

FACULDADES DOCTUM DE CARATINGA
JOSIANE ALEXANDRE DA FONSECA

**EXIGIBILIDADE DE ACORDO COLETIVO PARA COMPENSAÇÃO DE JORNADA
EXTRAORDINÁRIA.**

CARATINGA-MG
2017

JOSIANE ALEXANDRE DA FONSECA

**EXIGIBILIDADE DE ACORDO COLETIVO PARA COMPENSAÇÃO DE JORNADA
EXTRAORDINÁRIA.**

Monografia apresentada ao Curso de
Direito das Faculdades Doctum de
Caratinga, como requisito parcial à
obtenção do título de Bacharel em Direito.
Área de concentração: Direito do Trabalho
Orientador: Prof. Frederico Fernandes
Dutra

CARATINGA-MG

2017

TERMO DE APROVAÇÃO

O Trabalho de Conclusão de Curso intitulado: Exigibilidade de acordo coletivo para compensação de jornada extraordinária elaborado pelo aluno **Josiane Alexandre da Fonseca** foi aprovado por todos os membros da Banca Examinadora e aceita pelo curso de Direito da FACULDADES DOCTUM DE CARATINGA, como requisito parcial da obtenção do título de

BACHAREL EM DIREITO.

Caratinga 17 de DEZEMBRO 2017

Frederico F. Dutra

Prof. Orientador

B. L.

Prof. Avaliador 1

Prof. Avaliador 2

“Buscai em primeiro lugar o reino de Deus e a sua justiça e todas estas coisas vos serão dadas em acréscimo.” (Evangelho de São Mateus 6,33).

“Vinde a mim, vós todos que estais aflitos sob o fardo, e eu vos aliviarei. Tomai meu jugo sobre vós e recebei minha doutrina, porque eu sou manso e humilde de coração e achareis o repouso para as vossas almas. Porque meu jugo é suave e meu peso é leve” (Evangelho de São Mateus 11, 28-30)

Dedico este trabalho primeiramente a Deus, por ser essencial em minha vida, autor do meu destino, meu guia, socorro presente na hora da angústia, ao meu pai Joel Araújo da Fonseca, minha mãe Geralda Alexandre de Jesus, aos meus irmãos Geiziane Fonseca e Jáissom Fonseca, à minha cunhada Deliene de Lourdes pela torcida, e minhas sobrinhas amadas Julia Fonseca e Mayara Fonseca.

AGRADECIMENTOS

Por esta vitória, agradeço a Deus, meu tudo, aquele sem o qual nada tenho, nada sou. Te agradeço senhor por me amparar nas horas de dor, por ser meu amigo nas horas de estudo, por ser a força que não me deixou desanimar diante das dificuldades e pelo seu imenso amor.

Agradeço aos meus pais Joel Araújo da Fonseca e Geralda Alexandre de Jesus, pela vida, pelo carinho, pela educação e por tudo que fizeram por mim, agradeço aos meus irmãos Geiziane Alexandre Fonseca e Jaisom Alexandre Fonseca, pois sempre estiveram ao meu lado torcendo por mim, e por terem me dado duas sobrinhas lindas Julia Fonseca e Mayara Fonseca que tanto amo, e à toda minha família, vocês fazem parte desta conquista.

Ao orientador Frederico Fernandes Dutra pelo suporte e apoio.

Aos meus amigos de faculdade pelo companheirismo e pelo apoio durante cinco anos que estivemos juntos, em especial Thais, Nayara, Lorena, Marcone e Sidney, que tive a honra de conhecer e dividir momentos inesquecíveis, aos meus colegas de trabalho e carinhosamente a todos os demais amigos que tanto torceram por mim.

Sem vocês nada seria tão maravilhoso.

RESUMO

A presente monografia tem por finalidade analisar as diversas interpretações feitas no que tange a compensação de jornada suplementar, o que gera divergência doutrinária e jurisprudencial na aplicação dos artigos 7º inciso XIII, da CF/88 e 59, §2º da CLT, normas que regulamentam a referida compensação.

A discussão gira mais precisamente em torno da expressão acordo ou convenção coletiva. Nesta perspectiva será demonstrado que existe um questionamento sobre a palavra acordo, se este tem que ser unicamente coletivo ou se o acordo individual é suficiente para validar a compensação de horas. Há dúvida se o legislador inverteu a ordem das palavras convenção ou acordo coletivo para acordo ou convenção coletiva, conforme utilizado em vários momentos com a finalidade de flexibilizar direitos trabalhistas, permitindo o acordo de compensação de jornada individual, ou se foi mero recurso de linguagem sob o ponto de vista da interpretação gramatical.

Isso posto, por meio de análises, pesquisas, jurisprudências colecionadas, bem como estudos da hermenêutica jurídica com base nos critérios de interpretação da norma, será demonstrado que não foi a intenção do legislador originário flexibilizar normas trabalhistas, ou seja, a expressão contida na Constituição não significa que se possa compensar jornada suplementar através de acordo individual, mas que se faz necessário participação sindical.

Para enfrentar o problema, tem-se como marco teórico as palavras do professor Sergio Pinto Martins, para quem a inversão das expressões convenção ou acordo coletivo para acordo ou convenção coletiva de trabalho não foi proposital, com a intenção de permitir o acordo individual. Na realidade, quis o constituinte apresentar sinônimos para as mesmas expressões para não ser repetitivo.

Palavras-chave: jornada de trabalho; flexibilização trabalhista; compensação de jornada; acordo ou convenção coletiva; hermenêutica jurídica.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ART – Artigo

CF – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

CLT – Consolidação das Leis do Trabalho, Decreto lei nº 5.452 de 1º de maio de 1943.

IN VERBIS – Nestas palavras

P. – Página

SUM – Súmula

TRCT – Termo de Rescisão do Contrato de Trabalho

TRT –Tribunal Regional do Trabalho

TST – Tribunal Superior do Trabalho

OIT – Organização Internacional do Trabalho

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS	12
1.2 Jornada suplementar	20
1.3 Compensação de jornada	24
1.3.1 SÚMULA 85, I e II do TST	28
1.3.2 Artigo 59 § 2º CLT	30
1.3.3 Artigo 7º, Inciso XIII, CF/88	32
CAPÍTULO II – INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO	35
2.1 Interpretação jurídica	35
2.2 Hermenêutica jurídica	38
2.3 Métodos de exegese do direito	40
CAPÍTULO III - INTERPRETAÇÃO DO ARTIGO 7º XIII, CF/88	47
3.1 Da jurisprudência do TST	47
3.2 Da divergência na doutrina	53
CONSIDERAÇÕES FINAIS	58
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	60

INTRODUÇÃO

A presente monografia, cujo tema é a exigibilidade de acordo coletivo para compensação de jornada extraordinária, tem como objetivo analisar qual a melhor interpretação dispensada à expressão acordo ou convenção coletiva, constante nos artigos 7º inciso XIII da CF/88 e 59, §2º da CLT. Se este acordo pode ser individual ou apenas acordo coletivo, que seria aquele cuja participação do sindicato é fundamental para validação do regime de compensação de jornada de trabalho.

A escolha desse tema encontra justificativa na discussão sobre a possibilidade de fato do legislador constituinte ter invertido a ordem das palavras convenção e acordo coletivo para acordo e convenção coletiva, busca-se demonstrar que a divergência se encontra mais precisamente sobre a expressão acordo ou convenção coletiva, sobre qual teria sido a real intenção do legislador ao inverter as palavras apenas neste artigo, se realmente quis flexibilizar normas trabalhistas ou se utilizou recursos de linguagem sinônimos.

Assim sendo, a partir do problema apresentado, tem o presente trabalho, o objetivo de esclarecer o tema, desvendando assim, de acordo com o estudo da hermenêutica jurídica e com base nos critérios de interpretação da norma, doutrina e jurisprudências, qual a melhor e mais coerente interpretação a ser aplicada à expressão “acordo ou convenção coletiva”, constante na CF/88, art. 7º, inciso XIII, e na CLT, art. 59, § 2º, para a validade do regime de compensação de jornada suplementar.

A esse respeito, tem-se como metodologia a ser adotada a pesquisa teórico-dogmática, no tocante ao assunto em análise, estudando as posições jurisprudenciais e doutrinárias relacionadas ao tema.

No que tange aos setores de conhecimento será abordada a interdisciplinaridade entre as disciplinas Direito do trabalho, Direito Constitucional e a Hermenêutica jurídica.

Para desenvolver a pesquisa, será adotado como referencial teórico as palavras do professor Sergio pinto Martins, para quem a inversão das expressões convenção ou acordo coletivo para acordo ou convenção coletiva de trabalho não foi proposital, com a intenção de permitir o acordo individual. Na realidade, quis o constituinte apresentar sinônimos para as mesmas expressões para não ser repetitivo.

A monografia está dividida em três capítulos. O primeiro deles versa sobre as modalidades de jornada de trabalho, duração da jornada de trabalho, jornada suplementar, compensação de jornada, e disposição legal, sendo artigo 7º, inc. XIII, 59 § 2º CLT e súmula 85, inc. I e II do TST. O segundo trata-se da Interpretação e aplicação do direito do trabalho, da interpretação jurídica, hermenêutica jurídica e métodos da exegese do direito. Por conseguinte, o capítulo final, discorre sobre a mais acertada interpretação aos arts. 7º, XIII CF/88, art. 59, § 2º da CLT apresentando jurisprudências atuais sobre o tema, aplicação da hermenêutica no artigo 7º, inc. XIII, CF/88 por meio dos elementos gramatical sistemático, lógico, teleológico e histórico e conclusões finais acerca da pesquisa realizada.

CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS

Tendo em vista a importante busca pela melhor interpretação do art.7º inc. XIII, da CF/88 e art. 59, § 2º da CLT é fundamental discorrer brevemente sobre alguns conceitos pertinentes ao tema sendo importante fazermos uma distinção entre duração do trabalho, horário de trabalho e jornada de trabalho.

Conforme conceitua Vólia Bomfim: “duração do trabalho é gênero do qual são espécies a jornada, o horário de trabalho e os repousos (intrajornada, entre jornadas ou Interjornadas, semanal e anual)”.¹ A expressão, no entanto, tem sentido amplo, compreendendo todo o período do contrato de trabalho, como feriados, repouso semanal remunerado e férias.

Sobre o conceito de horário de trabalho, por sua vez, diz respeito ao lapso temporal entre o início e o fim do período em que o empregado fica à disposição do empregador diariamente, compreendendo, também, o intervalo para repouso e alimentação, caso seja necessário.

A jornada de trabalho então é o lapso temporal diário em que o empregado se coloca à disposição do empregador em razão do respectivo contrato de trabalho. Mede a principal obrigação do empregado no contrato – o tempo de prestação de trabalho ou, pelo menos, de disponibilidade perante o empregador.

Nesse sentido Mauricio Godinho Delgado:

Compreende o tempo diário em que o empregado tem de se colocar em disponibilidade perante seu empregador, em decorrência do contrato. O tempo, em suma, em que o empregador pode dispor da força de trabalho de seu empregado em um dia delimitado.²

Sergio Pinto Martins traz a denominação:

O vocabulário *giornata*, em italiano, significa dia ou jornada. *Giorno* é dia. *Giornale* é o jornal, que geralmente é diário. Em Francês, usa-se a palavra jour, dia; journée quer dizer jornada. Jornada significa o que é diário. Seriam oito horas diárias de trabalho”.³

¹BOMFIM, Vólia. **Direito do Trabalho**. - 10, ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014. P. 618.

² DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. - 10 ed. São Paulo: LTR, 2011. P.809.

³ MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. - 31,ed. São Paulo: Atlas, 2014, P. 563.

Na abordagem feita pelo doutrinador Sergio Pinto Martins, o mesmo cita o filósofo Celso Cunha, que fez a revisão gramatical da Constituição, entende que a última palavra numa frase deve concordar com a anterior, se esta for feminina:

Interpretando as palavras empregadas na CLT, verifica-se que o legislador ordinário usa a expressão acordo escrito para designar o acordo individual feito pelo empregado para prorrogação da jornada de trabalho, como se observa do art.59 da CLT. A própria súmula 108 do TST fazia também essa distinção para a compensação de horários de trabalho, usando a expressão acordo escrito para o acordo individual e acordo coletivo ou convenção coletiva para a norma coletiva, sendo estas últimas as formas de compensação do horário de trabalho da mulher. Com base nessa orientação, já seria possível dizer que o constituinte, ao falar em acordo, quis se referir a acordo coletivo e não a acordo escrito ou individual, até mesmo para prestigiar a participação dos sindicatos as negociações coletivas (art. 8º VI, da CF/88).⁴

A Carta Magna estabelece a possibilidade de flexibilização das normas referentes à limitação da jornada, facultando as partes, por meio de “acordo ou convenção coletiva de trabalho”, compensar o excedente de horas trabalhadas num um dia em outro. Vejamos o que o doutrinador Sergio Pinto Martins ensina sobre flexibilização:

A flexibilização das condições de trabalho é um conjunto de regras que tem por objetivo instituir mecanismos tendentes a compatibilizar as mudanças de ordem econômica, tecnológica ou social existentes na relação entre o capital e o trabalho.⁵

A compensação de horas consiste na folga do trabalhador composta pelo mesmo número de horas em que trabalhou em excesso durante a jornada diária, para Amauri Mascaro Nascimento, o sistema de compensação, “Consiste na distribuição das horas de um dia pelos demais dias da semana”⁶.

