

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO ECONÔMICO E DO TRABALHO

André Augusto Giordani

**A INCONSTITUCIONALIDADE DO BANCO DE HORAS À LUZ DO PRINCÍPIO DA
DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

Porto Alegre

2012

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO ECONÔMICO E DO TRABALHO

André Augusto Giordani

**A INCONSTITUCIONALIDADE DO BANCO DE HORAS À LUZ DO PRINCÍPIO DA
DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

Trabalho de Conclusão de Curso de Ciências Jurídicas e Sociais apresentado ao Departamento de Direito Econômico e do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Leandro Amaral Dorneles de Dorneles

Porto Alegre

2012

RESUMO

A presente monografia tem como propósito apontar a inconstitucionalidade do art. 6º da Lei 9.601/98, que introduziu no ordenamento jurídico o sistema de compensação de jornada conhecido como *banco de horas*. A invalidade sustentada se funda na violação ao princípio da dignidade da pessoa humana, insculpido no art. 1º da Constituição Federal, em razão dos riscos causados à saúde e à segurança do empregado que se submete à compensação anual trazida à tona pela inovação legislativa. Sob um enfoque protetor dos direitos mínimos do trabalhador, observa-se a existência de limites à flexibilização das normas trabalhistas, inclusive quando levada a cabo pela atuação dos sindicatos no seio da negociação coletiva. Nesse compasso, a dilação excessiva do parâmetro temporal máximo em matéria de compensação de jornada, embora constitua medida favorável aos interesses empresariais, pois reduz o pagamento de adicional de horas extras aos empregados, não encontra respaldo constitucional, dados os danos físicos, psicológicos e sociais provocados aos obreiros que se expõem a consecutivas jornadas de trabalho em regime extraordinário.

Palavras-chave: Duração do Trabalho. Compensação de Jornada. Banco de Horas. Inconstitucionalidade. Dignidade da Pessoa Humana. Flexibilização.

AGRADECIMENTOS

Ao meu orientador, Leandro, pelos ensinamentos que me fizeram despertar a paixão pelo Direito do Trabalho.

Aos meus pais e ao meu irmão, pelo amparo familiar que tanto me auxiliou na minha formação como ser humano.

À minha amada, Stéphanie, pelas sábias palavras de incentivo e pelo amor incondicional que me proporciona dia após dia.

SÚMARIO

INTRODUÇÃO.....	7
1. A FLEXIBILIZAÇÃO DAS CONDIÇÕES DE TRABALHO E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	9
1.1 Evolução a um Direito ao Trabalho Digno.....	9
1.2 Dignidade da Pessoa humana como Princípio.....	12
1.2.1 Conceito de Princípio.....	12
1.2.2 Funções dos Princípios.....	13
1.2.3 Diferenciação entre Princípios e Regras.....	15
1.2.4 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.....	17
1.2.5 Os Trabalhadores e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.....	21
1.3 Princípio da Proteção.....	23
1.3.1 Definição.....	23
1.3.2 Formas de Aplicação.....	25
1.4 Flexibilização das Condições de Trabalho.....	30
2. JORNADA DE TRABALHO.....	35
2.1 Fundamentos.....	35
2.2 Nomenclatura e Distinções.....	37
2.3 Composição.....	38
2.4 Natureza Jurídica.....	40
2.5 Jornada Padrão e Jornadas Especiais.....	41
2.6 Controle de Horário.....	43
2.7 Jornada Extraordinária.....	45
2.7.1 Acordo de Prorrogação de Jornada.....	46
2.7.2 Compensação de Jornada.....	47
2.7.3 Prorrogação em Virtude de Força Maior.....	48
2.7.4 Prorrogação por Força de Realização de Serviços Inadiáveis.....	50
2.7.5 Prorrogação para Reposição de Paralisações Empresariais.....	51
3. A INCONSTITUCIONALIDADE DO BANCO DE HORAS.....	53
3.1 O Banco de Horas e a Lei n. 9.601/98.....	54

3.2 Título Jurídico Autorizador.....	56
3.3 Restrições ao Regime Compensatório.....	60
3.4 Parâmetro Temporal Máximo.....	61
3.5 A Inconstitucionalidade do Banco de Horas.....	63
4. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	71
5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	74

INTRODUÇÃO

A compensação de jornada é concebida como medida flexibilizatória a embasar o excesso de jornada de um determinado dia de trabalho, em contraponto à diminuição proporcional de outro, tudo dentro de um intervalo de tempo e sem que se promova o pagamento de adicional a título de horas extraordinárias ao trabalhador submetido a tais condições. Por consubstanciar instrumento comum no cotidiano empresarial e por ensejar dúvidas a respeito de seus requisitos de validade, o estudo do instituto se mostra de relevância ímpar para a solução de problemas na prática trabalhista.

Nesse contexto, a presente monografia pretende dissecar os aspectos relacionados ao banco de horas, controverso mecanismo de compensação de jornada vigente na ordem jurídica pátria desde o advento da Lei n. 9.601/98. Partindo de um enfoque protetor da essência do Direito do Trabalho, almeja-se apontar as vicissitudes do banco de horas, dada a violação que este provoca a princípios constitucionais estruturantes do ordenamento, como a dignidade da pessoa humana.

O trabalho foi fracionado em três capítulos. No primeiro, a partir de uma análise histórica do Direito do Trabalho, busca-se justificar a importância da intervenção estatal na tentativa de se mitigar a desigualdade latente na relação empregado-empregador. Em seguida, é ressaltada a força normativa dos princípios, com destaque para o princípio da dignidade da pessoa humana e para o princípio da proteção na seara trabalhista. Por último, aborda-se o fenômeno da flexibilização do Direito do Trabalho, sempre corroborando a necessidade de se manterem firmes os direitos mínimos dos trabalhadores.

No segundo capítulo, por sua vez, serão tecidas considerações sobre a duração do trabalho, principalmente acerca das finalidades e da imperatividade de suas normas. Como ponto central, serão apresentadas as hipóteses de jornada extraordinária, salientando o caráter excepcional da prestação de serviços além do limite legal ou contratual, tudo com o intuito de se preservar a condição física, mental e social dos trabalhadores.

No último capítulo, enfim, é explanada a sistemática do banco de horas, modalidade de compensação de jornada prevista na Lei 9.601/98. Em primeiro momento, será detalhado o *iter* legislativo por meio do qual se lapidou o referido texto legal, sendo igualmente introduzido o contexto fático que justificou a inovação legislativa. Na sequência, serão

abordados, sob o método da análise comparativa com o quadro vigente antes da publicação da nova lei, os temas relativos ao título jurídico anterior e ao parâmetro temporal máximo que permeiam a compensação de jornada em sua nova roupagem. A partir desse cenário serão esclarecidos os vícios de inconstitucionalidade do banco de horas, sobretudo no tocante à violação ao princípio da dignidade da pessoa humana e ao desvirtuamento das finalidades básicas das normas sobre duração do trabalho, tendo em vista os prejuízos causados à saúde e à segurança dos trabalhadores submetidos à compensação anual de jornada.

Enfim, esclarece-se que a pesquisa ora elaborada se valeu do método dedutivo, sobretudo mediante consultas à doutrina, à jurisprudência e à legislação relacionadas ao tema objeto do trabalho. Também vale observar que as conclusões construídas com base no presente estudo não têm o condão de encerrar juízo definitivo sobre o tema.

1 A FLEXIBILIZAÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

1.1 Evolução a um Direito ao Trabalho Digno

Antes de discorrer acerca da dignidade da pessoa humana e a específica proteção conferida aos seus ditames na seara juslaboral, é indispensável tecer algumas considerações sobre o surgimento e o desenvolvimento do Direito do Trabalho com foco no sujeito que o protagoniza, o trabalhador.

Dessa maneira, a concepção moderna de trabalho, em que se eleva a dignidade do obreiro e a contrapõe a uma antes concebida condição de mercadoria, foi fruto de uma gradual evolução ao longo da história da humanidade.

Em primeiro momento, rememora-se a Antiguidade e a escravização do trabalho produtivo. Como sujeito destituído de direitos, o escravo tampouco contraía obrigações, assemelhando-se a uma coisa que pertencia ao seu senhor. Enquadrava-se, portanto, como objeto do direito de propriedade¹.

Assumindo a qualidade de pessoa, porém não menos fragilizados diante das vicissitudes sociais da Idade Média, os servos ostentavam uma posição de subordinação quase que total em relação aos senhores feudais. Apesar de livres, a necessidade de proteção conduzia-os a buscar o amparo dos proprietários dos feudos. Em troca, os servos trabalhavam diuturnamente e poderiam ser até maltratados ou encarcerados pelo seu senhor. Logo, a situação apresentada, nesse período, aproximava-se em muito àquela vivenciada pelos escravos na Antiguidade².

Com a fuga do campo e com a concentração da atividade comercial em centros urbanos (*burgos*), surgem as primeiras Corporações de Ofício, instituições nas quais a rigidez de um sistema produtivo altamente hierárquico predominava. Nessa esteira, em vez de se desprender da maléfica subordinação ao senhor feudal, o homem se via oprimido em meio a uma regulamentação heterônoma que frustrava qualquer liberdade de exercer o seu ofício.

¹ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: Ltr, 2011, p. 45.

² BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: Ltr, 2011, p. 47.

Em contrapartida, é nessa época que despontam, ainda que timidamente, os primitivos traços dos futuros movimentos sociais que, no futuro, combateriam a opressão sofrida pelos trabalhadores. Entretanto, com a disseminação dos ideais liberais, os referidos entes coletivos formados seriam definitivamente expurgados da estrutura social, tudo em razão da incompatibilidade da existência de qualquer instituição posicionada entre o indivíduo e o Estado³.

Diante desse contexto, percebe-se que até então o homem não exercia o trabalho livremente, pois se vinculava pessoalmente ao tomador de seus serviços. Com efeito, é ponto pacífico entre os autores que o Direito do Trabalho, no qual a subordinação do trabalhador perante o empregador apenas encontra espaço sobre o modo de realização dos serviços, não é compatível com as relações jurídicas escravistas e servis.⁴ Conforme entende Carmen Camino, o elemento volitivo, que compõe o vínculo jurídico cujo objeto consiste na prestação de trabalho em favor de outrem atualmente, não se encontrava presente àquela época⁵. Por isso, a narrativa das características das aludidas fases históricas apenas tem o condão de demonstrar que o ser humano, desde os tempos mais remotos, é transformado em mero instrumento dos detentores do poder econômico para a produção de bens e serviços.

É a partir das modificações sociais produzidas pela Revolução Industrial que a essência do Direito do Trabalho veio à tona. A invenção da máquina a vapor permitiu a mecanização do trabalho humano e a expansão das indústrias. Diante dos falsos postulados da igualdade e da liberdade de contratar proclamados pelo capitalismo liberal, os trabalhadores foram submetidos a condições altamente degradantes no interior das fábricas⁶.

A desumanização do proletariado não escolhia idade nem sexo. Mulheres e crianças, sobretudo pelas facilidades inerentes ao manuseio das novas máquinas, eram utilizadas na produção econômica sem restrições. Os salários eram irrisórios; a jornada de trabalho, excessiva. Como se não bastasse, da precariedade das condições de trabalho decorriam acidentes e moléstias profissionais, o que atingia diretamente a saúde e a integridade física do proletariado⁷.

³ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: Ltr, 2011, p. 49.

⁴ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo : Ltr, 2009, p. 81.

⁵ CAMINO, Carmen. **Direito Individual do Trabalho**. Porto Alegre : Síntese. 1999, p. 25.

⁶ CAMINO, Carmen. **Direito Individual do Trabalho**. Porto Alegre : Síntese. 1999, p. 28.

⁷ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo : Saraiva. 2009, p. 20

O estado de penúria social e a concentração dos operários nas grandes cidades criaram o ambiente propício ao surgimento de movimentos sociais indignados com o quadro vigente. São constituídos, então, os primeiros sindicatos. Também assumindo posição contrária à estrutura socioeconômica da época, a doutrina social cristã e o pensamento marxista, cada um com sua intensidade, defendiam a melhoria das condições indignas de vida dos operários habitantes dos conglomerados urbanos europeus.

Diante de uma sociedade em colapso e da pressão dos entes coletivos, a interferência estatal, antes praticamente inexistente, tornou-se medida necessária para amenizar o conflito entre o Capital e o Trabalho, que ameaçava ruir a estrutura capitalista da época⁸. Paulatinamente, o Estado passou a regulamentar as relações de trabalho, iniciando a proteção emergente pela redução da jornada de trabalho e pela elaboração de normas, notadamente de cunho humanista, que restringiam a atividade laborativa de crianças⁹.

O Direito do Trabalho, pois, nasce nesse panorama em que a atividade legiferante estatal surge como meio de mitigar as desigualdades econômicas e sociais. Consolida-se, enfim, com a constitucionalização dos direitos sociais e das diretrizes gerais de valorização do trabalho, fenômeno percebido mundialmente após o final da I Guerra Mundial e a assinatura do Tratado de Versalhes. Ainda com o intuito de tutelar o trabalhador, dessa vez em nível transnacional, é instituída a Organização Internacional do Trabalho.

Ocorre, porém, que a concepção clássica de Direito do Trabalho, cuja rigidez das normas é característica marcante, está em momento de crise¹⁰. Fatores como a informatização, o desemprego estrutural e a concorrência em um mercado globalizado estão exigindo uma readaptação dos institutos juslaborais. A flexibilização trabalhista, em que a proteção do obreiro é, de certo modo, reduzida em favor da estabilidade econômica, afigura-se como tema recente a ser minuciosamente debatido, pois a desregulamentação proposta não deve implicar violação aos direitos mínimos assegurados ao trabalhador ao longo da História.

Nessa seara, conforme será melhor abordado nas linhas abaixo, merece destaque o papel do princípio da dignidade humana como limite imposto à flexibilização dos direitos trabalhistas, uma vez que recusar ou diminuir a importância da definição desse obstáculo

⁸ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: Ltr, 2011, p. 52.

⁹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo : Saraiva. 2009, p. 34

¹⁰ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo : Ltr, 2009, p. 92.

certamente significa abandonar os postulados de justiça social que constituem a gênese do Direito do Trabalho.

1.2 Dignidade da Pessoa Humana como Princípio

1.2.1 Conceito de Princípio

Apesar de não ser este o objeto do presente trabalho, não é possível analisar o princípio da dignidade da pessoa humana e sua influência nas diretrizes do Direito do Trabalho sem antes apresentar o conceito de princípio e as suas funções no ordenamento jurídico. Nesse âmbito, em razão do inegável dissenso entre os autores, a extração do significado dos princípios configura missão de complexidade única. Torna-se fundamental, por isso, observar as lições de renomados doutrinadores, para, enfim, atingir-se uma compreensão sobre de que maneira os princípios estão presentes na ordem jurídica.

Inicialmente, colaciona-se consagrado ensinamento de Celso Antônio Bandeira de Mello¹¹:

“Princípio – já averbamos alhures – é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para a sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes de todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.”

Também elucidativa é a conceituação proposta por Américo Plá Rodriguez em sua obra *Princípios de Direito do Trabalho*¹²:

¹¹MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 27 ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 959.

“linhas diretrizes que informam algumas normas e inspiram direta ou indiretamente uma série de soluções, pelo que, podem servir para promover e embasar a aprovação de novas normas, orientar a interpretação das existentes e resolver os casos não previstos.”

Dito isso, cumpre esclarecer que o princípio é a estrutura, o ponto de partida de um sistema. Como característica, apresenta o caráter geral e a superioridade em relação ao direito positivo que funda. Amauri Mascaro do Nascimento, nesse ponto, descreve a concepção jusnaturalista dos princípios, segundo a qual proclama que tais postulados expressam valores que não podem ser contrariados pelas leis positivas, pois são regras de direito natural¹³.

Carmen Camino, por sua vez, expressa que “os princípios são a garantia da coerência do ordenamento jurídico”. E mais: embora transcendam o direito positivado, não são institutos estanques, totalmente avessos às mudanças da sociedade¹⁴.

Corroborando a essencialidade dos princípios ao Direito, Maurício Godinho Delgado, ao conceituá-los, enfatiza o contexto em que surgem tais proposições fundamentais. Assim, os princípios seriam resultado, ainda que em forma de proposições ideais, de um exame sistemático sobre a realidade¹⁵.

Diante do exposto, em que pesem as diferenças conceituais percebidas, desponta como consensual o entendimento de que os princípios representam o alicerce do ordenamento jurídico, de modo que o conjunto de regras positivadas deve encontrar respaldo na base principiológica pré-estabelecida para adquirir validade.

1.2.2 Funções dos Princípios

Ainda sobre o tema, é relevante destacar as funções comumente reconhecidas como intrínsecas ao papel exercido pelos princípios no sistema jurídico. Desde já se salienta que a pluralidade de funções explica a existência de princípios que servem, sobretudo, para

¹² RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho**. 4ª Ed. São Paulo: LTr, 1996, p. 16.

¹³ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo : Saraiva. 2009, p. 381

¹⁴ CAMINO, Carmen. **Direito Individual do Trabalho**. Porto Alegre : Síntese. 1999, p. 55.

¹⁵ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo : Ltr, 2009, p. 171.

informar o legislador e outros que objetivam precipuamente auxiliar o intérprete na resolução de uma lide. O que deve ficar claro, assim, é a variação de intensidade e de medida na aplicação do princípio de acordo com a finalidade que se almeja¹⁶.

a) Função Informativa ou Informadora

Quando na atuação dessa função, os princípios têm o condão de servir de baliza àquele que elabora a norma, o legislador. Por isso, a sua incidência ocorre numa fase pré-jurídica ou política. Representam fontes materiais do Direito, uma vez que nesse momento consistem apenas em correntes filosóficas e movimentos sociopolíticos informadoras da atividade legislativa ainda em desenvolvimento¹⁷. Por esta função, os princípios trazem consigo uma eficácia derogatória e diretiva. Isso porque normas produzidas em contrariedade a seus postulados não encontram abrigo no mundo jurídico¹⁸.

b) Função Interpretativa

Ao se dirigir ao intérprete, o princípio assume outra feição, pois passa a orientar a compreensão de uma norma já existente em um caso concreto. Tratando-se agora de uma aplicação formal dos princípios em uma fase jurídica, a função interpretativa dá coesão ao ordenamento como um todo, pois o juiz, ao tentar bem entender o exato significado de uma regra do Direito, deve procurar compreendê-la harmoniosamente com os princípios que a fundamentaram¹⁹.

c) Função Integrativa

Por fim, em sua função integrativa, os princípios têm como finalidade suprir as lacunas do Direito. Nessa hipótese, tendo em vista a ausência de outras regras aplicáveis ao caso concreto, os princípios atuam como fontes normativas subsidiárias à disposição do intérprete²⁰. De acordo com a lição de Carmen Camino, o juiz, ao ser chamado a solucionar a lide, deve buscar a solução naquelas ideias fundantes que presidiram a elaboração da lei, acaso ela existisse²¹.

¹⁶ RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho**. 4ª Ed. São Paulo: LTr, 1996, p. 18.

¹⁷ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo : Ltr, 2009, p. 174.

¹⁸ ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de Princípios Constitucionais**. 2ª Ed. São Paulo : RT, 2002, p. 72.

¹⁹ CAMINO, Carmen. **Direito Individual do Trabalho**. Porto Alegre : Síntese. 1999, p. 54.

²⁰ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo : Ltr, 2009, p. 175.

