A REFORMA TRABALHISTA E OS REGIMES COMPENSATÓRIOS DA JORNADA DE TRABALHO

André Rodrigues[1]

Marcos Antonio Reolon[2]

INTRODUÇÃO

Os regimes compensatórios de jornada de trabalho são costumeiramente adotados na relação de emprego. A possibilidade da sobrejornada prestada pelo empregado não ser substituída por contraprestação salarial (horas extras), mas, através de períodos de não trabalho ou trabalho a menor, evoluiu no decorrer dos anos.

A adoção de regimes compensatórios teve seu embasamento legal, em especial, na Constituição Federal e na Consolidação das Leis do Trabalho, sendo que, esta última espécie legislativa, foi alterada, neste ponto, pela Lei n. 13.467/2017, denominada Reforma Trabalhista, responsável por trazer impactantes modificações.

O presente trabalho pretende tratar sobre os regimes compensatórios da jornada de trabalho.

Inicialmente, se propõe a analisar quais os regimes compensatórios da jornada de trabalho admitidos pela legislação trabalhista anteriormente à Reforma Trabalhista e em que medida tais regimes expressam exemplos de flexibilização.

Num segundo momento, aborda os limites e condições para a adoção de tais regimes compensatórios, sobretudo segundo o entendimento veiculado até o advento da Reforma Trabalhista.

Finalmente, o trabalho aborda quais foram inovações trazidas pela Reforma Trabalhista em matéria de regimes compensatórios. Nesse estudo, ainda, será possível tecer comparações com o paradigma anterior da Lei Trabalhista.

Vale salientar que o presente trabalho não irá esmiuçar todas as questões acerca deste atual e importante tema em matéria de Direito Material do Trabalho, embora possa, em certa medida, contribuir para o debate sempre pertinente sobre regimes compensatórios de jornada de trabalho. A metodologia utilizada é a dedutiva.

[1] Advogado; Professor da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – Câmpus de Frederico Westphalen, RS; Mestre em Direito pelo PPGU – Chapecó; Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho – IPEJUR; Especialista em Direito Público – IMED; Diretor Tesoureiro da OAB, Subsecção de Frederico Westphalen.

[2] Advogado; Bacharel em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – Câmpus de Frederico Westphalen.

A FLEXIBILIZAÇÃO DA JORNADA DE TRABALHO ATRAVÉS DE REGIMES COMPENSATÓRIOS DE JORNADA DE TRABALHO E O SISTEMA ANTERIOR À REFORMA TRABALHISTA

Os regimes compensatórios da jornada de trabalho costumeiramente são expressos em duas modalidades: o banco de horas e o acordo de compensação de horas.

Tais regimes compensatórios têm sua previsão no art. 7º, inciso XIII, da Constituição Federal, e sua regulamentação no art. 59, § 2º, da CLT, com redação dada pela Lei n. 9.601/98. O banco de horas e o acordo de compensação são institutos muito semelhantes dentro do direito trabalhista, e [3]mais precisamente, dentro do capítulo da jornada de trabalho.

A jornada normal de trabalho da maioria dos trabalhadores não submetidos a jornada especial ou reduzida é de 8 horas diárias e 44 semanais, sendo que sua supressão ou prorrogação deve se dar sempre em caráter incomum e transitório, pois há regras de medicina do trabalho a serem respeitadas, e sua atenuação resultaria em alteração ilícita do contrato de trabalho, o que é vedado pelo art. 468 da CLT.

Porém, a prestação de trabalho pode se dar mediante a adoção de um dos regimes compensatórios, quais sejam, o banco de horas e do acordo de compensação de horas, os quais, quando regulados, ensejam que as horas correspondentes à prorrogação respectiva não sejam remuneradas com qualquer adicional, porque se destinam, simplesmente, a antecipar trabalho para ser compensado futuramente. (CAMINO, 2003).

Estes regimes compensatórios são uma expressão da denominada flexibilização trabalhista, mais especificamente, da flexibilização da jornada de trabalho, visto que a sobre jornada prestada pelo empregado, em regra, deveria ser contraprestada mediante o pagamento de horas extras, o que, como salientado, normalmente, não ocorre, quando adotado um dos regimes compensatórios.

A flexibilização das condições de trabalho pode ser entendida como um conjunto de regras que têm por objetivo instituir mecanismos tendentes a compatibilizar as mudanças de ordem econômica, tecnológica ou social existentes na relação entre o capital e o trabalho. (MARTINS, 2012).

Tal flexibilização, segundo Martins, visa assegurar um conjunto de regras mínimas ao trabalhador, e em compensação, a sobrevivência da empresa por meio da modificação dos

[3] O inciso XIII do art. 7º dispõe: "duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho."

comandos legais, procurando garantir aos trabalhadores certos direitos mínimos, e ao empregador, a possibilidade de adaptação de seu negócio, geralmente em momentos da crise econômica. Por isso, o sindicato teria um papel importante nesse viés, pois incumbe a ele a fiscalização dessa flexibilização, ou seja, é na participação das negociações coletivas que conduzirão ao acordo ou à convenção coletiva, de modo a permitir, também, a continuidade do emprego do trabalhador e a sobrevivência da empresa. É, assim, uma forma de adaptação das normas vigentes às necessidades e conveniências de trabalhadores e empresas. (MARTINS, 2012).

