

A Jornada de Trabalho em Jurisprudência Comparada Uruguai - Brasil

Hugo Fernández^{1*}

Ana Rivas^{2**}

Sumário: Introdução. 1 Análise comparada da jurisprudência. 1.1 Critérios jurisprudenciais comuns. 1.1.1 Ordem pública. 1.1.2 Tempo à disposição. 1.2 Critérios jurisprudenciais não coincidentes. 1.2.1 Redução de jornada e redução salarial. 1.2.2. Indenização por supressão de horas extras. 1.2.3 O tempo de deslocamento por conta do empregador ou tempo *in itinere* e o conceito de jornada de trabalho. Conclusões.

Introdução

A análise de questões de Direito do Trabalho a partir da perspectiva da jurisprudência está fundamentada na participação especial desta na interpretação e integração das normas. De fato, a jurisprudência tem um papel importante na geração de regras de conduta que adquirem caráter mais ou menos geral em sua aplicação.

Diante de um Direito como o do Trabalho, especialmente fragmentado no Uruguai, e essencialmente mutável já que o sujeito-objeto (trabalhador-trabalho) de regulamentação está intimamente ligado à própria vida, a jurisprudência em suas decisões adapta a norma fria e impessoal à realidade material concreta.

A repetição de decisões judiciais, em certo sentido, gera uma verdadeira referência ou tendência, que serve para apoiar decisões posteriores.

Este processo é instituído no Brasil pelas Súmulas (algumas vinculantes – artigo 103-A da Constituição Federal) e pelas Orientações Jurisprudenciais, que retratam entendimento pacífico sobre um tema e se destinam a uniformizar as decisões sobre determinados pontos, tornando pública a tendência

1 * Profesor Adjunto de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de la República- Uruguay.

2 ** Jueza Letrada da Única Instancia do Trabalho de 3ª Turno – Uruguay.

jurisprudencial a respeito.

A ideia de que o direito é mais do que a lei ou do que a norma em sua visualização formal e de que a atividade jurisdicional tem condições de fazer avançar o Direito através de uma interpretação de acordo com a dogmática do Direito do Trabalho, são duas premissas úteis para o estudo comparado do Direito. Neste caso, a atividade jurisdicional é o objeto de comparação e é precisamente nesta atividade que se apresentam as melhores condições para aplicar a norma (interpretar e integrar a norma do trabalho) de acordo com os princípios próprios da nossa disciplina.

Ora, o tema da jornada de trabalho, que envolve uma grande quantidade de questões, ocupa um lugar central na atenção do Direito do Trabalho. O tempo de trabalho é um conceito essencial na construção e funcionamento da relação do trabalho, primeiro com a criação de um número máximo de horas de trabalho e, em seguida, com as propostas para a redução gradual da jornada de trabalho.

Em uma disciplina como a nossa, nascida para resguardar a dignidade e certo grau de liberdade do homem que trabalha como empregado, a limitação e regulação do tempo de trabalho parece ser o caminho mais efetivo para implantar o objetivo da proteção.

Além disso, o tempo ou jornada de trabalho constitui a dimensão ou medida da prestação do trabalho e, portanto, há uma relação direta com a forma e determinação do salário, bem como com o tempo de repouso e de lazer do trabalhador. Este último indica que o conceito de jornada de trabalho ou limitação do tempo de trabalho não apenas compreende aspectos quantitativos, mas também inclui aspectos qualitativos. Nesse sentido, a projeção do conceito determinou que o tema se situasse entre as disposições mais importantes da ordem pública trabalhista, isto é, numa regulamentação mínima, não suscetível a disposições oriundas da vontade autônoma individual ou coletiva.

O conceito de jornada de trabalho também está relacionado com a organização da empresa. A distribuição de horas de trabalho é realizada de acordo com uma programação prévia feita por quem dirige as atividades empresariais. No desenvolvimento de atividades empresariais com características diferentes (indústria, comércio, serviços) os critérios de organização e distribuição do tempo de trabalho estão sempre em tensão com as normas que regem o assunto, a tal ponto que muitos dos conflitos de trabalho que se examinam na jurisdição especializada são relativos à aplicação de regras sobre jornada, horas extras ou repousos.

1 Análise comparativa da jurisprudência

A partir das decisões judiciais selecionadas podem-se extrair critérios jurisprudenciais comuns ou coincidentes e outros que não o são. Vamos analisar os critérios que fazem parte de cada um desses grupos e, em seguida, fazer algumas breves conclusões.

1.1 Critérios jurisprudenciais comuns

Entre os vários temas pesquisados para a realização deste trabalho destacam-se dois em que há uma concordância quanto às soluções jurisprudenciais que lhes são atribuídas. São eles: a prevalência da natureza de ordem pública das normas heterônomas relativas à jornada de trabalho e o tratamento que é dado ao tempo à disposição, trabalho em plantões ou horas de sobreaviso.

