

Bancários: jornada normal e prorrogação contratada. Ocupantes de cargos em comissão.

PARECER

I - A CONSULTA

01. Consulta-nos o Banco de Desenvolvimento de Minas Gerais - BDMG, autarquia estadual, sobre consequências jurídicas do acréscimo da jornada de trabalho de seus servidores de 6 para 8 horas, seja através de opção dos antigos servidores, seja por meio de cláusula contratual para os admitidos a partir de 1971, quando esta jornada passou a ser cumprida em caráter geral.

02. Tendo em vista a edição da Súmula nº 199 pelo Eg. TST e a promulgação da Constituição Federal de 1988, que assegurou aos servidores autárquicos o direito à sindicalização, revela o Consulente que o sindicato representativo dos seus servidores já formulou reivindicação a respeito dessa questão e esclarece:

"A administração do Banco, no intuito de sanar o problema de maneira global, eliminando, de vez, novas pendências judiciais, com o constante aumento de seu passivo trabalhista, reduziu a jornada de trabalho de seus empregados para 06 (seis) horas, tal como previsto para os bancários, a partir de 1º de julho de 1989."

03. Em consequência, formula a Consulente as seguintes indagações:

- a) Tendo o Banco pago as horas extraordinárias, inclusive, discriminando os valores através de rubrica específica, e as integrando ao salário, após a redução da jornada para 6 (seis) horas, são elas de novo devidas, à vista do que dispõe a Súmula nº 199, de 1985?
- b) Tem o Sindicato legitimidade para promover ação coletiva para a cobrança das referidas horas extraordinárias, embora se trate, apenas, de uma parcela da categoria, já que se refere tão somente dos servidores do BDMG?

Na hipótese de serem afirmativas as respostas às questões acima, pergunta:

- c) Caso haja possibilidade de acordo, este deverá ser realizado através de Acordo Coletivo a ser celebrado entre o Sindicato e o Banco?
- d) O acordo, celebrado na forma acima, vincula todos os servidores, mesmo os que dele divergiram?
- e) Sendo o sindicato representante dos interesses há necessidade de ser o acordo levado à homologação na Justiça do Trabalho?
- f) Há algum limite mínimo ou máximo no que se refere ao valor objeto da transação?
- g) Qual a data alcançada pela prescrição do direito ao recebimento de tais horas extras?
- h) Tendo os ocupantes de cargo em comissão, isto é, de gerência ou chefia, recebido as horas suplementares em número de duas, além de uma gratificação de função, porém, inferior, em alguns casos, a um terço do salário do cargo efetivo, terão eles, se for o caso, direito a horas suplementares?
- i) O Acordo Coletivo, celebrado em setembro de 1988, pelo Sindicato dos Bancários com vigência para até setembro do corrente ano, elevou para 55% (cinquenta e cinco por cento) o valor da gratificação a que se refere o § 2º, do Art. 224 da CLT. Como o Banco já pagava a mencionada gratificação, ainda que em percentual inferior, pergunta-se: na hipótese de ser devida a gratificação de função, sem embargo dos empregados já haverem recebido horas extraordinárias, será devido, apenas, diferença entre o valor efetivamente pago àquele título e o fixado no § 2º do Art. 224 e, após, o estabelecido no Acordo Coletivo dos Bancários, no montante a 55% (cinquenta e cinco por cento)?"

II - A PRORROGAÇÃO CONTRATADA, O SALÁRIO COMPLESSIVO E A SÚMULA TST-199

04. Não há dúvidas de que a prestação de serviço suplementar, qualquer que seja a jornada normal fixada, constitui uma excepcionalidade (arts. 59, 61 e 225, dentre outros, da CLT). Conforme bem decidiu o saudoso magistrado COQUEIJO COSTA:

"Revista conhecida e provida à luz da Súmula 76, que extrai efeitos do trabalho extraordinário habitual e à qual, por isso, oponho embargos doutrinários, pois o ilícito não gera direito para o futuro e o que tem natureza legal extraordinária não

se transmuda em ordinária com o passar do tempo. (TST, 3a.T., Proc. RR-4.823/78; Rel. Min. COQUEIJO COSTA; in Repertório de Jurisprudência Trabalhista, vol. I, verbete nº 2564). Grifamos.

05. Realmente, o "ilícito não gera direito para o futuro", tanto que o Eg. STF reiteradamente tem repellido a incorporação de mais de duas horas extras ao salário (v. Repertório de Jurisprudência Trabalhista, vol. 2, verbete 2971; vol. 3, verbete nº 2792); e "o que tem natureza legal extraordinária não se transmuda em ordinária com o passar do tempo", tanto que a abstrusa construção da Súmula nº 76 foi substituída pela Súmula nº 291.

