

**CENTRO UNIVERSITÁRIO TABOSA DE ALMEIDA – ASCES/UNITA
BACHARELADO EM DIREITO**

**DO PASSADO AO FUTURO: FLEXIBILIZAÇÃO DA JORNADA DE
TRABALHO, BANCO DE HORAS E A NOVA REFORMA
TRABALHISTA**

LAYSA TAYNÃ SANTOS DE OLIVEIRA

**CARUARU
2017**

LAYSA TAYNÃ SANTOS DE OLIVEIRA

**DO PASSADO AO FUTURO: FLEXIBILIZAÇÃO DA JORNADA DE
TRABALHO, BANCO DE HORAS E A NOVA REFORMA
TRABALHISTA**

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado ao Centro Universitário Tabosa de Almeida - ASCES/UNITA, como requisito final para obtenção do grau de Bacharel em Direito. Orientador: Prof. Msc. Felipe D'Oliveira Vila Nova.

CARUARU

2017

BANCA EXAMINADORA

Aprovado em: 19/09/2017

Presidente: Prof. Msc. Felipe D'Oliveira Vila Nova

Primeiro Avaliador: Prof. Dr. Raymundo Juliano Rego Feitosa

Segundo Avaliador: Prof. Esp. Marília D'Oliveira Vila Nova

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	5
2. CONCEITO DE JORNADA DE TRABALHO E A IMPORTÂNCIA DE SUA LIMITAÇÃO	7
• Parâmetros e Limites da Jornada de Trabalho na Legislação Brasileira	10
3. FLEXIBILIZAÇÃO E COMPENSAÇÃO DA JORNADA DE TRABALHO	12
4. BANCO DE HORAS: DISCUSSÕES DOUTRINÁRIAS E JURISPRUDENCIAIS .	17
• Título jurídico autorizador do Banco de Horas	21
5. BANCO DE HORAS NA NOVA REFORMA TRABALHISTA	24
6. CONCLUSÃO.....	27
REFERÊNCIAS	29

RESUMO

O presente trabalho dedica-se à abordagem do tema flexibilização da jornada de trabalho, por meio do sistema do Banco de Horas e Compensação de Jornada, dando enfoque ao art. 7º, XIII, da Constituição Federal de 1988, e também ao art. 59, §2º da CLT, além de Súmulas, jurisprudência e discussões doutrinárias. Conceituam-se os institutos de compensação de jornada, seus requisitos, vantagens e desvantagens e, sobretudo, suas modalidades de instituição, cujo debate se faz central no presente trabalho. A análise voltada ao título jurídico autorizador e pressupostos legais para sua aplicabilidade traz importância ao tema, uma vez que os institutos de compensação de jornada de trabalho inferem diretamente na saúde do trabalhador, sobretudo o Banco de Horas. A fonte de pesquisa se baseia na consulta à lei, jurisprudências e doutrinas, traçando o panorama da flexibilização de jornada de trabalho no Brasil, que culminou na compensação das horas extras trabalhadas, como forma de adequar as rígidas normas trabalhistas às necessidades da relação de trabalho bem como desonerar as folhas de pagamento das empresas. Explana-se a necessidade ao atendimento das disposições legais e a importância do título jurídico autorizador se dá sob o manto da negociação coletiva, uma vez que tal flexibilização produz reflexos de ordem biológica, psíquica e social na vida do obreiro – o que vem sendo ignorado na nova reforma trabalhista, permitindo que os sistemas de compensação se deem sem o manto protetivo das entidades sindicais, não respeitando, assim, o princípio da hipossuficiência do obreiro, tampouco os preceitos legais consolidados no ordenamento pátrio.

Palavras-chave: Jornada de Trabalho. Compensação de jornada. Regimes de compensação. Banco de Horas. Nova Reforma Trabalhista.

ABSTRACT

The present work is dedicated to the theme of flexibilization of the working day, through the system of the Bank of Hours and Compensation of Journey, focusing on art. 7, XIII, of the Federal Constitution of 1988, and also to art. 59, paragraph 2 of the CLT, as well as Summits, jurisprudence and doctrinal discussions. The institutes of compensation of the day, their requirements, advantages and disadvantages and, above all, their modalities of institution, whose debate is central in the present work are conceptualized. The analysis of the authorizing legal title and legal assumptions for its applicability brings importance to the theme, since the institutes of compensation of working hours infer directly in the health of the worker, especially the Bank of Hours. The research source is based on consultation with the law, jurisprudence and doctrines, outlining the panorama of flexibilization of working hours in Brazil, which culminated in the compensation of overtime worked as a way to adapt the rigid labor standards to the needs of the employment relationship As well as cancel the company's payrolls. It is explained the need to comply with legal provisions and the importance of the authorizing legal title is given under the mantle of collective bargaining, since such flexibilization produces biological, psychic and social reflexes in the life of the worker - which has been ignored In the new labor reform, allowing compensation systems to be abandoned without the protective mantle of union entities, thus not respecting the workers' hyposufficiency principle, nor the legal precepts consolidated in the country's order.

Keywords: Working hours. Journey compensation. Compensation schemes. Bank of hours. New labor reform.

1. INTRODUÇÃO

O trabalho desenvolvido aborda as atualizações advindas do art. 7º, XIII, da Constituição Federal de 1988 e também pelo art. 59, §2º, da CLT às modalidades de compensação de jornada de trabalho, dando enfoque ao sistema do Banco de Horas, explanando as ingerências na vida do trabalhador, a modalidade de instituição e sua forma na nova reforma trabalhista.

Faz-se uma abordagem acerca da flexibilização de trabalho, sobretudo, voltado ao título jurídico autorizador para tanto, enfatizando as incongruências presentes no texto do ordenamento jurídico, sua importância e valorização constitucional, a fim de assegurar melhores condições de trabalho para o obreiro.

Esta análise se faz extremamente importante, pois o Banco de Horas, especialmente, carrega em si potencial risco às condições físicas, psicológicas e sociais do obreiro, se fazendo, na reforma trabalhista, ainda mais nocivo, uma vez que ignora totalmente um de seus principais pressupostos de validade e tão debatido na doutrina: o título jurídico autorizador.

No primeiro capítulo abordará a jornada de trabalho em seu aspecto geral, trazendo a importância do trabalho tal como instrumento de subsistência, inserção social, realização pessoal, dentre tantos outros aspectos positivos. Por outro lado, também se enfatiza o trabalho em si como potencial causador de doenças, acidentes e até mortes. Nesta conjectura, após intensas lutas, reconheceu-se o trabalho inerente aos direitos sociais da pessoa, conferindo limitações e garantias à jornada de trabalho, intimamente ligadas às condições físicas, biológicas, psíquicas e sociais do obreiro, alcançando o status de normas de saúde pública.

No segundo capítulo, o tema é a flexibilização da jornada de trabalho, fenômeno este conferido aos empregados e empregadores a fim de adequar suas necessidades decorrentes da relação de trabalho frente às rígidas normas trabalhistas. No contexto de desenvolvimento e crise, surge a necessidade do empregador em exigir a força do trabalhador além da jornada padrão fixada em lei, conferindo também a possibilidade do não pagamento das horas extraordinárias, mas, sim, a posterior compensação, podendo esta ser de modo intrasemanal ou por meio do Banco de Horas.

No terceiro capítulo, ponto 4 (quatro) do presente trabalho, enfatiza-se o instituto do Banco de Horas na legislação Brasileira, as discussões doutrinárias e jurisprudenciais acerca de tal modalidade de compensação, sobretudo, destacando sua potencial nocividade ao trabalhador e sua incongruência em relação aos preceitos fundamentais presentes no ordenamento jurídico. Ainda como parte do presente capítulo, passa-se a transcorrer sobre o

cerne do trabalho, que é a discussão sobre o título jurídico autorizador e a sua importância para a efetivação de tal modalidade compensação de jornada de trabalho.

No quarto capítulo e ponto 5 (cinco), aborda-se o Banco de Horas na nova reforma trabalhista, seu novo prazo para compensação e a possibilidade de ser implantando sem o manto protetivo das entidades sindicais – de modo incongruente com o ordenamento pátrio e alheio às discussões doutrinárias e jurisprudenciais consolidadas na atual Súmula 85, do TST.

Utiliza-se como método no presente trabalho a consulta à lei, à doutrina e à jurisprudência em Direito do Trabalho correlacionados ao respectivo tema.

Para se inferir no presente, é necessário conhecer o passado. Neste diapasão, a importância do trabalho concentra-se em conhecer o processo da flexibilização da jornada de trabalho no Brasil, seu título jurídico autorizador e a devida importância, para analisar de forma crítica o novo paradigma que pretende se instalar nas normas concernentes à compensação de jornada de trabalho, a fim de apontar seus principais reflexos na vida do trabalhador.

2. CONCEITO DE JORNADA DE TRABALHO E A IMPORTÂNCIA DE SUA LIMITAÇÃO

O trabalho é tão antigo quanto o homem. Desde a antiguidade, sempre se viu a necessidade de trabalhar para saciar as necessidades básicas, como moradia, alimentação e proteção.

