

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP

FABIO APARECIDO RAPP PORTO

**FLEXIBILIZAÇÃO DA JORNADA DE TRABALHO: UMA ANÁLISE LEGAL
E JURISPRUDENCIAL**

MESTRADO EM DIREITO

SÃO PAULO

2014

FABIO APARECIDO RAPP PORTO

**FLEXIBILIZAÇÃO DA JORNADA DE TRABALHO: UMA ANÁLISE LEGAL
E JURISPRUDENCIAL**

MESTRADO EM DIREITO

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção de título de MESTRE em Direito, sob a orientação do Prof. Dr. Paulo Sérgio João.

SÃO PAULO

2014

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. Orientador: Paulo Sérgio João

Dedico este trabalho a todos aqueles que me ajudaram nesta caminhada, dentre eles minha filha, Maria Júlia, meus pais, Sidiney e Luíza, minha esposa, Aline Roberta, meus irmãos, Alexandre e Marcelo, sobrinhos e cunhadas.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente agradeço a Deus.

À minha filha, razão de meu viver. À minha esposa. Aos meus pais, fonte de inspiração.

Aos amigos: Carlos Júnior e Maurício Simões – grande amigo e professor, de direito e de vida - e aos meus colegas de sala de aula. À Ione pela força e incentivo.

Ao Professor orientador Paulo Sérgio João, pelos ensinamentos, pelo carinho e profissionalismo dispensados para conclusão deste trabalho, e, principalmente, pelo apoio incondicional.

Aos professores: Thiago Matsushita, Pedro Paulo Manus, Adalberto Martins, Fabiola Marques, Suely Ester Gitelman, Renato Rua de Almeida e a Carla Romar.

RESUMO

Este estudo visa analisar a flexibilização da jornada de trabalho no âmbito da relação de emprego, bem como a sua importância no atual cenário de atividades profissionais. A pesquisa tem também como objetivo conceituar o mecanismo de flexibilização do Direito do Trabalho, assim como fixar os limites mínimos de proteção ao trabalhador diante das mudanças oriundas das novas tecnologias de produção. Buscou-se, dessa forma, analisar a inobservância dos critérios legais e jurisprudenciais para a flexibilização da jornada de trabalho. Por fim, ressalta-se a importância de se flexibilizar a jornada de trabalho, tanto para atender aos anseios dos trabalhadores quanto às necessidades dos empregadores, deixando um alerta para que isso seja feito com observância do princípio protetivo trabalhista, das normas postas e, principalmente, com a participação dos sindicatos, com o fito de enaltecer a autonomia privada coletiva.

Palavras-chave: Flexibilização. Jornada de trabalho. Análise jurisprudencial. Análise legal.

ABSTRACT

The theme of this study concerns the analysis of flexibility of working hours within the employment relationship, its importance in the current scenario of least traditional professional activities each day. The research also aims to conceptualize the mechanism of relaxation of the Labor Law, as well as fixing the minimum limits of worker protection in the face of such rapid changes arising from new production technologies. This research will point out the implications and reflections from the analysis of the institutes of the compensation round, weekly and yearly, the continuous shift relay and part-time contract. This analysis, implications and consequences, leave the violation of the legal and jurisprudential criteria for flexible working hours. The legal impact of flexibility in working hours will the economic spectrum to the protection of human dignity, through the minimum rights guaranteed by the Constitution, such as leisure; to education; to rest; to family life. Finally, we will conclude by emphasizing the importance of flexible working hours, both to meet the desires of you work, as well as the demand of the labor market and the needs of employers, but leaving a warning for this to be done in compliance with labor protective principle, put the rules and especially with the participation of trade unions with the aim of enhancing the collective private autonomy.

Keywords: Easing. Workday. Analysis. Principles.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	09
2	NOÇÕES GERAIS SOBRE A FLEXIBILIZAÇÃO DAS CONDIÇÕES DE TRABALHO.....	111
2.1	Historicidade	111
2.2	Aspectos conceituais	23
2.3	Correntes da flexibilização	28
2.4	Distinção entre flexibilização e desregulamentação	30
2.5	Limites da flexibilização	35
2.6	Flexibilização e o princípio protetor	422
3	FLEXIBILIZAÇÃO DA JORNADA DE TRABALHO	49
3.1	Aspectos justificadores da flexibilização da jornada de trabalho.....	49
3.2	Constituição Federal de 1988 e a flexibilização da jornada de trabalho	53
3.3	Formas de flexibilização da jornada de trabalho.....	54
4	FLEXIBILIZAÇÃO DA JORNADA DE TRABALHO: UMA ANÁLISE LEGAL E JURISPRUDENCIAL	73
4.1	Compensação semanal de jornada.....	74
4.2	Compensação anual	83
4.3	Turnos ininterruptos de revezamento	89
4.4	Trabalho a tempo parcial	92
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	98
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	107
	WEBGRAFIA	111

1 INTRODUÇÃO

Este estudo busca compreender a análise jurisprudencial e legal da flexibilização da jornada de trabalho, bem como suas implicações jurídicas e sociais pela ausência de rigor na limitação da jornada de trabalho, tendo por consequências a inobservância de direitos mínimos do trabalhador, tais como: lazer, convívio familiar e social, educação, aumento de riscos de acidentes de trabalho e doenças ocupacionais.

A jornada de trabalho é um dos aspectos das condições de trabalho que tem a mais direta e perceptível repercussão sobre a vida do trabalhador. A quantidade de horas de trabalho e a maneira pela qual elas são distribuídas influenciam não só a saúde e a segurança do trabalhador como também o desenvolvimento de suas atividades pessoais, familiares e sociais. Dessa forma, acreditamos que um melhor entendimento sobre a jornada de trabalho poderá trazer benefícios ao trabalhador. O tema investigado é relevante devido à falta de regulamentação legal adequada, bem como, devido à ausência de atuação eficaz dos sindicatos trabalhistas.

Para uma melhor compreensão e análise sobre o tema, a pesquisa foi dividida em três capítulos: noções gerais sobre a flexibilização das condições de trabalho; flexibilização da jornada de trabalho; análise legal e jurisprudencial das formas de flexibilização da jornada de trabalho.

O primeiro capítulo tem como objetivo discutir as noções gerais sobre flexibilização das condições de trabalho, para tanto será traçado um panorama da evolução histórica da flexibilização. Tal levantamento tem como propósito buscar a gênese desse fenômeno e dar suporte ao debate sobre os aspectos conceituais, correntes, distinções e limites subjacentes ao tema. Por fim, será feita a análise crítica sobre o princípio protetor e a flexibilização.

Tendo por base teórica a análise realizada no primeiro capítulo, no segundo capítulo será realizado um estudo pormenorizado da flexibilização da jornada de trabalho e apresentar os aspectos justificadores da flexibilização. Procuramos mostrar a relevância de tal estudo, tendo como base a pesquisa doutrinal, legal e jurisprudencial e ainda sua aplicação nos campos social e econômico.

Neste capítulo ainda serão apresentados os aspectos constitucionais sobre a flexibilização da jornada de trabalho. A Carta Magna guarda recomendações essenciais

sobre a flexibilização, como nos casos de negociação coletiva — aparente na maioria dos casos —, bem como na participação obrigatória durante as negociações.

O último tópico do segundo capítulo apresenta as formas de flexibilização da jornada de trabalho, são elas: compensação semanal; acordo de compensação de jornada por meio de banco de horas; turnos ininterruptos de revezamento e contrato a tempo parcial.

Na seção referente à compensação semanal, iremos abordar a compensação clássica, a escala 12X36, bem como a semana espanhola. Ressaltamos que tanto na compensação semanal, como nas demais formas de flexibilização da jornada de trabalho, restringir-nos-emos a fazer uma abordagem conceitual, histórica e classificatória, sem adentrar precisamente em suas consequências e implicações.

O último capítulo apresenta as implicações da compensação semanal, do acordo de compensação anual, turnos ininterruptos de revezamento e do trabalho a tempo parcial, sob a análise legal e jurisprudencial.

Essa análise compreenderá os reflexos de uma flexibilização malsucedida, feita sem a observância legal ou dos requisitos propostos pela jurisprudência consolidada no Tribunal Superior do Trabalho. Para ilustrar essa discussão, traremos o exemplo da Súmula nº. 85, V, que determina que o banco de horas seja feito por convenção ou por acordo coletivo de trabalho e realizaremos um exercício teórico-conceitual sobre as possíveis implicações pela inobservância dos requisitos propostos na referente súmula.

A flexibilização da jornada de trabalho implica a discussão tanto de aspectos relacionados diretamente com o trabalho como o tempo de descanso adequado, a minimização de riscos de acidentes de trabalho e aspectos importantes relacionados com a qualidade de vida do trabalhador como o tempo de lazer, o tempo de estudos ou o tempo para se estar com a família.

2 NOÇÕES GERAIS SOBRE A FLEXIBILIZAÇÃO DAS CONDIÇÕES DE TRABALHO

2.1 Historicidade

A globalização é um processo de integração econômica, cultural e política impulsionada pelos avanços tecnológicos. Embora alguns autores situem a globalização como um processo iniciado com as Grandes Navegações e as rotas comerciais entre Europa e Ásia no séc. XV, a globalização como a discutimos hoje refere-se a um conjunto de profundas transformações políticas e econômicas que estão mudando radicalmente o mundo como o conhecemos. Como esclarece Vólia Bomfim Cassar:

A globalização é o processo mundial de integração de sistemas, de culturas, de produção, de economias, do mercado de trabalho, conectando comunidades e interligando o mundo através de redes de comunicações e demais instrumentos tecnológicos, quebrando fronteiras e barreiras. Acarreta transformações na ordem econômica e política e econômica mundial, abalando principalmente países de economia mais frágil. É uma 'onda' que traduz uma nova cultura global no quadro das transformações do capitalismo liberal e da economia mundial. É um produto inevitável da alta tecnologia nas áreas da informática e das comunicações. É uma ordem econômica e tecnológica transnacional.¹

Com a expansão do capitalismo e a globalização das economias, muitas fronteiras foram derrubadas, intensificando o fluxo de pessoas e mercadorias. Nesse processo as relações de trabalho e comércio sofreram profundas alterações expondo fragilidades, sobretudo entre países menos desenvolvidos, diante desse novo sistema. O domínio da tecnologia de ponta foi um dos delineadores de um mundo que se organiza entre centro e periferia.

Américo Plá Rodriguez² afirma que o fenômeno da globalização não é causal, tampouco isolado, pois tem relação com um processo histórico que, de algum modo, torna pequeno nosso mundo, isto é, ocorre uma aproximação, integração entre os países, em todos os sentidos.

¹ CASSAR, Vólia Bomfim. *Princípios Trabalhistas, Novas Profissões, Globalização da Economia e Flexibilização das Normas Trabalhistas*. Rio de Janeiro. Ed. Impetus: 2010, p. 5.

² PLÁ RODRIGUEZ, Américo. *Princípios de Direito do Trabalho*. 3ª ed – 2ª tiragem. São Paulo. Ed. LTr: 2002, p. 70.

Nota-se que, embora sua gestação ocorra por inúmeros caminhos, chamamos a atenção para o ponto de inflexão que acelerou a história que pode ser apontado de forma cronológica na rodada do Uruguai, com o qual o GATT (*General Agreement on Tariffs and Trade – Acordo Geral de Tarifas e Comércio*) terminou sua atuação, dando lugar para a OMC (Organização Mundial do Comércio), que tenta eliminar toda forma de protecionismo³.

Apontam-se três fatos que contribuíram decisivamente para a existência do referido fenômeno, quais sejam: extraordinário avanço tecnológico; fim dos obstáculos políticos (nesse caso representado pela queda do muro de Berlim); proliferação das multinacionais:

Influíram decisivamente nesse fenômeno três fatos simultaneamente produzidos em planos distintos: 1) O extraordinário avanço tecnológico em matéria de comunicações e transportes, que aproxima todos os países e as regiões do mundo, mesmo as geograficamente mais distantes. 2) O desaparecimento de um obstáculo político representado pela queda do muro de Berlim. *Russomano* chega a afirmar, num recente trabalho, que a globalização da economia universal tornou-se possível e inevitável depois da morte da União Soviética. 3) A proliferação das multinacionais -, em suas variadíssimas formas de combinação -, as quais, embora existissem há muitos anos, adquiriram nos últimos tempos desenvolvimento consideravelmente maior.⁴

O processo de integração das economias, no entanto, não ocorre da mesma forma para todos. Existe uma clara divisão entre centro e periferia no mundo capitalista, entre o nível de integração a globalização e a abertura econômica social e política que são influenciados pela história, pela cultura, pelo sistema político e pelo nível de desenvolvimento que se encontra o país.

A globalização, além dos reflexos positivos, pode causar consequências prejudiciais para toda a sociedade, dentre elas destacamos duas: desemprego e a ideologia neoliberal.

Embora o desemprego seja um fenômeno complexo que envolva muitos fatores, algumas características da globalização são apontadas por agravar o problema. Muitas empresas, por exemplo, transferem suas fábricas para países onde a mão de obra é menos remunerada e onde não exista uma lei trabalhista eficiente para defender os trabalhadores contra abusos para assim reduzir o custo de produção. Esse processo

³ PLÁ RODRIGUEZ, Américo. *Princípios de Direito do Trabalho*. 3ª ed – 2ª tiragem. São Paulo. Ed. LTr: 2002, p. 70.

⁴ *ibidem*, p. 71.

conhecido como divisão internacional do trabalho tem como único objetivo o lucro e prejudica tanto a economia das cidades em países mais desenvolvidos como gera exploração nos países subdesenvolvidos. Além disso a concentração de riquezas vem aumentando em decorrência da globalização, fazendo com que o desemprego e a pobreza aumentem nos países periféricos.

A revolução tecnológica e científica é outro processo concomitante a globalização que vem gerando grande número de desempregos ao redor do mundo, como afirmam especialistas. A substituição da mão de obra humana por máquinas cada vez mais especializadas e a automação atendem a necessidade do sistema por um aumento de produção, porém a custa de empregos e da homogeneização da produção.

O avanço tecnológico e dos meios de comunicação geraram outro problema que atinge, sobretudo, trabalhadores de países menos desenvolvidos. O mercado passou a exigir uma qualificação mínima para ocupação dos postos de trabalho, qualificação que pode ser traduzida por uma escolarização que não foi fornecida pelo Estado e nem esteve ao alcance de muitos trabalhadores⁵. Essa situação gerou um contingente de homens e mulheres que se tornaram anacrônicos aos postos de trabalho que antes ocupavam e tecnicamente desqualificados para se inserirem nesse novo paradigma econômico.

O avanço tecnológico fez surgir novos empregos assim como a criação de modalidades de trabalho que antes não existiam. Contudo, como foi dito anterior, a qualificação exigida também aumentou, tornando mais profundo a divisão entre aqueles que podem alcançar trabalhos melhores e mais bem remunerados daqueles que foram excluídos do processo de educação⁶.

Assim, em razão da diminuição dos postos de trabalho, conforme descrito, os trabalhadores passaram a ter medo do desemprego, culminando no enfraquecimento sindical, pois afastou os empregados da militância de seus sindicatos. Trabalhador que reivindicava, por meio da participação em sindicatos, melhores condições de trabalho, sofria retaliação dos empregadores, acabando desempregados.

⁵Disponível em: <<http://economia.estadao.com.br/noticias/economia-geral,nova-pesquisa-mostra-taxa-de-desemprego-maior,175673,0.htm>>; <<http://www.cartacapital.com.br/economia/desemprego-global-cresce-e-ja-atinge-mais-de-200-milhoes-de-pessoas-9833.html>>. Acesso em: 17 mai. 2014.

⁶ Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=6891> Acesso em: 17 mai. 2014.

FIQUEIREDO, Fábio Fonseca. *CONJECTURAS SOBRE O DESEMPREGO A PARTIR DO DESENVOLVIMENTO TECNOLÓGICO NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA*. Disponível em: <<http://www.ub.edu/geocrit/b3w-878.htm>>. Acesso em: 17 mai. 2014.

Destacamos outro fator que contribuiu para a aceleração da globalização, qual seja, a aplicação da ideologia neoliberal.

Em suma o neoliberalismo prega a regulação do mercado pelas partes, no caso da seara trabalhista, pelo empregado e empregador, sem a intervenção Estatal, ou seja, sem que o Estado regule, por normas imperativas, a relação laboral, devendo ao alvedrio das partes, uma vez que estas têm maiores condições de trazer para si, o que for de melhor interesse para cada parte.

A ideologia neoliberal ressurgiu nesse contexto de globalização com o objetivo de anular direitos e garantias conquistados pelos trabalhadores consolidados na legislação trabalhista. Argumentam os defensores do discurso neoliberal que o custo do trabalhador se tornou oneroso e inviabilizaria tanto a concorrência e o crescimento econômico como a possibilidade de prover melhores condições de trabalho. Alertam que sem a flexibilização das condições de trabalho as empresas não serão capazes de superar as crises econômicas o que levaria a um ciclo de falências e conseqüentemente a uma crise no direito do trabalho.

Precisamos melhor esclarecer tais argumentos. Em primeiro lugar, o direito do trabalho é muito maior que a discussão de certos direitos e benesses, portanto, o Direito do Trabalho não entrará em uma crise substancial pela falta de empresas, mas irá se amoldar e se readaptar a novas realidades como vem fazendo.

Questionamos o raciocínio neoliberal, pois costumamos acreditar que só o direito do trabalho e suas supostas benesses oneram os empresários, sendo o maior causador da quebra das empresas e da crise econômica. Talvez seja o momento de questionarmos os tributos pagos ao Estado; o lucro dos empresários – que, diga-se de passagem, é exagerado⁷; e a falta de uma boa administração financeira nas empresas. Acreditamos que existam outros custos que estão na frente dos trabalhistas e que poderiam ser revistos para, depois discutirmos se os direitos que melhoraram as condições dos trabalhadores estão impactando no aumento da crise e na derrocada das empresas. Com o fim de sustentar a afirmação acima, em que os empregadores possuem lucros exagerados em detrimento dos direitos trabalhistas, peguemos como exemplo o setor financeiro, especificamente os bancários, em que os bancos, sob o argumento de aumentar os postos de trabalho, diminuíram os salários dos empregados e adotaram a política da rotatividade, conforme pesquisa feita pela Contraf-CUT (Confederação

⁷ AMORIM, Ricardo. *Por que pagamos mais caro?* Disponível em: <http://ricamconsultoria.com.br/news/artigos/palestra_brasil_caro>. Acesso em: 17 mai. 2014.

Nacional dos Trabalhadores do ramo financeiro – Central Única dos Trabalhadores) em parceria com a Dieese (Departamento Intersindical de Estatísticas e Estudos Socioeconômicos)⁸.

Destaca-se que trabalhadores melhor remunerados, com condições dignas de trabalho, naturalmente terão aumento de rendimento no desempenho de seu ofício.

Nesse sentido, Américo Plá Rodriguez⁹ afirma que:

O raciocínio costuma ser feito com base na comparação entre o salário de um operário nórdico e o de um operário grego. O salário do nórdico é muito mais alto que o do grego, mas, como o trabalhador rende muito mais, o resultado final é sensivelmente mais benéfico para a empresa e para a produção. Entre os fatores que influem está o estado de espírito do trabalhador que é bem pago e está satisfeito.

Dessa forma é possível concluir que o aumento de produtividade possui duas variáveis envolvidas, ser bem pago e estar satisfeito. Infelizmente os empregadores não têm a política de medir o índice de satisfação e de felicidade dos seus trabalhadores a não ser por meios indiretos. Os empregadores não podem reclamar da baixa produtividade de seus trabalhadores sem antes garantir as condições necessárias para um melhor desempenho.

O neoliberalismo, no entanto, é uma reformulação do pensamento liberal, seus defensores argumentam que “o melhor governo é o que menos governa”, essa expressão de ordem vem desde a época da independência dos EUA, em particular pelo ideário de Thomas Jefferson. Já na perspectiva dos ultraliberais, como por exemplo, Henry David Thoreau, “o melhor governo é o que não governa nada”¹⁰.

Como se verifica acima, há rejeição, por parte dos liberais, da participação do governo no que diz respeito à economia de mercado, isto é, no que concerne às relações econômico-comerciais. O mercado sempre seria capaz de encontrar um ponto de equilíbrio por meio das leis da oferta e demanda. Sem a interferência do Estado, o mercado se autorregularia (por meio da mão invisível) para oferecer o melhor caminho para todos.

⁸ Disponível em: <http://www.bancariosdf.com.br/site/index.php?option=com_content&view=article&id=9668:contraf-denuncia-precariedade-do-emprego-bancario-ao-ministro-do-trabalho&catid=1:timas&Itemid=93>. Acesso em: 10 jun. 2014.

⁹ Ibidem, p. 73.

¹⁰ THOREAU, Henry David. *A desobediência civil e outros escritos*. São Paulo: Martin Claret, 2003, p. 13.

O (neo)liberalismo soa como desregulamentação, inexistência de proteção, falta de legislação que equilibra as relações sociais, visto que no plano sociológico, sem a intervenção do direito positivo, determinadas situações se mostram desiguais, razão pela qual, aqueles que contrapõem o capitalismo liberal e neoliberal, clamam pela ingerência e regulação do mercado econômico, feito, obviamente, pelo Estado.

Ricardo Sayeg e Wagner Balera afirmam que:

Como se viu, foi o capitalismo, com o reconhecimento do direito subjetivo natural de propriedade, o regime econômico a prevalecer na pós-modernidade planetária, que para tanto consagrou a liberdade de iniciativa, a propriedade privada, o direito à herança, o direito adquirido e o ato jurídico perfeito. Como a maioria do mundo globalizado, o Brasil, em sua positivação constitucional, é capitalista, porque tais direitos são expressamente consagrados em sua Constituição Federal.

São dois os regimes econômicos clássicos:

- Capitalismo liberal: o regime capitalista compreende, a princípio, a coordenação da economia pelas forças naturais de mercado, configurando o chamado liberalismo econômico. Configurado pela economia capitalista de mercado, onde o Estado liberal, o Estado mínimo, tem a menor intervenção na economia.

- Capitalismo de Estado: também se admite que tal coordenação, embora artificial, seja feita pelo Estado, inclusive, como agente econômico direto, em nome próprio e por conta própria, vindo a estabelecer, nessas circunstâncias, o chamado dirigismo econômico. Caracterizado pela economia capitalista de comando central, onde o Estado do bem-estar social, o Estado coordenador da atividade econômica, tem atuação controladora, mas sem rejeitar a propriedade privada dos meios de produção e das instituições financeiras.¹¹

O (neo)liberalismo, após ter contribuído expressivamente com o progresso da humanidade, mostrava-se insuficiente quando o assunto era proteção à dignidade da pessoa humana. Daniel Sarmiento¹², nesse sentido, asseverou que “a industrialização, realizada sob o signo do *laissez faire, laissez passer*, acentuara o quadro de exploração do homem pelo homem, problema que o Estado liberal absentéista não tinha como resolver”.

Segundo Nelson Saldanha, os excessos do capitalismo acabaram “(...) por desnaturar a ideia de liberdade e por dar à deusa a famosa pergunta de Proudhon: ‘*Où est la liberté du non propriétaire?*’ (Onde está a liberdade do não proprietário?)”. Assim,

¹¹ SAYEG, Ricardo Hasson. BALERA, Wagner. *O Capitalismo Humanista – Filosofia Humanista de Direito Econômico*. 1ª ed. Editora Petrópolis KBR, 2011, p. 153.

¹² SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2ª ed. Lumen Juris Editora. Rio de Janeiro: 2006, p. 15.

como destaca Daniel Sarmiento, era preciso avançar, ir além, para aprofundar a luta pelos valores de ordem humanitária, aqueles estampados no Iluminismo¹³.

Continuando a crítica ao liberalismo, Daniel Sarmiento¹⁴ indica quais foram os pontos da derrocada do liberalismo e o nascimento de um Estado mais social, mais protetivo e, que prestigiava por meio de ideário e positivação a proteção da dignidade da pessoa humana, por conseguinte, da proteção da dignidade do operário:

Nesse cenário, surgem, dos mais variados flancos, críticas ao liberalismo econômico, sob cuja égide se criara e se nutria o capitalismo selvagem. O marxismo, o socialismo utópico e a doutrina social da Igreja, sob perspectivas diferentes, questionavam o individualismo exacerbado do constitucionalismo liberal. Para o marxismo, os direitos humanos do liberalismo compunham a superestrutura ligada à dominação econômica exercida pela burguesia sobre o proletariado. Eram uma fachada, que visava conferir um verniz de legitimidade a uma relação de exploração, que só teria fim com a implantação do comunismo e o fim das classes sociais. Afirmava Marx que de nada adiantava o Estado liberal abolir, para fins políticos, as distinções fundadas no nascimento na classe e na ocupação profissional, se ele deixasse que estas distinções atuassem, à sua maneira, na sociedade. Ao erigir uma barreira de isolamento entre o poder político e o mercado, colocando o segundo ao abrigo do primeiro, o Estado permitia que na sociedade se instalasse um verdadeiro Estado de Natureza, onde valia apenas a lei do mais forte. Para o marxismo, a liberdade privada, postulada pelo ideário da burguesia, supunha ‘uma realidade imaginária — a de indivíduos senhores das suas vontades, negociando realidade efectiva, que era antes a de indivíduos condicionados por constrangimentos econômico-sociais e negociando em posições desequilibradas.

Daniel Sarmiento¹⁵ defende ainda que:

O socialismo utópico, de pensadores como Charles Fourier, Robert Owen e Louis Blanc, também questionava o liberalismo, considerando-o incapaz de resolver a questão social, mas não propunha, como solução, que os proletários tomassem o poder pela força, parecendo acreditar na possibilidade de convencimento da burguesia da necessidade de promoção de reformas sociais. Esta corrente, apesar de seu idealismo algo inocente, desempenhou um papel relevantíssimo na criação do Direito do Trabalho.

Outro aspecto interessante a apontar sobre a aceleração da globalização é a *competitividade*. Nesse sentido, não se deve buscar maior competitividade em detrimento das condições de trabalho. Américo Plá Rodríguez afirma que a competitividade não deve ser feita em função da proteção do trabalhador, discorrendo, em seguida, que a Declaração da Filadélfia, que integra a constituição da OIT, traz em

¹³ SARMENTO, op. cit. p. 16.

¹⁴ HESPANHA, Antonio M. *Panorama da Cultura Jurídica Européia*. Lisboa: Publicações Europa-América, op. cit., p. 139-147 apud SARMENTO, 2006.

¹⁵ *Ibidem*, p. 16

seu bojo uma frase que pertence ao patrimônio intelectual e moral da humanidade: “o trabalho não é uma mercadoria”¹⁶.

É certo que, o trabalho pode ser, em termos, tratado como mercadoria, visto que, é negociado frequentemente, mas, dentro de um espectro social, é regido por leis que protegem a relação juslaborativa a fim de evitar exageros nesse conceito de mercadoria. Todavia, mesmo em um contexto plenamente neoliberal, o trabalho não deve estar sujeito às leis de mercado, uma vez que devemos proteger a dignidade humana a qualquer custo, “o homem não pode ser tratado como coisa [...] há limites intransponíveis que todos devemos respeitar e fazer respeitar”¹⁷.

Portanto, finalizando o assunto sobre a competitividade, vale transcrever a conclusão de Américo Plá Rodriguez¹⁸:

A competitividade deve ser canalizada para a melhoria da qualidade do produto, do aperfeiçoamento do sistema e do processo produtivo, da oportunidade da entrega, da adaptação às necessidades e às preferências do mercado, da eficácia do sistema de comercialização.

Em vez de descarregar o peso dessa competitividade nos ombros do pessoal, deve-se reclamar dos empresários esforços de criatividade, busca de informação, espírito de risco que conduza à melhoria das condições de luta no mercado.

O autor ainda ressalta que:

Dever-se-á também exigir dos trabalhadores um esforço paralelo de operosidade, diligência, pontualidade, produtividade para que a tarefa a ser feita tenha as condições adequadas para sucesso no mercado.

Creemos ser indispensável um entendimento comum para empreender uma luta difícil, na qual a sorte de ambos os setores é lançada em termos vitais. Um diálogo constante e fluído entre as partes, o cumprimento do dever de informação por parte dos empregadores, para que os trabalhadores tenham conhecimento dos planos, das possibilidades, das oportunidades que se buscam e se projetam, e facilitar a iniciativa dos trabalhadores e o aporte de suas ideias, sugestões e experiência. Tudo isto deve ser complementado com maior maleabilidade do trabalhador, que não se aferra a uma posição imodificável, mas que revele agilidade e disponibilidade para acompanhar os esforços conjuntos¹⁹.

¹⁶ PLÁ RODRIGUEZ, Américo. *Princípios de Direito do Trabalho*. 3ª ed – 2ª tiragem. São Paulo. Ed. LTr: 2002, p. 73.

¹⁷ Ibidem, p. 74.

¹⁸ Ibidem, p. 74.

¹⁹ PLÁ RODRIGUEZ, Américo. *Princípios de Direito do Trabalho*. 3ª ed – 2ª tiragem. São Paulo. Ed. LTr: 2002, p. 74.

Américo Plá Rodriguez aponta que outro grande processo importante e contemporâneo seria o da globalização, que, invariavelmente, está atrelado à integração social²⁰.

O processo da globalização tem sua expressão suprema na União Europeia, mas foi reproduzido na América do Norte, com o NAFTA (*North American Free Trade Agreement* – Tratado Norte-Americano de Livre Comércio); no Sudeste Asiático, com ASEAN (*Association of Southeast Asian Nations* – Associação de Nações do Sudeste Asiático); no MERCOSUL (Mercado Comum do Sul), com os quatro países fundadores, tendo como seus antecedentes a ALADI (Associação Latino Americana de Integração) e o Pacto Andino e na Integração centro-americana²¹.

Américo Plá Rodriguez afirma, de forma categórica, que “não se deve associar necessariamente a integração à competitividade”.²² A integração regional tem por consequência uma série de efeitos benéficos, sendo desnecessário ocorrer um enfrentamento e a comparação dos produtos e dos preços entre os países que fazem parte do grupo.²³

Assim, inicialmente, criam-se, entre os países associados, vínculos de coordenação, de cooperação, de complementação, tendo por escopo a ajuda mútua, por meio de troca de tarefas e produtos.²⁴

Nessa perspectiva, os países, de forma conjunta, encontraram soluções para os seus problemas, sem afetar seu crescimento econômico e estrutural, o que, certamente, não conseguiriam sozinhos. Esse foi um dos maiores benefícios que os países encontraram em se unirem em grandes blocos, pois somando forças e peculiaridades, possivelmente, conseguirão enfrentar crises da maneira mais estável possível.

