

## 1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho pretende abarcar a discussão sobre a medida flexibilizatória da jornada de trabalho, no que tange as regras do banco de horas e acordo de compensação de jornada, ambas previstas, respectivamente no artigo 7º, XIII da Constituição Federal de 1988, e no artigo 59, §2º da Consolidação das Leis Trabalhistas, enfatizando os conceitos, requisitos, modalidades de instituição e ao final apontando as vantagens e desvantagens dos respectivos institutos.

A análise parte da premissa que os métodos flexibilizatórios introduzidos no ordenamento jurídico ou em acordos e convenções coletivas, apresentam certa flexibilização do direito do trabalho, visto que próprios preceitos constitucionais vedam a precarização dos direitos já postos.

Esta análise sobre o tema em debate, traz a importância do atendimento dos pressupostos legais para sua aplicabilidade, conceito, natureza, limitações, requisitos, previsão legal, sua dinâmica, as vantagens e desvantagens de sua aplicação no contexto social.

Já no contexto brasileiro, o banco de horas surgiu através da Lei 9.601 de 1998, por meio da alteração do art. 59 da Consolidação das Leis Trabalhistas, proposta no governo do presidente Fernando Henrique Cardoso (PSDB), que naquela conjuntura, o país atravessava uma grande recessão social e econômica, que acabou gerando a demissão em massa de centenas de trabalhadores, como também o encerramento de atividades de diversas empresas.

Dessa forma, assim como nos dias atuais, o instituto de flexibilização de direitos trabalhistas fora usada para retirar direitos da classe laboral, com o discurso de que a flexibilização seria “ferramenta importantíssima para combater o desemprego”.

O trabalho foi elaborado através da análise conceitual da flexibilização da jornada de trabalho, com enfoque principal no banco de horas como uma forma de compensação da jornada de trabalho, os pressupostos legais para sua aplicabilidade, conceito, natureza, limitações, requisitos, previsão legal, sua dinâmica, as vantagens e desvantagens de sua aplicação no contexto social.

Será demonstrado que o instituto do banco de horas é uma ferramenta fundamental que tem por objetivo proporcionar ao empregador e ao empregado uma flexibilização na relação trabalhista contemporânea, em virtude das variações sócias econômicas, ou de necessidade maior de produção ou de serviço, desonerando as folhas de pagamento e possibilitando a continuidade da relação empregatícia, desde que atendidas às exigências legislação pátria.

Assim, elencará o regime de banco de horas, sua aplicabilidade, previsão legal, vantagens e desvantagens, os aspectos sociais, os reflexos na vida do trabalhador e a sua constitucionalidade na flexibilização da jornada de trabalho.

## **2. A FLEXIBILIZAÇÃO DA JORNADA DE TRABALHO**

Segundo Süsskind (2005, p. 206), a flexibilização surge em meio a uma crise econômica mundial em que se buscavam alternativas para a diminuição dos custos de produção, vez que estes tinham sofrido elevação brusca diante do aumento sem precedentes dos preços do petróleo. Essa ideia de enfraquecimento de determinados direitos trabalhistas adquiridos ao longo de ferrenhas lutas entre patrões e empregados revelou-se a alternativa mais rápida e fácil, já que teria efeitos imediatos e atingiria apenas o trabalhador, que é a parte mais frágil da relação de emprego.

Já para Amauri Mascaro Nascimento (2008, p. 31), o fenômeno da flexibilização foi também decorrente do surgimento dos blocos econômicos, do avanço da tecnologia e o crescimento do desemprego.

Assim como para Nelson Mannrich (1998, p. 32), que atribui o surgimento da flexibilização mediante três fatores. Primeiramente pelas causas econômicas, com destaque a crise do petróleo de 1973 e o aumento da competitividade internacional decorrente da globalização e da formação de blocos econômicos regionais. Em segundo, as causas sociológicas, que importam o aumento da demanda do setor terciário e a reorganização estrutural do mercado de trabalho. E, por fim, em relação aos fatores tecnológicos, enfatiza-se a acelerada evolução da microeletrônica e da informática agravando o quadro de excesso de mão-de-obra ociosa.

A flexibilização da jornada de trabalho passa a ser um mecanismo importante ressaltado pela Constituição Federal no que concerne a duração do trabalho. No entanto, a doutrina e a jurisprudência já apresentaram divergências significativas quanto ao tratamento constitucional que teria fixado como pertinente o regime de compensação de horas. (DELGADO, 2014, p. 922).

Para Alice Monteiro de Barros (2013, p. 85) a flexibilização da jornada de trabalho, sob um olhar histórico: vem sendo uma solicitação empresarial identificável com uma explícita solicitação de menores custos sociais e maior governabilidade do fator trabalho. Para a realização dessa reivindicação, reclama-se uma flexibilidade normativa, que poderá ser

atingida sob a ótica legal, regulamentar e convencional, mas assegurando-se garantias mínimas ao empregado.

Segundo Martins (2013, p. 570):

O direito do trabalho é um ramo da ciência do Direito muito dinâmico, que vem sendo modificado constantemente, principalmente para resolver o problema do capital e do trabalho. Para adaptar esse dinamismo à realidade laboral, surgiu uma teoria chamada de flexibilização dos direitos trabalhistas.

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 na relação entre o capital e o trabalho.

Para Robortella (1994, p. 97):

[...] definimos a flexibilização do direito do trabalho como o 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.

