

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 16/10/2012

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/34067-brevi-coment-rios-sobre-as-novas-s-mulas-e-orienta-es-jurisprudenciais-do-tst>

Autore: Vólia Bomfim Cassar

Brevi comentários sobre as novas súmulas e orientações jurisprudenciais do tst

BREVES COMENTÁRIOS SOBRE AS NOVAS
SÚMULAS E ORIENTAÇÕES
JURISPRUDENCIAIS DO TST

Vólia Bomfim Cassar¹

1. CONTRATO POR PRAZO DETERMINADO X
ESTABILIDADE

A data final do contrato a **termo** não se protraí em virtude de estabilidades, não se suspende em decorrência de doenças ou acidentes sofridos² pelo empregado, nem se interrompe em virtude de feriados, domingos ou férias. Nesse sentido, a antiga redação do inciso III da Súmula n° 244 do TST que interpretava extensivamente o art. 472, §²º da CLT que é neste sentido. A posição majoritária na doutrina^{3,4} não aceita a dilação do contrato a termo pelas causas ora mencionadas. Entretanto, em setembro de 2012, o TST alterou radicalmente seu posicionamento para defender a manutenção da estabilidade da gestante (III, da Súmula n. 244 do TST) e do acidentado (Súmula 378, III do TST) mesmo nos contratos por prazo determinado. Continuamos com a tese de que a estabilidade é adquirida durante o contrato, mas não após o termo final, como explicado abaixo.

De acordo com a nova redação das Súmulas 244 e 378 do TST:

Súmula 244, III:

III. A empregada gestante tem direito à estabilidade provisória prevista no art. 10, inciso II, alínea “b”, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, mesmo na hipótese de admissão **mediante contrato por tempo determinado. (grifos nossos).**

Súmula 378, III:

III – O empregado submetido a **contrato de trabalho por tempo determinado** goza da garantia provisória de emprego, decorrente de

¹ Vólia Bomfim Cassar é mestre em Direito Público pela UNESA, Doutora em Direito e Economia pela UGF, pós-graduada lato sensu em Direito do Trabalho pela UGF, pós-graduada lato sensu em Processo Civil e Processo do Trabalho pela UGF, Coordenadora do curso de Direito da Unigranrio, Juíza do Trabalho e autora de obras jurídicas.

² Godinho sustenta que, em caso de acidente de trabalho ou doença profissional, o empregado, mesmo que admitido por um contrato a termo, se beneficiará da garantia de emprego de um ano prevista no art. 118 da Lei n° 8.213/91. Porém, esta é uma posição minoritária. DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2004, p. 570-571.

³ MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 103.

⁴ MARANHÃO, Délio. *Direito do Trabalho*. 11. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1983, p. 158.

acidente de trabalho, prevista no art. 118 da Lei nº 8.213/91. (grifos nossos).

Garantir o emprego durante todo o período da estabilidade, mesmo que perdure mais que a vigência do contrato determinado é o mesmo que acabar com algumas espécies de contratos determinados típicos.

A empregada que está terminando o curso de aprendizagem, aos 24 anos (idade máxima), e/ou cujo prazo de 2 anos está se esgotando, como previsto no artigo 428 da CLT e que, no último mês, engravida, terá o contrato de aprendizagem prorrogado? Mesmo que tenha se formado, se ausente da escola ou saia do curso de formação metódica?

A temporária, regida pela Lei n. 6.019/74, cujo contrato determinado não pode ultrapassar a 3 meses (salvo prorrogação autorizada), que engravida ou se acidenta, e, por isso, em virtude da estabilidade, ultrapassa o prazo legal, terá seu vínculo formado com o tomador, mesmo não havendo mais necessidade de seus serviços? Se, por exemplo, foi contratada para substituir as férias de 30 dias da secretária Maria de Lourdes, empregada do tomador (motivo do contrato temporário: substituição de pessoal regular e permanente da empresa cliente) e a temporária engravida, o que fazer? Ela continuará substituindo a secretária do tomador mesmo depois do seu retorno ou ficará à sua disposição, ou à disposição da empresa temporária? De terceirização lícita passará a ilícita?

Outros muitos exemplos poderiam ser citados aqui, mas basta ler as decisões que antecederam e inspiraram as alterações aqui discutidas.

Na verdade, **todos** os precedentes se basearam na impossibilidade de discriminação da gestante ou do acidentado quando o contrato tivesse sido ajustado por **experiência**. Isto se explica porque o fim do contrato tem cunho subjetivo (passar ou não na experiência), o que poderia ensejar discriminação. Ora, melhor teria sido inverter o ônus da prova na hipótese de ocorrência de estabilidade durante o contrato de experiência, de tal forma que ao empregador caberia o encargo de comprovar que não foi discriminatório o fato da empregada não ter sido aprovada na experiência. Além disso, os respectivos incisos deveriam ter sido expressos no sentido de que a regra só se aplica ao **contrato de experiência** e não aos demais tipos de contratos por prazo determinados.

Outra sugestão é estender a regra para todos os tipos de estabilidades, mas apenas

nos contratos de experiência. Ora, por que só dois tipos de estabilidades ultrapassam o contrato a termo? Por que não as demais?

Estas e outras questões tornam frágeis os novos entendimentos do TST.

Ainda adotamos a tese de que a estabilidade, qualquer que seja o tipo, é adquirida até o fim do contrato por prazo determinado, mas não depois de seu prazo, pois não há despedida e sim caducidade do contrato. O contrato nasce com dia ou momento certo para romper, cláusula ajustada legalmente ou contratualmente desde a admissão. Não surpreende as partes e não viola direitos.

Explico.

