

CLÁUDIO FERNANDES MARQUES SANTOS

**COMPENSAÇÃO DE JORNADA DE TRABALHO:
CONFRONTO ENTRE A LEGISLAÇÃO E A SÚMULA 85 DO TST**

BACHARELADO EM DIREITO

FIC-MG

2014

CLÁUDIO FERNANDES MARQUES SANTOS

**COMPENSAÇÃO DE JORNADA DE TRABALHO:
CONFRONTO ENTRE A LEGISLAÇÃO E A SÚMULA 85 DO TST**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à FIC – Faculdades Integradas de Caratinga, como requisito final para obtenção do grau de Bacharel em Direito, desenvolvido sob a orientação do Professor Frederico Fernandes Dutra.

FIC – CARATINGA

2014

AGRADECIMENTO

Primeiramente a Deus que permitiu que tudo isso acontecesse.

Aos meus pais, irmão, namorada, avós, tios, primos e amigos, sem privilégio por gênero, por enraizares no meu ser aquilo que sou como pessoa.

Ao meu orientador Frederico Fernandes Dutra, pela paciência na orientação e por compartilhar sem egoísmo sua sabedoria, sempre de grande valia e de fulcral importância que tornaram possível a conclusão desta monografia.

E aqueles que, de certa forma, contribuíram nesta empreitada, cuja especificação resultaria, sem dúvidas, numa imensa lista.

A todos meu muito obrigado !

DEDICATÓRIA

A José e Marlene, meus pais, que de muitas formas me incentivaram e ajudaram para que fosse possível a concretização deste trabalho.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CLT Consolidação das Leis do Trabalho

LINDB Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro

OIT Organização Internacional do Trabalho

TRT Tribunal Regional do Trabalho

TST Tribunal Superior do Trabalho

RESUMO

O presente trabalho monográfico tem por escopo a abordagem das normas relativas ao Direito do Trabalho, principalmente as referentes à compensação de jornada de trabalho, bem como o estudo dos princípios e regras da Hermenêutica Jurídica. Dentre os dispositivos legais concernentes ao tema, estuda-se a correta interpretação da palavra acordo contida no inciso XIII do artigo 7º da Constituição Federal e do § 2º do artigo 59 da CLT. No presente caso, a discussão surge em virtude da incompatibilidade da súmula 85 do TST em face da correta interpretação dos dispositivos acima mencionados. Tendo em vista que a correta interpretação que se faz da locução acordo, segundo as técnicas de interpretação, integração e aplicação da norma é no sentido de acordo coletivo, tem-se que a referida súmula, que permite que a compensação seja celebrada mediante acordo bilateral, é incompatível com as normas celetista e constitucional. Na doutrina não há uma unanimidade sobre tal questão, existem autores, como Sérgio Pinto Martins e Vólia Bomfim que argumentam que a determinação dos dispositivos é de exclusividade de acordo jurídico coletivo, entendimento este que se baseia no fato de que a Constituição da República, em todos os casos de flexibilização, visa claramente prestigiar a negociação coletiva e que no caso de compensação não seria diferente. No outro lado desta discussão há autores, como Valentim Carrion e Mauricio Godinho que entendem que ao vocábulo dar-se-á o sentido de acordo individual. Com o intuito de resolver tal problema jurídico é fundamental buscar amparo na legislação e na doutrina trabalhista, que servem de base teórica para o estudo dos institutos da jornada de trabalho, jornada extraordinária de trabalho e compensação de jornada. O estudo das regras e princípios da Hermenêutica Jurídica revela-se necessário para que assim se possa esclarecer a dúvida gerada acerca da natureza do título jurídico autorizador da compensação de jornada de trabalho e da compatibilidade ou não da súmula 85 do Tribunal Superior do Trabalho.

Palavras-chaves: jornada de trabalho; jornada extraordinária de trabalho; hermenêutica jurídica; compensação de jornada.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS	9
1 - A COMPENSAÇÃO NA JORNADA EXTRAORDINÁRIA DE TRABALHO	13
1.1 Jornada de trabalho	13
1.2 Jornada extraordinária de trabalho.....	16
1.3 Compensação de jornada extraordinária de trabalho.....	19
2 - HERMENÊUTICA JURÍDICA	23
2.1 Interpretação da norma jurídica	24
2.2 Integração da norma jurídica.....	29
2.3 Aplicação da norma jurídica	34
3 - A INTERPRETAÇÃO ATUALMENTE CONFERIDA AO INCISO XIII DO ARTIGO 7º DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988 E AO § 2º DO ARTIGO 59 DA CLT EM FACE DA SÚMULA 85 DO TST	38
3.1 A súmula 85 do TST.....	39
3.2 Incompatibilidade da súmula 85 do TST em face das regras legais em vigor	41
CONSIDERAÇÕES FINAIS	45
REFERÊNCIAS	47

INTRODUÇÃO

O presente trabalho monográfico é um estudo sobre o instituto da compensação de jornada de trabalho, espécie do gênero jornada de trabalho extraordinária, normatizada pela Constituição Federal e pela Consolidação das Leis do Trabalho.

Neste contexto, dedica-se o estudo a evidenciar através de pesquisas doutrinárias jurídicas, nas jurisprudências e nos dispositivos legais o confronto entre o direito legislado e direito sumulado quando do acordo necessário para celebração da compensação de jornada de trabalho.

O estudo do tema e das questões analisadas em torno do mesmo justifica-se pelo fato de que é imprescindível que o legislador manifeste quanto do acordo legal para celebração da compensação de jornada de trabalho, haja vista que o labor em excesso pode acarretar graves prejuízos à saúde física, mental e biológica do trabalhador.

Trata-se de pesquisa de caráter transdisciplinar, tendo em conta o estudo sobre variados ramos do direito tal como, o Direito do Trabalho e o Direito Constitucional, representados nesta pesquisa pelo inciso XIII do artigo 7º da Constituição Federal e § 2º do artigo 59 da CLT.

Adotaram-se na presente pesquisa as ideias relativas ao tema sustentadas pelo doutrinador e desembargador do TRT da 2ª Região Sérgio Pinto Martins.

Visando um trabalho objetivo, a presente monografia dedica-se, especificamente, as questões relativas a compensação de jornada de trabalho e suas limitações legais.

Assim, no primeiro capítulo foram elencadas questões primordiais acerca da jornada de trabalho, iniciando com a definição de jornada, a evolução histórica e a diferença existente entre jornada de trabalho e duração de jornada. Da mesma forma foi apresentada a jornada extraordinária de trabalho, bem como suas espécies, tal como a compensação de jornada de trabalho.

A seguir, no segundo capítulo foi abordado o instituto da hermenêutica jurídica e de seus métodos clássicos interpretativos.

Já no terceiro capítulo foi analisada a atual interpretação conferida ao inciso XIII do artigo 7º da Constituição Federal e ao § 2º do artigo 59 da CLT, por meio das técnicas de interpretação da hermenêutica jurídica.

Por fim, ainda no terceiro capítulo foi abordada a súmula 85 do TST, bem como de sua compatibilidade ou não em face das regras legais em vigor.

CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS

Antes de apresentarmos o problema que envolve a presente pesquisa jurídica, se faz necessário, para facilitar sua compreensão, que alguns termos e conceitos, cujos significados são de extrema importância para o desenvolvimento do trabalho fiquem claros.

Assim, tem-se jornada de trabalho como o lapso temporal em que o empregado esta à disposição do empregador para fins de trabalho, ou seja, é a quantidade de tempo diário em que o empregado esta aguardando ou executando ordens em virtude de um contrato de trabalho¹.

Nas palavras de Valentim Carrion:

A jornada normal é o lapso de tempo durante o qual o empregado deve prestar serviço ou permanecer a disposição, com habitualidade, excluídas as horas extraordinárias².

Porém, em alguns momentos no vínculo empregatício surge a imprescindível necessidade de se estender a jornada de trabalho.

Deste modo, a jornada de trabalho poderá ser acrescida em no máximo 2 (duas) horas suplementares, mediante acordo escrito entre empregado e empregador, ou contrato coletivo de trabalho,

A jornada extraordinária é esse excedente temporal de trabalho que ultrapassa os limites legais ou convencionados de uma jornada padrão.

Quanto a este instituto expõe Mauricio Godinho Delgado:

Jornada extraordinária é o lapso temporal de trabalho ou disponibilidade do empregado perante o empregador que ultrapasse a jornada padrão, fixada em regra jurídica ou por cláusula contratual³.

¹ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 10. ed. São Paulo: Ltr, 2011, p. 858.

² CARRION, Valentim. **Comentários a Consolidação das Leis do Trabalho**. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 107.

³ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 10. ed. São Paulo: Ltr, 2011, p. 858.

Isto posto, importante ressaltar que, a ideia de jornada extraordinária de trabalho não se estabelece pelo pagamento de remuneração complementar (adicional de horas extras), e sim com a extrapolação da jornada normal de trabalho. É por tal razão, que se torna possível a existência da jornada extraordinária sem o pagamento do devido adicional e é o que ocorre, por exemplo, no regime compensatório⁴.

O regime de compensação de jornada extraordinária, previsto no § 2º do artigo 59 da Consolidação das Leis do Trabalho, firmado mediante acordo escrito entre empregado e empregador, ou mediante contrato coletivo de trabalho, é aquele em que ocorre o aumento da jornada normal de trabalho, em dias de maiores produções, com a compensação da correspondente diminuição de horas em outro dia⁵.

Quanto à compensação de jornada, conceitua Sérgio Pinto Martins:

Acordo de compensação de horas é o ajuste feito entre empregado e empregador para que o primeiro trabalhe mais horas em determinado dia para prestar serviços em numero de horas inferior ao normal em outros dias⁶.