06. Sublinhando esse judicioso ensinamento, temos que a prorrogação permanente da jornada de bancário de 6 para 8 horas viola a tutela especial dispensada pelo art. 225 Consolidado. Por conseguinte, sendo ilícita, tal prorrogação é nula (art. 444, da CLT).

07. Ocorre que a nulidade não atinge o contrato de trabalho como um todo, mas apenas e exclusivamente a disposição em torno da qual as partes consensaram sem que a lei lhes permitisse espaço para esse assentimento. Logo, *in casu*, só a prorrogação da jornada, acima de 6, é nula. Aplicável ao caso o disposto no art. 154 do Código Civil, *verbis*:

"A nulidade parcial de um ato não o prejudicará na parte válida, se esta for separável. A nulidade da obrigação principal implica a das obrigações acessórias, mas a destas não induz a da obrigação principal."

08. Ademais, nessa prorrogação estão ínsitas, umbelicalmente ligadas, **prestações comutativas**: o trabalho extraordinário por 2 horas e a remuneração destas horas suplementares. Assim, quando se fala em nulidade do serviço em sobretempo, fala-se da nulidade tanto do labor extraordinário quanto de sua remuneração. Repita-se: "o ilícito não gera direito para o futuro". E, no caso, há um nexo de causalidade entre o trabalho e a paga suplementar que não se pode cindir.

09. Informa a Consulente que as horas extras eram pagas em rubrica própria e não englobadamente. Não se trata, pois, de salário complessivo. Neste não há como seccionar do salário globalizado o montante das horas extras. Por isso a supressão atingiria apenas o labor, não salário. Havendo, contudo, a discriminação do suplemento e correspondendo seu valor à contra-

prestação do trabalho pela 7a. e 8a. horas, a sustação de um deve corresponder à do outro, porque jungidos na prorrogação.

10. Cumpre não confundir salário composto de várias parcelas com salário complessivo. Este, como asseverou o 1º signatário deste parecer

"corresponde à retribuição fixada a **forfait** para atender, **englobadamente**, ao pagamento do salário básico e de outras prestações devidas pelo empregador ao empregado" ("Instituições de Direito do Trabalho", Rio, Freitas Bastos, 10a. ed, 1987, vol. I, pág. 317).

11. Daí decidir o eg. TST, na sua composição plena, que

"O salário complessivo, ou a **forfait**, em geral não é admitido no direito brasileiro, salvo se especificada, no pagamento, parcela a que se refere a sua globalidade" (E-RR-528/74, rel. Min. COQUEIJO COSTA, DJ de 06.07.76).

12. É que, havendo especificação, não há salário complessivo, tal como decorre da Súmula TST-91:

"Nula é a cláusula contratual que fixa determinada importância ou percentagem para atender **englobadamente** vários direitos legais ou contratuais do trabalhador" (grifo nosso).

13. Esclareça-se que consta do contrato de trabalho padrão do Consulente as seguintes cláusulas sobre a prorrogação da jornada e a discriminação da respectiva remuneração:

"Segunda

A jornada de trabalho é de 6 (seis) horas, mas o (a) CONTRATADO (A) se compromete a prestar, diariamente, de 2as às 6as feiras, mais 2 (duas) horas extras, enquanto essa prestação de serviços suplementares convier aos interesses funcionais do BANCO.

Parágrafo único - O (A) CONTRATADO (A) se obriga a prestar serviços ao BANCO em regime de dedicação exclusiva.

Terceira

O BANCO pagará ao (à) CONTRATADO (A), como contraprestação do serviços prestados, a importância de Cz\$ () acrescida da importância de Cz\$ (), esta última referente às 2 (duas) horas suplementares trabalhadas, perfazendo a remuneração mensal de Cz\$ () correspondendo a soma desses rendimentos aos níveis previstos para a Classe - Grau - Grupamento do Plano de Classificação de Cargos e Salários do BANCO.

Parágrafo único - Além dos valores previstos nesta Cláusula, o CONTRATADO (A) perceberá, também o 13º salário e as gratificações periódicas criados por regulamentação específica."

14. Tendo o Consulente incorporado ao salário dos seus servidores a paga contratada de horas extras, reduzindo a jornada ao limite de 6 horas, violaria o princípio jurídico do *non bis in idem* a determinação no sentido de repetir-se o pagamento de um extraordinário já quitado, ainda que por ajuste ilícito, que não pode se projetar para o futuro, mas cujas prestações de parte a parte foram devidamente cumpridas.