Júlio Assunção Malhadas (MALHADAS, 1991, p. 143 *apud* MARTINS, 2013, p. 12) nos trás um conceito de menor rigidez em relação ao já elencado, ao esclarecer ser a flexibilização:

[...] a possibilidade de as partes – trabalhador e empresa – estabelecerem, diretamente ou através de suas entidades sindicais, a regulamentação de suas relações sem total subordinação ao Estado, procurando regulá-las na forma que melhor atenda aos interesses de cada um, trocando recíprocas concessões.

A flexibilização aparece como um novo conceito de jornada de trabalho que não se enquadra no padrão de oito horas diárias exercidas de preferência em um mesmo local conforme assegura a Constituição Federal.

A flexibilização visa a garantir um conjunto de regras mínimas ao empregado e, em contrapeso, a sobrevivência da empresa, mediante a modificação de comandos legais, assegurando aos trabalhadores certos direitos mínimos e ao empregador possibilidade de adaptação de seu negócio, mormente em épocas de crise econômica. (MARTINS, 2013, p. 570-571).

Amauri Mascaro do Nascimento (2006, p. 150) aponta três teorias principais quanto a flexibilização no direito do trabalho: flexibilista, antiflexibilista e semiflexibilista.

A flexibilista, cujas ideias são baseadas na manifestação de Lobo Xavier, em Portugal, no seu Curso de direito do trabalho (1993), que mostra que o direito do trabalho abrange três fases diferentes, a da conquista, a promocional e a de adaptação à atual realidade, com as convenções coletivas de trabalho estendendo 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 a que uma norma pode ser socialmente aceita num período de abundância, mas absolutamente nociva numa sociedade em crise e em desemprego. (NASCIMENTO, 2006, p. 150).

Já a segunda, a antiflexibilista, amparada em grande parte por Vazques Viliard, em sua obra *La flexibilidad en el derecho del trabajo* (1998), que questiona se essa proposta é mero pretexto para reduzir os direitos dos trabalhadores ou é, de fato uma adequação do direito do trabalho à realidade. É a posição, no Brasil, adotada dentre outros, de Orland da Costa, que diz que a flexibilização pode agravar a condição dos hipossuficientes sem contribuir para o fortalecimento das relações de trabalho. (NASCIMENTO, 2006, p. 150).

Por fim, a terceira, a semiflexibilista, que advém de posicionamentos como o de Romagnoli (1992), na Itália, para quem a flexibilização deve começar pela autonomia coletiva, para evitar riscos, por meio de negociações coletivas, tese que é simpática também a Uriarte no Uruguai, que sugere a desregulação do direito coletivo (NASCIMENTO, 2006, p. 150).

Para Nascimento a corrente antiflexibilista é a mais adequada, pois define a flexibilização do direito do trabalho como: corrente de pensamento na qual as necessidades de natureza econômica justificam a postergação dos direitos dos trabalhadores, como a estabilidade no emprego, as limitações à jornada diárias de trabalho, substituídas por um módulo anual de totalização da duração do trabalho, a imposição pelo empregador das formas de contratação do trabalho moldadas de acordo com o interesse unilateral da empresa, o afastamento sistemático do direito adquirido pelo trabalhador e que ficaria ineficaz sempre que a produção econômica o exigisse, enfim, o crescimento potestativo do empregador, concepção que romperia definitivamente com a relação de poder entre os sujeitos do vínculo de emprego, pendendo a balança para o economicamente forte (NASCIMENTO, 2006, p. 154).

Para o autor supracitado não é possível a flexibilização do direito do trabalho como um todo, no entanto como já são parte da realidade do Brasil, admite-se certas flexibilizações. A defesa dos direitos trabalhistas apesar de imperar, não é absoluta frente a realidade. Essas flexibilizações podem ser aderidas, desde que acompanhadas de adoção de outras medidas, que acabem proporcionando o equilíbrio da relação jurídica de trabalho.

Há casos em que a flexibilização é permitida e regulamentada na lei. Este é o caso do banco de horas, em que há um acordo de compensação das horas trabalhadas. Trata-se de caso de permissão de flexibilizar, frente a existência de um dispositivo legal que o regulamenta.

Outros casos como o do revezamento, não é a lei, mas sim a jurisprudência que permite a flexibilização da jornada de trabalho.

Para Maurício Godinho Delgado (2008, p. 201), deve prevalecer em todo o caso os princípios da Imperatividade das Normas Trabalhistas e da Indisponibilidade dos Direitos Trabalhistas, de forma que é incabível a flexibilização que de qualquer forma afete direitos dos trabalhadores de forma prejudicial.

Segundo Pedro Paulo Teixeira Manus (2006, p. 130), não seria possível, por ser proibida constitucionalmente, a flexibilização de normas trabalhistas sem uma contrapartida de igual benefício, ou seja, a supressão de um direito trabalhista só seria permitida mediante uma contrapartida referente a um benefício de igual peso.

Para Cássio Mesquita Barros Júnior:

[...] flexibilização do Direito do Trabalho consiste nas medidas ou procedimentos de natureza jurídica que têm a finalidade social e econômica de conferir às empresas a possibilidade de ajustes a sua produção, emprego e condições de trabalho a contingências rápidas ou contínuas do sistema econômico” (BARROS JÚNIOR, 1994, p. 45).

### **3. O INSTITUTO DO BANCO DE HORAS**

A partir das alterações propiciadas pela Lei 9.601 de 1998 iniciou-se um novo debate, haja vista a criação do instituto do banco de horas. A posição acolhedora da validade do simples acordo tácito é francamente minoritária na cultura justralhista brasileira. Afinal, já mesmo antes da Constituição de 1988 a jurisprudência dominante insistia na necessidade de pactuação pelo menos por escrito do regime de compensação, não acatando sua inserção meramente tácita no contrato. (DELGADO, 2014, p. 923).

