

Brasília, 27 de fevereiro de 2012

**Ref: alteração do art. 6º da CLT**

A Associação Brasileira de Mantenedoras de Ensino Superior (ABMES) realizou, no dia 14 de fevereiro, em Brasília, o seminário “Direitos trabalhista na era digital: o que muda com a Lei 12.551/2011?”.

Tendo em vista a importância do tema, a diretoria solicitou que fossem elaboradas orientações básicas para as entidades mantenedoras, em função da aplicabilidade da Lei, em especial para professores e auxiliares de administração escolar.

Importante observar que, a exemplo da Lei que alterou o aviso prévio, existem interpretações divergentes sobre o tema, razão pela qual entendemos pela diversidade da aplicabilidade da norma em voga, o que por si só desobriga as instituições de seguir as orientações aqui colocadas. Por outro lado, importante ressaltar que os temas aqui ventilados devem ser analisados pelo departamento jurídico interno ou externo da mantenedora com a possibilidade do acompanhamento e a evolução das interpretações geradas em torno da Lei 12.511/11, bem como das porvindouras decisões judiciais acerca do tema.

**1. Qual é a alteração introduzida pela Lei nº 12.551, de 2011?**

A nova redação do art. 6º da CLT inclui a modificação tão somente do caput do referido artigo, como também lhe acresce um parágrafo único, pelo que transcrevemos a antiga e a nova redação para fins comparativos:

~~Art. 6º - Não se distingue entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador e o executado no domicílio do empregado, desde que esteja caracterizada a relação de emprego.~~

*Art. 6º Não se distingue entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador, o executado no domicílio do empregado e o realizado a distância, desde que estejam caracterizados os pressupostos da relação de emprego.*

*Parágrafo único. Os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão se equiparam, para fins de subordinação jurídica, aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio.*

Na prática não houve alteração substancial no referido artigo, já que a CLT não distinguia o trabalho realizado no estabelecimento do empregador do executado no domicílio e/ou realizado a distância, para a caracterização do vínculo empregatício.

Eis que para a caracterização do vínculo empregatício basta o trabalho ser realizado de forma não eventual, com dependência ou subordinação, e receba salário, ou seja, preenchidos os requisitos da não eventualidade, dependência, subordinação e onerosidade (salário), pouco importa se o trabalho é realizado na Instituição de ensino, no domicílio ou a distância.

A Lei apenas acrescentou meios que hoje são utilizados de controle e supervisão, poder diretivo, ordens de serviços, por meio telemáticos e informatizados, equiparando-se para todo efeito como relação de emprego.

Isto significa dizer que as pessoas físicas que desempenham suas funções em domicílio ou por sistema remoto, como é o caso do “teletrabalhador”, de forma semelhante àqueles que permanecem no ambiente de trabalho, e desde que seja comprovada subordinação efetiva, estão amparadas nas definições previstas na CLT.

Pois, repita-se, embora a jurisprudência já admitisse tal equiparação, principalmente nas demandas que envolviam reconhecimento de vínculo de emprego ou horas extras, a nova lei é oportuna, já que esclarece a questão, de forma objetiva, ampliando a isonomia entre os trabalhadores e confirmando que o que realmente importa é a forma como o trabalho é desenvolvido, e não o local de sua execução.

E “teletrabalho” se enquadra perfeitamente nas alterações trazidas pela Lei ora em comento, por se tratar, justamente, do trabalho realizado a distância, fora das dependências da empresa, com a utilização das novas tecnologias de informação e comunicação, permitindo o fluxo de informações através da rede mundial de computadores, celulares e outros dispositivos de comunicação e geração de dados.

Sendo assim, empregados que trabalhem fora do ambiente de trabalho com os pressupostos do vínculo empregatício, estarão alcançados pela Consolidação de Trabalho e norma coletiva da base territorial.

## **2) Como podem ser caracterizadas as horas extras?**

Antes de abordar sobre horas extras, cabem algumas considerações sobre o contrato de trabalho e controle de jornada.

O regime integral de trabalho Docente está previsto na LDB e no Decreto nº 5.773, de 2006.

Segundo o artigo 69 do Decreto nº 5773, de 2006, o “regime de trabalho docente em tempo integral compreende a prestação de quarenta horas semanais de trabalho na mesma instituição, nele reservado o tempo de pelo menos vinte horas semanais para estudos, pesquisa, trabalhos de extensão, planejamento e avaliação.”