15. Suponhamos que o Consulente, diante da mesma cláusula contratual, houvesse exigido de seus servidores o trabalho permanente por 8 horas diárias e não tivesse efetuado o pagamento das horas extras. Que consequência isso acarretaria? Não há dúvida que o pagamento do trabalho prestado extraordinariamente, ainda que ilícito o pactuado, para evitar o enriquecimento sem causa de um dos contratantes.

16. Insustentável, portanto, sob o prisma jurídico, o argumento de que essa paga extraordinária seria, de fato, contraprestação da jornada normal para, sobre ela, novamente serem pagas as "verdadeiras" horas extras.

17. A recíproca é verdadeira para a situação em tela: pagas as horas extras e reduzida a jornada à normalidade, agregando-se ao salário aquele extraordinário, nada mais é devido a título de contraprestação do extinto regime de trabalho alongado.

18. O vício de que padece a cláusula de suplementação da jornada normal, com a correspondente remuneração, poderia ensejar, de forma isolada ou cumulativa:

- a) o exercício legítimo do *jus resistentiae* pelo servidor que desejasse cumprir apenas a jornada de 6 horas, sem receber a correlata paga extraordinária;
- b) a atuação do Consulente pela fiscalização do trabalho ante a constatação de que a prorrogação da jornada não se revestia do caráter de excepcionalidade previsto no art. 225 da CLT.

19. Destarte, é evidente que, na contratação em foco, seja para os antigos servidores (acordo), seja para os novos (cláusula específica), a nulidade do ato atinge, a um só tempo, o trabalho e o salário suplementares, sendo indevida a repetição do pagamento de horas extras, de resto incorporadas ao salário.

20. A situação se complica, porém, para o Consulente em virtude do texto da Súmula nº 199 do Eg. TST, *verbis*:

"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)."

21. A parte final desta súmula consagra, *data venia*, inquestionável injurisdiciedade; mas se trata de enunciado de jurisprudência predominante...

22. O primeiro período desse *standard* jurisprudencial consagra a nulidade da sobrejornada tão só em relação aos que a contrataram "quando da admissão" (no caso da Consulente, para os admitidos a partir de 1971). Todavia, no segundo período, ao tratar da consequência da nulidade, ela padece de inextrincável contradição: secciona a prestação da correspondente contraprestação do mesmo ato nulo, sustando os efeitos jurídicos apenas daquela e não desta...

23. A propósito do Direito Sumular, assinalou o 1º signatário deste parecer, em seu discurso de posse na Academia Brasileira de Letras Jurídicas, a grave consequência da padronização jurisprudencial, ao recordar a inconformidade do seu antecessor, RAUL FLORIANO

"... com a criação da súmula de jurisprudência uniforme,

'que identifica princípios legais em cada caso julgado, sem cuidar muita vez dos fatos mínimos que os diferenciam de outros',

estabelecendo assim criticável

'rotinização do decisório em cada grupo de casos julgados e definitivamente'.

E aduziu que,

"em face do incontestável exagero de certos tribunais na formulação dessas súmulas, o grande CARNE-LUTTI, se vivo fosse, certamente estaria endossando essa crítica, posto que, certa vez, proclamara:

"As incertezas e contrastes da jurisprudência são como os poros através dos quais o Direito respira a justiça. E, quando, pelo feiticismo da uniformidade, os juízes descansam nas soluções feitas, e o conjunto de máximas adquire na prática o valor de um código desmedido, cerra-se a via normal de renovação do Direito."

24. A generalização do entendimento consubstanciado na súmula produz, assim, o efeito de inebriar o raciocínio jurídico e de entorpecer a inquietação científica do cultor do Direito pela comodidade da simples invocação e aplicação do prejulgamento contido naquela pretensa "verdade absoluta", sejam quais forem os fatos sobre os quais se assente a *res litigiosa*.

25. Daí advertirmos - e a prática o tem demonstrado - que, apesar da peculiaridade deste caso concreto, como acima demonstrado, a tendência do Judiciário será pela cômoda e indiscriminada aplicação da Súmula nº 199. Aliás, o Tribunal Superior do Trabalho tem sido rígido na aplicação de suas Súmulas, como se vê, dentre outros, do seguinte julgado:

"SÚMULA - Atentos à celeridade e economia processuais os órgãos julgadores devem, tanto quanto possível, observar os enunciados que compõem a Súmula do Tribunal Superior do Trabalho, ficando em plano secundário o entendimento pessoal do julgador. Sem motivos plausíveis, a prolação de decisões contrárias aos enunciados apenas retardam o desfecho das controvérsias trabalhistas, dando aos jurisdicionados esperanças impossíveis de frutificar." (TST, 1a. T., Proc. RR-8043/85. Rel. Min. MARCO AURÉLIO; DJ de 19.09.86).

