

PROVISÓRIO

Élisson Miessa
Henrique Correia

Súmulas, OJs do TST e Recursos Repetitivos

COMENTADOS
E ORGANIZADOS POR ASSUNTO

12^a
edição

revista, atualizada
e ampliada

2024

 **EDITORA**
*Jus***PODIVM**
www.editorajuspodivm.com.br

REMUNERAÇÃO

Sumário • 1. Salário e remuneração. Introdução; 1.1. Gorjetas e a repercussão nas demais verbas trabalhistas; 1.1.1. Regulamentação das gorjetas nos últimos anos; 1.1.2. Alterações promovidas pela Lei nº 13.419/2017; 1.1.3. Revo-gação da regulamentação pela Reforma Trabalhista (Lei nº 13.467/2017); 1.1.4. Tentativa de correção do erro pela MP nº 808/2017 (“Reforma da Reforma”); 1.1.5. Nova tentativa de regulamentação das gorjetas pela MP nº 905/2019 (vigência encerrada); 1.2. Salário proporcional à jornada; 1.2.1. Salário-mínimo proporcional do professor; 1.2.1.1. Redução da carga horária do professor; 1.3. Salário profissional; 1.3.1. Salário profissional. Médicos e engenheiros; 1.3.1.1. Salário profissional. Médicos e dentistas; 1.3.2. Salário profissional. Radiologista; 1.3.3. Salário profissional. Enfermagem; 1.3.3.1. Como ficou o piso salarial nacional da enfermagem?; 1.3.3.2. Posição do STF em relação a outros pisos nacionais; 1.4. Salário compressivo; 1.5. Aumento salarial concedido pela empresa. Impossibilidade de compensação no ano seguinte; 1.6. Salário-utilidade ou salário in natura. Percentuais; 1.6.1. Salário-utilidade. Habi-tação. Energia elétrica. Veículo. Cigarro; 1.6.2. Alimentação fornecida por força do contrato. Natureza salarial; 1.6.3. Ajuda-alimentação prevista em norma coletiva. Natureza indenizatória; 1.6.4. Ajuda-alimentação prevista na Lei nº 6.321/76. Natureza indenizatória; 1.6.4.1. Tema correlato – Programa de Alimentação do Trabalhador no Marco Re-gulatório Trabalhista Infralegal; 1.6.5. Ajuda-alimentação e a possibilidade de alterar a natureza jurídica em razão de norma coletiva; 1.7. Parcelas salariais. Introdução; 1.7.1. Comissões e percentagens. Correção monetária; 1.7.2. Comissionista e o pagamento do descanso semanal remunerado; 1.7.3. Comissionista puro e o pagamento das horas extraordinárias; 1.7.4. Comissionista misto e o pagamento das horas extraordinárias; 1.7.5. Gratificações. Ajuste tácito; 1.7.6. Gratificações pagas mensalmente e o descanso semanal remunerado; 1.7.7. Gratificação por tempo de serviço. Reflexos; 1.7.7.1. Gratificação por tempo de serviço. Princípio da norma mais favorável; 1.7.8. Gratificação de função; 1.7.9. Gratificação específica ao ferroviário (chefe de trem); 1.7.10. Adicional de risco do portuário. Lei nº 4.860/65; 1.7.10.1. Adicional de risco portuário. Igualdade entre empregado com vínculo empre-gatício e trabalhador avulso; 1.7.10.2. Vigia portuário. Terminal privativo; 1.7.11. Adicional por tempo de serviço (quinquênio); 1.7.12. Adicional regional (Petrobras); 1.7.13. Abono previsto em norma coletiva.523; 1.8. Gratificação natalina ou décimo terceiro salário. Introdução; 1.8.1. Horas extras e gratificação semestral. Reflexos no décimo terceiro salário; 1.8.1.1. Tema correlato – Décimo terceiro salário no Marco Regulatório Trabalhista Infralegal; 1.8.2. Faltas por acidente de trabalho e o cálculo do décimo terceiro salário; 1.8.3. Décimo terceiro salário proporcional e pedido de demissão; 1.8.4. Décimo terceiro salário proporcional e término do contrato por culpa recíproca; 1.8.5. Décimo terceiro para efeito de indenização; 1.8.6. Décimo terceiro e indenização adicional; 1.8.7. Décimo terceiro e a cessão de servidor público; 1.9. Adicionais salariais. Introdução; 1.9.1. Adicional de hora extra; 1.9.1.1. Adicional de hora extra. Globalidade salarial; 1.9.1.1.1. Adicional de horas extraordinárias e adicional noturno; 1.9.1.1.2. Adicio-nal de horas extraordinárias e adicional de insalubridade; 1.9.1.1.3. Adicional de horas extraordinárias e adicional de periculosidade; 1.9.1.2. Integração do adicional de horas extraordinárias; 1.9.1.2.1. Integração do adicional de horas extras no DSR e a alteração da OJ nº 394 da SDI-I do TST; 1.9.1.2.2. Integração do adicional de horas extras no décimo terceiro salário; 1.9.1.2.3. Integração do adicional de horas extras no FGTS; 1.9.1.2.4. Integração do adicio-nal de horas extras na gratificação semestral; 1.9.1.2.5. Integração do adicional de horas extras na indenização por antiguidade; 1.9.1.3. Supressão do adicional de horas extraordinárias; 1.9.1.4. Cálculo das horas extras. Jornada de 40 horas semanais; 1.9.1.5. Adicional de horas extraordinárias do professor; 1.9.1.6. Horas extraordinárias do marít-mo; 1.9.1.7. Critério de dedução/abatimento dos valores relativos às horas extras comprovadamente pagos no curso do contrato de trabalho; 1.9.1.8. Horas extraordinárias e comprovação de parte do período alegado; 1.9.2. Adicional noturno; 1.9.2.1. Adicional noturno e adicional de periculosidade; 1.9.2.2. Adicional noturno e regime de revezamento; 1.9.2.3. Vigia e adicional noturno; 1.9.3. Adicional de transferência; 1.9.3.1. Transferência e despesas de transporte; 1.9.4. Adicional de periculosidade; 1.9.4.1. Eletricitários e o adicional de periculosidade; 1.9.4.2. Ope-radores de bomba de gasolina; 1.9.4.3. Permanência a bordo de aeronaves; 1.9.4.4. Instaladores de linhas e apare-lhos de telefonia e o adicional de periculosidade; 1.9.4.5. Sistema elétrico de potência; 1.9.4.6. Substâncias radioa-tivas; 1.9.4.7. Líquido inflamável em construção vertical; 1.9.4.8. Adicional de periculosidade para o Agente de Apoio Socioeducativo da Fundação Casa; 1.9.4.8. Perícia. Profissional qualificado; 1.9.4.9. Adicional noturno e o adicional de periculosidade; 1.9.4.10. Cumulação dos adicionais de periculosidade e de insalubridade; 1.9.4.11. Cumulação do adicional de periculosidade do carteiro motorizado com o adicional de atividade de distribuição e/ou coleta externa (AADC) da ECT; 1.9.4.12. Flexibilização do adicional de periculosidade; 1.9.4.13. Condenação ao pagamento do adicional de periculosidade; 1.9.4.14. Adicional de periculosidade e equipamentos móveis de Raios X; 1.9.4.15. Petrobras e o adicional de periculosidade; 1.9.5. Adicional de insalubridade; 1.9.5.1. Base de cálculo do adicional de insalubridade; 1.9.5.2. Adicional de insalubridade e a realização de perícia; 1.9.5.3. Classificação da atividade insalubre e a relação oficial do Ministério do Trabalho; 1.9.5.4. Atividade intermitente e o adicional de in-salubridade; 1.9.5.5. Fornecimento de aparelho de proteção e o recebimento do adicional de insalubridade; 1.9.5.6. Substituição processual para pleitear o adicional de insalubridade; 1.9.5.7. Causa de pedir. Agente nocivo diverso do apontado na inicial; 1.10. Parcelas sem natureza salarial (parcelas indenizatórias); 1.10.1. Participação nos lucros e resultados – PLR; 1.10.2. Diárias para viagem; 1.10.3. Vale-transporte aos servidores públicos celetistas; 1.10.3.1.

Tema correlato – Vale-transporte no Marco Regulatório Trabalhista Infralegal; 1.10.4. Salário-família; 1.10.4.1. Salário-família. Termo inicial da obrigação; 1.10.5. Seguro-desemprego. 2. Equiparação salarial; 2.1. Introdução; 2.1.1. Multa por conduta discriminatória; 2.2. Equiparação salarial. Art. 461 da CLT; 2.3. Plano de cargos e salários aprovado por instrumento coletivo. Ausência de alternância de critérios de promoção por antiguidade e merecimento; 2.4. Equiparação salarial na Administração Pública; 2.5. Salário-substituição; 2.6. Equiparação salarial entre auxiliar de enfermagem e atendente de enfermagem; 2.7. Equiparação salarial do empregado que exerce as funções de auxiliar de laboratório; 2.8. Descumprimento pelo próprio empregador do quadro de pessoal organizado em car-reira. Enquadramento ou reclassificação; 2.8.1. Descumprimento pelo próprio empregador do quadro de carreira. Desvio de função; 2.9. Equiparação salarial na terceirização; 2.9.1. Regulamentação anterior pela OJ nº 383 da SDI-I do TST; 2.9.2. Tema nº 383 de repercussão geral do STF. 3. Garantias de proteção ao salário; 3.1. Irredutibilidade sa-laral; 3.1.1. Redução proporcional dos salários e de jornada durante a pandemia de coronavírus (Lei nº 14.020/2020 e MP 1.045/2021) e legislação de exceção; 3.2. Descontos salariais. Prévia autorização do empregado; 3.2.1. Descon-to no salário por dano causado pelo empregado. Frentista; 3.2.2. Pagamento na primeira audiência judicial e a multa do art. 467 da CLT; 3.2.3. Massa falida e a multa do art. 467 da CLT; 3.2.4. Inadimplemento de Verbas Trabalhis-tas. Frutos. Posse de má-fé. 4. Reajustes salariais; 4.1. Reajustes salariais previstos em norma coletiva. Política sala-rial; 4.2. Diferenças salariais decorrentes de planos econômicos; 4.3. Reajustes decorrentes do Plano Collor. Inexis-tência de direito adquirido; 4.4. Conversão de salários de cruzeiros para cruzados; 4.5. Reajuste do adiantamento salarial. Lei nº 7.686/88. Salário de abril e maio de 1988; 4.6. Remuneração dos empregados públicos; 4.6.1. Reajus-te automático (gatilho) dos empregados públicos; 4.6.2. Teto remuneratório dos empregados públicos; 4.6.2.1. Lim-ites à remuneração mensal dos servidores e empregados públicos; 4.6.3. Salário-mínimo dos empregados públi-cos; 4.6.4. Reajustes salariais dos entes públicos previstos em legislação federal; 4.7. Aplicação da legislação eleitoral aos empregados públicos. 5. Efeitos financeiros da Anistia. Emenda constitucional nº 26/1985; 5.1. Anistia. Art. 8º, § 1º, do ADCT. 6. Quadro resumido. 7. Súmulas do STF e STJ (relacionadas ao Capítulo VI). 8. Súmulas dos Tribunais Regionais do Trabalho (relacionadas ao Capítulo VI). 9. Teses jurídicas preva-lescentes dos Tribunais Regionais do Trabalho. 10. Incidentes de Resolução de Demandas Repetitivas e Incidentes de Assunção de Competência dos Tribunais Regionais do Trabalho. 11. Enunciados da Reforma Trabalhista. 12. Informativos do TST (relacionados ao Capítulo VI).

1. SALÁRIO E REMUNERAÇÃO. INTRODUÇÃO

Ao celebrar o contrato de trabalho, o empregado assume a obrigação de fazer, consubstanciada na prestação de serviços. Por outro lado, o empregador assume a obrigação de dar, ou seja, pagar o salário do trabalhador.

A CLT diferencia os termos salário e remuneração. **Salário** é a contraprestação paga diretamente pelo empregador, independentemente da forma de pagamento e ainda de eventuais adicionais percebidos como horas extras, insalubridade, etc.

Remuneração é a contraprestação paga diretamente pelo empregador e, ainda, por terceiros, por meio de gorjetas. As gorjetas são pagas de forma espontânea ou obrigatória, não integrando o salário, mas a remuneração do empregado. Nesse sentido, prevê *caput* do art. 457 e § 3º desse artigo da CLT:

Art. 457, CLT. Compreendem-se na remuneração do empregado, para todos os efeitos legais, além do salário devido e pago diretamente pelo empregador, como contraprestação do serviço, as gorjetas que receber.

§ 3º. Considera-se gorjeta não só a importância espontaneamente dada pelo cliente ao empregado, como também o valor cobrado pela empresa, como serviço ou adicional, a qualquer título, e destinado à distribuição aos empregados.

1.1. Gorjetas e a repercussão nas demais verbas trabalhistas

Súmula nº 354 do TST. Gorjetas. Natureza jurídica. Repercussões

As gorjetas, cobradas pelo empregador na nota de serviço ou oferecidas espontaneamente pelos clientes, integram a remuneração do empregado, não servindo de base de cálculo para as parcelas de aviso-prévio, adicional noturno, horas extras e repouso semanal remunerado.