²¹ CAMINO, Carmen. **Direito Individual do Trabalho**. Porto Alegre : Síntese. 1999, p. 54

Mais especificamente no que tange ao Direito do Trabalho, há autorização legal expressa ao juiz, no art. 8º da CLT, para que lance mão da técnica de integração jurídica, inclusive pela invocação de princípios, como meio de resolver a lide trabalhista diante da omissão da lei²².

Por outro lado, vale lembrar que os princípios não mais se limitam a cumprir as funções até então explicadas. Conforme se verá a seguir, a doutrina atual, superando antigo entendimento em sentido contrário, confere aos princípios verdadeira qualidade de norma jurídica.

1.2.3 Diferenciação entre princípios e regras

Após esclarecidas as funções dos princípios, outro ponto importante a ser destacado é a diferenciação que deve ser feita entre princípios e regras. Nesse sentido, nota-se que ambos são espécies do gênero “norma” e que, em razão das suas distinções, complementam-se com a finalidade de formar um sistema jurídico apto a acompanhar a evolução social.

Em contraposição ao elevado grau de generalidade e abstração dos princípios, as regras possuem uma atuação funcional e concreta, ou seja, diante de certos pressupostos, exigem, permitem ou proíbem algo em termos definitivos, sem admitir qualquer exceção. Os princípios, por sua vez, em razão da vagueza que lhes é inerente, apenas orientam a melhor forma possível de se realizar algo²³.

Frisa-se, entretanto, que a indeterminabilidade dos princípios não permite a conclusão de que a sua eficácia normativa é menos intensa. Pelo contrário, enquanto as regras vinculam e se referem somente às situações específicas para as quais foram elaboradas, os princípios, tendo em vista seu alto grau de abstração, podem atingir infinitas relações jurídicas formadas. Ademais, se os próprios princípios, na atuação da função informadora, inspiram a criação das

²² Art. 8º - As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.

²³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 2. Ed. Coimbra : Almedina, 1998, p. 86-88.

regras pelo legislador, com ainda mais força devem suas proposições vincular de forma autônoma e obrigatória.

Outrossim, por constituírem vetores, verdadeiros pilares da ordem jurídica, não há a necessidade de os princípios estarem expressos. Assim, ao se interpretar as normas em seu conjunto, possível a identificação de princípios implícitos igualmente vinculantes. As regras, no entanto, para serem aplicadas no caso concreto, invariavelmente devem estar de maneira expressa expostas no ordenamento jurídico.

A fim de corroborar o caráter normativo dos princípios, sobretudo daqueles implicitamente reconhecidos, observam-se os apontamentos de Ruy Samuel Espíndola²⁴:

“Hoje, no pensamento jurídico contemporâneo, existe unanimidade em se reconhecer aos princípios jurídicos o *status* conceitual e positivo de norma de direito, de norma jurídica. Para este núcleo de pensamento, os princípios têm positividade, vinculatividade, são normas, obrigam, têm eficácia positiva e negativa sobre comportamentos públicos ou privados, bem como sobre a interpretação e a aplicação de outras normas, como as regras e outros princípios derivados de princípios de generalizações mais abstratas. E esse caráter normativo não é predicado somente dos “princípios positivos de Direito”, mas também, como já acentuado, dos “princípios gerais de Direito”. Reconhece-se, destarte, normatividade não só aos princípios que são, expressa e explicitamente, contemplados no âmbito da ordem jurídica, mas também aos que, defluentes de seu sistema, são anunciados pela doutrina e descobertos no ato de aplicar o Direito.”

Ainda sobre esse tema, relevante ressaltar as hipóteses de conflitos entre princípios e entre regras. Em caso de choque entre duas regras, a solução implicará a perda de validade de uma delas em favor da outra²⁵. Isso porque o conteúdo normativo enunciado é rígido, não podendo ser relativizado. Ou a regra será aplicada no caso concreto, ou será preterida. Assim, conclui-se que as regras tendem a entrar em conflito com maior frequência.

Por outro lado, os princípios comportam diversos graus de concretização de acordo com as condições de fato e de direito. Assim, uma vez presente um conflito principiológico, disso não decorrerá que a aplicação de um princípio excluirá a incidência do outro, pois a natureza relativa dos princípios admite um juízo de ponderação – e não de exclusão - sobre o

²⁴ SPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceitos de Princípios Constitucionais**. 2. Ed. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 60-61.

²⁵ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: Ltr, 2011, p. 139.

peso de cada proposição conflitante em razão dos valores e interesses prevalentes no caso concreto.

1.2.4 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

Fixar um conceito preciso de dignidade da pessoa humana constitui tarefa complicada de ser realizada. Uma das explicações para a dificuldade encontrada consiste no fato de que a dignidade da pessoa humana trata de um aspecto inerente a todos os seres humanos. Por ser um valor autônomo que identifica o homem como tal, distancia-se das demais normas jusfundamentais, as quais repousam em fragmentos mais específicos da existência humana²⁶. Destarte, reconhecer o núcleo de direitos com visível concreção externa, como o direito à propriedade e à integridade física, torna-se mais fácil do que determinar o sentido do direito a desfrutar de uma vida digna.

Apesar da abstração intrínseca ao instituto, não é raro se deparar com situações nas quais se afirma haver nítida violação a esse postulado. Quando, por exemplo, alguém se depara com um menino vendendo doces no semáforo à noite, ou encontra um metalúrgico em uma fábrica trabalhando há mais de quatorze horas consecutivas, com certeza não hesitará em dizer que o princípio da dignidade da pessoa humana está sendo ofendido nas hipóteses relatadas. Diante disso, é inegável que o aludido princípio configura elemento presente na realidade social, clamando, portanto, por uma exposição mais clara sobre o seu significado e alcance.

Partindo de um pressuposto histórico, merece destaque a concepção kantiana sobre dignidade da pessoa humana. Ao abandonar as visões religiosas sobre o tema, o célebre filósofo qualifica a condição humana em virtude da racionalidade que a difere dos outros animais. Com isso, sustenta que o ser humano é um fim em si mesmo, não podendo ser concebido como instrumento de um uso arbitrário desta ou daquela vontade. Kant ainda entende que tudo teria um preço ou uma dignidade. Dessa forma, quando uma coisa está

²⁶SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. Ed. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2011, p. 50.

acima de todo o preço, não permite equivalente e, assim, possui dignidade. O ser humano, segundo a teoria exposta, seria portador da dignidade como valor supremo a todas as coisas²⁷.

Ingo Wolfgang Sarlet, embora discorde do excesso de antropocentrismo presente no sentido de dignidade formulado por Kant, considera-o como base de qualquer definição conceitual moderna, uma vez que “repudia toda e qualquer espécie de coisificação e instrumentalização do ser humano²⁸”.

Extrapolando o aspecto meramente ético até então abordado, Ingo sustenta ainda que a dignidade da pessoa humana é, ao mesmo tempo, limite e tarefa dos poderes estatais, da comunidade em geral, de todos e de cada um. A dignidade, portanto, assume um caráter dúplice, visto que não constitui apenas algo inerente ao ser humano, correspondendo também a um limite a ser respeitado por todos e a uma tarefa imposta ao Estado e à comunidade, que devem se incumbir de executá-la por meio de prestações²⁹.

Nesse contexto, ao asseverar que o conceito dignidade da pessoa humana está em constante processo de desenvolvimento, devendo se amoldar inclusive às diversidades culturais de cada comunidade, Ingo expõe a seguinte proposta conceitual³⁰:

“a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida.”

José Afonso da Silva, por fim, elevando o alcance da dignidade da pessoa humana, recusa o simplismo do sentido que a reduz à defesa dos direitos pessoais tradicionais. Dessa forma, concebe-a como um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos

²⁷SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. Ed. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2011, p. 40.

²⁸SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. Ed. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2011, p. 45.

²⁹SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. Ed. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2011, p. 58-59.

³⁰SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. Ed. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2011, p. 73.

fundamentais, desde o direito à vida até os direitos sociais que exigem uma atividade positiva do Estado³¹.

Estabelecido o significado da dignidade da pessoa humana, cabe destacar a sua posição no interior do sistema jurídico brasileiro, sobretudo em razão de sua positivação como princípio fundamental no art. 1º da Constituição Federal³².

De antemão, salienta-se que não é possível que qualquer ordem constitucional conceda dignidade a alguém. Isso porque a dignidade da pessoa humana, como qualidade integrante da condição do homem como tal, independe de reconhecimento jurídico para ter força normativa, uma vez que pré-existe ao Direito e ao Estado. Entretanto, com as atrocidades ocorridas na primeira metade do século XX, a positivação da dignidade como norma fundamental tornou-se medida necessária para levar a cabo sua efetiva realização e promoção.

No cenário internacional, por exemplo, a Declaração Universal da ONU de 1948 consagrou, em seu preâmbulo, *“que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo”*. Além disso, em diversos outros dispositivos da mesma Carta, a dignidade desponta como valor supremo da humanidade. Em especial, o artigo 1º estipula expressamente que *“todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos”*.

A Constituição Federal de 1988, promulgada em um contexto de luta contra o autoritarismo da ditadura militar, seguiu a mesma linha do constitucionalismo contemporâneo, pois contemplou, em seu bojo, normas que visavam à defesa dos direitos fundamentais do indivíduo e da sociedade. Diante disso, guindou o princípio da dignidade da pessoa humana ao *status* de princípio fundamental da República e do Estado Democrático de Direito, isto é, juntamente à soberania, à cidadania, ao pluralismo político e aos valores sociais do trabalho e

³¹SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 30. Ed. São Paulo : Malheiros, 2008, p. 105.

³²Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;
 II - a cidadania;
 III - a dignidade da pessoa humana;
 IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
 V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

da livre iniciativa, a dignidade assumiu a condição de alicerce da sociedade e do corpo estatal constituído.

Ainda com a finalidade de confirmar o valor que a dignidade da pessoa humana representa para o nosso Estado de Direito, é necessário identificar a sua localização na Carta Magna vigente. Ao erigi-la à condição de princípio fundamental e ao fixá-la no artigo 1º, ou seja, antes mesmo do capítulo concernente aos direitos e garantias individuais, o constituinte almejou outorgá-la a qualidade de norma embaçadora e informativa de toda a ordem constitucional³³. E mais: além de ter tomado uma decisão fundamental a respeito do sentido, da finalidade e da justificação do exercício do poder estatal e do próprio Estado, ao consagrar a dignidade da pessoa humana no título dos princípios fundamentais, o constituinte reconheceu que é o Estado que existe em função da pessoa humana, e não o contrário, uma vez que o ser humano constitui a finalidade precípua, e não o meio da atividade estatal³⁴.

Há de se frisar, entretanto, que a dignidade da pessoa humana também encontra expressa previsão em outros dispositivos no texto constitucional pátrio. Nessa esteira, o artigo 170, em seu *caput*³⁵, define como finalidade da ordem econômica assegurar a todos uma existência digna. O artigo 226³⁶, §7º, por sua vez, assevera que o planejamento familiar será fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável. Na sequência, com o intuito de tutelar as crianças e os adolescentes, o artigo 227³⁷, *caput*, assegura-lhes o direito à dignidade. E, por fim, dessa vez objetivando o amparo aos idosos, o artigo 230³⁸, *caput*, atribui à família, à sociedade e ao Estado o dever de defender a sua dignidade.

Ante o exposto, é possível inferir a dimensão social que a dignidade da pessoa humana atinge em nossa Carta Magna. Dessa forma, além de fundamento e de princípio da ordem

³³SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. Ed. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2011, p. 75.

³⁴SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. Ed. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2011, p. 78

³⁵Art. 170: A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

³⁶Art. 226, § 7º: Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

³⁷Art. 227: É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

³⁸Art. 230: A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.

jurídica, ela passa a ser também um objetivo a ser alcançado pelo Estado e pela sociedade. Nesse diapasão, vale reproduzir expressiva lição de Maurício Godinho Delgado³⁹:

“A Constituição Brasileira incorporou o princípio da dignidade da pessoa humana em seu núcleo e o fez de maneira absolutamente moderna. Conferiu-lhe *status* multifuncional, mas combinando unitariamente todas as suas funções: fundamento, princípio e objetivo. Assegurou-lhe amplitude de conceito, de modo a ultrapassar sua visão estritamente individualista em favor de uma dimensão social e comunitária de afirmação da dignidade da pessoa humana. Enquanto ser social, a pessoa humana tem assegurada por este princípio iluminador e normativo não apenas a intangibilidade de valores individuais básicos, como também um mínimo de possibilidade de afirmação no plano circundante.”

A despeito de seu amplíssimo alcance e de aparentemente tomar contornos absolutos, cabe observar que, mesmo na condição de princípio fundamental, a dignidade da pessoa humana se submete a um juízo de ponderação quando em conflito com outros princípios em um caso concreto. Isso porque, embora se prevaleça diante dos demais princípios e regras do ordenamento jurídico, não há de se afastar a sua relativização em favor da igual dignidade de todos os seres humanos. Portanto, como qualquer outro princípio, atuará como um mandado de otimização, ordenando algo que, em seu caso particular, é a proteção e a promoção da dignidade da pessoa, que deve ser realizado na maior medida possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas existentes⁴⁰.

1.2.5 Os Trabalhadores e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

Como qualidade intrínseca ao ser humano e princípio fundamental de toda a ordem jurídica vigente, a dignidade da pessoa humana atua com ainda mais força na seara trabalhista. Aliás, como já visto, o Direito do Trabalho surgiu justamente como resposta às condições indignas a que eram submetidos os proletários no interior das fábricas no século XIX. Portanto, constituindo mais que um vetor do ramo juslaboral, pode-se conceber a

³⁹ DELGADO, Maurício Godinho. **Princípios de Direito Individual e Coletivo do Trabalho**. São Paulo : LTr, 2001, p. 121.

⁴⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. Ed. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2011, p. 87-89.

proteção da dignidade do trabalhador como verdadeiro valor fundante de toda a estrutura jurídica trabalhista.

Com efeito, a desigualdade no plano material entre o capital e o trabalho explicava a facilidade com que a dignidade dos trabalhadores vinha sendo violada no contexto das relações laborais. Sob o pálio da subordinação e da pessoalidade, abusos de toda a sorte eram cometidos em flagrante desrespeito à parte vulnerável da relação, o trabalhador. Foi diante desse cenário que a Declaração Universal da ONU, publicada em 1948, ao estipular a proteção da dignidade nas diversas dimensões do homem, não deixou de mencioná-la nas prestações laborais por ele exercidas. Vejamos o artigo XXIII da supracitada Carta de Direitos:

1. Toda pessoa tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego.
2. Toda pessoa, sem qualquer distinção, tem direito a igual remuneração por igual trabalho.
3. Toda pessoa que trabalhe tem direito a uma remuneração justa e satisfatória, que lhe assegure, assim como à sua família, uma existência compatível com a dignidade humana, e a que se acrescentarão, se necessário, outros meios de proteção social.
4. Toda pessoa tem direito a organizar sindicatos e neles ingressar para proteção de seus interesses.

Por sua vez, a Constituição Federal de 1988, por meio de seu artigo 1º, inciso IV, elevou os valores sociais do trabalho à qualidade de fundamento do Estado Democrático de Direito, assim como o fez com a dignidade da pessoa humana. Disso se depreende a posição de soberania do respeito ao trabalho digno diante da ordem jurídica que lhe é subjacente.

Outrossim, ainda com a finalidade de mitigar as desigualdades econômicas e sociais presentes na realidade juslaboral, a Carta Magna estabeleceu o trabalho como direito social a ser promovido pelo Estado, conforme se pode perceber da leitura do *caput* de seu artigo 6º⁴¹.

O artigo 7º, nessa mesma linha, arrolou diversos direitos fundamentais dos trabalhadores, os quais, além de representarem diretrizes dirigidas ao legislador, compõem o núcleo mínimo a ser respeitado pelo empregador na ocasião da contratação do obreiro. Decorre desse dispositivo constitucional, especialmente por conta da redação de seu *caput*, o princípio da promoção da melhoria da condição social, por meio do qual se busca sempre,

⁴¹ Art. 6º: São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

além da garantia dos direitos mínimos contemplados na Lei Maior, a ampliação do arcabouço protetivo dos trabalhadores⁴².

Nesse quadro, a garantia da dignidade da pessoa humana do trabalhador encontra solução somente diante do respeito efetivo aos direitos fundamentais estabelecidos em seu favor na Constituição Federal. Assim, qualquer desvirtuamento dos direitos mínimos assegurados ao obreiro, seja desenvolvido pelo ente estatal no contexto da atividade legislativa, seja praticado pelo empregador na esfera contratual, fatalmente implicará violação a sua dignidade. Como será visto a seguir, é com a finalidade de reprimir tais abusos que o Direito do Trabalho não pode se furtar de desempenhar o seu importante papel protetivo da parte hipossuficiente das relações laborais.

1.3 Princípio da Proteção

1.3.1 Definição

As relações laborais, em sua essência, são pautadas pela desigualdade entre os sujeitos que compõem os seus pólos. Em primeiro lugar, verifica-se a inferioridade jurídica a que está submetido o lado mais fraco da relação, uma vez que o trabalhador, ao exercer a liberdade de contratar e aceitar prestar serviços não eventuais ao empregador, invariavelmente se rende ao poder diretivo exercido por este no contexto do contrato de trabalho. Em segundo lugar, a desigualdade de cunho material conferida pelo caráter alimentar que assume o salário recebido pelo obreiro também o coloca em uma posição subalterna em relação ao seu patrono⁴³. Em função disso, desde o advento do Direito do Trabalho a dependência do empregado em relação ao empregador sempre despontou como algo a ser corrigido ou, ao menos, mitigado.

À luz ainda de uma comparação com o direito comum, sobretudo com as relações civis e a igualdade jurídica vislumbrada entre os seus sujeitos componentes, depreende-se que

⁴² OLIVEIRA, Cinthia Machado de; DORNELES, Leandro do Amaral Dorneles de. **Direito do Trabalho**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, p. 26-27.

⁴³ RAMALHO, Maria do Rosário Palma. **Direito do Trabalho: Parte I – Dogmática Geral**. 2. Ed. Coimbra : Almedina, 2009, p. 511.

o desnível entre os protagonistas das relações laborais, por sua vez, existe desde o seu ponto de partida, ou seja, o trabalhador já entra em desvantagem desde o início da relação de emprego. Por isso, é preocupação central e ponto distintivo do Direito do Trabalho a proteção do sujeito hipossuficiente, para, enfim, alcançar-se uma igualdade substancial entre as partes⁴⁴.

Diante das circunstâncias narradas, o princípio da proteção surge como forma de conter, mediante a concessão de vantagens em proveito dos trabalhadores, a exploração causada pela liberdade de contratar entre pessoas com poder e capacidade econômica distintas⁴⁵.

Nessa linha, Carmen Camino traz à tona, em sua obra, a máxima de Couture e a necessidade de se conceder privilégios jurídicos ao trabalhador para combater a desigualdade econômica presente no plano material. Vejamos⁴⁶:

“A máxima de Couture, segundo o qual a melhor forma de corrigir desigualdades é criar outras desigualdades, preside o Direito do Trabalho. Não hesitamos em afirmar que, independentemente, da discussão em torno da ideologia do Estado, o princípio da proteção, pelo qual se compensa a inferioridade econômica do trabalho com tratamento legal privilegiado, expressa a ideologia do Direito do Trabalho.”