A relevância dessa medida flexibilizatória exigiria, desse modo, manifestação expressa formal do obreiro para sua validade. O avanço constitucional trazido ao tema não acresceu qualquer novo argumento em favor da tese minoritária. Isso significa que a tese da viabilidade do mero acordo tácito tornou-se cada vez menos sustentável na dinâmica do Direito do Trabalho pátrio. (DELGADO, 2014, p. 923).

Registre-se porém, a antiga Orientação Jurisprudencial 182 da SDI-I/TST de 2000, se lida em sua literalidade poderia conferir suporte à tese da validade do mero ajuste tácito, para o regime compensatório, já que não menciona termo escrito. Contudo, não pode ser este o sentido da linha interpretativa sugerida, uma vez que a ideia de absoluta informalidade em matéria desse relevo seria francamente contrária à tendência da própria jurisprudência firmada

por décadas nos tribunais do país e ainda presente na Súmula 85 do mesmo TST. (DELGADO, 2014, p. 923).

É verdade que a Lei 9.601 de 1998 provocou brusca mudança à medida que produziu significativa modificação no regime compensatório, criando o chamado banco de horas. Desde então, esse regime deixou de ser visto como favorável ao empregado adquirindo caráter unilateral, incidindo sobre outros dispositivos cogentes da Constituição Federal de 1988. (DELGADO, 2014, p. 926).

Anterior a Lei 9.601 de 1998 existiam três posições distintas a cerca do regime de compensação de horas. (DELGADO, 2014, p. 927).

A primeira seria a compensação estritamente intrassemanal que se fundava do texto tradicional da Consolidação das Leis Trabalhistas que pactuava que o excesso de horas trabalhadas em um dia deveria ser compensado pela correspondente diminuição no outro dia, de maneira que não ultrapasse o horário normal da semana e nem o limite máximo de dez horas diárias. Para tal vertente, o velho texto celetista teria sido recepcionado pela Constituição Federal de 1988, delimitando temporalmente, de maneira rigorosa, a previsão compensatória imprecisa do artigo 7º, XIII da Constituição Federal 1988. (DELGADO, 2014, p. 927).

Nota-se que tal leitura não enxergava efetiva inovação constitucional, vez que a Constituição teria acatado o estrito critério temporal de cálculo e delimitação do regime compensatório de jornada vislumbrado pelo modelo celetista tradicional.

A segunda posição, compensação ao longo do ano, valia-se da aparente imprecisão do texto normativo constitucional. Este regime poderia fixar um verdadeiro banco de horas, integrado por créditos e débitos de horas laborativas, passível de acionamento ao longo do ano em transcurso. (DELGADO, 2014, p. 928).

A doutrina e a jurisprudência de modo preponderante rejeitaram a viabilidade jurídica do Direito no país, desse tipo de mecanismo compensatório. A ideia de banco de horas embutida no regime anual de compensação de jornada, vinha sendo firmemente rejeitada pela cultura justralhista dominante, por ser considerada incompatível com a ordem jurídica. No entanto, a partir da Lei 9.601 de 1998 ficou expressamente permitida a pactuação de tal regime.

Por fim, a compensação intersemanal, respeitando o parâmetro do mês, era significativamente forte na jurisprudência trabalhista. Para tal vertente, nem o parâmetro temporal restrito (compensação meramente intrassemanal), nem o parâmetro temporal largo

(compensação ao longo do ano) harmonizavam se com o conjunto da ordem pública vigente no país após a Constituição. (DELGADO, 2014, p. 928).

Para a corrente interpretativa em questão, é óbvio que existiriam parâmetros máximos para o regime compensatório, no entanto, tais parâmetros não se cobririam de limites estreitos da semana, nem chegariam a alcançar, ao revés, a extensão larga correspondente ao ano. Tais parâmetros expressos no inciso XII do artigo 7º da Constituição, deveriam ser inferidos do conjunto da ordem jurídica incidente sobre o tema. (DELGADO, 2014, p. 929).

A jurisprudência vinha acolhendo usualmente o parâmetro do mês para regime de compensação de jornada. Em consonância com essa interpretação lançada, os tribunais vinham considerando compatíveis com a nova ordem constitucional os conhecidos regimes de compensação que estipulam sistemas de plantões (12 x 36 ou 24 x 72), sistemas que ultrapassam as horas semanais, assegurando porém o limite do mês. Em face dessa mesma linha reflexiva é que se vinha aferindo, por outro lado, nos tribunais trabalhistas, como irregulares regimes de compensação que produzissem comparações e deduções por além da fronteira do mês trabalhado. (DELGADO, 2014, p. 930).

É válido o acordo ou convenção coletiva para celebrar o regime de compensação de 12 horas de trabalho por 36 de descanso, que é muito utilizado na área hospitalar, sendo até preferência entre os trabalhadores. (MARTINS, 2013, p. 575-576).

A Lei nº 9.601 de 1998 modificou, substantivamente, o mecanismo de compensação de jornada no Direito brasileiro. Instituiu novo tipo de contrato fora das restritas hipóteses de pactuação da Consolidação das Leis Trabalhistas. (DELGADO, 2014, p. 930).

A referida Lei instituiu a autorização para pactuação da chamada compensação anual ou banco de horas. O poder executivo, entretanto, através da Medida Provisória n. 1709 de 1998, estabeleceu o período anual pleno para a compensação. (DELGADO, 2014, p. 931).