A Constituição Federal prevê diversos mecanismos de flexibilização das regras trabalhistas, dos quais é possível citar: que os salários poderão ser reduzidos por convenção ou acordo coletivo de trabalho (art. 7°, VI): a compensação ou a redução da jornada de trabalho pode ser feita mediante acordo ou convenção coletiva (art. 7°, XIII): o aumento da jornada de trabalho nos turnos ininterruptos de revezamento para mais de seis horas pode ser feito por intermédio de convenção coletiva (art. 7°, XIV). (MOURA, 2014).

A flexibilização trabalhista, feita em matéria de Direito Material do Trabalho, não é a regra, devendo somente ser feita em caráter excepcional, nos casos expressamente admitidos em lei, sendo que, em matéria de jornada de trabalho, por força constitucional, exigiria a necessidade de participação do sindicato da categoria para a sua validade, por meio de instrumentos coletivos, quais sejam, os acordos coletivos ou as convenções coletivas de trabalho, entendimento este também flexibilizado por conta de entendimento jurisprudencial, como se depreende da Súmula 85 do Tribunal Superior do Trabalho. (CUNHA, 2011).

Os regimes compensatórios, embora tenham o mesmo propósito, qual sejam, compensar a sobrejornada com não trabalho em alguns dias ou trabalho menor em alguns dias, não se confundem, sendo necessária fazer a distinção até porque os requisitos para a validade de tais regimes são distintos, como se depreenderá adiante.

O regime de compensação de horas pode ocorrer quando houver o aumento da jornada de trabalho em um dia, pela correspondente diminuição em outro, de forma a garantir o módulo semanal de 44 horas ou mensal de 220 horas, ou 440 horas bimestrais, ou 660 horas trimestrais e, assim por diante, até o anual de 2.640 horas. Portanto, a compensação define-se como o gênero da jornada, cujas espécies são: o tradicional e o banco de horas. (CASSAR, 2015).

A compensação tradicional, ou comumente chamada de compensação individual ou, compensação da jornada, tem amparo legal nos artigos 7°, XIII, da Constituição Federal e art.

59, § 2°, da CLT, os quais estabelecem que, para haver a compensação de jornada de trabalho, depende, para sua validade, de ajuste específico e por escrito. Apesar de vasta discussão doutrinária, prevalece hoje, o entendimento no sentido de que tal ajuste possa ser por meio de acordo individual escrito, entre empregado e empregador, acordo coletivo ou convenção coletiva de trabalho, a teor da Súmula n. 85 do Tribunal Superior do Trabalho. (ROMAR, 2015).

Portanto, a compensação de horas é o acordo escrito que permite a retribuição do excesso de horas trabalhadas em um dia pela correspondente diminuição em outro dia, desde que tal compensação não ultrapasse o limite máximo duas horas diárias, perfazendo um total de dez horas diárias e quarenta e quatro semanais. (MARQUES; ABUD, 2013).

Um exemplo prático da compensação tradicional sucede no caso dos empregados da construção civil, que por força de norma coletiva, têm horário da seguinte forma: de segunda a quinta feira, trabalham das 8h às 18 horas, com uma hora de intervalo; às sextas-feiras, das 8h às 17 horas, com o mesmo intervalo. Tais horários de trabalho são previamente ajustados, a jornada é de 9 horas de segunda a quinta e de 8 horas às sextas, 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, sendo que estas quatro horas foram distribuídas de forma fixa durante a semana e previamente ajustadas entre empregado e empregador. (CASSAR, 2015).

Para a validade do acordo individual de compensação de horas, entre empregado e empregador, é exigido obrigatoriamente que seja feito por escrito e que não haja norma coletiva em sentido contrário a ele, caso em que se tornaria inválido. Também, a compensação de jornada de trabalho dos trabalhadores menores de 18 anos só pode ocorrer mediante convenção ou acordo coletivo de trabalho, como dispõe o art. 413, I, da CLT. (CREMONESI; FABRE, 2011).

Esse primeiro regime especificado, nos exemplos acima, é comumente chamado de semana inglesa, quando a compensação da jornada se dá na mesma semana, isto é, trabalhar 4 horas a mais durante a semana para suprimir as 4 horas que seriam trabalhadas no sábado, sempre respeitando o limite de 10 horas diárias e 44 horas semanais.