26. Mesmo assim, tem a Consulente um divisor de águas estabelecido na própria Súmula nº 199, ao referir-se à contratação do extraordinário

"... quando da admissão do trabalhador bancário."

27. **Contrario sensu**, nos termos da própria Súmula, os servidores admitidos antes de 1971, época em que a cláusula supratranscrita passou a figurar nos contratos de trabalho, não têm qualquer direito a novo pagamento de horas extras:

"Serviço suplementar - Bancário. A irregularidade da contratação de horas extras de forma permanente não autoriza a repetição dos pagamentos, exceto na hipótese de o ajuste haver sido formalizado "ab initio" da prestação de serviços" (TST-PLENO, Proc. E-RR-2152/83; Rel. Min. MARCO AURÉLIO, in "Repertório de Jurisprudência Trabalhista", vol. 6, 1989, verbete nº 1074).

28. Concluindo esta parte do parecer, entendemos que, reduzida a jornada a 6 horas com a incorporação ao salário do extraordinário avençado e pago anteriormente de forma destacada, nenhum outro pagamento é devido pela Consulente a seus servidores, sob pena de transgredir-se o princípio do **non bis in idem**. Contudo, a Súmula nº 199 do Eg. TST não distingue, em seu texto, a précontratação de forma destacada (rubrica própria com valores precisos) daquela feita "a forfait" ou complessivamente (salário globalizado), limitando-se a dispensar tratamento jurídico distinto quando a pactuação ocorre no momento da admissão do servidor ou após este ato.

III - A QUESTÃO DA SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL

29. Outro tema versado na consulta é o atinente à consagração ou não do instituto da substituição processual no art. 8º, inciso III, da Constituição Federal de 1988, **verbis**:

"ao Sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões individuais ou administrativas."

30. A matéria tem ensejado muitas discussões. Mas - basta ler: a única diferença existente entre o que dispunha o art. 513, alínea "a", da CLT, e o transcrito preceito constitucional, está em que neste se fala em interesses individuais da **categoria**, enquanto que naquele falava-se de interesses individuais dos **associados** do sindicato, desde que

"relativos à atividade ou profissão exercida".

31. Vale dizer que o preceito constitucional tornou mais claro e patente que o interesse, ainda que individual, há de ser, também e necessariamente, da **categoria**; isto é, relativo aos componentes do grupo profissional correspondente ao sindicato.

32. A propositura de ação individual pelo Sindicato pressupõe, portanto, e em princípio, que no dissídio esteja em jogo a aplicação de norma editada **em função da categoria**. Somente nesse caso é que interesse individual e interesse da categoria existirão concomitantemente. E, ainda assim, sempre se entendeu na doutrina e na jurisprudência, que a defesa em juízo de interesses individuais pelo sindicato não decorre de uma **representação legal**, que pressupõe a incapacidade processual dos representados (Cfr. MOACYR SANTOS, "Primeiras linhas de Direito Processual Civil", São Paulo, Saraiva, 1º vol., 1978, págs. 301/2). Daí exigir-se autorização expressa dos trabalhadores para o sindicato defender os seus interesses concretos.

33. O sindicato é representante legal, isto sim, da categoria, que, por não ter personalidade jurídica, não tem capacidade processual. Para representar interesses individuais da categoria requer a outorga de poderes dos interessados.

34. Afinal, não há como esquecer a inegável e lógica distinção entre interesse da categoria e interesse estritamente individual. Sob pena de admitir-se que qualquer norma editada para proteger o trabalhador como tal, e não como integrante de determinada categoria, pudesse ser invocada por qualquer sindicato na qualidade de substituto processual, o que, além de absurdo, não se coadunaria com a própria definição constitucional do sindicato: representante da categoria (art. 8º, inciso II).

35. Aliás, o Eg. Tribunal Superior do Trabalho, em acórdão de que foi relator o 1º signatário deste parecer, não conheceu de **dissídio coletivo** de natureza jurídica porque

"a norma, cuja exata interpretação se pede seja declarada, não interessa à categoria suscitante, como tal, nem disciplina uma relação coletiva de trabalho e sim garante direito individual aos trabalhadores, seja qual for o grupo ou categoria a que pertençam. Falta, portanto, na espécie, aquele interesse específico e abstrato, sem o qual não se pode configurar um dissídio coletivo" (Cfr. WILSON BATALHA, "Tratado de Direito Jurídico do Trabalho", São Paulo, LTr., 1985, pág. 160).

36., Note-se que se tratava de dissídio coletivo. Que dizer, então, quando se trata de um dissídio **individual** ajuizado por sindicato? E, ainda mais, sem autorização dos supostos interessados?

37. Tratando da substituição processual, dispôs o art. 6º do Código de Processo Civil:

"Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei."