Inicialmente, importante destacar que o recebimento das gorjetas deverá ser anotado na CTPS do empregado, de acordo com o art. 29, § 1º, da CLT. As gorjetas fazem parte da remuneração do empregado, conforme art. 457, § 3º, da CLT. O trabalhador receberá as gorjetas de terceiros e não do empregador.

Salário e remuneração não são sinônimos, e essa diferenciação é importantíssima para entender o posicionamento do TST. O valor das gorjetas, calculado sobre a média recebida, reflete nas demais verbas trabalhistas, calculadas com base na **remuneração**, como: férias + 1/3, décimo terceiro salário. Aliás, o empregador ao efetuar os depósitos do FGTS, deverá incidir o valor das gorjetas (art. 15 da Lei nº 8.036/1990). Em resumo, o valor recebido, a título de gorjeta, durante o ano vai integrar essas três verbas trabalhistas. O valor pago a título de gorjetas também compõe o salário de

contribuição¹, portanto há desconto para fins previdenciários. Há posicionamento doutrinário isolado no sentido de que as gorjetas não deveriam sequer incidir nessas três verbas (13º, férias e FGTS), defendendo a sua natureza indenizatória².

Ocorre que não integrará, contudo, as verbas calculadas sobre o **salário**. O aviso-prévio tem por base o salário contratual do empregado no mês da rescisão. Já o adicional noturno é calculado sobre a hora diurna. A hora extra, no mesmo sentido, incide sobre a hora normal de trabalho que é obtida pela divisão do salário do empregado e horas trabalhadas durante o mês.

O valor das gorjetas não reflete, de acordo com TST, no **descanso semanal remunerado**. O fundamento utilizado é, com base no art. 7º, § 2º, da Lei nº 605/49, de que o valor pago a título salário mensal ou quinzenal já estaria incluído o valor do DSR. Logo, o DSR também seria calculado com base no salário do empregado. Há posicionamento minoritário³, mais coerente, no sentido de incluir o valor das gorjetas no DSR, pois os adicionais de hora extra e noturno refletem no valor do DSR.

O mesmo raciocínio utilizado anteriormente será aplicado para excluir a incidência do valor das gorjetas nos demais adicionais salariais: adicional de insalubridade, pois é calculado sobre o salário-mínimo (Súmula Vinculante nº 4 do STF) ou sobre o salário contratual, dependendo da corrente adotada; adicional de periculosidade cuja parcela tem por base o salário básico do empregado (art. 193 da CLT), e adicional de transferência, calculado sobre o salário recebido na origem (art. 469 da CLT).

Assim sendo, com base na súmula em análise, o valor recebido das gorjetas não reflete nas seguintes parcelas: aviso-prévio, adicional noturno, hora extra e DSR.

Ressalta-se, ainda, o posicionamento do TST⁴ de que as *gueltas* também apresentam natureza jurídica salarial por aplicação analógica da Súmula nº 354 e do art. 457, § 3º, da CLT. As *gueltas* são bonificações pagas ao empregado pelo fabricante de um produto comercializado pelo empregador. É o que ocorre normalmente com as vendas de medicamentos e cosméticos em farmácias, hipótese

em que muitas vezes o empregado que vende esses produtos farmacêuticos recebe uma bonificação da fabricante do produto como forma de incentivos às vendas independentemente do salário pago pelo empregador (farmácia).

Por fim, o TST⁵ vinha decidindo pela invalidade de cláusula de instrumento coletivo que previa a retenção e o rateio do valor arrecado a título de gorjetas pelo empregador para fins de indenização e ressarcimento das despesas e benefícios decorrentes da criação da taxa de serviço, bem como para contemplar o sindicato da categoria profissional. O destino das gorjetas não pode ser outro senão destinado ao próprio empregado. Sobre esse tema, houve aprovação da Lei nº 13.419/2017, que regulamenta o pagamento das gorjetas aos trabalhadores, que dispunha de maneira diversa do posicionamento adotado pelo TST. Conforme detalhado a seguir, referida regulamentação foi revogada pela Reforma Trabalhista.

1.1.1. Regulamentação das gorjetas nos últimos anos

Ao longo dos últimos anos, as gorjetas foram regulamentadas por diversos dispositivos diferentes:

- **A) Antes da Lei nº 13.419/2017:** a legislação apenas se referia à natureza jurídica das gorjetas no art. 457, § 3º da CLT.
- **B) Lei nº 13.419/2017:** regulamentou as regras de rateio e distribuição das gorjetas e garantias aos membros da comissão de gorjetas.
- **C) Reforma Trabalhista (Lei nº 13.467/2017):** por má técnica legislativa, houve a revogação dos § 5º ao 11 do art. 457 da CLT que regulamentava o assunto.
- **D) MP nº 808/2017 (vigência de 13/11/2017 a 23/04/2018):** trouxe de volta a regulamentação da Lei nº 13.419/2017 nos § 12 a 23 do art. 457 da CLT. Não foi convertida em lei.
- **E) MP nº 9052019 (vigência de 11/11/2019 a 20/04/2020):** nova regulamentação às gorjetas.

1.1.2. Alterações promovidas pela Lei nº 13.419/2017

Em 13/03/2017, foi promulgada a Lei nº 13.419/2017, também denominada “Lei das

1. Art. 28 da Lei nº 8.212/1991.

2. OLIVEIRA, Francisco Antônio. Comentários às Súmulas do TST. 9. ed. revista e atualizada. São Paulo, 2008. p. 642.

3. PINTO, Raymundo Antônio Carneiro. Súmulas do TST Comentadas. 11. ed. São Paulo: LTr, 2010. p. 276.

4. Informativo nº 81 do TST.

5. Informativo nº 95 do TST.

Gorjetas”. Essa legislação alterou a redação do art. 457 da CLT e trouxe a regulamentação do pagamento das gorjetas, antes omissa na CLT. Nesse sentido, ganhou destaque a obrigação legal de reverter toda a gorjeta aos empregados. O art. 457, § 3º da CLT esclareceu que o valor recebido a título de gorjetas, seja como serviço ou adicional, constitui receita exclusiva dos empregados:

Art. 457, da CLT: (...)

§ 3º. Considera-se gorjeta não só a importância espontaneamente dada pelo cliente ao empregado, como também o valor cobrado pela empresa, como serviço ou adicional, a qualquer título, e destinado à distribuição aos empregados.

Além dessa previsão, a Lei nº 13.419/2017 havia estabelecido o instrumento coletivo como ferramenta para fixar os critérios de rateio e distribuição das gorjetas, além de prever comissão de representantes dos empregados para discutir o tema com o empregador.

1.1.3. Revogação da regulamentação pela Reforma Trabalhista (Lei nº 13.467/2017)

Ocorre que o legislador da Reforma Trabalhista (Lei nº 13.467/2017) revogou tacitamente os dispositivos dos §§ 5º a 11 do art. 457 da CLT ao regulamentar o conceito de prêmios em seu § 4º. Tratou-se de erro no processo legislativo de aprovação da Lei nº 13.467/2017. Veja como a Reforma Trabalhista acidentalmente revogou a disciplina jurídica das gorjetas:

“Art. 457.

§ 1º Integram o salário a importância fixa estipulada, as gratificações legais e as comissões pagas pelo empregador.

§ 2º As importâncias, ainda que habituais, pagas a título de ajuda de custo, auxílio-alimentação, vedado seu pagamento em dinheiro, diárias para viagem, prêmios e abonos não integram a remuneração do empregado, não se incorporam ao contrato de trabalho e não constituem base de incidência de qualquer encargo trabalhista e previdenciário.

.....

§ 4º Consideram-se prêmios as liberalidades concedidas pelo empregador em forma de bens, serviços ou valor em dinheiro a empregado ou a grupo de empregados, em razão de desempenho superior ao ordinariamente esperado no exercício de suas atividades.” (NR)

Na redação dada ao art. 457 da CLT pela Reforma Trabalhista, atualmente em vigor, encerrou-se o dispositivo no § 4º, desconsiderando os demais dispositivos daí decorrentes. Revogou-se, portanto, os §§ 5º a 11 do art. 457 da CLT. Note-se que, sempre que os dispositivos são mantidos, há

a inserção de tracejado ou reticências indicando a continuação do dispositivo legal. No caso da redação do art. 457 da CLT pela Reforma Trabalhista, há expressa indicação para que o artigo termine no § 4º.

1.1.4. Tentativa de correção do erro pela MP nº 808/2017 (“Reforma da Reforma”)

Tentando regulamentar e corrigir o erro do legislador da Reforma Trabalhista, a MP nº 808/2017, durante sua vigência (14/11/2017 a 23/04/2018), retornou à legislação, na forma dos §§ 12 a 23, os dispositivos revogados tacitamente pela Reforma. Note-se que esses dispositivos traziam a mesma regulamentação, com pouquíssimas alterações naquilo que já havia sido regulamentado na Lei nº 13.419/2017 (Lei de Gorjetas). Portanto, a MP nº 808/2017 não pretendeu regulamentar novamente as gorjetas, mas retornar à CLT os dispositivos da Lei nº 13.419/2017, revogados pelo descuido do legislador da Reforma Trabalhista.

Ocorre que a MP nº 808/2017 não foi votada e perdeu vigência no dia 23/04/2018. Com isso, o tema das gorjetas ficou sem nenhuma regulamentação legal, permanecendo apenas o disposto no art. 457, § 3º, da CLT que obriga o empregador a reverter toda a gorjeta aos empregados.

1.1.5. Nova tentativa de regulamentação das gorjetas pela MP nº 905/2019 (vigência encerrada)

A MP nº 905/2019 tentou, novamente, corrigir o erro do legislador da Reforma Trabalhista (Lei nº 13.467/2017), que revogou os dispositivos que versavam sobre o assunto. Para evitar sucessivas mudanças no art. 457 da CLT, a Medida Provisória em análise optou por criar o art. 457-A da CLT, mantendo inalterado o art. 457 da CLT no tocante às gorjetas.

O valor pago a título de gorjetas e o salário fixo deveriam ser anotados na CTPS do empregado (art. 457-A, § 2º, III, da CLT).

De acordo com o “caput” do art. 457-A da CLT, a gorjeta não constituía receita própria dos empregadores, destinando-se aos trabalhadores. A distribuição deveria ser realizada por meio de critérios de custeio e de rateio definidos em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho.

Na hipótese de inexistir previsão em convenção ou acordo coletivo de trabalho, os critérios de rateio e distribuição deveriam ser estabelecidos em

assembleia geral dos trabalhadores destinadas a esse fim (art. 457-A, § 1º, da CLT).

A MP nº 905/2019 previu ainda a retenção de percentual das gorjetas para que o empregador utilizasse exclusivamente para o pagamento de encargos sociais, previdenciários e trabalhistas derivados da integração das gorjetas à remuneração dos empregados:

- a) **Empresas inscritas em regime de tributação federal diferenciada:** retenção de até 20% da arrecadação;
- b) **Empresas não inscritas em regime de tributação federal diferenciada:** retenção de até 33% da arrecadação.

Outro importante ponto nessa disciplina referiu-se à cessação da cobrança das gorjetas pelo empregador. Se cessada a cobrança que já vinha sendo realizada por mais de 12 meses, a gorjeta deveria ser incorporar ao salário do trabalhador, tendo como base a média dos últimos 12 meses, salvo previsão em contrário de acordo ou convenção coletiva de trabalho. O legislador havia criado, portanto, hipótese em que uma parcela variável, devida enquanto trabalhasse naquela função determinada.

Se houvesse descumprimento da regulamentação prevista no art. 457-A da CLT, o empregador deveria pagar ao empregado prejudicado, a título de multa, o valor correspondente a 1/30 da média da gorjeta recebida pelo empregador por dia de atraso, limitada ao piso da categoria, assegurados em qualquer hipótese os princípios do contraditório e da ampla defesa.

É importante mencionar, contudo, que a MP nº 905/2019 não foi votada e perdeu vigência no dia 20/04/2020. Com isso, o tema das gorjetas ficou novamente sem nenhuma regulamentação legal, permanecendo apenas o disposto no art. 457, § 3º, da CLT que obriga o empregador a reverter toda a gorjeta aos empregados. Entendemos que os critérios de rateio e distribuição devem ser fixados por norma coletiva. Caso ausente, devem ser seguidos os usos e costumes da região diante da ausência de regulamentação clara da questão ou a previsão expressa no contrato de trabalho.

1.2. Salário proporcional à jornada

Orientação Jurisprudencial nº 358 da SDI – I do TST. Salário-mínimo e piso salarial proporcional à jornada reduzida. Empregado. Servidor Público.

I – Havendo contratação para cumprimento de jornada reduzida, inferior à previsão constitucional de

8 horas diárias ou 44 semanais, é lícito o pagamento do piso salarial ou do salário-mínimo proporcional ao tempo trabalhado.

II – Na Administração Pública direta, autárquica e fundacional não é válida remuneração de empregado público inferior ao salário mínimo, ainda que cumpra jornada de trabalho reduzida. Precedentes do Supremo Tribunal Federal.

I – Havendo contratação para cumprimento de jornada reduzida, inferior à previsão constitucional de 8 horas diárias ou 44 semanais, é lícito o pagamento do piso salarial ou do salário-mínimo proporcional ao tempo trabalhado.