Todavia, há outro regime específico de compensação de jornada, o qual é chamado de semana espanhola. A semana espanhola corresponde à fixação de certa variação da duração do trabalho, mas sempre de forma que o total de horas, ao final do mês, não ultrapasse a média de 44 horas semanais. É, como exemplo, o que ocorre quando numa semana o

trabalhador trabalha 48 horas, e na seguinte não passa de 40 horas, perfazendo ao final do mês a média ponderada das 44 horas semanais.

Contudo, conforme a interpretação do artigo autorizador da constituição, 7°, XIII, tal semana é prejudicial ao empregado, sendo necessária, por conseguinte, a adoção da negociação coletiva para validar a semana espanhola. (MOURA, 2014).

A ausência de acordo para a compensação de horas, em qualquer modalidade, implica o pagamento do correspondente adicional de horas extras, sobre as horas excedentes da oitava diária. Isso porque, conquanto não excedida a jornada semanal de 44 horas, foi excedida a jornada normal diária de 8 horas, conforme entendimento do Tribunal Superior do Trabalho. (CUNHA, 2011).

Outro regime aceito pela flexibilização da jornada de trabalho, é o regime de compensação por meio de escalas de 12 horas de trabalho por 36 horas de descanso, de forma que no mês fica respeitado o limite de 220 horas mensais. Neste ponto, frise-se o contido na Súmula 444 do Tribunal Superior do Trabalho:

> É valida, em caráter excepcional, a jornada de doze horas de trabalho por 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.

Caso o empregado venha a ser despedido, sem antes ter havido a compensação da jornada de trabalho, o empregador deverá remunerar as horas acumuladas como extras. (CUNHA, 2011).

Desde o advento da Lei 9.601, de 1998, o mecanismo compensatório de jornada no Direito brasileiro foi modificado substantivamente. Esse diploma introduziu alterações controvertidas no modelo compensatório tradicional existente, quando em seu art. 6°, deu nova redação ao art. 59 da CLT, autorizando a compensação de horas de labor por além do parâmetro mês. Inaugurava, dentro do Direito brasileiro, a sistemática supramensal de compensação de horários, restringindo a lei, em seu texto primitivo, o módulo compensatório somente a cada bloco de 120 dias. (DELGADO, 2015).

A Lei n. 9.601/98, portanto, alterou o critério de compensação de horas de labor tradicional no país, instituindo autorização para a pactuação da chamada compensação anual ou o referido banco de horas. (DELGADO, 2015, p. 960).

O banco de horas, sendo criado inicialmente para comportar a compensação de até 120 dias, foi modificado, com uma nova redação, para a compensação de até um ano, portanto,

compensações anuais, vindas da MP 2.164-41/2001. Este nome foi escolhido para refletir semelhança a um banco onde há créditos e débitos na conta, ou melhor, o empregado que fizer horas extras, ao invés de recebê-las (em pecúnia), acumula-as sucessivamente, para, dentro de um ano, no máximo, compensá-las. (CASSAR, 2015, p. 630).

Desta forma, é possível pactuar a jornada, de sorte que o excesso desta em um dia seja compensado com a correspondente diminuição em outro dia, desde que a jornada diária não ultrapasse dez horas, e que a compensação seja feita no prazo de até um ano. Com isso, as empresas estabelecem um sistema de anotação das horas excedentes (banco de horas), e no período de um ano o trabalhador deverá ter tais horas repostas, seja pela concessão de dias de folga, seja pela redução da jornada diária, sempre considerando o número total de horas trabalhas em excesso. (MOURA, 2014, p. 464).

Diferente do que ocorre com a compensação na mesma semana, para que o empregador possa se beneficiar deste prazo de um ano para compensação da jornada, é indispensável acordo coletivo de trabalho ou convenção coletiva de trabalho. Diferente do acordo de compensação de horas, que pode ser feito por instrumento coletivo ou por acordo individual escrito entre empregado e empregador, o banco de horas somente é válido mediante acordo coletivo de trabalho ou convenção coletiva de trabalho, ao menos até o advento da reforma trabalhista, diga-se de passagem. (CREMONESI; FABRE, 2011, p. 267/268).

O banco de horas pode ser variável ou fixo. No primeiro caso, também chamado de banco de horas aleatório, o labor extra varia de acordo com a demanda, e também a folga compensatória. No segundo caso, o ajuste deve apontar previamente os horários fixos de trabalho, e os períodos de sobrejornada e, também, de compensação. (CASSAR, 2015, p. 630/631).

Um exemplo que os diferencia: uma empresa de ar refrigerado que tem grande movimento durante o verão, mas pequeno movimento durante o inverno, pode ajustar com seus empregados que durante seis meses eles trabalharão por 10 horas diárias, e nos seis meses posteriores, trabalhem apenas seis horas e, durante o período de 12 meses, receberão o mesmo salário, sem acréscimo ou redução, configurando assim, o banco de horas fixo. (CASSAR, 2015, p. 631).

