

A C Ó R D ã O

SESDI-1

GMRLP/mme/mm/ac

**RECURSO DE EMBARGOS . AÇÃO CIVIL PÚBLICA
- DETERMINAÇÃO DE RESPEITO AO PISO
SALARIAL DA CATEGORIA PROFISSIONAL
INDEPENDENTEMENTE DO NÚMERO DE HORAS
TRABALHADAS - ORIENTAÇÃO
JURISPRUDENCIAL N° 358 DA SBDI-1.**

A controvérsia cinge-se à análise da licitude de cláusula de contratos individuais de trabalho, realizados entre os empregados da reclamada e suas franqueadas, que estabelecem jornada laboral semanal móvel e variável não superior ao limite de 44 horas e inferior ao mínimo de 8 horas, com o pagamento apenas das horas efetivamente trabalhadas. No caso, conforme se infere do acórdão do Tribunal *a quo*, é *inconteste que os empregados sujeitos à jornada móvel e variável são horistas e recebem a remuneração de acordo com as horas trabalhadas*. Consta no acórdão da Turma que a jornada *"pode ser de oito horas diárias, bem como de apenas duas horas diárias"* e, ainda, que *"o salário-hora não foi reduzido pelo réu e que os trabalhadores sempre tiveram a garantia de receber a remuneração correspondente à jornada mínima"*. Diante do contexto fático delineado pelo TRT, verifica-se que a situação examinada não envolve empregados cuja remuneração é fixada por produção, matéria versada especificamente na Lei n° 8.716/93. Repise-se, no caso, conforme estabelecido contratualmente, a remuneração é fixada por horas de trabalho, sendo incontroverso que houve pagamento de salário mínimo proporcional à duração do trabalho. Nos termos do disposto na Orientação Jurisprudencial n° 358 da SBDI-1, *"Havendo contratação para cumprimento de jornada reduzida, inferior à*

PROCESSO N° TST-E-ED-RR-9891900-16.2005.5.09.0004

previsão constitucional de oito horas diárias ou quarenta e quatro semanais, é lícito o pagamento do piso salarial ou do salário mínimo proporcional ao tempo trabalhado". Esta é exatamente a hipótese versada nos presentes autos, em que a Turma desta Corte, contrariando os seus termos, deu provimento ao recurso de revista do Ministério Público do Trabalho da 9ª Região para julgar procedente a ação civil pública de forma a determinar que a reclamada garanta, "pelo menos, o pagamento do salário mínimo da categoria profissional, de acordo com a Convenção Coletiva do Trabalho, independentemente do número de horas trabalhadas". Isto porque o principal argumento que levou a Turma a julgar procedente a presente ação coletiva - ilicitude da adoção, pela reclamada, de jornada móvel e variável, por submeter os trabalhadores ao seu puro arbítrio durante 44 horas semanais, o que, no seu entender, ensejou a nulidade de todo o regime de trabalho, inclusive no que tange ao pagamento de salário mínimo convencional proporcional à jornada de trabalho - não mais remanesce nos presentes autos, em razão de acordo de abrangência nacional firmado nos autos do processo nº 1040-74.2012.5.06.0011, perante a 11ª Vara do Trabalho do Recife. Tanto que mediante o despacho de fls. 957/957-v, julgou-se "extinto o processo, por perda de objeto, tão somente quanto à questão referente à obrigação de não contratar empregados mediante a adoção da chamada 'jornada móvel variável' ". Assim, partindo-se do pressuposto da adoção de jornadas de trabalho fixas e compulsando os precedentes que levaram à edição da Orientação Jurisprudencial nº 358 da SBDI-1, verifica-se que se buscou, na ocasião, afastar a afronta ao artigo 7º,

PROCESSO Nº TST-E-ED-RR-9891900-16.2005.5.09.0004

IV, da Constituição Federal - em razão do contido no inciso XIII do mesmo dispositivo - nas hipóteses em que a empresa tenha fixado salário inferior ao mínimo legal ou ao piso salarial em razão do estabelecimento de jornada inferior à prevista no artigo 7º, IV, da Constituição Federal, hipótese dos autos. Ora, se se considera lícito o pagamento de salário proporcional à jornada de trabalho, ainda que inferior ao mínimo legal e/ou convencional, não há amparo jurídico à pretensão do Ministério Público de ver remunerados de forma idêntica os trabalhadores sujeitos a jornadas de duas, quatro, seis e oito horas diárias, sob pena de contrariedade ao referido verbete e de ofensa ao princípio da isonomia insculpido no artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal, já que empregados sujeitos ao mesmo tipo de trabalho em jornadas distintas estariam recebendo a mesma contraprestação salarial. Recurso de embargos conhecido e provido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos em Embargos de Declaração em Recurso de Revista nº **TST-E-ED-RR-9891900-16.2005.5.09.0004**, em que é Embargante **ARCOS DOURADOS COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.** e Embargado **MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO DA 9ª REGIÃO.**

A Oitava Turma deste Tribunal, por meio do acórdão de fls. 722/734, deu provimento ao recurso de revista interposto pelo MPT para julgar procedente a ação civil pública para "*determinar à reclamada que se abstenha de contratar e substitua a 'jornada móvel variável' por jornada fixa, em todas as suas lojas, obedecendo-se as previsões constitucionais e infraconstitucionais, inclusive quanto a possível trabalho extraordinário, garantindo, pelo menos, o pagamento do salário*

PROCESSO N° TST-E-ED-RR-9891900-16.2005.5.09.0004

mínimo da categoria profissional, de acordo com a Convenção Coletiva do Trabalho, independentemente do número de horas trabalhadas. Na hipótese de descumprimento das determinações judiciais ora estipuladas, multa ao requerido de R\$ 100,00 (cem reais) por trabalhador contratado sob a modalidade 'jornada móvel e variável'".

