

Limites da Jornada de Trabalho e a Inconstitucionalidade da Súmula 85 do Tst

Uma análise crítica à jurisprudência consolidada no país.

Marcelo Coutinho Vieira¹

Resumo: Os limites impostos à duração da jornada de trabalho consubstanciam-se em direitos conquistados e construídos na origem da ordem juslaboral, com a finalidade de preservar a vida do trabalhador com saúde e dignidade. Por isso este estudo remete à reflexão sobre as consequências da flexibilização dos limites impostos à jornada de trabalho por meio do acordo de compensação de horas e a possibilidade de celebração desse acordo por instrumento individual firmado entre empregador e empregado, sem a participação do sindicato profissional. O estudo aponta para a incorreta interpretação dada ao art. 7º, inciso XIII, da CF/88, pela Súmula nº 85 do TST, ao permitir que o acordo de compensação seja assinado sem a ratificação do sindicato profissional. Por fim, são apontadas divergências entre o art. 7º, inciso XIII, da CF/88, e o item IV da Súmula nº 85 do TST, no que concerne ao cômputo e remuneração das horas extraordinárias em casos de anulação do acordo de compensação de jornada por trabalho extravagante habitual, uma vez que os limites diário e semanal impostos pela Constituição à duração da jornada de trabalho são autônomos e concomitantes e devem ser cumpridos.

Palavras-chave: Jornada. Acordo. Horas Extras. Pagamento.

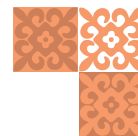
1 Introdução

A jornada de trabalho é objeto de estudo e regulamentação desde o prelúdio do direito laboral, desde a indignidade do trabalho subordinado durante o surgimento das grandes indústrias até os dias atuais. Por um lado a limitação da duração da jornada de trabalho tem a finalidade de terminar ou reduzir as condições degradantes do trabalho, por outro lado visa garantir o direito ao descanso para o desenvolvimento da pessoa humana no âmago da sua personalidade. Por ambas perspectivas a limitação da duração da jornada de trabalho tem como ponto de partida a garantia ao trabalhador da preservação da saúde e de uma vida com dignidade.

Partindo desse pressuposto, busca-se analisar a regulamentação da jornada de trabalho geral – com oito horas diárias e quarenta e quatro horas semanais – no ordenamento jurídico brasileiro, a fim de compreender se a jurisprudência pátria, à luz da Constituição Federal, respeita as premissas que impõem limites à duração da jornada de trabalho.

Para tanto, faz-se imperioso estudar os parâmetros limitadores da jornada de trabalho, a possibilidade de flexibilização dos limites impostos, a jornada extraordinária e a remuneração das horas excedentes. A proposta do presente estudo, assim, é analisar criticamente a construção jurisprudencial pátria sobre a possibilidade de flexibilização da jornada de trabalho, bem como a remuneração das horas extraordinárias quando inválido o acordo de compensação de jornada, sob a ótica da Constituição de 1988.

¹ Advogado. E-mail: mcoutinhovieira@gmail.com



2 Jornada de trabalho

A origem etimológica da palavra jornada está no provençal, de *jorn*, e no latim, de *diurnus*. No italiano a palavra jornada advém da palavra *dia*, onde *giorno* está para dia e *giornata* está para jornada. Igualmente ocorre no idioma francês, onde *jour* está para dia e *journée* para jornada. Assim, de modo geral e em essência, jornada corresponde à trajetória diária, ao que é diário.

Entretanto na língua portuguesa e no direito brasileiro a palavra jornada assume maior amplitude temporal, de modo a abranger lapsos semanais, conforme reconhecido pelo legislador no art. 59, § 2º, da CLT. A respeito do significado da palavra jornada, Sadi Dal Rosso afirma que “constitui uma particularidade da língua portuguesa o uso da expressão para designar tempo de trabalho, qualquer que seja a medida de duração.” (ROSSO, 1996, p. 43, apud DELGADO, 2010, p. 787)

Em sentido semelhante àquele apresentado por Sadi Dal Rosso para o significado de jornada, a duração do trabalho é a noção mais ampla e abrange dos distintos módulos temporais. Assim, a duração do tempo de trabalho pode tomar como parâmetro o dia, a semana, o mês e o ano, bem como se limita pelos intervalos para descanso e pode ser definida por convenções coletivas de trabalho.

2.1. Conceito

Do ponto de vista da legislação trabalhista pátria, jornada de trabalho é a extensão temporal da disponibilidade da força de trabalho do empregado ao empregador modulada em dia ou em semana. Entretanto a doutrina brasileira converge para o conceito de jornada de trabalho apenas na amplitude diária.

Sério Pinto Martins (2015, p. 564) preceitua que a “jornada de trabalho é a quantidade de labor diário do empregado”. Entretanto o autor ressalta que o conceito de trabalho deve ser analisado sob o prisma do tempo efetivamente trabalhado, do tempo à disposição do empregador e do tempo *in itinere*. A legislação brasileira, via de regra, admite como tempo de trabalho aquele posto à disposição do empregador (art. 4º da CLT), acolhendo também o tempo *in itinere* como tempo de trabalho, conforme art. 58, § 2º, da CLT.