Implementado o termo final, o contrato rompe-se naturalmente, dispensando a declaração das partes ou qualquer notificação neste sentido. Isto porque, na verdade, não há dispensa ou pedido de demissão. Há morte natural do contrato. A **estabilidade**, a **suspensão** ou a **interrupção** do contrato restringem o exercício do poder potestativo do empregador e, por isso, **impedem a despedida imotivada**. Porém, quando o contrato chega ao seu termo final, não há despedida, pois as partes já tinham ciência, desde seu início, do momento ou data da terminação. Há morte natural.

Todavia, não se deve confundir duas situações distintas: a) quando a interrupção, suspensão ou estabilidade começa e termina dentro do prazo de vigência do contrato a termo, hipótese em que não poderá haver despedida arbitrária antes do termo, pois ainda vigente o ajuste; b) quando no momento do término, o contrato por prazo certo estiver suspenso, interrompido ou o empregado ainda for estável, caso em que o contrato se exaure automaticamente em seu termo final.

A estabilidade não protraí o termo final do contrato, pois não houve despedida e sim caducidade. Defendemos que o empregado adquire estabilidade **durante** o ajuste por prazo certo, isto é, tem o empregado o direito de não ser despedido sem justa causa antes do termo final de seu contrato por prazo determinado se for detentor de algum tipo de estabilidade. O empregador não poderá rescindir, sem justo motivo, antecipadamente, o contrato por prazo determinado, na forma do art. 479 da CLT. Se o fizer, pagará a totalidade dos salários pelo período da estabilidade, limitados ao termo final do contrato. Neste sentido, o § 4º do art. 1º da Lei nº 9.601/98, que ressalva a aquisição de algumas estabilidades até o termo final do contrato. Da mesma forma Sérgio Pinto Martins.⁵

A extinção do contrato por prazo determinado pode ocorrer quando do implemento do

⁵ MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 107.

termo final ou de forma antecipada. Se ocorrer em seu termo final, morte natural, não enseja o pagamento do pré-aviso (exceto quando contiver cláusula assecuratória de rescisão antecipada) e da indenização compensatória de 40% sobre o FGTS, nem acoberta os diversos tipos de estabilidades (salvo o entendimento contido nas Súmulas nº 244, III e 378, III do TST), ou o pagamento do seguro-desemprego.

A extinção antecipada do contrato a termo, sem justa causa, de iniciativa do empregador dá direito ao empregado receber metade da remuneração a que teria direito se rompido na data ajustada (art. 479 da CLT), salvo nos casos das Leis nº 10.097/00 (art. 433, § 2º, da CLT), 9.601/98 e Decreto-Lei nº 691/69.

Ressaltamos a existência de controvérsias (corrente minoritária) em relação à aplicação ou não dos arts. 479 e 480 da CLT a contratos de termo incerto ou subordinados à condição resolutiva, bem como nas hipóteses em que o empregado tem estabilidade no curso do contrato a prazo.

Dessa forma, se o contrato a termo foi ajustado por dois anos e o empregador demite, sem justa causa, o empregado no término do primeiro ano, deverá pagar uma **indenização** (art. 479 da CLT) correspondente à metade da remuneração do período que faltava (ou à remuneração de seis meses), além das parcelas **resilitórias** calculadas sobre o período trabalhado (saldo de salário, 13º proporcional, férias proporcionais +1/3 e levantamento do FGTS).

Apesar de a lei utilizar a expressão “remuneração”, a indenização é calculada sobre o **salário-base**, excluído de qualquer outra vantagem.

Além disso, o trabalhador ainda tem direito aos **40% sobre o FGTS** (art. 14 do Decreto nº 99.684/90 c/c IN-FGTS nº 3/96, III, item 4, *b*). Amauri Mascaro⁶ adota a mesma opinião. Se preenchidos os requisitos, neste caso também receberá as guias do **seguro-desemprego**.

Todavia, esta posição por nós adotada não é unânime na doutrina e na jurisprudência. Valentin Carrion⁷ entende que os 40% sobre o FGTS não são devidos quando da rescisão antecipada do contrato a termo, alegando que o decreto não poderia ter concedido direito não previsto na lei.

Mesmo nas rescisões antecipadas o empregado não tem direito ao aviso prévio, pois no lugar deste receberá a indenização prevista no art. 479 da CLT. O direito ao aviso

⁶ *Apud* CARRION, Valentin. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 364.

⁷ *Idem*.

prévio será concedido ao trabalhador quando o contrato por prazo certo contiver cláusula assecuratória de rescisão antecipada recíproca, desde que esta seja utilizada (art. 481 da CLT c/c Súmula nº 163 do TST), assim como a indenização adicional de 40%.

Apesar de a lei utilizar a expressão **remuneração**, a natureza desta indenização **não** é salarial. Por isso não integra o tempo de serviço, não incidindo sobre as férias, FGTS e trezenos pagos na rescisão.

2. CÁLCULO DO DIVISOR DAS HORAS EXTRAS

O cálculo das horas extras deve ser feito a partir do salário do empregado mensalista, que deve ser dividido pelo número de horas trabalhadas no mês.

O total de horas mensais é obtido pelo número total de horas semanais x cinco semanas (ficção trazida pela CLT para dar segurança jurídica).

Assim, para os empregados que trabalham 8 horas por dia e 44 semanais, deve-se dividir o salário por 220 (horas), para se descobrir o valor do salário-hora. A partir daí o cálculo das horas extras é fácil, pois basta multiplicar o valor do salário-hora pelo número de horas extras laboradas no mês, acrescidas de 50% – arts. 64, 65 e 478, §§ 2º e 3º, da CLT c/c Súmulas nºs 343 e 431⁸ do TST.

