

Bancário. Trabalho extra pré-con-
tratado. Ilegalidade.

ARNALDO SÚSSEKIND

P A R E C E R

de

ARNALDO SÚSSEKIND

e

LUIZ INACIO BARBOSA CARVALHO

sobre consulta formulada pela ASSOCIAÇÃO DOS FUNCIONARIOS DA BNDES
PARTICIPAÇÕES S/A - AFBNDESPAR

SUMARIO:

| | |
|---|------------|
| I - Da consulta..... | §§ 1 e 2 |
| II - Da tutela especial ao bancário..... | §§ 3 a 12 |
| III- Do Enunciado nº 199/TST..... | §§ 13 a 17 |
| IV - Da jornada de trabalho e da flexibilização de direitos..... | §§ 18 a 23 |
| V - Da representação sindical..... | §§ 24 a 29 |
| VI - Das conclusões..... | § 30 |

Rio de Janeiro

1992

I - DA CONSULTA

1. A Associação dos Funcionários da BNDES Participações S/A- AFBNDESPAR endereça-nos exposição na qual registra:

"A jornada de trabalho dos empregados, há anos, é de 6 (seis) horas diárias, com a prestação de mais 1 (uma) hora extra (habitual), que é remunerada com o adicional de 100% sobre a hora normal, conforme dispõe Acordo Coletivo de Trabalho firmado em 01/08/91.

Esta condição (6 horas + 2 horas extras, uma delas incorporada em out/84), consta do contrato de trabalho dos empregados, o que caracterizou a 'pré-contratação de horas extras', o que é nulo conforme Enunciado 199 do TST e contraria ainda o artigo 224 da CLT.

Na condição de bancários, vários empregados vêm obtendo êxito em ações trabalhistas sobre esta questão."

2. Considerando que o Banco empregador formulou proposta de acordo coletivo baseado em jornada normal de 7 (sete) horas, com prestação de uma hora extra diária, a Consulente nos indaga sobre a possibilidade legal de tal cláusula ser ajustada em instrumento coletivo, bem como, sendo juridicamente possível, quais as suas eventuais consequências nas ações trabalhistas individuais em andamento na Justiça do Trabalho. Questiona, também, sobre os cuidados que devem ser adotados objetivando não afetar os processos individuais em curso. Por fim, indaga-nos quanto à possibilidade de participar na elaboração do acordo coletivo em tela.

II - DA TUTELA ESPECIAL AO BANCARIO

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.

4. Segundo 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", SP, LTr Editora, 1991, pág. 177).

5. E o mesmo autor assinala que, no concernente à duração da jornada de trabalho dos bancários (artigo 224 e seguintes da CLT),

"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." (ob. cit., pág. 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 ope-

rações, 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 costumadamente levados à Previdência Social para a obtenção de tratamento e de licenças prolongadas. Daí o legislador haver 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", SP, LTr Editora, 12a. edição, 1991, vol.II, pág. 918).

7. Desse modo, atendendo a razões de ordem biológica, social e econômica, 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 po-

derá 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 semanais. Posteriormente, mantida a jornada de seis horas contínuas, o limite semanal foi alterado para trinta e três horas e depois para 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 uniforme do Egrégio Tribunal Superior do Trabalho.

10. Uma advertência cabe ser feita, tal como escreveu 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).

11. Poder-se-ia alegar que, por não trabalharem em banco comercial, os associados da Consulente não devem ser conceituados como bancários, sujeitando-se, assim, às normas gerais da CLT sobre duração do trabalho. Essa questão gerou ampla controvérsia na doutrina e na magistratura e dela participou o 1º signatário deste parecer. Mas a jurisprudência no sentido de que os empregados de empresas de crédito, financiamento ou investimento são consi-

derados bancários se tornou tão iterativa no egrégio Tribunal Superior do Trabalho, que sua orientação foi sumulada no Enunciado nº 55, *in verbis*:

"As empresas de crédito, financiamento ou investimento, também denominadas 'financeiras', equiparam-se aos estabelecimentos bancários para os efeitos do art. 224 da CLT."

12. Daí por que não mais se discute que os empregados de empresas financeiras integram a categoria profissional dos bancários, sendo legalmente representados pelos correspondentes sindicatos. Essa orientação, aliás, refletiu-se imediatamente, no enquadramento sindical a que se refere o art. 577 da CLT.

III - DO ENUNCIADO Nº 199/TST

13. 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.

14. 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)."

15. Esse Enunciado foi editado pelo egrégio TST em 06/05/85, com base em dois precedentes oriundos do 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%."