O salário, como visto anteriormente, é a parcela paga diretamente pelo empregador. O salário-mínimo tem previsão constitucional, de acordo com o art. 7º, IV, da CF/88:

Art. 7º, IV, da CF/88: São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: salário-mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim.

Cabe frisar que o salário-mínimo deverá ser previsto em **lei** e será **nacionalmente unificado**. Nada impede que seja fixado em valor superior ao mínimo fixado em lei, como ocorre em alguns estados da Federação onde existe o piso estadual⁶.

Os artigos da CLT que tratavam do salário mínimo regional (arts. 84 e 86) foram revogados pela Lei nº 13.467/2017, o que está de acordo com a Constituição Federal. No entanto, ressalta-se que a alteração não trará efeitos práticos, pois o salário mínimo regional não é aplicado desde 1988.

Ademais, é vedada a utilização do salário-mínimo como **indexador**, ou seja, é “vedada sua vinculação para qualquer fim”. Exemplo: contrato de aluguel ou mensalidade escolar prevê, como pagamento, o valor de 2 salários-mínimos mensais. Nesse caso, ao elevar o valor do salário-mínimo, gera-se o aumento de vários itens ligados ao valor do mínimo, com efeito cascata, alimentando o processo inflacionário.

6. A competência privativa para legislar sobre direito do trabalho é da União, conforme previsto no art. 22 da CF/88. Há, entretanto, previsão na LC nº 103/2000, que autoriza os Estados a fixarem o piso estadual. Vale ressaltar que a Deliberação nº 1 da CONALIS (coordenadoria temática do MPT para promoção da liberdade sindical) estabelece que cabe ao MPT a defesa do piso salarial regional previsto em lei estadual quando acordos ou convenções coletivas fixarem valor inferior ao legal.

A Lei nº 13.152/2015, assim como havia estabelecido a Lei nº 12.382/11, traçou parâmetros para o aumento do salário mínimo. O reajuste terá critérios rígidos, como o índice da inflação do INPC e o crescimento real do PIB. O Poder Executivo promoverá à atualização do salário mínimo por meio do decreto, dando fiel cumprimento à lei.

Salário-mínimo⁷ é o patamar mais baixo que um empregado pode ganhar. Lembre-se de que esse patamar mínimo é estendido também ao trabalhador com menos de 18 anos, inclusive aprendizes. E ainda, de acordo com o art. 39, § 3º, da CF, os servidores públicos terão direito ao salário-mínimo. Aliás, conforme tese fixada pelo STF na apreciação do Tema 900 da repercussão geral:

É defeso o pagamento de remuneração em valor inferior ao salário mínimo ao servidor público, ainda que labore em jornada reduzida de trabalho.

Algumas profissões organizadas possuem patamar mínimo fixado em lei, são os chamados **salários profissionais**. Esses salários independem de negociação coletiva (acordo ou convenção). Exemplo: os médicos possuem salário profissional previsto na Lei nº 3.999/1961. Assim sendo, o salário profissional do médico não leva em conta a categoria em que o profissional trabalha, mas a sua profissão⁸.

Ainda, de acordo com Mauricio Godinho Delgado⁹, o **salário normativo** é aquele pago aos empregados de determinada categoria profissional. Nesse sentido, pode ser dividido em: **salário normativo em sentido estrito**, que é aquele fixado em sentença normativa e **salário convencional**, que

é determinado por meio de acordo ou convenção coletiva de trabalho. Cumpre ressaltar que o autor menciona que o piso salarial corresponde a essas fixações de salário para certas categorias profissionais mediante negociação coletiva. Dessa forma, podemos entender como sinônimas as expressões “piso salarial” e “salário convencional”.

A OJ em análise trata do **salário proporcional** à jornada de trabalho. Assim sendo, se o empregado for contratado para trabalhar em jornada inferior à duração normal de 8 horas diárias e 44 horas semanais, ele receberá o salário-mínimo proporcional ou o piso salarial proporcional aos dias (1/30) ou às horas trabalhadas (1/220 para jornada de 8 h ou 1/180 para jornada de 6 horas). Nesse sentido, se a empresa optar, por exemplo, por adotar o regime por tempo parcial poderá remunerar seus empregados com salário proporcional à jornada trabalhada, conforme art. 58-A, § 1º, da CLT.

Ressalta-se que, em fevereiro de 2017, houve modificação na redação do art. 318 da CLT para permitir que o professor lecionasse em um mesmo estabelecimento por mais de um turno, desde que não ultrapasse a jornada de trabalho semanal estabelecida legalmente. Com a mudança da CLT, prevendo apenas a limitação semanal da jornada de trabalho, é possível que os professores sejam contratados para jornada de trabalho de 8 horas diárias e 44 horas semanais. Assim, deixou de existir a previsão de jornada específica para esses trabalhadores, o que permite o pagamento de salário mínimo proporcional à jornada de trabalho. Nesse sentido, a OJ nº 393 da SDI-I do TST deve ser alterada em breve pelo TST:

Orientação Jurisprudencial nº 393 da SDI – I do TST. Professor. Jornada de trabalho especial. Art. 318 da CLT. Salário-mínimo. Proporcionalidade

A contraprestação mensal devida ao professor, que trabalha no limite máximo da jornada prevista no art. 318 da CLT, é de um salário-mínimo integral, não se cogitando do pagamento proporcional em relação a jornada prevista no art. 7º, XIII, da Constituição Federal.

Importante ressaltar que o TST tem posicionamento no sentido de que o pagamento do salário-mínimo proporcional somente é válido se houver ajuste prévio e expresso entre as partes¹⁰.

Após a promulgação da EC nº 72/2013, que ampliou significativamente o rol dos direitos constitucionais assegurados aos domésticos, verifica-se que o salário proporcional passou a ser aplicado

7. “Da mesma forma, o salário-mínimo será devido em 13 vezes por ano. Porque não exclui o direito ao décimo terceiro salário, sofre o acréscimo de um terço do pagamento das férias, produz incidência no fundo de garantia e é acoplado de todos os adicionais condicionais existentes na legislação, como o adicional de insalubridade, o adicional de periculosidade, o adicional noturno e o que mais houver, não se podendo dizer que ele já contenha algum adicional embutido. Somente não terá o pagamento em separado dos descansos semanais remunerados, porque, como estudado no art. 67 da CLT, a parcela mensal já os quita em seu bojo, na forma do art. 7º, § 2º, da Lei nº 605/1949.” SILVA, Homero Batista Mateus da. Curso de Direito do Trabalho Aplicado: Jornadas e Pausas. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. v. 2, p. 238.

8. Nesse ponto, importante mencionar a Lei nº 14.434/2022, publicada no dia 4 de agosto de 2022, que institui o piso salarial nacional do Enfermeiro, do Técnico de Enfermagem, do Auxiliar de Enfermagem e da Parteira. Referida lei tem ganhado maior atenção, pois, a Confederação Nacional de Saúde, Hospitais e Estabelecimentos e Serviços – CNSAÚDE ingressou no STF com a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 7222) contra o referido diploma, alegando vícios formais (como vício de iniciativa) e vícios materiais (teoria da reserva do possível). No fechamento desta edição, referida ADI estava sob julgamento. Para mais informações, consulte o **item 1.3.3. Salário profissional. Enfermagem** deste capítulo.

9. DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012. p. 716.

10. RR 567703/1999.

aos domésticos, uma vez que o art. 7º, parágrafo único, CF/88 prevê a limitação da jornada a esse trabalhador. Desse modo, caso haja trabalho superior à jornada estabelecida, deverá ocorrer o pagamento de horas extraordinárias, com adicional de, no mínimo, 50% da hora normal. Nesse mesmo sentido, prevê a Lei dos Domésticos ao regulamentar as disposições atinentes ao trabalho em regime de tempo parcial:

Art. 3º, § 1º, LC nº 150/2015: O salário a ser pago ao empregado sob regime de tempo parcial será proporcional a sua jornada, em relação ao empregado que cumpre, nas mesmas funções, tempo integral.

II – Na Administração Pública direta, autárquica e fundacional não é válida remuneração de empregado público inferior ao salário mínimo, ainda que cumpra jornada de trabalho reduzida. Precedentes do Supremo Tribunal Federal.

Em fevereiro de 2016, o TST incluiu o item II à Orientação Jurisprudencial em apreço.

De acordo com o arts. 7º, IV e 39, § 3º, CF/88, a remuneração do servidor público não pode ser inferior ao salário mínimo:

Art. 39, § 3º, CF/88: Aplica-se aos servidores ocupantes de cargo público o disposto no art. 7º, IV, VII, VIII, IX, XII, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX, XXII e XXX, podendo a lei estabelecer requisitos diferenciados de admissão quando a natureza do cargo o exigir.

Art. 7º, IV, CF/88: São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim;

É importante destacar que a remuneração do servidor público é composta pelo seu vencimento básico e pelas demais vantagens pecuniárias permanentes¹¹. Nesse sentido, não é o vencimento do servidor que não pode ser inferior ao salário mínimo, mas o total de sua remuneração, que compreende tanto o seu vencimento-básico como demais vantagens recebidas como adicionais e gratificações. Nesse sentido, dispõe a Súmula Vinculante nº 16 do STF:

Súmula Vinculante nº 16 do STF: Os artigos 7º, IV, e 39, § 3º (redação da EC 19/98), da Constituição,

referem-se ao total da remuneração percebida pelo servidor público.

Para os empregados que trabalham em jornada reduzida, o TST aplica o salário mínimo proporcional ao tempo trabalhado conforme entendimento previsto atualmente no item I da Orientação Jurisprudencial em análise:

Orientação Jurisprudencial nº 358 da SDI-I do TST:
I – 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.

Portanto, se o empregado trabalhar em jornada inferior à prevista de 8 horas diárias e 44 semanais, o TST admite o recebimento de salário mínimo inferior ao salário mínimo integral vigente desde que guarde proporcionalidade em relação ao tempo trabalhado.

Contudo, de acordo com o posicionamento reiterado do STF, o **servidor público** tem o direito ao recebimento do salário mínimo integral ainda que trabalhe em jornada reduzida¹².

Diante do posicionamento reiterado do STF sobre o assunto, o TST editou o item II da OJ nº 358 para prever que os empregados públicos da Administração direta, autárquica e fundacional, ainda que cumpram jornada reduzida, tem direito ao recebimento de remuneração nunca inferior ao salário mínimo.

Agora, esse entendimento também está expresso em tese de repercussão geral do STF. A Corte, em 05/08/2022, por maioria, apreciando o Tema 900 da Repercussão Geral, fixou a seguinte tese:

Tema 900 da Repercussão Geral: É defeso o pagamento de remuneração em valor inferior ao salário mínimo ao servidor público, ainda que labore em jornada reduzida de trabalho

1.2.1. Salário-mínimo proporcional do professor

Orientação Jurisprudencial nº 393 da SDI – I do TST. Professor. Jornada de trabalho especial. Art. 318 da CLT. Salário-mínimo. Proporcionalidade

A contraprestação mensal devida ao professor, que trabalha no limite máximo da jornada prevista no art. 318 da CLT, é de um salário-mínimo integral, não se cogitando do pagamento proporcional em relação a jornada prevista no art. 7º, XIII, da Constituição Federal.

11. CARVALHO, Matheus. Manual de Direito Administrativo. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 829.

12. Decisão Monocrática em RE 565621/CE – Relatora: Min. Cármen Lúcia. Data de julgamento: 22/01/2015.

Essa súmula deve ser alterada pelo TST diante da modificação na jornada de trabalho dos professores promovida pela Lei nº 13.415/2017, também denominada Lei do Novo Ensino Médio. De acordo com a antiga redação do art. 318 da CLT, a jornada de trabalho do professor era de, no máximo, 4 aulas consecutivas ou 6 aulas intercaladas:

Art. 318 da CLT (REDAÇÃO ANTIGA): “Num mesmo estabelecimento de ensino não poderá o professor dar, por dia, mais de 4 aulas consecutivas, nem mais de 6 intercaladas”.

Assim, se a jornada excedesse a 4 aulas consecutivas ou 6 aulas intercaladas, num mesmo estabelecimento, deveria ser pago o adicional de hora extra de, no mínimo, 50% da hora normal. Ocorre que, em 17/02/2017, foi promulgada a Lei nº 13.415/2017 que alterou a redação do art. 318 da CLT:

Art. 318 da CLT (REDAÇÃO ATUAL). O professor poderá lecionar em um mesmo estabelecimento por mais de um turno, desde que não ultrapasse a jornada de trabalho semanal estabelecida legalmente, assegurado e não computado o intervalo para refeição.

De acordo com o atual texto da norma, não persiste a limitação da jornada do professor pelo número de aulas prestadas, contínuas ou intercaladas, mas passa a ser permitido que o professor leccione em um mesmo estabelecimento por mais de um turno, desde que não ultrapasse a jornada de trabalho semanal estabelecida legalmente. A jornada semanal máxima permitida está prevista no art. 7º, XIII, da Constituição Federal de 1988 no total de 44 horas semanais.

