

ACORDOS DE PRORROGAÇÃO E COMPENSAÇÃO DE JORNADA DE TRABALHO

MARTINS, Adalberto

Faculdade de Direito da PUC/SP

adalb2002@uol.com.br

GOMES, Márcia Borelli

Mestranda em Direito da PUC/SP

jmatra@gmail.com

RESUMO

O presente artigo objetiva realizar uma abordagem geral acerca dos instrumentos de prorrogação e compensação da jornada de trabalho, analisando as situações em que se revelam aplicáveis e os requisitos exigidos para sua validade.

PALAVRAS-CHAVE: *Jornada de Trabalho; Prorrogação; Compensação; Validade; Aplicação.*

INTRODUÇÃO

O direito do trabalho, que surgiu como resposta aos abusos advindos da Revolução Industrial do século XVIII, em que a exploração da mão-de-obra chegou a níveis inaceitáveis, apresentou a limitação da jornada de trabalho, ao lado da proteção ao trabalho da mulher e das crianças e adolescentes, no rol de conquistas dos trabalhadores. Neste sentido, é que se manifesta o caráter intervencionista do direito do trabalho a partir da assinatura do Tratado de Versalhes, de 1919, e intensificação da atividade legislativa nos países da Europa e da América Latina.

No Brasil, a preocupação com a limitação da jornada esteve presente em todas as Constituições promulgadas a partir de 1934, e na atual Constituição, o artigo 7º, XIII, assegura aos trabalhadores urbanos e rurais a duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta

e quatro semanais, admitindo a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho.

O acordo de compensação de horas é o instrumento que autoriza aumentar a jornada de trabalho em determinados dias e reduzir em outros, sem que este labor adicional configure o direito à remuneração de horas extras, enquanto o acordo para prorrogação de jornada permite o elástico da jornada por até duas horas em um dia, com a remuneração por trabalho em sobrejornada, com o adicional respectivo.

A limitação da jornada de trabalho, que é uma conquista dos trabalhadores, desde os primórdios do direito do trabalho, se justifica em face dos motivos de ordem fisiológica, social e econômica. O motivo de ordem fisiológica, segundo Barros (2007, p.646), reside no fato de que “as normas sobre duração do trabalho têm por objetivo primordial tutelar a integridade física do obreiro, evitando-lhe a fadiga”. O motivo de ordem social reside no reconhecimento de que o trabalhador integra outras comunidades além daquela em que está inserido no trabalho, inclusive a familiar, que é a base da sociedade (GARCIA, 2015). Finalmente, o motivo de ordem econômica, nas lições de Delgado (2007, p. 836), se revela no fato de que:

[...] a redução da duração do trabalho desponta, sem dúvida, como um dos mais eficazes instrumentos de redistribuição social de, pelo menos, parte dos enormes ganhos de produtividade alcançados pelo desenvolvimento científico e tecnológico inerente ao capitalismo. [...]

Vale dizer, assim, que a limitação da jornada seria uma forma de combate ao desemprego.

2. ACORDO DE PRORROGAÇÃO DE JORNADA

A prorrogação da jornada de trabalho significa a extrapolação dos limites máximos previstos no ordenamento jurídico ou em cláusula contratual. Na hipótese de jornada contratual inferior àquela estipulada pela Constituição da República, será considerado labor em sobrejornada todo aquele que exceder o horário contratual, que se mostra exigível diante do princípio da norma mais favorável.

O artigo 59, *caput*, da Consolidação das Leis do Trabalho admite expressamente o acordo de prorrogação de jornada de trabalho por mero acordo escrito (acordo individual ou coletivo). Vale dizer, o acordo escrito constitui requisito de validade do sistema de prorrogação de horas de trabalho.

Neste sentido, o labor em sobrejornada, o empregado não pode deixar de cumpri-lo, sempre que necessário, pois se torna obrigação contratual. No entanto, a prorrogação de jornada não pode ocorrer de forma ilimitada, estando sujeita ao máximo de duas horas, nos exatos termos do dispositivo consolidado (artigo 59 da Consolidação das Leis do Trabalho):

[...] 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. [...]

No entanto, como bem observa Garcia (2015, p.937):

[...] a norma em questão, que procura evitar o excesso de labor em sobrejornada, não pode ser interpretada em prejuízo ao próprio empregado. Assim, se forem prestadas horas extras acima do referido limite, ou mesmo sem a existência de acordo de prorrogação, o empregado faz jus ao seu regular recebimento, ficando o empregador sujeito a penalidade administrativa. [...]

Com efeito, a inviabilidade de devolução da força de trabalho despendida pelo empregado para com o empregador, aliado ao fato de consistir em forma de enriquecimento sem causa, impede que o empregador faltoso deixe de remunerar todas as horas (mesmo as excedentes a duas diárias) laboradas em prorrogação. Afinal de contas, se estará diante de uma hipótese de trabalho proibido e não de trabalho ilícito. Nesse sentido, já consolidado o entendimento da Justiça do Trabalho, por meio da súmula 376 do Tribunal Superior do Trabalho:

[...] Nº 376. Horas extras. Limitação. Art.59 da CLT. Reflexos.

I - A limitação legal da jornada suplementar a duas horas diárias não exime o empregador de pagar todas as horas trabalhadas. (ex-OJ nº 117 - Inserida em 20.11.1997)

II - O valor das horas extras habitualmente prestadas integra o cálculo dos haveres trabalhistas, independentemente da limitação prevista no caput do art. 59 da CLT. (ex-OJ nº 89 - Inserida em 28.04.1997). [...]