De acordo com a CLT:

Art. 64. O salário-hora normal, no caso de empregado mensalista, será obtido dividindo-se o salário mensal correspondente à duração do trabalho, a que se refere o art. 58, por 30 (trinta) vezes o número de horas dessa duração.

Parágrafo único. Sendo o número de dias inferior a 30 (trinta), adotar-se-á para o cálculo, em lugar desse número, o de dias de trabalho por mês.

Art. 65. No caso do empregado diarista, o salário-hora normal será obtido dividindo-se o salário diário correspondente à duração do trabalho, estabelecido no art. 58, pelo número de horas de efetivo trabalho.

Divide-se o valor do salário por 30, se mensalista, e por 15, se quinzenalista, para se descobrir o valor do salário-dia.

O divisor 220 é obtido pelo resultado de 44 horas semanais x cinco semanas mensais (44 x 5 = 220). Isto porque há presunção de que todos os meses têm 30 dias ou cinco

⁸ **SÚMULA Nº 431:** “SALÁRIO-HORA. 40 HORAS SEMANAIS. CÁLCULO. APLICAÇÃO DO DIVISOR 200. Aplica-se o divisor 200 (duzentos) para o cálculo do valor do salário-hora do empregado sujeito a 40 (quarenta) horas semanais de trabalho.”

semanas, salvo o do professor, pois a lei é expressa no sentido de que o mês do professor tem quatro semanas e meia (art. 320, parágrafo único da CLT).

Ex.: Para os que têm jornada de cinco horas por dia, seis dias na semana, logo de 30 horas semanais, basta multiplicar este número por cinco semanas para obter o resultado de 150 horas mensais trabalhadas. Então este (150) será o divisor. Nesse sentido, o art. 305 é expresso para os jornalistas.

Apesar de o bancário trabalhar seis horas por dia, durante cinco dias, logo, 30 semanais, o divisor não é 150, como aparenta, mas sim 180, porque a jurisprudência estranhamente entendeu que o sábado é dia útil não trabalhado. Entretanto, de acordo com a Súmula 124 do TST, se, por força do ajuste ou norma coletiva o sábado for considerado como dia de repouso remunerado o divisor será 150.

De acordo com a Súmula 124 do TST:

BANCÁRIO. SALÁRIO-HORA. DIVISOR (redação alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 14.09.2012)

I – O divisor aplicável para o cálculo das horas extras do bancário, se houver ajuste individual expresso ou coletivo no sentido de considerar o sábado como dia de descanso remunerado, será:

- a) 150, para os empregados submetidos à jornada de seis horas, prevista no caput do art. 224 da CLT;
- b) 200, para os empregados submetidos à jornada de oito horas, nos termos do § 2º do art. 224 da CLT.

II – Nas demais hipóteses, aplicar-se-á o divisor:

- a) 180, para os empregados submetidos à jornada de seis horas prevista no caput do art. 224 da CLT;
- b) 220, para os empregados submetidos à jornada de oito horas, nos termos do § 2º do art. 224 da CLT.

Entendemos que o TST se equivocou na nova redação da Súmula 124, pois o bancário que tem remunerado o dia de sábado (por contrato ou norma coletiva) deveria ter o divisor 180, já que trabalha 5 dias e recebe por 6, isto é, recebe mais um dia para não trabalhar, logo, este dia é computado no tempo de serviço, como se tivesse trabalhado. A partir daí é fácil concluir que as 6 horas trabalhadas por dia vezes 6 dias na semana é igual a 36 horas semanais x 5 semanas é igual a 180. Se, ao contrário, trabalha apenas 5 dias na semana e recebe apenas por estes, logo o divisor deveria ser 150.

3. PORTADOR DO VÍRUS HIV OU DE DOENÇA GRAVE QUE SUSCITE ESTIGMA

Os portadores do vírus HIV ou de qualquer outra doença grave, que suscite ou não

estigma, não têm direito à estabilidade pelo simples fato de estarem acometidos por pela doença, apesar da relevante questão social da matéria. As estabilidades decorrem de lei e esta não tem amparo legal. Da mesma forma Alice Monteiro⁹ e Sergio Pinto Martins.¹⁰

Todavia, nada impede de a norma coletiva ou interna do empregador criar este direito aos empregados portadores de AIDS ou outras doenças.

O que não se admite é a dispensa discriminatória. Esta sim pode ensejar a sua reintegração no emprego com base na Lei nº 9.029/95.

Defendemos que a pedra de toque é a discriminação e não uma suposta estabilidade. Assim, quando o tem ciência da doença e, logo em seguida, demite o portador do vírus HIV, pratica ato discriminatório.

O TST consagrou que a dispensa de trabalhador portador de doença grave que suscite estigma ou preconceito é discriminatória, como abaixo transcrito:

SÚMULA N.º 443
DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. PRESUNÇÃO. EMPREGADO PORTADOR DE DOENÇA GRAVE. ESTIGMA OU PRECONCEITO. DIREITO À REINTEGRAÇÃO. Presume-se discriminatória a despedida de empregado portador do vírus HIV ou de outra doença grave que suscite estigma ou preconceito. Inválido o ato, o empregado tem direito à reintegração no emprego.

Ora, como presumir uma discriminação se o empregador não tinha conhecimento do fato? Como discriminar aquilo que se desconhece? Por outro lado, como exigir que o trabalhador revele sua doença ao empregador? A intimidade e privacidade são bens da personalidade. Logo, há conflito de interesses. De um lado, a presunção de inocência, isto é, de que a despedida é um direito e que ela é válida se o empregador não tinha ciência da doença do empregado. Por outro lado, o direito à privacidade, isto é, o direito do trabalhador de não noticiar sua doença ao patrão. Diante do conflito de interesses a solução está na ponderação dos valores defendidos. Ora, não se pode presumir que alguém é culpado.

