

# JORNADA DE TRABALHO — FLEXIBILIZAÇÃO(\*)

Vantuil Abdala (\*\*)

Reconhece-se genericamente que a limitação da jornada de trabalho atende a fundamentos de natureza biológica, de caráter social e de índole econômica.

A luta por uma jornada de trabalho mais humana se confunde com a própria história do direito do trabalho, na qual ombream-se sociólogos, economistas, juristas, biólogos, teólogos, etc.

Os médicos sustentaram que as jornadas extensas envelheciam prematuramente o homem e degeneravam a raça. Os sociólogos fizeram notar que os trabalhadores gastavam o dia na fábrica, no trajeto ao trabalho, em refeições precipitadas e em dormir, de tal sorte que a vida familiar era impossível. E os educadores e os professores explicaram que as jornadas longas condenavam os homens a uma vida animal, porque nunca dispunham de tempo para assomarem-se ao saber (v. Mario De La Cueva, "El Nuevo Derecho" ..., pág. 92).

Na Rerum Novarum já se pedia que ao "trabalho de cada dia não se estendesse mais horas das que permitiam as forças".

Além dos argumentos filantrópicos e morais no que concerne à limitação da duração do trabalho, tem-se em conta os benefícios econômicos que podem aparecer como estímulo do progresso técnico, assim como a melhora do rendimento e produtividade da mão-de-obra em quantidade e qualidade (cf. Barbagelata, "Derecho del Trabajo" ..., pág. 125).

Ademais recorda-se com Amaro Barreto que as jornadas extenuantes "oportunizam, com mais freqüência, os acidentes do trabalho, pelo fraquejamento das energias, queda da atenção, diminuição dos movimentos, etc. ("Tutela" ..., pág. 19).

De outra parte, ilusória é a idéia de que o serviço extraordinário propiciava um rendimento maior ao trabalhador, pois em decorrência da superioridade da oferta em relação à demanda de trabalho, "os salários foram sempre apenas a soma de dinheiro indispensável para que o trabalhador pudesse viver e recuperar suas energias, soma que era a mesma se a atividade era de oito, dez, doze ou quatorze horas, pelo que aumentar o tempo de jornada significa pagar o mesmo salário e receber maior serviço" (De La Cueva, obra citada, pág. 273).

Por isso que, consideradas durante muito tempo como obstáculo ao desenvolvimento econômico, "a limitação da jornada de trabalho deve ser considerada hoje como um meio privilegiado de desenvolvimento econômico e de progresso social", como asseveram Carmelynck e Lyon-Caen ("Droit du Travail", pág. 159).

Caberia lembrar ainda, o que é mais verdade entre nós, os inconvenientes de redução de oferta de emprego e conseqüente aviltamento do salário.

---

(\*) Conferência proferida no 1º Ciclo de Estudos de Direito do Trabalho — Salvador — Bahia — 1994.

(\*\*) O autor é Ministro togado do TST.

A partir da universalização dessa consciência jurídico-social é que se fixou, em quase todos os países do mundo, em oito horas a jornada máxima de trabalho em cada dia.

No Brasil, desde que foi alçado a preceito constitucional, assim se dispõe quanto à duração do trabalho:

A de 1934: "trabalho diário não excedente de oito horas reduzíveis, mas só prorrogáveis nos casos previstos em lei" (art. 121, letra "c").

A de 1937: "dia de trabalho de oito horas, que poderá ser reduzido, e somente suscetível de aumento nos casos previstos em lei" (art. 137, letra "i").

A de 1946: "duração diária de trabalho não excedente de oito horas, exceto nos casos e condições previstas em lei" (art. 157, inciso V).

A de 1967, com a Emenda Constitucional de 1969: "duração de trabalho não excedente de oito horas, com intervalo para descanso, salvo casos especialmente previstos" (art. 165, inciso IV).