A dualidade de funções é totalmente possível na categoria diferenciada exercida pelo professor, o que permite que as instituições de ensino de uma maneira geral contratem seus professores para exercerem outras funções, além da docência, como: coordenadoria de cursos, assistência jurídica, coordenadoria de estágio, entre outras. A doutrina e a jurisprudência, não repelem a dualidade de emprego na mesma empresa, desde que sejam respeitados os limites de carga horária, intervalo entre jornadas, entre outros institutos. Assim como o art. 444 da CLT estabelece a possibilidade de negociação contratual entre empregador e empregados, desde que não contravenha às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos que lhe sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes.

*“Art. 444 – As relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes”*

Relativamente às aulas ministradas, a remuneração dos professores está prevista no art. artigo 320, parágrafo 1º da CLT, e a duração da hora aula está definida em convenções coletivas de trabalho e na falta de convenção coletiva, a aula tem duração de sessenta minutos, salvo se o contrato individual de trabalho contenha previsão diversa.

Veja como a CLT, define a forma de remuneração dos professores:

**Art. 320.** *A remuneração dos professores será fixada pelo número de aulas semanais, na conformidade dos horários.*

**§ 1º** *O pagamento far-se-á mensalmente, considerando-se para este efeito cada mês constituído de quatro semanas e meia.*

**§ 2º** *Vencido cada mês, será descontada, na remuneração dos professores, a importância correspondente ao número de aulas a que tiverem faltado.*

**§ 3º** *Não serão descontadas, no decurso de nove dias, faltas verificadas por motivo de gala ou de luto em consequência de falecimento do cônjuge, do pai ou mãe, ou de filho.*

**Art. 321.** *Sempre que o estabelecimento de ensino tiver necessidade de aumentar o número de aulas marcado nos horários remunerará o professor, findo cada mês, com uma importância correspondente ao número de aulas excedentes.*

Sendo assim, para cada aula ministrada, o professor recebe o valor da hora aula, acrescidas das vantagens pessoais e direitos previstos em normas coletivas.

Com efeito, dentro das necessidades das mantenedoras e dos departamentos internos, poderá providenciar o seguinte:

- a) contrato de trabalho que retrate a realidade da atividade exercida pelo empregado;
- b) plano de trabalho Individual do docente de forma a verificar se as atividades contratadas estão efetivamente sendo realizadas além da ministração de aula: pesquisa, extensão, artigos escritos etc;
- c) controle e supervisão da jornada de trabalho;
- d) estabelecimento de regulamento e política de atividades fora da sala de aula.

Existem professores que por conveniência, passam o dia e a noite na instituição realizando diversas atividades que nem sempre estão relacionadas com seu contrato de trabalho.

Nas demais atividades, como horas reservadas para estudos, pesquisa, trabalhos de extensão, planejamento, há necessidade de verificar, controlar e supervisionar as atividades. O controle não está adstrito ao tempo despendido pelo empregado para a realização de suas tarefas, mas também à forma efetiva da prestação destes serviços, pois além da questão trabalhista, existem as observâncias legais para efeito das avaliações de cada curso local.

No que tange, às atividades que excederem a jornada de trabalho, há necessidade de previsão de autorização expressa para sua realização, lembrando que horas extras realizadas com habitualidade incorporam ao salário.

### **3) Professores horistas e pagamento de horas extras**

Professores que são contratados exclusivamente para ministrar aulas, quando solicitado o exercício de outras tarefas devem ser pagas horas extras. Pois, professor horista é contratado exclusivamente para ministrar aulas cujo exercício conglomera as correções de provas e preparação de aulas, por ser inerente à profissão diferenciada.

Nesse sentido, existem convenções que estabelecem pagamento de hora atividade, exclusivamente para correções de provas, exercícios, preparação de aulas.

A título de exemplo, segue a seguinte cláusula:

O salário do PROFESSOR é composto, no mínimo, por três itens: o **salário base**, o **descanso semanal remunerado (DSR)**.

O **salário base** é calculado pela seguinte equação: número de aulas semanais multiplicado por 4,5 semanas e multiplicado, ainda, pelo valor da hora-aula (artigo 320, parágrafo 1º da CLT).