Sugerimos que a solução esteja na presunção de discriminação desde que comprovado que o patrão tinha ciência da doença.

4. EFEITOS DAS CLÁUSULAS NORMATIVAS

⁹ *Ibidem*, p. 943.

¹⁰ MARTINS, Sérgio Pinto, *op. cit.*, p. 375.

PREVISTAS EM ACORDOS OU CONVENÇÕES COLETIVAS NOS CONTRATOS DE TRABALHO

As cláusulas normativas previstas nos convênios coletivos aplicam-se para todos os membros da categoria, associados ou não associados – art. 611 da CLT. Enquanto vigentes as partes convenientes ou acordantes estão obrigadas a cumpri-las, salvo quando contrariar a lei.

Após o término da vigência das convenções e acordos coletivos, os empregadores não estarão mais obrigados a cumpri-las?

Não há dúvidas que para os empregados admitidos após o término da vigência da norma, os empregadores não estarão obrigados a tanto. Entretanto, quanto àqueles empregados que receberam as benesses de forma habitual durante a vigência do instrumento coletivo, a doutrina e a jurisprudência são pendulares e ainda não se posicionaram num só sentido.

Alguns afirmam que os benefícios podem ser suprimidos em face do término da vigência, pois criados de forma condicional, isto é, enquanto vigente a norma, mesmo que não tenha sido efetuada outra norma posterior. Posicionam-se neste sentido: Wilson Campos Batalha,¹¹ Antônio Álvares da Silva¹² e Gabriel Saad.¹³ A antiga redação do inciso I da Súmula nº 277 do TST também se posicionava no sentido da não incorporação definitiva das cláusulas normativas decorrentes de sentenças normativas, acordos ou convenções coletivas nos contratos de trabalho. Mesmo depois da modificação Extinta a vigência da norma coletiva os empregadores poderão suprimir as benesses normativas concedidas. Também adotamos esta corrente. Maurício Godinho¹⁴ denomina esta corrente de “aderência limitada pelo prazo”.

As normas coletivas criam direitos de caráter privado, complementando a lei e propiciando a melhoria da condição social do trabalhador. Os direitos por elas criados têm natureza distinta daqueles concedidos por lei, que se incorporam de forma definitiva aos contratos de trabalho. Em regra, as leis não têm vigência temporária, distinguindo-se, também neste aspecto, da precariedade das normas coletivas.

Ademais, um dos princípios do direito coletivo é o da adaptabilidade das vantagens trabalhistas à realidade econômica da empresa(s), daí o motivo da sua vigência temporária.

¹¹ *Apud* SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas; TEIXEIRA, Lima. *Instituições de Direito do Trabalho*. 21. ed. São Paulo: LTr, 2003, v. 1, p. 345.

¹² *Apud* ROMITA, Arion Sayão. *Os direitos sociais na Constituição e outros estudos*. São Paulo: LTr, 1991, p. 328.

¹³ SAAD, Eduardo Gabriel. *Consolidação das leis do trabalho comentada*. São Paulo: LTr, 2004, p. 454.

¹⁴ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2007, p. 1.399.

Assim, quando a empresa estiver bem, com boa lucratividade, os trabalhadores podem obter maiores vantagens, quando seus lucros estiverem pequenos ou comprometidos, os benefícios serão reduzidos e, ainda, quando atravessar dificuldades financeiras, alguns direitos legais poderão ser flexibilizados (reduzidos). Também sob este ponto de vista, não se justifica a incorporação definitiva das cláusulas normativas aos contratos de trabalho, pois impediria as empresas de se adaptar às realidades econômicas em épocas de crise.

Acresce mais que, as condições mais favoráveis ao operário só se incorporam ao contrato de trabalho quando concedidas de forma habitual e incondicionalmente (princípio da prevalência da condição mais favorável). Não é o caso das normas coletivas, já que suas benesses são concedidas sob condição resolutiva: a vigência da norma.

Nesse sentido, o art. 613, IV, da CLT:

Art. 613. As convenções ou acordos deverão conter obrigatoriamente:

(...)

IV – Condições ajustadas para reger as relações individuais **durante a sua vigência** (grifos nossos).”

Pelos motivos expostos defendemos que as cláusulas normativas das convenções e dos acordos coletivos, assim como as das sentenças normativas, só integram o contrato de trabalho durante a vigência da norma. Extinta a norma, mesmo que outra não seja ajustada, as benesses podem ser suprimidas, salvo quanto ao reajuste salarial concedido, já que o salário não pode sofrer redução (art. 7º, VI, da CRFB), a menos que outra norma coletiva o faça.

Por outro lado, Mozart Victor Russomano,¹⁵ Otávio Bueno Magano,¹⁶ José Augusto Rodrigues Pinto¹⁷ e Délio Maranhão¹⁸ acreditam que o direito criado pela norma coletiva se incorpora ao contrato de trabalho do empregado e não poderá mais ser suprimido, mesmo após a expiração do prazo de vigência da norma coletiva. Apontam o art. 468 da CLT e o direito adquirido como embasamento da tese. Maurício Godinho¹⁹ denomina esta teoria de “aderência irrestrita”.

¹⁵ RUSSOMANO, Mozart Victor. *Comentários à consolidação das leis do trabalho*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 706.

¹⁶ MAGANO, Otávio Bueno. *Manual de Direito do Trabalho*. Direito coletivo do trabalho. 3. ed. São Paulo: LTr, 1993, v. 3, p. 176.