Opostos embargos de declaração pela reclamada, às fls. 752/755, a Turma, às fls. 758/760, os acolheu para prestar esclarecimentos, sem efeito modificativo.

A reclamada interpõe recurso de embargos à SBDI1, às fls. 767/771, pugnando pela reforma da decisão da Turma quanto à seguinte matéria: ação civil pública - jornada móvel variável - determinação de respeito ao piso salarial da categoria profissional independentemente do número de horas trabalhadas, apontando contrariedade às Súmulas/TST n°s 337, 23, 126 e 296, I e Orientação Jurisprudencial n° 358 da SBDI-1/TST.

O MPT apresenta impugnação às fls. 780/787.

Sem remessa dos autos à Procuradoria-Geral do Trabalho, nos termos do artigo 83, § 2º, inciso II, do Regimento Interno. É o relatório.

V O T O

Recurso tempestivo (acórdão em embargos de declaração publicado em 27/05/2011, conforme certidão de fls. 761, e recurso de embargos protocolizado em 06/06/2011, às fls. 767), subscrito por procuradores habilitados (procuração às fls. 669/706), preparo correto (depósito recursal às fls. 773, no valor de R\$ 11.780,00, e recolhimento das custas às fls. 772, no valor de R\$ 400,00), cabível e adequado o que autoriza a apreciação dos pressupostos específicos de admissibilidade.

AÇÃO CIVIL PÚBLICA – DETERMINAÇÃO DE RESPEITO AO PISO SALARIAL DA CATEGORIA PROFISSIONAL INDEPENDENTEMENTE DO NÚMERO DE HORAS TRABALHADAS – ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL N° 358 DA SBDI-1

CONHECIMENTO

PROCESSO Nº TST-E-ED-RR-9891900-16.2005.5.09.0004

A embargante sustenta que o recurso de revista do MPT não deveria ser conhecido, já que o aresto paradigma de fls. 580/586 é inservível à demonstração do dissenso, a teor da Súmula/TST nº 337, eis que não indica o endereço URL. Alega que o recurso não merecia conhecimento, ainda, em razão dos óbices das Súmulas/TST nºs 23, 126 e 296, I. Quanto ao mérito, afirma que deve ser *"garantido o pagamento de piso salarial ou salário mínimo proporcional ao tempo efetivamente trabalhado"*. Aponta contrariedade às Súmulas/TST nºs 23, 126, 296, I, e 337 e à Orientação Jurisprudencial nº 358 da SBDI-1.

A Oitava Turma assim decidiu a controvérsia:

"V O T O**I - CONHECIMENTO**

O recurso é tempestivo (fls. 567 e 572), está firmado por Procuradora do Trabalho (Orientação Jurisprudencial nº 52 da SBDI-1/TST), sendo dispensado o preparo, as custas processuais, nos termos do art. 790-A da CLT, e o depósito recursal, nos moldes do Decreto-Lei nº 779/69.

Preenchidos os pressupostos comuns de admissibilidade, passo a examinar os específicos da revista.

1. JORNADA MÓVEL E VARIÁVEL. INVALIDADE.

Recorre de revista o Ministério Público do Trabalho da 9ª Região para que seja declarada a inviabilidade da prática de jornada móvel e variável exercida pelos empregados do recorrido. Afirma que, sendo a jornada fixada diariamente, deixando o trabalhador sujeito ao arbítrio do empregador, sem poder programar a sua vida profissional, familiar e social, porque este não tem certeza do seu horário de trabalho e da remuneração mensal, bem como por transferir o risco da atividade econômica aos trabalhadores, esta modalidade é ilegal.

Diz ainda que, por intermédio desse sistema, os empregados ficam à disposição do reclamado por 44 horas durante a semana e, no entanto, somente recebem pelas horas trabalhadas, eis que a disponibilidade fica a critério do empregador, por ato imperativo da vontade deste.

Sustenta que as disposições legais relativas à duração do trabalho são de ordem pública e, por isso, não podem ser violadas por acerto entre empregado e empregador, nem por intermédio de norma coletiva.

Aponta violação aos artigos 7º, XIII, da CF, 4º, 9º, 58 e 59 da CLT e apresenta arestos para configuração de divergência jurisprudencial.

A matéria foi assim decidida no TRT de origem:

"JORNADA DE TRABALHO

O Juízo de Origem julgou improcedentes os pedidos formulados pelo Ministério Público na Ação Civil Pública promovida em face do McDonald's Comércio de Alimentos Ltda. por entender que "a jornada móvel e variável ajustada entre o réu e parcela considerável de seus empregados, prevendo jornada semanal que pode variar entre 8 e 44 horas, não desrespeita a norma constitucional, tampouco a legislação infra-constitucional." (fl. 415) Concluiu que o art. 7º, XIII, da Constituição Federal e o art. 58 da CLT estabelecem apenas a

PROCESSO Nº TST-E-ED-RR-9891900-16.2005.5.09.0004

jornada máxima diária e semanal a ser observada, não prevendo, em momento algum, uma jornada mínima a ser contratada, tampouco estabelecem que tal jornada deva ser fixa e invariável. Fundamentou que a modalidade de contratação adotada pelo réu não significa deixar o trabalhador à disposição do empregador durante as 44 horas semanais, visto que o relatório de fiscalização do Ministério do Trabalho, em apenso, demonstrou que a escala de trabalho dos empregados do réu é afixada no estabelecimento ao final de cada mês, com horários a serem observados no mês seguinte, dando conhecimento aos trabalhadores com a antecedência dos horários em que trabalharam a cada mês. Por fim entende que a variação salarial decorrente da variação de jornada não encontra qualquer impeditivo legal, ainda mais porque o valor do salário-hora é fixo e os trabalhadores sempre tiveram a garantia de receber a remuneração correspondente à jornada mínima, não havendo que se falar que os trabalhadores assumiram o ônus do negócio.

