

Parecer nº 01/95 - Cláudia Costa Mansur

Horas extras habituais. Pedido de integração ao salário. Impossibilidade, para o efeito de vedar sua redução ou supressão. Natureza jurídica dos adicionais compulsórios. Antecedentes históricos da limitação da jornada de trabalho. Evolução jurisprudencial.

Tratam os presentes autos de cinco requerimentos formulados por empregados da Companhia de Navegação do Estado do Rio de Janeiro - CONERJ -, que possuem objeto idêntico, qual seja, pedido "de pagamento da média das horas extras nos últimos cinco anos", a que entende cada qual fazer jus.

Como bem apontou a Assessoria Jurídica daquela Companhia, em pareceres de igual teor, constantes de fls. 7-8, 41-42, 74-75, 110-111, 142-143 e 171-172 do presente, os pleitos formulados pelos requerentes dizem respeito, em verdade, à integração ao salário da média das horas extras prestadas, "pois não faria sentido nem teria qualquer fundamento pagar, de uma só vez, a média das horas extras trabalhadas em cinco anos, quando as mesmas foram pagas integralmente nas épocas efetivamente prestadas como fazem prova os documentos anexos."

Opinou ainda aquela Assessoria Jurídica no sentido da não concessão do pedido, por entender que o pagamento habitual de horas extras não gera direito adquirido ao empregado à integração da média ao salário, alertando mais que o deferimento do pleito resultaria em precedente que poderia ensejar um sem número de requerimentos no mesmo sentido por parte dos demais empregados da Companhia.

Para uma melhor compreensão da matéria submetida a exame, cumpre, inicialmente, delinear os contornos legais do salário, para, a partir daí, chegar-se à natureza jurídica dos adicionais compulsórios e à questão de sua integração ao salário.

Da análise do art. 457 da Consolidação das Leis do Trabalho, depreende-se que salário é parte integrante da remuneração, representando a principal obrigação do empregador, correspondente à contraprestação do serviço prestado por força do contrato de trabalho. A bilateralidade característica desta espécie de contrato, portanto, gera a obrigação para o empregador de pagar o salário.

Sucede, porém, que o dispositivo legal acima mencionado confere a determinadas parcelas natureza salarial. Assim o faz, por exem-

plo, com as comissões, percentagens, gratificações ajustadas e demais parcelas enumeradas no § 1º do referido artigo, assim como aquelas enunciadas no art. 458.

Acerca do § 1º do art. 457 é bastante elucidativa a lição de Arnaldo Sussekind, ao citar José Martins Catharino e Délio Maranhão, nos termos seguintes:

"O disposto no § 1º do art. 457 'restringe-se a indicar os elementos que compõem o que poderíamos chamar o complexo salarial'; isto é, 'confere natureza salarial às parcelas nele referidas, distinguindo-as, porém, do salário-base... As gratificações e as percentagens correspondem ao que se denomina sobre-salário'; somam-se ao salário-base mas neste não se diluem, nem perdem suas características próprias" (in Instituições de Direito do Trabalho, 15ª ed., 1995, vol. 1, Ed. LTr., 295).

A esta altura, já se poderia chegar à conclusão de que, tal qual está delineado em nosso ordenamento jurídico, o salário representa a parcela ajustada no ato da celebração do contrato de trabalho equivalente à retribuição dos serviços prestados em condições normais e durante a jornada normal de trabalho, porquanto a lei o distingue expressamente das demais verbas, às quais confere natureza salarial, mas mantém incólumes suas "características próprias".

Impende verificar, nesse passo, se os adicionais compulsórios estariam incluídos dentre aquelas parcelas que possuem, por força de lei, natureza salarial.

Para a doutrina dominante, com efeito, os adicionais equivalem às gratificações em geral e, portanto, estariam contemplados pelo texto da norma. Neste sentido é o entendimento de Mozart Victor Russomano, **verbis**:

"Em face do disposto no art. 457, a conclusão será admitir que esses adicionais se equiparam às gratificações em geral, pois, na verdade, eles gratificam determinadas atividades" (in Comentários à CLT, 11ª ed., Ed. Forense, 1986, p. 449).