Com a nova regulamentação, o professor pode, por exemplo, prestar serviços em uma mesma escola no período da manhã e da tarde até o limite semanal de 44 horas. Além disso, deve ser assegurado intervalo intrajornada de acordo com a jornada prevista:

- a) **Jornada de até 4 horas:** não há previsão em lei de intervalo intrajornada.
- b) **Jornada que excede 4 horas, com limite de 6 horas:** intervalo de 15 minutos. Se o empregador exigir horas extras habituais, excedendo a jornada de 6 horas diárias, deverá conceder intervalo mínimo de 1 hora.
- c) **Jornada que excede 6 horas:** mínimo de 1 hora e máximo de 2 horas. Ressalta-se que a Reforma Trabalhista passou a admitir a redução do intervalo intrajornada de 1 hora para 30 minutos desde que prevista em instrumento coletivo de trabalho (art. 611-A, III, da CLT).

Diante da imprecisão do dispositivo legal ao apenas mencionar a limitação semanal da jornada de trabalho, surgem dúvidas quanto ao limite diário de jornada que passou a ser permitida a esse trabalhador. Pode o professor prestar 8, 10 ou 12 horas de trabalho em um dia da semana, divididas nos 3 turnos de trabalho – manhã, tarde e noite?

Entendemos que a jornada de trabalho não pode ultrapassar a 8 horas diárias com possibilidade de prorrogação por mais 2 horas, nos mesmos moldes aplicados aos demais empregados em acordo de prorrogação de jornada¹³. Como não há normal excepcional, prevendo jornada superior ao limite de 8 horas diárias, aplica-se a regra do art. 7º, XIII, CF/88:

Art. 7º, XIII, CF/88: São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho

O excesso de jornada de trabalho causa diversos prejuízos à saúde física e psíquica do trabalhador. A limitação da jornada de trabalho impede que o trabalho intenso realizado pelo trabalhador cause doenças ocupacionais de ordem física e psíquica como a síndrome do esgotamento profissional, chamado de Burnout. Essa síndrome é uma das consequências do ritmo atual, com excesso de jornada e condições de trabalho desgastantes. De acordo com médico Drauzio Varella¹⁴:

A síndrome de burnout, ou síndrome do esgotamento profissional, é um distúrbio psíquico descrito em 1974 por Freudenberger, um médico americano. O transtorno está registrado no Grupo V da CID-10 (Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde).

Sua principal característica é o estado de tensão emocional e estresse crônicos provocado por condições de trabalho físicas, emocionais e psicológicas desgastantes. A síndrome se manifesta especialmente em pessoas cuja profissão exige envolvimento interpessoal direto e intenso.

Profissionais das áreas de educação, saúde, assistência social, recursos humanos, agentes penitenciários, bombeiros, policiais e mulheres que enfrentam dupla jornada correm risco maior de desenvolver o transtorno.

13. **Art. 59, “caput”, CLT** – A duração normal do trabalho poderá ser acrescida de horas suplementares, em número não excedente de 2 (duas), mediante acordo escrito entre empregador e empregado, ou mediante contrato coletivo de trabalho.

14. <https://drauzioarella.com.br/doencas-e-sintomas/sindrome-de-burnout/>

Portanto, mesmo que haja limitação na jornada semanal do trabalhador, entendemos que a previsão de jornada de duração acima de 8 horas diárias com possibilidade de prorrogação por mais 2 horas pode causar diversos prejuízos à saúde do professor.

Outra questão diz respeito à possibilidade de se estabelecer a jornada de 12 horas de trabalho por 36 horas de descanso ao professor. Antes da Reforma Trabalhista, essa modalidade de jornada somente poderia ser prevista em caráter excepcional conforme dispunha a Súmula nº 444 do TST:

Súmula nº 444 do TST: É válida, em caráter excepcional, a jornada de doze horas de trabalho por trinta e seis de descanso, prevista em lei ou ajustada exclusivamente mediante acordo coletivo de trabalho ou convenção coletiva de trabalho, assegurada a remuneração em dobro dos feriados trabalhados. O empregado não tem direito ao pagamento de adicional referente ao labor prestado na décima primeira e décima segunda horas.

A atual redação do art. 59-A da CLT passou a prever a possibilidade de celebração da jornada 12 x 36 por meio de acordo individual de trabalho, além de excluir a exigência da excepcionalidade:

Art. 59-A, CLT (acrescentado pela Lei nº 13.467/2017). Em exceção ao disposto no art. 59 desta Consolidação, é facultado às partes, mediante acordo individual escrito, convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, estabelecer horário de trabalho de doze horas seguidas por trinta e seis horas ininterruptas de descanso, observados ou indenizados os intervalos para repouso e alimentação.

Parágrafo único. A remuneração mensal pactuada pelo horário previsto no **caput** deste artigo abrange os pagamentos devidos pelo descanso semanal remunerado e pelo descanso em feriados, e serão considerados compensados os feriados e as prorrogações de trabalho noturno, quando houver, de que tratam o art. 70 e o § 5º do art. 73 desta Consolidação.

Aliás, o STF, no julgamento da ADI nº 5994/DF, considerou constitucional o art. 59-A da CLT, introduzido pela Reforma Trabalhista, que permite a pactuação da jornada 12 x 36 por acordo individual escrito entre empregado e empregador. Dessa forma, entendemos que não há impedimentos para essa contratação aos professores empregados.

Além das discussões acerca da jornada de trabalho, a alteração da redação do art. 318 da CLT causará impactos também no tocante ao salário proporcional do professor. Como visto anteriormente, o **salário proporcional** à jornada de trabalho é lícito e aceito pela jurisprudência do TST na OJ nº 358 da SDI-I. Assim sendo, se o empregado for contratado para trabalhar em jornada inferior à duração normal de 8 horas diárias e 44 horas semanais, ele receberá o salário-mínimo proporcional

ou o piso salarial proporcional aos dias (1/30) ou às horas trabalhadas (1/220 para jornada de 8 horas ou 1/180 para jornada de 6 horas).

Em razão dos baixos salários pagos a essa categoria profissional, havia discussão sobre a possibilidade de pagamento do salário-mínimo proporcional ao professor. O TST publicou a OJ em análise no sentido de que o professor que trabalhasse a jornada máxima de 4 aulas consecutivas ou 6 aulas intercaladas, deveria ter garantido um salário-mínimo integral. Nesse caso, portanto, não poderia ser pago salário proporcional à jornada de 8 horas previstas na CF/88, porque os professores gozavam de jornada especial.

Com a mudança no artigo 318 da CLT, prevendo apenas a limitação semanal da jornada de trabalho, é possível que os professores sejam contratados para jornada de trabalho de 8 horas diárias e 44 horas semanais. Assim, deixou de existir a previsão de jornada específica para esses trabalhadores, o que permite o pagamento de salário mínimo proporcional à jornada de trabalho, conforme previsto aos demais empregados na OJ nº 358 da SDI-I do TST:

Orientação Jurisprudencial nº 358 da SDI-I do TST.

I – 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.

II – Na Administração Pública direta, autárquica e fundacional não é válida remuneração de empregado público inferior ao salário mínimo, ainda que cumpra jornada de trabalho reduzida. Precedentes do Supremo Tribunal Federal.

Por fim, se o professor for servidor público ou empregado público prevalece a norma expressa no item II da OJ nº 358 da SDI-I e no Tema nº 900 da repercussão geral do STF, pela qual o trabalhador receberá sempre o salário mínimo integral, ainda que cumpra jornada de trabalho reduzida. Nesse caso, deve ser atendido o piso salarial profissional nacional para os profissionais do magistério público da educação básica previsto na Lei nº 11.738/2008.

1.2.1.1. Redução da carga horária do professor

Orientação Jurisprudencial nº 244 da SDI – I do TST. Professor. Redução da carga horária. Possibilidade

A redução da carga horária do professor, em virtude da diminuição do número de alunos, não constitui alteração contratual, uma vez que não implica redução do valor da hora-aula.

A jornada de trabalho dos professores foi alterada pela Lei nº 13.415/2017, também denominada Lei do Novo Ensino Médio. De acordo com a antiga redação do art. 318 da CLT, a jornada de trabalho do professor era de, no máximo, 4 aulas consecutivas ou 6 aulas intercaladas:

Art. 318 da CLT (REDAÇÃO ANTIGA): “Num mesmo estabelecimento de ensino não poderá o professor dar, por dia, mais de 4 aulas consecutivas, nem mais de 6 intercaladas”.

Assim, se a jornada excedesse a 4 aulas consecutivas ou 6 aulas intercaladas, num mesmo estabelecimento, deveria ser pago o adicional de hora extra de, no mínimo, 50% da hora normal. Ocorre que, em 17/02/2017, foi promulgada a Lei nº 13.415/2017 que alterou a redação do art. 318 da CLT:

Art. 318 da CLT (REDAÇÃO ATUAL). O professor poderá lecionar em um mesmo estabelecimento por mais de um turno, desde que não ultrapasse a jornada de trabalho semanal estabelecida legalmente, assegurado e não computado o intervalo para refeição.

De acordo com o atual texto da norma, não persiste a limitação da jornada do professor pelo número de aulas prestadas, contínuas ou intercaladas, mas passa a ser permitido que o professor leccione em um mesmo estabelecimento por mais de um turno, desde que não ultrapasse a jornada de trabalho semanal estabelecida legalmente. A jornada semanal máxima permitida está prevista no art. 7º, XIII, da Constituição Federal de 1988 no total de 44 horas semanais.

Com a nova regulamentação, o professor pode, por exemplo, prestar serviços em uma mesma escola no período da manhã e da tarde até o limite semanal de 44 horas. Além disso, deve ser assegurado intervalo intrajornada de acordo com a jornada prevista:

- a) **Jornada de até 4 horas:** não há previsão em lei de intervalo intrajornada.
- b) **Jornada que excede 4 horas, com limite de 6 horas:** intervalo de 15 minutos. Se o empregador exigir horas extras habituais, excedendo a jornada de 6 horas diárias, deverá conceder intervalo mínimo de 1 hora.
- c) **Jornada que excede 6 horas:** mínimo de 1 hora e máximo de 2 horas. Com a Reforma Trabalhista, passou a ser possível a redução do intervalo intrajornada para 30 minutos desde que previsto em instrumento coletivo de trabalho (art. 611-A, III, da CLT).

Diante da imprecisão do dispositivo legal ao apenas mencionar a limitação semanal da jornada de trabalho, surgem dúvidas quanto ao limite diário de jornada que passou a ser permitida a esse trabalhador. Pode o professor prestar 8, 10 ou 12 horas de trabalho em um dia da semana, divididas nos 3 turnos de trabalho – manhã, tarde e noite?

Entendemos que a jornada de trabalho não pode ultrapassar a 8 horas diárias com possibilidade de prorrogação por mais 2 horas, nos mesmos moldes aplicados aos demais empregados em acordo de prorrogação de jornada¹⁵. Como não há normal excepcional, prevendo jornada superior ao limite de 8 horas diárias, aplica-se a regra do art. 7º, XIII, CF/88:

Art. 7º, XIII, CF/88: São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho

Contudo, a alteração na jornada de trabalho do professor não deve alterar a redação da OJ em análise. Há discussão sobre a possibilidade de redução do número de aulas, em razão da diminuição do número de alunos. O TST, conforme OJ em análise, tem o entendimento de que, se preservado o valor da hora-aula, é possível a redução do número de aulas. Tal mudança no contrato de trabalho não afronta o art. 468 da CLT, pois o valor da hora-aula não foi alterado. Aliás, não parece justo manter o salário integral recebido anteriormente, se o professor não está lecionando pelo mesmo número de aulas. Configuraria, entretanto, a alteração contratual ilícita se houvesse redução do número de aulas, sem que tivesse redução do número de alunos. Outra hipótese que não permitiria a redução seria a previsão em negociação coletiva, vedando a redução do salário integral.

O empregado que trabalha por produção, como é o caso da maioria dos professores que recebem por hora-aula, poderá sofrer alteração nos ganhos, pois o salário é variável. Cabe revisar que esses profissionais têm direito ao salário-mínimo integral, conforme art. 7º, VII, da CF/88 e OJ 358.

Nesse mesmo sentido, permitindo a redução do número de aulas, prevê a jurisprudência da Seção de Dissídios Coletivos do TST:

15. **Art. 59, “caput”, CLT** – A duração normal do trabalho poderá ser acrescida de horas suplementares, em número não excedente de 2 (duas), mediante acordo escrito entre empregador e empregado, ou mediante contrato coletivo de trabalho.

Precedente Normativo nº 78 do TST: Não configura redução salarial ilegal a diminuição de carga horária motivada por inevitável supressão de aulas eventuais ou de turmas.

Há posicionamento minoritário, entretanto, que defende a impossibilidade da redução do salário do professor. Fundamentos: a) os riscos do empreendimento correm por conta e risco do empregador; b) art. 468 da CLT veda alterações contratuais lesivas como a redução da jornada de trabalho, para empregados que recebem por hora trabalhada; e c) o número de aulas se incorpora no patrimônio jurídico do professor¹⁶, configurando o art. 483, g, da CLT, que prevê a rescisão indireta quando ocorrer redução significativa de peça ou tarefa.

1.3. Salário profissional

1.3.1. Salário profissional. Médicos e engenheiros

Súmula nº 370 do TST. Médico e engenheiro. Jornada de trabalho. Leis nºs 3.999/1961 e 4.950-A/1966 Tendo em vista que as Leis nº 3.999/1961 e 4.950-A/1966 não estipulam a jornada reduzida, mas apenas estabelecem o salário-mínimo da categoria para uma jornada de 4 horas para os médicos e de 6 horas para os engenheiros, não há que se falar em horas extras, salvo as excedentes à oitava, desde que seja respeitado o salário-mínimo/horário das categorias.

