST. HORAS EXTRAS (mantida) – Resolução nº 121/03, DJ 19, 20 e 21.11.03. A supressão, pelo empregador, do serviço suplementar prestado com habitualidade, durante pelo menos 1 (um) ano, assegura ao empregado o direito à indenização correspondente ao valor de 1 (um) mês das horas suprimidas para cada ano ou fração igual ou superior a seis meses de prestação de serviço acima da jornada normal. O cálculo observará a média das horas suplementares efetivamente trabalhadas nos últimos 12 (doze) meses, multiplicada pelo valor da hora extra do dia da supressão.”

Pretendeu-se com a revisão da Súmula pacificar a controvérsia que ainda remanesce quanto à supressão parcial das horas extras habituais, mas que já era dirimida conforme o novo entendimento sumulado. Precedente:

“INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. REVISÃO DA SÚMULA Nº 291/TST. INDENIZAÇÃO PELA SUPRESSÃO DO SERVIÇO SUPLEMENTAR PRESTADO COM HABITUALIDADE. ALCANCE. 1. O precedente legislativo que inspirou esta Corte Superior a, lançando mão da técnica da interpretação analógica, forte no art. 8º da CLT, consagrar, mediante a edição da Súmula nº 291/TST, o direito dos empregados em geral ao recebimento de indenização diante da alteração, pelo empregador, do regime de trabalho, que importe na supressão do labor em sobrejornada habitualmente prestado, foi a previsão do art. 9º da Lei nº 5.811/72, que regula o regime de trabalho em determinadas atividades ligadas à indústria de combustíveis fósseis, de seguinte teor: ‘Sempre que, por iniciativa do empregador, for alterado o regime de trabalho do empregado, com redução ou supressão das vantagens inerentes aos regimes instituídos nesta lei, ser-lhe-á assegurado o direito à percepção de uma indenização’. 2. Do dispositivo que serviu de molde à dicção da Súmula nº 291/TST, exsurge nítida a incidência, dos efeitos nele previstos para a hipótese de alteração do regime de trabalho, independentemente da ocorrência de supressão parcial (redução) ou supressão total. 3. Eventual correspondência da supressão de um dado intervalo de tempo de prestação de serviço suplementar habitual, em determinado caso concreto, à totalidade ou a parte do serviço suplementar prestado por aquele trabalhador, traduz diferença meramente circunstancial, que nada interfere na natureza do fenômeno jurídico observado, irrelevante, portanto, para a aferição da incidência, sobre a hipótese, da regra em apreço. 4. Estabelecer tal distinção no caso da supressão das horas extras habituais, aliás, compromete a própria finalidade da Súmula nº 291/TST, que pretende minimizar o impacto econômico sofrido pelo empregado, após a supressão parcial ou total do labor extraordinário. 5. Precedentes. 6. Revisão da redação da Súmula nº 291/TST, a fim de que reflita com maior precisão o entendimento prevalente do Tribunal, nos seguintes termos: – HORAS EXTRAS. HABITUALIDADE. SUPRESSÃO. INDENIZAÇÃO. A supressão total ou parcial, pelo empregador, de serviço suplementar prestado com habitualidade, durante pelo menos 1 (um) ano, assegura ao empregado o direito à indenização correspondente ao valor de 1 (um) mês das horas suprimidas, total ou parcialmente, para cada ano ou fração igual ou superior a seis meses de prestação de serviço acima da jornada normal. O cálculo observará a média das horas suplementares nos 12 (doze) meses anteriores à mudança, multiplicada pelo valor da hora extra do dia da supressão-. Acolhida a proposta formulada pela Comissão de Jurisprudência e de Precedentes Normativos para al-

terar a redação da Súmula nº 291/TST” (IUIJ-10700-45.2007.5.22.0101, Ac. Tribunal Pleno, DEJT 03.06.2011).

2.2.5 – SÚMULA Nº 326. *COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. PRESCRIÇÃO TOTAL. (Nova redação)*

A pretensão à complementação de *aposentadoria jamais recebida* prescreve em 2 (dois) anos contados da *cessação do contrato de trabalho*.

O Texto anterior possuía o seguinte teor:

“Súmula nº 326 do TST. COMPLEMENTAÇÃO DOS PROVENTOS DE APOSENTADORIA. PARCELA NUNCA RECEBIDA. PRESCRIÇÃO TOTAL (mantida) – Resolução nº 121/03, DJ 19, 20 e 21.11.03. Tratando-se de pedido de complementação de aposentadoria oriunda de norma regulamentar e jamais paga ao ex-empregado, a prescrição aplicável é a total, começando a fluir o biênio a partir da aposentadoria.”

Particularmente, penso que aqui somente se procurou a melhor redação e o melhor uso da terminologia jurídica, pois o entendimento continua o mesmo: pretensão à complementação de aposentadoria nunca recebida – prescrição de dois anos – cômputo a partir da cessação do contrato de trabalho.

O termo “da cessação do contrato de trabalho” é esclarecedor, pois a Constituição da República trata de prescrição bienal apenas quando há extinção do contrato de trabalho.

Assim, agora não mais pairam dúvidas de que a prescrição com relação à complementação de aposentadoria nunca recebida é total, de dois anos, contados a partir da cessação do contrato de trabalho.

Há apenas que se fazer o registro de que a intenção foi pacificar a jurisprudência sobre a incidência da prescrição total apenas nos casos em que o empregado nunca tenha recebido complementação de aposentadoria, e não de ser uma parcela que nunca integrou a complementação já recebida (caso em que será aplicável a Súmula nº 327 – próximo tópico a ser abordado).

2.2.6 – SÚMULA Nº 327. *COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. DIFERENÇAS. PRESCRIÇÃO PARCIAL. (Nova redação)*

A pretensão a diferenças de complementação de aposentadoria sujeita-se à prescrição parcial e quinquenal, salvo se o pretendo direito decorrer de verbas

não recebidas no curso da relação de emprego e já alcançadas pela prescrição, à época da propositura da ação.

Eis a redação do texto anterior:

“*Súmula nº 327 do TST. COMPLEMENTAÇÃO DOS PROVENTOS DE APOSENTADORIA. DIFERENÇA. PRESCRIÇÃO PARCIAL. Tratando-se de pedido de diferença de complementação de aposentadoria oriunda de norma regulamentar, a prescrição aplicável é a parcial, não atingindo o direito de ação, mas, tão somente, as parcelas anteriores ao quinquênio.*”

Com a nova redação dada à Súmula pretendeu-se pacificar a questão quanto à incidência da prescrição parcial a todo o pedido de diferenças de complementação de aposentadoria, seja por diferenças de cálculo ou incidência de parcelas na base de cálculo da complementação, mas com a ressalva de que, se as parcelas forem verbas não recebidas no curso do contrato e já estiverem prescritas, a prescrição é total. Note-se que essa ressalva é o entendimento contido na Orientação Jurisprudencial nº 156 da SDI-1, cancelada porque incorporada à nova redação dada à Súmula nº 327.

