

ARNALDO SÚSSEKIND

Bancário. Pré-contratação de horas
extraordinárias. Os enunciados
do TST n.º 199 e 291.

- Transação firmada por empregado
substituído processualmente.

P A R E C E R

de

ARNALDO SÚSSEKIND

e

LUIZ INACIO BARBOSA CARVALHO

sobre consulta formulada pelo BANCO DO ESTADO DE SANTA
CATARINA - BESC.

SUMARIO:

- I - Da consulta.....§§ 1 e 2
II - Da tutela especial ao bancário.....§§ 3 a 10
III- Do enunciado nº 199.....§§ 11 a 17
IV - Da pré-contratação de horas extras.....§§ 18 a 21
V - Da aplicação do enunciado 291.....§§ 22 a 25
VI - Da transação firmada por substituído
processualmente.....§§ 26 a 33

Rio de Janeiro

1991

I - DA CONSULTA

1. O Banco do Estado de Santa Catarina - BESC, através de seu Consultor Geral, endereça-nos exposição na qual registra:

"O Banco do Estado de Santa Catarina S.A., sociedade de economia mista estadual, ao admitir parte de seus empregados, desde o primeiro momento, já o fazia contratando-os para uma jornada de 6 horas, que concomitantemente eram acrescidas de 2 horas através de acordo de prorrogação.

Dessa forma, desde o primeiro mês de trabalho o empregado já percebia salário e horas extras.

Alguns outros, ao serem admitidos, também com jornada de 6 horas, eram concomitantemente comissionados, passando, desde o início, a cumprir jornada de 8 horas. Nesses casos a remuneração da função comissionada era feita de modo a suprir o pagamento equivalente, no mínimo, às duas horas extras."

2. Encaminhando documentação alusiva à consulta e decisões proferidas em processos ajuizados por alguns de seus empregados, o Consulente formula diversas indagações que serão transcritas e respondidas nas partes IV, V E VI deste Parecer.

II - DA TUTELA ESPECIAL AO BANCÁRIO

3. A Consolidação das Leis do Trabalho contém normas que regulam, de modo genérico, as relações de trabalho subordinado. Por seu turno, possui disposições especiais, que variam em função das condições peculiares relativas a determinadas atividades profissionais.

reduzido a duração normal do trabalho para seis horas diárias ou 30 por semana, admitindo a prorrogação somente em caráter excepcional até 8 horas diárias e não excedendo de 40 horas semanais (redação da Lei nº 7430/85). ("Instituições de Direito do Trabalho", LTr Editora, 12a. edição, 1991, vol. II, pag. 918).

7. Desse modo, atendendo principalmente a razões de ordem biológica, dispôs o Legislador Trabalhista:

Art. 224. A duração normal do trabalho dos empregados em bancos, casas bancárias e caixa econômica federal será de 6 (seis) horas contínuas nos dias úteis, com exceção dos sábados, perfazendo um total de 30 horas de trabalho por semana.

§ 1º. A duração normal do trabalho estabelecida neste artigo ficará compreendida entre 7 (sete) e 22 (vinte e duas) horas, assegurando-se ao empregado, no horário diário, um intervalo de 15 (quinze) minutos para alimentação.

§ 2º. As disposições deste artigo não se aplicam aos que exercem funções de direção, gerência, fiscalização, chefia e equivalentes, ou que desempenhem outros cargos de confiança, desde que o valor da gratificação não seja inferior a 1/3 (um terço) do salário do cargo efetivo.

Art. 225. A duração normal de trabalho dos bancários poderá ser excepcionalmente prorrogada até oito horas diárias, não excedendo de quarenta horas semanais, observados os preceitos gerais sobre duração do trabalho."

8. É importante asseverar que esse dispositivo, ao longo do tempo, vem sofrendo modificações. Inicialmente a duração normal do trabalho dos bancários era de 6 horas diárias ou trinta e seis se-

4. Segundo a opinião de EDUARDO GABRIEL SAAD tal ocorre porque "motivos de ordem biológica, sociológica e econômica - dizem unanimemente os bons autores-levam o legislador a disciplinar, de maneira especial, determinadas atividades profissionais. A presença de um ou mais daqueles objetivos tem servido para normas reguladoras de certas tarefas. Não se faz mister, para tanto, que os três apontados elementos sejam levados em conta. ("CLT comentada", LTr Editora, 1991, pag. 177).

