

COMPENSAÇÃO ANUAL DE JORNADA E BANCO DE HORAS

José Affonso Dallegrave Neto^()*

Introdução

- 1. Acordo de compensação de jornada. Conceito e características**
- 2. Requisitos de validade do acordo compensatório**
- 3. Banco de horas de trabalho**
- 4. Efeitos do acordo descumprido na prática**
- 5. Hipóteses de aplicação da Súmula 85 do TST**
- 6. Efeitos e repercussões do acordo nulo**
- 7. A rescisão contratual e as horas não compensadas**
 - 7.1. Hipóteses de aplicação do § 3º do art. 59 da CLT**
- 8. Necessidade de previsão em acordo de prorrogação**
 - 8.1. A falta ao serviço como forma de compensação**
- 9. As horas extras oriundas da supressão de intervalos e de repouso remunerados**
- 10. Prorrogação em atividades insalubres**

Referências bibliográficas

() José Affonso Dallegrave Neto é Mestre em Direito pela UFPR, Presidente da APEJ – Academia Paranaense de Estudos Jurídicos, Professor da graduação e pós-graduação da Faculdade de Direito de Curitiba, Advogado membro do LAP – Instituto dos Advogados do Paraná e do IAB – Instituto dos Advogados Brasileiros.*

Introdução

Nos últimos meses houve grandes alterações e inovações da legislação material trabalhista. Dentre elas mencionem-se, a título exemplificativo, o contrato a termo da Lei 9.601/98, o trabalho voluntário regulado pela Lei 9608/98, o trabalho a tempo parcial previsto no art. 58-A, da CLT, a suspensão temporária do contrato visando melhor qualificação profissional contemplado no art. 476-A, da CLT, modificações no PAT – Programa de Alimentação ao Trabalhador, bem como no Seguro-desemprego.

Desse alvoroçar normativo, o chamado *banco de horas*, oriundo da compensação anual de jornada, foi o mais sensível, sobretudo porque permite aplicação a todos os contratos individuais de trabalho.

Na esteira da política neoliberal adotada pelo Executivo e sob os auspícios do Congresso Nacional, o banco de horas traduz-se em mais uma medida de flexibilização das relações de trabalho. *In casu* o que se torna maleável é o sistema de compensação da jornada de trabalho, antes semanal, agora quadrimestral ou anual⁽¹⁾.

A flexibilização da jornada é uma tendência universal. Alfredo Montoya Melgar lembra que na Espanha, por exemplo, o Decreto-lei n. 1/86 alterou o art. 35.2 do Estatuto do Trabalhador para suprimir os limites diário e mensal em matéria de horas extraordinárias, perseguindo com isso os fins de flexibilidade na utilização de *las jornadas de trabajo* pelos empresários⁽²⁾.

No Uruguai, a Lei 15.996, em seu art. 1º, § 3º, deixa de considerar como horas extras “os casos em que se amplia a jornada de cada dia da semana para se poder desfrutar de um descanso semanal mais longo”⁽³⁾.

⁽¹⁾ *Pela alteração introduzida na Lei 9601, de 21/01/98, o fechamento da compensação tem que ser dentro do quadrimestre, ao passo que, por força da posterior MP n. 1709, de 06/08/98 (e suas reedições), o período para zerar a compensação é de no máximo 01 (um) ano. Ambas alteraram o § 2º do art. 59, da CLT, devendo prevalecer o prazo de um ano previsto na MP editada em data posterior à L. 9601/98.*

⁽²⁾ MELGAR, Alfredo Montoya. *O regime jurídico da jornada de trabalho e descansos legais na Espanha*. In: *Jornada de trabalho e descansos remunerados. Perspectiva ibero-americana*. Coord. Néstor de Buen. LTr. São Paulo, 1996. pág. 125.

⁽³⁾ RODRIGUEZ, Américo Plá. *Jornada de trabalho e descansos remunerados no Uruguai*. Ob. citada. p. 339.

1. Acordo de compensação de jornada. Conceito e Características

Não é possível falar em banco de horas sem estudar o instituto jurídico da compensação de jornada. A interdependência é nítida. Mais do que isso, o primeiro é produto do segundo.

Por *acordo de compensação de jornada* se entenda o ajuste firmado para legitimar o excesso de jornada de um determinado dia de trabalho, em face do decréscimo proporcional de outro, dentro de um lapso temporal expressamente previsto em lei ou instrumento normativo da categoria profissional.

É de bom tom exaltar que o referido conceito está intimamente ligado à idéia de *proporcionalidade*, ou seja, só há que falar em ajuste compensatório quando ao final do período preestabelecido for ultimado o exato contrapeso entre o aumento e o decréscimo das horas de trabalho. Somente nessa perspectiva, poder-se-á enfrentar os casuísmos nele circunscritos.

O acordo de compensação de jornada é um contrato *acessório* ao contrato individual de trabalho. Sendo um *contrato*, necessariamente é um negócio jurídico bilateral. Neste caso o contrato é do tipo consensual, solene e sinalagmático.

Consensual é o acordo compensatório que nasce de um consenso das partes⁽⁴⁾. Apesar do contrato individual de trabalho ser do tipo *por adesão* - e, por corolário, também o são, via de regra, os seus contratos acessórios - não se pode olvidar a lição de Evaristo de Moraes Filho: "o empregado adere às condições oferecidas pelo empregador, condições estas, entretanto, que devem obedecer todas as demais previamente inscritas e escritas pelas fontes normativas superiores"⁽⁵⁾. Conforme se verá adiante, são inúmeras as exigências legais para a validade do ajuste compensatório.

⁽⁴⁾ Ao contrário dos chamados contratos reais que se caracterizam com a tradição da coisa. Ex: compra e venda.

⁽⁵⁾ MORAES FILHO, Evaristo. *Introdução ao direito do trabalho*, 6ª ed., LTr., São Paulo, 1993, pág. 228.

Solene, ou formal, é o contrato que depende de forma prescrita em lei para ter validade⁽⁶⁾. A formalidade do acordo de compensação está expressamente prevista em lei, devendo ser escrito e chancelado pela entidade sindical da categoria. *Ex vi legis* do *caput* art. 59 da CLT e 7º, XIII da CF/88.

Sinalagmático ou bilateral é o acordo cujos contratantes se obrigam reciprocamente uns em face dos outros⁽⁷⁾. No ajuste compensatório há obrigação do empregado acatar as ordens decorrentes do *jus variandi* do seu superior hierárquico, no que tange aos acréscimos e decréscimos da jornada. Por outro lado, existe a obrigação do empregador em fechar a compensação, ou seja, zerar o banco de horas trabalhadas pelo empregado, de forma que todas elas sejam compensadas dentro do espaço predeterminado em lei.

2. Requisitos de validade do acordo compensatório

O instituto jurídico do acordo de compensação de jornada está expressamente disciplinado nos seguintes artigos:

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, no período máximo de *um ano*, à soma das jornadas semanais de trabalho previstas, nem seja ultrapassado o limite máximo de 10 (dez) horas diárias.”

Art. 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.”

⁽⁶⁾ RODRIGUES, Sílvio. *Dos contratos e das declarações unilaterais. Direito Civil*, Vol. 03, 23ª ed., Saraiva, São Paulo, 1995, pág. 34.

⁽⁷⁾ Nesse sentido é o art. 1102 do Código Civil Francês que inspirou o nosso atual CCB de 1916.

