



PROCESSO N° TST-AIRR-137000-70.2008.5.01.0014

A C Ó R D ã O
7ª TURMA
VMF/tha/mahe/mmc

**AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE
REVISTA - JORNADA DE TRABALHO MÓVEL E
VARIÁVEL - ABUSO DE DIREITO - SÚMULAS
N°S 23, 221, II, E 296 DO TST.**

Conforme notícia a decisão recorrida consta do contrato de trabalho cláusula estipulando jornada móvel e variável, recebendo o empregado apenas por aquelas horas trabalhadas. O respectivo modelo de jornada incorpora benefícios à empresa, atendendo, todavia, apenas às suas necessidades e preterindo, os interesses dos empregados. A possibilidade de contratação para jornada inferior ao limite legal com salário proporcional obviamente resta autorizada, mas não se admite a ausência da prefixação daquela jornada, ainda que reduzida, porquanto é direito do empregado ter a efetiva ciência prévia de sua jornada diária de trabalho e, conseqüentemente, do seu salário mensal. Na hipótese dos autos a contratação previa a possibilidade de jornada diária de até oito horas, razão pela qual ficava o empregado vinculado a todo aquele período, não lhe cabendo ativar-se em outra atividade. No mesmo diapasão, não tinha conhecimento prévio do valor de seu salário mensal, pois percebia pelas horas efetivamente trabalhadas, apenas com a garantia mínima de duas horas diárias. Dessume-se desse contexto que o benefício do referido regime de contratação dirigia-se única e exclusivamente ao interesse do empregador, sabedor de que contaria com o empregado pela jornada integral de oito horas diárias conforme lhe aprovesse e, ainda,



PROCESSO N° TST-AIRR-137000-70.2008.5.01.0014

podendo estender as jornadas com o pagamento de horas extraordinárias. Assim, a empregadora geria um regime de otimização das horas de trabalho de seus empregados e de escalas conforme a movimentação e a necessidade dos serviços em seu estabelecimento. Nos períodos de pequena frequência de clientes o empregado trabalharia por poucas horas, e a reclamada não necessitaria pagar pelo tempo no qual o trabalhador, embora não se ativasse na função, fosse obrigado a reservar o seu dia para atender à possível convocação para a jornada de oito horas. Dessa fixação da jornada, ainda que proporcional e inferior ao limite legal, deve atender às exigências de ambas as partes, com método fixo e não aleatório, como fez a empresa, focada que estava tão somente na diminuição de seus custos operacionais, infringindo, inequivocamente, os princípios basilares de proteção ao trabalhador e da dignidade da pessoa humana, e sujeitando o empregado tão somente ao livre arbítrio patronal, sem a menor segurança quanto aos aspectos mínimos e formais da relação contratual, com execrável transferência dos riscos da atividade econômica para o empregado.

Agravo de instrumento desprovido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento em Recurso de Revista n° **TST-AIRR-137000-70.2008.5.01.0014**, em que é Agravante **CLS RESTAURANTE RIO DE JANEIRO LTDA.** e Agravado **RONEI PARAIZO GOMES.**

O 1° Tribunal Regional do Trabalho, mediante a decisão a fls. 182-188, deu provimento parcial ao recurso ordinário do reclamante, julgando procedente o pedido para que a ré pague ao



PROCESSO N° TST-AIRR-137000-70.2008.5.01.0014

autor as horas faltantes até completarem-se 220 horas mensais, já incluídos os repousos.

Inconformado, o reclamado interpôs o recurso de revista a fls. 212-221. Sustenta, em síntese, que a decisão supra afronta os arts. 5º, II e 7º, XIII, da Constituição da República e 444 da CLT, já que não há nenhum normativo legal que proíba os contratos de trabalho de tal natureza. Para tanto apontou a divergência jurisprudencial e os arestos que colaciona.

O recurso, entretanto, não foi admitido pela decisão singular a fls. 226-228, com fulcro nas Súmulas n° 23; 221,II e 296 do TST.

Diante dessa decisão o reclamado interpõe o presente agravo de instrumento a fls. 232-241, sustentando a necessidade da reforma do despacho denegatório ao argumento de que o contrato estipulado com a reclamante está de acordo com a Orientação Jurisprudencial n° 358.

Apresentada certidão de ausência de contraminuta e contrarrazões a fls. 245.

Processo não submetido a parecer do Ministério Público do Trabalho, nos termos do art. 83, § 2º do RITST.

É o relatório.

V O T O

1 - CONHECIMENTO

Conheço do agravo de instrumento porque presentes os pressupostos extrínsecos legais de admissibilidade.

2 - MÉRITO

2.1 - DIFERENÇAS DE SALÁRIO

O Tribunal Regional, em sede de recurso ordinário, acolheu o pedido da reclamante e condenou o Réu ao pagamento das horas faltantes até completar-se 220 horas mensais, já incluídos os repousos.