Não se conforma o Ministério Público do Trabalho. Assevera o seguinte: a) a contratação de trabalhadores por meio de jornada de trabalho móvel e variável, com pagamento somente das horas trabalhadas é desfavorável aos trabalhadores da empresa, tendo em vista que além de transferir o risco da atividade a estes, também os coloca à disposição da empresa durante quarenta e quatro horas semanais, sem receber por estas horas, que à disposição são obrigados a permanecer; b) não obstante o relatório elaborado pela Delegacia Regional do Trabalho decorrer de fiscalização realizada em uma das filiais do réu, a empresa vem utilizando tal jornada em todo o país, orientando os franqueados no mesmo sentido; c) do relatório apenso constam diversas irregularidades, tais como: não concessão de intervalo para repouso e alimentação de, no mínimo, uma hora em jornada superior a seis horas de trabalho; prorrogação de jornada além de duas horas diárias sem qualquer justificativa legal; não concessão de intervalo de 11 horas, no mínimo, entre duas jornadas de trabalho; prorrogação de jornada de trabalho de empregado com idade inferior a 18 anos; e não concessão de descanso semanal remunerado em pelo menos um domingo por mês; d) de acordo com o inciso XIII, art. 7º, da Constituição Federal, a flexibilização não pode ser entendida de modo amplo e irrestrito, somente podendo ser admitida na compensação de horários e na redução da jornada; e) as disposições legais relativas à duração do trabalho são de ordem pública, de caráter impositivo, não podendo ser violadas por acordo entre empregado e empregador e nem mesmo por convenção ou acordo coletivo de trabalho, sob pena de nulidade do pacto individual ou coletivo (CLT, art. 9º e 444); e f) a flexibilização da jornada jamais poderia violar a norma legal, tampouco servir de suporte para a extirpação dos direitos dos trabalhadores.

Sem razão.

PROCESSO N° TST-E-ED-RR-9891900-16.2005.5.09.0004

Assim consta a cláusula 2a do "contrato de trabalho a título de experiência-horista" (anexo XIV do relatório de fiscalização, apenso):

A duração normal semanal do trabalho do (a) CONTRATADO (A) será móvel e variável, mas não terá duração superior ao limite de 44 (quarenta e quatro) horas, nem inferior ao mínimo de 8 (oito) horas, devendo ser ajustada de comum acordo entre as partes, com pelo menos 10 (dez) dias de antecedência do início de cada semana, observados sempre os limites mínimos legais de 11 (onze) horas consecutivas de descanso entre uma jornada e outra de trabalho e o descanso de 24 (vinte e quatro) horas consecutivas por semana de trabalho, tudo em consonância com a disponibilidade do (a) CONTRATADO (A), visando principalmente adequar seu horário de trabalho a outras atividades, como lazer, estudos ou mesmo outra atividade profissional.

Referida cláusula, ao que restou comprovado nos autos, não foi descumprida pelo réu.

O Auditor-Fiscal do Trabalho, conforme se depreende do relatório de fiscalização do Ministério do Trabalho e Emprego, relatou, em entrevistas com empregados do réu (fl. 08 do relatório apenso), "que a escala é definida unilateralmente pelo empregador e afixada no estabelecimento, no final de cada mês, para os horários a serem observados no mês seguinte [sem destaque no original]. "

Destarte, ao contrário do sustentado pelo Ministério Público do Trabalho, os trabalhadores tomam conhecimento, com a antecedência necessária, dos horários em que trabalharam (sic) a cada mês, rechaçando a alegação de que estariam à disposição do empregador durante 44 horas semanais.

Como bem concluído pelo juízo a quo, de onde peço venia para transcrever seus fundamentos, "a publicidade das escalas de jornada com antecedência prévia faz com que os empregados do réu somente permaneçam à disposição durante o tempo de efetivo labor, podendo dispor do restante de seu tempo de maneira que melhor aprouver." (fl. 415)

Some-se o fato constatado pela MMª Juíza da 2ª Vara do Trabalho de Barueri-SP, nos autos de Ação Civil Pública (autos 01056-2001-202-0200-9), em vitória judicial, confirmado pelo v. Acórdão daquele Regional, que manteve a improcedência dos pedidos lá formulados, cujos fundamentos destaco (fl. 212):

Nada há em qualquer norma que impeça a contratação de jornada móvel. A Constituição Federal apenas estabelece jornadas máximas diárias e semanal.

O Juízo de Origem tomou a cautela de fazer inspeção nas lojas da reclamada e verificou que as jornadas móveis são publicadas com antecedência porque existe escala mensal. Isso foi corroborado pelos funcionários que se encontravam presentes que informaram que a escala mensal é afixada na sala dos funcionários sete dias antes do início do mês em que vigorará...

A constatação do auditor-fiscal do trabalho, de que a antecedência mínima de dez dias não foi observada na primeira

PROCESSO N° TST-E-ED-RR-9891900-16.2005.5.09.0004

semana de cada mês, refere-se à peculiaridade verificada naquela filial, o que não permite concluir que esta seja a prática em todas as demais filiais. Trata-se de fiscalização isolada, desacompanhada de outros elementos probatórios.

Extraí-se, de todo o exposto, que a cláusula contratual em análise não foi descumprida pelo réu, garantindo o ajuste da jornada, de comum acordo entre as partes, com pelo menos 10 dias de antecedência do início de cada semana.

De qualquer maneira, o que está em discussão nesta ação não é o cumprimento ou o descumprimento da cláusula contratual, mas a sua validade ou invalidade. Eventual descumprimento pode ser corrigido de outra forma.

A jornada móvel e variável, na forma como adotada pelo réu, encontra amparo no ordenamento jurídico pátrio.

