

Raphael Miziara  
Roberto Wanderley Braga

Organizadores  
Élison Miessa  
Henrique Correia



**INFORMATIVOS DO**

**TST**

**COMENTADOS e ORGANIZADOS**  
por assunto

2ª edição  
Ampliada e atualizada

2017

 **EDITORA**  
*Jus*PODIVM  
[www.editorajuspodivm.com.br](http://www.editorajuspodivm.com.br)

# INTRODUÇÃO AO DIREITO DO TRABALHO

## 1. INTEGRAÇÃO

### 1.1. Analogia. Aplicação analógica do art. 72, CLT

***Empregado rural. Atividade de corte de cana-de-açúcar. Pausa para descanso. Obrigatoriedade. Norma Regulamentar nº 31 do Ministério do Trabalho e Emprego. Aplicação analógica do art. 72 da CLT. Possibilidade.***

Aos empregados rurais que trabalham no corte de cana-de-açúcar aplica-se, por analogia, o disposto no art. 72 da CLT, que garante um intervalo de dez minutos a cada período de noventa minutos de trabalho consecutivo nos serviços permanentes de mecanografia. Isso porque a Norma Regulamentar nº 31 do Ministério do Trabalho e Emprego, apesar de estabelecer a obrigatoriedade de concessão de pausas para descanso aos trabalhadores rurais que realizem atividades em pé ou submetam-se à sobrecarga muscular, não especifica as condições ou o tempo de duração dos períodos de repouso. Com base nesse entendimento, a SBDI-I, por unanimidade, conheceu dos embargos do reclamante, por divergência jurisprudencial, e, no mérito, deu-lhes provimento para acrescer à condenação o pagamento de 10 minutos a cada 90 minutos de trabalho como extras, com acréscimo de 50% sobre o valor da remuneração da hora normal de trabalho, com os reflexos postulados nas prestações contratuais vinculadas ao salário. TST-E-RR-912-26.2010.5.15.0156, SBDI-I, rel. Min. João Oreste Dalazen, 5.12.2013. (Informativo TST nº 69)

## COMENTÁRIOS:

Discutiu-se nos autos a possibilidade da aplicação analógica do descanso de 10 minutos a cada período de 90 minutos trabalhados, previsto no artigo 72 da CLT para os empregados em serviços de mecanografia aos trabalhadores rurais, uma vez que a Norma Regulamentadora nº 31 do Ministério do Trabalho e Emprego, apesar de prever o direito destes empregados ao descanso, não especifica o tempo de duração da pausa.

Assim dispõe o artigo 72 da CLT, *verbis*:

**Art. 72 da CLT** – *Nos serviços permanentes de mecanografia (datilografia, escrituração ou cálculo), a cada período de 90 (noventa) minutos de trabalho consecutivo corresponderá um repouso de 10 (dez) minutos não deduzidos da duração normal de trabalho.*

Aqui, vale observar que o artigo 7º, inciso XXII, da CR/88 garante aos trabalhadores urbanos e rurais a “*redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança*”.

Nesse prumo, o art. 13 da Lei nº 5.889/73 (que institui normas reguladoras do trabalho rural), determina que “*nos locais de trabalho rural serão observadas as normas de segurança e higiene estabelecidas em portaria do ministro do Trabalho e Previdência Social*”.

Com a edição da Portaria nº. 86, de 3 de março de 2005, do MTE, que “*aprova a Norma Regulamentadora de Segurança e Saúde no Trabalho na Agricultura, Pecuária, Silvicultura, Exploração Florestal e Aquicultura*”, entrou em vigor a Norma Regulamentadora nº. 31, que estabelece medidas de segurança e higiene para esses profissionais.

Nestes dois itens estão previstas pausas para descanso do trabalhador:

**31.10.7.** Para as atividades que forem realizadas necessariamente em pé, devem ser garantidas pausas para descanso. (...)

