

Breves anotações sobre o trabalho extraordinário e suas implicações na validade do banco de horas

Elesandra Daniela Corrêa de Carvalho da Silva¹

Resumo: O presente trabalho examina a validade do banco de horas no momento da compensação do trabalho extraordinário prestado pelo obreiro. Aponta-se, em resumo, as implicações das horas extras prestadas de forma habitual na validade do instituto e o entendimento adotado pela jurisprudência para que seja justa e adequada à aplicabilidade destas normas. A flexibilização da norma trabalhista visa atender o interesse e, sobretudo, necessidade do empregador sem preterir o direito do empregado, sob pena de malferir preceitos fundamentais da seara trabalhista.

Palavras-chave: Banco de horas. Horas extras. Compensação.

Abstract: This paper examines the validity of the bank upon hours of overtime compensation provided by worker. Points out, in summary, the implications of overtime provided as usual in the validity of the institute and understanding adopted by case law to be fair and appropriate to the applicability of these standards. The easing of the labor standard aims to meet the interest and, especially, the employer need not eschew the rights of the employee, under penalty of malferir fundamental precepts of the harvest labor.

Keywords: Bank hours. Overtime. Compensation.

Introdução

A dinâmica do mercado exige do empresariado brasileiro a tomada de medidas enérgicas visando o lucro do negócio. Em meio as mais variadas medidas, sejam elas de natureza comercial ou não, abordar-se-á neste trabalho o instrumento utilizado na produção para evitar perdas de força de trabalho e, sobretudo, o indesejável prejuízo.

As variações de mercado exige do empregador a tomada de medidas de flexibilização da jornada de trabalho, como o “banco de horas”, instrumento de equilíbrio utilizado para garantir a lucratividade, com o atendimento das variações do mercado, sem preterir o direito do trabalhador.

Como será melhor desenvolvido em tópico específico, essa flexibilização da norma trabalhista é fruto de um processo de mutação do próprio mercado, e, por isso, há

¹ Bacharelado do 9º período em Direito pelo Centro Universitário Salesiano de São Paulo – U.E. de Lorena. e-mail: elesandradaniela@yahoo.com.br

a necessidade de compreendê-la como instrumento jurídico de equilíbrio, dado os fatores econômicos, políticos e de demais naturezas a que estão expostos o empregador.

Deve-se, é claro, ter cautela com a flexibilização das normas trabalhistas sob pena de malferir princípios basilares do Direito do Trabalho, como o princípio da norma mais favorável ao trabalhador e da dignidade da pessoa humana.

A proposta de uma análise dos diplomas legais, com uma amostra da interpretação dada pela jurisprudência, permitirá apontar o que tem ocorrido na prática e a necessidade de uma justa e adequada aplicação destas normas, dada sua importância, tanto para o empregador quanto para o empregado.

1. Duração do trabalho

1.1. Gênero e espécies

Vólia Bomfim Cassar ensina que a “duração do trabalho é o gênero do qual são espécies a jornada, o horário de trabalho e os repousos (intra-jornada, entre jornadas ou interjornadas, semanal e anual)” (2011, p. 654). Segundo Sérgio Pinto Martins, jornada “diz respeito ao número de horas diárias de trabalho que o trabalhador presta à empresa (2001, p. 437)”.

Arnaldo Sussekind explica que horário de trabalho “é a fixação dos momentos em que deve ter início e fim a jornada normal de trabalho e, se for o caso, do intervalo para descanso ou refeição (...)” (*apud* CASSAR, 2011, p. 654).

Visando a proteção do trabalhador, impõe a Constituição Federal de 1988 limites à jornada de trabalho, estabelecendo em seu artigo 7º, inciso XIII, que é um direito do trabalhador a “duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais” (NERY JUNIOR, 2006, p.178).

No mesmo sentido estabelece a Consolidação das Leis do Trabalho, em seu artigo 58: “duração normal do trabalho, para os empregados em qualquer atividade privada, não excederá de 8 horas diárias (...)” (CARRION, 2011, p. 126).

“Toda vez que o empregado prestar serviços ou permanecer à disposição do empregador após esgotar-se a jornada normal de trabalho haverá trabalho extraordinário, que deverá ser remunerado com o adicional (...)” (SARAIVA, 2011, p.268).

Assim, todo e qualquer trabalho que exceda o limite contratual ou legal ou que seja exercido nos intervalos previstos em lei, será caracterizado extraordinário e produzirá efeitos no valor devido ao empregado, com o acréscimo de percentual legal de 50% (cinquenta por cento), caso não haja previsão de percentual superior ao mínimo legal na convenção coletiva da categoria (CF/1988, art. 7º, XVI, c/c art. 59, § 1º, da CLT).