O **DSR** corresponde a 1/6 (um sexto) do salário base, acrescido, quando houver, do total de horas extras e do adicional noturno (Lei 605/49).

Desta forma, vale repisar que o disciplinamento de pagamento de horas extras pode estar previsto em convenções coletivas de trabalho.

A CLT estabelece que é no caso de horas extraordinária o pagamento deverá incidir o percentual de pelo menos 50% (cinquenta por cento). Entretanto, a norma coletiva pode estabelecer percentual superior ou até mesmo disciplinar casos em que não são caracterizadas como atividades não extraordinárias.

Assim sendo, é importante que cada mantenedora analise a convenção coletiva de trabalho alcançada por seus professores, bem como por seus auxiliares de administração escolar, observando, todavia, a abrangência de seus campi, o que pode gerar a observância de mais de um Instrumento Coletivo.

No Estado de São Paulo, por exemplo, tanto o Instrumento Coletivo de trabalho dos professores quanto o Instrumento Coletivo de Trabalho dos auxiliares de administração escolar disciplinam os pagamentos das horas extras:

***Convenção Coletiva de Trabalho de Professores de São Paulo:***

*Considera-se atividade extra todo trabalho desenvolvido em horário diferente daquele habitualmente realizado na semana. As atividades extras devem ser pagas com adicional de 100% (cem por cento).*

**§ 1º** – *Não é considerada atividade extra a participação em cursos de capacitação e aperfeiçoamento docente, desde que aceita livremente pelo PROFESSOR.*

**§ 2º** – Serão pagas apenas como aulas normais, acrescidas do DSR e da hora-atividade, aquelas que forem adicionadas provisoriamente à carga horária habitual, decorrentes:

- a)** da substituição temporária de um outro PROFESSOR, com duração predeterminada, decorrente de licença médica, maternidade ou para estudos. Nestes casos, a substituição deverá ser formalizada através de documento firmado entre a MANTENEDORA e o PROFESSOR que aceitar realizá-la;
- b)** de substituições eventuais de faltas de PROFESSOR responsável, desde que aceitas livremente pelo PROFESSOR substituto;
- c)** de reposição de eventuais faltas que foram descontadas dos salários nos meses em que ocorreram;
- d)** da realização de cursos eventuais ou de curta duração, inclusive cursos de dependência, e aceitas livremente, mediante documento firmado entre o PROFESSOR convidado a ministrá-los e a MANTENEDORA.

**§ 3º** – Serão pagas apenas como aulas normais, acrescidas do DSR e da hora-atividade, aquelas decorrentes:

- a)** da participação em Comissões Internas e Externas da Unidade de Ensino da MANTENEDORA, desde que aceita livremente pelo PROFESSOR, mediante documento firmado entre a MANTENEDORA e o PROFESSOR;
- b)** do comparecimento em reuniões didático-pedagógicas, de avaliação e de planejamento, quando realizadas fora de seu horário habitual de trabalho, desde que aceito livremente pelo PROFESSOR.

## **Convenção coletiva de trabalho de auxiliares de administração de São Paulo**

### **9. HORAS EXTRAS**

Considera-se atividade extra todo trabalho desenvolvido em horário diferente daquele habitualmente realizado na semana. As três primeiras horas extras semanais devem ser pagas com o adicional de 50% (cinquenta por cento) e as seguintes, com o adicional de 100% (cem por cento).

**§ 1º** – Caso a **MANTENEDORA** implante o Banco de Horas deverá ser observado o disposto na Cláusula n.º 51 e no Anexo I da presente Convenção Coletiva de Trabalho.

**§ 2º** - *Exceto nas hipóteses de necessidade comprovada, quando deverá ser produzido acordo expresso entre o **AUXILIAR** e a **MANTENEDORA**, é vedado, a esta, exigir, daquele, a realização de trabalhos ou qualquer outra atividade aos domingos e feriados. Havendo o acordo e não sendo concedida folga compensatória, fica assegurada a remuneração em dobro do trabalho realizado em tais dias, sem prejuízo do pagamento do repouso semanal remunerado.*

#### **4) Banco de horas**

O Banco de horas pode ser utilizado pela Instituição, desde que previsto em convenção coletiva de trabalho ou acordo coletivo de trabalho, evitando-se, assim, pagamento de horas extras. Sendo banco de horas estabelecido somente pela entidade mantenedora, não tem validade legal.

