

ACORDO DE COMPENSAÇÃO DE JORNADA DE TRABALHO^(*)

*José Affonso Dallegrave Neto^(**)*

1. Nótulas conceituais basilares

O assunto tem grande relevância na prática forense e, desde a promulgação da Carta da República de 1988, vem causando controvérsia doutrinária e jurisprudencial. A polêmica exegética ganha brilho à luz da *flexibilização das relações de trabalho* imposta pelo advento do Estado Neoliberal.

Antes de se adentrar ao tema, mister se faz distinguir alguns conceitos basilares que, embora aparentem similaridade, em verdade, não se confundem.

Jornada inspira-se no italiano “giorno”, que se traduz por *dia*. Logo, jornada de trabalho é a quantidade de labor diário do empregado. Há, contudo, quem a utiliza na acepção de mera quantidade de trabalho, sem vinculá-la à unidade de dia. Daí as expressões do tipo *jornada semanal* ou *jornada diária*. Para nós toda jornada é diária, sendo errônea a expressão “jornada semanal”.

Duração do Trabalho é o instituto jurídico trabalhista que comporta o *horário de trabalho*, os *intervalos legais* (intra e interjornadas), o *repouso semanal remunerado* e as *férias*.

Hora Extra significa o labor extraordinário, ou seja, trabalho do obreiro além dos parâmetros máximos pré-determinados em lei, instrumentos normativos ou contrato individual de trabalho. Pelo direito objetivo em vigor, as extras devem ser pagas com um adicional mínimo de cinquenta por cento sobre a hora normal de trabalho.

^(*) Palestra proferida no I Congresso Brasileiro de Direito do Trabalho, promovido pela APEJ em Curitiba, nos dias 7, 8 e 9 de Agosto de 1997.

^(**) Advogado; Professor da Faculdade de Direito de Curitiba; membro do Instituto dos Advogados Brasileiros, mestrando em Direito Social pela UFPR;

2. Acordo de compensação de jornada. Conceito e previsão legal

Compensar, no dicionário Aurélio da língua portuguesa, vem a ser contrabalançar, equilibrar, reparar (um mal) com um bem correspondente. *Acordo de compensação* de jornada é, pois, o pacto firmado para legitimar o excesso de jornada de um determinado dia da semana, em face do decréscimo parcial ou total de outro, desde que observada a carga máxima semanal prevista genericamente em lei ou em norma especial mais benéfica ao empregado.

Ha somente dois dispositivos normativos que prevêm esta matéria. São eles o parágrafo 2º do art. 59, da CLT e o art. 7º, XIII, da Constituição Federal. Oportuno transcrevê-los.

Art. 59, par. 2º, da CLT

“ Poderá ser dispensado o acréscimo de salário se, por força de acordo ou contrato coletivo, o excesso de horas em um dia for compensado pela correspondente diminuição em outro dia, de maneira que não exceda o horário normal da semana nem seja ultrapassado o limite máximo de 10 (dez) horas diárias ”

e Artigo 7º, XIII, da CF/88

“- 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 ”

Importante registrar que o primeiro artigo referido acima não foi revogado pelo segundo. A LICC - Lei de Introdução ao Código Civil - não deixa dúvida quando em seu artigo 2º, par. 1º, estatui que a lei posterior revoga a anterior somente quando assim o declare ou quando com ela for incompatível ou quando regule por inteiro a matéria. Não é, pois, o caso. O

dispositivo constitucional além de compatível, é complementado pela regra do art. 59, par. 2º, da CLT.

O parágrafo 2º do mesmo artigo da LICC, ratifica o que até aqui estamos dizendo: “A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior”. É exatamente o caso em comento, onde a lei nova (art. 7º., XIII da CF) estabeleceu disposições gerais “a par das já existentes” na lei velha (art. 59, par. 2º., da CLT).

3. Diferença entre Acordo de Compensação e Acordo de Prorrogação de Jornada

Por *acordo de prorrogação de jornada* se entende, “em primeiro lugar, o ajuste de vontades entre empregado e empregador, tendo por fim legitimar a prorrogação da jornada normal de trabalho. Em segundo lugar, significa o documento escrito no qual materializa-se a vontade das partes, para o fim acima mencionado”⁽¹⁾

Pelo próprio conceito visto, percebe-se a baliza entre o acordo de *prorrogação* (que tem como finalidade legitimar o fazimento de horas extras permanentes e pré-avençadas) e o acordo de *compensação* (que visa legalizar o excesso de labor de um dia com a mitigação em outro, desde que dentro da mesma semana e com observância do limite legal de 44 horas).

Antes da vigência da atual Carta-Mãe, havia interesse econômico por parte do empregador em firmar acordos de prorrogação. É porque o artigo 59, da CLT, em seu *caput* e parágrafo primeiro, previa que as horas extras objeto de acordo de prorrogação deveriam ser pagas com o adicional de no mínimo 20% (vinte por cento) sobre o valor da hora normal. *Mutatis mutandi*, as demais horas extras eram remuneradas com o adicional de no mínimo 25%, a teor do art. 61, par. 2º., da CLT.

A propósito transcreva-se a antiga Súmula 215, do TST (cancelada posteriormente pela Res. 28, de 27.04.94): “*Inexistindo acordo escrito para prorrogação da jornada de trabalho, o adicional referente às horas extras é devido na base de 25%*”.

⁽¹⁾ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao Direito do Trabalho*. p. 255.