¹⁷ PINTO, José Augusto Rodrigues. *Direito sindical e coletivo do trabalho*. São Paulo: LTr, 1998, p. 219.

¹⁸ MARANHÃO, Délio. *Direito do Trabalho*. 11. ed. Rio de Janeiro: Editora da Fundação Getúlio Vargas, p. 322.

¹⁹ *Ibidem*, p. 1.399.

Em outra posição, autores como Arnaldo Süssekind,²⁰ Orlando Gomes,²¹ Arion Romita²² e Valentin Carrion²³ sustentam a **ultra-atividade**²⁴ das cláusulas normativas que o direito normativo vigorará para aqueles empregados até que outra norma expressamente o suprima, modifique ou altere. Fundamentam suas teses na Lei nº 8.542/92, art. 1º, §1º, que continha dicção similar. Todavia, o referido artigo bem como seu parágrafo, já foi revogado pela MP nº 1.875-57/99.

Todavia, o TST, alterando radicalmente a posição anterior, adotou a teoria da ultra-atividade, como abaixo transcrito:

SÚMULA N.º 277
CONVENÇÃO COLETIVA DE TRABALHO OU ACORDO COLETIVO DE TRABALHO. EFICÁCIA. ULTRATIVIDADE. As cláusulas normativas dos acordos coletivos ou convenções coletivas integram os contratos individuais de trabalho e somente poderão ser modificadas ou suprimidas mediante negociação coletiva de trabalho.

Renato Rua de Almeida,²⁵ em posição similar à tese de Amauri Mascaro (quarta corrente), sustenta que as cláusulas normativas não vigoram após a extinção da norma coletiva, salvo no que se refere às **vantagens pessoais adquiridas**. Os requisitos para a incorporação definitiva são: o trabalhador ter preenchido as condições exigidas pela norma ainda na sua vigência e que seja um benefício continuado e não episódico. Ex.: Norma prevê estabilidade definitiva para os empregados que contassem com mais de 10 anos de casa. Se o trabalhador completou o tempo exigido (10 anos) ainda na vigência da norma, mesmo após a sua vigência, a estabilidade estaria garantida. Parece que a OJ nº41 da SDI-I é no mesmo sentido.

Amauri Mascaro do Nascimento²⁶ separa os tipos de cláusulas para análise das que podem e das que não podem integrar. Informa que as cláusulas obrigacionais jamais se incorporam ao contrato de trabalho, enquanto as normativas podem ou não. Para tanto,

²⁰ SÜSSEKIND, Arnaldo. *Curso de Direito do Trabalho*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 584.

²¹ GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Élson. *Curso de Direito do Trabalho*. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 614.

²² ROMITA, Arion Sayão. *Os direitos sociais na Constituição e outros estudos*. São Paulo: LTr, 1991, p. 335.

²³ CARRION, Valentin. *Comentários à consolidação das leis do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 28. ed. atualizado por Eduardo Carrion, 2003, p. 453.

²⁴ A proposta de reforma sindical prevê a possibilidade de efeito ultra-ativo até 90 dias após a vigência da norma coletiva.

²⁵ ALMEIDA, Renato Rua. “Das Cláusulas Normativas das Convenções Coletivas de Trabalho: Conceito, Eficácia e Incorporação nos Contratos Individuais de Trabalho”. São Paulo: *Revista LTr* 60-12, dez. 1996, p. 1.602.

²⁶ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Compêndio de direito sindical*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2005, p. 357.

analisa a natureza e o prazo de vigência das cláusulas, para concluir quais sobrevivem e quais desaparecem. Acresce que “um adicional de tempo de serviço é, por sua natureza, algo que se insere nos contratos individuais de trabalho, se as partes não estipularam condições ou limitações à sua vigência. Um adicional de horas extraordinárias é obrigação que, tendo em vista sua natureza, vigora pelo prazo em que a convenção coletiva perdurou.”

Por enquanto, a questão parece estar solucionada pela nova redação da Súmula 277 do TST.

5. SOBREAVISO E TEMPO À DISPOSIÇÃO DO EMPREGADO — TELETRABALHO

O legislador trabalhista considerou o tempo que o empregado fica à **disposição** do empregador, como sendo tempo de serviço prestado. Esta ficção legal teve a finalidade de proteger o obreiro dos abusos do poder econômico, porventura cometidos pelo patrão, tais como: intervalos não previstos em lei, tempo de espera de serviço quando em trabalho, horas de itinerário, tempo à disposição decorrente da limitação do direito de ir e vir etc.

Assim, todo o tempo em que o empregado permanecer à **disposição** da empresa, trabalhando ou não, deverá ser computado na jornada. O tempo à disposição independe das atribuições que estão sendo ou não exercidas, ou até do local onde o empregado se encontre, isto é, dentro ou fora do estabelecimento.

Todavia, a lei preferiu contemporizar esta regra, quando adotou sistema menos rígido para os ferroviários e aeronautas (sobreaviso ou prontidão). Isto porque, nestes casos, a lei fixou valores inferiores para remunerar o **trabalho** (tempo à disposição). O mesmo ocorreu com os motoristas profissionais de passageiros e cargas regidos pela Lei nº 12.619/12 (tempo de espera).

A lei estabeleceu como **sobreaviso** o tempo que o **ferroviário** permanecer em sua casa aguardando o chamado para o serviço, devendo este tempo durar, no máximo, 24 horas e ser remunerado na razão de 1/3 da hora normal (§ 2º do art. 244 da CLT).

