



UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
CURSO DE DIREITO

Watson de Medeiros Cunha

**FLEXIBILIZAÇÃO DAS NORMAS TRABALHISTAS E A ANUALIZAÇÃO DA
JORNADA LABORAL**

NATAL/RN
2014

WATSON DE MEDEIROS CUNHA

**FLEXIBILIZAÇÃO DAS NORMAS TRABALHISTAS E A ANUALIZAÇÃO DA
JORNADA LABORAL**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, em cumprimento à exigência para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof.^a Dr.^a. Yara Maria Pereira Gurgel

NATAL/RN
2014

WATSON DE MEDEIROS CUNHA

**A FLEXIBILIZAÇÃO DAS NORMAS TRABALHISTAS E A ANUALIZAÇÃO DA
JORNADA LABORAL**

Trabalho apresentado em 25/11/2014

BANCA EXAMINADORA

Prof^a. Dr^a .Yara Maria Pereira Gurgel / UFRN

Orientadora

Prof^a. Msc. Anna Emanuella Nelson dos Santos Cavalcanti da Rocha /UFRN

Prof^o. Msc. José Miquéias Antes de Gouveia /UFRN

Ao meu pai e à minha mãe, pela
paciência e o carinho dedicados
neste caminho tão cansativo.
DEDICO.

AGRADECIMENTOS

À professora Yara, pela dedicação, paciência e empenho durante a orientação desta monografia.

Aos meus familiares e amigos, agradeço pela compreensão, amor e suporte que permitiram alcançar o objetivo tão almejado.

Em especial à *Tuísa* e sua família por todo o carinho.

"O homem trabalhador deve ser visto como sujeito fim e não como objeto meio do desenvolvimento, porque o fundamento para determinar o valor social do trabalho não pode ser o trabalho em si, mas o fato de que quem o realiza é um ser humano trabalhador."

(Raimundo Simão de Melo)

RESUMO

O processo de reestruturação da economia brasileira no final do século XX influenciou a flexibilização das normas trabalhistas, mitigando direitos que até o momento pareciam intangíveis. A lei 9.601/98 foi emblemática nesse sentido, pois introduziu a compensação de jornada com parâmetro anual prorrogando o trabalho em momentos de maiores demandas produtivas sem que houvesse custos adicionais à categoria patronal. A doutrina e a jurisprudência caminham para o entendimento de que um prazo dilatado para compensação fere o patamar mínimo civilizatório do trabalhador, mas sem soluções ainda claras para a casuística. Assim, com o objetivo de esclarecer como se constituiu essa lei e os seus reflexos sobre a sistemática de compensação da jornada de trabalho no direito trabalhista atual, o presente debate buscará esclarecer como funciona o banco de horas e os sistemas protetivos do obreiro com ênfase nos direitos e garantias constitucionais trabalhistas, de maneira que será enfrentado na discussão a relação capital *versus* trabalho e as necessidades que se apresentam em ambos os setores envolvidos.

Palavras-chave: Direito do Trabalho. Flexibilização das normas trabalhistas. Compensação de Jornada. Banco de Horas. Jornada de Trabalho.

ABSTRACT

The process of restructuring the Brazilian economy at the end of the 20th century influenced the easing of labor regulations, in this way mitigates rights that yet seemed intangible. The law 9.601 / 98 was emblematic in this sense, it introduced the journey with annual compensation parameter, extending the work in times of greater production demands without any additional costs to the employer category. The doctrine and jurisprudence understands that an extended deadline for compensation hurts the minimum civilizing level of the worker, but still there are no clear solutions to the situation. Thus, in order to clarify how this law was constituted and its impact on the systematic compensation of the workday in the current labor law, this debate will seek to clarify how the hour banks and protective systems of the workman works with an emphasis on labor rights and constitutional guarantees, so that the discussion will be faced is the capital versus labor and the needs that are present in both sectors involved.

Keywords: Labour Law. Easing of labor standards. Compensation Journey. Hour banks. Workday.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	09
1. FLEXIBILIZAÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO.....	11
1.1 O Estado de Direito e as Conquistas Sociais.....	12
1.1.1 Estado Liberal de Direito.....	13
1.1.2 Estado Social de Direito.....	14
1.1.3 Estado Democrático de Direito.....	15
1.2 Conceito de Flexibilização.....	17
1.3 Flexibilização x Desregulamentação.....	18
1.4. As correntes de flexibilização do direito do trabalho.....	20
1.4.1 Corrente Flexibilista.....	20
1.4.2 Corrente Antiflexibilista.....	20
1.4.3 Corrente Semiflexibilista.....	21
1.5 Os diferentes prismas classificatórios da flexibilização do direito do trabal.....	21
1.5.1 Divisão clássica entre flexibilização externa e flexibilização interna.....	23
1.6 Flexibilização do direito do trabalho no Brasil.....	24
2. SOLUÇÃO PARA AS CRISES: FLEXIBILIZAÇÃO NA JORNADA DE TRABALHO.....	28
2.1 Visão Histórica da Jornada de Trabalho.....	29
2.2 Jornada Padrão e Jornadas Especiais.....	30
2.3 Horas Extraordinárias.....	32
2.4 Acordo de Prorrogação de Horas.....	33
2.5 Compensação de jornada.....	35
2.6 Visão econômica do aumento da Jornada Laboral.....	37
2.7 Os anseios produtivos e o movimento da flexibilização.....	39
3. A LEI 9.601/98 E A ANUALIZAÇÃO DA JORNADA DE TRABALHO.....	41
3.1 Restrições ao Regime Compensatório.....	42
3.2 Formação da anualidade das horas.....	44
3.3 Banco de Horas e os Princípios Constitucionais do Trabalho.....	45
4 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	52
REFERÊNCIAS.....	54

INTRODUÇÃO

As relações de trabalho ao longo das últimas décadas, principalmente pós-revolução industrial, vêm sofrendo diversas alterações no intuito de atender as novas demandas sociais e econômicas dos Estados. Entretanto, a globalização e a descentralização da produção fez brotar na sociedade moderna relações que não encontram mais respaldo no ordenamento trabalhista vigente, especialmente pela migração dos trabalhadores para outros setores da economia, com destaque para o setor terciário.

Os direitos insculpidos na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT)¹ e Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988 parecem perder aplicabilidade e eficácia em face de novas conjunturas aparentemente não tuteladas pelas normas em vigor.

Nesse passo, surge a discussão bastante controversa acerca da flexibilização dos direitos trabalhistas. É latente que a nova ordem econômico-social tornou mais vulnerável as economias nacionais pela sua exposição às leis do mercado. Esta abertura para os defensores de uma política liberal deve ser acompanhada da flexibilidade nas relações trabalhistas, sobretudo no que tange ao regime de trabalho e salário dos empregados.

Assim, as empresas, para encarar as pressões do mercado, em especial, por emprego e remuneração, deslocam esse ônus aos trabalhadores que pagam o custo da adaptação. Invariavelmente a flexibilidade sempre é enxergada com maus olhos no campo do direito laboral, pois, pode desembocar na supressão de vantagens sem qualquer compensação trabalhista.

Uma importante consequência ocorrida nessa “reestruturação” foi a diminuição da proteção do trabalhador, sob a justificativa da “garantia de emprego”, que resultou na adoção, por exemplo, de contratos de trabalho a prazo em suas diversas variantes; redução da jornada diária e semanal de trabalho, através das negociações coletivas para ampliação de postos de trabalho, podendo ou não diminuir salários; e anualidade da jornada, em que o pagamento de horas extraordinárias somente seria devido no caso do excesso de horas ultrapassar as horas normais estabelecidas no ano entre outros².

Esse último fenômeno elencado pelo professor Amauri Mascaro Nascimento restou evidenciado com a Lei 9.601/1998, que instituiu o banco de horas. Seu advento ocorreu no

¹ Decreto-Lei nº. 5.452, de 1º de maio de 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acessado em 06/09/14

² Ver NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.77.

governo do então presidente Fernando Henrique Cardoso, em um momento de crise e recessão econômica com grandes demissões e indústrias falidas. O governo encontrou a solução na flexibilização das normas trabalhistas para que em épocas de maior escassez produtiva o empregado não fosse demitido, assim como, nos momentos de auge produtivo, não se tornasse tão oneroso ao empregador.

Inicialmente a proposta era de que o obreiro e o empregador pudessem gozar de flexibilidade no cumprimento da jornada de trabalho, favorecendo os dois polos da relação. Todavia, o empregador explorava a mão-de-obra em períodos de grande produção cortando custos com horas extras e adicionais, compensando essas horas em um prazo dilatado de até um ano, e, na maioria das vezes, apenas respeitando a vontade dele próprio, desvirtuando o instituto que deveria possibilitar ao empregado certo poder de barganha no cumprimento de sua jornada. Assim, diante do estresse e nocividade a saúde do obreiro não há benefício em um primeiro momento que compense tal flexibilização, dando ensejo a verdadeiros conflitos entre as categoriais profissionais e patronais.

Dessa forma, apresentada a controvérsia foi utilizada uma metodologia qualitativa, por meio de pesquisa bibliográfica na área de direito do trabalho e da seguridade social. Também foi analisado o art.59 da lei 9.601/98 e outras leis relativas ao tema estudado neste debate, além da jurisprudência dos tribunais superiores relacionados a problemática. Ademais, a pesquisa contou com o auxílio de publicações acadêmicas.

Assim, diante dos fatos aqui delineados, a presente discussão busca estudar a flexibilização trabalhista e a sua adoção nas relações de trabalho através de uma análise econômico-social, sem esquecer dos Direitos e Garantias Fundamentais sedimentados na legislação laboral, principalmente no que tange aos reflexos na jornada de trabalho do empregado e a “anualização” do banco de horas.

1 FLEXIBILIZAÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO

A economia mundial sofre mutações de tempo em tempos. Vários fatores e crises aparecem para ilustrar essas transformações, nos quais podemos citar: a crise do petróleo no mundo árabe; os avanços tecnológicos; a crise do mercado imobiliário americano; robotização da produção; protecionismo estatal; economia globalizada; crise europeia com desempregos em massa nos últimos anos; e uma infinidade de condicionantes que poderiam ilustrar essa natureza cambiante da economia.

Comumente afirma-se que a integração econômica dos países torna as economias nacionais mais fragilizadas, o que as leva a implementar novos meios para adaptação plena no mercado. Assim, a abertura das economias exigiria uma flexibilidade da força de trabalho em aspectos econômicos, sociais e remuneratórios.

A professora Vólia Bomfim (2008) afirma que essa adaptação é necessária para harmonizar os interesses empresariais com os profissionais, a flexibilização de preceitos até então imutáveis e a criação de novas normas surgem para garantir a manutenção da atividade empresarial que é a fonte de emprego.³

Outro fato é que o fenômeno da flexibilização sempre foi tratada como cura dos dois principais males que acometem as economias: o mal do desemprego e a rigidez da legislação trabalhista impeditiva do crescimento econômico.⁴

Diante dessa dicotomia, o estudioso Tabajara Medeiros (2013), citando em sua obra a Alice Monteiro de Barros, lembra que:

[...] a flexibilização no campo do trabalho, historicamente, tem sido uma reivindicação empresarial identificável com uma explícita solicitação de menores custos sociais e maior governabilidade do fator trabalho. Para a realização dessa reivindicação, reclama-se uma flexibilidade normativa, que poderá ser atingida sob o prisma legal, regulamentar e convencional, mas assegurando-se garantias mínimas ao empregado.

Entretanto, é a partir desse ponto que surge a maior controvérsia na adoção de medidas flexibilizatórias: para alguns as empresas diante de um mercado volátil devem implementar políticas para assegurar os empregos e a existência da empresa independentemente da

³ Ver CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do Trabalho*. 4. ed. São Paulo: Impetus, 2008, p.33.

⁴ Cf. CAVALCANTI, Lygia Maria de Godoy Batista. *A Flexibilização do Direito do Trabalho no Brasil: Desregulção ou regulação anética do Mercado?*. Editora: LTR, 2008, p.18.

supressão de direitos; já para outros a flexibilização transfere o ônus da “adaptação” para os empregados e de certo modo podemos afirmar que desloca o risco do empreendimento para os trabalhadores, o que faz renascer um velho embate capital *versus* trabalho.

Antes de adentrar na flexibilização e suas manifestações na relação de emprego e trabalho, é necessário realizar uma conceituação do instituto e de como se constituíram os direitos sociais-trabalhistas ao longo do tempo.

1.1 O Estado de Direito e as Conquistas Sociais

A análise do Estado de Direito se faz fundamental para entender com se deram as conquistas sociais, principalmente quanto à sedimentação constitucional do direito do trabalho. A partir dessa análise se perceberá como a flexibilização trabalhista deve dialogar com os preceitos constitucionais sem esquecer da necessidade imperiosa do mercado. Todavia, manter o emprego e preservar o patamar civilizatório mínimo do obreiro devem calcar qualquer política nesse sentido.

Historicamente o Estado de Direito surgiu para pôr freios à atividade estatal, enfrentando originariamente o Estado-absolutista, o Estado-poder, submetendo-o ao direito. Dessa forma, o Estado tem sua atividade regulada e controlada pelo direito e a lei, entendendo-a como vontade geral da nação. Essa nova ordem jurídica visa o primado do direito, entendido este como o sistema de normas democraticamente estabelecidas que devem atender 4 (quatro) requisitos⁶:

- a) Império da Lei, lei como expressão da vontade geral;
- b) Divisão dos poderes: Legislativo, executivo e judicial;
- c) Legalidade da administração: atuação segundo a lei, com suficiente controle judicial;
- d) Direitos e liberdades fundamentais: garantia jurídico-formal e efetiva realização material

⁶ Cf. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. (ver p. 198).