16. Verifica-se, assim, que o pressuposto do Enunciado nº 199 foi a pré-contratação do trabalho suplementar, considerada fraudulenta ao dispositivo que estabelece a redução da jornada. Essa pré-contratação, obviamente, pode verificar-se tanto no momento da admissão do empregado, como em qualquer fase da relação de emprego entre o bancário e a respectiva empresa. O seu nítido e transparente objetivo foi o de evitar a prestação normal e continuada de

horas extras, visto que a legislação especial só admite "excepcionalmente" o trabalho suplementar do bancário.

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

IV - DA JORNADA DE TRABALHO E DA FLEXIBILIZAÇÃO DE DIREITOS

18. A limitação de tempo do trabalho foi um dos princípios que nortearam o aparecimento do Direito do Trabalho. Tal proteção, que se revela através de um triplice aspecto: duração diária do trabalho, repouso semanal e férias anuais, possui os seguintes fundamentos, conforme asseverou o 1º signatário:

"a) de natureza biológica, eis que visa a combater os problemas psicofisiológicos oriundos da fadiga e da excessiva racionalização do serviço;

b) de caráter social, por isto que possibilita ao trabalhador viver, como ser humano, na coletividade a que pertence, gozando os prazeres materiais e espirituais criados pela civilização, entregando-se à prática de atividades recreativas, culturais ou físicas, aprimorando seus conhecimentos e convivendo, enfim, com sua família;

c) de índole econômica, porquanto restringe o desemprego e acarreta, pelo combate à fadiga, um rendimento superior na execução do trabalho" ("Instituições de Direito do Trabalho", Editora LTr, São Paulo, 12a. Ed., 1991, Vol. II, pag. 701).

19. Conclusão inafastável, diante dos fundamentos acima, é

que as normas disciplinadoras da limitação do trabalho têm caráter imperativo.

20. A Constituição de 1988 procurou incentivar a autocomposição nas relações do trabalho, estimulando a negociação coletiva, que é realçada como o mecanismo mais eficaz para a solução dos conflitos laborais. E a flexibilização de direitos, em alguns casos expressamente admitida no Texto Fundamental (art. 7º, VI, XIII e XIV), dependerá sempre da concordância do correspondente sindicato (tutela sindical).

21. No tocante ao tema afirmou o 1º signatário deste parecer: "As disposições legais vigentes, relativas à duração do trabalho, são de caráter imperativo, não podendo em consequência, ser violadas por qualquer ajuste estipulado entre empregado e empregador, nem pelas convenções e acordos coletivos que lhe sejam aplicáveis (arts. 9º e 444 da CLT). A nova Constituição brasileira permite, no entanto, em dois pontos, a flexibilização das normas que editou sobre duração do trabalho: a) compensação dos horários na semana normal de trabalho (art. 7º, XIII); b) adoção de regras especiais de trabalho para os turnos ininterruptos de revezamento (art. cit., XIV)." (ob. cit., vol. II, pág. 707; os grifos não pertencem ao original).

22. Por via de consequência, a derrogação de norma imperativa só será válida nos casos e limites autorizados pela Carta Magna, já que em nosso País não vigora lei ordinária sobre a flexibilização.

23. No caso exposto na consulta a flexibilização se revela inviável: diante de regras de caráter imperativo, é ela admitida,

no que se refere à duração de trabalho, apenas e tão-somente, nos pontos assinalados no item 21.

V - DA REPRESENTAÇÃO SINDICAL

24. A organização sindical brasileira foi alterada pela Constituição de 1988, que assegurou a autonomia sindical, embora sem consagrar a liberdade sindical em todos os seus aspectos.

25. Continuando a prevalecer a unicidade sindical, permanecem inalterados e plenamente absorvidos pela nova ordem constitucional os conceitos consignados na CLT. Nesse sentido já se pronunciou o Eg. Supremo Tribunal Federal, em decisão da lavra do Ministro MARCO AURÉLIO, assim ementada:

"A organização sindical pressupõe a representação de categoria econômica ou profissional. Tratando-se de categoria diferenciada, definida à luz do disposto no § 3º do artigo 511 da Consolidação das Leis do Trabalho, descabe cogitar de desdobramento, por iniciativa dos interessados, consideradas as funções exercidas pelos sindicalizados. O disposto no parágrafo único do artigo 570 do referido Diploma aplica-se às hipóteses de existência de categorias similares ou conexas e não de categoria diferenciada, muito embora congregando trabalhadores que possuem funções diversas. A definição atribuída aos trabalhadores e empregadores diz respeito à base territorial do sindicato - artigo 8º, inciso II, da Constituição Federal e não à categoria em si, que resulta das peculiaridades da profissão ou da atividade econômica, na maioria das vezes regida por lei especial, como ocorre em relação aos aeronautas." (Recurso em Mandado de Segurança nº 21.305-1, in

LTr, SP, 1992, nº 56, pag. 10; grifos nossos).