Vê-se portanto que a celebração de acordo de prorrogação de jornada era decisivo para saber se o adicional de hora extra seria de 20% ou de 25%. Com o advento do artigo 7º, XVI, da CF/88, o adicional de hora extra passou a ser, incondicionalmente, no mínimo de 50%. Perdeu-se, assim, o interesse pecuniário pela celebração de acordos de prorrogação. Ademais, ao nosso crivo o referido artigo constitucional ab-rogou o par 1º do art. 59 e derogou o par 2º, do art. 61, ambos da CLT.

Ainda que inócuo o estudo hodierno desses acordos prorrogativos de horas, enfatize-se a correta e precisa posição jurisprudencial que com esteio no art. 115 do Código Civil⁽²⁾, proíbe a acumulação de acordos de compensação e de prorrogação traduzida na ementa a seguir grafada:

“Permitir a cumulação de ajustes que visam prorrogar e compensar a jornada de trabalho, implica sujeitar o reclamante ao exclusivo arbítrio da reclamada quanto à forma de adimplemento de obrigação contratual, o que é vedado pelo art. 115 do Código Civil” (TRT, 9ª R., Ac. unânime, 5ª T., nº 5.545/95, in DJPR, 17/03/95 p. 276)

4. As horas extras permanentes e o direito de resistência do empregado

Nos termos do art. 59, *caput* e seu parágrafo primeiro, era lícito pactuar a prorrogação permanente da jornada. A este labor periódico se denominava “*horas suplementares*” que por sua vez, diferenciava-se das chamadas *horas extras* - o primeiro era constante e objeto de acordo de prorrogação enquanto o segundo vincula-se a idéia de labor extraordinário.

Ressalte-se que, naquela época, a doutrina já tecia severas críticas a esta repugnante possibilidade de impor, previamente, ao trabalhador uma constante jornada excessiva. O festejado jurista AMAURI MASCARO NASCIMENTO há muito já advertia “que uma legislação que permite horas extras habituais desvirtua-se. O que é extraordinário torna-se normal. A duração diária do trabalho que deveria ter limitação, ultrapassa, com base na própria lei, os parâmetros que foram estabelecidos como

⁽²⁾ Reza o art. 115 do CCB: “São lícitas, em geral, todas as condições que a lei não vedar expressamente. Entre as condições desfasas se incluem as que privarem de todo efeito o ato, ou o sujeitarem ao arbítrio de um das partes.”

aceitáveis”⁽³⁾ Exatamente por tal motivo, “a contratação antecipada de horas extraordinárias é rejeitada sob a pcha de cláusula nula”⁽⁴⁾, conforme, inclusive, o entendimento do TST, consubstanciado na Súmula 199

Naquele tempo, as críticas provinham so da doutrina, vez que a Constituição Federal preterita, de 1967, dava guarida às malsinadas *horas suplementares*. Veja-se, neste diapasão, o art 165, inciso VII “*duração diária do trabalho não excedente a oito horas, com intervalo para descanso, salvo casos especialmente previstos*”

Ao ressaltar os “casos especialmente previstos (na lei ordinária)”, a Lei Maior acabou por legitimar os acordos de prorrogação de jornada. Porém, com o surgimento da presente Constituição, não há mais espaço para alcançar tal interpretação. O atual artigo 7º, XVI, reza “remuneração do serviço *extraordinario* superior, no mínimo, em cinquenta por cento a do normal”. Conforme o Min Vantuil ABDALLA, por “serviço *extraordinario*”, como consta do referido artigo, “não se pode entender outra coisa que não aquele prestado além da jornada normal, mas de forma excepcional”⁽⁵⁾

Por conseguinte, assinala ROBORTELLA, “o art 59 da CLT é incompatível com a nova ordem constitucional ao admitir a habitualidade da jornada suplementar, pois transforma em *normal* uma duração diária de 10 horas”⁽⁶⁾. Essa incompatibilidade trazida com a lei nova gera, como se viu, a revogação tácita da lei velha.

Desse modo alerta Marcio Tulio VIANA, “ainda que feito o ajuste, pode o empregado resistir a ordem para trabalhar além da jornada”⁽⁷⁾, a

⁽³⁾ *Op citada*, p 231 e 232

⁽⁴⁾ GONÇALES, Odonel Urbano e ALINUS Pedro Paulo Teixeira *Duração do trabalho* p 58

⁽⁵⁾ Abdalla, Vantuil *Horas extras - nunca mais* in *Revista Synthsis*, 11 90

⁽⁶⁾ ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim *Jornada de Trabalho e Férias na Constituição de 1988*, in *Curso de Direito Constitucional do Trabalho*, volume 1, coordenação Arion Savon Romita p 189

⁽⁷⁾ *Divergimos da posição manifestada por Valentim Carrion, quando assevera que “se houver norma coletiva por tempo determinado, que não so autorize mas crie a obrigação de prestar serviço suplementar, devera ser obedecida”, in Comentario a CLT, 1994 p 101. Ao nosso crivo razão assiste ao emmente jurista mineiro, Marcio Tulio Viana*

não ser, naturalmente, nas hipóteses do artigo 61 da CLT (necessidade imperiosa ou de força maior)⁽⁸⁾ Indo mais adiante, acresça-se que a insistência abusiva do empregador, neste sentido, constitui justa causa para declarar a *Rescisão Indireta* do Contrato, postulada com base no art. 483, “a” e “d”, da CLT