Sob uma perspectiva mais prática, é nítida a incidência do princípio protetor em diversos dispositivos legais no ordenamento jurídico. A título de exemplo, o artigo 477, §1º, da CLT⁴⁷, ao exigir a assistência do sindicato ou da presença da autoridade do Ministério do Trabalho e da Previdência Social para dar validade à rescisão do contrato de trabalho de empregado que conta com mais de um ano de serviço, ampara o trabalhador contra eventuais abusos a serem cometidos pelos empregadores em momento delicado da relação laboral, qual seja, o desligamento do obreiro de seu (muito provavelmente) único meio de subsistência.

Especificamente no que tange ao direito brasileiro, o princípio da proteção manifesta-se, sobretudo, pela intensa intervenção estatal nas relações laborais. Limitando, assim, a autonomia da vontade das partes, o legislador alberga o trabalhador por meio da imposição de

⁴⁴ RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho**. 4ª Ed. São Paulo: LTr, 1996, p. 28.

⁴⁵ RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho**. 4ª Ed. São Paulo: LTr, 1996, p. 30-31.

⁴⁶ CAMINO, Carmen. **Direito Individual do Trabalho**. Porto Alegre : Síntese. 1999, p. 56.

⁴⁷ Art. 477, § 1º: O pedido de demissão ou recibo de quitação de rescisão, do contrato de trabalho, firmado por empregado com mais de 1 (um) ano de serviço, só será válido quando feito com a assistência do respectivo Sindicato ou perante a autoridade do Ministério do Trabalho e Previdência Social.

regras mínimas que exigem observância obrigatória e que formam a estrutura de qualquer contrato de trabalho⁴⁸.

Em síntese, nota-se que o princípio da proteção é não só o fundamento como a própria razão de ser do Direito do Trabalho, de modo que a compensação das desigualdades verificadas na prática laboral é objetivo perene do ramo jurídico estudado.

1.3.2 Formas de Aplicação

Contextualizado o surgimento do princípio protetor e de seus objetivos compensatórios, devem ser esclarecidas as suas formas de aplicação, ou seja, as maneiras com que ele se concretiza na prática. Neste trabalho será adotada a classificação do eminente doutrinador uruguaio Américo Plá Rodríguez, que subdivide o princípio geral da proteção em três regras distintas, sem que haja nexos de subordinação ou derivação entre uma regra e outra⁴⁹.

É preciso considerar, no entanto, que, apesar de o desdobramento proposto por Américo ser seguido pela maioria dos tratadistas, há quem o negue e sustente que a divisão acaba por limitar a abrangência de um princípio tão importante como o protetor. Maurício Godinho Delgado, por exemplo, aduz que a noção de tutela obreira não se esgota apenas nas três dimensões a serem expostas, mas abrange e inspira todo o complexo de regras, princípios e institutos que compõe esse ramo jurídico especializado⁵⁰.

a) *In Dubio Pro Operario*

A regra *in dubio pro operário*, a qual também pode ser denominada de *in dubio pro misero*, consiste em um critério de escolha dirigido ao intérprete que, ao se ver compelido a optar entre vários sentidos possíveis de uma mesma norma, deve aplicar aquele que for mais favorável ao trabalhador.

Conforme assinalado por Maurício Godinho Delgado, trata-se de uma transposição adaptada ao ramo justralhista do princípio penal *in dubio pro reo*, na medida em que nas

⁴⁸ CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 2. Ed. Niterói : Impetus. 2008, p. 182.

⁴⁹ RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho**. 4ª Ed. São Paulo: LTr, 1996, p. 43.

⁵⁰ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo : Ltr, 2009, p. 193.

relações laborais, em regra, o empregador é o devedor e o réu na relação processual trabalhista⁵¹. Ainda a título de comparação com as demais áreas jurídicas, Américo Plá Rodriguez salienta a especialidade do Direito do Trabalho, afirmando que, enquanto nas relações civis, em caso de dúvida, decide-se em favor do devedor por ele ser o polo mais fraco, na seara trabalhista a solução é inversa. Isso porque a parte mais débil no contrato de trabalho é o credor, ou seja, o empregado⁵².

Em contrapartida, as hipóteses de incidência desta regra não são tão abrangentes, uma vez que, para que sua aplicação seja feita de maneira correta, devem ser observadas algumas condições. Primeiramente, somente se pode optar pela interpretação mais favorável ao trabalhador quando de fato existir dúvida a respeito do alcance da norma. Desta forma, não é possível deduzir um sentido que não existe no bojo do preceito legal. Em segundo lugar, adiciona-se que tal procedimento deve ser invocado apenas quando não esteja em desacordo com a vontade do legislador, isto é, o silêncio da lei pode representar uma vedação a uma interpretação extensiva que vá de encontro ao espírito da norma em sua origem⁵³.

É importante ressaltar que o *in dubio pro operario* não se restringe a atuar exclusivamente na interpretação de leis. Assim, o exegeta também deverá optar pelo sentido mais favorável ao trabalhador quando houver dúvida fundada em contratos individuais de trabalho, regulamentos de empresa e convenções coletivas. Acerca da incidência desta regra sobre as normas coletivas, cumpre colacionar a opinião perfilhada por Américo Plá Rodriguez⁵⁴:

“É sabido que toda norma trabalhista tem um propósito protetor. Que esse propósito tenha sido concretizado pelo legislador em um texto legal ou pelo sindicato em uma convenção coletiva, atuando como o representante dos próprios trabalhadores, não altera substancialmente as coisas. O certo é que a norma está inspirada pela finalidade protetiva, a aplicação deve efetuar-se com o intuito da proteção, ou melhor, resolve os casos de dúvida em favor de quem deveria ser protegido. Não que se suponha que a norma esteja mal redigida ou que padeça de ambigüidade ou de outras deficiências, como conseqüência da debilidade do trabalhador individual, a quem se vai aplicar a norma. A desigualdade que se deve compensar surge no momento da aplicação e não no da elaboração da norma, por isso não interessa a forma pela qual tenha sido constituída”.

⁵¹ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo : Ltr, 2009, p. 196.

⁵² RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho**. 4ª Ed. São Paulo: LTr, 1996, p. 43.

⁵³ RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho**. 4ª Ed. São Paulo: LTr, 1996, p. 45-47.

⁵⁴ RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho**. 4ª Ed. São Paulo: LTr, 1996, p. 51-52

Por último, nota-se que há acentuada divergência doutrinária quanto à aplicação do *in dubio pro operario* em matéria de prova dos fatos em âmbito processual. Enquanto parte dos autores entende que a regra constitui apenas parâmetro interpretativo do direito material, não devendo ser aplicada na avaliação e valoração de fatos na esfera judicial⁵⁵, outra parcela exterioriza opinião diversa. Ocorre que em campo probatório a desigualdade das partes também atinge o empregado, de modo que para ele é muito mais difícil coletar as provas necessárias para embasar os fatos narrados em um processo movido em face do empregador⁵⁶. Diante disso, caso haja dúvida quando da valoração das provas produzidas processualmente, deve o juiz favorecer o trabalhador para corrigir a desigualdade verificada.

b) Norma mais Favorável

A regra da norma mais favorável, por sua vez, assegura que, no confronto entre duas ou mais normas em um caso concreto, prevalece aquela que for mais benéfica ao trabalhador, independentemente da posição hierárquica que cada uma ocupa no ordenamento jurídico.

O Direito do Trabalho, em virtude deste postulado, distingue-se das demais áreas jurídicas por não adotar a regra geral, a qual ensina que, quando há conflito de normas aplicáveis ao mesmo caso concreto, deve-se aplicar a de grau superior e, dentre as de igual hierarquia, a promulgada mais recentemente⁵⁷. Sobre o exposto, Amauri Mascaro Nascimento⁵⁸ acrescenta que:

“Ao contrário do direito comum, em nosso direito entre várias normas sobre a mesma matéria, a pirâmide que entre elas se constitui terá no vértice, não a Constituição Federal, ou a lei federal, ou as convenções coletivas, ou o regulamento da empresa, de modo invariável e fixo. O vértice da pirâmide da hierarquia das normas trabalhistas será ocupado pela norma mais favorável ao trabalhador dentre as diferentes normas em vigor”.

⁵⁵ Segundo Marcelo Godinho Delgado, “*tal diretriz correspondia a uma fase rudimentar do Direito do Trabalho, em que esse ramo jurídico especializado ainda não havia conseguido incorporar um arsenal técnico-científico sofisticado no conjunto de suas normas, categorias e teorizações. Hoje, a teoria do ônus da prova sedimentada no Direito Processual do Trabalho, e o largo espectro de presunções que caracteriza esse ramo especializado do Direito já franqueam, pelo desequilíbrio de ônus probatório imposto às partes (em benefício do prestador de serviços), possibilidades mais eficazes de reprodução, da verdade real. Em consequência, havendo dúvida do juiz em face do conjunto probatório existente e das presunções aplicáveis, ele deverá decidir em desfavor da parte que tenha o ônus da prova naquele tópico duvidoso, e não segundo a diretriz genérica “in dubio pro operario”*”. (DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo : LTr, 2009, p. 197-198)

⁵⁶ RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho**. 4ª Ed. São Paulo: LTr, 1996, p. 47-48.

⁵⁷ CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 2. Ed. Niterói : Impetus. 2008, p. 192.

⁵⁸ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Compêndio de Direito do Trabalho**. São Paulo : Saraiva. 1972, p. 232.

Por conseqüência, cabe afirmar que cada uma das normas trabalhistas, em regra, determina níveis mínimos de proteção, sendo perfeitamente possível que outras, ainda que de hierarquia formal inferior, ampliem o nível de proteção pré-estabelecido. A título de exemplo, o art. 7º, XVII, da Constituição Federal⁵⁹, ao fixar que o trabalhador faz jus ao terço constitucional na ocasião do gozo das férias remuneradas, permite que uma norma de menor grau hierárquico, como uma convenção coletiva, aprove remuneração ainda maior para o obreiro que irá usufruir de seu descanso anual. No caso apresentado, será aplicável a convenção coletiva, pois, embora inferior no plano formal, é a mais favorável ao trabalhador no plano material.

No entanto, a norma legal menos benéfica, como a disposição constitucional acima aludida, não fica derrogada pela outra norma de hierarquia inferior, porém mais favorável. Isso porque ela continua produzindo seus efeitos em favor dos trabalhadores não afetados pela norma inferior mais vantajosa⁶⁰. Conclui-se, portanto, que não há derrogação no sentido usual do termo, mas apenas inoperância da norma de grau superior em face do caso concreto.

Há de se salientar, ainda, que subsistem normas de ordem pública que estabelecem um nível máximo e um nível mínimo simultaneamente. Tais disposições são de cunho proibitivo, não se aplicando a elas a regra da norma mais favorável. A exceção ora exposta se explica pela necessidade de, em certos momentos, não se ater exclusivamente à situação individual do trabalhador, mas de se considerar o bem comum de determinadas categorias econômicas ou dos trabalhadores, em geral, como objetivo maior a ser alcançado⁶¹.

Ademais, cabe esclarecer o problema concernente ao conflito de normas que contenham algumas disposições mais favoráveis e outras mais prejudiciais ao trabalhador. De início confrontaram-se duas teorias dispostas a solucionar o debate: a teoria da acumulação e a do conglobamento. Enquanto a primeira admitia a extração dos benefícios isolados de cada norma, acumulando-as numa só, a segunda se preocupava com o caráter unitário das normas originárias, mandando aplicar exclusivamente aquela que fosse mais favorável em seu bloco, sendo excluída, por isso, a incidência da outra menos benéfica em um sentido global⁶².

⁵⁹ Art. 7º: São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

XVII - gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal;

⁶⁰ RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de Direito do Trabalho*. 4ª Ed. São Paulo: LTr, 1996, p. 54-55.

⁶¹ RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de Direito do Trabalho*. 4ª Ed. São Paulo: LTr, 1996, p. 55-56.

⁶² CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 2. Ed. Niterói : Impetus. 2008, p. 192-193.

Diante do extremismo das teorias abordadas, impõe-se a adoção de um posicionamento intermediário, conforme seguido por Américo Plá Rodriguez. O jurista uruguaio explica que o mais razoável é apenas comparar disposições que versem sobre o mesmo instituto, como as condições relativas à remuneração, às férias, etc. Desta forma é possível acumular vantagens oriundas de normas distintas, porém referentes à mesma matéria, desde que a aglutinação não implique a perda da harmonia interior do instituto de que se está tratando⁶³.

c) **Condição mais Benéfica**

Por fim, a regra da condição mais benéfica consiste na prevalência das condições mais vantajosas estabelecidas durante a vigência do contrato de trabalho diante do surgimento de uma nova norma trabalhista menos favorável. Em síntese, o que essa regra pretende tutelar é o direito adquirido do trabalhador, tendo em vista que, incorporadas ao seu patrimônio jurídico vantagens contratuais de forma expressa ou tácita, essas não poderão ser suprimidas por normas posteriores menos benéficas.

Nesse contexto, extraem-se duas conseqüências práticas da regra exposta: em primeiro lugar, nota-se que ela atua restritivamente ao vedar a aplicação da nova regulamentação se a situação anterior for mais vantajosa ao trabalhador; em segundo lugar, mesmo que indiretamente, percebe-se que a regra da condição mais benéfica age também de forma extensiva, pois permite às partes pactuarem vantagens adicionais em relação às mínimas legalmente fixadas⁶⁴.

Para bem aplicar a regra é necessário identificar o que é uma condição benéfica para o trabalhador. Desta forma, deve-se atentar para o bem-estar do empregado de acordo com as normas do direito em vez de considerar exclusivamente suas preferências pessoais. Assim, são vantajosas ao obreiro todas as condições que privilegiem sua saúde mental, física, biológica e física. Por exemplo, caso sejam habitualmente fornecidos ao empregado cigarros ou bebidas alcoólicas, mesmo que o trabalhador considere a concessão benéfica, essa jamais será incorporada ao contrato, tendo em vista o prejuízo causado à saúde do obreiro⁶⁵.

Igualmente deve ser observado que as condições favoráveis de cunho transitório não se incorporam ao contrato de trabalho. Ocorre que, por vezes, são concedidas vantagens

⁶³ RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de Direito do Trabalho*. 4ª Ed. São Paulo: LTr, 1996, p. 58-60.

⁶⁴ RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho**. 4ª Ed. São Paulo: LTr, 1996, p. 63-64.

⁶⁵ CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 2. Ed. Niterói : Impetus. 2008, p. 184-186.

adicionais ao empregado em razão de alguma circunstância extraordinária ou em virtude do desempenho interino de um cargo⁶⁶. Assim, cessado o fato temporário, também se paralisa a concessão da benesse, não podendo essa ser levada em conta para a análise das condições mais favoráveis.

Apesar de desnecessária a positivação dessa regra, o ordenamento jurídico expressamente a previu por meio do art. 468 da CLT⁶⁷. O mencionado preceito legal veda a alteração lesiva do contrato de trabalho, mesmo que o trabalhador consinta em relação aos seus termos. Por consequência, o legislador, reproduzindo o objetivo da regra da condição mais favorável, apenas autorizou a supressão de cláusulas contratuais se sobrevierem cláusulas ainda mais benéficas à esfera de direito do empregado, tal como exposto na Súmula 51, I, do Tribunal Superior do Trabalho⁶⁸.

1.4 Flexibilização das Condições de Trabalho

Desdobrado o caráter protetivo assumido pelo Direito do Trabalho em sua origem, cumpre consignar as transformações que o conduziram ao atual período de crise, em que a rigidez de suas regras tem cedido espaço à corrente flexibilizatória emergente com os novos tempos.

Como já visto, o sistema de produção capitalista encontrou na regulamentação trabalhista, de início, a solução para os conflitos entre o Capital e o Trabalho ocorridos em consequência da Revolução Industrial e do liberalismo. Por meio de um pacto de classes, os principais atores envolvidos conciliaram interesses a princípio antagônicos. Foi a denominada fase do capitalismo organizado, na qual ao mesmo tempo em que os capitalistas renunciavam parte de seus lucros, os trabalhadores também abriam mão de parte de suas reivindicações⁶⁹. Assim, com a consolidação de direitos mínimos trabalhistas a serem gerenciados pelo Estado

⁶⁶ RODRIGUEZ, Américo Plá. Princípios de Direito do Trabalho. 4ª Ed. São Paulo: LTr, 1996, p. 64-65.

⁶⁷ Art. 468 - Nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e ainda assim desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia.

⁶⁸ Súmula 51, I, do TST: As cláusulas regulamentares, que revoguem ou alterem vantagens deferidas anteriormente, só atingirão os trabalhadores admitidos após a revogação ou alteração do regulamento.

⁶⁹ DORNELES, Leandro do Amaral D. de. **A transformação do direito do trabalho: da lógica da preservação à lógica da flexibilidade**. São Paulo: LTr, 2002, p. 40-46.

por intermédio da atuação de um ramo jurídico de cunho preservacionista, procurava-se a legitimação e a estabilização da estrutura socioeconômica da época.

Ocorre, entretanto, que as condições fáticas sobre as quais se assentavam o aludido pacto não mais existem na atualidade. A globalização acirrou a competição internacional entre as empresas, transportando o capital aos países que não apresentassem economias excessivamente regulamentadas, do ponto de vista do custo do trabalho⁷⁰. A concorrência e a premente necessidade de melhorar a qualidade dos produtos sem majorar custos passaram a fundamentar a pressão dos empregadores a uma normatização trabalhista menos rígida.

Nesse mesmo sentido, a automação e a informatização dos meios de produção de bens e serviços causaram a sucessiva eliminação de postos de trabalho. O receio de perder o emprego, portanto, torna-se preocupação nuclear dos trabalhadores. Tal fenômeno influencia, sobretudo, as negociações coletivas. Se no passado os sindicatos reivindicavam por melhores condições de trabalho, atualmente nota-se que o objetivo central é, primordialmente, evitar dispensas, mesmo que isso implique supressão ou redução de direitos até então assegurados ao obreiro.

Outro motivo que perturbou a ordem vigente foi a crise da estrutura de produção fordista, que consistia em um modelo verticalizado dirigido ao consumo em massa no qual o trabalho era executado de forma ininterrupta. Com a recessão capitalista na segunda metade do século XX, o fordismo e a sua rigidez não foram capazes de suportar a desaceleração econômica do período, abrindo espaço, por isso, a sistemas que comportassem maior maleabilidade a tempos de crise.

A racionalização tomou outras proporções, passando a constituir a tônica da produção. O toyotismo, nesse cenário, surgiu com a característica de se adaptar rapidamente à demanda, exigindo a manutenção de estoques mínimos, sempre de acordo com as necessidades do mercado. Com essa mudança de concepção, a organização do trabalho sofreu profundas alterações⁷¹. A inserção estável do trabalhador no interior da atividade empresarial assume potencialmente a condição de obstáculo a uma produção que prima pela flexibilidade.

Ante o exposto, ratifica-se a insustentabilidade do pacto de classes antes celebrado. Isso porque o capital não mais se satisfaz com a excessiva regulamentação trabalhista pelo

⁷⁰ MARTINS, Sérgio Pinto. **Flexibilização das Condições do Trabalho**. São Paulo: Atlas, 2000, p. 42.

⁷¹ DORNELES, Leandro do Amaral D. de. **A transformação do direito do trabalho: da lógica da preservação à lógica da flexibilidade**. São Paulo: LTr, 2002, p. 97-106.

Estado, ao passo que os trabalhadores, por sua vez, deparam-se com a precarização das condições laborais e com o medo do desemprego diante do novo quadro social.