De toda forma, estendeu o parâmetro da flexibilização compensatória a uma tal fronteira muito além do que se estabelece o artigo 7º, XXII da Constituição. O regime de compensação anual, portanto, escapa à dubiedade instigante que respondia pelo prestígio do mecanismo compensatório no estuário normativo da Constituição Federal, já que deixa de ser manejado em extensão ponderada, perdendo, nesse aspecto, o caráter de vantagem trabalhista em benefício recíproco de ambas as partes. (DELGADO, 2014, p. 931).

O banco de horas surgiu recentemente no ordenamento jurídico brasileiro, nele o empregado desempenha uma jornada inferior a normal em situações de baixa produtividade das empresas, por conseguinte, nas ocasiões de alta produção as horas sejam compensadas, sem prejuízo ao salário e eventuais dispensas. (MARTINS, 2013, p. 571-572).

Deste modo, conclui-se que o banco de horas incide quando o trabalhador cumpre excedentes horas em um determinado dia para diminuir sua carga horária em outro dia, não havendo em consequência de tal compensação, pagamento de adicionais. (ALMEIDA, 2009, p. 132).

Barros (2007, p. 662) define banco de horas como sendo:

“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, tão pouco ultrapasse o limite de dez horas por dia.

Já Pinto Rodrigues (2000, p. 528) define banco de horas como:

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

O Ministério do Trabalho conceitua banco de horas no mesmo sentido:

Um sistema de compensação de horas trabalhadas a menos, sem prejuízo do pagamento, com as trabalhadas a mais, sem a respectiva retribuição indenizada, para compensação após determinado período convencionado pelos contratantes, sindicalmente autorizados, com resgate do saldo pelo credor final. É o mecanismo que possibilita a compensação do excesso de horas trabalhadas, em um dia com a correspondente diminuição em outro, sem o pagamento de horas extras. (PINTO, 2000, p. 528).

Atribui-se a denominação banco de horas, pois o empregado acumula horas trabalhadas, que posteriormente poderão ser convertidas em descanso. Por aceitar essa espécie de poupança de horas, denominou-se o instrumento de banco de horas. Nesse sentido, as horas trabalhadas depois das horas normais não são tidas como horas extras, gerando ao empregador redução de custos em folha e permitindo repor funcionários nos períodos de maior necessidade, folgando naqueles em que não há essa necessidade. Para o empregado em tese esse método seria conveniente, pois poderia ter períodos de descanso maior durante alguns dias.

A importância de se estudar todo o instituto jurídico da compensação de jornada, antes de adentrar ao tema banco de horas, visto que um resulta do outro. Destaca-se ainda, a caracterização da compensação de jornada pela adequação estabelecida no intuito de regularizar o excesso de trabalho efetivado em um dia pelo consequente decréscimo, proporcional, de outro dia, dentro do previsto em lei ou instrumento normativo de categoria exclusiva.



Por meio de acordo ou convenção coletiva, é admitida, através do banco de horas, a compensação do excesso de horas trabalhadas, conquanto, a soma das jornadas semanais não pode exceder o período máximo de um ano, bem como, ultrapassar o limite de dez horas por dia. (BARROS, 2007, p. 662).

Valentin Carrion (2002, p. 106) assegura:

A compensação, inicialmente semanal, foi estendida a quaisquer períodos, desde que não supere um ano; é o chamado “banco de horas”, onde as extras trabalhadas em um dia poderão ser compensadas com a correspondente diminuição em outro dia. O instituto já era anseio dos trabalhadores, principalmente do ABC paulista, e objetiva proporcionar às empresas maior possibilidade de adequar a atividade dos trabalhadores às necessidades de produção [...].

A compensação da jornada extraordinária do funcionário deve ser feita com a máxima cautela. A justiça trabalhista tem sido muito rígida na hora de conferir validade ao banco de horas, o que, às vezes, pode se transformar em mais um foco de ações trabalhistas. Sendo assim, há de serem observadas as limitações, as vedações e os requisitos que exigem à aplicação de tal mecanismo.

Nesse sentido a Súmula 85, IV do TST dispõe que a prestação de horas extras habituais descaracteriza o acordo de compensação de jornada. Neste caso, as horas excedentes a jornada semanal normal, serão pagas como horas extraordinárias e, quanto àquelas destinadas à compensação apenas o adicional de trabalho extraordinário será liquidado. No mesmo sentido, tem-se a seguinte jurisprudência:

ACORDO DE COMPENSAÇÃO. EXTRAPOLAÇÃO DA JORNADA. A prestação de horas extras habituais descaracteriza o acordo de compensação de horas. Nesta hipótese, as horas que ultrapassarem a jornada semanal normal devem ser pagas como horas extras e, quanto àquelas destinadas à compensação, deve ser pago a mais apenas o adicional por trabalho extraordinário. (Orientação Jurisprudencial nº. 220 da SBDI-1).

O §3º do artigo 59 da Consolidação das Leis Trabalhistas expõe duas situações de aplicação da compensação de horas. A primeira é o termo final do tempo pactuado pelo empregado e o empregador, em conformidade com a convenção coletiva ou acordo coletivo; a segunda é cabível na extinção do contrato que inviabiliza a continuidade do regime do banco de horas, haja vista o rompimento do vínculo empregatício. (PINTO, 2007, p. 581).