26. Segundo o art. 511, § 2º, da CLT, categoria profissional caracteriza-se pela

"similitude de condições de vida oriunda da profissão ou trabalho em comum, em situação de emprego na mesma atividade econômica ou em atividades econômicas similares ou conexas".

27. Por isso mesmo, o "Quadro de Atividades e Profissões", que fora aprovado pelo art. 577 da CLT, concentrou na categoria profissional

"Empregados em estabelecimentos bancários"

os que trabalham nas seguintes categorias econômicas:

"Bancos (inclusive Bancos de investimentos)

Casas bancárias

Sociedades de crédito, financiamento e investimentos".

28. Destarte, em face do preceituado no art. 8º, nº II, da Constituição, que manteve o monopólio sindical de representação por categoria, recepcionando o art. 516 da CLT, cabe ao Sindicato dos Empregados em Estabelecimentos Bancários do Município do Rio de Janeiro representar os associados da ora Consulente no procedimento da negociação coletiva. Quer se trate de convenção ou de acordo coletivo, é obrigatória a participação do sindicato que representa, ex vi legis, os empregados interessados (art. 7º, nº VI, e art. 8º, nº III, da Constituição).

29. Nada impedirá, todavia, que, mediante autorização do sindicato representativo da categoria profissional, a Associação consulente, que congrega os empregados do Banco em causa, participe da negociação coletiva, sem exclusão daquele. Essa colaboração,

in casu, afigura-nos até recomendável em virtude da provável discussão de normas regulamentares internas, de interesse específico dos empregados do Banco.

VI - DAS CONCLUSÕES

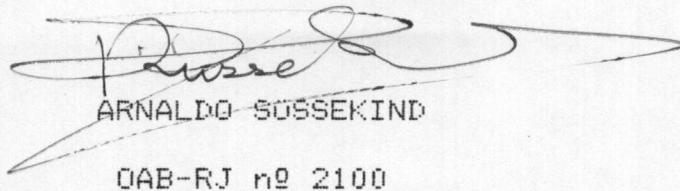
30. Em face do exposto, podemos formular as seguintes conclusões:

- a) Os empregados do BNDESPAR, por força de jurisprudência sumulada, são equiparados a bancários e formam com estes uma única categoria profissional, tendo, por isto, jornada de trabalho fixada em 6 horas, prorrogável somente em casos excepcionais. Portanto, qualquer ajuste, seja pela via individual ou coletiva, no sentido de ampliar tal jornada, estaria a caracterizar a pré-contratação de horas extras, procedimento que é reiteradamente rechaçado pela jurisprudência dominante do TST. O acordo coletivo que assim dispuzesse poderia, sob este prisma, ter sua validade impugnada;
- b) Embora a validade jurídica da cláusula de acordo coletivo, objetivando a ampliação da jornada do bancário seja, a nosso ver, ineficaz no mundo do direito, caso venha a ser celebrado o instrumento coletivo com a dilatação da duração diária de trabalho, recomenda-se que seja expressamente consignado que o acordo não repercutirá nos processos individuais porventura em andamento perante a Justiça do Trabalho, resguardando-se as situações individuais anteriormente configuradas; e
- c) A representação dos empregados, considerando-se o sistema legal brasileiro, cabe ao sindicato representativo

da respectiva categoria profissional. Entretanto, a participação da associação de empregados de determinada empresa na negociação coletiva, bem como no instrumento dela resultante, juntamente com a entidade sindical e com autorização desta, não afeta a validade do do acordo coletivo.

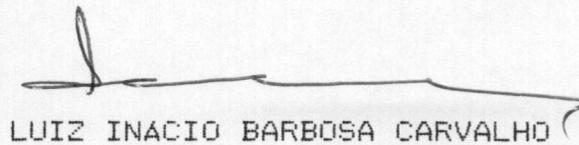
S.M.J., é o nosso parecer.

Rio de Janeiro, 26 de maio de 1992



ARNALDO SÜSSEKIND

OAB-RJ nº 2100



LUIZ INACIO BARBOSA CARVALHO

OAB-RJ nº 44418