Preferiu o legislador amenizar os efeitos do art. 4º da CLT, pois não concedeu a paga da hora cheia, mas apenas de 1/3 da hora normal. Isto se explica porque, apesar de limitado o direito de ir e vir, o trabalhador permanecia no conforto de seu lar, aguardando o chamado do patrão e por se tratar de atividade pública essencial à população, passível de imprevistos.

Aos **petroleiros** foi garantido o **sobreaviso** – art. 5º, § 1º, da Lei nº 5.811/72, cuja remuneração corresponde à hora extra, logo, contraprestacionado na razão da hora + 50%.

O **sobreaviso** também foi estendido aos **aeronautas** pelo período máximo de 12 horas e remunerado a 1/3 da hora normal, desde que não ultrapasse a dois sobreavisos por semana ou oito por mês – art. 25 da Lei nº 7.183/84.

A jurisprudência fixou o **sobreaviso** do **eletricitário** em 1/3 da totalidade das parcelas de natureza salarial, por aplicação analógica do art. 244, § 2º, da CLT – Súmula nº 229 do TST.

Quando o trabalhador fica obrigado a portar qualquer tipo de intercomunicador, como BIP, celular, *pager*, rádio ou *laptop* para ser chamado, vez ou outra, para trabalhar ou para resolver problemas da empresa à distância, fora do horário de trabalho, terá direito à remuneração deste tempo à disposição¹. Ora, não se pode comparar o empregado que, ao final da jornada, pode se desligar do trabalho e relaxar, com aquele que, apesar de ter saído do ambiente de trabalho ao final da jornada, ainda leva consigo um prolongamento do ofício, tendo que responder com habitualidade aos chamados do empregador. Da mesma forma Alice Monteiro de Barros.²

O trabalhador tem direito à “**desconexão**”²⁷, isto é, a se afastar totalmente do ambiente de trabalho, preservando seus momentos de relaxamento, de lazer, seu lar e domicílio contra as novas técnicas invasivas que penetram na vida íntima do empregado.

É certo que a limitação do direito de ir e vir imposta por estes aparelhos é bem mais amena e suave que a preconizada pelo art. 244, § 2º, da CLT, pois o raio de atuação está cada vez maior. Apesar do trabalhador não permanecer em casa aguardando ordens, como os antigos ferroviários, deve ter remunerado este desconforto de ficar preocupado todo o tempo com a área de atuação do aparelho, com o sinal, com o local onde está, com os chamados não atendidos, com os problemas que terá que resolver à distância etc. Afinal, esta garantia também decorre do art. 4º da CLT, cujo efeito excepcionalmente foi amenizado pelo legislador para o ferroviário, por se tratar de serviço essencial à população (transporte), assim como o fez para o aeronauta. O tempo que o empregado está aguardando a chamada é de **sobreaviso** e como tal deve ser remunerado (1/3 da hora normal). Já os chamados em si, isto é, o lapso temporal em que o trabalhador fica ao telefone, no computador ou intercomunicador resolvendo problemas da empresa é tempo de trabalho. Se este tempo à disposição ultrapassar o limite legal ou contratual, será considerado como extra.

A jurisprudência evoluiu no mesmo sentido, como reflete a Súmula 428 do TST:

²⁷O direito à desconexão é muito bem explanado e defendido por Souto Maior. Veja http://www.tffadvogados.com.br/artigos/nov_2011/direito_desconexao.pdf

SOBREAVISO. APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 244, § 2º DA CLT. I - O uso de instrumentos telemáticos ou informatizados fornecidos pela empresa ao empregado, por si só, não caracteriza o regime de sobreaviso. II - Considera-se em sobreaviso o empregado que, à distância e submetido a controle patronal por instrumentos telemáticos ou informatizados, permanecer em regime de plantão ou equivalente, aguardando a qualquer momento o chamado para o serviço durante o período de descanso.

6. SUSPENSÃO CONTRATUAL E SEUS EFEITOS SOBRE O CONTRATO DE TRABALHO. MANUTENÇÃO DO PLANO DE SAÚDE?

Durante a suspensão contratual o empregado deixa de prestar serviços temporariamente ao empregador. Este, por sua vez, susta o pagamento dos salários ou qualquer outra contraprestação ou vantagem ao trabalhador. Neste período as principais cláusulas contratuais ficam estáticas, paralisadas.

Todavia, as obrigações acessórias²⁸ continuam em vigor, cabendo, em caso de violação, a rescisão por justa causa. Na verdade, não é o contrato²⁹ que fica suspenso e sim sua execução.

Há quem defenda³⁰ que nos casos de suspensão contratual a paralisação é quase plena e que durante o período o tempo de serviço não é computado, não sendo devido o FGTS nem qualquer outra parcela ao empregado, estando o empregador desobrigado a cumprir o contrato.

Não concordamos com esta posição, pois a suspensão apenas paralisa as cláusulas principais (salário e trabalho) e não as acessórias. Assim, por exemplo, apesar de o contrato estar suspenso, o dever de fidelidade entre as partes continua latente. Não deve o empregado, mesmo afastado, revelar o segredo da empresa; deprestar o patrimônio do empregador, fazer concorrência etc.

²⁸ Apesar de o contrato estar suspenso, o dever de fidelidade entre as partes continua latente. Assim, não deve o empregado, mesmo afastado, revelar segredo da empresa; deprestar patrimônio do empregador, fazer concorrência etc.

²⁹ Esta também é a posição de MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 462.

³⁰ Apesar de Maurício Godinho se posicionar desta forma, aponta o acidente de trabalho e o serviço militar como hipóteses de suspensão contratual. DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2002, p. 1034.