Com efeito, o decurso do tempo é fundamental para o trabalhador, uma vez que despende grande parte do tempo de sua vida no ambiente de trabalho, utilizando sua força e produtividade, em busca de seu sustento.

Em contrapartida, a disposição do trabalhador e sua produção são mais relevantes ainda para o empregador, visto que, no contexto capitalista, a lucratividade emana dos fatores de produção de capital, dentre eles, o trabalho humano. Assim, sempre se buscou extrair ao máximo o proveito deste trabalho, transformando a jornada de trabalho objeto de disputa entre o capital e o obreiro. Não obstante, no início da Revolução Industrial, as jornadas de trabalho chegaram a ultrapassar 16 horas, não respeitando mulheres e crianças, tampouco o mínimo de condições dignas nos locais de trabalho.

Nas lições de Maurício Godinho Delgado (2015, p. 927):

A jornada mede a principal obrigação do empregado no contrato – o tempo de prestação de trabalho ou, pelo menos, de disponibilidade perante o empregador. Por ela mensura-se, também, em princípio, objetivamente, a extensão de transferência de força de trabalho em favor do empregador no contexto de uma relação empregatícia. É a jornada, portanto, ao mesmo tempo, a medida da principal obrigação obreira (prestação de serviço) e a medida da principal vantagem empresarial (apropriação dos serviços pactuados).

Nesse contexto, jornada de trabalho, compreendia como o período em que o trabalhador efetivamente presta serviços ao empregador ou fica à disposição deste (art. 4º, Consolidação das Leis do Trabalho), ao longo dos anos, ocupou o cerne nas lutas das classes trabalhadoras, conquistando sua relevância no cotidiano trabalhista e no conjunto de regras que regem o Direito do Trabalho.

Ademais, aliado à jornada de trabalho, o salário percebido pela prestação de serviço também foi/é crucial aos trabalhadores, ocupando também uma posição de prevalência ao longo da história do Direito do Trabalho.

Ainda nas lições de Mauricio Godinho Delgado (2015, p. 927, destaques do autor), “*jornada e salário têm uma relação estreita com o montante de transferência de força de trabalho que se opera no contexto da relação empregatícia*”. Conforme o autor, quando

reduzida a jornada padrão de uma determinada categoria ou grupo de trabalhadores, sem norma concernente à possível redução de salário, está-se elevando o preço da força de trabalho, uma vez que o salário hora também aumenta.

Esse ‘fenômeno’ ocorreu, por exemplo, nas recentes alterações constitucionais de 1988, quando determinou a jornada de trabalho em 44 horas semanais (art. 7º, XIII) ou até mesmo quando fixou jornada especial de 6 horas para trabalhadores específicos (DELGADO, p. 928, 2015).

Além da relação com o montante de força e dinheiro, a jornada de trabalho também apresenta estreita relação com a saúde, higiene e segurança do obreiro, relação esta expressa, sabiamente, na Constituição, como direito do trabalhador (art. 7º, XXII).

Para Maurício Godinho Delgado (2015, p. 928):

[...] as normas jurídicas concernentes à duração de trabalho já não são mais – necessariamente – normas estritamente econômicas, uma vez que não podem alcançar, em certos casos, a função determinante de normas de saúde e segurança laborais, assumindo, portanto, o caráter de normas de saúde pública. (destaques do autor)

Nesta ótica, além da garantia presente na Constituição Federal de 1988 aos trabalhadores brasileiros de uma jornada de trabalho limitada a 8 horas diárias e 44 horas semanais, outras limitações à jornada também foram incorporadas aos períodos de prestação de serviço, principalmente no que tange aos períodos de descanso reservados ao trabalhador, a exemplo do intervalo intrajornada de, no mínimo uma hora e, no máximo, duas horas para jornadas superiores a seis horas (Art. 71, Consolidação das Leis do Trabalho), intervalo interjornada de pelo menos 11 horas (Art. 66, Consolidação das Leis do Trabalho), descanso semanal de pelo menos 24 horas consecutivas (Art. 67, Consolidação das Leis do Trabalho), além de férias anuais de 30 dias (Art. 130, Consolidação das Leis do Trabalho), dentre os demais e não menos importantes presentes no ordenamento jurídico brasileiro (ARARIPE; BARROS, 2016).

O fundamento da imposição de limites à duração de trabalho se pauta, fundamentalmente, no respeito aos limites da capacidade física e psicológica dos trabalhadores, uma vez que não são meros instrumentos ou até mesmo máquinas a serviço do capital explorador, mas, sim, detentores de garantias que devem ser observadas e respeitadas na relação de trabalho, pois refletem diretamente em seu desenvolvimento quanto pessoa. Assim, são garantidos aos trabalhadores a valorização do trabalho tal como direito social, o respeito à dignidade da pessoa humana, além do respeito ao princípio matriz, o princípio da hipossuficiência (ARARIPE; BARROS, 2016).

Ressaltam os autores SOARES e PIVA (2016) que:

Seguindo os ensinamentos de Ingo Wolfgang Sarlet (2002) a dignidade humana deve ser encarada como a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do respeito do Estado. Isso, por consequência, implica na garantia de um complexo de direitos e deveres fundamentais que protege a pessoa de todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, além propiciar e promover a sua participação livre e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão como os demais seres humanos.

A elasticidade dada à jornada de trabalho, com o consequente aumento ou diminuição das horas trabalhadas, bem como o espaço dado entre as jornadas inferem diretamente na melhoria ou não das condições de trabalho, que podem comprometer ou aperfeiçoar o ambiente da prestação de serviço e reduzir ou aumentar os riscos inerentes à atividade laborativa. (SOARES; PIVA, 2016)

Neste sentido, além da limitação às horas em que o trabalhador está executando suas atividades, reconhece-se e garante ao empregado o direito ao tempo necessário para um devido repouso, possibilitando também a sua inserção no contexto familiar e a oportunidade de desenvolver um projeto de vida.

Nas lições de Amauri Mascaro Nascimento (2010, p. 757):

Outro direito fundamental do trabalhador é o direito ao descanso. O tempo livre permite ao homem o desenvolvimento integral da sua personalidade quando se dedica a outras atividades diferentes do trabalho profissional e que lhe facilitem o convívio familiar, com amigos, horas de entretenimento, estudos, convivência religiosa, prática desportiva, leitura de jornais e revistas, passeios, férias e tudo o que possa contribuir para a melhoria da sua condição social.

Ademais, além do contexto social atrelado ao direito de descanso, há também em que se mencionar o caráter biológico que carrega, uma vez que a ampliação de jornada traz repercussões para sua física e mental. As normas relativas de trabalho têm reconhecidamente natureza de normas de ordem pública, conforme entendimento sumulado pelo TST, através do inciso II, da Súmula 437. Senão, vejamos:

II - É inválida cláusula de acordo ou convenção coletiva de trabalho contemplando a supressão ou redução do intervalo intrajornada porque este constitui medida de higiene, saúde e segurança do trabalho, garantido por norma de ordem pública (art. 71 da CLT e art. 7º, XXII, da CF/1988), infenso à negociação coletiva. (BRASIL, TST)

É nesse sentido que observa o Juiz Aluysio Sampaio (1978) que o trabalho, lazer, repouso e salário mínimo constituem um quarteto básico essencial às relações trabalhistas.

- **Parâmetros e Limites da Jornada de Trabalho na Legislação Brasileira**

Com a organização da classe trabalhadora em prol da luta do reconhecimento dos direitos sociais, além dos diversos embates entre capital e trabalho, o Estado se viu pressionado a ingerir nas relações trabalhistas, no intuito de frear a maciça exploração da mão de obra, culminando nas progressivas medidas voltadas à adequação da duração do trabalho, chamando atenção para os custos trabalhistas das jornadas extensas.

Tudo isso, enfim, em caráter extranacional, foi decisivo para a adoção da primeira convenção internacional do trabalho, em 1919 – a Convenção sobre as Horas de Trabalho (Indústria), 1919 (nº 1), que estabeleceu o princípio das “oito horas por dia e 48 horas por semana”.

No Brasil, o Decreto 21.186, de 22.3.1932, regulamentado pelo Decreto 21.364, do mesmo ano, estabelecia em seu artigo 1º: “A duração normal de trabalho diurno do empregado em estabelecimentos industriais de qualquer natureza será de oito horas diárias, ou quarenta e oito horas semanais, de maneira que a cada período de seis dias de ocupação corresponda um dia de descanso obrigatório” A Constituição de 1934, em seu art. 12, também fixou a jornada diária em 08 horas, a qual foi mantida pelas demais Constituições posteriores. (NASCIMENTO, 2010, p. 763)

Atualmente, a Constituição Federal de 1988 garante, em seu art. 7º, inciso XIII, como direito dos trabalhadores uma jornada de trabalho não superior a 8 horas diárias e 44 horas semanais, excetuando-se as profissões específicas, cujos tratamentos estão previstos em legislação especial.

A Consolidação das Leis do Trabalho, por sua vez, em seu art. 58, expressa que “a duração normal do trabalho, para os empregados em qualquer atividade privada, não excederá de 8 (oito) horas diárias, desde que não seja fixado expressamente outro limite”.

