

SISTEMA LEGAL DISCIPLINADOR DA DURAÇÃO DO TRABALHO: ARTIGO 57 E SEQUINTE DA CLT

Carmen Camino*

1 – O PORQUÊ DESTE ESTUDO

Não nos propomos, no presente estudo, ao enfrentamento exaustivo, tampouco acadêmico, do capítulo da duração do trabalho. A ideia de desenvolvê-lo nasceu da constatação do conhecimento superficial do sistema da Consolidação, especialmente por aqueles aos quais estão afetas as responsabilidades de gerenciar as jornadas de trabalho. O fato da legislação do trabalho ser de domínio comum tem constituído o maior empecilho do seu estudo enquanto ciência. Nosso propósito é o de possibilitar a compreensão do sistema de duração do trabalho disposto na CLT para os trabalhadores sujeitos à jornada comum, cuja estrutura também se estende, feitas as devidas adequações, para aqueles contemplados com jornada especial, *ex vi legis*, e jornada reduzida¹.

2 – CAMPOS DE INVESTIGAÇÃO

A duração do trabalho não se resume à limitação da jornada. Pressupõe conjunto de regras de cuja harmoniosa integração emerge complexo sistema, umbilicalmente vinculado às diversas formas de execução do contrato de trabalho. Sem a compreensão da natureza dessas diversas formas pelas quais o contrato de trabalho pode se manifestar no plano da eficácia, a percepção do sistema legal que disciplina a duração do trabalho não é completa e dessa deficiência de percepção resultam os erros tão comuns do dia a dia que todos conhecemos.

O legislador, ao estabelecer a disciplina da duração do trabalho, elegeu o tempo em que o empregado permanece à disposição do empregador como

* Desembargadora federal do trabalho aposentada da TRT da 4ª Região; professora de Direito do Trabalho (Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul); advogada especialista em Direito do Trabalho (Porto Alegre).

1 Teremos oportunidade de precisar esses conceitos ao longo deste estudo.

parâmetro universal da determinação “quantitativa”² do contrato de trabalho. O tempo à disposição constitui critério universal porque toda espécie de trabalho e qualquer trabalhador são suscetíveis de, objetivamente, se adequar ao limite temporal: tantas horas, tantos dias, tantos meses, tantos anos. Assim, a definição de jornada está para a definição de tempo de serviço que, no art. 4º da CLT, é o período em que o empregado está à disposição do empregador, aguardando ou executando ordens.

Na busca da abrangente compreensão do sistema, deveremos: 1. partir da ideia de que a execução do contrato de trabalho, embora contínua, sofre intermitências de diferentes intensidades e que essas intermitências são relevantes no plano da sua eficácia; 2. conceituar as distintas formas de execução do contrato de trabalho e como elas atuam no campo da duração do trabalho; 3. ir em busca de definição precisa dos institutos contemplados na legislação no campo da duração do trabalho; 4. adequar às situações especiais o sistema idealizado como regra geral.

É o que buscaremos alcançar, a seguir.

3 – EXECUÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO

Tomaremos como referencial teórico de nossas reflexões a sistematização de José Martins Catharino, em homenagem ao grande mestre que encantou nossa geração e, também, por não termos encontrado, até o presente momento, quem melhor tenha expressado a compreensão do contrato de trabalho em execução.

Como disse Emilio Betti, também invocado por Catharino, a relação jurídica continuada está sujeita a vicissitudes durante o seu ciclo de desenvolvimento desdobrado em várias fases, das quais nascem outras situações jurídicas.³ Sendo de trato sucessivo, o contrato de trabalho, no curso de sua existência, varia na sua intensidade, com momentos “de plena e aguda vivência, de relativa – atingida por ‘vicissitude’ ou adversidade, de repouso ou quietude, como também de ventura extravasante, como se fosse um ente vivo”⁴. Esses momentos são claramente identificados na legislação do trabalho, embora sem sistematização explícita, o que, certamente, tem dificultado a sua compreensão.

Imaginemos o contrato de trabalho a girar em uma órbita, ora sob o foco de uma fonte de luz, ora na mais absoluta sombra. Podemos, então, identificar

2 CATHARINO, José Martins. *Compêndio de Direito do Trabalho*. 2. ed. v. II. São Paulo: Saraiva, 1981. p. 118 e seguintes

3 BETTI, Emilio. *Teoria general del negocio jurídico*. Madrid, p. 32.

4 MARTINS CATHARINO, *op. cit.*, p. 167.

momentos em que esse contrato transita na claridade, com toda a sua materialidade visível ou apenas parte dela. Em outros momentos, transita na zona destituída de luz e nós não o visualizamos, embora conserve toda a sua energia executiva, apto que está a emergir para a claridade e se tornar plenamente visível quando circunstâncias especiais assim o determinarem. Também há momentos em que o contrato permanece numa espécie de penumbra, ainda em condições de ser visualizado, como um vulto. Finalmente, há ocasiões em que esse contrato não pode emergir, não está apto a refletir a luz por ter perdido a sua materialidade. Fiquemos, inicialmente, com esse conjunto de imagens. Elas serão preciosas no auxílio da compreensão das diversas formas pelas quais o contrato de trabalho, no curso de sua vida, poderá se apresentar: em trânsito na luz, total ou parcialmente visível; em trânsito na sombra, invisível, mas com toda a sua materialidade latente; em trânsito numa zona de penumbra, perceptível como um vulto; sem materialidade, impossibilitado de refletir a luz.

Por razões óbvias, o contrato de trabalho, tipicamente de trato sucessivo, não se executa ininterruptamente, daí se cogitar da sua “descontinuidade executiva”⁵. A ideia de descontinuidade executiva deve ser bem entendida: não significa ausências momentâneas de execução do contrato de trabalho, mas formas diferenciadas de execução, em que há descontinuidade do trabalho e não da execução do contrato, porque esta é contínua. Isso quer dizer: estando, o empregado a trabalhar⁶, a execução do contrato de trabalho adquire determinada natureza, distinta daquela em que o empregado está liberado do trabalho, mas tem direito ao salário; ou daquela em que repousa entre uma jornada de trabalho e outra; ou entre um turno de trabalho e outro na mesma jornada; ou, ainda, distinta daquela em que o empregado, embora em repouso, permanece atento ao eventual chamado de seu empregador; ou, ainda, quando tanto o empregado como o empregador estão totalmente liberados de suas obrigações por fatos impeditivos à execução do contrato de trabalho, embora perdue o vínculo contratual. Em todos esses momentos, o contrato está em execução, mas em cada um deles a execução tem natureza distinta e daí resultam efeitos também distintos. A “descontinuidade” é caracterizada, em verdade, pela intermitência do trabalho, na “vida” de um contrato de execução contínua, contudo, mutante.