A partir dessas mudanças, despontou como inegável a necessidade de adaptação das normas justralhistas à nova realidade social apresentada. Afinal, como qualquer outro ramo jurídico, o Direito do Trabalho não deve fixar institutos estanques; deve, porém, para garantir estabilidade e segurança jurídica, acompanhar o dinamismo social, regulando as relações jurídicas estabelecidas de acordo com as novas premissas vislumbradas no plano fático.

Desse modo, o conceito de flexibilidade e principalmente a definição de seus limites transformam-se em importante ponto de discussão e de divergência na doutrina. Oscar Uriarte, insigne professor uruguaio, define a flexibilidade como “eliminação, afrouxamento ou adaptação da proteção clássica trabalhista, com a finalidade – real ou pretensa – de aumentar o investimento, o emprego ou a competitividade da empresa⁷²”.

Sérgio Pinto Martins, apresentando semelhante conceito, enfatiza que a flexibilidade se trata de uma resposta aos padrões estabelecidos nas legislações até o momento, os quais não estão em consonância com a realidade. Ao longo de sua obra, expondo os fundamentos da flexibilidade, assevera que “a função do Direito do Trabalho não é apenas proteger o trabalhador; ele precisa verificar também a possibilidade econômica e as necessidades do empregado”.⁷³

Ainda acerca do tema, impõe-se considerar que, embora incontroversa a necessidade de uma reanálise de determinados preceitos rígidos laborais, há direitos mínimos que devem ser resguardados a todo custo, sobretudo por uma atuante intervenção estatal. Nesse sentido ensina Vólia Bomfim Cassar⁷⁴:

“Flexibilizar pressupõe a manutenção da intervenção estatal nas relações trabalhistas estabelecendo as condições mínimas de trabalho, sem as quais não se pode conceber a vida do trabalhador com dignidade (mínimo existencial), mas autorizando, em determinados casos, exceções ou regras menos rígidas, de forma que possibilidade a manutenção da empresa e dos empregos”.

Portanto, pressupõe-se que direitos básicos do trabalhador, cuja supressão ou até mesmo redução afete o núcleo da dignidade do obreiro, não podem ser transformados sob o

⁷² URIARTE, Oscar Ermida. **A flexibilidade**. São Paulo: LTr, 2002, p. 8.

⁷³ MARTINS, Sérgio Pinto. **Flexibilização das Condições do Trabalho**. São Paulo: Atlas, 2000, p. 43.

⁷⁴ CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 2. Ed. Niterói : Impetus. 2008, p. 33.

manto da flexibilidade. Pelo contrário, devem ser mantidos e valorizados. Mencionam-se, por exemplo, as regras sobre medicina e segurança do trabalho, as quais resguardam o valor maior do empregado – a sua integridade física e psíquica -, não sendo possível, por isso, a sua restrição em favor do argumento da preservação da empresa e, conseqüentemente, dos postos de trabalho oferecidos.

Quanto à flexibilização das condições do trabalho no Brasil, nota-se que o fenômeno não é recente. Desde o advento da Lei 5.107/66, que substituiu a estabilidade decenal pelo Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) e desestimulou a continuidade do trabalhador em seu vínculo laboral, diversas manifestações legislativas seguiram o mesmo caminho.

Exemplo que se amolda ao novo período do ramo justralhista é a Lei 9.601/98, a qual ampliou a possibilidade de contratação por prazo determinado. Ademais, legitimou a prática do banco de horas ao permitir o regime compensatório anual, cuja validade será examinada na presente monografia.

A Constituição Federal de 1988, por sua vez, também arrolou dispositivos que preveem meios de flexibilizar a legislação trabalhista. O art. 7, VII⁷⁵, a seu turno, estabelece a irredutibilidade do salário do trabalhador como regra. No entanto, autoriza que, por meio da via negocial coletiva, seja definida a redução dos ganhos do obreiro. Da mesma maneira, o art. 7º, XIII⁷⁶, o qual será melhor abordado adiante, apesar de fixar a duração diária e mensal de trabalho máxima a ser exercida pelo empregado, faculta a compensação e a redução de jornada, desde que por acordo ou convenção coletiva de trabalho.

Como visto, o constituinte originário privilegiou a negociação coletiva como meio de dar maior elasticidade aos direitos assegurados ao trabalhador. Todavia, o enfraquecimento dos sindicatos acaba por impossibilitar uma transação equânine em que os direitos renunciados se justifiquem diante das vantagens concedidas pelo sindicato patronal, no caso das convenções coletivas, ou pelas próprias empresas, no caso dos acordos coletivos de trabalho.

⁷⁵ Art. 7º: São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

VI - irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo;

⁷⁶ 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;

Ademais, percebe-se, de acordo com as circunstâncias atuais, que o problema do desemprego não vem encontrando reparos por meio da implementação de práticas de cunho flexibilizante. Pelo contrário, o que se visualiza é a consolidação da exclusão social das classes menos favorecidas.

Dessa forma, estimular a ausência de intervencionismo estatal e a livre autonomia das partes no ajuste das condições de trabalho significa retroceder a tempos de opressão maciça do proletariado. E esse incontestavelmente não é o objetivo do Direito do Trabalho. Para ser admissível a flexibilização, torna-se indispensável que a dignidade do trabalhador seja protegida, sob pena de se fulminar a essência das conquistas sociais atingidas até então.

Logo, não constitui tarefa estatal estabelecer normas contrárias ao interesse do povo apenas em favor do interesse de uma pequena camada da população. Aliás, de acordo com o já exposto, são princípios fundantes de todo o ordenamento jurídico, nos termos do art. 1º da CF, a dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho. Por conseguinte, qualquer medida que venha a flexibilizar as normas trabalhistas somente encontrará respaldo em nosso ordenamento se compatível com esses postulados.

2 DURAÇÃO DO TRABALHO

Apesar da desigualdade latente entre os sujeitos componentes de seus polos, as relações laborais caracterizam-se, sobretudo, pela presença de duas obrigações recíprocas: a prestação de serviços e o salário. Logo, enquanto o empregado oferece sua força de trabalho ao empregado ao longo de um lapso temporal, o último se incumbe de pagar o preço correspondente em troca do labor dispensado pelo obreiro.

É nesse contexto que se insere a duração do trabalho como ponto central a ser discutido no âmbito do Direito do Trabalho. A rigor, ao se perquirir os temas relativos à jornada de trabalho, o que se pretende delinear é a limitação do tempo que o indivíduo estará subordinado ao poder diretivo de seu empregador. Isso porque, dados os fatos históricos que posicionaram os trabalhadores a uma posição subalterna diante da concentração do poder econômico nas mãos de poucos, a regulamentação trabalhista assume o papel de frear o ímpeto capitalista a fim de conciliar os interesses sociais e os empresariais.

2.1 Fundamentos

Elucidada a importância da duração de trabalho para o estudo da seara juslaboral, cumpre esclarecer os seus fundamentos, isto é, os motivos pelos quais o anseio pela correta distribuição das horas laboradas pelo empregado deve ser sempre fomentado.

Em primeiro lugar, merecem ser ressaltados os fatores biológicos. A dilação desmedida do horário de trabalho conduz o empregado à extenuação física, à fadiga, ao estresse e o sujeita aos riscos de acidentes e de moléstias profissionais. Por conseguinte, a estipulação de limites ao tempo de labor consiste em tarefa imperiosa e que tende a evitar danos à saúde do obreiro. Nota-se, ainda, que as restrições não alcançam apenas a intervalos curtos de tempo. Pelo contrário, da proteção ao organismo humano decorrem também os fundamentos para descansos mais longos, como as férias e os repousos semanais

remunerados. A respeito do tema, explicativos se mostram os dizeres de Orlando Gomes e Elson Gottschalk⁷⁷:

“Consideradas, pois, as limitações inerentes ao organismo humano em face da fisiologia do trabalho, e as consequentes alterações fisioquímicas que este produz sobre aquele, não podia o legislador permanecer indiferente diante do problema da duração do trabalho. A sua primeira investida foi no terreno da duração diária, estabelecendo a jornada máxima legal e, logo a seguir, instituindo o descanso semanal. Comprovou-se, porém, com o correr dos anos, que essas limitações não eram suficientes.

O organismo humano precisava alijar dos músculos e do cérebro todos os resíduos de combustão e, com eles, a fadiga. Um período de descanso assaz curto não produzia o efeito desejado, porque ficavam “restos de fadiga” das tarefas anteriores, que iriam diminuir a capacidade de trabalho e rendimento do empregado durante as tarefas seguintes. Os restos da combustão orgânica iriam somar-se com os novos processos quando do reinício do trabalho, anulando os benefícios efeitos dos pequenos descansos intermediários. Impunha-se, assim, um descanso mais longo, mais restaurador, que pudesse eliminar do organismo humano todas as toxinas da fadiga remanescentes do trabalho anual. As férias podem ser consideradas, sob este aspecto, como um descanso integrativo de energias consumidas e não de todo restauradas, durante um longo período de atividade.”

Na sequência, igualmente ganham relevo os aspectos morais e sociais, visto que o empregado não é somente um fator econômico, mas também um ser inserido na sociedade que o circunda. Portanto, por ostentar laços familiares, culturais, políticos, religiosos, entre outros, ao trabalhador deve ser assegurado tempo suficiente para desfrutá-los da maneira que bem lhe aprouver. Outrossim, vale consignar que a própria Constituição Federal, conforme se deflui da leitura do artigo 6º⁷⁸, menciona o lazer como direito social. Conclui-se, em suma, que o período de trabalho não deve ser excessivamente longo, para que o indivíduo não seja tolhido de ocupar o seu tempo livre com atividades culturais, recreativas e esportivas que lhe interessem.

Por último, merecem destaque os fatores econômicos, os quais se relacionam intimamente com a rentabilidade produtiva das empresas e com a tentativa de se solucionar o problema do desemprego. Ora, não há dúvidas de que um trabalhador sadio e motivado produz em escala muito maior em comparação a um empregado que não goza de períodos de

⁷⁷ GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. **Curso de Direito do Trabalho**. 18º Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 296.

⁷⁸ Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

descanso. Apesar disso, comumente empregadores preferem aumentar a jornada de trabalho de seus funcionários a recrutar novos trabalhadores. Evitar que essa prática ocorra abusivamente, incentivando, com isso, a diminuição do desemprego, integra o papel fiscalizatório do Estado⁷⁹. Nota-se, portanto, que, ao contrário do que usualmente se imagina, os fundamentos para uma limitação da duração do trabalho não interessam apenas aos empregados, mas também vão igualmente ao encontro dos interesses do empregador.

2.2 Nomenclatura e Distinções

Ainda a título de esclarecimento preliminar, é preciso estabelecer o significado do termo duração do trabalho e dissecar suas ramificações conceituais. Afinal, muito se confunde sobre o alcance de três expressões semelhantes, porém com sentidos distintos. Vejamos:

a) Jornada de Trabalho

Sob um prisma mais técnico, a palavra “jornada” corresponde ao período diário ao longo do qual o empregado disponibiliza sua força de trabalho ao empregador em razão do pacto contratual estabelecido entre eles. Nessa direção, observa-se que o vocábulo “jornada” deriva do francês “jour” e “journée”, assim como do italiano “giorno” e “giornata”, ambos referindo-se à acepção diária da expressão⁸⁰.

Por outro lado, diuturnamente se despreza o conceito técnico para se utilizar o termo em um sentido mais amplo. A jornada de trabalho, nesse caso, compreende lapsos temporais de maior duração, como a semana, o mês e inclusive o ano. A propósito, é digno de nota que a própria CLT⁸¹, no art. 59, §2º, menciona o termo “jornadas semanais”⁸².

b) Horário de Trabalho

⁷⁹ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 27. Ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 515.

⁸⁰ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo : Ltr, 2011, p. 810.

⁸¹ Art. 59, §2º Poderá ser dispensado o acréscimo de salário se, por força de acordo ou convenção coletiva de trabalho, o excesso de horas em um dia for compensado pela correspondente diminuição em outro dia, de maneira que não exceda, no período máximo de um ano, à soma das jornadas semanais de trabalho previstas, nem seja ultrapassado o limite máximo de dez horas diárias.

⁸² CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 2. Ed. Niterói : Impetus. 2008, p. 626-627.

Por sua vez, a expressão “horário de trabalho” guarda relação com a determinação do início e do fim da disposição diária do obreiro perante seu patrono. De maneira exemplificativa, caso se inicie a prestação de serviços às 8 horas da manhã, com paralisação para almoço entre as 12h e às 13h, encerrando-se as atividades às 17h, o horário de trabalho será das 8h às 17h, com uma hora de intervalo. Contudo, a jornada de trabalho equivalerá a 8 horas⁸³.

Aliás, ainda no tocante à nomenclatura em comento, percebe-se que o horário de trabalho, a depender do pactuado entre os sujeitos da relação empregatícia e do período em que o labor é executado, pode ser diurno, noturno ou até em regime misto.

c) Duração do Trabalho

A duração do trabalho, enfim, consiste no termo mais abrangente, porquanto abarca qualquer espécie de parâmetro temporal de labor que o empregado realiza em decorrência do contrato de trabalho. Não é à toa, portanto, que a CLT dá a denominação “Duração do Trabalho” ao capítulo próprio que contempla normas sobre jornada, duração semanal laboral, intervalos intra e interjornadas e demais repousos trabalhistas⁸⁴.

2.3 Composição

Como ponto de partida do debate sobre a compensação e a prorrogação de jornada a ser ainda tecido, a delimitação dos critérios acerca da composição do tempo de trabalho é fundamental para uma correta compreensão do instituto sob análise. Afinal, o que integra a jornada à qual se submete o obreiro?

De início, é digno de nota o critério que estabelece como único componente da jornada de trabalho o tempo efetivamente trabalhado. Segundo essa linha, o empregado somente receberá a contraprestação salarial pelo período em que estiver prestando serviços ao empregador. Em caso de paralisação das atividades, seja por força maior, seja por diminuição da produção, o tempo ocioso não integrará a jornada de trabalho. Nessa hipótese, não fará jus o empregado ao salário pactuado.

⁸³ CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 2. Ed. Niterói : Impetus. 2008, p. 627.

⁸⁴ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo : Ltr, 2011, p. 810.

O critério acima exposto, como regra, não é adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro. Isso se explica porque se almeja evitar, no Direito do Trabalho, que o obreiro suporte os riscos da atividade empresarial desempenhada pelos empregadores. Todavia, consoante explana Maurício Godinho Delgado, a rejeição mencionada não é absoluta⁸⁵. Ocorre que a própria legislação pátria prevê, nos termos do que dispõe o art. 78, *caput*, da CLT⁸⁶, o pagamento de salário à proporção das peças produzidas pelo obreiro, desde que seja respeitado o valor mensal do salário mínimo. Desse modo, o sistema de cálculo salarial aludido se aproxima sobremaneira do critério do tempo efetivamente trabalhado.

O segundo critério considerado exige que qualquer período em que o empregado esteja à disposição do empregador deva ser computado na jornada de trabalho. Conforme se depreende da leitura do art. 4º da CLT⁸⁷, esta é a teoria consagrada pelo direito juslaboral brasileiro. É flagrante o cunho protetor da norma, pois assim se impede que os trabalhadores fiquem à mercê de abusos eventualmente praticados pelos empregadores e materializados, por exemplo, pela concessão de intervalos não previstos em lei, pelo tempo de espera em serviço, pela realização de atividades fora do ambiente de trabalho, entre outros⁸⁸.

Outrossim, cabe destacar que o critério do tempo à disposição é mitigado pela legislação trabalhista em hipóteses isoladas. É o caso dos ferroviários, os quais integram categoria que é submetida a regimes diferenciados conhecidos como tempo de sobreaviso e tempo de prontidão. Em ambas as situações o obreiro permanece aguardando ordens do empregador, porém, enquanto no regime de sobreaviso a espera ocorre em sua residência, no caso da prontidão o trabalhador se mantém nas dependências da estrada. A atenuação do critério aludido se dá em razão da menor intensidade com que a disponibilidade se expressa nas circunstâncias em tela, sendo a remuneração dos ferroviários, nesses casos, reduzida para um terço da hora normal, na hipótese do regime de sobreaviso, ou para dois terços, se a jornada de trabalho estiver subordinada ao regime de prontidão.

Por último, a terceira teoria sobre a composição da jornada de trabalho expõe o tempo *in itinere*, que abrange o período no qual o empregado se desloca de sua residência em direção

⁸⁵ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo : Ltr, 2011, p. 812.

⁸⁶ Art. 78: Quando o salário for ajustado por empreitada, ou convencionado por tarefa ou peça, será garantida ao trabalhador uma remuneração diária nunca inferior à do salário mínimo por dia normal da região, zona ou subzona.

⁸⁷ Art. 4º: Considera-se como de serviço efetivo o período em que o empregado esteja à disposição do empregador, aguardando ou executando ordens, salvo disposição especial expressamente consignada.

⁸⁸ CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 2. Ed. Niterói : Impetus. 2008, p. 627.

ao local de trabalho e vice-versa⁸⁹. Como regra geral, não se inclui na jornada o tempo gasto nessas condições. Ora, imputar responsabilidade ao patrão pelo tempo de espera do obreiro no trânsito, assim como lhe determinar que proceda à difícil tarefa de controlar tal jornada, seria excessivamente oneroso. Entretanto, a título de exceção, as horas *in itinere* serão compreendidas na jornada de trabalho se o empregador fornecer a condução, desde que o local de trabalho seja de difícil acesso ou não servido por transporte regular público, segundo o teor do art. 58, §2º, da CLT⁹⁰.

2.4 Natureza Jurídica

Ao se analisar detidamente o arcabouço normativo que rege a duração do trabalho e seus limites, é fácil perceber a coexistência de normas heterônomas e autônomas coletivas especialmente em razão do disposto no art. 7º, XIII, da Constituição Federal⁹¹. Sob essa premissa, torna-se fundamental especificar a natureza jurídica das normas jurídicas estatais e da possibilidade de sua restrição ou de sua suplantação pela autonomia negocial coletiva e também pela negociação no plano individual do contrato de trabalho.

Dados os fundamentos embaixadores de tal ramo do direito laboral, sobretudo os que concernem à saúde e à segurança do obreiro, conclui-se que tais normas são dotadas de imperatividade. Por conta disso, caso o trabalhador, no bojo da relação de emprego, renuncie a vantagens concedidas por normas relativas à duração do trabalho, o ato emanado de sua vontade será inválido⁹². Ademais, a transação bilateral pactuada pelo empregado e pelo empregador, sempre que provocar prejuízos ao trabalhador, estará eivada de nulidade,

⁸⁹ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 27. Ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 513.

⁹⁰ Art. 58, § 2º: O tempo despendido pelo empregado até o local de trabalho e para o seu retorno, por qualquer meio de transporte, não será computado na jornada de trabalho, salvo quando, tratando-se de local de difícil acesso ou não servido por transporte público, o empregador fornecer a condução.

⁹¹ 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;

⁹² DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo : Ltr, 2011, p. 821-822.

conforme proclama o princípio da inalterabilidade contratual lesiva, cujos termos estão insculpidos no art. 468 da CLT⁹³.

No tocante à autonomia negocial coletiva e o seu confronto com as normas estatais heterônomas, o tema será melhor abordado quando da análise do sistema atual da compensação de horas sob o parâmetro anual – comumente denominado *banco de horas*, momento no qual se ressaltará o caráter indisponível da norma e a correlata incompatibilidade com o parâmetro constitucional invocado.