Algumas profissões organizadas possuem patamar mínimo fixado em lei, são os chamados **salários profissionais**. Esses salários independem de negociação coletiva (acordo ou convenção). A fixação do salário profissional é criticada, pois limita a possibilidade de negociação entre as categorias econômicas (empresa) e profissionais (trabalhadores).

O salário profissional do médico, por exemplo, não leva em conta a categoria em que o profissional trabalha, mas a sua profissão. Os médicos e cirurgiões-dentistas possuem salário profissional previsto na Lei nº 3.999/1961, e os engenheiros (engenharia química, arquitetura, agronomia e veterinária), salário profissional previsto na Lei nº 4.950-A/1966.

Para os **médicos**, o salário profissional é de, no mínimo, três salários-mínimos, para trabalhar até 4 horas por dia. Nada obsta a que os médicos trabalhem 8 horas diárias e, nesse caso, terão de receber

6 salários-mínimos. Ocorre que, se ultrapassar a jornada prevista na Constituição (8 horas diárias e 44 horas semanais), receberão adicional de horas extras.

Já os **engenheiros** receberão seis salários-mínimos, se diplomados em curso superior de 4 ou mais anos de duração, ou cinco salários-mínimos se diplomados em curso de menos de 4 anos, para jornada de 6 horas. O mesmo raciocínio é utilizado também aos engenheiros, porque poderão trabalhar 8 horas diárias, sem que isso ocasione o pagamento de horas extraordinárias. Há necessidade apenas de acrescentar no valor da remuneração.

Essas duas leis tratam do salário profissional e não de jornada de trabalho, segundo o posicionamento do TST. Há, nessas leis, a fixação do salário proporcional à jornada, conforme tratado a seguir.

Ainda, importante mencionar que as leis citadas tratam do salário-mínimo regional, ou o maior salário-mínimo vigente no País. Hoje essas denominações estão superadas, pois o art. 7º, IV, da CF/88 determina que o salário-mínimo seja nacionalmente unificado.

Ainda no que se refere ao art. 7º, IV, da CF/88, que veda a vinculação do salário-mínimo para qualquer fim, pode-se argumentar que, tecnicamente, as leis, no tocante à fixação do salário profissional, não foram recepcionadas pela atual Constituição. Aliás, o STF tem seguido nesse sentido, conforme Súmula Vinculante nº 4:

Súmula Vinculante nº 4 do STF: Salvo nos casos previstos na Constituição, o salário-mínimo não pode ser usado como indexador de base de cálculo de vantagem de servidor público ou de empregado, nem ser substituído por decisão judicial.

Na prática, entretanto, esses patamares têm sido admitidos e adotados, com fundamento na segurança jurídica, pois não há outros valores/parâmetros a serem seguidos. Nesse sentido, a jurisprudência consolidada dos TRTs da 5ª, 8ª e 15ª Regiões admite a fixação do salário profissional em múltiplos de salário mínimo, por entender que não há violação da previsão constitucional de não vinculação para qualquer fim. Não é possível, no entanto, a correção automática de seu valor com base no reajuste concedido ao salário mínimo:

Súmula nº 30 do TRT da 5ª Região. Piso profissional. Lei 4.960-a/66. Vinculação ao salário mínimo. Constitucionalidade.

Não é inconstitucional a previsão contida na Lei n. 4.950-A/66 no sentido de estipular o salário

16. BARROS, Alice Monteiro de. Contratos e regulamentações especiais de trabalho: peculiaridades, aspectos controvertidos e tendências. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2010. p. 394.

PROVAS

Sumário • 1. Introdução – 2. Ônus da prova: 2.1. Despedimento; 2.2. Jornada de trabalho. Registro. Distribuição dinâmica do ônus da prova; 2.3. Equiparação salarial; 2.4. Vale-transporte; 2.5. Diferenças no recolhimento do FGTS – 3. Prova documental: 3.1. Instrumento normativo. Cópia não autenticada; 3.2. Pessoa jurídica de direito público. Dispensa de autenticidade dos documentos; 3.3. CTPS. Presunção das anotações; 3.3.1. Registro de empregados – 4. Prova testemunhal: 4.1. Testemunha que litiga ou litigou contra a mesma reclamada – 5. Prova Pericial: 5.1. Adicional de insalubridade e a realização de perícia; 5.2. Dispensa da realização de perícia. Pagamento espontâneo do adicional de periculosidade – 6. Confissão – 7. Quadro resumido – 8. Súmulas dos Tribunais Regionais do Trabalho – 9. Teses Jurídicas Prevalentes dos Tribunais Regionais do Trabalho (Relacionadas ao Capítulo XI) – 10. Informativos do TST (Relacionados ao Capítulo XI).

1. INTRODUÇÃO

Em razão da importância da prova, ela já foi chamada por Carnelutti de “coração do processo”. Isso porque ela tem o condão de convencer o julgador a respeito dos fatos alegados pelas partes, ou seja, demonstrar a certeza dos fatos aduzidos em juízo.

Busca-se, por meio da prova, portanto, a demonstração da certeza dos fatos alegados, o que era denominado pela doutrina tradicional de verdade real. No entanto, atualmente a doutrina afasta a diferenciação entre verdade real e formal, vez que a verdade é una, não podendo existir uma verdade maior e a outra menor. O que se admite, entretanto, é a definição do processo por probabilidade, quando não se tem a demonstração exata da veracidade dos fatos.

Percebe-se, assim, que a prova tem como finalidade comprovar **a alegação sobre fatos que sejam controvertidos, pertinentes e relevantes** ao esclarecimento do processo, excepcionando apenas a comprovação dos direitos municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário, quando exigido pelo juiz (CPC/15, art. 376).

A doutrina classifica o instituto da prova da seguinte forma: a) quanto ao fato; b) quanto ao sujeito; c) quanto ao objeto e d) quanto à preparação.

No que se refere ao fato, as provas podem ser diretas quando dizem respeito ao fato probante (ex. testemunha viu o fato alegado) ou indireta quando, em decorrência dos fatos provados, há indícios de veracidade dos fatos alegados.

Quanto ao sujeito, as provas se subdividem em pessoais e reais. As pessoais são afirmações conscientes feitas por uma pessoa, enquanto as reais são atestações inconscientes realizadas por uma coisa (ex., uma declaração contida em um documento)¹.

No que tange ao objeto, as provas podem ser testemunhais, documentais e materiais. As testemunhas derivam de afirmações orais. A documental é a afirmação escrita ou gravada, enquanto as materiais consistem em qualquer outra materialidade que sirva de prova (perícias, inspeções etc.)².

No que concerne à preparação, a prova pode ser casual ou pré-constituída. A prova casual é aquela produzida no processo, enquanto a pré-constituída é a preparada preventivamente, ou seja, antes da propositura da demanda.

Pode acontecer, no entanto, de não existirem provas no processo. Nesse caso, para que ele não fique sem julgamento, o que é vedado pelo ordenamento (*non liquet*), passa a ter relevância o estudo do ônus da prova.

Registra-se que a relevância do **ônus da prova** pressupõe a **insuficiência e/ou inexistência de provas** nos autos, uma vez que, havendo prova no processo, não há falar em ônus da prova, pois, com base no princípio da comunhão da prova, a prova pertence ao processo e não às partes, sendo indiferente quem as produziu (CPC/15, art. 371). Assim, mesmo que a parte não tenha o ônus de provar

1. CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 18. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. v. 1, p. 375.

2. CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 18. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. v. 1, p. 376.

uma alegação de fato, se o fizer, ela passa a pertencer ao processo, não importando quem a trouxe para os autos.

Difere-se na doutrina o ônus subjetivo do objetivo. Aquele (subjetivo) busca indagar quem tem o ônus de provar, enquanto o ônus objetivo é regra de julgamento.

Nos moldes do art. 373 do CPC/15, após a Lei nº 13.467/17 (Reforma Trabalhista), o art. 818 da CLT passou a estabelecer que incumbe ao reclamante provar as alegações de fatos constitutivos e ao reclamado dos fatos extintivos, modificativos e impeditivos. Trata-se da chamada teoria estática do ônus da prova.

O **fato constitutivo** é aquele que dá origem à relação jurídica deduzida em juízo (ex., fatos que demonstram os requisitos da relação de emprego – personalidade, pessoa física, onerosidade, subordinação e não eventualidade).

Se o réu defender-se apenas negando os fatos constitutivos deduzidos pelo autor, sobre ele não haverá nenhum ônus, cabendo ao autor provar o alegado. Pode ocorrer, no entanto, de o réu (reclamado) alegar **fatos novos**, com a finalidade de modificar o direito do autor, extinguir ou impedir que ele nasça³, atraindo para si o ônus de provar os fatos que alegou.

O **fato extintivo** é aquele que põe fim à relação jurídica deduzida em juízo (ex., pagamento, prescrição, decadência). O **fato impeditivo**, por sua vez, consiste na alegação de fato que obsta a formação válida da relação jurídica deduzida em juízo como, por exemplo, o tempo de função superior a 2 anos na equiparação salarial. Já o **fato modificativo** visa a alterar a relação deduzida, como se dá no pagamento parcial.

Poderá ocorrer de o juiz distribuir o ônus da prova de forma diversa, mediante decisão fundamentada, nas seguintes hipóteses: a) quando previstos em lei; b) diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo de acordo com a teoria estática ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, nos termos do art. 818, § 1º da CLT. Nessa última hipótese, temos a denominada teoria dinâmica do ônus da prova⁴.

Aplicando-se a teoria dinâmica do ônus da prova, o juiz deverá dar à parte a oportunidade de

se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído (CLT, art. 818, § 1º). Essa decisão deverá ser proferida antes da abertura da instrução e, a requerimento da parte, implicará o adiamento da audiência e possibilitará provar os fatos por qualquer meio em direito admitido (CLT, art. 818, § 2º). Além disso, não poderá gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil (CLT, art. 818, § 3º).

A prova tem como destinatários todos os sujeitos do processo, especialmente o juiz que é seu destinatário direto, o qual, por meio do convencimento motivado, deverá analisá-las. Isso quer dizer que o magistrado deverá apreciar o conjunto probatório, delimitando de forma motivada quais foram capazes de comprovar as alegações de fatos, além de refutar aquelas que não lhe convenceram.

O ordenamento admite qualquer meio de prova, desde que legal (típicos) e/ou moralmente legítimos (atípicos) (CPC/15, art. 369).

Por fim, o art. 374 do CPC/15 declina que, para alguns fatos, não há necessidade de provas, sendo eles: a) os notórios; b) confessados; c) incontroversos e d) em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade.

Feita essa breve consideração acerca da teoria geral do instituto da prova, passamos a analisar as súmulas e orientações pertinentes ao tema.

2. ÔNUS DA PROVA

2.1. Despedimento

Súmula nº 212 do TST. Despedimento. Ônus da prova

O ônus de provar o término do contrato de trabalho, quando negados a prestação de serviço e o despedimento, é do empregador, pois o princípio da continuidade da relação de emprego constitui presunção favorável ao empregado.

Para análise dessa súmula, cabe inicialmente esclarecer que antes de chegarmos ao ônus da prova faz-se necessário verificar se há nos autos provas produzidas, assim como analisar se os fatos são notórios, confessados, incontroversos ou em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade.

Isso porque, ocorrendo um desses fatos, desnecessária será a aplicação do ônus da prova. Noutras palavras, o ônus da prova (objetivo) constitui regra de julgamento direcionada ao Estado-juiz para que o processo não fique sem solução (*non liquet*).

3. DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno e OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil: Teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 5. ed. Bahia: Juspodivm, 2010. v. 2, p. 80.

4. Vide os comentários da Súmula nº 338 do TST.

Com efeito, havendo nos autos provas, independentemente de quem as produziu (princípio da comunhão da prova), o juiz poderá julgar o processo (CPC/15, art. 371). Da mesma forma, existindo fatos notórios, confessados e incontroversos, não há necessidade de provas, podendo o julgador solucionar a lide. O mesmo ocorre com os fatos em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade, os quais independem de prova.

É evidente que, nas hipóteses de fatos notórios e que possuem presunção de veracidade, a parte que não terá proveito poderá alegar outros fatos que afastem a notoriedade e a presunção relativa de veracidade, mas, nesse caso, atrai para si o ônus da prova.

Assim, não havendo provas nos autos, fatos notórios, confessados, incontroversos ou em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade, passa-se a analisar de quem é o ônus da prova, nos termos do art. 373 do CPC/15, aplicado subsidiariamente ao processo do trabalho, incumbindo ao autor a prova dos fatos constitutivos e ao réu, dos fatos impeditivos, modificativos e extintivos.

Partindo dessas premissas, passamos à análise da presente súmula, que trata da hipótese de negação da prestação de serviços e do despedimento pelo empregador.

O processo do trabalho tem a peculiaridade de cumular diversos pedidos. Nesse sentido, em regra, o reclamante, quando alega a prestação de serviços como empregado, requer o reconhecimento do vínculo e o pagamento das verbas decorrentes dessa relação, inclusive das verbas rescisórias. Com efeito, o empregador, ao apresentar sua contestação, defende-se de todos os pedidos, ante o princípio da impugnação específica.