5. Foi o que aconteceu em relação aos bancários no que se refere à duração da jornada de trabalho (artigo 224 e seguintes da CLT), tendo em vista, ainda segundo as palavras de SAAD, que "o fator determinante do tratamento diferenciado que recebe na Consolidação é de natureza biológica. É inegável que ele está sujeito ao que se chama de fadiga psíquica. Seu trabalho exige, permanentemente, atenção e o traz sob extenuante tensão." (opus citado, pag. 177).

6. SEGADAS VIANNA também comunga com este entendimento acentuando que "As peculiaridades do exercício das atividades bancárias, propriamente ditas, colocam-nas, sem a menor dúvida, entre as profissões penosas extenuantes. A complexidade das operações, as responsabilidades no manuseio de grandes somas e até mesmo a posição de trabalho curvado sobre a mesa, provocam, ao fim de curto tempo, o extenuamento do empregado bancário. Problemas de sistema nervoso e o de dores decorrentes da compressão da coluna vertebral são costumeiramente levados à Previdência Social para a obtenção de tratamento e de licenças prolongadas. Daí o legislador haver

manais. Posteriormente, mantido o limite diário de seis horas contínuas, o limite semanal foi alterado para trinta e três horas e, atualmente, está fixado em trinta horas (redação introduzida pela lei nº 7430/85).

9. Apesar de a matéria estar regulada em dois únicos artigos e dois parágrafos, a mesma vem sendo, de modo reiterado, questionada perante a Justiça do Trabalho, gerando a edição de vários enunciados que integram a súmula de jurisprudência do Egrégio Tribunal Superior do Trabalho.

10. Uma advertência cabe ser feita, tal como assinalou o 1º signatário em livro sobre o tema:

"As normas que estabelecem condições especiais de trabalho são aplicáveis às situações a que se destinam, sem prejuízo da incidência dos preceitos gerais que não lhes contrariem" ("Comentários à CLT e à Legislação Complementar", Rio, Freitas Bastos, 1961, vol. II, pag. 74).

III - DO ENUNCIADO Nº 199

11. Como a consulta se baseia, sobretudo, na pré-contratação de trabalho extraordinário, matéria que foi objeto do enunciado nº 199 da Súmula/TST, nossos comentários a este se restringirão.

12. Dispõe o referido enunciado:

"A contratação do serviço suplementar, quando da admissão do trabalhador bancário, é nula. Os valores assim ajustados apenas remuneram a jornada normal, sendo devidas as horas extras com o adicional de 25% (vinte e cinco por cento)."

13. Esse enunciado foi editado em 06/05/85 por maioria de vo-

tos dos Ministros que naquela ocasião compunham o Plenário do Eg. TST, com base em dois precedentes oriundos do mesmo Plenário. Um desses precedentes (Proc. E-RR-692/81) registra os seguintes fundamentos:

"Insurge-se a Autora ora embargante contra a decisão que embora, entendendo ilícita a chamada pré-contratação de horas extras do bancário, reconheceu terem sido as mesmas pagas, bem como o respectivo adicional.

Sustenta em suas razões que a existência de contrato de prorrogação não atende a exigência da lei, que fala em excepcionalidade e por conseguinte, sem excepcionalidade a contratação é burla ao princípio protetor da jornada especial, devendo ser considerado o ajustado como retribuição do trabalho normal e portanto, devido o pagamento da 7a. e 8a. horas com o adicional de 25%.

Em favor de sua tese transcreve decisões proferidas pela Egrégia Terceira Turma e assim demonstra a dissonância jurisprudencial que alude o art. 894, alínea 'b', da CLT.

.....

Razão assiste à reclamante.

Data venia da tese adotada pela decisão embargada, o valor ajustado para o salário no caso do bancário, paga, apenas, a jornada de seis horas, em razão da própria ilicitude da pré-contratação. Logo, o 'plus' horário deve ser remunerado com devido adicional.

Caso contrário estaríamos estimulando a burla ao princípio protetor da jornada especial.

Sendo sempre excepcional a hora extra dos empregados em estabelecimentos bancários, o adicional deve ser calculado à base de 25%."

