

## A REVOLUÇÃO SILENCIOSA DO TST

(cancelamento, mudança e restauração de súmulas – primeiras impressões)

Luiz Eduardo Gunther<sup>(\*)</sup>

Cristina Maria Navarro Zornig<sup>(\*\*)</sup>

**Sumário:** 1. Introdução; 2. Substituição processual (Súmula 310); 3. Adicional de insalubridade (Súmula 17); 4. Cargo de confiança bancário (Súmulas 204, 233, 234, 237 e 238); 5. Gerente geral de agência bancária (Súmula 287); 6. Prova das horas extras (Súmula 338); 7. Horas extras do comissionista (Súmula 340); 8. Férias proporcionais do obreiro demissionário (Súmula 261); 9. Gestante: estabilidade e reintegração (Súmula 244); 10. Adicional de periculosidade (Súmula 191); 11. Princípio da identidade física do juiz (Súmula 136); 12. Conclusões; 13. Referências bibliográficas.

### **1. Introdução**

Até o mês de outubro de 2003 o C. Tribunal Superior do Trabalho havia editado 363 súmulas. A Subseção de Dissídios Individuais I alcançava 321 Orientações Jurisprudenciais, a SDI II 123 OJs e a SDC 38 OJs e 119 Precedentes Normativos.

A mais alta corte trabalhista iniciou um processo de revisão das súmulas, através do qual: cancelou, além da Súmula 310, mais 110 súmulas; reviu 38 e restaurou a de nº 17.

Abaixo, em caráter sintético, apresentamos ponderações sobre algumas súmulas objeto dessa revolução silenciosa, consubstanciada em importante ferramenta de trabalho dos operadores do direito, porque, inclusive, tem a ver com o cabimento ou não de recurso de revista.

### **2. Substituição processual (Súmula 310)**

---

<sup>(\*)</sup> Juiz do TRT da 9ª Região, mestre e doutor pela UFPR

<sup>(\*\*)</sup> Assessora de juiz no TRT da 9ª Região

## A revolução silenciosa do TST

Quando em vigor a Súmula nº 310, a substituição processual, pelo sindicato, só era admitida, legitimamente, se a demanda ajuizada visasse a satisfação de reajuste previsto em lei de política salarial.

Considerando que, desde o Plano Real, em nosso País, deixou de existir lei de política salarial, a substituição processual na Justiça do Trabalho caiu em desuso. Agora, entretanto, apesar de ainda não se saber o alcance de sua admissibilidade, o fato concreto é que, a princípio, o sindicato pode atuar como substituto processual na defesa de quaisquer direitos dos trabalhadores da categoria que represente, desde que tenham projeção coletiva. Para o Ministro Ronaldo Lopes Leal são apenas “os direitos e interesses individuais categoriais, pois a regra constitucional é restritiva aos interesses e direitos individuais da categoria, o que, obviamente, não abrange os interesses meramente pessoais de cada integrante da categoria”<sup>1</sup>. Assim, tem legitimidade o sindicato, para atuar como substituto processual, em defesa de direitos e interesses individuais homogêneos da categoria por ele representada.

Já há reflexos desse cancelamento na jurisprudência. Recentemente, decidiu, o próprio C. TST, que o sindicato da categoria profissional possui legitimidade para propor demanda trabalhista com o objetivo de cobrar o pagamento de horas extras decorrentes do sistema de turnos ininterruptos de revezamento. Teve por base o cancelamento da Súmula 310 do TST, que restringia as hipóteses de substituição processual pelo sindicato.

No site do C. TST ([www.tst.gov.br/noticias](http://www.tst.gov.br/noticias)) consta que a decisão trouxe os seguintes fundamentos: “Removido o obstáculo da súmula que restringia a legitimação extraordinária do sindicato, pode ele substituir

---

<sup>1</sup> LEAL, Ronaldo Lopes Leal. A substituição processual do artigo 8º, III, da Constituição Federal - Aplicação ao processo do trabalho das normas de procedimento das Leis nºs 7.347/85 e 8.078/90 (código de defesa do consumidor). Revista do Tribunal Superior do Trabalho. v. 66. n. 1. Brasília: Síntese, jan/mar 2000. p. 15.