Vê-se, pois, que em todas as nossas Constituições anteriores, embora se estabelecesse uma jornada diária de oito horas, possibilitava-se seu alongamento através de disposição expressa na legislação ordinária.

Assim, sempre encontrou respaldo constitucional o disposto no art. 59 da Consolidação das Leis do Trabalho, através do qual se autorizava a extrapolação da jornada de oito horas, em caráter permanente, havendo acordo entre empregado e empregador nesse sentido.

Por isso que Catharino afirmara que tal, "embora criticável, não contraria o art. 165, inciso VI, da Constituição Federal" ("Compêndio" ..., pág. 126).

A propósito, Amaro Barreto lembrava que impondo a Constituição a duração diária do trabalho não excedente a oito horas, exceto nos casos e condições previstas em lei, permitia que a lei ordinária especificasse os casos em que a duração do trabalho poderia exceder de oito horas por dia ("Tutela" ..., pág. 17).

Ocorre que a atual Constituição veio a prescrever:

"Duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horário e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho" (art. 7º, inciso XIII).

Observa-se, pois, que a Constituição atual não está dispondo à maneira das anteriores, pois já não mais há a possibilidade de a lei ordinária excepcionar. Aquela possibilidade de derrogação para maior da jornada limite, indefinidamente, através de casos especialmente previstos em lei, não mais existe.

*Ora, quando o empregador celebra com o empregado um contrato para a prestação de horas extras, permanentemente, a duração normal do trabalho já não é mais de oito horas. A jornada normal passa a ser de nove ou de dez horas, conforme o número de horas extras pactuadas.*

Assim, agora, o art. 59 do Texto Laboral se choca com a garantia prevista no inciso XIII do art. 7º da atual Lei Maior.

É sabido que, pelo princípio da recepção, mantêm-se em vigor todas as leis ordinárias não contrastantes com os princípios e normas da nova Constituição.

Por isso que ficam automaticamente revogadas as normas infraconstitucionais que não encontram fundamento de validade na nova Carta.

E sendo flagrante a incompatibilidade entre o direito à jornada normal de oito horas, assegurada constitucionalmente, a disposição da lei inferior que elimina essa garantia, deixa de ter eficácia.

Dir-se-ia que a própria Constituição abre a possibilidade de alongamento da jornada limite ao prever a remuneração para o serviço extraordinário (art. 7º, inciso XVI).

Não. Porque serviço extraordinário é aquele que é excepcional, esporádico, ocasional.

Ora, quando se pactua a prestação de horas extras em caráter permanente, o serviço prestado após a oitava hora deixa de ser extraordinário, torna-se ordinário, normal.

O que, agora, não encontra foros de legitimidade é o pacto para a permanente prestação de serviços após a oitava hora.

O princípio da jornada máxima de oito horas não poderia ter um valor absoluto pois são muitos os fatores que dão origem a serviços que são inevitáveis, ou que não podem prever-se.

Necessidades de ordem técnica e exigências de ordem econômica no seio das empresas impõem muitas vezes a prorrogação do trabalho.

Reconhecendo isto e objetivando atender, de um lado, ao equilíbrio entre o interesse econômico e a necessidade técnica da empresa, e de outro, a conveniência de preservar a saúde do trabalhador e evitar o desgaste exagerado de suas energias, é que se previu a possibilidade do trabalho extraordinário.

Possível, pois, o alongamento temporário da jornada em casos de necessidade imperiosa (CLT, art. 62).

Também válida a extrapolação da jornada máxima legal em casos de compensação de horário, como faculta o próprio inciso XIII do art. 7º.

Naturalmente, quando se pactua a compensação das horas trabalhadas, além daquela jornada, pela correspondente diminuição em outro dia da mesma semana (CLT, art. 59, § 2º), não há infringência à letra ou espírito do mandamento legal citado.

Agora, pois, reforça-se a afirmação de Catharino no sentido de que, em nosso sistema legal, a jornada de trabalho não é a única medida temporal importante em relação ao aspecto positivo da quantidade de trabalho, mas também a semana de trabalho (obra citada, pág. 118).