Por derradeiro, consigne-se ser “o desemprego, indubitavelmente, o problema que mais assola o mundo na atualidade”⁽⁹⁾. O governo brasileiro propugna pela flexibilização das relações de trabalho como forma de gerar mais emprego formal. Esquece, no entanto, que “a legislação que facilita horas extras dos empregados dificulta a abertura de novos empregos contribuindo para o agravamento do problema”⁽¹⁰⁾. Atacar esta praxe patronal nefasta e admitir a realização de labor extra somente nas hipóteses do artigo 61 da CLT serão, com certeza, mais eficazes que as polêmicas políticas flexibilizadoras encaminhadas pelo governo federal⁽¹¹⁾

Em que pese todos os argumentos consignados, há quem entenda estar ainda em vigor o artigo 59, *caput* e parágrafo primeiro da CLT, sendo possível nos dias de hoje pactuar permanentes *horas suplementares*⁽¹²⁾

5. Espécies legais de prorrogação de jornada e seus efeitos

Além das *horas suplementares*⁽¹³⁾, temos as seguintes espécies de prorrogação de jornada extraídas do artigo 61 da CLT

a) para atender motivo de força maior,

b) para atender a realização de serviços inadiáveis,

⁽⁸⁾ VLINÍ, Marcio Túlio *Direito de Resistência* p. 271

⁽⁹⁾ D'ALLEGRIE Neto, José Afonso *O Estado Neoliberal e seu impacto socio-jurídico*, p. 98. No capítulo desta obra, abordamos o reflexo do modelo flexibilizador neoliberal nas relações capital-trabalho. Nesta oportunidade trazemos o seguinte dado segundo o DIEESE, 13,2% da PE 1 (população ec. ativa) está desempregada no Brasil

⁽¹⁰⁾ NASCIMENTO, Amauri Mascaro *Op. citada* p. 259

⁽¹¹⁾ Neste sentido e, por exemplo, o projeto do governo para ampliar a órbita dos *Contratos a Termo*

⁽¹²⁾ Dentre eles, está o jurista VALENTIN CARRION em sua clássica obra “*Comentários a CLT*” N. 1

⁽¹³⁾ São aquelas permanentes e que poderiam ser objeto de *Acordo de Prorrogação*

c) para atender serviços cuja inexecução possa acarretar prejuízo manifesto,

d) para recuperar períodos de paralisação resultante de força maior ou causas acidentais

Nos termos do art 376, da CLT, a Mulher só é possível a prorrogação de horas por motivo de *força maior* (primeira hipótese) Para a jurista Alice Monteiro de BARROS, a permanência desta regra é injustificável vez que “conflita com o art 5º, I da Constituição Federal”⁽¹⁴⁾ Quanto ao Menor, o art 413 II, da CLT, além de prever somente a prorrogação em casos de *força maior*, coloca o seguinte obstáculo “ desde que o trabalho do menor seja imprescindível ao funcionamento do estabelecimento ”

Além dessas quatro espécies legais, some-se uma quinta espécie de prorrogação de jornada trazida com o art 7º, XVI, da Constituição Federal, qual seja

e) para atender serviço extraordinário de qualquer gênero, pretendido pelo empregador,

Toda esta tipologia teve grande importância antes da Carta Constitucional de 88 pois servia para balizar qual adicional deveria ser pago se 20% ou 25% Com o aparecimento do artigo 7º, XVI, a importância de tal debate foi reduzida

Na atualidade, os tipos de prorrogações servem apenas para a) saber quando o empregador pode exigir unilateralmente horas extras de seus empregados, e b) para saber em que situações o Ministério do Trabalho pode aplicar multas administrativas em face de descumprimento das jornadas máximas previstas em lei⁽¹⁵⁾

Quanto ao primeiro aspecto, complementando o que se expôs no item anterior pensamos que todas as espécies legais plasmadas no artigo 61 da CLT podem ser unilateralmente exigidas pelo empregador, dentro do seu *jus variandi* Contudo as horas extras decorrentes da quinta espécie

⁽¹⁴⁾ BARROS, Alice Monteiro de *A mulher e o Direito do Trabalho* p 479

⁽¹⁵⁾ Registre-se que cada espécie de prorrogação tem um limite máximo diário de horas previsto num dos parágrafos do artigo 61 da CLT

acima elencada, aquelas oriundas de *serviço extraordinário* desvinculado de qualquer condição legalmente relevante, não podem ser exigidas do empregado, ficando, ao talante deste, aceita-las ou não

Finalmente, quanto ao desrespeito aos limites diários máximos de lei, deve-se lembrar que a “irregularidade na prorrogação não impede a incidência de todos os direitos trabalhistas para o empregado prestador de sobrejornada, mas pode gerar sanções administrativas específicas para o empregador faltoso”⁽¹⁶⁾, nos termos do artigo 75 da CLT

6. Requisitos legais de existência, validade e eficácia do acordo de compensação

Apos fixar posição acerca da vigência do par 2º do art 59 e revogação do seu *caput* e par 1º passa-se a destacar os requisitos legais do Acordo de Compensação oriundos dessas duas normas

Requisito de existência

- a) Acordo escrito firmado entre empregado e empregador,

Requisito de validade

- a) Observância da carga horária máxima de lei,

Requisitos de eficácia

- a) Chancela da entidade sindical representativa do empregado,
- b) Duração máxima de 2 anos,
- c) Observância do limite diário de 10 horas,
- d) Licença-previa de autoridade competente, quando em prorrogação de labor insalubre ou de mulher ou de menor