Também é possível, como exemplo do banco de horas variável, o empregador ajustar com seus empregados que toda vez que acumularem 6 horas extras, automaticamente, no dia imediato terão direito a uma folga compensatória, como é a prática comumente aplicada aos

bancários. O dia de folga não é previamente sabido pelas partes, nem os dias ou a quantidade de horas extras que serão laboradas, que podem variar de minutos à horas por dia. (CASSAR, 2015, p. 631/632).

Para Cunha (2011, p. 167), a criação do banco de horas têm, dentre outros aspectos, um caráter social, pois, a previsão legal levou em conta que, em razão de problemas econômicos, muitas vezes passageiros, as empresas possam passar por necessidades transitórias, e dentro desta má fase, que seus empregados venham a trabalhar em horas excedentes para recuperar os prejuízos da empresa, não tendo, entretanto, como suportar os encargos do pagamento das horas extras e do respectivo adicional e demais ônus daí decorrentes. Assim, o banco de horas não apenas atende tal necessidade como também mantém empregos, na medida em que o empregador que esteja passando por dificuldades não precisará dispensar empregados e, portanto, terá a sua disposição a mão-de-obra necessária a superar eventual crise.

A inobservância das exigências legais para a adoção do regime de compensação, não implica a repetição do pagamento das horas excedentes, sendo devido apenas o adicional respectivo, a teor de entendimento jurisprudencial.

Portanto, a ultrapassagem do limite de um ano para a compensação, ou a não correspondente redução da jornada dentro do respectivo bloco de um ano, ou ainda, a ausência de instrumento coletivo, acarretarão o pagamento de tais horas como extras. Também, no caso de rescisão do contrato de trabalho, as horas trabalhados além da jornada normal e não compensadas, deverão ser pagas como horas extras. (MARQUES; ABUD, 2013). A adoção de regimes compensatórios de jornada de trabalho sofre limitações e deve observar certas condições, assunto que se pretende abordar no tópico seguinte.

LIMITES E CONDIÇÕES DOS REGIMES COMPENSATÓRIOS ANTERIORMENTE À REFORMA TRABALHISTA

Foi visto, no tópico anterior, a distinção entre os regimes compensatórios de jornada de trabalho (acordo de compensação de jornada de trabalho e banco de horas), sendo importante, no presente tópico, abordar quais limites e quais as condições para a validade dos regimes compensatórios.

Neste aspecto, é preciso esclarecer que tais limites e condições, além de observarem parâmetros legais, também foram frutos de construção jurisprudencial, muito por conta da falta de clareza legislativa sobre a adoção de regimes compensatórios.

Cumpre destacar que os limites e condições dos regimes compensatórios, boa parte anterior a Reforma Trabalhista, podem ser obtidos da interpretação do previsto no art. 60 da CLT c/c com a derrogação da Súmula 349 do Tribunal Superior do Trabalho, do art. 59, § 2º da CLT c/c com as Súmulas 85 e 444 do Tribunal Superior do Trabalho e do art. 413, I, da CLT.

Neste ponto, o art. 60 da CLT impõe, no tocante à prorrogação da jornada de trabalho em atividades insalubres, a prévia exigência de autorização das autoridades competentes em matéria de higiene do trabalho.

Diante disso, caso pretenda o empregador adotar um regime compensatório junto a empregado que realize atividade insalubre, é imperiosa prévia autorização da autoridade competente, de modo que o descumprimento desta exigência tem sido reconhecida como hábil a tornar inválido o regime compensatório, como se verifica, à título de exemplo, do entendimento expresso por conta da revogação da Súmula 349 do Tribunal Superior do Trabalho.

A revogada Súmula 349 do TST previa que a exigência prévia de inspeção por parte da autoridade competente era desnecessária em caso de acordo ou convenção coletiva para efetivar o banco de horas nas atividades insalubres. Por ter sido revogada, impôs, para validade do regime compensatório, a observância do expresso no art. 60 da CLT.[4]

No mesmo sentido, a Súmula n. 85, verbete VI, do Tribunal Superior do Trabalho, inserida no ano de 2016, veio a sacramentar a necessidade de prévia autorização da autoridade competente para a validade do regime de acordo de compensação.

Também, é imperioso salientar os parâmetros fixados no art. 59, § 2º, da CLT, c/c com o entendimento jurisprudencial expresso nas Súmulas 85 e 444 do Tribunal Superior do Trabalho.

A Súmula n. 85 (verbete I) do Tribunal Superior do Trabalho, a despeito do previsto na Constituição Federal e na Consolidação das Leis do Trabalho, fixou o entendimento de que a validade do acordo de compensação de horas exige que seja feita por acordo individual escrito entre empregado e empregador, convenção coletiva de trabalho ou acordo coletivo de trabalho).