Não discrepa deste entendimento a posição de Arnaldo Sussekind, a seguir transcrita:

"É inquestionável que os adicionais e gratificações instituídas por lei, convenção coletiva, norma regulamentar da empresa ou, explicitamente, nos próprios contratos de trabalho, têm natureza salarial, sendo devidos nas condições prescritas nos respectivos atos. Entretanto, porque possuem tal natureza jurídica e, portanto, integram o 'complexo salarial, não significa que compõem o salário básico" (ob. cit., 295).

Ouso acrescentar que os adicionais compulsórios só adquirem natureza salarial se o trabalho anormal, que eles remuneram, for prestado com habitualidade ou se houver sido objeto de acordo expresso entre empregador e empregado, pois somente a partir daí se poderia falar em "gratificação ajustada", sendo o ajuste na primeira hipótese tácito, e na segunda, expresso.

Desnecessário dizer que, nestas hipóteses, justo porque passa a compor o complexo salarial, o adicional de horas extras, objeto específico de nosso exame, assim como ocorre com os adicionais compulsórios em geral produz reflexos na remuneração do empregado, consoante entendimento firmado pelo TST através dos enunciados 24, 45, 94, 115, 151 e 172. Esta associação do valor das horas extras ao salário-base, todavia, somente ocorre para efeito de cálculo das parcelas contratuais, não significando que passe a fazer parte integrante do salário básico, com ele se identificando e não podendo por isso ser suprimido ou reduzido. Tal não ocorre.

Isto porque os adicionais criados por lei têm sua razão de ser justo na existência de condições atípicas de trabalho, que não são, nem poderiam ser desejadas pelo legislador, mas que, uma vez existentes, demandam regulamentação. Da mesma forma que o salário, os adicionais assentam-se na bilateralidade gerada pela situação anômala, que se desenvolve paralelamente, ou melhor, como prolongamento daquela relação jurídica decorrente do contrato de trabalho.

Assim, os adicionais "são devidos apenas enquanto perdurar a 'situação anormal' que enseja o seu pagamento". Afinal, o "Direito do Trabalho deve visar, em tais casos, não à perpetuidade dos adicionais e sim à execução dos serviços em condições que não determinem o seu pagamento. Por isto mesmo, removida a causa que o subordinou (trabalho noturno, extraordinário, insalubre, perigoso ou, ainda, transferência provisória do empregado), torna-se indevido o respectivo adicional ou sobre-salário" (ob. cit., p. 438), até porque, dada a natureza retributiva dos adicionais, uma vez cessada a prestação do serviço excepcional, extingue-se a obrigação de pagá-lo.

Convém, nesse passo, fazer uma breve digressão acerca dos antecedentes históricos da limitação da jornada de trabalho, a fim de que se possa melhor compreender a origem do adicional de horas extras.

Com efeito, a limitação da jornada de trabalho representou uma das grandes conquistas do proletariado em todo o mundo, traduzindo as aspirações presentes nos movimentos operários da primeira metade do século XIX, quando começaram a surgir as primeiras leis reguladoras dos limites da duração do trabalho.

Foi, porém, somente a partir da publicação da Encíclica *Rerum Novarum*, em 1891, que a conscientização da necessidade de se coibir os abusos praticados, através da efetiva intervenção do Estado, se universalizou.

A primeira medida efetiva de caráter abrangente, todavia, só veio ao final da Primeira Grande Guerra, com a Conferência das Nações Unidas, quando foi firmada uma declaração de princípios na qual os Estados signatários se comprometiam a adotar a jornada de oito horas ou a semana de quarenta e oito horas. Aliás, foi justo nesta oportunidade que se criou a Organização Internacional do Trabalho (OIT), que, na primeira conferência que realizou, em outubro de 1919, aprovou a Convenção nº 1, assegurando a aplicação do referido princípio, abrindo uma única exceção para facultar o labor extraordinário temporariamente para atendimento de excessos atípicos de trabalho, ficando estabelecido que as horas extraordinárias seriam remuneradas com um adicional de 25% incidente sobre o salário normal.