1.1.1 Natureza de ordem pública das normas heterônomas relativas à jornada de trabalho

Neste ponto, as jurisprudências brasileira e uruguaia convergem ao considerar de ordem pública o caráter das normas heterônomas que regem a limitação da jornada.

A limitação do tempo que o trabalhador destina ao trabalho se fundamenta não só em razões biológicas, morais, sociais, diretamente relacionadas com a saúde física e mental e com a segurança do trabalhador, mas também em motivos políticos e econômicos, na medida em que envolve a otimização da mão de obra que permite um melhor desempenho do trabalho, aumentando a competitividade empresarial.

A limitação da jornada está especialmente protegida pela *Constitución Nacional* uruguaia. Em seu artigo 54, estabelece que *La Ley ha de reconocer a quién se halle em relación de trabajo o servicio.....la limitación de la jornada...* (entre outros direitos). Igual proteção está na Constituição Federal brasileira de 1988, tanto que o respectivo artigo 7º enumera extensa e detalhadamente todas as regras de proteção do trabalhador e da sua família, entre as quais está a limitação da jornada (incisos XIII e XIV), estabelecendo expressamente sua duração em 8 horas diárias e 44 semanais, salvo exceções que enumera.

Esta proteção constitucionalmente imposta é fielmente refletida na legislação de ambos os países.

No Uruguai, a Lei 5350, artigos 1º e 3º, estabelece para a indústria uma jornada de 8 horas diárias e 48 semanais, e o Decreto-Lei 14320, artigo 1º, estabelece para o comércio uma jornada de 8 horas diárias e 44 semanais, às quais se acrescentam as disposições dos “CIT” 1 e 30, ratificadas pelo Decreto-Lei nº 8.950.

No Brasil, a Consolidação das Leis do Trabalho (a seguir denominada CLT), estabelece no seu artigo 58 que a duração da jornada de qualquer empregado em qualquer atividade privada não deve ser superior a 8 horas diárias, a menos que outro limite tenha sido expressamente fixado.

Diante deste enquadramento legal, veremos que as decisões judiciais analisadas fundamentam suas decisões na prevalência desta regra heterônoma, dada a sua natureza de ordem pública.

Vejamos.

O Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, em acórdão proferido no processo 514-2008-002-04-00-1 RO, aplicou este critério diante de um pedido de nulidade do regime de compensação de jornada, previsto em acordo coletivo, que implicava prejuízo aos repousos semanais do trabalhador.

O artigo 59, parágrafo 2º, da CLT estabelece que o empregador poderá se isentar do pagamento de horas extras quando, por acordo ou convenção coletiva, o excesso de horas em um dia seja compensado com a sua redução em outro dia, tendo como tempo limite o período de um ano. Esse acúmulo de horas é chamado de “banco de horas”.

Este direito possui três limites, ressaltados pelo Tribunal: um, imposto pela mesma norma, que estabelece que a jornada não pode ser prorrogada por mais de 10 horas; outro, que surge da impossibilidade de compensar com o intervalo intrajornada, norma de higiene, saúde e segurança do trabalho, protegido pelo artigo 7º, inciso XXII, da Constituição Federal de 1988 e pelo artigo 71 da CLT; e, finalmente, tampouco se pode compensar com o descanso semanal, pois também é uma medida de higiene, saúde e segurança do trabalho de especial importância social.

Todas essas normas integram o sistema de proteção que caracteriza o Direito do Trabalho.

O Tribunal brasileiro considera então que o “banco de horas” não é um salvo-conduto para a extensão ilimitada da jornada de trabalho, já que é impensável um regime de trabalho no qual se prolongue a jornada sem concessão de intervalos intrajornada sob a premissa de que serão compensados oportunamente pelo empregador. Isto porque a saúde física e mental do trabalhador não permite compensação, vez que está resguardada pelas normas imperativas de clara natureza protetora, que são de ordem pública.

Então, não se admite um regime de compensação de jornada que infrinja estas regras de ordem pública, devendo haver condenação ao pagamento de horas extras.

O Tribunal também aplicou o mesmo critério no acórdão proferido no processo 65-32.5.04.0451 RO, em que apreciou alegação de nulidade de um regime de redução dos intervalos intrajornada estabelecido por acordo coletivo.

Estes intervalos intrajornada estão regulamentados pelo artigo 71 da CLT, que estabelece (no que interessa ao caso) que os mesmos serão de uma hora para jornadas que superem 6 horas e que sua redução só ocorrerá por ato do Ministério do Trabalho e Emprego, caso se comprove que o empregador oferece refeitório e que os trabalhadores não são submetidos a jornadas superiores à legal.