ARNALDO SÜSSEKIND

14. Verifica-se, assim, que o pressuposto do enunciado nº 199 foi a contratação do trabalho suplementar no momento da admissão do empregado bancário, procedimento que foi considerado fraudulento ao dispositivo que estabelece a redução da jornada e o que só admite o trabalho extraordinário em situações excepcionais.

15. Uma vez editado o enunciado, cumpre o TST a sua principal missão uniformizadora da jurisprudência trabalhista. Portanto, devem eles ser observados pelas instâncias inferiores, sem implicar ofensa à autonomia na função jurisdicional do magistrado.

16. Há boas razões jurídicas para contestar a tese da jurisprudência sumulada no questionado enunciado: a pré-contratação, por ser nula, não deveria gerar nem a prestação de serviços suplementares, nem a contraprestação salarial. Entretanto, esse enunciado permanece inalterado e o seu comando vem sendo amplamente acolhido pelas turmas do Eg. TST, como revelam as decisões adiante transcritas, recentemente proferidas:

- Da 1a. Turma:

"A contratação do serviço suplementar, quando da admissão do trabalhador bancário, é nula. Os valores assim ajustados apenas remuneraram a jornada normal, sendo devidas as horas extras com o adicional de 25% (vinte e cinco por cento)" (Rel. Min. Fernando Vilar; Proc. RR- 6188/88; DJ de 11/05/90, pag. 4098).

"HORA EXTRA - PRÉ-CONTRATAÇÃO - ENUNCIADO 199-TST - Ante possível contrariedade ao enunciado supracitado, deve a revista ser processada para melhor exame da matéria." (Rel. Min. Giacomini; Proc. AI-9044/90; DJ de 09/08/91, pag. 10476).

- Da 2a. Turma:

"Bancário - Pré-contratação de horas extras. A contratação

ARNALDO SÚSSEKIND

de serviço suplementar, quando da admissão do trabalhador bancário, é nula. Os valores assim ajustados apenas remuneraram jornada normal, sendo devidas as horas extras com o adicional de 25% (vinte e cinco por cento). Recurso conhecido e provido." (Rel. Min. Francisco Leocádio; Proc. RR-5996/90; DJ de 09/08/91, pag. 10496).

"Horas extras. Pré-contratação. Súmula 199/TST. A categoria profissional dos bancários goza de tutela especial em nosso ordenamento jurídico, sendo considerada como excepcional a prorrogação de sua jornada diária de trabalho e portanto, nula a prévia contratação de horas extraordinárias, sendo que os valores antes ajustados remuneraram apenas a jornada normal do bancário, restando como devidas as horas extras com o adicional de 25%. Revista provida, no particular, para condenar o Réu no pagamento das horas extras pré-contratadas, fixando o adicional de 25%." (Rel. Min. José Ajuricaba; Proc. RR-3852/89; DJ de 09/08/91, pag. 10502).

- Da 3a. Turma:

"HORAS EXTRAS - PRÉ-CONTRATAÇÃO - Recurso de revista de que não se conhece por estar, a decisão recorrida, em consonância com o enunciado nº 199/TST, nela nada havendo que permita concluir-se tenha ele sido contrariado." (Rel. Min. Manoel Mendes de Freitas; Proc. RR-13626/90; DJ de 20/09/91, pag. 12908)

17. Também as decisões que foram encaminhadas pelo Consulente, proferidas em processos ajuizados por seus empregados concluíram pela aplicação do enunciado nº 199, excepcionando, apenas, um caso no qual não foi provada a pré-contratação. Portanto, é indubitoso que a posição jurisprudencial atual está totalmente definida no sentido

de acolher o entendimento sumulado.

IV - DA PRÉ-CONTRATAÇÃO DE HORAS EXTRAS

18. O primeiro quesito da Consulta está assim redigido:

"Que possibilidades de defesa poderiam sustentar o consulente diante das referidas ações. Considerando que a Súmula 199 é de 1985 e que a norma foi aprovada com divergências?"

19. As possibilidades de defesa tornam-se praticamente inviáveis, já que a jurisprudência sobre esta matéria está sedimentada, como ficou demonstrado nos itens 12 e 16 deste parecer. Havendo processo trabalhista no qual fique comprovada a contratação de horas extras na admissão do bancário, a Justiça do Trabalho certamente aplicará o enunciado nº 199/TST.