Primeiro. Respeita os limites diários e semanal de jornada (8 e 44 horas), atendendo assim os preceitos constitucionais (art. 7º, XIII) e legislação infra-constitucional (art. 58 da CLT).

Segundo. A utilização de jornadas variáveis para empregados horistas é prática admitida pela jurisprudência e doutrina, tanto que o § 1º do artigo 142 da CLT assim prevê, admitindo o pagamento do salário por hora, com jornadas variáveis:

Art. 142. o empregado perceberá, durante as férias, a remuneração que lhe for devida na data da sua concessão.

§ 1º. Quando o salário for pago por hora, com jornadas variáveis, apurar-se-á a média do período aquisitivo, aplicando-se o valor do salário na data da concessão das férias.

A jornada variável vem ainda prevista no art. 229 da CLT, que trata da jornada de trabalho dos empregados nos serviços de telefonia, telegrafia submarina e subfluvial, radiotelegrafia e radiotelefonia.

Terceiro. A legislação trabalhista estabelece apenas a jornada máxima diária e semanal a ser observada, não prevendo qualquer limitação quanto a jornada mínima a ser contratada. A fixação de um limite máximo para a jornada tem sentido como proteção à integridade do trabalhador. Abaixo do patamar legal não há limites mínimos de jornada.

Neste sentido cabe destaque os ensinamentos de Sérgio Pinto Martins (in Direito do Trabalho, 20a edição. Atlas, 2004, p. 504-505):

O horário móvel não contraria o inciso XIII do art. 7º da Lei maior. A lei não veda a jornada móvel e variável. As convenções coletivas, de modo geral, não proíbem a jornada móvel e variável. Logo, o que não é proibido é permitido (...). A jornada de trabalho móvel e variável é decorrente da produção da empresa, sendo, portanto, lícita, pois não contraria determinação da Constituição ou da legislação trabalhista. Dessa forma, a cláusula contratual é plenamente válida, não havendo que se falar em nulidade, de forma a ser aplicado o art. 9º da CLT.

Quarto. A legislação trabalhista não estabelece que a jornada deve ser fixa e invariável.

PROCESSO N° TST-E-ED-RR-9891900-16.2005.5.09.0004

Quinto. Sequer se vislumbra redução salarial que infrinja o inciso VI do art. 7º da Constituição Federal.

Conforme se extrai dos autos, os empregados sujeitos à jornada móvel e variável são horistas, recebendo a remuneração de acordo com as horas trabalhadas. O salário-hora não foi reduzido pelo réu, dando cumprimento, assim, ao mandamento constitucional do inc. VI do art. 7º.

Destaque-se que os trabalhadores sempre tiveram a garantia de receber a remuneração correspondente à jornada mínima.

Sexto. A forma de contratação adotada pelo réu não significa que o lapso temporal em que o empregado está sem prestar serviços importe em tempo à disposição do empregador.

Pelo que se extrai do relatório apartado, durante o período em que não estavam a prestar serviços os empregados não encontravam-se no local de trabalho, aguardando ou executando ordens. Podiam, assim, dedicar-se a outras atividades ou ao descanso. Além disso, consoante já exposto, a cláusula contratual prevê a existência de acordo para a fixação da jornada, sendo uma outra questão o cumprimento ou descumprimento da previsão.

O maior problema das relações trabalhistas atuais é o da escassez de postos de trabalho. Isso, aliás, ensejou a alteração da lei, para flexibilizar direitos daqueles que trabalham em jornada inferior à máxima prevista em lei. O trabalho em tempo parcial, garantidos os direitos de forma proporcional sempre foi permitido na legislação.

A pretensão do Ministério Público, se atendida, fatalmente acarretaria desemprego, já que a modalidade de jornada discutida tem por finalidade permitir o aproveitamento da mão-de-obra em horários em que ela é mais necessária. Um maior número de pessoas é contratado, para trabalhar em um tempo menor.

Se a jornada parcial não é a melhor, é evidente que ao empregado ela interessa mais do que o desemprego. Se ela fosse tão prejudicial, a ponto de impedir a obtenção de outro trabalho, a realidade se encarregaria de ajeitar as coisas e a idéia contida na cláusula por certo não vingaria. Da mesma forma, creio, se na prática o empregado não pudesse aproveitar o tempo ocioso em outra atividade remunerada, por ficar à disposição, ganhando salário de valor inferior ao que seria devido em relação ao tempo efetivamente colocado a favor da empresa.

Por todo o exposto, a jornada móvel e variável, na forma como adotada pelo réu, é válida, razão porque a r. sentença de origem deve ser mantida.- (fls. 558/564).

A ementa transcrita às fls. 577/578, do voto cujo inteiro teor foi carreado aos autos às fls. 580/586, contempla tese divergente da decisão recorrida, no sentido de que é ilegal a jornada de trabalho semanal móvel e variável ajustada com antecedência de dez dias, com remuneração por unidade de tempo, porquanto transfere ao empregado os riscos da atividade.

Ante o exposto, com fulcro na alínea 'a' do art. 896 da CLT, conheço do recurso de revista por divergência jurisprudencial.

II - MÉRITO

PROCESSO N° TST-E-ED-RR-9891900-16.2005.5.09.0004

A discussão na presente Ação Civil Pública cinge-se ao exame da licitude de cláusula de contratos individuais de trabalho, realizados entre os empregados da reclamada e suas franqueadas, que estabelecem jornada de trabalho semanal móvel e variável não superior ao limite de 44 horas e inferior ao mínimo de 8 horas, com o pagamento apenas das horas efetivamente trabalhadas.