*processualmente os trabalhadores na reivindicação de horas extras decorrentes de turnos ininterruptos de revezamento, como direitos individuais homogêneos e indisponíveis relacionados com a saúde (...)*” (acesso em 18.11.03 às 11h30min).

### **3. Adicional de insalubridade (Súmula 17)**

Restabelecida a Súmula 17 (**Adicional de insalubridade**. O *adicional de insalubridade devido a empregado que percebe, por força da lei, convenção coletiva ou sentença normativa, salário profissional, será sobre este calculado*” (RA 28/1969 DO-GB 21-08-1969), persiste a polêmica acerca da possibilidade de, afora as hipóteses enumeradas, este adicional vir a ser calculado sobre o salário mínimo.

Isto porque continua em vigor a Súmula nº 228 e, sobretudo, a Orientação Jurisprudencial nº 2 da SDI I, que afirma, enfaticamente, que a base de cálculo, mesmo após a CF/88, deve ser o salário mínimo, em contraposição ao entendimento do próprio Excelso STF (RE 236.396-5-MG, Acórdão da 1ª Turma, de 02.11.98. Rel. Min. Sepúlveda Pertence)<sup>2</sup>, que não admite essa incidência por violação ao art. 7º, IV, da CF/88.

### **4. Cargo de confiança bancário (Súmulas 204, 233, 234, 237 e 238)**

Conferida nova redação à Súmula nº 204, no sentido de que a configuração, ou não, do exercício de cargo de confiança depende de prova das reais atribuições do empregado, restaram, conseqüentemente, canceladas as Súmulas 233, 234, 237 e 238.

Este é um ponto de suma importância. Não resta dúvida, agora, conforme registrou o Ministro Vantuil Abdala ([www.tst.gov.br/noticias](http://www.tst.gov.br/noticias) - 2810.03, às 15h) de que esta será uma matéria a ser decidida pelas

---

<sup>2</sup> LTr 62-12/1621.

instâncias inferiores, ou seja, não cabendo mais recurso de revista a respeito.

### **5. Gerente geral de agência bancária (Súmula 287)**

Muitos Tribunais decidiam no sentido de que, havendo normas especiais de tutela do trabalho, constantes no Capítulo I do Título III da CLT, especificamente dirigidas aos trabalhadores bancários, a discussão acerca de cargo de confiança deveria cingir-se ao enquadramento, ou não, na exceção contida no artigo 224, parágrafo 2º, da CLT, não se cogitando de incidência do disposto no artigo 62, inciso II, da CLT.

Perante o C. TST este entendimento não se sustenta mais. Agora, a nova redação da Súmula 287, diz que o gerente geral de agência bancária não tem controle de horário e, portanto, enquadra-se na regra inculpada no art. 62 da CLT, não tendo direito a hora extra.

### **6. Prova das horas extras (Súmula 338)**

O empregador está sujeito a apresentar os controles horários se alega fato extintivo do direito, independentemente de determinação judicial. Se não o faz, presume-se que pretende ocultar a verdade.

Consoante entendimento já firmado na jurisprudência, não trazidos aos autos os controles de horário, incontroversamente existentes - desde que confirmados pela prova oral o juiz deve considerar a jornada descrita pelo autor. Isso porque pelo princípio da aptidão para a prova - segundo o qual a mesma deve ser feita pela parte que tiver melhores condições para produzi-la - o empregador pode solucionar perfeitamente a controvérsia se junta os registros de horário.

As empresas têm que se conscientizar de que não podem mais insistir na esdrúxula tentativa de driblar os julgadores, quanto ao ônus da prova. Não subsiste o duvidoso argumento de que apenas deve juntar controles se houver determinação judicial. Fossem os tribunais incautos, e

insensíveis, diante de posturas tais, onde incontroversa a existência de controles, e o descuido em não trazê-los, praticamente não existiriam empregados com direito a receber pelo labor suplementar prestado.

### **7. Horas extras do comissionista (Súmula 340)**

A reformulação desta súmula veio a esclarecer a forma de cálculo das horas extras do empregado comissionista (puro e misto).