Contudo, se verificam três hipóteses em que, mesmo não contratadas, as horas extras são obrigatórias, nos exatos termos do artigo 61 da Consolidação das Leis do Trabalho. A primeira hipótese é a dos serviços inadiáveis

ou cuja inexecução possa acarretar prejuízo manifesto. Serviços inadiáveis são aqueles que não podem ser interrompidos, sob pena de inutilizados. O limite de prorrogação é de doze horas no total de um dia. A segunda hipótese é a da força maior. São aqueles fatos imprevistos que paralisam o trabalho. O empregador pode convocar o empregado, independentemente de acordo, para prestar horas extras e repor as horas paralisadas. A terceira hipótese é a de recuperação de horas perdidas. Trata-se da hipótese prevista no artigo 61, §3º, Consolidação das Leis do Trabalho, motivada pela necessidade de retomada das atividades após um período de interrupção resultante de causas acidentais ou força maior.

A exigência do trabalho prorrogado sem o acordo escrito individual ou coletivo somente é possível nas três hipóteses supramencionadas, porque são situações para as quais não é possível prever a necessidade das horas extras e efetivar o acordo escrito. No entanto, deverá ser respeitado o limite total de doze horas diárias nas duas primeiras situações e a jornada máxima de dez horas, por um período máximo de quarenta e cinco dias em um ano, na terceira hipótese, restando sempre assegurado ao trabalhador a remuneração por labor em horas extras, com o adicional mínimo correspondente a 50% (artigo 7º, XVI, Constituição da República).

Não se pode olvidar que a remuneração por labor extraordinário tem natureza salarial, motivo pelo qual integra o pagamento de todos os títulos do contrato. Portanto, o cálculo deve levar em consideração as parcelas recebidas habitualmente, como contraprestação pelo trabalho, a exemplo dos adicionais, nos termos da súmula 264 do Tribunal Superior do Trabalho:

[...] A remuneração do serviço suplementar é composta do valor da hora normal, integrado por parcelas de natureza salarial e acrescido do adicional previsto em lei, contrato, acordo, convenção coletiva ou sentença normativa. [...]

Em síntese, o cálculo para pagamento das horas extraordinárias se faz com base em todas as parcelas de natureza salarial recebidas pelo empregado. Isto porque, salário é a soma das parcelas fixas e variáveis, pagas diretamente pelo empregador, como contraprestação ao serviço prestado, ficando apenas excepcionadas as hipóteses de interrupção do contrato de trabalho, em que permanece a obrigação de pagar salários.

Contudo, a situação dos comissionistas se revela peculiar, na medida em que recebe somente o adicional de horas extras sobre as comissões, e não a hora extra integral acrescida do adicional constitucional, conforme entendimento já cristalizado na *Súmula 340 do Colendo Tribunal Superior do Trabalho*:

[...] O empregado, sujeito a controle de horário, remunerado à base de comissões, tem direito ao adicional de, no mínimo, 50% (cinquenta por cento) pelo trabalho em horas extras, calculado sobre o valor da hora das comissões recebidas no mês, considerando-se como divisor o número de horas efetivamente trabalhadas. [...]

O procedimento supramencionado se deve ao fato de que, quando o empregado comissionista trabalha em sobrejornada, o labor que ultrapassa a jornada de oito horas já está sendo remunerado pela comissão sobre as vendas efetuadas. Vale dizer, se o empregado trabalhar e, efetivamente, fizer vendas, a hora é considerada remunerada pela comissão sobre referidas vendas, motivo pelo qual remanesce apenas o direito ao adicional de horas extras.

Nas atividades insalubres, quaisquer prorrogações de jornada só podem ser acordadas mediante licença prévia das autoridades competentes em matéria de saúde no trabalho, as quais procederão aos necessários exames locais e à verificação dos métodos e processos de trabalho, nos termos do artigo 60 da Consolidação das Leis do Trabalho.

Por outro lado, determinados empregados, em decorrência de algumas atividades, não podem se sujeitar a qualquer espécie de prorrogação. Essa proibição se justifica para preservar a saúde do trabalhador, pois são atividades que provocam um desgaste físico e mental mais acentuado. É o caso das funções de telefonista, que só podem exceder a jornada de seis horas na hipótese de indeclinável necessidade de serviço (artigo 227, §1º, da Consolidação das Leis do Trabalho) e ascensorista (artigo 1º da Lei 3.270/57).

A supressão de horas extras habituais é tema que já foi objeto de muita discussão na seara laboral, pois acarreta o confronto da proteção à saúde do trabalhador com a regra de irredutibilidade salarial, tendo havido evolução da jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho. Inicialmente, a súmula 76 do Tribunal Superior do Trabalho permitia que o empregador suprimisse o labor em sobrejornada, mas não o pagamento da hora extra, o que gerou muitas distorções, na medida em que o empregador, salvo honrosas exceções, não se submetia ao pagamento de horas extraordinárias sem o trabalho respectivo, o que gerava o estímulo à prestação de horas extras. A súmula 76 foi cancelada pela Resolução do Tribunal Superior do Trabalho de número 121/2003, estando a matéria, atualmente, sedimentada na súmula 291 da mesma Corte:

[...] Horas extras. Habitualidade. Supressão. Indenização. (nova redação em decorrência do julgamento do processo TST-IUJERR 10700-45.2007.5.22.0101) - Res. 174/2011,

DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011: A supressão total ou parcial, pelo empregador, de serviço suplementar prestado com habitualidade, durante pelo menos 1 (um) ano, assegura ao empregado o direito à indenização correspondente ao valor de 1 (um) mês das horas suprimidas, total ou parcialmente, para cada ano ou fração igual ou superior a seis meses de prestação de serviço acima da jornada normal. O cálculo observará a média das horas suplementares nos últimos 12 (doze) meses. [...]