Assim, na compensação de jornada extraordinária, não há o pagamento do adicional de horas extras e deve-se nesse regime respeitar o limite máximo de horas de trabalho semanais, previsto na Constituição Federal de 1988, que é de 44 horas.

No sistema jurídico a hermenêutica é a ciência pelo meio da qual se criou as regras e os métodos de interpretação das normas jurídicas, dando a estas um sentido prático e exato, assim como o esperado pelos órgãos que as criaram. Nas palavras de Luiz Roberto Barroso, “a hermenêutica é um domínio teórico, especulativo, cujo objeto é a formulação, o estudo e a sistematização dos princípios e regras de interpretação do direito”⁷.

Deste modo, a hermenêutica jurídica destaca três tipologias de interpretação do direito, uma segundo a origem da interpretação, outra segundo os critérios dos resultados do processo interpretativo, e por fim aquela efetuada segundo critérios dos

⁴ Idem, 2011, p. 859.

⁵ BRASIL, Decreto Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Consolidação das Leis do Trabalho. **Vade Mecum**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 770.

⁶ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 540.

⁷ BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 107.

métodos e meios utilizados na interpretação. Esta última, a mais relevante para a sequência do presente trabalho se divide em cinco tipos de interpretação, a gramatical, a lógica, a sistemática, a teleológica e a histórica⁸.

Posto isso, a problemática surge da interpretação que se faz da palavra “acordo” contida na redação do inciso XIII do artigo 7º da Constituição Federal e do § 2º do artigo 59 da Consolidação das Leis do Trabalho:

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 trabalho⁹.

Transcreveremos também o artigo celetista:

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 horas¹⁰.

O Direito do Trabalho segundo suas normas e princípios, regido no Brasil pela Consolidação das Leis do Trabalho, tem por escopo regulamentar o relacionamento entre empregado e empregador e principalmente buscar nesta relação uma condição mais benéfica ao empregado, parte mais frágil de tal relação.

Neste sentido expõe Sérgio Pinto Martins:

Direito do Trabalho é o conjunto de princípios, regras e instituições atinentes à relação de trabalho subordinado e situações análogas, visando assegurar melhores condições de

⁸ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 10. ed. São Paulo: Ltr, 2011, p. 229.

⁹ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Vade Mecum**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 12.

¹⁰ BRASIL, Decreto Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Consolidação das Leis do Trabalho. **Vade Mecum**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 770.

trabalho e sociais ao trabalhador, de acordo com as medidas de proteção que lhe são destinadas¹¹.

Assim temos que o Direito do Trabalho é o sistema jurídico de proteção aos economicamente fracos.

Desta forma, tendo por base as regras de interpretação da hermenêutica jurídica em conjunto com os princípios e normas do Direito do Trabalho, o presente estudo buscará a correta interpretação da palavra “acordo”, disposto no inciso XIII, artigo 7º da Constituição e do § 2º do artigo 59 da CLT.

¹¹ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 17.

1. A COMPENSAÇÃO NA JORNADA EXTRAORDINÁRIA DE TRABALHO

Para compreender a incompatibilidade da Súmula 85 do TST em face do artigo 7º, inciso XIII da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, será feita uma retrospectiva do surgimento da noção de “jornada de trabalho”, prosseguindo para apresentação dos seus conceitos mais relevantes, assim como o conceito de jornada extraordinária e de compensação de jornada; essa discursão vai favorecer a compreensão necessária de importantes elementos a fim de alcançar elementos para compreensão do tema ora proposto.

1.1 JORNADA DE TRABALHO

A delimitação da “jornada de trabalho” representou, efetivamente, a primeira grande luta e conseqüentemente conquista dos trabalhadores. Se nos pensarmos na revolução industrial e da reação humanista que se propôs a garantir e preservar a dignidade do ser humano, ocupado à época com as jornadas de trabalho excessivas, vê-se que a maior parte das leis desse período destinava-se a limitação da jornada de trabalho¹².

Marco histórico e relevante à época, a encíclica *Rerum Novarum* mostrou a preocupação do Papa Leão XIII com a limitação da jornada de trabalho, na qual defendia que a força do trabalho não deveria exceder a condição do homem para não comprometer a sua saúde, como ressalta Sérgio Pinto Martins.

A respeito da Encíclica, continua o citado autor:

Houve certa influência dessa Encíclica, tanto que alguns países começaram a limitar a jornada de trabalho em oito horas. Na Austrália, em 1901, foi especificada a jornada de oito horas. A partir de 1915, foi se generalizando a jornada de oito horas na maioria dos países. Em 1907 e em 1917 foram feitas greves gerais em que havia reivindicação de jornada de oito horas¹³.

¹² NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao direito do trabalho**. 27. ed. São Paulo: Ltr, 2001, p. 32.

¹³ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 518.

Outro marco na retrospectiva histórica da “jornada de trabalho” foi a criação da Organização Internacional do Trabalho, em 1919, e a Convenção nº 1, que fixou a jornada de trabalho em 8 (oito) horas diárias em 44 (quarenta e quatro) horas semanais.

Posteriormente, a Convenção nº 30 da OIT passou a considerar jornada de trabalho todo tempo em que o empregado fica à disposição do empregador.

No Brasil, a Constituição Federal de 1934 foi o texto normativo pioneiro a tratar da jornada de trabalho, estabelecendo o “trabalho diário não excedente de oito horas, reduzíveis, mas só prorrogáveis nos casos previstos em lei”¹⁴.

Com base nesta legalidade de base constitucional, afirmou-se que a limitação da jornada de trabalho é em primeiro plano, uma norma protetora típica de saúde e da segurança do trabalho¹⁵.

Atualmente, a jornada de trabalho é de 8 horas diárias, conforme disposto no art. 58 da Consolidação das Leis do Trabalho, recepcionado pela Constituição Federal de 1988 em seu artigo 7º, inciso XIII.

Tratando do objeto central do presente estudo, estabelece o artigo 7º, inciso XIII:

Art. 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem a melhoria de sua condição social:

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 trabalho¹⁶.

Assim, o dispositivo constitucional traçou limites máximos à jornada de trabalho, ou seja, a duração máxima de 8 (oito) horas diárias e de 44 (quarenta e quatro) horas semanais.

Quanto ao conceito de jornada de trabalho, nas palavras de Martins, jornada de trabalho é a quantidade de labor diário do empregado¹⁷.

¹⁴ JÚNIOR, José Cairo. **Curso de Direito do Trabalho**. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 500.

¹⁵ Idem, p. 500.

¹⁶ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Vade Mecum**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 12.

¹⁷ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 520.

Ressalta o autor que tal conceito deve ser analisado sob a ótica de três importantes prismas.

O primeiro refere-se ao tempo efetivamente trabalhado. Tal critério considera somente o tempo em que o empregado efetivamente presta serviço ao empregador, excluindo-se da jornada laboral os períodos em que o empregado não está produzindo, por exemplo, nos intervalos e paralisações.

O segundo aspecto apresentado pelo autor, determina a jornada de trabalho a partir do momento em que o empregado chega à empresa até o momento em que dela ele se retira¹⁸.

Por fim, o terceiro prisma trata do tempo *in itinere*, que abrange a jornada de trabalho quando do deslocamento do empregado de sua residência a empresa, da permanência nela e do deslocamento de volta à sua residência.

Assim, verifica-se que o Direito do Trabalho admite um sistema híbrido das teorias do tempo em que o empregado se coloca à disposição do empregador e do tempo *in itinere* para identificar a jornada de trabalho¹⁹.

Isso posto, quanto ao conceito de jornada de trabalho, aponta a corrente majoritária, a teoria do tempo a disposição do empregador.

Neste dispõe o artigo 4º da CLT:

Art. 4º. Considera-se como de serviço efetivo o período em que o empregado esteja à disposição do empregador, aguardando ou executando ordens, salvo disposição especial expressamente consignada²⁰.

Assim, tem-se a “jornada de trabalho” como o lapso temporal em que o empregado esta à disposição do empregador para fins de trabalho; ou seja, é a quantidade de tempo diário em que o empregado aguarda ou executa ordens em virtude de um contrato de trabalho, conforme afirma Godinho:

Jornada de trabalho é o lapso temporal diário em que o empregado se coloca a disposição do empregador em virtude do

¹⁸ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 521.

¹⁹ Idem, p. 521.

²⁰ BRASIL, Decreto Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Consolidação das Leis do Trabalho. **Vade Mecum**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 765.

respectivo contrato. É, desse modo a medida principal do tempo diário de disponibilidade do obreiro em face de seu empregador como resultado do cumprimento do contrato de trabalho que os vincula²¹.

Tais afirmações apresentadas acima vêm de encontro à concepção de Valentim Carrion, segundo a qual, “a jornada normal é o lapso de tempo durante o qual o empregado deve prestar serviço ou permanecer à disposição, com habitualidade, excluídas as horas extraordinárias”²².

Desta forma, pode-se confirmar que de acordo com os embasamentos legais analisados e apresentados, a jornada de trabalho tem o sentido de duração do trabalho e não da quantidade de horas de trabalho dispensadas em um dia.

Por ser um comando imperativo constitucional presume-se que a jornada de trabalho não sofra alterações. Todavia, em alguns momentos no vínculo trabalhista surge a imperiosa necessidade de se estender a jornada. Assim a jornada de trabalho poderá ser estendida em um máximo de 2 (duas) horas, é o que chamamos de jornada extraordinária.

1.2 JORNADA EXTRAORDINÁRIA DE TRABALHO

A jornada extraordinária de trabalho, fixada por lei, contrato ou convenção coletiva de trabalho, é todo excedente temporal que ultrapassa os limites de uma jornada padrão.