**31.10.9.** Nas atividades que exijam sobrecarga muscular estática ou dinâmica devem ser incluídas pausas para descanso e outras medidas que preservem a saúde do trabalhador.

No caso dos autos, o Tribunal Regional afastou a possibilidade de aplicação analógica do artigo 72 da CLT como forma de suprir a ausência de disposição expressa acerca do tempo de descanso a ser usufruído pelo empregado rural. Segundo o Tribunal, não há dispositivo legal que obrigue o empregador ao pagamento, como horas extras, das pausas suprimidas.

O Regional se manifestou nos seguintes termos, contrariamente à aplicação analógica:

Apesar de se reconhecer a analogia como forma de suprimento de lacuna no ordenamento jurídico (arts. 4º da LINDB e 8º da CLT), afasta-se a possibilidade de aplicação analógica do artigo 72 da CLT como forma de suprir a ausência de disposição expressa acerca do tempo de descanso a ser usufruído pelo empregado rural pela total ausência de semelhança ou similitude entre as atividades desenvolvidas pelos profissionais da Agricultura, Pecuária, Silvicultura, Exploração Florestal e Aquicultura e aquelas desenvolvidas pelos profissionais da mecanografia (datilografia, escrituração ou cálculo). (grifos no original)

Diante da negativa do Regional, o Reclamante interpôs Recurso de Revista ao TST, com base em divergência jurisprudencial. A 2ª Turma do TST, mantendo a decisão de origem, também não reconheceu o direito, razão pela qual foram interpostos pelo Reclamante embargos à Subseção I Especializada em Dissídios Individuais.

A SDI-1 deu provimento aos embargos e concedeu ao Reclamante o direito ao intervalo, por aplicação analógica do art. 72 da CLT.

Com efeito, o artigo 4º da LICC dispõe que, “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

Também o artigo 8º da CLT autoriza a analogia como fonte do direito:

*Art. 8º da CLT – As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.*

Desse modo, segundo entendeu o TST, ainda que a NR-31 não estabeleça a duração dos intervalos para os trabalhadores que desenvolvem suas atividades nos moldes previstos nos itens 31.10.7 e 31.10.9, não desobriga o empregador do cumprimento da norma. Do contrário, a garantia do descanso trazida pela norma se revelaria inócua simplesmente por falta de disposição expressa acerca do tempo de duração do intervalo, ficando o empregado, a parte hipossuficiente da relação jurídica, sem a proteção necessária à sua saúde e segurança no trabalho.

Nessas condições, encontra respaldo legal a condenação da reclamada ao pagamento correspondente a 10 (dez) minutos, como horas extras, a cada 90 (noventa) minutos de trabalho, pela aplicação da Norma Regulamentadora nº 31 do Ministério do Trabalho e Emprego e analogia com o artigo 72 da CLT.

A toda vista, o fundamento adotado busca resguardar a dignidade do trabalhador e do ser humano, objeto de proteção na ordem constitucional brasileira (artigos 5º e 7º), além de privilegiar a isonomia (artigo 5º, caput, da Constituição Federal), estabelecendo tratamento desigual a trabalhadores rurais que se diferenciam pelo grande esforço físico demandado no trabalho executado.