Exemplo de banco de horas:

### **Anexo I**

#### **ACORDO COLETIVO DE TRABALHO PARA A INSTITUIÇÃO DE BANCO DE HORAS**

**Cláusula Primeira** – Nos termos da cláusula “*Banco e Horas*” da Convenção Coletiva de Trabalho 2011/2012 firmada *pelas entidades sindicais representantes das categorias profissional e econômica*, fica estabelecida a criação do *banco de horas*, pelo presente Acordo firmado pela MANTENEDORA (razão social, nome fantasia e CNPJ), neste ato representada pelo Sr. (nome, CPF e cargo que ocupa), e o SINDICATO (razão social, nome fantasia, CNPJ e base territorial) representada pelo seu presidente (nome e CPF),

**Cláusula Segunda** – A partir de 1º de março de 2011, fica instituído para os AUXILIARES de Administração Escolar, empregados da MANTENEDORA, o Sistema de *banco de horas*, com base na Lei 9.601/98, que deu nova redação ao § 2º do artigo 59 da Consolidação das Leis do Trabalho e a ele (art. 59) acrescentou o § 3º.

**§ 1º** Será formado um *banco*, proveniente das horas trabalhadas além da jornada normal diária, as quais serão compensadas nos termos do presente Acordo.

- § 2º A composição do *banco de horas* se dará mediante o acúmulo, apurado por meio de cartão de ponto, de horas credoras ou devedoras.
- § 3º As horas excedentes, a que se refere o parágrafo 2º, estarão limitadas a 2 (duas) horas diárias e 10 (dez) horas semanais, as quais serão acumuladas para futura compensação.
- § 4º Será permitido um saldo negativo de, no máximo, 20 horas a serem compensadas, conforme estabelecido nos parágrafos 6º a 12º.
- § 5º As horas que ultrapassarem o limite estabelecido no parágrafo 3º desta cláusula serão remuneradas como horas extras, em conformidade com o regulado em cláusula própria da Convenção Coletiva de Trabalho 2011/13.
- § 6º A compensação não poderá ocorrer nas férias, feriados e dias de descanso semanal remunerado.
- § 7º Sempre que houver interesse das partes para que haja a compensação, tal solicitação se dará com antecedência mínima de 48 (quarenta e oito) horas.
- § 8º A cada 120 (cento e vinte) dias serão realizados balanços para apuração do saldo de horas e planejamento da compensação, devendo tal saldo ser informado ao AUXILIAR, mediante documento específico. Havendo interesse entre as partes, o saldo existente poderá ser transferido, todo ou em parte, para o balanço do período seguinte. Poderá, ainda, o saldo apurado ser remunerado como hora extra, conforme o disposto na cláusula “*horas extras*” da Convenção Coletiva de Trabalho 2011/13.
- § 9º A apuração e compensação de saldo negativo obedecerá ao mesmo critério do parágrafo anterior.
- § 10. Os atrasos, saídas e faltas por motivo justificado e não previsto na legislação ou na CCT 2011/13, poderão ser compensados no Banco de Horas, limitando-se a uma ocorrência por semana.
- § 11. Os AUXILIARES contratados por prazo determinado, bem como aqueles que estão em período de experiência, não poderão valer-se do sistema de *banco de horas*.
- § 12. Nos casos de desligamento de AUXILIARES durante a vigência deste Acordo, a MANTENEDORA *estará obrigada* a pagar o adicional de horas extras sobre as horas não compensadas, calculadas sobre o valor da remuneração na data da rescisão. Na existência de horas a compensar (saldo

negativo), conforme previsto nos parágrafos 6º e 9º deste Acordo, tais horas serão descontadas das verbas rescisórias. Convenção Coletiva de Trabalho 2011 / 2013 **auxiliares de administração escolar no ensino superior 21**

§ 13. Qualquer divergência na aplicação deste Acordo deverá ser *dirimida pelo Foro para Solução de Conflitos Coletivos*, conforme cláusula específica da Convenção Coletiva de Trabalho 2011/2012

§ 14. A renovação, alteração ou rescisão deste Acordo, antes de expirado seu prazo de validade, dependerá de acordo escrito entre as partes

§ 15. O prazo de vigência do Acordo de *banco de horas* é de, no máximo, 24 (vinte e quatro) meses, contados a partir de 1º de março de 2011, devendo encerrar-se, em qualquer hipótese, em 28 de fevereiro de 2013.