Para Mauricio Godinho Delgado (2010, p. 782), “jornada de trabalho é o lapso temporal diário em que o empregado se coloca à disposição do empregador em virtude do respectivo contrato”. Vale ressaltar o seguinte trecho da lição do mencionado autor:

A jornada mede a principal obrigação do empregado no contrato – o tempo de prestação de trabalho ou, pelo menos, de disponibilidade perante o empregador. (...) É a jornada, portanto, ao mesmo tempo, a medida da principal obrigação obreira (prestação de serviços) e a medida da principal vantagem empresarial (apropriação dos serviços pactuados). Daí sua grande relevância no cotidiano trabalhista e no conjunto das regras inerentes ao Direito do Trabalho. (DELGADO, 2010, p. 900)

Conforme lição de Alice Monteiro de Barros (2013, p. 522), jornada de trabalho é o “período durante um dia, em que o empregado permanece à disposição do empregador, trabalhando ou aguardando ordens”.

Amauri Mascaro Nascimento (2014, p. 794), em tom diferenciado, define jornada de trabalho como o “estudo dos critérios básicos destinados a esse fim, a saber, o que é e o que não é incluído no tempo de trabalho”.

2.2. Natureza jurídica

Com respeito à natureza jurídica da jornada de trabalho, verificam-se elementos de ordem pública e privada. Por um lado, as normas jurídicas estatais que regem a estrutura e dinâmica da duração do trabalho são normas imperativas e prevalecem à vontade das partes na relação individual de trabalho. Por outro lado, existem normas de natureza privada, uma vez que se verificam as regulamentações criadas por norma coletiva de trabalho, ou as partes podem estipular jornadas inferiores aos limites previstos na legislação.

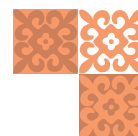
2.3. Limites e flexibilização da jornada de trabalho

O presente trabalho se restringe à análise da jornada de trabalho comum ordinária, pela qual o empregado se obriga a prestar oito horas de serviço diário e quarenta e quatro semanais, conforme previsão do art. 7º, XIII, da Constituição. Assim, tem-se que a jornada de trabalho extraordinária consiste nas horas laboradas além dos limites legais estabelecidos de oito horas diárias e quarenta e quatro horas semanais, ressalvadas as jornadas especiais estabelecidas por lei ou norma coletiva.

A limitação à duração da jornada de trabalho, segundo Sérgio Pinto Martins (2015, p. 566), tem como fundamentos os aspectos a) biológicos, relacionados à fadiga após à oitava hora diária; b) sociais, com respeito à garantia de tempo de convívio familiar, de relacionamento com outras pessoas, para educação e lazer; c) econômico, a fim de distribuir entre maior número de pessoas as vagas de emprego existentes; d) humanos, com respeito à redução da taxa de acidentes e efeitos degradantes que podem decorrer da relação de trabalho.

No final do século XIX cresceu a ideia do limite da jornada de oito horas diárias de trabalho, conforme registrado por John Rea em sua obra “Eight hours for work”, de 1894, citado por Sangheon Lee, Deirdre McCann e Jon C. Messenger (2009, p. 23):

A ideia do dia de oito horas obteve apoio crescente e seus impactos positivos sobre a produtividade (p. ex., o dia de oito horas paga-se por si mesmo) foram registrados em várias experiências pioneiras, eloquentemente sintetizadas por John Rea em seu livro, então famoso, *Eight hours for work* (Rae, 1894). Nesse processo, tanto o papel dos sindicatos quanto dos empregadores “esclarecidos” foi decisivo, haja vista que, de forma bem sucedida, chamaram a atenção para os custos “sociais” das jornadas de trabalho extensas e mobilizaram pressões políticas para reduzi-las. Tudo isso, enfim, abriu caminho para a adoção da primeira convenção internacional do trabalho, em 1919, – a Convenção sobre as Horas de Trabalho (Indústria), 1919 (n.º 1) –, que estabelece o princípio das “oito horas por dia e 48 horas por semana”. Tal progresso foi acompanhado



pelo reconhecimento do valor econômico do lazer, refletido na declaração de Henry Ford de que “um operário pouco usaria um automóvel se tivesse de permanecer na fábrica desde o alvorecer até o anoitecer” (FORD, 1926: 614).

Assim, é possível afirmar que a limitação à duração da jornada de trabalho, apesar de debatida anteriormente, surgiu como uma conquista social de caráter extranacional com o advento da Organização Internacional do Trabalho – OIT, que na Convenção nº 1 de 1919 fixou como adequada a jornada de trabalho de oito horas diárias e quarenta e oito semanais. No Brasil, esse entendimento foi adotado pela Consolidação das Leis Trabalhistas em 1943, que limitou a jornada de trabalho a quarenta e oito horas semanais, ainda que em 1935 a OIT tivesse produzido a Convenção nº 47 que recomendava a jornada de trabalho semanal de quarenta horas. Posteriormente, no Brasil, a Constituição de 1988 adotou como critério geral limitador da jornada de trabalho o parâmetro diário de oito horas e semanal de quarenta e quatro horas.