Já no que tange à *competitividade interna* de determinada região, trata-se de uma consequência derivada e secundária que vem depois e ocupa um lugar de menos importância, se comparado com a integração.²⁵

No que tange à flexibilização, Américo Plá Rodriguez em diálogo com Russomano observa²⁶:

²⁰ Ibid. p. 74.

²¹ Ibid. p. 75.

²² Ibid. et seq.

²³ Ibid. et seq.

²⁴ Ibid. et seq.

²⁵ PLÁ RODRIGUEZ, Américo. *Princípios de Direito do Trabalho*. 3ª ed – 2ª tiragem. São Paulo. Ed. LTr: 2002, p. 76.

²⁶ Ibidem, p. 76.

Russomano, num lúcido resumo da evolução atual, destaca que, a pretexto de flexibilização, está-se tentando fazer a releitura revisionista do Direito do Trabalho. E mais preocupante é que, por trás da flexibilização, desencadeia-se a campanha pela desregulamentação do Direito do Trabalho, que deve ser defendido em sua integridade essencial. Isto não significa uma posição inflexível, já que reconhece que “nossa disciplina jurídica não só admite como também exige hoje, e exigirá, com maior amplitude, no século XXI, a flexibilização moderada e inteligente de suas normas para se adaptarem, com possível facilidade, às mutações econômicas e sociais e, particularmente, às novas tecnologias aplicadas pela empresa moderna.

É possível perceber que entre os autores existe um consenso acerca da defesa do Direito do Trabalho frente a uma tentativa de desregulamentação deste. Sem ser, no entanto, inflexível as mudanças e evoluções de mercado.

Américo Plá Rodriguez²⁷ em sua obra “Princípios de Direito do Trabalho” afirma ainda que o fenômeno da flexibilização não é acontecimento isolado de determinado país, mas trata-se de fenômeno internacional que aconteceu em vários países ao mesmo tempo (ou não).

É óbvio que o fenômeno da flexibilização ocorrerá em cada país, levando em consideração as suas peculiaridades e tudo ao seu tempo, pois cada Estado tem um tempo de maturação para suas questões internas sociais.

Américo Plá Rodriguez afirma que o Direito do Trabalho por natureza é flexível, pois sempre está se adequando à realidade social de seu tempo, sem permitir, que se culmine em desproteção. Como exemplo, menciona algumas leis de seu país, a fim de demonstrar o fenômeno da flexibilização. Em 17.11.1915, o Uruguai edita uma das primeiras leis trabalhistas sobre limitação da jornada de trabalho, em que ficou estabelecida a duração de oito horas diárias de trabalho. Todavia, era possível a alteração, desde que respeitados alguns limites e que existisse a compensação semanal do excedente da diária. Ao Poder Executivo cabia a missão de regulamentar a duração do descanso intermediário. Basicamente como aplicamos em nosso direito pátrio, guardadas as regras peculiares.

Continuando a sequência de exemplos, Américo Plá Rodriguez faz menção à lei do descanso semanal, de 20.11.1920, que previa dois regimes de descanso semanal: o *hexamedário* ou relativo (trata-se de um descanso a cada seis dias de trabalho) e o *hebdomadário* (trata-se, de um descanso a cada sete dias de trabalho). Destaca ainda que em tese, a regra desse regime prevê que o descanso ocorra aos domingos, todavia, a

²⁷ Ibidem, p. 76 et seq.

própria lei traz consigo uma série de possibilidades de ser substituído o descanso do domingo para outro dia, por razões diversas.

Outros exemplos, são trazidos por Américo Plá Rodriguez, tais como, licenças anuais de 20 dias úteis e contínuos (lei de 23.12.1958), admite fracionamento por convenção coletiva; em matérias de salários (lei de 12.11.1943), fixação de salários mínimos por conselhos de salários, que podem fixá-los por peças ou por tempo, mas os referidos conselhos não poderão pactuar salários abaixo do mínimo estabelecido.

Restou evidenciado que o Direito do Trabalho por sua natureza é flexível, entretanto, a flexibilização deve ser feita com cautela, com observância das normas protetoras, para que não culmine na desregulamentação.

A ideologia da flexibilização como forma de adaptação é aceitável e recomendável, todavia a filosofia da flexibilização como forma de culminar na desregulamentação deve ser rechaçada. Posteriormente iremos abordar a diferença entre flexibilização e desregulamentação. Ficará claro que linha entre essas duas figuras é muito tênue, por essa razão, alertamos para a cautela no momento de flexibilizar uma norma trabalhista, principalmente, no que tange à jornada de trabalho. Por essa razão, faz-se importante a participação dos sindicatos nas negociações que flexibilizam normas, e, por consequência a valorização da autonomia privada coletiva.

Caminhando para o fim deste tópico, cujo objetivo era expor algumas das causas que deram origem à flexibilização, vale transcrever os fatores determinantes apontados por Nelson Mannrich²⁸:

Os fatores determinantes da flexibilização, de ordem econômica, sociológica e tecnológica entre outros, devem ser analisados em conjuntos com as ideias neoliberais de desestatização da economia.

Entre os fatores econômicos, aponta-se a crise surgida a partir de 1973, em especial a competitividade em decorrência da globalização da economia, determinando maior flexibilidade na busca de formas alternativas do modelo clássico de emprego. Registra-se, ainda, a competição econômica no plano internacional e os processos de integração regional.

Entre os fatores sociológicos, observa-se um incremento do setor de serviços ou terciário, marcado pela mudança da estrutura do mercado de trabalho. Tais fatores influenciaram na criação de novos modelos de espaço e tempo que tanto caracterizaram o contrato clássico na grande indústria, com o aumento do desemprego, a tendência à formação de forte economia submersa e informal, maior utilização dos contratos de tempo determinado e temporário e de jornadas parciais.

Entre os fatores tecnológicos, registra-se a velocidade das mudanças, especialmente na microeletrônica e na informática, observando-se um choque

²⁸ MANNRICH, Nelson. Limites da Flexibilização das Normas Trabalhistas. *Revista do Advogado - AASP*. São Paulo, n. 54, dez. 1998, p. 32-33.

entre o crescimento de mão-de-obra disponível e o surgimento das novas tecnologias.

Ainda de acordo com Nelson Mannrich²⁹, o aumento do poder dos empregadores favorece a exigência de flexibilidade e da liberdade contratual. Além do acirramento da competitividade decorrente do processo de globalização e do aumento da disponibilidade de mão de obra, o autor cita ainda o protecionismo e o aumento do custo da mão de obra como fatores determinantes para a flexibilização trabalhista. Afirma ainda que o avanço tecnológico permite que as empresas não necessitem mais de trabalhadores em tempo integral, estimulando a contratação temporária.

Nelson Mannrich³⁰ nos trouxe fatores que justificaram o surgimento da flexibilização sob a perspectiva sociológica, tecnológica e econômica. Para compreender esse fenômeno com mais exatidão, é essencial estudarmos a questão diante de todas essas perspectivas.

No mesmo grau de importância, e para fechar em definitivo o tópico, vale transcrever as lições de Octávio Bueno Magano³¹:

As apontadas características do Direito do Trabalho foram postas em cheque por quatro fatores: a crise econômica dos anos 70, o desenvolvimento da técnica, a atuação das empresas multinacionais e o desaparecimento da Guerra Fria entre os blocos do oeste e do leste. Com efeitos, o declínio da atividade econômica, decorrente do aumento brusco do preço do petróleo, elevou assustadoramente a taxa de desemprego, na generalidade dos países europeus. Para evitarem-se novas dispensas, resolveram os parceiros sociais entrar em vários tipos de entendimentos, como os de redução de horas de trabalho, os de trabalho a tempo parcial, os de solidariedade, etc.

De acordo com Octávio Bueno Magano³², acarretou diversas mudanças nas condições de trabalho. As tarefas repetitivas passam a ser realizadas por máquinas, em detrimento dos trabalhadores, otimizando o processo de produção, cabendo ao empregado, na maioria das vezes, apenas o controle do sistema.

Nesse primeiro momento apontamos alguns dos possíveis acontecimentos que embasaram o surgimento da teoria da flexibilização. Assunto de alta complexidade, de discussões fervorosas no campo doutrinário, causando certa polêmica. A polêmica surge, naturalmente, pois coloca em xeque o pensamento neoliberal, traz à discussão a

²⁹ Ibidem, p. 33.

³⁰ Ibidem, et seq.

³¹ MAGANO, Octavio Bueno. *A Flexibilização do Direito do Trabalho*. Revista do Advogado - AASP. São Paulo, n. 54, dez. 1998, p. 8.

³² Ibidem, p. 8.

rigidez das normas trabalhistas, e compara em certa medida a flexibilização com a desregulamentação.

2.2 Aspectos conceituais

As relações *juslaborativas*, conectadas ao dinamismo de modo geral da sociedade, impossibilitaram o acompanhamento da produção legislativa comparada ao ritmo acelerado das relações travadas no meio social. Assim, surge a flexibilização das normas trabalhistas, fenômeno denominado por nós como *ferramenta*, a fim de (re)adequar as relações laborais às necessidades sociais.

A *ferramenta* denominada flexibilização é bem-vinda, desde que não culmine em desregulamentação ou precarização da relação de trabalho.

Paulo Sérgio João conceitua que:

Na flexibilização observa-se a preservação de normas de ordem pública, deixando para negociações coletivas a possibilidade de complementação ou de adequação, ora justificada sua necessidade e os efeitos benéficos de sua imposição pela sociedade globalizada, ora rejeitada, presumindo os efeitos danosos que poderiam nela estar embutidos. [...] A flexibilização corresponde ao ajuste da legislação trabalhista com finalidade social e econômica, permitindo que empresas se adaptem na produção, no emprego e nas condições de trabalho.³³

Nesse sentido o conceito trazido por Sérgio Pinto Martins ajuda a elucidar a questão:

A flexibilização das condições de trabalho é 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. Os exemplos mais comuns seriam a flexibilização da jornada de trabalho (flex time), que é usada principalmente nos países de língua inglesa, em que o funcionário entra mais cedo, saindo mais cedo do trabalho, ou ingressa mais tarde no serviço, saindo, também em horário mais adiantado do que o normal, estabelecendo, assim, seu próprio horário de trabalho, trabalhando mais horas em determinado dia ou semana para trabalhar um menor número de horas em outros dias (há necessidade, porém, de se observar um número mínimo de horas trabalhadas no ano, no mês ou na semana); o job sharing ou a divisão do posto de trabalho por mais de uma pessoa; o contrato segundo as necessidades do empreendimento (Kapovaz do Direito alemão), conforme Lei de 26-4-1985³⁴.

³³ JOÃO, Paulo Sérgio, op. cit.

³⁴ MARTINS, Sérgio Pinto. *Curso de Direito do Trabalho*. 29ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 570-571.

A flexibilização é um conjunto de ferramentas jurídicas, econômicas e sociais que tem por fim adequar, compatibilizar, equacionar uma situação em crise. Obviamente não associamos a *prima face* flexibilizar com desregulamentar, posto que, consideramos, neste estudo, que a primeira representa mecanismo de preservação do emprego, com certa intervenção estatal, e, a segunda se trata da ausência de lei. Essa discussão será retomada na seção 1.4, intitulada: Distinção entre flexibilização e desregulamentação.

Assim, a flexibilização das condições de trabalho, se feita com cautela, com observância dos princípios protetivos, será um instrumento importante para a continuação das atividades de empresas em crise e, por consequência, a manutenção dos empregos.

Ressaltamos que a possibilidade de flexibilizar deve partir do pressuposto de que a empresa esteja em um momento de crise, portanto, fazem-se necessárias renúncias recíprocas de direitos. Para que ocorra a flexibilização da jornada de trabalho, a empresa não necessariamente deve estar em crise, mas deverá demonstrar a real necessidade de alterar a jornada padrão, sendo para atender a uma necessidade dos próprios trabalhadores, como por exemplo, a compensação semanal, ou até mesmo para atender a uma necessidade da empresa.

Flexibilizar, em suma, é lançar mão de parte de um conjunto de direitos, ou melhor, de normas de ordem pública, inderrogáveis, ofertadas pelo sistema *juslaborativo*.

Ressaltamos que há limites para a flexibilização e, em alguns casos, faz-se necessária a participação da entidade sindical. Haverá, na flexibilização da jornada de trabalho, conforme mencionamos anteriormente, renúncias recíprocas de direitos. Em alguns casos, o tempo livre do trabalhar será reduzido e, em outros, aumentado.

Ainda no campo da conceituação, iremos nos utilizar da lição do José Francisco Siqueira Neto, ao afirmar que a flexibilização é um “conjunto de medidas destinadas a afrouxar, adaptar ou eliminar direitos trabalhistas de acordo com a realidade produtiva (...)”, sendo “(...) um instrumento de adaptação rápida do mercado de trabalho”³⁵.

³⁵ SIQUEIRA NETO, José Francisco. *Flexibilização, desregulamentação e o Direito do Trabalho no Brasil*. 1995. In: OLIVEIRA, Carlos Alonso B. (org), *Crise e trabalho no Brasil: modernidade ou volta ao passado?* São Paulo: Scritta. 1996.

Fernando Bastos Ferraz³⁶ considera, em relação à flexibilização do trabalho, “a adequação das normas trabalhistas às experiências econômicas do mundo globalizado, que culmina com a precarização da relação formal de emprego”.

José Pastore³⁷, na defesa da flexibilização das normas trabalhistas, lança seu conceito e justificações:

A palavra de ordem nos atuais sistemas de relações de trabalho é flexibilizar, ou seja, ajustar-se às novas condições e tirar o máximo de proveito delas. A necessidade de inovar e competir está exigindo novas modalidades de contratação e remuneração do trabalho. Quando as relações trabalhistas dependem muito da legislação, as adaptações são lentas, as empresas perdem a competição e os trabalhadores ficam sem emprego. [...] Ao colocar o Brasil no contexto mundial, verifica-se, entre nós, a emergência de um robusto discurso em favor da flexibilização. Mas isso ainda não saiu da retórica. Na última reforma constitucional de 1988, grande parte da legislação trabalhista, em lugar de diminuir, tornou-se ainda mais detalhada e se incorporou ao texto da Constituição, dificultando a adaptação do sistema de relações do trabalho às novas condições de competição e inovação que o Brasil enfrenta nos mercados interno e externo.

O autor também afirma que³⁸,

O caráter rígido de aplicação das regras de contratação do trabalho tem apresentado uma grande dificuldade para acompanhar as mudanças que caracterizam a economia moderna assim como as modificações impostas pela concorrência no campo da globalização. Novas formas de trabalho têm surgido a cada dia em decorrência da crescente globalização da economia e da necessidade de dividir o trabalho de maneira eficiente de modo a preservar as empresas e os empregos.

A subcontratação e a terceirização são práticas que buscam maximizar a referida eficiência. Da mesma maneira, o trabalho casual, intermitente, em tempo parcial, à distância (teletrabalho), em cooperativas, consórcios, redes de produção e tantas outras formas, são imposições da nova economia que não podem ser contrariadas impunemente nos ambientes competitivos. A legislação brasileira, entretanto, não facilita a prática dessas novas formas de trabalhar e nem é capaz de preservar as proteções básicas de quem trabalha dessa maneira. A linha mestra da CLT é a da relação de subordinação na qual se definem apenas dois tipos de atores, os empregadores e os empregados, estes, contratados por prazo indeterminado.

Ainda no anseio de encontrar a melhor conceituação sobre o tema, Vólia Bomfim Cassar acrescenta:

³⁶ FERRAZ, Fernando Bastos, *Terceirização e Demais Formas de Flexibilização do Trabalho*. São Paulo: Editora LTr, 2006. v. 1.

³⁷ PASTORE, José. Reforma Trabalhista: O que pode ser feito? Cadernos de Economia da FECOMERCIO, novembro de 2006. Disponível em: <http://www.josepastore.com.br/artigos/rt/rt_136.htm>. Acesso em: 04 out. de 2013.

³⁸ PASTORE, José. op. cit.

Flexibilizar significa criar exceções, dar maleabilidade à rígida lei trabalhista, autorizar a adoção de regras especiais para casos diferenciados. Catharino afirma que a flexibilização é o antônimo de rigidez e, por isso, flexibilizar é fazer do rígido flexível ou tornar mais flexível o que há. Conceitua como ‘flexibilização a adaptação de normas jurídicas trabalhistas para atender às alterações na economia, refletidas nas relações entre trabalho e capital.’³⁹

Vólia Bomfim Cassar, concluindo o raciocínio sobre a conceituação e definição da flexibilização, assevera:

Entretanto, a redução de direitos trabalhistas deve ser utilizada de forma criteriosa, e, em alguns casos, apenas para a manutenção da saúde da sociedade empresária ou empresários e a preservação de direitos absolutos e universais que são: o direito à dignidade humana, os direitos fundamentais do trabalho e preservação da proteção do trabalhador. Os defensores da corrente neoliberalista, sob o argumento de que é o excesso de encargos trabalhistas que dificulta a gestão empresarial e o crescimento econômico, têm insistido na tese de que a negociação coletiva deve prevalecer sobre as correspondentes leis, vulnerando a hierarquia das fontes formais de direito e revogando, pela vontade coletiva dos sindicatos, os direitos arduamente conquistados e constitucionalmente garantidos.⁴⁰

Ainda na opinião de Vólia Bomfim Cassar, a flexibilização vem sendo utilizada pelas empresas com o intuito de aumento de lucro e diminuição dos direitos dos trabalhadores. Não há preocupação em limitar as hipóteses de flexibilização, por exemplo, as previstas na Constituição Federal ou mesmo quando a empresa demonstrar que passa por crise econômica. Segundo a autora, ainda há jurisprudência farta no sentido de que a “constituição possibilitou o mais (redução de salário através de normas coletivas) os convênios podem o menos, isto é, renunciar, reduzir, suprimir qualquer outro direito, pois de menor importância frente ao salário”⁴¹.

Sérgio Pinto Martins destaca que, antes de analisarmos o conceito de flexibilização, “é possível dizer que se trata de uma reação aos padrões até então vigentes das legislações que estão em desacordo com a realidade, das legislações extremamente rígidas que não resolvem todos os problemas trabalhistas, principalmente diante das crises econômicas”⁴².

Em relação ao contexto internacional, o conceito extraído da Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) é mencionado inúmeras vezes⁴³:

³⁹ CASSAR, Vólia Bomfim op. cit., p. 40.

⁴⁰ CASSAR, Vólia Bomfim. op. cit., p. 41.

⁴¹ Ibid., p. 41, et. seq.

⁴² MARTINS, Sérgio Pinto. *Flexibilização das Condições de Trabalho*, 2002, p. 23.

⁴³ *Apud* MARTINS, 2002, loc. cit.

Internacionalmente, muitas vezes é lembrando o conceito da Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), tendo por fundamento o “Informe Dahrendorf”, em que a flexibilidade é a “capacidade de os indivíduos na economia e em particular no mercado de trabalho de renunciar a seus costumes e de adaptar-se a novas circunstâncias.

Ensina Arturo Bronstein⁴⁴:

[...] que a referida definição apresenta aspectos sociológicos e psicológicos da flexibilidade, porém não tem verdadeiramente conteúdo um conteúdo normativo. Pode servir-nos como referência geral, para destacar conceitualmente os elementos que formam parte do debate sobre flexibilidade, mas não parece suficiente para uma análise sobre os efeitos da doutrina da flexibilidade no Direito do Trabalho, debate que deve necessariamente integrar-se com elementos jurídicos.

Prosseguindo na conceituação, Cássio Mesquita Barros Jr.⁴⁵ informa que a “flexibilização do Direito do Trabalho consiste nas medidas ou procedimentos de natureza jurídica que têm a finalidade social e econômica de conferir a possibilidade de ajustar a sua produção, emprego e condições de trabalho às contingências rápidas ou contínuas do sistema econômico.”

Na mesma toada do texto acima, Arturo Hoyous⁴⁶ assevera que a flexibilização trabalhista é:

A possibilidade de a empresa contar com mecanismos jurídicos que lhe permitam ajustar sua produção, emprego e condições de trabalho às flutuações rápidas e contínuas do sistema econômico (demanda efetiva e sua diversificação, taxa de câmbio, juros bancários, competição internacional), às inovações tecnológicas e a outros fatores que requerem ajustes com rapidez.

Já para Luiz Carlos Amorim Robortella, o instituto flexibilização do trabalho trata de um “instrumento de política social caracterizado pela adaptação constante das normas jurídicas à realidade econômica, social e institucional, mediante intensa participação de trabalhadores e empresários para eficaz regulação do mercado de trabalho, tendo como objetivos o desenvolvimento econômico e o progresso social.”⁴⁷

⁴⁴ BRONSTEIN, Arturo. La Flexibilidad del trabajo: panorama general. *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, Caracas, nº. 75, p. 375, 1990. In: MARTINS, 2002, *loc. cit.*

⁴⁵ BARROS JR., Cassio Mesquita. Trabalho e processo. São Paulo: Saraiva, 1994, nº. 2. Flexibilização no direito do trabalho. In: MARTINS, 2002, *loc. cit.*

⁴⁶ HOYOUS, Arturo apud MARTINS, Sergio Pinto. *op. cit.*, p. 23.

⁴⁷ ROBORELLA, Luiz Carlos Amorim. O moderno direito do trabalho. São Paulo: LTr, 1994, p. 97.

Segundo Rosita Nazaré Sidrin Nassar⁴⁸, a flexibilização do direito do trabalho é “parte integrante do processo maior de flexibilização do mercado de trabalho, consistente no conjunto de medidas destinadas a dotar o Direito Laboral de novos mecanismos capazes de compatibilizá-lo com as mutações decorrentes de fatores de ordem econômica, tecnológica ou de natureza diversa exigentes de pronto ajustamento”.

No que tange à conceituação, parece-nos que não há divergência entre correntes de modo geral, uma vez que acreditam se tratar, em linhas gerais, de medidas que têm por finalidade adequar, em momento de crise ou de algum desacerto econômico, a relação laboral a realidade empresarial, desde que, é claro, seja algo justificável.

Trabalho e empresa, no contexto da flexibilização, deverão convergir para uma zona comum, de acerto, em que, ambos, após renúncias recíprocas e coerentes, encontrarão um denominador comum, sem que haja um processo de desregulamentação, ou ainda pior, um processo de retrocesso social, pois este, rechaça de forma veemente o direito do trabalho.

2.3 Correntes da flexibilização

As correntes se propõem a estudar a flexibilização a partir de outra perspectiva, dividindo-se, basicamente, em três, denominadas *flexibilista*, *antiflexibilista* e *semiflexibilista*⁴⁹.

Seguindo a divisão das correntes propostas por Amauri Mascaro Nascimento, a primeira a ser tratada é a *flexibilista*. Segundo as ideias dessa corrente expressas por Lobo Xavier, na obra *Curso de Direito do Trabalho*, de 1993,

[...] o direito do trabalho passa por fases diferentes, a da *conquista*, a *promocional* e a de *adaptação* à realidade atual, com as convenções coletivas de trabalho desenvolvendo cláusulas *in melius* e *in pejus*, na tentativa de dar atendimento às condições de cada época e de cada setor. É a posição, no Brasil, dentre outros, de Robortella, ao mostrar a natureza cambiante da realidade econômica, com o que uma norma pode ser socialmente aceita um período de abundância, mas absolutamente nociva numa sociedade em crise e desemprego.

⁴⁸ NASSAR, Rosita de Nazaré Sidrim. *Flexibilização do direito do trabalho*, 1991. In: MARTINS, Sérgio Pinto. *Flexibilização das Condições de Trabalho*, 2002, p. 24.

⁴⁹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. 22ª ed. Editora Saraiva: 2007, p. 165.

Cabe salientar que Sérgio Pinto Martins⁵⁰ trata *as correntes* como *teorias*, no entanto, sem qualquer reflexo no conteúdo dos institutos, em verdade, a troca de correntes para teoria não implicará o campo prático ou teórico:

A primeira corrente entende que o Direito do Trabalho passa por fases distintas. A primeira fase envolve o fato de se assegurar os direitos trabalhistas. Trata-se de uma conquista dos trabalhadores. A segunda fase diz respeito ao momento promocional do Direito do Trabalho. Concernente à terceira fase a adaptação à realidade dos fatos, como no que diz respeito às crises, o que é feito por meio das convenções coletivas, que tanto podem assegurar melhores condições de trabalho como também situações *in peius*. Num momento em que a economia está normal, aplica-se a lei. Na fase em que ela apresenta crise, haveria a flexibilização das regras trabalhistas, inclusive para pior.

No tocante à segunda corrente, denominada de *antiflexibilista*, segundo Amauri Mascaro Nascimento⁵¹, “Vazquez Vilard sustenta que, em sua obra *La flexibilidad en el derecho del trabajo*, de 1988, se a proposta da flexibilização é mero pretexto para reduzir direitos dos trabalhadores ou, se na verdade, trata-se de uma adequação do direito do trabalho à realidade”.

Destaca Amauri Mascaro, que no Brasil, essa corrente foi adotada, dentre outros, por Orlando Teixeira Costa, ao dizer que a flexibilização pode agravar a condição dos hipossuficientes sem contribuir para o fortalecimento das relações de trabalho⁵².

Sobre a teoria antiflexibilista, Sérgio Pinto Martins afirma que:⁵³

A teoria antiflexibilista mostra que a flexibilização do Direito do Trabalho é algo nocivo para os trabalhadores e vem eliminar certas conquistas que foram feitas nos anos, a duras penas. Seria uma forma de reduzir direitos dos trabalhadores. Poderia haver agravamento das condições dos trabalhadores, sem que houvesse qualquer aperfeiçoamento ou fortalecimento das relações de trabalho.

Em relação à terceira corrente, denominada como *semiflexibilista*, Amauri Mascaro assevera que essa corrente parece ter resultado de diversos posicionamentos, dentre os quais destaca o de Romagnolli, na Itália em 1992. Segundo ele, a flexibilização deve começar pela autonomia coletiva, por meio de negociações

⁵⁰ MARTINS, Sergio Pinto. op. cit., p. 36.

⁵¹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. op. cit., 2007, p. 165.

⁵² Ibidem.

⁵³ MARTINS, Sergio Pinto. op. cit., p. 36.

coletivas, com o fito de evitar ou minimizar riscos. Nesse sentido, Uriarte, simpatizante dessa tese, propõe a desregulamentação do direito coletivo.⁵⁴

Finalmente, sobre a teoria semiflexibilista, aduz Sérgio Pinto Martins⁵⁵:

Prega a teoria semiflexibilista a observância da autonomia privada coletiva e também sua valorização plena. A flexibilização seria feita pela norma coletiva, havendo uma desregulamentação do Direito Coletivo do Trabalho, por meio das convenções ou acordos coletivos. Sob a ótica da teoria semiflexibilista, seria possível afirmar a existência de uma norma legal mínima, estabelecendo regras básicas, e o restante seria determinado pelas convenções ou acordos coletivos.

Por meio dessa discussão, concluímos que a terceira corrente ou teoria se coaduna melhor com a realidade atual, pois o Estado intervirá estabelecendo direitos mínimos, entretanto deixará espaço para que os entes sindicais, por meio de negociação coletiva, estabeleçam normas que melhor se adequem à realidade de seus filiados ou da categoria que representa.

2.4 Distinção entre flexibilização e desregulamentação

Neste ponto a discussão doutrinária fica mais acalorada, pois há aqueles que afirmam que flexibilização caminha separadamente da desregulamentação, de outro lado existem aqueles que asseveram que flexibilizar é sinônimo de desregulamentar.

Iremos inserir no presente trabalho todas as posições e suas devidas fundamentações, a fim de demonstrarmos que, as duas correntes apresentam teses sedutoras e convincentes.

Paulo Sérgio João⁵⁶ afirma que a flexibilização caminha separadamente da desregulamentação:

Convém esclarecimento de que desregulamentação e flexibilização caminham separadas e com significados diversos. A desregulamentação é uma ideia de tendência nitidamente liberal com a omissão do Estado, a fim de que as relações de trabalho e respectivas condições sejam objeto da livre negociação, de acordo com as leis de mercado. Na flexibilização observa-se a preservação de normas de ordem pública, deixando para negociações coletivas a possibilidade de complementação ou de adequação, ora justificada sua necessidade e os efeitos benéficos de sua imposição pela sociedade

⁵⁴ NASCIMENTO, Sergio Pinto. op. cit., p. 165.

⁵⁵ MARTINS, Amauri Mascaro. op. cit., p. 36.

⁵⁶ JOÃO, Paulo Sérgio, op. cit.

globalizada, ora rejeitada, presumindo os efeitos danosos que poderiam nela estar embutidos.

A desregulamentação é a ausência plena de normas heterônomas para reger a relação laboral, isto é, não há qualquer norma que tutele a relação de trabalho, assim, o trabalhador ficará desamparado por uma norma que o protege, trata-se de inoperância do Legislador.

Já a flexibilização, desde que estabelecida de forma responsável, excepcional e garantindo o mínimo de direitos estabelecidos pelo Estado, certamente servirá como instrumento útil para readequação de regras rígidas, com intuito de manter harmoniosa a relação entre capital e trabalho.

Nas palavras de Sérgio Pinto Martins⁵⁷:

Não se confunde flexibilização com desregulamentação. Desregulamentação significa desprover de normas heterônomas as relações de trabalho. Na desregulamentação, o Estado deixa de intervir na área trabalhista, não havendo limites na lei para questões trabalhistas, que ficam a cargo da negociação individual ou coletiva. Na desregulamentação, a lei simplesmente deixa de existir. Na flexibilização, são alteradas as regras existentes, diminuindo a intervenção do Estado, porém garantindo um mínimo indispensável de proteção ao empregado, para que este possa sobreviver, sendo a proteção mínima necessária. A flexibilização é feita com a participação do sindicato. Em certos casos, porém, é permitida a negociação coletiva para modicar alguns direitos, como reduzir salários, reduzir e compensar jornada de trabalho, como ocorre nas crises econômicas.

Vólia Bomfim Cassar⁵⁸ distingue flexibilização de desregulamentação:

A desregulamentação pressupõe a ausência do Estado (Estado mínimo), revogação de direitos impostos pela lei, retirada total da proteção legislativa, permitindo a livre manifestação de vontade, a autonomia privada para regular a relação de trabalho, seja de forma individual ou coletiva. A flexibilização pressupõe intervenção estatal, mais ou menos intensa, para proteção dos direitos do trabalhador, mesmo que apenas para garantia de direitos básicos. Na flexibilização, um núcleo de normas de ordem pública permanece intangível, pois sem estas não se pode conceber a vida do trabalhador com dignidade, sendo fundamental à manutenção do Estado Social.