O contrato de trabalho expressa-se, no mundo jurídico, através de três sinais vitais: o trabalho, o salário e o tempo de serviço, que poderão estar visíveis na sua totalidade, ou parcialmente visíveis, ou totalmente impossibilitados

5 MARTINS CATHARINO, *op. cit.*, p. 167.

6 Não esqueçamos que estar a trabalhar também significa estar à disposição para trabalhar (art. 4º da CLT).

de visualização porque destituídos de sua materialidade. Socorrendo-nos, uma vez mais, da precisão conceitual de Catharino, mas em linha um pouco distinta da sistematização por ele idealizada, dizemos que enquanto qualquer um dos seus três sinais vitais estiver em condições de visibilidade, o contrato de trabalho encontra-se em *execução positiva*⁷, que poderá ser *plena, reduzida, ou reduzidíssima*. Transitando *na luz*, em situação de “plena e aguda vivência” e de “ventura extravasante”, o contrato mostra-se completamente, com todos os seus sinais vitais e máxima potência executiva, em execução positiva plena. No campo legal da duração do trabalho, essa plena visibilidade corresponde à *jornada*, na qual o empregado está à disposição do empregador (trabalho) em troca do salário e o tempo de serviço flui naturalmente. Diante de “contratempos ou peripécias existenciais, mais ou menos adversas”⁸, o contrato poderá se mostrar sob a luz, em situação de *execução positiva*, não plena, mas *reduzida*⁹. Ele ainda é capaz de refletir a luz, mas sem um de seus sinais vitais (o trabalho). Trazendo essa espécie para o âmbito legal da duração do trabalho, estaremos diante dos repousos remunerados tradicionais (semanal, férias), dos feriados, das ditas *ausências legais*¹⁰. Todas essas situações correspondem ao que a legislação define como *interrupção* do contrato individual de trabalho¹¹. Por fim, segundo nossa proposta de sistematização, o contrato de trabalho, ainda em execução positiva, transitará na luz de forma *reduzidíssima*, definida por Catharino como espécie “mista” de execução, por guardar elementos de suspensão e de interrupção¹². Aqui, a materialidade apresenta um debilíssimo sinal de materialidade: somente o tempo de serviço permanece visível¹³.

Estando o contrato a transitar na sombra, sem visibilidade, recolhido e em repouso, defrontamo-nos com a situação de *execução negativa*¹⁴. Se imaginarmos o contrato em constante trânsito entre dois polos, um positivo (na luz) e

7 *Op. cit.*, p. 125.

8 No estilo peculiar e insuperável de Catharino (*op. cit.*, p. 168), daí a transcrição literal.

9 MARTINS CATHARINO, *op. cit.*, p. 169.

10 Vide, entre outros: CLT, art. 129 e seguintes (férias). Ausências legais do empregado: art. 473 da CLT. Repousos remunerados intercalados nas jornadas intermitentes, v.g. CLT, arts. 73, 253, 298, 396. Repouso semanal remunerado e feriados: Lei nº 605/1949. Licença paternidade: ADCT, art. 10, § 1º.

11 CLT, Título I, Capítulo V.

12 *Op. cit.*, p. 169.

13 CLT, arts. 4º, parágrafo único, 131, II, 292 e 392-A (Lei nº 10.421/02); Lei nº 8.213/91, art. 71. Ver, ainda, Decreto nº 99.684/90 (Regulamento do FGTS), art. 28.

14 Não confundir, aqui, com o que Catharino define como “duração em geral em sentido negativo”, (*op. cit.*, p. 134 e seguintes). No referido tópico, o autor refere-se às restrições às situações em que a legislação nega a possibilidade de exigência de trabalho. Em nosso estudo, referimo-nos à execução negativa, enquanto uma das formas pelas quais o contrato de trabalho se apresenta, no curso da sua execução contínua, embora com intermitência do trabalho.

outro negativo (na sombra), percebemos a ideia de execução negativa. Trata-se daqueles momentos em que o trabalhador entra em repouso, nas intermitências não remuneradas de seu trabalho, “fora” da jornada, essencialmente distinto do repouso remunerado, que não se dá nessas intermitências não remuneradas do trabalho, mas em situações em que o empregado fica liberado de trabalhar, em momentos nos quais, em tese, estaria trabalhando “dentro” da jornada. Clareando o que desejamos dizer, é distinta a natureza da execução do contrato de trabalho quando o empregado está em gozo do intervalo para repouso entre uma jornada e outra ou entre os turnos de uma mesma jornada, daquela em que o empregado está no gozo de uma jornada remunerada *sem* trabalho (de uma jornada que poderia, em tese, ser de trabalho, mas é *sem* trabalho). A legislação, ao cuidar da execução negativa, refere-se, em geral, aos *intervalos* interjornadas (art. 66 da CLT) e intrajornada (art. 71 da CLT), não computáveis na jornada de trabalho. Não devemos confundi-los com os períodos de repouso ou descanso de execução reduzida ou interrupção do contrato de trabalho, computáveis como jornada, mas sem trabalho¹⁵. É importante que precisemos os intervalos como uma das fases naturais da “vida” do contrato de trabalho, nos quais ele preserva toda a sua potência executiva, mas está no polo negativo de seu contínuo trânsito. Ou seja, o contrato está em execução, mas de espécie negativa, inconfundível com o contrato de trabalho sem força executiva alguma. O exemplo nos ajuda a fazer essa distinção: a lei não cogita do trabalho de empregado em gozo de auxílio-doença junto à Previdência Social, porque o contrato está com sua execução suspensa, sem mínima potência executiva (sem materialidade). Admite, contudo, chamar o empregado durante o intervalo entre as jornadas de trabalho para atender necessidade imperiosa da empresa¹⁶ porque, nesses casos, o contrato tem materialidade, está apenas em execução negativa, transitando “na sombra”, sem visibilidade, diferentemente do que ocorreria se estivesse com sua execução suspensa, sem materialidade.