Cumprir frisar que os limites diário e semanal da jornada de trabalho são relativamente absolutos e estão sujeitos à possibilidade de variação estabelecida em lei. Por isso os limites à duração da jornada de trabalho podem ser objeto de flexibilização.

A flexibilização na doutrina trabalhista pode ser conceituada como “a ampliação da liberdade na aplicação da norma jurídica” (MORATO, 2003, p. 110). A flexibilização, dentro do contexto da globalização neoliberal, surge no intuito de afastar a rigidez da legislação protetiva justificando-se na crise econômica ou necessidade de maiores produtividade e margens de lucro.

Entretanto, a flexibilização de um direito trabalhista deve observar a natureza da norma que o institui, pois a modelação de direitos por instrumento particular não pode alterar normas de ordem pública em razão da indisponibilidade do direito.

O direito à vida, por exemplo, é um direito natural que nasce com o ser humano e a partir dele é possível exercer os demais direitos, por isso deve ser colocado em patamar superior, conforme concebido pelo art. 5º da Constituição de 1988, que o declarou como um direito inviolável. Assim, pode-se afirmar que o direito à vida foi instituído por uma norma de ordem pública e, portanto, é um direito indisponível. Contudo a palavra “vida” não traduz a inteireza do direito, pois o sentido da vida se completa com outros direitos como os direitos à saúde e a dignidade.

Sebastião Geraldo de Oliveira (1998, p. 98) afirma que o trabalhador não pode exercer o trabalho em detrimento da perda da saúde, sem a qual o direito à vida não se sustenta. “Por essa razão, cada vez mais, as normas legais no mundo inteiro estão associando o trabalho humano à honra, à proteção jurídica, à dignidade, à realização pessoal, a valor e a dever.” (OLIVEIRA, 2011, p. 106)

Os limites da jornada de trabalho, por sua vez, tem como fundamento a proteção à saúde do trabalhador, garantia do tempo de 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.

Entretanto, no ordenamento jurídico brasileiro, as normas que instituíram os limites à duração da jornada de trabalho estabeleceram possibilidade de flexibilização dos limites impostos, consoante se observa do art. 7º, inciso XIII, da Constituição Federal.

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

(...)

XIII - duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho;

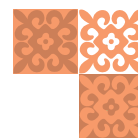
Observa-se que, segundo a Carta Magna, a compensação de horários e a redução da jornada estão facultadas à elaboração de acordo ou convenção coletiva de trabalho. Em convergência, a CLT estabelece que é possível haver compensação das horas extraordinárias de um dia com a redução da jornada de outro dia por meio de acordo ou convenção coletiva de trabalho, desde 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 (art. 59, caput e § 2º, da CLT).

Destaca-se, conforme lição de Mauricio Godinho Delgado (2010, p. 800), que a flexibilização e transação no que concerne à duração do trabalho é regida pelo princípio da adequação setorial negociada.

Pelo princípio da adequação setorial negociada as normas autônomas juscoletivas construídas para incidirem sobre uma certa comunidade econômico profissional podem prevalecer sobre o padrão geral heterônomo justralhista desde que respeitados certos critérios objetivamente fixados. São dois esses critérios autorizativos: a) quando as normas autônomas juscoletivas implementam um padrão setorial de direitos superior ao padrão geral oriundo da legislação heterônoma aplicável; b) quando as normas autônomas juscoletivas transacionam setorialmente parcelas justralhistas de indisponibilidade apenas relativa (e não indisponibilidade absoluta). (DELGADO, 2010, p. 800)

Pelo princípio da adequação setorial negociada, a flexibilização da jornada de trabalho deve atentar ao critério autorizativo da disponibilidade relativa conferida por lei, conforme expressa previsão do art. 7º, inciso XIII, da Carta Magna, e art. 59, caput e § 2º da CLT.

Assim, apesar da legislação pátria ter seguido em parte as determinações da OIT quanto aos limites da jornada de trabalho diária e semanal, percebe-se que existe a possibilidade de flexibilização destes limites, devendo-se, para tanto, observar os critérios estabelecidos em lei, conforme o princípio da adequação setorial negociada.



2.4. Horas extras

Horas extras, ou jornada de trabalho extraordinária, ou jornada suplementar ocorre quando o empregado disponibiliza ao empregador tempo de trabalho além dos limites da jornada de trabalho padrão, estabelecida em lei ou cláusula de negociação coletiva. “É a jornada cumprida em extrapolação à jornada padrão aplicável à relação empregatícia concreta.” (DELGADO, 2010, p. 835)

Segundo Alice Monteiro de Barros (2011, p. 525), “a hora extra é conceituada como o trabalho realizado em sobretempo à jornada normal do empregado, seja ela legal ou convencional”.