Segundo Godinho:

A Jornada extraordinária é o lapso temporal de trabalho ou disponibilidade do empregado perante o empregador que ultrapasse a jornada padrão, fixada em regra jurídica ou por cláusula contratual. É a jornada cumprida em extrapolação à jornada padrão aplicável à relação empregatícia concreta²³.

²¹ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 10. ed. São Paulo: Ltr, 2011, p. 858.

²² CARRION, Valentim. **Comentários a Consolidação das Leis do Trabalho**. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 107.

²³ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 10. ed. São Paulo: Ltr, 2011, p. 858.

Alice Monteiro de Barros define a jornada de trabalho extraordinária, como “o trabalho realizado em sobretempo à jornada normal do empregado, seja ela legal ou convencional”²⁴.

A compreensão de jornada extraordinária não se determina em função do pagamento de remuneração complementar, adicional de horas extras, mas em face da extrapolação da jornada padrão. A remuneração é mero efeito da jornada extraordinária e não elemento constitutivo dela²⁵.

Neste contexto é que se torna possível a existência da uma sobrejornada sem o pagamento do adicional de horas extras.

Ao normatizar o tema, a Constituição de 1988, fez menção somente a dois tipos de jornada de trabalho extraordinária, a jornada suplementar decorrente de acordo de compensação (art. 7º, XVIII), modalidade que será abordada adiante, e a sobrejornada extraordinária, modalidade em que as horas suplementares realizadas devem ser remuneradas em, no mínimo, 50% da remuneração da hora normal (art. 7º, XVI)²⁶.

Posto isso, importante ressaltar que as extrapolações da jornada de trabalho podem ser, conforme suas adequações aos textos legais que incidem sobre a matéria, regulares ou irregulares.

Mauricio Godinho Delgado conceitua:

Regulares são aqueles acréscimos de jornada que se enquadram em alguma das modalidades de prorrogação fixadas pela ordem jurídica. Irregulares, em contrapartida, são as dilatações que se verificam no cotidiano trabalhista sem atendimento aos requisitos fixados em lei²⁷.

Em consequência do sistema de nulidades predominantes no Direito do trabalho, que busca preservar o trabalho já executado, evitando o enriquecimento ilícito do empregador, e impedindo que a atividade ilícita prossiga, tanto as prorrogações regulares como as irregulares geram idênticos efeitos jurídicos em relação aos direitos do empregado. Em outras palavras, o obreiro não será prejudicado pela ilicitude decorrente da inobservância patronal dos requisitos de validade da relação de trabalho.

²⁴ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 7. ed. São Paulo: Ltr, 2011, p. 525.

²⁵ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 10. ed. São Paulo: Ltr, 2011, p. 859.

²⁶ Idem, p. 860.

²⁷ Idem, p. 861.

Porém, quanto ao empregador que se vale irregularmente de sobretrabalho, este estará sujeito às sanções administrativas o artigo 75 da Consolidação das Leis do Trabalho²⁸.

Quanto à abordagem da CLT a respeito das jornadas extraordinárias, antes da atual Constituição, ao tratar do tema, esta Consolidação discriminava as noções de jornada suplementar extraordinária e de jornada meramente suplementar. A primeira correspondia àquelas prorrogações excepcionais, de caráter não permanente, propostas pelo artigo 61 da Consolidação das Leis do Trabalho. Por outro lado, a jornada meramente suplementar corresponderia aos tipos de sobrejornadas regulares, normais e rotineiras, tratadas no artigo 59, caput e § 2º da CLT, nos termos do contrato de trabalho²⁹.

Atualmente a CLT normatiza a jornada extraordinária de trabalho nos artigos 59, 60 e 61, em que determina, além de outras série de restrições, que a jornada diária de trabalho pode ser acrescida, no máximo, de 2 (duas) horas suplementares. É o que dispõe o artigo 59, caput:

Art. 59. A duração normal do trabalho poderá ser acrescida de horas suplementares, em número não excedente de 2 (duas), mediante acordo escrito entre empregado e empregador, ou mediante contrato coletivo de trabalho³⁰.

Amparado pelo artigo 7º, XXII, da Constituição Federal de 1988, cuja redação assegura ao trabalhador a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança, o limite estabelecido pela CLT constitui assim norma imperativa, que defende a saúde do trabalhador contra a exaustão que uma jornada com duração de mais de 10 (dez) horas pode produzir.

Em função disso, observa Vólia Bomfim:

O limite máximo de labor de duas horas extras por dia, previsto no artigo 59 da CLT, dirige-se ao empregador, que está proibido de exigir do empregado trabalho além desse parâmetro. Isto se

²⁸ Idem, p. 861.

²⁹ Idem, p. 859.

³⁰ BRASIL, Decreto Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Consolidação das Leis do Trabalho. **Vade Mecum**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 770.

explica porque o excesso de trabalho traz fadiga, estresse e segrega laços íntimos e sociais³¹.

Ainda acerca do labor extraordinário, a Consolidação das Leis do Trabalho permite horas extraordinárias em três casos: acordo de prorrogação, necessidade imperiosa (força maior, conclusão de serviços inadiáveis e a recuperação das horas de paralisação) e o sistema de compensação.

Neste contexto, o acordo de prorrogação consiste num mero ajuste de vontades entre o empregado e o empregador, tendo por fim legitimar, quando necessário, a prorrogação normal de trabalho³².

Como dispõe a norma celetista, o acordo de prorrogação deve ser escrito, e se materializa em qualquer documento assinado pelo empregado, este concordando em cumprir as horas extras.

De acordo com a Consolidação das Leis do Trabalho, a jornada de trabalho pode ser também prorrogada por motivo de necessidade imperiosa, ou seja, quando há possibilidade de prejuízo iminente pela não realização do serviço (artigo 61). Ocorrendo esta necessidade, poderá a duração do trabalho, por motivo de força maior, exceder ao limite legal ou convencionado, independentemente de acordo ou contrato coletivo.

Por fim, o sistema de compensação será abordado no item a seguir.

1.3 COMPENSAÇÃO DE JORNADA EXTRAORDINÁRIA DE TRABALHO

O sistema de compensação, previsto por norma celetista e constitucional consiste na possibilidade de ser a jornada de trabalho prorrogada em um dia, com a correspondente diminuição em outro dia, sem acarretar acréscimo salarial de qualquer natureza.

Posto isso, conceitua Sérgio Pinto Martins:

³¹ CASSAR, Vólia Bomfim, **Direito do trabalho**. 5. ed. Niterói: Impetus, 2011, p. 670.

³² NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao direito do trabalho**. 27. ed. São Paulo: Ltr, 2001, p. 277.

Acordo de compensação de horas é o ajuste feito entre empregado e empregador para que o primeiro trabalhe mais horas em determinado dia para prestar serviços em número de horas inferior ao normal em outros dias³³.

Nas palavras de Vólia Bomfim:

O regime de compensação ocorre quando houver aumento de jornada em um dia pela correspondente diminuição em outro, de forma a garantir o módulo semanal de 44 horas ou mensal de 220 horas mensais, 440 horas bimestrais, 330 horas trimestrais e, assim por diante, até o anual de 2.640 horas (220 horas mensais x 12 meses)³⁴.

Nesse sentido, percebe-se que o sistema de compensação acontece para que os módulos de horários previstos em lei sejam preservados.

Ainda, segundo Vólia Bomfim, o sistema de compensação é o gênero cujas espécies são, a compensação tradicional e banco de horas. Neste trabalho acadêmico será abordada a compensação tradicional, uma das formas de compensação de jornada³⁵.

Quanto à compensação de jornada tradicional, dispõe artigo 59, § 2º da Consolidação das Leis do Trabalho:

§ 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 horas³⁶.

Em consequência, assim como prevê a legislação e os conceitos ora apresentados, na compensação de jornada não há o pagamento do adicional de horas extras e deve a compensação respeitar a carga máxima semanal de trabalho, prevista em norma constitucional, ou seja, de 44 horas semanais.

³³ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 538.

³⁴ CASSAR, Vólia Bomfim, **Direito do trabalho**. 5. ed. Niterói: Impetus, 2011, p. 671.

³⁵ Idem, p. 671.

³⁶ BRASIL, Decreto Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Consolidação das Leis do Trabalho. **Vade Mecum**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 770.

Quanto ao instrumento necessário para o ajuste da compensação de jornada, tanto a atual Constituição (artigo 7º, XIII) quanto a CLT (artigo 59, § 2º) trouxeram dúvidas se o acordo deverá ser individual ou coletivo.

Na análise da doutrina, verifica-se que, embora haja dúvidas sobre o tema, existem doutrinadores que pensam que o inciso XIII do artigo 7º da Lei Magna trata de acordo coletivo. Entre eles, Amauri Mascaro Nascimento declara que a forma do sistema de compensação de horas será o acordo coletivo com o sindicato, não valendo, e estando sujeito a fiscalização trabalhista, o acordo individual. Observa o autor “que o contrato individual de trabalho não deve ser o melhor método para flexibilizar, sendo mais adequadas, para esse fim, a lei e as convenções coletivas de trabalho”³⁷.

Neste mesmo sentido de ser o acordo para ajuste da compensação de jornada o acordo coletivo, leciona Martins:

Entendo ser inconstitucional a determinação do § 2º da CLT, se se entender que o dispositivo trata de acordo individual, pois a interpretação do inciso XIII do artigo 7º da Constituição deve ser no sentido de que o acordo deve ser coletivo³⁸.

Por outro lado, o Tribunal Superior do Trabalho editou a súmula nº 85 que reconhece a validade de acordo individual entre empregador e empregado para compensação de jornada.

A referida súmula será abordada no capítulo 3 deste trabalho.