[4] Neste sentido, segue ementa que corrobora: RECURSO DE REVISTA. LEI 13.015/2014. BANCO DE HORAS. ATIVIDADE INSALUBRE. Após o cancelamento da Súmula 349 do TST, esta Corte passou a adotar o entendimento de que o acordo de compensação de jornada em atividade insalubre somente é valido se for precedido de autorização das autoridades competentes em higiene do trabalho, conforme determina o art. 60 da CLT. (TST - RR: 205509320135040205, Relator: Augusto César Leite de Carvalho, Data de Julgamento: 16/03/2016, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 22/03/2016) (BRASIL, 2017).

Em relação ao banco de horas, no entanto, previu que a validade está condicionada à negociação coletiva, a dizer, a realização de tal regime mediante acordo coletivo de trabalho ou convenção coletiva de trabalho (verbete II).

A semana espanhola, consistente em compensação de jornada que extrapola às 44 horas semanais de uma semana, para ser compensado na semana seguinte ou, durante o mês, para que a média de horas trabalhadas chegue em 44 semanais, não ultrapassando as 220 horas mensais, mesmo não se caracterizando como banco de horas, exige acordo coletivo de trabalho ou convenção coletiva de trabalho, pois chegando a 48 horas de trabalho em uma semana, extrapola o limite constitucional.[5]

No sistema de banco de horas, também é imprescindível que a compensação máxima se dê no período máximo de um ano e seja observado o limite diário de 10 horas de trabalho, sob pena de invalidade. Não vem sendo admitido a manutenção concomitante de ambos os regimes, sob pena também de invalidade**.**[6]

A Súmula 85 do Tribunal Superior do Trabalho fixou entendimento segundo o qual o não atendimento das exigências legais para a compensação de jornada, inclusive mediante

[5] AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA DA RECLAMADA. JORNADA DE TRABALHO. SEMANA ESPANHOLA. OJ N.º 323 DA SBDI-1. AUSÊNCIA DE PREVISÃO EM NEGOCIAÇÃO COLETIVA. No que diz respeito à jornada praticada, verifica-se a perfeita adequação do julgado aos termos da OJ n.º 323 da SBDI-1, in verbis: "ACORDO DE COMPENSAÇÃO DE JORNADA. ' SEMANA ESPANHOLA' . VALIDADE. 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, § 2.º, da CLT e 7.º, XIII, da CF/88 o seu ajuste mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho."Nesse sentido, prevalece o entendimento adotado pelo Regional, porquanto verificado que não havia acordo ou convenção coletiva estipulando a jornada na modalidade de"semana espanhola". Agravo de Instrumento conhecido e não provido. (TST - ARR: 5276420125020255, Relator: Maria de Assis Calsing, Data de Julgamento: 05/08/2015, 4ª Turma, Data de Publicação: DEJT 14/08/2015) (BRASIL, 2017).

[6] AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA DA PRIMEIRA-RECLAMADA - BANCO DE HORAS - REQUISITOS - ACORDO DE COMPENSAÇÃO DE HORÁRIOS E PRORROGAÇÃO DA JORNADA DE TRABALHO - COEXISTÊNCIA - IMPOSSIBILIDADE - JORNADAS EXCESSIVAS. O banco de horas, estabelecido e regulado no art. 59, § 2º, da CLT, com a redação dada pela Medida Provisória nº 2.164-41/2001, autoriza que o excesso de horas trabalhadas em um dia seja compensado com folgas ou diminuição de horas em outro, admitindo o módulo de compensação anual, sendo conditio sine qua non para a validade do sistema de compensação anual a observância dos seguintes requisitos: previsão em norma coletiva, compensação no período máximo de um ano e observância do limite diário de dez horas. Ademais, o acordo de compensação e a prorrogação de jornada não são acumuláveis. A compensação destina-se a manter a jornada de trabalho no máximo tolerado pela legislação, prorrogando-a em determinados dias para que o labor em outros seja suprimido. Se o empregado já cumpre uma jornada dilatada, na expectativa de uma redução ou supressão em outro dia da semana, o exercício de constante sobrejornada vem em seu prejuízo físico e social, em visível violação das principais garantias dos trabalhadores, pois não se admite duas causas de extrapolação de jornada - compensação e horas extraordinárias. Assim, por ser o acordo de compensação exceção à regra, deve ser cumprido em sua integralidade, para que produza eficácia, o que não se verifica no caso dos autos, em face da ausência de negociação coletiva no sentido de implementar expressamente o sistema de banco de horas, bem como da existência de adoção simultânea dos regimes de compensação e prorrogação da jornada de trabalho. (TST - ARR: 7595420105090028, Relator: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, Data de Julgamento: 04/03/2015, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 06/03/2015). (BRASIL, 2017).

acordo tácito, não implica a repetição do pagamento das horas excedentes à jornada máxima semanal, sendo devido apenas o respectivo adicional (verbete III).

Para evitar adoção fraudulenta no acordo de compensação, também previu que a prestação habitual de horas extras descaracteriza o acordo de compensação de horas, sendo que as horas que ultrapassarem a jornada semanal normal deverão ser pagas como extraordinárias, e quanto àquelas destinadas à compensação, deverá ser pago a mais apenas o adicional (verbete IV).