Segundo a mencionada autora, as horas extras têm caráter de verba salarial, visto que geram a contraprestação pecuniária pelo tempo de labor despendido pelo empregado, ainda que extraordinariamente. Ademais, as horas extras habituais prestadas 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 e feriados (art. 7º da Lei nº 605, de 1949 e Súmula n. 172 do TST) e etc.

Entretanto, Mauricio Godinho Delgado (2010, p. 836) e Amauri Mascaro Nascimento (1994, p. 251) afirmam que a noção de jornada extraordinária se estabelece em função da ultrapassagem da fronteira normal da jornada, sendo a remuneração adicional apenas um efeito da sobrejornada. Assim, para os autores citados, a sobrejornada não se verifica pelo pagamento do adicional de salário, visto que, inclusive, existe a possibilidade do regime de compensação de horas extravagantes mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho.

Verifica-se, que a jornada de trabalho extraordinária se estabelece em função da ultrapassagem dos limites estabelecidos por lei ou norma coletiva de trabalho. Entretanto, quando verificado o labor extravagante habitual fora do regime compensatório, a contraprestação assume natureza salarial, posto que repercute sobre o cálculo de parcelas reflexas.

Nesse sentido, cumpre repisar que o inciso XIII do art. 7º da Constituição estabelece como limite à duração da jornada de trabalho o parâmetro diário de oito horas e semanal de quarenta e quatro horas. Assim, via de regra, deve ser considerada como hora extraordinária aquela que ultrapassar a oitava diária e a quadragésima quarta semanal.

O inciso XIII do art. 7º não criou uma alternatividade para os limites impostos à duração da jornada de trabalho. Eles coexistem por força da norma constitucional citada. Portanto ainda que a hora excedente à oitava hora diária respeite o limite de quarenta e quatro horas de labor semanal, esta deverá ser computada como hora extra e remunera com o adicional não inferior a 50% (art. 7º, XVI, da CF/88), ressalvados os casos de sistema válido de compensação de jornada.

3 Regime de compensação de jornada

O regime de compensação de jornada de trabalho 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. Trata-se de um importante instrumento concebido pela Constituição de 1988 no conjunto de regras cogentes concernentes à duração do trabalho. Entretanto, ainda hoje, existem divergências doutrinárias sobre o tratamento fixado pela ordem constitucional.

Inicialmente, ressalta-se que mesmo em período anterior à edição da Lei nº 9.601/98, que regulamentou o sistema de compensação de jornada de trabalho, também denominado banco de horas ou regime anual de compensação, a doutrina e a jurisprudência eram minoritárias em admitir a compensação de jornada mediante acordo tácito entre empregado e empregador (bilateral).

Hodiernamente o debate questiona se existe necessidade de acordo coletivo ou meramente bilateral escrito entre as partes da relação de emprego para a implantação do regime compensatório e o que descaracterizaria 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.

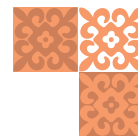
Para compreender esse tema, faz-se imperioso elucidar que, embora a doutrina não seja clara a esse respeito, a jurisprudência vem firmando o entendimento de que existem duas modalidades de compensação: a compensação intrasemanal e a compensação anual (art. 59, § 2º, da CLT).

A primeira modalidade de compensação (intrasemanal) não tem previsão legal e ocorre quando o empregado tem a jornada de trabalho estendida nos dias da semana para não trabalhar aos sábados, laborando semanalmente quarenta e quatro horas. Usualmente, o empregador exige que os empregados trabalhem oito horas e quarenta e oito minutos por dia, de segunda a sexta feira, ou nove horas de segunda a quinta feira, a fim de que a empresa não funcione aos sábados, tendo aproveitado um total de quarenta e quatro horas de trabalho ao final da semana dos empregados sujeitos à compensação da jornada.

A segunda modalidade de compensação, denominada regime de compensação anual ou banco de horas, foi instituída pela Lei nº 9.601/98 que alterou o § 2º do art. 59 da CLT. Nessa modalidade de compensação, os trabalhadores podem ser submetidos a longos períodos de sobrejornada, respeitado o limite diário de dez horas, para a compensação em outros períodos, com mais dias de folga ou redução da jornada diária de trabalho.

Sobre a pacífica distinção na jurisprudência entre as duas modalidades de compensação de jornada, colaciona-se o seguinte julgado do TST:

RECURSO DE REVISTA. HORAS EXTRAORDINÁRIAS. BANCO DE HORAS. ARTIGO 59, § 2º, DA CLT. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA Nº 85 DO C. TST. O regime de banco de horas previsto no artigo 59, § 2º, da CLT, é



incompatível com a aplicação da Súmula nº 85 do c. TST. Esta trata de acordo de compensação com limite de jornada máxima semanal, e pode ser implido por acordo individual. Aquele possui padrão anual de compensação, com observância do limite de 10 horas diárias de trabalho, e, obrigatoriamente, deve ser implantado mediante norma coletiva. Assim, verificada a nulidade do banco de horas, não há que se falar em pagamento apenas do adicional de horas extraordinárias. Precedentes. Recurso de revista não conhecido. (...)