1.2. Jornadas diferenciadas de trabalho

Compreendida a jornada normal de trabalho, e por razões didáticas, entende pela necessidade de breves anotações sobre a jornada noturna e especial de trabalho, sem, contudo, esgotar a matéria.

O artigo 73 da Consolidação das Leis do Trabalho preceitua, como regra geral, que o trabalho realizado entre as 22h e às 5h do dia seguinte é considerado noturno, sendo que a referida hora será equivalente a 52' e 30'', além do adicional de 20% (vinte por cento) para efeito de pagamento.

A título de ilustração, cita-se a propósito o artigo 20 da Lei nº. 8.906/94, que estabelece o trabalho noturno do advogado, sendo compreendido das 20h às 5h do dia seguinte, com adicional de 25% (vinte e cinco por cento) para efeito de pagamento. Neste caso específico, a hora noturna será equivalente a 60'.

Há diferenças no que se refere à fixação do período noturno não só quanto a determinadas categorias profissionais, como advogados, engenheiros e etc., mas também quanto aos tipos de trabalhadores, urbanos e rurais. E, para estes, ainda há, assim como para os urbanos, diferença no que se refere ao horário de acordo com a atividade (agricultura e pecuária).

Nestes casos, toda vez que o empregado prestar serviços ou permanecer à disposição do empregador após esgotar a jornada normal de trabalho, haverá trabalho extraordinário, que deverá ser remunerado com o adicional, aplicando-se, portanto, as normas de caráter geral, sem descuidar do adicional noturno, que se faz presente por razões diversas.

Além da jornada noturna, há também jornadas especiais de trabalho, como por exemplo, a jornada da telefonista. Para estas, segundo preceitua o artigo 227 da Consolidação das Leis do Trabalho, a jornada terá duração máxima de seis horas contínuas de trabalho por dia ou trinta e seis horas semanais.

1.3. Finalidade da norma

As normas atinentes à duração do trabalho possuem razões de cunho biológico, sociais e econômicos. Nesse sentido, ensina a professora Vólia Bomfim Cassar:

As regras de medicina e segurança do trabalho envolvem os períodos de trabalho, os de descanso e as condições de trabalho. São normas imperativas que estabelecem direitos de ordem pública, impedindo as partes de renunciar, transacionar ou dispor de qualquer benesse que a lei tenha concedido ao empregado. A limitação do tempo de duração do trabalho tem como fundamento três aspectos importantes: biológicos, sociais e econômicos:

a) biológicos:

O excesso de trabalho traz fadiga, estresse, cansaço ao trabalhador, atingindo sua saúde física e mental. Portanto, os fatores biológicos são extremamente importantes para limitar a quantidade de trabalho diário.

b) sociais

O trabalhador que executa seus serviços em extensas jornadas tem pouco tempo para a família e amigos, o que segrega os laços íntimos com os mais próximos e exclui socialmente o trabalhador.

c) econômicos

Um trabalhador cansado, estressado e sem diversões produz pouco e, portanto, não tem vantagens econômicas para o patrão. (2011, p. 653).

Por esses motivos biológicos, sociais e econômicos que há limites legais visando à proteção do trabalhador, principalmente pelo fato de que o empregador visa o lucro, com maior produção e menor custo, o que justifica a própria criação de mecanismos de flexibilização da jornada, em razão do conflito de interesses.

2. Flexibilização da jornada

2.1. Origem e finalidade

A doutrina, de modo geral, explica que por razões históricas houve motivos e incentivos para que a norma trabalhista fosse rígida, com base principiológica favorável ao trabalhador.

Entretanto, em virtude de uma nova realidade, em contraposição à rigidez da norma, surge a ideia da flexibilização.

A variação do mercado e a necessidade de maior produção exigem flexibilização da jornada de trabalho; tudo em prol da preservação da saúde empresarial, interesse maior do empregador. De outro lado, tem-se o princípio da proteção ao trabalhador, que estabelece o norte da interpretação e confecção de diplomas legais pertinentes à relação de emprego.

Há outros sinais de flexibilização da norma trabalhista, não só quanto à jornada de trabalho mas também quanto à forma e duração do contrato, por exemplo. Muito se discute sobre os benefícios e malefícios da flexibilização, se é realmente uma busca pelo equilíbrio ou se irá suprimir direitos do trabalhador conquistados ao longo da história.