Importante registrar que o primeiro artigo não foi revogado pelo segundo. A LICC - Lei de Introdução ao Código Civil - não deixa dúvida, quando em seu artigo 2º, § 1º.: estatui que a lei posterior revoga a anterior 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⁽⁸⁾.

À luz do artigo 6º da Lei 9601/98, o período máximo para que a compensação seja ultimada é de 120 (cento e vinte) dias. Contudo, por força da atual Medida Provisória n. 1779-6, esse prazo foi majorado para 1 (um) ano⁽⁹⁾. Se houver aprovação dessa MP pelo Congresso Nacional, operar-se-á a revogação do dispositivo da Lei 9601/98. Havendo rejeição da MP, restaurar-se-á a eficácia da norma anterior⁽¹⁰⁾, fenômeno que em direito se denomina *repristinação*. Da mesma forma, com as sucessivas reedições da MP, o prazo de 120 dias da Lei 9601/98 fica provisoriamente (e quiçá definitivamente) sem efeito.

Dos dois dispositivos transcritos, extraem-se os seguintes requisitos legais de validade do acordo de compensação:

Acordo escrito e homologado pelo sindicato profissional.

Não há como se admitir o acordo compensatório verbal ou tácito. A lei prevê expressamente a sua forma escrita (*caput* do art. 58 da CLT), tendo o TST posição estribada acerca do tema, desde a edição da vetusta Súmula 108. Quanto à homologação do ajuste pelo sindicato profissional, trata-se de exigência decorrente da interpretação do art. 7º, XIII, da Constituição Federal, que prevê a compensação mediante “acordo ou convenção coletiva de trabalho”.

⁽⁸⁾ DALLEGRAVE NETO, José Affonso. *Acordo de Compensação de Jornada de Trabalho*. In *Revista LTr.*, n. 61, Dezembro, São Paulo, 1997.

⁽⁹⁾ A primeira vez que esse prazo foi aumentado de 120 dias para 1 ano ocorreu com a MP n. 1709 publicada no DOU em 06/08/98. Posteriormente o tema foi agregado à MP n. 1779, a qual vem sendo reeditada de forma sucessiva.

⁽¹⁰⁾ TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. 6ª ed., RT, São Paulo, 1989, pág. 154.

Havendo necessidade de *referendum* em instrumento normativo, não se pode negar a imprescindibilidade da subscrição do sindicato obreiro⁽¹¹⁾. Nos termos do art. 614, § 3º da CLT, tanto a convenção, quanto o acordo coletivo não podem conter prazo superior a 2 (dois) anos. Logo, o acordo compensatório também terá duração máxima bienal, podendo, por óbvio, ser renovado quantas vezes for necessário de acordo com o referendo normativo sindical.

Frise-se a existência de dois prazos distintos: um anual para ultimar a compensação da jornada e outro bienal para o instrumento normativo referendar o banco de horas. É possível pactuar interregnos menores, porém, se forem ultrapassados tais prazos máximos, haverá nulidade do ajuste.

b) *Observância de limite diário de 10 (dez) horas diárias.*

O legislador, com a edição da Lei 9601/98 que alterou o parágrafo segundo do artigo 59 da CLT, teve a oportunidade de abolir o requisito em destaque. Porém assim não o fez, mantendo-o em pleno vigor.

E nem se diga que aludido limite de prorrogação de 10 horas diárias foi tacitamente revogado pelo art. 7º, XIII da Carta Constitucional. Em verdade não há qualquer incompatibilidade entre as duas fontes normativas. Ao contrário, o limite de 10 horas encontra-se em sintonia com o espírito manifestado pelo constituinte no mesmo artigo 7º, inciso XXII, cujo teor assegura ao trabalhador o direito à redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança.

É exatamente o escopo buscado pelo legislador da CLT, que estabeleceu o limite de 10 horas como forma de ilidir, total ou parcialmente,

(11) *Parece-me superada a discussão de que a expressão "acordo ou convenção coletiva" assinalada no art. 7º, XIII, da CF, quis se referir a acordo individual. A melhor interpretação sistematizada e ontológica do art. 7º, sobretudo no seu inciso XXVI, não dão margem a dúvidas: o acordo ali mencionado é o Acordo Coletivo de Trabalho. Tanto é assim que a recente Súmula 349 do TST ao examinar o assunto (requisito de compensação) fez questão de registrar a expressão "acordo coletivo ou convenção coletiva de compensação de jornada de trabalho". Não bastassem tais razões, todas as recentes edições normativas elencadas no tópico introdutório desse estudo exigem previsão em acordo coletivo ou convenção coletiva. Logo, não faz sentido insistir em tese diversa apenas para o banco de horas.*

os riscos de acidentes de trabalho. Segundo Rolando Murgas Torraza “está empiricamente comprovado que é maior a incidência dos acidentes de trabalho nas últimas horas da jornada”.⁽¹²⁾

Logo, sendo eficaz o dispositivo que veda o labor superior a dez horas diárias, não há como dar validade às jornadas “12 x 36” ou “24 x 48”. Nesse sentido é a recente ementa do TST, julgada em 17/03/99, que ora se transcreve:

“É ilegal o sistema de 12 horas de trabalho por 36 de descanso, que o legislador constituinte preocupou-se em inibir, a bem da higidez física do trabalhador, impondo limitação à jornada diária e semanal, somente admitindo a compensação de horários mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho (artigo sétimo, inciso treze, da Carta Magna).”(TST, RR 3778338/97, Ac. 2ª T., Rel. Min. Valdir Righetto, in DJU I, 09/04/99, pág. 101)

Os efeitos da nulidade provocada pelo desprezo a esse requisito serão apreciados no item 05 adiante.

Compensação integral das horas prorrogadas.

Sem dúvida, o requisito mais importante é aquele exigido expressamente pelo parágrafo segundo do art. 59 da CLT: compensação “de maneira que não exceda, no período máximo de um ano, à soma das jornadas semanais de trabalho previstas ...”

Tal requisito confunde-se com o próprio conceito de acordo compensatório. Não dá para conceber ajuste de compensação que não atinja seu propósito, qual seja, o de estabelecer o equilíbrio entre as horas prorrogadas e as reduzidas.

Assim, qualquer “acordo compensatório” que, na prática, viole esse requisito estampado no art. 59, § 2º da CLT, será *nulo* de pleno direito.

Há dois argumentos jurídicos irrefutáveis para fundamentar essa posição. Primeiro a nulidade em face da *fraude à lei*, cujo instituto “assume relevância especial em matéria de legislação do trabalho, como em todos os

⁽¹²⁾ TORRAZA, Rolando Murgas. *Jornada de trabalho e os descansos no direito panamenho*. In obra citada. pág. 193.

ramos do direito protectivo”⁽¹³⁾ A legislação trabalhista contém artigo específico para declarar nulo qualquer ato que objective fraudar os preceitos nela contidos Trata-se do art 9º da CLT, *in verbis*

“serão *nulos* de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou *fraudar* a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação ”

Saliente-se que quando o empregador rotula de acordo compensatório ajuste que não encerra compensação, estar-se-á diante de manifesta *fraus legis* Não há como admitir um acordo de compensação de jornada que, na prática, não compensa as horas de trabalho

Ao assim proceder, estar-se-á nominando de “compensação” um acordo nulo com o objetivo de livrar-se do pagamento como extras da jornada que sobeja o limite legal de oito horas