Na mesma linha professora Vólia Bomfim Cassar:

O regime de compensação ocorre quando houver aumento da jornada em um dia pela correspondente diminuição em outro, de forma a garantir o módulo semanal de 44 horas ou mensal de 220 mensais, 440 horas

⁴MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. - 31,ed. São Paulo: Atlas, 2014, P. 587.

⁵MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. - 31,ed. São Paulo: Atlas, 2014, P. 587.

⁶NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho: História e teoria geral do direito do Trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho**. - 29. ed. São Paulo: Saraiva,2009. P.650.

bimestrais, 660 trimestrais e, assim por diante, até o anual de 2.640 horas (220 horas mensais x 12 meses).⁷

A Carta Cidadã expressa no artigo 7º, XIII: “duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro horas semanais, facultada a compensação de horário e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho”.⁸

A redação da Consolidação das Leis do trabalho -CLT, no parágrafo 2º do artigo 59, determinada pela lei nº 9.601 de 21-1-1998 previa:

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 120 dias, à soma das jornadas semanais de trabalho previstas, nem seja ultrapassado o limite máximo de dez horas diárias.⁹

Destarte, tanto a Constituição de 1988, como a Consolidação das Leis do Trabalho usaram a expressão acordo ou convenção coletiva de trabalho para validade do regime da compensação de jornada.

A discussão gira em torno da expressão utilizada na Carta Cidadã, bem como pela CLT, que gerou dúvida na doutrina e na jurisprudência acerca da palavra acordo, sobre qual seria a intenção do legislador ao utilizar a expressão acordo ou convenção coletiva. Tendo em vista os incisos VI, XIV e XXVI, do art. 7º da Constituição Federal que utilizam expressões semelhantes, porém, às vezes, diferentes desta, seria este acordo unicamente coletivo ou poderia ser individual, mediante acordo entre o empregado e o empregador.

A fim de conceituar os institutos apresentados neste trabalho, convém discorrer um pouco sobre o que seja acordo ou convenção coletiva e acordo individual.

Acordo coletivo no direito laboral é o acordo firmado entre o sindicato representante da classe trabalhadora e uma ou mais empresas, estabelecendo condições de trabalho que deverão ser observados por ambos os contratantes. Assim conceitua Vólia Bomfim:

⁷BOMFIM, Vólia. **Direito do Trabalho**. - 10, ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014, P. 635.

⁸BRASIL. Consolidações das Leis do Trabalho (CLT). Saraiva. 2017

⁹BRASIL. Consolidações das Leis do Trabalho (CLT). Saraiva. 2017

O acordo coletivo de trabalho é o negócio jurídico extrajudicial efetuado entre sindicato dos empregados e uma ou mais empresas, onde se estabelecem condições de trabalho, obrigando as partes acordantes dentro do período de vigência predeterminado e na base territorial da categoria¹⁰.

A convenção coletiva é o pacto laboral celebrado entre o sindicato profissional e o sindicato representante da classe econômica, criando condições de trabalho que deverão ser observadas por toda a categoria fixada na mesma base territorial. Alice Monteiro de Barros traz o seguinte conceito de convenção coletiva: A convenção coletiva é uma instituição do direito coletivo do trabalho. Traduz um ajuste entre entidades sindicais visando a novas condições de trabalho, cuja eficácia é erga omnes.¹¹

Já o acordo individual é aquele firmado entre as partes, empregado e empregador, sem a intervenção do sindicato. As partes criam regras que deverão ser observadas por ambas.

¹⁰BOMFIM, Vólia. **Direito do Trabalho**. - 10, ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014, P. 1.248.

¹¹BARROS, Alice Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho. - 8 ed. – São Paulo: LTr, 2012, P. 993.

CAPÍTULO I – DA DURAÇÃO DO TRABALHO

Neste primeiro capítulo serão abordados os institutos da duração do trabalho, jornada de trabalho e horário de trabalho, sendo que a abordagem dos referidos institutos é essencial para a compreensão da presente pesquisa monográfica.

1.1 DURAÇÃO, JORNADA E HORÁRIO DE TRABALHO

Para adentrarmos ao tema discorreremos sobre os conceitos de duração do trabalho, jornada de trabalho e horário de trabalho, identificando na lei e na doutrina seus principais requisitos.

Pois bem, a duração do trabalho possui conceito mais amplo e abrange a duração semanal, mensal e anual do trabalho. Para a professora Vólia Bomfim Cassar a duração do trabalho é gênero que engloba as espécies jornada, horário de trabalho e os repousos semanais reservados para o descanso do trabalhador:

A duração do trabalho é o gênero do qual são espécies a jornada, horário e os repousos (intrajornada, entre jornadas ou interjornadas, semanal e anual. Abrange o lapso temporal de labor ou disponibilidade do empregado perante seu empregador em virtude do contrato, considerando distintos parâmetros de mensuração: dia (duração diária, ou jornada), semana (duração semanal), mês (duração mensal), e até mesmo ano (duração anual).¹²

Da lição da professora Vólia Bomfim Cassar é possível notar que a expressão duração do trabalho é bastante abrangente, mas para compreender melhor esta subdivisão em gênero e espécies cumpre fazer uma análise sobre quando, como e porque surgiu tal definição.

Vejamos, desde o direito internacional até o direito brasileiro muito se foi discutido, lutado e conquistado em relação aos direitos trabalhistas, sendo que o principal fundamento dessa luta é a busca pela proteção da saúde do trabalhador. A partir daí passamos a falar sobre as regras de medicina e segurança do trabalho que envolvem as condições, períodos de trabalho e os de descanso:

São normas imperativas que estabelecem direitos de ordem pública, impedindo as partes de renunciar ou dispor de qualquer benesse que a lei

¹² BOMFIM, Vólia. **Direito do Trabalho**. - 10, ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014. P. 618

tenha concedido a empregado. A limitação do tempo de duração do trabalho tem como fundamento três aspectos importantes: biológicos, sociais e econômicos.¹³

Neste prisma, fica claro a necessidade de regulamentar os períodos de trabalho, pois trata-se de importância social, econômica e biológica envolvendo diretamente o ser humano. Sem entrar em datas e momentos históricos, daremos destaque as normas que afetaram diretamente a atual legislação que regulamenta a duração do trabalho nos dias atuais, destacando a Declaração universal dos Direitos Humanos de 1948, artigo XXVI que dispõe que: “Todo Homem tem direito a repouso e lazer, inclusive limitação razoável das horas de trabalho e as férias remuneradas periódicas”.¹⁴

Culminou se em fim com a Constituição Federal de 1988 estabelecendo em seu artigo 7º inciso XIII CF/88 a duração do trabalho de oito horas diárias e quarenta e quatro horas semanais: “Duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho”.

Destarte, esclarece Amauri Mascaro Nascimento que “o trabalho desenvolvido longamente pode levar à fadiga física e psíquica, daí a necessidade de pausas para evitar a queda de rendimento, o acúmulo de ácido láctico no organismo e conseqüentemente insegurança do trabalhador”.¹⁵

Noutro giro, Sergio Pinto Martins ainda traz outros fundamentos do dever de proteção à saúde do trabalhador, afirmando ter a limitação da duração do trabalho pelo menos quatro elementos: a) biológicos, que dizem respeito aos efeitos psicofisiológicos causados ao empregado, decorrentes da fadiga, sendo que após 08 horas diárias de trabalho há a diminuição do rendimento do trabalhador; b) sociais: o empregado deve conviver e relacionar-se com outras pessoas, se poder dedicar-se à família, de dispor de horas de lazer; c) econômicos e d) humanos:

Os aspectos econômicos dizem respeito à produção da empresa, em que o empresário aumenta a jornada de trabalho, pagando horas extras,

¹³ BOMFIM, Vólia. **Direito do Trabalho**. - 10, ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014. P. 617.

¹⁴BRASIL. **Cidadania e Justiça**. Disponível em <<http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2009/11/declaracao-universal-dos-direitos-humanos-garante-igualdade-social>> acesso em 09/10/2017, às 22:09.

¹⁵ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao Direito do Trabalho**. – 25 ed. rev. e atual. São Paulo, LTr, 1999. P 267.

justamente para aumentar a produção, daí a necessidade de fiscalização do Estado, de sua tutela, para limitar a jornada de trabalho para que não haja excessos.¹⁶

E continua o autor tratando ainda dos aspectos econômicos em que pese a limitação de jornada ser benéfica até mesmo para diminuir o problema do desemprego, pois trabalhando em número de horas menor por dia haverá mais empregos para os outros, além do mais, trabalhando em número menor de horas não ficará tão cansado, logo, produzirá mais, assim a limitação da jornada pode adequar a produção da empresa às necessidades do mercado.

Há, ainda, fundamentos sociais e familiares da limitação da jornada de trabalho, pois com a limitação, o empregado passa a desfrutar de maior tempo com a família, pode ir ao clube, à igreja, estudar, e o principal fundamento que é humano é diminuir os acidentes do trabalho:

É sabido que, no período em que o trabalhador presta serviços cansado ou quando faz horas extras, ocorre maior índice de acidentes do trabalho, principalmente em virtude da fadiga. Muitas vezes, o empregado, para receber o salário das horas extras, presta maior número de horas do que tem condições, e é justamente nesse momento que podem ocorrer os acidentes do trabalho.

Nota-se que a limitação da duração do trabalho está estabelecida na carta Magna, mais precisamente no art. 7, inc. XIII, onde determina-se a duração do trabalho de oito horas diárias, não superior a quarenta e quatro horas semanais, com a finalidade de preservar a integridade física e psíquica do empregado, garantindo-lhe saúde, força para maior rendimento, evitando-lhe a fadiga. Tudo isso, dentro da duração do trabalho que é gênero que abrande a jornada de trabalho e horário de trabalho que passamos a discorrer.

Quanto a jornada de trabalho, de acordo com os ensinamentos do professor Sergio Pinto Martins é a quantidade de labor diário do empregado.¹⁷ Para o autor o conceito de jornada de trabalho deve ser enxergado sob três prismas: do tempo efetivamente trabalhado, do tempo *in itinere* e do tempo à disposição do empregador.¹⁸

¹⁶MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. - 31, ed. São Paulo: Atlas, 2015. P. 566.

¹⁷MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. - 31, ed. São Paulo: Atlas, 2015. P. 566.

¹⁸MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. - 31, ed. São Paulo: Atlas, 2015. P. 566.

O tempo efetivamente trabalhado não considera as paralisações do empregado, como o fato de o empregado estar na empresa, em hora de serviço, mas não estar produzindo, o tempo *in itinere* considera como jornada de trabalho desde o momento em que o empregado sai de sua residência até quando a ela regressa e o tempo à disposição do empregador determina que a partir do momento que o emprego chega à empresa até o momento em que dela se retira, há o cômputo da jornada de trabalho.¹⁹

Jornada de trabalho para o mestre Mauricio Godinho Delgado, tem sentido mais estrito do que duração do trabalho, compreendendo o tempo diário em que o empregado tem de se colocar em disponibilidade perante seu empregador:

É o lapso temporal em que o empregado se coloca à disposição do empregador em virtude do 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 vincula.²⁰

O artigo 4º da CLT estabelece como regra geral, que se considera tempo à disposição do empregador o período em que o empregado estiver aguardando ou executando ordens.

Sobre o tempo à disposição do empregador Vólia Bomfim Cassar, afirma que o legislador trabalhista considerou o tempo que o empregado fica à disposição do empregador, como sendo tempo de serviço prestado. Essa ficção legal teve a finalidade de proteger o obreiro dos abusos do poder econômico, porventura cometidos pelo patrão, tais como intervalos não previstos em lei, tempo de espera de serviço quando em trabalho, horas de itinerário, tempo à disposição decorrente da limitação do direito de ir e vir.²¹ Sendo este o modelo de jornada adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Já o horário de trabalho se refere a hora exata da entrada e da saída do trabalhador no emprego, neste mister Arnaldo Lopes Sússekind diz que “é a fixação dos momentos em que deve ter início e fim a jornada normal de trabalho e, se for o caso, do intervalo para descanso ou refeição”²², assim o horário de trabalho pode

¹⁹ MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. - 31, ed. São Paulo: Atlas, 2015. P. 566.

²⁰ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. - 10 ed. São Paulo: LTR, 2011. P. 806.

²¹ BOMFIM, Vólia. **Direito do Trabalho**. - 10, ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014. P. 619

²² SÚSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas; TEIXEIRA, Lima. **Instituições de Direito do Trabalho**. - 19. ed. São Paulo: LTr, 2000, V..II, P.808.

variar nos períodos diurno, noturno ou misto dependendo do ajuste feito entre patrão e empregado.

Neste sentido, o horário de trabalho compreende o marco inicial e o termo final em que o trabalhador permanece no local de trabalho, não se considerando o intervalo intrajornada, ou seja, não se computa o intervalo no horário de trabalho, mas tão somente o tempo em que o empregado fica à disposição do empregador, explica Sergio Pinto Martins:

O horário de trabalho é o espaço de tempo em que o empregado presta serviços ao empregador contando do momento em que se inicia o seu labor diário, e o momento em que se inicia seu término, não se computando, porém, o tempo de intervalo. O horário de trabalho do empregado seria, por exemplo, das 08 às 12h e das 13 às 17 h. O horário de trabalho dos empregados, deve, porém, constar de um quadro e fiar em local bem visível da empresa.²³

Diante do raciocínio apresentado conclui-se que duração do trabalho é gênero que abrange a jornada de trabalho e horário de trabalho, tendo a duração sentido mais amplo, compreendendo o período diário, semanal, mensal e anual, a jornada de trabalho por sua vez trata do tempo diário que o empregado fica à disposição do empregador e o horário é a hora que o empregado começa a trabalhar e a hora que encerra sua jornada, não havendo cômputo do intervalo intrajornada.