Mas, ao se interpretar uma norma jurídica, neste caso o inciso XIII do artigo 7º da Constituição Federal de 1988, deve-se observar os princípios da hermenêutica e a função que a norma irá desempenhar na sociedade, nos limites impostos pelo ramo jurídico no qual a norma esta inserida.

E é o que se buscará mostrar nos capítulos que seguem, que embora haja dúvidas, a compensação só será possível por meio da negociação coletiva, pois quando o legislador constituinte utilizou a locução “acordo ou convenção coletiva” estava se referindo, na verdade, a acordo também coletivo, e não individual, tornando a aplicação da súmula 85 do TST incompatível com a norma constitucional.

³⁷ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 268.

³⁸ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 542.

2. HERMENÊUTICA JURÍDICA

A sociedade, para que possa conviver de forma harmônica, utiliza-se do direito para estabelecer normas que equalizem as condutas de seus indivíduos. Quanto mais sofisticada se torna a sociedade, mais robusto e complexo será seu ordenamento jurídico, quanto maior o número de normas, maior também será o desafio de interpretá-las e aplicá-las.

Nesse sentido, para que exista uma segurança jurídica, não é necessário que uma norma verse sobre determinado assunto, mas que sua interpretação e aplicação sejam, de certo modo, semelhantes.

Com o objetivo de extrair de um conjunto de normas, independentemente de quem as interprete, um resultado semelhante, faz-se necessário o estudo da hermenêutica jurídica, ou seja, das técnicas e dos métodos de interpretação das normas jurídicas, dando a estas um sentido prático e exato, assim como o esperado pelos órgãos que as criaram, para Luiz Roberto Barroso³⁹, “a hermenêutica é um domínio teórico, especulativo, cujo objeto é a formulação, o estudo e a sistematização dos princípios e regras de interpretação do direito”.

Assim, percebe-se que a hermenêutica jurídica é um processo sistemático de interpretação, que se vale das regras e dos princípios do direito, para determinar o exato sentido de suas normas.

Nas palavras de Carlos Maximiliano⁴⁰, “A Hermenêutica Jurídica tem por objeto o estudo e a sistematização dos processos aplicáveis para determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito”. Nota-se, portanto que, que a hermenêutica tem por objetivo elucidar a exata compreensão da regra jurídica a ser aplicada aos fatos concretos.

Vicente Rao apresenta o objetivo da hermenêutica jurídica:

A hermenêutica tem como objetivo investigar e coordenar por modo sistemático os princípios científicos e leis decorrentes, que

³⁹ BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 107.

⁴⁰ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 1.

disciplinam a apuração do conteúdo, no sentido e nos fins das normas jurídicas e a restauração do conceito orgânico do direito, para o efeito de sua aplicação⁴¹.

Feitas as considerações iniciais, importante ressaltar que, apesar de ser usual o emprego dos termos “hermenêutica” e “interpretação”, seus conceitos não se confundem. A hermenêutica se refere à parte da ciência jurídica que tem por objeto o estudo e a sistematização dos processos, que devem ser utilizados para que a interpretação se realize, de modo que o seu escopo seja alcançado da melhor maneira. Por outro lado, a “interpretação” consiste na aplicação das regras que a hermenêutica perquire e ordena, para o bom entendimento dos textos legais⁴².

Posto isso, conclui-se que a hermenêutica jurídica, por ser a ciência da interpretação, delimita-lhe os caminhos, preocupando-se, como ciência, em discutir a forma da aplicação interpretativa, sendo esta, a encarregada de integrar a norma ao fato, ou talvez o fato a norma.

2.1 INTERPRETAÇÃO DA NORMA JURÍDICA

À palavra interpretação subsume-se revelar o sentido real da norma, ou seja, descobrir a finalidade da norma jurídica. Conhecer o sentido, entender os fatos para verificar os fins para os quais foi produzida a norma.

Inicialmente cabe afirmar que o processo interpretativo faz parte do próprio ato essencial a partir do qual o homem se identifica ontologicamente como o ser pensante e atuante no mundo em que vive, tornando-se capaz de conhecê-lo e de transformá-lo, uma vez que a capacidade racional do ser humano se manifesta de forma mais expressiva exatamente na atividade interpretativa⁴³.

Interpretar é desse modo, o ato de explicar, esclarecer, dar o significado do vocábulo, atitude ou gesto, produzir por outras palavras um pensamento exteriorizado;

⁴¹ RAO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. 5. ed. São Paulo: Rt, 1999, p. 456.

⁴² FRANÇA, R. Limongi. **Hermenêutica Jurídica**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 21.

⁴³ CANFÃO, Olívio Albino. **Métodos de interpretação jurídica à luz do horizonte hermenêutico**. Salvador: Revista do Curso de Direito da UNFACS. n. 158. agosto de 2013, p. 2.

mostrar o sentido verdadeiro de uma expressão; extrair de frase, sentença ou norma, tudo o que na mesma se contém⁴⁴.

Destarte, a interpretação jurídica, ou da norma jurídica, importante neste trabalho, subsume-se em revelar o sentido real da norma, ou seja, descobrir a finalidade da norma jurídica. Conhecer o sentido, entender os fatos para verificar os fins para os quais foi produzida a norma. A interpretação jurídica é um processo de atribuição de sentido aos enunciados de textos ou de normas jurídicas, visando à resolução de um caso concreto.

Nas palavras de Häberle, citado por Gilmar Mendes⁴⁵, não existe norma jurídica, senão norma jurídica interpretada, e que interpretar um ato normativo nada mais é do que colocá-lo na realidade pública.

Deste modo, não poderíamos deixar de mencionar o ensinamento de Miguel Reale sobre o tema:

Interpretar uma lei importa, previamente, em compreendê-la na plenitude de seus fins sociais, a fim de poder-se, desse modo, determinar o sentido de cada um de seus dispositivos. Somente assim ela é aplicável a todos os casos que correspondam àqueles objetivos⁴⁶.

Assim, interpretar não é senão conhecer, saber em que consiste a norma, dizer seu significado, o que ela quer dizer, as suas finalidades e, associadas como estas, as razões do seu aparecimento e as causas de sua elaboração. A norma é uma declaração da vontade do legislador e, logo, deve ser reproduzida de forma fiel e exata.

Isto posto, a hermenêutica jurídica destaca três tipologias de interpretação do direito, uma segundo a origem da interpretação, outra segundo os critérios dos resultados do processo interpretativo e, por fim, aquela efetuada segundo critérios dos métodos e meios utilizados na interpretação. Esta última, a mais relevante para a sequência do presente trabalho, se divide em cinco tipologias de interpretação, que

⁴⁴ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 7.

⁴⁵ COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 14.

⁴⁶ REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 272.

serão abordadas nos parágrafos que se seguem, a gramatical, a lógica, a sistemática, a teleológica e a histórica⁴⁷.

O primeiro passo da interpretação é a apreensão do significado linguístico contido no dispositivo legal. Assim, A interpretação gramatical, a mais antiga das espécies interpretativas busca reconstruir o pensamento legislativo através do exame do significado e alcance de cada uma das palavras do preceito legal⁴⁸.

Neste sentido, expõe Miguel Reale:

A lei é uma realidade morfológica e sintática que deve ser, por conseguinte, estudada do ponto de vista gramatical. É da gramática – tomada esta palavra no seu sentido mais amplo – o primeiro caminho que o intérprete deve percorrer para dar-nos o sentido rigoroso de uma norma legal. Toda lei tem um significado e um alcance que não são dados pelo arbítrio imaginoso do intérprete, mas são, ao contrário, revelados pelo exame imparcial do texto⁴⁹.

Assim, tem-se que, para que um texto legal alcance seu sentido e a comunicação desejada deve-se em um primeiro momento respeitar as regras gramaticais de sua língua, indagar do exato sentido literal de um vocábulo ou do valor das proposições do ponto de vista sintático.

Entretanto, de acordo com Limongi França⁵⁰, a interpretação gramatical, por si só, é insuficiente para conduzir o intérprete a um resultado conclusivo, sendo necessário que os elementos por ela fornecidos sejam articulados com os demais propiciados pelas outras espécies de interpretação.

Complementando o ensinamento de França, adverte José Cairo Júnior:

É quase que unânime o reconhecimento de ser o método mais frágil de interpretação, pelo menos quando utilizado de forma isolada. Com efeito, o método gramatical de interpretação só revela o comando aparente da regra jurídica, deixando de pesquisar as suas razões primeiras. Além disso, esse método enfrenta diversas dificuldades, dentre elas, a ambiguidade dos termos gramaticais, representada pelo fato de uma mesma palavra poder ter mais de um sentido⁵¹.

⁴⁷ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 10. ed. São Paulo: Ltr, 2011, p. 229.

⁴⁸ REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**, 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 261.

⁴⁹ Idem, p. 262.

⁵⁰ FRANÇA, R. Limongi. **Hermenêutica Jurídica**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 27.

⁵¹ JÚNIOR, José Cairo. **Curso de Direito do Trabalho**. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 80.

Desta forma, vê-se que o uso isolado do método interpretativo gramatical é escasso e não alcança o significado completo da norma jurídica o que impõe, segundo Reale, a necessidade de um trabalho lógico, tendo em vista que nenhum método interpretativo, assim como as normas de Direito, está separado dos demais⁵².

E continua o autor:

Cada artigo de lei situa-se num capítulo ou num título e seu valor depende de sua colocação sistemática. É preciso, pois, interpretar as leis segundo seus valores linguísticos, mas sempre situando-as no conjunto do sistema. Esse trabalho de compreensão de um preceito, em sua correlação com todos os que com ele se articulam logicamente, denomina-se interpretação lógico-sistemática⁵³.

Da mesma forma que os mestres da Escola da Exegese sustentavam ser necessário distinguir a interpretação lógica da interpretação sistemática, também neste trabalho adota-se esta concepção.