Nesse caso, o empregador não conseguiu provar que a empresa possuía refeitório, mas restou demonstrado que o reclamante cumpria uma jornada superior à legal. Com base nisto, o Tribunal considerou que, fora das hipóteses do artigo 71, parágrafo 3º, da CLT, é inviável que uma simples previsão de intervalos menores aos estabelecidos por lei, constante de acordos coletivos de trabalho, tenha valor jurídico. Destaca que está consciente de que a negociação coletiva ganhou uma posição de destaque na Constituição de 1988, mediante a garantia do “reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho”, mas este reconhecimento é limitado, pois a autonomia das vontades coletivas não pode afetar o núcleo de direitos mínimos atribuídos ao trabalhador por força da lei.

Citando Maurício Godinho Delgado, acrescenta que é preciso harmonizar as regras jurídicas emanadas da negociação coletiva com aquelas decorrentes da legislação heterônoma estatal, de modo que apenas prevaleçam as normas coletivas quando estabelecerem padrões de direitos superiores aos estabelecidos pelas regras heterônomas.

No caso em questão, a norma coletiva estabeleceu uma redução do

intervalo intrajornada, o que viola as normas gerais heterônomas, razão por que não é cabível a sua aplicação, por desprezeitar direitos mínimos estabelecidos pela legislação vigente, no caso o artigo 7º, incisos XIII a XXVI, da Constituição Federal e o artigo 71, parágrafo 3º, da CLT.

A seu turno, a jurisprudência uruguaia adota o mesmo critério no momento de elucidar a regra a ser aplicada.

Assim o faz, na sentença proferida no processo nº 115/11, o *Tribunal de Apelaciones de Trabajo de 1º Turno*, ao julgar o regime de repouso semanais aplicável ao setor de serviços.

Este setor de atividade não apresenta um regulamento geral claro, que estabeleça o tempo de trabalho e de repouso. Considera-se neste caso, então, como primeiro objetivo, estabelecer a norma aplicável, frente a duas possibilidades: aplicar a norma da indústria, que estabelece um repouso semanal de 24 horas (Lei 5350, "CIT" nº1), ou a do comércio, que impõe um descanso semanal de 36 horas (Decreto-lei 14320). Entende o Tribunal que, na incidência da norma, deve-se aplicar o princípio protetor, em sua projeção da prevalência da norma mais favorável, e, conseqüentemente, adotar o regime estabelecido para o comércio pelo Decreto-Lei 14320 por ser este mais favorável, já que estabelece um repouso semanal de 36 horas.

Pois bem. A demandada alega a existência de um acordo coletivo autorizado pelo *Ministerio de Trabajo y Seguridad Social*, perante o qual o Tribunal destaca que "a autonomia coletiva encontra o limite intransponível da Lei de ordem pública", já que não se pode admitir um contrato de trabalho que rompa o princípio da irrenunciabilidade que informa todo o Direito do Trabalho.

Também o *Tribunal de Apelaciones de Trabajo de 3º Turno*, no processo nº 257/07, reconhece a primazia da legislação de ordem pública definidora dos direitos básicos dos trabalhadores frente a um acordo coletivo, embora este tenha sido estabelecido em um Decreto emitido pelo Poder Executivo.

O caso: uma profissional contratada em um regime de 44 horas semanais ultrapassava as horas programadas de trabalho, razão pela qual reivindica horas extras. A reclamada se defende alegando que, por se tratar de profissional universitária, está incluída nas exceções do Decreto nº 611/80, na medida em que esta norma estabelece, no seu artigo 1º, *num. 4*, que os profissionais universitários ou de alta especialização, e que cumprem tais tarefas, não estão abrangidos pela limitação de jornada.

Porém, o Tribunal considera que a simples menção de um horário semanal no contrato de trabalho mostra que, no momento da contratação, não foi admitida a incidência de tal norma, o que também decorre do fato de não cumprir qualquer tarefa para a qual exigida alta especialização. Dada esta contradição, o Tribunal considera que, como a legislação sobre horários de trabalho é de ordem pública, as exceções ao regime devem ser interpretadas restritivamente, porquanto estas contêm limitações sobre os direitos gerais dos trabalhadores. Ao aplicar esta interpretação restritiva, prevalece a regra heterônoma e mais benéfica sobre as disposições contratuais elaboradas pelas partes.

Pode-se observar, então, que a jurisprudência de ambos os países outorga a categoria de normas de ordem pública àquelas que estabelecem direitos fundamentais do trabalhador, como é o caso das que impõem limitações à jornada de trabalho. De fato, uma vez que este direito é protegido pela Constituição, com uma clara característica protetora daqueles que prestam o seu serviço em uma relação de dependência, a autonomia da vontade sofre restrição. Assim, os direitos fundamentais não poderão ser afetados nem pela ação legislativa, nem pela mera renúncia, nem por acordos com o empregador, seja de forma particular (contrato de trabalho), seja de forma geral (acordo coletivo).