Sobre a evolução do Estado de Direito, excelente definição nos traz Pablo Lucas Verdú acerca da principal conquista desse modelo de regime⁷:

O Estado de Direito, em qualquer das suas espécies: Estado Liberal de Direito, Estado Social de Direito, Estado Democrático de Direito, é uma conquista. Quero dizer que cada um deles se estabeleceu, ou tentou estabelecer-se, lutando contra estruturas de poder contrárias, a saber: Estado Liberal de Direito, frente ao Antigo Regime; Estado Social de Direito, contra o individualismo e o abstencionismo do Estado Liberal; Estado Democrático de Direito que luta com as estruturas sociopolíticas do anterior: resquícios individualistas, neocapitalismo opressor, sistema estabelecido privilegiado.

São essas conquistas no Estado de Direito que doutrina e história classificam como fases liberal, social e democrática. Resultado de conjunturas diferentes, a começar pela revolução Francesa, em um primeiro momento; posteriormente, a Segunda Guerra Mundial, que instaura o período social e os direitos fundamentais; até chegar na noção de que a efetivação real desses direitos deve ser a premissa de qualquer estado que busca ser democrático.

1.1.1 Estado Liberal de Direito

O Estado Liberal de Direito, também conhecido como Estado Liberal Primitivo, marca o início do constitucionalismo. São as Revoluções Francesa e dos Estados Unidos da América que criam cartas magnas nesses Estados dando início ao regime.

Conquistas importantes ocorreram nessa época com destaque para a própria ideia de relevância do documento constitucional escrito, que reúne de maneira sintética as diretrizes do Estado sob sua égide. Podemos elencar também o surgimento do princípio da primazia da constituição na ordem jurídica dos Estados e da sociedade, com ênfase no famoso caso *Marbury vs. Madison* em 1803, onde a Suprema Corte Americana dos EUA decidiu que a constituição era o diploma normativo superior a qualquer outro, cabendo ao poder judiciário interpretá-lo.⁸

⁷ Ver VERDU apud MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, op. cit., p. 199.

⁸ Ver DELGADO, Maurício Godinho. Constituição da República, Estado democrático de direito. In.: _____. (Org.). *Doutrinas Essenciais Direito do Trabalho e Seguridade Social*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 1, 2012, p.416-417.

Destacam-se aqui as grandes liberdades individuais, em especial a liberdade burguesa, manifestada em diferentes aspectos, como: Liberdade pessoal, propriedade privada, liberdade de opinião, liberdade de locomoção dentre outros. Nesse modelo emergem diversas restrições legais e institucionais aos poderes, principalmente o executivo, fundamental para o desenvolvimento das ideias democráticas que viriam a surgir.

Como leciona o Ministro Godinho (2012), o Estado Liberal Primitivo torna-se o primeiro a realmente separar o ser humano do seu trabalho e do conceito de propriedade. Nessa fase há a separação do indivíduo com sua força de trabalho da concepção de propriedade, é o principal fator que vai justificar importantes conquistas sociais principalmente na fixação de jornada e de direitos mínimos como se entenderá mais a frente na discussão. Por isso, esclarece o douto magistrado que: “a afirmação do trabalho livre (embora tivesse algo de falacioso no período do liberalismo), consistiu mudança cultural, jurídica, social e econômica de grande relevância, sendo também, é claro, evidente pressuposto para a posterior construção democrática”.(GODINHO, 2012, p. 420)

Portanto, são essas conquistas introduzidas no Estado Liberal Primitivo que serão essenciais para a inserção dos ideais democráticos na segunda metade do século XIX e início do século XX, como se verá a seguir.

1.1.2 Estado Social de Direito

O Estado Social é classificado pelos doutrinadores como o segundo marco do constitucionalismo, ocorre a partir das primeiras décadas do século XX, possuindo como objetivo a renovação política e jurídica, desenvolvimento este representado nas Constituições do México 1917 e da Alemanha em 1919. No Brasil tal política começa a ser implementada na constituição de 1934.⁹

A nova fase do constitucionalismo traz as liberdades individuais e os direitos conquistados no Estado Liberal para uma ótica direcionada a toda a coletividade. Nesse aspecto, as conquistas das grandes liberdades individuais são cedidas aos setores subordinados na estrutura econômica e social, que passam a ter exercício aos “novos” direitos

⁹ A constituição de 1934, como destaca Inocêncio Mártires Coelho, trouxe novidades significativas que se incorporaram aos textos constitucionais brasileiro, como a constitucionalização dos direitos sociais, a criação da Justiça Eleitoral, o sufrágio feminino, destacadas por ele como verdadeiras “florações” pela ausência de efetividade. Por fim, destaca a importância da defesa dos direitos coletivos, fundamental para o desenvolvimento posterior do Estado Democrático e da Constituição Cidadã. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2011.

de opinião, reunião, manifestação de pensamento, informação, organização coletiva profissional (sindicatos) e partidária (criação dos partidos). Essas novas constituições surgem com fortes perspectivas e com objetivo de atender aos anseios das classes populares.¹⁰

As Cartas Magnas além de incorporar direitos sociais, com destaque para os direitos trabalhistas, marcam pela primeira vez a autorização da interferência estatal na ordem econômica e social, o que será fundamental para o desenvolvimento do Estado Democrático de Direito que expandirá esses horizontes a níveis inimagináveis no momento de sua instituição nas primeiras Cartas Magnas do início século XX. O trabalho toma valor especial na ordem jurídica e constitucional.

O Estado Social de Direito se caracteriza, todavia, por ser um modelo jurídico e político de transição, uma fase intermediária do constitucionalismo. Tal fato é evidenciado pela inserção nas primeiras constituições da época de direitos individuais e coletivos dos trabalhadores e de caráter social no final dos seus textos constitucionais, como verdadeiros anexos.

Explicam-se essas circunstâncias principalmente pela ausência da centralidade da pessoa humana nas relações, exemplificada na ocorrência de regras constitucionais em sentido material e sentido formal. Aquelas tratam do Estado em si, estrutura, organização, prerrogativas, em outras palavras o cerne de qualquer carta constitucional. Por sua vez as normas em sentido formal exprimiriam os direitos sociais trabalhistas e da seguridade social, a despeito das outras normas não formariam o núcleo central da Constituição, estando presente apenas formalmente.¹¹

Assim as constituições dessa época não conseguem dar o verdadeiro respaldo a sociedade civil, a democracia ainda não conseguia êxito como o centro das relações políticas a fim de influenciar regras e princípios norteadores para os Estados.

1.1.3 Estado Democrático de Direito

O Estado Democrático de Direito retrata o constitucionalismo moderno, desenvolvido após o processo de transformação político, jurídico e cultural proporcionado ao fim da 2ª Guerra Mundial, que transformou toda as relações sociais e políticas do período, com ênfase para as formação das constituições Italiana (1947) e Alemã (1949).

¹⁰ Ver DELGADO, M. G, op. cit, p. 421.

¹¹ idem, p. 423-424.

Esse tipo de Estado é tido como o ápice de todo o processo de desenvolvimento do direito e da ideia de pessoa humana no cerne das relações, pois a põe no centro político e jurídico das nações. O Estado Democrático de Direito incorpora um Tripé norteador: A dignidade da pessoa humana; sociedade política democrática e incluyente; sociedade civil democrática e incluyente. Todos esses aspectos em contraponto aos regimes anteriores.¹²

É nesse contexto que nasce também o Estado do Bem-Estar Social (doravante Ebes), considerada uma das mais importantes conquistas das civilizações ocidentais. Agregando os ideais de liberdade, democracia, valorização da pessoa humana e do trabalho, justiça social e bem-estar das populações envolvidas, tornou-se a representação mais completa e abrangente dos grandes avanços experimentados pela história política e social nos últimos séculos.¹³

No plano político, é responsável pela inserção das normas trabalhistas nas principais sociedades europeias (Inglaterra, França e Alemanha) no final do século XIX e início do século XX, esses preceitos conferiram cidadania individual e coletiva aos trabalhadores. Importante marco foi a conferência de Berlim em 1890 envolvendo 14 estados europeus, que fixaram uma série de normas laborais obrigando os estados pactuantes. Até mesmo o governo bismarckiano na Alemanha implementou políticas de previdência e assistência social. Além das políticas públicas o que se destaca é a valorização do trabalho representada em especial pela manutenção dos empregos.¹⁴

Importante observação sobre o Ebes é debatida na obra do autor Stein Kuhnle ao demonstrar que tal política fortalece os países e as economias nacionais para enfrentar as pressões do mercado interno e externo:

As amplas políticas sociais têm sido vistas como um modo de se proteger os mercados de trabalho interno e os cidadãos do risco da exposição a uma economia volátil. Essas políticas têm sido encaradas também como um meio de incrementar o 'capital humano' - fortalecendo, assim, as forças produtivas - e de contribuir para a estabilidade social e econômica, estimulando o investimento externo e o crescimento econômico.¹⁵

O Estado da Providência encontrou seu ápice no pós-Segunda Guerra Mundial, permanecendo até os dias atuais. É o principal símbolo de uma sociedade que pauta suas relações na dignidade da pessoa humana; direitos individuais e sociais; valorização do

¹² *ibidem*, p. 424-425.

¹³ Ver DELGADO, Maurício Godinho. PORTO, Lorena Vasconcelos. O Estado do Bem-Estar Social no capitalismo Contemporâneo. In.: DELGADO, M. G.; DELGADO, G. N. (Org.). *Doutrinas Essenciais Direito do Trabalho e Seguridade Social*. São Paulo: Revista dos Tribunais., 2012. vol. 1.

¹⁴ *idem*, p. 221.

¹⁵ Ver KUNHLE apud DELGADO, M. G.; PORTO, L. V., op. cit., p. 224.

trabalho e emprego; erradicação da pobreza; fim das desigualdades sociais e toda e qualquer ideia que preze mitigação das diferenças. São esses princípios que vão estruturar a Constituição Brasileira de 1988, especialmente na sua organização e lógica constitucional.

1.2 Conceito de Flexibilização

Discorrido o contexto de como se formou os Estados Modernos e a sedimentação dos direitos sociais, agora se faz necessário entender o processo que hoje sofre as normas laborais. O primeiro passo é investigar como se comporta atualmente a flexibilização das normas trabalhistas.

Flexibilizar antes de tudo pressupõe a presença da intervenção estatal nas relações laborais mantendo condições mínimas de trabalho, entretanto, autorizando em determinados casos exceções ou regras menos rígidas¹⁶. Na verdade o que se garante é a dignidade do trabalho ou como costuma ressaltar a doutrina, o patamar mínimo civilizatório.

A Dr. juíza e professora Lygia Maria Godoy Batista Cavalcanti, em sua obra “Flexibilização do Direito do Trabalho No Brasil: desregulação ou Regulação anética do Mercado?”, trata do assunto conforme entendimento de Sennett, afirmando que para falarmos de flexibilização é necessário trazer a baile o conceito de flexibilidade. Esse fenômeno seria a capacidade que os ramos flexíveis de uma árvore tem para acompanhar os ventos e as tempestades, sem, contudo, “quebrarem-se” ou “partirem-se”, sempre voltando ao local de origem após a turbacão. Portanto, as normas trabalhistas flexibilizadas devem ter seus efeitos restaurados após a agitação, sendo a flexibilização uma situação passageira.¹⁷

Cumpramos ressaltar o relato do ministro Orlando Teixeira da Costa em "Rigidez e flexibilidade do direito do trabalho no Brasil", citado na obra de Amauri Mascaro:

em face dessa situação, não se pode, sem o devido cuidado, promover, reforma trabalhista no sentido de adotar uma postura flexível, pois uma ação irrefletida neste sentido poderia agravar a condição dos hipossuficientes, sem contribuir, de maneira alguma, para o fortalecimento das relações de trabalho. A quebra da rigidez de certas normas tem que vir metodicamente, por meio de um processo de flexibilização diferenciada que não se cuide apenas do geral, mas prioritariamente do diversificado. E essa diversificação deve considerar não apenas a carência de muitos ou o concentrado poder econômico de poucos, mas a variedade que apresentam empresários e empregados.¹⁸

¹⁶ Ver CASSAR, V. B., op. cit., p. 33.

¹⁷ Ver CAVALCANTI, L. M. G. B., op. cit., p. 130.

¹⁸ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 266-267.

Importante definição também faz Júlio de Assumpção Malhadas, na obra de Cassio Mesquita Barros em “Flexibilização do Direito do Trabalho e Terceirização”, adotando um viés que daria plena autonomia as partes pactuantes sem qualquer intervenção estatal:

Flexibilização, no direito do trabalho, significa a possibilidade de as partes-trabalhador e empresa-estabelecerem, diretamente ou através de suas entidades sindicais, a regulamentação de suas relações sem total subordinação ao Estado, procurando regulá-las na forma que melhor atenda aos interesses de cada um, trocando-se recíprocas concessões.¹⁹

Assim, depois dessas considerações a flexibilização do direito do Trabalho se apresentaria como uma atenuação do rigor das normas trabalhistas, obedecendo a um patamar mínimo, regulado pelo estado. Esse fenômeno deve ocorrer precipuamente durante as crises econômicas e de emprego. A Flexibilização não pode se comportar como o enfraquecimento do direito do trabalho, devendo toda e qualquer alteração ser negociada coletivamente para garantir os direitos individuais dos trabalhadores.

Por fim, o que se quer evidenciar é como a flexibilização hoje se apresenta, de maneira que os direitos historicamente conquistados e respaldados no princípio da proteção não sejam desmantelados. Os contratos que se formam destituídos de regras tutelares mínimas, buscam na flexibilização explicação para a condição atual do trabalho, mascarando invariavelmente lesões evidentes aos direitos dos trabalhadores.

1.3 Flexibilização x Desregulamentação

O vocábulo flexibilização aqui adotado como “flexibilidade” significa a atenuação de leis ou normas trabalhistas que se adaptam a nova conjuntura e após a agitação retornam ao seu “*status quo ante*”. Em contrapartida, a desregulamentação se apresentaria como o ato de eliminar leis ou normas estatais.²⁰

Interessante esclarecer que em relação ao Direito do Trabalho os conceitos flexibilização e desregulamentação são utilizados no mesmo sentido de diminuição dos direitos trabalhistas. Segundo o professor Amauri Mascaro a desregulamentação seria a expressão utilizada no âmbito coletivo, de maneira que a flexibilização é a expressão que se

¹⁹ BARROS, Cássio Mesquita. Flexibilização do Direito do Trabalho e Terceirização. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*. São Paulo: Rtrib, v. 21, out-dez, 1997.

