

Mudança de entendimento do TST sobre horas extras habituais

No repouso semanal remunerado

Mudança de entendimento do TST sobre o reflexo das horas extras habituais no repouso semanal remunerado não necessariamente irá gerar o direito ao reequilíbrio econômico financeiro nos contratos em regime DEMO

Prof. Flaviana V Paim

Recentemente foi divulgado em inúmeros meios de comunicação digital, inclusive na página do próprio TST, que este colegiado reviu seu entendimento sobre a reflexo do pagamento das horas extras habituais no Repouso Semanal Remunerado vigente há 13 anos.

A notícia, acendeu o alerta vermelho de possível repercussão nos contratos administrativos onde há previsão de pagamento de horas extras em planilhas de custos e formação de preços, pelo simples fato do noticiado vir seguido da expressão de que tal decisão poderá onerar as empresas.

Alto lá! Vamos primeiro entender o que fora decidido para então, discutirmos se a mesma trará reflexos aos contratos administrativos, especialmente aqueles firmados em regime de dedicação exclusiva de mão de obra.

O QUE FICOU DECIDIDO

O novo entendimento teve origem a partir do julgamento de incidente de recurso repetitivo (IRR) no qual o Tribunal Pleno concluiu que havia um confronto entre os conteúdos da Súmula 19 do TRT da 5ª Região e a Orientação Jurisprudencial (OJ) nº 394 da SDI-I do TST e decidiu então submeter o tema à sistemática dos recursos repetitivos, que define teses jurídicas para temas recorrentes que serão aplicados a todos os casos semelhantes.

Segundo noticiado[1], o Ministro Amaury Rodrigues, relator do IRR, explicou que a questão não era exclusivamente jurídica, mas de erro aritmético.

Pois bem, a Orientação Jurisprudencial (OJ) nº 394 da SDI-I do TST assim dispõe:

ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL 394/TST-SDI-I - 11/06/2010 - Jornada de trabalho. Repouso semanal remunerado - RSR. Integração das horas extras. Não repercussão no cálculo das férias, do décimo terceiro salário, do aviso prévio e dos depósitos do FGTS. Súmula 172/TST e Súmula 376/TST, II. Lei 605/1949. Decreto 27.048/1949.

“A majoração do valor do repouso semanal remunerado, em razão da integração das horas extras habitualmente prestadas, não repercute no cálculo das férias, da gratificação natalina, do aviso prévio e do FGTS, sob pena de caracterização de «bis in idem”.

Súmula 172/TST - 11/10/1982 - Repouso Semanal Remunerado - RSR. Horas extras. Cálculo. CLT, art. 59. Lei 605/1949.

Computam-se no cálculo do repouso remunerado as horas extras habitualmente prestadas.

Súmula 376/TST - 20/04/2005 - Jornada de trabalho. Horas extras. Limitação a duas horas. Reflexos. CLT, art. 59, caput.

«I - A limitação legal da jornada suplementar a duas horas diárias não exime o empregador de pagar todas as horas trabalhadas. (ex-OJ 117/TST-SDI-I - Inserida em 20/11/97)

II - O valor das horas extras habitualmente prestadas integra o cálculo dos haveres trabalhistas, independentemente da limitação prevista no caput do art. 59 da CLT. (ex-OJ 89/TST-SDI-I - Inserida em 28/04/97)»

Até então, quando o empregado faz jus ao pagamento de horas extras, as empresas pagavam (e seguirão pagando), além do salário base pactuado e outros itens de remuneração, as horas extras realizadas no mês, consideradas para fins de cálculo, o valor do salário-hora (considerando a jornada mensal como divisor) e sobre ele aplica-se um adicional de no mínimo 50% multiplicado pela quantidade de horas extras realizadas no mês. Este valor (do total das horas extras mensais) refletia no Repouso Semanal Remunerado[2] (RSR), do empregado neste mês.

Quando a hora extra é considerada habitual, além do reflexo no RSR, também deveria ser pago média em férias, 13º salário e no aviso prévio, sendo base de cálculo para Previdência e FGTS.

No entanto, segundo a OJ nº 394 do TST, somente o total de horas extras repercutia nas demais verbas ora mencionadas e não o Repouso Semanal Remunerado. O valor pago mensalmente de Repouso Semanal Remunerado juntamente com o total das horas extras somente tinha incidência de Previdência Social. Não repercutia nas demais verbas.

Na decisão do Incidente de Recurso Repetitivo (IRR), foi aprovada a tese jurídica constante no Tema Repetitivo 9, abaixo transcrita, que trará nova redação a referida OJ nº 394:

REPOUSO SEMANAL REMUNERADO. INTEGRAÇÃO DAS HORAS EXTRAS. REPERCUSSÃO NO CÁLCULO DAS FÉRIAS, DÉCIMO TERCEIRO SALÁRIO, AVISO PRÉVIO E DEPÓSITOS DO FGTS.