2.5 Jornada padrão e jornadas especiais

Por conta da necessidade de limitar o tempo dispendido pelo empregado em benefício do empregador, revelou-se impositivo a elevação da matéria a nível constitucional. Exercendo tal mister, a Carta Magna promulgada em 1988 tratou de reduzir a jornada semanal de 48 horas – presente na ordem jurídica pretérita – para a atual de 44 horas, conforme se visualiza da leitura do art. 7, XIII, da Lei Maior⁹⁴. Ademais, reforçando o caráter altamente protetivo das normas constitucionais pertinentes ao Direito do Trabalho, o referido dispositivo também previu a jornada máxima de 8 horas diárias, ressalvando, porém, a possibilidade de flexibilização da norma mediante autonomia negocial coletiva ou, conforme se verá adiante, por acordo individual das partes componentes da relação de emprego.

Tendo em vista o caráter imperativo das normas jurídicas sobre duração do trabalho, observa-se que não surtirá efeitos qualquer regra jurídica heterônoma ou autônoma que desrespeite o limite delineado no comando constitucional já referido, ressalvadas, repise-se, as hipóteses permissivas de compensação e de trabalho extraordinário contempladas na Carta de 1988⁹⁵.

⁹³ Art. 468: Nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e ainda assim desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia.

⁹⁴ 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;

⁹⁵ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo : Ltr, 2011, p. 847.

Cumprе consignar, entretanto, que o limite inserido na Lei Maior corresponde tão somente a um padrão a ser respeitadо na hipótese de inexistir patamar diverso estabelecido em legislação específica. Isso porque, por conta do objeto do serviço prestado, bem como em razão das circunstâncias em que são desenvolvidas, é legítima a delimitação de jornadas especiais de labor.

No que concerne à primeira exceção aludida, trata-se das categorias específicas. Tendo em vista as particularidades da atividade prestada em cada setor, tornou-se fundamental a formulação de preceitos legais especiais incumbidos de regulamentar o tema da duração de trabalho na área correspondente. É o que ocorre, por exemplo, com os bancários, cuja disponibilidade diária não poderá exceder a 6 horas, com exceção dos sábados, perfazendo um total de 30 horas de trabalho por semana⁹⁶.

Quanto à segunda exceção apontada, merece destaque a atividade desempenhada em turnos ininterruptos de revezamento, circunstâncias nas quais a Constituição Federal reduz a jornada máxima para 6 horas diárias, salvo pacto coletivo em sentido contrário⁹⁷. De acordo com a moderna classificação da espécie ora enfrentada, considera-se inserido nesse regime o obreiro que presta seus serviços em horários com sucessivas modificações, ora laborando no turno da tarde, ora à noite, ora pela manhã, e assim sucessivamente. A proteção se impõe em razão do prejuízo ao metabolismo humano, que tem como causa imediata a constante alternância de horários⁹⁸.

Outrossim, é digno de nota o alargamento do alcance desse instituto, uma vez que os tribunais laborais vêm entendendo que não constitui requisito necessário, para a configuração do regime de turnos ininterruptos de revezamento, a realização da atividade empresarial de forma ininterrupta⁹⁹. Logo, bastam regulares modificações de horários, de modo que resulte

⁹⁶ Art. 224 da CLT: A duração normal do trabalho dos empregados em bancos, casas bancárias e Caixa Econômica Federal será de 6 (seis) horas contínuas nos dias úteis, com exceção dos sábados, perfazendo um total de 30 (trinta) horas de trabalho por semana.

⁹⁷ Art. 7º, XIV, da Constituição Federal: jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva;

⁹⁸ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: Ltr, 2011, p. 674-675.

⁹⁹ AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. TURNOS ININTERRUPTOS DE REVEZAMENTO. LABOR REALIZADO EM TURNOS ALTERNADOS. ABRANGÊNCIA DO HORÁRIO DIURNO E NOTURNO. Estabelece a Orientação Jurisprudencial nº 360 da SBDI-1, *in verbis* : - TURNO ININTERRUPTO DE REVEZAMENTO. DOIS TURNOS. HORÁRIO DIURNO E NOTURNO. CARACTERIZAÇÃO (DJ 14.03.2008) Faz jus à jornada especial prevista no art. 7º, XIV, da CF/1988 o trabalhador que exerce suas atividades em sistema de alternância de turnos, ainda que em dois turnos de trabalho, que compreendam, no todo ou em parte, o horário diurno e o noturno, pois submetido à alternância de horário prejudicial à saúde, sendo irrelevante que a atividade da empresa se desenvolva de forma ininterrupta -. Saliente-se que o fato de o reclamante não laborar nos três turnos (manhã, tarde e noite) não descaracteriza os turnos

risco à integridade física e psíquica do trabalhador, para que incidam as regras especiais aos empregados que trabalham em turnos ininterruptos de revezamento.

2.6 Controle de Horário

As limitações relativas ao tempo de trabalho pressupõem controle efetivo da jornada diária, sob pena de se esvair o comando constitucional que visa, entre outras finalidades, a evitar o desgaste excessivo do trabalhador. Por isso, a Consolidação das Leis do Trabalho determina que compete ao empregador efetivar o controle de horário por meio de registro manual, eletrônico ou mecânico, conforme instruções a serem expedidas pelo Ministério do Trabalho, devendo haver pré-assinalação do período de repouso, na hipótese de a ele estarem subordinados mais de dez empregados¹⁰⁰. Nesse ponto, nota-se que os pequenos empresários com menos de dez obreiros contratados, apesar de não estarem sujeitos ao meio formal estabelecido em lei, prosseguem com a incumbência de controlar a jornada de seus empregados, sendo-lhes conferida, porém, a prerrogativa de escolher o meio que melhor lhe convenha na rotina da atividade empresarial desenvolvida.

A despeito da regra geral acima mencionada, salienta-se, que, a depender das circunstâncias em que se executa o serviço, dispensa-se o empregador do controle de jornada. Daí que surgem as exceções previstas no artigo 62 da CLT, em que se apresentam as denominadas jornadas não controladas¹⁰¹. Nesse âmbito, uma vez que inexiste a delimitação

ininterruptos de revezamento, visto que a jurisprudência consolidada, que interpreta o artigo 7º, inciso XIV, da Constituição Federal, não faz nenhuma limitação nesse sentido, tendo por fundamento apenas o prejuízo à saúde do trabalhador, que decorre da citada alternância, como no caso. Agravo de instrumento desprovido. (1456006420095030087 145600-64.2009.5.03.0087, Relator: José Roberto Freire Pimenta, Data de Julgamento: 02/05/2012, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 11/05/2012)

¹⁰⁰ Art. 74, § 2º: Para os estabelecimentos de mais de dez trabalhadores será obrigatória a anotação da hora de entrada e de saída, em registro manual, mecânico ou eletrônico, conforme instruções a serem expedidas pelo Ministério do Trabalho, devendo haver pré-assinalação do período de repouso.

¹⁰¹ Art. 62: Não são abrangidos pelo regime previsto neste capítulo: (Redação dada pela Lei nº 8.966, de 27.12.1994)

I - os empregados que exercem atividade externa incompatível com a fixação de horário de trabalho, devendo tal condição ser anotada na Carteira de Trabalho e Previdência Social e no registro de empregados; (Incluído pela Lei nº 8.966, de 27.12.1994)

II - os gerentes, assim considerados os exercentes de cargos de gestão, aos quais se equiparam, para efeito do disposto neste artigo, os diretores e chefes de departamento ou filial. (Incluído pela Lei nº 8.966, de 27.12.1994)
Parágrafo único - O regime previsto neste capítulo será aplicável aos empregados mencionados no inciso II deste artigo, quando o salário do cargo de confiança, compreendendo a gratificação de função, se houver, for inferior ao valor do respectivo salário efetivo acrescido de 40% (quarenta por cento). (Incluído pela Lei nº 8.966, de 27.12.1994)

exata do tempo de trabalho prestado pelo empregado, não há de se falar em jornada extraordinária, tampouco em seu principal efeito, consistente na remuneração do adicional pelas horas extras laboradas.

Em primeiro momento, registra-se o caso dos empregados que exercem atividade externa incompatível com a rígida fiscalização da jornada de trabalho, devendo tal condição estar anotada na CTPS do obreiro e no registro de empregados, conforme reza o artigo 62, I, da CLT. Ressalva-se que, para configurar tal hipótese, exige-se a ausência de qualquer meio de controle por parte do empregador sobre a jornada do empregado. Caso, a título de exemplo, sejam comprovadas trocas de mensagens eletrônicas, estará corroborado o efetivo controle, com todos os devidos reflexos. Será possível, portanto, que o empregado trabalhe em período extraordinário, fazendo jus ao adicional de, no mínimo, cinquenta por cento, consoante aponta o artigo 7º, XVI, da Constituição Federal¹⁰².

Outro exemplo presente na legislação trabalhista versa sobre os empregados que detêm poderes de mando, gestão e representação. Para melhor exercer suas funções de comando, a eles é atribuída a autonomia de optar pelo horário no qual será executado seu serviço. Assim como no caso dos empregados que exercem atividades externas, também merece ser tratada com muita cautela essa exceção. Se, diante da realidade fática do empregador, seja revelado que o empregado se encontre em linha de subordinação a outrem, não detendo os poderes de gestão determinados, muito embora formalmente seu cargo seja denominado de chefia, deve ser consumado o controle de horário. Aliás, tal prática é recorrente entre os empregadores. Empregados são disfarçadamente prestigiados com cargos de chefia, com o propósito de não se aplicar a fiscalização sobre a jornada determinada em lei. Cuida-se de prática fraudulenta que deve ser repelida pela justiça laboral e pelas autoridades administrativas incumbidas de zelar pela correta aplicação das normas trabalhistas.

Além disso, enrijecendo a hipótese acima delineada, o já detalhado parágrafo único do artigo 62, da CLT, exige a presença de um critério quantitativo para a dispensa do controle de horário. Assim, deve ser implementado um acréscimo de quarenta por cento ao salário do gerente, em comparação à quantia recebida pelo cargo efetivo exercido. Caso contrário, não se aplica o dispositivo legal que elide a regra relativa ao controle de horário do empregado.

¹⁰² Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

XVI - remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinquenta por cento à do normal;

Apesar do exposto, sustenta-se, minoritariamente, a tese da não recepção do art. 62 da consolidação trabalhista pela Carta Magna de 1988. Isso porque o inciso XIII do art. 7º da Constituição dispõe expressamente que o empregado deve trabalhar 8 horas diárias e 44 semanais, sem exceções¹⁰³. Na verdade, o art. 62 não determina que o trabalhador se submeta a uma jornada superior àquela prevista na Lei Maior. A rigor, o dispositivo legal apenas dispensa o controle de horário para efeito de pagamento de horas extras por conta de circunstâncias específicas. No mais, consoante assinala Godinho, “trata-se somente de uma presunção jurídica (afastável por prova em contrário) de que a jornada não é fiscalizada, e como tal não é capaz de gerar direito a hora extra. É critério prático, não de eleição ou discriminação.”¹⁰⁴

Por último, é indispensável discorrer sobre o efeito processual do dever atribuído ao empregador de controlar a jornada de seus empregados. Em síntese, caso, em uma demanda trabalhista, o empregado, na condição de reclamante, postule a remuneração de horas prestadas, não havendo controle de horário efetivado pelo empregador, presumem-se verdadeiras as alegações contidas na inicial. É bem verdade, porém, que a presunção é meramente relativa, podendo ser afastada por outros meios de prova a serem declinados pelo reclamado, à luz do que dispõe a Súmula 338, I, do Tribunal Superior do Trabalho¹⁰⁵.

2.7. Jornada Extraordinária

O limite temporal estabelecido, seja em norma jurídica heterônoma, seja em norma jurídica autônoma, tem como escopo o seu devido cumprimento pelas partes componentes da relação de emprego. Todavia, não raras vezes ocorre de o padrão fixado ser extrapolado, culminando com a ocorrência da jornada extraordinária, cujos efeitos variam de acordo com o motivo que deu azo à extensão do período de labor exercido pelo obreiro.

De antemão, cumpre frisar que o principal debate travado no âmbito da jornada extraordinária reside no dever jurídico de se pagar o adicional de horas extras previsto no art.

¹⁰³ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 27. Ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 515.

¹⁰⁴ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo : Ltr, 2011, p. 822.

¹⁰⁵ Súmula 338, I, TST: É ônus do empregador que conta com mais de 10 (dez) empregados o registro da jornada de trabalho na forma do art. 74, § 2º, da CLT. A não-apresentação injustificada dos controles de frequência gera presunção relativa de veracidade da jornada de trabalho, a qual pode ser elidida por prova em contrário. (ex-Súmula nº 338 - alterada pela Res. 121/2003, DJ 21.11.2003)

7º, XVI, da Carta Magna¹⁰⁶. Isso porque, sob a égide dos dispositivos legais e constitucionais pertinentes, conjugados à interpretação de seus preceitos pela doutrina e pela jurisprudência, percebe-se que o mero elástico do limite contratual ou legal de jornada, por si só, não atribui ao empregado o direito subjetivo à remuneração suplementar. Em outras palavras, conforme leciona Maurício Godinho Delgado, “a remuneração adicional é apenas *efeito comum* da sobrejornada, mas não seu elemento componente necessário”¹⁰⁷.

Diante do exposto, serão abordadas no presente trabalho as diferentes espécies de jornada extraordinária presentes na legislação trabalhista, visando sempre ao esclarecimento da incidência, ou não, do adicional de horas extras em cada uma das hipóteses ventiladas.

2.7.1 Acordo de Prorrogação de Jornada

O acordo de prorrogação de jornada se consubstancia no ajuste escrito de vontades pactuado pelas partes, com o intuito de dilatar o limite legal, em troca do pagamento do adicional de horas extras de, no mínimo, cinquenta por cento em relação à remuneração ordinária auferida pelo empregado.

O tipo legal permissivo da hipótese ora tratada está contido no artigo 59, *caput*, da CLT¹⁰⁸, cujos termos inclusive albergam a possibilidade de o ajuste se perfeccionar pela via da negociação coletiva. No mais, embora o dispositivo mencionado contemple tão somente a possibilidade de elástico a jornada em até 2 horas, é evidente que, se o empregado laborar por um período mais longo, a ele será devida a remuneração suplementar, sob pena de enriquecimento ilícito do empregador em prejuízo do esforço desenvolvido pelo empregado¹⁰⁹. Isso ocorre, sobretudo, por ser impossível o restabelecimento do estado anterior das coisas, de modo que a energia gasta pelo obreiro não pode ser devolvida pelo empregador.

¹⁰⁶ Art. 7º: São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

XVI - remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinquenta por cento à do normal;

¹⁰⁷ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo : Ltr, 2011, p. 859.

¹⁰⁸ Art. 59: A duração normal do trabalho poderá ser acrescida de horas suplementares, em número não excedente de 2 (duas), mediante acordo escrito entre empregador e empregado, ou mediante contrato coletivo de trabalho.

¹⁰⁹ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 27. Ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 520.

Há de se salientar o entendimento que entende ser impositiva a interpretação do art. 59 da CLT em consonância com o disposto no art. 58 do mesmo diploma legal, que fixa em 8 horas a jornada contratual. Desse modo, a prestação extraordinária de 2 horas apenas teria lugar em relação a uma jornada de 8 horas. Em uma jornada de 6 horas, porém, a prorrogação não poderia ir além do período equivalente 1 hora e 30 minutos. O limite, em suma, não seria de 2 horas, independente da jornada do empregado, e sim de 25% da jornada.¹¹⁰

Outro ponto crucial, pois, cinge-se à discussão acerca da constitucionalidade do acordo de prorrogação de jornada, tendo em vista a redação do art. 7º, XVI, da Lei Maior. Conforme apontado por parcela da doutrina, o preceito constitucional apenas permitiria a prorrogação da jornada no caso da ocorrência de situações excepcionais, como na hipótese de força maior ou de atendimento a necessidade imperiosa, ou em função de acordo de compensação de jornada previamente estabelecido. Logo, a sobrejornada resultante de acordo de prorrogação de jornada não se compatibilizaria com a ordem jurídica pátria inaugurada pela Carta de 1988¹¹¹. Apesar desses argumentos, reconhece-se majoritariamente como legítima a pactuação de horas extraordinárias regulares ao longo do contrato de trabalho, desde que respeitados os ditames formais determinados em lei.

Por último, ainda há a controvérsia acerca das horas extras decorrentes de acordo de prorrogação, que reside na possibilidade de serem suprimidas sem que o valor correspondente se incorpore na remuneração do empregado. Na esteira do que dispõe a Súmula 291, observa-se que, embora se reconheça a licitude da supressão por parte do empregador, a consolidação da situação fática no tempo, representada pela habitualidade das horas extras prestadas e pela expectativa do empregado na manutenção de seu patamar remuneratório, dá ensejo a um direito à indenização a ser cumprido pelo patrono em benefício do obreiro¹¹².

2.7.2 Compensação de Jornada

¹¹⁰ OLIVEIRA, Cinthia Machado de; DORNELES, Leandro do Amaral Dorneles de. **Direito do Trabalho**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, p. 108.

¹¹¹ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo : Ltr, 2011, p. 862-864.

¹¹² Súmula 291, TST: A supressão, pelo empregador, do serviço suplementar prestado com habitualidade, durante pelo menos um ano, assegura ao empregado o direito à indenização correspondente ao valor de um mês das horas suprimidas para cada ano ou fração igual ou superior a 6 (seis) meses de prestação de serviço acima da jornada normal. O cálculo observará a média das horas suplementares efetivamente trabalhadas nos últimos 12 (doze) meses, multiplicada pelo valor da hora extra do dia da supressão.

Em sequência, desponta como espécie de jornada extraordinária o regime compensatório previsto no art. 59, §2º, do diploma celetista¹¹³, dispositivo que encontra suporte no art. 7º, XIII, da Constituição Federal¹¹⁴. Cuida-se de hipótese em que há aumento da jornada em um dia pela correspondente diminuição em outro, de modo que não seja ultrapassado o módulo semanal, semanal ou anual, a depender da modalidade de compensação adotada pelo título autorizador da presente medida flexibilizatória, cujo cerne, vale dizer, contrapõe-se à imperatividade das normas relativas à duração do trabalho. Por não haver, de fato, dilação da duração semanal, mensal ou anual de trabalho, o empregado não faz jus ao adicional por trabalho extraordinário.

Elucida-se, nessa seara, que é controverso o enquadramento do regime compensatório como instituto componente do gênero *jornada extraordinária*, uma vez que não há extrapolamento do parâmetro temporal utilizado em cada espécie de compensação de jornada, tampouco incidência de remuneração suplementar por horas extras laboradas. No presente trabalho, porém, entende-se que a jornada extraordinária é caracterizada pela mera dilação do período legal ou contratual de trabalho a que está submetido o obreiro, mesmo que o excesso venha a ser compensado em momento futuro. Logo, a ausência de pagamento do adicional de horas extras é fato irrelevante para a inclusão da hipótese ventilada como espécie de jornada extraordinária.

Ademais, em virtude dos intensos debates travados a respeito da legitimidade das modalidades diversas de regime compensatório presentes no ordenamento jurídico pátrio, remete-se o leitor ao capítulo 3, no qual serão detidamente abordadas as particularidades do tema, especialmente em relação à (in)compatibilidade, perante a ordem constitucional, da sistemática do banco de horas, modalidade compensatória introduzida pela Lei 9.601/98 e lapidada pelas medidas provisórias que sucederam o referido texto legal.