A legislação brasileira admite, em regra, como tempo de trabalho aquele em que o empregado esteja à disposição do empregador, aguardando ou executando ordens (art. 4º da CLT), acolhendo também o tempo *in itinere* como tempo de trabalho, conforme art. 58, § 2º, da CLT,

Ainda que a jornada de trabalho, como explanado, refira-se ao período diário em que o empregado se considera à disposição do empregador em virtude do contrato de trabalho, o Direito do Trabalho também insere os curtos períodos de intervalos intrajornadas dentro do conceito de jornada. Assim preleciona o autor Amauri Mascaro Nascimento (2010, p. 759):

Jornada como medida do tempo de trabalho é o estudo dos critérios básicos destinados a esse fim, a saber, o que é e o que não é incluído no tempo de trabalho: *o tempo efetivamente trabalhado, o tempo à disposição do empregador, o tempo “in itinere” e os intervalos para descanso na alimentação.*” (destaques do autor)

Para o autor Marcelo Coutinho Vieira (2015):

Os limites da jornada de trabalho, por sua vez, tem como fundamento a proteção à saúde do trabalhador, garantia do tempo e lazer, convívio social e familiar, redução dos riscos de acidente de trabalho, dentre outros, direitos que concretizam o direito à vida com saúde e dignidade de existência.

Neste sentido, afirma o autor Sebastião Geraldo de Oliveira (2011, p. 106 “apud” VIEIRA, 2015, destaques do autor) que *“as normas legais do mundo inteiro estão associando o trabalho humano à honra, à proteção jurídica, à dignidade, à realização pessoal, o valor e a dever”*.

Excepcionalmente, conforme artigo 59 da CLT, a jornada de trabalho padrão – aquela fixada por lei ou cláusula de negociação coletiva, pode ser acrescida de horas suplementares, em regra, não superiores a duas horas diárias, desde que seja firmado acordo escrito entre empregado e empregador ou mediante contrato coletivo de trabalho.

Com o acréscimo da jornada de trabalho padrão, o empregado tem o direito de receber um adicional no salário – o adicional de horas extras, devendo ser de, no mínimo, mais 50% (cinquenta) do valor da hora normal, conforme expressa o art. 7º, XVI, CF/88.

Para a autora Alice Monteiro de Barros (2011, p. 525 “apud” VIEIRA, 2015), “as horas extras têm caráter de verba salarial, visto que geram a contraprestação pecuniária pelo tempo de labor despendido pelo empregado”. Ademais, as horas extras prestadas de modo habitual incorporam à remuneração do empregado para fins de indenização (Súmula nº 24 do TST), gratificação natalina (Súmula nº 45 do TST), aviso prévio (art. 487, § 5º, da CLT), repouso semanal remunerado, dentre outros (VIEIRA, 2015).

No entanto, a Constituição de 1988, em seu art. 7º, XIII, trouxe uma flexibilização quanto à obrigatoriedade ao pagamento das horas extras, cujo artigo estabelece: **“duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro horas semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho”** (destaques acrescidos).

Assim, a fim de reduzir os custos com a prestação da hora extraordinária, o empregador poderá adotar a compensação de jornada semanal e/ou o banco de horas, também conhecido como sistema de compensação anual. O sistema de banco de horas encontra-se

regulamentado pela Lei nº 9.601/98, que alterou o § 2º, do artigo 59 da CLT. Ainda assim, a jurisprudência firma o entendimento de que há duas modalidades de compensação: a compensação intrasemanal e a compensação anual.

3. FLEXIBILIZAÇÃO E COMPENSAÇÃO DA JORNADA DE TRABALHO

Em algumas situações na seara trabalhista, o legislador constitucional permite que os atores sociais amoldem as rígidas proteções trabalhistas às suas necessidades particulares, por meio do fenômeno conhecido por flexibilização, que tem fundamento constitucional no art. 7º, XIII, da CF/88 e infraconstitucional no art. 59, §2º, da CLT (ARARIPE; BARROS, 2016, p. 96).

A flexibilização da jornada de trabalho trata-se de um importante instrumento ideado pela Constituição de 1988 no conjunto de regras que regem a duração de trabalho. Contudo, até os dias de hoje, há divergências doutrinárias acerca do tratamento dado pela ordem constitucional em relação ao tema.

Segundo Martins (2013, p. 570):

O direito do trabalho é um ramo da ciência do Direito muito dinâmico, que vem sendo modificado constantemente, principalmente para resolver o problema do capital e do trabalho. Para adaptar esse dinamismo à realidade laboral, surgiu uma teoria chamada de flexibilização dos direitos trabalhistas. A flexibilização das condições de trabalho é um conjunto de regras que têm por objetivo instituir mecanismos tendentes a compatibilizar as mudanças de ordem econômica, tecnológica ou social na relação entre o capital e o trabalho.

Para os autores Tomaz e Najm Neto (2016), “a flexibilização aparece como um novo conceito de jornada de trabalho que não se enquadra no padrão de oito horas diárias exercidas de preferência em um mesmo local conforme assegura a Constituição Federal”.

No tocante à flexibilização da jornada de trabalho, por meio do regime de compensação, o autor Marcelo Coutinho Vieira (2015) faz a seguinte definição:

[...] consiste na ampliação da duração do trabalho em um dia, compensando-se o labor extraordinário com a redução da jornada em outro dia, sem a obrigação patronal do pagamento das horas excedentes acrescidas do adicional previsto em lei ou norma coletiva.

O autor Evaristo de Moraes Filho (2014, p. 360) citado pela autora Fernanda Silveira Barbosa (2016) define a compensação de jornada assinalando que a há a permissão da

legislação em acrescentar horas suplementares às oito horas normais de trabalho, havendo, assim, a compensação do excesso de horas em um dia por meio da diminuição da jornada em outro dia, desde que mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho.

Para os autores Gomes e Gottschalk (2008), o sistema brasileiro de oito horas diárias e quarenta e quatro horas semanais permite conferir maior elasticidade à aplicação do princípio da duração semanal, por meio do ajuste de compensação do excesso de sobrejornada de uns dias com a respectiva diminuição da jornada em outros, observando o limite do ciclo semanal, além de respeitado o excesso de duas horas diárias. Dessa forma, para os autores, há uma jornada máxima de trabalho, superior à jornada máxima semanal, mediante as compensações em tempo e não em sobressalário por horas extraordinárias (GOMES; GOTTSCHALK, 2008, p. 301 “apud” BARBOSA, 2016).

Ressalta-se que há casos em que a flexibilização da jornada é autorizada e expressamente regulamentada por lei. Este é o caso do banco de horas, caracterizado também como regime de compensação anual, instituído pela Lei nº 9.61/98 que alterou o §2º do art. 59, da CLT.

A título de sequência dos diplomas que regulamentaram a matéria de compensação de jornada, à época do texto original da Consolidação das Leis do Trabalho de 1943, o texto legal amparava a compensação apenas semanal, conforme o original §2º, do art. 59 da CLT, que dispunha (BARBOSA, 2017):

Poderá ser dispensado o acréscimo de salário se, por força de acordo ou contrato coletivo, o excesso de horas em um dia for compensado pela correspondente diminuição em outro dia, de maneira que não exceda o horário normal da semana, nem seja ultrapassado o limite máximo de dez horas diárias. (BRASIL, Decreto – Lei Nº 5.452 de 1943)

Mais de cinquenta anos depois, o art. 6º da Lei 9.601/98 modificou a redação do §2º, do art. 59 consolidado, ampliando o período máximo dentro do qual passou a ser feita a compensação de jornada (BARBOSA, 2016):

[...] Poderá ser dispensado o acréscimo de salário se, por força de acordo ou contrato coletivo, o excesso de horas em um dia for compensado pela correspondente diminuição em outro dia, de maneira que não exceda, no período máximo de cento e vinte dias, à soma das jornadas semanais de trabalho previstas, nem seja ultrapassado o limite máximo de dez horas diárias [...] (BRASIL, Lei 9.601/98 de 1998)

Posteriormente, a Medida Provisória 2.164-41, de 24.08.2001, em seu art. 2º, regulou a compensação de jornadas da seguinte forma, ampliando para até um ano o período máximo em que as horas excedentes à jornada normal poderiam ser compensadas (BARBOSA, 2016):

[...] Poderá ser dispensado o acréscimo de salário se, por força de acordo ou contrato coletivo, o excesso de horas em um dia for compensado pela correspondente diminuição em outro dia, de maneira que não exceda, no período máximo de um ano, à soma das jornadas semanais de trabalho previstas, nem seja ultrapassado o limite máximo de dez horas diárias [...] (BRASIL, Medida Provisória 2.164-41 de 2001)

O sistema banco de horas, atualmente, tem seu fundamento no art. 59, §2º, da CLT, juntamente com o art. 7º, XIII, da Constituição Federal, além da Súmula 85, V, do TST.