(TST - RR: 2140900972006509 2140900-97.2006.5.09.0006, Relator: Aloysio Corrêa da Veiga, Data de Julgamento: 09/02/2011, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 18/02/2011)

O sistema compensatório infraconstitucional estabelecido pela Lei nº 9.601/98 fixou como marco temporal para a compensação o parâmetro anual, alterando a redação do art. 59, § 2º, da CLT, para fazer constar “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 (...)” (grifos acrescentados).

O regime de banco de horas ou acordo de compensação anual, por seu turno, foi criado para proteger as empresas que têm acréscimo de produção sazonal ou sujeitam-se a ciclos conjunturais. Nessas ocasiões as compensações semanais ou mensais não suprem a necessidade de variação na produção, pautadas nas condições de mercado. A dispensa e contratação de empregados, segundo a variação da produção, implicam em grandes custos com treinamentos e indenizações. Assim, há a possibilidade de adequar melhor a produção à conjuntura econômica de determinado setor produtivo, por meio da aplicação do sistema de compensação em um ano. (MARTINS, 2015, p. 588)

A alteração legislativa citada permitiu que a compensação das horas extravagantes fosse feita dentro do período máximo de um ano. Ademais, com o advento da Lei nº 9.601/98, para a validade da compensação de jornada deve ser observado o limite diário de dez horas de trabalho e a jornada total a ser compensada não pode ultrapassar a soma das jornadas semanais dentro do referido ano.

Após a Lei nº 9.601/98 se permitiu que a compensação fosse manejada em períodos excessivos, o que se tornou prejudicial ao trabalhador. Após a citada lei, autorizou-se a possibilidade de compensação após longos períodos contínuos de sobrejornada diária, podendo provocar danos à saúde e à segurança do trabalhador. Assim, não se pode cogitar que a implantação de um novo regime compensatório prejudicial à saúde e segurança do trabalhador, redutor de direitos e vantagens trabalhistas, fosse pactuado sem negociação coletiva. “Insta-se, por fim, que não sendo o regime compensatório anual (banco de horas) efetivamente pactuado de forma regular não pode ser sequer considerado (art. 7º, XXII, CF/88) em situações de ausência do título jurídico negocial coletivo”. (DELGADO, 2010, p. 816)

Mauricio Godinho Delgado (2010, p. 814) confirma o posicionamento acima apresentado ao referir-se ao regime de compensação anual:

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, 2010, p. 814)

Destaca-se que os itens I e II da Súmula nº 85 do TST reputam validade ao acordo individual para compensação de horas, ainda que habitualmente, salvo se houver norma coletiva em sentido contrário. Esse entendimento é aplicável ao acordo de compensação de jornada intrassemanal, não ao regime de compensação anual – banco de horas.

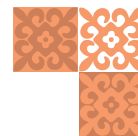
Entretanto, quanto à necessidade de norma coletiva de trabalho para validação do regime compensatório intrassemanal, deve ser observado o inciso XIII do art. 7º da Constituição Federal e suas interpretações sistemática e literal. Nesse sentido, os apontamentos de Sérgio Pinto Martins apresentam-se como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

Entendo que 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 imediatamente anterior, que é feminina, mas aquela se refere também ao acordo. Por esse raciocínio, o acordo deve ser coletivo e não individual.

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 Lapa (1984:228) indica os seguintes exemplos: “Isso requer estudo e paciência demorada;” “O estudo e a profissão monástica.” (MARTINS, 2015, p. 586)

Observa-se, portanto, que no inciso XIII o constituinte pretendeu apresentar sinônimo para as mesmas expressões que se referem a acordo coletivo e convenção coletiva de trabalho, tal qual nos incisos VI, XIV, XXVI do mesmo art. 7º, empregando expressões diferentes, porém com o mesmo significado, evitando, com isso, a repetitividade. Com base nos dados apresentados seria possível afirmar que o legislador constituinte quis empregar o significado de acordo coletivo no inciso XIII do art. 7º, até mesmo para prestigiar a participação dos sindicatos nas transações de direitos sociais (art. 8º, VI, da Constituição).

Por outro lado, há que se frisar o cunho social da Constituição de 1988, que trouxe para a base do Texto Magno garantias e direitos individuais e coletivos como fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º da CF/88), dentre os quais incluem-se os direitos trabalhistas dos arts. 7º ao 11 da Constituição.



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 inscrito no 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.

Assim, cumpre reafirmar que o acordo de compensação intrasemanal poderia ser pactuado tão somente debaixo do manto da negociação coletiva, por ser a melhor interpretação literal, sistemática e teleológica do art. 7º, inciso XIII, da CF/88, bem como por inexistir regulamentação infraconstitucional em sentido diverso, embora esse não seja o entendimento prevalecente na jurisprudência.