²⁰ Ver HOLANDA, Aurélio Buarque. *Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*. Positivo, 2010.

adequa ao direito individual do trabalho, esclarecendo a diferença no seguinte trecho de sua obra:

desregulamentação é a política legislativa de redução da interferência da lei nas relações coletivas de trabalho para que se desenvolvam segundo o princípio da liberdade sindical e da ausência de leis do Estado que dificultem o exercício dessa liberdade.²¹

Distinção clara acerca da diferença dos institutos da flexibilização e desregulamentação faz Gustavo Filipe Barbosa Garcia:

a chamada flexibilização pode ser entendida como forma de amenizar o rigor ou a rigidez de certas normas jurídicas, referentes, no caso, ao Direito do Trabalho. A desregulamentação, por sua vez, refere-se ao fenômeno de se suprimir determinadas normas jurídicas, principalmente estatais, pertinentes à regulação das relações de trabalho, passando os próprios atores sociais a estabelecer a regra aplicável. Nesse sentido, fala-se em desregulamentação negociada do Direito do Trabalho.²²

A desregulamentação retira a proteção outorgada pelo Estado ao obreiro, autorizando que a autonomia privada, no âmbito individual e coletivo, regule as condições de trabalho e os direitos e obrigações das partes. Assim, não há como confundir ou imiscuir flexibilização e desregulamentação, pois não se confundem, mas se opõem na medida em que a maleabilidade da norma atingida por aquele requer uma compensação à parte hipossuficiente da relação empregatícia, enquanto este pretende diminuir a atuação do estado através da sobreposição do negociado sobre o legislado com ou sem o respeito das garantias constitucionais do trabalhador.²³

Mesmo com a distinção clara dos dois institutos, importante ressaltar o trabalho do professor Amauri Mascaro (2011), que defende um terceiro fenômeno que seria o da “rerregulamentação”. Partidário do pensamento de Gino Giuny, classifica esse como a desregulamentação para uma nova regulamentação, que resultaria na reforma da legislação para a produção de uma no lugar com outro sentido, adotando uma visão menos corporativista e mais condizente com a realidade social, evidenciando que não existe um hiato legal com essa supressão, apenas adoção de novas normas em seu lugar.²⁴

²¹ NASCIMENTO, A. M., op. cit., p. 276.

²² GARCIA apud REZENDE FILHO, Tabajara Medeiros. *Do Protecionismo do empregado à proteção do trabalhador: desafios da flexicurity*. 2013. Tese de doutorado. Faculdade de Direito da universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. p. 48.

²³ Ver SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito Constitucional do Trabalho*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 357.

²⁴ Ver NASCIMENTO, A. M., op. cit., p. 276.

1.4 As correntes de flexibilização do direito do trabalho

1.4.1 Corrente Flexibilista

A primeira corrente que se apresenta na análise da flexibilização do direito do trabalho é a vertente flexibilista. Esta afirma que as medidas adotadas em razão das crises apresentadas no sistema capitalista, como a reorganização do tempo e diminuição dos salários, podem se mostrar de maneira benéfica à sociedade, uma vez que aumenta os empregos sem que a empresa adquira novos gastos, superando a conjuntura atual desfavorável.²⁵

Nessa corrente, o direito do trabalho passa por fases distintas, a da “conquista”, a “promocional” e a da “adequação” à realidade, onde caberá as convenções coletivas determinarem as novas normas, com a possibilidade de produzir cláusulas à favor ou prejudiciais ao trabalhador, sempre com o objetivo de refletir a situação e conjunturas de cada época.

Em suma, os adeptos dessa corrente defendem que uma norma produzida em determinada realidade econômica pode ser perfeitamente enquadrável para aquela situação, mas altamente deletéria em sociedades com novas condicionantes, especialmente em situações de crise e desemprego.

1.4.2 Corrente Antiflexibilista

A própria aceção da corrente já denuncia o seu posicionamento. Os defensores desta teoria adotam o entendimento de que a flexibilização das relações trabalhistas não deve prosperar, sobretudo com o argumento de supressão ou mitigação de direitos. Uma vez que o ordenamento laboral já é dotado de flexibilidade suficiente para contornar as situações de Crise.

Um dos aspectos que proíbe a flexibilização é a própria condição de hipossuficiência dos trabalhadores. Qualquer alteração legislativa que não venha a fortalecer os direitos laborais deve ser rechaçada, pois viola o princípio da proteção. Dessa forma, somente modificações *in melius* seriam admitidas.

²⁵ Ver GIROTTO, Luis Leonardo. *Limites à flexibilização do direito do trabalho no Brasil*. Fl.80 f. Monografia, UFRGS, Porto Alegre, 2010, p. 27.

1.4.3 Corrente Semiflexibilista

A corrente semiflexibilista também conhecida como vertente mista do pensamento “flexibilatório”, afirma que poderia haver normas legais estabelecendo padrões mínimos, devendo o acordo e a convenção coletiva decidirem sobre as especificidades das relações laborais.

Essa teoria foi defendida e aplicada principalmente na Itália por meio do estudioso Romagnoli, que defendia a flexibilização a partir da autonomia coletiva. Outros doutrinadores adotaram tal concepção como Uriarte na América Latina.²⁶

1.5 Os diferentes prismas classificatórios da flexibilização do direito do trabalho

A flexibilização do direito do trabalho pode ser classificada por diferentes prismas, o que demonstra a complexidade do tema. Alguns doutrinadores, em especial Amauri Mascaro (2010) costuma classificá-la a partir da sua *finalidade*, onde será de “adaptação” caso mitigue direito, “proteção” quando se visa proteger a ordem social vigente e de “desproteção” na presença de supressão de direitos.

As *fontes* do direito do trabalho podem servir de paradigma para a análise da flexibilização. Esta será “Heterônoma” quando imposta unilateralmente pelo Estado, seja através de lei ou decreto, que simplesmente modifique direito ou vantagem trabalhista por outro menor ou mesmo derogando-a, sendo considerada, conforme visto, uma desregulamentação do Direito do Trabalho. Esta é a forma que prevalece na flexibilização do Direito do trabalho brasileiro, pode-se citar como exemplos o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS)²⁷ e o contrato por prazo determinado²⁸.

Ainda quanto à fonte, a flexibilização poderá ser “autônoma”, caso seja introduzida pela autonomia coletiva. Dessa forma, a vontade coletiva do sujeito passivo da flexibilização impera, seja através de convenção ou acordo coletivo de pacto social ou acordo-padrão.²⁹ A explanação da professora Lygia Cavalcanti (2008, p. 147) esclarece bem o assunto:

²⁶ Ver NASCIMENTO, A. M., op. Cit., p. 269.

²⁷ Lei nº 8.036, de 11 de maio de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18036consol.htm. Acesso em: 01 de outubro de 2014.

²⁸ Lei nº 9.601, de 21 de Janeiro de 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19601.htm. Acesso em: 01 de outubro de 2014.

²⁹ Ver GIROTTO, Luis Leonardo. *Limites à flexibilização do direito do trabalho no Brasil*. Monografia. UFRGS. Porto alegre. 2010. p. 24.

A flexibilização autônoma tem por princípio a adaptação da lei às necessidades de cada categoria para quebrar a rigidez da norma estatal; pode ser considerada uma flexibilidade autêntica uma vez que é delegada a autonomia coletiva. Na prática a negociação coletiva trata de aspectos relacionados a flexibilização interna de proteção e adaptação, significa dizer que há preexistência de uma relação de trabalho e o que se flexibiliza são questões concernentes à jornada de trabalho, a remuneração, ao descanso e, ainda, as mobilidades geográficas ou funcionais.

Cumprido ressaltar que à negociação coletiva do trabalho tem como principal característica em relação às demais espécies de negociação a capacidade de criação de normas jurídicas, transcendendo as cláusulas contratuais e tornando-se fonte formal e legítima do direito do trabalho. A doutrina ainda costuma classificar quanto à fonte a flexibilização “hermenêutica”, oriunda das decisões e convicções dos juízes na aplicação dos direitos fundamentais e sociais trabalhistas.

A classificação também poderá ocorrer quanto ao *conteúdo* dessas medidas flexibilizatórias, especialmente no que tange ao modelo jurídico normativo adotado, podendo se apresentar como um paradigma estritamente legislado, conforme experimentado na maioria dos países da América Latina ou misto, como nos Estados europeus, que combinam contratos coletivos e normas estatais. Ocorrem também modelos em que inexistem a intervenção estatal, tendo como maior representante os EUA.

A *forma* de contratação também pode caracterizar a espécie de flexibilização empregada, seja por: contratos a termo, terceirização, trabalho parcial, trabalho temporário, cooperativas, empreitadas dentre outras possibilidades de manifestações contratuais.

Quanto aos direitos laborais, o estudo da flexibilização recai principalmente sobre a compensação de horários; repouso semanal; regime de trabalho; horas extraordinárias; pagamento; remuneração variável; participação nos lucros e resultados dentre outras espécies de alteração de jornada e salários. Um prisma bastante interessante da análise da flexibilização incide sobre novas formas de pensar a função do direito do trabalho e a direitos intangíveis como a vida, saúde, integridade física e intimidade do trabalhador e padrões remuneratórios mínimos. (Cf. NASCIMENTO, 2010, p. 270)

1.5.1 Divisão clássica entre flexibilização externa e flexibilização interna

Apesar de demonstrado os vários vieses de análises da flexibilização, a doutrina comumente costuma classificar a flexibilização do direito do trabalhado em duas correntes, a flexibilização externa e interna.

A flexibilização pode ser “externa” quando diante de novos fatores como tecnologia, desemprego e mudanças econômicas, a aplicação dessas modificações refletem especialmente nos métodos de incentivo a contratação ou óbices a saída de trabalhadores do mercado de trabalho.

Dentro desse estudo, José Pastore (2010) subdivide a flexibilização externa em:

- a) Flexibilização numérica externa – refere-se à possibilidade de adaptar o número de empregados às exigências econômicas por meio de demissões e contratações (permanentes ou temporárias). Isso depende, é claro, do rigor da legislação no campo da proteção ao trabalho ou da sua abertura para contratos de prazo determinado ou em tempo parcial, assim como está atrelada à disponibilidade quantitativa da mão de obra. Influencia nesse quadro também a estrutura dos encargos sociais. Despesas de contratação elevadas podem levar a armadilhas que geram incentivos à inatividade, desemprego ou rebaixamento dos salários.³¹
- b) Flexibilização funcional externa – é a que requer trabalhadores especializados para adaptar mudanças estruturais por meio de mobilidade entre cargos e ocupações. Isto depende do nível de educação geral (para garantir aprendizagem contínua) e de políticas ativas no mercado de trabalho, particularmente de treinamento e de colocação profissional.³²

Todavia, pode ser encarada também por um prisma “interno” dentro do contrato individual de trabalho, alterando condições pré-existentes, citando como exemplos, jornada, remuneração e descanso semanal. Da mesma maneira, recebe assim como na flexibilização externa, uma análise mais específica, subdividindo-se em Flexibilidade funcional e numérica³³:

³¹ Ver PASTORE, José. *Crises Econômicas e flexibilidade no Trabalho: Os casos de Alemanha e Brasil*. São Paulo: CNI, 2011, p. 17.

³² idem, p. 17.

³³ idem, p. 18.

- c) Flexibilização numérica interna – é a que decorre de ajustes na jornada de trabalho com acréscimo de horas extras ou uso do banco de horas. Isso não implica em aumentar ou reduzir o quadro de pessoal, mas sim em uma diferente utilização da mão-de-obra.
- d) Flexibilização funcional interna – é a habilidade de reagir à mudança de demanda com uma organização flexível na linha de produção. Para isso, são necessários empregados formados e habilitados a desempenhar novas e diversas tarefas. O investimento em profissionais específicos com qualificação continuada (interna) contribui para este tipo de flexibilidade.

1.6 Flexibilização do direito do trabalho no Brasil

A Flexibilização do direito do trabalho no Brasil iniciou seu processo na década de 60, tendo como característica a interferência do Estado (espécie Heterônoma). Analisando sobre um prisma do objeto da flexibilização, destaca-se no aspecto interno transformações importantes, tais como medidas legislativas de incentivo a modificações na jornada e a mudanças de paradigma nos valores referentes a salário e remuneração.

Todavia, o que mais se evidencia são as alterações externas com o desmantelamento dos mecanismos protetivos contra despedida; incentivo a novas formas de trabalho geralmente precários e temporários. Quanto à finalidade, tomando como parâmetro o exposto ao longo desse debate, ela se apresenta como “adaptação”, com traços de desregulamentação e “reeregulamentação” dos direitos trabalhistas.³⁴

O marco de início da flexibilização para boa parte da doutrina foi a introdução do sistema alternativo do FGTS (Lei 5.107/66)³⁵ em 13.09.1966, que substituía a estabilidade no emprego conferida pela Consolidação das leis trabalhistas.

Para outros a primeira manifestação da flexibilização ocorreu com a Lei 4.923/65 autorizando as reduções gerais e transitórias dos salários, por meio de acordos sindicais em ate 25%, nas situações de empresas afetadas por caso fortuito ou força maior no meio econômico inserido.³⁶

Até o surgimento da referida lei apenas se poderia reduzir salários em hipóteses de caso fortuito ou força maior com a comprovação dos prejuízos efetivamente ocorridos com o

³⁴ Ver GIROTTO, L. L., op. cit., p. 28.

³⁵ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18036consol.htm.