O comissionista puro tem sua jornada suplementar calculada sobre o valor-hora das comissões mensais. Toma-se o número de horas trabalhadas durante este interregno, e divide-se, para se chegar à média da hora trabalhada, de acordo com a comissão recebida e, conseqüentemente, às horas trabalhadas além da jornada acrescida do adicional respectivo.

Já para o comissionista misto, o critério seria este:

*“Porque mista a remuneração do autor, sobre o salário fixo incidirá o principal mais o adicional de horas extras devido. Sobre a parcela variável (comissões), contar-se-á a totalidade das horas trabalhadas, dividindo-se a parcela variável pelo produto antes apurado; o resultado então encontrado será multiplicado pelo número de horas extras realizadas e, sobre este terceiro resultado, incidirá apenas o adicional de horas extras devido, cuja fórmula a ser seguida é a seguinte:*

$$X = (a \times b \times f) + (c/d \times b \times e)$$

Onde:

$X$  = o valor das horas extras do salário fixo + comissões

$A$  = salário-hora normal

$B$  = nº de horas extras

## A revolução silenciosa do TST

C= valor das comissões

d= horas totais laboradas

e= adicional de horas extras]f= l x e”<sup>3</sup>.

### **8. Férias proporcionais do obreiro demissionário (Súmula 261)**

Estabeleceu a Convenção 132 da OIT que um período mínimo poderá ser exigido do empregado para a obtenção de direito às férias remuneradas anuais. Segundo esse tratado internacional, em vigor no Brasil desde 06.10.99, esse período não deve em caso algum ultrapassar a 6 (seis) meses (artigo 5º, item 1/2). E, completado esse período mínimo, deve o empregador ter direito, em caso de cessação da relação empregatícia, ou a um período de férias remuneradas proporcional à duração do período de serviço pelo qual ele não gozou ainda tais férias, ou a uma indenização compensatória, ou a um crédito de férias equivalente (artigo 11).

Analisando esses dispositivos, em confronto com a legislação nacional, a Eminente Professora Cláudia Salles Vilela Vianna registrou que, em face da inexistência em nosso ordenamento jurídico da possibilidade do gozo de férias após a rescisão contratual, estaríamos restritos a duas hipóteses: “a) Poderá o legislador determinar um período de trabalho a ser exigido para que faça jus o empregado ao recebimento das férias. Este período não poderá ser superior a seis meses. Uma vez estipulado, todos os empregados que o tiverem cumprido, no momento de sua rescisão contratual, e independentemente do motivo justificador, terão direito ao recebimento das férias proporcionais; b) O legislador brasileiro não estipulou ainda qual seria esse período de trabalho e, dessa forma, tem-se que, a partir de 06.10.99, independentemente do número de meses trabalhados, todos os empregados terão direito ao recebimento

---

<sup>3</sup> BRASIL: Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. RO 15.074/00. Philip Morris Brasil S/A e Fábio Augusto Schaffer Rodrigues da Silva. Relator: Juiz Roberto Dala Barba. AC. 3ª T. 7.066/02.

*de férias proporcionais quando de sua rescisão contratual, ainda que seja esta por pedido de demissão ou dispensa por justa causa.*

*Derrogado parcialmente, portanto, o parágrafo único do artigo 146 e o artigo 147 da CLT”.*<sup>12</sup>

Assim, também, Georgenor de Sousa Franco Filho (RDT – Revista do Direito Trabalhista. Ano 7 - nº10 – out/01, p.24): *“Agora, com a Convenção nº 132 em pleno vigor, superou-se a injusta interpretação jurisprudencial dada ao dispositivo consolidado. O empregado com menos de um ano de casa, que pede dispensa, passou a ter direito a férias proporcionais. É a correta e justa exegese dos arts. 4, 1, e 11 da Convenção nº 132, que tem que ser aplicada no Brasil”.*