⁽¹⁶⁾ DELGIDO, Maurício Godinho *Jornada de Trabalho e Descansos Trabalhistas* p 75

Sendo o Acordo de Compensação de Jornada um negócio jurídico bilateral⁽¹⁷⁾, do tipo *acessório*⁽¹⁸⁾, sua plena realização somente é atingida, após passar pelos planos de existência, validade e eficácia AZEVEDO adverte “é preciso, em primeiro lugar, estabelecer, com clareza, quando um negócio existe, quando uma vez existente, vale, e quando uma vez existente e válido, ele passa a produzir efeitos”⁽¹⁹⁾

Existente é o acordo de compensação pactuado na forma escrita. Existindo o acordo, o mesmo será válido caso observe o limite da carga semanal, sendo que, ao revés, a inobservância deste requisito gera a nulidade do acordo

Quanto ao plano de eficácia, ou seja, a aptidão para a produção de efeitos jurídicos, o acordo de compensação além de existente (pactuado e escrito) e válido (com observância da carga semanal) deverá preencher quatro requisitos, quais sejam, estar chancelado pelo sindicato obreiro, ter duração determinada de no máximo dois anos observar o limite diário de dez horas e estar presente a licença-prévia da autoridade competente em caso de atividade insalubre ou prorrogação de trabalho de menor e/ou de mulher. Caso contrário, o acordo poderá existir validamente, contudo ser ineficaz.

7. Necessidade de acordo escrito assistido pelo sindicato e com duração de até dois anos

Antes da promulgação da atual Constituição da República, aplicava-se de forma pacífica, a Súmula 108, do TST, *in verbis* “A compensação de horário semanal deve ser ajustada por acordo escrito, não necessariamente em acordo coletivo ou convenção coletiva, exceto quanto ao trabalho da mulher”

⁽¹⁷⁾ Oportuno o conceito de Negócio Jurídico de Junqueira de Azevedo “todo fato jurídico consistente em declaração de vontade, a que o ordenamento jurídico atribui os efeitos designados como queridos, respeitados os pressupostos (de existência, validade e eficácia) impostos pela norma jurídica que sobre ele incide”

⁽¹⁸⁾ Para Maria Helena DINIZ, os negócios jurídicos podem ser principais ou acessórios. Os primeiros existem por si próprios (ex. Contrato de Trabalho) e os acessórios são aqueles em que sua existência subordina-se a dos principais (ex. Acordo de Compensação de Jornada). In *Curso de Direito Civil Brasileiro, volume 1*, p. 228. Os exemplos constituem Notas do Autor (N.A.)

⁽¹⁹⁾ AZEVEDO Antônio Junqueira de Negócio Jurídico existência, validade e eficácia p. 33

A parte final da redação do artigo 7º, XIII da CF/88, que prevê a compensação “*mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho*”, ascendeu grande controvérsia hermenêutica a) se há necessidade de acordo escrito, b) se o acordo escrito pode ser firmado diretamente entre as partes ou se carece da assistência sindical

O Acordo de Compensação é um negócio jurídico bilateral, acessório do Contrato de Trabalho onde as partes declaram a vontade de regulamentarem determinadas relações jurídicas cujos efeitos o ordenamento jurídico legitima. Com efeito, não há como admitir a manifestação volitiva tácita “A cláusula de compensação, se não escrita, não surte no mundo jurídico os efeitos queridos pelas partes”⁽²⁰⁾

Segundo Godinho DELGADO “propositadamente a nova Carta teria colocado o verbete *acordo* afastado da qualificação (e restrição) *coletivo* (aliás a norma constitucional usa a palavra *coletiva*, concordando com o feminino *convenção*) Esse posicionamento sugere que pretendeu a Constituição conferir à palavra *acordo* a dubiedade de acepções”⁽²¹⁾ Assim, para este magistrado o acordo de compensação de horas prescinde da assistência sindical, podendo ser celebrado diretamente entre empregado e empregador

Refutando essa posição, invocam-se os precisos escólios do jurista MAGANO quando assevera “que a Constituição, ao falar em acordo ou convenção coletiva quis dizer acordo coletivo ou convenção coletiva. Não se concebe, portanto de modo algum compensação de horários ou redução de jornada, mediante acordo individual”⁽²²⁾ Ao fundamentar sua correta posição, MAGANO cita a lição do letrado Prof. Celso CUNHA⁽²³⁾ “referindo-se o adjetivo a dois substantivos de gêneros diferentes e no singular, a concordância mais seguida e observada é com o substantivo propínquo (próximo)”

Alem da exegese gramatical a presente cizânia também pode ser vista nas lentes do *princípio da unidade da Constituição*. Neste

⁽²⁰⁾ GONÇALVES Odonel Urbano e ALINUS, Pedro Paulo Teixeira *Obra cit* p. 49

⁽²¹⁾ DELGADO Mauricio Godinho *Jornada de Trabalho e Descansos Trabalhistas* p. 62

⁽²²⁾ MAGANO Octavio Bueno *Redução de Jornada* Revista LTr, 53-4 394

⁽²³⁾ Trata-se do mesmo professor que elaborou a revisão gramatical de todas as normas da Constituição. Portanto a interpretação é autêntica e deve ser relevada.