1.1.2 Tempo à disposição ou horas de plantão ou “horas de sobreaviso”

Este tempo “*a la orden*” (tempo à disposição) ou “*de guardia*” (plantão), chamado no Brasil “horas de sobreaviso”, pressupõe que o trabalhador que não se encontrar dentro do seu horário de trabalho legal também está sujeito à vontade do empregador, uma vez que está subordinada a sua autonomia à possibilidade de ser convocado a trabalhar, de modo que a jurisprudência de ambos os países é convergente ao afirmar que são horas que devem ser consideradas como efetivamente trabalhadas.

No entanto, isso não autoriza considerar estas horas como extras ou adicionais quando excederem o limite legal ou convencional da jornada. Isso se deve ao fato de se entender que nessas situações o trabalhador – embora perca parcialmente a disponibilidade do seu tempo, já que deverá estar sempre em contato com o seu empregador e dentro da área em que trabalha, pois pode ser convocado a qualquer momento –, também goza de uma liberdade relativa, podendo descansar, passear, ler, etc., enquanto não for convocado, o que também pode não ocorrer.

A *Suprema Corte de Justicia*, no processo nº 43/99, e o *Tribunal de Apelaciones de Trabajo de 2º Turno*, no processo nº 497/11, sustentaram que não se deve equiparar esta hipótese ao regime remuneratório de horas extras instituído pelo artigo 1º, *Inc 2*, da Lei 15996, já que esse se destina a compensar o esforço extra que se impõe ao trabalhador ao continuar o seu trabalho por um período de tempo maior que o previsto por lei ou contrato, porque gera um desgaste físico e/ou mental do trabalhador e viola o seu direito a tempo livre. Ao contrário, no caso do plantão, esse maior esforço ou sacrifício não se configura. De acordo com a decisão que estamos comentando, nestes casos, o trabalhador, embora deva estar à disposição do empregador, pode estar na sua casa, repousando, assistindo televisão ou lendo, ou inclusive passeando pela região, à espera de ser convocado, o que pode acontecer ou não.

É por isso que podemos concluir que, apesar de se considerarem horas trabalhadas, porque de acordo com a definição de tempo efetivo de trabalho estabelecida pelo Decreto nº 29/10/57, artigo 6º, e pelo “CIT” nº 30, artigo 2º, o trabalhador não dispõe livremente do seu tempo, mantendo-se subordinado ao seu empregador, esse tempo não pode se pago como hora extra, já que ausente o fundamento ou a *ratio legis* deste sistema remuneratório, pois a intensidade das obrigações assumidas é menor.

Por raciocínio semelhante, o Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, em acórdão proferido no processo 676-73.2012.5.04.0029 RO, rejeita o pedido de condenação em horas de sobreaviso, realizado por um trabalhador que devia permanecer em contato com o seu empregador por telefone celular, para resolver os problemas que pudessem surgir nos equipamentos de refrigeração do estabelecimento comercial do empregador, e cuja tarefa nesse horário era especificamente receber a ligação e encaminhá-la a uma equipe pré-definida de trabalhadores para que fossem consertar a avaria.

O Tribunal entendeu que o reclamante não cumpria as horas de sobreaviso, já que a sua única função era receber a ligação da empresa se houvesse algum problema e encaminhá-la a outros trabalhadores, e esses sim eram os que se deslocavam até o local para fazer o conserto. Portanto, quem se encontrava em regime de sobreaviso e realizava efetivamente o trabalho que impedia de dispor de tempo livre, era essa equipe de trabalho, e não o reclamante, que se limitava a redirecionar a ligação e que, portanto, não via afetada a sua liberdade de locomoção, pois podia receber e encaminhar as ligações de qualquer lugar onde estivesse.

Finalmente, vale destacar que em ambos os países não há legislação

específica a respeito das horas *de retén* ou horas de sobreaviso, razão pela qual os tribunais vêm resolvendo estas questões através de um processo de integração do direito.

1.2 Critérios jurisprudenciais não coincidentes

Existem alguns pontos relativos ao regime de jornada de trabalho que se solucionam de maneira diferente nos dois países. Destacam-se neste ponto três temas que analisaremos a seguir.

1.2.1 Redução da jornada e redução salarial

O Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, no acórdão proferido no processo 113500-27.2009.5.04.0023, estabeleceu a impossibilidade de reduzir o salário proporcionalmente ao tempo trabalhado, quando se diminui a duração da jornada do trabalho.