1.2 Jornada suplementar

Neste tópico iremos conceituar e discorrer sobre o tema jornada suplementar, sendo que o esclarecimento deste é essencial para entendermos o propósito desta monografia. Veremos que as expressões horas suplementares, horas extras e horas extraordinárias tem o mesmo significado, e são aquelas horas que ultrapassam a jornada de trabalho normal fixada em lei, convenção coletiva, sentença normativa ou até mesmo contrato individual de trabalho.

Conforme conceitua Sergio Pinto Martins, as expressões horas extras, horas extraordinárias ou horas suplementares tem o mesmo significado, ou seja, são as

²³ MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. - 31 ed. São Paulo: Atlas, 2015. P. 563

horas prestadas além do horário contratual legal ou normativo, que devem ser remuneradas com o adicional respectivo.²⁴

Vejamos, a regra é a jornada regular de trabalho, ou seja, que o trabalhador não exceda o limite legal, contratual ou previsto em instrumento normativo. No entanto, conforme disposto no artigo 7º, inc. XIII, CF/88, e também artigo 59º CLT, em algumas situações permite-se o labor além da jornada normal.

Conceitua-se então, conforme palavras do doutrinador Sergio Pinto Martins que horas suplementares ou extras ou extraordinárias, é todo o tempo laborado além do limite legal ou contratual, podendo ocorrer no início, no intervalo intrajornada e após o termo final do horário de trabalho.

Horas extras são as prestadas além do horário contratual, legal ou normativo, que devem ser remuneradas com o adicional respectivo. A hora extra pode ser realizada tanto antes o início do expediente, como após seu término normal ou durante os intervalos destinados a repouso e alimentação.²⁵

O acordo de prorrogação de horas possui previsão legal no artigo 59 *caput* e § 1º da CLT que dispõe que o acordo de prorrogação de horas de trabalho não ultrapasse a dez horas diárias de trabalho, podendo ser realizado mediante acordo escrito entre as partes ou acordo ou convenção coletiva de trabalho.

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

§ 1º - Do acordo ou do contrato coletivo de trabalho deverá constar, obrigatoriamente, a importância da remuneração da hora suplementar, que será, pelo menos, 20% (vinte por cento) superior à da hora normal.

Apesar da previsão celetista de pagamento de adicional de no mínimo 20% (vinte por cento) sobre as horas suplementares, a Constituição Federal de 1988 determina que o valor do referido adicional deve ser de no mínimo 50% (cinquenta por cento), sendo assim, pela legislação pátria não se aplica mais a regra do parágrafo primeiro quanto ao valor do adicional, devendo-se seguir o disposto no artigo 7º, inciso XVI da CF/88.

²⁴ MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. - 31 ed. São Paulo: Atlas, 2015. P. 578.

²⁵ MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. - 31, ed. São Paulo: Atlas, 2015. P. 578.

Ensina Amauri Mascaro Nascimento sobre a classificação das horas suplementares:

Tendo-se em vista o direito brasileiro, as horas suplementares classificam-se em cinco tipos: a) horas extras resultantes de acordos de prorrogação; b) de sistema de compensação; c) destinadas à conclusão de serviços inadiáveis ou cuja inexecução possa causar prejuízos ao empregador; d) prestadas para recuperação de horas de paralisação; e de e) cumpridas nos casos de força maior.²⁶

Ocorre que o trabalhador não está obrigado a ultrapassar o horário estabelecido, mesmo que receba um adicional, o mais importante é o descanso físico e mental do empregado, sendo que a jornada suplementar é situação incomum ou transitória, exceto em casos específicos como: horas extras pré contratadas por ajuste individual ou coletivo, nas hipóteses do artigo 61 CLT que trata da realização de serviços inadiáveis ou que a inexecução cause prejuízo e força maior e do artigo 240 CLT, parágrafo único que trata das horas suplementares dos ferroviários, que discutiremos rapidamente:

Nos termos do artigo 61 da Consolidação das Leis Trabalhistas, a prorrogação de jornada de trabalho por motivo de força maior, conclusão de serviços inadiáveis e recuperação das horas de paralisação a jornada normal de trabalho poderá ser acrescida de horas suplementares, sendo que a realização destas poderão ser exigidas ainda que não haja acordo, seja individual ou coletivo, ressalvando que a ocorrência deverá ser comunicada a autoridade competente no máximo de 10 (dez dias), *in verbis*:

Art. 61. Ocorrendo necessidade imperiosa, poderá a duração do trabalho exceder do limite legal ou convencionado, seja para fazer face a motivo de força maior, seja para atender à realização ou conclusão de serviços inadiáveis ou cuja inexecução possa acarretar prejuízo manifesto.

§ 1º- O excesso, nos casos deste artigo, poderá ser exigido independentemente de acordo ou contrato coletivo e deverá ser comunicado, dentro de 10 (dez) dias, à autoridade competente em matéria de trabalho, ou, antes desse prazo, justificado no momento da fiscalização sem prejuízo dessa comunicação.

§ 2º- Nos casos de excesso de horário por motivo de força maior, a remuneração da hora excedente não será inferior à da hora normal. Nos demais casos de excesso previstos neste artigo, a remuneração será, pelo menos, 25% (vinte e cinco por cento) superior à da hora normal, e o

²⁶ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao Direito do Trabalho**. - 25 ed. rev. e atual. São Paulo, LTr, 1999.P 268.

trabalho não poderá exceder de 12 (doze) horas, desde que a lei não fixe expressamente outro limite.

§ 3º- Sempre que ocorrer interrupção do trabalho, resultante de causas acidentais, ou de força maior, que determinem a impossibilidade de sua realização, a duração do trabalho poderá ser prorrogada pelo tempo necessário até o máximo de 2 (duas) horas, durante o número de dias indispensáveis à recuperação do tempo perdido, desde que não exceda de 10 (dez) horas diárias, em período não superior a 45 (quarenta e cinco) dias por ano, sujeita essa recuperação à prévia autorização da autoridade competente.²⁷

Conforme preconiza o artigo 501, caput da CLT a esse respeito: “Entende-se por força maior todo acontecimento inevitável, em relação à vontade do empregador, e para a realização do qual este não concorreu, direta ou indiretamente”. Podemos extrair desse artigo que o acontecimento que autoriza a prorrogação da jornada de trabalho no tipo força maior, tem que ser inevitável, no que diz respeito à vontade do empregador, e para o qual este não tenha concorrido. São exemplos desses acontecimentos catástrofes: incêndio, enchente etc.

Citemos também outro dispositivo, qual seja, o artigo 240 da CLT que se refere a horas suplementares específicas relacionadas ao trabalho dos ferroviários, mas também estabelece horas extras obrigatórias:

Art. 240 - Nos casos de urgência ou de acidente, capazes de afetar a segurança ou regularidade do serviço, poderá a duração do trabalho ser excepcionalmente elevada a qualquer número de horas, incumbindo à Estrada zelar pela incolumidade dos seus empregados e pela possibilidade de revezamento de turmas, assegurando ao pessoal um repouso correspondente e comunicando a ocorrência ao Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, dentro de 10 (dez) dias da sua verificação.

Parágrafo único - Nos casos previstos neste artigo, a recusa, sem causa justificada, por parte de qualquer empregado, à execução de serviço extraordinário será considerada falta grave.²⁸

Conclui-se assim, que apesar de estabelecer a jornada de trabalho regular, a Constituição permite ainda que se realize horas suplementares, desde que remuneradas com o adicional previsto na Carta Magna, notadamente que o empregado não está obrigado a realizar horas extras, tendo em vista que a longa duração da jornada pode trazer-lhe prejuízos, sejam físicos ou biológicos, além de privar-lhe do convívio social e familiar, e que esta possível ocorrência pode influenciar até mesmo na motivação e produtividade do empregado causando-lhe fadiga, logo influencia no aspecto econômico onde haveria baixa produtividade e

²⁷ BRASIL. Consolidações das Leis do Trabalho (CLT). Saraiva. 2017

²⁸ BRASIL. Consolidações das Leis do Trabalho (CLT). Saraiva. 2017.

possíveis demissões, gerando desemprego na sociedade. Concluímos que a realização de horas extras é exceção a hora regular, deve ser justificada e haver autorização do chefe imediato, além de gerar pagamento de adicional, sem deixar de mencionar que existem possibilidades de horas extras obrigatórias, mas que estão devidamente regulamentadas na legislação trabalhista, sem deixar dúvidas da importância de se proteger as relações de trabalho, sempre visando a saúde e o bem-estar do obreiro.

1.3 Compensação de jornada

Abordaremos a seguir o instituto da compensação de jornada de trabalho, com base na leitura da Constituição que estabelece jornada regular de trabalho, mas mantém previsão de extrapolação desta, mantendo-se assim facultada a compensação de horários. As horas que eventualmente extrapolem a jornada normal, são conhecidas como horas suplementares, extras ou extraordinárias que podem ser legalmente de até 2 (duas) horas diárias, o que totaliza 10 dez horas diárias e devem ser pagas com acréscimo mínimo de 50% (cinquenta por cento) ou ainda podem ser compensadas, havendo ainda a modalidade banco de horas, sobre as quais trataremos a seguir.

A Constituição da República de 1988, no artigo 7^a, inciso XIII, assegura aos trabalhadores duração do trabalho normal de oito horas diárias e quarenta e quatro horas semanais. De acordo com a Constituição as horas que ultrapassarem este limite serão tidas como horas suplementares. Estabelece ainda que as horas trabalhadas a mais em um dia sejam compensadas em outro, devendo o empregador remunerar o empregado com acréscimo de 50% (cinquenta por cento da hora normal).

Por sua vez, a legislação trabalhista, no artigo 59, § 2º da CLT em conformidade com a Constituição de 1988, prevê o sistema de compensação de jornada. Conforme ensina Vólia Bomfim Cassar, A compensação de jornada é gênero cujas espécies são: a) compensação tradicional e b) banco de horas.

Para a autora a compensação de jornada tradicional é aquela em que o módulo semanal ou mensal é respeitado e o horário de trabalho por dia é fixado previamente. Exemplo de Compensação Tradicional segundo Vólia Bomfim Cassar:

Um exemplo de compensação tradicional ocorre no caso dos empregados da construção civil que, por força de norma coletiva, têm horário da seguinte forma: de segunda a quinta-feira, das 8 às 18 horas, com uma hora de intervalo (9 horas de trabalho por dia); às sextas-feiras, das 8 às 17 horas, com o mesmo intervalo (8 horas de trabalho). Os horários de trabalho são previamente ajustados, a jornada é de 8 horas às sextas e de 9 horas de segunda a quinta, que totalizam 44 horas semanais. Neste exemplo houve aumento de uma hora por dia, durante quatro dias, para compensar o não trabalho aos sábados, cuja jornada máxima seria de 4 horas. Estas quatro horas foram distribuídas de forma fixa durante a semana e previamente ajustadas entre empregado e empregador.²⁹

Já o banco de horas criado inicialmente pela MP 1.709/98 para compensações de até 120 dias e, mais tarde, com nova redação, para compensações anuais, conforme MP 2.164-41/2001.

E continua a autora:

Este nome foi escolhido por refletir semelhança a um banco onde há créditos e débitos na conta, isto é, o empregado que fizer horas extras, ao invés de recebê-las (em pecúnia), as acumula sucessivamente, para, dentro de um ano, no máximo compensá-las.³⁰

Também Mauricio Godinho Delgado diferencia o regime compensatório clássico e a sua versão atual, conhecido popularmente como banco de horas “ O regime compensatório na sua versão clássica (antes da lei nº9.601/98) e em sua nova versão (banco de horas)” (...).³¹

Vejamos, conforme apurado dos conceitos acima temos uma modalidade de regime compensatório que é o tradicional, onde se compensa as horas extras trabalhadas dentro da mesma semana ou mês e o regime compensatório anual que é o banco de horas, onde se compensa as horas extras trabalhadas dentro daquele ano, este por sua vez também era conhecido como clássico antes da lei 9.601/98.

É possível citar como modelos de regimes compensatórios as modalidades de compensação de horas a semana espanhola, a semana inglesa e o regime de jornada 12x36.

Exemplifica-se segundo Vólia Bomfim Cassar, a semana inglesa com o que ocorre na construção civil, em que os obreiros trabalham de segunda a quinta-feira

²⁹ BOMFIM, Vólia. **Direito do Trabalho**. -10, ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014. P. 636.

³⁰ BOMFIM, Vólia. **Direito do Trabalho**. -10, ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014. P. 636.

³¹ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. - 14 ed. –São Paulo: LTr, 2015.P. 995

uma hora a mais todos os dias (9 horas por dia) e na sexta feira trabalha 08 horas, para poder compensar no sábado.