Em outros eventos, como a compensação intrasemanal, a jurisprudência que permite a flexibilização da jornada de trabalho (TOMAZ; NAJM NETO, 2016). Neste sentido, colaciona-se os seguintes julgados do TST:

HORAS EXTRAS. COMPENSAÇÃO SEMANAL E BANCO DE HORAS. DISTINÇÃO. A compensação aludida na S. 85 do C. TST e aquela prevista no art. 59, § 2º, da CLT, retratam situações distintas. A primeira consiste no elástico da jornada em um dia, com a redução em outro, respeitado o limite semanal de 44 horas, podendo ser adotada mediante acordo individual (S. 85 do C. TST). A segunda permite que a compensação seja feita no prazo máximo de um ano, entretanto, sua adoção não prescinde da existência de autorização mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho, conforme os termos expressos no § 2º do art. 59 da CLT.

(TRT-18 539200900118003 GO 00539-2009-001-18-00-3, Relator: BRENO MEDEIROS, Data de Publicação: DJ Eletrônico Ano IV, Nº 147 de 18.08.2010, pág.4/5.) (BRASIL, TRT-18) (destaques nossos)

BANCO DE HORAS. REGIME DE COMPENSAÇÃO. DIFERENCIAÇÃO. Não se confundem ambos os institutos. O banco de horas, por sua excepcionalidade e por refletir em maiores riscos à saúde e segurança do trabalhador, deve estar amparado em norma coletiva, enquanto que o regime de compensação, em tese propicia vantagens ao trabalhador por racionalizar seu tempo e, por isso, se opera por simples acordo bilateral. A situação dos autos revela a hipótese de compensação de horas na medida em que havia o elástico da jornada e a respectiva paga, sem qualquer indicativo da instituição de banco de horas.

(Processo nº: 01531-2007-039-12-00-8. Juíza Sandra Márcia Wambier. Publicado no TRTSC/DOE em 17-06-2008) (BRASIL, TRT-12) (destaques nossos)

Em todo caso, para Maurício Godinho Delgado (2015, p. 949), devem prevalecer os princípios da Imperatividade das Normas Trabalhistas e da Indisponibilidade dos Direitos Trabalhistas, em que pese ser incabível a flexibilização de modo que venha a afetar prejudicialmente os direitos dos trabalhadores.

Conforme esclarecem os autores Soares e Piva (2016), “a flexibilização só deve ser aceita quando eleve o patamar dos direitos dos trabalhadores a nível superior que o estabelecido em lei, nunca o contrário”.

Para o autor Maurício Godinho Delgado (2015, p. 949):

Também não prevalece a adequação setorial negociada se concernente a direitos revestidos de indisponibilidade absoluta (e não disponibilidade relativa), os quais não podem ser transacionados nem mesmo por negociação sindical coletiva. Tais parcelas são aquelas imantadas por uma tutela de interesse público, por se constituírem em um patamar civilizatório mínimo que a sociedade democrática não concebe ver reduzido em qualquer segmento econômico – profissional, sob pena de se afrontar a própria dignidade da pessoa humana e a valorização mínima deferível a ao trabalho (arts. 1º, III e 170, Caput, CF/88). Expressam, ilustrativamente, essas parcelas de indisponibilidade absoluta e anotação de CTPS, o pagamento de salário mínimo, **as normas de medicina e segurança do trabalho.** (destaques nossos)

Neste sentido, sobretudo frente à proteção constitucional conferida ao trabalhador, no tocante à primazia da dignidade da pessoa humana, proteção ao obreiro, normas de saúde e segurança no trabalho e dentre outros direitos sociais garantidos pela Carta Magna, há de se voltar a atenção para o modo e a forma de concretização desta possibilidade de flexibilização, uma vez que do trabalho suplementar decorrem reflexos biológicos e sociais, como o desgaste, a fadiga, o absenteísmo, acidentes de trabalhos e dentre outros (OLIVEIRA, 2011, p. 142, “apud” VIEIRA, 2015).

Nesta ótica, em relação à natureza do título jurídico autorizador para a flexibilização e compensação de jornada, até o advento da Lei nº 9.601/98, centrava-se no seguinte debate: “*acordo tácito, acordo bilateral escrito* ou, exclusivamente, *instrumento negocial coletivo*?” (DELGADO, 2015, p. 951, destaques do autor).

Nos ensinamentos de Maurício Godinho Delgado (2015, p. 952, destaques do autor), “a posição acolhedora da validade do simples *acordo tácito* é francamente minoritária na cultura justralhista”. Ainda segundo o autor, a jurisprudência dominante, antes mesmo da Constituição de 1988, insistia na necessidade de pactuação do regime de compensação pelo menos por escrito, não acatando sua inserção meramente tácita no contrato.

Atualmente, o cerne da questão é a necessidade de acordo coletivo ou meramente bilateral escrito entre as partes da relação de emprego para a implantação do regime compensatório e o que descaracteriza a compensação de jornada prevista no art. 7º, XIII, da CF e no art. 59, §2º, da CLT em contrapartida à Súmula nº 85 do TST (VIEIRA, 2015).

Para compreensão do tema, faz mister elucidar que, conforme já explanado anteriormente, a jurisprudência vem firmando o entendimento de que existem duas modalidades de compensação: a compensação intrasemanal e a compensação anual (art. 59, §2º, da CLT) (VIEIRA, 2015).

A primeira modalidade de compensação, conforme já explanado, não há previsão legal e ocorre quando o empregado tem a sua jornada de trabalho ampliada nos dias da semana para não trabalhar aos sábados, por exemplo, laborando semanalmente quarenta e quatro horas (VIEIRA, 2015).

A autora Fernanda Silveira Barbosa (2016) ressalta que, “antes da atual Constituição, a legislação ordinária somente previa a compensação semanal, como a dos sábados e a das “pontes”, em feriados”.

A segunda modalidade, que é o banco de horas, permite que os trabalhadores sejam submetidos a longos períodos de sobrejornada, respeitado o limite máximo de dez horas, para a compensação em período posterior, com mais dias de folga ou redução da jornada diária de trabalho (VIEIRA, 2017).

A Constituição de 1988, com seu art. 7º, XIII, conferiu uma maleabilidade, pois, conforme explana o autor Magano (1993, p. 214 “apud” BARBOSA, 2016) deixou sugerida a adoção de módulos especiais, através de convenção ou acordo coletivo.

Dessa forma, a partir da Constituição de 1988, passaram a existir dúvidas sobre os acordos de compensação de horários poderem realizar-se apenas por meio da negociação coletiva ou também individualmente. Tais dúvidas provêm da redação conferida ao inciso XIII do art. 7º, uma vez que foi usada a expressão “acordo ou convenção coletiva de trabalho”, que confere dúvida interpretação tanto de que ‘coletiva’ se refere apenas a ‘convenção’ como de que se refere a ‘acordo’, ficando, assim, a dúvida sobre a possibilidade da adoção por meio do acordo individual ou bilateral (BARBOSA, 2016).

Em 2003, o TST, por meio da Súmula 85, mostrou entendimento de que continua válido o acordo de compensação pela via individual, exceto o banco de horas. Tal súmula teve seu novo texto aprovado no ano de 2005, quando incorporou as Orientações Jurisprudenciais nº182, 220 e 223 da SDI-I, sendo que seu item V foi inserido em 2011 (MORAIS FILHO, 2014, p. 360 “apud” BARBOSA, 2016). No item V, resta claro que a referida súmula não se aplica ao banco de horas. A última alteração se deu em 2016, acrescentando o item VI, que trata sobre a compensação de jornadas nas atividades insalubres (BARBOSA, 2016).

Cumpra-se, assim, que somente a compensação anual de jornada recebeu o manto protetivo das negociações coletivas quando de sua autorização, conquanto que a compensação intrasemanal poderia ser pactuada por debaixo desse manto.

A ampliação da jornada de trabalho sem a análise adequada da necessidade merece registro e atenção, principalmente quando não há a proteção do obreiro no momento de pactuação desta flexibilização e, sim, somente a força patronal e a força (?) do trabalhador.

Neste sentido, explana Marcelo Coutinho Vieira (2015) que:

[...] inclina-se a inadmitir a pactuação do regime de compensação de jornada, em qualquer modalidade, sem a participação do sindicato profissional, uma vez que se faz necessária a ampliação habitual da jornada diária de trabalho para que seja possível a compensação em outro (s) dia (s).

Ainda segundo o mesmo autor:

Não se trata de uma inviabilização da compensação da jornada de trabalho, mas de submeter à negociação coletiva a transação de um direito fundamental para preservar a integridade do trabalhador e os reflexos sociais dessa medida de interesse econômico.

Estudos realizados pelo Departamento Intersindical de Estatísticas e Estudos Socioeconômicos – DIEES apontam que as mudanças realizadas desde a promulgação da Constituição Federal de 1988 diminuem direitos ou intensificam o ritmo de trabalho, com exceção das garantias conquistadas pelas convenções ou acordos coletivos. A jornada de trabalho extraordinária no Brasil não tem caráter de excepcionalidade. A legislação que visa a limitação da jornada de trabalho também abre possibilidade desproporcional de sua extensão (VIEIRA, 2015).

Deste modo, quando da exigência da prestação de horas extras e a não incorporação destas ao salário do obreiro, o submetendo a longos períodos de jornadas, a fim de atender as necessidades econômicas da empresa, merece receber a atenção e preocupação devidas e necessárias, em consonância aos direitos garantidos no ordenamento jurídico pátrio e até internacional.