Note-se ainda que esse não era o entendimento da Comissão de Jurisprudência, que empreendeu estudos e apresentou proposta para cancelamento das Súmulas ns. 326 e 327 e da Orientação Jurisprudencial nº 156 da SDI-1 e edição de nova súmula, com extenso rol de hipóteses para incidência de prescrição. Essa era a proposta da Comissão de Jurisprudência:

“COMPLEMENTAÇÃO DOS PROVENTOS DE APOSENTADORIA. PRESCRIÇÃO APLICÁVEL.

I – Aplica-se a prescrição bienal total, contada da data do jubila-mento ao pedido de:

a) Pagamento do benefício ao trabalhador jubilado que nunca recebeu complementação de proventos de aposentadoria;

b) Diferenças do benefício com base em parcela não incluída no seu cálculo, porquanto não recebida durante o contrato de trabalho;

c) Diferenças do benefício com base em parcela não incluída no seu cálculo, porquanto suprimida há mais de 5 anos antes da jubilação ou do ajuizamento da reclamação trabalhista;

d) Diferenças de complementação dos proventos de aposentadoria com base em regulamento diverso daquele que está sendo utilizado como parâmetro para o cálculo do benefício;

e) Inclusão de vantagem assegurada aos trabalhadores em atividade e suprimida em relação aos inativos antes da jubilação do trabalhador;

II – Aplica-se a prescrição bienal total, contada da data da lesão ao direito, ao pedido de diferenças do benefício em decorrência de alteração do regulamento que rege os critérios do cálculo da complementação de aposentadoria, ocorrido após a jubilação do empregado.

III – Aplica-se a prescrição quinquenal parcial, contada da data da:

a) Jubilação, ao pedido de diferenças do benefício com base em parcela não incluída no seu cálculo, mas que era recebida durante o contrato de trabalho;

b) Concessão da vantagem aos empregados em atividade, ao pedido de inclusão no cálculo da complementação de aposentadoria do benefício a eles conferidos, ocorrida após a jubilação do empregado.”

Essa proposta não vingou, tendo sido intensos os debates sobre a questão da prescrição no que se refere à complementação de aposentadoria e a Súmula nº 327 quando da Semana do TST (período de 17 a 24.05.2011) e, conquanto se tenha emprestado nova redação à Súmula, ainda são muitos os debates a cada recurso submetido a exame perante a SDI-1 envolvendo esse tema.

Veja-se, a propósito, o recurso no processo TST-E-RR-460500-64.2006.5.09.0071 (sessão do dia 02.06.2011), com julgamento inconcluso em virtude de pedido de vista regimental do Exmo. Min. Carlos Alberto Reis de Paula, onde o relator, o Exmo. Min. Aloysio Correa da Veiga, adotou a seguinte tese, já considerando a nova redação dada às Súmulas ns. 326 e 327:

“RECURSO DE EMBARGOS. COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. *ACTIO NATA* PARA PRETENSÃO DE INTEGRAÇÃO DE PARCELAS CONCEDIDAS EM AÇÃO ANTERIOR AJUIZADA APÓS A JUBILAÇÃO. PRESCRIÇÃO TOTAL. A atual redação da Súmula nº 326 do c. TST dispõe que ‘a pretensão à complementação de aposentadoria jamais recebida prescreve em 2 (dois) anos contados da cessação do contrato de trabalho’. Não tendo a parcela, sobre a qual se busca diferenças, sido recebida no contrato de trabalho, não resta dúvida de que consagra-se a prescrição total (parte final da Súmula nº 327). Se ajuizada ação trabalhista buscando parcelas eu já poderia ter pleiteado, porque já aposentado quando ajuizou a reclamação trabalhista pretendendo o principal, incumbiria-lhe pleitear os reflexos consequentes na complementação de aposentadoria, sob pena de prescrição. Embargos conhecidos e desprovidos”.

E, na sessão do dia 9.6.2011, no julgamento do recurso TST-E-ED-RR-54141-09.2009.5.03.0013, por maioria (fiquei vencido), foi conhecido o Recurso de Embargos por contrariedade à Súmula nº 326 do Tribunal e, no mérito, dado provimento, tendo sido adotado o seguinte entendimento:

“PRESCRIÇÃO TOTAL. DIFERENÇAS DE COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA ORIUNDA DE NORMA REGULAMENTAR. SÚMULA Nº 326 DO TST. Consignando o Regional que ‘(...) a aposentadoria do reclamante foi em 1994, tendo o Estatuto de 1980 modificado o critério de cálculo estabelecido para a dita suplementação de aposentadoria no Estatuto de 1958, o que denota que a vantagem pretendida jamais havia sido paga ao aposentado’, mostra-se juridicamente correta a aplicação da Súmula nº 326 do TST, segundo o qual: ‘Tratando-se de pedido de complementação de aposentadoria oriunda de norma regulamentar e jamais paga ao ex-empregado, a prescrição aplicável é a total, começando a fluir o biênio a partir da aposentadoria.’ Recurso de embargos não conhecido.”

A hipótese fática era a seguinte: *na admissão encontrava-se vigente o Estatuto de 1958, que foi alterado em 1980 e aposentadoria do empregado (reclamante) se deu após a modificação de 1980, com proventos calculados com base no Estatuto de 1980.*

Portanto, após esse julgamento – em que foi concedido do direito ao cálculo da complementação de aposentadoria segundo os critérios fixado no Estatuto de 1958 – restou claro que a SDI-1 reconhece que a prescrição é *sem-pre* parcial quando se referir a pretensão de diferenças de complementação de aposentadoria.

2.2.7 – SÚMULA Nº 331. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE. (Nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI)

I – A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.74).

I – A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/88).

III – Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.83) e de conservação e limpeza,

bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a personalidade e a subordinação direta.

IV – O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

V – Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei nº 8.666, de 21.06.93, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

VI – A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.

O item V foi editado para ajustar a Súmula nº 331 à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a partir do julgamento da ADC nº 16 (DJE de 06.12.2010), restando evidenciada a necessidade de *efetiva prova da conduta culposa – culpa in vigilando*³. Veja-se, a propósito, o seguinte precedente do STF, que refere à *mera alegação de conduta omissiva* da Administração Pública, o que reforça a tese de efetiva prova da culpa:

“O próprio acórdão reclamado menciona o julgamento da ADC nº 16, Rel. Min. Cezar Peluso, DJe 06.12.2010, no qual esta Corte declarou a compatibilidade do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93 com a Constituição, mas, ainda assim, decide contrariamente ao entendimento firmado neste Tribunal.