Assim a interpretação lógica é aquela que busca obter, pela análise do simples valor lógico das palavras o exato sentido e alcance da norma em apreço⁵⁴.

Em rápida conceituação, Delgado considera:

Lógico (ou racional) é o método de interpretação que busca o significado, coerência e harmonia do texto legal, socorrendo-se de técnicas da lógica formal. Tal método tem como válido o suposto de que a lei, após produzida, encarna uma vontade própria, assim deve-se compreender a lei, afastada do conceito de ser mera exteriorização psíquica de uma pessoa ou entidades⁵⁵.

Logo, tem-se que a interpretação lógica consiste na aplicação de técnicas dotadas de valor lógico, que busca extrair de uma norma ou expressão de Direito seu sentido mais completo.

⁵² REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**, 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 262.

⁵³ Idem, p. 262.

⁵⁴ Idem, p. 262.

⁵⁵ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 10. ed. São Paulo: Ltr, 2011, p. 216.

O método sistemático, de forma objetiva é o método que busca comparar a norma sujeita à interpretação com as demais do mesmo conjunto ou de leis diversas que versem sobre o mesmo objeto⁵⁶.

A partir dessa ideia, tendo-se que por meio desse método aprende-se com maior clareza, os aspectos transformadores e retificadores da norma perante a ordem jurídica respectiva, torna-se oportuno consignar o ensinamento de Maurício Godinho sobre a interpretação sistemática:

É o método interpretativo que caracteriza pela busca de harmonização da norma ao conjunto do sistema jurídico. Tal método volta-se a produzir uma interpretação vinculada e harmônica ao conjunto do sistema do direito⁵⁷.

Por isto, e diante da ontológica relação da norma com a unidade do direito, não há como proporcionar a sua interpretação sem a devida análise correspondente de sua localização e relevância dentro do ordenamento jurídico.

Todos os métodos de interpretação analisados até agora, apesar de diferentes em vários aspectos, manifestam, em face do texto legal, a mesma intenção e objetivo, o de conhecê-lo.

A interpretação teleológica de certa forma rompe com o regime hermenêutico tradicional, na medida em que concentra suas preocupações num novo elemento, ao mesmo tempo estranho e superior ao texto legal, o fim a que a norma se dirige⁵⁸.

Seguindo as ideias já expostas, Maurício Godinho nos traz que:

Teleológico (ou finalístico) é o método que busca subordinar o processo interpretativo ao império dos fins objetivados pela norma jurídica. Propõe tal conduta teórica que o interprete deve pesquisar, na interpretação, os objetivos visados pela legislação examinada, evitando resultados interpretativos que conspiram ou inviabilizem a concretização desses objetivos legais inferidos⁵⁹.

⁵⁶ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 104.

⁵⁷ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 10. ed. São Paulo: Ltr, 2011, p. 230.

⁵⁸ DIAS, Francisco Barros. **Caminhos e influências na interpretação**. Natal: Revista CEJ/RN, 1997, p. 33.

⁵⁹ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 10. ed. São Paulo: Ltr, 2011, p. 230.

Assim, entende-se que o operador do direito, no processo interpretativo, deve observar os propósitos objetivados pela norma, a conduta teleológica, pois, como ensina COSTA⁶⁰, “o fim e o motivo criam o Direito”.

Por fim, torna-se necessário para se atingir uma interpretação finalística, saber o momento histórico vivenciado pelo legislador no instante da edição da norma.

A lei e sua vontade, assim como toda entidade viva e orgânica, sofrem as influências de seu meio, isto é, altera sua maneira de aplicação juntamente com as mudanças ocorridas no âmago da sociedade que atua⁶¹.

Neste sentido é indispensável para extrair com precisão o sentido mais completo da norma jurídica, estudar as fontes inspiradoras que a emanaram, conhecendo assim as intenções prescritas pelo legislador.

Deste modo, o método de interpretação histórico é aquele que indaga sobre as condições de meio e momento de elaboração da norma legal, bem assim das causas pretéritas da solução dada pelo legislador, na busca pela correta interpretação da norma em apreço⁶².

Isto posto, tem-se que a boa interpretação é resultado da aplicação dos métodos interpretativos supracitados de forma interligada, já que estes, uns de forma mais acentuados que outros, a depender do caso concreto, se entrelaçam com o objetivo de extrair da norma ou expressão de direito, seu sentido mais completo.

2.2 INTEGRAÇÃO DA NORMA JURÍDICA

A norma jurídica é geral e abstrata, sendo constituída sob a forma de uma situação hipotética. Contudo o legislador, no exercício de sua função legiferante, não tem condições de prever todas as hipóteses que podem concretizar-se no plano fático⁶³.

⁶⁰ COSTA, Divaldir José da. **Curso de hermenêutica jurídica**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 29.

⁶¹ SILVEIRA, Alípio. **Hermenêutica jurídica**. 1. v. São Paulo: Leia Livros, s.d, p. 236.

⁶² FRANÇA, R. Limongi. **Hermenêutica Jurídica**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 28.

⁶³ JÚNIOR, José Cairo. **Curso de Direito do Trabalho**. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 82.

Deste modo, ao se reconhecer que a lei possui lacunas, torna-se necessário preencher tais vazios, a fim de que se possa dar sempre uma resposta jurídica, favorável ou mesmo contrária, a quem se encontre no desamparo da lei expressa.

Assim a integração da norma jurídica é esse processo de preenchimento das lacunas, segundo o qual, em sendo a lei omissa, deve-se àqueles incumbidos de aplicá-la, recorrer a técnicas jurídicas para preencher os vazios deixados pela norma⁶⁴.

Nas palavras de Delgado:

Denomina-se integração jurídica o processo de preenchimento das lacunas normativas verificadas no sistema jurídico em face de um caso concreto, mediante o recurso a outras fontes normativas que possam ser especificamente aplicáveis⁶⁵.

Neste sentido, a integração comporta um conjunto de mecanismos voltados a preencher os vazios da legislação, apresentadas pelas principais fontes do sistema jurídico perante determinado caso concreto.

Daí resulta o princípio da completude do ordenamento jurídico, que enuncia que a ordem jurídica sempre terá, necessariamente, uma resposta normativa para qualquer caso concreto posto a exame do operador do Direito, não permitindo assim, lacunas na legislação⁶⁶.

Enuncia o artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro⁶⁷, “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

Antecedendo a abordagem das técnicas de integração das normas (analogia, os costumes e os princípios gerais de direito), importante se faz o entendimento do seja uma lacuna.

Lacuna é um vazio existente no ordenamento legislativo, caracterizando-se quando a lei é omissa ou falha em relação a determinado caso. Em uma palavra, há uma incompleição do sistema normativo⁶⁸.

⁶⁴ REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**, 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 277.

⁶⁵ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 10. ed. São Paulo: Ltr, 2011, p. 232.

⁶⁶ Idem, p. 232.

⁶⁷ BRASIL, Decreto Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. **Vade Mecum**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 135.

Posto isso, passa-se a expor os conceitos e os principais pontos que cercam as técnicas jurídicas de integração da norma.

Tratando-se o presente trabalho de norma celetista, no caso do artigo 59, § 2º, importante ressaltar que a CLT possui regra expressa sobre a integração da norma. Diz o artigo 8º da CLT:

Art. 8º. As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.

Parágrafo único - O direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho, naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste⁶⁹.

Observe-se que a norma celetista vai além do disposto pela Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, pois, existindo lacuna na legislação trabalhista, a mesma será preenchida não tão somente pelas fontes integrativas enunciadas pelo artigo 4º, mas também pela jurisprudência e equidade.

Seguindo a ordem da norma celetista, a jurisprudência, conjunto de reiteradas decisões judiciais sobre um determinado assunto, exerce um papel de grande importância no preenchimento do vazio legislativo trabalhista, uma vez que, a jurisprudência inspira o legislador de forma a constituir fato propulsor da alteração legislativa para adaptar-se à interpretação conferida pelos Tribunais⁷⁰.

A analogia, por outro lado, constitui-se no processo pelo qual se aplica, na hipótese de um caso não previsto pela legislação, disposição relativa a caso semelhante, que tenha igualdade de razões. Assim, pode o aplicador do Direito recorrer

⁶⁸ AMARAL, Júlio Ricardo de Paula. **As lacunas da lei e as formas de aplicação do direito**. Disponível em <<http://jus.com.br/artigos/30/as-lacunas-da-lei-e-as-formas-de-aplicacao-do-direito/3>>. Acesso em 25 de out. de 2014.

⁶⁹ BRASIL, Decreto Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Consolidação das Leis do Trabalho. **Vade Mecum**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 766.

⁷⁰ JÚNIOR, José Cairo. **Curso de Direito do Trabalho**. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 84.

a uma regra jurídica que trata, de forma abstrata, de um fato jurídico semelhante e aplica-la à situação fática que se encontra desprovida de regramento específico⁷¹.

Neste sentido Miguel Reale observa que:

Se o sistema do Direito é um todo que obedece a certas finalidades fundamentais, é de se pressupor que, havendo identidade de razão jurídica, haja identidade de disposição nos casos análogos, segundo um antigo e sempre novo ensinamento: *ubi eadem ratio, ibi eadem iuris dispositio* (onde há a mesma razão deve haver a mesma disposição de direito)⁷².

Portanto, quando recorremos à analogia, estendendo a um caso semelhante a resposta dada a um caso particular previsto, estamos, na realidade, obedecendo à ordem lógica substancial ou a razão intrínseca do sistema⁷³.

Porém, há momentos em que se torna necessário, quando a norma se mostra omissa ou não razoável ao caso concreto, uma adequação, fazendo com que esta atinja o fim social a que fora destinada⁷⁴.