Da mesma forma, o empregador deve respeitar o empregado durante o período de suspensão contratual, abstando-se de divulgar informações que denigram a sua imagem profissional e pessoal.

Dúvida de relevo surge quando o tema diz respeito às utilidades fornecidas durante o contrato, isto é, se elas continuariam ou não a serem fornecidas durante a suspensão.

Imaginemos um empregado acidentado e gravemente ferido que, por força disto, está em gozo de auxílio-doença. Pergunta-se: terá ele direito à manutenção do plano de saúde e da moradia concedida pelo empregador durante o período de suspensão contratual?

Tecnicamente o empregador pode suspender todos os efeitos pecuniários ou patrimoniais do contrato, pois as cláusulas contratuais ficam totalmente paralisadas, já que a execução do contrato é sustada. Assim, de acordo com essa visão fria e literal, pode o empregador suprimir o plano de saúde, ter restituída a moradia, deixar de conceder o vale-transporte, tíquete-refeição etc.

Todavia, a interpretação mais fria da lei e literal nem sempre é a mais justa, principalmente quando afastada da interpretação constitucional, de seus princípios.

Sugerimos que o intérprete analise o motivo da suspensão contratual para decidir a questão. Desta forma, se o empregado está com seu contrato suspenso porque foi eleito dirigente sindical, todas as benesses podem ser suspensas.

O mesmo raciocínio deve ser utilizado caso ele tenha tido seu contrato suspenso por serviço militar obrigatório ou por desempenhar qualquer cargo público civil etc. Por outro lado, caso a suspensão tenha ocorrido por motivo de **acidente ou doença**, a questão se torna mais difícil, já que algumas utilidades, como as relativas à saúde (plano de saúde), foram concedidas exatamente para atender a essas situações excepcionais. Isto atende ao princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio protetivo do direito do trabalho, sem esbarrar na lógica legislativa. Daí por que defendemos que, excepcionalmente, algumas utilidades, dependendo do motivo e da duração da suspensão contratual, devem continuar a ser concedidas, como a manutenção do plano de saúde durante o auxílio doença ou auxílio doença acidentário.

Da mesma forma a Súmula 440 do TST:

**AUXÍLIO-DOENÇA ACIDENTÁRIO.
APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. SUSPENSÃO
DO CONTRATO DE TRABALHO.
RECONHECIMENTO DO DIREITO À
MANUTENÇÃO DE PLANO DE SAÚDE OU DE
ASSISTÊNCIA MÉDICA.** Assegura-se o direito à
manutenção de plano de saúde ou de assistência médica
oferecido pela empresa ao empregado, não obstante suspenso o

contrato de trabalho em virtude de auxílio-doença acidentário ou de aposentadoria por invalidez.

7. CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS DE MORA INCIDENTES SOBRE O VALOR DA INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS.

Reconhecida pela decisão a ocorrência do **dano moral** e fixado ou alterado seu valor, a partir de que momento incidem os **juros de mora** e a **correção monetária**?

A **correção monetária** é o ajuste dos valores feito periodicamente, tendo como base o índice da inflação de um período, objetivando compensar a perda de valor da moeda, na tentativa de manter o poder aquisitivo. Normalmente começa a fluir na data do vencimento da obrigação. Entretanto, em se tratando de indenização decorrente de dano moral, como o valor arbitrado só é conhecido pelo devedor no momento da sentença ou do acórdão, é desta data que começa a correr a correção monetária, conforme entendimento majoritário consagrado pela Súmula 362 do STJ.

A CLT tem regra própria (art. 883) a respeito dos **juros moratórios**, e determina sua contagem a partir da **data do ajuizamento da ação trabalhista**. Todavia, esta também seria a regra para indenização por dano moral?

Os juros equivalem ao valor do aluguel do dinheiro, logo, incidem desde o momento que retido o valor. Ora, se o valor da indenização por dano moral só foi arbitrado (fixado) na data da decisão, os juros só poderiam ser computados a partir desta data.

Da mesma forma José Geraldo da Fonseca³¹, que nos ensina:

Os juros, de sua vez, são o proveito tirado de um capital emprestado, isto é, a prestação devida ao credor como compensação ou indenização pela privação temporária do capital. “Juro é o aluguel do dinheiro”, o fruto jurídico da coisa, e essa coisa é o capital. Juros são acessórios do capital e podem ser compensatórios ou moratórios. Os compensatórios equivalem à recompensa do capital; os moratórios indenizam o credor pelo retardamento no cumprimento da obrigação de pagar. No processo do trabalho, os juros são, em regra, moratórios e legais, têm disciplina própria e contam-se, quando se trata de verbas devidas pela terminação do contrato, sobre o principal corrigido, desde o ajuizamento da ação. A disciplina dos juros no processo do trabalho se altera nos casos de reparação moral. Não se trata,

³¹ <http://www.poisze.com.br/livro/juros-de-mora-e-corre%C3%A7%C3%A3o-monet%C3%A1ria-nas-indeniza%C3%A7%C3%B5es-por-dano-moral-no-processo-do-trabalho>, acessado em 09.10.2012.

como é curial, de compensação pelo capital tomado ao empregado. Na indenização moral não há capital do empregado indevidamente nas mãos do empregador. Da mesma forma, não são tipicamente moratórios porque não indenizam o credor de nenhuma obrigação de pagar. Trata-se, como dito, de indenização civil por ato ilícito. Se juros são o aluguel do dinheiro, e nos casos de dano moral esses juros não punem a mora do devedor porque até a fixação do valor da indenização, em juízo, o devedor não havia caído em mora, obviamente não podem vencer sobre a obrigação de pagar a indenização desde o ajuizamento da ação porque a esse tempo a obrigação ainda não estava constituída, e somente passou a ser exigível com a sentença, ou com o acórdão. Em suma: nas indenizações por danos morais, tanto a correção monetária quanto os juros incidem sobre o valor estabelecido em juízo, a partir de sua fixação na sentença ou no acórdão. Se a indenização já está fixada na sentença, e o tribunal a mantém, os juros e a correção monetária contam-se da data da sentença; se não está na sentença, mas o tribunal a inclui, correção e juros contam-se do dia do acórdão.