³⁶ *ibidem*, p. 30.

empregador, sendo exceção contida no art. 503 da presente CLT. Essa inovação legislativa encontrou guarida posteriormente com a Constituição Federal de 1988, que no seu art.7, IV, permitiu a redutibilidade salarial mediante acordo ou convenção coletiva.

Assim no intuito de identificar as mais relevantes normas flexibilizatórias surgidas no nosso ordenamento nas últimas décadas, elenca-se, a seguir, as principais, com o objetivo de demonstrar os seus efeitos e a conjuntura econômica social em que essas leis foram materializadas:

- a) Lei 5.107/66: Esta lei criou o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), revogado posteriormente pela Lei 8.036/90; possui o objetivo de acabar com a estabilidade e ao mesmo tempo criar vantagens como o levantamento dos valores depositados. Antes, aquele que possuísse mais de 10 (dez) anos de serviços prestados ao empregador, gozava da estabilidade decenal. Portanto, a despedida aleatória passou a constituir a regra daqueles abrangidos pelo regime fundista.
- b) Lei 6019/74: Também conhecida como lei do trabalho temporário, permitiu a contratação de trabalhadores por prazo certo, através do intermédio de empresas prestadoras de serviços temporários, criando trabalhadores de “segunda classe” com direitos precarizados em relação aos demais.
- c) Lei 9.601/98: Conhecida como a lei do trabalho por prazo determinado, veio para consagrar a flexibilização das normas trabalhistas. Nos ensinamentos de Lygia Maria Godoi (2008), o novo diploma não sopesa mais a simples adequação do caráter genérico das leis trabalhistas às circunstâncias e especificidades do mercado pela via da negociação coletiva, ao contrário, o ordenamento jurídico respalda a supressão de direitos. O próprio art. 1º da lei em comento estabelece a negociação coletiva como o instrumento de redução de direitos:

Art. 1º As convenções e os acordos coletivos de trabalho poderão instituir contrato de trabalho por prazo determinado, de que trata o art. 443 da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, independentemente das condições estabelecidas em seu § 2º, em qualquer atividade desenvolvida pela empresa ou estabelecimento, para admissões que representem acréscimo no número de empregados.

O que se extrai da redação é que as contratações a termo, que deveriam ser a excepcionalidade das contratações, passam a ser autorizadas para qualquer atividade, circunstância ou empregador. A lei, apesar de remeter a autonomia coletiva, apenas permite um flexibilização *in pejus*.

Outro aspecto relevante que a lei infringe (fere), são os princípios da proteção e da continuidade da relação de emprego, mantendo-se incompatíveis com o princípio de norma mais favorável erigido no caput do art.7º da CF: “ são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem a melhoria de sua condição social [...].”

A lei também traz uma alteração importante que será debate de discussão mais a frente, pois altera o art.59 da CLT, flexibilizando a compensação de jornadas através do “Banco de Horas”, com limites mais amplos do que os fixados no art.7º, XIII da Constituição Federal de 1988.

- d) Emenda Constitucional nº 28/00: Mudou a prescrição para o trabalhador rural. A Constituição Federal de 88 originariamente mantinha em seu art.7, XXIX, alínea *b*, a suspensão do prazo prescricional inscrito no art.10 da lei 5.889/73:

Art. 10. A prescrição dos direitos assegurados por esta Lei aos trabalhadores rurais só ocorrerá após dois anos de cessação do contrato de trabalho.

Parágrafo único. Contra o menor de dezoito anos não corre qualquer prescrição.

Assim, a contagem do prazo prescricional iniciaria após a extinção do contrato de trabalho. Todavia, a Emenda Constitucional 28/00 suprimiu a redação das alíneas *a* e *b* do supracitado inciso, que distinguia as espécies de prescrição, e conferiu ao trabalhador urbano e rural iguais condições. Nesses moldes, o trabalhador rural começou a ter o início da contagem prescricional a partir do fato ensejador (lesão), onde passados 5 (cinco) anos ocorrerá a prescrição do direito o que não ocorria originariamente.

Resta claro que as normas hodiernas tendem a se preocupar com a negociação coletiva em sobreposição a negociação pessoal patrão e empregado. Na prática, deveria representar maior poder de barganha com avanços sociais e econômicos. Entretanto, para os trabalhadores, se reverte algumas vezes em maior precarização do trabalho porque reflete somente em vantagens unilaterais para os empregadores.

A política neoliberal no Brasil destacou tais tendências, principalmente, nos governos dos ex-presidentes Fernando Collor de Mello e Fernando Henrique Cardoso. Esta política privatizadora das empresas estatais; abertura da economia brasileira ao capital estrangeiro; política de livre negociação salarial e desregulamentação do plano econômico impôs uma

nova ordem organizacional flexível, rompendo com a lógica do emprego tradicional. A ofensiva do capital adentrou na esfera legislativa, flexibilizando as jornadas de trabalho como o instituto do “banco de horas” – implantou a suspensão do contrato de trabalho e a contratação por prazo determinado dentre outros.³⁷

Pode-se frisar que os governos neoliberais na implementação da flexibilização defenderam tal adequação sob o argumento da preservação da economia e dos empregos. Todavia, é latente que em um modelo onde a mão-de-obra corresponde a uma parcela mínima do custo final dos produtos, a flexibilidade das leis trabalhistas no Brasil na sua grande maioria beneficiam apenas o empregador, diminuindo o custo da produção e aumentando a margem de lucro.

À luz do princípio da vedação do retrocesso (CASTRO; LAZARI, 2012), as normas possuem uma limitação jurídica na medida em que é impossível a redução dos direitos fundamentais já realizados, os direitos sociais não podem ser reduzidos tanto em alcance como quantidade objetivando garantir o mínimo existencial. Tal princípio encontra guarida no art.5 §2º da CF³⁸ e especialmente no art.7 “caput” da carta magna, onde ao anunciar os direitos dos trabalhadores urbanos e rurais destaca “sem prejuízo de outros que visem à melhoria de sua condição social”.

Assim, os direitos sociais obtidos em determinado grau de realização integram o patrimônio jurídico do trabalhador. Toda e qualquer lei posterior que venha a reverter esses direitos adquiridos nascem revestidas da inconstitucionalidade, pois violam o mínimo existencial e o respeito à dignidade da pessoa humana.

Como bem salienta Cavalcanti (2008), mesmo em situações de crise e recessões econômicas, os direitos sociais já realizados mantêm-se como limites, uma vez que são garantidos pela constituição, sendo inconstitucionais quaisquer medidas que não acompanhadas de alternativas compensatórias ou revoguem direitos já conquistados. Esse padrão se observa na maioria dos diplomas criados e aplicados na regulação da economia e em políticas públicas, como frisado ao longo do debate da flexibilização das normas trabalhistas no Brasil.

³⁷ Ver CAVALCANTI, L. M. G. B., op. cit., p. 173.

³⁸ Art.5 §2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

2 SOLUÇÃO PARA AS CRISES: FLEXIBILIZAÇÃO NA JORNADA DE TRABALHO

Costuma-se atribuir “jornada” ao vocábulo *giornata*, que em italiano significa “dia” Possui diversos sentidos, sempre relacionados a um núcleo indicando medida de duração de tempo, seja em um módulo diário, semanal, mensal ou anual; a aferição do tempo para distinguir o que faz parte ou não dela; o horário de começo e fim desse tempo; a sua manifestação e classificação sejam horas extraordinárias ou noturnas por exemplo.⁴⁰

A jornada aqui adotada como medida de trabalho é o estudo conforme o entendimento de Nascimento (2010) que busca definir o que se inclui ou exclui no trabalho, seja o tempo efetivamente trabalhado; o tempo à disposição do empregador; o tempo “in itinere” e os intervalos para descanso ou alimentação.

O professor e ministro do Tribunal Superior do Trabalho, Maurício Godinho Delgado, destaca que a jornada de trabalho é o lapso temporal diário em que o obreiro se coloca a disposição do empregador em virtude do contrato de trabalho, frisando ser o principal fator para aferir a obrigação do empregado no contrato, qual seja, o tempo de prestação de trabalho e/ou a disponibilidade de seus serviços ao empregador. Ainda nesse entendimento, esclarece o douto professor (DELGADO, 2011, p. 862) que, “A jornada, portanto, ao mesmo tempo, a medida da principal obrigação obreira (prestação de serviços) e a medida da principal vantagem empresarial(apropriação de serviços)”.

A jornada de trabalho nesses moldes representa a energia despendida ou posta a disposição pelo trabalhador ao empregador, seja em módulo diário, semanal, mensal ou anual. A constituição federal de 1988 estabelece a jornada normal de trabalho em oito horas diárias ou quarenta e quatro horas semanais, elencada no art.7º, XIII, da carta magna, que recepcionou o art.58 da CLT: “A duração normal do trabalho, para os empregados em qualquer atividade privada, não excederá de 8 (oito) horas diárias, desde que não seja fixado expressamente outro limite”.⁴³

No ordenamento pátrio não existe uma limitação para uma jornada anual ou mensal de trabalho como ocorre em diversos países, convencionando-se de acordo com os limites

⁴⁰ Ver NASCIMENTO, A. M., op. cit., p. 759.

⁴³ Art.58 da CLT. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 03.10.2014

supracitados de oito horas diárias e quarenta e quatro horas semanais, a jornada mensal de duzentas e vinte horas.

Importante distinção deve ser feita em relação ao horário de trabalho que é o lapso temporal que marca o início e o fim da jornada de trabalho⁴⁴. Esse serve para determinar o momento em que o empregado inicia e termina o seu labor, dentro das 24 (vinte e quatro) horas diárias, sendo assim a distribuição da jornada de trabalho durante o dia.⁴⁵

O horário de trabalho encontra manifestação expressa na consolidação das leis trabalhistas no art. 74 :

Art. 74 - O horário do trabalho constará de quadro, organizado conforme modelo expedido pelo Ministro do Trabalho, Indústria e Comércio, e afixado em lugar bem visível. Esse quadro será discriminativo no caso de não ser o horário único para todos os empregados de uma mesma seção ou turma.

Como não existe a fixação dos horários de trabalho, caberá aos pactuantes estabelecer esses critérios para início e término da jornada de trabalho.

2.1 Visão Histórica da Jornada de Trabalho

A limitação da jornada de trabalho ganhou ênfase no século passado e até hoje reflete nos pleitos de algumas categorias, aliada invariavelmente com a remuneração, sem dúvida, formam o objeto das principais reivindicações trabalhistas. A jornada de oito horas hodiernamente sedimentada tornou-se a maior conquista dos obreiros como se verá adiante.

A França no século XIX fixava a jornada de trabalho dos parisienses em dez horas, sendo onze horas para aqueles que trabalhassem em outras províncias, gerando revolta dos trabalhadores dessas localidades. No início do século XIX, os países industrializados do velho continente praticavam jornadas de trabalho com média de dezesseis a catorze horas de labor, a França como mencionado foi uma das primeiras a minorarem esses limites passando gradativamente a outros padrões, tendo seu marco nas comemorações de 1º de maio de 1890.⁴⁶

⁴⁴ Ver DELGADO, M. G., op. cit., p. 867.

⁴⁵ Cf. CAIRO JUNIOR, José. *Curso de direito do Trabalho*. 7. ed. Salvador: Juspodium, 2012, p.499.

⁴⁶ Ver ROMITA, Arion Sayão. Horas Extraordinária: Base diária ou anual?. In.: DELGADO, M. G.; DELGADO, G. N. (Org.). *Doutrinas Essenciais Direito do Trabalho e Seguridade Social*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 289.

Tal discussão virou o cerne de todas as controvérsias trabalhistas, principalmente após a criação da Organização Internacional do Trabalho por meio do Tratado de Versailles na sua Parte XIII em 1919, que estabeleceu uma instituição permanente para a discussão de questões laborais.

Destaca-se que a OIT nasceu com três motivos inspiradores: a) o sentimento de justiça social; b) o perigo de injustiça social; e c) a similaridade das condições de trabalho na ordem internacional. Esses princípios decorrem principalmente do reflexo negativo que a primeira guerra mundial deixou nos países, espólios de miséria e degradação dos trabalhadores no continente europeu.⁴⁷

Desde 1919 diversas convenções e recomendações foram feitas com o escopo de dirimir as controvérsias trabalhistas sobre duração do trabalho, mas para se ter ideia do tamanho da discussão, a primeira conferência foi ratificada apenas por 35(trinta e cinco) países, devido a dificuldade em estabelecer denominadores comuns na adoção de parâmetros para a jornada de trabalho.

Como frisa Romita (2012, p. 290), o Brasil não ratificou a convenção 1(um) da OIT, mas adotou na sua legislação a partir de 1932 as modificações por ela sugeridas:

A constituição de 1934 (art.121, §1º,c), a carta de 1937 (art.137, i) e a Constituição de 1946 (art.157, V) as consagraram.A Consolidação das Leis do Trabalho (1943), no art.58, fixou a jornada normal de trabalho em 8 horas e a Lei 605, de 05.01.1949 dispôs sobre o repouso semanal remunerado, preferentemente aos domingos.

A Constituição Federal de 1988, como já exposta nessa discussão, preceitua atualmente no seu art.7º, XIII, que a duração normal do trabalho para os trabalhadores rurais e urbanos não poderá ser superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, possibilitando a compensação de horários e a redução de jornada mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho.

2.2 Jornada Padrão e Jornadas Especiais

⁴⁷ Ver MAZZUOLI, Valério de oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 1015.

A Constituição Federal de 1988 prevê a existência de uma jornada padrão de trabalho, estabelecendo uma duração semanal de serviço adotada comumente no mercado laboral. Todavia, existem casos em que há necessidade de módulos de trabalhos especiais em decorrência da própria categorial profissional, exemplo bastante conhecido são os vigilantes e médicos. Há casos também em que a própria atividade necessita de uma sistemática específica como os turnos ininterruptos de revezamento.

Aplica-se atualmente como jornada “standard” o labor diário de 8 horas, limitada semanalmente a 44 horas de trabalho, conforme ditames constitucionais já explicados. Portanto, a constituição de 1988 revogou (derrogou) o art.58 da CLT, que trazia a duração diária de trabalho de 8 horas diárias e 48 horas semanais.