4. BANCO DE HORAS: DISCUSSÕES DOUTRINÁRIAS E JURISPRUDENCIAIS

O sistema de banco de horas, desde seu advento, é objeto de críticas e discussões, pois, para alguns doutrinadores, autorizou a jornada extraordinária por longos períodos, com indiscutível capacidade de afetar a saúde dos trabalhadores (ARARIPE; BARROS, 2016).

De início, à sua nomenclatura, afirmam os autores Almeida e Severo que a expressão “banco de horas” remete à lógica de que o trabalho é mercadoria, pois exprime em si uma máxima meramente econômica – o que foi rechaçado pela Constituição da OIT de 1919 (SEVERO; ALMEIDA, 2014, p. 93 “apud” BARBOSA, 2016).

Ainda de acordo com os autores Almeida e Severo, tal sistema de compensação por folgas fere o direito constitucional à limitação de jornada e ao pagamento das horas extraordinárias (ALMEIDA e SEVERO, 2014, p. 93 “apud” BARBOSA, 2016).

Para os autores Soares e Piva (2016), o problema consiste em o empregado não receber a quantia equivalente às horas extraordinárias trabalhadas e ainda não as compensa em tempo hábil, uma vez que a Lei permite um tempo excessivamente longo para a realização dessa compensação, qual seja, de um ano.

Ainda segundo Soares Piva (2016):

Ao que se vê, o trabalhador tem duplo prejuízo com o banco de horas já que, além de trabalhar por horas contínuas fazendo jornada extraordinária, ainda não recebe o respectivo adicional. Prejuízo econômico e para a saúde.

Para o autor Arnaldo Süsskind (2003, p. 825 “apud” BARBOSA, 2016), “do ponto de vista econômico, é incontestável que uma jornada que excede oito horas é prejudicial ao obreiro, à produção e à coletividade”.

Esclarece o autor José Antônio Ribeiro de Oliveira Silva (2013, p. 42 “apud” BARBOSA, 2016), que a jornada extraordinária deve se dar de forma excepcional e não como regra, em consonância com o ordenamento jurídico brasileiro, que garante constitucionalmente o direito fundamental à limitação da jornada de trabalho.

Para os autores Soares e Piva (2016), o limite anual de compensação das horas somente favorece os empregadores. Neste sentido prelecionam:

Infelizmente, o limite anual de compensação das horas estabelecido pelo Banco de Horas favorece somente as empresas. O empregado, às vezes, é obrigado a trabalhar grandes períodos de tempo com jornada excedida, privando-se do convívio familiar e da sua saúde, para manter-se no emprego.

Outra crítica, conforme o autor Luciano Martinez (MARTINEZ, 2011, p. 307-308 “apud” BARBOSA, 2016) é que o banco de horas “é um acordo em que se cumula a exigibilidade de prestação de horas suplementares, sem aviso prévio e sem qualquer pagamento, com a imprevisibilidade dos momentos de concessão de folgas compensatórias”.

Já para os autores Araripe e Barros (2016), no sistema de banco de horas deve ser verificado o princípio da boa-fé, de modo que seja possibilitado ao empregado o acompanhamento do saldo de horas existente. Assim expõem que:

No sistema de banco de horas, a aplicação do princípio matriz da boa-fé objetiva, do qual emanam deveres anexos aos contratos em geral, inclusive no contrato de trabalho, gera entre as partes o dever de informação. Dele se extrai a necessidade do empregado dispor de mecanismos para acompanhar a evolução do saldo existente no banco de horas. Logo, em razão da necessidade de transparência, tem o direito de solicitar a qualquer momento a contabilização de seu saldo de horas ao empregador, que, deve disponibilizá-lo de imediato ou, por vezes, dentro de um período determinado no próprio instrumento coletivo.

Em contrapartida, ainda segundo os mesmos autores, tal dever de comunicação prévia não possui previsão legal explícita.

Neste sentido, há um empecilho na efetividade do acompanhamento de tais ‘débitos e créditos’ de horas, uma vez que, o empregador na condição de detentor do livro de ponto, por exemplo, ainda que irregularmente, não permita que o empregado tenha acesso a tal acompanhamento, ingerindo, assim, diretamente, a força patronal sobre o obreiro. Daí se verifica a necessidade da proteção sindical, no sentido, inclusive, de regulamentar este acompanhamento por meio de acordos e convenções coletivas de trabalho.

Para o autor Homero Mateus Silva (2009, p. 58 “apud” BARBOSA, 2016) um dos problemas do banco de horas consiste em submeter o empregado a longos períodos de sobrejornada sem a perspectiva de compensação em tempo hábil. O autor preleciona que:

[...] quando praticado ao máximo, ou seja, até o limite de dez horas diárias, por dias consecutivos, rapidamente, ou seja, a fim de quatro meses, o obreiro fica com crédito de horas para compensar equivalente a um mês inteiro. Nesses termos, como ele só pode compensar as horas dentro do período de um ano, não pode praticar horas suplementares, ao ritmo Máximo permitido por Lei, por um período maior que oito ou nove meses, sob pena de não haver prazo hábil para ser praticada a compensação.

Ainda segundo o mesmo autor, “os contratos de trabalho no Brasil acabam na prática tendo uma duração média de oito meses e que, assim, muitas vezes ocorre de as horas suplementares não virem a ser compensadas”. Ainda cita o fato de os próprios estabelecimentos comerciais não completarem nem mesmo um ano de funcionamento. (SILVA, 2009, p. 51 “apud” BARBOSA, 2016).

Além do mais, segundo Russomano (RUSSOMANO, 2002, p. 292 “apud” BARBOSA, 2016), “a jornada extensa é fonte de fadiga, o que acarreta nefastas consequências no desenvolvimento físico e mental do obreiro”.

Já para os autores Soares e Piva (2016), “além do limite de compensação das horas ser extremamente longo, também o é injusto.” Prelecionam os autores que:

[...] se for considerado que a Constituição prevê o pagamento das horas extraordinárias com um adicional de no mínimo 50%, justamente como uma forma de compensação dos prejuízos ao trabalhador (fadiga, horas roubadas do convívio familiar e social, etc.), o mesmo raciocínio deveria ser mantido para o Banco de horas.

De forma contundente, os mesmos autores explanam que:

Nessa trilha, toda hora trabalhada de forma extraordinária nos moldes da Lei nº 9601/98, deveria haver uma compensação a base de uma hora e meia regular de trabalho nos dias normais e duas horas para cada hora extraordinária realizada nos domingos e feriados.

Há justificada razão para o legislador prevê o pagamento de adicional de no mínimo de 50% no caso de jornada extraordinária ou o pagamento em dobro quando dos domingos e feriados, justamente pautada na ciência dos malefícios que podem ser causados aos obreiros. Portanto, nada mais justo também se aplicar tal raciocínio para o Banco de horas (SOARES; PIVA, 2016).

Para alguns autores, o banco de horas é inconstitucional, a exemplo do autor Alessandro Silva (2007, p. 2017 “apud” BARBOSA, 2016), pois a compensação extraordinária anual vai de encontro ao que preconiza o ordenamento jurídico brasileiro quando incentiva o trabalho extraordinário e ao que preconiza a Recomendação nº 116 da OIT que versa sobre a remuneração das horas extraordinárias, enquanto há a permissão de eliminação de seu custo.

Para Carvalho, a inconstitucionalidade se dá pela redação conferida ao §2º, do art. 59 da CLT, pois autorizou uma modalidade de compensação em dissonância com a Constituição de 1988, que somente autorizou a compensação dentro da semana e não no período de vários meses, até um ano (CARVALHO, 2000, p. 69 “apud” BARBOSA, 2016).

Para Maurício Godinho Delgado (2015), o banco de horas seria um contraponto ao que estabelece a Constituição Federal:

A pactuação de horas complementares à jornada padrão, que extenue o trabalhador ao longo de diversas semanas e meses, cria riscos adicionais inevitáveis à saúde e à segurança daquele que presta serviços, deteriorando

as condições de saúde, higiene e segurança no trabalho (em contraponto, aliás, àquilo que estabelece o art. 7º, XXII, da Constituição). O regime de compensação anual, desse modo, escapa à dubiedade instigante que respondia pelo prestígio do mecanismo compensatório no estuário normativo da Constituição da República, já que deixa de ser manejado em extensão ponderada, perdendo, nesse aspecto, o caráter de vantagem trabalhista em benefício recíproco de ambas as partes contratuais [...]

Por outro lado, para o autor Romita (1998, p. 270 “apud” BARBOSA, 2016), o Banco de horas não é inconstitucional. O referido autor esclarece que:

[...] o texto da Lei Maior dá margem a dúvidas e, uma vez que não há clareza em relação ao sentido do texto constitucional, o melhor é optar pela compatibilidade entre a lei ordinária e Constituição de 1988.

Para o mesmo autor, a inconstitucionalidade só poderia ser declarada se houvesse ambiguidade no texto constitucional, em seu art. 7º, inciso XIII, o que não acontece.