## EMENTA:

HORAS EXTRAS. EMPREGADO RURAL. ATIVIDADE DE CORTE DE CANA-DE-AÇÚCAR. PAUSAS PREVISTAS NA NR-31 DO MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO. APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 72 DA CLT 1. A NR-31 do Ministério do Trabalho e Emprego, aprovada pela Portaria GM nº 86, de 3/3/2005, prevê a obrigatoriedade de concessão de pausas para descanso aos empregados rurais que realizem atividades em pé ou submetam-se a sobrecarga muscular. A norma regulamentar, no entanto, não especifica as condições ou o tempo de duração de tais pausas. 2. A lacuna da norma regulamentar e da própria legislação trabalhista sobre aspecto de menor importância, relativo ao modus operandi das aludidas pausas, não pode servir de justificativa para a denegação de direitos fundamentais constitucionalmente assegurados ao trabalhador, relativos à –redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança– (artigo 7º, XXII, CF) e ao meio ambiente do trabalho equilibrado (artigo 225, caput, CF). Necessidade de utilização da técnica processual de integração da ordem jurídica, mediante analogia. Aplicação das disposições dos artigos 8º da CLT, 126 do CPC<sup>1</sup> e 4º da Lei de Introdução ao Código Civil. 3. Ante a ausência de previsão, na NR-31 do MTE, quanto ao tempo de descanso devido nas condições de trabalho lá especificadas, aplica-se ao empregado que labora em atividade de corte de cana-de-açúcar, por analogia, a norma do artigo 72 da CLT. Precedentes das Turmas e da SbDI-1 do TST. 4. Embargos de que se conhece, por divergência jurisprudencial, e a que se dá provimento. (E-RR-912-26.2010.5.15.0156, Relator Ministro: João Oreste Dalazen, Data de Julgamento: 05/12/2013, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DEJT 19/12/2013).

1 Art. 140, CPC/2015.

## SÚMULAS E OJS APLICÁVEIS:

Não há súmulas e OJs aplicáveis diretamente ao caso julgado.

## REFERÊNCIAS LEGISLATIVAS PRINCIPAIS:

- **Art. 72 da CLT** – Nos serviços permanentes de mecanografia (datilografia, escrituração ou cálculo), a cada período de 90 (noventa) minutos de trabalho consecutivo corresponderá um repouso de 10 (dez) minutos não deduzidos da duração normal de trabalho.
- **NR nº 31 do MTE – itens 31.10.7 e 31.10.9**
  - 31.10.7.** *Para as atividades que forem realizadas necessariamente em pé, devem ser garantidas pausas para descanso.*
  - 31.10.9.** *Nas atividades que exijam sobrecarga muscular estática ou dinâmica devem ser incluídas pausas para descanso e outras medidas que preservem a saúde do trabalhador.*

## 2. PRINCÍPIOS DO DIREITO DO TRABALHO

### 2.1 Princípio da proteção ao trabalhador

#### 2.1.1. Inaplicabilidade da arbitragem nos dissídios individuais trabalhistas

***Ação civil pública. Prática de arbitragem nos dissídios individuais trabalhistas. Período posterior à dissolução dos contratos de trabalho. Inaplicabilidade. Arts. 114, §§ 1º e 2º, da CF, e 1º da Lei nº 9.307/1996. Imposição de obrigação de se abster.***

O instituto da arbitragem não se aplica como forma de solução de conflitos individuais trabalhistas, seja sob a ótica do art. 114, §§ 1º e 2º, da CF, seja à luz do art. 1º da Lei nº 9.307/1996, pois a intermediação da câmara de arbitragem (pessoa jurídica de direito privado) não é compatível com o modelo de intervencionismo estatal norteador das relações de emprego no Brasil. Quando se trata de Direito Individual do Trabalho, o princípio tuitivo do emprego inviabiliza qualquer tentativa de se promover a arbitragem, alcançando, inclusive, o período pós-contratual, ou seja, a homologação da rescisão, a percepção das verbas daí decorrentes e até mesmo eventual celebração de acordo. Com esses fundamentos, a SBDI-I, por maioria, conheceu dos embargos interpostos pelo Ministério Público do Trabalho, por divergência jurisprudencial, e, no mérito, deu-lhes provimento para, reformando a decisão que cancelara a atividade de arbitragem em relação ao período posterior à dissolução do contrato de trabalho, desde que respeitada a livre manifestação de vontade do ex-empregado e garantido o acesso irrestrito ao Poder Judiciário, condenar a reclamada a se abster de promover amplamente a arbitragem envolvendo direitos individuais trabalhistas, inclusive após a cessação do contrato de trabalho e no que tange à tentativa e/ou à efetiva formalização de acordos entre empregados, ou ex-empregados, e empregadores. Vencido o Ministro Ives Gandra Martins Filho. *TST-E-ED-RR-25900-67.2008.5.03.0075, SBDI-I, rel. Min. João Oreste Dalazen, 16.4.2015 (Informativo TST nº 104).*