Registre-se, todavia, que a alegação de conduta omissiva por parte da Administração Pública foi argumento utilizado para a edição da Súmula nº 331, IV, do TST, mas essa fundamentação não mais se sustenta após o julgamento da referida ADC nº 16, uma vez que é contrária à literalidade do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93.

Ante o exposto, com base na jurisprudência desta Corte (art. 161, parágrafo único, RISTF), conheço da reclamação e julgo-a procedente,

3 A *culpa in eligendo*, a meu juízo, não se justifica, ante a vinculação da Administração Pública à licitação com obrigação de contratar a empresa que oferecer o menor preço.

para cassar o acórdão reclamado e determinar que outro seja proferido em seu lugar, tendo em vista a decisão deste Supremo Tribunal Federal sobre a constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, proferida na ADC nº 16.” (STF-Rcl-11.638, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 03.05.2011, decisão monocrática, sem grifos no original)

Assim, é de se concluir que, ausente *prova efetiva* da culpa da Administração Pública na fiscalização da empresa prestadora de serviços, não se pode atribuir a responsabilidade subsidiária à Administração Pública enquanto tomadora dos serviços. Nesse sentido destaco o seguinte precedente:

“RECURSO DE REVISTA. TERCEIRIZAÇÃO. DEVER DE FISCALIZAÇÃO ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. OMISSÃO. *CULPA IN VIGILANDO*. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. DECISÃO DO STF NA ADC Nº 16. No julgamento da ADC nº 16, o Supremo Tribunal Federal, ao declarar a constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, ressaltou a possibilidade de a Justiça do Trabalho constatar, no caso concreto, a *culpa in vigilando* da Administração Pública e, diante disso, atribuir responsabilidade ao ente público pelas obrigações, inclusive trabalhistas, inobservadas pelo contratado. A própria Lei de Licitações impõe à Administração Pública o dever de fiscalizar a execução dos contratos administrativos, conforme se depreende dos arts. 58, III, e 67, § 1º, da Lei nº 8.666/93. Partindo dessas premissas, compete ao ente público, quando pleiteada em juízo sua responsabilização pelos créditos trabalhistas inadimplidos pelo contratado, apresentar as provas necessárias à demonstração de que cumpriu a obrigação prevista em lei, sob pena de restar caracterizada a *culpa in vigilando* da Administração Pública, decorrente da omissão quanto ao dever de fiscalização da execução do contrato administrativo. Na hipótese dos autos, o ente público não aponta qualquer elemento ou indício no sentido de que cumpriu a obrigação legal que lhe é imposta (arts. 58, III, e 67, *caput* e § 1º, da Lei nº 8.666/93). Assim, verifica-se a conduta culposa, por omissão, da Administração Pública (*culpa in vigilando*), razão pela qual se atribui a responsabilidade subsidiária ao ente público, com fundamento nos arts. 186 e 927, *caput*, do CC, pelo pagamento dos encargos trabalhistas devidos. Precedentes. Recurso não conhecido.” (RR-290000-31.2007.5.04.0018, Ac. 8ª Turma, DEJT 03.06.2011)

A partir desse novo item da Súmula (item V), a esperança é que a Administração Pública passe a fiscalizar o cumprimento dos contratos de prestação de serviço por ela celebrados, bem como a regularidade do cumprimento das

obrigações trabalhistas a cargo da empresa prestadora de serviços perante os empregados que executam as tarefas contratadas, e, assim, evitar os prejuízos que vêm se repetindo. Isso resultará, também, na melhor qualificação das empresas que participam das licitações.

Mas há que se ressaltar que não há dúvidas de que a solução para as terceirizações no âmbito da Administração Pública é legislativa. A jurisprudência não será capaz de equacionar as diversas possibilidades que a questão suscita. Para tanto, há vários projetos de lei tramitando na Câmara dos Deputados⁴.

No que se refere às implicações processuais, diante da natureza extraordinária dos Recursos de Revista e de Embargos, a questão da prova da culpa pode gerar controvérsias, relativamente à ausência de prequestionamento (Súmula nº 297) ou de necessidade de revisão de fatos e provas (Súmula nº 126). E, por outro lado, como proceder quando o caso for de autos que retornam do STF com a determinação de novo julgamento? E se for um Agravo de Instrumento em Recurso de Revista que, embora a matéria de fundo seja a responsabilidade subsidiária, não tiver sido conhecido por deficiência de instrumentação ou quando se lhe tenha negado provimento, hipótese em que não se examina a questão da responsabilidade (não há lugar para juízo de retratação)?

Ressalte-se, por fim, que o item VI é resultado da jurisprudência que já era uniforme nesse sentido, trazendo o adendo relativo à limitação da responsabilidade subsidiária ao período do contrato celebrado entre tomador e prestador dos serviços.

2.2.8 – SÚMULA Nº 364. ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. EXPOSIÇÃO EVENTUAL, PERMANENTE E INTERMITENTE. (Cancelado o item II e dada nova redação ao item I)

Tem direito 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. (ex-OJs da SBDI-1 ns. 05 – inserida em 14.03.94 – e 280 – DJ 11.08.03).

4 Projetos de Lei em tramitação na Câmara dos Deputados que abordam a questão da terceirização: 1. Projeto de Lei nº 4.302, de 1998; 2. Projeto de Lei nº 3.219, de 2000; 3. Projeto de Lei nº 1.587, de 2003; 4. Projeto de Lei nº 3.992, de 2004; 5. Projeto de Lei nº 4.330, de 2004; 6. Projeto de Lei nº 5.439, de 2005; 7. Projeto de Lei nº 6.363, de 2005; 8. Projeto de Lei nº 6.420, de 2005; 9. Projeto de Lei nº 6.975, de 2006; 10. Projeto de Lei nº 1.504, de 2007; 11. Projeto de Lei nº 1.621, de 2007; 12. Projeto de Lei nº 4.809, de 2009; 13. Projeto de Lei nº 6.762, de 2010; 14. Projeto de Lei nº 6.832, de 2010; 15. Projeto de Lei nº 599, de 2011; 16. Projeto de Lei nº 725, de 2011.

Texto cancelado continha o seguinte teor:

“II – A fixação do adicional de periculosidade, em percentual inferior ao legal e proporcional ao tempo de exposição ao risco, deve ser respeitada, desde que pactuada em acordos ou convenções coletivo.” (ex-OJ nº 258 da SBDI-1 – inserida em 27.09.02).

O cancelamento do item II da Súmula nº 364 deveu-se à mudança de entendimento, agora para fixar-se a impossibilidade de flexibilização em atividades perigosas, sob o fundamento de tratar-se de norma pública e cogente, relativa à higiene e saúde do empregado.