2.7.3. Prorrogação em Virtude de Força Maior

¹¹³ Art. 59, § 2º: Poderá ser dispensado o acréscimo de salário se, por força de acordo ou convenção coletiva de trabalho, o excesso de horas em um dia for compensado pela correspondente diminuição em outro dia, de maneira que não exceda, no período máximo de um ano, à soma das jornadas semanais de trabalho previstas, nem seja ultrapassado o limite máximo de dez horas diárias. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.164-41, de 2001)

¹¹⁴ 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;

Admite-se, diante de determinadas situações motivadas por força maior, que a jornada de trabalho seja estendida além do padrão legal ou contratual, conforme reza o art. 61, *caput*, da CLT¹¹⁵. Nesse panorama, a própria consolidação trabalhista, em seu art. 502, conceitua força maior, que pode ser entendida, portanto, como qualquer acontecimento imprevisível para o qual o empregador não concorreu nem direta, nem indiretamente, como um terremoto, por exemplo.¹¹⁶

A prorrogação por força maior, ao contrário das modalidades antes explicitadas, não se funda em acordo bilateral das partes, tampouco em negociação coletiva. Decorre, pois, de ato unilateral do empregador, desde que presentes os requisitos fáticos autorizadores inseridos na legislação laboral. No mais, uma vez estendida a jornada, incumbe ao patrono comunicar sua ocorrência à Superintendência Regional do Trabalho em até dez dias, ou antes disso, caso haja fiscalização no estabelecimento ou na empresa, de acordo com o contido no art. 61, §1º, da CLT¹¹⁷.

Quanto aos motivos que ensejam a extensão da jornada por força maior, não se inserem nesse conceito fatores comuns à dinâmica do mercado econômico, como os decorrentes de alterações da política econômica governamental¹¹⁸.

Resta esclarecer, nesse cenário, que o adicional previsto no art. 7º, XVI, da Constituição Federal¹¹⁹, será sempre devido em caso de serviço prestado de forma extraordinária em decorrência de necessidade imperiosa por motivo de força maior. Isso porque o dispositivo constitucional mencionado, conforme entendimento pacífico da doutrina e da jurisprudência, revogou tacitamente o art. 61, §2º, da CLT¹²⁰, cujos termos dispensavam o pagamento do adicional no labor exercido nessas circunstâncias. Depreende-se, pois, que a

¹¹⁵ Art. 61 da CLT: Ocorrendo necessidade imperiosa, poderá a duração do trabalho exceder do limite legal ou convencionado, seja para fazer face a motivo de força maior, seja para atender à realização ou conclusão de serviços inadiáveis ou cuja inexecução possa acarretar prejuízo manifesto.

¹¹⁶ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: Ltr, 2011, p. 662-664.

¹¹⁷ Art. 61, § 1º, da CLT: O excesso, nos casos deste artigo, poderá ser exigido independentemente de acordo ou contrato coletivo e deverá ser comunicado, dentro de 10 (dez) dias, à autoridade competente em matéria de trabalho, ou, antes desse prazo, justificado no momento da fiscalização sem prejuízo dessa comunicação.

¹¹⁸ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo : Ltr, 2011, p. 865-866.

¹¹⁹ Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

XVI - remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinquenta por cento à do normal

¹²⁰ § 2º: Nos casos de excesso de horário por motivo de força maior, a remuneração da hora excedente não será inferior à da hora normal. Nos demais casos de excesso previstos neste artigo, a remuneração será, pelo menos, 25% (vinte e cinco por cento) superior à da hora normal, e o trabalho não poderá exceder de 12 (doze) horas, desde que a lei não fixe expressamente outro limite.

nova ordem jurídica tem como escopo limitar ao máximo o trabalho extraordinário exercido por ato unilateral do empregador, mesmo sob a justificativa da ocorrência de força maior. Desse modo, como os riscos da atividade empresarial devem correr por conta do empregador, embora nessa situação a causa da jornada extraordinária não lhe seja imputável, dele é exigido o pagamento da remuneração suplementar em benefício do obreiro.

Em complemento, nota-se a ausência, na legislação celetista, de limite expresso referente ao tempo extraordinário de trabalho exercido a título de força maior, ao contrário do que se visualiza na antes mencionada prorrogação bilateral de jornada, cuja dilação, repita-se, não pode superar 2 horas. A despeito da dissonância doutrinária a respeito do tema, Maurício Godinho Delgado afirma que, muito embora inexista um limite fixo, não é legítimo que se promova a prorrogação de jornada por força maior por período desmedidamente excessivo, sob pena de serem violados os princípios da proporcionalidade e da dignidade da pessoa humana¹²¹. Aliás, nesse cenário, nunca é demais lembrar que o bem-estar do trabalhador, como objetivo precípuo do Direito do Trabalho, deve se sobrepor ao atendimento incondicional dos interesse patrimoniais do empregador.

Em contrapartida, Alice Monteiro de Barros, à luz de uma interpretação sistemática das disposições referentes à duração do trabalho, reproduz entendimento diverso no sentido de que a jornada extraordinária por força maior tem como limite o período máximo de 2 horas. A posição perfilhada pela eminente jurista se funda na imperatividade do intervalo interjornadas de 11 horas para o sono do obreiro, assim como na necessidade de ser respeitado o intervalo intrajornada de ao menos 1 hora após cada 6 horas de trabalho, regras que também incidem na hipótese de prorrogação motivada por força maior¹²².

2.7.4. Prorrogação por força da realização de serviços inadiáveis

Representando igualmente hipótese de necessidade imperiosa, a conclusão de serviços inadiáveis, ou cuja inexecução possa acarretar prejuízos às partes, está também disciplinada

¹²¹ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo : Ltr, 2011, p. 867.

¹²² BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: Ltr, 2011, p. 662-664.

no artigo 61 da CLT¹²³. Aplica-se, sobretudo, em casos envolvendo a realização de serviços emergenciais que não podem ser postergados, sob pena de implicar iminente prejuízo à produção do empregador. A título de exemplo, cita-se o desembarque de uma carga perecível ao final da jornada diária ordinária dos empregados. Se os produtos não sofrerem tratamento imediato, a carga fatalmente se perderá, trazendo ao empregador consideráveis prejuízos¹²⁴.

À semelhança do exposto na prorrogação motivada por força maior, a dilação de jornada subordinada à realização de serviços inadiáveis não se baseia em contrato celebrado entre as partes. Decorre, na verdade, de ato unilateral do empregador, a quem é atribuída a prerrogativa de determinar a extensão da jornada de seus empregados, desde que presentes os motivos extraordinários ensejadores da medida prevista no diploma laboral.

No mais, por se revestir de inequívoca prestação de serviços extraordinários, não pairam dúvidas acerca da aplicação do outrora mencionado art. 7º, XVI, da Constituição Federal, devendo o empregado, nessa hipótese, ser contemplado pelo pagamento da remuneração suplementar pelo trabalho desempenhado nas circunstâncias ora narradas. Aliás, o próprio texto celetista, antes da elaboração da Carta de 1988, já determinava a sobre remuneração, consoante fixa o art. 61, §2º, da CLT,¹²⁵ cuja interpretação deve ser levada a efeito em consonância com o disposto na Lei Maior a respeito da incidência do adicional de, no mínimo, cinquenta por cento sobre a remuneração ordinária do obreiro.

Ao final, observa-se que há limite temporal expresso a ser respeitado na referida modalidade de prorrogação. Logo, de acordo com o teor do art. 61, §2º, *in fine*, da CLT, a dilação para a execução de serviços inadiáveis não poderá exceder o período de 12 horas.

2.7.5. Prorrogação para Reposição de Paralisações Empresariais

¹²³ Art. 61 da CLT: Ocorrendo necessidade imperiosa, poderá a duração do trabalho exceder do limite legal ou convencional, seja para fazer face a motivo de força maior, seja para atender à realização ou conclusão de serviços inadiáveis ou cuja inexecução possa acarretar prejuízo manifesto.

¹²⁴ OLIVEIRA, Cinthia Machado de. e DORNELES, Leandro do Amaral Dorneles de. **Direito do Trabalho**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, p. 109.

¹²⁵ Art. 61, § 2º - Nos casos de excesso de horário por motivo de força maior, a remuneração da hora excedente não será inferior à da hora normal. Nos demais casos de excesso previstos neste artigo, a remuneração será, pelo menos, 25% (vinte e cinco por cento) superior à da hora normal, e o trabalho não poderá exceder de 12 (doze) horas, desde que a lei não fixe expressamente outro limite.

A derradeira espécie de jornada extraordinária prevista no ordenamento jurídico pátrio, conforme delineado pelo art. 61, §3º, da CLT¹²⁶, tem como propósito repor o tempo perdido em virtude da interrupção das atividades do empregador ocasionada por causas acidentais ou de força maior.

A prorrogação para reposição de paralisações empresariais, portanto, não se origina da vontade do empregador. Deve, porém, estar conjugada a um evento de natureza imprevisível, cujos efeitos impedem a continuidade das atividades corriqueiras exercidas pelos trabalhadores. Ademais, por dar ensejo à prestação de serviços extraordinários, a presente dilação, seguindo à risca o antes aludido art. 7º, XVI, da Carta Magna, implica o pagamento de remuneração suplementar ao empregado que cumpre a sobrejornada nas determinadas circunstâncias.

Acerca do regime aplicável a essa modalidade de prorrogação, impõe-se aduzir que a lei fixa os limites máximos de 45 dias por ano e de 2 horas diárias, sendo irrelevante a extensão do período durante o qual persistiu a paralisação da empresa¹²⁷. No mais, ainda com o intuito de restringir o uso dessa espécie de jornada extraordinária, o diploma celetista determina, como condição à dilação para repor interrupções empresariais, a prévia chancela da autoridade competente. Veja-se que nas duas modalidades anteriores de prorrogação, apesar de também ser exigido requisito concernente à autorização administrativa, é permitido que a comunicação venha a ser realizada em momento posterior à jornada extraordinária desempenhada pelos empregados. Sob uma análise comparativa, pois, fica claro que a ordem jurídica dispensa tratamento especialmente rígido para tornar regular a sobrejornada imposta nessas condições.

¹²⁶ Art. 61, § 3º: Sempre que ocorrer interrupção do trabalho, resultante de causas acidentais, ou de força maior, que determinem a impossibilidade de sua realização, a duração do trabalho poderá ser prorrogada pelo tempo necessário até o máximo de 2 (duas) horas, durante o número de dias indispensáveis à recuperação do tempo perdido, desde que não exceda de 10 (dez) horas diárias, em período não superior a 45 (quarenta e cinco) dias por ano, sujeita essa recuperação à prévia autorização da autoridade competente.

¹²⁷ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo : Ltr, 2011, p. 868-869.

3 A INCONSTITUCIONALIDADE DO BANCO DE HORAS

Com o intuito de flexibilizar a regulamentação heterônoma das normas atinentes à duração do trabalho, introduziu-se no ordenamento jurídico pátrio, pela Lei nº 9.601/98 e pelas medidas provisórias que a sucederam, uma nova modalidade de compensação de jornada: o banco de horas. Incumbindo-se de legitimar a compensação por um período de tempo maior no seio das relações de emprego, a novidade remodelou a redação do art. 59, §2º, da CLT, cujo vigente teor ora se transcreve:

“Poderá ser dispensado o acréscimo de salário se, por força de acordo ou convenção coletiva de trabalho, o excesso de horas em um dia for compensado pela correspondente diminuição em outro dia, de maneira que não exceda, no período máximo de um ano, à soma das jornadas semanais de trabalho previstas, nem seja ultrapassado o limite máximo de dez horas diárias.”

Grosso modo, cuida-se de um conjunto de créditos e débitos de horas de trabalho estocadas pelo obreiro ao longo de um ano, que não precisa necessariamente coincidir com o ano civil. Caso haja prestação de labor além do limite legal ou contratual, o empregado, em momento futuro, gozará de folga ou de jornada reduzida. Por outro lado, se o trabalhador prestar serviços aquém do período a que está obrigado, ele poderá vir a ser submetido a jornadas mais longas adiante, sem que, em regra, faça jus à remuneração suplementar.

As alterações promovidas com o advento do banco de horas tiveram como mote a adequação das jornadas de trabalho de acordo com a produção da empresa. Em períodos de menor demanda, são mantidos os empregados em regime de jornada reduzida. Todavia, na esteira do aceleramento da atividade empresarial, a jornada é majorada, incidindo, enfim, a compensação de horas e o conseqüente não pagamento de qualquer adicional pelos serviços prestados além do limite legal ou contratual previamente ajustado.

Desde o seu nascedouro, longos debates se travaram a respeito da sistemática do banco de horas. Serão destacadas, na presente monografia, sobretudo, as controvérsias sobre o título jurídico autorizador e sobre o parâmetro temporal inerente à modalidade de compensação de jornada em apreço, com o propósito de se apontar, enfim, os vícios de inconstitucionalidade que fulminam a validade da alteração legislativa já referida.

3.1 O Banco de Horas e a Lei n. 9.601/98

De antemão, frisa-se que a Lei 9.601/98 não trata exclusivamente do banco de horas. Na verdade, o referido diploma legal tem como objeto principal a regulamentação do contrato de trabalho por prazo determinado, sendo a nova modalidade de compensação de jornada veiculada isoladamente em seu artigo 6º.

O Projeto de Lei 1721/96, que culminou na publicação da Lei 9.601/98, foi apresentado à Câmara dos Deputados pelo Presidente da República à época, Fernando Henrique Cardoso, por meio da Mensagem Presidencial 257/96¹²⁸. Como já visto, um dos objetivos do projeto residia na alteração do modelo clássico de compensação, o qual apenas permitia a distribuição das horas de labor dentro do período semanal. Assim previa o antigo texto do art. 59, §2º, da CLT:

“Poderá ser dispensado o acréscimo de salário se, por força de acordo ou contrato coletivo de trabalho, o excesso de horas em um dia for compensado pela correspondente diminuição em outro dia, de maneira que não exceda o horário normal da semana, nem seja ultrapassado o limite máximo de dez horas diárias.”

Sob o pretexto de reduzir o desemprego causado pela alta rotatividade da mão-de-obra conjugado à necessidade empresarial de se inibir a então maciça realização de horas extras, o artigo 6º, em sua redação inicial, visava ao aumento do parâmetro temporal máximo da compensação para o módulo anual. Nesse sentido dispunha o teor original do artigo 6º encaminhado ao Congresso Nacional:

“O art. 59 da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT passa a vigorar com a seguinte redação:

§2º - Poderá ser dispensado o acréscimo de salário se, por força de acordo ou convenção coletiva de trabalho, o excesso de horas em um dia for compensado pela correspondente diminuição em outro dia, de maneira que não exceda, no período

¹²⁸<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=195466>

máximo de um ano, à soma das jornadas semanais de trabalho previstas, nem seja ultrapassado o limite máximo de dez horas diárias.”

Contudo, ao longo da tramitação na Câmara dos Deputados, duas emendas alteraram substancialmente o projeto. A primeira consistia na diminuição do limite temporal máximo, que passou a ser de cento e vinte dias. A segunda, por sua vez, tratou de inverter a expressão “acordo ou convenção coletiva” por “convenção ou acordo coletivo”.

Na sequência, o Senado Federal, atuando no seu papel de Casa revisora, também aprovou emendas que alteraram o teor do Projeto de Lei ora em comento. Inicialmente, observa-se que a expressão “acordo ou convenção coletiva” retornou ao texto do preceito legal. Além disso, a fim de disciplinar os efeitos da rescisão contratual anterior à compensação integral da jornada, adicionou-se o parágrafo terceiro ao artigo 59, que assim está disposto até hoje na CLT:

“§3º - Na hipótese de rescisão do contrato de trabalho sem que tenha havido a compensação integral da jornada extraordinária, na forma do parágrafo anterior, fará o trabalhador jus ao pagamento das horas extras não compensadas, calculadas sobre o valor da remuneração na data da rescisão.”

O Projeto de Lei 1.721/96, nesse momento, foi sancionado pelo Presidente da República e transformado na Lei 9.601/98. Entretanto, a redação do art. 59, §2º, da CLT, sofreu novas alterações por força de medidas provisórias editadas pelo Poder Executivo. Inicialmente, a Medida Provisória 1.709 (publicada em 7 de agosto de 1998) novamente inverteu a expressão referente ao título jurídico autorizador, trazendo de volta ao texto legal o termo “convenção ou acordo coletivo”. Como se não bastasse, o parâmetro temporal máximo foi objeto de nova majoração, sendo substituído o período de cento e vinte e dias pelo módulo anual presente na proposta original apresentada pelo Presidente da República. Assim ficou a redação do texto após as modificações promovidas:

§2º - Poderá ser dispensado o acréscimo de salário se, por força de convenção ou acordo coletivo de trabalho, o excesso de horas em um dia for compensado pela correspondente diminuição em outro dia, de maneira que não exceda, no período máximo de um ano, à soma das jornadas semanais de trabalho previstas, nem seja ultrapassado o limite máximo de dez horas diárias.”

Mais uma vez, no entanto, o texto recebeu modificações, agora pela Medida Provisória 1.709-1, publicada em 3 de setembro de 1998. A derradeira alteração previu o retorno da expressão “acordo ou convenção coletiva”, ficando a redação do artigo da seguinte maneira:

§2º - Poderá ser dispensado o acréscimo de salário se, por força de acordo ou convenção coletiva de trabalho, o excesso de horas em um dia for compensado pela correspondente diminuição em outro dia, de maneira que não exceda, no período máximo de um ano, à soma das jornadas semanais de trabalho previstas, nem seja ultrapassado o limite máximo de dez horas diárias.”

O teor acima mencionado do art. 59, §2º, da CLT persiste até os dias de hoje, mesmo sob a égide de uma medida provisória. Isso se explica em função do artigo 2º da Emenda Constitucional 32, de 11 de setembro de 2001, que assim dispõe:

“Art. 2º As medidas provisórias editadas em data anterior à da publicação desta emenda continuam em vigor até que medida provisória ulterior as revogue explicitamente ou até deliberação definitiva do Congresso Nacional.”

Logo, considerando que a primeira medida provisória (MP 1.709/98) foi reeditada inúmeras vezes até a última que levou o nº 2.164, de 24 de agosto de 2001, permanece vigente o texto do art. 59, §2º, da CLT, por tempo indeterminado.¹²⁹

3.2 Título Jurídico Autorizador

Para a melhor compreensão sobre o título jurídico que deve preceder o uso do banco de horas, faz-se necessário elucidar como era o funcionamento do sistema compensatório clássico. Como já visto, a inovação introduzida pela Lei n. 9.601/98 substituiu a compensação de horas lastreada no módulo semanal. Àquela época, muito se divergia a respeito do instrumento apto a legitimar o regime de compensação. De um lado, aceitava-se a adoção de

¹²⁹ CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 2. Ed. Niterói : Impetus. 2008, p. 644.

simples acordo individual escrito ou, até mesmo, de acordo tácito. De outro, exigia-se instrumento negocial coletivo.