## COMENTÁRIOS:

### Métodos tradicionais de resolução de conflitos

A doutrina comumente aponta como métodos de solução de conflito:

a) Autotutela

b) Autocomposição

b.1) desistência (autor renuncia à pretensão)

b.2) submissão (réu renuncia ao direito de resistir à pretensão do autor)

b.3) transação (concessões recíprocas)

**c) Heterocomposição**

c.1) arbitragem

c.2) jurisdição

A conciliação e a mediação são figuras controvertidas. Para uma vertente, são figuras autocompositivas (pois o terceiro – mediador ou conciliado – não decide o conflito). Para outros, essas figuras se enquadram na heterocomposição (pela simples presença de um terceiro, agente exterior à relação conflituosa original).

• **Arbitragem**

Segundo Maurício Godinho Delgado a arbitragem ocorre quando a fixação da solução de certo conflito entre as partes é entregue a um terceiro, denominado árbitro, em geral por elas próprias escolhido.<sup>2</sup>

No direito brasileiro a arbitragem somente será válida quando dirigir-se ao acerto de *direitos patrimoniais disponíveis*, nos termos do art. 1º da Lei nº 9.307/96:

*Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.*

• **A arbitragem pode ser utilizada para compor conflitos individuais de trabalho?**

Lembra Maurício Godinho Delgado que há dispositivos na ordem jurídica do país que se referem à presença da arbitragem no âmbito do Direito Individual do Trabalho. Mas, segundo referido autor, a efetiva validade desse mecanismo de solução de conflitos nesse segmento jurídico especializado não é inteiramente destituída de dúvidas.<sup>3</sup>

São exemplos de dispositivos que se referem à presença da arbitragem no âmbito do Direito Individual do Trabalho:

**a)** art. 37, *caput*, *in fine*, da Lei nº 12.815/13 (Portuários);

**b)** art. 83, XI, da Lei Complementar nº 75/93 (LOMP).

Em que pese os dispositivos citados, a Lei de Arbitragem dispõe expressamente que o instituto se aplica à regulação de *direitos patrimoniais disponíveis* (art. 1º da Lei nº 9.307/96).

Dessa forma, levando-se em consideração os princípios norteadores do direito individual do trabalho, em especial os princípios da indisponibilidade de direitos e da proteção (tuitivo), a jurisprudência trabalhista tem consolidado o entendimento acerca da incompatibilidade dessa fórmula de solução de conflitos no campo do Direito Individual do Trabalho, **considerando-a própria a situações fáticas em que há significativo equilíbrio de poder entre os agentes participantes**, envolvendo,

2 DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 15. ed. São Paulo: LTr, 2016. p. 1592.

3 *Idem*, p. 1596.

ademais, direitos efetivamente disponíveis, o que, claramente, não acontece no Direito do Trabalho.

Como se percebe, **a arbitragem é método próprio a situações fáticas em que há significativo equilíbrio de poder entre os agentes participantes, o que não ocorre nas relações individuais de trabalho, nas quais o empregado é parte vulnerável da relação.**

Com efeito, na esfera do direito individual do trabalho os partícipes da relação não dispõem de igual poder para a manifestação da própria vontade, exurgindo a hipossuficiência do trabalhador, sendo a relação assimétrica por natureza.

- **E após a extinção do contrato de trabalho, o ex-empregado ainda continua em situação de vulnerabilidade e hipossuficiência? Ou será válida a instituição da arbitragem após o rompimento contratual?**

São duas correntes sobre o tema.