38. A regra é o titular do direito escolher livremente o seu representante em juízo, que pode ser o respectivo sindicato, se se tratar de interesse individual da categoria. A exceção é o substituto processual pleitear, em seu nome, direito alheio. E porque exceção, há de estar expressamente autorizada em lei.

39. Ora essa autorização legal simplesmente não existe para a hipótese em foco. E, não sendo os empregados destituídos de capacidade processual, a representação pelo sindicato de seus interesses individuais, mesmo quando ligados ao interesse da categoria, depende, como é óbvio, da autorização expressa daqueles que são direta e individualmente interessados.

40. Em nada altera a questão o fato da recente lei salarial (Lei nº 7773/89) cogitar da substituição processual, posto que esta cogitação circunscreveu-se ao próprio campo de aplicação da norma. Por outras palavras, tal substituição não é abrangente de toda e qualquer matéria, senão apenas daquela regulada na lei em que está encapsulada: reajuste salarial decorrente da aplicação das suas normas. Trata-se de mera reedição da substituição processual existente na Lei nº 6.709/79, para o mesmo fim.

41. Ademais, é significativo que durante os trabalhos da Constituinte, tanto a Sub-Comissão dos Direitos dos Trabalhadores, como as Comissões da Ordem Social e de Sistematização aprovaram a inclusão no artigo que veio a se tornar o atual art. 8º, III, da Constituição, da expressão "como substituto processual", expressão esta suprimida pelo Plenário nº 1 - turno, com rejeição, no 2º turno, da emenda que pretendia o seu restabelecimento.

42. Em suma: no caso da Consulta, admitir a postulação do sindicato significaria, em última análise, a abolição da diferença conceitual entre dissídio individual e dissídio coletivo. Como é lógico, e é pacífico na doutrina, a noção de **categoria** implica a **indeterminação** individual daqueles que a integram ou venham a integrar. O interesse da categoria é, portanto, específico e abstrato. O dissídio individual, ao contrário, supõe

interesses **concretos** de indivíduos **determinados**. Na defesa de interesse individual da categoria ou do associado, ou o sindicato atua como substituto processual nos casos explicitamente especificados em lei ou o faz em razão de expressa autorização do titular do direito questionado. A substituição processual é uma exceção à regra segundo a qual, sendo os indivíduos processualmente capazes, a representação é **voluntária**, e não **legal**. E as exceções, como é sabido, hão de ser expressas.

IV - OS QUESITOS SUPLEMENTARES

43. Considerando que a posição do Consultente é bastante delicada frente à Súmula nº 199, responderemos as indagações formuladas nos quesitos nºs c a i. Os quatro primeiros tratam do instrumento de composição do controvertido pagamento de horas extras; o quinto concerne ao lapso prescricional dentro do qual as parcelas seriam devidas. As duas últimas indagações versam sobre a situação especial de cargos de confiança bancária. Examinemos, pois, isoladamente, esses três blocos de assuntos.

V - O ACORDO COLETIVO DE TRABALHO

44. A nova Constituição Federal encerra dispositivos que põem em evidência e estimulam a negociação coletiva entre os protagonistas da relação capital-trabalho como a forma mais democrática e adequada para a composição dos conflitos que lhes digam respeito.

45. A negociação coletiva desenvolve-se tanto a nível específico, de empresa, quanto na esfera mais abrangente, de categoria econômica. Em ambas as situações, os trabalhadores são representados pelos seus sindicatos profissionais. A categoria econômica é representada pelo sindicato patronal. Tratando-se de negociação a nível de empresa, entende o 1º signatário deste parecer que a presença do sindicato patronal é meramente assistencial para exercer a função de "poder moderador" no interesse do conjunto da categoria. Já o 2º signatário a considera dispensável (cf. "A Empresa e a Negociação Coletiva na Nova Constituição Federal", in Rev. LTr, S. Paulo, janeiro de 1989, págs. 65/68). Ambos os signatários têm como certo que, no acordo coletivo, o sujeito de direitos e obrigações que o firma pelo lado patronal é o empregador.

46. O entendimento levado a efeito em cada um desses níveis é consubstanciado em instrumentos normativos distintos:

- a) convenção coletiva (art. 611 da CLT), quando se tratar de negociação abrangente de toda a categoria econômica e profissional; e

- b) acordo coletivo de trabalho (§ 1º, do Art. 611, da CLT) quando estiverem em jogo interesses de uma ou algumas empresas e seus empregados, não da totalidade dessas categorias.