O trânsito do contrato no polo negativo pode, em situação peculiar, se transmutar numa espécie híbrida, nem de absoluto repouso (na sombra), nem de total ou parcial execução (na luz). Daí termos nos referido acima à penumbra

15 Note-se que, em tais situações, o legislador, em regra, refere-se a *descanso* ou *repouso* (arts. 73, 253, 298, 396). Há casos em que a lei cogita de *intervalo* quando trata de repouso ou descanso remunerado. É o caso do art. 224, § 1º, da CLT. Daí o equívoco, a nosso sentir, de se deduzir, da jornada de trabalho do bancário sujeito a regime de seis horas “contínuas”, o repouso de 15 minutos “no horário diário”. Se a jornada é de horas “contínuas”, como disposto no *caput* do referido artigo e o intervalo deve ser concedido “no horário diário”, trata-se ali de descanso remunerado, logo, não dedutível da jornada, com a devida vênica da orientação consagrada na OJ-178-SDI-I-TST.

16 Art. 61 da CLT.

e à visualização da materialidade do contrato como um vulto. Trata-se das situações em que o empregado, em princípio, usufrui do descanso entre uma jornada de trabalho e outra, mas permanece atento ao chamado para o trabalho, numa espécie de vigília. Justamente porque o gozo do intervalo não é pleno, cabe ao empregador assalariar o empregado, a razão de 1/3 do salário pago em situação de jornada normal. Estamos nos referindo ao sobreaviso, regime previsto na CLT para os ferroviários e adotado também para os trabalhadores em geral, por integração analógica do art. 244, § 2º, da CLT¹⁷. Para fins de sistematização do estudo, tomaremos o sobreaviso como uma variante da execução negativa, de caráter singular, visando à sua devida consideração quando do enfrentamento do regime de duração do trabalho, especialmente, em relação às horas extraordinárias.

Quando o contrato de trabalho está em situação típica de suspensão (sem trabalho, sem salário e sem tempo de serviço), justamente porque, em tal situação, não tem materialidade, não há qualquer repercussão no campo da duração do trabalho. O mesmo ocorre nas situações “mistas”, que anteriormente qualificamos como de execução reduzidíssima do contrato de trabalho, em vista de estarem, os respectivos sujeitos, desobrigados de suas prestações: nem o empregado trabalha, nem do empregador se exige o salário.

Em síntese, e já adentrando o objeto final do nosso estudo, os institutos próprios ao sistema de duração de trabalho dialoga com as várias mutações do contrato de trabalho em execução: a execução positiva plena com a jornada, com trabalho e com salário; a execução positiva reduzida (interrupção) com a jornada sem trabalho, com salário e com o tempo de serviço; a execução negativa com os intervalos intra e interjornadas e, numa variante, também com o sobreaviso.

17 *Data venia*, não comungamos com a visão restritiva do sobreaviso objeto da Orientação Jurisprudencial nº 49-SDI-I/TST. A necessidade do empregado permanecer em sua residência, durante a escala de sobreaviso, tal como exige o art. 244, § 2º, da CLT, tinha sua razão de ser à época em que editado o Decreto-Lei nº 6.353, de 20.03.1944, que deu redação ao referido dispositivo. Não havia, então, meios de comunicação telefônica e eletrônica, hoje existentes, que permitisse localizar o empregado fora de sua residência. A utilização indiscriminada do BIP ou do telefone móvel, com exigência de que tais aparelhos permaneçam ligados – deixando implícito, portanto, o sobreaviso – tem ensejado que o empregado fique à disposição do empregador de forma praticamente ininterrupta. Uma orientação jurisprudencial consentânea com os dias atuais e mais severa acerca dos limites do sobreaviso viria por cobro ao verdadeiro assédio moral a que muitos trabalhadores têm sido submetidos em face da disponibilidade praticamente ininterrupta ao empregador.

O contrato de trabalho com execução suspensa ou em situação de execução reduzidíssima não tem diálogo com o sistema de duração do trabalho¹⁸.

4 – DURAÇÃO DO TRABALHO

Delimitação conceitual dos vários elementos do sistema

O sistema de duração do trabalho pressupõe o manejo de conceitos de institutos bem precisos: *dia, jornada, carga horária semanal, horário de trabalho, intervalo, repouso semanal*, todos eles com o traço comum do tempo. Além desses institutos, que definiremos como *básicos*, outros devem também ser objeto de precisa delimitação, porque resultam de variações em torno desses institutos básicos: *jornada suplementar, jornada extraordinária, jornada compensatória, jornada em sobreaviso*. Como veremos, embora todos eles estejam vinculados ao instituto da jornada, integram-se a um sistema que envolve a dinâmica da execução do contrato de trabalho na qual também têm papel relevante os demais institutos básicos antes referidos.

Precisamos ter bem claras essas espécies.

Institutos básicos

a) *Dia*. Para o direito do trabalho, *dia* é um período de 24h, não necessariamente correspondente aos limites do dia civil (0,0h às 24h), por ser comum o início da jornada do empregado num dia civil e o encerramento no dia civil subsequente (ex. – início às 20:00h de segunda-feira e término às 5:00h de terça). Esse também será o significado do vocábulo, sempre que por nós invocado a seguir. Voltando à ideia do contrato de trabalho a transitar, permanentemente, da claridade para a sombra, do polo positivo para o polo negativo, o dia é o universo desse trânsito: o contrato percorre todos os momentos da sua execução positiva plena (jornada) e da sua execução negativa (intervalos intra e interjornadas) no curso de 24 horas, ou seja, de um *dia*.