- **1ª corrente:** a primeira corrente sustenta que a indisponibilidade dos direitos trabalhistas permanece mesmo após a extinção do vínculo de emprego e, mesmo após o rompimento do enlace contratual o ex-empregado continua em situação de hipossuficiência e vulnerabilidade. Dessa forma, mesmo depois da extinção do contrato de trabalho, é vedada a estipulação de compromisso arbitral para resolução de conflitos trabalhistas.
- **2ª corrente:** diferentemente dessas situações contemporâneas à contratação do empregado e à vigência da pactuação, cabe destacar que, após a dissolução do contrato de trabalho, acha-se minimizada a sua vulnerabilidade oriunda da sua hipossuficiência econômico-financeira, na medida em que se enfraquece significativamente os laços de dependência e subordinação do trabalhador face àquele que o pretenda admitir ou que já o tenha admitido, cujos direitos trabalhistas, por conta da sua patrimonialidade, passam a ostentar relativa disponibilidade. Desse modo, não se depara, previamente, com nenhum óbice intransponível para que ex-empregado e ex-empregador possam eleger a via arbitral para solucionar conflitos trabalhistas, provenientes do extinto contrato de trabalho, desde que essa opção seja manifestada em clima de ampla liberdade, reservado o acesso ao Judiciário para dirimir possível controvérsia sobre a higidez da manifestação volitiva do ex-trabalhador, na esteira do artigo 5º, inciso XXXV da Constituição.

#### **Prevaleceu na SDI-1 a 1ª corrente.**

Em um primeiro momento, a 4ª Turma do TST entendeu que o art. 1º da Lei nº 9.307/96, ao estabelecer ser a arbitragem meio adequado para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis, não se constitui em óbice absoluto à sua aplicação nos dissídios individuais decorrentes da relação de emprego.

Entendeu (*e essa foi a posição minoritária – 2ª corrente*) que **o princípio da irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas deve ser examinado a partir de momentos temporais distintos**, relacionados, respectivamente, com o ato da admissão do empregado, com a vigência da pactuação e a sua posterior dissolução.

Nesse sentido, a 4ª turma entendeu que sobressai o relevo institucional do ato de contratação do empregado e da vigência do contrato de trabalho, em função do qual impõe-se realçar a indisponibilidade dos direitos trabalhistas, visto que, numa e noutra situação, é nítida a posição de inferioridade econômica do empregado, circunstância que dilucida a evidência de seu eventual consentimento achar-se intrinsecamente maculado por essa difusa e incontornável superioridade de quem está em vias de o contratar ou já o tenha contratado.

Isso porque o contrato de emprego identifica-se com os contratos de adesão, atraindo a nulidade das chamadas cláusulas leoninas, a teor do art. 424 do Código Civil de 2002, com as quais guarda íntima correlação eventual cláusula compromissória de eleição da via arbitral, para solução de possíveis conflitos trabalhistas, no ato da admissão do trabalhador ou na constância do pacto, a qual por isso mesmo se afigura jurídica e legalmente inválida.

Diferentemente dessas situações contemporâneas à contratação do empregado e à vigência da pactuação, cabe destacar que, após a dissolução do contrato de trabalho, acha-se minimizada a sua vulnerabilidade oriunda da sua hipossuficiência econômico-financeira, na medida em que se enfraquece significativamente os laços de dependência e subordinação do trabalhador face àquele que o pretenda admitir ou que já o tenha admitido, cujos direitos trabalhistas, por conta da sua patrimonialidade, passam a ostentar relativa disponibilidade.

Desse modo, não se depara, previamente, com nenhum óbice intransponível para que ex-empregado e ex-empregador possam eleger a via arbitral para solucionar conflitos trabalhistas, provenientes do extinto contrato de trabalho, desde que essa opção seja manifestada em clima de ampla liberdade, reservado o acesso ao Judiciário para dirimir possível controvérsia sobre a higidez da manifestação volitiva do ex-trabalhador, na esteira do artigo 5º, inciso XXXV da Constituição.

