

PROCESSO Nº TST-IncJulgRREmbRep-897-16.2013.5.09.0028

C/J PROC. Nº TST-IncJulgRREmbRep-523-89.2014.5.09.0666

C/J PROC. Nº TST-IncJulgRREmbRep-11555-54.2016.5.09.0009

GMKA/isr

JUSTIFICATIVA DE VOTO VENCIDO

Inicialmente, entendo que estão presentes os requisitos do artigo 896-C da CLT para o regular processamento do incidente de recursos repetitivos. Conforme bem assinalado pelo Ministro Relator e Ministra Revisora, é fácil notar a existência de *múltiplos recursos de revista* nos quais há debate sobre *questão jurídica* objeto de divergência entre Ministros do TST. Emblemática, nesse sentido, a dissonância entre julgados da 4ª e 5ª Turmas e decisões proferidas nas 1ª, 2ª, 3ª, 6ª, 7ª e 8ª Turmas desta Corte.

Feito esse registro, cumpre ressaltar que o âmbito de cognição deste Tribunal Pleno está circunscrito ao exame da proposta acolhida pela Subseção I Especializada em Dissídios Individuais e afetada a este Colegiado. É o que se depreende do artigo 291, § 1º, do RI/TST, segundo o qual “é vedado ao órgão colegiado decidir, para os fins do art. 896-C da CLT, questão não delimitada na decisão de afetação.”

Equivale dizer que, no caso concreto, a atuação do Tribunal Pleno diz respeito apenas ao conflito entre a Súmula nº 36 do TRT da 9ª Região e a Súmula 85, IV, do TST. Nesse sentido é a certidão de julgamento relativa à instauração do IRR, cujo teor define com precisão as questões postas a exame, *in verbis*:

"[...] afetar ao Tribunal Pleno as seguintes questões jurídicas relativas ao tema 'acordo de compensação - descumprimento - efeitos - Súmula nº 85, IV, do TST - Súmula nº 36 do TRT da 9ª Região - conflito':

a) a invalidade do acordo de compensação de jornadas não pode ser declarada sob a perspectiva semanal, de sorte que, à luz da Súmula nº 85, IV, do TST, somente se o Tribunal Regional deparar-se com a prestação de horas extraordinárias habituais, deverá declarar a nulidade do acordo de compensação com efeitos *ex tunc*;

b) na hipótese em que o empregador, apenas de forma eventual, deixar de observar o limite de 10 horas para a compensação de jornadas ou, por outro lado, exigir a prestação de serviços no dia destinado à compensação, não incidem os efeitos previstos no item IV da Súmula nº 85 do TST. Em tais situações, responde o empregador pelo pagamento pontual de horas extraordinárias, desde que tal pretensão haja sido formulada de forma expressa na petição inicial. Incabível a invalidação do acordo de compensação apenas na semana em que se deu o descumprimento pontual ou esporádico;

c) ainda que declarada a nulidade total com efeitos extintivos do acordo de compensação, devem ser preservadas as prestações periódicas já exauridas no curso da contratualidade, ou seja, em relação às horas que ultrapassam a jornada normal diária, até o limite de 44 horas, incide apenas o adicional de horas extraordinárias, pois essas horas já foram remuneradas mediante o pagamento de salário. Esse é o sentido e o alcance da parte final do item IV da Súmula nº 85 do TST, igualmente externada no item III da Súmula em apreço;

d) a parte final do item IV da Súmula nº 85 desta Corte Superior não comporta nenhuma exceção quanto à sua incidência."

Delimitada a questão, é de rigor o exame dos exatos termos da Súmula 36 do TRT da 9ª Região. Diz o verbete:

ACORDO DE COMPENSAÇÃO SEMANAL. PRESTAÇÃO DE HORAS EXTRAS.