I. A majoração do valor do repouso semanal remunerado decorrente da integração das horas extras habituais deve repercutir no cálculo, efetuado pelo empregador, das demais parcelas que têm como base de cálculo o salário, não se cogitando de bis in idem por sua incidência no cálculo das férias, da gratificação natalina, do aviso prévio e do FGTS.

II. O item I será aplicado às horas extras trabalhadas a partir de 20.03.2023.

Na fundamentação da tese, verifica-se com maior clareza o que o Ministro relator quis dizer com “questão aritmética”. Pois a tese foi construída a partir do entendimento de que horas extras habituais e seu reflexo no RSR são parcelas autônomas, a qual ambas formam o

espectro remuneratório do trabalhador. Ou seja, por serem (ambas) verbas remuneratórias distintas, deveriam (ambas) incidir no cálculo de todas as parcelas que têm como base a remuneração.

O efeitos do novo entendimento, foram modelados para decisões judiciais a partir da data do julgamento realizado em 20/03/2023 e para as relações de trabalho em geral, pelo fato das Orientações Jurisprudenciais e Súmulas serem fontes legítimas de direito do trabalho, também devem ser observadas nos pagamentos em contracheques cujos fatos geradores tenham ocorridos após esta data.

O IMPACTO DA DECISÃO DO TST NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Sabemos que tanto no contexto da Lei 8.666/93[3] quanto no contexto da nova Lei de Licitações e Contratos -Lei 14.133/21[4], situações como esta podem ser consideradas como fato do príncipe, por acarretar repercussão direta no contrato administrativo, sendo motivada por uma ação genérica do Poder Público, que poderia vir a impactar diretamente no custo da prestação de serviços pactuada e consequentemente desequilibrar a equação financeira original do contrato.

Ocorre que, o fato do novo entendimento, onerar a folha de pagamento das empresas, não necessariamente irá onerar os custos apresentados nas planilhas de custos e de formação de preços dos contratos em andamento em que há pagamento de horas extras habituais previstas contratualmente. Explico.

A depender de como a planilha de custos e formação de preços foi montada, o reflexo do RSR poderia estar recebendo as incidências nas verbas objeto de alteração do Tema Repetitivo 9 de forma indireta. Em outras palavras, é possível que estes reflexos estejam sendo pagos sem que o gestor tenha se dado conta, pela simples base de cálculo utilizada para os itens de férias, 13º salário, verbas rescisórias e FGTS utilizada na planilha de custos do contrato.

Por exemplo, é plenamente possível que a planilha de custos e de formação de preços de determinado posto de trabalho tenha previsto para cálculo do valor mensal, o custo de uma média de horas extras habituais e sobre este montante foi calculado ainda o reflexo no Repouso Semanal Remunerado. Neste caso, no item remuneração da planilha (módulo 1) constará duas linhas -Horas extras-50% e Reflexo no RSR, ou, uma única linha com o reflexo do RSR considerado na própria fórmula de cálculo da Hora Extra.

No entanto, em qualquer caso, o valor das horas extras e o valor do reflexo desta no RSR **estão somados no total da remuneração do posto**. Se este total da remuneração do posto foi utilizado como base de cálculo para a provisão do custo das férias com terço, do 13º salário, das verbas rescisórias e ainda incidiu FGTS, além da Previdência Social no Submódulo 2.2 da planilha, a metodologia adotada para precificação **estava indiretamente pagando a repercussão do RSR** que a **OJ nº 394 dizia não possuir como item de custo na planilha**, indiretamente. Neste caso, entendo que a mudança de entendimento do TST na decisão do Tema Repetitivo 9 **não vai onerar o contrato vigente**, o que por consequência não geraria o direito ao reequilíbrio econômico-financeiro.

Agora, se havia previsão de pagamento de horas extras habituais e reflexo no RSR, considerados dentro do item remuneração da planilha (Módulo 1), mas no momento de calcular os itens férias, 13º salário e verbas rescisórias, a **base de cálculo utilizada excluía do total da remuneração** o item “reflexo das horas extras no RSR”, a alteração

do entendimento do TST vai impactar financeiramente no custo do contrato, podendo gerar o direito ao reequilíbrio econômico financeiro, que deverá ser avaliado diante de cada caso, tendo em vista todos os demais requisitos exigidos para sua concessão.

Portanto, podemos concluir que o impacto financeiro da recente decisão do TST poderá ou não onerar os contratos administrativos em andamento. Tudo vai depender da forma como foi feita a provisão dos itens de horas extras, o reflexo do RSR e principalmente de qual foi a base de cálculo utilizada para os demais itens de custo da planilha.

A partir de agora, atenção para a recente alteração de entendimento do TST. Ao apresentar o cálculo das horas extras habituais como item de remuneração, as incidências devem estar corretas, o que demanda breve verificação dos modelos de planilhas de custos e de formação de preços utilizadas para contratação de serviços em regime de dedicação exclusiva de mão de obra.