Consoante o acórdão regional, consta da cláusula 2ª do contrato de trabalho:

‘A duração normal semanal do trabalho do (a) CONTRATADO (A) será móvel e variável, mas não terá duração superior ao limite de 44 (quarenta e quatro) horas, nem inferior ao mínimo de 8 (oito) horas, devendo ser ajustada de comum acordo entre as partes, com pelo menos 10 (dez) dias de antecedência do início de cada semana, observados sempre os limites mínimos legais de 11 (onze) horas consecutivas de descanso entre uma jornada e outra de trabalho e o descanso de 24 (vinte e quatro) horas consecutivas por semana de trabalho, tudo em consonância com a disponibilidade do (a) CONTRATADO (A), visando principalmente adequar seu horário de trabalho a outras atividades, como lazer, estudos ou mesmo outra atividade profissional.’

Com efeito, de acordo com o acórdão do Tribunal *a quo*, verifica-se que ficou claro que os empregados sujeitos à jornada móvel e variável são horistas e recebem a remuneração de acordo com as horas trabalhadas. Essa jornada pode ser de oito horas diárias, bem como de apenas duas horas diárias. Vê-se que a escala era definida unilateralmente pelo empregador e afixada no estabelecimento com a antecedência mínima necessária para os trabalhadores tomarem conhecimento, ou seja, de dez dias. Ficou claro, também, que o salário-hora não foi reduzido pelo réu e que os trabalhadores sempre tiveram a garantia de receber a remuneração correspondente à jornada mínima, mas era evidente o desconhecimento do montante a ser recebido, acrescido do fato de que este era em valor menor, diante da redução do horário laborado no período.

Contudo, data vênua do posicionamento do Regional, entende-se que, nesse caso, ainda que não exista vedação expressa sobre a prática adotada pela requerida, percebe-se que a contratação efetivada visa a que o trabalhador fique sujeito a ato imperativo do empregador que pode desfrutar do labor de seus empregados quando bem entender, em qualquer horário do dia, pagando o mínimo possível para auferir maiores lucros.

Pergunta-se quais vantagens o trabalhador poderá auferir quando estiver na escala reduzida, exceto o fato de ele estar sem trabalhar e receber salário menor, pois, para desenvolver outra atividade remunerada ou para participar de cursos, atividades extracurriculares e outras afins, seria necessário programação antecipada, hipótese esta impossível, porquanto a disponibilidade semanal do empregado fica a critério do empregador, por ato imperativo da vontade deste.

Portanto, a contratação efetivada pela reclamada na qual os trabalhadores ficam à disposição da empresa durante 44 horas semanais, embora esta possa utilizar-se de sua força laborativa por apenas 8 horas na semana, na medida de suas necessidades e diante do fato de que a fixação desta jornada fica, exclusivamente, a seu arbítrio, permite o entendimento de que existe a transferência do risco do empreendimento ao trabalhador.

PROCESSO N° TST-E-ED-RR-9891900-16.2005.5.09.0004

Se não bastasse, observa-se que a possibilidade de variação brusca de horários, inclusive com alternância de turnos diurnos para noturnos, o que também representa prejuízo incomensurável à rotina do trabalhador, e que faz descumprir a função social do contrato de trabalho firmado, não havendo sequer respeito à jornada estabelecida na escala, impossibilita ao empregado qualquer programação do seu tempo fora do trabalho.

Por outro lado, também, existem consequências negativas relacionadas à variação salarial percebida pelo obreiro, na medida em que este não tem controle dos próprios ganhos e não pode planejar o seu orçamento.

Ora, de que valem as disposições contidas nos artigos 4º, caput, e 9º da CLT, que disciplinam o tempo à disposição do empregador e nulificam os atos praticados com o objetivo de desvirtuar ou fraudar os dispositivos regulamentadores da CLT, se permitimos a continuidade da prática de contratação na forma proposta pela reclamada, da qual decorrem apenas benefícios para a contratante, em detrimento do trabalhador que labora em período incerto e percebe remuneração também incerta.

Assim, entende-se de que a empresa transfere o risco do negócio para os empregados, pois estes são dispensados dos seus serviços nos períodos de menor movimento sem nenhum ônus e os convoca para trabalhar nos períodos de maior movimento sem qualquer acréscimo nas suas despesas.

Mesmo que assim não fosse, é salutar para ambas as partes que a jornada de trabalho prevista em contrato seja certa e determinada, porquanto o contrário implica admitir-se variação para atender apenas às necessidades da empresa, representando afronta ao princípio de proteção do trabalhador e incidindo em nulidade, consoante as disposições contidas no art. 9º da CLT.

Cumpra consignar ainda que as disposições legais relativas à duração do trabalho são de ordem pública, de caráter impositivo, não podendo ser violados por acordo entre empregado e empregador nem mesmo por convenção ou acordo coletivo de trabalho, sob pena de nulidade do pacto individual ou coletivo, nos termos do que previsto nos arts. 9º e 444 da CLT.

Dessa forma, entende-se não ser válida a cláusula prevista em contrato de trabalho que fixa jornada móvel e variável porque prejudicial ao trabalhador.

Jurisprudência desta Corte Superior nesse mesmo sentido:

(...)

Ante o exposto, dou provimento ao recurso de revista do Ministério Público do Trabalho da 9ª Região para acolher a Ação Civil Pública interposta e julgá-la procedente para determinar à reclamada que se abstenha de contratar e substitua a 'jornada móvel variável' por jornada fixa, em todas as suas lojas, obedecendo-se as previsões constitucionais e infraconstitucionais, inclusive quanto a possível trabalho extraordinário, garantindo, pelo menos, o pagamento do salário mínimo da categoria profissional, de acordo com a Convenção Coletiva do Trabalho, independentemente do número de horas trabalhadas.

Na hipótese de descumprimento das determinações judiciais ora estipuladas, multa ao requerido de R\$ 100,00 (cem reais) por trabalhador contratado sob a modalidade 'jornada móvel e variável'.