Questiona-se, contudo, a constitucionalidade desta súmula, em decorrência do princípio da legalidade, pois há entendimento de que o Tribunal Superior do Trabalho criou uma indenização não prevista em lei; vale dizer, usurpou a competência do Poder Legislativo, em manifesta afronta à cláusula pétrea de que ninguém pode ser obrigado a fazer alguma coisa, senão em virtude de lei (artigo 5º, II, da Constituição da República).

3. ACORDO DE COMPENSAÇÃO DE HORAS

O acordo de compensação, como o próprio nome permite antever, nasce de um consenso das partes. Além de ser consensual, o acordo para compensação de jornada é formal, ou seja, depende de forma prescrita em lei para ter validade. Vale dizer, deve observar a forma escrita, no caso da compensação tradicional e, além de escrito, contar com a participação do sindicato da categoria, no caso do banco de horas (súmula 85, V, do Tribunal Superior do Trabalho) ou quando se tratar de empregado adolescente (artigo 413, I, da Consolidação das Leis do Trabalho).

Em síntese, o acordo de compensação de jornada de trabalho é uma forma de prorrogação da jornada de trabalho, mas não assegura o pagamento das horas adicionais com o adicional correspondente, conforme expressamente autorizado pelo artigo 7º, XIII, da Constituição da República e regulada pelo artigo 59, §2º, da Consolidação das Leis do Trabalho, com parâmetros bem definidos na súmula 85 do Tribunal Superior do Trabalho:

[...] Compensação de jornada (RA 69/1978, DJ 26.09.1978. Redação alterada - Res 121/2003, DJ 19.11.2003. Nova redação em decorrência da incorporação das Orientações Jurisprudenciais nºs 182, 220 e 223 da SDI-1 - Res. 129/2005, DJ 20.04.2005. Item V inserido pela Res. 174/2011 - DeJT 27/05/2011).

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 - Res 121/2003, DJ 19.11.2003).

II. O acordo individual para compensação de horas é válido, salvo se houver norma coletiva em sentido contrário. (ex-OJ nº 182 - 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- Res 121/2003, DJ 19.11.2003).

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 - 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. (Inserido - Res. 174/2011 - DeJT 27/05/2011). [...]

A doutrina revela as duas espécies de compensação de jornada mais conhecidas, a saber: compensação tradicional, na qual o empregado labora, via de regra, uma hora a mais por dia, para não trabalhar aos sábados; e o sistema de banco de horas, em que ocorre a prestação laboral de horas extras por um período determinado, a fim de que haja a compensação futura, desde que no prazo de doze meses.

No sistema tradicional de compensação, o trabalhador prorroga a jornada em alguns dias e diminui em outros de forma que obedeça a jornada normal de um módulo (geralmente uma semana na compensação tradicional e um ano para o banco de horas). São hipóteses de compensação tradicional a chamada semana inglesa, em que o empregado trabalha nove horas de segunda a quinta feira, para compensar a ausência de labor no dia de sábado, completando o módulo semanal de quarenta e quatro horas com a jornada de oito horas na sexta feira, e o regime de trabalho conhecido como de doze por trinta e seis, em que o empregado alterna a jornada de doze por trinta e seis horas de repouso.

Além dessas, apresenta-se como lícita, sob a ótica da jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, a semana espanhola, pela qual em uma semana o empregado labora 48 horas e na subsequente 40 horas, de modo que a compensação de jornada de uma semana ocorre na semana seguinte, perfazendo a média de quarenta e quatro horas semanais, trabalhando aos

sábados de forma alternada. Nesse sentido, a Orientação Jurisprudencial n. 323 da SDI-1 do Tribunal Superior do Trabalho:

[...] É válido o sistema de compensação de horário quando a jornada adotada é a denominada “semana espanhola”, que alterna a prestação de 48 horas em uma semana e 40 horas em outra, não violando os arts. 59, §2º, da CLT e 7º, XIII, da CF/1988 o seu ajuste mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho. [...]

Com a edição da Lei 9.601/98, que estabeleceu uma forma flexibilizada de contratação por prazo determinado, foi introduzido no Brasil o chamado banco de horas, que previa a compensação de horas dentro do módulo de cento e vinte dias de trabalho. Curiosamente, a edição da lei supramencionada, que se apresentou com hipótese de flexibilização do direito do trabalho, hoje só é lembrada pelo detalhe circunstancial que trouxe a reboque, e que consistiu na alteração do §2º do artigo 59 da Consolidação das Leis do Trabalho, estabelecendo a possibilidade do banco de horas para fins de compensação dentro do módulo de cento e vinte dias, posteriormente ampliado para o módulo anual, por força da Medida Provisória 2164, que foi reeditada quarenta e uma vezes antes da efetiva aprovação pelo Congresso Nacional, e que trouxe a redação atual do dispositivo consolidado.

Em verdade, o mercado não manifestou interesse pela nova modalidade de contratação por prazo determinado, fora das hipóteses do artigo 443, §2º, da Consolidação das Leis do Trabalho, pois referidas contratações dependiam de negociação com o sindicato da categoria profissional e deveriam representar acréscimo na oferta de empregos, não se permitindo a substituição dos empregados em contrato por prazo indeterminado.

Neste contexto, a figura do denominado banco de horas se apresenta como hipótese de flexibilização do direito do trabalho, atendendo os anseios do mercado e a necessidade de alguns setores da economia, em que há demanda de trabalho em determinado período do ano acompanhada de retração em período subsequente.