No Brasil, as leis limitadoras da duração do trabalho somente começaram a surgir após a Revolução de 1930 e, apesar de nosso país não haver ratificado a Convenção nº 1 da OIT, certo é que "constitui hoje questão incontroversa que a jornada superior a oito horas é prejudicial ao trabalhador, à produção e à coletividade. Demais disso, releva ressaltar que o empregado, levado pela necessidade de obter maiores salários, acorda quase sempre em prorrogar indefinidamente sua jornada normal de trabalho. Daí por que, em nosso país, o trabalho extraordinário vem sendo desmesuradamente utilizado, concorrendo para agravar o desemprego, ampliar os infortúnios do trabalho, tornar o trabalhador um aposentado precoce e reduzir-se o tempo de convívio familiar" (ob. cit., p. 753).

O problema da duração da jornada de trabalho foi, de fato, objeto de permanente manifestação de nossos Tribunais, tendo em vista que a ausência de fiscalização e a omissão dos órgãos públicos resultaram em que as empresas adotassem a prática de não contratar empregados e em contrapartida utilizar o trabalho extraordinário indiscriminadamente, suprimindo-o sempre que lhe conviesse, com o que provocavam uma brusca ruptura no orçamento do empregado, sem que isto acarretasse para aquelas empresas qualquer ônus.

O Tribunal Superior do Trabalho, na tentativa de solucionar a situação de fato existente, terminou por agravá-la, ao editar a Súmula 76, através da Resolução nº 69/78, publicada no *Diário de Justiça* de 26.09.78, do seguinte teor:

"O valor das horas extras suplementares prestadas habitualmente, por mais de dois anos, ou durante o contrato, se suprimidas, integra-se no salário para todos os efeitos legais."

Já nos primeiros momentos posteriores a sua edição, diversas críticas surgiram contra orientação afirmada, sendo, todavia, a mais relevante delas a que via no entendimento sumulado uma porta aberta para a perpetuação do trabalho prestado em condições anormais e, portanto, desfavoráveis aos empregados. Neste sentido, vale transcrever trecho dos comentários de Mozart Victor Russomano sobre a súmula em questão:

"Quando se diz que as horas extras habituais não podem ser suprimidas, porque, se o forem, o salário a elas correspondente continuará sendo devido, dá-se ao empregador o direito de continuar exigindo, indefinidamente, a prestação de horas extraordinárias. Por outras palavras, a jornada normal e diária é dilatada para além de oito horas, em caráter permanente e definitivo. Isso está em desacordo com tudo quanto se tem procurado estabelecer em proveito do trabalhador, para poupar-lhe a exaustão física e psicológica. É bom não esquecer que a fixação da jornada de trabalho em oito horas diárias aparece entre as primeiras reivindicações da classe operária" (ob. cit., p. 94).

Também acórdãos proferidos durante a vigência da referida Súmula manifestavam entendimento diametralmente oposto ao nela consubstanciado, como ilustra a ementa que segue, extraída dos Comentários aos Enunciados do TST, de Francisco Antonio de Oliveira, 2ª ed., ed. RT, 1993, p. 685:

"O trabalho extraordinário pode e deve ser suprimido tão logo se torne possível. Cessada a causa - prestação do trabalho - devem cessar os efeitos - contraprestação, ou seja, o pagamento respectivo, sendo impossível impor ao Empregador a obrigatoriedade de integrar a média das horas extras ao salário do obreiro" (TRT, 1ª Reg., 2ª T., Proc. RO 4.561/79, julgado em 05.05.80, Ac. 1.034/80, rel. Juiz Marco Aurélio Mendes de Farias Mello).

Aliás, no próprio TST, já se encontrava posição divergente, conforme se infere da emenda a seguir transcrita, colhida da obra acima citada:

"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, Ac.n. 2.189/79, Proc. RR 4.823/79, rel. Min. Coqueiro Costa, DJ de 13.03.80, p. 1.346).

De outro lado, considerava-se que a integração, na hipótese de continuidade da prestação do serviço extraordinário, "acarretaria, absurdamente, um *bis in idem*, já que a prestação suplementar passaria a incidir sobre a soma daquele salário com o adicional ou gratificação a ele incorporado." (Arnaldo Sussekind, ob. cit., p. 346).