Nesses moldes a duração de trabalho normal hoje é de 220 horas ante as 240 horas do regime anterior a carta magna de 1988, já incluídos na contagem o descanso semanal remunerado. Para esse cálculo, multiplica-se a fração ideal diária de 7,20 horas (fração obtida pela divisão do módulo semanal pelo diário) por 30 dias (medida mensal) obtendo assim 220 horas⁴⁹.

Esclarece o professor Maurício Godinho (2012, p. 909) que o caráter imperativo das normas jurídicas que tratam da duração do trabalho levam a conclusão lógica de que será ineficaz regra jurídica heterônoma ou autônoma que estabeleça módulo mensal de labor acima de 220 horas mensais, ressalvados as hipóteses permissivas de compensação de trabalho e trabalho extraordinário.

Portanto, a Carta Magna estabeleceu apenas um modelo na inexistência de lei específica, respeitado os limites constitucionais são válidas qualquer jornada de trabalho inferior ao “teto”, assim como, autoriza-se caso necessário o desempenho de trabalho superior a 8 horas diárias, desde que em observância ao módulo semanal.

Como destacado, as jornadas especiais são verdadeiras exceções, a primeira que se lista é a relacionada a “categorias específicas”, isso é decorrência dessa espécie de atividade, guardar particularidades que ensejam regras especiais para cada área. O exemplo mais conhecido e retratado são o dos bancários⁵⁰ na qual a jornada não pode extrapolar 6 horas

⁴⁹ Ver DELGADO, M. G., op. cit., p. 909.

⁵⁰ Art. 224 da CLT - A duração normal do trabalho dos empregados em bancos, casas bancárias e Caixa Econômica Federal será de 6 (seis) horas contínuas nos dias úteis, com exceção dos sábados, perfazendo um total de 30 (trinta) horas de trabalho por semana.

diárias, mas existem outros exemplos, como telefonistas⁵¹ e professores⁵² que também possuem o mesmo módulo diário.

Outra exceção que se destaca é dos turnos ininterruptos de revezamento, esses pressupõem o desenvolvimento do trabalho em horários sucessivos, em atividades precipuamente contínuas. A redução foi consequência da alternância de horário, prejudiciais à saúde do obreiro. A constituição assegura a jornada de seis horas aos empregados submetidos a esse tipo de regime, salvo negociação coletiva, que poderá fixar parâmetro superior (art.7º, XIV, CF de 88).⁵³

Cumprе ressaltar que os trabalhadores submetidos ao regime de turnos ininterruptos de revezamento passaram por particular evolução no Direito Trabalhista pátrio, principalmente, porque em um primeiro momento, ainda em 1940, sofreram discriminação latente, uma vez que o art.73 da CLT lhes negava alguns direitos trabalhistas; em um segundo instante conseguiram superar a discriminação, no momento em que, a partir da Constituição Federal de 1946, passaram a ter os mesmos direitos conferidos aos trabalhadores em sobrejornada ou labor noturno; por último, com o surgimento da constituição cidadã de 1988, incorporaram verdadeira vantagem em virtude do seu trabalho peculiar.⁵⁴

2.3 Horas Extraordinárias

As horas extraordinárias podem também ser denominadas de horas extras ou horas suplementares, em qualquer expressão terão o mesmo significado. A “hora extra” é todo trabalho realizado além da jornada normal do empregado (pactuada ou legal).

Na visão de Martins (2010, p. 520), as horas extras são aquelas prestadas além do horário estabelecido, seja contratual ou legal, devendo tais serem remuneradas com o adicional respectivo. Esclarece o autor que as horas extraordinárias podem ocorrer antes do

⁵¹ Art. 227 da CLT - Nas empresas que explorem o serviço de telefonia, telegrafia submarina ou subfluvial, de radiotelegrafia ou de radiotelefoneia, fica estabelecida para os respectivos operadores a duração máxima de seis horas contínuas de trabalho por dia ou 36 (trinta e seis) horas semanais.

⁵² Art. 318 da CLT- Num mesmo estabelecimento de ensino não poderá o professor dar, por dia, mais de 4 (quatro) aulas consecutivas, nem mais de 6 (seis), intercaladas .

⁵³ Ver BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. 3. ed São Paulo: LTR. 2007.

⁵⁴ Ver DELGADO, M. G., op. cit., p. 914.

expediente como após o seu término, inclusive as horas suplementares podem incidir nos intervalos para descanso e alimentação.

Todavia, nem sempre será autorizada a prestação de horas extraordinárias. O trabalho em sobrejornada para os obreiros contratados sob o regime de tempo parcial é proibido conforme art.59, §4 da CLT. Em regra, o trabalho do menor também não poderá ser prorrogado, exceto para fins de compensação, além da hipótese de força maior como se observa:

Art. 413 - É vedado prorrogar a duração normal diária do trabalho do menor, salvo:

II - excepcionalmente, por motivo de força maior, até o máximo de 12 (doze) horas, com acréscimo salarial de, pelo menos, 25% (vinte e cinco por cento) sobre a hora normal e desde que o trabalho do menor seja imprescindível ao funcionamento do estabelecimento.

Assim, mesmo na hipótese de força maior, somente será possível o trabalho do menor quando indispensável à atividade naquela circunstância. Por fim, pondera-se que na ocorrência de sobrejornada o empregador poderá remunerar o empregado com o valor da hora normal mais o adicional de no mínimo 50% sobre as horas suplementares, havendo a possibilidade desse percentual ser maior em caso de lei ou acordo coletivo que fixe parâmetro superior; poderá ainda proceder com a compensação do tempo trabalhado em sobrejornada, com descanso maior para o empregado em outro dia.

2.4 Acordo de Prorrogação de Horas

Como debatido no tópico anterior, considerando que a jornada comum de labor são oito horas diárias ou quarenta e quatro horas semanais, qualquer trabalho que extrapole esses limites é considerado extraordinário. Consciente de que a prorrogação da jornada de trabalho é deletéria à segurança e saúde do trabalhador, o legislador instituiu uma série de requisitos para que se autorize o regime de trabalho além das horas normais.

O art.59 da CLT permite que mediante acordo entre as partes (patrão e empregado) ou mediante acordo ou convenção coletiva, possa ser extrapolada a jornada habitual. O próprio artigo esclarece que não poderá exceder duas horas por dia, devendo ser remuneradas com, no mínimo, 50% do salário hora normal, sem prejuízo de percentual maior convencionado entre as partes como esclarecido anteriormente:

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

Nesse passo, cumpre ressaltar que o art.61 da mesma consolidação de leis trabalhistas deixa claro que quando houver necessidade imperiosa do serviço, o empregador poderá exigir o trabalho extraordinário do obreiro, procedendo com a remuneração da hora extra ou respectivo adicional, não sendo necessário o ajuste prévio derivado de negociação entre as partes ou pacto coletivo.⁵⁵

O Direito trabalhista Brasileiro arrola os casos de necessidade imperiosa, com a seguinte descrição, a) força maior, definida no art. 501 da CLT, compreendida como acontecimento imprevisível para o qual o empregador não concorreu seja de maneira direta ou indireta – uma hipótese seria o temporal que corta a eletricidade e inunda o local de trabalho, b) a recuperação do tempo perdido em virtude da força maior ou causas acidentais, e c) a conclusão de serviços inadiáveis ou cuja execução possa acarretar prejuízo manifesto ao empregador, dada a própria natureza dos serviços (o motorista que precisa deixar os passageiros até o final do seu itinerário, por exemplo).⁵⁶

Frisa-se que o empregador tem o dever de comunicar às autoridades competentes (ministério do trabalho e emprego), no prazo máximo de 10 (dez) dias, a prorrogação extraordinária dos serviços.

A legislação celetista é omissa no que tange a quantidade horas suplementares que se pode exigir do trabalhador no caso de força maior, ao contrário do que se visualiza na prorrogação bilateral da jornada, cujo trabalho extraordinário não poderá exceder 2(duas) horas.

Nesse passo, à luz de uma análise sistemática referente à duração do trabalho, Barros (2006) preceitua que o empregado, no caso de jornada extraordinária em virtude de necessidade imperiosa, não poderá laborar além do limite máximo de 2 (duas) horas. Tal fundamentação decorre principalmente de que deve ser respeitado o intervalo interjornada de 11 (onze) horas, assim como o intervalo de 1 (uma) hora em períodos maiores de 6 (seis)

⁵⁵ Ver CAIRO JÚNIOR, J., op. cit., p. 505.

⁵⁶ Ver BARROS, A. M., op. cit., p. 647-648.

horas de trabalho, regras incidentes no caso de prorrogação extraordinária do trabalho, perfazendo as 24 horas do dia.⁵⁷

Por fim, destaca-se que o acordo de prorrogação é diferente da compensação de jornada, pois este é celebrado entre empregado e empregador que ajustam a quantidade de horas trabalhadas em alguns ou todos os dias da semana. Por sua vez, na prorrogação de jornada, o trabalho extraordinário tem que ser compensado nos subsequentes de forma que não seja ultrapassado o limite semanal de trabalho ajustado.

2.5 Compensação de jornada

Dentro do poder de *ius variandi* do empregador, pode ser instituído um regime de compensação de horas de serviço, de maneira que o trabalho realizado em um dia seja compensado em outro. Para isso, é necessário que haja acordo ou convenção coletiva de trabalho, previsão expressa no §§2º e 3º do art 59 da CLT:

Art 59:

(...)

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

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

(...)

Destaca-se que o art.7º da Constituição federal de 1988 aduz que a compensação de horários e a redução de jornada ocorrerão mediante acordo ou convenção coletiva. Tem-se o entendimento de que o acordo se refere ao “acordo individual”, com posicionamento consubstanciado na súmula nº 85 do Tribunal Superior do Trabalho:

Súmula nº 85 do TST

COMPENSAÇÃO DE JORNADA (inserido o item V) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011
I. A compensação de jornada de trabalho deve ser ajustada por acordo individual escrito, acordo coletivo ou convenção coletiva. (ex-Súmula nº 85 - primeira parte - alterada pela Res. 121/2003, DJ 21.11.2003)

⁵⁷ ibidem, p. 648-650.

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

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

IV. A prestação de horas extras habituais descaracteriza o acordo de compensação de jornada. Nesta hipótese, as horas que ultrapassarem a jornada semanal normal deverão ser pagas como horas extraordinárias e, quanto àquelas destinadas à compensação, deverá ser pago a mais apenas o adicional por trabalho extraordinário. (ex-OJ nº 220 da SBDI-1 - inserida em 20.06.2001)

V. As disposições contidas nesta súmula não se aplicam ao regime compensatório na modalidade “banco de horas”, que somente pode ser instituído por negociação coletiva.⁵⁸

Assim, de acordo com o entendimento extraído do item III da súmula, na ocorrência de compensação de trabalho tácito, o empregado que deixa de laborar um dia da semana para extrapolar a jornada nos demais dias sem a ocorrência de um acordo escrito, só obrigará o empregador a pagar o adicional de horas extras incidentes sobre aquelas que extrapolarem a oitava hora diária. Da mesma forma, será devido o pagamento das horas suplementares acrescidas do adicional na hipótese de excederem a 44ª hora semanal (jornada normal de trabalho).⁵⁹

A compensação ocorrida dentro de uma mesma semana, também conhecida como “intrasemanal”, pode se manifestar de várias formas, geralmente com o intuito de eliminar o trabalho aos sábados. Nesse sentido, a jurisprudência admite o que se chama de semana espanhola:

TST. SDI-1 OJ nº 323. ACORDO DE COMPENSAÇÃO DE JORNADA. "SEMANA ESPANHOLA". VALIDADE (DJ 09.12.2003) É válido o sistema de compensação de horário quando a jornada adotada é a denominada "semana espanhola", que alterna a prestação de 48 horas em uma semana e 40 horas em outra, não violando os arts. 59, § 2º, da CLT e 7º, XIII, da CF/88 o seu ajuste mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho.

⁵⁸ Disponível em: http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_51_100.html#SUM-85, Acessado em: 08 de outubro de 2014.

⁵⁹ Ver CAIRO JÚNIOR, J., op. cit., p. 509.

No mesmo entendimento é aceito o que a doutrina costuma denominar de semana inglesa⁶⁰, onde há supressão das horas trabalhadas aos sábados e há distribuição destas horas nos demais dias da semana, lembrando que deverá ser respeitado o limite máximo de 10 horas diárias e 44 horas semanais, sob consequência de descaracterização, conforme súmula 85, IV, do TST.

Por fim, a Constituição Federal e a Consolidação de Leis Trabalhista permitem o trabalho no regime de 12x36. Em outras palavras, o empregado labora 12 horas consecutivas e descansa 36 horas sem a ocorrência de horas extraordinárias, entretanto, para tal modalidade de compensação se faz necessário a existência de acordo ou convenção coletiva.

2.6 Visão econômica do aumento da Jornada Laboral

Para produzir uma determinada quantidade de bens ou serviços, o empregador/empresa utiliza uma determinada quantidade de trabalho. Essa variante é resultado da relação entre o número de empregados e a jornada média. Nesses moldes, obteríamos a seguinte função:

$$Q=f(E,h)$$

onde **Q** representa a quantidade de bens ou serviços produzidos, a condicionante **E**, o número de trabalhadores e **H**, a jornada de trabalho. Portanto, com uma jornada fixa, a contratação de um empregado aumenta a produção final **Q**. Da mesma forma, mantendo o mesmo número de empregados e majorando a jornada de trabalho, obteríamos o aumento da produção empresarial. Isso quer dizer que o empregador pode aumentar em um curto espaço de tempo a sua produção tanto ampliando os empregos como a jornada de trabalho. E a controvérsia é justamente qual modalidade é melhor aplicável.⁶¹

Para chegar a melhor solução, é necessário entender como se forma os custos do trabalho. Há dois tipos de custos do trabalho: fixos e variáveis. Custos fixos são todos os custos que não dependem da quantidade de horas trabalhadas. Custos variáveis são os custos que guardam relação direta com a quantidade de horas trabalhadas. Plano de Saúde é um

⁶⁰ Ver BARROS, A. M., op. cit., p. 663.