Invertido o ônus da sucumbência. Custas de R\$ 400,00 sobre o valor da causa fixado em R\$ 20.000,00." (fls. 723/734) (g.n.)

E, em sede de embargos de declaração, consignou:

"II - MÉRITO

PROCESSO Nº TST-E-ED-RR-9891900-16.2005.5.09.0004

Argui o embargante que em suas contrarrazões ao recurso de revista ventilou óbices ao conhecimento do recurso de revista, que não foram analisados pela Turma. Aduz que a ementa de fls. 577/578 não traz a citação da fonte oficial (óbice da Súmula nº 337, I, 'a' e 'b', do TST) e é inespecífica, pois, além de não tratar da mesma matéria discutida, não aborda todos os fundamentos adotados pelo acórdão recorrido (Súmulas nos 23 e 296 do TST). Por fim, argui também que a decisão restou omissa quanto ao âmbito de eficácia da decisão (OJ nº 130 da SBDI-2 do TST).

De início, ressalte-se que o acórdão paradigma foi trazido em cópia integral (fls. 580/586) e extraído do sítio do TRT da 15ª Região, conforme se verifica pela numeração posta em seu cabeçalho. Nos termos da Súmula nº 337, I, 'a', do TST, para comprovação da divergência justificadora do recurso, basta que se junte certidão ou cópia autenticada do acórdão paradigma ou cite a fonte oficial, o que foi observado pelo recorrente. Esclareça-se, ainda, quanto à autenticação, que a parte recorrente é o Ministério Público do Trabalho, razão pela qual se aplica o disposto na Orientação Jurisprudencial nº 134 da SBDI-1 do TST. Como visto, a questão, da forma como posta pelo embargante, tem contorno de erro de julgamento, função que não cabe aos embargos de declaração corrigir.

No que se refere à especificidade, também não assiste razão à parte quanto à alegada omissão. Conforme já assentado no acórdão embargado, a tese central discutida nos autos é a legalidade da jornada de trabalho móvel e variada, premissa que consta tanto do acórdão recorrido, quanto do aresto paradigma. Com efeito, o fato de a Turma concluir, após análise do contexto fático trazido pelo Regional, pela existência de dissenso pretoriano, não caracteriza nenhum dos vícios elencados nos artigos 535 do CPC e 897-A da CLT, ainda que a parte embargante entenda pela inespecificidade do aresto. De fato, não se trata de *error in procedendo*, somente podendo estar caracterizado *error in judicando*, o qual, se configurado, não é passível de reforma por meio de embargos declaratórios, mas apenas por meio do recurso próprio.

Por fim, com razão o embargante em relação à omissão alegada quanto ao âmbito de eficácia da decisão. Assim, acolho os presentes embargos declaratórios para sanar a omissão, sem, contudo, imprimir efeito modificativo ao apelo.

Embora a referida orientação jurisprudencial se refira ao critério de fixação da competência territorial para o ajuizamento da ação civil pública, sua determinação deriva do entendimento de que, nos termos do art. 16 da Lei nº 7.347/85, os efeitos da sentença proferida devem ficar restritos ao âmbito da competência territorial do órgão prolator da decisão.

Evidente, pois, que, uma vez ajuizada a ação perante uma Vara do Trabalho da Capital, os efeitos da decisão devem abranger todo o Estado.

Ante o exposto, acolho os embargos de declaração para prestar esclarecimentos, sem efeito modificativo." (fls. 759/760) (g.n.)

Inicialmente, convém observar que, mediante o despacho de fls. 938, foi declarada a perda de objeto do recurso da reclamada no que tange à obrigação de não contratar empregados mediante a adoção da chamada "jornada móvel variável", em virtude de acordo de

PROCESSO N° TST-E-ED-RR-9891900-16.2005.5.09.0004

abrangência nacional firmado nos autos do processo n° 1040-74.2012.5.06.0011, perante a 11ª Vara do Trabalho do Recife.

Sendo assim, o presente recurso deve ser analisado apenas à luz da determinação oriunda da 8ª Turma desta Corte no sentido de que fosse *"garantindo, pelo menos, o pagamento do salário mínimo da categoria profissional, de acordo com a Convenção Coletiva do Trabalho, independentemente do número de horas trabalhadas"*.

Dito isso, esclareço que a decisão ora embargada foi publicada na vigência da Lei n° 11.496/2007. E, nos termos da lei em regência, o recurso de embargos só se viabiliza se demonstrada divergência entre arestos de Turmas desta Corte, ou entre arestos de Turmas e da SBDI. Assim, somente por violação do artigo 896 da Consolidação das Leis do Trabalho é que seria possível o conhecimento de embargos quando se fundassem em contrariedade a súmula ou orientação jurisprudencial de direito processual. Portanto, considerando que não cabem mais embargos por violação de dispositivos de lei, ante a nova sistemática processual, não se pode conhecer destes embargos por contrariedade às Súmulas/TST n°s 23, 126, 296, I, salvo se do conteúdo da própria decisão embargada se verificar afirmação divergente do teor da súmula de natureza processual indicada pela parte, o que não ocorreu na presente hipótese.

O mesmo se diz em relação à Súmula/TST n° 337, eis que a Turma esclareceu que foi juntada cópia do aresto paradigma e que tal documento deve ser considerado autêntico, ante os termos da Orientação Jurisprudencial n° 134 da SBDI-1. Portanto, a Turma, considerando a apresentação de cópia autenticada do acórdão paradigma, reconheceu a sua validade para fins de comprovação de dissenso jurisprudencial, tese esta que não contraria o conteúdo do mencionado verbete, o qual, em seu item I, "a", estabelece que "I - Para a comprovação da divergência justificadora do recurso, é necessário que o recorrente: a) Junte certidão ou cópia autenticada do acórdão paradigma ou cite a fonte oficial ou o repositório autorizado em que foi publicado". Dessa forma, a controvérsia passou a dizer respeito à aplicação do entendimento contido na Orientação Jurisprudencial n° 134 da SBDI-1 para fins de se considerar válido aresto trazido em cópia anexa ao recurso, de forma que o recurso

PROCESSO Nº TST-E-ED-RR-9891900-16.2005.5.09.0004

de embargos deveria vir aparelhado quanto a este aspecto, o que não ocorreu.