Ora, se a correção monetária só começa a fluir a partir da data da sentença ou acórdão que o fixou (Súmula 362 do STJ), como os juros poderiam ser contabilizados em data anterior à fixação do valor devido? Deve-se deflacionar o valor? Por estes motivos, defendemos que tanto os juros como a correção monetária incidem a partir da data de seu arbitramento, pois é neste momento que as partes conhecem o valor devido.

Em sentido contrário, a Súmula 439 do TST:

DANOS MORAIS. JUROS DE MORA E ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA. TERMO INICIAL. Nas condenações por dano moral, a atualização monetária é devida a partir da data da decisão de arbitramento ou de alteração do valor. Os juros incidem desde o ajuizamento da ação, nos termos do art. 883 da CLT.

8. ACORDO DE COMPENSAÇÃO PARA A JORNADA 12

X 36

O regime de **compensação** ocorre quando houver aumento da jornada em um dia pela correspondente diminuição em outro, de forma a garantir o módulo **semanal** de 44 horas ou **mensal** de 220 horas mensais, 440 horas bimestrais, 330 horas trimestrais e, assim por diante, **até o anual** de 2.640 horas (220 horas mensais x 12 meses).

A compensação de jornada é gênero cujas espécies são: compensação **tradicional** e **banco de horas**.

A compensação, para ser válida, deve ser ajustada por escrito, como exige o art.^o 59, *caput* e § 2º, da CLT c/c art. 7º, XIII, da CRFB. A Carta refere-se a, “(...) facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante **acordo** ou convenção coletiva de trabalho” (grifo nosso).

Da leitura do texto constitucional conclui-se que o limite de trabalho de 8 horas por dia pode ser majorado por acordo ou convenção coletiva, isto é, autorizou a flexibilização.

Defendemos que tal **flexibilização** só pode ocorrer mediante intervenção sindical, isto é, só pode ser autorizada sob o manto da **tutela coletiva sindical**, logo, por acordo coletivo ou convenção coletiva. Isto porque, todas as vezes que o texto constitucional permitiu a flexibilização, exigiu a intervenção sindical, como se deduz das expressões: “(...) negociação coletiva...” – art. 7º, XIV, da CRFB; “...convenção ou acordo coletivo (...)” – art. 7º, VI, da CRFB. O fato de ter o legislador constituinte invertido a ordem das palavras “convenção” e “acordo coletivo” para “acordo” e “convenção coletiva”, não altera o sentido e o requisito. Neste mesmo diapasão Arnaldo Süssekind,³² Russomano,³³ Sérgio Pinto³⁴ e aparentemente Amauri Mascaro Nascimento.³⁵ Em sentido contrário Carrion,³⁶ aparentemente Alice Monteiro de Barros,³⁷ Arion Romita³⁸ e Godinho³⁹ e a Súmula nº 85, I e II, do TST. Não concordamos com o argumento de que a inversão foi proposital para abraçar tanto o **acordo individual** como o **coletivo**. A utilização de sinônimos e expressões invertidas num texto lhe confere maior qualidade. Esta teria sido a verdadeira intenção do legislador.

O artigo 59 da CLT estabeleceu outros requisitos para a validade do acordo de compensação, entre eles o limite de 10 horas por dia.

Apesar da limitação expressa na lei a esse respeito, a jurisprudência vem tolerando a compensação de jornada de 12 x 36 (doze horas de trabalho por 36 horas de descanso), desde que efetuado por norma coletiva, sob o argumento de que os convênios coletivos podem flexibilizar a regra contida no art. 59, §^o 2º, da CLT.

³² SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas; TEIXEIRA, Lima. *Instituições de Direito do Trabalho*. 19. ed. São Paulo: LTr, v. 2, 2000, p. 804.

³³ RUSSOMANO, Mozart Vitor. *Curso de Direito do Trabalho*. 7 ed. Curitiba: Juruá, 1999, p. 302.

³⁴ MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

³⁵ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2001, p. 64 e 288.

³⁶ CARRION, Valentim. *Comentários à CLT*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 107.

³⁷ BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2005, p. 636.

³⁸ ROMITA, Arion Sayão. *Direito do Trabalho – Temas em aberto*. São Paulo: LTr, 1998, p. 257.

³⁹ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2002, p. 843-845. O autor excetua o caso de banco de horas, quando entende ser indispensável o ajuste coletivo, porque tal medida é desfavorável à saúde e segurança obreira.

Concordamos com esta posição, hoje consagrada na Súmula 444 do TST, foi o legislador constitucional que autorizou a majoração da jornada de 8 horas, sem qualquer limite, desde que pactuado em convênio coletivo.

Assim dispõe a Súmula 444 do TST:

SÚMULA N.º 444
JORNADA DE TRABALHO. NORMA COLETIVA. LEI.
ESCALA DE 12 POR 36. VALIDADE.

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

Resumindo: Há três exceções ao limite de dez horas por dia: 1-bombeiros civis (Lei nº 11.901/09); 2- motoristas profissionais (Lei nº 12.619/12), pois nestes dois casos a lei autorizou expressamente o regime de trabalho por sistema de compensação 12 x 36.