A flexibilização só existirá satisfatoriamente, quando assegurados direitos mínimos, ou pela expressão cunhado por Maurício Godinho Delgado, *patamar mínimo civilizatório*, ou ainda, que seja assegurado um *mínimo existencial*. Luís Barroso menciona essa expressão em seu artigo denominado *Fundamentos teóricos e filosóficos*

⁵⁷ MARTINS, Sérgio Pinto. op. cit., p. 26.

⁵⁸ Ibidem, 2010, p. 52.

*do novo direito constitucional brasileiro*⁵⁹:

O princípio da dignidade da pessoa humana identifica um espaço de integridade moral a ser assegurado a todas as pessoas por sua só existência no mundo. É um respeito à criação, independente da crença que se professe quanto à sua origem. A dignidade relaciona-se tanto com a liberdade e valores do espírito como com as condições materiais de subsistência. O desrespeito a este princípio terá sido um dos estigmas do século que se encerrou e a luta por sua afirmação um símbolo do novo tempo. Ele representa a superação da intolerância, da discriminação, da exclusão social, da violência, da incapacidade de aceitar o outro, o diferente, na plenitude de sua liberdade de ser, pensar e criar.

Luís Barroso ainda continua⁶⁰:

Dignidade da pessoa humana expressa um conjunto de valores civilizatórios incorporados ao patrimônio da humanidade. O conteúdo jurídico do princípio vem associado aos direitos fundamentais, envolvendo aspectos dos direitos individuais, políticos e sociais. Seu núcleo material elementar é composto do mínimo existencial, locução que identifica o conjunto de bens e utilidades básicas para a subsistência física e indispensável ao desfrute da própria liberdade. Aquém daquele patamar, ainda quando haja sobrevivência, não há dignidade. O elenco de prestações que compõem o mínimo existencial comporta variação conforme a visão subjetiva de quem o elabore, mas parece haver razoável consenso de que inclui: renda mínima, saúde básica e educação fundamental. Há, ainda, um elemento instrumental, que é o acesso à justiça, indispensável para a exigibilidade e efetivação dos direitos.

Vale ressaltar que as ponderações feitas por Nelson Mannrich⁶¹, sobre flexibilização e desregulamentação, na busca de distinção entre as duas figuras:

Em síntese, a flexibilização envolve um conflito maior, em face de duas concepções antagônicas sobre o papel do Direito na gestação da sociedade e a função do Direito do Trabalho na regulação das relações entre empregado e empregador. A primeira concepção apresenta como intervencionista, de cunho protecionista; a outra, liberal, pregando maior liberdade na gestação da empresa, por meio de leis mínimas. De acordo com a primeira concepção, o Estado tem uma função social e o Direito do Trabalho, um papel de proteção do empregado; de acordo com a segunda, o estado mínimo deve limitar-se às suas funções essenciais, cabendo ao Direito do Trabalho o papel de promover a empresa a fim de possibilitar a geração de bons empregos. No primeiro caso, denominado flexibilização de proteção, o estado intervencionista, por meio da lei, garante a proteção do trabalhador e a necessidade de mudanças na legislação; no segundo, flexibilização é sinônimo de *desregulamentação*.

⁵⁹ BARROSO, Luis. *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro*. <http://www.direitopublico.com.br/pdf_6/dialogo-juridico-06-setembro-2001-luis-roberto-barroso.pdf>. Acesso em: 31 out. 13.

⁶⁰ Idem.

⁶¹ PODETTI, 1982, apud MANNRICH, Nelson. Limites da flexibilização das normas trabalhistas. Revista do advogado, São Paulo, n.º 54, p. 29/36, dez. 1998, p. 31.

Enquanto para a doutrina liberal a liberdade é considerada valor fundamental, para a doutrina neoliberal, o lucro é o principal fundamento do processo econômico e, por isso, cabe ao mercado abolir as leis protecionistas por meio da desregulamentação. É a contraposição entre o valor do trabalho e o valor econômico.

Segundo Nelson Mannrich⁶², deve-se adotar um meio-termo entre esses valores, não podendo um sobrepor-se ao outro:

De acordo com esta terceira visão, impõe-se rever o papel do Estado, excessivamente interventor, sem, contudo, impedir seu afastamento das relações trabalhistas, que não podem resultar do livre jogo do mercado. Na verdade, a flexibilização das leis trabalhistas não deve ser nem de proteção nem de *desregulamentação*, mas de adaptação. Isso porque a norma jurídica, para ser justa, deve ter o atributo da adequação ao fenômeno que pretende reger, sob pena de *constituirse en un factor retardatario o em um obstáculo para la satisfacción del bien común*.

Octavio Bueno Magano⁶³ traz outra concepção no tocante à definição de desregulamentação:

Do ponto de vista sintético, a flexibilização pode ser ainda caracterizada como desregulamentação, quer dizer abrandamento da rigidez do Direito do Trabalho, como sucedeu, por exemplo, na França, com a supressão da autorização administrativa para as despedidas fundadas em razões econômicas. Mas a desregulamentação significa, ainda, opção por formas mais flexíveis de disciplina das relações de trabalho, isto é, troca da lei pela convenção ou acordo coletivo.

Diante do exposto acima, Alain Supiot⁶⁴ faz um comentário no sentido de que “déréglementer ce n’est donc pas cesser de réglementer, mais c’est choisir e réglementer autrement”⁶⁵.

Alain Supiot traça um paradoxo interessante, pois, desregulamentar, conforme observado das citações dos autores inseridas neste tópico, é ausência de leis, que culminaria — na maioria dos casos —, na falta de proteção ao trabalhador. Com efeito, o autor francês afirma que desregulamentar é um modo, método diferente de regular as relações trabalhistas.

⁶² Idem.

⁶³ MAGANO, Octavio Bueno. *A Flexibilização do Direito do Trabalho*. Revista do Advogado. p. 10.

⁶⁴ Apud MAGANO, op. cit., p. 10.

⁶⁵ Para Alan Supiot, desregulamentar não é deixar de regular, mas outra forma de regulamentar.

No que concerne à definição de flexibilização, Octavio Bueno Magano⁶⁶, assevera que:

A flexibilização do Direito do Trabalho é o processo de adaptação de normas trabalhistas à realidade cambiante. Trata-se de processo porque se traduz em sucessão de estados e mudanças. Caracteriza-se como adaptação porque não gera mudanças 'in vitro' e sim as exigidas pela realidade cambiante, como por exemplo, retrações ou expansões econômicas, processo tecnológico, transformações sociais ou políticas.

Nota-se que a linha que divide flexibilização de desregulamentação é tênue. Podemos também observar que a maior parte da doutrina converge para uma opinião em comum, ao asseverar que flexibilizar significa adaptar as regras já existentes ao mercado econômico que se apresenta, com a finalidade de readequar as relações existentes e garantir a sua permanência em tempos de crise. Trata-se de uma diminuição da intervenção do Estado na relação laboral, deixando ao alvedrio das partes a celebração do que entenderem conveniente e possível para o referido momento de crise.

Autores, como Amauri Mascaro Nascimento, Vólia Bomfim, Jorge Luiz Souto Maior afirmam que para não desaguarmos na desregulamentação, temos que ter cautela nesse afastamento do Estado das relações laborais, assim, desde que seja assegurado um mínimo de condições aos trabalhadores, ou na expressão cunhada por Mauricio Godinho Delgado, *patamar mínimo civilizatório*, os demais direitos complementares podem ser pactuados pelas partes, preferencialmente na presença dos entes sindicais, por meio da negociação coletiva (arts. 7º, XXVI e 8º, VI, ambos da CF).

Nesse sentido, possivelmente teremos uma flexibilização “caminhando separadamente da desregulamentação”⁶⁷. A ideia de flexibilizar é bem-vinda, pois, nos traz a ideia de releitura e adaptações de instituto e normas anacrônicas — precisamente do Direito do Trabalho — para atender às demandas da evolução da sociedade. Portanto, nesse contexto, a desregulamentação é, de fato, ausência legal que culmina na desproteção normativa do trabalhador.

⁶⁶ Ibidem, p. 7.

⁶⁷ JOÃO, Paulo Sérgio. A flexibilização possível do contrato de trabalho. *Jornal Trabalhista Consulex*, Brasília, v. 28, n. 1362, fev. 2011, p. 12.

2.5 Limites à flexibilização

A flexibilização pode ser analisada quanto à sua admissibilidade, subdividindo-se em duas partes: a) admissíveis: usada em época de crise permitindo a continuidade da empresa, desde que assegurado o mínimo ao trabalhador, e, só será permitida a flexibilização por norma coletiva; b) inadmissíveis: nesse caso fica vedada flexibilização que visa suprimir direitos⁶⁸.

Quanto à proibição, a flexibilização subdivide-se em: a) proibida: lei veda a flexibilização de forma expressa, a exemplo, das normas de ordem pública; b) autorizadas ou permitidas: se referem a permissão legal, isto é, quando a própria lei autoriza a flexibilização, tomemos como exemplo o inciso VI, art. 7º, CF, que autoriza a redução salarial, desde que negociado coletivamente⁶⁹.

O principal limite da flexibilização são as normas de ordem pública.

Essas normas referem-se a um comando, um imperativo dirigido às ações dos indivíduos — e das pessoas e demais entes. É uma regra de conduta social; sua finalidade é regular as atividades dos sujeitos em suas relações sociais⁷⁰.

O problema reside em explicar norma de ordem pública, todavia, vale destacar o conceito trazido por Pasquale Stanislao Macini⁷¹:

A ordem pública, [...], em todos os países, compreende, também, na mais larga acepção da palavra, o respeito aos princípios superiores da moral humana e social tais como são estabelecidos e praticados no país, os bons costumes, os direitos primitivos inerentes à natureza humana e as liberdades aos quais, nem as instituições positivas, nem qualquer governo, nem os atos da vontade humana, poderiam impor derrogações válidas e obrigatórias para os Estados. Se as leis positivas de um Estado, um julgamento estrangeiro ou os atos e os contratos feitos no estrangeiro violam estes princípios ou estes, cada soberania, longe de aceitar estas ofensas à natureza e à moralidade humanas, poderá, a justo título, recusar qualquer efeito e toda execução sobre o seu território. Pode-se regular, não somente as instituições incompatíveis com a ordem econômica estabelecida em determinada sociedade, ordem econômica que se compreende na ampla acepção da ordem pública.

⁶⁸ MARTINS, Sérgio Pinto, 2002, op. cit., p. 105.

⁶⁹ Idem, ibidem.

⁷⁰ NUNES, Rizzatto. *Manual de Introdução ao Estudo do Direito*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 179

⁷¹ *Apud* Oliveira Filho, J. Ordem Pública. Repertório enciclopédico do direito brasileiro. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, p. 250-251.

Os franceses Ambroise Victor Charles Colin e Henri Capitant⁷² entendem que as leis de ordem pública são inderrogáveis pela vontade do particular. Afirmam que, quando um ato jurídico se realiza, violando-as, ele torna-se, ineficaz, ou seja, não produz efeito, mesmo que a lei não tivesse versado sobre tal sanção. Eles compreendem que tais leis são territoriais, isto é, direcionam-se a todos que habitam o território do Estado, sejam nacionais ou estrangeiros. Por essas razões, definem ordem pública como a ordem no Estado, ou seja, o arranjo das instituições, a organização das regras que são indispensáveis ao exercício e ao funcionamento do Estado. Para aqueles, a expressão ordem pública indica, com efeito, a ideia de uma disposição lógica, de uma subordinação que dá ao conjunto unidade e vida.

Na seara trabalhista, aproveitando a conceituação acima, as normas de ordem pública não podem ser modificadas pelas partes, pois referem-se a um mínimo assegurado aos trabalhadores. Esse mínimo está contido na Constituição Federal ou nas leis. Apenas como exemplo, veja o caso do décimo terceiro salário, este não pode ser suprimido, ainda que por norma coletiva, entretanto, poderia ser estabelecido um décimo quarto salário, pois quando se trata de estabelecer condições mais benéficas não há quaisquer vedações.

De outro lado, em certos casos, de forma específica e excepcional, a norma constitucional permitiu flexibilização *in pejus*, conforme os incisos VI, XIII e XIV, art. 7º, desde que seja feita por norma coletiva.

Pedro Paulo Manus⁷³

Tanto o princípio da irredutibilidade salarial, quanto a duração do trabalho podem ser objeto de negociação coletiva. [...]. O legislador constitucional permite a negociação, mas sempre coletiva, a fim de que haja negociação em situação de igualdade entre empresa e sindicato, o que não ocorre na relação empresa e empregado individualmente considerado. É a nosso ver não permite o legislador constitucional, ainda que por instrumento coletivo, simples redução ou supressão de garantia constitucional ou legal, mas negociação que altere certo benefício em troca de outra vantagem, ou retire certo direito em favor de outra garantia compensatória.

Ainda no tocante à limitação, podemos dividi-la em: limites constitucionais e limites legais⁷⁴.

⁷² Idem, p. 254.

⁷³ MANUS, Pedro Paulo. Direito do trabalho. 11 ed. São Paulo, Atlas, 2007, p. 130.

⁷⁴ MARTINS, Sergio Pinto, 2002, op. cit., p. 106.

A Constituição Federal estabelece no art. 7º, XIII: “duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho”. Dessa forma a Carta Magna estabelece que a alteração da jornada de trabalho somente poderá ocorrer mediante acordo ou convenção coletiva, pois, nesse caso, estamos diante de norma de ordem pública.

Vale ressaltar outro limite constitucional, o constante no art. 7º, VI, CF: “irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo”. Veja que o texto constitucional vedou a redução salarial, mas não vedou a redução da remuneração.

Segundo o art. 457 da CLT, compreendem-se na remuneração do empregado, para todos os efeitos legais, além do salário devido e pago diretamente pelo empregador, como contraprestação do serviço, as gorjetas que receber. Assim, nada impede que haja redução das gorjetas, uma vez que elas não constituem salário. O que é proveniente do empregador denomina-se salário, sendo vedada a redução, salvo negociação coletiva.

Art. 457. [...] §1º, CLT - Integram o salário não só a importância fixa estipulada, como também as comissões, percentagens, gratificações ajustadas, diárias para viagens e abonos pagos pelo empregador.

No art. 503 da CLT, já revogado, havia uma permissão de redução salarial por acordo individual, entretanto, atualmente só se permite por norma coletiva.

Art. 503 - É lícita, em caso de força maior ou prejuízos devidamente comprovados, a redução geral dos salários dos empregados da empresa, proporcionalmente aos salários de cada um, não podendo, entretanto, ser superior a 25% (vinte e cinco por cento), respeitado, em qualquer caso, o salário mínimo da região.

Parágrafo único – Cessados os efeitos decorrentes do motivo de força maior, é garantido o restabelecimento dos salários reduzidos.

Por outro lado, está em vigor o art. 2º da Lei 4.923/65, estabelecendo que a empresa, em face de conjuntura econômica, devidamente comprovada, se estiver em condições que recomendem, transitoriamente, a redução da jornada normal ou do número de dias do trabalho, poderá fazê-lo, mediante prévio acordo com a entidade sindical representativa dos seus empregados, homologado pela Delegacia Regional do Trabalho, por prazo certo, não excedente de três meses, prorrogável, nas mesmas

condições, se ainda indispensável, e sempre de modo que a redução do salário mensal resultante não seja superior a 25% do salário contratual, respeitado o salário mínimo e reduzidas proporcionalmente a remuneração e as gratificações de gerentes e diretores.

Outra polêmica, referente aos limites da flexibilização, está contida no art. 60 da CLT, que tem a seguinte redação:

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

Sérgio Pinto Martins⁷⁵ assevera que há conflito entre o art. 60 da CLT e o art. 7º, XIII, da CF, vejamos:

Com o advento do inciso XIII do art. 7º da Lei Fundamental, surge dúvida sobre se o art. 60 da CLT ainda está em vigor.

Afirmam alguns que o art. 60 da CLT seria uma norma de segurança e medicina do trabalho, que se compatibiliza e seria decorrente do inciso XXII do art. 7º da Lei Maior, que prevê a redução de riscos inerentes ao trabalho, de acordo com normas de saúde, higiene e segurança. Não se pode dizer, entretanto, que aquele comando legal é uma norma de segurança e medicina de trabalho, pois está inserido na Seção II (Da Jornada de Trabalho) do Capítulo II, do Título II, da CLT, que trata da duração do trabalho, e não no Capítulo V do mesmo título, que prescreve regras sobre medicina e segurança do trabalho (arts. 154 a 283). Apesar de o art. 60 da CLT referir-se ao capítulo sobre segurança e medicina do trabalho, a questão nele versada é sobre prorrogação da jornada de trabalho.

O art. 60 da CLT e o inciso XIII do art. 7º da Constituição não versam, porém, sobre questões diversas. Ao contrário, a compensação não deixa de ser uma espécie de prorrogação do horário de trabalho, que somente poderá ser feita por convenção ou acordo coletivo. O artigo consolidado, ao falar em "qualquer prorrogação", implicitamente engloba a compensação do horário de trabalho, que vem a ser uma forma de prorrogação da jornada de trabalho. Como o texto constitucional estabelecer uma única condição para a compensação do horário de trabalho, que é a celebração de acordo ou convenção coletiva de trabalho, não há mais necessidade de autorização prévia da DRT para prorrogação da jornada de trabalho, havendo incompatibilidade entre o art. 60 da CLT e o inciso XIII do art. 7º da Constituição, estando revogado, assim, o primeiro.

[...]

Há, portanto, uma única condição para a prorrogação do horário de trabalho em atividade insalubre: a existência de convenção ou acordo coletivo de trabalho.

Não há, assim, outra condição, nem é preciso ser feita regulamentação infraconstitucional, pois o único requisito é a negociação coletiva. Logo, é

⁷⁵ MARTINS, Sérgio Pinto, 2002, op. cit., p. 110.

possível a compensação de horário de trabalho ser feita por acordo ou convenção coletiva nas atividades insalubre.

Apenas para contribuir com a polêmica, vale mencionar a Súmula nº. 349 do TST, cancelada em 2011: “A validade de 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 CF/1988; art. 60 da CLT)”.

A Súmula nº. 349 do TST consagrava a tese acima, pois dispensava a autorização do Ministério do Trabalho, validando acordo coletivo que autorizasse a compensação de jornada em atividade insalubre. A referida súmula, no entanto, foi cancelada pela Resolução nº. 175/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011.

Eduardo Gabriel Saad sempre se posicionou contra o entendimento sumulado, aduzindo os seguintes argumentos:

O Tribunal dá, como supedâneo a essa Súmula, o inciso XIII do art. 7º da Constituição. Divergimos e deploramos essa linha jurisprudencial. O trabalho suplementar pode acarretar desrespeito ao limite de tolerância do trabalhador a este ou aquele agente agressivo, caso em que sua saúde fica em risco. Em razão dessa circunstância e a fim de evitar danos à saúde do trabalhador, afirmamos que, na hipótese, é preciso cumprir o art. 60 desta Consolidação. Entendemos, ainda, que a autoridade trabalhista não está impedida de proibir, *a posteriori*, o trabalho adicional na atividade insalubre se ficar comprovado o risco à vida ou à saúde do trabalhador. O direito natural à vida justifica esse comportamento da autoridade⁷⁶.

A 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho, antes do cancelamento da Súmula nº 349 do TST aprovou o enunciado, de nº 49, contrário ao entendimento então predominante na jurisprudência. O cancelamento da Súmula demonstrou o acerto do enunciado aprovado pela 1ª jornada, a seguir transcrito:

1ª JORNADA DE DIREITO MATERIAL E PROCESSUAL NA JUSTIÇA DO TRABALHO. ENUNCIADO 49. ATIVIDADE INSALUBRE. PRORROGAÇÃO DE JORNADA. NEGOCIAÇÃO COLETIVA. INVALIDADE. O art. 60 da CLT não derogado pelo art. 7º, XIII, da Constituição da República, pelo que é inválida cláusula de Convenção ou Acordo Coletivo que não observe as condições nele estabelecidas.

⁷⁶ SAAD, Eduardo Gabriel. *Consolidação das Leis do Trabalho Comentada*. 42ª ed. atua. e rev. por José Eduardo Duarte Saad, Ana Maria Saad Castelo Branco. São Paulo: LTr, 2009, p. 169.

Nesse sentido o Enunciado 49 alinha-se aos princípios protetivos e da dignidade da pessoa humana visto que o art. 60 da CLT é norma de ordem pública e portanto infenso à negociação coletiva.

A negociação coletiva não pode suprimir ou reduzir intervalo intrajornada, pois este é matéria de ordem pública e higiene do trabalho (art. 71 da CLT), entretanto o Ministério do Trabalho e Emprego poderá autorizar a redução, conforme dispõe o § 3º do art. 71 da CLT:

Art. 71 - Em qualquer trabalho contínuo, cuja duração exceda de 6 (seis) horas, é obrigatória a concessão de um intervalo para repouso ou alimentação, o qual será, no mínimo, de 1 (uma) hora e, salvo acordo escrito ou contrato coletivo em contrário, não poderá exceder de 2 (duas) horas.

[...]

§ 3º O limite mínimo de uma hora para repouso ou refeição poderá ser reduzido por ato do Ministro do Trabalho, Indústria e Comércio, quando ouvido o Serviço de Alimentação de Previdência Social, se verificar que o estabelecimento atende integralmente às exigências concernentes à organização dos refeitórios, e quando os respectivos empregados não estiverem sob regime de trabalho prorrogado a horas suplementares.

O art. 71, § 3º, CLT não está em conflito com o art. 7º, XXVI, CF, visto que o intervalo não pode ser suprimido ou reduzido por norma coletiva, inclusive há jurisprudência a esse respeito no TST, vejamos:

RECURSO DE REVISTA. INTERVALO INTRAJORNADA. REDUÇÃO POR MEIO DE NORMA COLETIVA. - É inválida cláusula de acordo ou convenção coletiva de trabalho contemplando a supressão ou redução do intervalo intrajornada porque este constitui medida de higiene, saúde e segurança do trabalho, garantido por norma de ordem pública (art. 71 da CLT e art. 7º, XXII, da CF/1988), infenso à negociação coletiva - Súmula nº 437, II, do Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de revista conhecido e provido. (RR - 125-46.2013.5.03.0052, Relator Ministro: Lelio Bentes Corrêa, Data de Julgamento: 04/06/2014, 1ª Turma, Data de Publicação: DEJT 06/06/2014).

Indiscutivelmente, tratando de normas de ordem pública ou de medicina, higiene e segurança do trabalho, ainda que por norma coletiva, não será permitido a flexibilização. As legislações infraconstitucionais trabalhistas, mais precisamente a CLT, estabelecem um núcleo rígido, sendo vedado modificá-lo, ainda que por norma coletiva, pois tem o escopo de proteger à saúde do trabalhador.

Existe uma dificuldade em estabelecer quais são os limites mínimos a serem observados. No sistema brasileiro, os limites mínimos são os constitucionais e legais⁷⁷.

Em tempos de crise, o poder de negociação torne-se frágil, pois de um lado temos o empregador que não possui condições de conceder absolutamente nada, de outro lado, o empregado que deseja manter as mesmas condições de períodos de abundância. Nesse sentido, a flexibilização é necessária para manter a atividade e a saúde da empresa, contudo, deve-se assegurar o mínimo legal e constitucional ao trabalhador. Nesse sentido, talvez esse seja o ponto de equilíbrio.

O Brasil vivencia uma fase inicial da teoria da flexibilização, existe ainda muito receio por parte dos empregados e sindicatos profissionais, inclusive, justificável diante de tantas injustiças que assentam-se sobre um pseudosistema de flexibilização. De outro lado, temos empregadores que vivenciam crises substanciais e, necessitam urgentemente de medidas flexibilizatórias para saírem da crise. Diante desse dilema, além de precisarmos amadurecer o instituto da flexibilização, faz-se necessário, caso optemos pela flexibilização, assegurar direitos mínimos aos trabalhadores, para não sanar um problema com uma injustiça.

De acordo com Sérgio Pinto Martins⁷⁸

O ideal é que a flexibilização fosse feita por acordo coletivo de trabalho, por ser descentralizado e atender às peculiaridades de cada empresa, como seu tamanho, seu tipo societário etc. A flexibilização pela convenção coletiva generaliza, pois no nosso sistema atinge toda a categoria, sem fazer distinção entre empresas grandes e pequenas.

Por fim, o rigor da lei deve dizer respeito apenas ao direito individual, caso contrário o trabalhador ficará desprotegido, todavia, no que tange ao direito coletivo, a lei deveria ser dispositiva, em razão da possibilidade da negociação ser feita para vários fins, principalmente quando há crises econômicas ou outros fatores⁷⁹.

⁷⁷ MARTINS, Sergio Pinto, 2002, op. cit., p. 113.

⁷⁸ MARTINS, Sergio Pinto, 2002, op. cit., p. 113.

⁷⁹ Idem, ibidem.

2.6 Flexibilização e o princípio protetor

O princípio traduz a noção de proposições fundamentais que se formam na consciência das pessoas e dos grupos sociais, a partir de certa realidade, e que, depois de formadas, direciona-se à compreensão, reprodução ou recriação dessa realidade⁸⁰.

Arnaldo Süssekind conceitua os princípios da seguinte forma:

Certo é que os diferentes ramos da ciência jurídica possuem princípios próprios sem os quais seria duvidoso afirmar-lhes a autonomia. Eles correspondem a enunciados genéricos que devem iluminar tanto o legislador, ao elaborar as leis dos correspondentes sistemas, como o intérprete, ao aplicar as normas ou sanar omissões do respectivo ordenamento legal.⁸¹

O Direito do Trabalho é norteado por inúmeros princípios, conforme destacado pela doutrina trabalhista, entretanto, para efeito do presente trabalho trataremos dos efeitos da flexibilização no princípio protetor.

Com o surgimento da teoria da flexibilização, para colocar em prática essas novas adaptações, surgidas com a globalização e os novos métodos de trabalhos, dois princípios de indelével importância entraram em choque, quais sejam: princípio da proteção ao trabalho e o princípio da proteção à empresa (empresário e sociedade empresária), analisado como meio de criação e manutenção de empregos.

O desemprego não ocorre só pela escassez do dinheiro, mas pela falta de mão de obra qualificada e eliminação dos postos de trabalho. A inserção da máquina ao meio ambiente do trabalho, quando não substitui o trabalhador, aumenta o desemprego, automatiza o trabalho, o que implica a modificação dos antigos métodos de trabalho, criando novas profissões, exigindo esforços para a integração do homem à máquina.

Diante dessa situação, a flexibilização passa, indiscutivelmente, a ser a melhor e principal ferramenta para resolver tal problemática.

De acordo com Arnaldo Süssekind⁸²,

[...] na flexibilização os sistemas legais preveem fórmulas opcionais de estipulação de condições de trabalho, ampliando o espaço para a contemplação ou suplementação do ordenamento legal, permitindo a adaptação de normas cogentes às peculiaridades regionais, empresariais ou

⁸⁰ DELGADO, Maurício Godinho, op. cit., p. 171.

⁸¹ SUSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas. *Instituições de Direito do Trabalho*. 14ª ed. São Paulo: LTr, 1993, 1 v., p. 127.

⁸² SÜSSEKIND, Arnaldo, MARANHÃO, Délio, VIANNA, Segadas e TEIXEIRA, Lima. *Instituições de direito do trabalho*. São Paulo: LTr. 19ª ed., vol. 2, 2000, p. 211.

profissionais e admitindo derrogações de condições anteriormente ajustadas, para adaptá-las a situações conjunturais, métodos de trabalho ou implementação de nova tecnologia, possibilitando a intervenção estatal, com normas gerais abaixo das quais não se pode conceber a vida do trabalhador com dignidade.

Assim, o Estado, por meio da legislação, garante direitos mínimos aos empregados, tornando o Direito do Trabalho rígido. A flexibilização, de um ou de todos os direitos, por meio dos atores sociais, feita pela norma coletiva, de acordo com as regras de mercado, sem qualquer intervenção estatal — por meio de leis —, certamente incorrerá em grandes riscos, comprometendo o mínimo existencial que garante a dignidade humana do trabalhador.

Inúmeros trabalhadores, pressionados pela pobreza, fome e escassez de emprego (fato notório, dispensa-se, inclusive qualquer prova estatística), abrem mão de benefícios, submetendo-se a condições precárias de trabalho, com salários baixos e jornadas extenuantes, portanto é questão de ordem enaltecer o princípio protetor e lutarmos por condições dignas de trabalho, caso contrário, os empregados nessas condições tornar-se-ão susceptíveis à ganância e à exploração de empregadores mal-intencionados.

A sociedade brasileira, de modo geral, vem demonstrando conformismo com as alterações legislativas e consequentes revogações de direitos trabalhistas, a partir do argumento de que a legislação do trabalho é anacrônica e inadequada para atualidade. Falta perspectiva em relação às oportunidades de trabalho; investimentos do Estado em políticas públicas sociais; preparo e acolhimento do desempregado; incentivo à formação e desenvolvimento do empresário e fortalecimento e expansão das sociedades empresariais⁸³.

Parece-nos temerário, quando a flexibilização é apontada como a única solução para o desemprego e para o fortalecimento da economia, devendo ela ser aceita a qualquer custo, ainda que implique redução de direitos, sob pena de aumento do desemprego e o enfraquecimento da economia. Certamente com isso o trabalhador perderá sua confiança, autoestima profissional e desacreditará no Estado, visto que a única solução para os problemas de desemprego e melhores condições de trabalho é a flexibilização desmedida. Diante do exposto, ficou evidente o conflito de princípios constitucionais, pois, de um lado temos o princípio protetor (art. 7^a, *caput*, CF) e de

⁸³ CASSAR, Vólia Bomfim, op. Cit., p. 57-58.

outro lado o princípio de proteção à preservação da empresa (art. 170, CF). Nesse caso não parece prudente adotar a Teoria da Ponderação de Interesses⁸⁴, essa teoria muito se assemelha à teoria da ponderação de princípios de Robert Alexy, em que havendo conflito entre bens e valores constitucionais, deve-se buscar harmonizá-los, impedindo que um direito se sobreponha a outro, entretanto caso essa harmonização seja impossível, deve-se optar pela subordinação e não exclusão de um bem sobre o outro, hierarquizando e ponderando os valores constitucionais, portanto a ponderação de princípios exige um sopesamento de valores e interesses em conflito⁸⁵.