A compensação de horas, prevista na Lei 9.601 de 1998, deixou de ser de 120 dias para ser de um ano com a Medida Provisória nº 1.952-28 de 2000 que também alterou a letra do artigo 59 da CLT, §2º. Esta é a primeira oportunidade para a compensação de jornada, ou seja, o término do período ajustado entre os contratantes de acordo com a convenção ou acordo coletivo ou nos termos da Súmula 85 do TST.

Nestes casos de compensação pelo termo final do período pactuado entre empregado e empregador, em conformidade com a convenção coletiva ou acordo, caso ultrapasse as dez horas diárias, tal excedente terá de ser pago como hora extra, com o respectivo adicional, podendo inclusive incorrer multa administrativa contra a empresa. (MARTINS, 2013, p. 573).

Ocorrendo rescisão do contrato de trabalho, sem que o empregador tenha feito a compensação das horas extraordinárias na sua totalidade, o empregado poderá receber as horas extras não compensadas, com valores calculados sobre a remuneração vigente na ocasião da rescisão. (BARROS, 2007, p. 662).

No mesmo sentido, a Súmula nº. 264 do TST compreende que referida remuneração deverá ser efetivada com adicional, pois são horas extraordinárias, calculadas com base no número de horas extras não compensadas multiplicado pelo valor da remuneração na data da rescisão do contrato de trabalho, com base na globalidade salarial, ou melhor, hora normal, integrada por parcelas de natureza salarial e acrescido do adicional previsto em lei, contrato, acordo, convenção coletiva ou sentença normativa. (MARTINS, 2005, p. 573-575).

O artigo 59, §3º da CLT traz a seguinte redação:

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.

Nos casos de remuneração variável, como integrada de comissões e gorjetas, deve-se apurar a média dos últimos doze meses ou dos meses de trabalho, caso o trabalhador tenha menos de um ano de serviços prestados. (MARTINS, 2013, p. 288-289).

Destaca-se as hipóteses que não isentam o empregador do ônus de pagamento das horas extras que não corresponderem ao sistema de compensação, quais sejam: dispensa por justa causa, rescisão indireta ou pedido de demissão voluntária por parte do trabalhador. Caso não haja crédito de horas a favor do empregador na ocasião da rescisão do contrato de trabalho, estas deverão ser pagas pelo empregado respeitando-se, porém, o limite de um mês da remuneração do empregado para efeito de compensação. (§5º do artigo 477 da Consolidação das Leis Trabalhistas). (MARTINS, 2013, p. 578).

O banco de horas encontra amparo legal no artigo 7º, XIII, Constituição Federal de 1988, no qual sua adoção só será realizada mediante de acordo ou convenção coletiva, sendo essa redação adotada também pelo §2º do artigo 59 da Consolidação das Leis Trabalhistas. Contudo, a recente redação da Súmula numero 85 do Tribunal Superior do Trabalho, passou a prever o acordo de compensação, individual, desde que expresso da seguinte maneira.

SÚMULA 85 – COMPENSAÇÃO DE JORNADA (incorporadas as orientações jurisprudenciais nºs 182,220 e 223 da SBDI – 1) – Res. 129/2005 – DJ 20.04.2005.

I – A compensação de jornada de trabalho deve ser ajustada por acordo individual escrito, acordo coletivo ou convenção coletiva. (ex- Súmula nº 85 – primeira parte – Res 121/2003, DJ 21.11.2003).

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

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

IV – A prestação de horas extras habituais descaracteriza o acordo de compensação das jornadas. Nesta hipótese, as horas que ultrapassarem a jornada semanal normal deverão ser pagas como horas extraordinárias e, quanto àquelas destinadas à compensação, deverá ser pago a mais apenas o adicional por trabalho extraordinário (ex – OJ nº 220 – Inserida em 20.06.2001). Redação dada pela Res. 121/2003, DJ 21.11.2003).

A adoção do banco de horas por convenção ou acordo, coletivo ou individual, salvo existência de norma coletiva contrária, embora assegurada pelo ordenamento jurídico, não deixa clara a eficácia de sua implementação sem os instrumentos formais da negociação coletiva, visto que nem sempre a transação bilateral assegura os direitos basilares do trabalhador. (DELGADO, 2006, p. 866-867).

Sobre o acordo individual Martins manifesta:

Se o empregado pactuar, mediante acordo individual com o empregador, a compensação do horário de trabalho, terá o segundo de pagar como extras as horas trabalhadas além da oitava diária, pois a compensação de horários, a partir de 5-10-88, somente pode ser feita por acordo coletivo ou por convenção coletiva de trabalho, nunca por acordo individual. Nesse ponto, estaria derogada a antiga redação do §2º do artigo 59 da CLT, caso se entenda que trata de acordo individual para a compensação de jornada. (MARTINS, 2013, p. 573).

A Medida Provisória n. 2.164-4 de 14 de agosto de 2001, alterou o §2º do artigo 59 da Consolidação Leis Trabalhista, com isso instituindo o então banco de horas, este permitindo por meio de acordo ou convenção coletiva, a compensação das horas trabalhadas a mais em um dia pela respectiva redução em outro dia, no período máximo de um ano, contudo a soma das jornadas não poderá ultrapassar o limite de dez horas por dia.

Em um período o trabalhador é convocação para trabalhar uma ou duas horas suplementares, em um outro período, deixará de trabalhar as horas normais em numero correspondente ao das horas extras anteriormente cumpridas.

O artigo 59 da Consolidação das Leis Trabalhista promulga que o sistema de compensação de jornada somente será válido mediante documento escrito, no qual possa se comprovar o referido pacto labora, conforme determinação legal, do contrário, inexistindo tal

documento, inexistente será o acordo e as horas excedentes serão devidas como extras. (MARTINS, 2013, p. 577).