Um exemplo de compensação tradicional ocorre no caso de os empregados da construção civil que, por força de norma coletiva, tem horário da seguinte forma: de segunda a quinta feira, das 8 às 18 horas, com uma hora de intervalo por dia (9 horas de trabalho por dia); às sextas feiras, das 8 às 17 horas, com o mesmo intervalo (8 horas de trabalho). Os horários de trabalho são previamente ajustados, a jornada é de 8 horas às sextas e de 9 horas de segunda a quinta, que totalizam 44 horas semanais. Neste exemplo houve um aumento de hora por dia, durante quatro dias, para compensar o não trabalho ao sábado, cuja jornada máxima seria de 4 horas. Estas quatro horas foram distribuídas de forma fixa durante a semana e previamente ajustado entre empregado e empregador.³²

Conforme disposto na OJ nº 323 do TST, outra modalidade regime compensatório é conhecida como semana espanhola, onde a compensação das horas suplementares ocorre em semanas diferentes, como por exemplo: o obreiro trabalha 48 horas em uma semana e na semana seguinte 40 horas.

OJ Nº 323, TST. ACORDO DE COMPENSAÇÃO DE JORNADA. SEMANA ESPANHOLA”. VALIDADE. É válido o sistema de compensação de horário quando a jornada adotada é a denominada “semana espanhola”, que alterna a prestação de 48 horas em uma semana e 40 horas em outra, não violando aos artigos 59 § 2º, da CLT e 7º, XIII, CF/88 o seu ajuste mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho.³³

Logo, observa-se que a distinção entre os regimes de compensação é que na modalidade de compensação jornada inglesa realizadas durante a semana devem ser compensadas dentro daquela mesma semana na compensação modalidade jornada espanhola em uma semana o obreiro laboraria 48 horas semanais e na seguinte 40 horas semanais, compensando assim o saldo anterior.

Há ainda o regime de trabalho de doze horas de trabalho por trinta e seis de descanso, o famoso 12x36, disposto na súmula 444 do TST, *in verbis*:

444- JORNADA DE TRABALHO – NORMA COLETIVA – LEI – ESCALA 12x36 – VALIDADE. RES. N. 185/2012, DEJT DIVULGADO EM 28.09.2012). É válida, em caráter excepcional, a jornada de doze horas de trabalho por trinta e seis horas de descanso, prevista em lei ou ajustada exclusivamente mediante acordo coletivo de trabalho ou convenção coletiva de trabalho, assegurado a remuneração em dobro dos feriados trabalhados.

³² BOMFIM, Vólia. **Direito do Trabalho**. - 10, ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014. P. 633.

³³ BRASIL, Decreto lei nº 5.452, 1º de maio de 1943 – **Consolidação das leis do trabalho (CLT)**. COSTA ILHO, Amando Casimiro; COSTA, Manoel Casimiro; MARTINS, Mechiádes Rodrigues, Sônia Redin da Silva. 44 ed. São Paulo: LT, 2015. P. 758.

O empregado não tem direito ao pagamento de adicional referente ao labor prestado na décima primeira e décima segunda horas. (Republicada do DEJT de 26.11.2012, por cumprimento a despacho do Exmo. Ministro João Oreste Dalazen).³⁴

A referida súmula dispõe que é válido o regime em caráter excepcional, pactuado por meio de acordo ou convenção coletiva de trabalho, assegurando, ainda o pagamento em dobro dos feriados trabalhados.

Sobre a modalidade banco de horas, conforme Vólia Bomfim Cassar, o nome banco de horas surgiu da semelhança com uma conta, onde o trabalhador pode acumular crédito e débito, podendo compensar o excedente no prazo máximo de um ano:

Este nome foi escolhido por refletir semelhança a um banco onde há créditos e débitos na conta, isto é, o empregado que fizer horas extras, ao invés de recebê-las (em pecúnia), as acumula sucessivamente, para, dentro de um ano, no máximo compensá-las.³⁵

Vejamos agora, as palavras do doutrinador Valentim Carrion, que traz o conceito do instituto do banco de horas:

(...) A compensação, inicialmente semanal, foi estabelecida a quaisquer períodos, desde que não supere um ano; é o chamado banco de horas, no qual as horas 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 as atividades dos trabalhadores às necessidades da produção, impedindo possíveis cortes no número de empregados. Sua implantação depende de acordo ou convenção coletiva de trabalho.³⁶

No contexto acima, o banco de horas é favorável ao patrão, que poderá adequar a jornada de trabalho dos funcionários às necessidades de produção da empresa, exigindo horas suplementares de trabalho dos obreiros em um dia e compensando com folga em outro, sem o encargo de pagar horas extraordinárias.

Também, explica a professora Vólia Bomfim Cassar que o banco de horas pode ser fixo ou variável, neste contexto ele sendo fixo haverá o ajuste previamente e deve se apontar os horários de trabalho e o período de compensação, que pode

³⁴ BRASIL, Decreto lei nº 5.452, 1º de maio de 1943 – **Consolidação das leis do trabalho (CLT)**. COSTA ILHO, Amando Casimiro; COSTA, Manoel Casimiro; MARTINS, Mechíades Rodrigues, Sônia Redin da Silva. 44 ed. São Paulo: LT, 2015. P. 732.

³⁵ BOMFIM, Vólia. **Direito do Trabalho**. - 10, ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014. P. 636.

³⁶ CARRION, Valentim. Comentários a CLT: Legislação complementar: Jurisprudência. 39 ed. rev. E atual. Por Eduardo Carrion. – São Paulo: Saraiva, 2014. P. 150.

apresentar aspectos positivos para o empregado, mas se ele for variável, o empregado compensará quando for conveniente para os negócios, no entanto esta medida se apresenta abusiva, pois não permite que o trabalhador possa programar-se para descanso e lazer.

O banco de horas, pode ser fixo ou variável. No primeiro caso, o ajuste deve apontar previamente os horários de trabalhos (fixos) e os períodos de sobrejornada (excesso) e de compensação (diminuição). No segundo caso, também chamado de banco de horas aleatório, o labor extra varia de acordo com a demanda e a folga compensatória também.³⁷

Percebemos que nos moldes do banco de horas, desde que previsto em acordo ou convenção coletiva de trabalho, o trabalhador pode realizar as horas suplementares, extrapolando o limite legal daquele dia, sem que para isso o empregador tenha que pagar o adicional de 50% mas sim, ficando estas horas como crédito no banco de horas do trabalhador para que em momento oportuno o mesmo possa compensar tais horas, fazendo ainda uma observação quanto ao caso de rescisão, onde caso o trabalhador possua saldo de horas extras em banco de horas, que não tenha sido possível fazer a compensação, estas deverão obrigatoriamente ser pagas na rescisão, acrescido do adicional. Se o empregado estiver devendo horas, ou seja, com saldo de horas negativas no banco de horas, estas poderão ser descontadas no TRCT.

1.3.1 SÚMULA 85, I e II do TST

Na súmula nº 85 do Tribunal Superior do Trabalho, incisos I e II, admite-se que o acordo de compensação seja individual ou escrito, mas a referida súmula editada em 2003, trouxe diversas dúvidas, sendo que alguns doutrinadores e juristas a consideram válida e outros inválida. Vejamos melhor a seguir.

É o texto da súmula 85, I e II do TST:

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).

³⁷ BOMFIM, Vólia Cassar. **Direito do Trabalho**. 10, ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014. P. 636.

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).³⁸

Podemos perceber que a súmula 85, I e II, TST admite que a compensação de horas extraordinárias seja pactuada por meio de acordo individual escrito, podendo ser firmado por instrumento particular, desde que não haja norma coletiva dispondo o contrário. Nota-se também que o requisito para que o acordo individual seja válido é o acordo escrito, sendo inválido o acordo verbal ou tácito.

Existem então, formalidades a serem observada, sob pena de nulidade do acordo individual:

O acordo de compensação deve preencher as formalidades legais e ser de fato cumprido, sob pena de ser inválido. A forma deve ser escrita e justada por norma coletiva (salvo para os que entendem que o acordo individual é válido).³⁹

Podemos extrair no conceito acima que se não respeitadas as formalidades legais a aplicação da súmula 85 é nula, podendo a nulidade ocorrer por dois motivos, a) não estar regularizado (ajuste escrito, individual ou coletivo) ou porque não foi cumprido de fato (trabalho nos dias e horários destinados à compensação).⁴⁰

No recurso de revista de nº 949-22.2012.5.04.0663 julgado dia 03/12/2014, a 3ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho, tendo como relator o ministro Maurício Godinho Delgado, decidiu o TST, com base na súmula 85, I e II, dar provimento ao RR interposto pela reclamada.

RECURSO DE REVISTA. HORA EXTRA. COMPENSAÇÃO CLÁSSICA. ACORDO DE COMPENSAÇÃO. ACORDO INDIVIDUAL ESCRITO. VALIDADE. SÚMULA 85/TST.

A jurisprudência desta Corte (consubstanciada na Súmula 85, I/TST) é no sentido de que a compensação de jornada de trabalho deve ser ajustada por acordo individual escrito, acordo coletivo ou convenção coletiva. Na hipótese dos autos, o Tribunal a quo, ao considerar inválido o acordo de compensação individual escrito, contrariou a Súmula 85, I/TST. Recurso de revista conhecido e provido.⁴¹

³⁸BRASIL, TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO- SÚMULAS-Disponível<<http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_51_100.html#SUM-85, acesso em 28/10/2017

³⁹ BOMFIM, Vólia Cassar. **Direito do Trabalho**. - 10, ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014. P. 683.

⁴⁰ BOMFIM, Vólia Cassar. **Direito do Trabalho**. - 10, ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014. P. 683.

⁴¹BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista nº 949-22.2012.5.04.0663.Hora Extra. Compensação Clássica. Acordo de Compensação. Acordo individual escrito. Validade. Súmula 85 TST. Relato Ministro Mauricio Godinho Delgado. Data do julgamento: 03/12/2017. Disponível em

Entendeu o Tribunal Regional do Trabalho, que para a validade do sistema de compensação de jornada de trabalho é necessário acordo coletivo prevendo tal possibilidade. Não bastando para tanto o acordo individual, previsto no contrato de trabalho. Na hipótese sustentou o TST de origem que se assim fosse, admitir-se-ia que, por meio de acordo individual houvesse redução da jornada de trabalho, o que seria uma afronta a preceitos constitucionais de proteção ao trabalhador.

Sustentou o recorrente que a decisão tomada pelo Tribunal contraria a súmula 85, I/TST, pois o entendimento consolidado na referida súmula é no sentido de se permitir o pacto individual como suficiente para reconhecer a validade do acordo de compensação individual escrito de horas suplementares, assim, por unanimidade a terceira turma do TST, conheceu o recurso de revista, por contrariedade a súmula 85, I do TST e no mérito decidiu dar provimento ao recurso para conhecer a validade do pacto de compensação de horas extraordinárias, por igual motivo.

Neste sentido, nota-se claramente o posicionamento do Superior Tribunal do Trabalho a respeito do tema, que tem sido no sentido de que o acordo previsto em tais dispositivos trata-se de tanto do pacto laborativo individual como do acordo sindical. Desta forma, permite o TST, que o pacto de compensação das horas suplementares seja formalizado por meio de acordo individual.

1.3.2 Artigo 59 § 2º CLT

Discorreremos a partir de agora sobre o artigo 59 § 2º da Consolidação das Leis do Trabalho, dispositivo celetista que define a existência da compensação das horas extraordinárias ou suplementares. Conforme já citado anteriormente o regime de compensação ocorre quando há aumento da jornada de trabalho em um dia com posterior diminuição em outro, distribuindo assim as horas trabalhadas, com a finalidade preservar a duração normal do trabalho prevista no texto constitucional objetivando, finalmente, a proteção à saúde física e mental do trabalhador.

Havendo a necessidade de proteger a saúde do trabalhador, a Consolidação da Leis do Trabalho regulamentou em seu artigo 59 § 2º, a compensação da jornada de trabalho, e instituindo o banco de horas:

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

§ 2º Poderá ser dispensado o acréscimo de salário se, por força de acordo ou convenção coletiva de trabalho, o excesso de horas em um dia for compensado pela correspondente diminuição em outro dia, de maneira que não exceda, no período máximo de um ano, à soma das jornadas semanais de trabalho previstas, nem seja ultrapassado o limite máximo de dez horas diárias. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.164-41, de 2001).⁴²

Do parágrafo segundo transcrito acima, extraímos que as horas excedentes trabalhadas em um dia podem ser compensadas em outro, dispensando se o pagamento das horas extras e o respectivo adicional, desde que previsto em acordo ou convenção coletiva.

Ocorre que a frase acordo ou convenção coletiva gerou dúvidas, mais especificamente em torno da palavra acordo, se este tem que ser exclusivamente coletivo ou se o texto constitucional admite interpretação no sentido de autorizar o instituto da compensação da jornada de trabalho por meio de acordo individual, firmado entre empregado e patrão.