A flexibilização sem limites entrega às partes que estão em desigualdade, conforme dito anteriormente, direitos importantes para serem negociados. A flexibilização só poderá ocorrer quando a lei autorizar, não ferir direitos constitucionais ou forem negociados coletivamente, ressaltando que em todos os casos trata-se de medidas excepcionais.

Não obstante, a cláusula de norma coletiva será inconstitucional ou ainda dispositivo legal que não obedeça aos objetivos mínimos, seja porque viola o princípio da proteção (explícito no art. 7º, *caput*, CF), seja porque viola valores de maior importância, tais como: dignidade da pessoa humana e o não abuso do direito.

Como se pode observar, os princípios, implícitos ou explícitos passaram a ser reconhecidos pelo ordenamento jurídico com sua carga normativa, superada, portanto a ideia de que princípios tinham apenas dimensões axiológicas sem eficácia e vinculação.

É possível verificar que a flexibilização na legislação trabalhista iniciou-se há muito tempo. Vólia Bomfim Cassar destaca algumas dessas mudanças:

a - Possibilidade de redução dos salários por negociação coletiva (Lei nº. 4.923/65); b - Criação do sistema do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), pela Lei nº. 5.107/66, benefício substitutivo da indenização do tempo de serviço prevista no art. 478 da CLT e que acarreta na renúncia à estabilidade decenal; [...]; h - Modificação do conceito de empregado de confiança para fins de exclusão do capítulo "Da Duração do Trabalho"; [...]; j - Adoção do regime de trabalho por tempo parcial, isto é, até 25 horas semanais, com a possibilidade expressa na lei de redução do salário durante o contrato de trabalho - art. 58, § 2º, da CLT; k - Criação de "banco de horas" que é uma espécie de acordo de compensação de jornada, variável ou fixo, com possibilidade de compensação máxima de um ano - art. 59, § 2º, da CLT. l - Possibilidade de ampliação da jornada de seis horas para os turnos

⁸⁴ SARMENTO, Daniel. *Ponderação de Interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 147.

⁸⁵ CASSAR, Vólia Bomfim, op. cit., p. 58.

ininterruptos de revezamento quando autorizada por negociação coletiva – art. 7º, XIV, da CFRB; [...] ⁸⁶.

No mesmo sentido, Amauri Mascaro Nascimento ⁸⁷ relembra alguns fatos importantes:

1965. A redução negociada da jornada e dos salários.
 1966. Fundo de Garantia do Tempo de Serviços (FGTS) opcional.
 [...]
 1974. Trabalho temporário.
 [...]
 1993. Terceirização de atividades de apoio das empresas.
 [...]
 2001. Suspensão temporária do contrato por acordos coletivos para requalificação profissional do trabalhador; separação das utilidades e dos salários; limitação da inclusão do *tempo de trajeto* na jornada de trabalho; contrata a tempo parcial de 25 horas com salário proporcional.

O tão almejado bem-estar social sentido em alguns países da Europa não foi ainda implementado no Brasil, por inúmeros fatores, tais como: indolência política; sucessivas crises econômicas; grande dimensão territorial e contrastes econômicos e sociais marcantes. Visualizamos ainda no Brasil trabalhadores em condições análogas à escravidão ⁸⁸, trabalhos degradantes, trabalho infantil e forçado.

Infelizmente, são raras as entidades sindicais fortes, combativas e reivindicatórias, para a defesa de seus filiados ou da categoria profissional que representa, sem a influência do poder econômico dos empresários. Podemos verificar que os sindicatos mais atuantes estão localizados nas grandes cidades, onde se há desenvolvimento econômico e maior concentração de operários.

Portanto, a máxima de que o negociado se sobrepõe ao legislado é partir da premissa de que todos os sindicatos são fortes, atuantes e combativos, em condições de igualdade para negociarem, isentos de pressões e influências econômicas, o que sabemos ser uma falácia ⁸⁹.

⁸⁶ CASSAR, Vólia Bomfim, op. cit., p. 59-60.

⁸⁷ NASCIMENTO, Amauri Mascaro, 2012, op. cit., p. 369.

⁸⁸ Foi noticiado na imprensa, em 08/09/09, o resgate de 98 trabalhadores no sul de Goiás que não recebiam salários e acumulavam dívidas em troca de comida, numa obra do PAC (Programa de Aceleração Econômica). Disponível em: <<http://gl.globo.com/noticias/brasil/0,,mull295841-5598,00-fiscalizacao+flagra+trabalho+escravo+em+obra+do+pac+diz+jornal.html>>. Acesso em: 26 mai. 14. In CASSAR, Vólia Bomfim, op. cit., p. 62.

⁸⁹ Em 02/04/08 foi noticiado pela imprensa a prisão do presidente do sindicato dos motoristas e dos cobradores de Campinas, sob o argumento de ter cobrado propina (R\$ 100.000,00) para “vender” cláusulas normativas à empresa. Disponível em: <<http://gl.globo.com/noticias/saopaulo/0,,mul38472->

Nessa perspectiva, é fato que a Constituição Federal, em seu inciso XXVI, art. 7º, reconheceu formalmente a convenção e o acordo coletivo de trabalho. Contudo, isso não significa que o constituinte teve o objetivo de prestigiar ou incentivar a flexibilização como regra.

A Constituição Federal não teve a intenção de permitir que a negociação coletiva se sobrepusesse à lei, interpretação contrária fere uma visão sistêmica. Por essa razão, o inciso XXVI deve estar em consonância com o *caput* do art. 7º, uma vez que este expressa com clareza o princípio da norma mais favorável ao dispor que “são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...]”. Parece-nos pouco provável que a Carta Magna admitiria interpretação que levasse prejuízo ao trabalhador.

Vale ainda frisar que, dos trinta e quatro incisos inseridos no art. 7º da CF, que tratam de matérias trabalhistas, apenas três autorizam redução de direitos ou sua flexibilização, em sua maioria pela via sindical, logo, constata-se ser medida excepcional⁹⁰.

O argumento de que os salários dos empregados sobrecarregam a empresa trata-se de argumento frágil, visto que o custo de uma empresa perpassa por outros elementos, como por exemplo, encargos conexos. Esses, sim, poderiam ser reduzidos, suprimidos e até mesmo flexibilizados, o que aliviaria a carga tributária dos empresários e sociedades empresárias.

É sabido que a teoria *kelsiana*, sobre hierarquia das normas não se aplica ao Direito do Trabalho de forma absoluta, porquanto na seara trabalhista aplica-se a norma mais favorável, ainda que inferior ou de caráter geral frente à norma especial, estamos diante do “Princípio da Hierarquia Dinâmica das Normas”⁹¹.

Assim, havendo conflito de normas autônomas prevalecerá à norma mais favorável ao trabalhador, neste caso, o intérprete deve optar por uma das teorias para a resolução do conflito, tais como: conglobamento, atomista ou intermediária. Destaca-se a existência de uma nova vertente sobre flexibilização que propaga a ideia de que o acordo coletivo sempre prevalecerá, mesmo sobre a sentença normativa, por ser mais adequado ao caso concreto, tendo em vista tratar-se de regra especial⁹².

5605,00-presidente+de+sindicato+acusado+de+cobrar+propina+e+liberado.html>. Acesso em: 06 dez. 2014. In CASSAR, Vólia Bomfim, op. cit., p. 63.

⁹⁰ CASSAR, Vólia Bomfim, op. cit., p. 64.

⁹¹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro; NASCIMENTO, Sônia Aparecida Costa. op. cit., p. 155.

⁹² CASSAR, Vólia Bomfim, op. cit., p. 65.

Os artigos 5º ao 12º da Constituição Federal estabelecem direitos irrenunciáveis e preserva acima de tudo a dignidade da pessoa humana, formando um núcleo mínimo de direitos que deve ser garantido a toda pessoa na condição de empregada. Em uma sociedade injusta e tão desigual, como no caso do Brasil, faz-se necessário concentrar esforços para criar e fortalecer os instrumentos que garantem direitos e proteção aos despossuídos.

Destarte, a flexibilização utilizada de forma responsável, como medida excepcional, tendo por escopo a manutenção e a recuperação da saúde da sociedade empresária ou do empresário, coaduna-se com os postulados da dignidade da pessoa humana e com o princípio fundamental do trabalho.

Ressalta-se que a tese propagada pelos neoliberais, de total liberdade e ausência absoluta do Estado, na relação entre empregado e empregador, é exagerada. O Estado deve se manter presente, com a finalidade de evitar abusos, a fim de impor limites na relação e estabelecer direitos mínimos a serem respeitados (Estado Social de Direito).

Dessarte, diante da força do poder econômico e dos abusos cometidos na busca incansável, por maior lucratividade e competitividade, faz-se necessário que a flexibilização só seja permitida caso venha respeitar direitos fundamentais do trabalhador, seja exercida de forma ética e de acordo com a justiça social, sempre inspirada na ordem democrática.

A vedação ao abuso de direito se apresenta como barreira, com a finalidade de bloquear atos que violem a garantia de um mínimo, analisada a partir das seguintes perspectivas: constitucional; interpretação conforme princípios de proteção ao trabalhador. Nesse sentido, vale ressaltar também que o direito está a serviço do homem e não o inverso.

A Constituição Federal faculta a compensação de horários e a redução da jornada desde que por acordo ou convenção coletiva, portanto, havendo inobservância do critério imposto pela Carta Magna. No tocante à flexibilização da jornada de trabalho ocorrerá o abuso de direito, uma vez que fere os direitos fundamentais do trabalhador, função social do direito do trabalho e o princípio protetor.

Vale transcrever o art. 187 do Código Civil, que traz a vedação ao abuso de direito: “Também comete ato ilícito ao titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

Gustavo Tepedino⁹³ afirma que “a intenção do legislador foi a de abarcar as diferentes concepções de abuso de direito, impondo limites éticos ao exercício das posições jurídicas, seja por meio do princípio da boa-fé objetiva, da noção de bons costumes ou da função socioeconômica dos direitos”.

A Constituição Federal ampara a flexibilização como um direito destinado ao empregador, que deve ser usado de forma responsável, como medida excepcional, para evitar abusos e supressão de direitos trabalhistas. O empregador no uso do sistema flexibilizatório sabe que deverá fazê-lo com observância dos direitos fundamentais do trabalhador e do princípio da dignidade da pessoa humana, isso sob a ótica constitucional, já no plano infraconstitucional, deverá observar os princípios gerais de direitos, princípio da boa-fé objetiva, da função social dos contratos, da ética, moral, bons costumes etc.

Conclui-se, portanto, que a flexibilização, observados os parâmetros anteriormente expostos, tendo como limitador o princípio protetor do Direito do Trabalho, é uma ferramenta fundamental para melhoria das condições de trabalho e meio de fomento para as empresas.

⁹³ TEPEDINO, Gustavo. BARBOZA, Heloísa. MORAES, Maria Celina Bondin de. *Código Civil Interpretado conforme a Constituição*. Vol. I. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 554.

3 FLEXIBILIZAÇÃO DA JORNADA DE TRABALHO

3.1 Aspectos justificadores da flexibilização da jornada de trabalho

O *tempo* trata-se de um substantivo masculino, com os seguintes significados, segundo o dicionário⁹⁴: *série ininterrupta e eterna de instantes; medida arbitrária da duração das coisas; época determinada; etc.*

Este vocábulo refere-se a um bem inestimável, talvez o mais precioso de toda a sociedade contemporânea, assim, justifica-se a busca incansável do homem pelo tempo, mas não a um tempo qualquer, mas um *tempo livre*.

Todavia, o ser humano necessita preencher seu tempo e o trabalho, nas sociedades modernas, é a atividade que ocupa o maior espaço de tempo.

Nesse sentido Arnaldo Süssekind⁹⁵ afirma que:

Dentre os princípios que se universalizaram visando à proteção do trabalho humano e a dignificação do trabalhador, cumpre destacar os referentes à limitação do tempo de trabalho. Se os dois principais objetivos e obrigações decorrentes da relação de emprego são trabalho prestado pelo empregado e o salário pago pelo respectivo empregador, torna-se evidente a importância do sistema legal que impõe limites à duração do trabalho.

Sendo o trabalho aquele que compromete sobremaneira o tempo do ser humano, nada mais justo é do que limitá-lo, caso contrário o homem viverá para o trabalho, de forma escrava sem tempo para usufruir dos frutos conquistados com o labor.

Nesse contexto, não podemos deixar de destacar que uma jornada de trabalho sem limites, isto é, se o labor tomar conta da maior parte do tempo do trabalhador, inevitavelmente, comprometerá outras áreas da vida desse indivíduo, tais como: o lazer; o convívio familiar; convívio com os amigos; a possibilidade de estudar; a possibilidade descansar adequadamente.

Ressaltamos ainda que o excesso de labor traz ao trabalhador além dos problemas acima apontados, outros males, tais como: fadiga e tensões nervosas. Atualmente o ócio deve ser visto como fundamental para a vida das pessoas, principalmente, para a recuperação do trabalhador entre uma jornada e outra.

⁹⁴ PRIBERAM, Dicionário. Palavra-chave "tempo", in Dicionário Priberam da Língua Portuguesa [em linha], 2008-2013, Disponível em <<http://www.priberam.pt/dlpo/tempo>> Acesso em 10 abr. 2014. .

⁹⁵ SÜSSEKIND, Arnaldo, op. cit., p. 703.

Assim o instituto da flexibilização se utilizado de forma responsável e excepcional, assegurando direitos mínimos aos trabalhadores e com a participação do ente sindical, torna-se ferramenta útil e necessária para manter o equilíbrio nas relações empregatícias.

Nos dias atuais, o estudo da flexibilização da jornada de trabalho assume importância sobremaneira, pois, os novos métodos de trabalho, ocasionados pela evolução econômica, nacional e mundial, em razão da globalização, fizeram com que os institutos do Direito do Trabalho fossem repensados a partir dessa ótica globalizada, inclusive no que tange à jornada de trabalho.

Portanto, a investigação científica da flexibilização da jornada de trabalho deve ser feita pela academia, pelos tribunais, pois, espera-se que, com isso, possamos apresentar soluções para os modelos anacrônicos de jornada de trabalho para melhor atender os anseios de trabalhadores e empregadores.

A análise jurisprudencial sobre as formas de flexibilização da jornada de trabalho terá tratamento com maior profundidade no último capítulo, sendo o cerne do presente estudo científico.

Destarte, a expressão de ordem, tanto para as empresas como para os trabalhadores é a “otimização do tempo”. Com a flexibilização, possivelmente o trabalhador terá mais tempo para o convívio familiar, para o lazer, para a educação etc. Tomemos como exemplo o singelo instituto da compensação semanal, em que o empregado trabalha uma hora a mais por alguns dias na semana e se livra do labor aos sábados, podendo usufruir dos finais de semana, trata-se de um fundamental avanço social, com uma pequena medida flexibilizadora.

Conclui-se, portanto, que flexibilizar a jornada de trabalho, em casos específicos e necessários, certamente culminará na proteção ao trabalhador e na proteção da empresa, que se manterá em atividade, preservando, assim, os empregos.

Nesse sentido, faz necessário apontar às diferenças entre *horário flexível* de *horário livre*.

Neste, o empregado trabalha no horário que deseja. No primeiro, deve ter presença obrigatória em certos horários determinados pelo empregador, dentro de um limite mínimo e máximo de trabalho. Teoricamente, no horário livre o funcionário pode até não trabalhar em determinado dia, fazendo o horário que desejar. Isso já não ocorre no horário flexível⁹⁶.

⁹⁶ MARTINS, Sérgio Pinto, 2002, op. cit., p. 71

Diante de inúmeras modificações no campo das inovações tecnológicas, certamente impactando nas relações de trabalho, exigem-se novos contornos no tocante à jornada de trabalho, o que só será possível por meio da flexibilização, pois é inviável confeccionar uma lei para cada caso concreto e específico.

A flexibilização da jornada de trabalho servirá como instrumento hábil a possibilitar o trabalhador gerir melhor a sua vida seja no âmbito do trabalho, família, educação ou lazer. Dessa forma o trabalhador poderá otimizar seu tempo para garantir maior disposição e rendimento no trabalho.

No capítulo anterior, falamos sobre o fenômeno da globalização, inclusive, asseverando ser ele um dos responsáveis pela flexibilização, pois trouxe integração e aproximação entre os Estados e intensificou o comércio de prestação de serviços flexibilizando padrões tradicionalmente conhecidos.

Asseveramos ainda no capítulo anterior que com a globalização a preocupação relevante tanto dos empresários como dos economistas estava focada em atender as demandas do mercado, ou seja, acompanhar com agilidade às inovações tecnológicas a fim de serem empresas competitivas no mercado.

Entretanto, diante de tantas discussões, entre empregados e empregadores, em razão da competitividade e produtividade, recai ao Direito do Trabalho à árdua missão, diante da sua vocação de proteção aos “hipossuficientes”, equilibrar as relações sem que com isso criem-se obstáculos para o desenvolvimento econômico e venha ferir direitos indisponíveis dos trabalhadores.

Nesse sentido Amauri Mascaro Nascimento⁹⁷

[...] assistimos às transformações do mundo das relações de trabalho numa sociedade que produz mais com pouca mão-de-obra. A tecnologia mostrou o seu lado cruel: a substituição do trabalho humano pelo *software*; a desnecessidade, cada vez maior, de um quadro numeroso de empregados para obter os resultados com redução da demanda de trabalhadores; a informatização e a robótica como principais fatores do crescimento da produtividade; o aumento do desemprego em escala mundial; o avanço tecnológico da sociedade de serviços maior que a sociedade industrial; novas profissões; sofisticados meios de trabalho. Enfim, uma realidade bem diferente na qual o direito do trabalho nasceu.

⁹⁷ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Um terceiro caminho para o Direito do Trabalho, *in A transcrição do Direito do Trabalho no Brasil – Estudos em homenagem a Eduardo Gabriel Saad*, São Paulo, LTr, 1996, p. 16.

A globalização integrou os povos, aumentou a velocidade das informações, fomentou o avanço tecnológico, principalmente no campo da informática, fez com que rompêssemos as fronteiras, por consequência houve mudança na relação entre empregados e empregadores, fazendo os mercados nacionais se tornarem peças integrantes da engrenagem denominada *economia global*.

O horário flexível, conforme dito anteriormente, trata da obrigatoriedade da presença do empregado em certos horários determinados pelo empregador, dentro de um limite mínimo e máximo de trabalho.

A flexibilização do horário de trabalho é um conjunto de mudanças⁹⁸, no que concerne formas, métodos e as próprias prestações dos serviços, proporcionando maior autonomia aos trabalhadores, no tocante à escolha da jornada de trabalho a ser executada na empresa. Naturalmente deverão ser respeitadas as regras preestabelecidas pelas empresas sobre horário flexível, caso contrário, ao invés de autonomia, haveria uma desorganização generalizada.

Logo, horário flexível é espécie de flexibilização de horário de trabalho.

Os pressupostos para se flexibilizar a jornada são elencados da seguinte forma: que haja autorização constitucional; que seja excepcional; que se observe a real necessidade; que se respeite às normas de ordem pública; que se esteja em consonância com o princípio protetor do direito do trabalho; que ela tenha caráter excepcional. Preenchendo tais pressupostos, certamente teremos na flexibilização da jornada uma ferramenta útil para modernizar o sistema de jornadas do Direito do Trabalho.

Ressalta-se que a jurisprudência, atuando no vazio legal, mas com permissão constitucional, está, a medida do possível, modernizando o sistema de jornadas do Direito do Trabalho, com o fito de atender as necessidades, tanto dos trabalhadores como dos empregadores, em razão das novas exigências de mercado, sem com isso contrariar, por exemplo, normas de ordem pública, tomemos como exemplo a escala 12X36, que se adequou perfeitamente às necessidades dos empregados de hospitais. A análise jurisprudencial das formas de flexibilização, conforme dito anteriormente, será tratada de forma mais detida no último capítulo.

Diante do exposto, percebe-se a importância de se estudar e debater o tema flexibilização da jornada de trabalho, uma vez que os envolvidos na relação de trabalho buscam a otimização do tempo.

⁹⁸ NASCIMENTO, Sônia A. Costa Mascaro. Flexibilização do Horário de Trabalho. LTr, 2002, p. 139.

A Constituição Federal em seu art. 7º, XXVI e art. 8º, VI, destacou a importância do sindicato e seus instrumentos na negociação entre os empregados e empregadores, uma vez que, conforme Arnaldo Süssekind a “flexibilização admitida, [...], está sujeita à tutela sindical [...]”⁹⁹.

A flexibilização para se concretizar, conforme acentuou Arnaldo Süssekind, deve estar sujeita à tutela sindical, todavia, cabe ainda frisar, que além da chancela sindical, para que se flexibilize — inclusive à jornada de trabalho —, faz-se necessária previsão constitucional para flexibilizar direitos mínimos trabalhistas. A respeito desse assunto, Sérgio Pinto Martins afirma que:¹⁰⁰

A flexibilização não poderá ser feita sobre direitos mínimos assegurados constitucionalmente ao trabalhador, salvo quando a própria Lei Maior permitir, como nos incisos VI, XIII, XIV do art. 7º da Lei Maior, em que há uma expressa determinação para admitir situações *in peius* para o trabalhador. Também não será possível a flexibilização de normas de higiene e segurança do trabalho, pois são fundamentais à saúde do trabalhador.

Finalmente, podemos ressaltar que o instituto da flexibilização da jornada de trabalho é campo fértil para debates e polêmicas. Contudo, vale frisar que a flexibilização deve ser utilizada com cautela, sob pena de lesar direitos indisponíveis dos trabalhadores.

3.2 Constituição federal de 1988 e a flexibilização da jornada de trabalho

A Constituição Federal de 1988 trouxe em seu artigo 7º direitos trabalhistas, trata-se de um mínimo de direitos; um ponto de partida; uma estrutura básica de direitos indisponíveis, sendo que, sem esses direitos, o trabalhador certamente ficaria em condições desumanas de trabalho.

A Carta Magna previu direitos que podem ser flexibilizados, seguindo, naturalmente certa formalidade, para evitar fraudes ou prejuízos aos trabalhadores, no que tange ao objeto em estudo, ou seja, flexibilização da jornada de trabalho em termos do incisos XIII e XIV do art. 7º.

⁹⁹ SÜSSEKIND, Arnaldo, op. cit., p. 715.

¹⁰⁰ MARTINS, Sergio Pinto, 2002, op. cit., p. 111.

Art. 7º [...] XIII - duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho; [...] XIV - jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva;

A flexibilização de modo geral deve vir precedida de formalidade, isso para evitar fraude e prejuízos aos trabalhadores. A Constituição Federal elegeu, para efeitos trabalhistas, a convenção e o acordo coletivo, tendo como preceito legal o inciso XXVI do artigo 7º e inciso VI do artigo 8º.

Art. 7º
[...]
XXVI - reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho;
[...]
Art. 8º [...]
VI - é obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho.

Nesses dois últimos dispositivos, quais sejam, inciso XXVI do artigo 7º e inciso VI do artigo 8º da Constituição Federal, enalteceu a autonomia privada coletiva, isso claramente implicará fortalecimento dos entes sindicais.

3.3 Formas de flexibilização da jornada de trabalho

Neste tópico abordaremos as formas de flexibilização de jornada de trabalho, restringindo-nos à compensação semanal (clássica, semana espanhola e escala 12X36), banco de horas, turno ininterrupto de revezamento e contrato a tempo parcial.

Far-se-á, neste tópico, uma abordagem conceitual de cada uma dessas formas, bem como, discorrer sobre a natureza jurídica e aplicabilidade, entretanto, deixaremos a discussão dos reflexos e implicações para o último capítulo.

a) Compensação Semanal

A compensação de horário de trabalho foi facultada pela Constituição Federal, precisamente em seu artigo 7º, XIII: “duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a

redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho”. O procedimento é relativamente simples, pois o empregado compensará o excesso de jornada de um dia em outro.

Nesse sentido, vale destacar que, segundo o dicionário da língua portuguesa, compensar significa: “contrabalançar”, “equilibrar”, “reparar”, assim, deixando de lado o aspecto jurídico, a própria etimologia da palavra já sugere algo flexível; que se amolda.

Sobre as possibilidades de compensação, Luciano Martinez¹⁰¹ nos traz algumas reflexões:

Exemplo clássico compensação de horários de trabalho é evidenciado no caso que os trabalhadores, para se verem dispensados das atividades no sábado, trabalham uma hora a mais nas jornadas de segunda a quinta-feira. Trata-se de fórmula de compensação intrassemanal conhecida como “**semana inglesa**”. Outro exemplo de compensação de horários, desta vez de natureza intersemanal, acontece com o sistema conhecido como “**semana espanhola**”, mediante o qual é alternada a prestação de quarenta e oito horas de trabalho em uma semana e quarenta horas em outra. Esse sistema de compensação de horário é, inclusive, reconhecido pelo TST. Veja-se, nesse sentido, a Orientação Jurisprudencial 323 da SDI-I do TST:

Orientação Jurisprudencial 323 da SDI-I do TST. 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, § 2º, da CLT e 7º, XIII, da CF/88 o seu ajuste mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho.

O que se pode observar do regime de compensação é a conquista de um tempo maior de descanso para o trabalhador, melhor dizendo, a conquista de maior *tempo livre*, para que o trabalhador possa desfrutá-lo com sua família; com lazer; com educação.

O procedimento de compensação, conforme dito em linhas acima, é muito simples, pois o empregado trabalhará em certo dia além da jornada legal, entretanto, compensará trabalhando, em horas, menos em outro dia. O ponto preocupante é justamente a compensação, pois esta deve ser observada sempre. Todavia, o empregador em casos eventuais pode até deixar de compensar e pagar as referidas horas como extras, entretanto isso não poderá se tornar habitual, sob pena do acordo se tornar inválido. Esse assunto será aprofundado no último capítulo deste estudo.

¹⁰¹ MARTINEZ, Luciano, op. cit., p. 325.

Destaca-se a polêmica quanto à forma de se fazer a compensação, se pode ser feita por acordo tácito; acordo individual; acordo exclusivamente coletivo. Existem opiniões para todos os lados, analisaremos todas, inclusive, as suas justificativas.

O art. 7º, XIII, CF, limita a duração da jornada, bem como, possibilita a compensação mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho.

Para alguns, fica evidente a possibilidade de compensação por acordo individual, já para outros, o acordo é exclusivamente coletivo. Será que estamos diante de uma questão meramente da língua portuguesa ou há fundamentos para tal polêmica? Passemos a análise.

Observamos que ambas as correntes, favoráveis e contra ao acordo individual para compensação, inclusive a jurisprudência, são concordes em rejeitarem o acordo tácito como forma de compensação de jornada (Súmula 85 do Tribunal Superior do Trabalho).

Nesse sentido Sérgio Pinto Martins considera que¹⁰²

Trouxe o inciso XIII do art. 7º da Constituição a dúvida sobre o acordo nele contido é individual ou coletivo. Sua redação é a seguinte: “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”. Entendo que o adjetivo “coletiva”, qualificando o substantivo convenção, diz respeito tanto à convenção tanto à convenção como acordo, até mesmo em razão da conjunção “ou” empregado no texto, que mostra a alternatividade de tanto a convenção como o acordo serem coletivos. A palavra “coletiva” deve concordar com a palavra imediatamente anterior, que é feminina, mas aquela refere-se também ao acordo. Por esse raciocínio, o acordo deve ser coletivo e não individual. O filólogo Celso Cunha, que fez a revisão gramatical da Constituição, entende que a última palavra numa frase deve concordar com a anterior, se esta for feminina. [...] Na verdade, o que o constituinte pretendeu foi apresentar sinônimos para mesmas expressões. Por isso, usou a expressão “acordo ou convenção coletiva” no inciso XIII do art. 7º, “negociação coletiva” no inciso XIV do art. 7º, “convenção e acordo coletivo”, no inciso VI do art. 7º e “convenção e acordo coletivo” no inciso XXVI do mesmo artigo. O objetivo do constituinte foi não ser repetitivo, não empregando expressões repetidas, adotando variações ou sinônimos. O constituinte, ao falar em acordo, quis referir-se a acordo coletivo e não acordo escrito ou individual, até mesmo para prestigiar a participação dos sindicatos nas negociações coletivas (art. 8º, VI, da Constituição).

¹⁰² MARTINS, Sergio Pinto Martins, 2002, op. cit., p. 107-108.

Em sentido contrário Cláudia José Abud afirma que:¹⁰³

A interpretação gramatical não esclarece a questão de forma definitiva. A ambiguidade da expressão “acordo ou convenção coletiva” existe porque o adjetivo “coletiva” pode, a depender da interpretação, incidir somente sobre o substantivo que lhe precede, convenção, ou sobre ambos os substantivos. É verdade que o adjetivo pode concordar com o substantivo mais próximo, mas, frequentemente, isso causa problemas à interpretação. Por isso, como a regra geral da língua é que o masculino é um gênero englobante, não marcado, a melhor construção para eliminar a ambiguidade é “acordo e convenção coletivos”, pois, sem a menor dúvida, o adjetivo qualificaria ambos os substantivos. [...] pelo método lógico-sistemático de interpretação concluímos, portanto, que se o legislador utilizou somente no inciso XIII do art. 7º a expressão “acordo ou convenção coletiva de trabalho”, é porque pretendia que o acordo fosse individual. Do contrário, teria usado as expressões que não deixam dúvidas quando à compensação do termo acordo, como: “negociação coletiva”, “convenções e acordos coletivos”, como sugeridos em nossa análise gramatical.

No mesmo sentido Homero Batista Mateus da Silva defende:¹⁰⁴

[...] Por aqui, vale a pena reiterar que a locução é ambígua, pois o vocábulo acordo pode tanto ser qualificado no plano individual quanto no plano coletivo, a depender da interpretação do adjetivo “coletiva” posto no final da expressão. Por se tratar possivelmente de um assunto de menor complexidade, quando comparado ao tema da redução salarial ou da alteração do regime de trabalho a tempo integral para parcial, o Tribunal Superior do Trabalho entendeu correto o acordo individual, ou seja, prescinde da negociação coletiva para fins de compensação de jornada.

Vale ainda mencionar que o inciso I, da Súmula 85, assevera que “A compensação de jornada de trabalho deve ser ajustada por acordo individual escrito, acordo coletivo ou convenção coletiva”.

Deve-se apontar que a compensação de jornada é um benefício ao trabalhador, tomemos como exemplo a compensação semanal, em que o empregado trabalha uma hora a mais de segunda-feira a quinta-feira, folgando aos sábados, posto que, cumpriu as quarenta e quatro horas semanais.

No exemplo acima, o trabalhador, conforme já mencionado neste estudo, com esse tipo de compensação o empregado terá mais tempo para descansar; conviver com seus familiares e amigos; tempo para o lazer; para a educação etc.