Igualmente interpretando o artigo 11 da Convenção 132 da OIT, o Juiz do Trabalho Edilton Meireles afirmou: *“a Convenção nº 132 da OIT, por ter o mesmo nível hierárquico da lei ordinária, revoga esta no que lhe for incompatível; e (...) as férias indenizadas são devidas quando da cessação da relação de emprego, seja qual for sua motivação, inclusive na ocorrência de justa causa por parte do empregado”.*<sup>13</sup>

Como se vê, já era chegada a hora de uma necessária pacificação a respeito desse importante assunto, que interessa, sobremaneira, àqueles sobre os quais recai a obrigação de cumprir e exigir o cumprimento do direito (empresa e empregados) e aos aplicadores do direito, a quem incumbe decidir pela incidência da CLT ou da Convenção 132 da OIT.

Revogada a Súmula 261 do C. TST, agora, em face da Convenção 132 da OIT, não resta mais dúvida que o empregado demissionário (= pede demissão, como a praxe acostumou), com menos de um ano de serviço, tem inequívoco direito a férias proporcionais.

---

<sup>12</sup> VIANNA, Cláudia Salles Vilela. **Manual prático das relações trabalhistas**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2000. p. 902-903.

<sup>13</sup> MEIRELES, Edilton. Revista Consulex. Ano IV. nº 39, março/2000. p. 32.

**9. Gestante: estabilidade e reintegração (Súmula 244)**

A alteração imprimida nesta súmula vem a dirimir a dúvida, sempre presente, em casos de gestantes despedidas injustamente ainda no período estabilitário: têm direito à reintegração ou à indenização?

Está certo, agora, que deverá haver a reintegração, se reconhecida estabilidade durante o seu curso, repudiando-se o interesse apenas à indenização.

Não vemos solução mais justa do que a de determinar a reintegração da empregada (porque a estabilidade lhe assegura isto).

Um dos objetivos dessa estabilidade também é o de, assegurando o direito à permanência no emprego, não permitir que a mulher seja discriminada.

**10. Adicional de periculosidade (Súmula 191)**

A controvérsia que se tenta dirimir, através dessa súmula, surge da interpretação dada ao artigo 193, parágrafo 1º, da CLT e da Lei nº 7.369/85, pois não bastam as noções de salário e remuneração para resolvê-la.

O artigo 1º da Lei nº 7.369/85 dispõe que o empregado eletricitário faz jus à remuneração adicional de 30% sobre o salário que perceber. Inicialmente, o Decreto nº 92.212/85 fazia referência expressa ao art. 193, parágrafos 1º e 2º, da CLT, o que não ocorre com o atual Decreto nº 93.412/86.

O artigo 193, parágrafo 1º, da CLT restringe a incidência do adicional de periculosidade sobre o salário base do empregado, excluindo as gratificações, prêmios e participações nos lucros da empresa. Contrariamente, o artigo 1º da Lei nº 7.369/85 fixa patamar de cálculo desta parcela como sendo o salário do trabalhador, incluindo todas as

verbas de natureza salarial. A Súmula nº 191, em sua redação anterior, porque editada com base no artigo 193, parágrafo 1º, da CLT, antes do advento da Lei nº 7.369/85, era tida por inaplicável ao caso específico do eletricitário.

Ressalte-se que o art. 7º, XXIII, da CF, em nada alterou a base de cálculo do adicional de periculosidade. Da própria interpretação da Lei nº 7.369/85 extrai-se a conclusão de que referida verba tem como base de cálculo o salário em sentido estrito, e demais verbas de cunho salarial. Isso porque inexistente a restrição imposta pelo artigo 193, parágrafo 1º, da CLT, relativa ao adicional de periculosidade para os empregados do setor de energia elétrica.

O artigo 193, parágrafo 1º, da CLT refere-se à periculosidade decorrente do contato com inflamáveis ou explosivos. A periculosidade pelo trabalho em setor de energia elétrica tem regras próprias, consoante o artigo 1º da Lei nº 7.369/85 e, agora, a Súmula 191.

### **11. Princípio da identidade física do juiz (Súmula 136)**

Ao contrário do que tínhamos apontado, como possibilidade, em artigo a respeito do tema<sup>4</sup>, manteve o C. TST a Súmula nº 136, que diz: **“Juiz. Identidade física. Não se aplica às juntas de conciliação e julgamento o princípio da identidade física do juiz”**.