Nos termos do regime de compensação trazido pela Lei 9.601/98, e posteriormente alterado por medida provisória, o empregado trabalha em sobrejornada por determinados períodos no ano e diminui em outros, de modo que a soma das jornadas não exceda o módulo ordinário anual, no qual a compensação deve se verificar, sob pena do empregador se ver obrigado a remunerar o labor em sobrejornada. Nesta hipótese, o limite de prorrogação diária é de duas horas e, ao contrário do que ocorre, via de

regra, na prorrogação semanal, a qual visa a atender interesse do empregado, na situação do banco de horas o interesse é da empresa. Em síntese, caberá ao empregador estabelecer os períodos e horários em que deve haver incremento da produção.

Até a inserção do item V à súmula 85 acima transcrita, havia enorme confusão quanto à instituição do banco de horas. O Tribunal Superior do Trabalho havia editado a Orientação Jurisprudencial 182 (SDI-1), atualmente convertida no inciso I da súmula 85, cujo entendimento era de que, para qualquer regime de compensação, bastava o acordo individual escrito, e referido entendimento levou à instituição do banco de horas sem qualquer critério, vez que a mais alta corte trabalhista afastou a tutela sindical deste procedimento. Com a inserção do item V à súmula 85, ficou sedimentado o entendimento, que já era predominante no próprio Tribunal Superior do Trabalho, de que, para a validade do acordo de compensação tradicional (no módulo semanal ou mensal), bastava o acordo escrito (individual ou coletivo, mas escrito), ficando a validade do banco de horas condicionada à negociação coletiva.

3.1. REQUISITOS DA IMPLANTAÇÃO DO BANCO DE HORAS

Para ser considerado válido pela Justiça do Trabalho, o banco de horas deve obedecer aos seguintes requisitos básicos:

a) Previsão em convenção ou acordo coletivo de trabalho

A Consolidação das Leis do Trabalho prevê que a validade do banco de horas está condicionada a sua instituição mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho (artigo 59, §2º), tendo o Tribunal Superior do Trabalho interpretado que o sistema depende de negociação com o sindicato representante da categoria profissional, certamente inspirado no fato de que a reiteração do labor extraordinário por período superior ao módulo semanal implica maior desgaste físico e mental ao trabalhador, se impondo a tutela sindical efetiva. O acordo individual escrito com o empregado não é aceito pela Justiça do Trabalho e descaracteriza o sistema, seguindo a linha da súmula 85, V, Tribunal Superior do Trabalho, conforme reiterados julgados, a exemplos das seguintes ementas:

[...] RECURSO ORDINÁRIO. BANCO DE HORAS. FORMALIZAÇÃO ATRAVÉS DE CONVENÇÃO OU ACOR-

DO COLETIVO DE TRABALHO. O artigo 59 da CLT e seus parágrafos dispõem sobre a prorrogação e compensação de horas e é expresso no sentido de que o acordo deve ser escrito. Com efeito, a legislação prevê a possibilidade de compensação de jornadas além do módulo semanal, através do denominado “banco de horas”. Porém, imprescindível sua formalização através de convenção ou acordo coletivo de trabalho (art.59, parágrafo 2º da CLT). O acordo individual é admitido para compensação de jornada dentro do mês, mas para o regime compensatório anual o acordo deve ser coletivo. No caso em tela, entretanto, a recorrente não comprovou a existência de negociação coletiva para implantação do sistema de banco de horas. Assim, o excesso de jornada na hipótese de banco de horas irregular enseja o pagamento das horas suplementares acrescidas do adicional. (TRT 2ª Região. Acórdão nº 20140889617. 12ª Turma. Data Julg.: 09/10/2014. Relator: Marcelo Freire Gonçalves) [...]

[...] BANCO DE HORAS - REQUISITOS PARA VALIDADE. A compensação por meio de banco de horas pressupõe que haja previsão em convenção ou acordo coletivo, conforme artigos 7º, XIII, da CF/88 e 59, § 2º, da CLT. Com efeito, tal modalidade de compensação envolve a transação de labor em sobrejornada a ser prestado ou compensado por extenso período, envolvendo, portanto, matéria afeta à saúde e segurança do trabalho, pelo que o título jurídico autorizador dessa transação deve ser a convenção ou acordo coletivo, com a participação do ente sindical da categoria dos trabalhadores envolvidos. Ainda, para a validade do banco de horas, além de ser imprescindível a negociação coletiva, há de ser observado o disposto no art. 59, § 2º, da CLT, que estabelece o padrão anual de compensação e o limite máximo de 10 horas de trabalho diário (duas horas além da duração normal do trabalho).(TRT-3 - RO: 02230201200403004 0002230-77.2012.5.03.0004, Relator: Convocada Rosemary de O. Pires, Sexta Turma, Data de Publicação: 11/11/2013 08/11/2013. DEJT. Página 279) [...]