O caso em questão refere-se a uma trabalhadora bancária que trabalhava 8 horas recebendo determinada remuneração. De acordo com o artigo 224 da CLT, os bancários têm uma jornada de 6 horas, razão pela qual a trabalhadora pleiteou judicialmente a redução da jornada. O pleito foi acolhido, condenando-se o empregador a pagar as horas excedentes como extras. Diante desta decisão judicial, o empregador reduz o salário da trabalhadora alegando que a remuneração recebida anteriormente estava diretamente relacionada à jornada de 8 horas e por isso efetua a redução do salário na proporção correspondente.

O Tribunal, após analisar o caso, conclui que deve aplicar-se o disposto no artigo 7º, VI, da Constituição Federal de 1988, que estabelece a irredutibilidade do salário. Por outro lado, a decisão comentada também se embasa no artigo 468 da CLT, que só autoriza alterações nas condições do contrato de trabalho quando se realizam por consentimento mútuo ou que não resultem em prejuízo para o trabalhador, sob pena de nulidade da cláusula que viole esta garantia.

Neste sentido, a redução do salário por vontade unilateral do empregador pressupõe uma alteração do contrato em detrimento da trabalhadora e, portanto, a nulidade. O fato de que tenha ocorrido uma redução legal da jornada de trabalho da trabalhadora, pelo respeito à jornada máxima do setor de atividade no qual desenvolve as suas tarefas, não altera tal conclusão, já que, em observância ao princípio da estabilidade econômica e dos princípios constitucionais e legais

destacados, o empregador não pode, por vontade própria, alterar *in pejus* as condições do contrato de trabalho. Em outras palavras, não pode reduzir a jornada de trabalho com diminuição salarial proporcional de forma unilateral, embora a sua decisão esteja pretensamente fundamentada na diminuição proporcional que decorre do ajuste da jornada de trabalho à duração máxima legalmente imposta.

Na jurisprudência uruguaia não foram encontradas decisões que resolvam casos semelhantes ao anteriormente exposto. No entanto, a diminuição proporcional do salário em observância à redução da jornada, é um dos critérios que vêm sendo aplicados no Uruguai.

1.2.2 Redução ou supressão de horas extras: indenização

Na decisão proferida no processo nº 0114300-43.2008.5.04.0006 pelo Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região há referência à jurisprudência do Tribunal do Superior do Trabalho do Brasil, retratada na Súmula 291³, que determina que quando o empregador decide suprimir as horas extras, deve indenizar o trabalhador que deixa de ganhar o salário da forma habitual que estava recebendo.

Esta posição não se encontra na jurisprudência uruguaia. Ao contrário, o critério predominante nesta é que, com base no caráter potestativo das horas extras, essas podem ser suprimidas pelo empregador a qualquer momento e circunstância, sem que esta decisão gere para o trabalhador o direito de reclamar a manutenção das horas extras ou o pagamento de uma compensação ou indenização.

A jurisprudência uruguaia parte do princípio de que o empregador, no exercício do *jus variandi*, pode modificar, dentro dos limites deste poder, algumas condições do contrato de trabalho.

Nesse sentido, e com referência ao conceito de jornada ou tempo de trabalho, o *Tribunal de Apelaciones de Trabajo del 2º Turno*, na sentença prolatada no processo nº 49/2008, parte da premissa de que a determinação do horário de trabalho está dentro dos poderes de direção do empregador, razão pela qual, enquanto não se provar que houve, na decisão do empregador, má-fé ou intenção de causar prejuízo, a mudança de horário é considerada válida pela jurisprudência uruguaia citada.

3 Resolução 1/1989 Diário Judicial de 14 de abril de 1989.

Nesse contexto, e sem prejuízo do que foi dito anteriormente, adotou-se, como critério de ponderação jurisprudencial da prova, a necessidade de confrontar os dois interesses em jogo: por um lado, o interesse do empregador em estabelecer a mudança em questão e, por outro, o interesse do trabalhador que, neste caso, significa levar em conta o prejuízo que possa gerar a mudança de horário levada a efeito pelo empregador. Para mediar esse conflito de interesses, na aplicação de um critério jurídico que neste caso não parece ter um alcance adequado, a jurisprudência tem feito referência ao princípio da razoabilidade (*Tribunal de Apelaciones del Trabajo del 3º Turno*, na sentença proferida no processo nº 272/2008). Em outro caso submetido a decisão judicial, há afirmação no sentido de que o exercício do poder empresarial de reduzir ou suprimir as horas extras não viola a jornada de trabalho legal ou convencional, e sim ao contrário, é uma demonstração de respeito à mesma (*Juzgado Letrado de Primera Instancias del Trabajo de 8º Turno*, Sentença nº 104/2010).

Fica evidente que as decisões comentadas apresentam soluções diversas em situações fáticas que envolvem a redução do tempo habitual de trabalho.

Pela projeção prática que possui o critério da jurisprudência brasileira, mencionaremos brevemente as suas principais características.