Todavia, em que pese a mudança na jurisprudência quanto à validade de acordo coletivo que fixa pagamento proporcional à exposição ao risco, ainda estou convencido de que embora o trabalho em condições de risco por eletricidade possa prejudicar a integridade física do empregado, o objeto do acordo de que cogita o item II da Súmula foi o pagamento do adicional respectivo, que é salário, e não norma de segurança e saúde. Também é porque o pagamento proporcional ou integral desse adicional não aumenta, não diminui nem exclui o risco a que o empregado se submete ao ingressar no ambiente perigoso.

Logo, essa modalidade se situa no âmbito da flexibilização balizada pelos limites traçados pelo legislador constituinte, que, no art. 7º, cuidou de discriminar aspectos do contrato de trabalho que podem ser flexibilizados, a saber: salários (inciso VI), duração da jornada normal (compensação e elastecimento, inciso XIII) e duração da jornada nos turnos ininterruptos de revezamento (inciso XIV).

É de se concluir que, conquanto o prestígio e o *status* constitucional da negociação coletiva, inscritos no art. 7º, inciso XXVI, da Constituição da República, não devam servir de fundamento para a flexibilização absoluta dos contratos de trabalho, é irrecusável a prevalência das disposições insertas em acordo coletivo ou convenção coletiva de trabalho que estipulem, para o pagamento do adicional de periculosidade, a proporcionalidade à exposição ao risco.

Nesse sentido foi o meu entendimento ressalvado no julgamento do recurso TST-RR-22900-10.2006.5.15.0103⁵, *in verbis*:

“ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. ELETRICIDADE.

Entendo que embora o trabalho em condições de risco por eletricidade possa prejudicar a integridade física do empregado, o objeto do acordo foi o pagamento do adicional respectivo, que é salário, e não norma de

5 Julgado em 15.06.2011, 5ª Turma, Rel. Min. João Batista Brito Pereira.

segurança e saúde. Logo, essa modalidade se situa no âmbito da flexibilização balizada pelos limites traçados pelo legislador constituinte, que, no art. 7º, cuidou de discriminar aspectos do contrato de trabalho que podem ser flexibilizados. É de se concluir que, conquanto o prestígio e o *status* constitucional da negociação coletiva, inscritos no art. 7º, inciso XXVI, da Constituição da República, não devam servir de fundamento para a flexibilização absoluta dos contratos de trabalho, é irrecusável a prevalência das disposições insertas em acordo coletivo ou convenção coletiva de trabalho que estipulem, para o pagamento do adicional de periculosidade, a proporcionalidade à exposição ao risco. Todavia, esta Corte, em sessão do dia 24.5.2011, houve por bem revisar a Súmula nº 364 mediante a Resolução nº 174/2011, para cancelar o item II da referida Súmula, o qual assegurava a observância ao acordo coletivo que fixava pagamento do adicional de periculosidade de forma proporcional à exposição ao risco, sob o fundamento de se tratar de norma de ordem pública, relativa à saúde e segurança do trabalho. Assim considerando, constata-se que a decisão regional foi proferida em estrita sintonia com a orientação contida na Súmula nº 361 do TST.”

No particular, há direta implicação processual no âmbito da SDI-1, pois os acordos coletivos de trabalho foram todos celebrados com base no item II da Súmula nº 364, que, sem registro de fato novo, desapareceu da jurisprudência. Agora o Tribunal Superior do Trabalho encontrará dificuldades no exame dos Recursos de Embargos no tema, porque não há mais essa jurisprudência e, de outro lado, não há como se reconhecer violação ao art. 7º, inc. XXVI, da Constituição da República, diante da (inaceitável) restrição contida no art. 894, inciso. II, da CLT.

2.2.9 – SÚMULA Nº 369. DIRIGENTE SINDICAL. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. (Nova redação dada ao item II)

I – É indispensável a comunicação, pela entidade sindical, ao empregador, na forma do § 5º do art. 543 da CLT. (ex-OJ nº 34 da SBDI-1 – inserida em 29.04.94).

II – O art. 522 da CLT foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988. Fica limitada, assim, a estabilidade a que alude o art. 543, § 3º, da CLT, a sete dirigentes sindicais e igual número de suplentes;

III – O empregado de categoria diferenciada eleito dirigente sindical só goza de estabilidade se exercer na empresa atividade pertinente à categoria

profissional do sindicato para o qual foi eleito dirigente. (ex-OJ nº 145 da SBDI-1 – inserida em 27.11.98);

IV – Havendo extinção da atividade empresarial no âmbito da base territorial do sindicato, não há razão para subsistir a estabilidade. (ex-OJ nº 86 da SBDI-1 – inserida em 28.04.97);

V – O registro da candidatura do empregado a cargo de dirigente sindical durante o período de aviso prévio, ainda que indenizado, não lhe assegura a estabilidade, visto que inaplicável a regra do § 3º do art. 543 da Consolidação das Leis do Trabalho. (ex-OJ nº 35 da SBDI-1 – inserida em 14.03.94).

A mudança ocorrida se deu no item II, que tinha o seguinte teor:

“II – O art. 522 da CLT, que limita a sete o número de dirigentes sindicais, foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988.”

Cabe aqui explicitar que, diferentemente do veiculado no sítio do TST na Internet (“Súmula nº 369: mudança dobra número de dirigentes sindicais estáveis” – notícia de 25.05.2011), esta Corte não dobrou o número de dirigentes sindicais estáveis, mas apenas explicitou na súmula o entendimento que já era adotado e que decorre do art. 522 da CLT. Nesse sentido são os seguintes precedentes:

“RECURSO DE EMBARGOS INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DA LEI Nº 11.496/07. GARANTIA PROVISÓRIA DE EMPREGO. DIRIGENTE SINDICAL. LIMITAÇÃO. Resulta da exegese do art. 522 da Consolidação das Leis do Trabalho o reconhecimento de que gozam de estabilidade os integrantes da diretoria de sindicato até o limite máximo de sete diretores e sete suplentes. Na hipótese, o Tribunal Regional registrou expressamente que o reclamante foi eleito entre os sete suplentes da diretoria. Não excedido o limite previsto em lei, resta assegurada a estabilidade provisória ao obreiro. Precedente da SBDI-I. Recurso de embargos conhecido e não provido” (E-ED-A-RR-173000-32.2000.5.01.0020, Ac. SDI-1, DEJT 01.04.2011).