Pensar que a Constituição Federal não aceitaria o raciocínio acima exposto, isto é, compensação semanal por acordo individual teria violação ao *caput* do art. 7º, implicaria, por consequência retrocesso social.

¹⁰³ ABUD, Cláudia José. , Jornada de trabalho e a compensação de horários. São Paulo, Atlas, 2008, p. 107-108.

¹⁰⁴ SILVA Homero Batista Mateus da, op. cit., p. 49.

Pensar que a Constituição Federal não aceitaria o raciocínio acima exposto, isto é, compensação semanal por acordo individual, incorreria violação ao *caput* do art. 7º e por consequência, retrocesso social.

Por fim, ainda há os casos das empresas de pequeno porte, que na maioria das vezes, por uma questão de inviabilidade, não conseguem negociarem coletivamente, assim estaríamos retirando delas a possibilidade de negociarem a compensação semanal, o que naturalmente não é razoável, portanto, não resta dúvida da possibilidade de haver acordo individual para compensação intrasemanal.

b) Acordo de compensação de jornada por meio de banco de horas

A compensação anual, mais conhecida como banco de horas, trata-se de um regime flexibilizatório da jornada de trabalho, sendo feita por meio de negociação coletiva.

Assim, banco de horas e o regime compensatório de jornada complementam-se em um mesmo instituto. Aquele se refere a um método pelo qual o empregador se utiliza, para compensar todas as prorrogações de horas prestadas pelo empregado com a consequente redução¹⁰⁵.

Alice Monteiro de Barros¹⁰⁶ conceitua banco de horas da seguinte forma:

Banco de horas, o qual permite, por acordo ou convenção coletiva, a compensação do excesso de horas trabalhadas em um dia pela correspondente diminuição em outro dia, de modo que não exceda, no período máximo de um ano, à soma das jornadas semanais de trabalho, tampouco o limite de 10 horas por dia.

José Augusto Rodrigues Pinto¹⁰⁷, nesse sentido, afirma que banco de horas consiste em:

Uma virtual conta corrente de horas extraordinárias, na qual empregador e empregado depositam seus créditos de horas trabalhadas a menos, com pagamento, e a mais, sem indenização, para futuro saque, mediante

¹⁰⁵ DALLEGRAVE NETO, José Afonso. *Inovações na legislação trabalhista: Inovações trabalhistas*. 2ª ed. São Paulo: LTr, 2002, p. 77.

¹⁰⁶ BARROS, Alice Monteiro. *Curso de Direito do Trabalho*. 4ª ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2008, p. 662.

¹⁰⁷ PINTO, José Augusto Rodrigues. *Curso de Direito Individual do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2000, p. 528.

compensação não apenas das jornadas, mas da retribuição homogênea do trabalho.

Logo, num período, o empregado é chamado a trabalhar uma ou no máximo duas horas a mais ao dia, para que em outro período deixe de trabalhar, dentro da jornada normal (oito horas), número equivalente aos das horas extras trabalhadas¹⁰⁸.

Afirma Luciano Martinez que:¹⁰⁹

O banco de horas não é propriamente sistema de compensação nem de prorrogação. Ele, na verdade, é um instituto singular que cumula o que de pior existe nos mencionados sistemas. Por meio dele se cumula a exigibilidade de prestação de horas suplementares sem prévio aviso e sem qualquer pagamento com a imprevisibilidade dos instantes de concessão das folgas compensatórias.

Esse regime flexibilizatório, denominado banco de horas foi introduzido pela Lei nº. 9.601/98 (vale lembrar que esta lei estabeleceu o contrato a termo), o seu art. 6º deu nova redação ao art. 59 da CLT, autorizando a compensação de horas de trabalho por além do parâmetro mensal. Frisa-se que no texto original, a referida lei restringia o módulo compensatório a cada 120 dias.

Vale transcrever o § 2º do art. 59 da CLT:

Art. 59. [...] § 2º Poderá ser dispensado o acréscimo de salário se, por força de acordo ou convenção coletiva de trabalho, o excesso de horas em um dia for compensado pela correspondente diminuição em outro dia, de maneira que não exceda, no período máximo de um ano, à soma das jornadas semanais de trabalho previstas, nem seja ultrapassado o limite máximo de dez horas diárias. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.164-41, de 2001).

Vale destacar a dispensa do pagamento das horas suplementares, caso compensadas pela correspondente diminuição em outro dia, desde que feita por acordo ou convenção coletiva.

Assim, diante da alteração criada pela Lei 9.601/98 e inúmeras alterações introduzidas por medidas provisórias ao art. 59 da CLT, chega-se a conclusão de que o banco de horas talvez não seja uma vantagem trabalhista.

¹⁰⁸ SAAD, Eduardo Gabriel. *Consolidação das Leis do Trabalho Comentada*. 42ª ed. atua. e rev. por José Eduardo Duarte Saad, Ana Maria Saad Castelo Branco. São Paulo: LTr, 2009, p. 144.

¹⁰⁹ MARTINEZ, Luciano, op. cit., p. 329.

Nesse contexto Maurício Godinho Delgado¹¹⁰ afirma que

De todo modo, a lei (mesmo em sua redação original, antes da MP n. 1.709 e seguintes, ou na fórmula anual que preponderou) estendeu o parâmetro da flexibilização compensatória a uma tal fronteira longínqua (muito além do mês, portanto) que, sensatamente, não se poderia mais falar na existência de uma *extensão ponderada* no manejo dessa figura jurídica. A *pactuação de horas suplementares à jornada padrão, que extenua o trabalhador ao longo de diversas semanas e meses, cria riscos adicionais inevitáveis à saúde e segurança daquele que presta serviços, deteriorando as condições de saúde e segurança no trabalho* (em contraponto, aliás, àquilo que estabelece o art. 7º, XXI, da Carta Magna). O regime de compensação *anual*, desse modo, escapa à dubiedade instigante que respondia pelo prestígio do mecanismo compensatório no estuário normativo da Carta Magna, já que eia de ser manejado em extensão ponderada, perdendo, nesse aspecto, o caráter de vantagem trabalhista em benefício recíproco de ambas as partes contratuais. A agressão que propicia à saúde, higiene e segurança laborais já obscurece o sentido favorável ao trabalhador de que era ele classicamente dotado.

A posição acima nos parece harmoniosa com o sistema trabalhista, pois o regime flexibilizatório clássico, outrora vigorante, trazia consigo instigante dubiedade que certamente justificava seu prestígio no cotidiano trabalhista e no estuário normativo da Carta Magna. Maurício Godinho Delgado assevera que se o mecanismo for usado com a devida prudência e em extensão ponderada, tendia a favorecer não somente o empregador, mas inevitavelmente o empregado. Assim, quando utilizado em extensão ponderada, este mecanismo permite a concentração mais racional do tempo de trabalhador nas atividades laborativas, alargando-lhe, em contrapartida, o tempo para livre disponibilidade pessoal, sem prejuízo às cautelas recomendáveis no tocante à saúde e segurança laborais¹¹¹.

No modelo atual de compensação anual, chamado banco de horas, há de convir que o procedimento adotado propicie agressões à saúde, higiene e segurança laborais. Por essa razão, faz-se necessária a intervenção sindical, por meio de negociação coletiva, conforme redação dada pelo item V da Súmula 85, do TST: “As disposições contidas nesta súmula não se aplicam ao regime compensatório na modalidade “banco de horas”, que somente pode ser instituído por negociação coletiva”. A intervenção sindical se justifica, tendo em vista a igualdade que se estabelecerá entre as partes negociantes, além do que, parte-se da premissa que a entidade sindical irá avaliar com cautela a possibilidade de se estabelecer o banco de horas, levando os possíveis prejuízos que causará a higidez física e mental do trabalhador.

¹¹⁰ Ibidem, p. 812.

¹¹¹ Ibidem, idem.

O raciocínio acima não é de fácil assimilação, pois o § 2º do art. 59 da CLT lança a expressão acordo e convenção coletiva. Estamos mais uma vez diante de questões de semântica, uma vez que o adjetivo “coletiva” concorda com o substantivo imediatamente anterior, que no caso é convenção, deixando a dúvida de que o acordo da referida expressão pode ser individual.

Entretanto, compreender de maneira absoluta esse sentido seria permitir que o banco de horas fosse feito por meio de acordo individual, o que nos parece temerário e arriscado. Assim, parece-nos que o melhor raciocínio é o da Súmula 85, V.

Nesse sentido, Maurício Godinho Delgado¹¹² considera que:

Noutras palavras: no instante em que o legislador infraconstitucional criou, no país, novo tipo de regime compensatório, *distinto daquele até então vigorante e, adicionalmente, prejudicial à saúde e segurança da pessoa humana prestadora de serviços empregatícios*, não pode determinar que tal regime prejudicial, redutor de direitos e vantagens trabalhistas, seja pactuado sem o manto protetivo da *negociação coletiva*.

Para Luciano Martinez,¹¹³

Desde que implantado mediante negociação coletiva, o banco de horas autoriza o empregador a exigir do empregado a prestação de jornada suplementar até o limite máximo de dez horas diárias, sem, por conta disso, gerar retribuição de qualquer natureza. [...] Percebe-se que o “banco de horas” tem, diante do quanto aqui expandido, três caracteres importantíssimos: 1º) Somente pode ser ajustado **por força de acordo ou convenção coletiva de trabalho**, sendo imune à aplicabilidade do entendimento constante da SÚMULA 85, I e II, do TST. 2º) A acumulação de horas sujeita-se ao limite máximo de um ano de permanência ou, observado o que ocorre primeiro, ao limite consistente da “soma das jornadas semanais de trabalho previstas”. 3) Não se pode considerar como hora suscetível de ingressar no “banco” qualquer uma excedente do limite máximo de dez horas diárias.

No tocante aos reflexos e implicações que permeiam o instituto banco de horas, reservamos o último capítulo para aprofundar a discussão, sem pretensão de esgotamento do tema.

¹¹² DELGADO, Maurício Godinho op. cit., p. 814.

¹¹³ MARTINEZ, Luciano, op. cit, p. 329-330, grifos do autor.

c) Turnos ininterruptos de revezamento

O turno de trabalho dentro do Direito do Trabalho significa "turma de trabalho", aquele em que os grupos de trabalhadores se sucedem nas mesmas máquinas do empregador, cumprindo horários que admitam o funcionamento ininterrupto da empresa¹¹⁴.

Sérgio Pinto Martins conceitua turno de trabalho, como sendo uma expressão de origem espanhola que significa "turma de trabalho", a qual não se confunde com jornada ou horário ininterrupto. O inciso XIV, do art. 7º da Constituição, teve origem histórica na Lei 5.811/72, que trata do regime de trabalho dos empregados nas atividades de exploração, perfuração, produção e refinação de petróleo, industrialização do xisto, indústria petroquímica e transporte de petróleo e seus derivados por meio de dutos, que prestavam serviços em regime de turnos de revezamento¹¹⁵.

Nesse contexto, Luciano Martinez¹¹⁶ afirma que,

O art. 7º, XIV, da Constituição da República criou um conceito jurídico indeterminado ao dispor que, dentre os direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, estaria aquele correspondente à “jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento”, salvo negociação coletiva. A ideia inicial seria a de que existiria tal instituto nas situações em que um trabalhador, de modo ininterrupto, isto é, sem qualquer parada, alternasse seus turnos, num sistema de revezamento. A ininterruptividade, aliás, já esteve ligada ao conceito de ausência de intervalo, mas a jurisprudência dominante deixou claro, por meio da *Súmula 675 do STF*, que os intervalos fixados para descanso e alimentação durante a jornada de seis horas não descaracterizam o sistema de turnos ininterruptos de revezamento (TIR).

Para Alice Monteiro de Barros¹¹⁷:

[...] turno ininterrupto de revezamento é o que pressupõe trabalho em horários com sucessivas modificações, em atividade empresarial contínua. A redução da jornada, nesse caso, se impõe, porque a alternância de horário prejudica o metabolismo humano.

¹¹⁴ MARTINS, Luciano, op. cit., p. 581.

¹¹⁵ MARTINS, Sergio Pinto, op. cit., p. 580.

¹¹⁶ MARTINEZ, Luciano op. cit., p. 303, grifos do autor.

¹¹⁷ BARROS, Alice Monteiro. op. cit., p. 667.

Amauri Mascaro Nascimento¹¹⁸ define que "trabalho por turnos significa um modo de organização ou equipes de trabalhadores (que) se sucedem na mesma empresa, no mesmo local de serviço, cumprindo horários que permitam o funcionamento ininterrupto da indústria".

Sobre o tema, Carla Teresa Martins Romar conceitua:¹¹⁹

O trabalho em atividades empresarias ininterruptas organiza-se por meio de *turnos*, que nada mais são do que grupos de trabalhadores que se sucedem no desempenho de suas atividades de tal sorte que a atividade empresarial não seja interrompida. Os turnos podem organizar-se de duas formas distintas: os *turnos ininterruptos fixos*, que são aqueles em que o empregado sempre trabalha no mesmo turno, tendo seu horário de entrada e saída definido, sem sofrer modificação; e os *turnos ininterruptos de revezamento*, nos quais há constante modificação dos horários de trabalho dos empregados, com alternância fixada por escalas de revezamento.

De acordo com Gustavo Filipe Barbosa Garcia,¹²⁰

É certo que o regime de trabalho é mais comum em indústrias e siderúrgicas. No entanto, independentemente do ramo de atividade do empregador, se o empregado tem de prestar serviços em turnos de revezamento, ou seja, nos períodos da manhã, tarde e noite (ou mesmo de dia e de noite), os quais são alterados após certo período (como semanalmente, quinzenalmente, mensalmente), passando ao turno seguinte, de forma alternada, tem-se a incidência da regra em questão.

Segundo Maurício Godinho Delgado,¹²¹

Desse modo, enquadra-se no tipo legal em exame o sistema de trabalho que coloque o empregado, alternativamente, em cada semana, quinzena ou mês, em contato com as diversas fases do dia e da noite, cobrindo as 24 horas integrantes da composição dia/noite. Daí a ideia de falta de interrupção no sistema de trabalho – sob a ótica do trabalhador (turnos ininterruptos). Nesse quadro, um sistema de revezamento que não seja ininterrupto – sob a ótica obreira -, cobrindo, alternativamente, apenas parte das fases integrantes da composição dia/noite, não estará enquadrado no tipo legal do art. 7º, XIV, da Carta de 88.

Devemos ressaltar que alternâncias bimestrais, trimestrais, semestrais e similares de horários também podem alternar ao tipo jurídico-constitucional, por provocarem desgaste intenso físico, psicológico, familiar e social ao trabalhador. O fato de existir

¹¹⁸ NASCIMENTO, Amauri Mascaro 2009, op. cit., p. 286.

¹¹⁹ ROMAR, Carla Teresa Martins. *Direito do trabalho esquematizado*. São Paulo: Saraiva, p. 289.

¹²⁰ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Manual de Direito do Trabalho*. 2ª ed. São Paulo: Método, 2010, p. 486.

¹²¹ DELGADO, Maurício Godinho, op. cit., p. 830.

alternância de horários não implica, necessariamente, que estamos diante de turnos ininterruptos de revezamento. Por consequência, devemos aplicar o XIV, do art. 7^a, da CF, posto que, se a alternância, por exemplo, for semestral é forçoso tipificá-la como turno ininterrupto de revezamento.

Maurício Godinho Delgado continua alegando que:

Cabe ponderar, entretanto, que recentemente orientação jurisprudencial do TST produziu interpretação mais favorável do tipo jurídico do art. 7º, XIV, da Carta Magna, permitindo a configuração dos turnos ininterruptos de revezamento ainda que os horários alternados do obreiro não cubram completamente todos os momentos do dia e da noite, mas façam de modo parcial. De toda maneira, é evidente que o contato com os diversos horários da noite e do dia há de ser significativo – ainda que não integral –, sob pena de se estender demasiadamente o tipo jurídico destacado pela Constituição.

A afirmação acima do autor está de acordo com o entendimento do Tribunal Superior do Trabalho, tendo em vista a Orientação Jurisprudencial nº. 360 da SBDI-I vejamos:

OJ nº. 360 - SBDI-I - Faz jus à jornada especial prevista no art. 7º, XIV, da CF/1988 o trabalhador que exerce suas atividades em sistema de alternância de turnos, ainda que em dois turnos de trabalho, que compreendam, no todo ou em parte, o horário diurno e o noturno, pois submetido à alternância de horário prejudicial à saúde, sendo irrelevante que a atividade de empresa se desenvolva de forma ininterrupta.

De acordo com a Constituição Federal de 1988, para esses empregados, a duração da jornada de trabalho está limitada a 6 horas diária, conforme redação do inciso XIV, art. 7º, CF: “[...] XIV — jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de **revezamento**, salvo negociação coletiva” (nosso grifo).

O vocábulo "revezamento", em relação aos turnos do trabalho, trata dos empregados escalados para prestar serviços em distintos períodos de trabalho (manhã, tarde ou noite), sendo em forma de rodízio, ou seja, é a troca de posição dos empregados por outro, no posto de trabalho. Isso quer dizer que os empregados têm outros horários de labor e trabalham em diversos dias da semana. O adjetivo "ininterrupto" significa contínuo, habitual, seguido, por exemplo, se a empresa trabalha apenas em duas turmas, não tendo um dos turnos, não se aplica a regra do inciso XIV do artigo 7º da Constituição. Ininterrupto refere-se ao turno e não ao revezamento¹²².

¹²² MARTINS, Sergio Pinto, op. cit., p. 582.

O objetivo do constituinte com o turno ininterrupto de revezamento, insculpido no art. 7º, XIV, CF, foi conceder jornada menor para aqueles que prestavam serviços nas plataformas de petróleo ou em siderúrgicas, visto que suas jornadas, ora são pela manhã, ora pela tarde, ora pela noite e madrugada, assim, são muito desgastantes para os empregados, pois o ritmo circadiano corresponde ao relógio biológico do ser humano, que controla variações de temperaturas, segregação de hormônios, digestão, sono é alterado constantemente, tratando-se, portanto, de um trabalho penoso. Acreditamos, nesse sentido, que o turno ininterrupto de revezamento refere-se à redução de jornada como técnica de preservação da saúde do trabalhador.

Inobstante, ainda que seja uma técnica de preservação da saúde do trabalhador, não deixa de ser uma forma de flexibilização da jornada de trabalho. O sindicato pode, por meio de negociação coletiva, encontrar uma forma de turno ininterrupto de revezamento que melhor atenda a realidade de determinados trabalhadores, a fim de inclusive preservar a saúde destes. Assim é perfeitamente possível e obrigatória à participação do ente sindical no que tange à flexibilização da norma que trata de turno ininterrupto de revezamento, a exemplo da Súmula nº. 423 do TST: “Estabelecida jornada superior a seis horas e limitada a oito horas por meio de regular negociação coletiva, os empregados submetidos a turnos ininterruptos de revezamento não têm direito ao pagamento da 7ª e 8ª horas como extras”.

Vale destacar a observação feita por Francisco Antônio de Oliveira¹²³ quanto aos efeitos danosos na vida do empregado provocados pelo turno ininterrupto de revezamento:

os turnos ininterrupto de revezamento certamente o afastarão da convivência dos seus familiares e do seu círculo social, posto que, quando não estiver trabalhando, estará dormindo ou, pelo menos, descansando, se é que conseguirá dormir.

Destarte, conclui-se, portanto, que o turno ininterrupto de revezamento é prejudicial à saúde do trabalhador, todavia, com os novos métodos de trabalho, com a evolução tecnológica e das necessidades da sociedade, faz-se necessário trabalho em turnos ininterruptos de revezamento, portanto, a máxima de que “trata-se do mal necessário”, talvez, nesse caso seja verdadeira, a exemplo a atividade do petroleiro.

¹²³ OLIVEIRA, Francisco Antônio de. *Manual de Direito Individual e Coletivo do Trabalho*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

d) Escala de 12 horas de trabalho por 36 horas de descanso

A escala de 12 horas de trabalho por 36 de descanso já está sumulada pelo Colendo Tribunal Superior do Trabalho sob o nº. 444:

É válida, 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 hora.

Assim iniciaremos a abordagem do tema por meio das discussões que existiam antes da edição da referida Súmula. Apresentaremos os argumentos favoráveis e os contrários à validade dos acordos que estipulam o regime de compensação da escala 12 x 36, ao final, iremos nos posicionar.

O art. 7º, XIII, da Carta assegura a “duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e 44 semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho”.

Como se vê, tal preceito encerra a flexibilização da jornada de trabalho, desde que por acordo ou convenção coletiva de trabalho.

O art. 59, § 2º, da CLT, pela redação dada pela Lei nº 9.601/1998 e MP nº 2.164-41, de 24.8.01, estipula que “poderá ser dispensado o acréscimo de salário se, por força de acordo ou convenção coletiva de trabalho, o excesso de horas em um dia for compensado pela correspondente diminuição em outro dia, de maneira que não exceda, no período máximo de um ano, à soma das jornadas semanais de trabalho previstas, nem seja ultrapassado o limite máximo de dez horas diárias”. Portanto, em harmonia com o referido preceito constitucional, que contempla a compensação de horários desde que, dentre outro óbice, não seja ultrapassado o limite de dez horas diárias.

Resta verificar, nesse contexto, se a escala de 12 horas de trabalho por 36 de descanso fere os dispositivos examinados. Buscando uma interpretação literal, não resta dúvida de que a norma celetista estaria violada, já que ultrapassaria o limite de dez horas diárias.

Na escala 12 x 36, para cada 12 (doze) horas trabalhadas, o empregado terá direito a intervalo interjornada de 36 (trinta e seis) horas, para descanso.

O acordo de compensação 12 x 36, ainda que exceda a jornada limite de 10 (dez) horas de que trata o § 2º, do artigo 59 da CLT, é válido, sendo indevido o pagamento do adicional de horas extraordinárias para o trabalho realizado além da 10ª hora.

A Constituição Federal, em seu artigo 7º, inciso XIV, bem como o inciso XXVI valorizam a negociação nas relações de trabalho, reconhecendo as convenções e acordos coletivos de trabalho.

Nesse sentido, o artigo 7º, também, inciso XIII, da Constituição Federal, faculta a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho.

O artigo 7º, inciso XIII, CF, veio flexibilizar as limitações previstas na legislação e na própria Carta Magna referentes às horas trabalhadas, 8 (oito) por dia e 44 (quarenta e quatro) por semana. O constituinte não submeteu a compensação de horários à limitação de que trata o § 2º do artigo 59 da CLT, de jornada máxima de 10 (dez) horas, pois, se assim pretendesse, teria deixado expresso.

Ressalte-se que a limitação constante do referido dispositivo legal, quanto à jornada máxima de 10 (dez) horas, precede a Constituição Federal, que deu novos contornos para o acordo de compensação de horários, sem a restrição imposta pela CLT.

Vale ressaltar que, a flexibilização entregou aos sindicatos maior responsabilidade, na medida em que se permita flexibilizar, desde que haja a participação do ente sindical, a exemplo, do art. 7º, XIII, CF.

Os sindicatos atualmente, por sua independência e força, justificam a intenção do legislador constituinte em flexibilizar alguns direitos trabalhistas, dentre eles o relativo à jornada de trabalho, não tendo lugar a restrição contida no aludido preceito celetista.

Essa flexibilização não autoriza que o acordo de compensação de horários estabeleça qualquer jornada, sem qualquer limitação. A liberdade estabelecida no inciso XIII, do artigo 7º da Constituição Federal, sofre restrições no próprio texto constitucional, que resguarda a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e a segurança dos trabalhadores.

Assim, verifica-se uma jornada de trabalho nociva à saúde do trabalhador, ainda que conte com a assistência do sindicato profissional, naturalmente o acordo de compensação não encontrará abrigo na jurisprudência do TST, a exemplo das Súmulas nºs 437 e 449:

Súmula nº 437 do TST - INTERVALO INTRAJORNADA PARA REPOUSO E ALIMENTAÇÃO. APLICAÇÃO DO ART. 71 DA CLT (conversão das Orientações Jurisprudenciais nºs 307, 342, 354, 380 e 381 da SBDI-1) - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012.

[...]

II - **É inválida cláusula de acordo ou convenção coletiva de trabalho** contemplando a supressão ou redução do intervalo intrajornada porque este constitui medida de higiene, saúde e segurança do trabalho, garantido por norma de ordem pública (art. 71 da CLT e art. 7º, XXII, da CF/1988), inafiançável à negociação coletiva. [Nosso grifo].

[...]

Súmula nº 449 do TST - MINUTOS QUE ANTECEDEM E SUCEDEM A JORNADA DE TRABALHO. LEI Nº 10.243, DE 19.06.2001. NORMA COLETIVA. FLEXIBILIZAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. (conversão da Orientação Jurisprudencial nº 372 da SBDI-1) – Res. 194/2014, DEJT divulgado em 21, 22 e 23.05.2014.

A partir da vigência da Lei nº 10.243, de 19.06.2001, que acrescentou o § 1º ao art. 58 da CLT, não mais prevalece cláusula prevista em **convenção ou acordo coletivo** que elastece o limite de 5 minutos que antecedem e sucedem a jornada de trabalho para fins de apuração das horas extras. [Nosso grifo].

O fato é que a escala 12 x 36 é benéfica ao trabalhador, especialmente em determinadas atividades, como, por exemplo, as desenvolvidas pelos vigilantes e empregados de hospitais. Nesse regime a jornada excedente de 12 (doze) horas é compensada com um período maior de descanso, 36 (trinta e seis) horas, e, principalmente, com a redução das horas trabalhadas ao final de cada mês.

Explica-se: enquanto um trabalhador que cumpre 44 (quarenta e quatro) horas de trabalho semanais e jornada normal de oito horas, limitação prevista no inciso XIII, do artigo 7º da Carta Magna, trabalhará 220 (duzentas e vinte) horas ao final de cada mês, o trabalho mensal do empregado sujeito à escala 12 x 36 não suplanta, jamais, as 192 (cento e noventa e duas) horas.

Assim é válido o acordo de compensação de jornada para adoção da escala de 12 x 36 horas, mediante participação da entidade sindical, que possibilita ao empregado, após uma jornada maior de trabalho, de doze horas, o descanso determinado, de trinta e seis horas, baseado na livre negociação havida entre as partes, salvo se prejudicial ao trabalhador.

Entendimento diverso não traz benefício aos trabalhadores, pois interfere negativamente em atividades que por anos a fio adotam o regime de trabalho ora examinado, com o aval do próprio texto constitucional, e vai à contramão do *caput* do art. 7º da CF, que veda o retrocesso social.

Homero Batista Mateus da Silva¹²⁴ perfila diversos argumentos em prol da validade da escala 12 x 36, destacamos os seguintes:

a) menor deslocamento do trabalhador para a empresa, porquanto no lugar de uma média de 20 a 26 dias de trabalho por mês, ativa-se em apenas 15 dias, pois o expediente ocorrerá somente na metade dos dias existentes no período; [...] d) proporcional, a média mensal fica abaixo das 220 horas padronizadas pela Constituição Federal, mesmo inserindo-se os descansos semanais remunerados, algo como 180 horas de trabalho efetivo para esse regime e 192 horas de trabalho efetivo para o sistema normal; [...]. E, por fim, tendência verificada na maioria das normas coletivas de se concederem folgas adicionais, à razão de uma ou dias por mês, além das “36 horas”, para os empregados submetidos a esse sistema, como uma forma velada de se compensarem os feriados acaso coincidentes com o dia de plantão. Pela ótica da matemática, portanto, a jornada 12x36 encontra ampla aceitação, pois em todos os quesitos suplanta em benefício o tradicional expediente de oito horas por dia, cinco ou seis por semana.

A corrente contrária ao sistema flexibilizatório de regime compensatório 12x36 possui argumentos importantes, a que devemos observar com cautela, ainda que atualmente não seja dominante, em razão da edição da Súmula n. 444.

Jorge Luiz Souto Maior¹²⁵, nesse sentido, afirma que:

O revezamento 12 x 36 fere, frontalmente, a Constituição e a lei. A lei não permite trabalho em horas extras de forma ordinária. E, se houver trabalho em hora extra, a jornada não pode ultrapassar a 10 horas. No regime 12 x 36 há trabalho frequente além de oito horas diárias, portanto, horas extras (o fato de ser remunerado como tal, ou não, não afeta a realidade, pois hora extra que ultrapassa o limite máximo da jornada normal) e há trabalho com jornada superior a 10 horas. O descanso a mais que se dá, com a folga no dia seguinte, primeiro não retira a ilegalidade e segundo, sob o aspecto fisiológico, não repõe a perda sofrida pelo organismo, ainda mais sabendo-se, como se sabe, que no dia seguinte o trabalhador não descansa, ocupando-se de outras atividades e mesmo vinculando-se a outro emprego. Uma jornada de 12 horas vai contra todos os preceitos internacionais de direitos humanos.

¹²⁴ SILVA, Homero Batista Mateus da, op. cit., p. 55.

¹²⁵ MAIOR, Jorge Luiz Souto. Em defesa da ampliação da competência da Justiça do Trabalho. *Revista Ltr*, n. 70, v. 13, janeiro/2008.

Homero Batista Mateus da Silva¹²⁶ apresenta aspectos relevantes a serem considerados, em detrimento da jornada 12 x 36, destacamos alguns:

a) a jornada de 12 horas é necessariamente extenuante, no trabalho braçal ou na atividade intelectual, e jamais tolerada pela Consolidação das Leis do Trabalho ou pela Constituição Federal, a não ser em casos muito específicos como força maior ou o serviço inadiável, e que trata o art. 59, e certamente sua adoção de forma generalizada não corresponde a esses conceitos de excepcionalidade; b) a produtividade do trabalhador decai de forma acentuada, sobretudo na 11ª e na 12ª horas de trabalho, aumentando potencialmente os riscos de acidentes de trabalho por fadiga ou por desatenção, além de desatender aos anseios de bom desempenho profissional; [...]; e) a anuência da jornada 12x36 estabelece precedente perigoso em torno de outras variações, como a infame jornada 24x72 (24 horas consecutivas de atividade, por três dias de repouso), ainda hoje verificada em estabelecimentos de saúde e de segurança.

Em prol da ilegalidade da jornada 12x36 acrescenta Cláudia José Abud¹²⁷ que “o regime especial de escala de trabalho 12x36 é ilegal, pois viola o disposto no § 2º do art. 59 da CLT, assim como transgride os princípios e dispositivos constitucionais que garantem o direito à saúde e à dignidade do trabalhador”.