A Súmula 444 do Tribunal Superior do Trabalho reconheceu a validade do regime compensatório da modalidade de 12 horas de trabalho por 36 horas de folga, desde que celebrado mediante acordo coletivo de trabalho ou convenção coletiva de trabalho, o que excetua a regra da limitação de 10 horas de trabalho diário de que trata o art. 59, § 2º, da CLT.

Nos demais casos, se o limite máximo de 10 horas diárias for extrapolado, mesmo estando o trabalhador na vigência do acordo de compensação ou do banco de horas, este deverá ser remunerado como extraordinário.[7]

Por fim, cabe destacar que a adoção de regime compensatório junto a empregados menores de 18 anos impõe a observância formal da convenção coletiva ou o acordo coletivo de trabalho, conforme prevê o art. 413, I, da CLT. A Constituição Federal admite a existência de um estatuto normativo tutelar rigoroso com respeito aos menores, não podendo haver incompatibilidade entre o texto celetista e o art. 7°, XIII, da Carta Magna. (DELGADO, p. 966. 2015).

Os limites e condições para a manutenção de regimes compensatórios sofreu, em parte, importantes alterações por força do advento da Lei n. 13.467/2017, denominada de Reforma Trabalhista, o que merece atenção especial no tópico que segue.

REFORMA TRABALHISTA E O IMPACTO NOS REGIMES COMPENSATÓRIOS DE JORNADA DE TRABALHO

A Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017, conhecida como Reforma Trabalhista, fez substanciais alterações na Consolidação das Leis do Trabalho, não só pela quantidade de

[7] Neste sentido, segue ementa: ACORDO DE COMPENSAÇÃO. BANCO DE HORAS. EXCESSO DO LIMITE DE 10 (DEZ) HORAS DIÁRIAS. NULIDADE. A realização de trabalho além do limite máximo de 10 (dez) horas diárias, imposto pelo parágrafo 2º do artigo 59 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), torna nula a compensação de jornada por meio do "banco de horas", hipótese em que o labor realizado além dos limites legais, diário e semanal, deve ser remunerado como extraordinário. Recurso ordinário da reclamada conhecido e desprovido, neste tema em específico. (TRT-9 92992009863903 PR 9299-2009-863-9-0-3, Relator: ALTINO PEDROZO DOS SANTOS, 3A. TURMA, Data de Publicação: 17/05/2011) (BRASIL, 2017).

dispositivos legais alterados (mais de duas centenas), como também pela alteração de regras importantes até então vigentes em matéria de Direito Material e Processual do Trabalho.

Reforma muito criticada por alguns setores, por conta de trazer muito mais benefícios aos empregadores do que aos empregados, além de criar vários mecanismos destinados a flexibilizar a legislação trabalhista (no sentido de diminuir ou suprimir direitos trabalhistas), teve como escopo, segundo seus defensores, atualizar a legislação trabalhista e colaborar no combate ao desemprego que, nos últimos anos, cresceu vultosamente. (MENDONÇA, 2017).

Sem adentrar no debate sobre os (de)méritos da Reforma Trabalhista, visto que este trabalho se propõe a analisar a questão dos regimes compensatórios, cumpre destacar que a alteração legislativa adicionou novos e mais fáceis critérios para a adoção e validade de acordos de compensação de horas e banco de horas, além de admitir expressamente a modalidade de 12 horas de trabalho por 36 de folga.

Além disso, em contradição ao entendimento do Tribunal Superior do Trabalho, a reforma fixou efeitos menos rigorosos ao descumprimento de algumas regras dos regimes compensatórios, o que, desde já, explicita o seu caráter flexibilizante.

Cumpre, por conta disso, analisar algumas alterações importantes, ao menos sob a ótica legislativa, já que não há, ainda, um consenso sobre a amplitude da aplicação deste novo regramento, inclusive no que atine aos sistemas compensatórios de jornada de trabalho, quer sob a ótica jurisprudencial, quer sob a ótica doutrinária.

No que respeita ao acordo de compensação de horas, feito entre empregado e empregador, passou a ser lícita esta modalidade de regime compensatório desde que celebrado mediante um acordo individual, escrito ou tácito, e desde que a compensação ocorra no mesmo mês (art. 59, § 6º, da CLT).

Anteriormente, não se admitia acordo tácito nesta modalidade, nem havia previsão da necessidade de compensação mensal, o que constitui, portanto, uma inovação em matéria de acordo de compensação de horas.

Por conta desta alteração legislativa, será possível conceber acordo de compensação de jornada observado este parâmetro (compensação que deve ser feita no mês e desde que haja acordo individual, tácito ou escrito), sem desprezar, por outro lado, as possibilidades anteriores à reforma que, todavia, exigirão os requisitos anteriormente exigidos. Assim, será também admitido acordo de compensação por escrito entre empregado e empregador, destinado à compensação na semana, ou, ainda, acordo de compensação de jornada fixado

segundo regras previstas em convenções coletivas de trabalho ou acordos coletivos de trabalho (na sistemática da Súmula 85 do Tribunal Superior do Trabalho).