No entanto, como já dito, não foi esse o entendimento que prevaleceu. Em decisão final, o TST entendeu que quando se trata de Direito Individual do Trabalho, o princípio tuitivo do emprego inviabiliza qualquer tentativa de se promover a arbitragem, **alcançando, inclusive, o período pós-contratual.**

Com esses fundamentos, a SBDI-I, por maioria, conheceu dos embargos interpostos pelo Ministério Público do Trabalho, por divergência jurisprudencial, e, no mérito, deu-lhes provimento para, reformando a decisão que cancelara a atividade de arbitragem em relação ao período posterior à dissolução do contrato de trabalho, desde que respeitada a livre manifestação de vontade do ex-empregado e garantido o acesso irrestrito ao Poder Judiciário, condenar a reclamada a se abster de promover amplamente a arbitragem envolvendo direitos individuais trabalhistas, inclusive após a cessação do contrato de trabalho e no que tange à tentativa e/ou à efetiva formalização de acordos entre empregados, ou ex-empregados, e empregadores.

Vencido o Ministro Ives Gandra Martins Filho.

#### **EMENTA:**

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. CÂMARA DE ARBITRAGEM. IMPOSIÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER. ABSTENÇÃO DA PRÁTICA DE ARBITRAGEM NO ÂMBITO DAS RELAÇÕES DE



EMPREGO 1. Controvérsia estabelecida nos autos de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Trabalho, em que se busca impor a pessoa jurídica de direito privado obrigação de abster-se de promover a arbitragem de conflitos no âmbito das relações de emprego. 2. Acórdão proferido por Turma do TST que, a despeito de prover parcialmente recurso de revista interposto pelo Parquet, chancela a atividade de arbitragem em relação ao período posterior à dissolução dos contratos de trabalho, desde que respeitada a livre manifestação de vontade do ex-empregado e garantido o acesso irrestrito ao Poder Judiciário. Adoção de entendimento em que se sustenta a disponibilidade relativa dos direitos individuais trabalhistas, após a extinção do vínculo empregatício. 3. Seja sob a ótica do artigo 114, §§ 1º e 2º, da Constituição Federal, seja à luz do artigo 1º da Lei nº 9.307/1996, o instituto da arbitragem não se aplica como forma de solução de conflitos individuais trabalhistas. Mesmo no tocante às prestações decorrentes do contrato de trabalho passíveis de transação ou renúncia, a manifestação de vontade do empregado, individualmente considerado, há que ser apreciada com naturais reservas, e deve necessariamente submeter-se ao crivo da Justiça do Trabalho ou à tutela sindical, mediante a celebração de válida negociação coletiva. Inteligência dos artigos 7º, XXVI, e 114, caput, I, da Constituição Federal. 4. Em regra, a hipossuficiência econômica ínsita à condição de empregado interfere no livre arbítrio individual. Daí a necessidade de intervenção estatal ou, por expressão autorizada constitucional, da entidade de classe representativa da categoria profissional, como meio de evitar o desvirtuamento dos preceitos legais e constitucionais que regem o Direito Individual do Trabalho. Artigo 9º da CLT. 5. O princípio tuitivo do empregado, um dos pilares do Direito do Trabalho, inviabiliza qualquer tentativa de promover-se a arbitragem, nos moldes em que estatuído pela Lei nº 9.307/1996, no âmbito do Direito Individual do Trabalho. Proteção que se estende, inclusive, ao período pós-contratual, abrangidas a homologação da rescisão, a percepção de verbas daí decorrentes e até eventual celebração de acordo com vistas à quitação do extinto contrato de trabalho. A premência da percepção das verbas rescisórias, de natureza alimentar, em momento de particular fragilidade do ex-empregado, frequentemente sujeito à insegurança do desemprego, com maior razão afasta a possibilidade de adoção da via arbitral como meio de solução de conflitos individuais trabalhistas, ante o maior comprometimento da vontade do trabalhador diante de tal panorama. 6. A intermediação de pessoa jurídica de direito privado – “câmara de arbitragem” – quer na solução de conflitos, quer na homologação de acordos envolvendo direitos individuais trabalhistas, não se compatibiliza com o modelo de intervencionismo estatal norteador das relações de emprego no Brasil. 7. Embargos do Ministério Público do Trabalho de que se conhece, por divergência jurisprudencial, e a que se dá provimento. (E-ED-RR-25900-67.2008.5.03.0075, Relator Ministro: João Oreste Dalazen, Data de Julgamento: 16/04/2015, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DEJT 22/05/2015).