“RECURSO DE EMBARGOS. GARANTIA PROVISÓRIA DE EMPREGO. DIRIGENTE SINDICAL. EMPREGADO ELEITO PARA O CARGO DE SUPLENTE. ART. 522 DA CLT. PROTEÇÃO APLICÁVEL ATÉ O LIMITE DE SETE DIRIGENTES TITULARES E DE SETE SUPLENTES. Nos termos da Súmula nº 369, II, do TST, o art. 522 da CLT, que limita a sete o número de dirigentes sindicais, foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988. A interpretação conjunta dessa disposição legal com o comando dos arts. 8º, VIII, da Magna Carta

e 543, § 3º, da CLT revela que a garantia provisória de emprego alberga não apenas os sete dirigentes sindicais referidos no art. 522 do mesmo diploma legal, mas, também, os sete respectivos suplentes. Isso porque a proteção legal dirigida aos suplentes somente veio a ser reconhecida posteriormente e não objetivou reduzir o número de dirigentes sindicais titulares arrolados no art. 522 da CLT. Nesse mesmo sentido, já se posicionou o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do AGRG-AI nº 277.432-8, Paraíba, bem como a SBDI-I do Tribunal Superior do Trabalho.” (E-RR-20500-62.2005.5.09.0026, Ac. SDI-1, DEJT 07.05.2010)

“EMBARGOS EM RECURSO DE REVISTA. ACÓRDÃO PUBLICADO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 11.496/07. SUPLENTE DE DIRIGENTE DE FEDERAÇÃO. ESTABILIDADE. LIMITE DOS ARTS. 522, *CAPUT* e 538 DA CLT. ALCANCE. Cinge-se a controvérsia à possibilidade ou não de a estabilidade provisória ser estendida a um número de suplentes da diretoria da Federação que, se somado ao de membros efetivos, excede o limite previsto pelo art. 522 da CLT. Dispõe referido dispositivo, recepcionado pela Constituição Federal de 1988 (Súmula nº 369, II, do TST), e que giza a interpretação do art. 538, que diz respeito à direção das Federações – que ‘a administração do sindicato será exercida por uma diretoria constituída no máximo de sete e no mínimo de três membros e de um Conselho Fiscal composto de três membros, eleitos esses órgãos pela Assembleia Geral’. Embora já tenha decidido nessa e. Subseção, no sentido de que o número máximo de sete, previsto no art. 522 da CLT, abrange os titulares e os suplentes, nesta data a e. SBDI-1, por expressiva maioria de seus integrantes, concluiu pelo reconhecimento da estabilidade de sete suplentes, além dos sete titulares. Tal entendimento louvou-se em decisão do excelso STF, referido pelo Exmo. Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, relator do processo TST-E-RR-205/2005-026-09-00.1, também julgado nesta assentada. Entendeu a e. Subseção que a proteção aos suplentes, conferida pela Constituição Federal de 1988 (art. 8º, VIII), somente veio a ser reconhecida posteriormente e não teve como fim a redução do número de dirigentes sindicais titulares do art. 522 da CLT.” (E-ED-RR-260900-66.2003.5.02.0005, Ac. SDI-1, DEJT 20.11.09)

“ESTABILIDADE SINDICAL. LIMITE DA QUANTIDADE DE DIRETORES. ART. 522 DA CLT. Não viola o art. 522 da CLT a decisão que confere estabilidade ao empregado eleito suplente de dirigente sindical, se o número de suplentes não ultrapassou o limite previsto no art. 522 da CLT, muito embora tenha sido eleita uma quan-

tidade superior de diretores.” (E-RR-581708-16.1999.5.12.5555, Ac. SDI-1 DJ 11.02.05)

Resta claro, portanto, que a modificação foi apenas para explicitar que a limitação da estabilidade a sete dirigentes sindicais se estendia, tão somente, a 7 suplentes, pois o texto antigo não trazia essa restrição.

2.2.10 – SÚMULA Nº 387. RECURSO. FAC-SÍMILE. LEI Nº 9.800/1999. (Inserido o item IV)

I – A Lei nº 9.800, de 26.05.99, é aplicável somente a recursos interpostos após o início de sua vigência. (ex-OJ nº 194 da SBDI-1 – inserida em 08.11.00)

II – A contagem do quinquídio para apresentação dos originais de recurso interposto por intermédio de fac-símile começa a fluir do dia subsequente ao término do prazo recursal, nos termos do art. 2º da Lei nº 9.800, de 26.05.99, e não do dia seguinte à interposição do recurso, se esta se deu antes do termo final do prazo. (ex-OJ nº 337 da SBDI-1 – primeira parte – DJ 04.05.04)

III – Não se tratando a juntada dos originais de ato que dependa de notificação, pois a parte, ao interpor o recurso, já tem ciência de seu ônus processual, não se aplica a regra do art. 184 do CPC quanto ao “dies a quo”, podendo coincidir com sábado, domingo ou feriado. (ex-OJ nº 337 da SBDI-1 – *in fine* – DJ 04.05.04)

IV – A autorização para utilização do fac-símile, constante do art. 1º da Lei nº 9.800, de 26.05.99, somente alcança as hipóteses em que o documento é dirigido diretamente ao órgão jurisdicional, não se aplicando à transmissão ocorrida entre particulares.

Sempre sustentei que para a parte se beneficiar da faculdade conferida pela Lei nº 9.800/99, devem ser atendidos os requisitos ali descritos, de sorte que não se pode considerar para efeito de comprovação da prática de ato processual o envio de fax para aparelho receptor outro que não o especificamente fornecido pelo juízo.

A jurisprudência tem admitido a transmissão de documentos por fax, a exemplo da guia do depósito e das custas processuais, em duas hipóteses: ou quando transmitidas juntamente como todo o recurso, caso em que é necessário que a prática do ato recursal também seja efetivada por fax; ou quando apenas a comprovação do preparo é feita mediante petição apartada, apresentada via

fac-símile. O documento em fac-símile somente é válido para o processo quando transmitido para o aparelho receptor do juízo. Eis um precedente:

“DESERÇÃO. PETIÇÃO DO RECURSO APRESENTADA EM VIA ORIGINAL, COM GUIAS DE DEPÓSITO RECURSAL E CUSTAS PROCESSUAIS EM CÓPIAS NÃO AUTENTICADAS. LEI Nº 9.800/99. INAPLICABILIDADE. O procedimento adotado pela reclamada foi o de interpor o Recurso de Revista em petição original diretamente no Tribunal e anexar juntamente ao recurso uma cópia de fax das guias de depósito recursal e das custas, como se cópia do documento comprobatório do ato fosse. Assim, nem se beneficiou da possibilidade de transmissão de dados para prática de atos processuais por fac-símile (Lei nº 9.800/99) nem atendeu ao disposto no art. 830 da CLT, relativamente à autenticação do documento oferecido como prova. O documento em fac-símile somente é válido para o processo quando transmitido para o aparelho receptor do juízo. Recurso de Embargos de que não se conhece.” (E-RR-161300-13.2001.5.01.0024, Ac. SDI-1, DEJT 12.11.2010)

Ressalte-se que o envio de petições por intermédio de aparelhos fac-símile (fax) é autorizado pela Lei nº 9.800/99 e regulamentado no âmbito do TST pelo Ato GDGCJ.GP nº 245/99⁶, que indica *os números dos telefones – (061) 216-4808, 216-4809 e 216-4810, instalados na Subsecretaria de Cadastramento Processual – que serão utilizados no uso da faculdade contida no art. 1º da Lei nº 9.800/99.*

6 “O PRESIDENTE DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO, no uso de suas atribuições legais e regimentais, de conformidade com o disposto na letra *b* do inciso I do art. 96 da Constituição Federal, na letra *c* do art. 707 da CLT e no inciso 38, XXXVIII, do art. 42, do Regimento Interno da Corte, Considerando a edição da Lei nº 9.800, de 26 de maio de 1999, publicada em 27 seguinte, que permite às partes a utilização de sistema de transmissão de dados e imagens tipo fac-símile ou outro similar, para a prática de atos processuais que dependam de petição escrita’ (art. 1º);

(...)