De outro lado, como a garantia constitucional diz respeito à jornada de oito horas, legítimo ainda o pacto para a prestação de horas extras, em caráter permanente, com relação àqueles empregados que cumpram jornada reduzida, desde que respeitado aquele limite. Assim, por exemplo, nada impede que se pactue a prestação contínua de duas horas extras com um empregado cuja jornada diária seja de seis horas ao dia.

Em conclusão, por "serviço extraordinário", como consta do inciso XVI do art. 7º citado, não se pode entender outra coisa que não aquele prestado além da jornada normal, mas excepcionalmente.

Não se pode daí tirar a ilação no sentido de que o constituinte quis permitir a prestação indefinida, permanente, de horas extras.

Tal implicaria dar com uma mão e retirar com a outra.

Além do mais, assim não fosse, não se encontraria explicação alguma para o fato de ter-se escoimado do texto aquela disposição tradicional que permita à legislação ordinária excepcionar quanto à jornada máxima legal.

A permissão de pacto, principalmente o individual, para a prestação de serviços em horário extraordinário, indefinidamente, implicaria anular a garantia da limitação do trabalho a uma jornada máxima diária de oito horas, conquista universal dos trabalhadores.

Por isso é que se defende que, hoje, diante do disposto no inciso XIII do art. 7º da atual Carta Magna, ilegítimo é o acordo para a prestação de serviços, em caráter permanente, além de oito horas em cada dia.

Esta conclusão, que se nos afigura jurídica e sociologicamente defensável, mesmo que, de *lege lata*, não seja aceita, principalmente pela imperante noção de resistência a mudanças, há sempre a esperança de que tenha alguma validade de *lege ferenda*.

Agora, escoimando esta prática perniciosa de horas extras em caráter permanente, entendemos que é de toda a conveniência a flexibilização no que concerne à jornada de trabalho, seja através da adoção de horário variável de trabalho, ou de uma gestão flexível do tempo de trabalho, sempre através de pacto coletivo, de tal maneira que atenda aos interesses da produção e à conveniência e necessidade do trabalhador.

A crise econômica dos anos 80 levou os empregadores, nos países de capitalismo avançado, a propugnarem por maior flexibilidade do mercado de emprego e da organização do trabalho.

A nova política empresarial desenvolvida para enfrentar a crise reclamava uma melhor produtividade do trabalho, e seu instrumento é a flexibilidade, conceito amplo que, nas palavras de Romita, “cobre vasto espectro, desde uma flexibilidade das relações sociais (eliminação da rigidez jurídica), passando pela flexibilidade do aparato produtivo (automatização) e chegando à flexibilidade na utilização da força de trabalho (emprego e tempo de trabalho). Surge, assim, a necessidade de variar o tempo de trabalho em função da conjuntura local e global” (“Horas Extraordinárias — Base Diária ou Anual?”, in *Revista de Direito do Trabalho*, n. 84, 1993, pág. 7).

E, na perseguição destes objetivos apareceram e incrementaram-se, principalmente em alguns países da Europa e nos Estados Unidos, variadas modalidades, tais como o trabalho temporário, o trabalho a tempo parcial, o trabalho intermitente, o trabalho à distância como o trabalho a domicílio e o teletrabalho (termo recente, indicativo do trabalho executado com a utilização das técnicas de telecomunicações e/ou informática, implicando a troca de informações por natureza imateriais, como anota a professora Rosita de Nazaré Sidrim Nassar (in *Revista do TRT da 8ª Região*, n. 48, 1992, pág. 109).

Mas, dentre estas, a mais amplamente adotada alhures e que mais interessa ao nosso tema é a do horário flexível.