A equidade, acolhida pela CLT como instrumento de integração, é a adequação da norma ao caso concreto, de maneira mais razoável e justa possível, quando esta se apresenta omissa⁷⁵.

Desta forma, percebe-se que a equidade revela senso de justiça, objetivando no caso concreto, a abrandar o rigor e formalismo da lei.

Na sequência do citado artigo 8º, o legislador possibilita também a utilização dos princípios gerais de direito, e principalmente aqueles do direito do trabalho, na tarefa de preencher ou suprir as lacunas existentes na legislação.

No que tange os princípios gerais de direito importante expor o ensinamento de Miguel Reale:

Princípios gerais de direito são enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, quer para a sua aplicação e integração, quer para a elaboração de novas normas. Cobrem, desse modo,

⁷¹ Idem, p. 87.

⁷² REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**, 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 278.

⁷³ Idem, p. 278

⁷⁴ Idem, p. 280

⁷⁵ JÚNIOR, José Cairo. **Curso de Direito do Trabalho**. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 90.

tanto o campo da pesquisa pura do Direito quanto o de sua atualização prática⁷⁶.

Isto posto, percebe-se que tais princípios além de serem aplicados como forma de integração a qualquer ramo do direito, seja na seara Penal, Civil ou Trabalhista, os mesmos também atuam na origem formal das normas.

No campo do direito do trabalho, os princípios exercem papel fundamental, possibilitando que os dispositivos legais recebam uma interpretação muitas vezes diversa daquela que seria natural pela sua simples leitura.

Assim sendo, os princípios quando integrantes da interpretação da CLT têm a clara função integrativa, haja vista que aos princípios “cabe o papel de orientar a exata compreensão das normas cujo sentido é obscuro”⁷⁷.

Entretanto, devido às diferenças existentes em cada ramo específico do direito nem todos os princípios gerais alcançam a mesma amplitude quando integrados no caso concreto, pois há alguns que se integram melhor neste ou naquele ramo do Direito, o que torna necessária a aplicação e integração, no caso concreto, dos princípios que norteiam determinada especialização. Neste caso os do Direito do Trabalho⁷⁸.

Desta forma, quanto aos princípios específicos do Direito do Trabalho percebemos que não há uma unanimidade na doutrina sobre quais seriam.

Adotando os ensinamentos de Alice Monteiro de Barros, quatro são os princípios peculiares que norteiam o Direito do Trabalho, o da proteção, o da primazia da realidade, o da irrenunciabilidade dos direitos e o princípio da continuidade da relação de emprego⁷⁹.

Ainda, neste sentido, continua a autora:

O Direito do trabalho ainda é todo centralizado no princípio da tutela ‘compensatória’ ao trabalhador subordinado, que consiste num conjunto de normas estabelecidas para contrabalançar a posição superior do empregador não apenas de fato, mas

⁷⁶ REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**, 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 286.

⁷⁷ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao direito do trabalho**. 27. ed. São Paulo: Ltr, 2001, p. 122.

⁷⁸ REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**, 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 287.

⁷⁹ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 7. ed. São Paulo: Ltr, 2011, p. 142.

também juridicamente reconhecida e normativamente sustentada⁸⁰.

Assim, sobre estes princípios, importante se faz, para o melhor desenvolvimento da presente pesquisa, a abordagem dos aspectos mais relevantes do princípio da proteção, cujo objetivo consiste em tentar igualar a desigualdade existente na relação de trabalho, criando uma superioridade jurídica em favor do empregado, diante da sua condição de hipossuficiente⁸¹.

Com este propósito de corrigir desigualdades, o princípio da proteção é consubstanciado no *in dubio pro operário*, na norma e na condição mais favorável; assim na inexistência de norma, dispositivo de norma e condição de trabalho divergentes deve se aplicar aquela que seja mais benéfica ao empregado⁸².

Deste modo, conclui-se que tal princípio na busca de assegurar aos obreiros nas relações de trabalho e jurídicas uma condição de igualdade ante os seus empregadores, constitui-se na própria essência do Direito Laboral.

Por fim, enuncia ainda o artigo 8º a aplicação dos usos e costumes como fontes de integração da norma.

Nas palavras de Martins⁸³ “muitas vezes, dos usos e costumes, na sua reiterada aplicação pela sociedade, é que se origina a norma legal”. Portanto, é importante visualizar como fontes de normas os usos e costumes de determinada sociedade, que em determinada época utilizaram ou utilizam desses meios para a manutenção da vida em sociedade.

2.3 APLICAÇÃO DA NORMA JURÍDICA

Depois de interpretada e integrada a norma jurídica, torna-se necessário, em face de sua *generalidade e abstratividade*⁸⁴ a sua aplicação ao caso concreto.

⁸⁰ Idem, p. 142.

⁸¹ Idem, p. 142.

⁸² Idem, p. 142.

⁸³ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 41.

⁸⁴ JÚNIOR, José Cairo. **Curso de Direito do Trabalho**. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 103.

Delgado identifica o procedimento da aplicação como:

Aplicação do direito consiste no processo de realização da incidência da norma abstrata sobre o caso concreto. Aferidas as circunstâncias e elementos caracterizadores da situação fática enfocada, e pesquisada e interpretada a ordem jurídica, o operador do Direito consoma a incidência do preceito normativo pertinente à situação real examinada⁸⁵.

A aplicação do direito é este processo que, condicionado a uma prévia escolha, de natureza axiológica, dentre várias interpretações possíveis, transforma o direito em uma realidade eficaz, ou nas palavras de Delgado⁸⁶, “uma passagem do plano abstrato ao plano concreto”.

Para a correta aplicação da norma, deve-se averiguar sobre a capacidade da mesma de produzir efeitos jurídicos, o que se efetiva pela verificação de sua aplicação no tempo e no espaço.

Conforme enuncia o artigo 1º da LINDB⁸⁷ (Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro) as normas trabalhistas, assim como as demais integrantes dos outros ramos do Direito, entram em vigor quarenta e cinco dias após a data de sua publicação no diário oficial, salvo expressa disposição em sentido contrário.

Em face do seu caráter de perenidade, em regra, permanece em vigor até que outra lhe retire a eficácia, parcial ou total, de forma expressa ou tácita⁸⁸.

Posto isso, torna-se conveniente abordarmos o pensamento de Junior:

Salienta-se que, pelo princípio da norma mais benéfica, aplica-se à situação fática aquela regra que atribua melhores condições de trabalho para o empregado. Isso não quer dizer que a norma perde sua eficácia. Simplesmente, deixa de ser utilizada em determinado caso concreto, mas continua produzindo efeitos diante do seu caráter geral e abstrato⁸⁹.

Diante do exposto, importante ressaltar que quando se trata de condições de trabalho estabelecidas por meio de instrumento normativo negociado, ou seja, por meio

⁸⁵ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 10. ed. São Paulo: Ltr, 2011, p. 235.

⁸⁶ Idem, p. 235.

⁸⁷ BRASIL, Decreto Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. **Vade Mecum**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 135.

⁸⁸ JÚNIOR, José Cairo. **Curso de Direito do Trabalho**. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 104.

⁸⁹ Idem, p. 104.

de convenção ou acordo coletivo de trabalho, estes vigoram até que uma nova convenção ou acordo coletivo os substitua, diante da sua limitação temporal, de dois anos no máximo, conforme enuncia o artigo 614, § 3º da CLT, e não podem ser substituídos por outras menos benéficas⁹⁰.

Neste sentido é a posição do Tribunal Superior do Trabalho constante de sua súmula nº 277:

SÚMULA nº 277. CONVENÇÃO COLETIVA DE TRABALHO OU ACORDO COLETIVO DE TRABALHO. EFICÁCIA. ULTRATIVIDADE (redação alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 14.09.2012) - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012. As cláusulas normativas dos acordos coletivos ou convenções coletivas integram os contratos individuais de trabalho e somente poderão ser modificadas ou suprimidas mediante negociação coletiva de trabalho⁹¹.

Assim a aplicação da norma no tempo corresponde à sua Vigência, ou, ao tempo em que a norma se mantém em vigor, tempo em que a norma pode ser aplicada.

O Direito do Trabalho submete-se também ao critério jurídico geral que rege o conflito das normas jurídicas no espaço.

Quanto à aplicação da norma trabalhista no espaço, esta adota o princípio da territorialidade, isto é, a norma aplicada é a do local onde aconteceu a relação trabalhista. Assim, considerando que a competência para legislar sobre o Direito do Trabalho pertence à União, a norma estatal trabalhista tem eficácia em todo o território nacional⁹².

Porém, se a norma em questão não for de origem estatal, seu limite espacial corresponderá à do território a que pertencer os sujeitos que firmaram a convenção coletiva de trabalho ou o acordo coletivo de trabalho⁹³.

Isto posto, ressalta-se que a norma celetista, segundo o artigo 912⁹⁴ da CLT, não tem efeito retroativo, ou seja, ela não produz efeitos sobre os fatos ocorridos antes de sua vigência.

⁹⁰ Idem, p. 104.

⁹¹ BRASIL. Súmula do TST nº 277. **Vade Mecum**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1579.

⁹² JÚNIOR, José Cairo. **Curso de Direito do Trabalho**. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 105.

⁹³ Idem, 2014, p. 105.

Essa assertiva constitui-se em princípio constitucional agasalhado pelo art. 5º⁹⁵, XXXVI, da atual Constituição que diz que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

Entende-se por direito adquirido a vantagem jurídica, líquida, lícita e concreta que alguém adquire de acordo com a lei vigente na ocasião e incorpora definitivamente. Por ato jurídico, entende-se aquele em que todos os seus elementos já tenha se concretizado sob o amparo da lei anterior. E por fim a coisa julgada representa a decisão judicial da qual não caiba mais qualquer espécie de recurso⁹⁶.