RESOLVE

1 – Centralizar, para garantia das partes, o recebimento de petições mediante fac-símile na Subsecretaria de Cadastramento Processual, observado o horário fixado na Resolução Administrativa nº 200/95 para protocolização do documento.

2 – Estabelecer que os números (061) 216-4808, 216-4809 e 216-4810, instalados na Subsecretaria de Cadastramento Processual, serão de utilização específica para cumprimento do disposto no art. 1º da Lei nº 9.800, de 26 de maio de 1999, funcionando nos dias de expediente do Tribunal, no período compreendido entre 10 (dez) e 19 (dezenove) horas.

Este ato entra em vigor no dia de sua publicação no Diário da Justiça.”

2.2.11 – SÚMULA Nº 349. ACORDO DE COMPENSAÇÃO DE HORÁRIO EM ATIVIDADE INSALUBRE, CELEBRADO POR ACORDO COLETIVO. VALIDADE. (Cancelada)

A validade de acordo coletivo ou convenção coletiva de compensação de jornada de trabalho em atividade insalubre prescinde da inspeção prévia da autoridade competente em matéria de higiene do trabalho (art. 7º, XIII, da CF/88; art. 60 da CLT).

Pode parecer que o cancelamento da súmula se deu em face do entendimento ora dominante na Corte, de que, como não se pode flexibilizar nada relativo à periculosidade ou insalubridade, por serem normas de segurança e higiene do trabalho, não mais seria possível estabelecer-se compensação de jornada em atividade insalubre/periculosa, sendo desnecessária a Súmula.

Sucedo que essa Súmula resultava da dificuldade material do Ministério do Trabalho atender à demanda por perícias para autorizar a “compensação de jornada de trabalho em atividade insalubre”. E, como súmula não revoga lei, persiste o disposto no art. 60 da CLT, do seguinte teor:

“Art. 60. Nas atividades insalubres, assim consideradas as constantes dos quadros mencionados no capítulo ‘Da Segurança e da Medicina do Trabalho’, ou que neles venham a ser incluídas por ato do Ministro do Trabalho, Indústria e Comércio, quaisquer prorrogações só poderão ser acordadas mediante licença prévia das autoridades competentes em matéria de higiene do trabalho, as quais, para esse efeito, procederão aos necessários exames locais e à verificação dos métodos e processos de trabalho, quer diretamente, quer por intermédio de autoridades sanitárias federais, estaduais e municipais, com quem entrarão em entendimento para tal fim.”

Todavia, conquanto não se tenha notícia da revogação do art. 60 da CLT, o fundamento para o cancelamento foi mesmo o de que se trata de norma de segurança e higiene do trabalho, que não pode ser objeto de negociação coletiva.

A meu juízo, prevalece a exigência da licença prévia da autoridade do Ministério do Trabalho para viabilizar a compensação de jornada de trabalho em atividade insalubre, e tal se dará mediante “exames locais”, o que importa na necessidade de inspeção prévia nos termos do aludido art. 60.

3 – RESOLUÇÃO Nº 175

3.1 – Orientações jurisprudenciais revisadas

3.1.1 – OJ Nº 18. COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. BANCO DO BRASIL. (Redação do item I alterada)

I – O valor das horas extras integra a remuneração do empregado para o cálculo da complementação de aposentadoria, desde que sobre ele incida a contribuição à Caixa de Previdência dos Funcionários do Banco do Brasil – PREVI, observado o respectivo regulamento no tocante à integração.

II – Os adicionais AP e ADI não integram o cálculo para a apuração do teto da complementação de aposentadoria; (ex-OJ nº 21 da SDI-1 – inserida em 13.02.95)

III – No cálculo da complementação de aposentadoria deve-se observar a média trienal; (ex-OJs ns. 19 e 289 ambas da SDI-1 – inseridas respectivamente em 05.06.95 e 11.08.03)

IV – A complementação de aposentadoria proporcional aos anos de serviço prestados exclusivamente ao Banco do Brasil somente se verifica a partir da Circular Funci nº 436/63; (ex-OJ nº 20 da SDI-1 – inserida em 13.02.95)

V – O telex DIREC do Banco do Brasil nº 5.003/87 não assegura a complementação de aposentadoria integral, porque não aprovado pelo órgão competente ao qual a instituição se subordina. (ex-OJ nº 136 da SDI-1 – inserida em 27.11.98)

A alteração do item I traz algumas implicações:

Por exemplo, no caso em que o empregado recém-aposentado (no prazo para postular verbas decorrentes do contrato de trabalho e da complementação de aposentadoria, isto é, antes de 2 anos da extinção do contrato) postula as horas extras realizadas no curso do contrato de trabalho, sua integração ao salário e reflexos e o cômputo do valor dessas horas extras na complementação de aposentadoria.

Seria necessário postular também, para que fosse deferido o cômputo do valor das horas extras na complementação de aposentadoria que se proceda ao descontado do valor pertinente para a Previ? Ou pode o juiz, ao aplicar o direito à espécie, deferir o pedido e, como se entende ser condição para que se inclua o valor das horas extras no cálculo da complementação de aposentadoria que haja o desconto para a Previ, determinar que se proceda a esse desconto? Seria matéria de defesa?

Particularmente, penso que, na ausência de pedido da parte, deve o juiz determinar os descontos para a Previ sobre o valor das horas extras deferidas e julgar, assim, procedente o pedido relativo à complementação de aposentadoria. Do contrário, como se trata de condição, nos termos da Súmula, não se viabilizaria o pedido de integração daquele valor no cálculo da complementação de aposentadoria. Note-se que essa questão poderá suscitar debate em torno de julgamento *extra petita in pejus*.

Outra dúvida é a referente à observância do Regulamento da Previ para a integração das horas extras na complementação de aposentadoria. Seria o caso de apuração em execução quando não houver discussão sobre os parâmetros no processo de conhecimento?