I - Havendo acordo de compensação e constatado em qualquer dia da semana o **excesso de jornada além do máximo legal admitido no art. 59 da CLT, de 02h00 extras, nessa semana** será inválido o regime compensatório, não se aplicando a parte final do item IV, da Súmula 85 do C.TST e todo o tempo de trabalho além da jornada normal será devido com o pagamento da **hora normal mais o adicional**;

II - Havendo acordo de compensação e constatado, em qualquer semana, **o labor no dia destinado à compensação, nessa semana** será inválido o regime compensatório, não se aplicando a parte final do item IV, da Súmula 85 do C.TST e todo o tempo de trabalho além da jornada normal será devido com o pagamento da **hora normal mais o adicional**;

III - Havendo acordo de compensação e constatada habitualidade no labor extraordinário, **fora de qualquer das hipóteses dos incisos I e/ou II**, será aplicável a parte final do item IV da Súmula 85 do C.TST, sendo remunerado pelo adicional o tempo destinado à compensação, e integralmente (tempo + adicional) no que exceder. (grifo nosso)

Verifica-se que segundo entendimento fixado pelo TRT da 9ª Região, sempre que o trabalhador atuar por mais de 10 horas ou trabalhar em dia destinado a compensação, será inválido o acordo de compensação, mas apenas naquela semana. E mais: as horas extras serão apuradas da forma clássica - hora normal + adicional - ainda que não seja superado o limite de 44 horas semanais.

Aqui, dois aspectos chamam atenção: 1º) a adoção do critério "*semana a semana*", o qual afasta a descaracterização da integralidade do acordo, ainda que haja horas extras habituais; 2º) o TRT, nas hipóteses que especifica, afasta a aplicação da parte final do item IV da Súmula 85 do TST (pagamento apenas do adicional), independentemente da extrapolação das 44 semanais.

Há, portanto, nestes dois pontos, contrariedade à Súmula 85, IV, do TST. Isso porque o verbete desta Corte consigna que as horas extras habituais descaracterizam a integralidade do acordo de compensação de jornada, impondo, por isso mesmo, o pagamento das horas que superam a jornada legal durante todo o período em que foi desvirtuado o ajuste. Nesse passo, segundo a Súmula do TST, é impróprio o critério "*semana a semana*".

De outro lado, o mesmo item IV da Súmula 85 estabelece ser devido apenas o adicional nos casos em que a jornada semanal não ultrapassa o limite de 44 horas. Tal aspecto é olvidado na Súmula 36 do TRT da 9ª Região, para quem, na hipótese, é devida a hora + o adicional.

Evidenciada a dissonância, que se espraia inclusive para Turmas do TST, **entendo ser o caso de reafirmar a jurisprudência desta Corte**, não apenas porque assim venho decidindo em casos idênticos na 6ª Turma, mas sobretudo porque o entendimento contido na Súmula 85, item IV, do TST é construção jurisprudencial sedimentada no Judiciário do Trabalho há mais de 20 anos, forjada em princípios caros a esta Especializada, entre os quais o da *Primazia da Realidade*.

A propósito, não é demais ressaltar que o *Princípio da Primazia da Realidade* atua como uma ferramenta protetiva no Direito do Trabalho, garantindo que acordos formais, como os de compensação de

jornada, sejam respeitados em sua essência e finalidade. Destaque-se que o princípio em referência encontra guarida em nosso ordenamento. É o que se depreende do art. 9º da Consolidação das Leis do Trabalho: *“Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação”*.

A norma da CLT expressa que os atos realizados com a intenção de mascarar os reais acontecimentos da relação de emprego serão considerados nulos. Ou seja, evidencia-se que a prioridade é dada à realidade dos fatos que caracterizam a relação trabalhista.

Semelhante previsão se encontra na legislação argentina. O artigo 21 da *“Ley De Contrato De Trabajo”* prevê:

Haverá contrato de trabalho, **qualquer que seja a sua forma ou denominação**, desde que a pessoa singular seja obrigada a praticar atos, executar obras ou prestar serviços a favor da outra e na dependência desta, durante prazo determinado ou indeterminado. , através do pagamento de remuneração¹

Conforme se depreende do aludido dispositivo, são estabelecidos critérios para a caracterização de um contrato de trabalho, **independentemente da nomenclatura ou forma que as partes atribuam ao vínculo**, priorizando-se a realidade fática.

A propósito do *Princípio da Primazia da Realidade*, destaco ainda o registro constante no voto divergente apresentado pela Revisora, Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, para quem *“a verificação da habitualidade na prestação de horas extras, de modo a se evidenciar, na prática, a irrealidade do acordo de compensação de jornadas firmado, é o elemento-chave, na dicção da Súmula nº 85, IV, do TST, para se concluir no sentido da sua descaracterização: o acordo é descaracterizado porque seus termos não corresponderiam à realidade daquela relação de trabalho. [...] Cuida-se de reconhecer que o pactuado, embora válido, não se viu implementado na prática e dimensionar as consequências legais dessa ausência de implementação. Daí porque, na hipótese de que trata a Súmula nº 85, IV, do*

¹ Habrá contrato de trabajo, cualquiera sea su forma o denominación, siempre que una persona física se obligue a realizar actos, ejecutar obras o prestar servicios en favor de la otra y bajo la dependencia de ésta, durante un período determinado o indeterminado de tiempo, mediante el pago de una remuneración

TST, a descaracterização, ou, em outras palavras, a desconsideração, no equacionamento da remuneração devida, da eficácia de acordo de compensação efetivamente não implementado, opera, apropriadamente, efeitos ex tunc”.