Outro requisito para sua aplicação do banco de horas é a ausência da habitualidade, ou seja, se as horas extras começarem a serem realizadas de forma habitual ocorre, a descaracterização do banco de horas, assim, as horas que ultrapassarem o módulo de 44 horas semanais serão remuneradas como horas extras. (BARROS, 2007, p. 661).

O acordo de extensão da jornada de trabalho é um negócio jurídico bilateral do tipo acessório, ou seja, somente se realiza após passar pelos planos da existência, validade e eficácia. A compensação de jornada somente é permitida se observados os artigos 59, §2º da Consolidação das Leis Trabalhista e artigo 7º, XIII da Constituição Federal de 1988. Porém os acordos de compensação de jornadas que, tidos como válidos mais ineficazes, sofrerão a incidência da Súmula 85 do TST, conforme exposto anteriormente.

A Constituição Federal de 1988 determina no artigo 7º, XIV, que a duração de trabalho normal não superior a 8 horas diárias e 44 horas semanais, facultada a compensação de horas e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho.

Devido a disposição legal da alínea b, do artigo 7º da Constituição Federal de 1988 as disposições do artigo 59 da Consolidação Leis Trabalhistas, não se aplicam ao trabalhador rural, exceto quando haver, expressa determinação em sentido contrário. Isso porque, o Decreto nº. 73.626/74, que regulamenta a Lei nº. 5.889/73, deixa de fazer referência do artigo 59 da Consolidação das Leis Trabalhistas. (MARTINS, 2013, p. 576).

O artigo 413 da Consolidação das Leis Trabalhistas dispõe quanto as condições de prorrogação da jornada de trabalho dos menores de 18 anos, no qual o legislador serve-se da cautela, fazendo com que os sindicatos examinem a empresa caso a caso, com intuito de resguardar a saúde do menor.

O banco de horas limita-se também na prorrogação da jornada de trabalho de atividades insalubres, pois estas refletem sua nocividade à saúde do trabalhador, daí a necessidade de uma disciplina rigorosa que a lei impõe. Os empregados envolvidos em atividade insalubre, somente poderão prorrogar suas jornadas de trabalho depois da respectiva autorização da autoridade competente, que no âmbito estadual é a Delegacia Regional do Trabalho. Portanto, em trabalhos insalubres e perigosos, a instituição do banco de horas depende de autorização expressa da autoridade competente em matéria de higiene do trabalho, no caso, o Departamento Nacional de Segurança e Higiene do trabalho, ou as Delegacias Regionais do Trabalho.

Nesse sentido esclarece Delgado (2006, p. 863):

A pactuação de horas complementares 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, higiene e segurança no trabalho.

O artigo 6º da Lei 9.601 de 1998, deu nova redação ao artigo 59 da Consolidação das Leis Trabalhistas, estipulando que a compensação de jornada pudesse ser verificada no período de 120 dias, antes restrita à semana propiciadora da extinção dos contratos aos sábados.

Atualmente com a medida provisória n.2.164-41, DOU de 27.08.2001, o prazo máximo para compensação de jornada de trabalho foi limitada para um ano, no entanto, como já foi mencionado, se em norma coletiva estabelece-se período inferior a um ano, que é o limite legal, prevalece o limite estipulado pela norma coletiva por tratar-se de forma mais favorável ao trabalhador.

Barros (2013) orienta-nos acerca da questão:

Nesses regimes, em uma semana o empregado trabalha 48 horas; logo, dividindo-se essas 48 horas por seis, temos em média, oito horas diárias, na segunda semana o empregado trabalha 36 horas; dividindo-se essas 36 horas por seis temos seis horas de trabalho diárias. Na terceira semana o empregado volta a trabalhar 48 horas, o que resulta da jornada de oito horas, obtida com o resultado da média aritmética. Na quarta semana o empregado trabalha novamente 36 horas.

Para Nascimento à remuneração das horas extras decorrentes da reposição a lei atua de maneira clara, de modo que podem ser formuladas hipóteses diversas, mas, como não é lógico admitir trabalho sem salário, é possível afirmar que as horas extras de recuperação devem ser remuneradas porque há prestação de um serviço. Não fosse assim, estaria incentivando o enriquecimento ilícito. Complica-se o caso quando se procura saber se a remuneração dessas horas é com ou sem adicional. A lei ordinária não manda pagar o adicional. Mas a Constituição Federal de 1988 ordena, sem especificações, o pagamento do adicional de horas extras. Não são cumulativas as horas extras nestes casos. (NASCIMENTO, 2002, p. 307).

Sergio Pinto Martins (2013, p. 577), que entende que o empregado deve receber as horas trabalhadas além da jornada normal como extras, pois se trata de tempo à disposição do empregador (art. 4º da Consolidação das Leis Trabalhistas), além do que o empregador é quem deve assumir os riscos da atividade econômica (art. 2º da Consolidação das Leis Trabalhistas), além do que, a Constituição Federal de 1988 não faz distinção quanto às horas extras para a recuperação em razão de paralisações, pois não deixam de ser horas suplementares, revelando, assim, que haverá pagamento de adicional de horas extras, que será de 50%.

Delgado (2003, p. 59-60) aduz que:

O critério inaugurado em 1998 do Brasil (compensação anual). Teria ultrapassado a fronteira máxima compatível com a Constituição Federal (compensação intersemanal, respeitado o mês), por instituir mecanismos que amplia (ao invés de reduzir) os riscos inerentes ao trabalho. Para esta linha reflexiva, norma jurídica estatal que tenha vindo ampliar (ao invés de reduzir) os riscos inerentes ao trabalho é a norma jurídica que desrespeita comando institucional (artigo 7º, XIII, CF/88).