PROCESSO N° TST-AIRR-137000-70.2008.5.01.0014

Para tanto, assentou os seguintes fundamentos a
fls. 182-188:

Diferenças de salário

Razão assiste ao Autor. O contrato firmado com a Ré no que concerne à jornada laboral é ilícito e caracteriza-se como abuso de direito. Com efeito, trata-se de contrato firmado nos mesmos moldes dos contratos do MC DONALD'S, pois não foi fixada a jornada diária, semanal ou mensal de trabalho, apenas uma jornada semanal máxima de 44 horas, conforme escalas determinadas pela empresa.

Assim, o empregado não sabe se a empresa irá lhe exigir que trabalhe em cada semana zero hora, 10 horas ou 44 horas ou qualquer número entre os dois extremos e precisa aguardar que a empresa decida sobre a quantidade de horas que irá trabalhar.

Na prática, o empregado fica à disposição da ré 44 horas por semana, com o agravante que a jornada de trabalho é variável, de modo que dentro de um mesmo mês poderá trabalhar nos turnos da manhã, tarde e noite, ou seja, conseguiram inventar um regime pior do que o de turnos ininterruptos de revezamento.

A título de exemplo, cita-se o período de fevereiro/março de 2007 (fl. 56) no qual o Autor iniciou suas jornadas em torno de 11h, 12h, 18h e 20h e recebeu como salário apenas o equivalente a 123h05.

Evidentemente, dentro de tais circunstâncias, o empregado não pode se programar para um outro trabalho ou mesmo para o estudo, não obstante a ré trabalhe, majoritariamente, com jovens em idade escolar (o nome fantasia da empresa é OUTBACK). Além disso, há uma grande insegurança econômica por parte do empregado, que não sabe se no mês seguinte irá receber o equivalente a 220 horas de trabalho ou 50.

Aí está a ilicitude do contrato de trabalho firmado com o Autor: a arbitrária disposição de 44 horas de trabalho semanais do empregado, com o pagamento apenas das que efetivamente utilizou.

Tal tipo de contrato, além de afrontar a Constituição Federal, constitui nítido abuso de poder econômico e viola os princípios protetivos de Direito do Trabalho.



PROCESSO N° TST-AIRR-137000-70.2008.5.01.0014

O pagamento por hora de trabalho é possível, assim como também é possível estipular-se jornada inferior a 44 horas semanais. O que não é admissível é que o empregado tenha uma jornada aleatória, ao sabor dos interesses da empregadora.

No mesmo sentido, decisão do E. TST, conforme ementa a seguir reproduzida, em ação civil pública promovida pelo Ministério Público do Trabalho em face do MC DONALD'S:

RECURSO DE REVISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO.

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. JORNADA MÓVEL E VARIÁVEL. INVALIDADE.

Entende-se pela invalidade de cláusula prevista em contrato de trabalho que fixa jornada móvel e variável porque prejudicial ao trabalhador, pois, embora não exista vedação expressa sobre a prática adotada pela requerida, percebesse que a contratação efetivada visa a que o trabalhador fique sujeito a ato imperativo do empregador que pode desfrutar do labor de seus empregados quando bem entender, em qualquer horário do dia, pagando o mínimo possível para auferir maiores lucros. Esta prática, contratação na qual os trabalhadores ficam à disposição da empresa durante 44 horas semanais, em que pese esta possa utilizar-se de sua força laborativa por apenas 8 horas semanais, na medida de suas necessidades, é ilegal, porquanto a empresa transfere o risco do negócio para os empregados, os quais são dispensados dos seus serviços nos períodos de menor movimento sem nenhum ônus e os convoca para trabalhar nos períodos de maior movimento sem qualquer acréscimo nas suas despesas. Entender o contrário implicaria desconsiderar as disposições contidas nos artigos 4º, caput, e 9º da CLT, que disciplinam o tempo à disposição do empregador e nulificam os atos praticados com o objetivo de desvirtuar ou fraudar os dispositivos regulamentadores da CLT. (Recurso de revista conhecido e provido. (Processo: RR 989190016.2005.5.09.0004 Data de Julgamento: 23/02/2011, Relatora Ministra: Dora Maria da Costa, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 25/02/2011.)

Assim, o Autor tem direito a receber todas as 220 horas mensais que ficou à disposição da empresa, pelo que dá-se provimento parcial ao recurso, para julgar procedente o pedido para que a Ré pague ao Autor as horas faltantes até completar-se 220 mensais, já incluídos os repousos.



PROCESSO Nº TST-AIRR-137000-70.2008.5.01.0014

A reclamada, em seu recurso de revista denegado, alegava que a decisão afrontava os arts. 5º, II e 7º, XIII, da Constituição da República e 444 da CLT e dissentia da Orientação Jurisprudencial nº 358 da Subseção 1 Especializada em Dissídios Individuais do TST e da cláusula 5º das Convenções Coletivas da categoria. Em prol de seus argumentos apontava a divergência jurisprudencial com os arestos que colacionava. Indicava em seu recurso que o autor trabalhava por meio de escalas de revezamento que lhe eram divulgadas com uma semana de antecedência, podendo a jornada ser de 4 a 8 horas diárias, relatando que pagava como extraordinárias as horas laboradas acima da jornada prevista na escala. Por fim, ressaltava inexistir vedação expressa à prática adotada.