Diante do exposto, conclui-se que dever ser priorizada a realidade da relação empregatícia. Assim, uma vez instituído regime de compensação de jornada, havendo prestação de horas extras de forma habitual, a finalidade da avença é distorcida. A ideia do acordo é flexibilizar a jornada e não instituir uma rotina constante de horas extras. Nesse passo, é de se concluir **que a prestação de horas extras habituais descaracteriza de forma global o regime de compensação semanal de jornada na sua integralidade, e não apenas nas exatas semanas em que houve prestação de horas extras. Isso, claro, excetuando os contratos de trabalho celebrados na vigência da Lei nº 13.467/17 (artigo 59-B, parágrafo único, da CLT), aspecto, a propósito, cujo debate não foi devolvido a este Tribunal Pleno por injunção da norma contida no artigo 291, § 1º, do RI/TST.**

Sobre a forma de apuração das horas extras, a Súmula 85, IV, do TST consigna que as horas que superarem o limite de 44 horas semanais deverão ser apuradas da maneira clássica, ou seja, hora + adicional. Já em relação as que não ultrapassarem o limite, é devido apenas o adicional.

É sabido, no entanto, que além do critério estabelecido no multicitado item IV da Súmula 85 desta Corte, a SBDI-1 do TST consagrou três situações que interferem diretamente na forma de cálculo das horas extraordinárias. Isso por evidenciarem *"descumprimento dos requisitos materiais do acordo de compensação"*. São elas: **1) extrapolação da jornada de 10 horas (art. 59, § 2º, da CLT), acompanhada da inobservância do limite de 44 horas semanais; 2) ausência de discriminação dos horários destinados à compensação; 3) cumulação de compensação com trabalho extraordinário.**

Segundo a Subseção, tais circunstâncias impõem a apuração das horas extras da forma clássica (hora + adicional) e caracterizam verdadeira exceção à parte final do item IV da Súmula 85 do TST. Emblemático, nesse sentido, o seguinte julgado:

"ACORDO DE COMPENSAÇÃO DE JORNADA. HORAS EXTRAS HABITUAIS E TRABALHO AOS SÁBADOS. NULIDADE. AUSÊNCIA DE OBSERVÂNCIA DOS REQUISITOS MATERIAIS DE VALIDADE DO ACORDO. INAPLICABILIDADE DO ITEM IV DA SÚMULA Nº 85 DO TST. A jurisprudência desta Corte sedimentada na Súmula nº 85, item IV, dispõe que: "A prestação de horas extras habituais descaracteriza o acordo de compensação de jornada. Nesta hipótese, as horas que ultrapassarem a jornada semanal normal deverão ser pagas como horas extraordinárias e, quanto àquelas destinadas à compensação, deverá ser pago a mais apenas o adicional por trabalho extraordinário. (ex-O) nº 220 da SBDI-1 - inserida em 20.06.2001)". Assim, segundo o item IV da Súmula nº 85 do TST, havendo descaracterização do acordo de compensação de jornada, em razão da prestação habitual de trabalho em sobrejornada, as horas laboradas além da jornada semanal normal deverão ser pagas como extras, e aquelas destinadas à compensação, remuneradas a mais apenas com o adicional de horas extras, a fim de se evitar pagamento em duplicidade. Logo, somente no caso de não observância de requisito formal, será aplicado o entendimento mencionado, com vistas a limitar a condenação ao pagamento apenas do adicional de horas extras com relação àquelas horas destinadas à compensação. **Inaplicável, no entanto, nos casos em que, além da prestação habitual de horas extras, haja descumprimento dos requisitos materiais, a saber: extrapolação da jornada de 10 horas (art. 59, § 2º, da CLT) e da carga semanal de 44 horas; ausência de discriminação dos horários destinados à compensação; ou cumulação de compensação com o trabalho extraordinário. Na hipótese destes autos e de acordo com as premissas delineadas, não se aplica o item IV da Súmula nº 85 do TST,** pois, embora existente acordo de compensação de jornada, não houve a efetiva compensação. Conforme quadro fático delineado no acórdão regional e transcrito na decisão da Turma, "os controles de ponto revelam o labor habitual aos sábados" e "os cartões de ponto também demonstram a habitual prestação de horas extras". Portanto, não atendida a finalidade do acordo de aumento da jornada diária para compensação aos sábados e diante da comprovada existência de prestação habitual de horas extras, conclui-se estar descaracterizado o acordo de compensação de jornada. Embargos conhecidos e desprovidos." (Processo: E-RR - 1472-54.2012.5.09.0094 Data de Julgamento: 15/10/2015, Relator