18 É comum que trabalhadores em gozo de auxílio-doença, aposentadoria por invalidez ou mulheres durante a licença-maternidade continuem a trabalhar para seus empregadores ou prestem serviços informalmente para terceiros. Nesses casos, se o trabalho é prestado para o mesmo empregador, reata-se a execução do contrato de trabalho em todos os seus efeitos; se prestado em favor de terceiro, estabelece-se com este a relação de emprego, também passível de todos os seus efeitos. As repercussões de caráter modificativo ocorrem no âmbito da relação jurídica previdenciária, com suspensão do benefício e, eventualmente, ação de regresso em busca do quanto foi pago ao trabalhador a esse título e a possibilidade de atrair ao campo devedor, como solidários, o próprio empregador ou o terceiro, diante da prática ilícita.

b) *Jornada*. É o período do dia em que o empregado fica à disposição do empregador, aguardando ou executando ordens¹⁹, logo, com seu contrato de trabalho em plena execução positiva (há trabalho ou disponibilidade para o trabalho, há salário e há tempo de serviço). Sempre que nos referimos a jornada, está implícito que nos referimos a algo contido em um dia. A jornada comum é de 8h e prestada em período diurno (segundo a lei, entre 5h e 22h para o trabalhador urbano²⁰ e entre as 4h e as 20h ou as 5h e as 21h para o trabalhador rural, conforme a atividade por ele desenvolvida²¹), ou seja, não existindo norma legal, coletiva ou contratual dispendo jornada inferior, o empregado está obrigado a permanecer disponível para o empregador durante 8 horas em cada dia, teto estabelecido pelo legislador (art. 58, CLT, art. 7º, XIII, CF). Poderá haver jornada inferior a 8h, quando a lei assim dispuser em favor de determinadas categorias de trabalhadores. Também, as convenções e acordos coletivos ou o próprio contratado individual de trabalho podem dispor jornadas inferiores a 8h e suas cláusulas prevalecerão por serem mais benéficas. Temos, portanto, no que se refere ao limite diário de uma jornada normal, as seguintes espécies: *jornada comum*: 8h; *jornada especial*: inferior a 8h, prevista na lei (ex., telefonistas); *jornada reduzida*: a que, em princípio, seria de 8h ou, por lei, menor do que 8h, mas, por disposição do contrato individual, de acordo ou convenção coletiva, é limitada em teto inferior.

c) *Carga horária semanal*. No art. 7º, XIII, há dois limites para o trabalho normal: 8h diárias e 44h semanais. Essas 44h semanais não se confundem com a jornada. Correspondem ao que definimos como “carga horária semanal”, resultante da soma das jornadas normais cumpridas pelo empregado durante os seis dias de trabalho de uma semana. Em resumo, os limites de duração do trabalho (ou mais precisamente, da disponibilidade do empregado para o trabalho) correspondem a uma ponderação que leva em conta o dia (*jornada*) e a semana (*carga horária semanal*). O sétimo dia da semana *não integra esse sistema* porque é de repouso compulsório. Em alguns casos essa ponderação resulta de uma simples soma das jornadas em seis dias (jornada de 6h = carga horária semanal de 36h; jornada de 5h = carga horária semanal de 30h, etc.). Em outros, o legislador baliza a carga horária semanal em limite inferior a esse simples exercício aritmético (jornada de 8h = carga horária semanal de 44h e não 48h, para o trabalhador comum, art. 7º, inciso XIII, da CF; jornada de 6h = carga horária de apenas 30h, e não de 36h, para o bancário, art. 224 da CLT.).

19 Como antes enfatizamos, o conceito de jornada é análogo ao conceito legal de tempo de serviço – art. 4º da CLT.

20 Art. 73, CLT.

21 Art. 7º da Lei nº 5.889/73.

A carga horária semanal adquire relevância, como teremos oportunidade de ver, nos regimes de compensação horária e, também, porque, não sendo 44h a soma exata de seis dias com jornada de oito horas, haverá necessidade de compatibilizar as jornadas com o limite semanal, reduzindo-as proporcionalmente (teríamos, então, seis jornadas de 7h20min) ou estabelecendo, em algum ou alguns dias, jornada inferior a 8h (cinco dias de 8h e um dia de 4h; dois dias de 6h e quatro dias de 8h, etc.).

d) *Horário de trabalho*. O horário de trabalho corresponde ao limite objetivo da jornada. O horário, em princípio, pode mudar, pelo exercício do *jus variandi* do empregador. A jornada (tantas horas por dia) integra o objeto do contrato de trabalho e é insuscetível de alteração, salvo mediante acordo entre empregado e empregador e desde que daí não resulte prejuízo direto ou indireto para o empregado (art. 468 da CLT).

e) *Intervalo*. O intervalo típico corresponde ao período de execução negativa do contrato, em que este transita na sombra, sem visibilidade, mas potencialmente apto a se tornar em plena execução positiva porque conserva toda a sua materialidade. É intermitência não remunerada do trabalho, destinada ao descanso do empregado e posta-se entre uma jornada e outra (interjornadas) ou, nas jornadas superiores a quatro horas, entre os turnos de uma mesma jornada (intrajornada). Nesses lapsos, o contrato está “invisível”, embora permaneça com toda a sua energia executiva e apto a emergir para a claridade e se executar plenamente. Logo, os intervalos não são computáveis na jornada e, no intuito de não prolongá-la indiretamente, o legislador cogita apenas de dois para as jornadas acima de quatro horas: um entre as jornadas e um entre os turnos de uma mesma jornada (art. 71 da CLT)²².

f) *Repouso semanal remunerado*. O repouso semanal remunerado pode ser definido como um dia que seria de trabalho, mas deixa de sê-lo para que o empregado possa descansar após seis dias de labor. Com essa figuração, queremos dizer que o dia de repouso semanal é um período de 24h em que o empregado não trabalha, mas no qual o salário correspondente ao que receberia trabalhando (por exemplo, durante 8h) lhe é devido. Assim, ele tem 24 horas de descanso ininterrupto, das quais 8h correspondem à “jornada sem trabalho”,

22 Não esqueçamos o intervalo entre a jornada normal e a jornada extraordinária, quando se tratar de mulher (art. 384 da CLT), que, a nosso ver, tem em conta os aspectos peculiares da fisiologia feminina, logo, não conflita com o tratamento isonômico entre homens e mulheres consagrado na Constituição Federal. Tenhamos, ainda, presente o tratamento especial para o trabalhador rural em atividade caracteristicamente intermitente, em relação ao qual o legislador admite múltiplos intervalos, desde que assim conste expressamente de registro na carteira do trabalho e previdência social – art. 6º da Lei nº 5.889/73.

execução reduzida de seu contrato, e as 16h restantes à execução negativa. Contudo, tendo a lei lhe assegurado o descanso por 24 horas consecutivas, o empregador deve se abster de chamar o empregado no curso dessas 24h e não apenas das 8h correspondentes à remuneração do repouso²³. O mesmo tratamento é dado aos feriados, com a diferença de que, em relação a estes, há possibilidade da prestação de trabalho, mediante compensação com outro dia de folga ou remuneração em dobro (art. 9º, Lei nº 605/1949)²⁴.