47. Portanto, a autonomia privada coletiva, exercitada através da negociação, é a forma mais indicada para a autocomposição dos conflitos de trabalho existentes entre as partes. A solução que daí resultar restará consagrada em um dos citados instrumentos normativos, conforme seu âmbito de aplicação, a cuja observância estão obrigados seus subscritores e/ou representados.

48. Os conflitos de trabalho a serem compostos por essa via tanto podem ser econômicos como jurídicos ou, até mesmo, mistos. Tal é a amplitude do campo para desenvolvimento da negociação que os estudos mais modernos de direito coletivo do trabalho concentram especial atenção ao fenômeno chamado de flexibilização de direitos. Não quer isto dizer que as partes negociadoras possam anular a legislação estatal ou direitos individuais já adquiridos. Podem, todavia, amenizar uma determinação normativa em função da necessidade de ajustá-la a uma situação laboral específica ou de uma crise que requeira sacrifícios transitórios dos protagonistas para superar adversidades com que se defrontem.

49. Se **in casu** houver acordo coletivo, deverá a proposta conciliatória ser aprovada em assembléia convocada pelo sindicato, à qual comparecerão os servidores da Consulente, a fim de se manifestarem através do voto (art. 612 da CLT). A eficácia ensejadora do efeito vinculante do acordo para os empregados resultará do ato de depósito do instrumento normativo na Delegacia Regional do Trabalho (art. 614, da CLT). Não há, portanto, que se falar em homologação do acordo pela Justiça do Trabalho, o que somente seria cabível se houvesse um dissídio coletivo ajuizado e no seu curso as partes chegassem a um consenso.

VI - O PERÍODO PRESCRICIONAL

50. Preceitua o art. 7º da Lei Maior que

"São direitos dos trabalhadores ...:

.....
 XXIX - ação quanto a créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de:
 a) cinco anos para o trabalhador urbano, até o limite de dois anos após a extinção do contrato;
 b) até dois anos após a extinção do contrato, para o trabalhador rural;"

51. Na lição de CÂMARA LEAL - autor de clássica monografia sobre o tema - prescrição "é a extinção de uma ação ajuizável, em virtude da inércia de seu titular durante um certo lapso de tempo, na ausência de causas preclusivas de seu curso." E analisando essa definição - a inércia do titular; seu fator operante - o tempo; seu fator neutralizante - as causas legais preclusivas de seu curso; seu efeito - extinguir ações." ("Da prescrição e da decadência", S. Paulo, Saraiva, 1939, pág. 20).

52. O prazo prescricional começa a correr, como regra geral, do dia em que o credor da obrigação teve ciência de sua violação pela parte devedora.

53. A questão formulada pela Consulente no quesito 9 demanda o exame de algumas regras que já estão consagradas pela doutrina, com reflexo jurisprudencial, a respeito do conflito no tempo de leis sobre prescrição extintiva.

54. Se o novo preceito repetir o prazo da norma antiga não haverá problema jurídico a enfrentar. É o caso da alínea b do inciso XXIX, do Art. 7º da Carta Magna, que manteve a prescrição bienal para as relações de trabalho rural, fluindo o prazo a partir da extinção do respectivo contrato. No mesmo sentido estatui o Art. 10 da lei nº 5.889, de 1973. Quando, porém, a nova lei, inclusive a Lei Maior (como na hipótese em foco), estabelecer como prazo prescricional distinto do fixado na norma pretérita, ela se aplicará às situações jurídicas em curso, posto que de ordem pública. Entretanto, se o prazo fluiu sob o império da lei anterior, é evidente que a nova disposição, prevenindo prazo maior para a ação ou tornando imprescritível certo direito, não poderá atingir situação jurídica definitivamente constituída ou o direito adquirido da parte a quem aproveita a prescrição. Seja pela teoria objetiva de ROUBIER ("Le Droit Transitoire", Paris, Dalloz-Sirey, 2a. ed., 1960, págs. 171 e segs.), seja pela teoria subjetiva de GABBA ("Teoria della retroattività delle leggi", Turin, 3a. ed., 1891, vol. I, págs. 190/1, *apud* Roubier, *ob e* págs. *cits*), haveria inquestionável retroatividade nessa aplicação da nova lei, em hipótese vedada pelo direito comparado e pela Constituição brasileira (art. 5º, nº XXXVI).

55. A aplicação imediata da norma, a que alude o Art. 5º da Carta Magna, no seu parágrafo primeiro, opera *ex-tunc*; não atinge o **facta praeterita**, do qual se irradiou, para o devedor da obrigação, o direito de não mais ser acionado a respeito; pressupõe, assim, que o prazo fixado na lei anterior ainda esteja em curso.