É de bom tom frisar, todavia, que a fraude à lei deve se caracterizar pelo nítido objetivo de burlar a lei através da via oblíqua. Há uma linha tênue entre o escopo fraudulento e o eventual descuido patronal Na *fraus legis* haverá um exagero de horas não compensadas ao final de um ano, enquanto que o mero *descuido* ocorrerá naquelas situações em que a sobra de horas não compensadas é ínfima Havendo dúvidas quanto ao *animus* patronal, deve o magistrado se socorrer dos princípios informadores do Direito do Trabalho razoabilidade, boa-fé e equidade ⁽¹⁴⁾

⁽¹³⁾ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante *Tratado de Direito Privado Vol 47, Rio de Janeiro, Borsoi, 1964, pág 494*

⁽¹⁴⁾ *Veja-se que a recente Orientação Jurisprudencial n 23 da SDI do TST adota critério razoável em relação aos minutos de preparo, ou seja, os primeiros cinco minutos são considerados de tolerância e por isso não são computados na jornada de trabalho para efeitos de horas extras Tal orientação apoia-se na equidade, boa-fé e razoabilidade que, por sua vez, devem também inspirar o excelso pretório trabalhista para fixar entendimento acerca de eventuais e mínimos extrapolações no banco de horas sem ensejar a nulidade decorrente da fraude a lei Conforme já tive oportunidade de expressar, a teoria da nulidade trabalhista leva-se em conta os princípios da proteção, boa-fé e razoabilidade, quando da fixação dos seus efeitos In: Contrato Individual de Trabalho – uma visão estrutural São Paulo, LTr., 1998, pag 161 e 162*

O segundo argumento decorre do próprio conceito de *nulidade* como lesão à norma cogente. Marcos Bernardes de Mello em preciosa obra⁽¹⁵⁾, leciona que a nulidade pode tanto resultar do agir em fraude à lei (*in fraudem legis agere*) como do agir contra a norma cogente (*contra legem agere*). Considerando que o parágrafo segundo do art 59, da CLT, expressamente determina que a compensação só é possível “de maneira que não exceda, no período máximo de um ano, à soma das jornadas semanais de trabalho previstas”, o desprezo a esse comando importa ofensa à norma impositiva e em conseqüente *nulidade* do acordo.

Banco de horas de trabalho

Registre-se, desde logo, que o banco de horas e o acordo compensatório fazem parte do mesmo instituto. O banco de horas nada mais é do que a sistemática adotada pelo empregador para compensar todas as prorrogações de horas de trabalho do empregado com as respectivas reduções. O controle deve ser feito individualmente por intermédio de uma ficha onde se consignará periodicamente o *quantum* extrapolado ou mitigado em relação ao limite semanal de 44 horas. Ao final de um ano, o empregador terá que, necessariamente, por cobro à compensação.

Assim, por exemplo, um empregado que labore:

Na 1ª semana: 50 horas Ficarà com um crédito de 6hs (excedentes da 44ªsemanal).

Na 2ª semana: 48 horas Crédito prol empregado de 4 horas excedentes da 44ª.

Na 3ª semana 40 horas Débito de 4 horas em relação ao limite de 44 semanais

Na 4ª semana. 54 horas. Crédito de 10 horas em prol do empregado.

..... até aqui temos um crédito de 16 horas em favor do empregado que ao final de 120 dias (ou 1 ano) deverá ser compensado com o correspondente decréscimo

⁽¹⁵⁾ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico Plano de Validade* São Paulo, Saraiva, 2ª ed , 1997, págs. 81 a 85

A contagem dos extrapolamentos deve, em tese, ser feita minuto a minuto, vez que nos termos do *caput* do art. 4º da CLT, qualquer tempo à disposição do empregador, seja no aguardo ou na execução de ordens, é considerado de serviço efetivo.

Contudo, há certa polêmica quanto aos chamados *minutos de preparo* em que o empregado despende antes da anotação do ponto (vg.: na fila do cartão-ponto, na troca de roupa, etc.).

Recentemente o TST, através da Orientação Jurisprudencial da SDI, n. 23, manifestou sua posição:

“Cartão de ponto. Registro. Não é devido o pagamento de horas extras relativamente aos dias em que o excesso de jornada não ultrapassa de cinco minutos antes e/ou após a duração normal de trabalho. (Se ultrapassado o referido limite, como extra será considerada a totalidade do tempo que exceder a jornada normal).”

É sabido que os institutos da *jurisprudência* e das *súmulas* representam a interpretação dada pelo tribunal acerca de determinada *norma jurídica*. Não obstante nesse caso inexistir qualquer dispositivo legal que sirva de supedâneo para o verbete, entendo que a decisão encontra eco na equidade⁽¹⁶⁾ e no princípio da razoabilidade. A integração da lacuna é, portanto, válida com base no que dispõe o art. 8º da CLT. Tal sistemática de tolerância de cinco minutos alcança o banco de horas em estabelecimentos que necessitam de registro em cartão de ponto.

4. Efeitos do acordo descumprido na prática

A grande questão instigante, quando se estuda compensação de jornada e banco de horas, é saber os efeitos do ajuste que, ao final do prazo estabelecido antecipadamente, não conseguiu zerar a compensação. Como fica, por exemplo, a situação do empregado que, firmando acordo anual de compensação, ao final de um ano, detém um crédito de horas não compensadas.

⁽¹⁶⁾ Segundo adverte Roberto Norris, pelo conceito atual “deve-se entender a equidade como se constituindo em algo que se baseia na circunstância especial de cada caso concreto, atinente ao que for justo e razoável”. In: *Curso de direito do trabalho*, Vol. 1, São Paulo, LTr., 1998, pág. 48.

Amauri Mascaro Nascimento sustenta que “se esse número uLTr.apassar o total normal de horas do referido período, o empregador terá que pagar as horas excedentes com adicional”.⁽¹⁷⁾

Resta saber, contudo, quais horas serão pagas como extras: somente as não compensadas *ou* todas as excedentes do limite legal (8^a diária e 44^a semanal) ?

Para mim, não há dúvidas. As extras serão *todas* aquelas que uLTr.apassarem os limites legais, vez que o acordo de compensação é nulo, em face do seu descumprimento na prática. A propósito é a correta ementa a seguir transcrita:

Horas extras. Compensação de horário. Desrespeitado o acordo de compensação de horário, perde ele sua validade, passando o empregado a fazer jus, como extras, a todas as horas de trabalho excedentes da oitava diária. (TRT - 12a. Reg. - Ac. 2a. T. – 3.334/98 - DJSC, 28.04.98, pág. 207).

Nulidade e ineficácia situam-se em planos distintos. Via de regra, a nulidade implica ineficácia, ou seja, inaptidão para produção dos efeitos jurídicos desejados pelas partes.

Todavia, há casos especialíssimos em que mesmo nulo, o ato produz efeitos jurídicos. Exemplos são os chamados trabalhos proibidos, como o contido no art. 390 da CLT, que veda o labor feminino com dispêndio de energia muscular superior a 25 quilos. Há aqui nulidade por lesão à norma cogente. Todavia, trata-se aqui de uma *nulidade eficaz*, na medida em que há produção de efeitos jurídico-trabalhistas.

Esses efeitos do nulo “constituem sempre exceção à regra geral da ineficácia, que se justifica porque visa atender situações que envolvem interesses de proteção da família, da ordem pública e da boa-fé”⁽¹⁸⁾. É muito comum falar em *efeitos do nulo* nos ramos do direito que têm em mira a proteção do signatário mais frágil, como é o caso do direito do consumidor, direito do menor e direito do trabalho, dentre outros.