Variações em torno dos institutos básicos

Na dinâmica da execução contratual emergem situações em que o quadro de normalidade antes traçado se altera, quer pela interferência da vontade dos sujeitos contratantes, quer diante de força maior ou necessidade imperiosa, quer pela atuação do legislador. Essas situações determinam novo dimensionamento dos institutos básicos (jornada, intervalos, carga horária semanal), exceção feita ao dia (24h), teto intransponível na determinação quantitativa do trabalho. Essas variações também alteram os espaços de execução positiva e de execução negativa do contrato de trabalho, com ampliação dos primeiros e redução dos segundos. As variações de que cogitamos dizem respeito aos institutos da jornada suplementar, da jornada extraordinária, da jornada compensatória e da jornada em sobreaviso.

a) *Jornada suplementar*: Na constância da ordem constitucional anterior a 1998, os trabalhadores tinham, em princípio, assegurada a duração diária do trabalho no limite de 8h. Dizemos “em princípio” porque a Constituição ressaltava a possibilidade de disposição em contrário²⁵. Assim, o art. 62 da CLT, em

23 A CLT, em seu art. 66, cogita de simples intervalo (execução negativa) de 24 horas consecutivas. Assim, o empregado teria, ao final da jornada do sexto dia da semana, um grande intervalo, abrangente do sétimo dia integral, de 24h. Com o advento da Lei nº 605/1949, o repouso semanal passou a ser remunerado em valor correspondente a um dia de trabalho, que não corresponde às 24 horas, mas à jornada que esse empregado cumpre nos dias úteis da semana. Remanesce, contudo, o direito do repouso de 24 horas consecutivas. Nesse caso especial, vindo o empregado a ser chamado ao trabalho, receberá a remuneração em dobro, ainda que o chamado não coincida com o período das 8 horas do repouso remunerado porque o trabalho exigido o será no período do repouso de 24 horas que devem ser consecutivas, logo, não poderão ser interrompidas pelo trabalho.

24 Os repousos semanais remunerados, embora tenham a mesma natureza dos feriados (de interrupção do contrato de trabalho), não têm o mesmo fundamento. Enquanto estes últimos estão vinculados a distintas razões (festivas, históricas, religiosas, cívicas, etc.), aqueles têm finalidade higiênica, de propiciar ao empregado um dia de descanso no qual poderá recuperar suas energias, intensificar suas relações familiares e sociais, dedicar-se ao lazer. Essa finalidade higiênica torna o repouso semanal indisponível, e seu gozo é imposto em norma de ordem pública (art. 1º, Lei nº 605/1949), além de estar constitucionalmente assegurado (art. 7º, XV). Essa a razão pela qual o legislador somente cogitou de converter em pagamento em dobro ou admitir folga compensatória em outro dia apenas para os feriados (art. 9º, Lei nº 605).

25 Constituição de 1967, com a redação da Emenda de 1969, art. 165, inciso VI: “Duração diária do trabalho não excedente a oito horas com intervalo para descanso, salvo casos especialmente previstos.”

sua redação original, dispunha sobre jornada de 10h para os vigias. Abria-se, ainda, a possibilidade do empregado e do empregador, mediante acordo escrito, desde que observado o limite de 10h diárias, instituírem a *jornada suplementar*, inconfundível com a *jornada extraordinária*. De tal acordo resultava, para os empregados sujeitos à jornada comum de 8h, uma jornada habitual prorrogada até o limite de 10h, garantida ao empregado, a remuneração da nona e da décima hora com adicional mínimo de 20% sobre o salário da hora normal. Essa possibilidade continua no texto da Consolidação (art. 59 e § 1º), em regra não recepcionada pela Constituição de 1988²⁶.

b) *Jornada extraordinária*. Como a própria denominação está a dizer, a jornada extraordinária decorre de situações emergenciais, não rotineiras, que autorizam o empregador a exigir, unilateralmente, de seu empregado, a prorrogação da jornada até o limite de 12h diárias. Reside, nesse aspecto, a diferença fundamental em relação à jornada suplementar: enquanto esta é contratual e integrada na rotina da execução do contrato, a jornada extraordinária envolve puro poder de comando do empregador, ao qual o empregado deve se submeter, sob pena de insubordinação. A situação justificadora de tal exercício consubstancia-se, segundo disposto no art. 61 da CLT, na necessidade imperiosa, assim entendida a que decorrer de força maior, da realização ou conclusão de serviços inadiáveis ou cuja inexecução possa acarretar prejuízo manifesto. Fica claro que a jornada extraordinária é, como não poderia deixar de ser, excepcional e circunstancial²⁷. As horas extraordinárias são acréscimo real de jornada, extravasam tanto o limite diário de 8h, até o teto de 12h nos casos de necessidade imperiosa e sem teto previsto em caso de força maior (art. 61, § 2º, CLT) como, também, a carga horária semanal de 44h. Constituem execução positiva do contrato de trabalho e, quando exigidas, “avançam” no período do dia que, em princípio, seria destinado ao intervalo, execução negativa. Daí podermos retirar uma conclusão: a jornada extraordinária implica trabalho em espaço do dia que, originalmente, o contrato de trabalho deveria

26 A possibilidade de prorrogação de jornada mediante acordo no âmbito do contrato individual de trabalho foi afastada pela Constituição de 1988 que, ao dispor sobre a duração do trabalho normal, o limitou a “oito horas diárias e quarenta e quatro semanais”, facultando, apenas, a compensação e a redução da jornada, “mediante acordo ou convenção coletiva” (art. 7º, inciso XIII). Assim, o instituto da *jornada suplementar*, tal como previsto no *caput* e do § 1º do art. 59 da CLT, não foi recepcionado pela nova ordem constitucional. Nessa espécie, há efetivo acréscimo de horas de trabalho, sem caráter compensatório nem caráter extraordinário, pela atuação da autonomia individual que a Constituição veda claramente. Atente-se, ainda, que, limitada, no art. 7º, XIV, a carga horária a 44h semanais, direito que as Constituições anteriores não contemplavam, a suplementação da jornada é materialmente impossível à luz da atual ordem constitucional.