À análise.

Conforme notícia a decisão recorrida consta do contrato de trabalho cláusula estipulando jornada móvel e variável, recebendo o empregado apenas por aquelas horas trabalhadas, ficando ao livre arbítrio do empregador as horas a serem laboradas no dia. Caso precisasse do trabalho em apenas duas horas, em determinado dia, pagaria apenas as duas horas, dispensando o empregado do restante da jornada. Estabeleceu que pagaria aquele mínimo inobstante estar, o empregado a resguardar oito horas daquele dia para, eventualmente, trabalhar para a empresa.

Ora, respectivo modelo de jornada incorpora, sobremaneira, benefícios à empresa, atendendo, todavia, apenas às suas necessidades, preterindo, na espécie, os interesses dos empregados. A possibilidade de contratação para jornada inferior ao limite legal com salário proporcional, obviamente resta autorizada, todavia, o que não se admite é a ausência da prefixação daquela jornada, ainda que reduzida, porquanto é direito do empregado ter a efetiva ciência prévia de sua jornada diária de trabalho e, conseqüentemente, do seu salário mensal.

Na hipótese dos autos a contratação previa a possibilidade de jornada diária de até 8 (oito) horas, razão pela qual ficava o empregado vinculado à todo aquele período, não lhe



PROCESSO N° TST-AIRR-137000-70.2008.5.01.0014

cabendo ativar-se em outra atividade. No mesmo diapasão, não tinha conhecimento prévio do valor de seu salário mensal, pois somente, perceberia pelas horas efetivamente trabalhadas, apenas com a garantia mínima de duas horas diárias.

Dessume-se, portanto, desse contexto, que o benefício do referido regime de contratação dirigia-se única e exclusivamente ao empregador, sabedor de que contaria com o empregado pela jornada integral de oito horas diárias conforme lhe aprovesse e, ainda, podendo estender as jornadas com a realização de sobrejornada com o pagamento de horas extraordinárias.

Assim, a empregadora geria um regime de otimização das horas de trabalho de seus empregados e de escalas conforme a movimentação e a necessidade dos serviços em seu estabelecimento, ou seja, nos períodos de pequena frequência de clientes o empregado trabalharia por poucas horas, e a reclamada não necessitaria pagar pelo tempo no qual o trabalhador, inobstante não se ativasse na sua função, era obrigado a reservar do seu dia para atender à possível convocação para a jornada de oito horas.

De sorte que a fixação da jornada ainda que seja proporcional e inferior ao limite legal, deve atender às exigências de ambas as partes, com método fixo e não de forma aleatória, como fez a empresa, focada que estava tão somente na diminuição de seus custos operacionais, infringindo, inequivocamente, os princípios basilares de proteção ao trabalhador e da dignidade da pessoa humana, por sujeitar o empregado apenas e tão-somente ao livre arbítrio do empregador, sem a menor segurança quanto aos aspectos mínimos e formais da relação contratual, com execrável transferência dos riscos da atividade econômica para o empregado.

Nesse diapasão, não se trata da simples aplicação da Orientação Jurisprudencial n° 358 da Subseção 1 Especializada em Dissídios Individuais do TST, pois o empregado fica à disposição da empresa 44 horas semanais, já que o empregador pode estabelecer qualquer horário para as escalas a serem cumpridas, a depender de suas necessidades, impedindo que o trabalhador possa se dedicar a



PROCESSO N° TST-AIRR-137000-70.2008.5.01.0014

outras atividades, outro trabalho ou mesmo aos estudos, caracterizando abuso de poder.

Dessa forma, considera-se como serviço efetivo o período em que o empregado esteja à disposição do empregador, conforme preceitua o art. 4º da CLT. Assim, o contrato de trabalho da forma como estipulado objetiva desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na CLT, enquadrando-se o art. 9º do mesmo instrumento normativo, o qual afirma ser nulo de pleno direito os atos praticados nesses moldes.

Por fim, os arestos trazidos não configuram divergência jurisprudencial, pois não partem das mesmas premissas fáticas declinadas pela Corte Regional, principalmente em relação à livre arbitrariedade do tomador de serviços quanto às escalas de trabalho do empregado.

Inviável, pois, aferir-se a existência de ofensa aos dispositivos legais e constitucionais invocados, bem como de divergência jurisprudencial.

Ante o exposto, **nego provimento** ao agravo de instrumento.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da 7ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, conhecer do agravo de instrumento e, no mérito, negar-lhe provimento.

Brasília, 4 de Junho de 2014.

Firmado por Assinatura Eletrônica (Lei n° 11.419/2006)

MINISTRO VIEIRA DE MELLO FILHO

Relator