Nota-se ainda, vício normal na alteração do artigo 59 pela Lei 9.601 de 1988.

Tem origem em uma medida provisória, exclui a regra do artigo 62 da Constituição Federal que expressa que a forma de legislar é viável apenas em condições de relevância e urgência, além de estabelecer prazo para conversão em lei, que não foi o caso da alteração aludida.

Conclui-se portanto, que a redação da Lei 9.601 de 1988, é incompatível com as normas que conduzem o direito do trabalho e a Constituição Federal.

### 3.1. Vantagens e desvantagens da adoção do banco de horas

O banco de horas foi criado com o intuito de estabelecer entre empregador e empregado um equilíbrio, de maneira que as empresas adaptem os trabalhadores às necessidades do mercado e a preservação de seus empregos.

Conforme exposto anteriormente, nada mais é do que a compensação da jornada de trabalho, de maneira que, as horas trabalhadas a mais em um dia, normalmente nos períodos de maior produção da empresa, são compensadas nos períodos de baixa produção, ou seja, adapta-se o empregado à produtividade da empresa. (MARTINS, 2013, p. 577-578).

Para Martins (2013, p. 571), além de evitar dispensa dos empregados em períodos de baixa produção e crise econômica, o banco de horas também contribui com o desenvolvimento da empresa no sentido de evitar que o trabalhador fique inativo por falta de trabalho; além da adequação da produção e a redução dos gastos da empresa.

Para Rosa Pinto (2001, p. 124-125), o instituto de bancos de horas traz outra vantagem ao empregador, visto que este se exime do pagamento de adicional de horas extras, além da inclusão no repouso remunerado, 13º salário, férias e FGTS.

Entretanto, Pinto (2001, p. 528) ressalta que tal vantagem em prol do empregador não acarreta prejuízo ao empregador.

Compreende também a vantagem ao empregado de não trabalhar aos sábados, tendo assim, mais tempo livre e redução de gastos com transporte. (MARTINS, 2013, p. 572).

Para Delgado (2006, p. 864) a compensação anual ressalva a perda da característica de ponderação, isto é, deixa de ser vantagem recíproca entre as partes, posto que o fato de agredir a saúde, higiene e segurança laborais, torna-se prejudicial ao empregado.

Segundo Sônia Nascimento (2002, p. 162), existem outros benefícios para o empregado, como: “o melhor convívio social e familiar e o ensejo ao treinamento e ao aperfeiçoamento profissional dos empregados durante os períodos de jornada reduzida”.

Se o mecanismo de banco de horas for utilizado da forma correta, poderá beneficiar os contratantes no sentido de não terem que pagar horas extras, assim como os adicionais, já aos empregados o benefício se ter mais tempo livre. Ocorre que atualmente, com a prática abusiva por parte dos empregadores, as jornadas se tornaram desumanas e sem perspectiva de compensação. Assim, surge a necessidade de fiscalização e aplicação de punições aos que cometem até para que os prejudicados, no caso os empregados, não tenham receio em denunciar tal atitude.

Em síntese, o artigo 59 da CLT fixou indisfarçável marco diferenciador na evolução sociojurídica do regime compensatório no país, por eliminar a reciprocidade de vantagens que a clássica figura equilibradamente sempre propiciara às partes contratuais. (DELGADO, 2014, p. 931).

O regime de compensação anual previsto pelo novo artigo 59 da CLT somente pode ser pactuado pelos instrumentos formais da negociação coletiva trabalhista, em virtude de a Constituição não permitir a transação meramente bilateral pactue medida desfavorável à saúde e segurança obreiras. (DELGADO, 2014, p. 934).

O banco de horas criado pela Lei 9.601 de 1998 passa a ser válido desde que pactuado por convenção ou acordo coletivo do trabalho, desde que observados os critérios procedimentais de fixação de cada tipo de diploma negociado. (DELGADO, 2014, p. 935).

De acordo com a Convenção n. 151 da OIT que dispõe sobre as relações de trabalho na função pública, inclusive a negociação coletiva no segmento, o óbice acima mencionado desapareceu. Portanto, torna-se possível o estabelecimento de banco de horas nas entidades de direito público, mediante instrumento coletivo negociado, inclusive pela circunstância de não constituir cláusula de natureza e repercussões econômicas, as quais se consideram privativas de regência legal. (DELGADO, 2014, p. 937).

O inciso VI do artigo 7º da Constituição Federal de 1988 dispõe sobre a irredutibilidade do salário, salvo disposição em por meio de acordo ou convenção coletiva. (MARTINS, 2013, p. 566).

Havendo trabalho superior à jornada normal, de modo a compensar o trabalho não realizado no sábado, e se sábado for feriado, deve o empregador pagar como extras as horas suplementares trabalhadas com o adicional de 50% de não pagamento em dobro, pois não há trabalho no feriado. Poderá a empresa redistribuir as horas da semana referentes ao feriado ocorrido no sábado. Se o feriado recair na segunda ou sexta-feira, poderá o empregador exigir compensação complementar de modo a compensar a jornada inferior à normal trabalhada na semana em decorrência do feriado. (MARTINS, 2013, p. 570).

#### **4. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Como visto no desenvolvimento do presente trabalho, a análise do instituto do banco de horas e o acordo de compensação de jornada como método flexibilizatório do direito do trabalho vem desde a era da revolução industrial.