Há que se considerar, ainda, que a construção jurisprudencial brasileira, geradora da Súmula nº 85 do TST, ao admitir ser benéfico ao trabalhador a prorrogação da jornada diária além da 8ª hora, habitualmente, desconsidera os inúmeros estudos que fixaram o período de oito horas como o limite para a jornada diária de trabalho, visando preservar a saúde e a segurança do trabalhador. Nesse sentido, foram editadas as Convenções nº 1 e nº 19 da OIT, de 1919 e 1935, respectivamente.

Sebastião Geraldo Oliveira (2011, 142) assevera:

Um processo prolongado de fadiga induz à instalação da fadiga crônica, que não cede nem mesmo com o repouso diário. Esse quadro de fadiga patológica compromete o sistema imunológico, deixando o trabalhador muito mais vulnerável às doenças, além de produzir insatisfação com o serviço, absentéismo, baixa produtividade e maior número de acidentes de trabalho. (...) a fadiga não ocorre somente nos trabalhos manuais que empregam força física. Os fisiologistas dão conta do aparecimento da fadiga, com intensidade semelhante, nos trabalhos que envolvem esforço mental, especialmente quando executado sob tensão ou mesmo nos trabalhos monótonos e repetitivos. (OLIVEIRA, 2011, p. 142)

Segundo Jorge Luiz Souto Maior (2000, p. 156), a flexibilização, que em princípio deveria ser aplicada em momentos de crise econômica, tem sido empregada indiscriminadamente e tem atingindo países em que a crise econômica não é o ponto de partida. O autor afirma: “sob a perspectiva de países em desenvolvimento, como o Brasil, a questão da flexibilização do direito do trabalho, como já dito, aparece como fator de favorecimento da competição no mundo globalizado, mas, concretamente, não gera qualquer desenvolvimento”.

José Eduardo Alcântara (2003, p. 104) assevera que o barateamento do trabalho suplementar por meio da flexibilização da jornada de trabalho “tem sido admitido sem discussão sobre o desgaste e os malefícios decorrentes da prestação de trabalho além de oito horas diárias, limite sustentado internacionalmente por relevantes fundamentos biológicos e sociais”.

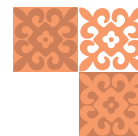
Estudos do Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos – DIEESE – (2007, p. 21) apontam que, com exceção das conquistas obtidas em acordos ou convenções coletivas, desde a Constituição de 1988, praticamente todas as alterações nos direitos trabalhistas foram no sentido de diminuir direitos e/ou de intensificar o ritmo de trabalho. Em contrafluxo ao movimento global para a redução da jornada de trabalho, a utilização da hora extra no Brasil não tem o caráter de excepcionalidade. A legislação que impõe limites à jornada de trabalho teve a intensão de criar a jornada padrão, abrindo a possibilidade de sua extensão em casos excepcionais.

Ademais, segundo lição do Ministro Cláudio Mascarenhas Brandão (2009) é pouco debatido na doutrina trabalhista a relação entre o excesso de jornada e a ocorrência de acidentes de trabalho. Após analisar os dados estatísticos (assustadores) referentes ao aumento do índice de acidente de trabalho com a identificação do Nexo Técnico Epidemiológico, o autor afirma que “a implementação de políticas de gestão empresarial voltadas a assegurar, de modo efetivo, a concessão do descanso e minimizar as situações de ocorrência de sobrejornada deve ultrapassar os umbrais da empresa e ser vista como política de saúde pública”.

Por isso o presente trabalho 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). Não é aceitável a ampliação da jornada de trabalho sem a análise adequada da necessidade (análise econômica do mercado e da empresa) e das repercussões negativas para a saúde e segurança do trabalhador. 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.

Aponta-se que o acordo de compensação individual poderia ser concebido, na forma do item II da Súmula nº 85 do TST, quando em casos esporádicos e pontuais. Um exemplo clássico para a possibilidade de aplicação do acordo individual de compensação de jornada ocorreria quando um feriado ocorresse em dia de sexta-feira e, para não terem que trabalhar ao sábado, os empregados ampliariam a jornada diária em uma hora, de segunda a quinta-feira, mediante acordo individual de compensação assinalado entre empregado e empregador.

Assim, a única forma de compensação de jornada regulamentada e autorizada na legislação infraconstitucional é o regime de compensação anual, ou banco de horas, prevista no art. 59, § 2º, da CLT, que requer a instrumento de negociação coletiva para que tenha validade. Todas as demais modalidades de compensação de jornada de trabalho deveriam estar sujeitas à negociação coletiva para que produzam efeitos no âmbito jurídico, ao som do art. 7º, inciso XIII, da Constituição.



4 O pagamento das horas extras em caso de desconsideração do acordo de compensação individual

As horas extras, como o tempo de labor acima do limite legal ou convencionalmente estabelecido, devem ser remuneradas em uma parcela supra salarial. Após a Constituição de 1988, o empregado deve receber o pagamento das horas extraordinárias acrescidas do adicional de 50% do valor da hora normal (art. 7º, XVI, da CF), quando houver labor extraordinário, além do salário pago como contraprestação pelo tempo regular de trabalho.