⁽¹⁷⁾ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao Direito do Trabalho*. 24^a edição, LTr., São Paulo, 1998, pág. 268.

⁽¹⁸⁾ MELLO, Marco Bernardes de. *Ob. citada*, pág. 184.

Na conjuntura sob análise, quem dá causa a nulidade do acordo de compensação é o próprio empregador que, dentro do seu *jus variandi*, determina o momento de prorrogar e reduzir a jornada de seu empregado. Por conseguinte, a invalidade não pode beneficiar o agente da torpeza. Em outras palavras: não há como amenizar os efeitos da nulidade do acordo de compensação em prol do empregador que foi negligente ao deixar uma sobra de horas prorrogadas e não compensadas. Oportuno registrar a regra do art. 159 do Código Civil:

“Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano.”

Conforme já foi mencionado, além da lesão à norma cogente, o comportamento do empregador pode ser considerado fraudulento, se com o nítido fim de desvirtuar o instituto da compensação para obter vantagem indevida. Cabe ao juiz analisar equitativamente cada caso concreto para saber se a fraude à lei está caracterizada. A presença de pouquíssimas horas não compensadas no curso de um ano, não dará ensejo a declaração de nulidade em face da inexistente malícia patronal.⁽¹⁹⁾

Por outro lado, em caso de configuração de nulidade, o pagamento não atingirá apenas as horas não compensadas, mas todas as excedentes da oitava diária. Pensar de forma diversa é assegurar eficácia a um acordo nulo que foi descumprido por culpa (negligência *contumaz* no fechamento das horas) ou dolo (malícia fraudulenta) do empregador.

5. Hipóteses de aplicação da Súmula 85 do TST

Vislumbra-se uma variante nos efeitos do acordo nulo, quando da aplicação da Súmula 85 do TST, assim prescrita:

“O não atendimento das exigências legais para adoção do regime de compensação de horário semanal, não implica na repetição do pagamento das horas excedentes, sendo devido, apenas, o adicional respectivo.”

⁽¹⁹⁾ No sentido de adotar critérios de razoabilidade, boa-fé e equidade, mencione-se, uma vez mais, o precedente da SDI do TST na Orientação Jurisprudencial n. 23 acerca dos chamados minutos de preparo.

Resta perquirir quais são as exigências legais para adoção do regime de compensação de horário capazes de se enquadrarem na Súmula 85 do TST.

Parece-me claro que são aquelas já enumeradas: a) acordo escrito; b) homologação pelo sindicato profissional; e c) observância do limite de 10 horas diárias.

Por certo o requisito *essencial* que impõe o fechamento da compensação resultante das somas das jornadas semanais no prazo legal de um ano *não* é atingido pelo verbete do TST. O motivo é simples, lógico e evidente: não havendo compensação ao final do prazo prefixado, o acordo firmado tornou-se inócuo, vez que *inexistiu* adoção do regime de compensação.

Dessa forma, desprezado este requisito, o empregador terá que remunerar como extras (hora normal cheia + adicional) todas as excedentes dos limites legais: oitava diária e quadragésima quarta semanal. Ao revés, se ocorrer o fechamento da compensação e houver descumprimento dos demais requisitos - acordo sem a chancela sindical ou extrapolação do limite diário de dez horas - incidirá apenas o *adicional* da hora extra – Súmula 85 do TST.

Demonstra-se hipoteticamente.

Hipótese um: Presente o acordo escrito e homologado pelo sindicato, com a correta compensação das horas no prazo legal de um ano. Todavia em apenas cinco semanas, por exemplo, verificando-se o *labor superior ao limite de 10 horas diárias*.

Neste caso, a nulidade não contaminará todo o ajuste, mas apenas as partes *divisíveis*. Conseqüentemente, somente nas semanas em que houver violação ao limite de 10 horas a nulidade será proclamada, ensejando o pagamento do adicional de horas extras (Súmula 85 do TST). As demais semanas *imaculadas*, não importarão qualquer condenação de horas extras. Exegese da regra inscrita no art. 153 do Código Civil:

“A nulidade *parcial* de um ato não o prejudicará na parte válida, se esta for separável. A nulidade da obrigação principal implica a das obrigações acessórias, mas a destas não induz a da obrigação principal.”

Hipótese dois: Acordo regular em seu aspecto formal (escrito e homologado pelo sindicato), apresentando jornada superior a 10 horas em todos os dias de trabalho, como por exemplo o típico regime 12 x 36.

Neste caso todo o acordo é inválido. Entrementes, considerando que ao final de um ano nenhuma hora deixou de ser compensada, aplicar-se-á sobre *todo* o período a orientação da Súmula 85 do TST, a fim de evitar “bis in idem”.

Hipótese três: Presente o acordo escrito assinado pelo empregado, *sem a homologação sindical* e com a correta observância do limite de dez horas diárias e da compensação das horas no prazo estabelecido.

Nessa situação, será devido apenas o adicional das horas extras excedentes da oitava diária e quadragésima semanal. Haverá aqui aplicação da Súmula 85 do TST em todas as semanas integrantes do acordo que não atendeu o requisito da assistência sindical. A nulidade provocada pela ausência da chancela sindical inquinou todo o acordo de compensação.

6. Efeitos e repercussões do acordo nulo

Urge sistematizar os efeitos das várias espécies de nulidades até aqui expendidas:

Se não for preenchido o requisito essencial que impõe o fechamento anual da soma das jornadas, a nulidade importará ineficácia total do acordo de compensação, devendo o empregador pagar todas as horas extras que sobejarem o limite legal de oito horas.

Se na prática a compensação anual for regularmente satisfeita, contudo com a inobservância dos demais requisitos de lei – ausência de acordo escrito homologado pelo sindicato *e/ou* extrapolamento do limite de dez horas diárias- a nulidade será *parcial*, aplicando-se a Súmula 85 do TST no todo ou em parte do acordo, dependendo do caso.

Em quaisquer das hipóteses de pagamento das horas extras, cheias ou só o adicional, haverá incidência de reflexos.

Assim, assinala Amauri Mascaro Nascimento, “terá que incluir, em folha, especificamente, diferenças de remuneração do repouso semanal,

das férias, do décimo terceiro salário correspondente aos quatro meses do quadrimestre ou outras diferenças devidas em decorrência do cômputo das horas extraordinárias. Antes do final dos cento e vinte dias, como ainda não se saberá se são devidas horas extras – porque a compensação é permitida levando-se em conta esse período – a empresa não estará obrigada a pagar adicional de horas extraordinárias e reflexos”⁽²⁰⁾.

Valentin Carrion⁽²¹⁾ traz outra situação possível dentro dessa *fattispecie* ora analisada: sustenta que a empresa poderá solicitar a *qualquer tempo*, mesmo fora do período de um ano, o crédito que detém a seu favor, ao contrário do empregado que não poderá solicitar compensação do saldo positivo de suas horas prorrogadas que, ao final do prazo anual, converter-se-ão, necessariamente, em horas extras.

Pelo que já expus acima e considerando que o prazo legal de um ano existe para fechar o sistema compensatório, entendo, ao contrário do ilustre jurista, que o empregador não poderá compensar o saldo que lhe é favorável após o prazo de lei. Ao se posicionar negligente em relação ao direito que tinha para fechar a compensação no amplo período de um ano, a empresa não poderá fazê-lo *a posteriori*, sob pena de legitimar o ato do infrator legal e tornar letra morta o prazo estatuído no parágrafo segundo do art. 59 da CLT. Quanto à hipótese de saldo positivo em prol do empregado, já me manifestei anteriormente: o acordo é nulo e, via de regra⁽²²⁾, serão devidas todas as horas laboradas excedentes do limite legal diário e não somente o saldo das horas não compensadas.