O acórdão do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região alinha-se com a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho brasileiro ao invocar, em parte de sua fundamentação, que o que dá suporte à indenização por supressão de horas extras é o chamado princípio da estabilidade financeira. De acordo com esta jurisprudência, esta ideia geral seria perfeitamente justificável pela necessidade que o trabalhador tem de contar com uma renda estável e previsível, de tal forma que possa organizar os seus gastos com relação ao seu salário.

O fato de receber, o trabalhador, o pagamento de horas extras de forma contínua e permanente, por um período prolongado, gera o direito de ter protegida a sua renda ou, como ocorre com o alcance dado a tal concepção na Súmula 291, a ser compensado pelo prejuízo sofrido. A jurisprudência brasileira optou pela reparação do dano, indicando como critério que o trabalhador afetado receba uma indenização pela perda ou redução da renda gerada pela decisão unilateral do empregador.

De acordo com esta jurisprudência, tanto o salário básico quanto o salário *marginal* são destinatários da mesma proteção, o que significa que nenhum tipo de salário pode ser reduzido pelo empregador e, quando isso ocorre, deverá ser paga a indenização, calculada na forma estabelecida pela jurisprudência do

Tribunal Superior do Trabalho brasileiro.

Para que a supressão das horas extras gere o direito à indenização, há duas condições: a) devem realizar-se de forma contínua; e, b) a continuidade deve prolongar-se por pelo menos um ano⁴.

A jurisprudência do TRT da 4ª Região acrescenta que, além destas duas condições para que se gere o direito à indenização das horas extras suprimidas, estas devem ser cobradas pelo trabalhador. Este requisito parece desprovido de maior fundamento. No entanto, serviu de argumento, em decisão que pode ser alvo de críticas, para que o citado Tribunal negasse ao reclamante o direito à indenização por supressão de horas extras.

Por outro lado, conforme a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho (Súmula nº 291), o cálculo da indenização correspondente deve ser feito à razão do valor das horas extras suprimidas em um mês, multiplicada por ano ou fração igual ou superior a seis meses de prestação de serviços. A mencionada jurisprudência acrescenta que para o cálculo levar-se-á em conta a média das horas extras efetivamente trabalhadas nos últimos 12 meses, multiplicada pelo valor da hora extra do dia da supressão.

Nas decisões judiciais comentadas, os fundamentos estão embasados na consideração de que o trabalhador tem o direito a uma estabilidade salarial, mesmo em se tratando de uma renda que provenha do pagamento de trabalho extra.

Sem dúvida a jurisprudência brasileira, que adotou este critério há vários anos, é inovadora com relação à similar do Uruguai. Esta última é propensa a considerar que a natureza extraordinária do trabalho o torna aleatório, e que, portanto, não é assimilável ao conceito de estabilidade, o que gera uma posição jurisprudencial contrária ao reconhecimento de que o trabalhador deve ter direito a essa porção de salário, recebida ao longo do tempo de maneira contínua e permanente.

1.2.3 O tempo de traslado a cargo do empregador ou tempo in itinere e o conceito de jornada de trabalho

4 Embora o prazo seja menor ao anteriormente exposto na Súmula No. 76 de 1978, que foi revisada na Súmula No. 291, antes se estabelecia o limite de dois anos; nesta última se estabelece a reparação por equivalente, ao contrário, na súmula anterior se estabelecia que o valor das horas extras passasse a integrar o salário do trabalhador para todos os efeitos legais.

Neste aspecto, também difere a jurisprudência de ambos os países.

Cabe destacar que, tanto no Uruguai quanto no Brasil, existem disposições gerais que regulam o tempo gasto com o deslocamento do empregado da sua residência até o trabalho. E que ditas normas estabelecem as condições em que o deslocamento possa ser considerado tempo de trabalho.

Assim, no Uruguai, o artigo 9º do Decreto de 29/10/57 estabelece três requisitos para que o tempo de deslocamento seja considerado tempo de trabalho para todos os efeitos legais e regulamentares: a) o local de trabalho deve estar situado a mais de um quilômetro da estação férrea⁵ ou dos centros povoados mais próximos; b) o transporte deve ser fornecido pelo empregador; e, c) o deslocamento deve durar mais de uma hora.

Por sua parte, o artigo 58, § 2º, da CLT do Brasil, estabelece como requisitos que: a) o local de trabalho seja de difícil acesso ou não servido por transporte público; e, b) que o deslocamento esteja sob responsabilidade do empregador.

A esses dois requisitos estabelecidos na Consolidação de Leis do Trabalho, no direito brasileiro deve acrescentar-se o disposto na Súmula 90⁶ do Tribunal Superior do Trabalho do país, que acrescentou, aos requisitos estabelecidos no artigo 58 anteriormente citado, duas condições adicionais, que o Tribunal utiliza como fundamentos para concluir que o tempo de deslocamento seja considerado como tempo trabalhado.