Sergio Pinto Martins, na obra Direito do Trabalho, faz uma análise dessa divergência, onde o autor afirma que durante a aprovação do projeto de lei nº 9.601/98 que alterou o artigo 59 § 2º da CLT houve uma modificação do texto:

A redação no projeto que alterava o § 2º do art. 59 da CLT era no sentido de que a compensação fosse feita por “convenção ou acordo coletivo”. Essa foi a redação aprovada na Câmara dos Deputados que foi modificada para “acordo ou convenção coletiva” no Senado Federal. Deveria o projeto ter retornado para a Câmara para tornar a ser analisado por essa casa. Não poderia, portanto, ter sido sancionado o art. 6º da lei nº 9.601/98, que altera a redação do §2º do art. 59 da CLT. Houve, assim, violação do § único do art. 65 da Constituição, pois o projeto foi emendado, devendo voltar para a Câmara dos Deputados para ser apreciado. Pela atual redação do citado preceito legal, o acordo pode ser entendido como individual e não coletivo.⁴³

Neste sentido, continua Sergio Pinto Martins, discordando do texto:

⁴² BRASIL. Consolidações das Leis do Trabalho (CLT). Saraiva. 2017.

⁴³ MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. - 31, ed. São Paulo: Atlas, 2015. P. 587.

Entendo ser inconstitucional a determinação do §2º do art.59 da CLT, se se entender que o dispositivo trata de acordo individual, pois a interpretação do inciso XIII do art. 7º da Constituição deve ser no sentido de que o acordo deve ser coletivo.⁴⁴

Da análise do professor Sergio, podemos notar que não deveria ser este o texto do §2º do art. 59 da CLT, desta forma surgiram dúvidas se o legislador quis usar a expressão acordo para flexibilizar normas trabalhistas, objetivando tornar mais simples a compensação de jornada, o que pode ser perigoso para o empregado que é parte leiga e poderia facilmente ser prejudicado, quando o patrão quisesse estabelecer jornadas suplementares e depois fazê-lo compensar de acordo com seus interesses para os negócios.

1.3.3 Artigo 7º, Inciso XIII, CF/88

Neste tópico aprofundaremos um pouco mais na aplicação do artigo 7º, inciso XIII da CF/88, pois conforme já citado anteriormente, este é o dispositivo constitucional que regulamenta a duração da jornada de trabalho no Brasil, tratando-se de direitos individuais e tutelares do trabalho.

A Constituição da República de 1988, no artigo 7º, inciso XIII dispõe e assegura aos trabalhadores duração do trabalho normal de oito horas diárias e quarenta e quatro horas semanais: "Duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho."⁴⁵

Contudo, o referido dispositivo constitucional limita a duração semanal de 44 horas, mas deixa aberta a possibilidade de modificação das horas diárias, onde poderá haver aumento ou redução com posterior compensação para que ao fim do módulo semanal seja cumprida a carga horária de 44 horas semanais.

Justifica-se tal limitação quanto à duração do trabalho com vistas a proteção da saúde física, psicológica do obreiro, para que lhe seja garantido o direito ao descanso, ao lazer, os cuidados com a saúde, com a família a fim de garantir-lhe dignidade.

⁴⁴ MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. - 31, ed. São Paulo: Atlas, 2015. P. 588.

⁴⁵ BRASIL. Consolidações das Leis do Trabalho (CLT). Saraiva. 2017.

No entanto, o inciso XIII do art. 7º da CF/88, trouxe dúvida em seu texto, ao dispor que poderia haver compensação da jornada de trabalho, mediante “acordo ou convenção coletiva”, gerando dúvida interpretação.

Conforme Sergio Pinto Martins: “A interpretação sistemática leva o intérprete entender a entender que se trata de acordo individual.”⁴⁶

Vejamos, o artigo em questão pressupõe uma interpretação, tendo em vista que o legislador originário utilizou expressões diferentes em outros incisos do mesmo artigo 7º, conforme podemos perceber abaixo:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:
 VI - irredutibilidade do salário, salvo disposto em acordo ou convenção coletiva de trabalho;
 (...)
 XIV - jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva;
 (...)
 XXVI - reconhecimento das convenções e acordos coletivos;

Normalmente a palavra acordo vem acompanhada do adjetivo “coletivo” e a palavra negociação “coletiva”, neste diapasão continua o professor Sergio Pinto Martins:

O inciso VI do art. 7º da Constituição dispõe sobre irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção coletiva ou acordo coletivo. Nota-se que aqui é expressa a menção ao acordo coletivo.
 Usa o inciso XIV do art. 7º da Lei Magna um sinônimo para permitir a jornada superior a seis horas nos turnos ininterruptos de revezamento: “negociação coletiva”, que importa em convenção ou acordo coletivo.
 Reconhece o inciso XXVI do art. 7º da Lei Maior as convenções e os acordos coletivos.

Entende o renomado professor que por essa interpretação sistemática, se o constituinte usou a expressão acordo ou convenção coletiva, é sinal que queria que o acordo fosse individual. Do contrário usaria a frase invertida. Mas é neste contexto que surgem as dúvidas geradas na doutrina e na jurisprudência, inclusive no autor Sergio Pinto Martins, que afirma veementemente em sua obra Direito do Trabalho, que o que pretendeu o autor no artigo 7º, XIII, da Carta Magna foi usar expressões sinônimas e não permitir o acordo individual.

⁴⁶ MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. - 31, ed. São Paulo: Atlas, 2015. P. 586.

Para justificar tal entendimento, o brilhante professor utiliza –se da interpretação gramatical, que não é pacífica entre os especialistas, havendo disposições em um sentido e em outro.

Entendo que o adjetivo coletivo, 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 serem coletivos. A palavra coletiva deve concordar com a palavra imediatamente anterior, que é feminina, mas aquela se refere também ao acordo. Por esse raciocínio, o acordo deve ser coletivo e não individual.⁴⁷

Viu-se que do artigo 7º da Constituição Federal existem interpretações distintas entre os doutrinadores e especialistas do direito. Há dúvida sobre qual a melhor interpretação a ser feita, sobre qual foi a real intenção do legislador originário, levando em consideração que a intenção do texto constitucional é a defesa e proteção do trabalhador.

É o que analisaremos no próximo capítulo da presente monografia a fim de compreender as possíveis interpretações sobre o texto constitucional sob o prisma da Hermenêutica jurídica.

⁴⁷ MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. - 31, ed. São Paulo: Atlas, 2015. P. 586.

CAPÍTULO II – INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO

Neste segundo capítulo serão abordados os institutos da interpretação das normas jurídicas do texto Constitucional bem como do direito do trabalho, conforme dito anteriormente, buscaremos esclarecer qual a melhor interpretação do artigo 7º, sendo que aqui falaremos de conceitos, sobre o que é a interpretação jurídica, hermenêutica jurídica e métodos de exegese do direito, dessa forma no terceiro capítulo ficará mais clara a importância do estudo destes mecanismos na solução do conflito proposto pela presente monografia, tendo em vista que não há como aplicar a lei ao caso concreto sem antes interpretá-la.

Humildemente, trataremos destes conceitos naquilo que for mais relevante a abordagem proposta na presente monografia, mas deixaremos claro que não é nosso objetivo esgotar o tema, tamanha é sua complexidade e extensão. Iremos trazer de forma breve e sucinta uma noção básica dos métodos e regras da interpretação.

2.1 Interpretação jurídica

Veremos que interpretação jurídica é diferente de hermenêutica jurídica, mas que existe uma relação entre as duas.

Para que o Direito seja aplicado é importante interpretá-lo, pois existe na lei lacunas que o legislador não consegue preencher por não ser possível prever todas as possibilidades entre os acontecimentos e as pessoas, não é possível que as normas, ainda que bem feitas, espelhem todas as faces da realidade, nem que o legislador consiga abarcar todos os casos em qualquer tempo ocorrente.

Neste contexto interpretar é fixar o verdadeiro sentido e alcance da Norma Jurídica, é a arte de se extrair, explicar uma manifestação da vontade externada num contrato, em um texto de lei ou da Constituição. Interpretar é entender a vontade alheia, exprimida por meio de gestos, comportamentos, palavras ou qualquer outra forma de comunicação, de maneira que a interpretação é essencial ao convívio social. Para Dilvanir José da Costa:

Interpretar é, sobretudo, pesquisar e traduzir uma vontade exteriorizada num ato jurídico, numa correspondência, num contrato, num texto legal ou constitucional. Depois de uma simples conversa, é comum ouvir-se de um

dos interlocutores: “Fui mal interpretado.” Assim, a interpretação é a alma da comunicação e a própria condição da vida social. Interpretação é a identificação de pensamentos, de sentimento e de vontades; é comunhão de espíritos e fator de integração social.⁴⁸

Como diz o autor Dilvanir, todos comumente fazem interpretações, mas no Direito não pode haver uma interpretação subjetiva, é preciso estabelecer critérios objetivos para a interpretação, buscando uniformizar as técnicas interpretativas das normas jurídicas, buscando dar uma mesma solução para casos idênticos, num mesmo contexto histórico e social. Vejamos o conceito de Interpretação nas palavras do ex-ministro Carlos Maximiliano:

Interpretar é explicar, esclarecer, dar significado de vocábulo, atitude ou gesto; reproduzir por outras palavras um pensamento exteriorizado; mostrar o sentido verdadeiro de uma expressão; extrair, de frase, sentença ou norma, tudo o que na mesma contém.⁴⁹

Nesta perspectiva a interpretação da lei, é a operação que tem por fim fixar uma determinada relação jurídica, mediante a percepção clara e exata da norma estabelecida pelo legislador. Assim, bem como assinala Carlos Maximiliano:

O intérprete é o renovador inteligente e cauto, o sociólogo do Direito. O seu trabalho rejuvenesce e fecunda a fórmula prematuramente decrépita, e atua como elemento integrador e complementar da própria lei escrita. Esta é a estatística, e a função interpretativa, a dinâmica do Direito.⁵⁰

Mauricio Godinho Delgado, diz que interpretar a norma jurídica é aprender-lhe e reproduzir lhe o conteúdo e extensão. É... “Determinar com exatidão seu verdadeiro sentido, descobrindo os vários elementos significativos que entram em sua compreensão e reconhecendo todos os casos a que se estende sua aplicação”.⁵¹

Podemos notar a partir dos textos acima, que existem casos que a lei é silente e o aplicador da lei não pode deixar de dar uma resposta aos anseios da sociedade, assim, ele busca solucionar o silêncio da lei, que é o mesmo que lacuna

⁴⁸ COSTA, Dilvanir José Da. **Curso de Hermenêutica Jurídica**: doutrina e jurisprudência.- 2ed. Ri de janeiro: Forense,2005. P 53.

⁴⁹ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. – 20.Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. P.7.

⁵⁰ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. – 20.Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. P.10

⁵¹ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 10 ed. São Paulo: LTR, 2011. P. 221.

da lei através da interpretação jurídica, visando encontrar seu verdadeiro sentido e alcance.

Ainda conforme Maximiliano, interpretar uma expressão do Direito não é simplesmente tornar claro o respectivo dizer, abstratamente falando; é sobretudo, revelar o sentido apropriado para a vida real, e conduz a uma decisão reta.⁵²

Desse modo, é essencial que o intérprete consiga localizar com a maior precisão possível a denominada vontade da lei, que não se confunde com a vontade do legislador. A vontade da lei, em muitos casos, pode ir além da própria vontade do legislador, uma vez que a partir da publicação da lei, esta passa a ter autonomia, dissociando-se com frequência da vontade de seu criador, quando então, passa a ser influenciada por novas realidades decorrentes da evolução social. A propósito, destaco a seguinte lição de Amaury Mascavo do Nascimento:

Toda interpretação pode suscitar inúmeras discussões e também divergências, não só porque o intérprete sempre inicia a sua avaliação, como corretamente ensina Arthur Kaufmann, em *Filosofia do direito*, fiel à assertiva de que todo compreender começa com uma pré- compreensão condicionada a todo tipo de influência, sociológica, ideológica, jurídica e, até mesmo, de conveniência, como, também porque difícil é, para o intérprete, situar-se num ponto objetivo distante da sua subjetividade, capaz de permitir uma visão o quanto possível isenta dos fatores pessoais no seu ato de interpretar.⁵³

Também Mauricio Godinho Delgado apresenta distinções quanto a interpretação e aplicação da lei no Direito do Trabalho apontando que a interpretação atua em dois momentos fundamentais, quando da elaboração da norma de Direito (fase pré-jurídica) e em seguida no instante da compreensão do sentido e extensão da norma já elaborada (fase jurídica propriamente dita).⁵⁴

Conclui-se que, no Direito do Trabalho assim como nas demais ciências, a aplicação da interpretação caracteriza-se por análises dos fenômenos científicos por meio de regras rígidas, objetivas e sistemáticas de exame de interpretação da realidade, para que não se coloque em risco a segurança jurídica, tais regras rigorosas, buscam evitar que o intérprete não se deixe levar pelo senso comum,

⁵² MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. – 20.Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. P.8.

⁵³ NASCIMENTO, Amaury Mascavo. **Curso de Direito do Trabalho: História e teoria geral do direito do Trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho**. - 29. ed. São Paulo: Saraiva,2011. P.487.

⁵⁴ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. - 10 ed. São Paulo: LTR, 2011. P. 216.

formando tecnicamente a ciência que trata do processo de interpretação das normas jurídicas e que recebe o nome de Hermenêutica Jurídica.

2.2 Hermenêutica jurídica

Passamos a conceituar a Hermenêutica jurídica, que é a ciência que cria as regras e métodos para a interpretação das normas jurídicas.

Cumpramos esclarecer, que a Hermenêutica e a interpretação não se confundem, conforme Luís Roberto Barroso, enquanto a hermenêutica é a ciência que tem por objeto a sistematização dos métodos, das regras de interpretação dos textos jurídicos, a interpretação é a prática, o exercício de extrair o real significado da norma para aplicá-la ao caso concreto.⁵⁵

Conceitua-se Hermenêutica Jurídica conforme Carlos Maximiliano, da seguinte forma:

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.