56. Por via de consequência, nas relações de trabalho urbano, se a prescrição bienal referida no Art. 11 da CLT tiver sido consumada até 05 de outubro de 1988, o direito de ação do

eventual credor de uma obrigação trabalhista não será ressuscitado pela circunstância de haver sido o prazo prescricional ampliado para cinco anos. O prazo maior não reabre o prazo menor já extinto. Neste sentido é uníssono o pronunciamento dos que analisaram a questão frente às disposições da nova Carta Magna (AMAURI MASCARO NASCIMENTO, - Direito do Trabalho na Constituição de 1988, S. Paulo, Saraiva, 1989, pág. 216); GELSON DE AZEVEDO (Revista LTr, São Paulo, nº 52, 1988, tomo II, pág. 1375); ANTÔNIO CORDOVIL (Rev. cit. nº e tomo cit., pág. 1369); ALAOR SATUF REZENDE (Rev. cit., nº 53, 1989, tomo I, pág. 170); ORIS DE OLIVEIRA (Rev., nº e tomo anteriormente cit., pág. 73); JÚLIO DE ASSUMPTÃO MALHADAS ("Suplemento LTr", S. Paulo, nº 101, 1989, pág. 101) e JOÃO GILBERTO LUCAS COELHO ("Jornal do Brasil" de 26.09.88, Rio, 1º caderno, pág. 4).

VII - OS CARGOS DE CONFIANÇA BANCÁRIA E AS JORNADAS DE TRABALHO

57. Conforme acentuou o 1º signatário deste parecer nos seus "Comentários à CLT e à Legislação Complementar",

"os empregados de estabelecimentos bancários podem ser classificados, no que tange à duração do trabalho, em três grupos:

- a) bancários sujeitos ao **regime especial** prescrito pelos arts. 224 a 226 e que constituem a quase totalidade dos que integram a aludida categoria profissional;
 - b) bancários que, pelo exercício de uma das funções mencionadas pelo § 2º do art. 224 nas condições ali estipuladas, estão sujeitos ao **regime comum** previsto no Capítulo II do Título II da CLT (p. ex.: **chefes e ajudantes de seção** que percebam, pelo desempenho dessas funções, maior remuneração);
 - c) bancários que, por exercerem encargos de **fiscalização**, sem horário, em serviço externo (v. o item B-1 dos comentários ao art. 62), ou estarem investidos em funções de gerência (v. o item B-3 dos citados comentários), não estão sujeitos nem ao regime especial (§ 2º do art. 224), nem ao regime normal (art. 62), salvo no concernente ao repouso semanal.
- (Ob. cit., Rio, Freitas Bastos, 1961, vol. II, págs. 82/83).

58.

Daí a jurisprudência do eg. TST enunciada na Súmula 232:

"O bancário sujeito à regra do art. 224, § 2º, da CLT, cumpre jornada de oito horas, sendo extraordinárias as trabalhadas além da oitava."

59. Por isto mesmo, o eg. TRT da 3a. Região (Estado de Minas Gerais) já decidiu que

"Não configura pré-contrato de trabalho suplementar a estipulação da jornada de oito horas a ser cumprida pelo bancário já admitido para o exercício de cargo de confiança, pois tal permissão deriva da exceção contida no art. 224, § 2º, da CLT. Inaplicável, *in casu*, o Enunciado nº 199/TST" (RO-3021/87, Rel. Juiz ARI ROCHA; *in* "Repertório" cit., vol. 6, 1989, verbete nº 1077).

60. O mencionado parágrafo determina que tais empregados de confiança bancária, para ficarem excluídos da jornada normal de seis horas, deverão receber gratificação não inferior a 1/3 do salário do respectivo cargo efetivo.

61. A partir do acordo coletivo de setembro de 1988, o Consulente passou a pagar aos ocupantes dos cargos de confiança bancária gratificações de função equivalentes a 55% do salário dos correspondentes cargos efetivos. Inquestionável, portanto, que desde então não se poderá cogitar de adicional por trabalho extraordinário para remunerar a 7a. e a 8a. horas da jornada de trabalho, porquanto tais horas não são suplementares e sim normais.

62. Se os empregados de que trata o art. 224, § 2º da CLT, antes do aludido acordo coletivo de 1988 percebiam gratificação não inferior a 1/3 do salário do seus cargos efetivos, é evidente que não faziam jus a adicionais de trabalho extra. No entanto, se a gratificação por eles recebida não atendia ao mínimo legal, a jornada normal era de seis horas e, por via de consequência, tinham direito aos referidos adicionais. Nesta segunda hipótese, serão pertinentes as considerações e conclusões consignadas a respeito dos bancários em geral, sujeitos à jornada de seis horas.