A Súmula nº 85 do TST predica que é válido o acordo individual escrito para a compensação da jornada de trabalho que não caracterize o regime anual de compensação – banco de horas (itens I, II e V). Entretanto quando houver a prestação de horas de labor além do regime de compensação acordado entre as partes (horas extras), com habitualidade, é descaracterizado acordo de compensação, segundo o item IV do referido Enunciado do TST.

Contudo, apesar das horas extras habituais descaracterizarem a validade do acordo de compensação de jornada, segundo o item IV da Súmula nº 85 do TST, as horas que ultrapassarem o limite constitucional de oito horas diárias, mas respeitarem o limite semanal de quarenta e quatro horas, não serão remuneradas, sendo devido somente o adicional da hora extra previsto em lei ou em convenção coletiva de trabalho.

Na lição de Alice Monteiro de Barros (2011, p. 534), o labor extraordinário habitual descaracteriza o acordo de compensação de jornada e, nesse caso, “as horas que ultrapassarem o módulo de 44 horas semanais serão pagas como horas extras e aquelas objeto de compensação serão pagas apenas com o adicional pelo trabalho extraordinário”.

Maurício Godinho Delgado (2010, p. 818-819) afirma que, tratando-se do clássico regime de compensação intrassemanal (figura anterior à Lei n. 9.601/98), a falta do acordo bilateral escrito válido impõe apenas o pagamento do adicional relativo às horas que extrapolem a jornada padrão. “Não são devidas as próprias horas suplementares, já que regularmente pagas pelo salário quitado: é que a duração padrão semanal do trabalho (no caso de compensação intrassemanal) ou a duração mensal padrão (no caso de compensação entre semanas) não foi ultrapassada”.

Nesse sentido está posto o item IV da Súmula nº 85 do TST, que assim dispõe:

Súmula nº 85

(...)

IV. A prestação de horas extras habituais descaracteriza o acordo de compensação de jornada. Nesta hipótese, as horas que ultrapassarem a jornada semanal normal deverão ser pagas como horas extraordinárias e, quanto àquelas destinadas à compensação, deverá ser pago a mais apenas o adicional por trabalho extraordinário.

Entretanto, segundo Vólia Bomfim Cassar (2014, p. 683-685), nos casos de anulação de acordo de compensação de jornada por horas extras habituais, existem três correntes interpretativas aplicáveis. Para entender as louváveis ponderações da mencionada autora, recriamos aqui o exemplo utilizado em sua obra.

Ex.: Um empregado contratado para trabalhar 44 horas semanais, sendo nove horas de segunda a quinta feira, e oito horas na sexta feira, tudo para compensar o sábado não trabalhado, conforme acordo de compensação. Todavia habitualmente esse trabalhador labora oito horas aos sábados, descumprindo o acordo de compensação.

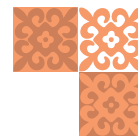
Para essas condições, a 1ª corrente afirma que as horas laboradas além da oitava diária devem ser consideradas como horas extras e remuneradas somando-se o valor da hora com o acréscimo do adicional de no mínimo 50%. Ademais, para esta linha interpretativa, quando a compensação do labor extraordinário durante a semana se destinar a evitar o trabalho aos sábados e houver a anulação do acordo de compensação de jornada, qualquer trabalho sabático implica em horas extras, independentemente do limite semanal da jornada de trabalho. Aplica-se, nesse caso, a condição mais benéfica ao trabalhador que não foi contratado para laborar aos sábados.

Para a 1ª corrente, nos termos do exemplo citado, o trabalhador faria jus a 4 horas extras de segunda a quinta feira e mais 8 horas extras aos sábados, somando um total de 12 horas extras por semana acrescidas do adicional de 50%. Esse entendimento é adotado pela Autora e sugerido no presente trabalho como a melhor interpretação legal para a remuneração das horas extraordinárias, com a aplicação análoga da Súmula nº 199, I, do TST, quando houver a anulação do acordo de compensação de jornada.

A 2ª vertente afirma ser nulo o acordo de compensação, mas não a fixação da jornada semanal de 44 horas. Assim, seriam devidas as horas extras além da 8ª diária, de segunda a quinta feira, bem como as horas que ultrapassassem a 4ª hora de trabalho aos sábados, gerando um total de 8 horas extras por semana.

A 3ª posição, adotada no Verbete nº 85 do TST e em boa parte da doutrina, afirma que as horas que excedem a 8ª diária, de segunda a quinta feira, já foram remuneradas em face do salário ajustado para as 44 horas semanais (sob pena de bis in idem). Todavia, como o labor ultrapassou de fato o limite legal de 8 horas e havendo a anulação do acordo de compensação, será devido o adicional das horas que excederam o limite diário, de segunda a quinta feira, bem como todas as horas extras do sábado acrescidas do adicional de 50%. Neste caso, há a obrigação de remunerar 8 horas extras acrescidas do adicional (mínimo) de 50%, mais o adicional de horas extras incidente sobre 4 horas (de segunda a quinta feira).