7. A rescisão contratual e as horas não compensadas

Dentre as novidades trazidas pela Lei 9601/98, registre-se a introdução do § 3º ao artigo 59, da CLT, assim escriturado:

⁽²⁰⁾ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao direito do trabalho*. LTr., São Paulo, 1998, pág. 268. A edição citada é de 1998, partindo o autor da compensação quadrimestral prevista na Lei 9601/98, posteriormente majorada para um ano em face da MP 1779.

⁽²¹⁾ CARRION, Valentin. *Comentários à CLT*, 24ª ed., Editora Saraiva, São Paulo, 1999, pág. 111.

⁽²²⁾ Ressalvado o caso de mero descuido em quantidade retraída de horas não compensadas, situação em que não se deve declarar a nulidade do acordo por questão de razoabilidade, boa-fé e equidade.

“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.”

Trata-se de norma que determina ao empregador somente o pagamento das horas extras não compensadas. A despeito do dispositivo fazer menção a palavra “rescisão do contrato de trabalho”, entendo que este parágrafo deve ser melhor refletido e adequado a cada situação concreta.

Imagine-se que faltando apenas três dias para fechar o prazo anual da compensação, o empregado tenha um crédito de 145 horas prorrogadas e não compensadas. Nessa circunstância, impossível ao empregador fechar a compensação, pois ainda que se dispensem os três dias restantes, no máximo, irá se abater 24 horas (3 x 8h/dia) do banco de horas.

A negligência patronal ensejará, inevitavelmente, a nulidade do ajuste compensatório. A partir desta conjectura, o empregador, com o fito de escapar da iniquação do acordo, resolve dispensar sem justa causa o referido empregado, incidindo assim no § 3º, do art. 59, da CLT.

Diante desta suposição surge a indagação: o pagamento devido ao empregado incide apenas sobre as horas extras não compensadas (art. 59, § 3º) ou a conduta do empregador é fraudulenta, ensejando a declaração de nulidade do seu ato (art. 9º da CLT) e, por conseguinte, o pagamento de todas as horas excedentes da oitava diária ?

Não há dúvidas: a *fraus legis* é evidente. O intuito do empregador foi justamente de obstar, maliciosamente, a condição de nulidade do acordo, qual seja, impedir o aparecimento das horas extras não compensadas ao final do prazo legal.

Provada a fraude à lei, aplicar-se-á a primeira parte da regra do art. 120 do Código Civil:

“Reputa-se verificada, quanto aos efeitos jurídicos, a condição, cujo implemento for maliciosamente obstado pela parte, a quem desfavorecer.”

Assim, a rescisão com o manifesto fito de fraudar a lei implicará nulidade, devendo ser pago todas as extras transbordantes da oitava diária.

Mutatis mutandi, se a malícia for do obreiro que esperou ficar positivo o seu saldo do banco de horas para, abruptamente, demitir-se do emprego e levar a efeito a condição de nulidade do acordo, aplicar-se-á a segunda parte do art. 120 do digesto civil:

“Reputa-se verificada, quanto aos efeitos jurídicos, a condição, cujo implemento for maliciosamente obstado pela parte, a quem desfavorecer. Considera-se, ao contrário, não verificada a condição maliciosamente levada a efeito por aquele, a quem aproveita o seu implemento.”

Neste caso, somente as horas extras não compensadas serão objeto de pagamento, não havendo que falar em extras excedentes da oitava diária. Observa-se mais uma vez que a *mens legis* tem em mira repelir manobras fraudulentas do empregador, ou mesmo do empregado.

Diante disso, a dicção do parágrafo 3º, do art. 59, da CLT, no sentido de pagamento apenas das horas não compensadas, impõe-se tão-somente às seguintes situações:

Qualquer hipótese de ruptura contratual de iniciativa ou culpa do empregado (rescisão por justa causa ou demissão de iniciativa do empregado);

Rescisão contratual de iniciativa do empregador, desde que não seja com o fito de desvirtuar a lei (*fraus legis*), ou seja, dentro de um período em que a compensação ainda fosse possível em relação ao período faltante ao término do prazo compensatório e as horas até então acumuladas.

No caso de contrato de experiência ou outra modalidade de contrato a termo a compensação deve ter como limite máximo o próprio prazo de expiração do contrato de trabalho. Por exemplo: firmado um contrato de experiência por 90 dias, tal prazo deverá ser também o da compensação. O negócio acessório (acordo de compensação) segue a mesma sorte do negócio principal (contrato de trabalho). Em assim não se observando, faz-se mister que o empregador, no momento da expiração do contrato a termo, esteja zerado na compensação. Caso contrário, se no momento do término do

contrato a prazo houver saldo de horas não compensadas em prol do empregado, o ajuste será nulo, devendo o empregador remunerar todas as horas excedentes aos limites legais (8^h diária e 44^a semanal).

Sendo aplicável o parágrafo 3º do art. 59 da CLT, é importante lembrar que o pagamento das horas extras não compensadas será calculado com base no valor remuneratório da data da rescisão.

Segundo José Augusto Rodrigues Pinto, caso a remuneração do empregado, na época da rescisão, seja inferior à do período da contabilização das horas extras, “seu cálculo deverá ser feito sobre a *maior remuneração que tiver recebido no período*”.⁽²³⁾

Finalmente se no momento da rescisão o saldo do banco de horas for favorável à empresa que tem trabalho a receber, os efeitos deverão obedecer a mesma regra do artigo 120 do Código Civil, ou seja, se a rescisão for de iniciativa do empregado e sem qualquer culpa do empregador, este poderá proceder o respectivo desconto do saldo do banco de horas, desde que tal ato seja expressamente contemplado no título normativo⁽²⁴⁾.

Ao contrário, se a dissolução do liame se der por iniciativa do empregador e sem qualquer culpa do empregado (inexistência de justa causa), o empregador assume o risco do seu ato não podendo descontar o saldo das horas⁽²⁶⁾ que se encontra a seu favor.

⁽²³⁾ PINTO, José Augusto Rodrigues. *Acordo de Compensação de Jornadas e o banco de horas na Lei 9.601/98*. In: *Revista “Ciência Jurídica do Trabalho”*, ano 1, n. 03, 03/98, pág. 32.

⁽²⁴⁾ A exigência de previsão em instrumento normativo, torna-se necessária para adequar ao comando constitucional do art. 7º, VI que admite a redução salarial somente através de convenção ou acordo coletivo.

⁽²⁶⁾ Para João Augusto da Palma, em qualquer hipótese de rescisão, o desconto não pode ser procedido, “salvo se houver algum dispositivo a respeito na norma coletiva, resguardando a situação da empresa”. In: *Contrato Provisório e banco de horas*. LTr., São Paulo, 1998, pág. 117. Da mesma forma, para José Janguê Bezerra Diniz, havendo saldo negativo no banco de horas, “não cabe o desconto dessas horas não compensadas haja vista que o risco do empreendimento cabe ao empregador”. In: *Do contrato por prazo determinado (temporário)*. *Revista Gênese de Direito do Trabalho*, n. 68, 08/98, pág. 224. A minha posição, conforme manifestada no bojo deste estudo, não é tão simplista. Penso que os efeitos do saldo negativo irão variar de acordo com a modalidade de rescisão contratual. O risco econômico típico do empregador (art. 2º, da CLT) não é tão amplo como entende parte da doutrina. Da mesma forma, a norma

8. Necessidade de previsão em acordo de prorrogação

Dentro desse tópico surgem algumas indagações: até que ponto o empregado pode resistir à determinação do empregador em realizar prorrogações e reduções de jornada ? Onde reside o limite entre o *jus variandi* do empregador e o *jus resistentiae* do empregado ?