⁶¹ Ver ZYLBERSTAIN, Hélio. Banco de Horas: da justificativa teórica à utilização prática no Brasil. In.: CHAHAD, José Paulo Zeetano; CACCIAMALI, Maria Cristina. (Org.). **Mercado de Trabalho no Brasil: novas práticas, trabalhistas, negociações coletivas e direitos fundamentais do trabalho**. São Paulo: LTR, 2003, p. 89.

exemplo típico de custo fixo, pois o benefício não depende do tamanho da jornada. O salário, por outro lado, é um custo variável, pois depende da quantidade de horas trabalhadas.

Para melhor compreensão dos institutos delineados, outra fórmula se apresenta no estudo:⁶²

$$C = F E + v E h$$

onde **C** representa o custo total da folha de pagamento, **F**, o custo fixo de cada trabalhador, **v** é o custo variável de cada hora laborada e **h** é a quantidade de horas da jornada de trabalho.

Essa fórmula apresenta ao empregador o que seria mais razoável, a contratação de um empregado ou a adição de horas-extras. A mesma fórmula serve para os empregados descobrirem se a há ou não exploração ou se atitudes “flexibilizatórias” se justificam na jornada de trabalho. A demonstração do modelo busca montar critérios objetivos para decidir de que maneira pode ser aumentada a jornada de trabalho, se houver necessidade de aumento na produção. No mesmo raciocínio, poderá ocorrer uma diminuição da jornada ou eliminação de postos de trabalho na presença de retração da demanda produtiva.

Quanto a este último aspecto, a demissão em um primeiro momento reduz os custos salariais das empresas, mas gera outros encargos, como indenizações e a própria perda de material humano qualificado. É nesse passo que surge a possibilidade da redução da jornada em que se evitam tais perdas. Em conclusão simples, se existe uma diminuição sazonal na demanda a redução da jornada é mais viável e eficiente do que a supressão de postos de trabalho, pois preserva o emprego e a mão-de-obra qualificada.⁶³

A partir dessa análise, pode-se chegar a algumas conclusões que serão fundamentais para o entendimento da flexibilização na jornada de trabalho e a sua compensação ao longo do tempo. O modelo discutido esclarece que⁶⁴:

- a) Quando a demanda dos produtos aumenta, a empresa aumenta a jornada média ou contrata mais trabalhadores. Esta opção é realizada de acordo com os resultados de cada escolha;
- b) Se os custo fixos são elevados (lembrando que empregados são custos fixos), a melhor solução para o empregador é aumentar a jornada de trabalho;

⁶² idem, p. 89-90.

⁶³ Cf. ZYLBERSTAIN, H., op. cit., p. 91.

⁶⁴ idem, p. 91-92.

- c) O aumento da jornada de trabalho encontra óbices na legislação e nos limites físicos e mentais dos empregados, devendo ser adotada como solução temporária. Se ocorre efetivo aumento na produção, torna-se mais viável a contratação de novos trabalhadores;
- d) A demissão de trabalhadores pode acarretar custos elevados, tanto com indenizações como perda de postos de trabalho e de material humano qualificado. Portanto, havendo retração da demanda é mais viável em um primeiro momento a redução da jornada para preservar o emprego. A eliminação de postos de trabalho só deve ocorrer (recomendado) com a retração definitiva da produção.

2.7 Os anseios produtivos e o movimento da flexibilização.

Se o “boom” industrial levou a necessidade da limitação da jornada de trabalho mantendo os padrões remuneratórios. A verdade é que esse mesmo desenvolvimento acompanhado da expansão tecnológica também impôs grande pressão sobre as políticas de emprego e reestruturação da cadeia produtiva.

As crises econômicas, principalmente a partir dos anos 80, levaram os empregadores a implementar medidas que dessem maior flexibilidade, tanto ao emprego como a organização e distribuição dos postos de trabalho. O viés protetivo do direito do trabalho e as últimas vitórias trabalhistas, como a redução da jornada, passaram a ser questionadas pela forte participação dos sindicatos patronais.

Os empregadores defendiam que os trabalhadores não se achavam mais em situação de fragilidade, principalmente pela “mão” protetiva do estado que tudo concedia sob a justificativa do “progresso social”.

Surge nesse espaço a necessidade de flexibilidade, em diferentes aspectos, quais sejam, econômicos, técnico, social e principalmente no número de funcionários e a sua distribuição na produção. A solução para as crises, apresentadas pelos empregadores como único caminho para o reestabelecimento da economia, foi a implementação da flexibilidade que incidiria desde as relações sociais até a adequação das normas e leis.

Portanto, até o momento, o direito do trabalho se apresentava “rígido”, sendo necessário alterações para acompanhar os avanços tecnológicos e adequar a força de trabalho à demanda de empregos e novas jornadas. A flexibilização se apresentou como a forma mais razoável a se enfrentar tais dilemas:

O emprego Flexível possibilita às empresas não somente ajustar-se mais facilmente à marcha imposta pelo consumo, aumentando ou reduzindo sua força de trabalho conforme requer o momento, como também lhes proporciona maior rapidez para alterar a composição de seu emprego de acordo com a qualidade de trabalho que necessitam a cada momento. O emprego permanente torna-se um entrave ao aumento de produtividade quando há necessidade de realocar trabalhadores de um setor, onde a demanda está declinando, para outro onde ela está se expandindo. Isto se agrava pela ação sindical, que demanda garantia de emprego, embora as firmas ganhem ao utilizar expedientes que culminem em mais empregos flexíveis, pois podem escapar à pressão das organizações sindicais. (CHAHAD, 2003, p. 47).

A flexibilização, como se observa em especial no emprego e na jornada de trabalho, surge como resposta às políticas públicas de regulamentação do mercado laboral. Pois, ao mesmo tempo em que é necessário a tutela dos trabalhadores, há a necessidade de maior eficiência nas relações econômicas. A ação estatal visa proteger os obreiros das incertezas do mercado e da exploração da mão-de-obra, todavia, a velha máxima de que todo “direito nasce velho” se faz presente em um ambiente onde as mudanças econômicas imprimem transformações céleres no arranjo trabalhista, devendo a todo instante se adequar a novas demandas.

Fundamental se faz transcrever ao debate as conclusões de Arion Romita (2012, p. 295) sobre o tema: “A necessidade de poder variar o tempo de trabalho em função da conjuntura local e global. O ideal para o empresário seria ter a seu serviço apenas trabalhadores temporários ou provisórios, nada de emprego permanente”. Esse trecho mostra como a flexibilização da jornada de trabalho e o vínculo de emprego precário eram enxergados como solução para os problemas econômicos do final do século passado.

De certa forma, a proposta se apresenta razoável quando analisamos a grande quantidade de desempregados e a de postos de trabalho que poderiam ser criados com a flexibilização dos direitos trabalhistas, especialmente a redução da jornada e a mitigação da garantia de emprego. Não se pode esquecer que o desenvolvimento econômico é o “motor” de uma economia capitalista, mas o principal entrave à medida flexibilizatória é quando há colisão com os direitos e garantias dos trabalhadores. Esse debate em muito explica o que viria a seguir na Lei 9.601/98 e a proposta de anualização da jornada de trabalho.

3 A LEI 9.601/98 E A ANUALIZAÇÃO DA JORNADA DE TRABALHO

A lei 9.601/98 foi criada com o escopo de disciplinar o contrato de trabalho por prazo determinado. Entretanto, um artigo em especial trouxe modificações importantíssimas no sistema de compensação da jornada de trabalho. O art.6º da referida lei alterou substancialmente o art.59 da CLT, passando a ter a seguinte redação:

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

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

Em um primeiro momento se constata a modificação da compensação de horas de trabalho até então vigente no país, possibilitando uma nova pactuação com abrangência anual da compensação. Tal modalidade ficou conhecida como banco de horas. Esse regime de trabalho se caracteriza pela diluição da jornada de trabalho em um período de até 1 (um) ano. Assim, o empregado, ao desempenhar seu labor além dos limites legais ou contratuais, poderá usufruir de folgas em momento posterior, geralmente acordado com o empregador para épocas de menor demanda produtiva. Todavia, se trabalhar aquém do pactuado, deverá compensar no futuro com maior carga horária de serviço.

Importante observação faz Vólia Bonfim (2014, p. 676) ao esclarecer que esse conjunto de débitos e créditos de horas trabalhistas estocadas pelo obreiro ao longo do ano não precisa necessariamente coincidir com o ano civil.

O banco de horas pode se apresentar na modalidade fixa ou variável. Na primeira hipótese o ajuste deve apontar previamente os horários de trabalho (fixos) e os períodos em que ocorrerá sobrejornada (excesso) e compensação (diminuição). Frisa-se que na segunda hipótese, também conhecida na doutrina como banco de horas aleatório, o trabalho em sobrejornada varia de acordo com a demanda e a folga compensatória.⁶⁷

⁶⁷ Ver CASSAR, V. B., op. cit., p. 672.

Apesar de ter definições atuais sedimentadas, o nascedouro da lei ensejou controvérsias. À princípio, o legislador, ao criar o mandamento, tentou atenuar o rigor da norma, estabelecendo como período máximo para a compensação o prazo de 120 dias, excluindo em um primeiro momento a compensação anual.

Não obstante, o poder executivo, através de medida provisória nº 1.709⁶⁸ (publicada em 07.08.98), concedeu o parâmetro anual na sua totalidade (12 meses), dilatando o prazo antes estabelecido pelo congresso. A referida norma ainda foi prorrogada pela Medida Provisória 2.164-41 de 24 de outubro de 2001⁶⁹, proporcionado pelo artigo 2º da Emenda Constitucional nº 32⁷⁰ de 11 de setembro de 2001: “Art. 2º As medidas provisórias editadas em data anterior à da publicação desta emenda continuam em vigor até que medida provisória ulterior as revogue explicitamente ou até deliberação definitiva do Congresso Nacional.”

O art.59,§2º da CLT, passou a ter a seguinte redação após as alterações legislativas:

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

Portanto, permanece em vigor até os dias de hoje a eficácia da medida provisória, mantendo incólume o regramento atual do banco de horas.

3.1 Restrições ao Regime Compensatório

Algumas restrições clássicas se aplicam ao sistema de compensação de jornada. Tais ditames também são observados no banco de horas, conforme se depreende do art.59 §2º da CLT. Deverá ser observado o limite relativo à soma das jornadas semanais do trabalhador, de maneira que o serviço desempenhado não ultrapasse o limite diário de dez horas, este aplicado aos trabalhadores com regime de trabalho de 8 (oito) horas diárias.

⁶⁸ Medida Provisória nº 1.709, de 06.08.1998. Presidência da República subchefia de assuntos jurídicos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/Antigas/1709.htm. Acessado em: 01 de outubro de 2014.

⁶⁹ Medida Provisória nº 2.164-41, de 24 de outubro de 2001. Presidência da República subchefia de assuntos jurídicos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/2164-41.htm. Acessado em: 03 de outubro de 2014.

⁷⁰ Emenda Constitucional nº 32, de 11 de setembro de 2001. Presidência da República, Casa Civil, subchefia de assuntos jurídicos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc32.htm. Acessado em: 01 março de 2014.

A respeito dos empregados com jornada de trabalho inferior à “normal”, a lei não estabelece limite de horas. Parte da doutrina entende que, em analogia a jornada padrão, o trabalhador poderia trabalhar até 25% além da sua jornada habitual. Contudo, Vólia Bomfim (2014) acompanhando a doutrina majoritária, afirma que ao empregado somente é permitido o acréscimo de 2 horas em relação à jornada inferior a 8 horas. Em nenhuma das hipóteses o trabalhador poderá ser submetido a uma jornada de 10 horas de trabalho.

Aos trabalhadores menores de 18 anos, a modalidade tradicionalmente sempre foi viável somente mediante negociação coletiva, conforme apresenta o art. 413, I, da CLT⁷¹. A constituição deixa claro a respeito da existência de um estatuto rígido no que tange a tutela do menor, mas que permite a compatibilidade com o art. 7, XIII, da CF/88. Cumpre destacar que está previsto para o menor o descanso de 15 minutos antes do início da prorrogação por força do art. 413, I, e parágrafo único da CLT, que concede a mesma pausa do art. 384 CLT: “Em caso de prorrogação do horário normal, será obrigatório um descanso de 15 (quinze) minutos no mínimo, antes do início do período extraordinário do trabalho”.⁷²

Em 2011 com o cancelamento da súmula 349 do TST, houve a restauração plena da efetividade do art. 60 da CLT⁷³, de forma que nas atividades ou circunstâncias insalubres, para que ocorra a prorrogação, é necessária a prévia licença por parte das autoridades competentes em matéria de higiene e segurança do trabalho, para dar eficácia a posterior convenção ou acordo coletivo⁷⁴. A atuação é decorrência dos riscos que o labor prorrogado nessas condições pode ocasionar à saúde do obreiro, principalmente pela maior exposição aos agentes nocivos.

⁷¹ “Art. 413 da CLT – É vedado prorrogar a duração normal diária do trabalho do menor, salvo: I - até mais 2 (duas) horas, independentemente de acréscimo salarial, mediante convenção ou acôrdo coletivo nos termos do Título VI desta Consolidação, desde que o excesso de horas em um dia seja compensado pela diminuição em outro, de modo a ser observado o limite máximo de 48 (quarenta e oito) horas semanais ou outro inferior legalmente fixada.”

Fazendo a ressalva que o limite máximo atual é de 44 horas semanais.

⁷² Ver DELGADO, M. G., op. cit., p. 898.