Como desenvolvido no tópico anterior, por motivos biológicos, sociais e econômicos é que há limites legais visando à proteção do trabalhador, principalmente pelo fato de que o empregador visa o lucro, com maior produção e menor custo.

Todavia, como reflexo de um protecionismo quiçá exagerado, houve a necessidade de se criar mecanismos de flexibilização da jornada, em razão do conflito de interesses, como é o “banco de horas”, a seguir desenvolvido.

3. Banco de horas

3.1. Conceito

O banco de horas, fruto da necessidade de flexibilização da jornada de trabalho, por razões diversas, foi criado, inicialmente, pela medida provisória de nº. 1.709/98 e, posteriormente, teve nova redação com a medida provisória de nº. 2.164-41/01, que resultou na alteração do parágrafo 2º do artigo 59 da consolidação.

Antes de conceituar o instituto, cabe esclarecer que a “compensação de jornada é gênero cujas espécies são: compensação tradicional e banco de horas”. (CASSAR, 2011, p.671).

“A compensação de jornada tradicional é aquela em que o módulo semanal ou mensal é respeitado e o horário de trabalho por dia é previamente fixado.” (CASSAR, 2011 p.671).

O “banco de horas” é, por força de acordo ou convenção coletiva de trabalho, o desconto do excesso de horas em um dia pela correspondente diminuição em outro dia,

de maneira que não exceda os limites legais, podendo ser fixo ou variável de acordo com a demanda.

3.2. Objetivo

A finalidade do instituto é, sem sombra de dúvidas, atender as necessidades da atividade empresarial sem preterir o direito do empregado, caracterizando-se como instrumento de flexibilização, por coexistir interesses conflitantes. Ainda sobre o contexto da flexibilização das normas, merece destaque o ensinamento de Rosita Nassar:

a flexibilização das normas trabalhistas faz parte integrante de um processo maior de flexibilização do mercado de trabalho, consistente em um conjunto de medidas destinadas a dotar o Direito do Trabalho de novos mecanismos capazes de compatibilizá-lo com as mutações decorrentes de fatores de ordem econômica, tecnológica ou de natureza diversa. (1991, p. 76).

Deste modo, o banco de horas é fruto de uma mutação da ordem econômica e de demais fatores que influenciam o sistema capitalista, compreendendo questões políticas, sociais e não apenas jurídicas.

3.3. Requisitos de validade

A justiça especializada do trabalho, ao analisar a validade do instituto nos casos concretos, tem sido rígida e, por este motivo, a matéria acaba por se transformar em foco de ações trabalhistas.

O primeiro requisito, nos termos do artigo 7º, inciso XIII, da Lei Maior, cumulado com o artigo 59, parágrafo segundo, da Consolidação, é a necessidade de estar previsto em acordo ou convenção coletiva de trabalho o regime de compensação, ou seja, “é necessária a prova da existência de acordo escrito (jurisprudência dominante TRT – Campinas/SP)” (CARRION, 2011, p. 140).

Houve divergências na jurisprudência sobre a possibilidade de pactuar por escrito e individualmente o regime de compensação até que o Tribunal Superior do Trabalho (TST) sumulou (nº 85, inciso I – conversão das OJs SDI-1 182, 220 e 223) o

entendimento de que pode ser a compensação ajustada por acordo individual (CARRION, 2011, p. 140).

“A jurisprudência desta Corte Superior já se consolidou no sentido de que ‘é válido o acordo individual para compensação de horas, salvo se houver norma coletiva em sentido contrário’ (Orientação Jurisprudencial 182 da C. SDI) (TST, RR 490.524/98.0, Aloysio Corrêa da Veiga)” (CARRION, 2011, p.141).

Depreende-se dos precitados artigos que é um requisito de validade do instituto que a carga horária não ultrapasse os limites legalmente impostos pelo ordenamento jurídico, de 44 horas semanais e 10 horas diárias, no período máximo de um ano.

Cabe destacar que o Tribunal Superior (TST) sumulou (nº. 349) o entendimento de que “a validade do acordo coletivo ou convenção coletiva de compensação de jornada de trabalho em atividade insalubre prescinde da inspeção prévia da autoridade competente em matéria de higiene do trabalho (art. 7º, XIII, da Constituição da República; art. 60 da CLT)” (CARRION, 2011, p.140).

Acredita-se que o requisito que enseja maior discussão - e é foco de ações trabalhistas - é o fato de que as horas extraordinárias prestadas de forma habitual descaracterizam o acordo de compensação (súmula nº. 85 do TST).