Em conformidade com as lições de Márcio Túlio Viana, pode-se afirmar que “o contrato de trabalho tem uma peculiaridade – que é o poder diretivo. Pois bem: a sua contraface é o direito de resistência. Não, é claro, no sentido de que ambos possam atuar ao mesmo tempo, um anulando o outro. Mas no sentido de que o uso *irregular* do primeiro faz nascer o segundo”⁽²⁷⁾.

Destarte, se a ordem do empregador é mera consequência do que já fora pactuado em regular acordo de compensação de jornada, não vejo qualquer abusividade. O empregado terá que cumpri-la, sob pena de caracterizar indisciplina ou insubordinação. A Constituição Federal em seu artigo 5º, II, é incisiva a esse respeito: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa *senão em virtude da lei*”.

Portanto, se a lei expressamente prevê o acordo de compensação e sendo esse regulamente formalizado e executado, não há como o empregado resistir às ordens emanadas do empregador. Eventual recusa será ilegítima.

Urge investigar, todavia, quais são os limites dessa ordem patronal. Pode o empregador, por exemplo, pedir a sua bela secretária que cumpre expediente ordinário em horário comercial para que prorrogue sua jornada no período da madrugada: da meia-noite às 5 horas da manhã ? Ou, numa segunda hipótese, que ela prorrogue sua jornada em até duas horas, das 18h às 20h ?

Por que no primeiro caso a resposta aparenta ser negativa e no segundo positiva ?

coletiva, ao meu crivo, não pode ultrapassar os limites do art. 120 do CC, salvo se para beneficiar o empregado.

⁽²⁷⁾ VIANA, Márcio Túlio. Onde termina o “*ius variandi*” e começa o “*ius resistentiae*”. In: *Direito do Trabalho: estudos*. Coordenação: José Affonso Dallegrave Neto. LTr., São Paulo, 1997, pág. 137.

Tudo é uma questão de bom senso. O instituto do *jus variandi* está sempre associado a um comando decorrente de necessidade real de serviço, em prejuízo da ordem que escoa de mero capricho pessoal do superior hierárquico.

Assim, havendo necessidade imperiosa, a ordem será considerada *legítima*, mesmo que a convocação seja para laborar em plena madrugada. Em casos rotineiros, a prorrogação da jornada para posterior compensação deve atender parâmetros razoáveis; observar-se-á o limite de 10 horas diárias, sem maiores interrupções⁽²⁸⁾ e de preferência imediatamente após ou antes da jornada⁽²⁹⁾. Além dessa delimitação, a ordem patronal pode ser considerada irregular e abusiva.

É de bom alvitre que o empregador preveja no próprio acordo de compensação e no banco de horas a zona limítrofe em que poderá, a qualquer tempo, exigir prorrogações de seus empregados.

Por exemplo: o empregado trabalhará de 2ª a 6ª feira, das 8h às 18h, com duas horas de intervalo para almoço, podendo o empregador exigir prorrogações da seguinte forma: a) em até 1 hora antes do início da jornada; b) em até 2 horas após o término; c) em até 1 hora em face da diminuição do intervalo intrajornada; d) em até 4 horas nos sábados.

A previsão dos elásticos é recomendada como forma de assegurar o efetivo exercício do *jus variandi* do empregador. Caso contrário, ficando as ordens de prorrogação e redução ao talante exclusivo e ilimitado por parte do empregador, possível será a caracterização de ato *abusivo* e nulo, nos termos do art. 115, do Código Civil, que assim prescreve:

“São lícitas, em geral, todas as condições, que a lei não vedar expressamente. Entre as condições defesas se incluem as que privarem de todo efeito o ato, ou o sujeitarem ao arbítrio de uma das partes.”

⁽²⁸⁾ Não se olvide a redação da Súmula 118 do TST: “Os intervalos concedidos pelo empregado, na jornada de trabalho, não previstos em lei representam tempo à disposição da empresa, remunerados como serviço extraordinário, se acrescidos ao final da jornada”.

⁽²⁹⁾ No sentido de preferir os serviços e ordens imediatamente após ou antes da jornada, o legislador assim se manifestou no art. 465, da CLT, em relação a pagamento de salários.

O acordo, ao revés, evita justamente a imprevisibilidade e a arbitrariedade que podem ensejar a mácula do ato patronal. Ademais, se até mesmo, para que o empregado possa programar suas férias, a lei exige uma comunicação prévia de 30 dias antes do início de sua concessão (art. 135, CLT), com maior razão deve existir um planejamento prévio de quantas e em que período as prorrogações de jornada serão requeridas semanalmente.

Para Márcio Túlio Viana, “ainda que feito o ajuste, pode o empregado resistir à ordem para trabalhar além da jornada, a não ser, naturalmente, nas hipóteses do artigo 61 da CLT”⁽³⁰⁾. *Data venia* da posição do ilustre jurista mineiro, entendo que tal posição de resistência se aplica apenas no que tange àquelas horas extras que não são objeto de acordo compensatório.⁽³¹⁾ Havendo acordo firmado e cumprido nos exatos termos legais, não há qualquer ilicitude na ordem do empregador que se encontra em pleno exercício regular de um direito reconhecido, situação típica daquela cogitada no art. 160, I, do Código Civil.

Quanto aos casos especiais de *força maior* ou *necessidade imperiosa de serviço*, a convocação patronal sempre poderá ser feita fora dos limites previstos, devendo o empregado, sempre acatá-la. Exegese do art. 61 da CLT.

De forma acertada, Valentin Carrion assim compila o tema:

“Não há obrigação de prestar serviços além da jornada normal; a negativa será legítima, salvo nos estreitos limites de necessidade imperiosa ou força maior (art. 61). Para a exigibilidade, é necessário acordo escrito particular entre as partes ou norma coletiva (convenção, acordo ou mesmo sentença coletiva).”⁽³²⁾

8.1. A falta ao serviço como forma de compensação

Outra situação plenamente factível, a ser disciplinada neste acordo de prorrogação ou mesmo no instrumento normativo, é a possibilidade do empregado solicitar, *sponte propria*, que o labor acumulado em seu banco

⁽³⁰⁾ VIANA, Márcio Túlio. *Direito de Resistência*. LTr., 1997. pág. 271.

⁽³¹⁾ Em conformidade com manifestação em artigo de minha autoria denominado: “Acordo de Compensação de Jornada de Trabalho”. Ob. citada.

⁽³²⁾ CARRION, Valentin. *Comentários à CLT*, 24ª ed., Editora Saraiva, São Paulo, 1999, pág. 107.

de horas seja permutado por uma falta integral ao serviço em determinado dia de sua preferência⁽³³⁾. Em verdade, tal hipótese traduz-se em *autêntica* compensação parcial: ao invés de se diminuir algumas horas da jornada, o débito incidirá em determinado dia integral de labor.