De acordo com a Organização Internacional do Trabalho, o horário flexível, dinâmico ou elástico, é a inovação mais radical introduzida nos últimos anos sobre a disposição do tempo de trabalho, observando que, a partir da última década, sua distribuição se diversifica e adquire maior flexibilidade não só no curso da jornada (duração diária), mas também da semana, do mês, do ano, como decorrência do progresso tecnológico, da estrutura demográfica e das aspirações da população ativa, além dos imperativos de ordem econômica e de competitividade (OIT, “El Trabajo en el Mundo”, vol. 5, Genebra, 1994, pág. 76/77).

Assim se conjugaram, nos países industrializados, as tendências à redução da jornada e vedação do trabalho suplementar, “com a possibilidade para o empregador de distribuir o tempo de trabalho (vale dizer: a força que o conjunto do pessoal coloca à sua disposição, da melhor maneira possível, de ordem a evitar desperdício, aumentar a produtividade e reduzir os custos da produção)” (cf. Rosita, obra citada, pág. 9).

Assim é que, exemplificadamente, na França, a norma legal de 1987 autorizou os atores sociais a derrogarem as disposições legais de ordem pública por meio de acordos coletivos celebrados com a finalidade de estabelecer a distribuição do tempo de trabalho durante o ano, chamada modulação anual dos horários de trabalho, definindo um processo de distribuição da jornada de modo que a referência à semana de trabalho é abandonada em favor do ano de trabalho.

Na Itália, na última década, passou a ser adotada a jornada de trabalho em base anual. Os sindicatos laborais passaram a entender a jornada anual como sendo a mais adequada para estipular o tempo de trabalho.

Na Espanha, os trabalhadores podem, afastando o horário rígido e único para todos, adotarem o horário flexível, adaptando o início e término de seu trabalho, ou a distribuição das horas de jornada, às suas conveniências pessoais, familiares ou sociais.

De acordo com o jurista espanhol Alfredo Montoya Melgar, “a reforma do art. 35, II, do Estatuto do Trabalhador pelo Decreto-lei n. 01, 1986, suprimiu os limites diários e mensal em matéria de horas extraordinárias, perseguindo, com isso, objetivos de flexibilidade de utilização do tempo de trabalho”.

E acrescenta: O Estatuto do Trabalhador, ao tratar da fixação do horário, limita-se a dizer que “a fixação de horário flexível é faculdade do empresário, mediante prévia aprovação dos representantes dos trabalhadores na empresa, e sem prejuízo do pactuado em convênio coletivo” (“Fundamentación de la Jornada de Trabajo”, in “Jornada de Trabajo y Descansos Remunerados”, coordenado por Nestor de Buen, Ed. Porrúa, S.A., 1993, pág. 96/99).

E agora se questiona, e quanto ao Brasil?

Os mesmos motivos de ordem técnica, econômica e social que alhures ensejam o esforço para a flexibilização do horário de trabalho, de uma certa maneira, estão presentes no Brasil. Ao interesse da produção deve se conjugar a vontade e conveniência da classe trabalhadora para a adoção do horário variável, também entre nós.

Mas, deve se notar, em primeiro lugar, que horário flexível não se confunde com horário livre. Naquele, há exigência da presença obrigatória na empresa em certas horas do dia e limite mínimo e máximo de horas que podem ser exercitadas a cada dia, a cada semana ou cada mês, e, finalmente, a cada ano.

Na adoção deste sistema, no global, há quase sempre uma redução das horas de trabalho, ao longo do ano, embora se possa, em momentos variáveis, trabalhar além da jornada legal diária.

Em outras palavras, o módulo da jornada passa de diário ou semanal a ser anual, respeitado, no conjunto, e em proporção, a jornada máxima legal. Ou seja, há liberdade para o trabalho além ou aquém da jornada legal ao longo do ano, respeitado um limite máximo diário, e de tal forma que ao final do ano a soma das horas trabalhadas não ultrapasse, em proporção, a jornada diária legal.