## SÚMULAS E OJS APLICÁVEIS:

Não há súmulas e OJs aplicáveis diretamente ao caso julgado.

## REFERÊNCIAS LEGISLATIVAS PRINCIPAIS:

- **Art. 114, §§ 1º e 2º, da CR/88** – [...]
  - § 1º Frustrada a negociação coletiva, as partes poderão eleger árbitros.
  - § 2º Recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado às mesmas, de comum acordo, ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, podendo a Justiça do Trabalho decidir o conflito, respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convenções anteriormente.
- **Art. 1º da Lei nº 9.307/96** – As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.
- **Art. 37 da Lei nº 12.815/13** – Deve ser constituída, no âmbito do órgão de gestão de mão de obra, comissão paritária para solucionar litígios decorrentes da aplicação do disposto nos arts. 32, 33 e 35.
  - § 1º Em caso de impasse, as partes devem recorrer à arbitragem de ofertas finais.
  - § 2º Firmado o compromisso arbitral, não será admitida a desistência de qualquer das partes.
  - § 3º Os árbitros devem ser escolhidos de comum acordo entre as partes, e o laudo arbitral proferido para solução da pendência constitui título executivo extrajudicial.

§ 4º As ações relativas aos créditos decorrentes da relação de trabalho avulso prescrevem em 5 (cinco) anos até o limite de 2 (dois) anos após o cancelamento do registro ou do cadastro no órgão gestor de mão de obra.

- **Art. 83, XI, LC nº 75** – Compete ao Ministério Público do Trabalho o exercício das seguintes atribuições junto aos órgãos da Justiça do Trabalho: [...]

XI – atuar como árbitro, se assim for solicitado pelas partes, nos dissídios de competência da Justiça do Trabalho;

## 2.2. Princípio da igualdade

### 2.2.1. *Empregado público que exerce atividade típica de servidor público estatutário. Regimes jurídicos distintos. Diferenças salariais. Devidas. Aplicação do princípio da isonomia*

***Desvio de função. Empregado público que exerce atividade típica de servidor público estatutário. Regimes jurídicos distintos. Diferenças salariais. Devidas. Aplicação do princípio da isonomia. Orientação Jurisprudencial nº 125 da SBDI-I.***

Não obstante o art. 37, II, da CF impeça a admissão e o reenquadramento no serviço público sem prévia aprovação em concurso público e o inciso XIII do mesmo dispositivo constitucional vede a equiparação de quaisquer espécies remuneratórias, para efeito de remuneração de pessoal do serviço público, havendo identidade entre as atividades realizadas por servidor público estatutário e aquelas exercidas por empregado público em flagrante desvio de função, é devido o pagamento das diferenças salariais respectivas, sob pena de enriquecimento ilícito da Administração Pública. Inteligência da Orientação Jurisprudencial nº 125 da SBDI-I e observância do critério da isonomia. Na espécie, o reclamante fora contratado pelo SERPRO para o cargo de auxiliar de informática, tendo exercido as funções de Técnico do Tesouro Nacional ao prestar serviços na Secretaria da Receita Federal. Com esse entendimento, a SBDI-I, em sua composição plena, por unanimidade, conheceu dos embargos interpostos pelo SERPRO, por má aplicação da Orientação Jurisprudencial nº 125 da SBDI-I, e, no mérito, por maioria, negou-lhes provimento. Vencidos os Ministros Ives Gandra Martins Filho, relator, Antonio José de Barros Levenhagen, Brito Pereira, Renato de Lacerda Paiva e Guilherme Augusto Caputo Bastos, que davam provimento ao recurso para restabelecer a sentença que concluiu pela impossibilidade de deferimento das diferenças salariais quando o trabalhador laborou em desvio de função em regimes jurídicos diversos, em razão do disposto no art. 37, XIII, da CF. *TST-E-ED-RR-210900-27.2000.5.09.0020, SBDI-I, rel. Min. Ives Gandra da Silva Martins Filho, red. p/ acórdão Min. João Oreste Dalazen, 22.5.2014. (Informativo TST nº 83).*