[...] TRT-PR-16-11-2011 BANCO DE HORAS - ACORDO DE COMPENSAÇÃO - VALIDADE - PRESENÇA DOS REQUISITOS FORMAIS E MATERIAIS. O banco de horas consiste em um ajuste firmado para legitimar o excesso de jornada de um determinado dia de trabalho, em face do decréscimo proporcional de outro, dentro de um lapso temporal expressamente previsto em lei ou instrumento normativo da categoria profissional. Os requisitos de validade do banco de horas são: (a) acordo individual (desde que não haja proibição em norma coletiva) ou norma coletiva estipulando a pactuação; (b) compensação dentro do período máximo de

um ano; (c) labor extraordinário não excedente de dez horas diárias; e, por fim, (d) que a compensação não exceda, no período máximo de um ano, a soma das jornadas semanais de trabalho previstas. No caso em questão, os requisitos formais de validade do banco de horas se fizeram presentes, conforme previsto nos acordos individuais de trabalho e nas autorizações constantes nas Convenções Coletivas de Trabalho. Os requisitos materiais foram comprovados pelos documentos trazidos aos autos, ou seja, ocorriam compensações de horas extras trabalhadas, no limite de duas horas diárias e dentro do prazo máximo de um ano, e, no caso de ausência de compensação dentro do período de um ano, o saldo de horas eram quitados de forma correta. Recurso da reclamada provido. (TRT-92052201091903 PR 2052-2010-91-9-0-3, Relator: SUELI GIL EL-RAFIHI, 4A. TURMA. Data de Publicação: 16/11/2011). [...]

b) Jornada de trabalho limitada a dez horas

Neste mesmo sentido, estabelece a Consolidação das Leis do Trabalho que, para efeitos do banco de horas, o limite da jornada é de dez horas diárias (artigo 59, §2º, CLT), ou seja, duas horas extras por dia. Como se trata de exceção, os tribunais trabalhistas consideram que as horas extras habituais descaracterizam o instituto do banco de horas. Neste sentido, colacionam-se os seguintes julgados:

[...] NÃO VALIDADE DO BANCO DE HORAS. O julgado não acatou o banco de horas e deferiu horas extras além da oitava diária ou da quadragésima quarta semanal. O julgado entendeu que a reclamada não comprovou a validade do banco de horas nos termos da negociação coletiva. Por lei, como requisitos mínimos, de acordo com o art. 59 da CLT, o banco de horas somente é válido se houver a negociação coletiva e desde que se respeite o lapso máximo de sua vigência de um ano e jornada diária de dez horas. Também, em respeito à autonomia privada coletiva, devem ser respeitados os requisitos formais da cláusula coletiva. Dentre os seus elementos, a reclamada tem a obrigação de informar os empregados abrangidos pela compensação à entidade sindical. Nada há nos autos que comprove essa articulação. Portanto, correto o julgado. O banco de horas não é válido. E, por ser inválido, as horas extras são devidas a partir da oitava diária ou quadragésima quarta semanal. Não se pode acolher a tese da primazia da realidade para fins de se acatar compensação de jornada. A compensação, quando

estabelecida na modalidade banco de horas, há de ter o respeito em todos os seus requisitos, já que é válida para todos os empregados. No máximo, a primazia da realidade é válida somente para a compensação individual e em nível semanal (acordo tácito). Não existe fundamento razoável para se crer em acordo tácito para banco de horas. Portanto, mantém-se o julgado. (TRT-2 - RO: 1482200644502001 SP 01482-2006-445-02-00-1, Relator: FRANCISCO FERREIRA JORGE NETO, Data de Julgamento: 18/03/2009, 2ª TURMA, Data de Publicação: 14/04/2009). [...]

[...] AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA - HORAS EXTRAORDINÁRIAS - BANCO DE HORAS - VALIDADE. Nega-se provimento a agravo de instrumento que visa destrancar recurso de revista despedido dos pressupostos do art. 896 da CLT. No caso, o Tribunal Regional concluiu que a reclamada cumpriu todos os requisitos exigidos na norma coletiva, o que ensejou a conclusão no sentido da validade do banco de horas, afastando a alegação de descumprimento contumaz do limite de 10 (dez) horas de jornada e de prestação habitual de horas extraordinárias. O recurso de revista que não logrou demonstrar violação à literalidade do caput do art. 59 da CLT e divergência jurisprudencial. Agravo de instrumento desprovido. (TST - AIRR: 1059007320095090068 105900-73.2009.5.09.0068, Relator: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho. Data de Julgamento: 30/11/2011, 1ª Turma, Data de Publicação: DEJT 09/12/2011) [...]

Em sentido contrário:

[...] RECURSO DE REVISTA - BANCO DE HORAS - INSTRUMENTO COLETIVO - AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE JORNADA SUPERIOR A DEZ HORAS, BEM COMO COMPENSAÇÃO EM PERÍODO SUPERIOR A UM ANO - EXISTÊNCIA DE FALHAS NO REGISTRO - EXTRAPOLAMENTOS EXCEPCIONAIS E ISOLADOS DA 10ª HORA DIÁRIA - PAGAMENTO EXTRAORDINÁRIO DAS HORAS QUE NÃO FORAM COMPENSADAS - VALIDADE DO SISTEMA. Em que pese os extrapolamentos excepcionais e isolados da 10ª hora diária, concluiu o Tribunal Regional pela irregularidade, mas validade do banco de horas, sob os fundamentos de que não extrapolado o limite diário máximo de dez horas e que a compensação foi efetuada dentro do período de um ano. Violação do art. 59, § 2º, da CLT e divergência jurisprudencial não configuradas. Recurso de revista não conhecido. (TST - RR: 20100252006509066920100-25.2006.5.09.0669, Relator: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, Data de Jul-

gamento: 22/06/2011, 1ª Turma, Data de Publicação: DEJT 01/07/2011) [...]

c) Compensação das horas deve ser feita dentro do período máximo de um ano

Para evitar que o empregador institua o banco de horas e não permita que o empregado realmente goze os dias de folga, a compensação deve ocorrer dentro de um ano. Em se tratando de semana espanhola, a Justiça do Trabalho não exige a convenção ou acordo coletivo de trabalho para a respectiva compensação, pois a Orientação Jurisprudencial nº 323 da SDI-1 (Tribunal Superior do Trabalho) alude, expressamente, à necessidade de acordo ou convenção coletiva de trabalho, possibilitando a inferência de que se permite o acordo individual, a exemplo do próprio artigo 7º, XIII, da Constituição da República. E o mesmo ocorre em relação à compensação semanal denominada semana inglesa, conforme súmulas 85, I, Tribunal Superior do Trabalho, cumprindo assinalar que, em relação ao trabalho na escala doze por trinta e seis, a tutela sindical também deve ser invocada, a menos que haja previsão legal específica conforme entendimento da súmula 444 do Tribunal Superior do Trabalho:

[...] É válida, em caráter excepcional, a jornada de 12 (doze) horas de trabalho por 36 (trinta e seis) de descanso, prevista em lei ou ajustada exclusivamente mediante acordo coletivo de trabalho ou convenção coletiva de trabalho, assegurada a remuneração em dobro dos feriados trabalhados. O empregado não tem direito ao pagamento de adicional referente ao labor prestado na décima primeira e décima segunda horas. [...]

3.2. PAGAMENTO DO SALDO DAS HORAS EXCEDENTES NÃO COMPENSADAS NO CASO DA RESCISÃO DO CONTRATO DE TRABALHO

A compensação das horas extras deverá ser feita durante a vigência do contrato, sempre observando o módulo anual de trabalho, a partir da instituição do banco de horas. Na hipótese de rescisão de contrato sem que tenha havido a compensação das horas extras trabalhadas, o empregado tem direito ao recebimento destas horas com o acréscimo previsto na convenção ou acordo coletivo, que não poderá ser inferior a 50% da hora normal (artigo 59, §3º, da Consolidação das Leis do Trabalho).

Não se pode olvidar que o sistema de compensação de jornada por meio do banco de horas atende aos interesses do empregador, o qual estipula os períodos em que a produtividade deve ser aumentada ou diminuída. Neste sentido, se justifica a obrigatoriedade em pagar as horas extraordinárias não compensadas, notadamente para que não se verifique o locupletamento sem causa.

4. PRORROGAÇÕES DE HORÁRIO NAS ATIVIDADES INSALUBRES OU PERIGOSAS

Nas atividades insalubres, quaisquer prorrogações de jornada só podem ser acordadas mediante licença prévia das autoridades competentes em matéria de saúde no trabalho, as quais procederão aos necessários exames locais e à verificação dos métodos e processos de trabalho, nos termos do artigo 60 da Consolidação das Leis do Trabalho. Contudo, o labor em sobrejornada nas condições mencionadas, sem observância da exigência legal, não desobriga o empregador da remuneração correspondente, na medida em que se trata de trabalho proibido, cuja restrição se presta ao amparo do trabalhador. Neste sentido, é remansosa a jurisprudência, a exemplo das seguintes ementas:

[...] Recurso ordinário em ação anulatória. Convenção coletiva de trabalho. Prorrogação da jornada. Atividade insalubre. Necessidade de licença prévia. A Constituição Federal autoriza a compensação de horários e a redução da jornada mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho, conforme previsto no seu art. 7º, XIII. Todavia, tal dispositivo não teve o condão de promover a não recepção do art. 60 da CLT, relativo à exigência de que o acordo de prorrogação da jornada em atividade insalubre dependa de licença prévia das autoridades competentes em matéria de higiene do trabalho. De fato, ao mesmo tempo em que assegura a compensação de horários e o reconhecimento dos acordos e convenções coletivas de trabalho (art. 7º, XXVI), a Constituição Federal prevê como direito social do trabalhador a redução dos riscos inerentes ao trabalho por meio de normas de saúde, higiene e segurança, nos termos do art. 7º, XXII. Nesse quadro, pode-se concluir que o art. 60 da CLT funciona como norma de saúde, higiene e segurança do trabalho, de forma que não se revela suficiente a negociação coletiva que culmine na prorrogação da jornada em atividade insalubre, sendo imprescindível a autorização das autoridades competentes. Nada mais recomendável, pois não se pode perder de vista que a jornada em atividade insalubre, considerada como tal aquela que, por

sua natureza, condições ou métodos de trabalho, exponha os empregados a agentes nocivos à saúde, acima dos limites de tolerância fixados em razão da natureza e da intensidade do agente e do tempo de exposição aos seus efeitos, deve observar critérios e padrões definidos por estudos técnicos. Por essas razões, o Tribunal Pleno do TST cancelou a Súmula 349 desta Corte. Logo, inválida a cláusula que autoriza a prorrogação da jornada em atividade insalubre sem a inspeção prévia das autoridades competentes em matéria de higiene do trabalho. Recurso Ordinário a que se nega provimento (TST - RO: 169973201250400001699-73.2012.5.04.0000, Relator: Márcio Eurico Vitral Amaro, Data de Julgamento: 11/11/2013, Seção Especializada em Dissídios Coletivos, Data de Publicação: DEJT 22/11/2013). [...]

[...] Recurso de revista. (...) Regime de compensação de jornada - atividade insalubre. A Súmula nº 349 deste Tribunal, que admitia celebração de acordo coletivo de compensação de jornada em atividade insalubre, sem a prévia autorização do Ministério do Trabalho e Emprego, foi cancelada pela Resolução nº 174/2011. É necessária, portanto, a referida autorização, nos termos do art. 60 da CLT, para validar acordo de compensação de jornada em atividade insalubre. (...) Recurso de Revista parcialmente conhecido e provido. (RR - 1377-34.2011.5.04.0341, Relator Desembargador Convocado: João Pedro Silvestrin, Data de Julgamento: 12/03/2014, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 14/03/2014). [...]