3.1.2 – OJ Nº 191. CONTRATO DE EMPREITADA. DONO DA OBRA DE CONSTRUÇÃO CIVIL. RESPONSABILIDADE. (Nova redação)

Diante da inexistência de previsão legal *específica*, o contrato de empreitada *de construção civil* entre o dono da obra e o empreiteiro não enseja responsabilidade solidária ou subsidiária nas obrigações trabalhistas contraídas pelo empreiteiro, salvo sendo o dono da obra uma empresa construtora ou incorporadora.

O texto anterior vinha vazado nos seguintes termos:

“191. DONO DA OBRA. RESPONSABILIDADE (inserida em 08.11.00) Diante da inexistência de previsão legal, o contrato de empreitada entre o dono da obra e o empreiteiro não enseja responsabilidade solidária ou subsidiária nas obrigações trabalhistas contraídas pelo empreiteiro, salvo sendo o dono da obra uma empresa construtora ou incorporadora.”

A mudança resulta da má utilização dessa possibilidade; passaram a celebrar “contrato de empreitada” cujo objeto é manutenção de equipamentos e outras tarefas típicas de locação de mão de obra, a dificultar a manutenção do verbete como estava.

Ocorre que a dificuldade reside, agora, em conceituar o que seja “construção civil”. O debate esclarecerá sobre se a troca do telhado do galpão da fábrica, se a implantação de postes de energia elétrica ou se a construção de valas para implantação de rede de telecomunicações são consideradas obras de construção civil ou se são atividades ligadas às atividades fim das fábricas, das empresas de energia elétrica e das empresas de telecomunicações, respectivamente.

Obra de construção civil “é a construção, a demolição, a reforma, a ampliação de edificação ou qualquer outra benfeitoria agregada ao solo ou ao subsolo”⁷.

Conceitualmente, portanto, construção civil é o termo que designa a realização de obras como casas, edifícios, pontes, barragens, fundações de máquinas, estradas, aeroportos e outras infraestruturas, dividindo-se em dois grandes ramos principais: obras de construção civil (que abrangem basicamente as edificações residenciais, comerciais e de serviços públicos) e obras de construção pesada (que abrangem construção de portos, pontes, aeroportos, estradas, hidroelétricas, túneis, etc)⁸.

Portanto, a meu juízo toda a obra realizada por empresa que se utilize de profissionais especializados, seja de edificação, reforma, ampliação, de infraestrutura, seja de construção de valas para implantação de redes, é obra de construção civil, sendo aplicável a Súmula nº 191 para afastar a responsabilidade subsidiária do dono da obra que não for uma empresa construtora ou incorporadora.

3.1.3 – OJ Nº 7 DO TRIBUNAL PLENO/ÓRGÃO ESPECIAL. JUROS DE MORA. CONDENAÇÃO DA FAZENDA PÚBLICA. (Nova redação)

I – Nas condenações impostas à Fazenda Pública, incidem juros de mora segundo os seguintes critérios:

a) 1% (um por cento) ao mês, até agosto de 2001, nos termos do § 1º do art. 39 da Lei nº 8.177, de 01.03.91;

b) 0,5% (meio por cento) ao mês, de setembro de 2001 a junho de 2009, conforme determina o art. 1º – F da Lei nº 9.494, de 10.09.97, introduzido pela Medida Provisória nº 2.180-35, de 24.08.01.

II – A partir de 30 de junho de 2009, atualizam-se os débitos trabalhistas da Fazenda Pública, mediante a incidência dos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança, por força do art. 5º da Lei nº 11.960, de 29.06.09.

III – A adequação do montante da condenação deve observar essa limitação legal, ainda que em sede de precatório.

7 Fonte: <<http://www.receita.fazenda.gov.br/previdencia>>.

8 Fonte: <<http://pt.wikipedia.org>>.

Veja-se o texto anterior:

“OJ-7. PRECATÓRIO. JUROS DE MORA. CONDENAÇÃO DA FAZENDA PÚBLICA. LEI Nº 9.494, DE 10.09.97, ART. 1º- F. São aplicáveis, nas condenações impostas à Fazenda Pública, os juros de mora de 0,5% (meio por cento) ao mês, a partir de setembro de 2001, conforme determina o art. 1º-F da Lei nº 9.494, de 10.09.97, introduzido pela Medida Provisória nº 2.180-35, de 24.08.01, procedendo-se a adequação do montante da condenação a essa limitação legal, ainda que em sede de precatório.”

A alteração deu-se para adequar a presente Orientação Jurisprudencial à jurisprudência então dominante, principalmente em face da controvérsia que pairava sobre a aplicabilidade do art. 1º-F da Lei nº 9.494/97 no período de sua vigência, até a alteração operada pela Lei nº 11.960/09 (item III).

É de se ressaltar que, consoante a Orientação Jurisprudencial nº 382 da SDI-1, são inaplicáveis juros de mora à Fazenda Pública quando condenada subsidiariamente. A referida Orientação Jurisprudencial tem o seguinte teor:

“JUROS DE MORA. ART. 1º-F DA LEI Nº 9.494, DE 10.09.97. INAPLICABILIDADE À FAZENDA PÚBLICA QUANDO CONDENADA SUBSIDIARIAMENTE. (DEJT DIVULGADO EM 19, 20 E 22.04.10). A Fazenda Pública, quando condenada subsidiariamente pelas obrigações trabalhistas devidas pela empregadora principal, não se beneficia da limitação dos juros, prevista no art. 1º-F da Lei nº 9.494, de 10.09.97.”

3.2 – Orientações jurisprudenciais canceladas

3.2.1 – OJ Nº 49. HORAS EXTRAS. USO DO BIP. NÃO CARACTERIZADO O “SOBREAVISO”

O uso do aparelho BIP pelo empregado, por si só, não caracteriza o regime de sobreaviso, uma vez que o empregado não permanece em sua residência aguardando, a qualquer momento, convocação para o serviço.

Cancelada em decorrência da sua conversão na Súmula nº 428 do TST.

3.2.2 – OJ Nº 156. COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. DIFERENÇAS. PRESCRIÇÃO

Ocorre a prescrição total quanto a diferenças de complementação de aposentadoria quando estas decorrem de pretensão direito a verbas não recebi-

das no curso da relação de emprego e já atingidas pela prescrição, à época da propositura da ação;

Cancelada em decorrência da nova redação da Súmula nº 327 do TST.

3.2.3 – OJ Nº 215. VALE-TRANSPORTE. ÔNUS DA PROVA. É do empregado o ônus de comprovar que satisfaz os requisitos indispensáveis à obtenção do vale-transporte

O cancelamento dessa Orientação Jurisprudencial revela uma possibilidade de que a jurisprudência se encaminhará para atribuir ao empregador o ônus da prova de que o empregado satisfaz os requisitos indispensáveis à obtenção do vale-transporte.

Se assim caminhar a jurisprudência, o cancelamento terá servido para a hipótese de ônus da prova da regularidade da concessão do vale-transporte e (art. 4º da Lei nº 7.418/85).