Deste modo, temos que a aplicação das normas do direito do trabalho, após a sua entrada em vigência, é de caráter imediato e não possui efeitos retroativos, respeitando o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

⁹⁴ BRASIL, Decreto Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Consolidação das Leis do Trabalho. **Vade Mecum**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 859.

⁹⁵ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Vade Mecum**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 9.

⁹⁶ JÚNIOR, José Cairo. **Curso de Direito do Trabalho**. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 107.

3. A INTERPRETAÇÃO ATUALMENTE CONFERIDA AO INCISO XIII DO ARTIGO 7º DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988 E AO § 2º DO ARTIGO 59 DA CLT EM FACE DA SÚMULA 85 DO TST

Como visto no primeiro capítulo desta pesquisa, tanto o inciso XIII do artigo 7º da Constituição Federal quanto o paragrafo 2º do artigo 59 da CLT trouxeram dúvida quanto do acordo necessário para celebração da compensação de jornada de trabalho, ou seja, se o acordo a que se refere os dispositivos trata-se de acordo coletivo ou individual.

Na doutrina não há uma unanimidade, existindo autores que argumentam no sentido de que a determinação dos dispositivos normativos é de exclusividade de título jurídico coletivo, dentre eles Sérgio Pinto Martins, Vólia Bomfim e Amauri Mascaro Nascimento que afirma que, “o sistema de compensação de horas é formalizado através de negociação coletiva da qual resulta um acordo ou uma convenção coletiva de trabalho”⁹⁷.

Por outro lado, há autores como Valentim Carrion e Mauricio Godinho que entendem que ao vocábulo deve-se dar o sentido de acordo individual.

Nas palavras de Carrion para a exigibilidade da compensação de jornada “é necessário acordo escrito particular entre as partes ou norma coletiva”⁹⁸.

Neste mesmo sentido tem-se o enunciado da súmula 85 (I e II) do TST, que em seu texto definiu claramente a natureza do acordo de compensação de jornada como sendo de caráter individual.

Assim, verifica-se que há um impasse jurídico doutrinário diante dos dispositivos anteriormente analisados e a referida súmula 85.

Deste modo, busca-se neste último capítulo alcançar a correta interpretação do inciso XIII do artigo 7º da Constituição Federal e do paragrafo 2º do artigo 59 e posteriormente analisar se há ou não compatibilidade da súmula 85, diante da correta interpretação dos dispositivos legais.

⁹⁷ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho**. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 75.

⁹⁸ CARRION, Valentin. **Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 99.

3.1 A SÚMULA 85 DO TST

Em um primeiro momento se faz necessário esclarecer o objetivo e a função da súmula como ferramenta facilitadora do direito.

Com muita propriedade Alfredo Buzaid, citado por Rodrigo Paladino Pinheiro, oferece uma significativa definição de súmula traçando um paralelo com a lei:

Uma coisa é a lei; outra, é a súmula. A lei emana do poder legislativo. A súmula é uma apreciação do poder judiciário, que interpreta a lei em sua aplicação aos casos concretos. Por isso a súmula pressupõe sempre a existência da lei e a diversidade de sua exegese. A lei tem caráter obrigatório; a súmula revela-lhe o seu alcance, o sentido e o significado, quando ao seu respeito se manifestam simultaneamente dois ou mais entendimentos. Ambas tem caráter geral. Mas o que distingue a lei da súmula é que esta tem caráter jurisdicional e interpretativo⁹⁹.

Neste sentido, visando sanar a dúvida sobre o acordo a que se refere o inciso XIII do artigo 7º da Constituição de República Federativa, quanto ao paragrafo 2º do artigo 59 da CLT e outras divergências relevantes sobre a compensação de jornada, o Tribunal Superior do Trabalho (TST) editou a súmula nº 85.

Importante ressaltar que o argumento adotado pelo tribunal foi segundo as técnicas gramaticais de interpretação, no sentido de que se o acordo a que se refere o texto legal fosse coletivo, o mesmo enunciaria *acordo e convenção coletivos*, fazendo-se assim alusão aos dois substantivos¹⁰⁰.

Posto isso, tem-se como enunciado da súmula 85 do TST:

COMPENSAÇÃO DE JORNADA – Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011.

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

⁹⁹ PINHEIRO, Rodrigo Paladino. **A súmula como ferramenta facilitadora do Direito**. Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2374>. Acesso em 06 de nov. de 2014.

¹⁰⁰ KLIPPEL, Bruno. **Direito sumular esquematizado – TST**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 122.

II. O acordo individual para compensação de horas é válido, salvo se houver norma coletiva em sentido contrário. (ex-OJ nº 182 da SBDI – 1 – inserida em 08.11.2000)¹⁰¹

Em conformidade com o enunciado da citada súmula (inciso I), o entendimento do TST, para fins de compensação de jornada é de que o acordo a que se refere o texto legal é tanto no sentido de acordo escrito individual quanto coletivo, ou seja, permitindo-se assim que o acordo de compensação seja celebrado entre empregador e empregado.

Ainda analisando a súmula 85, o inciso II demonstra a presunção legal de que as disposições contidas em norma coletiva encontram-se em posição hierarquicamente superior às individuais, tornando as disposições desta última inválidas.

Nesse sentido tem entendido o Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região:

COMPENSAÇÃO DE JORNADA. ACORDO INDIVIDUAL. VALIDADE. É válido o acordo individual para compensação de horas quando não existir previsão contrária em norma coletiva. Ademais, o art. 7º, inciso XIII, da CR/88 não revogou o art. 59 da CLT, pelo contrário, tornou-o mais amplo, salientando-se que a lei não veda a realização de sobrejornada desde que não ultrapasse a duas horas diárias¹⁰².

Posto isso observa-se que o Tribunal aceita o acordo individual para compensação de jornada somente se não houver norma coletiva em sentido contrário. Isto, porque se presume que a norma coletiva efetiva com maior segurança os direitos trabalhistas, por não se considerar o sindicato um ente hipossuficiente, como ocorre com o empregado em relação ao empregador¹⁰³.

Assim, havendo acordo individual de compensação de jornada entre as partes – trabalhador e empregador - este acordo somente será válido caso inexista norma coletiva.

¹⁰¹ BRASIL. Súmula do TST nº 85. **Vade Mecum**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1570.

¹⁰² BRASIL, **Tribunal Regional do Trabalho, SP** – 93200637102007, Relatora: Rosa Maria Zuccaro, 2ª Turma, julgado em: 08/11/2007, disponível em < <http://trt-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/15896617/recurso-ordinario-ro-93200637102007-sp-00093-2006-371-02-00-7>>. Acesso em 06 de nov. de 2014.

¹⁰³ KLIPPEL, Bruno. **Direito sumular esquematizado – TST**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 123.

3.2 INCOMPATIBILIDADE DA SÚMULA 85 DO TST EM FACE DAS REGRAS LEGAIS EM VIGOR

No que se refere à natureza do acordo autorizador da compensação de jornada de trabalho, verifica-se que, tanto o inciso XIII do artigo 7º da Constituição Federal quanto o parágrafo 2º do artigo 59 da CLT trouxeram dúvida se o mesmo se refere a acordo individual ou a acordo coletivo.

A interpretação sistemática que se faz da Constituição Federal permite ao intérprete, neste caso, concluir que se trata de acordo coletivo, pois claramente a Carta Magna prestigiou a negociação coletiva nos casos de flexibilização da jornada de trabalho.

Assim, dispõem alguns incisos do art. 7º da atual Constituição:

Art. 7º (...)

VI. irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo;

XIV. jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva¹⁰⁴.

Isto posto, argumentam alguns doutrinadores que a intenção do legislador foi a de limitar qualquer flexibilização através de sindicatos e para não ser repetitivos fez o uso de sinônimos para as mesmas expressões, como, *acordo ou convenção coletiva, negociação coletiva e convenção e acordo coletivo*¹⁰⁵.

Neste sentido, conclui Vólia Bomfim:

Tal flexibilização só pode ocorrer mediante intervenção sindical, isto é, só pode ser autorizada sob o manto da tutela coletiva sindical, logo por acordo coletivo ou convenção coletiva. Isto porque, todas as vezes que o texto constitucional permitiu a flexibilização, exigiu a intervenção sindical¹⁰⁶.

¹⁰⁴ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Vade Mecum**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 12.

¹⁰⁵ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 541.

¹⁰⁶ CASSAR, Vólia Bomfim, **Direito do trabalho**. 5. ed. Niterói: Impetus, 2011, p. 675.

Embora afirme que o acordo deva ser coletivo, Sergio Pinto Martins entende que a interpretação sistemática permite também ao intérprete concluir em sentido contrário¹⁰⁷.

Também não pacífica entre os especialistas, a interpretação gramatical leva o intérprete a concluir tanto em um como em outro sentido.

Deste modo, expõe Cláudia José Abud:

A interpretação gramatical não esclarece a questão de forma definitiva. A ambiguidade da expressão “acordo ou convenção coletiva” existe porque “coletiva” pode, a depender da interpretação, incidir sobre o substantivo que lhe precede, convenção, ou sobre ambos os substantivos¹⁰⁸.

Mesmo não sendo a interpretação gramatical uma unanimidade na doutrina, há que se concordar com os ensinamentos de Martins sobre a questão:

Entendo que o adjetivo *coletiva*, qualificando o substantivo *convenção*, diz respeito tanto à convenção como ao acordo, até mesmo em razão da conjunção *ou* empregada no texto, que mostra a alternatividade tanto da convenção como do acordo a serem coletivos. A palavra *coletiva* deve concordar com a palavra imediatamente anterior, que é feminina, mas aquela se refere também ao acordo¹⁰⁹.