quadrante. o jurista português, Gomes CANOTILHO, aduz que o intérprete está obrigado a considerar as normas constitucionais “na sua globalidade”, ou seja, “não como normas isoladas e dispersas, mas sim como preceitos integrados num sistema interno unitário de normas e princípios”⁽²¹⁾ Ora, não se olvide que um dos princípios e valores plasmados pelo constituinte foi, justamente, o de valorizar e reconhecer as Convenções e Acordos Coletivos de Trabalho, *ex vi legis* do artigo 7º, XXVI da CF

Na prática, o Acordo Compensatório pode até ser celebrado diretamente entre empregado e empregador, contudo faz-se necessário estar *referendado* no instrumento normativo. Se, por exemplo, o ACT ou a CCT da categoria prevê a compensação de jornada em sua cláusula 7ª, podem, então, as partes com fulcro nessa cláusula, celebrarem acordo escrito de compensação, devidamente assinado pelo obreiro e pelo preposto do empregador

Finalmente registre-se que os Acordos de Compensação, por terem que estar referendados em Convenção ou Acordo Coletivo de Trabalho, somente serão admitidos com duração limitada. Nos termos do artigo 614, par 3º, da CLT, o prazo máximo será de 2 (dois) anos, ou seja, o mesmo para os ACTs e CCTs. A cada novo instrumento normativo, firmar-se-á novo acordo de compensação de jornada

8. A observância da carga horária semanal prevista em lei

O desrespeito ao limite da carga horária semanal enseja a nulidade do Acordo de Compensação. O cumprimento desse requisito se confunde com o próprio conceito do instituto em debate. Gize-se que o pacto compensatório tem como escopo legalizar o excesso de jornada diária, desde que observado o limite semanal

Assim, qualquer acordo que, na prática, violar esse requisito essencial de validade, incorrerá em nulidade e, por conseguinte, o empregador pagará como extras as horas excedentes dos limites legais, quais sejam, da oitava diária e da quadragésima quarta semanal

⁽²¹⁾ CANOTILHO, J J. *Curso de Direito Constitucional*, p. 162

Desta lição decorrem as seguintes *fattispecie*⁽²⁵⁾

a) *Nulidade do Acordo de Compensação quando há pagamento de horas extras*

É sintomático inferir que se houve pagamento de horas extras é porque o limite semanal foi descumprido. Logo, o *acordo* é nulo. Sendo nulo aplicam-se os limites da lei: oito horas diárias e quarenta e quatro semanais. O que extrapolar esses limites será tido como horas extraordinárias.

b) *Acordo inquinado por poucos minutos de labor extraordinário*

Pela dicção do Art. 4º, da CLT, todo tempo à disposição é de efetivo serviço. Contudo, a SDI, através de recentes precedentes denominados “Orientação Jurisprudencial da SDI”, não se sabe com que parâmetros, estabeleceu um critério objetivo de tolerância, assim: “até 5 minutos antes ou após a jornada são considerados ‘minutos de preparo’ e não computados”. “ultrapassado o referido limite, como extra será considerada a totalidade do tempo que exceder a jornada normal”.

O critério construído pela jurisprudência, apresenta-se sensato e razoável. E, nesta esteira, traz-se à baila a conhecida lição do filósofo mexicano Ricansens Siches de que a “lógica do Direito é a lógica do razoável”. Consigne-se, contudo, a falta de amparo legal para a fixação de tais “limites de tolerância”.

c) *Formalização de Acordo de Compensação, porém descumprido pelo empregador*

Ainda que haja a celebração de correto acordo formal de compensação de horas, se na prática, os horários de trabalho ali fixados forem ampliados, os efeitos desejados não serão produzidos. Consequentemente, o que passar de oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, será considerado horas extras.

⁽²⁵⁾ “*fattispecie*” e o que os italianos denominam de caso concreto submetido a incidência da norma legal.

E nem se diga que nas três hipóteses acima analisadas o empregador ficara aliado das extras excedentes da oitava diária, pagando apenas as transbordantes da quadragésima quarta semanal. Esta posição não tem amparo legal, na medida em que o acordo de compensação nulo não produz qualquer efeito jurídico.

Logo, não há como mitigar a situação do empregador, atribuindo “efeito parcial” para um acordo que desrespeitou requisito *material essencial* de validade. A orientação de pagar somente as excedentes da carga semanal ou pagar somente o *adicional* da hora extra, *ex vi* da Súmula 85, do TST, como se vera, não se enquadra nestes dois casos.

9. A controvérsia acerca do limite diário de dez horas.

Atualmente, enquanto o artigo 59, par 2º, da CLT estiver vigendo, persiste o limite de 10 (dez) horas diárias como requisito de eficácia dos *Acordos de Compensação*. Há que se considerar que essa exigência legal colima proteger o obreiro da presumida fadiga resultante do labor superior a dez horas diárias.

E nem se diga que tal preocupação tuitiva, inserida no rol das normas de segurança do trabalho, deixou de existir com a promulgação da atual Constituição Federal. A propósito, o seu artigo 7º, XXII, fala do direito do trabalhador com relação a “redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e *segurança*”. Não há como negar o universal parâmetro de oito horas diárias como tolerância para o trabalhador, sendo empiricamente comprovado que o risco de acidente de trabalho é maior quando excedente desse limite.