Questão polêmica é saber se o empregador pode considerar como “falta ao serviço” a recusa do empregado em relação à ordem de prorrogação. Se a determinação estiver além do limite traçado no acordo ou mesmo fora do razoável, afigura-se, a recusa, como legítima, não cabendo a aplicação de qualquer sanção disciplinar (advertência ou suspensão) ou pecuniária (falta injustificada ao serviço). Se, ao contrário, a ordem estiver dentro do avençado, a resistência obreira dará ensejo a devida sanção.

Apesar de tais conseqüências disciplinares, em nenhuma das hipóteses pode-se considerar “falta ao serviço” ou mesmo “débito no banco de horas”, vez que tais enquadramentos partem sempre da ausência injustificada do empregado em relação a sua jornada normal de trabalho, nunca para convocação de labor suplementar.

9. As horas extras oriundas da supressão de intervalos ou repousos

Impende fazer a distinção entre a natureza jurídica das várias espécies de horas extras. Aquele labor extraordinário típico, resultante do serviço executado além dos limites diários e semanais tem, simultaneamente, natureza jurídica remuneratória e indenizatória. Remuneratória porque há um labor que deve ser remunerado. Indenizatória porque esse mourejo se deu em condição especial, além do limite contratual ou daquele tolerado por lei em oito horas, e, nessas circunstâncias, deve ser pago com o respectivo adicional indenizatório de no mínimo 50%.

Quanto aos efeitos, a essência remuneratória sobrepõe-se a natureza indenizatória. Daí a posição unânime de que o labor extraordinário oriundo do limite ordinário de oito horas diárias implica reflexos legais. Caso se admitisse a prevalência da natureza indenizatória, por certo não haveria que falar em consectários legais.

⁽³³⁾ É possível e razoável que o ACT ou CCT preveja, para essa hipótese, uma comunicação prévia e escrita do empregado, sujeita a apreciação do empregador.

Já as chamadas horas extras oriundas da supressão dos intervalos e repousos mínimos, e que são devidas independentes de causar labor além do limite normal diário, possuem outra taxionomia jurídica: a de verbas meramente indenizatórias. Estas, ao contrário daquelas, nada remuneram, mas apenas impõem o pagamento do adicional de hora extra como forma de indenizar o risco a integridade física do trabalho fora dos limites mínimos de segurança e medicina do trabalho. Nestas suposições, o adicional de extraordinariedade ou mesmo a dobra refletem medidas legais acoimadoras: visam a punição do empregador que desrespeita os limites mínimos de intervalos e repousos estabelecidos em lei.

Exatamente por esta natureza punitiva, diversa das extras típicas excedentes do limite legal de oito horas diárias, é que tais horas não integram o banco de horas. Não há como computar no acordo de compensação de jornadas as horas extras oriundas da supressão dos repousos (domingos e feriados) e dos intervalos mínimos (art. 66 e 71, § 4º da CLT). A perspectiva, o regramento e, sobretudo, a natureza jurídica são desiguais e incompatíveis⁽³⁴⁾. A propósito dessa ilação, Carrion adverte que “o descanso semanal remunerado, por ser instituto distinto, não poderá ser absorvido pela compensação”⁽³⁵⁾.

Observa-se, a título ilustrativo, que é igualmente de natureza punitiva a dobra prevista no art. 143 da CLT e que deverá ser paga pelo empregador quando não propiciar férias ao seu empregado dentro do período concessivo. Catharino, em obra clássica, relembra decisão do pretório regional, assim: “pagamento em dobro (art. 143, único da CLT) é penalidade que visa coibir a infração de um preceito legal”⁽³⁶⁾. Sob o mesmo fundamento, o art. 9º, da Lei 605/49 fixa o pagamento dobrado do labor em feriados sem a respectiva folga compensatória.

Afigura-se também como sanção, a decretação do pagamento como hora extra em face da supressão do intervalo intrajornada, nos termos do art. 71, § 4º da CLT. Trata-se do mesmo silogismo adotado pela jurisprudência quando determina o pagamento como extras das horas que

⁽³⁴⁾ CARRION, Valentin. Obra citada, pág. 111.

⁽³⁵⁾ CATHARINO, José Martins. Tratado jurídico do salário. Edição fac-similada. São Paulo, LTr., 1994. pág. 267. O autor se apóia nos escólios de FANTINI e LUDOVICO BARASSI.

⁽³⁶⁾ CATHARINO, José Martins. Obra citada, pág. 124.

suprimem o intervalo interjornada previsto no art. 66 da CLT e na hipótese da Súmula 110 do TST.

Ao fixar tal entendimento, o TST imediatamente propôs o cancelamento da Súmula 88 do TST que preconizava tão-somente a incidência de multa administrativa quando houvesse desrespeito ao intervalo mínimo que não importasse excesso de jornada⁽³⁷⁾.

Deveras, nestes casos, além do pagamento como extras, haverá incidência da multa administrativa. E nem se diga que tal fato importará bis in idem. Não há bitributação quando as finalidades são diversas: enquanto as multas administrativas têm por escopo reprimir as ocorrências de tais violações legais, possuindo assim, um caráter preventivo⁽³⁸⁾, o pagamento como hora extra, conforme já foi dito, encerra color punitivo em face da violação de preceito legal cogente.

Para elucidar o que se está a dizer, transcreve-se aresto de lavra do magistrado Antonio Carlos Chedid:

“A sonegação do descanso intrajornada implica infringência de um dispositivo legal (art. 71 da CLT) resultando na aplicação de penalidade administrativa e no dever de ressarcimento do dano causado ao obreiro. Os dois parâmetros legais não se excluem. Pelo contrário, se completam, na medida em que o primeiro visa preventivamente a reprimir a ocorrência do fato e o segundo a reparar o dano pelo descumprimento do preceito legal. Este entendimento foi hoje sufragado pela Lei n. 8.923/94, que alterou a redação do art. 71 da CLT.” (TRT, 12ª Região, Ac. 1ª T. - 4331/95, DJSC, 29/06/95, p. 59)

Tendo caráter punitivo, todas essas horas extras enquadram-se na categoria de verbas indenizatórias. Tal registro é importante para inferir que sobre elas não incidirão reflexos legais⁽³⁹⁾, nem tampouco descontos fiscais e previdenciários. Da mesma forma, sob esse prisma não se pode argumentar a caracterização de bis in idem nos casos em que a mesma

⁽³⁷⁾ O cancelamento ocorreu através da Resolução n. 42/95, in DJU, 17/02/95.

⁽³⁸⁾ Nesse sentido consultar Eduardo Carlos Pottumati: *A caracterização de horas extras em face da inobservância dos intervalos legais*. In: *Revista da LTr*. n. 62, 08/98, pág. 1040.

⁽³⁹⁾ Os chamados “reflexos legais” são aqueles em aviso prévio, férias, 13º salário e FGTS. Sendo o empregado mensalista, incidirá ainda reflexos em RSR.

jornada de trabalho importe horas extras cumulativas, porém de naturezas diversas.

Exemplificando: O empregado trabalhou na 2ª feira das 11h às 21h, com 30 minutos de intervalo intrajornada e na 3ª feira das 7h às 15h sem intervalo para almoço e descanso.

Nesse caso, o obreiro terá direito cumulativamente às seguintes horas extras:

1h30m excedentes da oitava diária;

1h30m em face da supressão do intervalo intrajornada (sendo 30 minutos na 2ª feira e 1 hora na 3ª feira) e, finalmente,

1 hora extra em face da inobservância do intervalo mínimo interjornada de 2ª para 3ª feira (11h – 10h = 1hora).