Entretanto, no que tange à alegação de contrariedade à Orientação Jurisprudencial nº 358 da SBDI-1, penso que tem razão a embargante.

Vejamos.

A controvérsia, como visto, cinge-se à análise da licitude de cláusula de contratos individuais de trabalho, realizados entre os empregados da reclamada e suas franqueadas, que estabelecem jornada laboral semanal móvel e variável não superior ao limite de 44 horas e inferior ao mínimo de 8 horas, com o pagamento apenas das horas efetivamente trabalhadas.

No caso, conforme se infere do acórdão do Tribunal a quo, é inconteste que os empregados sujeitos à jornada móvel e variável são horistas e recebem a remuneração de acordo com as horas trabalhadas. Consta no acórdão da Turma que a jornada "*pode ser de oito horas diárias, bem como de apenas duas horas diárias*" (vide fls. 102 - cláusula 3ª) e, ainda, que "*o salário-hora não foi reduzido pelo réu e que os trabalhadores sempre tiveram a garantia de receber a remuneração correspondente à jornada mínima*".

Diante do contexto fático delineado pelo TRT, verifica-se que a situação examinada não envolve empregados cuja remuneração é fixada por produção, matéria versada especificamente na Lei nº 8.716/93, que, em seu artigo 1º, estabelece que "*aos trabalhadores que perceberem remuneração variável, fixada por comissão, peça, tarefa ou outras modalidades, será garantido um salário mensal nunca inferior ao salário mínimo*".

Repise-se, no caso, conforme estabelecido contratualmente, a remuneração é fixada por horas de trabalho, sendo incontroverso que houve pagamento de salário mínimo proporcional à duração do trabalho.

Ora, a teor da referida Orientação Jurisprudencial nº 358 da SBDI-1/TST:

"SALÁRIO MÍNIMO E PISO SALARIAL PROPORCIONAL À JORNADA REDUZIDA. POSSIBILIDADE (DJ 14.03.2008)

PROCESSO Nº TST-E-ED-RR-9891900-16.2005.5.09.0004

Havendo contratação para cumprimento de jornada reduzida, inferior à previsão constitucional de oito horas diárias ou quarenta e quatro semanais, é lícito o pagamento do piso salarial ou do salário mínimo proporcional ao tempo trabalhado."

A hipótese admitida na mencionada Orientação Jurisprudencial é exatamente a versada nos presentes autos, em que a 8ª Turma desta Corte, contrariando os seus termos, deu provimento ao recurso de revista do Ministério Público do Trabalho da 9ª Região para julgar procedente a ação civil pública de forma a determinar que a reclamada garanta, *"pelo menos, o pagamento do salário mínimo da categoria profissional, de acordo com a Convenção Coletiva do Trabalho, independentemente do número de horas trabalhadas"*.

Isto porque, conforme já consignado acima, a questão pertinente à adoção da chamada "jornada móvel variável" não mais remanesce nos presentes autos, em razão de acordo de abrangência nacional firmado nos autos do processo nº 1040-74.2012.5.06.0011, perante a 11ª Vara do Trabalho do Recife. Tanto que mediante o despacho de fls. 957/957-v, julgou-se *"extinto o processo, por perda de objeto, tão somente quanto à questão referente à obrigação de não contratar empregados mediante a adoção da chamada 'jornada móvel variável'"*.

Caiu por terra, portanto, o principal argumento que levou a 8ª Turma desta Corte a julgar procedente a presente ação coletiva, qual seja, o da ilicitude da adoção, pela reclamada, de jornada móvel e variável, por submeter os trabalhadores ao seu puro arbítrio durante 44 horas semanais - já que os empregados não sabiam quando seriam ativados, tampouco a que número de horas de trabalho estariam submetidos (jornada móvel variável) - , o que, no seu entender, ensejou a nulidade de todo o regime de trabalho, inclusive no que tange ao pagamento de salário mínimo convencional proporcional à jornada de trabalho.

Assim, partindo-se do pressuposto da adoção de jornadas de trabalho fixas e compulsando os precedentes que levaram à edição da Orientação Jurisprudencial nº 358 da SBDI-1, verifica-se que se buscou, na ocasião, afastar a afronta ao artigo 7º, inciso IV, da Constituição Federal - em razão do contido no inciso XIII do mesmo dispositivo - nas hipóteses em que a empresa tenha fixado salário inferior ao mínimo legal ou ao piso salarial em razão do estabelecimento de jornada

PROCESSO Nº TST-E-ED-RR-9891900-16.2005.5.09.0004

inferior à prevista no artigo 7º, inciso IV, da Constituição Federal, hipótese dos autos.

Ora, se se considera lícito o pagamento de salário proporcional à jornada de trabalho, ainda que inferior ao mínimo legal e/ou convencional, não há amparo jurídico à pretensão do Ministério Público de ver remunerados de forma idêntica os trabalhadores sujeitos a jornadas de duas, quatro, seis e oito horas diárias, sob pena de contrariedade ao referido verbete e de ofensa ao princípio da isonomia insculpido no artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal, já que empregados sujeitos ao mesmo tipo de trabalho em jornadas distintas estariam recebendo a mesma contraprestação salarial.