[...] Recurso de revista do reclamante regime de compensação de jornada. Atividade insalubre. Ausência de licença prévia da autoridade competente em saúde e segurança do trabalhador. Acordo coletivo. Invalidez do ajuste. O cancelamento da Súmula nº 349 do TST, por meio da Resolução nº 174/2011, decorreu do entendimento desta Corte superior quanto à imprescindibilidade da licença da autoridade competente em matéria de higiene do trabalho para a formalização do acordo coletivo de prorrogação/compensação de jornada em atividade insalubre. O exercício da autonomia sindical coletiva deve se adequar aos parâmetros mínimos correspondentes aos direitos assegurados em norma de natureza imperativa e que, por isso mesmo, não se encontram sob a égide da negociação atribuída ao sindicato. Nesse contexto, a liberdade negocial assegurada às partes, em matéria de saúde, higiene e segurança do trabalhador, encontra limite no disposto no artigo 7º, XXII, da Constituição Federal. Assim, carece de eficácia jurídica o instrumento coletivo que previa a compensação da jornada de trabalho em atividade insalubre, porquanto ausente licença da autoridade competente em matéria de higiene do trabalhador, nos termos do artigo 60

da CLT. Precedentes desta Corte superior. Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento. (RR - 562-40.2010.5.04.0028, Relator Ministro: Cláudio Mascarenhas Brandão, Data de Julgamento: 12/02/2014, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 14/02/2014). [...]

Dessa forma, o pagamento de horas extraordinárias, quando da não observância desta regra, se torna obrigatório, pois, em se tratando de norma de ordem pública, afeta à saúde e segurança do trabalho, não é razoável que o destinatário da norma arque com o ônus da irregularidade cometida pelo empregador.

5. COMPENSAÇÃO DE JORNADA DO ADOLESCENTE

A compensação de jornada do empregado adolescente somente poderá ser feita se houver convenção ou acordo coletivo (artigo 413, I, da Consolidação das Leis do Trabalho), ou em caso de força maior (artigo 413, II, da Consolidação das Leis do Trabalho), disposições legais que se harmonizam com o princípio constitucional da proteção integral à criança e ao adolescente (artigo 227 da Constituição da República).

6. POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO DOS ACORDOS DE PRORROGAÇÃO E DE COMPENSAÇÃO DE HORÁRIOS

A possibilidade de cumulação de acordos de prorrogação e de compensação de horários é tema controverso na doutrina e jurisprudência. Não há vedação expressa na legislação trabalhista, que apenas alude ao módulo máximo de dez horas diárias, seja no acordo de prorrogação ou na compensação de horas.

Há reiterados julgados no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho que não admitem a cumulação mencionada, sob o fundamento de incompatibilidade entre os dois sistemas, a exemplo das seguintes ementas:

[...] AGRAVO DE INSTRUMENTO. HORAS EXTRAS. ACORDO DE COMPENSAÇÃO SEMANAL. PRORROGAÇÃO HABITUAL DA JORNADA CUMULADA COM TRABALHO FREQUENTE AOS SÁBADOS. INEXISTÊNCIA DE COMPENSAÇÃO. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 85, IV, DO TST. Ante a aparente violação do art. 59, § 2º, da CLT, nos termos exigidos no art. 896 da CLT, dá-se provimento ao agravo de instrumento para determinar o processamento do recurso de revista. RECURSO DE REVIS-

TA. HORAS EXTRAS. ACORDO DE COMPENSAÇÃO SEMANAL. PRORROGAÇÃO HABITUAL DA JORNADA CUMULADA COM TRABALHO FREQUENTE AOS SÁBADOS. INEXISTÊNCIA DE COMPENSAÇÃO. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 85, IV, DO TST. Nos casos em que pactuado acordo de compensação semanal para trabalho que deveria ser prestado aos sábados, se ocorre, concomitantemente, a prorrogação habitual da jornada de trabalho, inclusive aos sábados, o trabalhador é submetido a jornadas excessivas de segunda a sexta-feira, realizando, além da jornada normal, labor em horas destinadas à compensação e horas destinadas à prorrogação, em total desacordo com a disposição do art. 59, caput, da CLT. A existência de trabalho habitual aos sábados impede a aplicação da Súmula 85, IV, do TST. Adotar entendimento contrário significaria compactuar com a possibilidade de prorrogação da jornada para além do limite previsto na legislação celetista, estimulando a confecção de acordos esvaziados de sentido desde sua gênese, em detrimento das normas de segurança e medicina do trabalho. Há precedentes. Recurso de revista conhecido e provido. (TST - RR: 2692420135090029, Relator: Augusto César Leite de Carvalho, Data de Julgamento: 11/03/2015, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 13/03/2015) [...]

[...] RECURSO DE REVISTA. ACORDO DE COMPENSAÇÃO CUMULADO COM O SISTEMA DE PRORROGAÇÃO DE JORNADA - IMPOSSIBILIDADE. In casu, a Corte de origem consignou que houve negociação coletiva estabelecendo sistema de compensação anual (banco de horas) e que, concomitantemente, foram pagas horas extras, apesar de a jornada de trabalho não exceder 10 horas diárias. Assim, o referido pacto revela-se inválido, pois a prestação de horas extras desfigura o acordo de compensação horária, cujo objetivo se traduz na efetiva compensação das horas de trabalho extrapoladas à jornada pactuada. Por isso, torna-se inviável reconhecer acordo de compensação cumulado com o sistema de prorrogação de jornada. Nessa hipótese, torna-se impossível a incidência do item IV da Súmula 85 do TST, vez que tal verbete alude ao sistema compensatório semanal, se a carga horária máxima aplicável é a de 44 horas semanais. Essa é a exegese extraída da Súmula 85, V, do TST, verbis: -As disposições contidas nesta súmula não se aplicam ao regime compensatório na modalidade de 'banco de horas', que somente pode ser instituído por negociação coletiva-. Recurso de revista conhecido e provido. (TST - RR: 5530006420075090670 553000-64.2007.5.09.0670, Relator: Augusto César Leite de Carvalho, Data de Julgamento: 14/12/2011, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 19/12/2011) [...]