Ante a essa situação de potencial perigo à harmonia social, urge que o governo, bem como os órgãos que regulam as relações laborais, entre outros atores sociais envolvidos, comecem uma cruzada pela restauração dos limites efetivos de jornada de trabalho, pela diminuição do tempo de compensação, a fim de que os obreiros sejam tratados com a dignidade que merecem, respeitando seus direitos fundamentais (SOARES; PIVA, 2016).

- **Título Jurídico Autorizador do Banco de Horas**

Conforme explana Maurício Godinho Delgado (2015, p. 962), se acolhendo ou não a tese da inconstitucionalidade do regime de compensação anual instaurado pelos novos diplomas normativos, se faz relevante o debate no tocante à definição do título jurídico autorizador da figura do banco de horas.

Com o advento da Lei nº 9.601/98, renovou-se o inevitável debate sobre o título jurídico autorizador do regime compensatório em comento (DELGADO, 2015, p. 962).

“A nova redação dada ao art. 59 da CLT “... *acordo ou convenção coletiva de trabalho* ...”, pretendeu, aparentemente, manter a dubiedade semântica do vocábulo *acordo* também presente no art. 7º, XIII, da CF” (DELGADO, 2015, p. 962, destaques do autor).

Na redação constante no projeto de lei original que instauraria o banco de horas no ordenamento jurídico brasileiro (Projeto de Lei nº 1.724/96, oriundo da Mensagem 257/96) – talvez ciente de que criava figura polêmica, uma vez que ampliava o desgaste obreiro no trabalho – “eliminou qualquer possibilidade de dúvida a respeito da natureza do instrumento

de pactuação do regime compensatório anual, escrevendo expressões invertidas: *mediante convenção ou acordo coletivo de trabalho*” (DELGADO, 2015, p. 962, destaques do autor). Mesmo assim, conforme explana Delgado (2015, p. 962), “a alteração produzida na redação original do projeto não parece ter o condão de permitir o uso do simples acordo bilateral escrito para estipulação do regime compensatório anual previsto na Lei nº 9.601/98.”

Ainda segundo o mesmo autor:

Noutras palavras: no instante em que o legislador infraconstitucional criou, no país, novo tipo de regime compensatório, *distinto daquele até então vigente e, adicionalmente, prejudicial à saúde e segurança da pessoa humana prestadora de serviços empregatícios*, não pode determinar que tal regime prejudicial, redutor de direitos e vantagens trabalhistas, seja pactuado sem o manto protetivo da *negociação coletiva* (DELGADO, 2015, p. 963, destaques do autor).

Para Delgado, mesmo não se acatando a tese de inconstitucionalidade do banco de horas, não poderia haver a permissão de sua implantação fora das vias da negociação coletiva, uma vez que o acordo meramente bilateral não é viável para a transação de direitos justralhistas, ainda mais transacionar a sua redução (DELGADO, 2015, p. 963).

“Isso significa que o regime de compensação de compensação anual previsto pelo novo art. 59 da CLT (o então *banco de horas*) somente pode ser pactuado pelos instrumentos formais da negociação coletiva trabalhista” (DELGADO, 2015, p. 963, destaques do autor).

No sentido de diminuir os impactos causados pelo extenso lapso temporal para a compensação de jornada, a título ilustrativo, o sindicato dos empregados no comércio de Caruaru – PE, em 2017, firmou Convenção Coletiva de trabalho com cláusula que prevê a adoção do instituto do banco de horas, porém com o tempo para compensação abaixo do estabelecido na Legislação, estipulando, assim, que as horas suplementares sejam compensadas no prazo máximo de até 10 (dez) meses para os empregados no comércio varejista e até 06 (seis) para os empregados no comércio atacadista. Assim também ocorreu na cidade de Campina Grande – PE, em que o sindicato obreiro dos empregados no comércio, em sua convenção coletiva, reduziu ainda mais esse prazo, uma vez que estabeleceu o período máximo de 90 (noventa) dias para a compensação das horas extraordinárias.

Registra o autor Maurício Godinho Delgado que:

[...] as OJs 182 e 223 da SDI-I/TST, além das novas redações do Enunciado 85 (Res. nº 121/2003 e Res. nº 129/2005), curiosamente, não faziam qualquer distinção entre as figuras sumamente diversas, como são o *regime compensatório clássico*, do tipo favorável, e o novo *banco de horas*. Aparentemente, portanto, tal linha jurisprudencial sugeria a validade do simples acordo bilateral escrito para qualquer dos sistemas de compensação de horários, seja o antigo, seja o recente. Do ponto de vista jurídico, contudo,

é forçoso enxergar-se a diferenciação, percebendo-se também o tratamento constitucional diferenciado atribuído aos dois regimes, conforme exaustivamente exposto [...]: o primeiro regime, via simples acordo bilateral; o segundo, somente através de negociação coletiva (DELGADO, 2015, p. 963, destaques do autor).

Em 2011, então, o TST explicitou esse entendimento por meio do texto do novo item V da Súmula 85: “*As disposições contidas nesta súmula não se aplicam ao regime compensatório na modalidade ‘banco de horas’, que somente pode ser instituído por negociação coletiva*” (DELGADO, 2015, p. 963, destaques do autor).

Importante destacar que os itens I e II da Súmula em epígrafe reputam validade ao acordo individual para a compensação de horas, ainda que habitualmente, salvo se houver norma coletiva em sentido contrário. Como já visto, tal entendimento somente é aplicável ao acordo intrassemanal, não ao regime de compensação anual – banco de horas (VIEIRA, 2015).

O autor Marcelo Coutinho Vieira explica que:

[...] quanto à necessidade de norma coletiva de trabalho para validação do regime compensatório intrassemanal, deve ser observado o inciso XIII do art. 7º da CF/88 e suas interpretações sistemática e literal. Nesse sentido, os apontamentos de Sérgio Pinto Martins apresentam-se como aqueles que melhor traduzem a vontade do legislador constituinte (VIEIRA, 2015).

“O adjetivo *coletiva*, qualificando o substantivo *convenção*, diz respeito tanto a convenção como ao acordo, até mesmo em razão da conjunção *ou* empregada no texto, que mostra a alternatividade tanto da convenção como do acordo serem coletivos”. A palavra ‘coletiva’ deve concordar com a palavra feminina imediatamente anterior, mas que também se refere ao acordo. Seguindo este raciocínio, o acordo deve ser coletivo e não individual (MARTINS, 2009, p. 508, destaques do autor).

Sérgio Pinto Martins, sabiamente, esclarece que:

O filósofo Celso Cunha (1970:130), que fez a revisão gramatical da constituição, entende que a última palavra numa frase deve concordar com a anterior, se esta for feminina. É seu exemplo: “Estudo o idioma e a literatura portuguesa”. No mesmo sentido, a lição de Napoleão Mendes de Almeida (1967:413): “Coragem e disciplina digna de granadeiros.” Sá Nunes (1938:237) mostra o mesmo tipo de exemplo: “Foi o pobre do homem ao convite no dia e hora assinada.” A. M. de Souza e Silva (1958:24) emprega exemplo semelhante: “O exército e a marinha brasileira”. Rodrigues da Lapa (1948:228) indica os seguintes exemplos: “Isso requer estudo e paciência demorada;” “O estudo e a profissão monástica.” (MARTINS, 2009, p. 506)

Com os presentes apontamentos observa-se, portanto, que no inciso XIII, a pretensão do legislador constituinte foi a de apresentar sinônimo para as mesmas expressões que se

referem a acordo coletivo e convenção coletiva de trabalho. “Já seria possível dizer que o constituinte, ao falar de acordo, quis se referir ao coletivo e não a acordo escrito ou mesmo individual, [...] para prestigiar a participação dos sindicatos nas negociações coletivas” (MARTINS, 2009, p. 508).

Elucida o autor Marcelo Coutinho Vieira (2015) que:

Ademais, não existe autorização expressa para a modalidade de compensação de jornada semanal. A legislação infraconstitucional autoriza somente a compensação de horas no regime de banco de horas ou acordo de compensação anual. Conforme visto, por outro lado, a correta interpretação do dispositivo do inciso XIII do art. 7º da CF/88 é no sentido de ser autorizada a compensação de jornada exclusivamente mediante negociação coletiva, seja pela consagração dos direitos sociais, seja pela primazia da participação dos sindicatos para favorecer a paridade negocial e, conseqüentemente, a proteção dos trabalhadores.

Desta discussão, pode-se depreender que qualquer modalidade de compensação, seja intrassemanal ou anual, deve ser pautada sob o manto das negociações coletivas, uma vez que as normas concernentes a jornada de trabalho, conforme já debatido no presente estudo, têm natureza de ordem pública e status constitucional, tal como um direito social fundamental, inerente à dignidade da pessoa humana.

5. BANCO DE HORAS NA NOVA REFORMA TRABALHISTA

A Reforma trabalhista, aprovada às pressas no Congresso Nacional [tramitada há pouco mais de quatro meses], traz normas que mitigam o princípio da proteção que norteia esse ramo especializado do direito, retirando direitos e conquistas dos trabalhadores, além de enfraquecer os sindicatos sob o discurso de “modernização” e “geração de postos de trabalho”.

A Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017, que vigorará a partir de novembro do corrente ano, “resultará na drástica redução de direitos e no desmantelamento do sistema de relações de trabalho que vigorou no país desde a criação da Consolidação das Leis do Trabalho, em 1943”. Ainda mais, representará a redução do papel do Estado na proteção ao trabalhador, culminando na deterioração das condições de vida do obreiro e reduzindo também a força das negociações coletivas dos sindicatos, sobretudo, no atual instável cenário econômico (DIEESE, 2017, p. 07).

O presidente do Tribunal Superior do Trabalho (TST), Ives Gandra Martins, se pronunciou a favor da reforma trabalhista, considerando-a “um avanço significativo para a

segurança jurídica, harmonização das relações de trabalho e geração de empregos”. Em contrapartida, o procurador-geral do Trabalho Ronaldo Fleury, membro do Ministério Público, sinalizou que a flexibilização das leis trabalhistas não é a solução para a crise econômica, além de que, segundo ele, apresenta várias propostas que prejudicam o trabalhador.

Em linhas gerais, A Lei nº 13.467 alterou 921 artigos que compõem a atual CLT, mantendo apenas 188 com sua redação original, e traz modificações que precarizam a classe trabalhadora, uma vez que causou o fim da estabilidade decenal, o aumento irrestrito da terceirização, a habitualidade de horas extraordinárias, a dispensa coletiva sem mediação dos sindicatos ou da Justiça do Trabalho, incentiva o plano de demissão voluntária, dentre outras retiradas de direitos (ROESLER, 2017).

Casagrande (2017) afirma que:

[...] a reforma é totalmente inconsistente e incongruente com seus supostos fins, na medida em que o projeto contém dispositivos que produzirão efeitos exatamente contrários aos desejados por aqueles que o sustentam: a reforma trabalhista provocará a “fuga” da carteira assinada (diminuindo a base das contribuições sociais), enfraquecerá a negociação coletiva e o poder de barganha dos sindicatos e aumentará consideravelmente a insegurança jurídica nas relações laborais. E no seu conjunto, resultará em perda considerável de direitos dos trabalhadores, com claro retrocesso social.

Especificamente em se tratando do Banco de horas e acordos de compensação de jornada de trabalho, a Lei nº 13.467 traz significativas mudanças que colocam em xeque todo estudo já realizado acerca do tema até hoje.

O Juiz do Trabalho Átila Da Rold Roesler (2017) afirma que:

A desconstrução do Direito do Trabalho provocada pela reforma trabalhista tem por objetivos a fragilização jurídica e a fragmentação da classe trabalhadora com o afastamento da atuação corretiva e limitadora do Estado.

A nova Lei modifica o art. 59 da CLT, incluindo o parágrafo 5º, que dispõe que o banco de horas poderá ser ajustado por acordo individual escrito, desde que compensado em seis meses, passando para a seguinte redação:

Art. 59. O banco de horas de que trata o § 2º deste artigo poderá **ser pactuado por acordo individual escrito**, desde que a compensação ocorra no período máximo de seis meses. (grifos acrescidos)

Há de considerar que a redução do tempo de compensação se faz salutar, uma vez que resta entendido que a exposição do trabalhador a prolongado períodos de sobrejornada

para que haja a compensação acarreta riscos à sua saúde física e psíquica. Por outro lado, a pactuação de tal modalidade compensatória sem a assistência sindical é em demasia incongruente e afasta significativamente as normas protetivas ao obreiro.

A nova Lei também inclui o parágrafo sexto, no artigo em comento, permitindo que o ajuste de compensação possa se dá por meio de acordo individual, convenção coletiva ou acordo individual de trabalho, desde que compensado no mesmo mês.

Fica claro e notório que a ‘Nova Reforma’, principalmente no que tange à jornada de trabalho, desperta o interesse do afastamento da proteção sindical na flexibilização da jornada. Se por um lado, a Reforma prevê o negociado sobre o legislado, por outro, diminui a ingerência dos sindicatos nas relações que mais demandam atenção e respeito. É de tamanho contrassenso. A adoção do termo “quaisquer formas de compensação” permite uma interpretação genérica, abrindo espaço para dúvidas. Além de que, quando permite o ajuste da compensação por meio de acordo individual, afronta a própria Constituição Federal e a jurisprudência consolidada no país.

Se pode se fazer o menor (acordo individual), qual lógica teria, então, de se fazer o maior e mais complexo (acordo coletivo ou convenção coletiva), se todos, frente à legislação, conforme se passará a vigorar a partir de novembro, teriam a mesma validade?

Ademais, toda a discussão acerca do título jurídico autorizador, bastante debatida no cenário nacional e no presente estudo, cai por terra completamente, uma vez que a nova Lei admite o simples acordo bilateral para qualquer tipo de compensação, em dissonância com a Constituição Federal, súmulas, jurisprudência e doutrinadores brasileiros.

Há de considerar também que, do ponto de vista formal, há um conflito entre os §5º e §6º do art. 59. Enquanto aquele fala da compensação no prazo de seis meses, este, por sua vez, fala “no mesmo mês”.

O autor Casagrande (2017) afirma que “o projeto, do ponto de vista jurídico, é tecnicamente ruim e débil”. Continua:

Parece ter sido produzido de afogadilho por assessores empresariais sem conhecimento do Direito, para aproveitar o clima político congressional favorável à contenção de direitos sociais. O projeto possui lacunas, contradições e incoerências, [...] e contém inúmeras potenciais inconstitucionalidades, tanto no direito material, como no direito processual – especialmente, neste caso, a violação frequente ao princípio da inafastabilidade da jurisdição.

O parágrafo único do art. 59-B contraria o item IV da Súmula 85, do TST, quando dispõe que “a prestação de horas extras habituais não descaracteriza o acordo de compensação

de jornada e o banco de horas”. Explica a Juíza do Trabalho Juliana Herek Valério (2017) que:

A determinação do texto não se sustenta. Imaginemos um acordo de compensação para o dia de sábado, em que fique ajustado que o empregado trabalhará de segunda a quinta, das 8h às 18h, e às sextas, das 8h às 17h, sempre com uma hora de intervalo, totalizando 44 horas semanais. Na realidade, porém, o empregado passa a trabalhar de segunda a sábado, das 8h às 18h, inexistindo, portanto, a compensação ajustada. Evidente que o acordo de compensação não era praticado ou observado, restando descaracterizado porque não houve respeito ao dia de descanso ajustado, qual seja, o sábado. Assim, o empregado faz jus ao pagamento da hora mais o adicional extraordinário, conforme determinada o art. 7º, XVI, da Constituição Federal.

Ao se confrontar os dados das jornadas mais extensas por setor da atividade econômica com dados disponíveis a respeito de acidentes de trabalhos nesses setores, tem-se uma indicação de que a duração do tempo de trabalho pode contribuir para o surgimento dos acidentes laborais e, sobretudo, doenças do trabalho (SILVA, 2013 “apud” SOARES e PIVA, 2016).

A “reforma”, que em nada melhora as relações entre capital e trabalho, não dialogou com a sociedade e sequer com a classe trabalhadora, com as centrais sindicais, com qualquer comissão de jurista, tampouco o projeto que deu origem à Lei nº 13.467/2017 foi lido na Comissão de Constituição e Justiça (CCJ) do Senado Federal, apenas por poucas pessoas ligadas ao um setor específico do capital. “Fazendo o uso correto da linguagem, essa reforma trabalhista sequer poderia ser chamada de “reforma”, pois é óbvio que em nada melhora as relações entre capital e trabalho” (ROESLER, 2017).

6. CONCLUSÃO

O presente trabalho abordou as disposições advindas da Lei n. 9.601/98 em contraponto ao que estabelece a Constituição Federal de 1988, em seu art. 7º, XIII, bem como as recentes alterações presentes na nova reforma trabalhista, principalmente no tocante à compensação de jornada, recém-sancionada pelo Presidente Michel Temer.

A Constituição, enquanto limita a jornada de trabalho em oito horas diárias e quarenta e quatro horas semanais e garante ao empregado períodos de descansos, também permite a flexibilização desta jornada, de modo que possa ampliá-la em até duas horas extras diárias, com o conseqüente pagamento do adicional de hora extra, de no mínimo 50%, ou a conseqüente compensação, desde que mediante convenção ou acordo coletivo de trabalho.

Com o advento da Lei n. 9.601/98, a flexibilização da jornada de trabalho foi ampliada, permitindo que a compensação da jornada extraordinária se dê no período máximo um ano.

Com a alteração infraconstitucional conferida pela Lei n. 9.601/98, surgiram diversas discussões doutrinárias e jurisprudenciais acerca do extenso período para a compensação da sobrejornada, que passou a ser de um ano, e o título jurídico autorizador para as modalidades de compensação, uma vez que a jurisprudência admite duas modalidades de compensação: a intrasemanal e a anual, conforme o art. 59, §2º da CLT.

Restou claro e evidente que o Banco de horas é nocivo ao trabalhador, uma vez que o expõe a longos períodos de jornada para que se possa ser compensada, o retirando, assim, do convívio familiar, além de acarretar fadiga, doenças do trabalho e outras nefastas consequências psíquicas e biológicas ao obreiro.