Se, por exemplo, um determinado acordo de compensação previsto em Convenção Coletiva de Trabalho respeitar o limite semanal (44 horas), mas prever que num determinado dia o obreiro laborará 14 horas, o acordo preencherá o requisito de existência e de validade, esbarrando no requisito de eficácia (limite de 10 horas diárias). Com efeito, nesse dia, o empregado terá direito a receber somente o adicional de hora extra em relação ao labor que exceder a 10ª hora diária.

Exemplifica-se, ainda, com o conhecido regime de trabalho 12h x 36h, típico em hospitais e nosocômios. Aqui, o empregado trabalha três plantões de 12 horas numa semana, perfazendo 36 horas semanais e

quatro plantões de 12 horas noutra semana, logrando 48 horas semanais e, assim, sucessivamente

Ora mesmo nas semanas de 36 horas, em que se observou o limite legal das 44 horas, o acordo será ilegal, em face da impossibilidade de se estabelecer plantões acima de 10 horas diárias

Com efeito, o empregador, nas semanas em que os plantões somaram 48 horas pagará como horas extras as excedentes da 8ª diária e 44ª semanal. Contudo naquelas semanas em que houve observância do limite horário semanal, o empregador pagará tão somente o *adicional* de horas extras, vez que o pagamento da hora extra “cheia” (hora normal + adicional) implicaria em flagrante *bis in idem*

Esta amenização para o empregador é possível, na medida em que o pacto compensatório *existiu* e o seu requisito de validade foi cumprido (observação da carga semanal), inadimplindo-se apenas o requisito de eficácia (limite de dez horas diárias)

10. A impossibilidade de estabelecer compensação quinzenal, mensal ou anual

Estribado nos artigos 59, par 2º da CLT e 7º, XIII, da CF, a compensação de jornada é sempre *semanal*. Registre-se a posição de Maurício Godinho Delgado em sentido inverso “*E óbvio que há parâmetros máximos para o regime de compensação, mas estes não se cobrem nos limites estritos da jornada diária ou semanal, estendendo-se, inequivocamente, até o parâmetro máximo do mês*”⁽²⁶⁾

Data venia discordamos do ilustre magistrado mineiro, vez que a Carta Constitucional, art 7º, XIII, antes de se referir a “faculdade de compensação de horários”, fez menção expressa à jornada de 8 horas e a carga *semanal* de 44 horas. Nada falou, portanto, sobre carga horária *mensal*. Da mesma forma, o artigo 59, par 2º, da CLT, ainda em vigor, é claro ao registrar que a compensação só é possível desde que “*não exceda o horário*

⁽²⁶⁾ DELGADO, Maurício Godinho *Op citada* p 34

normal da semana . Destarte, não há no direito positivo exegese capaz de legitimar a compensação mensal⁽²⁷⁾, quinzenal ou anual

11. A licença prévia para prorrogações em atividade insalubre, labor de Menor ou de Mulher

Por um bom tempo, a jurisprudência de nossos pretórios trabalhistas titubeou com relação a natureza jurídica da exigência⁽²⁸⁾, contida no artigo 60 da CLT para a prorrogação e compensação de jornada em atividades insalubres. Para alguns tratava-se de requisito de validade intrínseco ao Acordo de Compensação, para outros, mera formalidade sem força de afetar a legitimidade e legalidade do ajuste compensatório

Com a edição da recente Sumula 349 do TST, a referida controvérsia foi superada. Importante transcrever o seu teor “A validade do acordo coletivo ou convenção coletiva de compensação de jornada de trabalho em atividade insalubre prescinde da inspeção previa da autoridade competente em matéria de higiene do trabalho (art 7º, XIII, da Constituição da Republica, art 60 da CLT)”

No referido verbete, o TST deixa transparecer sua posição acerca da polêmica tratada no item 06 deste estudo ou seja, se necessária, ou não a assistência sindical nos acordos de compensação. A utilização das palavras “*acordo coletivo* ou *convenção coletiva*”, afastou a hipótese de acordo individual sem o auspício do sindicato

Não obstante o teor da Sumula 349, cremos que a ausência de tal requisito legal afeta o Acordo de Compensação, aplicando-lhe, assim, a Sumula 85 do TST. Logo o empregador deverá pagar (somente) o adicional das horas excedentes da oitava diária sem ter que repetir o pagamento normal da hora trabalhada

As mesmas regras e restrições aqui aduzidas para o artigo 60, aplicam-se integralmente ao artigo 376, parágrafo unico da CLT, previsto

⁽²⁷⁾ *A tendência europeia, a exemplo da Alemanha e de flexibilizar este instituto e ampliar a compensação para o limite mensal. No Brasil não há, ainda, respaldo legal para esta interpretação, também por esse motivo e que os sistemas compensatórios, do tipo 12 x 36 não são válidos. N 1*

⁽²⁸⁾ *Trata-se da necessidade de licença prévia da autoridade competente em matéria de higiene do trabalho*

para as prorrogações do trabalho da mulher e extensivo ao menor por força do art. 413, parágrafo único

12. O alcance da Súmula 85 do TST

A Súmula 85 do TST é usada com frequência pelos órgãos judicantes, porém nem sempre de forma correta, haja vista a imprecisão da sua redação. Eis o seu teor: “O não atendimento das exigências legais para adoção do regime de compensação de horário semanal não implica a repetição do pagamento das horas excedentes, sendo devido, apenas, o adicional respectivo”.