## COMENTÁRIOS:

### **Situação concreta:**

Empregado Público do SERPRO<sup>4</sup> é contratado e, imediatamente cedido à União para trabalhar na Receita Federal. Na RFB passa a desempenhar as mesmas atividades de Técnicos do Tesouro Nacional (que são estatutários).

Logo, trata-se de empregado público, em desvio de função, que exerce atividade típica de servidor público estatutário.

A questão que se coloca é: *esse empregado público tem direito a diferenças salariais?*

4 Serviço Federal de Processamento de Dados – Serpro é uma empresa pública vinculada ao Ministério da Fazenda. (fonte: <https://www.serpro.gov.br/conteudo-oserpro/a-empresa-1>)

A União, obviamente, defende que não, sob três argumentos:

- i. o SERPRO e a União são empregadores distintos;
- ii. a Constituição veda, no art. 37, II e § 2º, da Constituição, diz que para o provimento de cargos públicos exige-se prévia aprovação em concurso público, motivo pelo qual é vedado ao Judiciário promover o reenquadramento de empregados públicos;
- iii. a Constituição, em seu artigo 37, veda a vinculação ou equiparação de quaisquer espécies remuneratórias para o efeito de remuneração de pessoal do serviço público.

No entanto, a despeito dos argumentos acima, a SBDI-1 entendeu cabível a condenação da União ao pagamento de diferenças salariais. Os principais argumentos foram:

- i. Embora os réus não se tratem formalmente de mesmo empregador, o fato é que a União Federal beneficiou-se diretamente da força de trabalho, intermediada pelo SERPRO.
- ii. A via do concurso público foi preterida pela própria União Federal, não lhe sendo dado invocar tal omissão como óbice para assegurar ao autor os mesmos direitos assegurados aos técnicos do tesouro nacional.
- iii. Indeferir o pleito significaria permitir que as rés (União e SERPRO) se locupletassem indevidamente dos serviços prestados, pois a formalização do contrato, da maneira como ocorreu, visou apenas contornar aspectos administrativos do oferecimento do concurso público, que não se concretizou. Constatado que na prática o autor desempenhou funções idênticas as dos TTN, e em face do princípio da primazia da realidade, que rege o direito individual do trabalho e demais aspectos já abordados, é de se acolher o pedido.

Com efeito, como bem aponta José Afonso da Silva, não há que se confundir *isonomia* com *equiparação* ou *vinculação* para efeitos de vencimentos. A isonomia é uma garantia constitucional e um direito do funcionário, ao passo que a vinculação e a equiparação de cargos, empregos ou funções, para efeito de remuneração, são vedados pelo art. 37, XIII, da CR/88.<sup>5</sup>

Nesta senda, em se constatando o desvio de função, faz jus o trabalhador às diferenças salariais, o que não macula o dispositivo constitucional citado.

Tal como consta no inteiro teor do acórdão

indeferir o pleito significaria permitir que as rés se locupletassem indevidamente dos serviços prestados, pois a formalização do contrato, da maneira como ocorreu, visou apenas contornar aspectos administrativos do oferecimento do concurso público, que não se concretizou. Constatado que na prática o autor desempenhou funções idênticas as dos TTN, e em face do princípio da primazia da realidade, que rege o direito individual do trabalho e demais aspectos já abordados, é de se acolher o pedido.

5 SILVA, José Afonso. *Comentário Contextual à Constituição*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 342.