27 As horas extraordinárias “habituais” constituem distorção inaceitável do conceito legal de horas extraordinárias e o empregado, em relação à exigência de tal *jaez*, sem dúvida, tem legítimo *jus resistentiae*.

estar em execução negativa, em trânsito em seu polo negativo, na “sombra”. Isso ocorre no intervalo interjornadas e também pode se manifestar nos casos em que o empregador não permite o gozo do intervalo intrajornada, exigindo do empregado que permaneça em seu posto de trabalho, ou que realize alguma tarefa no período reservado à alimentação e ao repouso, cuja disciplina geral se encontra no art. 71 da CLT²⁸.

c) *Repousos remunerados*. É distinta a situação em que o trabalho é exigido nos períodos de execução reduzida (nas várias situações em que o empregado goza de períodos de descansos remunerados). Em tais situações, o empregado tem direito ao salário, mas está liberado de prestar trabalho. O contrato de trabalho transita no espaço de luz, está visível, em execução positiva, mas reduzida porque um de seus sinais vitais (o trabalho) está inerte. Daí a razão pela qual o legislador manda que, em vindo a ser exigido o trabalho, a remuneração haverá de ser em dobro. Não se trata de horas extraordinárias, em que o contrato de trabalho, em execução negativa transmuda a natureza da sua execução em execução positiva plena. Trata-se de mera alteração da execução positiva que de reduzida passa a ser plena. O empregado já percebe o salário (e não trabalha). Se chamado a trabalhar, o contrato de trabalho tem a natureza da sua execução alterada. Deixa de ser reduzida a passa a ser plena (trabalho com salário), em detrimento do direito que tinha de receber salário sem trabalho. É espécie intrinsecamente distinta daquela existente na execução negativa, em que o empregado não trabalha e não tem salário. Se chamado a trabalhar, o faz excepcionalmente, em caráter extraordinário e recebe 150% do salário que receberia em situação de execução normal. Quando trabalha em execução reduzida, já tem direito ao salário. Na única situação prevista de trabalho em tal situação – feriados –, o legislador cogita de pagamento em dobro da remuneração, sem dizer literalmente se dita remuneração é em relação ao salário (contraprestação do trabalho prestado) ou do repouso (à qual o empregado já faz jus sem trabalhar – art. 9º da Lei nº 605/1949). A nosso sentir, a

28 A ideia de “prorrogação” da jornada, em tais casos, não é rigorosamente exata. O empregado poderá encerrar sua jornada normal, e, horas depois, ser chamado para trabalhar, antes de se iniciar a nova jornada. Trata-se, também, de hora extraordinária porque prestada no período em que o contrato de trabalho em execução negativa transmuda-se, *extraordinariamente*, em execução positiva plena, em prejuízo do intervalo que não resta gozado integralmente. Também serão extraordinárias as horas que o empregado será chamado a trabalhar quando em escala de sobreaviso, que sempre coincidirá com períodos em que o contrato estará em execução negativa, mas em estado de semidisponibilidade. Enquanto permanecer apenas no sobreaviso, o salário corresponderá a 1/3 do salário-hora normal. Quando chamado, o empregado, a trabalhar, o contrato adquirirá toda a sua força executiva, em regime de horas extraordinárias. Transmuda-se quanto à natureza da sua execução (de execução negativa em execução positiva plena). Daí retiramos a regra segundo a qual sempre que o empregado for chamado a trabalhar em período de execução negativa do contrato de trabalho, ainda que tal não implique prorrogação da jornada de trabalho em sentido estrito, estará em regime de horas extraordinárias.

Lei nº 605/1949 não trata de salário em sentido estrito, mas de remuneração do repouso semanal e do feriado, logo, ao dispor, no art. 9º, acerca da remuneração em dobro, está a dizer que, frustrado o repouso do feriado, pelo chamamento ao trabalho, sem a correspondente compensação com folga em outro dia, aquela diz respeito ao repouso e não ao salário pelo trabalho. Este, obviamente, será devido pela onerosidade natural do contrato de trabalho. Assim, o empregado que trabalha no feriado, sem folga compensatória, deve receber em dobro a remuneração do feriado, além do salário pelo trabalho prestado²⁹.

A Consolidação contempla inúmeras espécies de repouso remunerados, inseridos na jornada de trabalho para categorias de trabalhadores, especialmente aqueles aos quais afetam atividades penosas³⁰. Quando sonogado pelo empregador o gozo de tais repouso, é comum o pleito de horas extraordinárias, embora o correto, diante da natureza da execução do contrato (execução reduzida e não execução negativa), seria pleitear pagamento em dobro do período correspondente sem prejuízo do salário em contraprestação do trabalho prestado.

Daí concluir-se: sempre que prestado trabalho em períodos que, originalmente, seriam destinados a repouso remunerados (execução reduzida do contrato de trabalho), a remuneração em dobro devida é em relação ao repouso frustrado, sem prejuízo do salário devido pelo trabalho. O empregado não recebe “em triplo”, mas duas vezes pelo repouso (uma porque já a tem garantida, outra em compensação pela perda do gozo correspondente) e outra em contraprestação do trabalho prestado.

29 A Súmula nº 146/TST consagra orientação distinta ao determinar o pagamento em dobro do trabalho prestado em domingos e feriados, “sem prejuízo da remuneração relativa ao repouso semanal”, ficando implícito que também o é sem prejuízo da remuneração relativa ao feriado, caso o trabalho seja prestado em tal dia sem folga compensatória. Temos contrariedade com a orientação sumulada ao determinar o pagamento em dobro do salário, porque pode vir em prejuízo do empregado que é chamado a trabalhar apenas em algumas poucas horas no dia de repouso. O pagamento em dobro deve ser do repouso prejudicado, de forma integral, independentemente do número de horas que o empregado vier a trabalhar, porque o simples chamamento ao trabalho inviabiliza o pleno descanso que deve ser de 24 horas consecutivas (art. 67 da CLT, art. 1º da Lei nº 605). *É da perda do repouso que resulta o direito ao pagamento em dobro e não da prestação do trabalho.* A nosso ver, a orientação deveria ser de pagamento em dobro do repouso remunerado, na sua integralidade, sem prejuízo do salário devido pelo trabalho prestado. Ainda a ressaltar que, pago em dobro a remuneração do repouso semanal, ou como preconiza a súmula, do trabalho prestado em dia de repouso semanal, não se exige, o empregador, das repercussões decorrentes da infração à lei, porque o repouso semanal remunerado é insuscetível de conversão em pecúnia ou de compensação com folga em outro dia, em vista do seu caráter higiênico e indisponível, diferentemente do feriado.