A quais “exigências legais” se reporta o genérico verbete? Parece-nos óbvio que não se trata do acordo escrito firmado entre as partes (*requisito de existência*), nem tampouco da necessidade de observância da carga semanal (*requisito de validade*).

A ausência do primeiro, implicará na inexistência do ajuste compensatório. Logo, se sequer existe o acordo de compensação, não se pode falar em ausência parcial de exigências legais. Por outro lado, a inobservância do segundo requisito, extrapolamento da carga semanal, gerará a nulidade do acordo firmado. Lembremos só haver acordo compensatório válido, quando o excesso de labor de um dia for compensado por outro, desde que se assegure o limite semanal. Assim, com certeza não são essas duas exigências legais capazes de produzir efeito jurídico abrandador da obrigação do empregador no pagamento de horas extras.

Assim, ilai-se que a aplicação da Súmula 85 do TST somente ocorre quando não se atendem as demais exigências legais - *observância do limite diário de 10 horas (art. 59, par. 2º, da CLT)*, - *chancela sindical para o acordo de compensação de jornada (art. 7º, XIII, da CF)*⁽²⁹⁾, - *duração determinada em até 02 (dois) anos* e, - *licença prévia para prorrogação de jornada em atividade insalubre (art. 60 da CLT)*.

13. O Acordo compensatório de jornada do menor e da mulher

⁽²⁹⁾ A exigência de assistência sindical nos Acordos compensatórios, surgiu com o art. 7º, XIII, da CF 88, após, portanto, a edição da Súmula 85 do TST. Ainda assim, essa exigência constitucional se amolda na hipótese de que trata a Súmula

Os requisitos legais do Acordo Compensatorio, de *existência, validade e eficácia*, aplicam-se integralmente as mulheres e quase na totalidade aos menores. As restrições legais dos artigos 376, 384 e 413, II, da CLT, dizem respeito às prorrogações com pagamento de horas extras⁽³⁰⁾, sem afetar, portanto, as *compensações de jornada* propriamente ditas.

Neste sentido o artigo 372 e 411, da CLT assinalam que a *Duração do Trabalho* da mulher e do menor respectivamente, regular-se-ão pelas disposições legais gerais do trabalho masculino em tudo que não colidir com as expressas restrições.

O vetusto artigo 374 da CLT revogado pela Lei 7 855/89, tinha a seguinte redação:

' A duração normal diária do trabalho da mulher podera ser no maximo elevada de 2 (duas) horas, independentemente de acrescimo salarial, mediante convenção ou acordo coletivo nos termos do Titulo VI desta Consolidação desde que o excesso de horas em um dia seja compensado pela diminuición em outro, de modo a ser observado o limite de 48 (quarenta e oito) horas semanais ou outro inferior legalmente fixado '

A Lei 7 855/89 não explica por quais motivos o referido artigo celetado foi ab-rogado. Para nos, deve-se ao fato de que o legislador, a partir da CF/88, quis nivelar as regras de compensação entre homem e mulher. Com efeito ao suprimir este dispositivo especial restritivo, o instituto da compensação de jornada de trabalho da mulher fica integralmente igual ao do homem.

Embora aparentassem identidade, existia pequena diferença entre o art. 374 e par. 2º do art. 59, da CLT. Enquanto o segundo referia-se a prorrogação de até 10 horas diárias de trabalho, o primeiro dispositivo falava em prorrogação de até 2 horas extras diárias⁽³¹⁾.

⁽³⁰⁾ Reportamos as restrições já aduzidas no item 05 deste estudo.

⁽³¹⁾ Assim pela legislação preterita uma bancaria, por exemplo que cumpria legalmente 6 horas poderia compensar sua jornada desde que não ultrapassasse o limite de duas horas (até o maximo de 8 horas diárias). Já um bancario poderia

Essa mesma peculiaridade, antes aplicada a Mulher, persiste ao trabalho do menor, haja vista a letra do artigo 413, I, da CLT, ainda em vigor. Ao falar em prorrogação compensatória o referido dispositivo delimita o máximo de 2 horas diárias. Portanto ao obreiro menor, o requisito de eficácia que estabelece o limite temporal de 10 horas diárias de *efetivo trabalho* é substituído pelo limite quantitativo de até 2 horas *extras* diárias.

CONCLUSÃO

- Acordo de Compensação de Jornada e o pacto firmado para legitimar o excesso de jornada de um determinado dia da semana em face do decréscimo parcial ou total de outro, desde que observada a carga máxima semanal, prevista genericamente em lei ou em norma especial mais benéfica ao empregado
- O instituto jurídico da *Compensação de Jornada* está regulamentado pelo vigentes artigos 59, parágrafo 2º, da CLT e 7º, XIII, da Constituição Federal. E nem se diga que o primeiro dispositivo foi revogado pelo segundo. A LICC (Lei de Introdução ao Código Civil) não respalda essa assertiva
- Antes da Carta-Mãe de 1988 havia interesse econômico na celebração de *acordos de prorrogação de jornada* haja vista a incidência do adicional de 20%, inferior aos de 25% aplicáveis as demais prorrogações de trabalho
- O artigo 7º XVI, da Constituição Federal, ab-rogou o parágrafo primeiro do artigo 59 da CLT que previa prorrogações *permanentes* de trabalho. Com efeito, hoje, só se admite labor *extraordinário*, ou seja, aquele prestado de forma excepcional
- A acumulação de acordos de *compensação* com acordos de *prorrogação de jornadas* é ilícita, vez que sujeita o empregado ao exclusivo arbítrio do empregador quanto à forma de adimplemento de obrigação contratual. Exegese do artigo 115 do Código Civil

prorrogar sua jornada em até 10 horas diárias ou seja, até quatro horas a mais do limite legal (de 6 horas) previsto no artigo 224, caput, da CLT. N.A