Até manifestação em contrário, então, deve-se continuar entendendo que a Emenda Constitucional nº 24, de 09.12.99, publicada no DOU de 10.12.99 - que extinguiu a representação classista no Brasil, nas Juntas, nos TRTs e no TST, apenas assegurando o cumprimento dos mandatos em andamento (art. 2º), e substituiu as Juntas de Conciliação e Julgamento por Varas Trabalhistas - não alterou o entendimento anterior,

<sup>4</sup> GUNHTER, Luiz Eduardo e ZORNIG, Cristina Maria Navarro. **O princípio da identidade física do juiz no processo do trabalho. Controvérsia que se reacende.** JTb - Jornal trabalhista consulex. Ano XX. nº 990. Brasília: Consulex, nov/03. p. 08-10.

## A revolução silenciosa do TST

que era o de não se considerar aplicável o princípio da identidade física no primeiro grau da Justiça do Trabalho.

Sergio Pinto Martins avulta como um dos autores que sempre defendeu a manutenção do sistema antigo, para não se aplicar o princípio à Justiça do Trabalho e fundamenta assim: *“Com a extinção dos classistas, entendo que não vige no processo do trabalho o princípio da identidade física do juiz. Essa regra vale para os juízes que ficam fixos nas Varas, como no Cível, em que há o juiz auxiliar. No processo do trabalho, isso não ocorre. Se o juiz substituto julgar os processos que instruiu, ficará vinculado a muitos processos, além dos novos para a Vara onde foi designado. Não se pode falar em nulidade se o juiz que presidiu a instrução não julgar o feito, pois não se sabe qual seria o prejuízo de natureza processual (art. 795 da CLT). Nem sempre o juiz que instruiu o processo profere a melhor sentença. Isso é relativo”*<sup>5</sup>.

Ressalta o Juiz do TRT da 8ª Região, e Professor, Vicente José Malheiros da Fonseca não se aplicar o princípio da identidade física do juiz às Varas do Trabalho, embora juízos monocráticos, em face da existência de outros dois princípios, da economia e da celeridade processual, que mais se caracterizam no processo do trabalho, em qualquer grau de jurisdição, à luz do art. 765 da CLT, e porque nas Varas do Trabalho os feitos podem ser *“indistintamente, instruídos ou julgados por seu Juiz Titular ou pelo Juiz Substituto, auxiliar ou no exercício da titularidade, em benefício do andamento rápido das causas, eis que as controvérsias, na Justiça do Trabalho, giram em torno de créditos de natureza alimentar”*<sup>6</sup>.

## 12. Conclusões

---

<sup>5</sup> MARTINS, Sergio Pinto. **Direito Processual do Trabalho**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 330.

<sup>6</sup> FONSECA, Vicente José Malheiros da. **Princípio da não identidade física do juiz e exceção de suspeição (procedimento nas Varas do Trabalho)**. Revista LTr. vol. 66. nº 02. São Paulo: LTr, fevereiro de 2002. p. 167.

12.1. Já se iniciou, perante a mais alta corte trabalhista, o processo de revisão de suas súmulas. Além da Súmula 310, mais 110 súmulas já foram canceladas; 38 revistas e uma restaurada (nº 17);

12.2. Cancelada a Súmula 310 do C. TST, a princípio, o sindicato pode atuar com substituto processual na defesa de quaisquer direitos dos trabalhadores da categoria que represente, desde que estes direitos tenham projeção coletiva, ou seja, nas palavras do Ministro Ronaldo Lopes Leal, desde que vise coibir flagrantes e anti-sociais lesões massivas;

12.3. Restabelecida a Súmula nº 17, para os empregados que trabalham em condições de periculosidade e que tenham pisos salariais fixados convencionalmente ou por meio de sentença normativa, o adicional respectivo terá por base de cálculo estes valores; permanecendo, pois, a polêmica para os demais, no que se refere à possibilidade de se calcular a parcela considerando-se o salário mínimo, ante a contrariedade ao art. 7º, IV, da CF/88;