Somente as primeiras (1h30m excedentes da oitava diária) é que terão natureza remuneratória. As demais horas extras apresentadas neste exemplo, classificam-se como indenizatórias.

Questão que desperta interesse dentro do tema compensação de jornada é saber como ficam classificadas aquelas horas que deverão ser pagas com o adicional de extraordinariedade em face do labor excedente ao limite de 10 (dez) horas diárias. Qual será a natureza jurídica naquelas já noticiadas hipóteses de aplicação da Súmula 85 do TST, em que ocorre compensação total ao final do prazo de um ano, porém com a constatação de labor diário acima do limite de dez horas ?

Veja-se que nestes casos o adicional é devido não para remunerar labor extraordinário (até porque parte-se do caso em que todas as prorrogações foram compensadas), mas apenas para punir o empregador que desrespeitou o limite legal de 10 (dez) horas no banco de horas. Logo, não há dúvidas: o adicional de horas extras é pago como verba indenizatória e, portanto, sem repercussões legais em outras verbas, tais como férias, 13º salário e FGTS.

Não é ocioso frisar que a previsão de limites mínimos de intervalos intra e interjornadas, de prorrogações diárias e de repousos

semanais e anuais remunerados colimam indenizar o risco sobre a integridade física do trabalhador e a coibir acidentes de trabalho motivados pela fadiga. Logo, integram a matéria atinente à medicina e segurança do trabalho que possui espaço especial dentro da legislação trabalhista

10. Prorrogação em atividades insalubres

Octavio Bueno Magano assevera com exatidão que “o capítulo da CLT, referente à medicina e segurança do trabalho é mais intensamente de ordem pública do que qualquer outro do mencionado diploma legal”⁽⁴⁰⁾.

Observa-se que a Constituição Federal não se furtou do papel tuitivo em relação a tal tema. Em pelo menos dois dispositivos deixa clara a sua preocupação:

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

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

Art. 114 – parágrafo 2º : Recusando-se qualquer das partes à negociação ou à arbitragem, é facultado aos respectivos sindicatos ajuizar dissídio coletivo, podendo a Justiça do Trabalho estabelecer normas e condições, respeitadas as disposições convencionais e legais mínimas de proteção ao trabalho.”

Nessa mesma esteira axiológica é a dicção do art. 60 da CLT que condiciona a prorrogação da jornada em atividade insalubre à licença prévia do Ministério do Trabalho. Assim, por bom tempo surgiu a dúvida: o acordo de compensação que desprezar o referido requisito estará inquinado, ou não ?

A recente Súmula 349 do TST pacificou a matéria ao dispor que “a validade do acordo coletivo ou convenção coletiva de compensação de jornada de trabalho em atividade insalubre prescinde da inspeção prévia da autoridade competente em matéria de higiene do trabalho”.

⁽⁴⁰⁾ MAGANO, Octavio Bueno. *Manual de Direito do Trabalho. Volume 04, São Paulo, LTr., 1992, pág. 167.*

De acordo com o que assinala Sebastião Geraldo de Oliveira: “não se pode esquecer que o Direito à saúde do trabalhador é o complemento imediato e necessário do direito à vida, não podendo, de forma alguma, ser negociado. A conclusão inexorável, portanto, é que o Enunciado n. 349 adotou entendimento equivocado e deve ser cancelado.”⁽⁴¹⁾

O magistrado mineiro complementa⁽⁴²⁾ sua ilação, alertando que o Brasil está caminhando na contramão da história, porquanto, em 1932, era proibido o trabalho extraordinário em locais insalubres; posteriormente se permitiu a prorrogação da jornada mediante licença prévia do MTb e agora o Enunciado 349 do TST retira a força dessa exigência prevista no art. 60 da CLT.

Alice Monteiro de Barros vai mais adiante⁽⁴³⁾ ao propor a proibição de horas extras nos trabalhos insalubres e perigosos, considerando que “a exposição prolongada aos agentes agressivos pode causar danos irreparáveis à saúde do trabalhador”.

Referências bibliográficas

BARROS, Alice Monteiro. Duração do trabalho. Aspectos atuais e revisões necessárias *In*: Revista Gênesis de Direito do Trabalho, n. 43, julho/96.

BUEN, NÉSTOR Jornada de trabalho e descansos remunerados Perspectiva ibero-americana LTr São Paulo, 1996

CARRION, Valentin Comentários à CLT, Saraiva, São Paulo, 1999.

CATHARINO, José Martins. Tratado jurídico do salário Edição fac-similada São Paulo, LTr . 1994

⁽⁴¹⁾ OLIVEIRA, Sebastião Geraldo. Enunciado n. 349 *In*: O que há de novo em direito do trabalho. Coordenadores: Marcio Túlio Viana e Luiz Otávio Linhares Renault. São Paulo, LTr., 1997, pág. 283.

⁽⁴²⁾ *Idem*. *Ibidem*. pág 283

⁽⁴³⁾ BARROS, Alice Monteiro Duração do trabalho Aspectos atuais e revisões necessárias *In*: Revista Gênesis de Direito do Trabalho, n 43, julho/96, pág 14. A jurista mineira propõe, também, a redução da jornada em condições insalubres, a exemplo do recente Código Paraguaio de 1993 que fixa em 6 (seis) horas diárias.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso. Contrato Individual de Trabalho – Uma visão estrutural. São Paulo, LTr., 1998.

_____. Acordo de Compensação de Jornada de Trabalho. *In* Revista LTr., n. 61, Dezembro, São Paulo, 1997.

DINIZ, José Janguê Bezerra. Do contrato por prazo determinado (temporário). Revista Gênesis de Direito do Trabalho, n. 68, 08/98.

MAGANO, Octavio Bueno. Manual de Direito do Trabalho. Volume 04, São Paulo, LTr., 1992.

MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do Fato Jurídico. Plano de Validade. 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1997.

MORAES FILHO, Evaristo. Introdução ao direito do trabalho, 6ª ed., LTr., São Paulo, 1993.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Iniciação ao Direito do Trabalho. 24ª edição, LTr., São Paulo, 1998.

NORRIS, Roberto. Curso de direito do trabalho, Vol. 1, São Paulo, LTr., 1998.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo. Enunciado n. 349. *In: O que há de novo em direito do trabalho*. Coordenadores: Márcio Túlio Viana e Luiz Otávio Linhares Renault. São Paulo, LTr., 1997.

PALMA, João Augusto da. Contrato Provisório e banco de horas. LTr., São Paulo, 1998.

PINTO, José Augusto Rodrigues. Acordo de Compensação de Jornadas e o banco de horas na Lei 9.601/98. *In: Revista “Ciência Jurídica do Trabalho”*, ano 1, n 03, 03/98.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. Tratado de Direito Privado. Vol. 47, Rio de Janeiro, Borsoi, 1964.

POTTUMATI, Eduardo Carlos. A caracterização de horas extras em face da inobservância dos intervalos legais. *In: Revista da LTr.* n. 62, 08/98.

RODRIGUES, Sílvio. Dos contratos e das declarações unilaterais. *Direito Civil*, Vol. 03, 23^a ed., Saraiva, São Paulo, 1995.

TEMER, Michel. Elementos de Direito Constitucional. 6^a ed., RT, São Paulo, 1989.

VIANA, Márcio Túlio. Onde termina o *ius variandi* e começa o *ius resistentiae*. *In: Direito do Trabalho: estudos*. Coordenação: José Affonso Dallegrave Neto. LTr., São Paulo, 1997.

_____. Direito de Resistência. LTr., 1997. pág. 271.