Na Constituição Federal, artigo 7º, incisos XIII e XIV, a jornada diária de trabalho atribuída aos trabalhadores urbanos, rurais, avulsos e domésticos (parágrafo único), foi de 8 (oito) horas.

A flexibilização surge como um novo conceito de jornada do trabalho que não se limita mais às 8 (oito) horas estipuladas na Constituição Federal, mas podendo chegar até 10 (dez) horas diárias, podendo compensar as 2 (duas) horas extraordinárias com folgas em outros dias, a critério do empregador, e sem a remuneração extraordinária (de no mínimo 50%).

Por outro lado, os defensores das normas flexibilizatórias afirma que o banco de horas, vincula uma medida necessária e legal para suprir um problema decorrente da volatilização das necessidades de horas trabalhadas em períodos específicos e a devida concessão de folgas em período de menor movimento ou necessidade da prestação laboral.

Mas, as longas jornadas e do evidente desgaste que estas provocavam, os empregados acabavam abdicando de família, lazer, educação, atividades culturais, entre outros, voltando-se, somente, ao trabalho, gerando-lhes prejuízos sociais e de saúde inestimáveis, visto que, as jornadas excessivas aumentam demasiadamente o risco de doenças ocupacionais e acidentes de trabalho, sem dizer que, após a jornada mensal escaldante o empregado poderá receber o salário “básico”, sem nenhum adicional, em virtude de todas as horas extras estarem no banco de horas, a fim de serem compensadas no período de 1 (um) ano.

Evidentemente, o que conforma como atividade do homem, restrita como a sua natureza, existem limitações das quais não se podem ultrapassar.



Assim, o número de horas de trabalho diário não deve exceder a força dos trabalhadores, e a quantidade de repouso deve ser ajustada à qualidade do trabalho, às circunstâncias do tempo e do lugar, à compleição e saúde dos trabalhadores.

Dessa forma, buscou-se demonstrar as limitações de aplicação, características, as vantagens e desvantagens do instituto de banco de horas ao empregador e aos empregados, analisando também de forma suscita sua constitucionalidade, abordando também a alteração que a Súmula 85 do TST trouxe estendendo o regime de banco de horas também ao acordo individual.

Por enfim, após exposição do prós e contras do instituto do banco de horas pode-se considerar que o instituto proporciona maiores benefícios ao empregador, visto que com o regime de compensação de horas este se obsta do pagamento de diversos adicionais, como por exemplo, adicional de horas extras, reflexos no descanso semanal remunerado, 13º salário, Férias + 1/3, aviso prévio, FGTS, contribuições previdenciárias, dentre outros, representando assim, uma grandíssima vantagem para o empregador, resumindo-se a redução nos “gastos” com a mão de obra e ferindo as garantias constitucionais do trabalhador.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, André Luiz Paes de. **Direito do trabalho**. 6.ed. São Paulo: Rideel, 2009.

BRASIL. Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Consolidação das Leis do Trabalho. **Diário Oficial da União**. Brasília, 1943. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm)>. Acesso em 09 de abr. 2017.

\_\_\_\_\_. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. **Diário Oficial da União**. Brasília, 1988. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em 09 de abr. 2017.

\_\_\_\_\_. Lei nº9.601 de 21 de janeiro de 1988. Bancos de horas. **Diário Oficial da União**. Brasília, 1988. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9601.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9601.htm)>. Acesso em 09 de abr. 2017.

\_\_\_\_\_. Medida provisória nº1.709, de 06 de agosto de 1998. **Diário Oficial da União**. Brasília, 1998. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/mpv/Antigas/1709.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/Antigas/1709.htm)>. Acesso em 09 de abr. 2017.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 85, 90, 264, 320, 324, 325. In: \_\_\_\_\_. **Súmulas**. Brasília. Disponível em <<http://www.tst.jus.br/sumulas>> Acesso em 05 ago. 2017.

BARROS JUNIOR., Cássio Mesquita. **Flexibilização no direito do trabalho**. Revista trabalho e processo. São Paulo, n. 2, setembro, 1994.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 3.ed. São Paulo: LTR, 2007.  
\_\_\_\_\_. **Curso de direito do trabalho**. 9. ed. São Paulo: LTR, 2013.

CARRION, Valentin. **Comentários à consolidação das leis do trabalho: legislação complementar, jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2002.

DELGADO, Maurício Godinho. **A jornada de trabalho no Direito do Trabalho Brasileiro**. Belo Horizonte: UFMG, 2002.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito do trabalho**. 13. ed. São Paulo: LTR, 2014.

MANNRICH, Nelson. **A modernização do contrato de trabalho**. São Paulo: LTR, 1998.

MANUS, Pedro Paulo Teixeira. **Direito do trabalho**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MARTINS, Sergio Pinto Martins. **Direito do Trabalho**. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 16. ed. São Paulo, Saraiva: 1999.

NASCIMENTO, Sônia Aparecida Costa Mascaro. **Flexibilização do horário de trabalho**. São Paulo: LTR, 2002.

PINTO, José Augusto Rodrigues. **Curso de direito individual do trabalho: noções fundamentais de direito do trabalho, sujeitos e institutos do direito individual**. 4. Ed. São Paulo: LTR, 2000.

ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. **O moderno direito do trabalho: flexibilização, terceirização, novas tecnologias, contratos atípicos, participação na empresa**. São Paulo: LTR, 1994.

SÜSSEKIND, Arnaldo et al. **Instituições de direito do trabalho**. 22. ed. v. 1. São Paulo: LTr, 2005.