(Data e local de assinatura, com identificação dos signatários)

#### **5 ) Utilização de e-mails, telefones etc.**

A imprensa alardeou muito que a alteração do artigo 6º da CLT praticamente inviabilizou a utilização de meios e-mails, telefones corporativos sem pagamento de horas extraordinárias e caracteriza-se como regime de sobreaviso.

Vejamos o que diz a Súmula 428 do TST:

*“O uso de aparelho de intercomunicação, a exemplo de BIP, “pager” ou aparelho celular, pelo empregado, por si só, não caracteriza o regime de sobreaviso, uma vez que o empregado não permanece em sua residência aguardando, a qualquer momento, convocação para o serviço”*

Existem notícias de que a Súmula pode ser alterada, mas permanece vigente.

Das duas partes (empregadora e empregado), há necessidade da adoção do princípio da boa fé e da razoabilidade nas relações de trabalho.

Caso um funcionário necessite encaminhar uma série de documentos para seu chefe, mas deixa preso na caixa postal e o faz somente após o expediente, denota-se claramente a má fé, caso venha requer pagamento de horas extras. Por outro lado, o empregador que se utiliza do poder diretivo e de comando para exigir de seu subordinado uma série de tarefas e atividades fora do horário de trabalho e pelo meio eletrônico e não queira suportar o pagamento de horas extraordinárias está descumprindo a CLT.

Sendo assim, informações básicas e que não alteram o descanso semanal ou mesmo considerando informações que deixaram de ser repassadas dentro do horário de trabalho, não há razoabilidade de pedido de horas extras.

Entretanto, há necessidade da entidade mantenedora disciplinar tais atividades, com a regulamentação interna no que diz respeito a utilização de e-mails, telefones ou outros meios de comunicação que são acessados fora e até no ambiente do trabalho.

Importante também, que o empregado cuja contratação, ainda que parcial não está restrita no ambiente de trabalho, deve ser estabelecido regramento de controle de jornada. Considera-se, também, que é possível existir o controle de atividades pelo e-mail eletrônico, e pela utilização de telefone, razão pela qual o empregado deve ter ciência formal que tal controle existe.

## **6) Substituições de horas presenciais por não presenciais**

O avanço dos meios tecnológicos e o acesso às informações são sem dúvidas elementos facilitadores tanto para empregado como empregador. As partes, no entanto, precisam procurar um modelo de contratação adaptado a essa realidade. Se anteriormente o plano de aula precisava ser datilografado anualmente, bem como as notas deveriam ser registradas em atas e entregues pessoalmente pelo professor, tendo que se deslocar até a instituição, hoje podem serem feitas pelo meio eletrônico.

Por outro lado, no regime do exagero, se a Instituição determinar que o professor fique *on line* em contato com o aluno, há sem dúvida um equívoco por parte do empregador

pelo serviço extraordinário. Vale o mesmo exemplo ao contrário, se o empregado, mesmo sem autorização, interage com os alunos.

### **7) Houve revogação do art. 62 da CLT, em função da edição do artigo 6º?**

O que estabelece o art. 62 da CLT:

**Art. 62** - *Não são abrangidos pelo regime previsto neste capítulo:*

*I - os empregados que exercem atividade externa incompatível com a fixação de horário de trabalho, devendo tal condição ser anotada na Carteira de Trabalho e Previdência Social e no registro de empregados;*

*II - os gerentes, assim considerados os exercentes de cargos e gestão, aos quais se equiparam, para efeito do disposto neste artigo, os diretores e chefes de departamento ou filial.*

*§ único - O regime previsto neste capítulo será aplicável aos empregados mencionados no inciso II deste artigo, quando o salário do cargo de confiança, compreendendo a gratificação de função, se houver, for inferior ao valor do respectivo salário efetivo acrescido de 40%.*

Não houve revogação do art. 62, da CLT. Entretanto, para o não pagamento de horas extras e controle jornada, os critérios devem ser os estabelecidos no referido artigo.

É nossa orientação.

José Roberto Covac

OAB nº 93.102

Assessor Jurídico da ABMES