As condições que acrescenta esta jurisprudência são: a) que exista incompatibilidade de horários do transporte público com os horários de começo e/ou fim da jornada de trabalho; e b) que o transporte público só cubra parte do trajeto e que a distância restante seja percorrida em transporte fornecido pelo empregador; nesse caso, segundo o Tribunal, somente se calculará como tempo de trabalho aquele que demanda o trajeto realizado com transporte fornecido pelo empregador. Esclarece esta Súmula que a mera escassez de transporte não caracteriza o tempo de deslocamento como trabalhado. Quanto à natureza jurídica atribuída a este tempo de deslocamento, o Tribunal considera que, caso excedida a jornada normal, deve ser considerado hora extra e pago com o acréscimo correspondente.

É importante destacar que, na primeira das condições que o Tribunal

5 Seria correto considerar esta referência como análoga a transporte público coletivo.

6 Resolução No. 129 Diário Oficial de 5 de abril de 2005.

Superior do Trabalho brasileiro acrescenta, produz-se uma ampliação do critério jurídico que permite integrar o tempo de deslocamento ao conceito de trabalho ou jornada de trabalho. De acordo com a jurisprudência citada, para afirmar que não estamos dentro do conceito de tempo de trabalho, é necessário, além de existir transporte público, que seus horários estejam sincronizados com a hora do início e do término da jornada. Conforme este critério jurisprudencial, quando o trabalhador não puder utilizar o transporte público nos horários adequados ou com a frequência necessária para chegar ao seu trabalho na hora coincidente com o início das suas atividades, o empregador não poderá usar como justificativa a existência do transporte público.

Todos os requisitos e condições que servem de fundamento à jurisprudência de cada país, embora sejam diferentes na sua formulação, têm um fundamento similar.

Vejamos uma síntese dos argumentos utilizados.

- a) Não há transporte público ou, no caso que este exista, os horários não são compatíveis com os horários de começo e fim da jornada de trabalho do trabalhador.
- b) O trabalhador deve utilizar para o seu deslocamento um transporte fornecido pelo seu empregador, de modo a ficar submetido à disponibilidade do empregador e, portanto, perdendo a disponibilidade do seu tempo.
- c) O deslocamento deve demandar um determinado tempo (uma hora na norma uruguaia).
- d) Deve existir certa distância no percurso do deslocamento (um quilômetro na norma uruguaia)

Nestes dois últimos aspectos, tanto a norma como a jurisprudência que a aplica lançam mão do princípio da razoabilidade como forma de adotar critérios baseados em situações objetivas referentes a tempo prolongado dedicado ao deslocamento.

Vejamos agora algumas das decisões analisadas comparativamente, nas quais efetivamente se conhecerão alguns dos critérios jurídicos que apresentamos nos parágrafos anteriores.

No acórdão proferido no processo nº 0000227-79.2011.5.04.0741 RO, a 5ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região assevera que a Súmula

nº 90 exige duas condições, que devem se configurar simultaneamente. Como já vimos, as condições são: a) que o local de trabalho seja de difícil acesso; e b) que não seja atendido por transporte público. Com base nesses elementos, e entendendo não demonstradas tais condições nesse caso, o Tribunal conclui que o tempo de transporte não pode ser considerado como tempo de trabalho.

No mesmo sentido, o acórdão proferido no processo nº 0001084-40.2010.5.04.0522 RO, em que a 9ª Turma do referido Tribunal considerou que o demandado, para se eximir do pagamento do tempo de deslocamento, tinha que demonstrar que oferecia transporte aos seus empregados por mera liberalidade, o que restou comprovado pela demonstração de que havia transporte público apto durante o horário do trabalho.

Na jurisprudência brasileira, quando o deslocamento oferecido pelo empregador é oferecido por liberdade de escolha ou conveniência deste, não se considera tempo de trabalho, caso se comprove que o local de trabalho não era de difícil acesso e que existe transporte público até o lugar de trabalho no horário adequado para que o trabalhador possa cumprir a sua jornada de trabalho.

Embasando-se numa legislação mais concreta, a jurisprudência uruguaia salientada gerou outros conceitos.

Deve-se observar que no Uruguai o setor de atividade no qual ultimamente se aborda este tema é o florestal. Aqui é normal que os trabalhadores devam deslocar-se até as *zonas forestadas*, onde deverão exercer as suas atividades. Sendo áreas rurais, onde não há transporte público, é o empregador que oferece o meio de transporte, fato que gera a pretensão de remuneração dos trabalhadores pelo tempo de deslocamento.

Nesses casos, a jurisprudência entendeu (levando em conta o conceito de trabalho efetivo), que o trabalhador está submetido à vontade do empregador e ao seu poder de direção, razão pela qual, embora não esteja cumprindo o seu trabalho específico, se considera tempo à disposição do empregador e, portanto, tempo efetivo de trabalho.