Pois bem, quanto ao ajuste não expresso, sempre foi minoritária a doutrina que defendeu a sua possibilidade. Conforme expunham as antigas redações das Súmulas 85 e 108 do TST, a jurisprudência já repelia o acordo tácito desde antes do advento da Carta Magna de 1988. Com a inauguração da nova ordem constitucional, com ainda mais veemência se entendeu pela sua insuficiência para regulamentar a compensação de jornada. Isso porque, se o atual debate travado consiste na exclusividade ou não da exigência de negociação coletiva prévia ao exercício da compensação, não há como sustentar a tese da viabilidade do acordo tácito¹³⁰. Nesse sentido é o entendimento firmado pelo atual teor da Súmula 85, III, do TST:

“III - O mero não-atendimento das exigências legais para a compensação de jornada, inclusive quando encetada mediante acordo tácito, não implica a repetição do pagamento das horas excedentes à jornada normal diária, se não dilatada a jornada máxima semanal, sendo devido apenas o respectivo adicional. (ex-Súmula nº 85 - segunda parte - alterada pela Res. 121/2003, DJ 21.11.2003)”

Outrossim, desde antes da Lei n. 9.601/98, a negociação coletiva já consubstanciava meio capaz de validar a compensação de jornada. No entanto, divergências surgiram quanto à aceitação de acordo individual escrito para o mesmo fim, pois a redação do inciso XIII do art. 7º da Constituição Federal não permite uma interpretação clara e direta a respeito do tema. Senão, vejamos:

“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.”

Nesse ponto, discute-se se o termo “acordo” acima visualizado abrange não somente o acordo coletivo, mas também o pacto escrito levado a cabo diretamente pelo empregado e pelo empregador, sem qualquer participação do sindicato. Na tentativa de solucionar o

¹³⁰ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo : Ltr, 2011, p. 826-827.

impasse, invocam-se fundamentos gramaticais e, sobretudo, a conjugação de dois critérios interpretativos: o teleológico e o lógico-sistemático.

Quanto ao aspecto gramatical, frisa-se que o adjetivo “coletiva”, além de se encontrar flexionado no gênero feminino, está afastado do substantivo “acordo”. Logo, de maneira proposital, a Constituição Federal de 1988 teve como intenção dar à palavra o duplo sentido, ou seja, abarcar o acordo coletivo e também o acordo individual¹³¹.

No mais, sempre que a Carta Magna pretendeu restringir a modificação por ela permitida, seu texto expressamente fez alusão às expressões “acordo coletivo” ou “negociação coletiva”, a exemplo do que se verifica no art. 7º, VI¹³² e no art. 7º, XIV¹³³. Sendo assim, na hipótese de compensação de jornada, a limitação foi excluída para prestigiar o acordo individual entre as partes componentes da relação de emprego.

Em sentido diverso, Sérgio Pinto Martins afirma que o constituinte almejou apenas apresentar sinônimos para as mesmas expressões, tudo com a finalidade de evitar repetições indesejadas. Diante disso, usou a expressão “acordo ou convenção coletiva” no inciso XIII do art. 7º, “negociação coletiva” no inciso XIV do art. 7º e “convenção e acordo coletivo” nos incisos VI e XXVI. Ademais, interpretando a Consolidação das Leis do Trabalho, o mesmo autor observa que o legislador ordinário, ao se referir ao acordo individual, sempre empregou a expressão “acordo escrito”, como se visualiza do art. 59 da CLT. Por esses motivos, segundo o notório jurista ora aludido, tão somente a negociação coletiva teria o condão de validar a compensação de jornada permitida na Constituição Federal¹³⁴.

A despeito das considerações tecidas até então, cabe salientar que a interpretação gramatical está longe de ser o melhor caminho para extrair o real significado de uma norma. Por isso, revela-se necessário transcrever os lapidares dizeres de Maurício Godinho Delgado, mediante os quais o emérito doutrinador, com base em uma interpretação sistemática e teleológica, firma entendimento favorável ao acordo individual escrito em sede de compensação de jornada no período anterior à Lei nº 9.601/98. Veja-se¹³⁵:

¹³¹ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo : Ltr, 2011, p. 828-829.

¹³² VI - irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo;

¹³³ XIV - jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva;

¹³⁴ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 27. Ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 528.

¹³⁵ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo : Ltr, 2011, p.829.

“É que, como visto, a compensação de jornada (tal como existente até antes da Lei n. 9.601/98) tenderia a ser figura predominantemente favorável ao próprio trabalhador, ampliando seus dias de disponibilidade pessoal, através de um ajuste correlato na distribuição da duração diária ou semanal do labor – tudo sem elevação da quantidade efetiva de horas trabalhadas em um lapso temporal mais amplo (mês, por exemplo). Seria um contrassenso que a Constituição, sob o intento de criar ordem jurídica mais favorável ao trabalhador (relembre-se que o *caput* do art. 7º fala em direitos “que visem à melhoria de sua condição social”), viesse a cristalizar o potencial de pactuação, no âmbito das relações empregatícias, de fórmula clássica usualmente benéfica ao trabalhador).

Em outras palavras, o regime compensatório clássico, por representar um benefício ao obreiro, poderia ser viabilizado por acordo individual escrito. Isso porque, inexistindo prejuízo ao empregado, dispensava-se a atuação dos sindicatos e dos instrumentos inerentes à negociação coletiva. Portanto, a solução jurídica da questão consistia em visualizar que a maleabilidade da jornada de trabalho, dentro de um período curto como a semana, é uma vantagem que pode ser aderida pelo empregado em acordo celebrado em conjunto com seu empregador.

Aliás, esse foi o entendimento sedimentado no Tribunal Superior do Trabalho por meio da cancelada Orientação Jurisprudencial 182, SDI-I, cujo sentido foi incorporado pela atual redação da súmula 85, II, cujo teor abaixo se reproduz:

“II. O acordo individual para compensação de horas é válido, salvo se houver norma coletiva em sentido contrário. (ex-OJ nº 182 da SBDI-1 - inserida em 08.11.2000)”

Nesse cenário, cumpre lembrar que a dispensa de negociação coletiva em sede de compensação de jornada, conforme exposto acima, encontra seu espaço no regime clássico semanal. Com o advento da Lei n. 9.601/98 e com a introdução do banco de horas na ordem jurídica, as controvérsias sobre o título jurídico autorizador não só persistiram, como também foram fomentadas por novos ingredientes: a majoração do parâmetro temporal máximo ao período anual e os eventuais prejuízos que a dilação referida imputa aos empregados submetidos a tal sistemática de compensação de jornada.

Foi nesse contexto que o Tribunal Superior do Trabalho adicionou o item V à indigitada Súmula 85, fazendo a devida distinção entre o banco de horas e o antigo regime de compensação de jornada:

“V. As disposições contidas nesta súmula não se aplicam ao regime compensatório na modalidade “banco de horas”, que somente pode ser instituído por negociação coletiva.”

Sendo assim, admite-se, pela jurisprudência atual, a coexistência de dois regimes diversos no tocante à compensação de jornada e ao seu título jurídico autorizador. De um lado, a compensação semanal clássica, cujo uso de maneira adequada se revela vantajoso ao obreiro, tanto pode ser instituída por negociação coletiva quanto por acordo individual escrito. De outro, a compensação anual implementada pelo banco de horas não tolera outro instrumento legitimador senão a negociação coletiva, sendo vedado, portanto, o manejo de mero acordo individual escrito para tal finalidade¹³⁶.

3.3 Restrições ao Regime Compensatório

O banco de horas, assim como o regime compensatório clássico, encontra restrições na ordem jurídica para seu funcionamento devido. Conforme se extrai do texto vigente do art. 59, §2º, da CLT, o total de horas de labor prestadas não pode ser superior a 10 horas diárias para efeitos de compensação. Entretanto, o limite mencionado apenas se aplica a trabalhadores cuja jornada é de 8 horas por dia. Isto é, a despeito da omissão legal sobre a questão, entende-se, majoritariamente, que o empregado que tiver jornada inferior à normal não poderá ser submetido a uma jornada de 10 horas diárias a título de compensação, sendo permitido somente o acréscimo de 2 horas em relação a sua jornada regular¹³⁷. Há, todavia, quem

¹³⁶ Percebe-se que o acréscimo do item V à Súmula 85 foi fruto de evolução jurisprudencial recente, conforme se depreende do julgado ora colacionado, cuja data de publicação é anterior à alteração da súmula referida: “RECURSO DE REVISTA. HORAS EXTRAS. BANCO DE HORAS. SÚMULA 85/TST. INAPLICABILIDADE. A Súmula 85/TST é inaplicável aos conflitos envolvendo banco de horas. De fato, tal verbete não tem como precedente compensação dessa espécie e, expressamente, nos seus itens III e IV, faz menção à carga horária semanal normal. Revista não-conhecida, no tema.” (RR-17.562/2006-028-09-00, 3ª Turma, Rel. Min. Rosa Maria Weber Candiota da Rosa, DJ 24/4/09)”

¹³⁷ CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 2. Ed. Niterói : Impetus. 2008, p. 647.

entenda que o teto de 10 horas é aplicável inclusive para jornadas inferiores ao padrão de 8 horas. Por fim, registre-se também a corrente que defende o limite de 25% da jornada, à semelhança do critério já visto no item referente à jornada extraordinária no capítulo 2.

Em se tratando de trabalhadores menores de 18 anos, é exigida a negociação coletiva para qualquer espécie de compensação de jornada, nos termos do que dispõe o art. 413, I, da CLT¹³⁸. A restrição não é incompatível com a regra geral contida no art. 7º, XIII, da CF, que, como já visto, permite o acordo individual escrito na hipótese do regime compensatório clássico. Isso porque “a própria Constituição admite a existência de um estatuto normativo tutelar rigoroso com respeito ao jovem”.¹³⁹

Outrossim, com o cancelamento da Súmula 349 do TST, resta superado o entendimento no sentido de que seria dispensável a inspeção prévia da autoridade competente em matéria de higiene do trabalho para fins de celebração de acordo ou convenção coletiva de compensação de jornada de trabalho em atividade insalubre. Por isso, dado o teor do art. 60 da CLT, aliado à atual redação da Súmula 85 do TST, observa-se que, além do título jurídico autorizador da modalidade adotada, a compensação nessas circunstâncias exige um requisito adicional, qual seja, a chancela prévia da autoridade competente. A fiscalização estatal se justifica pelos riscos à saúde dos empregados, que indubitavelmente crescem com a dilação da jornada ordinária em ambientes insalubres.

3.4 Parâmetro temporal máximo

À semelhança do discorrido na questão relativa ao título jurídico autorizador para a compensação de jornada, também na controvérsia sobre o parâmetro temporal máximo é essencial que se proceda à análise do debate travado a respeito em momento anterior à data de vigência da Lei n. 9.601/98. Apenas assim se viabiliza a futura fundamentação que apontará os prejuízos causados pela introdução da sistemática do banco de horas no ordenamento

¹³⁸ Art. 413: É vedado prorrogar a duração normal diária do trabalho do menor, salvo: (Redação dada pelo Decreto-lei nº 229, de 28.2.1967)

I - até mais 2 (duas) horas, independentemente de acréscimo salarial, mediante convenção ou acôrdo coletivo nos termos do Título VI desta Consolidação, desde que o excesso de horas em um dia seja compensado pela diminuição em outro, de modo a ser observado o limite máximo de 48 (quarenta e oito) horas semanais ou outro inferior legalmente fixada; (Incluído pelo Decreto-lei nº 229, de 28.2.1967)

¹³⁹ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo : Ltr, 2011, p.840.

jurídico, acarretando na desconformidade do diploma legal em face das normas constitucionais.

O primeiro posicionamento tratava de interpretar literalmente a antiga redação do art. 59, §2º, da CLT, uma vez que o referido dispositivo havia sido devidamente recepcionado pelo art. 7º, XII, da Constituição Federal. Por isso, a semana era o intervalo de tempo em que deveria ser finalizada a compensação de jornada.

A segunda corrente, mesmo antes do advento da Lei. N. 9.601/98, defendia o ano como o parâmetro máximo em sede de compensação de jornada. Argumentava-se que o art. 7º, XII, da Lei Maior, por ser impreciso terminologicamente no que tange à fixação temporal da compensação, não define qualquer limite de tempo para tal finalidade. Logo, já que o ano consiste no parâmetro temporal padrão máximo para cálculo de parcelas trabalhistas no âmbito do Direito do Trabalho, não poderia ser outro o critério a ser utilizado. Contudo, majoritariamente, a doutrina e a jurisprudência repeliam tal entendimento já àquela época¹⁴⁰.

Em contrapartida, a última vertente, cuja fundamentação foi construída pela jurisprudência, adotou o parâmetro mensal, tendo em vista que diversas parcelas trabalhistas, a exemplo do salário, são calculadas com base no mês, devendo tal limite ser estendido à compensação de jornada. Abandonava-se, assim, o rigor formal da primeira corrente e a excessiva e perigosa dilação defendida pelo segundo entendimento.

Como já visto, a Lei n. 9.601/98 alterou o panorama a respeito dos critérios de compensação de jornada até então vigentes na ordem jurídica. Em sua redação original, estabeleceu-se o parâmetro máximo de 120 dias. No entanto, por meio da Medida Provisória n. 1.709, o Poder Executivo concluiu o alargamento do instituto, eliminando a compensação quadrimestral para colocar em seu lugar a anual.

A par das considerações referidas, cumpre salientar outros critérios temporais comumente admitidos pela jurisprudência pátria. É o caso da semana espanhola, na qual o empregado trabalha 40 horas em uma semana, para na seguinte prestar 48 horas de serviço ao empregador, o que não viola o art. 59, §2º, da CLT e o art. 7º, XIII, da Constituição de 1988, sendo possível, na espécie, o ajuste mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho¹⁴¹.

¹⁴⁰ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo : Ltr, 2011, p.831-832.

¹⁴¹ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: Ltr, 2011, p. 679.

Nesse sentido dispõe a Orientação Jurisprudencial nº 323 da SDI-1 do Tribunal Superior do Trabalho¹⁴².

Outra prática recorrente aceita pelos tribunais consiste no regime em que há alternância de 12 horas de trabalho por 36 de descanso. Tal distribuição de horas de labor é levada a cabo especialmente em estabelecimentos hospitalares e no setor de vigilância, devendo ser precedida por negociação coletiva, conforme preconiza a Súmula 444 do Tribunal Superior do Trabalho¹⁴³.

3.5 Inconstitucionalidade do Banco de Horas

Conforme exposto pela doutrina majoritária, a compensação de jornada, antes do advento da Lei n. 9.601/98, apenas poderia se realizar ao longo de uma semana. Assim, em uma jornada de 44 horas semanais, ressalvadas as já vistas exceções reconhecidas pela jurisprudência, qualquer hora de labor prestada além desse limite deveria ser remunerada como extraordinária, não se admitindo a jornada reduzida em momento posterior para efeito de suprimir o adicional referido.

Dado o estreito limite temporal representado pela semana, a compensação era vantajosa não só ao empregador, mas também ao empregado. O patrono, por evidência, poderia distribuir melhor a prestação dos serviços de acordo com a demanda ao longo da semana. Ao empregado, por sua vez, era permitida “a concentração mais racional do tempo nas atividades laborativas, alargando-lhe, em contrapartida, o tempo para disponibilidade pessoal, sem prejuízo às cautelas recomendáveis no tocante à saúde e segurança laborais”¹⁴⁴.

¹⁴² OJ 343: ACORDO DE COMPENSAÇÃO DE JORNADA. “SEMANA ESPANHOLA”. VALIDADE. DJ 09.12.2003. É válido o sistema de compensação de horário quando a jornada adotada é a denominada "semana espanhola", que alterna a prestação de 48 horas em uma semana e 40 horas em outra, não violando os arts. 59, § 2º, da CLT e 7º, XIII, da CF/1988 o seu ajuste mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho.

¹⁴³ Súmula 444: JORNADA DE TRABALHO. NORMA COLETIVA. LEI. ESCALA DE 12 POR 36. VALIDADE - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012

É válida, em caráter excepcional, a jornada de doze horas de trabalho por trinta e seis de descanso, prevista em lei ou ajustada exclusivamente mediante acordo coletivo de trabalho ou convenção coletiva de trabalho, assegurada a remuneração em dobro dos feriados trabalhados. O empregado não tem direito ao pagamento de adicional referente ao labor prestado na décima primeira e décima segunda horas.

¹⁴⁴ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo : Ltr, 2011, p.835.

Com efeito, a episódica e circunstancial alteração da jornada de trabalho do obreiro não afetava de maneira significativa a sua saúde física e mental, tampouco lhe privava das atividades sociais por tempo demasiadamente longo. E mais: a jornada reduzida em parcela da semana facultava ao empregado a realização de afazeres que não lhe seriam possíveis na hipótese da prestação regular de serviços dia após dia. Exemplificando, o trabalhador que laborava duas horas adicionais na segunda e na terça-feira, sendo-lhe diminuída a duração da jornada na sexta-feira à tarde, poderia ter esse tempo livre para consultas médicas, idas ao banco ou qualquer atividade lúdica de seu interesse.

No entanto, sob a justificativa de conter a crise econômica do final do século XX, institucionalizou-se, por meio da Lei n. 9.601/98 e pelas medidas provisórias subsequentes, a compensação anual. Estimulado pelas idéias neoliberais emergentes àquela época, o novo sistema tinha como propósito a redução do índice de rotatividade de mão-de-obra nas empresas, evitando a dispensa em massa nos períodos de baixa demanda e, paralelamente, inibindo o pagamento de horas extras nos tempos de alta produção empresarial.

Tratava-se, segundo os defensores da medida, de alteração legislativa de cunho flexibilizatório cujo cerne consistia no aumento dos postos de trabalho e na preservação das empresas, sem que se fulminassem os direitos mínimos garantidos à classe empregatícia. Nessa direção discorreu Paulo Paiva, que na época ocupava a posição de Ministro do Trabalho¹⁴⁵:

“(...) Adita-se, ainda, derradeiro artigo que modifica o caput e o §2º do art. 59 da CLT, de modo a se inibir a realização do horário extraordinário, devolvendo-lhe o caráter realmente excepcional e vinculando sua prestação à prévia negociação, bem como a permitir a compensação anual da jornada de trabalho.

Todo o modelo proposto, reitera-se, mantém incólumes os direitos dos trabalhadores(...)”.

A despeito desses argumentos, a sistemática do banco de horas se mostrou deveras prejudicial ao pólo hipossuficiente da relação de emprego. Isso porque a reciprocidade de vantagens inerente ao regime compensatório clássico não mais persistiu com as mudanças provocadas pela Lei n. 9.601/98. A restrição temporal da compensação ao módulo semanal, como já visto, permitia ao trabalhador a racionalização do tempo de trabalho, ao passo que lhe

¹⁴⁵ Exposição de Motivos nº 16/MTb, de 28 de março de 1996

conferia tempo para livre disponibilidade pessoal. Nesse cenário, cumpre transcrever os ensinamentos de Maurício Godinho Delgado acerca do tema¹⁴⁶:

“Nota-se um aspecto de suma relevância: a extensão na utilização do mecanismo compensatório é que autoriza preservar-se (ou não) seu impacto favorável ao trabalhador. *Sendo manejado em extensão temporal excessiva, pode provocar danos à saúde e segurança laborais; sendo manejado em extensão ponderada, não propicia esse tipo de malefício, alargando, ao revés, o tempo de disponibilidade pessoal do obreiro.*”

Logo, percebe-se que o elastecimento do parâmetro temporal máximo em sede de compensação de jornada, seja para o período quadrimestral, seja para o período anual, excede a moderação intrínseca à compensação presente na redação original do art. 59, §2º, da CLT. A ampliação implica graves riscos à saúde e à segurança dos empregados, que se tornam suscetíveis de exposição a jornadas repetitivamente longas e extenuantes.