⁷³ Art. 60 da CLT- Nas atividades insalubres, assim consideradas as constantes dos quadros mencionados no capítulo "Da Segurança e da Medicina do Trabalho", ou que neles venham a ser incluídas por ato do Ministro do Trabalho, Indústria e Comercio, quaisquer prorrogações só poderão ser acordadas mediante licença prévia das autoridades competentes em matéria de higiene do trabalho, as quais, para esse efeito, procederão aos necessários exames locais e à verificação dos métodos e processos de trabalho, quer diretamente, quer por intermédio de autoridades sanitárias federais, estaduais e municipais, com quem entrarão em entendimento para tal fim.

⁷⁴ idem, p. 899.

3.2 Formação da anualidade das horas

A lei 9.601/98 modificou o modelo de compensação de horas de trabalho aplicado no país até o momento, criando um mecanismo que autorizava a compensação anual, recebendo o nome na doutrina de “banco de horas”.

O novo art.59 da CLT modificou a sistemática que conferia mútua vantagem aos trabalhadores e empregadores. O regime compensatório clássico, anterior à edição da supracitada lei, trazia na dinâmica trabalhista a possibilidade dos sujeitos contratuais transacionarem a gerência de seus horários de trabalho, que podiam de modo incontestável equilibrar a produtividade da empresa/empregador com o bem estar do funcionário, e este, por sua vez, diante de um horário flexível, poderia cumprir suas obrigações pessoais, otimizando mais o seu tempo.⁷⁵

Cumprе ressaltа que toda lei que nitidamente aumenta os riscos da saúde e da segurança do trabalhador, como lembra Maurício Godinho (2011, p. 895), e ao mesmo tempo reduz direitos e vantagens trabalhistas, só poderá produzir seus efeitos perante negociação coletiva. Uma vez que a transação meramente bilateral não é hábil a estipular essa redução (flexibilização a partir da adequação setorial negociada) de direitos no ramo justralhista.

Assim para que haja o regime de compensação anual por meio do banco de horas é necessário que a pactuação, conforme o próprio art.59 da CLT destaca, seja realizado por meio de acordo ou convenção coletiva, pois a própria Constituição Cidadã de 1988 no art.7, XXII, veda a transação bilateral que reduza a segurança e saúde do trabalhador ⁷⁶ :

Horas extras. Compensação. Banco de horas. Inexistência de acordo ou convenção coletiva. Invalidade. Caracterizada a extrapolação de jornada, ainda que a recorrente insista na tese de que havia compensação e banco de horas , descarta-se a mesma pela ausência de acordo ou convenção coletiva que a respalde. A simples menção a supostas convenções entabuladas não preenche o requisito, pois, trata-se de fato impeditivo do direito do autor que requer comprovação cabal, sob pena de prevalecer a versão autoral, tal como verificado nos autos.

(TRT21ª. RO 900-16.2013.5.21.0002. Acórdão 137.344. Rel. Des. Eridson João Fernandes Medeiros. Divulgado no DEJT nº 1562. Publicado em 19/09/2014)

⁷⁵ ibidem, p. 893.

⁷⁶ 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;

(...)

Depreende-se assim, para que as horas prorrogadas nessa espécie compensatória sejam remuneradas como horas normais sem qualquer incidência de adicionais, é necessário a ausência de irregularidades na formação do banco de horas, sob a consequência de qualquer inobservância gerar o dever de pagar a sobrejornada com os respectivos adicionais de horas extras.

Na ocorrência de desconstituição do banco de horas, Cairo Júnior (2012) ainda esclarece que o não cumprimento das exigências para a instituição do regime compensatório anual, aliado ao trabalho em sobrejornada habitual, torna irregular este sistema, sendo devido ao empregado como horas extraordinárias o tempo excedente em cada jornada legal, com o pagamento apenas do adicional sobre aquelas irregularmente compensadas.

Esse é o posicionamento também do Ministro Godinho, onde afirma que havendo irregularidade referente ao regime instituído pela Lei 9.601/98, qualquer excesso na jornada de trabalho diária gerará horas extras, conduta que decorre não somente do §3º do art.59 da CLT, mas do próprio tipo legal do banco de horas que só passa a vigorar atendidos todos os requisitos. Por fim, conclui que como não há sequer o regime compensatório em virtude da irregularidade, não se pode considerar os efeitos legais desse sistema.

3.3 Banco de Horas e os Princípios Constitucionais do Trabalho

O banco de horas veio alterar sistematicamente o regime de compensação de jornada. Resta claro que o conflito entre o capital e o trabalho aparece também nas correlações de forças que circundam o contrato laboral. A discussão sobre pactuar ou não o banco de horas se justificou mais pela pressão patronal, sem atentar para as garantias mínimas de saúde e segurança do trabalho.

Qualquer debate sobre esse aspecto deveria passar, precipuamente, por um estudo do processo de globalização da economia e os seus reflexos no desenvolvimento e aplicação do Direito do Trabalho e da Seguridade Social. O mundo pela própria dinâmica do capital sempre vive situações de crise, intensificadas pelo processo de globalização da economia, com benefícios para alguns e prejuízos para outros. Quem mais perde são aqueles que não se preparam para as intempéries e buscam soluções a todo preço sem ponderar as consequências. No Brasil, na área trabalhista, os principais reflexos são o desemprego, a precarização dos

direitos, a informalidade do trabalho e condições degradantes no desenvolvimento das atividades.⁷⁷

A justificativa à “submissão” dos trabalhadores a essas condições, em especial ao banco de horas, para muitos se explica pela ausência dos sindicatos, que deveriam impor critérios para a sua implementação e formas de uso, as críticas à posição letárgica das organizações coletivas chegam ao ponto de insinuarem possíveis ligações sindicais profissionais com os interesses patronais.

Entretanto, não se pode esquecer que as limitações sindicais para resistir à anualização das horas são nítidas: descentralização, onde as negociações passam a ser celebradas apenas entre empresas sem se explorar as negociações coletivas; os movimentos sindicais não ocupam mais os espaços de trabalho; e, principalmente, não existe regramento que determine como deve ser utilizado o “banco de horas”, restando aos sindicatos nas negociações a tentativa de implementar limitações e impedimentos, em outras palavras, resistir a ofensiva patronal.⁷⁸

Como afirma Arnaldo Süssekind (2001, p. 402):

[...] a negociação coletiva, em quase todos os países, vem sendo prejudicada pelo enfraquecimento dos sindicatos, resultante de crise gerada pela globalização da economia com o endeusamento das leis do mercado, que ampliou consideravelmente o desemprego e reduziu significativamente (salvo algumas exceções) o número de trabalhadores filiados aos correspondentes sindicatos.

Importante recordar que sob o argumento de conter as crises econômicas instaladas durante o século XX, implementou-se por meio da lei 9.601/98 e as medidas provisórias subsequentes o sistema de compensação anual. O banco de horas repercutiu tanto para os trabalhadores como para o capital, gerando consequências em diversos aspectos:

Somado ao conflito estabelecido durante as negociações coletivas, o banco de horas ainda produz diversos efeitos para os trabalhadores, assim como para o capital, durante sua aplicação. Para o capital, a compensação de forma anual do tempo de trabalho excedente facilita, por um lado o acompanhamento das oscilações do mercado, não necessitando contratar novos trabalhadores, economizando os valores referentes aos adicionais de hora extra, barateando, portanto o valor da força de trabalho; e, por outro, controlando de forma mais direta o tempo de disposição do trabalhador para a empresa, sendo possível

⁷⁷ Ver MELO, Raimundo Simão de. *Direito Ambiental do Trabalho e a Saúde do Trabalhador*. 4. ed. São Paulo: LRT, 2010, p. 75-76.

⁷⁸ FREITAS, Alessandra Rodrigues. *A flexibilização dos direitos trabalhistas e a tendência de anualização da jornada de trabalho: banco de horas em debate*. Artigo apresentado no VII Seminário do Trabalho. 2010. Marília/SP.p. 14.

intensificar o trabalho nos períodos de acréscimos das vendas e liberar os trabalhadores no momento de decréscimo, visando a diminuição dos tempos ociosos na produção. Além da economia com demissões nos momentos de queda.⁸⁰

Do trecho em análise se extraem algumas percepções, pois o trabalhador com uma carga horária diária dilatada se expõe mais ao stress; fica vulnerável a uma maior ocorrência de acidentes laborais; doenças ocupacionais e aos esforços repetitivos, dentre outros malefícios atrelados à intensificação do trabalho.

O alargamento do parâmetro temporal máximo introduzido com a lei 9.601/98, inicialmente quadrimestral, passando para a compensação anual por força das medidas provisórias, modificou a compensação de jornada que se mostrava em certas ponderações benéficas às duas partes na relação negocial trabalhista. Esse novo modelo anual teve como consequência o aumento nos risco a saúde e segurança dos obreiros.

Nesse passo é fundamental trazer a baile o inciso XXII, art 7º, da Constituição Federal, que traz a seguinte redação:

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;

(...)

Sobre esse dispositivo, discorre Celso Antonio Fiorillo :

mais do que mera hipótese de proteção dos trabalhadores, o dispositivo ilumina todo o sistema normativo que hoje se encontra delimitado de forma mais profunda nas Cartas Magnas e mesmo em legislação infraconstitucional. Tendo como destinatários pessoas indeterminadas, a regra da redução de riscos inerentes ao trabalho está plenamente adaptada aos fundamentos da República Federativa do Brasil que ao indicar os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, não se olvidou também em destacar a dignidade da pessoa humana como regra fundamental, o que significa de outro modo afirmar que todos os cidadãos, pouco importando ser pessoas determinadas ou indeterminadas, terão asseguradas condições de trabalho adequadas, evitando-se e mesmo minimizando riscos inerentes às funções exercidas.⁸¹

Assim, apesar da autorização para instituição do banco de horas, torna-se evidente que tal sistemática compensatória infringe diretamente direitos e garantias sociais dos

⁸⁰ Ver FREITAS, A. R., op. cit., p.14.

⁸¹ FIORILLO apud DIACOV, Priscila Jorge Cruz. O direito constitucional a saúde do trabalhador. In.: DELGADO, M. G.; DELGADO, G. N. (Org.), op. cit., vol 3, p. 636.

trabalhadores. Há nítida lesão ao patamar mínimo civilizatório do obreiro, com ênfase na violação dos princípios da dignidade da pessoa humana e do princípio da proteção.

Este último, também conhecido como princípio tuitivo ou tutelar, destaca-se no direito do trabalho por sua estrutura, normas e princípios, que criam uma rede de proteção, à parte hipossuficiente (trabalhador), na relação empregatícia, objetivando atenuar no plano jurídico a desigualdade que se apresenta faticamente no contrato de trabalho. Tal princípio é o cardeal do direito do trabalho, por repercutir em toda estrutura e características próprias do direito laboral.⁸²

Portanto, atentando-se para as transformações implementadas pela compensação anual das horas, resta claro que as modificações colidem frontalmente com os princípios constitucionais citados acima. Uma vez que a norma dotada no seu parâmetro anual reduz a tutela dos direitos laborais, principalmente a proteção à integridade física e mental do obreiro. Sobre o tema, Diacov, citando Dallari (DALLARI apud DIACOV, 2012, p. 639), esclarece que: “No Brasil, a saúde é hoje um dos direitos humanos do povo brasileiro porque indispensável à dignidade humana, conforme art.1º, III, da CF/1988. A Saúde é um direito complexo que envolve o direito ao completo bem-estar físico, mental e social, bem como a ausência de patologia”.

A sistemática em que o parâmetro de flexibilização se estende no lapso de até um ano ultrapassa os limites do que seria "ponderado". As horas prorrogadas além da jornada padrão exigem esforços extenuantes ao obreiro durante uma jornada de trabalho muito longa, criando riscos inevitáveis à saúde e à segurança do trabalhador. Verdadeira constatação sobre o tema faz o Ministro Godinho (2011, p. 894):

O regime de compensação anual de jornada, desse modo, escapa à dubiedade instigante que respondia pelo prestígio do mecanismo compensatório no estuário normativo do Texto Máximo de 1988, já que deixa de ser manejado em extensão ponderada, perdendo, nesse aspecto, o caráter de vantagem trabalhista em benefício recíproco de ambas as partes contratuais. A agressão que propicia à saúde, higiene e segurança laborais obscurece, significativamente, o sentido favorável ao trabalhador de que era classicamente dotado e o coloca em confronto com o art.7º XXII, da Constituição que assegura aos empregados direitos a normas de saúde, higiene e segurança que reduzam (e não que elevem) os riscos inerentes ao trabalho sob esta ótica, portanto, o critério inaugurado em 1998, no Brasil (compensação anual), teria ultrapassado a fronteira máxima compatível com a Constituição da República (compensação intersemanal, respeitado o mês), por instituir mecanismo que amplia (em vez de reduzir) os riscos inerentes ao

⁸² Ver DELGADO, op. cit., vol 1, p. 639.

trabalho. Para esta linha reflexiva, norma jurídica estatal que tenha vindo ampliar(em vez de reduzir) os riscos inerentes ao trabalho é norma jurídica que desrespeita comando constitucional expresso (art.7º,XXII, CF/88).

Além disso, os trabalhadores veem o rebaixamento de sua remuneração, pois a compensação de jornada anual possibilita que essa hora prorrogada seja compensada sem a incidência do adicional devido às horas extraordinárias. Em outras palavras, quando se compensa as horas "armazenadas" no banco de horas, para cada hora trabalhada em excesso, apenas uma hora será compensada posteriormente, o que demonstra que o tempo de disponibilidade a mais do obreiro quando convertido na sistemática do banco de horas é quantitativamente defasado em relação às horas extras.

Portanto, não há a aplicação no banco de horas do tempo laborado extraordinariamente. Nessa para cada uma hora laborada, além da remuneração relativa ao período, incidirá o adicional de hora extra, que deverá ser no mínimo de 50%, significando que a remuneração de 1 hora em sobrejornada corresponderá, no menor patamar, à 1 hora e 30 de minutos de serviço do trabalhador; quando se utiliza o banco de horas, aplica-se para cada hora de trabalho prorrogada o valor de apenas 1 (uma) hora de trabalho a compor o saldo do obreiro, paga em forma de compensação. Assim, mesmo a hora sendo compensada posteriormente e diante do prazo dilatado, se observa que o tempo de trabalho é sub-remunerado e desvantajoso.