12.4. Conferida nova redação à Súmula nº 204, no sentido de que a configuração, ou não, do exercício de cargo de confiança, depende de prova das reais atribuições do empregado, restaram, conseqüentemente, canceladas as Súmulas 233, 234, 237 e 238, em princípio não mais cabendo recurso de revista sobre o tema, por depender de exame de prova;

12.5. A nova redação da Súmula 287 diz que o gerente geral de agência bancária não tem controle de horário e, portanto, que se enquadra na regra insculpida no art. 62 da CLT, não tendo direito a hora extra;

12.6. Com a reformulação da Súmula 338, o empregador está sujeito a apresentar os controles horários, se alega fato extintivo do direito, **independentemente de determinação judicial**. Se não o faz, presume-se que pretende ocultar a verdade, devendo, assim, arcar com o ônus de ver admitida a jornada descrita na inicial;

## A revolução silenciosa do TST

12.7. O novo teor da Súmula 340 veio a esclarecer a forma de cálculo das horas extras do empregado comissionista puro e misto. O primeiro tem direito apenas ao adicional de horas extras, calculado sobre as comissões percebidas; e, o segundo, tem direito a horas extras cheias (hora normal + adicional), sobre a parte fixa do salário, e só ao adicional sobre as comissões;

12.8. Em face da Convenção 132 da OIT, foi alterada a Súmula 261, garantindo-se, agora, o direito a férias proporcionais também aos trabalhadores demissionários com menos de um ano de serviço;

12.9. A mudança imprimida à Súmula 244 deixa certo, agora, que deverá haver a reintegração, se reconhecida estabilidade à gestante dispensada injustamente durante o seu curso, repudiando-se o interesse apenas à indenização;

12.10. A nova redação da Súmula 191 corrobora a garantia legal insculpida no art. 1º da Lei nº 7.369/85, no sentido de que a periculosidade pelo trabalho em setor de energia elétrica confere direito à remuneração do adicional de 30% sobre o salário que perceber o empregado, incluindo todas as verbas de natureza salarial. Já quem trabalha em ambiente perigoso decorrente de outras situações (inflamáveis, explosivos) continua tendo direito apenas à incidência do adicional de 30% sobre o salário base, sem agregamento de gratificações, prêmios e participações nos lucros da empresa, em face da aplicação restritiva do art. 193, § 1º, da CLT;

12.11. Até manifestação em contrário, deve-se continuar entendendo que a Emenda Constitucional nº 24, de 09.12.99, publicada no DOU de 10.12.99 - que extinguiu a representação classista no Brasil -, e substituiu as Juntas de Conciliação e Julgamento por Varas Trabalhistas, não alterou o entendimento anterior, que era o de não se considerar aplicável o princípio da identidade física no primeiro grau da Justiça do Trabalho (Súmula 136).

### **13. Referências bibliográficas**

FONSECA, Vicente José Malheiros da. **Princípio da não identidade física do juiz e exceção de suspeição (procedimento nas Varas do Trabalho)**. Revista LTr. vol. 66. nº 02. São Paulo: LTr, fevereiro de 2002.

GUNHTER, Luiz Eduardo e ZORNIG, Cristina Maria Navarro. **O princípio da identidade física do juiz no processo do trabalho. Controvérsia que se reacende**. JTb – Jornal trabalhista consulex. Ano XX. nº 990. Brasília: Consulex, nov/03.

LEAL, Ronaldo Lopes Leal. **A substituição processual do artigo 8º, III, da Constituição Federal – Aplicação ao processo do trabalho das normas de procedimento das Leis nºs 7.347/85 e 8.078/90 (código de defesa do consumidor)**. Revista do Tribunal Superior do Trabalho. v. 66. n. 1. Brasília: Síntese, jan/mar 2000. p. 15.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito Processual do Trabalho**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MEIRELES, Edílton. Revista Consulex. Ano IV. nº 39, março/2000.

VIANNA, Cláudia SallesVilela. **Manual prático das relações trabalhistas**. 4ª ed. São Paulo: LTr, 2000.