[...] ACORDO DE COMPENSAÇÃO CUMULADO COM PRORROGAÇÃO DE JORNADA. INVIABILIDADE . Apesar de o Regional ter se coadunado em parte com a Orientação Jurisprudencial nº 220 da SBDI-1, ao deliberar pela invalidação do acordo de compensação firmado simultaneamente com a estipulação de prorrogação de jornada, em condições de afastar as violações constitucionais invocadas, acabou por contrariá-la em seus termos finais ao não restringir a condenação ao pagamento do adicional de sobrejornada quanto às horas destinadas à compensação. Recurso conhecido e parcialmente provido. (TST - RR: 2151400042001509 2151400-04.2001.5.09.0006, Relator: Antônio José de Barros Levenhagen, Data de Julgamento: 15/06/2005, 4ª Turma,, Data de Publicação: DJ 01/07/2005.) [...]

[...] HORAS EXTRAS. ACORDO DE COMPENSAÇÃO SEMANAL. TRABALHO HABITUAL AOS SÁBADOS CUMULADO COM PRORROGAÇÃO HABITUAL DA JORNADA. INEXISTÊNCIA DE COMPENSAÇÃO. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 85, IV, DO TST. Nos casos em que pactuado acordo de compensação semanal para o trabalho que deveria ser prestado aos sábados e, concomitantemente, ocorre a prorrogação habitual da jornada com trabalho, inclusive aos sábados, o trabalhador é submetido a jornadas excessivas de segunda a sexta-feira, realizando, além da jornada normal, labor em horas destinadas à compensação e horas destinadas à prorrogação, em total desacordo com o que dispõe o art. 59, caput, da CLT. A existência de trabalho habitual aos sábados impede a aplicação da Súmula 85, IV, do TST. Adotar entendimento contrário significaria compactuar com a possibilidade de prorrogação da jornada para além do limite previsto na legislação celetista, estimulando a confecção de acordos esvaziados de sentido desde sua gênese, em detrimento das normas de segurança e medicina do trabalho. No caso concreto, consta do acórdão regional que -o reclamante trabalhava habitualmente além do horário ajustado, inclusive em jornadas superiores a dez horas, bem como nos sábados destinados à compensação-. E, ainda, que no tocante ao banco de horas não foram cumpridas as próprias regras da convenção coletiva (demonstrativos individuais e extratos das horas prestadas, respeito aos prazos e ao limite de jornada). Há precedentes. Recurso de revista não conhecido. (TST - RR: 6952620125040121 , Relator: Augusto César Leite de Carvalho, Data de Julgamento: 17/12/2014, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 20/02/2015). [...]

Diante da ausência de vedação legal, concebe-se a possibilidade de cumulação do acordo de prorrogação com o acordo de compensação. No entanto, referida possibilidade resta mitigada em relação aos empregados

sujeitos à jornada de oito horas, salvo se os acordos envolverem uma hora destinada à compensação e uma hora para a prorrogação, a fim de que não seja superado o módulo máximo de dez horas que é preconizado em ambas as situações (artigo 59 da Consolidação das Leis do Trabalho).

CONCLUSÃO

Por tudo o que foi exposto, conclui-se que os acordos para prorrogação e compensação de jornada de trabalho foram criados para atender a finalidades distintas: o primeiro permite que o empregado extrapole sua jornada normal, recebendo um incremento salarial. O segundo, uma vez instituído dentro dos parâmetros legais, permite que o empregado compense seu horário de trabalho, não fazendo jus a incremento salarial.

Vislumbra-se, pois, sistemas de compensação efetivados no interesse do obreiro (semana inglesa, por exemplo), e aqueles em que preponderam o interesse do empregador, a exemplo da semana espanhola e do banco de horas, cumprindo àquele avaliar em quais períodos deve haver incremento da produção e em quais períodos não há necessidade deste aumento. E isto tudo, para manter sua competitividade no mercado interno e também internacional.

Por fim, cumpre assinalar o caráter cogente das normas que disciplinam a jornada de trabalho e as respectivas hipóteses de flexibilização, na medida em que traduzem normas de medicina e segurança do trabalho em sentido amplo, restando mitigada a autonomia privada coletiva ou individual.

REFERÊNCIAS

- BARROS, A. M. de. **Curso de direito do trabalho**. 3ª ed., São Paulo: LTr. 2007.
- CARRION, V.. **Comentários à consolidação das leis do trabalho**. 32ª ed., São Paulo: Saraiva. 2007
- DELGADO, M. G.. **Curso de direito do trabalho**. 6ª ed., São Paulo: LTr. 2007.
- GARCIA, G. F. B.. **Manual de direito do trabalho**. 9ª ed., Rio de Janeiro: Forense. 2015.
- MARTINS, A.. **Manual didático de direito do trabalho**. 5ª ed., São Paulo: Malheiros, 2015.
- RODRIGUEZ, A. P.. **Princípios do direito do trabalho**. 4ª tiragem. São Paulo: LTr, 1996.

SAAD, E. G.. **CLT comentada**. 4ª ed., São Paulo, LTr, 2008.

SUSSEKIND, A.. **Direito constitucional do trabalho**. 4ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

SUSSEKIND, A.. **Curso de direito do trabalho**. 4ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2010.