Neste sentido, cito os seguintes **precedentes que levaram à edição da Orientação Jurisprudencial nº 358 da SBDI-1, os quais abordam especificamente os trabalhadores do McDonald's:**

"McDONALDS. PISO SALARIAL. PAGAMENTO PROPORCIONAL À JORNADA DE TRABALHO REDUZIDA. A Turma não reconheceu a procedência do pedido de pagamento de diferenças salariais, em razão de o piso salarial da categoria ser pago proporcionalmente à jornada de trabalho reduzida. Concluiu a Turma que, quando a Constituição Federal trata do salário dos incisos IV e V do art. 7º, está se referindo a valor salarial para remunerar a jornada prevista no inciso XIII do mesmo dispositivo. Ora, tal como colocado no Acórdão da Turma, não se pode entender que está violado o inciso IV do art. 7º, que cuida da fixação do Salário Mínimo, sem vinculá-lo à jornada; nem mesmo pode-se ter por ferido o inciso V do mesmo dispositivo constitucional, que trata de piso salarial proporcional à extensão e à complexidade do trabalho. O inciso XIII até mesmo serviu de fundamento para a decisão. Assim, também não foi literalmente ferido. Recurso de Embargos não conhecido." (E-RR-691989/2000, **SBDI-1**, Relator Ministro José Luciano de Castilho Pereira, DJ de 10/09/2004)

"PISO DA CATEGORIA. PROPORCIONALIDADE. JORNADA REDUZIDA . A exegese da norma inserta no inciso V do art. 7º da Constituição Federal, assim como a do inciso IV do mesmo preceito, que asseguram respectivamente a percepção do piso salarial como menor remuneração da categoria e do salário mínimo como menor remuneração do trabalhador, há de estar atrelada com o inciso XIII do referido dispositivo, que preceitua a duração do labor normal não superior a oito horas diárias e a quarenta e quatro semanais, salvo, é claro, a existência de negociação coletiva que vincule o piso a outra jornada de trabalho, o que não foi declarado nos autos. Nesse passo, sendo a jornada de trabalho inferior à estipulada, a retribuição pecuniária deverá ser proporcional ao tempo

PROCESSO N° TST-E-ED-RR-9891900-16.2005.5.09.0004

trabalhado. Recurso conhecido e provido." (RR-691989/2000, 4ª Turma, Relator Ministro Barros Levenhagen, DJ de 07/11/2003)

E os seguintes julgados desta Corte envolvendo a mesma reclamada (Arcos Dourados Comércio de Alimentos LTDA):

"SALÁRIO MÍNIMO PAGO DE FORMA PROPORCIONAL À JORNADA DE TRABALHO. NECESSIDADE DE AJUSTE PRÉVIO ENTRE AS PARTES. A garantia de salário mínimo é um direito do trabalhador que está relacionado à variável tempo de trabalho. Por essa razão, é válida meia jornada, com durações semanais e mensais equivalentes à metade do padrão vigente, correspondendo a meio salário mínimo, ou, em outras palavras, salário mínimo correspondente à duração reduzida de labor. Contudo, para a validade do pagamento proporcional, faz-se necessária a existência de ajuste prévio entre as partes, pactuando-se expressamente essa condição. Com efeito, o Regional não se manifestou a respeito de prova de ajuste prevendo a redução do salário proporcionalmente à diminuição das horas trabalhadas. Assim, a empregada faz jus ao pagamento das diferenças salariais calculadas sobre o salário mínimo integral. Recurso de revista conhecido e provido." (RR - 523-33.2011.5.06.0002 Data de Julgamento: 05/12/2012, Relator Ministro: José Roberto Freire Pimenta, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 14/12/2012)

"PAGAMENTO DE SALÁRIO MÍNIMO PROPORCIONAL À DURAÇÃO DO TRABALHO. POSSIBILIDADE. O art. 7º, IV, da Constituição Federal, em seu parágrafo único, define o salário mínimo como direito dos trabalhadores urbanos e rurais. Se, de um lado, não existe, na legislação (CLT, art. 76 e na Constituição Federal, art. 7º, parágrafo único), qualquer preceito que vincule o pagamento do salário mínimo ao número de horas trabalhadas, também não há norma que vede a estipulação de salário mínimo proporcional à duração do trabalho, diária, semanal ou mensal, sendo válido ajuste em tal sentido. Inteligência da OJ 358 da SBDI-1 do TST." (AIRR - 23540-04.2006.5.01.0038 Data de Julgamento: 18/11/2009, Relator Ministro: Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 04/12/2009)

Ante o exposto, conheço do recurso de embargos por contrariedade à Orientação Jurisprudencial n° 358 da SBDI-1.

MÉRITO

Como consequência lógica do conhecimento do recurso de embargos por contrariedade à Orientação Jurisprudencial n° 358 da SBDI-1, dou-lhe provimento para excluir da condenação a determinação para que a reclamada garanta *"o pagamento do salário mínimo da categoria profissional, de acordo com a Convenção Coletiva do Trabalho,*

PROCESSO N° TST-E-ED-RR-9891900-16.2005.5.09.0004

independentemente do número de horas trabalhadas", julgando-se improcedente a presente ação.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, por maioria, vencidos os Exmos. Ministros Aloysio Corrêa da Veiga, Márcio Eurico Vitral Amaro, José Roberto Freire Pimenta, Hugo Carlos Scheuermann e Cláudio Mascarenhas Brandão, conhecer do recurso de embargos por contrariedade à Orientação Jurisprudencial n° 358 da SBDI-1/TST e, no mérito, dar-lhe provimento para excluir da condenação a determinação para que a reclamada garanta "o pagamento do salário mínimo da categoria profissional, de acordo com a Convenção Coletiva do Trabalho, independentemente do número de horas trabalhadas", julgando-se improcedente a presente ação no particular.

Brasília, 26 de novembro de 2015.

Firmado por assinatura digital (MP 2.200-2/2001)

RENATO DE LACERDA PAIVA
Ministro Relator