A jurisprudência uruguaia estabeleceu que o trabalhador não tem liberdade de ação ao estar confinado no meio de transporte. Os empregadores demandados usaram como defesa que o trabalhador durante o trajeto pode ler, escutar música, comer, etc., e por isso não estaria à disposição do empregador. A jurisprudência tem entendido que o que se avalia na hora de analisar esse matéria é a liberdade de ação, a liberdade de movimento, concluindo que durante o percurso da viagem o trabalhador não pode fazer o que quer, mas sim que está

subjugado à vontade do empregador dentro do transporte que o leva até o seu local de trabalho. Esta situação de subordinação é o que leva a jurisprudência a entender que este tempo de deslocamento, quando supera o horário legal ou convencional, deve ser considerado como horas extras.

Entretanto, atendendo aos requisitos exigidos pelo artigo 9º do Decreto de 29/10/57 antes citado, a jurisprudência, por unanimidade, exige que se demonstre que o transporte oferecido pelo empregador consumiu mais de uma hora e que, embora no caso jurisprudencial em comento não exista controvérsia sobre a distância superior a um quilômetro, esse também é um requisito da legislação uruguaia.

Dessa forma, o *Tribunal de Apelaciones de 1º Turno*, nas decisões nº 48/2010 e 138/2010, sinala que a prova produzida nos autos revela que no tempo de deslocamento gastava-se mais de uma hora para a ida e o mesmo tempo para o retorno, portanto, excedendo-se no caso a limitação da lei trabalhista. Sendo assim, deve-se considerar como tempo trabalhado e como hora extra e, portanto, remunerar-se com o acréscimo correspondente. A mesma postura é adotada pelo *Tribunal de Apelaciones de 2º Turno* na decisão nº 195/2009.

Este Tribunal também esclarece, na decisão nº 199/2008, que a norma não exige que se supere a hora em ambos os percursos, ida e volta, sendo suficiente que apenas um deles supere a hora para que esta seja computada como hora trabalhada.

Observando as duas jurisprudências, podemos perceber uma divergência importante. De fato, a jurisprudência uruguaia considera que somente pelo fato objetivo de o empregador assumir o transporte do trabalhador, caso o tempo de deslocamento exceda uma hora de duração e que o trajeto seja superior a um quilômetro, considera-se tempo de trabalho, sem importar se isso beneficia ou não o trabalhador, já que se pressupõe que existe uma motivação de conveniência para o empregador que, dessa forma, assegura que os seus trabalhadores estejam a tempo no seu local de trabalho. Enquanto isso, para a jurisprudência brasileira, o tempo que dura o deslocamento não é relevante, mas sim o é o acesso difícil ao local de trabalho e a falta de transporte público, condições que devem ocorrer simultaneamente. Caso contrário, o critério adotado é no sentido de que o deslocamento por conta do empregador é uma mera opção, que não gera pagamento de hora extra por não ser considerado tempo de trabalho.

Conclusões

Com relação ao tempo de trabalho é evidente que ambas as jurisprudências desenvolveram conceitos que se apoiam na natureza de ordem pública das normas vigentes em cada país.

Coincidentemente, ambas as jurisprudências diferenciam o tempo de trabalho efetivo e o tempo à disposição do empregador para aplicar o critério de horas extras.

Cabe destacar que a jurisprudência brasileira adotou decisões inovadoras que de alguma forma cumprem com o objetivo tuitivo do Direito do Trabalho. Faz referência ao princípio da estabilidade econômica como fundamento da decisão judicial que opta por favorecer a previsibilidade do salário e por proteger a renda salarial do trabalhador dependente, gerando um conceito que mostra uma tendência a abandonar duas ideias que na jurisprudência uruguaia parecem estar muito presentes. Referimo-nos à ideia do contrato de trabalho como instrumento de regulação da relação laboral e ao conceito de *jus variandi*, arraigado no exercício do poder de direção do empregador.

Por último, as circunstâncias em que se desenvolvem as atividades em alguns setores produtivos determinaram que o alcance do conceito de jornada ou tempo de trabalho viesse a englobar situações nas quais o trabalhador ainda não começou a trabalhar, mas que, pelas circunstâncias em que se desenvolve o trabalho, é a ele imposta uma situação de perda de liberdade. O fato de não poder o trabalhador dispor do seu tempo em benefício próprio é determinante nesta jurisprudência para enquadrar dentro do conceito de jornada de trabalho o tempo que se gasta com o deslocamento até o local da prestação laboral. A jurisprudência comentada confirma que a natureza comutativa da relação laboral não se mede com base em um critério aritmético, mas sim levando em conta o grau de liberdade do homem que trabalha.