“Nesta hipótese, as horas que ultrapassarem a jornada semanal normal devem ser pagas como horas extras e, quanto àquelas destinadas à compensação, deve ser pago a mais apenas o adicional por trabalho extraordinário”. (TST – Súmula 85 – conversão das Orientações Jurisprudenciais SDI-1 182, 220 e 223)” (CARRION, 2011, p. 140).

Vale salientar, conforme mencionado anteriormente, que, além do banco de horas, temos outra espécie do gênero compensação de jornada conhecida por “tradicional”, que também tem validade, sendo respeitado o módulo semanal.

Exemplifica Vólia Bomfim Cassar (2011, p.671):

Um exemplo de compensação tradicional ocorre no caso dos empregados da construção civil que, por força de norma coletiva, têm horário da seguinte forma: de segunda a quinta feira, das 8 às 18 horas, com uma hora de intervalo (9 horas de trabalho por dia); às sextas-feiras, das 8 às 17 horas, com o mesmo intervalo (8 horas de trabalho). Os horários de trabalho são previamente ajustados, a jornada é de 8 horas às sextas feiras e de 9 horas de segunda a quinta feira, que totalizam 44 horas semanais. Neste exemplo houve aumento de uma hora por dia, durante quatro dias, para compensar o não trabalho aos sábados, cuja jornada máxima seria de 4 horas. Estas quatro horas foram distribuídas de forma fixa durante a semana e previamente ajustadas entre empregado e empregador.

Outro exemplo acontece com os vigilantes que, através de convênio coletivo, têm jornada de 12 horas de trabalho por 36 de descanso, de forma que no mês fica respeitado o limite de 220 horas semanais.

Pode-se afirmar, portanto, que os requisitos de existência, validade e eficácia do instituto em comento são diversos e devem ser observados rigorosamente pelos empregadores, sob pena de sofrerem os efeitos de um passivo trabalhista, fato gerador de inúmeras ações trabalhistas.

Conclusão

A análise feita neste trabalho não afasta a necessidade de uma visão mais ampla sobre a matéria versada, até mesmo incluindo outras ciências correlatas, mas sim demonstra a importância que se deve dar ao tema, reconhecendo, ao mesmo tempo, a insuficiência da matéria frente ao universo a que está inserida.

Tendo em vista as variações de mercado, o empregador é obrigado a fazer uso de medidas de flexibilização da jornada de trabalho, como o “banco de horas”, instrumento de equilíbrio utilizado para garantir a lucratividade sem prejudicar o direito do trabalhador e colimar toda a razão de ser dos limites estabelecidos pelo ordenamento jurídico brasileiro.

A justiça especializada do trabalho muito debateu sobre a matéria, simulando entendimentos equilibrados, por reconhecer a necessidade do empregador flexibilizar a jornada e a necessidade de se acautelar o hipossuficiente trabalhador.

Como exposto, se os requisitos a serem observados não estiverem presentes, como a não habitualidade do trabalho extraordinário, o empregador, nos termos da súmula 85 do TST pagará tão-somente o adicional previsto no instrumento normativo da categoria, sendo o mínimo legal de 50% (cinquenta por cento).

Muito embora se deva ter cuidado com a flexibilização das normas trabalhistas, devido ao princípio da norma mais favorável ao trabalhador e da dignidade da pessoa humana, pode-se concluir que os entendimentos sedimentados pela jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho têm buscado o equilíbrio desta relação, para que seja justa e adequada à aplicabilidade destas normas.

Referências

CARRION, Valentim. **Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho**. 36ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. 5ª ed. Niterói: Impetrus, 2011.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho**. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2001.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho**. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

NASSAR, Rosita de Nazaré Sidrim. **Flexibilização do Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2003.

NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. **Constituição federal comentada e legislação constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

SARAIVA, Renato. **Direito do trabalho: versão universitária**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.

FOLHA ANEXA

NOME: ELESANDRA DANIELA CORRÊA DE CARVALHO DA SILVA

TITULAÇÃO ACADÊMICA: Bacharelado do 9º período em Direito pelo Centro Universitário Salesiano de São Paulo – U.E. de Lorena.

INSTITUIÇÃO: Centro Universitário Salesiano de São Paulo – U.E. de Lorena.

OCUPAÇÃO PROFISSIONAL:

ENDEREÇO: Rua Oscar Mesquita, nº 65, Jardim Coelho Neto – Guaratinguetá/SP

CONTATO: (12) 3126- 3002

e-mail: elesandradaniela@yahoo.com.br