Diante desse quadro, o TST, visando corrigir o equívoco contido naquela Súmula, reformulou seu entendimento, conforme nos dá notícia ainda Arnaldo Sussekind (ob. cit, p. 438):

"Relativamente ao trabalho extraordinário, prevaleceu, por muito tempo, a estranha jurisprudência no sentido de que o valor do respectivo adicional integrava-se no salário, quando as horas suplementares houvessem sido prestadas por mais de dois anos ou durante todo o contrato (Súmula TST nº 76). Transformava-se, assim o trabalho extraordinário em ordinário, em desrespeito à primeira das reivindicações operárias, ocorrida nos albores do século XIX. Felizmente essa orientação foi radicalmente modificada, em consonância com o lúcido voto do Ministro Marco Aurélio de Mello, que invocou, pertinentemente, a duração normal do trabalho fixada na Constituição (art. 7º, XIII), adotando, por analogia, a solução prevista no art. 9º da Lei nº 5.811, de 1972, de aplicação restrita aos empregados no setor do petróleo. A nova Súmula da jurisprudência do TST, nº 291, tem a seguinte redação:

'A supressão, pelo empregador, do serviço suplementar prestado com habitualidade, durante pelo menos um ano, assegura ao empregado o direito à indenização 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. O cálculo observará a média das horas suplementares efetivamente trabalhadas nos últimos 12 meses, multiplicada pelo valor da hora extra do dia da supressão'."

Atualmente a questão tornou-se incontroversa: o valor das horas extras habitualmente prestadas associa-se ao salário apenas para efeito do cálculo das verbas contratuais, nos termos dos enunciados 24, 45, 94, 115, 151 e 172, antes mencionados, podendo o trabalho extraordinário ser reduzido ou suprimido, sem que isto implique a obrigação para o empregador de integrar a média dos respectivos adicionais, ainda que pagos com habitualidade, ao salário-base do empregado. A supressão, todavia, gera o dever de indenizar, que decorre de construção jurisprudencial.

Volvendo à hipótese sob exame, temos que os requerentes intentam em verdade ver integrada aos seus respectivos salários-base a média dos adicionais pagos nos últimos cinco anos, porquanto, apesar

de se referirem ao pagamento da média daqueles adicionais, os documentos acostados demonstram que os mesmos foram pagos e, a toda evidência, somados aos salários básicos para fins de cálculo das parcelas decorrentes do contrato de trabalho, pelo que não se pode falar, na hipótese, em integração, no moldes em que esta foi proposta.

Por essas razões, opino pelo indeferimento dos pedidos, alertando para o fato de que a prestação de serviço extraordinário deve ser necessariamente precedida de acordo escrito entre empregador e empregado e está sujeita ao limite máximo previsto em lei de duas horas diárias (art. 59 da CLT), ficando o empregador, na hipótese de descumprimento, sujeito às sanções administrativas cabíveis.

É o meu parecer, salvo melhor juízo.

Cláudia Costa Mansur
Procuradora do Estado

Sr. Procurador-Geral:

Concordo plenamente com o Parecer nº 01/95-CCM exarado pela Dra. Cláudia Costa Mansur.

Na orientação jurisprudencial sumulada pelo Augusto Tribunal Superior do Trabalho através do Enunciado nº 291, não mais se cogita de integração ao salário da média do valor da prestação de serviço extraordinário quando interrompida a sua prestação habitual, mas sim a indenização da forma prescrita pelo aludido enunciado por ocasião da supressão.

Rio, 29 de maio de 1995

Giuseppe Bonelli
Procurador-Chefe da Procuradoria Trabalhista

VISTO

Aprovo o douto Parecer nº 01/95-CCM (fls. 209-218), da Procuradora Cláudia Costa Mansur, visado pelo ilustre Procurador-Chefe da Procuradoria Trabalhista, Dr. Giuseppe Benelli (fls. 219).

Ao Gabinete Civil, sugerindo posterior remessa à Secretaria de Estado de Transportes.

Em 04 de julho de 1995

Paulo Silveira Martins Leão Júnior
Subprocurador-Geral do Estado

Proc. nº E-10/300.135/95