Em sentido contrário, Homero Batista Mateus da Silva afirma que:

Em prol da validade do sistema 12x36 ou contrário a sua adoção reside na premissa a ser adotada pelo operador do direito, se mais sensibilizado pelas vantagens de cunho matemático e pecuniário ou se sensibilizado mais com a higidez física e mental do trabalhador [...]¹²⁸.

Frisa-se que apesar de toda argumentação contrária à aplicação da jornada 12x36, defendida por meio de fundamentação que merece respeito, o Tribunal Superior do Trabalho em 26 de novembro de 2011 editou Súmula nº. 444 que autoriza a escala 12x36. Trata-se de uma forma excepcional de jornada que exige norma coletiva para sua validade, excluindo o acordo individual.

No último capítulo, serão abordadas as implicações que permeiam o referido instituto.

¹²⁶ SILVA, Homero Batista Mateus da. op. cit., p. 56.

¹²⁷ ABUD, Cláudia José. op. cit, p. 135.

¹²⁸ SILVA Homero Batista Mateus da, op. cit., p. 56.

e) Trabalho a tempo parcial

O art. 58-A dispõe que se considera trabalho em regime de tempo parcial aquele cuja duração não exceda a vinte e cinco horas semanais. A língua inglesa denomina o trabalho a tempo parcial como *part time*, que significa parte do tempo destinado ao trabalho¹²⁹.

Adalberto Martins¹³⁰ explica que:

O art. 58-A da CLT, acrescentado pela MP 2.164-41, disciplina o trabalho em regime de tempo parcial, assim considerado aquele cuja duração não excede a 25 horas semanais, e no qual os trabalhadores estão proibidos de prestar horas extras (art. 59, § 4º, CLT). No entanto, a prestação de labor em sobrejornada não exime o empregador do pagamento correspondente, pois não se trata de trabalho com objeto ilícito, e sim de trabalho proibido, com vistas à proteção do trabalhador, não se permitindo o locupletamento sem causa do empregador.

Sérgio Pinto Martins¹³¹ conceitua trabalho da seguinte maneira:

Apenas parte do tempo é utilizado para o trabalho. Parte da jornada ou da semana é utilizada para o trabalho. No restante do período, o empregado dedica-se a outras atividades. A OIT considera trabalho a tempo parcial o “que se efetua de uma forma regular e voluntária e com uma duração notavelmente mais curta do que a regular”.

A *priori* poderíamos imaginar que o contrato a tempo parcial foi criado pensando, por exemplo, no adolescente, no que tange ao primeiro emprego; ou ainda na gestante ou lactante; ou pessoas com severas responsabilidades familiares, por exemplo, cuidadores de familiares inválidos, possuindo, dessa forma, tempo reduzido para se dedicarem ao trabalho. Embora, não tenha sido esse o objetivo que culminou a criação dessa figura, hoje é bem certo que se encaixa perfeitamente a todas essas circunstâncias apontadas.

Esse instituto foi criado, ao que tudo indica, para manter os empregos já existentes diante das dificuldades que os empregadores passavam, pois permitia a redução de jornada, por consequência a redução de salários, assim impedia que as

¹²⁹ MARTINS, Sergio Pinto, 2002, op. cit., p. 59.

¹³⁰ MARTINS, Adalberto. Manual Didático de Direito do Trabalho. 3ª Edição. Malheiro Editores, São Paulo, 2009, p. 215.

¹³¹ MARTINS, Sergio Pinto, 2002, op. cit., p. 60.

empresas dispensassem os trabalhadores veteranos, mantendo seus empregos, nada mais que flexibilização da jornada de trabalho.

Homero Batista Mateus da Silva explica que o contrato a tempo parcial se insere no quadro de técnicas de preservação do contrato de trabalho, como ocorrem com as férias coletivas para se livrar de estoques acumulados ou a suspensão do contrato de trabalho para requalificação, prevista no art. 476-A, da CLT¹³².

No primeiro capítulo desse estudo, tratamos da flexibilização de forma genérica, afirmamos que a flexibilização surgiu em um momento de crise para tornar maleável as leis trabalhistas, com a finalidade, por exemplo, da manutenção dos empregados, portanto, entendemos que o contrato a tempo parcial, com respeito a expressão utilizada por Homero Batista Mateus da Silva (*técnica de preservação do contrato de trabalho*), é uma forma de flexibilização, ainda que culmine em uma suposta técnica de preservação do contrato de trabalho.

O presente instituto merece um estudo pormenorizado no que concerne às implicações e reflexos com base na legislação e na jurisprudência, portanto, dedicamos o último capítulo para tratarmos deste assunto.

¹³² SILVA, Homero Batista Mateus, op. cit., p. 32.

4 FLEXIBILIZAÇÃO DA JORNADA DE TRABALHO: UMA ANÁLISE LEGAL E JURISPRUDENCIAL

Neste capítulo iremos nos dedicar à análise mais detida das seguintes modalidades de flexibilização da jornada de trabalho: compensação de jornada, turno ininterrupto de revezamento e contrato a tempo parcial.

Impende destacar que a abordagem dada às formas de flexibilização da jornada de trabalho, no capítulo anterior, teve como escopo apenas dar um introito aos institutos sem se preocupar com os seus reflexos e implicações, sejam elas, jurisprudenciais ou legais na vida do trabalhador ou da empresa, pois, por opção preferimos tratar desses assuntos neste capítulo e de forma separada para dar maior profundidade a essas questões, sem a pretensão, obviamente de esgotar o tema.

Essa análise terá como base científica o realismo jurídico, determinado pela jurisprudência e doutrina, em que abordaremos os seus reflexos e implicações na aplicação de cada uma dessas formas de flexibilização.

Justificamos a escolha do realismo como ciência, daí, portanto o empirismo, com base na lição de Paulo Ferreira da Cunha¹³³

Por outro lado, o realismo jurídico clássico poderá (reconhece-se que certamente, com heterodoxia, mas com pragmatismo) ser relativamente isolado dos seus mais altos e profundos postulados e embasamentos prévios, de índole metafísica, ontológica e gnoseológica, para numa versão como que *light*, sobretudo liberta de credos de que nem todos os que fazem *epochê* do que de filosófico contém sem imediata aplicação ao jurídico, e deixando sobressair, sobretudo o que de jusfilosófico lhe é peculiar. Sempre que aqui falamos de realismo clássico sem outra prevenção contextual, e já desse como que *neo-realismo*.

Ressalta-se que, embora tenhamos adotado como base científica o realismo jurídico, não deixaremos de analisar o positivismo, pois, o próprio tema da dissertação propõe a análise legal da flexibilização da jornada de trabalho.

Este capítulo foi dividido em quatro tópicos. No primeiro, tratamos da compensação semanal de jornada, esta trata da compensação semanal clássica, da escala 12X36 e da jornada espanhola. Conforme dito acima, as espécies apontadas neste estudo serão analisadas com base na jurisprudência e doutrina, bem como nos dispositivos legais, trazendo à discussão seus reflexos e implicações.

¹³³ CUNHA, Paulo Ferreira da. *Filosofia do Direito*. Coimbra: Almedina. 2006, p. 322-323. (Grifos do autor).

No segundo tópico, abordaremos a compensação anual, mais conhecida como “banco de horas”, serão analisadas as polêmicas sobre o assunto, seus reflexos e implicações na vida do trabalhador e da empresa. Essa análise será aplicada da mesma maneira com relação ao turno ininterrupto de revezamento, inserido no terceiro tópico, e, com o trabalho a tempo parcial, abordado no quarto e último tópico deste trabalho.

Por fim, passemos à análise de cada forma de flexibilização da jornada de trabalho.

4.1 Compensação semanal de jornada: compensação semanal clássica, jornada espanhola e escala 12x36

No capítulo anterior, tratamos do acordo de compensação de jornada de trabalho, semanal e anual, ambas repletas de implicações, que mereciam um estudo pormenorizado, embora não tenhamos a pretensão de esgotar o assunto neste trabalho, apenas trazer à baila alguns dos pontos mais importantes sobre o tema. Optamos em dividir as implicações e reflexos, a começar pela compensação semanal de jornada clássica.

A base legal para a compensação consta do art. 7º, XIII, CF, bem como no art. 59, § 2º, CLT, no campo jurisprudencial discutiremos a Súmula n. 85 do TST.

O artigo 59, § 2º, da CLT, em sua antiga redação (anterior a 1967), ao cuidar da compensação de horário, dispunha que sua validade subordinava-se à existência de “acordo escrito” entre empregado e empregador, ou de contrato coletivo de trabalho.

Art. 52 – [...]; § 2º Poderá ser dispensado o acréscimo de salário se, por força de **acordo ou contrato coletivo**, o excesso de horas em um dia for compensado pela correspondente diminuição em outro dia, de maneira que não exceda o horário normal da semana nem seja ultrapassado o limite máximo de dez horas diárias. (nosso grifo).

O termo “contrato coletivo de trabalho”, utilizado pela norma em exame, sempre foi entendido como convenção coletiva de trabalho, ou seja, um ajuste intersindical que deveria observar os requisitos do artigo 611 da CLT.

Destacamos que naquela época Mozart Russomano ressaltava a imprescindibilidade de o contrato coletivo de trabalho "ter todas as formalidades exigidas pela lei para as convenções coletivas"¹³⁴.

E, efetivamente, o art. 611 da CLT conceituava o contrato coletivo de trabalho como sendo "o convênio de caráter normativo pelo qual dois ou mais sindicatos representativos de categorias econômicas e profissionais estipulam condições que regerão as relações individuais de trabalho, no âmbito da respectiva representação".

Com a publicação do Decreto-Lei 229, de 1967, foi alterada a redação do dispositivo em análise, que passou a ser a seguinte:

A convenção coletiva de trabalho é acordo de caráter normativo pelo qual dois ou mais sindicatos representativos de categorias econômicas e profissionais estipulam condições de trabalho aplicáveis, no âmbito das respectivas representações, às relações individuais de trabalho [...].

Já o seu § 1º trazia a seguinte redação:

É facultado aos sindicatos representativos de categorias profissionais celebrar acordos coletivos com uma ou mais empresas da correspondente categoria econômica, que estipulem condições de trabalho aplicáveis no âmbito da empresa ou das empresas acordantes às respectivas relações de trabalho.

O legislador de 1967 adotou, como se constata, nova terminologia, substituindo o "contrato coletivo de trabalho" por "convenção coletiva de trabalho" e "acordo coletivo de trabalho".

A convenção coletiva foi identificada como ajuste de caráter normativo pelo qual dois ou mais sindicatos representativos de categorias econômicas e profissionais estipulam condições de trabalho aplicáveis, no âmbito das respectivas representações, às relações individuais do trabalho; e o acordo coletivo por ajuste firmado por sindicato representativo de categoria profissional com uma ou mais empresas da correspondente categoria econômica, com estipulação de condições de trabalho aplicáveis, no âmbito da empresa ou empresas, às respectivas relações de trabalho.

¹³⁴ RUSSOMANO, Mozart. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. Editor José Konfirmo, 6ª edição – 1962, p. 182.

Por conseguinte, a convenção e o acordo coletivo de trabalho, substitutivos do então denominado contrato coletivo do trabalho, com interlocutores distintos e com campo de aplicação igualmente diferenciado, resultaram em alteração não só do art. 611 como também do art. 59, § 2º, ambos da CLT.

Por isso mesmo, a partir de 1967, a compensação de horário passou a ter validade não só em caso de acordo individual entre empregado e empregador, como também de convenção coletiva e de acordo coletivo de trabalho. Para esses dois últimos instrumentos, exigiu-se a expressa manifestação dos empregados em assembleia geral (artigo 612 da CLT).

Nesse sintético esboço da evolução do instituto da compensação de jornada, constata-se que sua validade no mundo jurídico esteve invariavelmente subordinada à existência de acordo escrito entre empregado e empregador, acordo coletivo ou convenção coletiva de trabalho.

Com a Constituição Federal de 1988, que implantou no país um "Estado Democrático de Direito" (artigo 1º), a regulação das relações de trabalho recebeu forte e decisiva alteração, na medida em que o constituinte procurou priorizar a autonomia privada coletiva, proclamando a imprescindível participação dos sindicatos em toda negociação coletiva, conforme art. 8º, VI, ao preconizar que "é obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho".

Atribui-lhes amplos poderes para defesa dos direitos e interesses, individuais ou coletivos da categoria, como por exemplo, reduzir jornada e salário, via negociação coletiva (artigo 7º, VI, XIII e XIV).

E, nesse contexto de transformações, para ajustar as relações de trabalho à nova realidade (atualmente, denominada de flexibilização), houve radical mudança de tratamento, por parte do constituinte, em relação ao instituto da compensação de horário. Não só foi elevado em nível constitucional, como inclusive passou a ser disciplinado de forma diferente da prevista na CLT, uma vez que lhe impôs, como pressuposto de sua validade, a imprescindível participação do sindicato, via convenção ou acordo coletivo de trabalho, na sua adoção por empregados e empregador (artigo 7º, XIII, CF). Conclusivo, pois, em face da redação tão enfática de referido dispositivo, que não há, *data venia*, como admitir-se que o acordo individual entre empregado e empregador, previsto no artigo 59, § 2º, da CLT, tenha sido recepcionado pela nova

ordem jurídica constitucional, como instrumento válido à implantação do regime de compensação de horário de trabalho.

Como ressalta Octavio Bueno Magano, "presentemente só através de convenção ou acordo coletivo será possível a redução ou ampliação da jornada de trabalho, mesmo sob a forma de compensação de horas, e isto tanto para mulheres quanto para homens [...]”¹³⁵.

E essa passa efetivamente a ser a interpretação juridicamente acertada da norma constitucional, se considerado o fato, certamente inspirador do constituinte de 1988, de que a participação dos sindicatos nas negociações coletivas é exigência impostergável da nova realidade, que exige a priorização da vontade coletiva no encaminhamento e solução das questões trabalhistas.

Priorizar a vontade coletiva no encaminhamento e solução das questões trabalhistas passa efetivamente a ser a interpretação juridicamente mais acertada da norma constitucional. Certamente a constituinte de 1988 inspirou a participação dos sindicatos nas negociações coletivas como exigência impostergável da nova realidade.

Assim, como lícitos representantes dos trabalhadores e, portanto, com força capaz de melhor defender seus interesses e direitos, as entidades sindicais receberam extraordinária valorização e foram eleitas pela Constituição Federal como seu único e imprescindível representante, capaz de validamente firmar instrumento de compensação de horário de trabalho.

Em que pese os argumentos acima o Pleno do TST, por meio da Súmula n. 85, I, do TST, admitiu o acordo individual *escrito* para compensação semanal, salvo se houver negociação coletiva dispondo em sentido contrário, conforme item II da Súmula.

O que podemos observar é que, tanto o constituinte como a jurisprudência, não abandonaram de forma absoluta a negociação coletiva em matéria de jornada de trabalho, apenas flexibilizaram-na no que tange à compensação semanal.

Todavia, conforme exposto nas argumentações acima, em nenhum momento foi mencionado, seja pelo constituinte, seja pela jurisprudência, a possibilidade de acordo tácito, logo, está clara a sua vedação para compensação da jornada semanal, pois carece de eficácia jurídica.

¹³⁵ MAGANO, Octavio Bueno. Procedimentos de Autocomposição dos Conflitos Coletivos. *Revista LTr* 54/2/151.

Basta saber qual a implicação caso o empregador faça ou alegue acordo tácito, essa discussão permeou todos os Tribunais do país, bem como inúmeras causas no TST, até culminar na Súmula n. 85 do TST.

A celeuma que findou nos itens da Súmula nº 85 se deu, pois, os trabalhadores ao ingressarem com suas reclamações trabalhistas, em seus pedidos requeriam a nulidade do acordo tácito de compensação de jornada de trabalho, bem como o pagamento das horas excedentes da 8ª diária como extras acrescidas do adicional, seja o legal ou o convencional.

A Súmula nº 85 encerrou a celeuma, pois, os trabalhadores ao ingressarem com suas reclamações trabalhistas requeriam a nulidade do acordo tácito de compensação de jornada de trabalho, bem como o pagamento das horas excedentes da 8ª diária como extras acrescidas do adicional, seja o legal ou o convencional.

Ocorre que, nos referidos processos, a reclamada era duplamente penalizada. Explica-se: embora o acordo tácito para a compensação fosse ilegal, a empresa concedia a folga compensatória, portanto, não havia extrapolação da jornada semanal (44 horas semanais), contudo os trabalhadores, ainda assim, após usufruírem da folga propunham ações para requererem a nulidade do acordo tácito e o pagamento das horas excedentes à oitava diária.

Diante desse quadro, o empregado obteve enriquecimento ilícito. Nesse sentido, além de ter o dia livre, recebeu novamente as horas.

De outro lado, a empresa por ter feito um acordo tácito de compensação de jornada de trabalho semanal, ora vedado, deveria ser punida de alguma forma, desde que não fosse pagar as horas extras. Primeiro porque não houve excesso semanal nem mensal, mantiveram-se às 44 horas semanais e 220 horas mensais (por exemplo); segundo, pois essas já estão remuneradas, com o salário mensal.

Assim, a edição da Súmula nº. 85, III consignou que

Súmula nº. 85. [...]. 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.

Destarte, a única implicação jurídica para a empresa que fizer compensação de jornada semanal por acordo tácito é o pagamento do adicional, legal ou convencional,

desde que a jornada máxima semanal não seja dilatada, pois, nesse caso será devido ao pagamento das horas extras acrescidas do respectivo adicional.

A imprecisão da redação de certos dispositivos causam consequências sérias, observemos nós o caso do *caput* do art. 59 da CLT, ao afirma que a duração do trabalho não poderá exceder de duas horas diárias, enquanto o § 2º usou a expressão “limite máximo de dez horas diárias”. Vejamos as incoerências que podem surgir em razão de uma redação mal feita.

Portanto, partindo da premissa que a jornada diária é de oito horas, o limite estabelecido pelo *caput* e pelo § 2º, ambos do art. 59 da CLT, culminarão no mesmo resultado, isto é, o respeito ao limite da jornada máxima semanal (44 horas semanais), entretanto o problema reside nas jornadas de 4, 5, 6, 7 horas diárias, perceberemos que a conta não fechará.

Portanto, partindo da premissa que a jornada diária é de oito horas, o limite estabelecido pelo *caput* e pelo § 2º, ambos do art. 59 da CLT, culminarão no mesmo resultado, isto é, o respeito ao limite da jornada máxima semanal (44 horas semanais). No entanto, o problema reside na contagem nas jornadas de 4, 5, 6 e 7 horas diárias, nesses casos a contagem de horas não fechará.

Vejamos o exemplo da jornada do bancário, de seis horas diária (art. 224, CLT). Caso haja compensação nos moldes do *caput* do art. 59 da CLT, não haverá quaisquer problemas, pois respeitou-se, o limite de duas horas diárias. Entretanto, caso a compensação seja feita levando em consideração o §2ª do art. 59 da CLT, teremos situação prejudicial ao bancário, pois, o limite estabelecido no referido dispositivo é de 10 horas diárias de trabalho, assim, o referido empregado terá um acréscimo em sua jornada de 4 horas diárias, vale destacar que sem remuneração. Assim, a jornada do bancário quase dobrará.

O exemplo descrito acima, além de prejudicial ao trabalhador, fere outros direitos, tais como: direito ao lazer; direito ao convívio familiar; direito à educação; aumento do risco de acidentes de trabalho; prejuízo do direito ao descanso adequado.

Outrossim, a compensação de jornada semanal é bem-vinda, desde que preenchida os requisitos da lei e da Súmula n. 85 do TST. Tomemos como exemplo o empregado que trabalha de segunda-feira a quinta-feira, 9 (nove) horas por dia, e, na sexta-feira labora 8 (oito) horas, com o intuito de folgar aos sábados, tendo em vista que cumpriu as 44 horas semanais. Tal situação é benéfica ao trabalhador em todos os

sentidos, tais como: direito ao descanso e recomposição orgânica e psicológica adequada, culminando no aumento de produtividade; direito ao lazer; ao convívio familiar e social; à educação; ao próprio ócio.

Ainda sobre o tema compensação semanal de jornada, temos outras modalidades que ao longo dos tempos foram sendo criadas, importadas e praticadas, a fim de melhorar a prestação dos serviços, inclusive o bem-estar do empregado e o aumento de produtividade para as empresas, são elas: semana espanhola e a escala 12x36.

Iniciaremos pelo sistema da jornada espanhola. Nesse sistema o empregado labora 48 horas em uma semana, enquanto que na semana seguinte trabalha 40 horas. Consequentemente irá trabalhar um sábado sim e outro não.

A origem da semana espanhola segundo Homero Batista Mateus da Silva¹³⁶

[...] significa um módulo quinzenal muito praticado na indústria têxtil de origem germânica – ou seja, a semana espanhola não é nem semana, nem genuinamente espanhola, mas não há problema algum na alcunha, porque no Direito do Trabalho o que menos importa é o nome da figura e sim seu conteúdo. Através desse sistema, a empresa que não pode dar-se ao luxo de funcionar meio período, como certos segmentos industriais ou comércio de produtos de alta complexidade, prefere não abrir para essa finalidade, deparando-se com a difícil escolha entre abrir mão das quatro horas finais para que se complementem as 44 horas semanais ou, ao revés, pagar ao trabalhador, permanentemente, as quatro horas suplementares que adviriam da atividade de 48 horas semanais.

Entendemos que o presente sistema é benéfico ao trabalhador, pois irá propiciar que o empregado possa ao menos dois finais de semana ficar de forma integral com sua família, podendo descansar melhor e inclusive se organizar para fazer um curso.

Já para a empresa, certamente terá um trabalhador mais feliz, melhor descansado, que implicará no aumento da produtividade e, inclusive, na longevidade do contrato de trabalho.

Existe outro problema que paira sobre a jornada espanhola, pois a lei tratou da compensação semanal, e, como vimos à jornada espanhola é quinzenal, assim, qual o instrumento que dará eficácia para sua existência, se acordo escrito, tácito, coletivo ou individual?

Sabemos que a Súmula n. 85 do TST, tratou tanto da compensação semanal quanto da anual no que tange aos requisitos para viabilizá-las, ou seja, acordo escrito,

¹³⁶ SILVA, Homero Batista Mateus da. op. cit., p. 53.

individual ou coletivo, para compensação semanal e exclusivamente acordo coletivo para o banco de horas (compensação anual).

Como a jornada espanhola é praticada com certa frequência a jurisprudência não poderia ficar silente, assim editou-se a Orientação Jurisprudencial nº. 323 da Seção Especializada em Dissídios Individuais, com a seguinte redação:

É válido o sistema de compensação de horário quando a jornada adotada é a denominada "semana espanhola", que alterna a prestação de 48 horas em uma semana e 40 horas em outra, não violando os arts. 59, § 2º, da CLT e 7º, XIII, da CF/88 o seu ajuste mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho.

Por essa Orientação Jurisprudencial temos que o instrumento hábil para dar eficácia à semana espanhola é o acordo escrito individual, bem como o coletivo, pois ela foi equiparada, ao menos no que se refere aos requisitos e forma a compensação semanal clássica, talvez pela análise do impacto que terá sobre a saúde do trabalhador, inclusive na segurança e higiene do trabalho, que certamente serão os mesmos.

Assim, caso seja feito por acordo tácito, por uma consequência lógica às implicações serão as mesmas que na compensação semanal clássica, qual seja à aplicação da Súmula n. 85, III, do TST.

Dessarte, o acordo e convenção coletiva de trabalho podem criar outras variações para a semana espanhola, que não só a jornada de 48h em uma semana por 40 horas em outra semana. Exemplo à jornada 6x2, isto é, seis dias de trabalho por dois dias de descanso.

No modelo acima, jornada 6x2, certamente é mais benéfico que a semana tradicional espanhola, pois, se pegarmos um ciclo de 8 semanas, o trabalhador, será acionado apenas duas semanas para laborar 48 horas e 6 semanas 40 horas, na média irá trabalhar menos que 44 horas semanais. Dando maior eficácia ao *caput* do art. 7º da CF, bem como ao princípio protetor trabalhista.

Implicando, inclusive no aumento da sua remuneração (pois trabalhará menos e não terá perda em seu salário); terá mais tempo para o convívio familiar e social; poderá estudar; poderá descansar, em horas, muito mais; acarretando aumento de sua produtividade para a empresa (uma vez que, empregado melhor remunerado, feliz e descansado é sinônimo de produtividade); diminuindo os riscos de acidentes do trabalho; atendendo ao princípio da dignidade da pessoa humana do trabalhador.

Já falamos da compensação semanal de jornada clássica e da semana espanhola, agora faremos uma análise sobre reflexos e implicações da escala 12x36, tendo por base a lei, jurisprudência e a doutrina.

Relembremos a redação da Súmula n. 444 do TST:

É válida, 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.

Da análise da redação da Súmula, podemos extrair três circunstâncias interessantes, a primeira, que a escala 12x36 não pode ser estipulado para qualquer circunstância, precisa existir justificativa plausível para sua feitura; segunda, exclui de forma absoluta o acordo tácito e o acordo individual, ainda que escrito, permitindo somente por convenção e acordo coletivo de trabalho, bem como por lei; terceira e última, os feriados serão remunerados em dobro.

Assim fazendo um delineamento da matéria em questão temos as seguintes implicações: o trabalho além de 8 horas diárias continua sendo excepcional; a escala 12x36 somente é válida por negociação coletiva (acordo coletivo ou convenção coletiva de trabalho) e por lei; a inexistência de negociação coletiva impõe o pagamento como extras as horas que ultrapassarem a oitava diária.

No sistema de escala 12x36, invariavelmente, há trabalho aos domingos e feriados, assim, tais dias serão pagos em dobro (Lei n. 605/49).

Não há o pagamento de horas extraordinárias pelo simples fato de se trabalhar 12 horas em um dia, já que haverá a folga compensatória de 36 horas. Horas extraordinárias somente são devidas se ultrapassada a jornada de 12 horas ou se inferior ao descanso de 36 horas. Na escala 12x36 o empregado não perderá o direito ao intervalo intrajornada¹³⁷.

Na escala 12x36, o empregado fica diariamente à disposição do empregador por 12 horas, seguidas de um descanso de 36 horas. Poderíamos afirmar que o aspecto negativo dessa jornada é o desgaste que esta gera ao trabalhador, uma vez que 12 horas seguidas de trabalho é extenuante. Outrossim, essa jornada de trabalho parece-nos

¹³⁷ KLIPPEL, Bruno. Direito Sumular – TST – Esquemático. 3ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2013, p. 625-626.

prejudicial aos direitos fundamentais do trabalhador, tais como: lazer, convívio familiar, saúde, educação etc. Por outro lado, consideramos o descanso de 36 horas consecutivas um avanço no que diz respeito às melhorias das condições de trabalho. Vejamos que, nesse caso, esse trabalhador, embora tenha trabalhado por 12 horas consecutivas, será contemplado com 36 horas de descanso, podendo aproveitar melhor do convívio familiar, usufruir o direito ao lazer, ao ócio, à educação, atendendo, assim, a proteção à dignidade do trabalhador. Passemos a análise do item IV da Súmula nº. 85 do TST, que traz a seguinte redação:

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.

A habitualidade na prestação de horas extras descaracteriza o acordo de compensação de jornada, ensejando, caso ultrapasse a jornada de 44 horas semanais, no pagamento de horas extras acrescidas do respectivo adicional, seja ele legal ou convencional. Quanto às horas destinadas à compensação, essas deverão ser remuneradas apenas com o adicional.

Por fim, como visto o Tribunal Superior do Trabalho, referente às horas extras habituais concedeu tratamento mais severo, tendo em vista a lesão a outros direitos dos trabalhadores, tais como: direito ao lazer; direito à educação; aumento de riscos de acidentes de trabalho; falta de descanso adequando para recomposição orgânica e psicológica; falta de convívio familiar e social. A postura austera do TST está em consonância com o direito protetivo e, visa à proteção à dignidade da pessoa humana.

4.2 Compensação anual de jornada

No capítulo anterior introduzimos o tema compensação anual, sob a denominação “banco de horas”, na ocasião afirmamos que o referido instituto tratava-se de uma forma de flexibilização da jornada de trabalho, embora Homero Batista Mateus da Silva o denomine como técnicas de preservação do contrato de trabalho¹³⁸.

¹³⁸ SILVA, Homero Batista Mateus da. op. cit., p. 57.

Apenas para relembrar a redação do art. 59, § 2º, CLT, objeto central do nosso estudo:

[..] § 2º Poderá ser dispensado o acréscimo de salário se, por força de acordo ou convenção coletiva de trabalho, o excesso de horas em um dia for compensado pela correspondente diminuição em outro dia, de maneira que não exceda, no período máximo de um ano, à soma das jornadas semanais de trabalho previstas, nem seja ultrapassado o limite máximo de dez horas diárias. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.164-41, de 2001)

Como podemos observar o limite máximo da duração diária de trabalho usada para compensar é de 10 horas, sem qualquer ressalva da lei. Esse limite leva em consideração à fadiga física e mental do trabalhador, sem falar em outros aspectos, como por exemplo: direito ao lazer (que não pode ser comprometido de forma sobremaneira); direito ao descanso para recomposição orgânica; direito ao convívio familiar; o aumento considerável de riscos de acidentes de trabalho etc.

Com a permissão de duração de 10 horas diárias de trabalho, fica evidente que o legislador aderiu à ideia de aproveitamento da capacidade máxima da mão de obra em momentos de grande ciclo produtivo nas empresas, e, deixando os empregados em suas casas de “folga”, nos momentos de baixa produtividade da empresa, com o intuito de compensar as horas trabalhadas a mais nos períodos de alta produtiva.

Entretanto, existe um problema matemático a ser observado nesse raciocínio do legislador que foi observado por Homero Batista Mateus da Silva¹³⁹

Façamos um cálculo bastante rápido e sintético apenas para ter uma noção concreta dos perigos que rondam esse cenário, hoje bastante corriqueiro. A se manter a carga máxima de dez horas, dentro da regra do art. 59, o trabalhador atuará por 60 horas semanais – pois o módulo de seis dias úteis da semana segue sendo obrigatório, embora muitos tenham se esquecido disso – quando o correto seriam as 44 horas semanais. A cada um mês nesse pique, ele terá acumulado 48 horas a mais, ou 16 horas vezes quatro semanas, para facilitar a conta. Em outras palavras, a cada quatro semanas de atividades em banco de horas intenso, ele ganha o direito de descansar uma semana inteira e mais um pouco. Em quatro meses, terá um mês pleno a seu dispor, o que significa que, no limite, ele não pode ser submetido a esse banco por mais do que oito ou nove meses, pois a compensação tem de caber obrigatoriamente dentro do período de um ano.