Dessa forma, poderá o empregador simplesmente negar a prestação dos serviços. Nesse caso, o ônus de provar o fato constitutivo (requisitos da relação de emprego) é do empregado.

Poderá o réu alegar ainda que não se trata de relação de emprego, mas, sim, de prestação de serviços como autônomo. Aqui, o reclamado aduz fato que impede a formação da relação de emprego (fato impeditivo), sendo, portanto, seu o ônus de provar.

Pode acontecer, no entanto, de o empregador negar a prestação do serviço, mas, ao contestar o pedido das verbas rescisórias, negar também o despedimento, ou seja, alegar que a relação foi extinta a pedido do autor (reclamante) ou por motivo

de justa causa. Nessa hipótese, entende o C. TST que o empregador atraiu para si o ônus da prova.

Isso ocorre porque, conforme aludido anteriormente, antes de adentrarmos efetivamente na seara do ônus da prova, cabe analisar preliminarmente a existência de fatos notórios, confessados, incontroversos ou nos quais haja presunção de veracidade. No caso em análise, ao negar o empregador o despedimento, a presunção milita a favor do empregado, ante o princípio da continuidade existente no direito do trabalho. Assim, caso o empregador tente afastar tal presunção, atrai para si o ônus da prova. Aliás, ao negar o despedimento, o que o empregador na realidade está fazendo é alegar fato impeditivo do reclamante ao recebimento das verbas rescisórias, tendo, portanto, o ônus de prová-lo.

Poder-se-ia invocar que a negação da prestação de serviços e do despedimento são fatos negativos e, portanto, não deveriam ser provados.

É verdade que durante muito tempo afirmou-se que os fatos negativos não precisavam ser provados (*negativa non sunt probanda*), vez que o ônus seria daquele que alegava o fato e não do que o negava. Atualmente, essa afirmação vem perdendo valor, sob o argumento de que “todo fato negativo corresponde a um fato positivo (afirmativo) e vice-versa. Se não é possível provar a negativa, nada impede que se prove a afirmativa correspondente”⁵.

No entanto, não são todos os fatos negativos que dependem de prova, mas aqueles que decorrem de negativas relativas.

Distinguem-se, pois, as negativas absolutas das negativas relativas.

A **negativa absoluta** é a alegação pura da não existência do fato, sendo **indefinido** no tempo e/ou no espaço. É o que ocorre, por exemplo, quando o empregado diz que laborou para determinada empresa e esta simplesmente nega a prestação dos serviços ou, ainda, quando se alega que nunca viu determinada pessoa. Nesses casos, por ser indefinida a negação, ela não depende de prova.

A propósito, como regra, a negativa absoluta é de impossível comprovação. Excepcionalmente, tal negativa pode ser provada, como acontece quando temos órgãos centralizadores de dados, por exemplo, com a prova da inexistência de débitos trabalhistas por meio da CNDT.

5. DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno e OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil: Teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 8. ed. Bahia: Juspodivm, 2013. v. 2, p. 96.

É interessante observar que a impossibilidade de prova da negativa absoluta não decorre da negação (que tem implícita uma afirmação), mas da circunstância de ser indefinida⁶, vez que a prova depende de fato determinado.

Já a **negativa relativa** é a “afirmação de um não-fato, definido no tempo e/ou no espaço, justificada pela ocorrência de um fato positivo.”⁷

Exemplos: empregado não sofreu o acidente na empresa, porque naquele momento ele estava fazendo um curso em outra cidade; o carro não era azul, o que significa que, implicitamente, está alegando que era vermelho, amarelo; o empregador nega o despedimento, invocando, conseqüentemente, o fato positivo de o empregado ter pedido demissão ou abandonado o emprego.

Percebe-se nessa hipótese que a negação gera um fato determinado, capaz de ser demonstrado.

A propósito, no fato negativo a prova será indireta, ou seja, prova-se o fato positivo capaz de afastar o outro fato (ex: que o curso ocorreu na outra cidade; que o carro é amarelo; que o empregado pediu demissão ou abandonou o emprego).

Para definição do ônus da prova na negativa relativa um dos critérios⁸ utilizado é o princípio ontológico que, nas lições de Malatesta, é definido como: o ordinário se presume, enquanto o extraordinário se prova⁹.

Assim, se a negativa relativa é extraordinária, ela deve ser provada. A delimitação do que vem a ser ordinário ou extraordinário decorre especialmente das presunções judiciais.

Com efeito, no caso em exame, o ordinário consiste na continuidade do contrato de trabalho ante a necessidade de o trabalhador sustentar a si e a sua família, sendo o extraordinário a extinção do contrato a seu pedido ou por justa causa. Nesse sentido, afirma o Ministro do STF Exmo. Dr. Marco Aurélio Mendes de Faria Mello:

(...) não é crível que em mercado de trabalho como o brasileiro, com desnível entre mão-de-obra e empregados e no qual 90% ou mais dos trabalhadores dependem da preservação do ajuste laboral para prover o próprio sustento e o das respectivas famílias, venham

a acontecer, costumeiramente, desligamentos espontâneos, mediante pedidos de demissão. Subestima a inteligência média eleger este fato como regra, porquanto contrário ao princípio da razoabilidade.¹⁰

Conclui-se, portanto, que, havendo mera negação da prestação do serviço, o ônus de provar a relação de emprego é do autor (reclamante). Por outro lado, negada a prestação do serviço e cumulativamente o despedimento, o ônus da prova é do empregador.

2.2. Jornada de trabalho. Registro. Distribuição dinâmica do ônus da prova

Súmula nº 338 do TST. Jornada de trabalho. Registro. Ônus da prova

I – É ônus do empregador que conta com mais de 10 (dez) empregados o registro da jornada de trabalho na forma do art. 74, § 2º, da CLT. A não-apresentação injustificada dos controles de frequência gera presunção relativa de veracidade da jornada de trabalho, a qual pode ser elidida por prova em contrário.

II – A presunção de veracidade da jornada de trabalho, ainda que prevista em instrumento normativo, pode ser elidida por prova em contrário.

III – Os cartões de ponto que demonstram horários de entrada e saída uniformes são inválidos como meio de prova, invertendo-se o ônus da prova, relativo às horas extras, que passa a ser do empregador, prevalecendo a jornada da inicial se dele não se desincumbir.

I – É ônus do empregador que conta com mais de 10 (dez) empregados o registro da jornada de trabalho na forma do art. 74, § 2º, da CLT. A não apresentação injustificada dos controles de frequência gera presunção relativa de veracidade da jornada de trabalho, a qual pode ser elidida por prova em contrário.

Havendo provas no processo, o juiz julgará com base nelas, sendo indiferente quem as produziu. Trata-se do chamado princípio da comunhão da prova ou aquisição processual da prova, o qual estabelece que a prova pertence ao processo e não às partes, de modo que, sendo trazida para os autos, poderá beneficiar ou prejudicar quem as produziu.

No entanto, pode acontecer de não existirem provas nos autos ou as que existirem forem insuficientes para provar o alegado. Nesse caso, como é vedado ao juiz proferir o *non liquet*, ou seja, não

6. PAULA, Carlos Alberto Reis de. *A especificidade do ônus da prova no processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2001. p. 91.

7. DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno e OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil: Teoria da prova, direito probatório, teoria do procedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 8. ed. Bahia: Juspodivm, 2013. v. 2, p. 96.

8. Outro critério a ser utilizado é a aplicação da teoria dinâmica do ônus da prova, consistente em transferir o ônus da prova àquele que tem melhor aptidão (condição) de atender o encargo probatório.

9. PAULA, Carlos Alberto Reis de. *A especificidade do ônus da prova no processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2001. p. 92.

10. In: PAULA, Carlos Alberto Reis de. *A especificidade do ônus da prova no processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2001. p. 164.

pode deixar de julgar pela inexistência e/ou insuficiência de prova, passa a ter importância o estudo do ônus da prova, o qual, portanto, pressupõe insuficiência e/ou inexistência de provas nos autos.

Nos moldes do art. 373 do CPC/15, após a Lei nº 13.467/17 (Reforma Trabalhista), o art. 818 da CLT passou a estabelecer que incumbe ao reclamante provar as alegações de fatos constitutivos e ao reclamado dos fatos extintivos, modificativos e impeditivos. Trata-se da chamada **teoria estática do ônus da prova**, em que a lei distribui previamente o ônus de cada uma das partes.

Assim, a prova de que houve trabalho extraordinário fica a cargo do trabalhador (reclamante), pois se trata de fato constitutivo de seu direito. A propósito, é regra básica que o ordinário se presume, enquanto o extraordinário se prova.

A distribuição estática do ônus da prova tem como foco o princípio do interesse, uma vez que impõe o ônus àquele que se beneficiará com o reconhecimento do fato a ser provado¹¹.

Porém, a doutrina moderna passou a admitir a incidência da **teoria dinâmica do ônus da prova**, consistente na possibilidade de o julgador, no caso concreto, atribuir o ônus da prova àquele que tem melhores condições de suportá-la¹². Nessa hipótese, ao invés de incidir o princípio do interesse, aplica-se o princípio da aptidão para a prova.

Portanto, impõe-se, **por decisão judicial**, o ônus da prova a quem tem melhores condições de produzi-la. Em outros termos: prova quem pode.

Busca-se com esta teoria conceder às partes paridade de armas no processo, o que nada mais significa do que a aplicação do princípio da igualdade. Ademais, afasta-se da ideia individual e patrimonialista do processo, consolidando uma visão solidária do ônus da prova, impondo que as partes colaborem na produção da prova, para que o juiz alcance a verdade (princípio da cooperação).

Atento a esta teoria, o C. TST impôs ao empregador, que tenha mais de 10 (dez) empregados, o ônus de provar a jornada do obreiro, embasando seu entendimento no dever de documentação e no princípio da melhor aptidão para a prova. Melhor explicando:

O art. 74, § 2º, da CLT estabelecia que o empregador, com mais de 10 empregados, possuía o

dever de documentação da jornada do trabalhador, exigindo a anotação da entrada e saída, de forma manual, mecânica ou eletrônica. O dispositivo foi alterado pela Lei nº 13.874/19, de modo que, em sua atual redação, exige a anotação para os estabelecimentos com mais de **20 empregados**, o que provocará a alteração dessa súmula nesse aspecto, a fim de se adaptar à nova redação do art. 74, § 2º, da CLT.

Cabe destacar que o art. 51 da LC nº 123/2006 não exige que pequenas e microempresas fixem o quadro de horários em lugar visível, mas elas permanecem obrigadas a manter o controle de horários se contarem com mais de 20 empregados, conforme art. 74, § 2º, da CLT.

Como tais empresas têm a obrigação de anotação do horário de entrada e saída, elas têm melhores condições de provar o horário de trabalho do reclamante (princípio da maior aptidão da prova), vez que lidam com a fiscalização de entrada e saída dos trabalhadores, não tendo o empregado, em regra, sequer acesso a esses documentos.

Desse modo, se as empresas não apresentarem os controles de frequência prevalecerão as declarações constantes da petição inicial.

A teoria dinâmica do ônus da prova passou a ser prevista expressamente no art. 818, §§ 1º a 3º da CLT, com redação dada pela Lei nº 13.467/17 (Reforma Trabalhista), *in verbis*:

§ 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos deste artigo ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

§ 2º A decisão referida no § 1º deste artigo deverá ser proferida antes da abertura da instrução e, a requerimento da parte, implicará o adiamento da audiência e possibilitará provar os fatos por qualquer meio em direito admitido.

§ 3º A decisão referida no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.

É pertinente observar que o dispositivo destaca a necessidade de decisão fundamentada para que o ônus da prova seja definido de forma diversa da teoria estática. Assim, indaga-se: na hipótese da presente súmula há necessidade de decisão fundamentada em cada caso concreto?

Para alguns será imperativo decisão judicial prévia fundamentando as razões da distribuição

11. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, v. 3, p. 72.

12. DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno e OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil: Teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 8. ed. Bahia: Juspodivm, 2015, v. 2, p. 123.

diversa, exigindo que o juiz requisite os controles de frequência sob pena de prevalecer a jornada da inicial, com fulcro no art. 400, II do CPC/15¹³.

Para outros, no presente caso, não haverá necessidade da fundamentação da decisão em cada caso concreto, devendo prevalecer a diretriz da súmula em comentário. Pensamos que essa corrente deve prevalecer.

Conquanto sejamos adeptos de que a aplicação da teoria dinâmica pressupõe decisão fundamentada a ser proferida antes da abertura da instrução, nos termos do art. 818, §§ 1º a 3º da CLT, tal exigência tem como fim possibilitar à parte contrária que se desincumba de seu ônus, conforme parte final do art. 818, § 1º. No entanto, no caso em comentário, a súmula já define antes da entrada da ação de quem será o ônus da prova, o que significa que o contraditório estará preservado, não havendo nenhuma surpresa para o reclamado. Desse modo, nesse caso, pensamos ser desnecessária decisão fundamentada em cada processo, bastando para tanto a presente súmula.

Com efeito, independentemente de decisão judicial, incumbe à empresa, cujo estabelecimento tenha mais de 20 empregados, apresentar os cartões de ponto com a contestação, sob pena de prevalecer a jornada da inicial. Nas palavras do doutrinador Sergio Pinto Martins:¹⁴

A não apresentação injustificada dos controles de ponto seria na primeira audiência, pois é neste momento que a empresa deve juntar documentos para provar suas alegações (art. 845 da CLT).