As leis positivas são formuladas em termos gerais; fixam regras, consolidam princípios, estabelecem normas, em linguagem clara e precisa, porém, ampla, sem descer a minúcias. É tarefa primordial do executor a pesquisa da relação entre o texto abstrato e o caso concreto, entre a norma jurídica e o fato social, isto é, aplicar o Direito.

Para o conseguir, se faz mister um trabalho preliminar: descobrir e fixar o sentido verdadeiro da regra positiva; e, logo depois, o respectivo alcance, a sua extensão. Em resumo, o executor extrai da norma tudo o que na mesma se contém: é o que se chama interpretar, isto é, determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito.⁵⁶

Notoriamente, cumpre ao legislador criar a lei, ou melhor, elaborar o texto da lei, mas isto é feito de modo geral e abstrato, pois não é possível o legislador prever todas as situações fáticas que possam surgir, e conseqüentemente tratar de forma minuciosa cada eventual situação que possa ocorrer.

Daí a necessidade de haver um encarregado de aplicar a lei ao caso concreto e interpretá-la, ou seja, extrair da norma seu real significado através da Hermenêutica que é a arte de interpretar.

⁵⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição: Fundamentos de uma Dogmática Constitucional Transformadora**. - 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. P.107.

⁵⁶ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. - 20.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. P.1.

Para o professor e jurista Lenio Luiz Streck a Hermenêutica teria como objetivo:

Compreender, de modo a afastar os mal-entendidos, significa a “repetição da produção originária de ideias, com base na congenialidade dos espíritos”. Ou seja, para compreender corretamente um texto o intérprete precisa reduzir a distância temporal que o separa de seu objeto, afastar seus pré-conceitos, e desenvolver uma experiência que equipare o seu espírito com o daquele que criou o texto.⁵⁷

Vólia Bomfim Cassar, apresenta a origem histórica da palavra Hermenêutica:

A palavra Hermenêutica significa tornar compreensível, interpretar e tem sua origem no deus da mitologia grega Hermes, filho de Zeus e Maia. Hemes era o guardião dos caminhos e encruzilhadas e tinha sua imagem colocada nos locais de orientação, uma divindade complexa, com múltiplos atributos e funções (...) sua grande tarefa era ser o intérprete da vontade dos deuses, pois detentor dos atributos da astúcia e da inventividade, com domínio sobre a obscuridade e interesse pela divindade dos homens (...) Hermes é o patrono e transmissor de toda ciência secreta, aquele que tudo sabe e, por isso tudo pode.⁵⁸

A Hermenêutica é, portanto, a ciência que tem por objeto o estudo das diversas formas, técnicas e métodos necessários para que a interpretação da norma se realize no plano concreto.⁵⁹

Tal ciência, como vimos, visa a auxiliar certas necessidades e devem ser interpretadas no sentido de melhor atender à finalidade para a qual foi criada, no entanto seja na aplicação da hermenêutica constitucional seja no Direito do Trabalho, existem desafios a serem enfrentados. Explica Godinho que um dos desafios do moderno Direito do Trabalho brasileiro é realizar mais plenamente no seu interior a dimensão constitucional construída em 1988.⁶⁰

Os obstáculos seriam então teorias das normas, que as tornam ora auto executáveis, ora não autoexecutáveis, outras vezes pela recusa de conferir efeitos jurídicos reais a função normativa dos princípios jurídicos, e em consequência

⁵⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. -4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, em especial o pós-fácio.

⁵⁸ BOMFIM, Vólia. **Direito do Trabalho**.-10, ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014. P. 174.

⁵⁹ BOMFIM, Vólia. **Direito do Trabalho**.-10, ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014. P. 174.

⁶⁰ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**.-10 ed. São Paulo: LTR, 2011. P. 231.

criando princípios constitucionais de grande impacto na área juslaborativa, isso somado a insuficiente utilização do critério hermenêutico moderno.

Acresça-se, ainda, a insuficiente utilização do critério hermenêutico moderno intitulado interpretação normativa em conformidade com a Constituição, que evita as equações às vezes excessivamente formais, rigorosas, excludentes e maniqueístas das dualidades inconstitucionalidade/constitucionalidade, revogação/recepção, em benefício de uma linha interpretativa agregadora dos comandos impostos pela Constituição com as dimensões compatíveis e/ou adequáveis das normas infraconstitucionais confrontadas.⁶¹

Há ainda, insuficiente construção de uma sólida jurisprudência de valores constitucionais, de conteúdo e direção essencialmente sociais, nas linhas dos princípios, regras, fundamentos e valores que melhor caracterizam a carta Magna.

Contudo, a hermenêutica é de fato essencial para a interpretação seja na Constituição seja no Direito do Trabalho, ela busca além da própria vontade do legislador, tendo em vista que após a criação da lei a mesma, passa a ter autonomia pois é ao longo dos anos influenciada pela evolução social que ocorre com o tempo, para que seja posta em prática, sem que haja subjetividade do intérprete é que existem métodos de interpretação que consistem nos processos adotados pelo intérprete para determinar o alcance e o sentido da norma, bem como diversas escolas de interpretação, também chamadas de escola exegética.

2.3 Métodos de exegese do direito

Conforme visto anteriormente a interpretação e a hermenêutica jurídica passam pela premissa que o intérprete deve buscar o significado das palavras. Logo, as palavras proclamam a vontade do legislador, devendo esta prevalecer sem qualquer invasão.

Para se chegar a este objetivo, a interpretação jurídica encontra tipologias que são fórmulas de agrupamentos de categorias, elementos, seres, fenômenos, teorias, etc, utilizadas pelas ciências com a finalidade de permitir uma visão sistemática e comparativa dos objetos, se constroem mediante o uso do método de

⁶¹DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**.-10 ed. São Paulo: LTR, 2011. P. 231.

classificação, sendo que esta se utiliza de elementos e critérios eleitos como parâmetros para comparação e definição de determinados objetos.⁶²

Para o professor Mauricio Godinho Delgado, a hermenêutica jurídica tem como destaque três tipologias de interpretação do Direito, se classificando quanto a à origem, quanto aos resultados e quanto aos métodos:

A hermenêutica jurídica tem destacado três tipologias de interpretação do Direito. Uma, construída segundo o critério da origem da interpretação efetuada, outra, construída segundo o critério dos resultados (ou extensão dos resultados) do processo interpretativo, finalmente, a terceira, construída segundo o critério dos meios (ou métodos) utilizados no processo de interpretação jurídica.⁶³

O autor Dilvanir José da Costa utiliza expressões um pouco diferentes, mas com mesma conotação para classificar as tipologias de interpretação utilizadas pela hermenêutica jurídica, sendo que para ele a interpretação se classifica em autêntica, judicial e doutrinária. “Quanto à fonte ou origem, a interpretação classifica-se em autêntica, judicial e doutrinária”.⁶⁴

Quanto a origem da interpretação, Mauricio Godinho Delgado enxerga a existência de três tipos de interpretação: a autêntica, a jurisprudencial e a doutrinária⁶⁵. “Diz se dá autêntica a interpretação produzida pelo mesmo órgão que construiu a norma jurídica. Seria ilustrativamente, a interpretação de diploma legal efetuada pelo próprio Poder Legislativo, através de nova lei.”⁶⁶

Já a interpretação jurisprudencial é aquela realizada pelos órgãos do poder judiciário: “Diz-se dá jurisprudencial a interpretação produzida pelos tribunais a partir da reiteração de decisões similares tomadas em face de casos semelhantes”.⁶⁷

Ainda sobre a interpretação jurisprudencial, é importante destacar que as decisões reiteradas formam jurisprudência e em razão disso dão origem às súmulas, assim explica Glauco Barreira Magalhães Filho:

A interpretação judicial é aquela que é feita pelos juízes e tribunais. A sua reiteração uniforme pode gerar um costume judiciário ou norma

⁶² DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. -10 ed. São Paulo: LTr, 2011. P.822.

⁶³ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. - 10 ed. São Paulo: LTR, 2011. P. 222.

⁶⁴ COSTA, Dilvanir José Da. **Curso de Hermenêutica Jurídica: Doutrina e Jurisprudência**. – 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 59.

⁶⁵ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**.- 10 ed. São Paulo: LTR, 2011.P.222

⁶⁶ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**.- 10 ed. São Paulo: LTR, 2011. P.222

⁶⁷ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**.- 10 ed. São Paulo: LTR, 2011. 223.

jurisprudencial, que, inclusive pode ser dotada de vigência (validade técnico-formal), como é o caso da jurisprudência sumulada e, maximamente, da súmula vinculante.⁶⁸

Em relação a interpretação doutrinária é aquela realizada pela doutrina, quando os juristas, pesquisadores e estudiosos do Direito, na leitura dos diversos dispositivos integrantes da ordem jurídica, realizam análises interpretativas do que seja a vontade do legislador. Conforme Delgado “embora não possua qualquer valor vinculativo, consubstancialmente importante contributo à interpretação conclusiva do Direito, em face dos direcionamentos de compreensão normativa que enseja”.⁶⁹

De acordo com o autor Reis Friede, o doutrinador tem mais condições de interpretar as leis do que o legislador, posto que é o jurista que estuda a doutrina jurídica com maior profundidade, possuindo assim, maior conhecimento teórico para poder solucionar as dificuldades advindas da interpretação.

Mais do que o legislador, sem sombra de dúvida, se encontra capacitado para interpretar as leis o jurista, na qualidade de verdadeiro cientista do Direito. É conveniente lembrar que, em essência, quem estuda em profundidade a doutrina jurídica não é propriamente o legislador, mas sim, o jurista, que conhece com necessária profundidade o Direito e pode, portanto, interpretar adequadamente as leis, amparado no seu conhecimento técnico-jurídico que indiscutivelmente, deve ser suficiente para remover todas as dificuldades que se encontre no caminho da interpretação.⁷⁰

Quanto à tipologia segundo os resultados da interpretação classificam-se em declarativa, extensiva e restritiva, conforme classificação apresentada, o que iremos abordar nos parágrafos seguintes:

Diz-se da interpretação declarativa, quando o texto da lei coincide exatamente com aquilo que o legislador quis dizer, dessa forma caso o intérprete escolhesse outra técnica qualquer de interpretação chegaria ao mesmo resultado se utilizasse o referido método. Mauricio Godinho Delgado:

Declarativa é a interpretação que conclui corresponder a transparente expressão linguística da norma jurídica à exata vontade e sentido da norma. A letra de expressão da norma traduz todo seu conteúdo, desnecessitando ampliação ou restrição por esforço interpretativo. Desse modo, o resultado

⁶⁸ MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **Curso de Hermenêutica Jurídica**. - 5 ed. São Paulo: Atlas, 2015. P.61.

⁶⁹ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**.- 10 ed. São Paulo: LTR, 2011.P.223.

⁷⁰ FRIEDE, Reis. **Ciência do Direito, Norma, Interpretação e Hermenêutica Jurídica**. - 2 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999. P. 140,

alcançado na interpretação identifica o enunciado formal e o conteúdo do preceito normativo.⁷¹

Podemos notar conforme exposto que na interpretação declarativa o intérprete não precisa tirar nem acrescentar nada ao sentido da norma, pois o legislador foi suficientemente claro, expressou exatamente o que queria.

Já na interpretação extensiva a expressão linguística da norma é menos ampla, traduz com insuficiência seu conteúdo, cabendo ao intérprete ampliar o sentido do texto legal para alcançar o sentido real e efetivo da norma, vejamos o que escreve Glauco Barreira Magalhães Filho:

A interpretação ocorre quando o espírito da lei é mais amplo que a letra da lei. O legislador disse textualmente, em palavras, menos do que pretendia. Através de outras técnicas interpretativas diferentes da gramatical, obtém-se um resultado mais amplo do que aquele a que se chega pela utilização única da interpretação gramatical. O intérprete terá, então, que ampliar o sentido da norma.⁷²

Importante destacar que de acordo com a interpretação extensiva, o intérprete, modifica o original sentido da norma, expandindo seus limites para além da letra da lei, com o objetivo de atender o real fim a que a mesma se destina, conforme pretensão do legislador.

Finalmente, quanto à interpretação restritiva, é aquela em que o legislador disse mais do que queria dizer, cabendo ao intérprete, restringir o sentido do texto formal expresso para alcançar o sentido real efetivo da norma. Nas palavras do doutrinador R. Limongi França, o legislador disse mais que devia dizer, utilizou palavras mais abrangentes, gerando uma situação em que o aplicador do direito deverá delimitar a abrangência das expressões presentes no texto legal:

Restritiva, por fim, é a interpretação cujo resultado leva a afirmar que o legislador, ao exarar a norma, usou expressões aparentemente mais amplas que o seu pensamento. Entretanto, quando, por exemplo, se afirma que “ a interpretação das leis fiscais deve ser restritiva”, o que se deseja é que, em caso de dúvida, a orientação deve ser favorável ao erário público. Na verdade, dado o espírito de que são imbuídas às leis dessa natureza, a

⁷¹ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**.- 10 ed. São Paulo: LTR, 2011.P.224.