Nesta perspectiva, se centra o debate do título jurídico que permite a autorização da compensação de jornada: se por meio do mero acordo bilateral, acordo individual ou convenção coletiva de trabalho.

Antes mesmo da Constituição de 1988, a jurisprudência admitia o acordo bilateral para a compensação da jornada semanal. Promulgada a Constituição de 1988, o art. 7º, XIII, estabeleceu a “**compensação de horários e a redução de jornada, mediante acordo ou convenção coletiva**” (grifos acrescidos). E com a alteração conferida pela Lei 9.601/98, permitindo um extenso período não previsto anteriormente, qual seja de um ano, precipuamente, pela redação presente no texto constitucional “acordo ou convenção coletiva”, gerou a dúvida se as modalidades de compensações seriam por acordo escrito, individual coletivo ou, exclusivamente, convenção coletiva.

A jurisprudência, assim, através da Súmula 85, do TST, entendeu que a compensação intrasemanal – reconhecida jurisprudencialmente, pode ser adotada por meio do acordo bilateral, sem a proteção do sindicato obreiro, enquanto que o banco de horas, devido ao seu caráter nocivo e prejudicial, somente por meio de convenção e acordo coletivo de trabalho.

Não obstante, na nova reforma trabalhista aprovada recentemente, os artigos da CLT que regulamentam a jornada de trabalho, a compensação, seus prazos e formas vêm alterados consubstancialmente, de modo a criar novos institutos de compensação e sem a proteção sindical.

Claro fica que os sindicatos desempenham função importante na regulamentação da flexibilização do trabalho, pois são instrumentos que visam coibir o que contraria os direitos fundamentais assegurados na Constituição, sendo de extrema importância e necessidade que

as modalidades de compensação de jornada, inclusive a intrassemanal, se pactuem sob o seu manto protetivo.

Dada a nociva potencialidade de riscos para a saúde do trabalhador presente no banco de horas, conclui-se que o período de um ano é em demasia extensivo para a compensação e a redução de horários. O tempo previsto na nova reforma trabalhista, qual seja, de seis meses, para a devida compensação, já garante significativas reduções dos reflexos da sobrejornada na vida do trabalhador. Entretanto, por outro lado, submete as formas de compensação de jornada à desproteção do manto sindical, colocando o trabalhador em posição de maior vulnerabilidade.

Nos moldes da forma de sobrejornada presente na Lei nº 9.601/98, pode-se considerar que a compensação deveria ser a base de uma hora e meia para cada hora extraordinária trabalhada, em dias normais e, duas horas para cada hora extraordinária realizada nos domingos e feriados, em consonância à Constituição Federal de 1988.

Por fim, buscou-se demonstrar as características, divergências e discussões doutrinárias acerca da flexibilização da jornada, principalmente em relação ao instituto do banco de horas, demonstrando a sua desarmonização com o ordenamento jurídico e com as garantias constitucionais conferidas ao trabalhador. Além de desenvolver uma ponte entre o passado, presente e futuro, a fim de identificar que as reformas instauradas no país não favorecem o trabalhador.

REFERÊNCIAS

ARARIPE, Guilherme Lobos; BARROS, Lidiane de Araújo. Auditoria em Banco de Horas nas Empresas do Ramo Hoteleiro do Litoral Norte da Bahia: Uma Realidade de Violação dos Direitos e Garantias dos Trabalhadores. **Revista Baiana da Inspeção do Trabalho / Sindicato dos Auditores – Fiscais do Trabalho do Estado da Bahia**, v. 1, n. 2, jul./dez. 2016, Salvador: SAFITEBA, 2016. Página 91 a 111. Disponível em <<http://safiteba.org.br/revista-baiana-da-inspecao-do-trabalho/>> Acesso em 08 mar. 2017.

BARBOSA, Fernanda Silveira. **A Proteção Juslaboral ao trabalho sob o regime de banco de horas**. 2016, Rio Grande do Sul. Disponível em: <<http://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/147545>> Acesso em: 12 abr. 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 10 de outubro de 1988. (Texto compilado; inclui as alterações posteriores). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 30 set. 2016

BRASIL. Congresso Nacional. Decreto-Lei N. 5.452, de 1.º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm> Acesso em: 30 set. 2016

BRASIL. Congresso Nacional. Lei 9.601/98 de 21 de janeiro de 1998. Dispõe sobre o contrato de trabalho por prazo determinado e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9601.htm. Acesso em: 30 set. 2016.

BRASIL. Congresso Nacional. Medida Provisória 2.164-41, de 24 de agosto de 2001. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, para dispor sobre o trabalho parcial, a suspensão do contrato de trabalho e o programa de qualificação profissional, modifica as Leis nos 4.923, de 23 de dezembro de 1965, 5.889, de 8 de junho de 1973, 6.321, de 14 de abril de 1976, 6.494, de 7 de dezembro de 1977, 7.998, de 11 de janeiro de 1990, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 9.601, de 21 de janeiro de 1998, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/2164-41.htm>. Acesso em: 07 mar. 2017.

BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula nº 437**. Índices de Súmulas do TST. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_401_450.html#SUM-437> Acesso em 07 mar. 2017.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula 85**. DEJT 01, 02 e 03.06.2016. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_51_100.html#SU> Acesso em 02 out. 2016.

BRASIL, Tribunal Regional do Trabalho da 18ª Região. **Recurso ordinário 539200900118003 GO 00539-2009-001-18-00-3**. Jori Cesário de Oliveira versus Unilever Brasil Alimentos LTDA. Goiás, 18 de ago. 2010. Disponível em: <https://trt-18.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18971838/539200900118003-go-00539-2009-001-18-00-3>> Acesso em 20 nov. 2016

BRASIL, Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região. **Acórdão TRT 12ª/ Secretaria da 2ª Turma/ 2008-06-17, Processo nº 01531-2007-039-12-00-8**. Santa Catarina, 06/05/2008. Disponível em: <https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:justica.trabalho;regiao.12:tribunal.regional.trabalho;turma.2:acordao:2008-05-06;01531-2007-039-12-00-8,180750>> Acesso em 20 nov. 2016

CASAGRANDE, Cássio. **Reforma Trabalhista Incongruente**. 2017, DIAP. Disponível em: <<http://www.diap.org.br/index.php/noticias/artigos/27153-reforma-trabalhista-incongruente>> Acesso em: 30 mai. 2017

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 12ª ed. São Paulo: LTr, 2015.

DIAP – Departamento Intersindical de Assessoria Parlamentar. **Presidente do TST e procurador-geral do Trabalho divergem sobre reforma.** 10 mai. 2017. Disponível em: <<http://www.diap.org.br/index.php/noticias/noticias/27042-presidente-do-tst-e-procurador-geral-do-trabalho-divergem-sobre-reforma>> Acesso em: 15 mai. 2017

DIEESE – Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos. **A Jornada de Trabalho nas Negociações Coletivas 1996 a 2004.** Estudos e Pesquisas, Ano II, Número 16 – Dezembro de 2005.

_____. **Reforma Trabalhista.** Riscos e perdas impostos pelo PL 6.787/2016 aos trabalhadores ao movimento sindical. 02 de mar. 2017. Disponível em: <<https://www.dieese.org.br/outraspublicacoes/2017/reformaTrabalhistaSintese.pdf>> Acesso em: 15 mai. 2017

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho.** 25. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho.** 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

ROESLER, Átila Da Rold. **Reforma trabalhista: empregadores irão encontrar o seu fim.** 2017. Disponível em: < <http://justificando.cartacapital.com.br/2017/08/21/reforma-trabalhista-empregadores-irao-encontrar-o-seu-fim/>> Acesso em: 21 ago. 2017

SAMPAIO, Aluysio. Trabalho e Descanso. **Revista de Direito do Trabalho**, v. 15, p. 37-65, set./out., 1978. Disponível em: <www.rtonline.com.br> Acesso em: 12 abr. 2017

SOARES, Manuella Oliveira; PIVA, Rui Carvalho. **A responsabilidade dos sindicatos na elaboração de instrumentos negociais coletivos em relação ao banco de horas,** Curitiba, 2016. Disponível em: <<http://indexlaw.org/index.php/revistadtmat/article/view/1231/1662>>. Acesso em: 08 mar. 2017.

VALÉRIO, Juliana Herek. **Reforma Trabalhista: Retrocesso em 20 pontos.** 2017. Disponível em: < <https://jota.info/artigos/reforma-trabalhista-retrocesso-em-20-pontos-26042017>> Acesso em: 27 abr. 2017

VIEIRA, Marcelo Coutinho. Limites da jornada de trabalho e a inconstitucionalidade da Súmula nº 85 do TST: uma análise crítica à jurisprudência consolidada no país / Marcelo Coutinho Vieira – In. **Revista Magister de direito do trabalho**, v. 11, n. 65, p. 87-104, mar./abr. 2015.

TOMAZ, Rodrigo Guilherme; NAJM NETO, Merhej. Flexibilização da Jornada de Trabalho: Compensação de Jornada – Banco de Horas. **Revista de Direitos Sociais, Seguridade e Previdência Social**, Brasília, v. 2, n. 1, p. 152-173, Jan/Jun, 2016.