O banco de horas apesar de encontrar respaldo constitucional no art.7, XIII, da CF, que faculta a compensação de horários e flexibilização da jornada a convenção e acordo coletivo, não confere eficácia aos preceitos constitucionais de proteção a saúde e vida digna do obreiro quando implementados em um sistema compensatório anualizado.

Todavia, a própria jurisprudência, ao editar a súmula 85 do TST, como já citado ao longo desse debate, consagrou o sistema de banco de horas, considerando válida tal sistemática, desde que celebrada por meio de acordo ou convenção coletiva. Apenas rechaçando como forma de proteger a saúde e segurança do obreiro, o acordo individual escrito, como acontece no regime compensatório clássico:

Súmula nº 85 do TST

COMPENSAÇÃO DE JORNADA (inserido o item V) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011
I. A compensação de jornada de trabalho deve ser ajustada por acordo individual escrito, acordo coletivo ou convenção coletiva. (ex-Súmula nº 85 - primeira parte - alterada pela Res. 121/2003, DJ 21.11.2003)

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

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

IV. A prestação de horas extras habituais descaracteriza o acordo de compensação de jornada. Nesta hipótese, as horas que ultrapassarem a jornada semanal normal deverão ser pagas como horas extraordinárias e, quanto àquelas destinadas à compensação, deverá ser pago a mais apenas o adicional por trabalho extraordinário. (ex-OJ nº 220 da SBDI-1 - inserida em 20.06.2001)

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

Cumprе ressaltar que mesmo a autonomia coletiva não é capaz de criar normas, sem qualquer limites de ordem material, principalmente quando violam preceitos constitucionais. Dessa forma, importante lembrar o princípio da “adequação setorial negociada”. O professor Godinho, ao tratar do tema, lembra que tal princípio não se aplica quando se trata de direitos revestidos de indisponibilidade absoluta, onde os quais não podem ser transacionados nem mesmo sob a tutela coletiva. Esclarece ainda que tais direitos devem permanecer incólumes, pois são tutelados pelo interesse público, constituindo um patamar mínimo civilizatório, impossível de ser reduzido em uma sociedade democrática de direito, onde tal situação afrontaria diretamente a dignidade da pessoa humana (art.1º , III, da CF) e a valorização do trabalho (art.170 , *caput* da CF), citando como exemplo o salário mínimo e as normas de saúde e segurança do trabalho.⁸⁶

Apesar de o Banco de Horas ser resultado de políticas flexibilizatórias do Direito do trabalho que objetivam preservar os interesses econômicos e sociais de uma nação em processo de desenvolvimento ou para enfrentamento de crises pontuais, extirpar direitos mínimos vai em contraponto ao cerne da relação trabalhista, qual seja, a tutela do empregado.

O direito do trabalho não pode se deixar levar por discursos equivocados sobre modificações de certos tipos protetivos trabalhistas, que só produzem o empobrecimento da

⁸⁵ Disponível em: http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_51_100.html#SUM-85. Acessado em: 08 de outubro de 2014.

⁸⁶ Ver DELGADO, M. G., op. cit., p. 882.

classe trabalhadora, contribuindo incisivamente para o enfraquecimento da relação de trabalho, aumento da precarização do direito laboral e dos riscos aos trabalhadores. Categóricas palavras apresenta Raimundo Simão (2010, p. 80) sobre o tema:

[...] não é que não se deva fazer uma reforma trabalhista, que realmente é necessária, na busca de adaptação e modernização das normas trabalhistas aos tempos atuais, porque a função do direito é mesmo acompanhar as vicissitudes sociais, a elas se adaptando. Contudo, não se pode perder de vista os irreparáveis prejuízos que podem ser causados por reformas irresponsáveis que só levam em conta os aspectos econômicos em detrimento dos sociais e humanos. É preciso, pois, que se faça valer os princípios constitucionais fundamentais que asseguram o valor social do trabalho e dignidade da pessoa humana.

Ainda sobre o tema, Melo, citando Jorge Luiz Souto Maior, assevera (MAIOR apud MELO, 2010, p. 79):

é preciso, portanto, ao contrário da flexibilização desordenada, tornar o direito laboral mais forte, para fazer frente ao avanços ilimitados do interesses do capital, principalmente para a proteção daquilo que parece ser essencial, qual seja, a manutenção do emprego, não qualquer emprego, mas um emprego que preserve a dignidade da pessoa, que, aliás, trata-se de um princípio fundamental da República federativa do Brasil (art.1º, da CF).

Assim, trazendo para a análise do Banco de Horas, é possível concluir que a violação aos direitos laborais ocorre quando a transformação da jornada passa a ser “anualizada”. Se padrões mais razoáveis e menos dilatados no sistema compensatório fossem utilizados, poderia haver uma maior adequação entre as necessidades empresarias e econômicas sem que houvessem lesões a direitos mínimos trabalhistas, como se tentou fazer no início da aplicação da lei 9.601/98. Mas que foi deturpada posteriormente com diversas medidas provisórias, estabelecendo o parâmetro anual de compensação.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A globalização da economia, a flexibilização das normas trabalhistas, a terceirização das atividades e outras nuances na esfera econômica e social têm contribuído diretamente para o aumento em determinados aspectos da precarização do trabalho, principalmente, no que tange à saúde e à segurança do trabalhador. A desregulação da economia e as ideias de livre mercado acentuam essa concepção e até mesmo afastam a responsabilidade do Estado na regulação social.

Historicamente a classe trabalhadora lutou pela redução da jornada, encontrando respaldo em movimentos sociais, revoluções econômicas e reorganização do espaço político mundial. No Brasil, o século XX trouxe importantes transformações com a implementação da Consolidação das Leis Trabalhistas. Todavia, as últimas décadas trouxeram modificações que colocaram em conflito direitos até então conquistados.

Essas alterações passaram especialmente pelas ondas flexibilizatórias geradas para controlar o desemprego e a falta de produção nos momentos de crises. Estas, enfrentadas especialmente pós década de 70, com as guerras e derrocadas árabes, como também com a pressão por combustíveis e derivados do petróleo.

Importante consequência decorrente da flexibilização foi a manutenção dos empregos a partir do elástico da jornada sem que houvesse novas sobrecargas salariais para os empregadores, resultando em um sistema de compensação de horas que pudesse equilibrar os momentos de pico produtivo e de menor demandas sem onerar a produção ou afetar a manutenção dos postos de trabalho.

O que se debate é o cerne dessa compensação. É latente que o sistema de banco de horas implementado pela lei 9.601/98 impõe ao obreiro jornadas extenuantes quando se toma como parâmetro o seu modelo “anual”, possuindo como principal requisito apenas a pactuação por meio de acordo ou convenção coletiva sem regras que melhor determinem como se dará a compensação. A jurisprudência atual já sinaliza para as consequências deletérias de tal sistemática, a saúde e a segurança do obreiro.

Ademais, quando se aplica o “Banco de Horas”, cada hora de trabalho prorrogada adiciona-se o valor de apenas 1 (uma) hora de trabalho a compor o saldo do obreiro, pagas em forma de compensação, sem a incidência de qualquer adicional de horas-extras, devidos na ausência do regime anual. Assim, além de um prazo dilatado para a compensação, o trabalho extraordinário passa a ser sub-remunerado apresentando-se desvantajoso ao trabalhador .

A flexibilização das normas trabalhistas surge para adaptar e modernizar as leis laborais(direitos e garantias) aos tempos atuais. Uma vez superada tal conjuntura, deverá a norma retornar ao seu “*status quo ante*” havendo sempre ponderação e compensação de valores ao se adotar as medidas flexibilizantes. O Direito é indissociável das relações sociais.

Todavia, não se pode confundir avanços econômicos com retrocessos e mitigações de direitos trabalhistas essenciais, como a saúde, a segurança do trabalho e a própria dignidade humana, entendida esta como o tratamento igual dos homens entre si em sociedade e a valorização da “vida”. É necessário que se dê efetividade a estes princípios constitucionais e ao valor social do trabalho.

Portanto, quando se enfrenta a dicotomia instalada com o instituto do Banco de Horas e a necessidade da preservação dos direitos mínimos do trabalhador, solução razoável seria a adoção de parâmetros menos dilatados para a compensação de horas, preservando os interesses patronais e de proteção ao obreiro. Inicialmente até se previu a compensação quadrimestral que se apresentava mais razoável que a atual. Tal modelo, por exemplo, preservaria a flexibilização das normas laborais necessárias a adequação, desenvolvimento social e econômico de uma nação, sem esquecer de proteger o cerne da relação trabalhista, o emprego, e conseqüentemente, os trabalhadores.

REFERÊNCIAS

BARROS, Alice Monteiro. **Curso de Direito do Trabalho**. 3. ed. São Paulo: Ltr, 2006.

BARROS, Cássio Mesquita. Flexibilização do Direito do Trabalho e Terceirização. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**. São Paulo: Rtrib, v. 21, n. 268, out-dez, 1997.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 17 set. 2014.

CAIRO JUNIOR, José. **Curso de direito do Trabalho**. 7. ed. Salvador: Juspodium, 2012.

CASSAR, Vólia B. **Direito do Trabalho**. 4. ed. São Paulo: Impetus, 2008.

CASSAR, Vólia B. **Direito do Trabalho**. 9. ed. São Paulo: Método, 2014.

CASTRO, C. A. P. ; LAZARRI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. 14. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.

CAVALCANTI, Lygia M. G. B. **A Flexibilização do Direito do Trabalho no Brasil: Desregulação ou regulação anética do Mercado?.** São Paulo: LTR, 2008.

CHAHAD, José Paulo Zeetano. As modalidades especiais de contrato na CLT e a flexibilidade do mercado de Trabalho brasileiro. In.: CHAHAD, Jose Paulo Zeetano; CACCIAMALI, Maria Cristina. **Mercado de Trabalho no Brasil: novas práticas, trabalhistas, negociações coletivas e direitos fundamentais do trabalho**. São Paulo: LTR, 2003.

Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 20.set.2014

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 11. ed. São Paulo: Ltr, 2011.

DELGADO, Maurício Godinho. Princípios especiais do direito individual do trabalho. In.: DELGADO, M. G.; DELGADO, G. N. (Org.). **Doutrinas Essenciais Direito do Trabalho e Seguridade Social**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.Vol. 1.

DIACOV, Priscila Jorge Cruz. O direito constitucional a saúde do trabalhador. In.: DELGADO, M. G.; DELGADO, G. N. (Org.). **Doutrinas Essenciais Direito do Trabalho e Seguridade Social**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. Vol. 3.

DELGADO, Maurício Godinho. Constituição da República, Estado democrático de direito. In.: DELGADO, M. G.; DELGADO, G. N. (Org.). **Doutrinas Essenciais Direito do Trabalho e Seguridade Social**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. Vol.1

DELGADO, Maurício Godinho. PORTO, Lorena Vasconcelos. O Estado do Bem-Estar Social no capitalismo Contemporâneo. In.: DELGADO, M. G.; DELGADO, G. N. (Org.). **Doutrinas Essenciais Direito do Trabalho e Seguridade Social**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. Vol.1

Emenda Constitucional nº 32 de 11 de setembro de 2001. Presidência da República, Casa Civil, subchefia de assuntos jurídicos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc32.htm. Acessado em 01 de outubro de 2014.

FREITAS, Alessandra Rodrigues. **A flexibilização dos direitos trabalhistas e a tendência de anualização da jornada de trabalho**: banco de horas em debate. Artigo apresentado no VII Seminário do Trabalho. 2010. Marília/SP.

GIROTTI, Luis Leonardo. **Limites à flexibilização do direito do trabalho no Brasil**. 2010. Fl.80 f. Monografia, UFRGS, Porto Alegre, 2010.

HOLANDA, A. B. **Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa**. Positivo, 2010.

Lei nº 6.019, de 03 de janeiro de 1974. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6019.htm. Acesso em: 25 de setembro de 2014.

Lei nº 8.036, de 11 de maio de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8036consol.htm. Acesso em: 01 de outubro de 2014.

Lei nº 9.601, de 21 de Janeiro de 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9601.htm. Acesso em: 01 de outubro de 2014.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 5. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2011.

Medida Provisória nº1709 de 06.08.1998. Presidência da República subchefia de assuntos jurídicos. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/Antigas/1709.htm acesso 01.10.2014

Medida Provisória 2.164-41 de 24 de outubro de 2001. Presidência da República subchefia de assuntos jurídicos. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/2164-41.htm acesso 03.10.2014

MELO, Raimundo Simão de. 4. ed. **Direito Ambiental do Trabalho e a Saúde do Trabalhador**. São Paulo: LTR, 2010.

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

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 25. ed. São Paulo: Saraiva. 2010.

PASTORE, José. **Crises econômicas e flexibilidade no trabalho**: os casos de Alemanha e Brasil. São Paulo: CNI, 2011.

REZENDE FILHO, Tabajara Medeiros. **Do Protecionismo do empregado à proteção do trabalhador**: desafios da flexicurity. 2013. Fl.160. f.Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

ROMITA, Arion Sayão. Horas Extraordinária: base diária ou anual?. In.: DELGADO, M. G.; DELGADO, G. N. (Org.). **Doutrinas Essenciais Direito do Trabalho e Seguridade Social**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SÜSSEKIND, Arnaldo. **Direito Constitucional do Trabalho**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ZYLBERSTAIN, Hélio. Banco de Horas: da justificativa teórica à utilização prática no Brasil. In.: CHAHAD, Jose Paulo Zeetano; CACCIAMALI, Maria Cristina. **Mercado de Trabalho no Brasil**: novas práticas, trabalhistas, negociações coletivas e direitos fundamentais do trabalho. São Paulo: LTR, 2003.