Embora saibamos que o raciocínio do Homero Batista Mateus da Silva seja empírico, nos parece pertinente para o presente estudo.

¹³⁹ Ibidem, p. 58.

O próprio Homero Batista Mateus da Silva diz que a maioria dos contratos de trabalho no Brasil não alcança o seu primeiro ano de aniversário, e, pior, as próprias empresas não conseguem completar um ano de funcionamento, fechando antes, por inúmeros motivos¹⁴⁰.

Por esse raciocínio temos que os empregadores se valeram de uma mazela mercadológica, isto é, a falta de continuidade das relações de trabalho para postergar o pagamento das horas extras laboradas a título de banco de horas, trata-se de um empréstimo de horas de trabalho que o empregado faz às empresas, pois estas, só serão saldadas no momento da rescisão contratual.

A única implicação para tal postura é que se levará em consideração o valor da hora no momento da rescisão do contrato, além da incidência do adicional respectivo. Entretanto a implicação é ínfima perto da lesividade causada ao trabalhador, seja no aspecto de saúde, pois não folgou, seja no aspecto social, porquanto teve seu convívio familiar diminuído, seja no lazer, ou no aspecto econômico, uma vez que recebeu depois de executadas.

Assim, defende Homero Batista Mateus da Silva que o § 3º do art. 59 da CLT deveria estipular um adicional maior, como 75% ou 100%, a fim de inibir a prática de deixar todas as horas suplementares do banco para descarte em simples termo de rescisão, frustrando o espírito do repouso correspondente¹⁴¹.

Na tese do autor, como podemos observar espera-se que se altere a lei, no caso o § 3º do art. 59 da CLT, entretanto, para nós o melhor caminho é cobrar dos sindicatos profissionais que estipulem via negociação coletiva o aumento dos adicionais, pois, com isso restringiria à aplicação do instituto “banco de horas” e, prestigiaria a atuação sindical. Cada vez que incentivamos o positivismo como a única solução dos problemas, na seara trabalhista, na outra via enfraquecemos a autonomia privada coletiva.

Outro enfrentamento é o desvio da finalidade do acordo de compensação, em que mesmo dentro do banco de horas o empregador descumpra as exigências legais (módulo de dez horas máximas em um dia ou de seis dias máximos por semana).

Existe uma hipótese absurda, sendo aquela que respeita a carga de dez horas diárias e continua a exigir prestação de serviços suplementares mesmo depois de já completada a “soma das jornadas semanais de trabalho no período máximo de um ano”.

¹⁴⁰ SILVA, Homero Batista Mateus da. op. cit., p. 58.

¹⁴¹ Ibidem, p. 59.

Essa atinge brutalmente a saúde dos trabalhadores, levando-os à exaustão física e mental.

Para facilitar a compreensão da situação, tomemos como exemplo um trabalhador que tenha negociado coletivamente banco de horas, com jornada de trabalho de 11 horas de segunda-feira a sábado, portanto na semana laborou 66 horas.

Com base nesse exemplo, surgiram diversas correntes para solucionar a celeuma, umas mais vantajosas ao trabalhador, outras nem tanto.

A mais vantajosa propunha a declaração da inexistência do acordo por desvio da sua finalidade, sendo o empregador compelido ao pagamento das horas excedentes a oitava diária e da 44^a semanal.

Outra corrente não levava em consideração a oitava diária apenas a 44^a semanal, portanto, remunerando as excedentes do módulo semanal. Frisa-se que essa corrente não se preocupava com o papel do acordo de compensação de jornada, que tem o condão de repouso e higidez física do trabalhador.

O entrave para a corrente acima foi com a promulgação da Constituição Federal de 1988, em que trouxe dois módulos simultâneos e desconexos entre si, um de oito horas no dia e outro de quarenta e quatro horas na semana. Sendo estes de observância obrigatória, pois se trata de matéria de ordem pública.

Contudo o art. 7º, XIII, CF, que dispôs sobre os dois módulos de jornadas de trabalho, o diário e o semanal, no final da sua redação trouxe a permissiva de que a duração do trabalho poderia ser alterada por meio de acordo e convenção coletiva de trabalho.

Por essa razão, surge na jurisprudência (inserta pela Súmula nº. 85), uma corrente intermediária, que ao invés de anular o acordo por completo e permitir o pagamento de todas as horas com extraordinárias acrescidas com o adicional respectivo, inclusive de forma retroativa, ou de manter intacto o acordo de compensação, trouxe uma alternativa que se encontra exatamente no meio das duas outras correntes.

A Súmula nº 85, IV, do TST convencionou a solução intermediária, vejamos:

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.

Percebe-se que a solução intermediária, propugnada pela Súmula nº. 85, IV, para o caso do banco de horas, em que há excesso de jornada e, ainda para o caso de desvirtuamento é exatamente o mesmo que dispensou para a compensação semanal de jornada clássica. Assim, verifica-se que, caso haja excesso de jornada no período do banco de horas, implicará o pagamento do adicional para aquelas que excederem as horas destinadas à compensação e o pagamento completo das horas extras acrescidas do adicional para aquelas que excederem a jornada máxima semanal.

Temos que analisar outro equívoco cometido pelo legislador, no que tange ao § 3º, do art. 59, da CLT, vejamos a redação:

[...] § 3º Na hipótese de rescisão do contrato de trabalho sem que tenha havido a compensação integral da jornada extraordinária, na forma do parágrafo anterior, fará o trabalhador jus ao pagamento das horas extras não compensadas, **calculadas sobre o valor da remuneração** na data da rescisão. (Incluído pela Lei nº 9.601, de 21.1.1998). (Nosso grifo).

O legislador mostrou total desconhecimento com a matéria trabalhista, no que tange à base de cálculo da hora extraordinária, vejamos Homero Batista Mateus da Silva¹⁴²:

A base de cálculo de hora extraordinária reside em todas as parcelas de natureza salarial, porque assim se encontra o valor da “hora normal”, como referem o art. 59 e, depois, o art. 64. Incluem-se todos os pagamentos feitos pelo empregador de maneira habitual – gratificações, percentagens, salários condicionais, conforme extenso rol exemplificativo encontrado no parágrafo único do art. 457 da CLT – mas excluem-se os pagamentos indenizatórios – diárias de viagem, vale-transporte, participação nos lucros e resultados, vale-refeição na forma da lei – e também se excluem as gorjetas, porque entendidas como pagamentos feitos por terceiros. Para que as gorjetas compusessem a base de cálculo da hora extraordinária, era necessário que o legislador houvesse utilizado a expressão “remuneração” para esse fim, seja no art. 59, quando a hora extraordinária foi concebida, seja no art. 64, quando o legislador define o divisor do salário mensal. Não tendo sido usado a expressão “remuneração”, a gorjeta ficou de fora.

O entendimento parecia que estava sedimentado pela jurisprudência e pela doutrina, no que concerne à base de cálculo incidir nas verbas de natureza salarial. Entretanto, a medida provisória que inseriu o § 3º do art. 59 da CLT, trouxe confusão, pois afirmou que as horas suplementares serão calculadas com base na remuneração do trabalhador.

¹⁴² SILVA, Homero Batista Mateus da, op. cit., p. 71.

Com isso foram criadas duas espécies de hora extraordinária, uma de menor valor e outra com maior valor, conforme explica Homero Batista Mateus da Silva¹⁴³:

Se a interpretação for gramatical, teremos criado duas espécies de hora extraordinária, uma de valor menor, calculada sobre as parcelas de natureza salarial para o dia a dia, e outra de valor potencialmente maior, calculada com toda a remuneração, gorjeta inclusive, para o caso de fracasso do banco de horas. A gramática aqui curiosamente satisfará àqueles que viram no pagamento postergado da hora extraordinária do banco de horas um golpe contra o empregado, que ficou privado de qualquer forma de atualização monetária e não mereceu um adicional maior do que os 50%.

Se a interpretação for sistemática com base nos demais dispositivos da CLT, a conclusão será a manutenção do cálculo da hora extraordinária sobre as parcelas de natureza salarial, atribuindo-se a palavra remuneração a mero equívoco do legislador, tudo para que não se criem subespécies de hora extraordinária. Por remuneração ali se entenda tarifa ou parcela, aduza-se.

Mais acertado é a interpretação sistemática, em que mantém como base de cálculo as verbas de natureza salarial, pois dessa forma atingiu a finalidade da norma.

A última análise a ser enfrentada seria por meio de qual instrumento se deve fazer o ajuste de banco de horas, entretanto tal discussão foi travada no capítulo anterior, assim resta inútil voltarmos à mesma celeuma, pois os argumentos seriam os mesmos.

Outrossim, sabe-se que o meio eficaz para se fazer o banco de horas é a negociação coletiva, conforme a Súmula n. 85, V, TST.

Após análise dos aspectos formais para o ajuste do banco de horas, faz-se oportuno o estudo das implicações e reflexos caso essa formalidade não seja cumprida, isto é, banco de horas feito por meio de acordo individual escrito.

Iremos nos adiantar em dizer de forma taxativa que não será aplicado o mesmo raciocínio da Súmula n. 85, IV, tendo em vista as consequências gravosas que o banco de horas acarreta para a saúde do trabalhador, bem como o desprestígio dado à entidade sindical.

Maurício Godinho Delgado¹⁴⁴ assevera que

*Tratando-se, porém, de irregularidade referente à pactuação do novo regime compensatório criado pela Lei n. 9.601/98 (isto é, regime que não esteja autorizado por negociação coletiva), qualquer excesso na jornada laborativa diária importará em efetivas horas extras. Esta é a conduta que decorre não apenas do §3º do art. 59 da CLT (acrescentado pela mesma Lei 9.601), como também do fato de que o próprio dispositivo legal *banco de horas* somente*

¹⁴³ SILVA, Homero Batista Mateus da, op. cit., p. 72.

¹⁴⁴ DELGADO, Maurício Godinho. op. cit., p. 819. (Grifo do autor).

passar a vigorar na relação empregatícia caso expressamente previsto por título jurídico coletivo negociado. Ora, se não há sequer o tipo legal – em virtude da irregularidade percebida – não se pode considerar produzido, ainda que em parte, qualquer de seus efeitos.

Conforme acima exposto pelo autor, a ausência de negociação coletiva tornaria o banco de horas inexistente, pois, trata-se de um pressuposto de existência a negociação coletiva, razão pela qual inaplicável a Súmula n. 85, IV, TST.

Ademais, a postura rígida diante da ausência de negociação coletiva enaltece e fortalece a entidade sindical, pois só a ela, neste caso foi dado o direito exclusivo de negociar banco de horas. Portanto, correto que na ausência de negociação coletiva, o pagamento do excesso da 8ª diária e da 44ª semanal seja feito a título de hora extraordinária, acrescida do adicional respectivo, legal ou convencional.

Diante do exposto, percebe-se que o Tribunal Superior do Trabalho adotou postura enérgica, caso o ajuste não seja feito por norma coletiva, tendo em vista os malefícios ocasionados pelo banco de horas aos trabalhadores, tal postura está de acordo com o princípio protetor e com a proteção da dignidade humana do trabalhador, sem falar que está conferindo a máxima efetividade ao disposto no art. 8ª, VI, CF.

4.3 Turnos ininterruptos de revezamento

Conforme tratado no capítulo anterior, explicamos a origem do turno ininterrupto de revezamento, todavia deixamos para esse momento a análise jurisprudencial, legal e doutrinal do instituto, bem como seus reflexos e implicações.

Vale ressaltar que no art. 7º, XIV, CF, está prevista a jornada de 6 horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento. Até o constituinte, como dissemos anteriormente, criou redução de jornada como técnica de preservação da saúde do trabalhador, o que não deixa de ser flexibilização da jornada de trabalho.

Quando afirmamos que essa flexibilização legal serve para preservar da saúde do trabalhador, temos que o turno ininterrupto de revezamento de trabalho é extremamente prejudicial à saúde física e mental do empregado, em razão da troca de turnos. Sem falar no comprometimento sobremaneira da sua vida social, como por exemplo, prejuízo do direito ao lazer; ao convívio familiar; ao convívio entre amigos; à educação; ao aumento considerável dos riscos de acidentes de trabalho etc.

Por essas razões o constituinte entendeu oportuno reduzir a jornada para os casos de jornada de turnos ininterruptos de revezamento, assim, podemos afirmar com certeza que este tipo de jornada é exceção à regra insculpida no art. 7º, XIII, CF.

O problema surgiu quando a Súmula 423 do TST possibilitou o aumento da jornada de 6 horas para 8 horas de trabalho para turnos ininterruptos de revezamento, sem que se considerassem como extraordinárias às 7ª e 8ª horas.

Obviamente o problema não está só no campo econômico, isto é, de não considerar a 7ª e 8ª hora como extraordinárias, pois com o aumento de duas horas no turno ininterrupto de revezamento os prejuízos aos trabalhadores se potencializam.

A Suprema Corte Trabalhista editou a Súmula n. 423, permitindo o acréscimo de duas horas ao turno ininterrupto de revezamento, assim inútil ficar, neste trabalho discutindo se a postura foi correta ou não, a nossa missão é desvendar, primeiro qual o instrumento hábil para se pactuar esse aumento de duas horas e, caso descumprindo quais são suas implicações e reflexos.

Vamos relembra a redação da Súmula nº. 423 do TST: “Estabelecida jornada superior a seis horas e limitada a oito horas por meio de **regular negociação coletiva**, os empregados submetidos a turnos ininterruptos de revezamento não têm direito ao pagamento da 7ª e 8ª horas como extras”. (grifamos).

Como se pode observar, a negociação coletiva foi contemplada como instrumento hábil para o aumento das duas horas, portanto, afastando o acordo individual, ainda que escrito, quiçá acordo o tácito.

Nesse sentido Luciano Martinez considera que “[...] a admissibilidade da compensação de horário é tão excepcional nesse caso que não se permite seja promovida por acordo individual. É indispensável o ajuste mediante negociação coletiva.”¹⁴⁵

Restou evidente que o instrumento hábil para a compensação de horário de turno ininterrupto de revezamento, para o acréscimo de duas horas é a negociação coletiva, de forma exclusiva, não se permitindo em hipótese alguma flexibilizar para se admitir o acordo individual, escrito ou tácito.

Caso esse requisito estipulado pela Súmula n. 423 do TST não seja respeitado, isto é, o acréscimo das duas horas estipulado pela Súmula seja estabelecido por acordo individual (escrito ou tácito), será, este, declarado ineficaz, e as horas excedentes a 6ª

¹⁴⁵ MARTINEZ, Luciano. op. cit., p. 305.

diária serão consideradas extraordinárias, implicando no pagamento das suplementares acrescidas do respectivo adicional (legal ou convencional).

Nessa esteira, afirma Luciano Martinez:¹⁴⁶

Assim, não existindo instrumento coletivo negociado para fixar a jornada clássica do aquela legalmente prevista, ainda que visando à supressão ou à diminuição de outra jornada será devido o pagamento das horas excedentes da sexta diária. Veja-se nesse sentido. A OJ 275 da SDI-1 do TST.

Orientação Jurisprudencial 275 da SDI-1 do TST. *Turno Ininterrupto de revezamento. Horista. Horas Extras e Adicional. Devidos. Inexistindo instrumento coletivo fixando jornada diversa, o empregado horista submetido a turno ininterrupto de revezamento faz jus ao pagamento das horas extraordinárias laboradas além da 6ª, bem como ao respectivo adicional (27-9-2002).*

Outro aspecto importante e pouco observado pelos operadores do direito, que, inclusive, causam sérias implicações no plano prático, refere-se ao limite semanal. No sentido de elevar de 6 horas para 8 horas a jornada no turno ininterrupto de revezamento, poderíamos afirmar que estaria permitido extrapolar o limite semanal de 36 horas para 44 horas?

Parece-nos que não. O limite das 36 horas semanais deve ser respeitado, uma vez que o art. 7º, XIV, CF, apenas faz referência à jornada de seis horas, e somente em relação a ela permite que seja formulada negociação coletiva, nada mencionando da jornada semanal.

Vale frisar que a própria Súmula nº. 423 do TST, apenas tratou da elevação do horário diário de trabalho, por essa razão, o limite de 36 horas semanais deve ser respeitado, sob pena de comprometer a higidez física e mental do trabalhador submetido, que já se encontra em uma modalidade de jornada extremamente penosa¹⁴⁷.

Nesse contexto, urge trazer à baila as seguintes decisões do TST¹⁴⁸:

EMBARGOS. TURNOS ININTERRUPTOS DE REVEZAMENTO. VALIDADE. JORNADA SUPERIOR A 6 HORAS FIXADA EM ACORDO COLETIVO. IMPOSSIBILIDADE. EXTRAPOLAÇÃO DA JORNADA DE 36 HORAS SEMANAIS. PREJUDICIALIDADE. SAÚDE. EMPREGADO. O artigo 7º, inciso XIV, da Lei Maior, ao contemplar a jornada de trabalho em turnos ininterruptos de revezamento de 6 horas diárias, permitiu sua ampliação por meio de negociação coletiva. Essa possibilidade de alteração de jornada, contudo, não é ilimitada, pois deve ser observada a compensação ou concessão de vantagens ao empregado. Nunca, porém, a eliminação do direito à jornada reduzida, como se verifica na hipótese. O Acordo Coletivo

¹⁴⁶ Ibidem, p. 305. (Grifo do autor).

¹⁴⁷ Ibidem, p. 305-306.

¹⁴⁸ Ibidem, idem.

pode estabelecer turnos ininterruptos de revezamento com jornadas superiores a seis horas, como ocorreu, **desde que se observe o limite de 36 horas semanais, pois o limite semanal representa para o empregado a garantia de higidez física, uma vez que a redução do labor em turno ininterrupto de revezamento decorre de condições mais penosas à saúde.** O Acordo Coletivo em exame, ao fixar duração do trabalho de 8 horas e 44 semanais, contrariou as disposições de proteção ao trabalho, porquanto descaracterizou a jornada reduzida vinculada ao turno ininterrupto de revezamento, que é assegurada constitucionalmente pelo limite semanal de 36 horas. Recurso de Embargos não conhecido. (RR 43500 – 71.2000.5.15.0003, Relator Ministro: Carlos Alberto Reis de Paula, Data de Julgamento: 22/09/2003, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DJ 25/06/2004). [Nosso grifo].

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA - VALIDADE DO ACT/96 – TURNOS ININTERRUPTOS DE REVEZAMENTO ACORDO DE COMPENSAÇÃO. A Constituição Federal de 1988, por meio do art. 7º, XIII, estabeleceu um limite para a jornada diária (8 horas) e outro para a jornada semanal (44 horas), com possibilidade de compensação de horários e de redução de jornada mediante negociação coletiva de trabalho. No inciso XIV seguinte, limitou a jornada diária para turnos ininterruptos de revezamento em 6 horas, facultando negociação coletiva. O Acordo Coletivo pode estabelecer turnos ininterruptos de revezamento com jornadas superiores a seis horas, como ocorreu, **desde que se observe o limite constitucional de 36 horas semanais, pois o limite semanal representa para o empregado a garantia de higidez física e mental, uma vez que a redução do labor em turno ininterrupto de revezamento decorre de condições mais penosas à saúde.** Precedente da SBDI-1 do TST. Agravo de instrumento desprovido. (AIRR – 161500-40.1999.5.05.0101, Relator Ministro: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, Data de Julgamento: 07/10/2009, 1ª Turma, Data de Publicação: DEJT 16/10/2009). [Nosso grifo].

A interpretação prudente neste caso é aquela que visa proteger a saúde do trabalhador, trata-se, obviamente, de uma interpretação sistêmica, levando em consideração todas as normas trabalhistas, bem como o princípio protetor, caso contrário, estaríamos permitindo uma flexibilização irresponsável, que culminaria no total desrespeito a dignidade humana e no aumento considerável dos riscos de acidentes de trabalho.

4.4 Trabalho a tempo parcial

O trabalho a tempo parcial foi tratado com detalhes no capítulo anterior, salvo a análise jurisprudencial, legal e doutrinal das implicações e reflexos.

O primeiro problema a ser enfrentado é com relação ao limite de 25 horas semanais, ou seja, como essas horas podem ser distribuídas na semana, se de forma

regida: de segunda-feira a sexta-feira, 5 horas diárias, ou poderíamos pensar na possibilidade de distribuí-las livremente.

Vamos relembra a redação do art. 58-A da CLT: “Considera-se trabalho em regime de tempo parcial aquele cuja duração não exceda a vinte e cinco horas semanais.”

Observa-se do artigo acima, que não há qualquer determinação de como se devem distribuir as horas do *part time*, portanto, pressupõe livremente.

Entretanto, temos que ter em mente dois limites impostos legalmente, quais sejam: 1) limite máximo de trabalho de 8 horas diárias (art. 7º, XIII, CF); 2) trabalho máximo em seis dias por semana, pois um deles será dedicado ao descanso semanal remunerado (Lei nº. 605/1949).

Levando em consideração esses limites acima descritos, o limite máximo de 25 horas semanais ou outro inferior, da jornada a tempo parcial, pode ser distribuído da forma que as partes bem entenderem. Portanto, podem flexibilizar conforme a necessidade.

Ainda no assunto limite de horário, no trabalho a tempo parcial, percebe-se que a realidade difere da teoria, pois não raros são os casos em que estipulado o *part time*, e, por exigência dos empregadores os trabalhadores são obrigados a extrapolar suas jornadas a tempo parcial (que podem ser de 25 horas ou menos).

Nesse sentido nascem duas correntes, quais sejam: 1) Diante da proibição de horas extras, caso ultrapasse a jornada estipulado no trabalho a tempo parcial, apenas haverá a conversão para o trabalho a tempo integral, sem considerar as horas como extraordinárias. 2) Há proibição legal de horas extraordinárias no trabalho a tempo parcial, caso seja feito, considera-se hora extras e devem ser remuneradas ainda que proibidas.

Ressalta-se que as questões aventadas acima referem-se a formas de flexibilizar a jornada a tempo parcial, embora, entende-se que o trabalho a tempo parcial já é uma forma flexibilizada.

Assim, ainda que esse assunto pareça confuso, refere-se à flexibilização de uma figura que já se encontra flexibilizada pela norma. Por essa razão, entende-se ser ela problemática e repleta de implicações e reflexos.

Segundo a primeira corrente, caso o empregado esteja sob a égide do trabalho a tempo parcial, com jornada semanal de 25 horas, mas, diante de um ajuste feito com seu empregador comece a laborar 30 horas semanais, a única consequência que haveria é a transformação do contrato a tempo parcial em integral. Inclusive, o referido trabalhador, passaria a laborar 44 horas semanais ao invés de 30 horas.

Ocorre que, diante do princípio da condição mais benéfica, essa modalidade de flexibilização, obteria outras implicações, tais como: a jornada de 30 horas semanais teria que ser mantida. Entretanto, o salário seria ajustado nos mesmos patamares do trabalhador a tempo integral.

E ainda, haveria uma implicação indireta, qual seja caso algum outro trabalhador, que estivesse devidamente inserido nos ditames do art. 461 da CLT cumulado com Súmula nº. 6º do TST, teria direito de requerer junto ao empregador equiparação salarial, tendo por paradigma o trabalhador da jornada de 30 horas.

Nesse sentido, Homero Batista Mateus Silva afirma que¹⁴⁹

Ademais, uma vez estipulada uma condição mais benéfica, como no caso de um contrato de trabalho desde o início exigir apenas 40 horas semanais no lugar das 44 horas semanais que o empregador poderia haver exigido, a tendência é a imutabilidade da situação, sob pena de nulidade, por se configurar uma alteração maléfica ao empregado. Assim funciona na prática o princípio protetor, em sua face da condição mais benéfica.

Dessarte, parece-nos que a primeira corrente não se harmoniza com o ordenamento trabalhista, na medida em que não permite todas as consequências oriundas de uma flexibilização irresponsável, isto é, da conversão do contrato a tempo parcial para integral.

No segundo caso, quando o legislador estipulou o trabalho a tempo parcial no patamar de 25 horas semanais, implantou algumas consequências para esse sistema, quais sejam: a) pagamento salarial proporcional à jornada, em relação aos empregados em tempo integral; b) necessidade de negociação coletiva para a alteração do contrato de trabalho já em vigor, que pretenda passar da carga integral para a carga parcial; c) proibição de horas extraordinárias (art. 59, § 4º); e d) redução substancial no número de dias de férias (art. 130-A). Trata-se de um pacote de incentivos ao empregador para que possa preservar a vaga de emprego e manter a economia de sua empresa¹⁵⁰.

¹⁴⁹ SILVA, Homero Batista Mateus da. op. cit., p. 33.

¹⁵⁰ SILVA, Homero Batista Mateus da. op. cit., p. 33.

Nesse sentido surgiria a seguinte indagação: se são proibidas as horas extraordinárias, essas são devidas?

É natural que a resposta seja positiva, o Direito do Trabalho não poderia aceitar a ideia de que, embora proibidas as horas extraordinárias, caso fossem feitas, não pudessem ser remuneradas, seria no mínimo ilógico e injusto, sem falar que haveria enriquecimento ilícito para o empregador. E, também temos que levar em conta que “suor do trabalhador” não se devolve, por essa razão a única solução lógica é a remuneração.

Portanto, caso o empregado contratado a tempo parcial (art. 58-A, CLT) trabalhe em jornada suplementar, mesmo diante de proibição, implicaria no pagamento das horas extraordinárias acrescidas do adicional respectivo (legal ou convencional), sem prejuízo de outras sanções, tais como: multas do Ministério do Trabalho e Emprego, de uma possível indenização por dano social etc.

Quando da análise do art. 64 da CLT, surge outro problema, referente ao cálculo da hora extraordinária, devendo ser adotado como base o divisor 220 ou outro inferior (já que estamos diante de uma jornada máxima semanal de 25 horas)?

Nesse sentido Homero Batista Mateus da Silva sustenta que¹⁵¹

Antecipando-se ao estudo do art. 64 da CLT, é de ressaltar que o cálculo da hora extraordinária, no caso do trabalho a tempo parcial, deverá ser feito de acordo com o **divisor reduzido** (na matemática, quanto menor o divisor, maior o resultado da conta, evidentemente) para aquele trabalho a tempo parcial. Labora em erro a conta que usar o divisor 220, próprio da carga de trabalho integral, encontrando salário-hora e diminuto para aquele contrato de trabalho.

Destarte, em caso de extrapolação do limite do trabalho a tempo parcial (que for estipulado de 25 horas semanais para menos), teremos horas extraordinárias a serem remuneradas com acréscimo do adicional respectivo, tendo como base cálculo divisor reduzido.

O assunto tratado acima, de fato não se refere diretamente à flexibilização da jornada de trabalho, entretanto não podemos negar que se refere a um reflexo decorrente da flexibilização, por conseguinte, pertinente ao trabalho.

O último problema a ser enfrentado se refere ao ingresso no regime de tempo parcial: como este deve ser feito? Norma coletiva ou ajuste individual?

¹⁵¹ Ibidem, p. 35.

Afirma Luciano Martinez que¹⁵²

Para os já contratados sob o regime de tempo integral (aqueles que já estão na empresa, vale dizer, “atuais empregados”), a adoção do regime de tempo parcial será feita mediante opção manifestada perante o empregador na forma prevista em acordo coletivo ou em convenção coletiva (*vide* o § 2º do art. 58-A da CLT). Percebe-se, assim, que somente e possível trocar de regime – de tempo integral para parcial – mediante negociação coletiva. Isso acontece porque o teto constitucional somente admite a **redução** dos mais preciosos núcleos do contrato de emprego – do salário (art. 7º, VI) e da jornada (art. 7º, XIII) – mediante a interveniência obrigatória da entidade sindical da categoria profissional.

Continua Luciano Martinez¹⁵³:

Para os novos empregados não é imposta esta exigência (de prévia negociação coletiva para fins de contratação em regime de tempo parcial), vale dizer, estes podem ser contratados por tempo parcial independentemente de previsão em norma coletiva, estando incluídos no âmbito dessa autorização os “novos empregados” domésticos.

Nesse sentido, Homero Batista Mateus da Silva considera que¹⁵⁴

[...] a admissão de um empregado isoladamente pode ser feita via contrato de trabalho individual, sem necessidade de submissão à norma coletiva, para o trabalho em regime de tempo parcial na forma do art. 58-A ou para o trabalho de jornada reduzida, [...]. O que carece de norma coletiva repita-se, é a mutação do contrato de trabalho a tempo integral, de empregado já contratado na empresa, para o contrato de trabalho a tempo parcial, por se tratar, grosso modo, de uma redução salarial, ainda que nominal meramente. Em momento algum o art. 58-A, especialmente § 2º, exige a negociação coletiva para novos empregados, mas somente para “atuais empregados”.

Na verdade o que nos interessa para efeito de implicações são os “atuais empregados”, que sofrerão mutação do contrato de trabalho a tempo integral para o contrato a de trabalho a tempo parcial, caso não haja negociação coletiva dispondo a respeito, ainda que haja manifestação expressa do trabalhador perante a empresa, a manifestação será inválida.

Sendo a manifestação declarada inválida, por falta de negociação coletiva que permita o trabalho a tempo parcial, o referido acordo será inexistente, e, se o empregado já estava cumprindo jornada, por exemplo, de 25 horas semanais com recebimento de salário proporcional reduzido se comparado ao trabalho a tempo integral, implicará a

¹⁵² MARTINEZ, Luciano. op. cit., 302. (Grifo do autor).

¹⁵³ *Ibidem*, *idem*.

¹⁵⁴ SILVA, Homero Batista Mateus da. op. cit., p. 36.

restituição do salário integral, mas com uma peculiaridade, a jornada, nesse caso será mantida em 25 horas semanais, pois será considerada como um benefício concedido ao empregado (princípio da condição mais benéfica).

Inclusive, ao se restabelecer o salário integral desse trabalhador, o efeito será retroativo, devendo receber a diferença salarial dos meses em que trabalhou com salário reduzido. E se houve mais consequências em razão da inobservância do § 2º, do art. 58-A, CLT, como, por exemplo, férias concedidas em prazo menor; outros direitos suprimidos em razão de se adotar o trabalho a tempo parcial, todos esses deverão ser restituídos ao trabalhador de forma retroativa.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após analisarmos os temas propostos, é possível apresentarmos algumas conclusões sobre a flexibilização da jornada de trabalho à luz dos aspectos legais e jurisprudenciais.