Registra-se, o TST tem entendido que bastava o empregador ter mais de 20 empregados, independentemente do número de empregados em cada estabelecimento¹⁵.

Além disso, é válido destacar que o posicionamento do C. TST deixa claro que há presunção apenas **relativa** de veracidade. Logo, o empregador poderá fazer prova em sentido contrário.

Atente-se, ainda, para o fato de que a **não apresentação deve ser justificada**, como indica corretamente este item sumular, sob pena de se pular a obrigatoriedade de anotação disposta no

art. 74, § 2º, da CLT. Desse modo, o empregador poderá não apresentar os cartões de ponto quando, por exemplo: **a)** comprovar que o trabalhador prestava serviços externos incompatível com a fixação de horário de trabalho, conforme art. 62 da CLT; **b)** comprovar que não os apresentou por motivo de força maior, como enchente, incêndio etc.

Aliás, não gerarão presunção relativa de veracidade os fatos que “não parecem verossímeis segundo o que ordinariamente acontece ou fora do padrão médio da sociedade, e os fatos impossíveis ou pouco prováveis”,¹⁶ tal como prevê o art. 844, § 4º, IV, da CLT. Seria, por exemplo, o fato de o empregado ter trabalhado durante quatro anos, vinte horas por dia, sem um único intervalo. Nesse caso, entende-se que, mesmo diante da ausência dos cartões, não haverá presunção de veracidade nas declarações do empregado.

Antes de finalizarmos os comentários do presente item sumular, necessário analisar se o entendimento preconizado nessa súmula se aplica ao **empregador doméstico e ao empregador do motorista profissional**, especialmente após o advento da Lei Complementar nº 150/15 e da Lei nº 13.103/15.

O art. 12 da LC nº 150/15 declina que “é obrigatório o registro do horário de trabalho do empregado doméstico por qualquer meio manual, mecânico ou eletrônico, desde que idôneo”. Vê-se por tal dispositivo que, independentemente do número de empregados, o legislador impôs ao empregador doméstico o dever de documentação.

Isso se justifica, porque inexistindo a anotação da jornada, como regra, estar-se-á diante de uma prova diabólica, entendida como aquela que é impossível ou muito difícil de ser realizada. A prova será diabólica tanto para o empregado como para o empregador.

Para o empregado essa prova é muito difícil porque, em regra, trabalha sozinho. Além disso, as pessoas que frequentam a residência pertencem ao círculo social do empregador, não apresentando simpatia ao pleito obreiro para prestar testemunho com isenção¹⁷.

Por outro lado, o empregador terá dificuldades porque as testemunhas serão, em regra, suspeitas

13. Art. 400, II, do CPC/15: “Ao decidir o pedido, o juiz admitirá como verdadeiros os fatos que, por meio do documento ou da coisa, a parte pretendia provar: II – se a recusa for havida por ilegítima”.

14. MARTINS, Sergio Pinto. *Comentários às Súmulas do TST*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 224.

15. A decisão é anterior à Lei de Liberdade Econômica, portanto, ainda faz referências às empresas com mais de 10 empregados: TST- E-ED-RR 1073/2005-702-04-00.0. Primeira Subseção de Dissídios Individuais. Rel. Min. Augusto César Leite de Carvalho. DEJT 4.6.2010.

16. SCHIAVI, Mauro. *Provas no processo do trabalho*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Ltr, 2013. p. 17.

17. CESÁRIO, João Humberto. *Provas no processo do trabalho – de acordo com o Novo Código de Processo Civil*. Cuiabá: Instituto JHC, 2015. p. 140.

ou impedidas, podendo, no máximo, serem ouvidas como informantes.

Reconhecendo essa dificuldade, o legislador passa a prever o dever de documentação, impondo ao empregador a necessidade de anotar a jornada do obreiro, afastando assim a prova diabólica e conferindo ao empregador melhor aptidão para a produção da prova.

Ademais, esse entendimento deverá ser entendido também aos motoristas profissionais, em decorrência do art. 2º, V, “b”, da Lei nº 13.103/15 que estabelece como direito dos motoristas empregados “ter jornada de trabalho controlada e registrada de maneira fidedigna mediante anotação em diário de bordo, papeteleta ou ficha de trabalho externo, ou sistema e meios eletrônicos instalados nos veículos, a critério do empregador”.

No entanto, sendo certo que a presente súmula não teve como base o empregado doméstico nem os motoristas profissionais, até porque não havia a LC nº 150/15 e a Lei nº 13.103/15 na época da sua criação, pensamos que eles não estão inseridos na *ratio decidendi* (fundamento determinante) desta súmula. Isso significa que, para o empregador doméstico e o empregador do motorista profissional, o magistrado poderá utilizar a súmula em comentário de forma persuasiva, mas em cada caso concreto deverá proferir decisão fundamentada antes da instrução processual, a fim de impor o ônus ao empregador. Assim não agindo, incidirá a teoria estática e, por ser fato constitutivo, o ônus será do empregado.

II – A presunção de veracidade da jornada de trabalho, ainda que prevista em instrumento normativo, pode ser elidida por prova em contrário.

O item II da súmula em análise trata do princípio da primazia da realidade, ou seja, na área trabalhista prevalece a realidade sobre os aspectos formais. Dessa forma, mesmo que haja expressa previsão, em convenções ou acordos coletivos, de que os registros de ponto são verdadeiros, caberá prova em sentido contrário.

A força normativa desses instrumentos coletivos, conferida pelo art. 7º, XXVI, da CF/88, não transforma suas cláusulas em presunções absolutas de veracidade.

III – Os cartões de ponto que demonstram horários de entrada e saída uniformes são inválidos como meio de prova, invertendo-se o

ônus da prova, relativo às horas extras, que passa a ser do empregador, prevalecendo a jornada da inicial se dele não se desincumbir.

Como visto no item I, a prova de que houve trabalho extraordinário fica a cargo do trabalhador, pois se trata de fato constitutivo de seu direito.

No entanto, em duas hipóteses, o C. TST confere ao empregador o ônus de provar a jornada do obreiro, sob pena de prevalecer a alegada na inicial.

A primeira é aquela em que o estabelecimento possui mais de 20 empregados, o que foi analisado no item I.

A segunda ocorre quando os cartões de ponto demonstrem horários de entrada e saída uniformes. Nesse caso, há o chamado “horário britânico”, que consiste na ausência de variação no horário da entrada e saída dos trabalhadores, levando à conclusão de que os cartões são forjados/fabricados, pois é praticamente impossível um trabalhador, por exemplo, chegar exatamente às 8h e sair pontualmente às 17h durante anos em que permaneceu na empresa. Nesse caso, como dito, prevalecerá o horário indicado pelo empregado na petição inicial, caso o empregador não se desincumba por outro meio de prova.

No ensejo, cumpre trazer em relevo discussão existente sobre a possibilidade de anotações realizadas no cartão de ponto por terceiro e não assinadas pelo empregado.

Há posicionamento, especialmente no TST, admitindo tal possibilidade, pois não há previsão em lei que determine a assinatura pelo próprio trabalhador¹⁸. Outro posicionamento determina que assinatura do cartão é ato exclusivo do trabalhador, não podendo ser delegado a outras pessoas, especialmente para evitar fraudes.

Pensamos que os cartões de ponto não assinados pelo empregado são **ineficazes como meio de prova**, uma vez que a força probante dos documentos particulares somente se opera em relação ao signatário (CPC/15, art. 408).¹⁹ Assim, não anotando ou assinando os cartões, não se pode admitir que tais cartões sejam eficazes a fazer prova da jornada do obreiro, salvo se reconhecida sua regularidade pelo próprio trabalhador.

18. (TST; RR 0127400-34.2009.5.04.0005; Segunda Turma; Rel. Min. José Roberto Freire Pimenta; DEJT 09/10/2015;

19. BEBBER, Júlio César. *Eficácia (força) probatória dos controles e relatórios de horários de trabalho de autoria intelectual estranha do empregado*. In: MIESSA, Elisson; CORREIA, Henrique (org.). *Estudos aprofundados Magistratura do Trabalho*. v. 2. Salvador: Juspodivm, 2014. p. 448-449.

– Registro por exceção

A Lei nº 13.874/19 passa a prever de forma expressa no § 4º do art. 74 o sistema de controle de jornada por exceção²⁰.

Trata-se de modelo diferenciado de controle de jornada, autorizando que os empregados façam anotação no seu cartão de ponto apenas quando houver fatos excepcionais, como a realização de horas extraordinárias, atrasos²¹, afastamentos etc. **Noutras palavras, não se anota a jornada regular, mas tão somente as exceções.**

A referida lei permite que esse controle possa ser estabelecido mediante acordo coletivo ou convenção coletiva e também por meio de acordo individual escrito, o que gerará indagações acerca do ônus da prova.

Caso o empregador junte cartão de ponto que contenha exceções, ou seja, que aparentemente seja anotado com regularidade, as marcações realizadas terão presunção relativa de veracidade, podendo ser afastadas por outras provas. Nesse caso, o ônus da prova de que o cartão anexado não exprime a realidade será do empregado, que deverá produzir provas que demonstrem a invalidade dos cartões juntados.

Pode acontecer, porém, de o **cartão de ponto não apresentar nenhuma exceção**, o que significa que o empregado não teria realizado nenhuma hora extra. Na prática, o cartão, constará em todos os dias a expressão “sem exceção”.

Nesse caso, alguns indicam que será ônus do empregado demonstrar que os cartões não estão corretos, incumbindo-o de desconstituir os cartões e provar a jornada real realizada.

De nossa parte, pensamos que a ausência integral de exceção, ou seja, da realização de horas extras, afastamentos, faltas etc., torna o cartão de ponto inválido, fazendo incidir o item III da presente Súmula.

Isso porque, estará configurado o chamado “horário britânico”, que consiste na ausência de variação na jornada do obreiro.

Nesse caso, o ônus da prova de demonstrar a jornada de trabalho será do empregador, de modo que, caso não se desincumba por outro meio de

prova, prevalecerá o horário indicado pelo empregado na petição inicial.

Outra situação ainda mais clara da anotação britânica será quando o cartão de ponto apresentar exceções iguais como, por exemplo, anotar que o trabalhador sempre fez 1 hora extra por dia. Nesse caso, também pensamos que ele será inválido como meio de prova, valendo a jornada da inicial, caso a empresa não demonstre a correta jornada do obreiro.

Enfim, a anotação por exceção provocará diversas discussões sobre o ônus da prova, tornando instável a comprovação da jornada, seja para o trabalhador, seja para o empregador.

2.3. Equiparação salarial

Súmula nº 6 do TST. Equiparação salarial. Art. 461 da CLT

VIII – É do empregador o ônus da prova do fato impeditivo, modificativo ou extintivo da equiparação salarial.

Neste momento analisaremos tão somente o item VIII da Súmula nº 6 do TST, remetendo o leitor ao capítulo de remuneração: equiparação salarial, em que a súmula foi comentada integralmente.

Iniciando os comentários desse item, faz-se necessário ressaltar de plano que, havendo prova nos autos, torna-se desnecessário o estudo acerca do ônus da prova. Isso porque o princípio da comunhão da prova indica que a prova pertence ao processo e não às partes, sendo indiferente quem a produziu (CPC/15, art. 371). Assim, mesmo que a parte não tenha o ônus de provar um fato, se o fizer, ela passa a pertencer ao processo, não importando quem a trouxe para os autos.

No entanto, pode acontecer de não existirem provas no processo ou as que existirem forem insuficientes para demonstrarem as alegações de fato formuladas. Nesse caso, para que não fique sem julgamento, o que é vedado pelo ordenamento (*non liquet*), passa a ter relevância o estudo do ônus da prova.

Nos moldes do art. 373 do CPC/15, após a Lei nº 13.467/17 (Reforma Trabalhista), o art. 818 da CLT passou a estabelecer que incumbe ao reclamante provar as alegações de fatos constitutivos e ao reclamado dos fatos extintivos, modificativos e impeditivos. Trata-se da chamada **teoria estática do ônus da prova**.

20. CLT, art. 74. § 4º Fica permitida a utilização de registro de ponto por exceção à jornada regular de trabalho, mediante acordo individual escrito, convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho.

21. É importante frisar que as variações não excedentes a 5 minutos, observado o limite máximo de 10 minutos, não serão descontadas nem consideradas jornada extraordinária (art. 58, § 1º, da CLT) – Súmula nº 366 do TST.

O **fato constitutivo** é aquele que dá origem à relação jurídica deduzida em juízo.

Se o réu defender-se apenas negando os fatos constitutivos deduzidos pelo autor, sobre ele não haverá nenhum ônus, cabendo ao autor provar o alegado. Pode ocorrer, no entanto, de o réu (reclamado) alegar **fatos novos**, com a finalidade de modificar o direito do autor, extinguir ou impedir que ele nasça²², atraindo para si o ônus de provar os fatos que alegou.

O **fato extintivo** é aquele que põe fim à relação jurídica deduzida em juízo. O **fato impeditivo**, por sua vez, consiste na alegação de fato que obsta (impede) a formação válida da relação jurídica deduzida em juízo. Já o **fato modificativo** visa a alterar a relação deduzida.