CONCLUSÃO

Fixados esses parâmetros e tendo por norte que o âmbito de atuação deste Colegiado se limita ao exame da proposta acolhida pela SBDI-1 e afetada ao Tribunal Pleno (artigo 291, § 1º, do RI/TST), cujo teor - frise-se - não abrange as inovações trazidas pela Lei nº 13.467/17 e digressões sobre direito intertemporal, passo a decidir:

I) relativamente ao IRR, divirjo do Ministro Relator e da Ministra Revisora e voto no sentido de reafirmar a jurisprudência desta Corte, a fim de que seja mantida a íntegra da redação da Súmula 85, IV, do TST;

II) fixo tese vinculante nos seguintes termos:

"Carece de amparo jurídico a invalidação de acordo de compensação de jornadas sob perspectiva semanal. A adoção do critério 'semana a semana' é incompatível com a Súmula 85, IV, do TST, firmada no sentido de que a prestação habitual de horas extras descaracteriza a integralidade do acordo de compensação. Nessas circunstâncias, impõe-se o pagamento do sobrelabor mediante os critérios de apuração estabelecidos em lei e na jurisprudência sedimentada no TST. Isso durante todo o período em que foi desvirtuado o ajuste, e não apenas na semana em que extrapolado o limite de 10 horas diárias (art. 59, § 2º, da CLT) ou evidenciado labor em dia destinado a compensação".

III) convirjo com a Ministra Revisora no sentido de suspender a Súmula nº 36 do TRT da 9ª Região até que a Corte Regional providencie o seu cancelamento ou sua revisão de modo a adequá-la à jurisprudência uniforme do Tribunal Superior do Trabalho, conforme exigido pelo art. 927, III do CPC;

IV) relativamente aos recursos de revista tombados sob os nºs 11555-54.2016.5.09.0009, 897-16.2013.5.09.0028 e 523-89.2014.5.09.0666, vê-se que o TRT de origem constatou que houve descaracterização do regime de compensação de jornada. Contudo, determinou a apuração das horas extras pelo critério semana a semana (Súmula nº 36 do TRT da 9ª Região), na contramão da Súmula 85, IV, do TST. O contexto, a princípio, ensejaria a reforma do acórdão regional. Ocorre que houve interposição de recursos de revista apenas pelas reclamadas, o que de plano atrai o princípio do *no reformatio in pejus*, no particular.

V) ainda sobre os recursos de revista nºs 11555-54.2016.5.09.0009, 897-16.2013.5.09.0028 e 523-89.2014.5.09.0666, remanesce a questão relativa à definição do critério de cálculo das horas extras. As reclamadas pugnam pelo pagamento apenas do adicional de horas extras, na forma da Súmula 85, IV, do TST. Contudo, a pretensão recursal é inviável. Isso porque a premissa contida nos acórdãos regionais ora aponta para existência de labor extraordinário nos dias destinados à compensação (RRs 897-16.2013.5.09.0028 e 523-89.2014.5.09.0666) ora para extrapolação habitual do limite de 10 horas diárias e 44 semanais (RR 11555-54.2016.5.09.0009), o que segundo a jurisprudência consagrada na SBDI-1 do TST (E-RR - 1472-54.2012.5.09.0094, Relator Ministro José Roberto Freire Pimenta, DEJT 03/11/2015), caracteriza exceção à parte final do item IV da Súmula 85 do TST e, por essa razão, impõe o pagamento das horas extras na forma clássica (hora + adicional).

VI - Do exposto, não conheço do RR - 11555-54.2016.5.09.0009, RR 897-16.2013.5.09.0028 e RR 523-89.2014.5.09.0666.

É como voto.

KÁTIA MAGALHÃES ARRUDA

Ministra do TST