Em suma, o “acordo para a compensação de horas”, se pudermos assim chamá-lo, passa a ser anual. E, respeitado o pactuado, ou seja, não se ultrapassando, na média, a jornada legal, não haverá aí horas extras.

Mas, tudo isso deve ser concretizado através de acordo coletivo, estabelecendo condições que atendam aos interesses de ambas as partes, mormente, do lado do empregado, as questões que digam respeito a número mínimo e máximo de horas de trabalho a cada dia ou semana.

Agora, há embasamento legal para isto, diante do disposto no art. 59 e seus parágrafos 1º e 2º?

Diz-se que, se este § 2º só permite o “acordo de compensação de horas”, de maneira que não se ultrapasse o horário normal da semana ou o limite máximo de dez horas diárias, não se legitimaria forma diversa.

Posiciona-se Romita (obra citada, pág. 134) no sentido de que haveria necessidade de modificação do referido mandamento legal para possibilitar a adoção desse sistema entre nós. No mesmo diapasão, Robortella (“Jornada de Trabalho e Férias na Constituição de 1988”; Curso de Dto. Constitucional — Estudos em Homenagem ao Prof. Amauri M. Nascimento; vol. I, Ed. LTr, 1991, pág. 191).

Penso também que seria conveniente a modificação desse § 2º, mas creio que, enquanto tal não ocorre, podemos ousar ir adiante.

Com efeito, precedente já temos: têm havido decisões normativas consagrando acordo de compensação com o sistema de trabalho de 12 por 36 horas, na área de hospitais, conquanto não se observe a limitação diária de 10 horas previstas no mencionado § 2º.

Mesmo porque o art. 7º, XIII, da Constituição Federal, garante ao trabalhador “duração do trabalho normal não superior a oito diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução de jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho”.

E, a nosso ver, não seria nenhuma heresia jurídica admitir-se, com base neste preceito constitucional, a compensação anual pactuada coletivamente, mormente se acompanhada de redução média da jornada. Magano e Estevão Mallet também assim pensam (O Direito do Trabalho na Constituição, Ed. Forense, 1993, pág. 217).

Mesmo porque, até quanto ao postulado maior do Direito do Trabalho, o da irredutibilidade do salário, a própria Constituição Federal deu a partida para a flexibilização ao permitir sua redução através de convenção ou acordo coletivo.

E seria mesmo de toda a conveniência que certas empresas adotassem esse sistema, dentre elas, os bancos, onde é sabido, alternam-se dias de pico de trabalho com outros de esvaziamento.

Aliás, a propósito, registre-se que a estatística do Tribunal Superior Trabalho, quanto aos processos julgados, por atividade profissional, no primeiro semestre de 1994, demonstrou que o maior número foi do sistema financeiro (6.163), acima até da indústria (4.211) e do comércio (1.016).<sup>(1)</sup>

E, como cerca de 70% das ações dos bancos dizem respeito à jornada de trabalho, vê-se quão importante seria para esta área o acertamento da questão através desse tipo de pacto coletivo. Mas, enfim, creio que a Justiça não pode estar inerte aos sopros dos novos tempos, que vivificam a alma da economia, e de cujos frutos também deve compartilhar o trabalhador.

---

(1) O sistema financeiro tem cerca de seiscentos mil empregados; a indústria, mais de dez milhões e o comércio, cerca de doze milhões.

Isto porque, como diz Edmond Picard (in *Direito Puro*, pág. 157), “as leis não têm só texto, têm também espírito; não têm somente corpo, têm a alma que as vivifica, pensamento, intenção e vontade que, em certas circunstâncias, é preciso sentir e compreender. Desse modo, toda doutrina, toda jurisprudência, é, na realidade, ainda que em proporção infinitesimal, produtiva de direito e não simplesmente interpretativa. A jurisprudência, enxertando-se na lei, pela vasta e ininterrupta prática dos tribunais, aparece como uma espécie de novo direito, de tendência *modernizada*” (Edmond Picard, “O Direito Puro”, pág. 157, § 97).