Essa mesma regra tem incidência na equiparação salarial, como se depreende da súmula em comentário. Cabe-nos definir quais são os fatos constitutivos, modificativos, impeditivos e extintivos.

A doutrina diverge quanto à definição de tais fatos, sendo majoritariamente aceito que o **fato constitutivo da equiparação salarial é a identidade de função**²³. E isso se justifica porque a equiparação salarial é embasada no princípio isonômico, que no caso tem como fato nuclear a identidade de função, pois havendo esta (identidade de função) presume-se que a contraprestação a ser paga também deve ser na mesma proporção. “Se não existe identidade de função, não se inicia o desenho do tipo legal²⁴.” Assim, cabe ao empregado comprovar que sua função é idêntica à do paradigma.

Os **fatos impeditivos**, por sua vez, serão: 1) diferença de produtividade e perfeição técnica (ausência de trabalho de igual valor); 2) diferença de tempo de serviço na função superior a 2 anos; 3) diferença de tempo de serviço para o empregador superior a 4 anos; 4) estabelecimentos empresariais distintos; 5) quadro organizado em carreira ou adotar plano de cargos e salários em norma interna da empresa ou negociação coletiva; 6) trabalhador

readaptado em nova função, nos termos do § 4º, do art. 461 da CLT; 7) diferença salarial decorrente de decisão judicial fincada em vantagem pessoal, tese superada pela jurisprudência da Corte Superior ou na hipótese de equiparação salarial em cadeia.

Os **fatos extintivos** da equiparação salarial podem ser: 1) pagamento das diferenças salariais pleiteadas; 2) o reclamante receber valor maior que o paradigma; 3) prescrição, que, nos termos do item IX dessa súmula, será parcial.

No que se refere aos **fatos modificativos**, conquanto alguns doutrinadores incluam nessa nomenclatura, por exemplo, o quadro de carreira, pensamos que tais fatos são restritos na equiparação salarial, podendo estar ligados ao pagamento parcial das diferenças.

Registra-se, por fim, que, independentemente da distribuição utilizada, certo é que a prova dos fatos impeditivos, modificativos e extintivos fica a cargo do empregador, enquanto o autor deverá comprovar os fatos constitutivos.

2.4. Vale-transporte

Súmula nº 460 do TST. Vale-transporte. Ônus da prova.

É do empregador o ônus de comprovar que o empregado não satisfaz os requisitos indispensáveis para a concessão do vale-transporte ou não pretende fazer uso do benefício.

Nos moldes do art. 373 do CPC/15, após a Lei nº 13.467/17 (Reforma Trabalhista), o art. 818 da CLT passou a estabelecer que incumbe ao reclamante provar as alegações de fatos constitutivos e ao reclamado dos fatos extintivos, modificativos e impeditivos.

Na presente súmula, o C. TST trata do ônus da prova para a concessão do vale-transporte.

Nos termos do art. 1º da Lei nº 7.418/85 “fica instituído o vale-transporte, que o empregador, pessoa física ou jurídica, antecipará ao empregado para utilização efetiva em despesas de deslocamento residência-trabalho e vice-versa, através do sistema de transporte coletivo público, urbano ou intermunicipal e/ou interestadual com características semelhantes aos urbanos, geridos diretamente ou mediante concessão ou permissão de linhas regulares e com tarifas fixadas pela autoridade competente, excluídos os serviços seletivos e os especiais”.

Portanto, para que seja concedido tal benefício impõe-se que o trabalhador necessite de transporte coletivo para se deslocar entre a residência

22. DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno e OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil: Teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 5. ed. Bahia: Juspodivm, 2010. v. 2, p. 80.

23. Para o doutrinador e Ministro do TST Maurício Godinho Delgado, são fatos constitutivos da equiparação salarial a: identidade de função, identidade de empregador; identidade de localidade; simultaneidade no exercício funcional. DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 9. ed. São Paulo: LTr, 2010. p. 770. Já para o Ministro do TST Carlos Alberto Reis de Paula, os fatos constitutivos são a identidade de função e mesmo empregador. PAULA, Carlos Alberto Reis de. *A especificidade do ônus da prova no processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2001. p. 169.

24. ROCHA, Andréa Pressas; ALVES NETO, João (org.). *Súmulas do TST comentadas*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 23.

e o trabalho e vice-versa. Além disso, o empregado deverá informar ao empregador, por escrito ou por meio eletrônico, seu endereço e os serviços e meios de transporte mais adequados ao seu deslocamento residência-trabalho e vice-versa (Decreto nº 10.854/21, art. 112).

Trata-se, pois, de fato constitutivo, porque cria o direito ao recebimento desse benefício.

Nesse contexto, o C. TST, antigamente, na Orientação Jurisprudencial nº 215 da SDI-I do TST estabelecia que era do empregado o ônus de comprovar que satisfazia os requisitos indispensáveis à obtenção do vale-transporte.

Contudo, com o cancelamento da OJ em maio de 2011 (Res. nº 175/2011 do TST), o C. TST alterou seu posicionamento e passou a entender que o ônus da prova na comprovação do não preenchimento dos requisitos indispensáveis à concessão do vale-transporte ou que o empregado não pretenda fazer uso do benefício é do empregador.

Assim agiu, porque só há falar em ônus da prova quando não existir presunção que milita a favor da existência ou da veracidade do fato.

Noutras palavras, antes de chegarmos ao ônus da prova faz-se necessário verificar se há nos autos provas produzidas, assim como analisar se os fatos são notórios, confessados, incontrovertidos ou em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade.

Isso ocorre porque, existindo fatos notórios, confessados e incontrovertidos, não há necessidade de provas, podendo o julgador solucionar a lide. O mesmo ocorre com os fatos em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade, os quais independem de prova (CPC/15, art. 374).

Assim, sendo presumível que o empregado necessita de transporte coletivo para se deslocar entre sua residência e o trabalho e vice-versa, desnecessária a comprovação do fato constitutivo.

Mesmo que não se admita a existência de referida presunção, não se pode negar que o empregador, por documentar todos os dados do empregado desde o momento da contratação e durante toda a relação de trabalho, tem melhor aptidão para demonstrar se o trabalhador preenche os requisitos para o recebimento do vale transporte, de modo que se transfere tal ônus ao empregador, ante a teoria dinâmica do ônus da prova.

Neste ponto, é importante destacar que o art. 818, § 1º, da CLT (após alterações da Lei nº 13.467/17 – Reforma Trabalhista) impõe decisão

fundamentada para que haja distribuição diversa do ônus da prova.

Conquanto sejamos adeptos de que a aplicação da teoria dinâmica pressupõe decisão fundamentada a ser proferida antes da abertura da instrução, nos termos do art. 818, §§ 1º a 3º da CLT, tal exigência tem como fim possibilitar à parte contrária que se desincumba de seu ônus, conforme parte final do art. 818, § 1º. No entanto, no caso em comentário, a súmula já define antes da entrada da demanda de quem será o ônus da prova, o que significa que o contraditório estará preservado, não havendo nenhuma surpresa para o reclamado. Desse modo, nesse caso, pensamos ser desnecessária decisão fundamentada em cada processo, bastando para tanto a presente súmula.

Pode acontecer ainda de se buscar demonstrar que o empregador propiciou, por meios próprios ou contratados em veículos adequados ao transporte coletivo, o deslocamento, residência-trabalho e vice-versa, de seus trabalhadores (Decreto nº 10.854/21, art. 109), bem como que o trabalhador não tem necessidade de transporte coletivo para esse deslocamento, porque, p. ex, sua residência é próxima do local de trabalho. Da mesma forma, pode-se pretender a demonstração de que o empregado não tem interesse de fazer uso de tal benefício.

Todos esses fatos são impeditivos, pois obstam a criação do direito ao recebimento do vale-transporte.

Portanto, sendo fatos impeditivos devem ser comprovados pelo reclamado, nos termos do art. 818 da CLT.

Dessa forma, será ônus do empregador a comprovação de que o empregado não possuía interesse no recebimento do vale-transporte ou que não cumpria todos os requisitos para a obtenção do benefício.

2.5. Diferenças no recolhimento do FGTS

Súmula nº 461 do TST. FGTS. Diferenças. Recolhimento. Ônus da prova.

É do empregador o ônus da prova em relação à regularidade dos depósitos do FGTS, pois o pagamento é fato extintivo do direito do autor (art. 373, II, do CPC de 2015).

Nos moldes do art. 373 do CPC/15, após a Lei nº 13.467/17 (Reforma Trabalhista), o art. 818 da CLT passou a estabelecer que incumbe ao reclamante provar as alegações de fatos constitutivos e

ao reclamado dos fatos extintivos, modificativos e impeditivos.

A presente súmula versa sobre o ônus da prova em relação à regularidade dos depósitos do FGTS.

Inicialmente, o C. TST entendia, na OJ nº 301 da SDI-I, que “definido pelo reclamante o período no qual não houve depósito do FGTS, ou houve em valor inferior, alegada pela reclamada a inexistência de diferença nos recolhimentos de FGTS, atrai para si o ônus da prova, incumbindo-lhe, portanto, apresentar as guias respectivas, a fim de demonstrar o fato extintivo do direito do autor (art. 818 da CLT c/c art. 333, II, do CPC)”. Impunha-se, portanto, que o reclamante definisse o período no qual não tinham ocorridos os depósitos ou tinham sido realizados em valor inferior.

Referida orientação foi cancelada em maio de 2011 (Res. nº 175/2011 do TST), passando-se a entender que, independentemente de especificação pelo empregado do período da alegada falta ou diferença de recolhimento do FGTS, ou seja, mesmo quando este alegar de forma genérica a falta ou a diferença de recolhimento do FGTS, dando origem à presente súmula.

Essa modificação de entendimento decorre do dever de documentação que o empregador possui na manutenção dos comprovantes de depósitos referentes ao FGTS de seus empregados, já que o depósito da parcela do FGTS na conta vinculada do empregado constitui sua obrigação legal.

Ademais, a alegação de ausência de irregularidades nada mais é do que arguição de pagamento que é fato extintivo do direito do reclamante, impondo ao reclamado demonstrá-lo, por força do art. 818, II, da CLT.

Por fim, é importante destacar que, ainda que a reclamada seja condenada ao pagamento das diferenças do FGTS, é admitida a dedução, entendida como o abatimento das verbas que já foram pagas durante a relação de trabalho sob o mesmo título. Trata-se de matéria de ordem pública embasada no princípio do não enriquecimento sem causa, razão pela qual pode ser arguida em qualquer tempo e, principalmente, manifestada *ex officio*.

3. PROVA DOCUMENTAL

3.1. Instrumento normativo. Cópia não autenticada

Orientação Jurisprudencial nº 36 da SDI – I do TST. Instrumento normativo. Cópia não autenticada. Documento comum às partes. Validade

O instrumento normativo em cópia não autenticada possui valor probante, desde que não haja impugnação ao seu conteúdo, eis que se trata de documento comum às partes.

O art. 830 da CLT exigia, em sua redação original, que fossem apresentados em juízo os documentos originais ou em pública forma, “que era o antigo sistema de conferência por tabelionato, antes da invenção das máquinas de reprografia”.²⁵

Da interpretação literal desse dispositivo, alguns entendiam que somente documentos originais ou autenticados poderiam ser exibidos no processo trabalhista, mesmo que se tratasse de documento comum às partes.

A Corte Trabalhista, no entanto, atenuando o rigor desse dispositivo, passou a admitir a cópia não autenticada de documentos comuns às partes, como é o caso dos instrumentos coletivos (acordo coletivo, convenção coletiva e sentença normativa), desde que não impugnado seu conteúdo pela parte contrária. Consigna-se que, por ser o documento comum às partes, na hipótese de impugnação, deveria o impugnante apresentar sua versão para que fosse confrontado com a cópia apresentada pela parte adversa.

Entretanto, com o advento da Lei nº 11.925/09, o art. 830 da CLT passou a ter a seguinte redação:

Art. 830. O documento em cópia oferecido para prova poderá ser declarado autêntico pelo próprio advogado, sob sua responsabilidade pessoal.

Parágrafo único. Impugnada a autenticidade da cópia, a parte que a produziu será intimada para apresentar cópias devidamente autenticadas ou o original, cabendo ao serventuário competente proceder à conferência e certificar a conformidade entre esses documentos.

Assim, o novel art. 830 do CLT alterou a anterior sistemática, permitindo a juntada de cópias declaradas autênticas pelo próprio advogado, sob sua responsabilidade.

Atente-se para o fato de que, embora o art. 830 da CLT não contemple a possibilidade de juntada de **cópia simples**, não se pode negar que é plenamente permitida sua apresentação nos autos, aplicando-se analogicamente o art. 225 do CC²⁶. Nesse caso, a cópia simples terá o mesmo

25. SILVA, Homero Batista Mateus da. *Curso de direito do trabalho aplicado: processo do trabalho*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. v. 9. p. 272.

26. Art. 225. As reproduções fotográficas, cinematográficas, os registros fonográficos e, em geral, quaisquer outras reproduções mecânicas ou eletrônicas de fatos ou de coisas fazem prova plena destes, se a parte, contra quem forem exibidos, não lhes impugnar a exatidão. “A regra foi editada diretamente para as reproduções mecânicas de coisas, mas não há como recusar-lhe aplicação também à reprodução de documentos,