Apesar do posicionamento sumulado e acompanhado por doutrinadores renomados, este trabalho diverge da citada lógica aplicada para a remuneração das horas extraordinárias quando o acordo de compensação for desconsiderado, por entender ser mais adequada a aplicação da 1ª corrente interpretativa acima citada.



Ressalta-se que, segundo a Constituição de 1988, art. 7º, inciso XIII, existem dois limites concomitantes impostos à duração da jornada de trabalho, o limite diário e o limite semanal e ambos devem ser observados como reguladores autônomos da jornada de trabalho.

Assim, quando desconsiderado o acordo de compensação, devem ser reconhecidas como horas extraordinárias todas aquelas que ultrapassarem a oitava diária e quadragésima quarta semanal, bem como devem ser remuneradas, além do salário regular do empregado, acrescida do adicional previsto em lei ou convenção coletiva de trabalho, por ser a melhor interpretação à luz da Constituição Federal de 1988.

5 Conclusão

Após observar a origem e finalidade dos limites impostos à duração da jornada de trabalho – termo abrangente à duração diária e semanal do trabalho –, é possível concluir que a Súmula nº 85 do TST afigura-se em dissonância com o inciso XIII do art. 7º da CLT, a partir da interpretação literal, sistemática e teleológica desse dispositivo, por autorizar a flexibilização habitual dos limites da jornada de trabalho sem a proteção da negociação coletiva.

Ademais, sendo inválido o acordo individual de compensação de jornada, todas as horas excedentes à oitava hora diária e à quadragésima quarta semanal devem ser remuneradas como horas extras acrescidas do adicional previsto em lei ou em norma coletiva de trabalho, se esta última for mais benéfica. Essa conclusão contraria em parte o item IV da Súmula nº 85 do TST pela primazia da norma instituída pelo art. 7º, inciso XIII, da Constituição.

Referências

ALCÂNTARA, José Eduardo. **Flexibilidade da jornada de trabalho: uma abordagem crítica**. In: DELLA-GRAVE NETTO, José Affonso (Coord.), Direito do trabalho contemporâneo: flexibilização e efetividade. São Paulo: LTr, 2003, p. 68-113.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 7. ed. São Paulo: LTr, 2011.

BRANDÃO, Cláudio Mascarenhas. **Jornada excessiva de trabalho provoca acidentes** (2009). Revista Consultor Jurídico [On Line]. 20 de outubro de 2009. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2009-out-20/jornada-excessiva-trabalho-provoca-acidentes-tira-dignidade>. Acesso em 17 de março de 2015.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. 9. ed. São Paulo: Método, 2014.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 9. ed. São Paulo: LTr, 2010.

DEPARTAMENTO INTERSINDICAL DE ESTATÍSTICA E ESTUDOS SOCIOECONÔMICOS (2007), Sistema de informações para acompanhamento das negociações coletivas no Brasil: a jornada de trabalho no Brasil. Disponível em: http://portal.mte.gov.br/data/files/FF8080812BA5F4B7012BAB0CD8FE72AD/Prod02_2006.pdf. Acesso em 15 de março de 2015.

LEE, Sangheon; MCCANN, Deirdre; MESSENGER, Jon C. **Duração do Trabalho em Todo o Mundo: Tendências de jornadas de trabalho, legislação e políticas numa perspectiva global comparada**. Secretaria Internacional de Trabalho. Brasília: OIT, 2009. E-Book. ISBN: 978-92-2-819311-4; 978-92-2-819312-1. Disponível em: http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/work_hours/pub/duracao_trabalho_284.pdf. Acesso em 06 de março de 2015.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. **O direito do trabalho como instrumento de justiça social**. São Paulo: LTr, 2000.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MORATO, João Marcos Castilho. **Globalismo e flexibilização trabalhista**. 1. ed. Belo Horizonte: Inédita, 2003.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho : relações individuais e coletivas do trabalho**. 26. ed. – São Paulo: Saraiva, 2014.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao direito do trabalho**. 21. ed. São Paulo: LTr, 1994.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. **Proteção jurídica à saúde do trabalhador**. 6. ed. São Paulo: LTr, 2011.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 5ª Turma. **Acórdão em Embargos de Declaração** – Recurso de Revista nº 194.186/95.4. Relator: Min. Milton de Moura França. Publicado no DJ de 27/10/2000, p. 543. Disponível em: <http://brs02.tst.jus.br/cgi-bin/nph-brs?s1=229603.nia.&u=/Brs/it01.html&p=1&l=1&d=blnk&f=g&r=1>

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 6ª Turma. **Acórdão em Recurso de Revista nº 2140900-97.2006.5.09.0006**. Relator: Min. Aloysio Corrêa da Veiga. Publicado no DEJ de 18/02/2011. Disponível em:

<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%202140900-97.2006.5.09.0006&base=acordao&numProcInt=176656&anoProcInt=2010&dataPublicacao=18/02/2011%2007:00:00&query=>