Quanto à aplicação dos métodos teleológico e histórico na interpretação dos textos normativos invocados, a doutrina não é clara. Porém, levando-se em consideração os objetivos e os fins interpretativos destes métodos e que ordenamento jurídico trabalhista visa proteger o trabalhador, sendo constituído por normas imperativas que refletem por sua vez em direitos indisponíveis, não a como interpretar a palavra acordo em outro sentido a não ser de acordo coletivo.

Interpretando também as palavras empregadas pela CLT, verifica-se que toda vez que o legislador ordinário se referiu a acordo individual para celebração de prorrogação de jornada fez uso da expressão *acordo escrito* para designar o acordo

¹⁰⁷ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 540.

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

¹⁰⁹ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 541.

individual, como se observa do art. 59 *caput* da CLT e como fazia a cancelada súmula 108¹¹⁰.

Assim, com base nessa orientação, segundo Martins, já seria possível afirmar que o constituinte, ao falar em acordo no inciso XIII do artigo 7º da Constituição, quis referir-se a acordo coletivo e não a acordo escrito ou individual¹¹¹.

E nesse sentido, conclui o autor:

Se o empregado pactuar, mediante acordo individual com o empregador, a compensação do horário de trabalho, terá o segundo de pagar como horas 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 individual¹¹².

Deste modo, interpretando os mencionados dispositivos, utilizando os métodos interpretativos, já seria possível deduzir que, a locução acordo contida no XIII do artigo 7º da Constituição Federal e paragrafo 2º do artigo 59 da CLT trata-se de acordo coletivo.

Nesse sentido vai além Sérgio Pinto Martins:

Entendo ser inconstitucional a determinação do § 2 da CLT, se se entender que o dispositivo trata de acordo individual, pois a interpretação do inciso XIII do artigo 7º da Constituição deve ser no sentido de que o acordo deve ser coletivo¹¹³.

Porém, quando se entende o acordo a que se refere o inciso XIII do artigo 7º da Constituição Federal e o paragrafo 2º do artigo 59 da CLT com o sentido de acordo coletivo, verifica-se um impasse jurídico doutrinário, ou seja, uma antinomia jurídica entre a súmula 85 do TST e os dispositivos supracitados.

Desta forma, buscando resolver tal impasse, torna-se necessário integrar as normas aos princípios gerais do Direito do Trabalho, principalmente o princípio da proteção do trabalhador e o da aplicação da norma mais favorável ao trabalhador.

¹¹⁰ Idem, 2014, p. 541.

¹¹¹ Idem, 2014, p. 541.

¹¹² Idem, 2014, p. 542.

¹¹³ Idem, 2014, p. 542.

Assim, conclui-se que permitir a celebração de acordos individuais para compensação de jornada, além de não ser assimilável com a orientação normativa constitucional e celetista, não coincide com os princípios que regem o direito do trabalho. Com efeito, a vulnerabilidade do empregado, que se apresenta como sendo a *parte hipossuficiente da relação de trabalho*¹¹⁴, perante o empregador, não lhe possibilitaria recusar o acréscimo de sua jornada, prejudicando assim, sua vida social, lazer e até mesmo sua saúde, devido ao excesso de trabalho proporcionado pela jornada extraordinária.

Assim, nesse sentido, deve ser a aplicação da Súmula 85 do Tribunal Superior do Trabalho repudiada.

Para que de forma correta seja finalizada essa análise tem-se que somente com a aplicação conscienciosa da hermenêutica e com a preservação dos princípios que regem o direito do trabalho alcançar-se-á o seu real objetivo, qual seja, o de assegurar melhores condições de trabalho e sociais ao trabalhador, de acordo com as medidas de proteção que lhe são destinadas.

¹¹⁴ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 10. ed. São Paulo: Ltr, 2011, p. 192.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente monografia partiu do pressuposto, de que a jornada de trabalho é um dos direitos mais importantes do trabalhador. Em vista desse direito ressaltou-se a importância da limitação da jornada de trabalho por parte do legislador.

Como visto, tal limitação visa assegurar a integridade do trabalhador e evita que o empregador abuse de poder de mando que detém sobre o empregado.

Inicialmente no primeiro capítulo foi elucidada a definição de jornada de trabalho, passando pela sua evolução histórica e suas limitações legais. Mostrou-se também a jornada extraordinária e a figura da compensação na jornada de trabalho e a dúvida existente na legislação, no inciso XIII do artigo 7º da Constituição Federal e § 2º do artigo 59 da CLT, quando do acordo legal para sua celebração.

Posteriormente, no segundo capítulo o estudo abordou o conceito da Hermenêutica Jurídica seus métodos de interpretação, gramatical, lógico, sistemático, teleológico e histórico, bem como as técnicas de integração e aplicação da norma jurídica.

Informou também que, para que exista uma segurança jurídica, não é necessário que uma norma verse sobre determinado assunto, mas que sua interpretação e aplicação venham a atingir seu objetivo.

Por fim, viu-se que a quando não for possível decidir sobre uma controvérsia de uma disposição precisa de lei poderá o interprete ou aplicador da norma jurídica recorrer também as técnicas jurídicas da norma, a analogia, aos costumes, princípios gerais do direito e a equidade.

Já no terceiro e último capítulo, o presente trabalho discorreu acerca da correta interpretação do inciso XIII do artigo 7º da Constituição Federal e do paragrafo 2º do artigo 59 da CLT utilizando-se as regras da hermenêutica jurídica e posteriormente analisou sobre há compatibilidade ou não da súmula 85 do TST, diante da correta interpretação dos dispositivos legais.

A pesquisa analisou também a legislação existente sobre a matéria, bem como as súmulas do Tribunal Superior do Trabalho, não deixando de lado a análise do entendimento dos Tribunais Regionais do Trabalho e de doutrinadores.

Posto isso, ficou evidenciado que o legislador ao limitar a duração da jornada de trabalho visou proteger a integridade do empregado e evitar que alguns empregadores cometam excessos exigindo que seus funcionários laborem em jornadas que não possibilitem a descanso e o convívio com a sociedade.

Por fim, identificou-se, por meio das técnicas de interpretação da hermenêutica jurídica e integração dos princípios gerais do Direito do Trabalho, que qualquer alteração da jornada normal de trabalho, assim como na compensação de jornada, deve ser feita com a chancela sindical e cumprindo as exigências legais.

Conclui-se então, que o trabalhador tem direito de ver cumprida a jornada prevista na lei. Contudo caso haja labor extraordinário, e que seja adotado para tal o regime de compensação da jornada de trabalho, este deve ser celebrado por meio de acordo coletivo.

Assim, tem-se que a interpretação conferida ao inciso XIII do artigo 7º da Constituição Federal e ao § 2º do artigo 59 da CLT é no sentido de acordo coletivo e não acordo individual como prevê a súmula 85 do TST.

REFERÊNCIAS

- ABUD, Cláudia José. Jornada de trabalho e a compensação de horários. São Paulo: Atlas, 2008.
- AMARAL, Júlio Ricardo de Paula. As lacunas da lei e as formas de aplicação do direito. Disponível em <<http://jus.com.br/artigos/30/as-lacunas-da-lei-e-as-formas-de-aplicacao-do-direito/3>>. Acesso em 25 de out. de 2014.
- BARROS, Alice Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho. 7. ed. São Paulo: Ltr, 2011.
- BARROSO, Luis Roberto. Interpretação e aplicação da Constituição. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Vade Mecum. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BRASIL, Decreto Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Vade Mecum. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BRASIL, Decreto Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Consolidação das Leis do Trabalho. Vade Mecum. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BRASIL, Tribunal Regional do Trabalho, SP – 93200637102007, Relatora: Rosa Maria Zuccaro, 2ª Turma, julgado em: 08/11/2007, disponível em < <http://trt-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/15896617/recurso-ordinario-ro-93200637102007-sp-00093-2006-371-02-00-7>>. Acesso em 06 de nov. de 2014.
- BRASIL. Súmula do TST nº 277. Vade Mecum. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BRASIL. Súmula do TST nº 85. Vade Mecum. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- CANFÃO, Olívio Albino. Métodos de interpretação jurídica à luz do horizonte hermenêutico. Salvador: Revista do Curso de Direito da UNIFACS. n. 158. agost. 2013.
- CARRION, Valentim. Comentários a Consolidação das Leis do Trabalho. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- CASSAR, Vólia Bomfim, Direito do trabalho. 5. ed. Niterói: Impetus, 2011.
- COELHO, Inocêncio Mártires. Interpretação constitucional. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- COSTA, Divaldir José da. Curso de hermenêutica jurídica. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. 10. ed. São Paulo: Ltr, 2011.

DIAS, Francisco Barros. Caminhos e influências na interpretação. Natal: Revista CEJ/RN, 1997.

FRANÇA, R. Limongi. Hermenêutica Jurídica. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

JÚNIOR, José Cairo. Curso de Direito do Trabalho. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

KLIPPEL, Bruno. Direito sumular esquematizado – TST. São Paulo: Saraiva, 2011.

MARTINS, Sérgio pinto. Direito do trabalho. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e aplicação do direito. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Iniciação ao direito do trabalho. 27. ed. São Paulo: Ltr, 2001.

PINHEIRO, Rodrigo Paladino. A súmula como ferramenta facilitadora do Direito. Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2374>. Acesso em 06 de nov. de 2014.

RAO, Vicente. O direito e a vida dos direitos. 5. ed. São Paulo: Rt, 1999.

REALE, Miguel. Lições preliminares de direito. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

SILVEIRA, Alípio. Hermenêutica jurídica. 1. v. São Paulo: Leia Livros. s.d.