⁷² MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **Curso de Hermenêutica Jurídica**. - 5 Ed. São Paulo: Atlas,2015. P. 78.

tendência dominante leva a restringir os direitos dos contribuintes, respeitados naturalmente os limites que emergem da própria lei.⁷³

Quanto aos métodos de Interpretação de acordo com a classificação elaborada utilizados no processo interpretativo enxerga a existência de diversos tipos de interpretação do Direito: a gramatical, lógica, a sistemática, a teleológica e a histórica:

Para Mauricio Godinho Delgado, a interpretação gramatical ou linguística, é aquela construída a partir do exame literal do texto normativo e das palavras que o compõem, ou seja busca o sentido literal das palavras.⁷⁴

Neste mesmo raciocínio, R. Limongi França, ensina que a interpretação gramatical, leva em consideração a literalidade do texto, examina palavra por palavra do texto legal, buscando seu significado e abrangência:

A interpretação gramatical é aquela que, hoje em dia, toma como ponto de partida o exame do significado e alcance de cada uma das palavras do preceito legal. É a mais antiga das espécies de interpretação, e tempo houve, no direito romano, em que era a única permitida, pois, como observa Ihering, a importância das palavras era tal que a omissão de uma só delas, no entabulamento de um ato jurídico, podia gerar a sua nulidade.⁷⁵

Já o método lógico ou racional é aquele 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 se ser mera exteriorização psíquica de uma pessoa ou entidade. Por esse método, pesquisa-se a *ratio legis*, a *mens legis*, o pensamento contido na lei, ainda que exteriorizado em fórmula linguística inadequada.

Quanto ao método sistemático, é o método que se caracteriza pela busca de harmonização da norma ao conjunto do sistema jurídico.

Para o professor Luís Roberto Barroso, o direito objetivo é um organismo jurídico e não leis soltas e desconexas:

⁷³ FRANÇA, R. Limongi. **Hermenêutica jurídica**. R. Limongi França. Atualizador Antônio de S. Limongi França; - 13 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. P.30.

⁷⁴ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. -10 ed. São Paulo: LTR, 2011.P.224.

⁷⁵ FRANÇA, R. Limongi. **Hermenêutica jurídica**/ R. Limongi França: atual. Antônio de S. Limongi França; prefácio Giselda M. F. Novaes Hironaka. – 13 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2015. P. 27.

O método sistemático disputa com o teleológico a primazia no processo interpretativo. O direito objetivo não é um aglomerado aleatório de disposições legais, mas um organismo jurídico, um sistema de preceitos coordenados ou subordinados, que convivem harmonicamente. Sistema pressupõe ordem e unidade do ordenamento jurídico. Através dela, o intérprete situa o dispositivo a ser interpretado dentro do contexto normativo geral e particular, estabelecendo as conexões internas que enlaçam as instituições e as normas jurídicas.⁷⁶

Em relação a interpretação histórica, de acordo com os ensinamentos do ministro Luís Roberto Barroso conduz o intérprete ao momento da elaboração da norma, quais as razões que influenciaram o legislador a produzir determinada lei.

A interpretação histórica consiste na busca do sentido da lei através dos precedentes legislativo, dos trabalhos preparatórios e da *occasio legis*. Esse esforço retrospectivo para revelar a vontade histórica do legislador pode incluir não só a revelação de suas intenções quando da edição da norma como também a especulação sobre a qual seria a sua vontade se ele estivesse ciente dos fatos e ideias contemporâneos.⁷⁷

Desta forma leva o intérprete ao passado para buscar o que motivou o legislador a pensar daquela forma, naquele momento, ajudará não só a entender o que ele pretendeu quando produziu a lei, que se quer decifrar, mas também ajudará a pressupor qual seria a sua vontade se soubesse dos fatos presentes.

Por fim a espécie de interpretação teleológica é aquela que busca subordinar o processo interpretativo ao império dos fins objetivados pela norma jurídica.⁷⁸

Conforme consigna Glauco Barreira Magalhães Filho, a interpretação teleológica também é conhecida como finalística é a que busca extrair o significado da norma, atentando para seu fim e ganho social.

A interpretação teleológica ou finalística é interpretação da norma e a partir do fim (vantagem) social a que ela se destina. É uma interpretação que faz da norma um meio para atingir um fim, sendo mais efetivo possível dentro das circunstâncias dadas (pragmatismo, utilitarismo). Dentro dessa premissa, o sentido literal do dispositivo ganha flexibilidade para se subordinar ao fim social objetivado.⁷⁹

⁷⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: Fundamentos de uma Dogmática Constitucional Transformadora**. - 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. P.140.

⁷⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: Fundamentos de uma Dogmática Constitucional Transformadora**. - 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. P.136.

⁷⁸ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**.- 10 ed. São Paulo: LTR, 2011. P. 225

⁷⁹ MAGALHÃES FILHO. Glauco Barreira. **Curso de Hermenêutica Jurídica**. - 5 ed. São Paulo: Atlas, 2015. P. 72.

Neste sentido, o artigo 5º da lei de introdução ao Código Civil, enfatiza que: “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.⁸⁰

Conclui-se que o magistrado deve aplicar a lei atendendo sempre seus fins sociais, viabilizando que nenhum interesse particular prevaleça sobre o interesse comum.

⁸⁰ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Vade Mecum, 2017.

CAPÍTULO III - INTERPRETAÇÃO DO ARTIGO 7º XIII, CF/88

Neste terceiro e último capítulo, buscaremos demonstrar qual a melhor e mais correta interpretação da expressão “acordo ou convenção coletiva” presente nos artigos 7º, inc. XIII CF/88 e 59 § 2º CLT, agora em conformidade com os métodos de interpretação da hermenêutica jurídica clássica.

Conforme frisado no primeiro capítulo da presente pesquisa monográfica, a Constituição Federal de 1988, estabeleceu a duração do trabalho em oito horas diárias e quarenta e quatro horas semanais, facultando, porém, a compensação das horas extraordinárias de trabalho.

Art. 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:
XIII- duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro horas semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho. ⁸¹

Neste sentido a Carta Cidadã, ao dispor sobre o instituto da compensação de jornada de trabalho, estabelece que a referida compensação seja, pactuada por meio de acordo ou convenção coletiva de trabalho.

Ocorre que a expressão acordo ou convenção coletiva gerou dúvida, mais especificamente em torno da palavra acordo, se este tem que ser exclusivamente coletivo ou se ou se o texto constitucional admite interpretação no sentido de se autorizar o instituto da compensação da jornada de trabalho através de acordo individual, firmado entre patrão e empregado.

3.1 Da jurisprudência do TST

A instância mais elevada de julgamento de temas relacionados ao Direito do Trabalho, qual seja o Tribunal Superior do Trabalho (TST), por meio da súmula 85, I e II, permite que a compensação de horas extras seja pactuada por meio de acordo individual escrito. O TST entende que o acordo individual é suficiente para validação do regime compensatório de jornada de trabalho:

⁸¹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. *Vade Mecum* 2017.

COMPENSAÇÃO DE JORNADA. (INSERIDO O ITEM V – RES.N. 174.24.5.2011, DJE/27.5.2011).

I – A compensação de jornada de trabalho deve ser ajustada por acordo individual escrito, acordo coletivo ou convenção coletiva. (ex-Súmula nº85 – primeira parte – alterada pela Res. N.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 da SBDI-1 inserida em 08.11.2000(...).⁸²

Nos termos da súmula descrita acima, o TST entende que, o regime compensatório de horas extras pode ser acordado por meio de instrumento particular, desde que não haja norma coletiva em sentido contrário. Nota-se também que, o acordo individual para ser válido tem que ser escrito, sendo inválido o acordo tácito ou verbal.

No Recurso de Revista de nº 949-22.2012.5.04.0663, julgado no dia 03/12/2014, a 3ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho, tendo como relator o então ministro Mauricio Godinho Delgado, decidiu o TST, com base na súmula 85, I e II desta corte, dar provimento ao Recurso de Revista interposto pela reclamada.

RECURSO DE REVISTA. HORA EXTRA. COMPENSAÇÃO CLÁSSICA. ACORDO DE COMPENSAÇÃO. ACORDO INDIVIDUAL ESCRITO. VALIDADE SÚMULA 85/TST. A jurisprudência desta corte (consubstanciada na Súmula 85 /TST) é no sentido de que a compensação de jornada de trabalho deve ser ajustada por acordo individual escrito, acordo coletivo ou convenção coletiva. Na hipótese dos autos, o Tribunal a *quo*, ao considerar inválido o acordo de compensação individual escrito, contrariou a Súmula 85, I/TST. Recurso de Revista conhecido e provido (...)⁸³

O prolator do acórdão recorrido, entendeu que para a validade do sistema de compensação de jornada de trabalho é necessário acordo coletivo prevendo tal possibilidade. Não bastando para tanto o acordo individual, previsto no contrato de trabalho. Sustentou o TRT de origem que, se assim fosse, admitir-se-ia que, por meio de acordo individual houvesse a redução da jornada de trabalho, o que seria uma afronta aos preceitos constitucionais de proteção ao trabalhador.

⁸² BRASIL. Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943 – **Consolidação das Leis do Trabalho (CLT)**. COSTA FILHO, Armando Casimiro; COSTA, Manoel Casimiro; MARTINS, Mechíades Rodrigues; CLARO, Sônia Regina da Silva. - 44 ed.- São Paulo: LTr, 2015.P.715.

⁸³ BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista nº 949-22.2012.5.04.0663.Hora Extra. Compensação Clássica. Acordo de Compensação. Acordo Individual escrito. Validade. Súmula 85/TST. Relator: Min. Mauricio Godinho Delgado, Data de julgamento: 03/12/2014. 3ª Turma. Disponível em: <http://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia>. Acesso em 13 de nov. de 2017.

Mas o recorrente alegou que a decisão do Tribunal *a quo* contraria disposto na súmula 85, I item do TST, pois é nítida a intenção da súmula de se permitir o pacto individual como suficiente para validar a compensação da jornada de trabalho.

A terceira turma do TST, por unanimidade, conheceu do recurso de revista, por contrariedade à súmula 85, I do TST, e no mérito decidiu dar provimento ao recurso para reconhecer a validade do pacto de compensação de horas extraordinárias, pelo mesmo motivo.

Dessa forma, fica evidente qual o posicionamento do TST a respeito do tema em debate, uma vez que a jurisprudência desse Tribunal, consolidada a súmula 85, tem sido no sentido de que o acordo previsto em tais dispositivos trata-se tanto do pacto laborativo individual como de acordo sindical. Neste sentido, permite o TST, que o pacto de compensação das horas extraordinárias de trabalho seja formalizado através de acordo individual escrito.

No Recurso de Revista de nº 1188520135060144 (TST), o tribunal condenou a reclamada no pagamento de horas extras, em razão da ausência de efetiva compensação das horas suplementares realizadas pelos empregados, neste sentido postulou-se que o acordo de compensação de horas é inválido, pois as jornadas eram realizadas em total desacordo com a regra contida no art. 59 da CLT, principalmente pelo fato de o autor ter trabalhado constantemente em jornada que excedia o limite de dez horas, mas em sentido contrário o juiz *a quo* considerou válido o acordo de compensação, por entender que as particularidades da atividade do motorista justificam a adoção do regime compensatório com carga semanal correspondente a quarenta e quatro horas semanais, não sendo motivo de nulidade do pacto compensatório pelo fato do demandante ter laborado alguns dias mais que dez hora.

Contudo, o recorrente em sentido contrário apresentou que adoção válida do acordo de compensação ou banco de horas pressupõe o atendimento de requisitos, tais como: previsão em ACT ou CCT e observância do limite de 10 horas diárias como dispõe a CLT, art. 59, § 2º, sendo que essa segunda exigência legal não foi satisfeita, tendo em vista que houve extrapolação da décima hora diária.

Não fosse isso, muitos dos controles de jornada sequer registraram o saldo de horas correspondentes ao reclamante, o que impedia ao autor acompanhar se a

ré efetivamente estava cumprindo o acordo de compensação de horário de trabalho.

Ementa: RECURSO DE REVISTA. HORAS EXTRAORDINÁRIAS. ACORDO DE **COMPENSAÇÃO**. PAGAMENTO APENAS DO ADICIONAL. IMPOSSIBILIDADE. **AUSÊNCIA DE COMPENSAÇÃO DE JORNADA**. A tese do eg. TRT é de que a prova produzida desconstituiu a validade das anotações dos cartões de ponto, porque não refletiam a verdadeira **jornada** praticada pelo autor. Restou incontroverso, ainda, a **ausência de compensação de jornada**. Não há contrariedade à Súmula nº 85, I e III/TST, uma vez que, no caso, não se negou eficácia ao acordo de **compensação de jornada**, nem se discutiu a sua regularidade formal, apenas se evidenciou a inexistência de **compensação de jornada**, no que resultou a sua condenação em horas extraordinárias. Recurso de revista não conhecido. INTERVALO INTRAJORNADA. CONCESSÃO PARCIAL. PAGAMENTO INTEGRAL DO PERÍODO. SÚMULA Nº 437 DO C. TST. A concessão parcial do intervalo intrajornada assegurado no artigo 71 da CLT implica o pagamento de todo o período correspondente, e não apenas do tempo suprimido. Caso em que é devido o pagamento de uma hora diária a título do intervalo intrajornada não concedido, com acréscimo de 50% sobre o valor da remuneração da hora normal de trabalho, e reflexos, nos termos da Súmula nº 437 deste Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de revista não conhecido. INTERVALO INTERJORNADAS. NATUREZA JURÍDICA. A v. decisão está em consonância com o entendimento desta c. Corte, consubstanciado na Orientação Jurisprudencial nº 355 e no item II da Súmula 437 (aplicado por analogia). Recurso de revista não conhecido. DIFERENÇAS DO ADICIONAL NOTURNO. TRABALHO REALIZADO ATÉ MEIA NOITE. Delimitado pelo eg. TRT o trabalho, em determinadas épocas do ano até meia noite, sem o pagamento correto, a decisão não ofende a norma do art. 7º, IX, da CF, mas com ela se coaduna. Recurso de revista não conhecido. INTEGRAÇÃO DAS HORAS EXTRAORDINÁRIAS NAS VERBAS CONTRATUAIS E RESCISÓRIAS. Os dispositivos apontados (art. 7º, XIII, da CF e 59, § 2º, da CLT) não guardam relação com a matéria pertinente à(...)⁸⁴

Contudo, Tribunal Superior do Trabalho reformou a decisão considerando nulo o regime de compensação de horário de trabalho referente ao período imprescrito, deferir como extras as horas excedentes a oito horas diárias e quarenta e quatro horas semanais.