30 Mecanógrafos (art. 72), bancários (art. 224, § 1º) trabalhadores no interior de câmaras frigoríficas (art. 253). A mulher nutriz do filho até seis meses de idade (art. 396) também é contemplada com dois repouso remunerados de 30 minutos no curso de sua jornada, apenas para citar os exemplos mais comuns.

c) *Compensação horária*. A Constituição permite que, mediante negociação coletiva³¹, estabeleçam-se remanejamentos dos horários de trabalho, em condições mais flexíveis do que o limite diário (8h), respeitada a carga horária semanal (44h) ou, em termos ainda mais elásticos, respeitada a soma das cargas horárias semanais dentro de determinado prazo, em sistema conhecido como “banco de horas”. Tal permite que o empregado trabalhe mais do que 8h por dia, desde que tal não ultrapasse o limite de 10h (portanto, no máximo, 8h + 2h) e o excesso de horas que daí resultar constitui um “crédito” que o empregador quitará mediante redução de horas de trabalho em outro dia. Tradicionalmente, essa compensação é feita dentro de apenas uma semana, portanto, num universo de 44h e, na versão também tradicional, o empregado trabalha 8h48min durante 5 dias. Portanto, não trabalhará nos seis dias da semana porque em cinco dias completa o universo das 44h. Desloca-se, assim, o limite da duração do trabalho da jornada (8h) para a carga horária semanal (44h).

O regime de “banco de horas” amplia esse universo pela soma das cargas horárias semanais, que o legislador imprecisamente denomina “jornadas” semanais no § 2º do art. 59 da CLT, no limite máximo de um ano. Adotado esse prazo na totalidade, poderemos ter banco de horas vigente durante 52 semanas, num universo de 2.288 horas (44h x 52 semanas), o que configura total distorção do instituto da compensação horária³². No sistema de compensação de horas, não há horas extraordinárias. Contidas nesse universo, as horas de trabalho são “normais”, embora remanejadas com maior flexibilidade do que no sistema rígido de horas diárias. A flexibilidade resultante desse remanejamento determinará, também, flexibilidade dos intervalos interjornadas que ora serão menores (nos dias em que o empregado trabalha até 10h na jornada de 8h), ora serão maiores (nos dias em que o empregado não trabalha, ou trabalha menos, para compensar as horas excedentes prestadas).

31 Insistimos que a inteligência do art. 7º, XIII, combinado com o inciso VI, deixa claro que a possibilidade de compensar ou reduzir jornada (quando dela resultar redução salarial) somente se dá no plano da autonomia coletiva, vedada negociação individual, na linha clássica do direito do trabalho segundo a qual transação de direitos somente é possível nas relações coletivas de trabalho. A mesma conclusão retira-se do § 2º do art. 59 da CLT, quando se refere a “acordo ou convenção coletiva de trabalho”. Daí nossa discordância da orientação contida na Súmula nº 85, I e II/TST. O inciso XIII do art. 7º ressalva a possibilidade de redução ou compensação de jornada. O adjetivo “coletiva” inserido imediatamente após o substantivo “convenção” reporta-se também ao substantivo “acordo”. Tanto assim que, ao tratar da irredutibilidade salarial, no inciso VI, fica claro que esta somente pode ocorrer (com a correspondente redução da jornada prevista no inciso XIII), mediante convenção ou acordo coletivo de trabalho, e nesse caso não paira dúvida de que o acordo a que se refere a Carta é no plano da autonomia coletiva.

32 A Lei nº 9.601/98, ao instituir o banco de horas, em seu art. 6º, cogitou o prazo máximo de vigência de 4 meses. Posteriormente, sucessivas medidas provisórias ampliaram esse prazo para 6 meses e, finalmente, para 1 ano, o que redundou na completa descaracterização do modelo original, idealizado para atender situações específicas, vinculadas à intensidade da produção.

5 – ADAPTAÇÕES DAS DISPOSIÇÕES ESTABELECIDAS NO REGIME DE DURAÇÃO DO TRABALHO ESTABELECIDO PARA A GENERALIDADE DOS TRABALHADORES SUJEITOS A TUTELA ESPECIAL

A Seção I do Capítulo II do Título II – Das Normas Gerais de Tutela do Trabalho da CLT – é introduzida pelo art. 57, que dispõe aplicarem-se as respectivas disposições a todas as atividades, “salvo as expressamente excluídas, constituindo-se exceções as disposições especiais, concernentes estritamente às peculiaridades profissionais constantes do Capítulo I do Título III”. O referido Título III trata das diversas categorias contempladas com normas especiais de tutela do trabalho, destacadamente as que dizem respeito ao regime de jornada (bancários, telefonistas, operadores cinematográficos, mineiros, etc.). Somem-se a estes trabalhadores que posteriormente obtiveram, através de leis esparsas, tratamento especial quanto à jornada de trabalho (médicos, engenheiros, advogados, etc.). Isso significa dizer que tais trabalhadores não poderão ser chamados a prestar horas extras, ou trabalhar em regime de compensação horária, ou que não estão contemplados com direito a adicional noturno, disciplina dos intervalos e outros direitos dispostos no sistema de duração do trabalho? Certo que não. Apenas faz-se necessário que tomemos a cautela de não adotarmos as normas ali estabelecidas na sua literalidade, de forma universal. Veja-se que ao tratar dos intervalos intrajornada, no art. 71, o legislador adotou adequada proporcionalidade ao número de horas da jornada, deixando claro que o capítulo da duração do trabalho não exclui da sua incidência os trabalhadores sujeitos a jornadas especiais, assim entendidas aquelas inferiores a 8 horas.

Vejamos alguns exemplos: será razoável considerar o teto de 12 horas de jornada, previsto no § 2º do art. 61 da CLT, para um empregado sujeito a jornada normal de 8 horas, em caso de necessidade imperiosa da empresa que determine a exigência de horas extras, quando o empregado está sujeito a jornada normal de apenas 4h? O intervalo mínimo de 11 horas entre uma jornada e outra (art. 66 da CLT) que resulta do que sobra das 24 horas do dia quando o empregador exige o máximo de um empregado sujeito a 8 horas de jornada (8 horas normais + 4 horas extras) e concede o mínimo de intervalo intrajornadas (1 hora) é também aplicável a um empregado sujeito a jornada legal de 6 horas? Num regime de compensação horária, um jornalista com jornada de 5 horas poderá trabalhar até o teto de 10 horas permitido no § 2º do art. 59 da CLT, mantida a carga horária semanal de 44 horas? Parece óbvio que não!