Ou seja, a inserção desta modalidade de acordo de compensação de horas não impede que outras sejam feitas, observadas as normas coletivas criadas para tal fim ou, ainda, o acordo escrito individual feito entre empregado e empregador, desde que destinado à compensação na semana.

O art. 59-B da CLT, inserido pela Reforma Trabalhista, previu que o não atendimento das exigências de compensação de jornada, inclusive feitas mediante acordo tácito, não implica a repetição do pagamento das horas excedentes à normal diária, se não ultrapassada a duração máxima semanal, sendo, no caso, somente devido o adicional.

No parágrafo único, ainda, dispôs que a prestação de horas extras habituais não tem o condão de descaracterizar o acordo de compensação de horas e, mesmo, o banco de horas, o que denota que o legislador, em certa medida, buscou ser conivente com os casos de fraude ou insinceridade na adoção destas modalidades de regimes, trazendo conseqüências menores, em sentido diametralmente oposto ao entendimento jurisprudencial anterior expresso pela Súmula 85 do Tribunal Superior do Trabalho.

Por sua vez, o banco de horas passou a ser admitido mediante acordo individual escrito, desde que a compensação ocorra no período máximo de seis meses (art. 59, § 5º, da CLT).

Por força desta alteração legislativa, foi instituída esta modalidade de banco de horas, com as condições devidamente delineadas no dispositivo supracitado, sem desprezar outras modalidades de banco de horas que, todavia, podem ser instituídas, desde que observados os critérios contidos em convenções coletivas de trabalho ou acordos coletivos de trabalho.

Não se olvide, ainda, que as normas coletivas venham a somente admitir tal modalidade de compensação mediante critérios diversos dos legais, excluindo a possibilidade contida em lei, o que importará, por força do princípio de proteção e da prevalência da norma mais benéfica, em invalidade do regime previsto na CLT.

Vale, nesta discussão, pontuar que, na 1ª Jornada sobre a Reforma Trabalhista, feita pelo Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, foi aprovada uma proposta segundo a qual o banco de horas somente poderia ser adotado mediante intervenção sindical, sem admissão, portanto, dos critérios menos rígidos previstos na CLT, o que sinaliza a inconformidade com

os novos parâmetros legais e, sobretudo, denota que a interpretação e aplicação dos dispositivos da reforma não tende a ser literal ou direcionado ao que pretendeu o legislador.[8]

O § 2º do art. 59-A da CLT, com redação dada pela MP 808, de 14 de novembro de 2017, previu a possibilidade de manutenção da modalidade de 12 horas de trabalho por 36 de folga, desde que autorizada por acordo coletivo de trabalho ou convenção coletiva de trabalho (ressalvada as entidades atuantes no setor de saúde, que também podem fazer mediante acordo escrito individual, a teor do § 2º).

Como destaca Melek (2017, p. 93/94), tal modalidade somente era admitida por Súmula do Tribunal Superior do Trabalho, causando certa insegurança jurídica, de modo que certas atividades empresariais (apenas uma minoria costuma adotar tal modalidade) poderão adotar esta sistemática de compensação.

Nesta modalidade, não foi exigida autorização prévia da autoridade competente, de que trata o art. 60 da CLT, o que significa, em outro sentido, que o banco de horas e o acordo de compensação necessitam desta prévia autorização em atividade insalubre para a sua validade.

O §1º do art. 59-A da CLT estabeleceu que está incluída na remuneração pactuada, nesta modalidade, os pagamentos dos descansos semanais remunerados e as prorrogações de trabalho noturno, aqui, quando houver.

Na 1ª Jornada sobre Reforma Trabalhista, feita pelo Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, foi fixado o entendimento, que pode vir a ser seguido pelos Tribunais, de que esta modalidade somente pode ser feita mediante intervenção sindical, não se admitindo regime complessivo quanto ao pagamento de feriados. Também, entendeu não ser aplicável tal dispositivo no que atinge ao não cabimento de adicional noturno pelo trabalho noturno prorrogado.

Inegável que essas alterações legislativas amenizaram os rigores para a adoção dos regimes compensatórios de jornada de trabalho, além de estabelecerem consequências menos danosas àqueles que descumprirem com tais exigências.

O caráter flexibilizante deste novo regramento pode ser verificado, portanto, nos regramentos sobre regimes compensatórios (banco de horas e acordo de compensação de horas), sendo que a aplicação dos novos parâmetros legais, sobre este tema, dependerão da interpretação que será consolidada no tempo pelos operadores jurídicos.