20. Tratando-se de empregado desde logo admitido para, no exercício de cargo de confiança especial de bancário, cumprir jornada normal de seis horas, teria fundamento jurídico a tese de que a ele não se aplicaria o enunciado nº 199. Isto por que o art. 224, no seu §2º, exclui esses exercentes de cargos de confiança da limitação especial da jornada normal de trabalho dos bancários. A eles, desde que recebam a gratificação mínima estatuída pelo aludido parágrafo, não se aplica a limitação especial dos bancários, podendo, assim, ser contratados para a jornada de oito horas (Cf., do 1º signatário, a obra e vol. citados, pag. 83).

21. Pela exposição do Consulente, no entanto, deduz-se que, mesmo na hipótese de comissionamento do empregado num dos cargos referidos no § 2º do art. 224 da CLT, houve, desnecessariamente, fixação da jornada normal de seis horas e pré-contratação de horas extraor

dinárias. Esse aspecto, se verdadeiro, enfraquece o argumento jurídico mencionado no item anterior.

V - DA APLICAÇÃO DO ENUNCIADO Nº 291

22. No segundo quesito, consulta o Banco:

"Em razão do enunciado nº 291, o Banco incorporando a 7a. e 8a. horas, exigindo uma jornada de 6 horas, estaria eliminando a questão relativa a pré-contratação? Se incorporando a 7a. e 8a. horas, deveria fazê-lo por meio de acordo para, nas ações individuais, quitar a pré-contratação? ou estaria obrigado a indenizar as horas suprimidas se exigisse 6 horas de trabalho?"

23. Os enunciados 291 e 199, embora se refiram a trabalho extraordinário, na verdade, tratam de matérias que são distintas. O primeiro (291) revela entendimento jurisprudencial no que se refere à supressão de horas extras habitualmente prestadas, enquanto que o segundo (199) atribui nulidade à pré-contratação de horas extras no serviço bancário, onde o trabalho suplementar só é permitido em caráter excepcional (art. 225 da CLT).

24. O procedimento adequado, a nosso ver, seria eliminar o trabalho extraordinário, sem reduzir a remuneração inicialmente contratada, respeitando, assim, o enunciado nº 199, independente de ser atendido o enunciado 291, já que houve ao longo do contrato a prestação habitual de horas extras. Com a supressão do trabalho extraordinário habitual, vedado por lei, o Consulente pagaria aos respectivos empregados a indenização prevista no enunciado nº 291, correspondente ao valor de um mês das horas suprimidas para cada ano ou fração igual ou superior a seis meses de prestação de serviço acima da jornada normal.

25. Quanto à formalização, o procedimento pode ser acordo individual ou ato unilateral do Consulente para os empregados que não tenham ajuizado processos na Justiça do Trabalho. Entretanto, o acordo é o caminho mais seguro e adequado. Já para as hipóteses de processo judicial o acordo somente terá validade se homologado pelo Juízo onde ele tramita (art. 1028, I, do Código Civil).

VI - DA TRANSAÇÃO FIRMADA POR SUBSTITUÍDO PROCESSUALMENTE

26. O último quesito tem a seguinte redação:

"Na hipótese do consulente conseguir acordar com seus empregados a referida redução da jornada; negociando-a para obter a quitação do Plano Bresser, se esse acordo for processado na Justiça do Trabalho, mediante homologação por sentença, qual a situação das reclamações já ajuizadas por sindicatos na qualidade de substituto? Considerando que obter-se-ia dos substituídos a expressa quitação."

27. Pela exposição do quesito pode se concluir que a hipótese envolve o instituto da transação de direitos, bem como a possibilidade de ser esta realizada pelo substituído processualmente abrangendo direitos postulados pelo substituto.

28. As restrições da doutrina trabalhista à renúncia de direitos no curso da relação de emprego não se aplicam aos casos de transação ou composição. A renúncia é um ato unilateral com o qual o titular de um direito dele desiste. Já a transação é um ato bilateral pelo qual, mediante concessões recíprocas, as partes interessadas se compõem visando a extinção de situações jurídicas controvertidas. O fundamental é que haja dúvida de natureza subje-

tiva (res dubia) ou objetivamente revelada numa ação judicial (res litigiosa). Como escreveu o 1º signatário deste parecer

"O ajuizamento do dissídio individual revela a configuração não só da res dubia, mas também da res litigiosa, sendo legítima a composição das partes mediante recíproca transação de questionados direitos" ("Instituições de Direito do Trabalho", SP, LTr, 12a. ed., 1991, vol. I, pag. 212).