VIII - CONCLUSÕES

63. Em face do exposto, passamos a responder às perguntas formuladas:

- a) as horas extras pagas, em rubrica própria, pela prestação dilatada de serviços em mais 2 horas não podem ser novamente exigidas pelo fato de repor-se a jornada ao limite de 6, incorporando aquela parcela adicional ao salário. A Súmula

199, contudo, não distingue a prorrogação ajustada complessivamente daquela que apresenta uma efetiva correspondência entre o trabalho e a sua retribuição. Ela apenas exclui do seu campo de incidência aqueles cujas horas extras não foram contratadas "quando da admissão do trabalhador bancário" e, obviamente, aqueles que ocupam os cargos em comissão de que trata a Súmula 232;

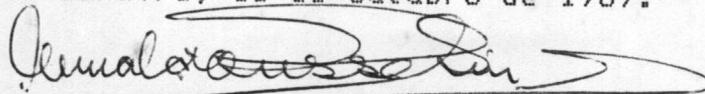
- b) o sindicato não é substituto processual dos servidores da Consulente para, nessa qualidade, discutir em ação individual plúrima a matéria versada no quesito anterior. Somente através de procuração poderia fazê-lo em favor dos servidores que a houvessem outorgado;
- c) o acordo coletivo de trabalho é instrumento adequado para a composição desse conflito. Poderá também haver acordo judicial, em ação individual plúrima (litisconsórcio ativo). O acordo, neste caso, terá força de coisa julgada (art. 831, § único, da CLT) apenas em relação aos servidores-acordantes;
- d) o acordo coletivo de trabalho, aprovado em assembléia específica vincula todos os servidores do Consulente que estejam inseridos no âmbito de representação do sindicato acordante, sejam ou não associados deste. Já o acordo judicial vincula apenas os que ajuizaram a reclamação trabalhista conciliada;
- e) o acordo coletivo de trabalho, como resultado da negociação coletiva direta, deve ser depositado na DRT para ter eficácia, enquanto que acordo judicial é homologado dentro dos próprios autos, pelo juiz ou tribunal pondo fim ao litígio.
- f) o processo de negociação coletiva pressupõe uma evolução constante de posições pelas partes negociadoras até que os interesses sejam satisfeitos em um ponto de equilíbrio que é de difícil quantificação. Na ação judicial, ao revés, o valor da transação depende da convicção das partes sobre o direito questionado;
- g) o aumento do prazo prescricional de 2 para 5 anos não faz ressuscitar o direito a diferença mensal já prescrita sob o império da legislação anterior. Assim, a partir de 06.10.88 as parcelas anteriores a 06.10.86 já estavam irremediavelmente prescritas. Conclua-se, portanto, que, se o prazo estava em curso quando da vigência da Constituição, a prescrição passou a ser quinquenal, integrando-se nesse lapso o tempo fluído na vigência do art. 11 da CLT. Tratando-

se, porém, de contrato de trabalho anteriormente extinto, a partir dessa extinção contar-se-á a prescrição bienal estatuída na CLT e, na hipótese, repetida na Lei Maior.

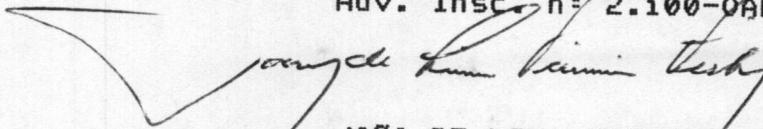
- h) os bancários ocupantes de cargos em comissão a que alude o art. 224, § 2º, da CLT, podiam trabalhar oito horas diárias, sem percepção de adicional por trabalho extraordinário. Entretanto, esse acréscimo da jornada normal só se legitima, se o servidor comissionado perceber gratificação de função de, pelo menos, 1/3 do salário do seu cargo efetivo. Se tal não ocorrer, ele terá jus ao adicional de trabalho extra pelo serviço prestado além das seis horas diárias;
- i) a gratificação de função em comissão e o adicional por trabalho extraordinário são prestações de natureza jurídica diversa. Não se comisturam e, por isso, não podem ser objeto de compensação ou imputação. Se o bancário comissionado não recebia a gratificação mínima prevista em lei, teria de receber o adicional pelo serviço além da jornada de seis horas; e, em razão do enunciado - a nosso ver equivocadamente - na parte final da Súmula 199, ser-lhe-ia devido o precitado adicional até a vigência do acordo coletivo de 1988 que elevou para 55% o valor da gratificação.

S.M.J., é o nosso parecer

Rio de Janeiro, 18 de outubro de 1989.



ARNALDO LOPES SUSSEKIND
Adv. Insc. nº 2.100-0AB/RJ



JOÃO DE LIMA TEIXEIRA FILHO
Adv. Insc. nº 21.785-0AB/RJ