[8] Aqui, é possível cogitar, até, de um certo ativismo judicial, à medida que, em certa medida, as opções do legislador, expressas por alterações legislativas, exigem uma certa deferência do Poder Judiciário, debate este bastante controverso que este trabalho não se propõe a fazer. (nota do Autor)

Espera-se que certos consensos não tardem a aparecer, em benefício de uma necessária segurança jurídica e da desejada paz social.

CONCLUSÃO

A flexibilização trabalhista tem impactado o mundo do trabalho nas mais diferentes formas. No caso da jornada de trabalho, a flexibilização trabalhista expressa-se através dos chamados regimes compensatórios de jornada de trabalho (acordo de compensação de horas e banco de horas), segundo os quais há exigência de trabalho extraordinário por parte do empregado sem a contraprestação das horas extras, substituídas por não trabalho ou trabalho a menor.

Por se tratar de algo excepcional, as condições para a celebração de regimes compensatórios sempre foram mais rígidas, quer sob a ótica formal, quer sob os efeitos da inobservância de tais condições, o que, claramente, foi alterado por conta da Lei n. 13.467/2017 (Reforma Trabalhista).

A Reforma Trabalhista manteve o entendimento de que os regimes compensatórios não se confundem, tanto que destinou tratamento diferenciado ao acordo de compensação de horas em relação ao banco de horas, tendo trazido como novidade a facilitação na manutenção de ambos os regimes, como também previu efeitos menos danosos em caso de inobservância das condições legais.

Neste ponto, o acordo de compensação de horas também passou a ser admitido mediante um ajuste meramente tácito entre empregado e empregador, desde que a compensação ocorra no mês, o que não era admitido anteriormente à reforma. O banco de horas, por sua vez, também foi admitido mediante ajuste escrito individual entre empregado e empregador, desde que a compensação ocorra no prazo de seis meses, o que também não era admitido anteriormente à reforma.

A modalidade de doze horas de trabalho por trinta e seis de folga também foi admitida expressamente, observada a previsão em norma coletiva (com exceção de empresas do setor da saúde, que podem fazer acordo escrito), não sendo exigida prévia autorização da autoridade competente quando se tratar de atividade insalubre.

Os novos parâmetros legais dos regimes compensatórios, embora menos rígidos, exigem a observância de condições que, caso não atendidas, acarretarão nulidade do regime e pagamento do adicional de horas extras, como também verificado. Dentre eles, cita-se, por

exemplo, a inobservância do formalismo exigido, a ausência de prévia autorização da autoridade em se tratando de atividade insalubre, o extrapolamento do período de realização de um dos regimes compensatórios, a limitação de 2 horas extras diárias para fins de compensação, os limites e condições mais benéficos que por ventura as normas coletivas da categoria venham a impor para a validade de tais regimes.

Por se tratar de matéria recentemente alterada tendo em vista a necessidade de uma interpretação sistemática de tais dispositivos alterados com os já existentes, com a Constituição Federal (que estabelece princípios, regras e valores) e os princípios do Direito do Trabalho sem desprezar uma certa inconformidade dos Juízes do Trabalho com algumas alterações legislativas feitas , não se despreze a possibilidade de que, em matéria de regimes compensatórios, não se faça uma interpretação meramente literal de tais alterações, sendo, como visto, muito provável que outros mecanismos interpretativos venham, até mesmo, a contrapor o querer do legislador.

É necessário, por motivo de segurança jurídica, e visando evitar e solucionar demandas, que tais embates interpretativos sejam devidamente superados, trabalho esse que iniciou com o legislador e que imprescinde, também, do trabalho dos operadores jurídicos.

REFERÊNCIAS

CAMINO, Carmem. **Direito Individual do Trabalho.** 3. ed. Porto Alegre: Síntese, 2003.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho.** 11. ed. São Paulo: Método, 2015.

CREMONESI, André; FABRE, Luis Carlos Michele. **Direito do Trabalho**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502173156/cfi/4!/4/4@0.00:0.00> Acesso em: 30 set. 2017.

CUNHA, Maria Inês Moura S. A. da. **Direito do Trabalho**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502112759/cfi/4!/4/4@0.00:0.00> Acesso em: 02 out. 2017.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho.** 14. ed. São Paulo: LTDA, 2015.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MARQUES, Fabíola; ABUD, Cláudia José. **Direito do Trabalho**. 8. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2013. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522478712/cfi/0!/4/4@0.00:0.00> Acesso em: 05 out. 2017.

MELEK, Augusto Marlos. **Trabalhista! O que mudou? – Reforma Trabalhista 2017.** Curitiba: Estudo Imediato Editora, 2017.

MENDONÇA, Heloisa. **El País**. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2017/07/12/politica/1499812913_071957.html> Acesso em: 19 out. 2017.

MOURA, Marcelo. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2014. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502212466/cfi/4!/4/2@100:0.00> Acesso em: 18 out. 2017.

ROMAR, Carla Teresa Martins. **Direito do Trabalho Esquematizado**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502627505/cfi/4!/4/4@0.00:0.00> Acesso em: 15 out. 2017.