29. A jurisprudência trabalhista admite plenamente a possibilidade da transação de direitos, como revelam os julgados abaixo, proferidos pela mais alta Corte Trabalhista do País:

- "A transação judicial homologada termina o processo com o julgamento de mérito (CPC, art. 269, III), produzindo, entre as partes, o efeito de coisa julgada (e não a coisa julgada), só sendo rescindível por dolo, violência ou erro essencial quanto à pessoa ou coisa controversa (Código Civil, art. 1030)" (TST - PLENÓ, Proc. RO-AR-181/82; Rel. Min. Coqueijo Costa; DJ nº 121/85).

- "A transação regular e eficaz extingue os direitos a que se refere, pois essa é a sua finalidade tanto na judicial, como na extrajudicial." (TST, 1a. T., Proc. RR-3190/81; Rel. Min. Coqueijo Costa).

- "A quitação advinda de transação, sem qualquer ressalva ou vício, exonera, de pleno direito, a Empresa de obrigações futuras resultantes do contrato de trabalho havido entre as partes" (TST, 2a. T., Proc. RR-5839/83; Rel. Min. Nelson Tapajós; DJ de 30.11.84).

- "Prevalece em todos os seus efeitos a transação estreme dos vícios de vontade" (TST, 3a. T., Proc. RR-4108/80; Rel. Min. Barata Silva; DJ de 24.08.82).

ARNALDO SÜSSEKIND

30. Demonstrada a possibilidade de realização de transação, cumpre abordar a possibilidade de firmá-la o substituído processualmente. A jurisprudência condicionava a desistência do processo pelo substituído à realização de transação. É o que se infere do entendimento que se cristalizou no enunciado nº 180 da Súmula/TST:

"Nas ações de cumprimento, o substituído processualmente pode, a qualquer tempo, desistir da ação, desde que, comprovadamente, tenha havido transação".

31. Posteriormente, a orientação jurisprudencial evoluiu no sentido de dispensar a transação, estabelecendo, entretanto, que, em caso de desistência da ação pelo substituído poderá ocorrer até a prolação da sentença:

"O substituído processualmente pode, antes da sentença de primeiro grau, desistir da ação" (enunciado nº 255/TST).

32. O direito comparado endossa amplamente a orientação do nosso Tribunal Superior do Trabalho consubstanciada nesse último enunciado. Na França o sindicato pode atuar judicialmente, como substituído processual, em cinco hipóteses; mas, como esclarece JEAN-CLAUDE JAVILLIER, o trabalhador substituído deve ser avisado e tem o direito de opor-se à ação judicial ("Manuel de Droit du Travail", Paris, LGDJ, 2a. Ed., 1988, pag. 248). Na Itália - para invocarmos apenas esses dois países latinos - a legitimação extraordinária deve ser consentida pelo substituído, desde que este seja capaz (FRANCESCO CARNELUTTI, "Instituciones del Proceso Civil", Buenos Aires, trad. espanhola, ELEA, 1959, vol. I, pag. 177).

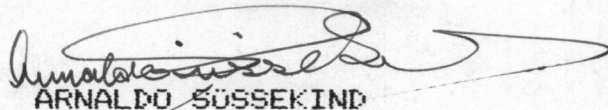
33. Parece-nos, em face do exposto, não haver obstáculo jurídico a que, em processos concernentes à duração do trabalho, os respectivos reclamantes celebrem transação envolvendo títulos questio-

ARNALDO SÜSSEKIND

nados em ação intentada pelo correspondente sindicato, na qualidade de substituto processual. Neste caso, se ainda não houver sentença no processo em que figuram como substituídos, os referidos empregados deverão inserir, no instrumento da transação, expressa desistência de figurar na ação aforada pelo sindicato.

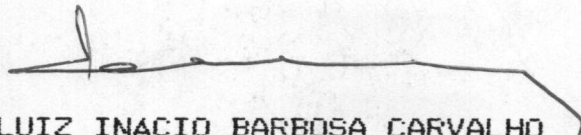
S.M.J. é o nosso parecer.

Rio de Janeiro, 18 de outubro de 1991



ARNALDO SÜSSEKIND

OAB-RJ nº 2100



LUIZ INACIO BARBOSA CARVALHO

OAB-RJ nº 44418