1ª Limitação efetiva da jornada de trabalho

O tempo é algo precioso, que sempre ocupou a centralidade na normatização do Direito do Trabalho. Nesse sentido, é importante frisar que o trabalhador não deixa de ser pessoa quando entrega seu tempo de vida ao empregador em troca de salário, ou seja, o trabalhador não perde sua condição de ser humano, nem, tampouco, seus direitos. Assim, devem-se respeitar os direitos fundamentais do trabalhador, pois este não vive para o trabalho, mas trabalha para viver.

O trabalho, dimensão fundamental na vida de qualquer ser humano, determina a quantidade de tempo livre que o trabalhador dispõe. Partindo disso o legislador, a doutrina e a jurisprudência passaram a se preocupar com a limitação da jornada de trabalho.

Não obstante, com a globalização do fim do século XX e o início do novo milênio, parece que a limitação de jornada perdeu sua consistência, tendo que reavivar os aspectos históricos e principiológicos do Direito do Trabalho acerca da proteção ao trabalhador, em especial no que se refere à jornada de trabalho. Destarte, tornou-se imprescindível retomar a luta por jornadas menos extenuantes, inclusive pela flexibilização desenfreada provada pela globalização e avanço tecnológico, em que o mercado reclama novas jornadas para novos métodos de trabalhos. Por essa razão, doutrina e sindicatos, historicamente, vêm lutando pela limitação da jornada de trabalho.

Vale lembrar que no século XIX, os trabalhadores empreenderam luta incansável para que a jornada de trabalho fosse dividida da seguinte forma: oito horas para o trabalho; oito horas para o descanso; oito horas para o ócio, lazer, convívio familiar e social. Inclusive, com a criação da OIT (Organização Mundial do Trabalho), em 1919, a sua Convenção de nº 1, fixou como jornada máxima oito horas diárias e 48 horas semanais, com sérias restrições ao trabalho extraordinário.

Na sequência houve uma positivação mundial sobre o tema limitação da jornada de trabalho. No Brasil, alçou *status* constitucional, em 1988, precisamente no art. 7º, XIII e XIV. Com isso foi reconhecido ao trabalhador o direito fundamental ao descanso necessário, com a finalidade de usufruir seus direitos enquanto pessoa, ou seja, os direitos fundamentais à saúde, ao lazer ao desenvolvimento da personalidade e outros conexos.

Os direitos fundamentais do trabalhador não podem ser compreendidos como abstratos, inclusive, os relacionados com a limitação da jornada de trabalho, uma vez que estão previstos na Constituição Federal. A previsão legal dos direitos fundamentais assegura o seu reconhecimento, não o efetivo desfrute, por essa razão se faz necessário adotar teses realistas ou materialistas, em detrimento das positivadas e jusnaturalistas. Não é suficiente a positivação desses direitos — limitação da jornada de trabalho —, sendo necessário lutar, para que eles sejam desfrutados por todas as pessoas, tornando-se realidade. Trata-se do efetivo respeito à dignidade da pessoa humana.

2ª Tempo efetivamente livre do trabalhador e sua dignidade humana

O ápice da construção jusfilosófica na evolução cultural da humanidade, certamente, é o princípio da dignidade da pessoa humana. Este possui carga valorativa não esculpida no direito positivo. A dignidade ontológica significa dizer que a pessoa humana é dotada de direitos essenciais, sem os quais não haverá a conformação de sua personalidade e seu pleno desenvolvimento enquanto pessoa. A teoria do mínimo existencial — tratada neste trabalho — traz algumas necessidades básicas para satisfazer a pessoa, com a finalidade de atingir a tal dignidade. Há certo consenso quando se referem aos bens jurídicos que compõe o seu conteúdo mínimo, como a vida, saúde, integridade física e psíquica.

Existem direitos fundamentais que devem ser assegurados sob quaisquer circunstâncias. Destacamos, em primeiro lugar, o direito ao próprio trabalho, ou ao pleno emprego, inclusive, trata-se de garantia constitucional. A doutrina considera o direito ao trabalho como pedra angular da construção de uma verdadeira sociedade democrática, o trabalho é considerado uma fonte originária de realização do ser

social¹⁵⁵. Pois bem, não se pode olvidar que há relação entre limitação ou redução de jornada de trabalho e distribuição do trabalho, sendo que a maneira mais eficaz, ainda que contestada, para criar postos de trabalho é a efetiva observação da limitação legal da jornada, principalmente a proibição do uso de horas extraordinárias habituais ou estruturais.

Como dito anteriormente, o trabalhador não perde sua condição de ser humano pelo simples fato de entregar seu tempo de vida ao empregador, devendo ser assegurado seus direitos de personalidade no local de trabalho. Por essa razão, o trabalhador tem direito fundamental ao desenvolvimento de sua personalidade. Para que isso se torne realidade, faz-se imperioso que haja limitação de sua jornada de trabalho, a fim de que tenha tempo livre para desfrutar de tais direitos.

Destaca-se que tanto a Declaração Universal dos Direitos Humanos quanto o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, asseguram ao trabalhador o direito ao descanso necessário, bem como ao ócio. Os direitos ao ócio, lazer, convívio familiar e social são de suma importância para o trabalhador, pois o desconecta de forma absoluta com o trabalho.

Em síntese, o trabalhador é detentor do direito fundamental ao lazer, ao convívio familiar, ao ócio, ao descanso necessário, dentre outros, tudo com respaldo constitucional. Entretanto, para que tais direitos saiam do plano positivado e filosófico e se materializem, faz-se necessário à limitação da jornada de trabalho.

3ª Jornada de trabalho e sua normativa protetiva

O Direito do Trabalho possui extensa normatização sobre tempo de trabalho, destacando que os limites impostos são imperativos, tendo em visto os bens jurídicos protegidos. Frisa-se que foi no período em que os direitos fundamentais do trabalho foram garantidos — pelo menos nos países industrializados — que o capitalismo atingiu o seu apogeu, período que ficou conhecido como a *Era de Ouro*¹⁵⁶.

¹⁵⁵ SILVA, José Antônio de Oliveira. *Flexibilização da Jornada de Trabalho e a Violação do Direito à Saúde do Trabalhador – uma análise comparativa dos sistemas jurídicos brasileiro e espanhol*. São Paulo: LTr, 2013, p. 246.

¹⁵⁶ SILVA, José Antônio de Oliveira. op. cit., p. 247.

É fato que a limitação da jornada de trabalho está intimamente ligada à proteção à saúde do trabalhador, bem como à proteção de outros direitos, conforme dito anteriormente, tais como, ócio, lazer, convívio familiar, etc. Diante disso não se pode olvidar para a limitação da jornada, sob pena de violação constitucional, pois a Norma Fundamental brasileira traz limites da jornada que devem ser observados, portanto, pode-se defender a existência de um princípio limitador da jornada de trabalho.

Não obstante, para se fixar limites da jornada de trabalho, faz necessário entendermos de fato o que é tempo efetivo de trabalho e tempo de descanso. Este deve ser entendido como o tempo que trabalhador está ausente do trabalho, isto é, além de ausência física, ausência mental, deve estar desconectada por completo do trabalho, caso contrário, não haverá descanso efetivo. Tempo de descanso é o tempo livre que o trabalhador tem para fazer o que bem entender, de forma ininterrupta, sem qualquer condição.

Nos turnos ininterruptos de revezamento, bem como no trabalho noturno, é imperioso que haja limitação de jornada mais inflexível, tendo em vista o desgaste físico e psíquico que causa nos trabalhadores, sendo muito mais intenso, acarretando problemas de fadiga, em razão da alteração do ritmo da vigília-sono. Exatamente por isso, as jornadas extensas estão sendo revisadas, principalmente nos setores de saúde e de segurança, em que abarcam com maior frequência as escalas 12X36, e outros sistemas prejudiciais ao empregado, tais como 5 X 2, 4 X 2, 5 X 1, etc.

Estranhamente o sistema laboral brasileiro, esquece-se de limitar a jornada noturna de trabalho, deixando, inclusive de vedar as horas extraordinárias no período noturno.

Já nos turnos ininterruptos de revezamentos, a Constituição Federal de 1988, estabelece em seu inciso XIV, do art. 7º, limitação de jornada para essa modalidade — em 6 horas diárias —, entretanto a jurisprudência possibilitou a flexibilização desse limite, por meio da Súmula nº. 423 do Colendo Tribunal Superior do Trabalho.

Nesse sentido, o sistema legal trabalhista trouxe limitação da jornada nas atividades insalubre, perigosas e penosas, pois é nítido que traz prejuízos à saúde do trabalhador que estará em constante contato com agentes nocivos. Sem embargos, o Brasil não trouxe em seu arcabouço legal uma definição do que vem a ser atividade penosa — art. 7º, XXIII, CF —, a única certeza que temos é que não pode ter prestação de serviços de horas extraordinárias em atividades perigosas, insalubres, salvo em

situações excepcionais. O nosso trabalho não se propôs a pesquisar tais jornadas nas referidas atividades, entretanto, vale usá-las como exemplo para corroborar nossos estudos.

Finalmente, cabe destacar, mais uma vez, que a saúde, ócio, lazer, etc. são direitos fundamentais do trabalho e devem ser assegurados a qualquer custo. Assim a limitação da jornada torna-se imprescindível. Vejamos que no Brasil, não há um limite expresso à prestação de horas extraordinárias, muito pelo contrário, pesquisas demonstram que cerca de 25% dos trabalhadores formais prestam horas extras frequentemente, fato que, além de afrontar o direito fundamental ao trabalho, contribui para o aumento do desemprego¹⁵⁷.

4ª Flexibilização da jornada de trabalho e suas consequências

Como é sabido, no Brasil há limite de oito horas diárias de trabalho e quarenta e quatro horas semanais (art. 7º, XIII, CF). Ainda, encontramos limites menores, como no caso de seis horas diárias no turno ininterrupto de revezamento (art. 7º, XIV, CF). Todavia na prática os empresários brasileiros não cumprem essa normativa, sendo, inclusive, flexibilizada pela permissão do banco de horas (art. 59, § 2º, CLT).

No final dos anos 90, com a onda da flexibilização, foi inserida nova redação no § 2º do art. 59 da CLT — conforme tratado neste estudo. Nessa alteração, além de manter o banco de horas, o empregador que irá escolher quando a compensação ocorrerá, salvo disposição em contrário. Alguns defendem a inconstitucionalidade do disposto — diante do art. 7º, XIII, CF —, em razão de não estabelecer com precisão os períodos e condições que a compensação se efetivará¹⁵⁸.

Entendemos que o banco de horas é um mecanismo irregular de distribuição da jornada de trabalho, pois em seu dispositivo não traz regras específicas quanto à distribuição dos horários e de situações objetivas para se proceda ao descanso compensatório.

No caso do trabalho a tempo parcial não há uma explicação lógica e ponderável: contrata-se com jornada reduzida, sob o argumento de que não é necessário o tempo ordinário, ao mesmo tempo que exigem jornadas extraordinárias. Primeiro, sabe-se, que

¹⁵⁷ SILVA, José Antônio de Oliveira. op. cit., p. 249.

¹⁵⁸ Idem, p. 250; ALCÂNTARA, José Eduardo. *Flexibilização da Jornada de Trabalho: uma abordagem crítica*. Disponível em: <http://www.trt9.jus.br/apej/artigos_doutrina_jea_01.asp>. Acesso em: 14 mai. 2014.

é vedado o regime extraordinário para trabalho a tempo parcial. Neste estudo — precisamente no último capítulo —, alertamos para as implicações caso essa regra — vedação, no contrato a tempo parcial —, seja flexibilizada, permitindo que tais trabalhadores cumpram regime extraordinário de jornada. Trata-se de violação grave aos direitos fundamentais do trabalhador, por isso rechaçamos a flexibilização desmedida.

O resultado de toda essa onda de flexibilização das condições trabalho, em especial a jornada de trabalho, trouxe um aumento considerável nas doenças ocupacionais, bem como nos acidentes de trabalho. Embora, devemos destacar que não há estatísticas demonstrando com clareza essa relação, entretanto as estatísticas apresentadas pelo Ministério do Trabalho ou da Previdência Social, assim como as estatísticas da OIT (Organização Mundial do Trabalho), por meio do banco de dados LABORSTA¹⁵⁹, revelam que houve um aumento considerável nos acidentes do trabalho e doenças ocupacionais à medida que a flexibilização se intensificou, sobretudo depois da anulação do tempo de trabalho¹⁶⁰.

5ª Restauração do Estado Social e dos limites efetivos da jornada de trabalho: caminho para uma nova sociedade

Ao longo do século XX, a história demonstra que ocorrem avanços e retrocessos para que se construísse um Estado Social, no qual de fato a cidadania e o respeito às condições mínimas de trabalho fossem valorizadas. Inquestionavelmente a limitação da jornada de trabalho é um dos elementos para se alcançar uma condição de vida digna.

Diante disso a norma protetiva trabalhistas, sempre esteve empenhada — e ainda está —, para manter ou tentar encontrar o ponto de equilíbrio de capital e trabalho. Por essa razão, a norma protetiva sempre esteve no centro das discussões, por ocasião da desconstrução do Estado Social, pois, no menor sinal de crise econômica, a questão laboral sempre é colocada em uma mesa de debates, com intuito de flexibilizá-la — a propósito do tema, remetemos ao capítulo primeiro.

Entre às décadas de 70 e 90 — período pós-fordismo, que reestruturou o sistema produtivo que proporcionou uma intensificação sobremaneira do trabalho humano —, com a flexibilização das condições de trabalho, de forma desmedida, houve uma intensa

¹⁵⁹ Banco de dados da OIT (Organização Mundial do Trabalho).

¹⁶⁰ SILVA, José Antônio de Oliveira. op. cit., p. 250.

precarização das condições de trabalho. Isso provocou um desmantelamento do Estado Social, bem como o enfraquecimento dos direitos trabalhistas específico, em especial à jornada de trabalho. Como esse massacre aos direitos sociais laborais, sindicatos e OIT, perderam seu prestígio, culminando na falta de proteção dos trabalhadores.

Além disso, no período do pós-toyotista, que aumentou consideravelmente o trabalho humano, com jornadas extenuantes, de 10 horas diárias e em casos específicos 12 horas, sem pausas adequadas à recuperação da fadiga, tínhamos o seguinte quadro, ao lado do exército de reserva, um verdadeiro exército de “mutilados” e de enfermos do trabalho¹⁶¹. Com isso temos a relação entre a precarização das condições de trabalho, destacando a flexibilização desmedida, com o aumento considerável de doenças ocupacionais e acidentes de trabalho, que se refere à grave violação aos direitos fundamentais à saúde do trabalhador.

A busca pela social, pela eliminação ou diminuição das crises econômicas não estão em decisões técnicas, mas sim políticas. Está na hora de repensar o capitalismo; de promover novos métodos e limitações à cultura neoliberal.

A construção de um novo Estado Social, no qual os direitos fundamentais dos trabalhadores seja o centro, a pedra fundamental, deve partir necessariamente da busca de direitos iguais, que não seja salários iguais para todos, mas que a limitação de jornada seja igual para todos, obviamente, analisando as peculiaridades de cada atividade.

Ainda, nesse pontapé inicial — para um Estado Social novo —, a luta deve ser intensificada contra os excessos de jornadas, uma vez que crise econômica não se combate necessariamente com jornadas extenuantes, sendo estas a todo tempo flexibilizadas sob o argumento frágil de que se manterá o emprego e estabilidade da economia. Com isso clama-se pela ressurreição das lutas sindicais dos anos 70 e 80, cujo lema era “trabalhar menos, para trabalhar todos”.

Partindo dessa premissa, OIT e sindicatos passam a protagonizar papel importante na reconstrução do Estado Social. Os sindicatos passam a ter maior relevância nesse processo, por meio da negociação coletiva. Com a união sindical, em especial dos trabalhadores — categoria profissional —, por meio das convenções coletivas, poderão a um só tempo, estabelecer jornadas de trabalho que atendam aos anseios dos empregadores, gozo dos direitos fundamentais dos trabalhadores —

¹⁶¹ SILVA, José Antônio de Oliveira. op. cit., p. 253.

estabelecidos pela Constituição Federal —, e, no caso dos desempregados, a reinserção ao mercado de trabalho.

O fato é que as negociações coletivas poderão definir com clareza qual o tempo de trabalho efetivo, à disposição, de presença, de espera, de plantão, com finalidade de não haver dúvidas quando o trabalhador está em labor, em descanso ou em liberdade para desfrutar sem tempo da forma que melhor lhe convier.

A negociação coletiva é o instrumento que mais se aproxima — se não o único —, da realidade de cada categoria de trabalhadores, sabendo precisar o que é melhor para eles. Por meio da negociação coletiva, pode-se, inclusive, iniciar uma luta pela limitação efetiva do recurso horas extraordinárias.

Destarte, faz-se absolutamente necessário que exista, por meio das negociações coletivas, melhor detalhamento de quando se pode usar o recurso horas extraordinárias, bem como regras proibitivas de realização de horas extras habituais e estruturais, e, principalmente, que o empregado saiba com antecedência quando irá laborar em regime extraordinário, bem como, se for o caso de compensação, que ele, em parceria com o empregador, decida quando será o momento mais adequado para ocorrer a compensação. Com isso o trabalhador poderá organizar melhor sua vida, possibilitando estudar, participar da educação de seus filhos e do convívio familiar, bem como, ter como programar o seu lazer.

A flexibilização da jornada de trabalho responsável adequada é aquela que respeita os direitos fundamentais do trabalhador, sem, obviamente, abandonar os anseios dos empregadores.

Portanto, somente por meio de flexibilização da jornada adequada e respeito aos direitos fundamentais dos trabalhadores, com olhos atentos na limitação das jornadas de trabalho, iremos construir um futuro no qual o trabalho e a cidadania caminharão juntos, pois, condições de trabalho e condições de vida são faces da mesma moeda.

Para que esse futuro se torne presente, faz-se oportuno observarmos, de forma conjunta: sociedade, trabalhadores, empregadores e governo, a distribuição do trabalho de forma digna, para que todos tenham esse bem tanto escasso que é o trabalho; assegurar que o trabalhador tem direito ao tempo livre para desfrutar outros direitos, tais como, convívio familiar, educação, lazer, descanso adequado — com a total desconexão do trabalho —, isso certamente, culminará no melhoramento em sua saúde, mental e psíquica.

A ordem do novo milênio é a relação de trabalho a partir da perspectiva da dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABUD, Cláudia José. *Jornada de trabalho e a compensação de horários*. São Paulo, Atlas, 2008.
- BARROS JR., Cassio Mesquita. *Trabalho e processo*. São Paulo: Saraiva, 1994, nº. 2.
- BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do trabalho*. 4 ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2008.
- BRONSTEIN, Arturo. *La Flexibilidad del trabajo: panorama general*. Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Caracas, nº. 75.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7 ed. Coimbra: Editora Almedina, 2003.
- CARRION, Valentin. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. Eduardo Carrion. 34. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2009.
- CASSAR, Vólia Bomfim. *Princípios Trabalhistas, Novas Profissões, Globalização da Economia e Flexibilização das Normas Trabalhistas*. Rio de Janeiro. Ed. Impetus: 2010.
- CUNHA, Paulo Ferreira da. *Filosofia do Direito*. Coimbra: Almedina. 2006.
- DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 9 ed. São Paulo: LTr, 2010.
- FERRAZ, Fernando Bastos, *Terceirização e Demais Formas de Flexibilização do Trabalho*. São Paulo: Editora LTr, 2006. v. 1.
- GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Limites da Redução Salarial Através da Negociação Coletiva. *Revista LTr*. São Paulo, n. 21, ano 38, 2002.
- GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Manual de Direito do Trabalho*. 2ª ed. São Paulo: Método, 2010.
- HESPANHA, Antonio M. *Panorama da Cultura Jurídica Européia*. Lisboa: Publicações Europa-América.
- HOBSBAWM, Eric J. *Mundos do trabalho: novos estudos sobre história operária*. 3 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2000.
- JOÃO, Paulo Sérgio. A flexibilização possível do contrato de trabalho. *Jornal Trabalhista Consulex*, Brasília, v. 28, n. 1362, p. 12, fev. 2011.
- JORGE NETO, Francisco Ferreira. CAVALCANTE, Jouberto de Quadros. *Direito do Trabalho*, 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

KLIPPEL, Bruno. *Direito Sumular – TST – Esquematizado*. 3ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2013.

MAGANO, Octavio Bueno. *A Flexibilização do Direito do Trabalho*. AASP. *Revista do Advogado*. São Paulo, n. 54, dez. 1998.

MAGANO, Octavio Bueno. *Procedimentos de Autocomposição dos Conflitos Coletivos*. *Revista LTr* 54/2/151

MAIOR, Jorge Luiz Souto. *Em defesa da ampliação da competência da Justiça do Trabalho*. *Revista Ltr*, n. 70, v. 13, janeiro/2008.

MANNRICH, Nelson. *Limites da Flexibilização das Normas Trabalhistas*. AASP. *Revista do Advogado*. São Paulo, n. 54, dez. 1998.

MANUS, Pedro Paulo Teixeira. *Direito do trabalho*. 11 ed. São Paulo, Atlas, 2007.

MARQUES, Fabíola; ABUD, Cláudia José. *Direito do Trabalho*. 8 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013.

MARTINEZ, Luciano. *Curso de direito do trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MARTINS, Adalberto. *Manual Didático de Direito do Trabalho*. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. *Manual Didático de Direito Processual do Trabalho*. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Curso de Direito do Trabalho*. 29 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. *Flexibilização das Condições de Trabalho*. São Paulo: Atlas, 2002.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Um terceiro caminho para o Direito do Trabalho, in A transcrição do Direito do Trabalho no Brasil – Estudos em homenagem a Eduardo Gabriel Saad*, São Paulo, LTr, 1996.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. 22 ed. Editora Saraiva: 2007.

_____. *Iniciação ao Direito do Trabalho*. 31 ed. São Paulo: LTr, 2004.

NASCIMENTO, Sônia A. Costa Mascaro. *Flexibilização do Horário de Trabalho*. LTr, 2002.

NASSAR, Rosita de Nazaré Sidrim. *Flexibilização do direito do trabalho*, 1991. In: MARTINS, Sérgio Pinto. *Flexibilização das Condições de Trabalho*. 2002.

NUNES, Rizzatto. *Manual de Introdução ao Estudo do Direito*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

REALE, Miguel. *Teoria do direito e do Estado*. 2ª ed. São Paulo: Martins, 1960.

ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. *O moderno direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1994.

ROCHA, Marcelo Oliveira (Org). *Flexibilização do Direito do Trabalho*. Campinas-SP: LZN, 2005.

RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de Direito do Trabalho*. 3 ed. 2ª tiragem. Tradução de Wagner D. Giglio. São Paulo. Ed. LTr: 2002.

ROMAR, Carla Teresa Martins. *Direito do trabalho esquematizado*. São Paulo: Saraiva.

ROSA PINTO, Bernardete Edith de. *A Flexibilização das Relações de Trabalho: A precariedade do contrato a prazo determinado Lei. N. 9601, de 1998*. 1 ed. São Paulo: LTr, 2001.

RÜDIGER, Dorothee Susanne. *Autonomia Privada Coletiva e a Crise Paradigmática do Direito do Trabalho*. Rev. TRT – 9ª R. Curitiba a. 29 n. 53 p. 71-86 Jul./Dez; 2004.

RUSSOMANO, Mozart. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho* - Editor José Konfirmo - 6ª edição. 1962

SAAD, Eduardo Gabriel. *Consolidação das Leis do Trabalho Comentada*. 42ª ed. atua. e rev. por José Eduardo Duarte Saad, Ana Maria Saad Castelo Branco. São Paulo: LTr, 2009.

SABBAG, Eduardo de Moraes. *Redação Forense e Elementos da Gramática*. São Paulo: Prima Cursos Preparatórios, 2005.

SANTOS, J.M de Carvalho. *Repertório enciclopédico do direito brasileiro*. in Oliveira Filho, J. de. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 2000.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SAYEG, Ricardo Hasson; BALERA, Wagner. *O Capitalismo Humanista – Filosofia Humanista de Direito Econômico*. 1 ed. Editora Petrópolis KBR: 2011.

SIQUEIRA NETO, José Francisco. *Flexibilização, desregulamentação e o Direito do Trabalho no Brasil*. 1995. In: OLIVEIRA, Carlos Alonso B. (org). *Crise e trabalho no Brasil: modernidade ou volta ao passado?* São Paulo: Scritta, 1996.

SILVA, Homero Batista Mateus da. *Curso de Direito do Trabalho Aplicado*. Volume 01. Parte Geral. São Paulo: Elsevier, 1ª Edição, 2009.

_____. *Curso de Direito do Trabalho Aplicado*. Volume 02. Jornadas e Pausas. São Paulo: Elsevier, 1ª Edição, 2009.

_____. *Curso de Direito do Trabalho Aplicado*. Volume 07. Direito coletivo do trabalho. São Paulo: Elsevier, 1ª Edição, 2009.

SILVA, José Antônio Ribeiro de Oliveira. *A flexibilização da Jornada de Trabalho e a Violação do Direito À Saúde do Trabalhador. Uma análise comparativa dos sistemas jurídicos brasileiro e espanhol*. São Paulo: LTr, 2013.

SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segandas. *Instituições do Direito do Trabalho*. Vol. I. Arnaldo Sussekind e João de Lima Teixeira Filho. São Paulo : LTr, 1993.

_____. *Instituições do Direito do Trabalho*. Vol. II. Arnaldo Sussekind e João de Lima Teixeira Filho. São Paulo: LTr, 1993.

TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil: volume único*. 2ª ed. São Paulo: Método, 2012.

TEPEDINO, Gustavo. BARBOZA, Heloísa. MORAES, Maria Celina Bondin de. *Código Civil Interpretado conforme a Constituição*. Vol. I. Rio de Janeiro: Renovar, 2004

THOREAU, Henry David. *A desobediência civil e outros escritos*. São Paulo: Martin Claret, 2003.

WEBGRAFIA

ALCÂNTARA, José Eduardo. *Flexibilização da Jornada de Trabalho: uma abordagem crítica*. Disponível em: <http://www.trt9.jus.br/apej/artigos_doutrina_jea_01.asp>. Acesso em: 14 jun. 2014.

AMORIM, Ricardo. *Por que pagamos mais caro?* Disponível em: <http://ricamconsultoria.com.br/news/artigos/palestra_brasil_caro>. Acesso em: 17 mai. 2014.

BARBOSA, Rui. Disponível em: <<http://pensador.uol.com.br/frase/MTIwMzQ3>>. Acesso em: 30 mai. 14.

BARROSO, Luis. *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro*. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_6/dialogo-juridico-06-setembro-2001-luis-roberto-barroso.pdf>. Acesso em 31 out. 13.

BRASIL. Casa Civil. Lei 9.601. *Dispõe sobre o contrato de trabalho por prazo determinado e dá outras providências*. 21 jan. 1998a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9601.htm>. Acesso em: 20 jan. 2014.

BRASIL. Medida Provisória no 2.164-41, de 24 de agosto de 2001. *Altera a Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, para dispor sobre o trabalho a tempo parcial, a suspensão do contrato de trabalho e o programa de qualificação profissional, modifica as Leis nos 4.923, de 23 de dezembro de 1965, 5.889, de 8 de junho de 1973, 6.321, de 14 de abril de 1976, 6.494, de 7 de dezembro de 1977, 7.998, de 11 de janeiro de 1990, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 9.601, de 21 de janeiro de 1998, e dá outras providências*. 24 ago. 2001. Disponível em: <http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw_Identificacao/mpv%202.164-41-2001?OpenDocument>. Acesso em: 20 jan. 2014.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Resolução n. 176, de 24 de maio de 2011. 24 maio 2011. *Edita o Precedente Normativo n. 120 da Seção Especializada em Dissídios Coletivos*. Disponível em: <<http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/handle/1939/13197>>. Acesso em 20 jan. 2014.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. OJ-SDI1-307. *Ementa: Intervalo intrajornada (para repouso e alimentação). Não concessão ou concessão parcial. Lei nº 8.923/94. Após a edição da Lei nº 8.923/94, a não-concessão total ou parcial do intervalo intrajornada mínimo, para repouso e alimentação, implica o pagamento total do período correspondente, com acréscimo de, no mínimo, 50% sobre o valor da remuneração da hora normal de trabalho (art. 71 da CLT)*. DJ 11 ago. 2003. Disponível em: <http://www.tst.gov.br/jurisprudencia/Livro_Jurisprud/livro_pdf_atual.pdf>. Acesso em 20 jan. 2014.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. SUM-342. *Descontos salariais. art. 462 da CLT (mantida) Descontos salariais efetuados pelo empregador, com a autorização prévia e por escrito do empregado, para ser integrado em planos de assistência*

odontológica, médicohospitalar, de seguro, de previdência privada, ou de entidade cooperativa, cultural ou recreativo-associativa de seus trabalhadores, em seu benefício e de seus dependentes, não afrontam o disposto no art. 462 da CLT, salvo se ficar demonstrada a existência de coação ou de outro defeito que vicie o ato jurídico. DJ 22 jun. 2004. Disponível em: <http://www.tst.gov.br/jurisprudencia/Livro_Jurisprud/livro_pdf_atual.pdf>. Acesso em 20 jan. 2014.

CASSAR, Vólia Bomfim. Disponível em: <http://www.mte.gov.br/fisca_trab/est_resultado_quandro_divulgacao2009.pdf>. Acesso em 11 set. 09.

JOÃO, Paulo Sérgio. *A Flexibilização do contrato de trabalho*. Valor Econômico, 03/11/2010. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/arquivo/855269/flexibilizacao-do-contrato-de-trabalho#ixzz2iyh75eQr>>. Acesso em 28 out. 2013.

PASTORE, José. Reforma Trabalhista: *O que pode ser feito?* Cadernos de Economia da FECOMERCIO, novembro de 2006. Disponível em: <http://www.josepastore.com.br/artigos/rt/rt_136.htm>. Acesso em: 04 out. de 2013.

PRIBERAM, Dicionário. Palavra-chave "tempo", in Dicionário Priberam da Língua Portuguesa, 2008-2013. Disponível em: <<http://www.priberam.pt/dlpo/tempo>>. Acesso em: 10 abr. 2014.

RIPERT, Georges. Disponível em: <http://pensador.uol.com.br/autor/georges_ripert/>. Acesso em: 30 mai. 2014.

SINDICATO DOS BANCÁRIOS DE BRASÍLIA. Disponível em: <http://www.bancariosdf.com.br/site/index.php?option=com_content&view=article&id=9668:contraf-denuncia-precariedade-do-emprego-bancario-ao-ministro-do-trabalho&catid=1:timas&Itemid=93>. Acesso em: 10 jun. 2014.