A título de exemplo, cita-se o caso de um obreiro que presta serviços a uma fábrica de sapatos em que se adota o banco de horas, devidamente instrumentalizado por negociação coletiva, para a adequação das jornadas de trabalho ao ritmo da atividade empresarial no transcurso do ano. Nas proximidades do Natal, período de aceleração da produção, é provável que o empregado venha a ser submetido a jornadas consecutivas de 10 horas de labor ao longo de meses, tudo em conformidade com os ditames legais. Em contrapartida, nada receberá a título de remuneração suplementar, somente fazendo jus a folgas ou a jornadas reduzidas em períodos distantes¹⁴⁷. Resta nítida, por conta das jornadas excessivas a que o empregado foi exposto, a afronta ao princípio da proteção e às finalidades básicas das normas relativas à duração do trabalho, como a preservação da saúde e da segurança do trabalhador, ambas corolárias do princípio da dignidade da pessoa humana no âmbito do direito juslaboral.

Nessa linha, revela-se fundamental a análise do inciso XXII da Constituição Federal:

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

¹⁴⁶ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo : Ltr, 2011, p.835.

¹⁴⁷ Salienta-se, novamente, que o ano para a compensação de jornada prevista na redação atual do art. 59, §2º, da CLT, não precisa coincidir necessariamente com o ano civil.

XXII - redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança;”

Observa-se que as alterações promovidas pela Lei n. 9.601/98 colidem frontalmente com o dispositivo constitucional acima invocado. Em vez de criar normas visando à redução dos riscos inerentes ao trabalho, o legislador ordinário fez justamente o contrário. A ampliação do limite temporal máximo, da maneira como foi levada a cabo, implica potenciais prejuízos à higidez física e mental dos obreiros submetidos à sistemática do banco de horas, o que, por si só, já torna a medida legal materialmente inconstitucional. Nessa mesma linha obtempera Maurício Godinho Delgado¹⁴⁸:

“A nova sistemática legal estendeu o parâmetro da flexibilização compensatória a uma tal fronteira distante (muito além do mês, portanto) que, sensatamente, não se pode mais falar na existência de uma *extensão ponderada* no manejo dessa figura jurídica. Ora, a pactuação de horas complementares à jornada padrão, que extenua o trabalhador ao longo de diversas semanas e meses, cria riscos adicionais inevitáveis à saúde e segurança daquele que presta serviços, deteriorando as condições de medicina, higiene e segurança no trabalho (em contraponto, aliás, àquilo que estabelece o art. 7º, XXII, da Carta Magna). O regime de compensação anual de jornada, desse modo, escapa à dubiedade instigante que respondia pelo prestígio do mecanismo compensatório no estuário normativo da Carta Magna, já que deixa de ser manejado em extensão ponderada, perdendo, nesse aspecto, o caráter de vantagem trabalhista em benefício recíproco de ambas as partes contratuais. A agressão que propicia à saúde, higiene e segurança laborais obscurece, significativamente, o sentido favorável ao trabalhador de que era classicamente dotado e o coloca em confronto com o art. 7º, XXII, da Constituição, que assegura aos empregados direitos a normas de saúde, higiene e segurança que reduzam (e não que elevem) os riscos inerentes ao trabalho. Sob esta ótica, portanto, o critério inaugurado em 1998, no Brasil (compensação anual), teria ultrapassado a fronteira máxima compatível com a Carta da República (compensação intersemanal, respeitado o mês), por instituir mecanismo que amplia (em vez de reduzir) os riscos inerentes ao trabalho. Para esta linha reflexiva, norma jurídica estatal que tenha vindo ampliar (em vez de reduzir) os riscos inerentes ao trabalho é norma jurídica que desprezita comando constitucional expresso (art. 7º, XXII, CF/88).”

Como se não bastasse, o teor do art. 6º da Lei 9.601/98 igualmente viola o princípio da melhoria da condição social, diretamente extraído da Constituição Federal pela literalidade do *caput* do artigo 7º da Carta de 1988. Isso porque, ao exercer seu mister de introduzir novas normas jurídicas à ordem jurídica pátria, não incumbe ao legislador ordinário aniquilar direitos fundamentais atribuídos aos trabalhadores, sob pena de incorrer em patente ato inconstitucional. Logo, a dilação desmedida do parâmetro temporal máximo configura

¹⁴⁸ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo : Ltr, 2011, p.836-837.

retrocesso social que merece ser repellido do ordenamento jurídico, tendo em vista os inafastáveis prejuízos causados ao polo hipossuficiente da relação laboral.

Outrossim, impõe-se assinalar que as normas constitucionais não devem ser interpretadas de forma isolada, desconsiderando o todo em que estão inseridas. A Constituição é una, cabendo ao intérprete extrair o significado de suas normas analisando o conjunto das regras e dos princípios postos na Lei Maior¹⁴⁹.

Também no que tange à interpretação constitucional, nota-se que o método gramatical, pelo qual o sentido do texto normativo é retirado da tradução literal das palavras, deve conviver com outros métodos, a exemplo do sistemático, que consiste na compatibilização da norma ao conjunto do sistema a que está vinculada.

Dito isso, esclarece-se que a ressalva constitucional prevista no art. 7º, XIII, da Carta Magna¹⁵⁰, apesar de embasar a flexibilização dos limites relativos à jornada de trabalho, não tem o condão de validar regimes compensatórios que não se coadunam com a ordem constitucional como um todo.

Desse modo, a sistemática perversa do banco de horas, embora aparentemente encontre respaldo constitucional no art. 7º, XIII, da CF, agride substancialmente princípios que fundam o ordenamento jurídico pátrio, como a dignidade da pessoa humana e a proteção aos valores sociais do trabalho¹⁵¹.

Nesse sentido, nenhuma produção legislativa que tende a conduzir o trabalhador à exaustão no curso de sua jornada de trabalho e o priva da vida em sociedade por tempo demasiadamente longo pode ser reconhecida como compatível à Carta Magna de 1988. Mais especificamente, a compensação anual, da maneira como está tratada pela Lei 9.601/98, fere

¹⁴⁹ Sobre o princípio da unidade em matéria de interpretação constitucional, com maestria leciona Gilmar Mendes: *“O primeiro desses princípios, o da unidade da Constituição, postula que não se considere uma norma da Constituição fora do sistema em que se integra; dessa forma, evitam-se contradições entre as normas constitucionais. As soluções dos problemas constitucionais devem estar em consonância com as deliberações elementares do constituinte. Vale, aqui, o magistério de Eros Grau, que insiste em que ‘não se interpreta o direito em tiras, aos pedaços’, acrescentando que ‘a interpretação do direito se realiza como mero exercício de leitura de textos normativos, para o quê bastaria ao intérprete ser alfabetizado’.* Esse princípio concita o intérprete a encontrar soluções que harmonizem tensões existentes entre as várias normas constitucionais, considerando a Constituição como um todo unitário”. (MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. e BRANCO, Paulo Gustavo Bonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 106-108)

¹⁵⁰ 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;

de morte o princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que desconsidera as condições existenciais mínimas a que todos os seres humanos fazem jus.

Observa-se, porém, que a jurisprudência predominante firmou entendimento diverso do explanado nas presentes linhas. Pela inserção do item V à Súmula 85, aprovada em 24 de maio de 2011, o Tribunal Superior do Trabalho (TST) entendeu válida a adoção do banco de horas em sede de compensação de jornada, desde que por meio de negociação coletiva. Em outras palavras, o TST rechaçou a possibilidade de ser instituída a compensação anual por meio de acordo individual escrito, nos mesmos moldes do regime compensatório clássico semanal, justificada a distinção com base nos prejuízos causados à saúde e à segurança do empregado, como se depreende do julgado abaixo colacionado:

“BANCO DE HORAS. ACORDO DE COMPENSAÇÃO INDIVIDUAL. SÚMULA Nº 85, II, DO TST. 1. O TST reconhece a validade do ajuste individual para a compensação de jornada dentro da mesma semana, nos termos do item II da Súmula nº 85. Porém, o mesmo não acontece com a compensação de jornada mediante a adoção de banco de horas, por meio do qual a compensação pode ocorrer no período de um ano. 2. Essa diferenciação se dá pelo fato de que, na compensação de jornada dentro da mesma semana, reconhecem-se, no acordo entre empregador e empregado, vantagens proporcionais para ambas as partes. O empregador poderá utilizar-se da força de trabalho do empregado em horário mais adequado às necessidades circunstanciais da empresa. O empregado, por sua vez, sem prejuízo para a própria saúde e segurança (dada a limitação semanal), disporá de tempo livre para atividades pessoais, em horário no qual, de outro modo, deveria estar desempenhando suas atividades na empresa. 3. A compensação anual (banco de horas), gera efetivo prejuízo para a saúde e segurança do trabalhador, visto que poderá ser submetido por longos períodos (talvez meses) à sobrejornada, sem a possibilidade de dispor imediatamente de tempo livre para sua vida pessoal, ou mesmo tempo suficiente para repor suas energias de forma proporcional ao desgaste sofrido. **4. Nesse contexto, não é admissível ajuste direto entre empregado e empregador, exigindo-se a presença do sindicato, dada a necessidade de garantir efetivas e proporcionais vantagens para o trabalhador, em contrapartida ao prejuízo que esse sistema de compensação causa à sua saúde e segurança.** 5 - Recurso de revista de que se conhece por divergência jurisprudencial e a que se nega provimento, quanto ao tema.”¹⁵²

No entanto, resta flagrante a incongruência do entendimento acima examinado. Isso porque a autonomia coletiva, apesar de ser mais ampla que a autonomia individual, também encontra limites de ordem material para a elaboração de novas normas em seu âmbito de atuação. Nesse ponto, revela-se necessário transcrever os ensinamentos de Maurício Godinho Delgado, especialmente no que toca à aplicação do princípio da adequação setorial negociada

¹⁵² RR-9285-16.2006.5.12.0012, 5ª Turma, Rel. Min. Kátia Magalhães Arruda, DJ 15/10/10

e a diferenciação entre direitos de indisponibilidade absoluta e direitos de indisponibilidade relativa. Senão, vejamos:

“Também não prevalece a adequação setorial negociada se concernente a direitos revestidos de indisponibilidade absoluta (e não indisponibilidade relativa), os quais não podem ser transacionados nem mesmo por negociação sindical coletiva. Tais parcelas são aquelas imantadas por uma tutela de interesse público, por se constituírem em um patamar civilizatório mínimo que a sociedade democrática não concebe ver reduzido em qualquer segmento econômico-profissional, sob pena de se afrontar a própria dignidade da pessoa humana e a valorização mínima deferível ao trabalho (arts. 1º, III e 170, *caput*, CF/88). Expressam, ilustrativamente, essas parcelas de indisponibilidade absoluta a anotação de CTPS, o pagamento de salário mínimo, as normas de medicina e segurança do trabalho.”¹⁵³

Como já exposto, o banco de horas e a compensação anual implementada pela Lei 9.601/98 atingem sobremaneira a saúde e a segurança dos trabalhadores, direitos mínimos dos empregados e revestidos, portanto, de indisponibilidade absoluta. Assim, sequer por negociação coletiva seria possível transacionar direitos de tamanha magnitude na preservação da dignidade do ser humano enquanto trabalhador, sob pena de reduzi-lo à condição de mercadoria nas mãos da classe empregadora.

Nesse compasso, rememora-se que a flexibilização do Direito do Trabalho, apesar de consubstanciar importante mecanismo para a preservação dos interesses empresariais diante da rigidez das normas trabalhistas, não se presta a fulminar os direitos mínimos dos trabalhadores, deixando-os ao alvedrio da classe empregadora no contexto da relação de emprego.

Logo, uma norma que possibilita, mesmo sob o manto da negociação coletiva, a compensação anual sem exigir o preenchimento de requisitos mais rigorosos, como a autorização estatal conjugada à comprovação efetiva do perigo de dispensa em massa em períodos de crise, não é razoável e desvirtua as finalidades precípuas das regras relativas à duração do trabalho.

Além disso, ainda cabe consignar que a adoção do banco de horas torna praticamente inaplicável a norma constitucional que fixa o pagamento de adicional em caso de horas extraordinárias prestadas. Isso porque a compensação anual, ante a amplitude do parâmetro

¹⁵³ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo : Ltr, 2011, p.824.

temporal máximo sobre a qual se baseia, conduz a remuneração por serviços realizados além da jornada máxima permitida a uma condição de exceção. E esse certamente não é o desiderato do dispositivo constitucional entabulado no art. 7º, XVI, da Carta Republicana, cujo teor é claro ao dizer que consubstancia direito do trabalhador “remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinquenta por cento à do normal”.

O art. 6º da Lei 9.601/98, pelos argumentos ora esposados, deve ser extirpado da ordem jurídica pátria por flagrante inconstitucionalidade presenciada em seu conteúdo. Entender em sentido diverso implica afrontar o cerne do Direito do Trabalho, que consiste justamente na proteção dos direitos mínimos da classe obreira diante da latente desigualdade jurídica embutida na relação entre empregados e empregadores.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A limitação temporal dos serviços prestados pelo empregado sempre representou preocupação central do Direito do Trabalho. A proteção à integridade física e mental dos trabalhadores, aliada à percepção de que ao ser humano deve ser conferida disponibilidade para fruir de sua posição no meio social em que se insere, influenciou a maciça presença do Estado no processo de formação de normas que vieram a restringir o tempo de exposição do empregado ao poder diretivo de seu empregador.

Nesse compasso, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu a jornada ordinária máxima de 8 horas, ao mesmo tempo em que limitou o módulo semanal de trabalho a 44 horas. Todavia, atenta às contingências da relação de emprego, a mesma Carta Magna permitiu a figura da compensação de jornada, desde que previamente instituída por acordo ou convenção coletiva.

Foi nesse contexto que surgiu o famigerado instituto do banco de horas como nova modalidade de compensação de jornada, por meio da Lei 9.601/98. A partir de então, as horas trabalhadas a mais ou a menos poderiam ser compensadas dentro do intervalo temporal de um ano, em contraponto ao sistema semanal que vigorava na antiga redação do art. 59, §2º, da CLT.

A alteração promovida teve como suporte fático a onda flexibilizatória do final do século XX. O crescimento do desemprego e a necessidade de se reduzir a rotatividade da mão-de-obra reclamaram um maior elastecimento do instituto da compensação de jornada, implicando, por consequência, a menor incidência de pagamento de horas extras laboradas. Ocorre, contudo, que a mudança ultrapassou os limites a que deveria ter ficado adstrita, fulminando direitos mínimos que a Constituição Federal outorga aos trabalhadores.

Mais especificamente, observa-se que a compensação anual afasta o caráter favorável ao trabalhador que ostentava a compensação semanal. O extenso período compreendido pelo ano franqueia ao empregador o poder de submeter o empregado a jornadas longas e extenuantes por semanas consecutivas, sem que sequer se materialize o direito ao pagamento de horas extras. Ademais, não se exige qualquer comprovação de dificuldade financeira por parte do empregador para implementar o banco de horas, bastando a existência de um instrumento negocial coletiva que cumpra tal desiderato.

Assim, depreende-se que a desarrazoada dilação temporal que acompanha o banco de horas viola a dignidade da pessoa humana, um dos princípios que fundam a Constituição Federal em seu artigo 1º. Ora, não se pode conceber como legítima uma norma cuja aplicação expõe o empregado a condições degradantes de trabalho, tudo em favor dos interesses empresariais e em desconformidade aos preceitos de saúde e de segurança que permeiam as regras sobre duração do trabalho. Resta flagrante, pois, a inconstitucionalidade do dispositivo legal sob análise.

No mais, também se aponta que a negociação coletiva é incapaz de dar validade ao banco de horas, ao contrário do entendimento emanado pelo Tribunal Superior do Trabalho¹⁵⁴. Não se nega que ao sindicato é atribuído o poder de transacionar direitos trabalhistas, mormente em tempos de crise, mas a observância de limites é medida que se impõe. Nesse cenário, seguindo os ensinamentos do emérito jurista Maurício Godinho Delgado já esposados no trabalho, observa-se que a autonomia coletiva não tem o condão de negociar direitos básicos do trabalhador, que, por representarem um patamar civilizatório mínimo da pessoa humana, são dotados de indisponibilidade absoluta. Inseridos nessa categoria, encontram-se os direitos referentes à saúde e à segurança do empregado, ambos infringidos pela compensação de jornada anual instituída pela Lei 9.601/98.

Aliás, o próprio posicionamento do Tribunal Superior do Trabalho já indica ser mais gravosa ao trabalhador a sistemática do banco de horas, quando em comparação com o regime compensatório semanal. Se assim não fosse, inexistiriam motivos para a exigência de negociação coletiva para a compensação anual, enquanto se admite o mero acordo individual escrito como meio apto a legitimar a compensação estritamente semanal.

Outro ponto relevante a ser ressaltado é a possibilidade de o banco de horas ser bem utilizado pelo empregador, a despeito da inconstitucionalidade do dispositivo legal abstratamente considerado. Logo, o empregador, no contexto da relação de emprego, pode perfeitamente se valer do instituto de maneira moderada, não submetendo o trabalhador a períodos extensos de trabalho realizado além do limite legal. No entanto, é evidente que a lei em apreço, da maneira como está exposta, representa um instrumento perigoso nas mãos dos empregadores, devendo ser afastada do ordenamento jurídico pátrio em razão da violação que provoca ao princípio da dignidade da pessoa humana e aos valores sociais do trabalho.

¹⁵⁴ Súmula 85, V, do TST: V. As disposições contidas nesta súmula não se aplicam ao regime compensatório na modalidade “banco de horas”, que somente pode ser instituído por negociação coletiva.

Por fim, a título de solução, sugere-se que o legislador ordinário venha a reduzir o parâmetro temporal máximo da compensação de jornada a um patamar menos sacrificante à saúde do trabalhador. Fixar, por exemplo, o mês em vez do ano já mitigaria significativamente o potencial prejuízo causado ao empregado submetido à sistemática do banco de horas. Assim, a compensação de jornada como instrumento de flexibilização da produção empresarial permaneceria presente na ordem jurídica pátria, porém sob uma nova roupagem através do qual restaria incólume o princípio da dignidade da pessoa humana dos trabalhadores.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 7. ed. São Paulo: Ltr, 2011.

BRASIL. **Constituição Federal da República Federativa do Brasil**. Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 5 dez. 2012.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 5 dez. 2012.

BRASIL. **Lei nº 9.601, de 21 de janeiro de 1998**. Dispõe sobre o contrato de trabalho por prazo determinado e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9601.htm>. Acesso em: 5 dez. 2012.

CAMINO, Carmen. **Direito Individual do Trabalho**. Porto Alegre: Síntese, 1999.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 2. Ed. Niterói: Impetus, 2008.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: Ltr, 2009.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: Ltr, 2011.

DELGADO, Maurício Godinho. **Princípios de Direito Individual e Coletivo do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2001.

DORNELES, Leandro do Amaral D. de. **A transformação do direito do trabalho: da lógica da preservação à lógica da flexibilidade**. São Paulo: LTr, 2002.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de Princípios Constitucionais**. 2. ed. São Paulo: RT, 2002.

GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. **Curso de Direito do Trabalho**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Flexibilização das Condições do Trabalho**. São Paulo: Atlas, 2000.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Bonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2011.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2009.

OLIVEIRA, Cinthia Machado de; DORNELES, Leandro do Amaral Dorneles de. **Direito do Trabalho**. Porto Alegre: Verbo Jurídico.

RAMALHO, Maria do Rosário Palma. **Direito do Trabalho: Parte I – Dogmática Geral**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009.

RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho**. 4. ed. São Paulo: LTr, 1996.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

URIARTE, Oscar Ermida. **A flexibilidade**. São Paulo: LTr, 2002.