- Salvo os casos especiais de prorrogações por motivo de força maior e/ou necessidade imperiosa de serviço, ao empregado é permitido resistir a ordem para trabalhar além da jornada legal ou contratual

- A atual política neoliberal de flexibilização da relação de trabalho e combate ao desemprego propugna, corretamente, pela proibição de horas extras habituais e permanentes

- Sendo o Acordo de Compensação um negócio jurídico bilateral, do tipo *acessorio*, sua plena realização é atingida, após passar pelos planos de existência, validade e eficácia

- *Existente* é o acordo de compensação pactuado na forma escrita. *Válido* é o acordo escrito que observa o limite semanal de horas

- *Eficaz* é o acordo de compensação *existente e válido*, que preenche os seguintes requisitos: a) chancelado pelo sindicato obreiro, b) duração máxima de 2 anos podendo ser prorrogado, c) observância do limite diário de 10 horas, e, d) licença-prévia da autoridade competente em caso de atividade insalubre ou prorrogação de trabalho de menor e mulher

- O Acordo de Compensação de Jornada deve estar previsto ou referendado no Acordo Coletivo ou Convenção Coletiva de Trabalho, conforme melhor interpretação gramatical e sistematizada do artigo 7º, XIII, da Constituição da República

- É sintomático concluir que o Acordo Compensatório foi descumprido quando há pagamento de horas extras habituais. Logo, são devidas como extras as horas excedentes do limite diário e semanal

- Através de Precedentes da SDI, o TST adota critério objetivo acerca dos minutos capazes de inquinar o acordo compensatório: tolera-se até cinco minutos antes ou após a jornada. Ultrapassado esse lapso temporal, como extra será considerada a totalidade dos minutos excedentes

- Enquanto o art 59 par 2º da CLT, estiver vigendo, persiste o limite de 10 horas diarias como requisito de eficacia dos Acordos de Compensação A Carta Magna não revogou essa exigência, ao contrario ratificou-a conforme dispõe o seu artigo 7º, XXII Ao obreiro menor, esse requisito de eficácia de 10 horas diarias de trabalho é substituído pelo limite quantitativo de 2 horas extras diarias

- A compensação de jornada somente é permitida dentro da mesma semana consoante estatuem os artigos 59, par 2º, da CLT e 7o XIII da Constituição Não há espeque no direito objetivo para admitir a compensação quinzenal, mensal ou anual

- Nos termos da Sumula 349 do TST a ausência de licença previa para prorrogação em atividade insalubre, de Mulher ou de Menor não enseja a nulidade do Acordo de Compensação Todavia, o ajuste de compensação, embora válido, será ineficaz

- Os acordos compensatórios tidos como válidos, mas ineficazes, implicam na incidência da Súmula 85 do TST Assim é devido ao empregado somente o adicional de hora extra

- Os requisitos legais do Acordo Compensatorio, de *existência, validade e eficacia* aplicam-se integralmente às mulheres As restrições legais dos artigos 376, 384 e 413, II, da CLT, dizem respeito às prorrogações com pagamento de horas extras, sem afetar, portanto, as *compensações de jornada* propriamente ditas

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABDALLA, Vantuil Horas extras - nunca mais In Revista Synthesis, Porto Alegre nov/1990

AZEVEDO, Antônio Junqueira de Negócio Jurídico existência, validade e eficácia 2ª edição, São Paulo Saraiva, 1986

BARROS, Alice Monteiro de A mulher e o Direito do Trabalho São Paulo LTr , 1995

CANOTILHO, José Joaquim Gomes Direito Constitucional Coimbra Almedina, 1989

CARRION, Valentin Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho 18ª edição São Paulo Editora Revista dos Tribunais, 1994

DALLEGRAVE NETO, José Affonso O Estado neoliberal e seu impacto socio-jurídico In Globalização Neoliberalismo e Direitos Sociais Saete Maria Maccaloz et alli, p 98, Rio de Janeiro Editora Destaque, 1997

DELGADO, Mauricio Godinho Jornada de Trabalho e Descansos Trabalhistas Belo Horizonte Editora RTM, 1996

DINIZ, Maria Helena Curso de Direito Civil Brasileiro 10ª Edição São Paulo Saraiva, 1994 vol 1

GONÇALVES, Odonel Urbano, MANUS, Pedro Paulo Teixeira Duração do Trabalho São Paulo LTr , 1996

MAGANO, Octavio Bueno Redução de Jornada In Revista LTr , São Paulo LTr , 53-4, p 394

NASCIMENTO Amauri Mascaro Iniciação ao Direito do Trabalho 11ª edição São Paulo Editora LTr , 1985

ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim Jornada de Trabalho e Férias na Constituição de 1988 In Curso de Direito Constitucional do Trabalho, em louvor a Amauri Mascaro Nascimento Arion Sayon Romita (Coord). p 189 São Paulo, LTr , 1991

VIANA, Marcio Tulio Direito de Resistência São Paulo LTr , 1996