Pois bem, e na hipótese de ele negar o benefício ao empregado?

É de se recordar, aqui, a legislação sobre o tema, a saber, o Decreto nº 95.247/87⁹, que regulamenta a Lei nº 7.418/85, que institui o vale-transporte, exige do empregado, como condição para usufruir do benefício, que *informe ao empregador, por escrito*: “I – seu endereço residencial; II – os serviços e meios de transporte mais adequados ao seu deslocamento residência-trabalho e vice-versa” (Decreto nº 95.247/87, art. 7º).

No meu entender, o ônus da prova do cumprimento dessas exigências (condição para obter o benefício) é do empregado. Ora, se é do empregado o dever de fornecer os dados, se afirmar que os forneceu para exigir o benefício que lhe foi negado, deverá fazer essa prova (CLT, art. 818) pela singela razão de que não se pode exigir que o reclamado faça prova negativa.

9 Decreto nº 95.247/87: “Art. 7º Para o exercício do direito de receber o vale-transporte o empregado informará ao empregador, por escrito:

I – seu endereço residencial;

II – os serviços e meios de transporte mais adequados ao seu deslocamento residência-trabalho e vice-versa.

§ 1º A informação de que trata este artigo será atualizada anualmente ou sempre que ocorrer alteração das circunstâncias mencionadas nos itens I e II, sob pena de suspensão do benefício até o cumprimento dessa exigência.

§ 2º O benefício firmará compromisso de utilizar o Vale-Transporte exclusivamente para seu efetivo deslocamento residência-trabalho e vice-versa.

§ 3º A declaração falsa ou o uso indevido do Vale-Transporte constituem falta grave”.

3.2.4 – OJ Nº 273. “TELEMARKETING”. OPERADORES. ART. 227 DA CLT. INAPLICÁVEL.

A jornada reduzida de que trata o art. 227 da CLT *não é aplicável, por analogia, ao operador de tele vendas*, que não exerce suas atividades exclusivamente como telefonista, pois, naquela função, não opera mesa de transmissão, fazendo uso apenas dos telefones comuns para atender e fazer as ligações exigidas no exercício da função;

O cancelamento dessa Orientação Jurisprudencial é sinal de que a jurisprudência caminhará em sentido diverso do atual, reconhecendo aos operadores de *telemarketing* jornada reduzida (6 horas).

Sucedo, todavia, que não se mudou conceitos nem o operador de tele vendas se equipara nas atividades ao telefonista. *In casu*, o telefonista sujeita-se ao uso “permanente” ou “constante” do aparelho telefônico, com as consequências conhecidas à sua saúde (audição), enquanto que o operador de tele vendas (expressão do verbete) tem o aparelho telefônico como opção, podendo utilizar-se de outros meios, e por isso está sujeito ao uso do aparelho telefônico de modo permanente durante a jornada.

3.2.5 – OJ Nº 301. FGTS. DIFERENÇAS. ÔNUS DA PROVA. LEI Nº 8.036/90, ART. 17

Definido pelo reclamante o período no qual não houve depósito do FGTS, ou houve em valor inferior, alegada pela reclamada a inexistência de diferença nos recolhimentos de FGTS, atrai para si o ônus da prova, incumbindo-lhe, portanto, apresentar as guias respectivas, a fim de demonstrar o fato extintivo do direito do autor (art. 818 da CLT c/c art. 333, II, do CPC).

O cancelamento dessa Orientação Jurisprudencial é sinal de que a jurisprudência caminhará em sentido diverso do atual.

A primeira parte do verbeo levava à compreensão de que constituía ônus do reclamante, como condição da ação, a definição do período no qual não houve o depósito do FGTS ou esse se deu em valor inferior. Quanto à segunda parte do texto, creio que a jurisprudência não se alterará, ante o critério da “aptidão para a prova”, consoante inteligência dos arts. 818 da CLT e 333 do CPC.

3.2.6 – OJ TRANSITÓRIA Nº 4 DA SBDI-1. MINERAÇÃO MORRO VELHO. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. BASE DE CÁLCULO. ACORDO COLETIVO. PREVALÊNCIA

O cancelamento dessa Orientação Jurisprudencial da SDI-1 teve como fundamento o fato de se tratar de adicional de insalubridade, matéria que o

Tribunal Superior do Trabalho entende ser relativa à segurança e higiene do trabalho e que, portanto, não pode ser objeto de negociação coletiva.

4 – RESOLUÇÃO Nº 176

4.1 – Edição do Precedente Normativo nº 120 da SDC

Mediante a referida Resolução foi editado o Precedente Normativo da Seção Especializada em Dissídios Coletivos nº 120.

4.1.1 – PN Nº 120. SENTENÇA NORMATIVA. DURAÇÃO. POSSIBILIDADE E LIMITES

A sentença normativa vigora, desde seu termo inicial até que sentença normativa, convenção coletiva de trabalho ou acordo coletivo de trabalho superveniente produza sua revogação, expressa ou tácita, respeitado, porém, o prazo máximo legal de quatro anos de vigência.

O que animou o Tribunal a editar esse Precedente Normativo foi a possibilidade de que as partes negociem por mais tempo.

Há que ressaltar, também, que restou explicitado o entendimento, então dominante, de que a superveniência de instrumento coletivo posterior (seja outra sentença normativa, acordo coletivo de trabalho ou convenção coletiva) efetivamente substitui a sentença normativa então em vigor, não havendo questionar, assim, sobre a prevalência de determinada cláusula da sentença normativa, ainda que não renovada ou mesmo não tratada a matéria no instrumento coletivo posterior.

5 – CONCLUSÃO

Observa-se dos intensos debates havidos na “Semana do TST” que a busca pela atualização e o aprimoramento do Processo do Trabalho, com revisão de súmulas que, dentre outras, remontam ao ano de 1978, a exemplo da Súmula nº 74, não é pontual, mas sistemática e sempre no intuito de atender aos anseios da sociedade pela pronta aplicação da lei às demandas que são submetidas à Justiça do Trabalho diuturnamente.

O Tribunal Superior do Trabalho, ao promover a revisão da jurisprudência, nada mais faz que atender à função social do Estado na entrega da prestação jurisdicional.

70 ANOS DA JUSTIÇA DO TRABALHO

Com efeito, as relações de trabalho estão em constante modificação, seja pelos fatores objetivos – modernização dos meios de produção, avanços tecnológicos –, seja por fatores subjetivos – atenção sempre constante à salubridade do ambiente de trabalho, ao bem-estar e à saúde física e psicológica dos sujeitos da relação de emprego –, o que requer dos órgãos do Poder Judiciário a constante busca pela entrega de uma justiça célere, moderna e em sintonia com as constantes mudanças da sociedade.