Outro aspecto que, não raro, tem criado alguma dificuldade, reside na possibilidade de, mediante negociação coletiva ou do empregado acordar com

o empregador, em instrumento escrito, a ampliação do intervalo interjornadas previsto no art. 71 da CLT para além de 2 horas em relação aos empregados com jornada superior a 6 horas. Qual seria o limite dessa ampliação? A lei não diz explicitamente, mas esse limite está claro no sistema de duração do trabalho previsto na CLT, no qual há previsão de dois intervalos no espaço de 24 horas: um entre os turnos da jornada superior a 4 horas (art. 71) e outro entre as jornadas de trabalho (art. 66). O limite da ampliação do intervalo intrajornada (art. 71) está no intervalo mínimo interjornadas (art. 66) e tem reflexo direto no espaço reservado para as horas extraordinárias exigíveis pelo empregador (art. 61, § 2º). Assim, um empregado que se submete a jornada de 8 horas poderá ter seu intervalo interjornadas ampliado, no máximo, até 5 horas (um turno de trabalho de 4 horas, um intervalo de 5 horas e outro turno de trabalho de 5 horas), totalizando 13 horas, porque daí sobrarão as 11 horas de intervalo mínimo entre uma jornada e outra prevista no art. 66. Avença de tal ordem, contudo, fechará o espaço das horas extras entre uma jornada e outra, vale dizer, esse empregador somente poderá exigir horas extras de seu empregado no intervalo intrajornada, mas apenas em número de 3, porque 1 hora, obrigatoriamente, deverá ser reservada para repouso e alimentação, conforme disposto no art. 71. Se a jornada contratual ou legal for inferior a 8 horas, teremos de fazer a equânime conversão, como antes sugerido, e a correspondente adequação para encontrarmos o limite da ampliação negociável do intervalo intrajornada.

Tenhamos, então, em conta os critérios e não os números absolutos estabelecidos nesses artigos da Consolidação. Para compensar horários, o critério eleito pelo legislador para um trabalhador sujeito a jornada comum (8h) é 25% de excesso ($8h + 2h$ compensáveis = $10h$ – art. 59, § 2º da CLT). Adotado esse critério, a compensação horária em jornadas inferiores não deverá ultrapassar 25% da jornada normal: um bancário com jornada de 6h compensará no máximo 1h30min por jornada; um empregado com jornada reduzida contratual de 4h, 1h por jornada. As respectivas cargas horárias também deverão estar adequadas à realidade desses empregados (30h e 24h, respectivamente). Para horas extraordinárias, o teto admitido para o empregado comum (8h de jornada) é de 50% da jornada ($8h + 4h = 12h$ – art. 61, § 2º, CLT). Esse critério deverá ser adotado para os empregados com jornada inferior: 3 horas extras, no máximo, para o bancário e 2 horas extras, no máximo, para o empregado com jornada normal de 4h. O intervalo mínimo interjornadas deverá corresponder ao número de horas que sobram das 24 horas do dia, somadas as horas normais da jornada legal ou reduzida; o teto proporcional a essa jornada correspondente às horas extras e o intervalo intrajornadas previsto na lei. Assim, o intervalo mínimo de

um empregado com jornada de 6h será de 14h45min (número de horas que sobra do máximo de jornada – 6h normais + 3 horas extras + 15 minutos de intervalo intrajornada = 9h15min). O limite de ampliação do intervalo intrajornada (art. 71) será o intervalo interjornadas (art. 66), com reflexo direto no espaço das horas extraordinárias (art. 61, § 2º).

Observados esses critérios, estaremos, de forma equânime, atendendo ao escopo do legislador quando fixou os limites quantitativos da duração do trabalho, partindo do ordenamento geral, aplicando-o de forma proporcional a cada segmento de trabalhadores contemplados com as normas especiais, sem as distorções que têm sido constatadas quando adotados, de forma objetiva e indiscriminada, os limites fixados nas normas gerais de duração do trabalho.

6 – REFLEXÃO FINAL

Os aspectos acima realçados demonstram que não basta apreendermos as disposições do Título da Duração do Trabalho como se fossem regras transcendentais, bastantes em si mesmas. Elas integram um sistema normativo harmonioso que somente adquire sentido se compreendido a partir do diálogo que essas mesmas regras mantêm entre si e tendo sempre presente a natureza da execução do contrato de trabalho. A positividade dessas normas somente adquire eficácia através da sua correta aplicação, e, para tanto, a atuação do aplicador é tão ou mais relevante que a do próprio legislador.

Tanto as situações da sua plena execução como as situações em que esta se faz intermitente estão intimamente vinculadas aos momentos “de plena e aguda vivência, de relativa – atingida por ‘vicissitude’ ou adversidade, de repouso ou quietude, como também de ventura extravasante” do contrato individual de trabalho, “como se fosse um ente vivo”, e que se expressam nas várias formas como ele se manifesta no plano de seus efeitos, inclusive quando totalmente despido da sua materialidade, mas nem por isso sem vigência. Como ponto final, fixemo-nos na magistral percepção de Pietro Perlingieri, quando se detém na função do intérprete como coadjuvante do legislador:

“O conteúdo [da norma] não se forma no momento da produção do texto por parte do legislador: a produção é uma fase à qual é preciso flanquear uma outra, ou seja, a recepção do texto por parte do destinatário, isto é, o intérprete. A positividade não deriva de um universo transcendente, mas da circunstância de que o direito é *cognoscível para o observador*.”

Portanto, o direito é positivo *se, mas somente se, ele é interpretado*: a positividade do direito é a sua interpretabilidade.”³³

Logo, é a partir do conhecimento de todo o sistema da duração do trabalho e da percepção de como as normas desse mesmo sistema interagem e dialogam entre si que teremos a possibilidade de aplicá-las e enfrentar as inúmeras questões que se nos apresentam nos conflitos trabalhistas, não raro mal formulados e mal resolvidos, justamente pela ausência de interação entre os dois agentes da positividade do direito: o legislador e o aplicador.

33 PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*: introdução ao Direito Civil constitucional. Trad. Maria Cristina de Cicco. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 66-67.