No entanto, com base na súmula 85, I e II do TST o tribunal entendeu que não se negou a eficácia ao acordo de compensação de jornada, apenas evidenciou a inexistência da compensação, não havendo contrariedade a referida súmula, havendo pagamento das horas, por isso o recurso de revista não foi conhecido.

Em outro caso, no processo AIRR 0000338-18.2013.5.03.0072 a reclamada interpôs agravo de instrumento em face da decisão do tribunal, o qual foi denegado.

⁸⁴BRASIL, TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO **TST - RECURSO DE REVISTA RR 1188520135060144 (TST)** Disponível em ⁸⁴ https://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/317456583/andamento-do-processo-n-00003388-1820135030072-airr-28-03-2016-do-tst?ref=topic_feed acesso em 18/11/2017.

HORAS EXTRAS.REGIME DE COMPENSAÇÃO.
 PRESSUPOSTOS INTRÍNSECOS. DURAÇÃO DO
 TRABALHO. 12X36. 0000388-18.2013.5.03.0072

Tornou-se incontroverso nos autos que o reclamante, contratado pela reclamada e atuando como vigilante, ativava-se na jornada de 12 horas de trabalho por 36 horas de descanso. Estabelece a Constituição Federal, no art. 7º inciso XIII, a jornada de 8 horas diárias e 44 horas semanais, não proibindo, contudo, a estipulação de jornadas diferenciadas aplicadas a certas categorias específicas ou a trabalhadores submetidos à sistemática especial de trabalho. Contudo é necessário que a compensação seja ajustada por acordo individual escrito ou instrumento normativo, conforme disposto no § 2º da CLT, Súmula 85, I e II do colendo TST e Súmula 06 deste eg. Regional (...) entretanto, verificando –se que no contrato de experiência, devidamente assinado pelas partes, consta admissão do reclamante para exercer a função de vigilante, com previsão de jornada a ser cumprida no horário de 07h00m às 19h00m. Nesse mesmo sentido a ficha de registro de empregados e como dito, a prova oral indicou essa era a jornada efetivamente cumprida pelo reclamante, no regime de 12 horas de trabalho por 36 horas de descanso (jornada especial de 12x36). Logo, data vênia, havia acordado individual para cumprimento dessa jornada, o que leva a conclusão de que as horas trabalhadas entre 8ª e 12ª hora estão compreendidas na jornada pactuada, com compensação do excesso diário nas trinta e seis horas de descanso. Em razão disso, não são devidas como horas extras.

Analizados os recursos, restou constatado os fundamentos do acórdão que o recuso, em seu tema e desdobramentos, não demonstra divergência jurisprudencial válida e específica, tampouco violação literal direta do inciso XIII do artigo 7º da CF/88, e nem afronta à súmula 85 do TST, como exigem as alíneas a e c do artigo 896 CLT.

E a respeito das horas extras/ jornada 12x36/ compensação de jornada com previsão e acordo individual, a Turma julgadora decidiu em sintonia com os itens I e II da Súmula 85 do TST, em ordem a afastar as violações apontadas, por não ser razoável supor que o TST fixasse sua jurisprudência com base em decisões que já não correspondessem mais a uma compensação adequada do direito positivo.⁸⁵

A turma julgadora decidiu em sintonia com a Súmula 85, I e II do TST, denegando seguimento ao recurso de revista, dizendo que o agravante não enfrentou o problema de forma clara.

Para entendermos melhor, o inciso XIII do artigo 7º da Constituição Federal estabelece a jornada de trabalho de oito horas diárias e 44 semanais, não proibindo que sejam estipuladas jornadas diferenciadas para certas categorias específicas ou a trabalhadores submetidos à sistemática especial de trabalho. Mas é necessário que a compensação seja ajustada por acordo individual escrito ou por instrumento normativo, conforme dispõem o parágrafo 2º do artigo 59 da CLT, os itens I e II da Súmula 85 do TST e a Súmula 06 do TRT da 3ª Região. E foi, justamente, por esses fundamentos, expressos no voto

do desembargador Emerson José Alves Lage, que a 1ª Turma do TRT-MG deu provimento ao recurso de uma empresa agroflorestal, excluindo da condenação o pagamento de horas extras e reflexos a um vigilante. É que, embora não houvesse previsão de compensação no acordo coletivo da categoria, a jornada de 12 horas de trabalho por 36 de descanso tinha sido ajustada no contrato individual de trabalho firmado entre as partes.

Para entender o caso: o reclamante informou que foi admitido para exercer a função de vigilante de escolta armada, com jornada de trabalho das 7h às 19h, em dias alternados, porém, sem acordo ou convenção coletiva autorizando a adoção desta jornada. Em sua defesa, a ré sustentou que a convenção coletiva de trabalho do Sindicato dos Empregados em Turismo, Hospitalidade, Asseio e Conservação do Norte de Minas Gerais prevê a jornada praticada de 12 horas corridas de trabalho por 36 de descanso, com uma hora de intervalo. Por isso, seriam indevidas as horas extras pleiteadas. Mas o Juízo de 1º Grau deu razão ao empregado e deferiu a ele, como extras, as horas excedentes à oitava hora diária e à 44ª semanal, com os respectivos reflexos.

Ao julgar o recurso da empresa, o relator salientou que os instrumentos coletivos juntados pela reclamada e firmados pelo Sindicato dos Empregados em Turismo, Hospitalidade, Asseio e Conservação do Norte de Minas Gerais não são aplicados ao contrato de trabalho do reclamante, uma vez que ele pertence à categoria diferenciada dos vigilantes. Da mesma forma, as convenções coletivas de trabalho juntadas pelo reclamante e firmadas pelo Sindicato das Empresas de Segurança e Vigilância do Estado de Minas Gerais não se aplicam ao caso, tendo em vista que a reclamada não foi representada na negociação coletiva que gerou esses instrumentos normativos, conforme disposto na Súmula 374 do TST.

Para solucionar o caso, o magistrado recorreu ao Contrato de Experiência assinado pelas partes, onde consta a previsão de jornada de trabalho das 07h às 19h. Analisando também a Ficha de Registros de Empregados e os depoimentos das testemunhas, o relator concluiu que essa era a jornada efetivamente cumprida pelo reclamante, no regime de doze horas de labor por 36 horas de descanso, isto é, a jornada especial de 12x36.

No entender do relator, havia acordo individual escrito para cumprimento dessa jornada, "o que leva à conclusão de que as horas trabalhadas entre a 8ª e 12ª

hora estão compreendidas na jornada pactuada, com compensação do excesso diário nas trinta e seis horas de descanso”. Por essa razão, as horas extras não são devidas.

Acompanhando esse entendimento, a Turma deu provimento ao recurso da reclamada para absolvê-la da condenação ao pagamento de horas extras e reflexos decorrentes.

3.2 Da divergência na doutrina

É relevante ressaltar que a doutrina não é unânime quanto à interpretação dos dispositivos em discussão. Por um lado, doutrinadores renomados como Vólia Bomfim Cassar, Sergio Pinto Martins, Arnaldo Sussekind entre outros sustentam que esse acordo refere-se exclusivamente ao acordo coletivo. Mas, em sentido contrário a exemplo do ministro Mauricio Godinho Delgado, entende que a expressão acordo ou convenção coletiva”, usada pelo constituinte de 1988 e também pelo legislador ordinário, diz tanto do acordo individual como o acordo coletivo, para o professor a intenção do legislador foi autorizar tanto o acordo individual como o acordo coletivo para a fixação do regime de compensação de horas extraordinárias de trabalho, e, para isso, usou a expressão normativa neste sentido: mediante acordo ou convenção coletiva:

(...)De fato, enquanto ao art. 59, § 2º CLT mencionava “por força de acordo ou contrato coletivo” quando se reportava à compensação de jornada em geral (preceito que levou à interpretação acolhedora do acordo bilateral escrito, incluída no velho enunciado 108), o art.413, I, da mesma CLT, criando uma tutela especial e mais rigorosa em favor do empregado menor de 18 anos, exigia a título jurídico negocial coletivo para o estabelecimento do regime de compensação de jornada desse obreiro, valendo –se, para isso, da expressão normativa invertida : mediante convenção ou acordo coletivo. Ou seja, quando não quis exigir, na ordem jurídica do país, exclusivamente os instrumentos negociais coletivos sindicais (acatando-se, pois, a validade do acordo escrito bilateral), falou-se em acordo ou contrato coletivo; quando se quis, sim, exigir a previsão da figura compensatória exclusivamente em instrumentos negociais coletivos sindicais enfatizou-se a expressão convenção ou acordo coletivo.⁸⁶

Assim, segundo o doutrinador, quando intencionou o legislador permitir também o acordo individual na ordem jurídica do país utilizou-se da expressão

⁸⁶ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. - 14 ed. – São Paulo; LTr, 2015.p.954.

acordo ou contrato coletivo, quando quis exigir unicamente os instrumentos negociais coletivos mencionou-se a expressão convenção ou acordo coletivo.

Noutro giro, diferentemente do posicionamento anterior, Sergio Pinto Martins entende que, a interpretação da expressão acordo ou convenção coletiva usada pelo legislador constituinte no inciso XIII do artigo 7º da CF/88 deve ser entendida no sentido de que o acordo a que faz alusão o texto constitucional seja coletivo.

Entendo ser inconstitucional a determinação do §2º do artigo 59 da CLT, se se entender que o dispositivo trata de acordo individual, pois a interpretação do inciso XIII do art. 7º da Constituição deve ser no sentido de que o acordo deve ser coletivo.

Entende o autor que se a prescrição do art. 59 § 2º da CLT for entendida no sentido de que o acordo a que faz menção o texto legal trata-se acordo individual, o referido dispositivo seria inconstitucional.

No mesmo viés o doutrinador Arnaldo Sussekind sustenta que, a atual redação do § 2º, do art. 59, CLT, esclarece que o pacto de compensação da jornada de trabalho só é válido se acordado mediante convenção coletiva ou acordo coletivo.

“A nova redação do § 2º, do art. 59 da CLT, explicita que a compensação de horários só se legitima por meio de convenção coletiva de categoria ou acordo coletivo de empresa(s)(...)”.⁸⁷

Conforme conclui o autor, uma interpretação do dispositivo legal citado, que admita o acordo individual para ajustar o regime de compensação das horas extraordinárias de trabalho, é ilegítima.

3.3 Análise do art. 7º, XIII, CF/88 e do art. 59 § 2º CLT, sob a ótica da hermenêutica jurídica.

Diante do que foi apresentado anteriormente sobre a posição do TST, e da divergência doutrinária e jurisprudencial sobre o tema, buscaremos de ora em diante demonstrar qual a interpretação, em conformidade com a hermenêutica, da expressão “acordo ou convenção coletiva” que a Constituição da República, art. °, XIII, CF/88, bem como a norma celetista, art. 59 §2º CLT, o legislador utilizou ao se

⁸⁷ SUSSEKIND, Arnaldo. **Curso de Direito do Trabalho**. - 2 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. P.457.

referir ao regime de compensação de jornada de trabalho, como requisito necessário a sua autorização no direito trabalhista pátrio.

Para Alice Monteiro de Barros, tal expressão gerou polêmica em torno da palavra acordo. No que se refere ao regime de compensação, o art.7º, XIII, da Constituição Federal o autoriza mediante acordo ou convenção coletiva. A natureza o acordo a que alude o preceito legal gerou polêmica.⁸⁸

Destarte, a dúvida paira sobre a natureza do acordo a que se refere o texto constitucional e legal, se tem que ser exclusivamente coletivo o pode ser individual. Como visto no primeiro tópico deste capítulo, o Tribunal Superior do Trabalho autoriza que o pacto de compensação de horas extras seja formalizado por meio de acordo individual escrito, não se permitido o acordo tácito.

Sergio Pinto Martins, valendo se do método gramatical de interpretação, entende que o acordo que se refere os dispositivos normativos é o coletivo e não o individual. Assim explica o autor:

Entendo que o adjetivo *coletivo*, qualificando o substantivo *convenção*, diz respeito tanto à *convenção* como o *acordo*, até mesmo em razão da *conjunção* ou *empregada* no texto, que mostra a *alternatividade* tanto da *convenção* como de *acordo* serem *coletivos*. A *palavra* *coletiva* deve *concordar* com a *palavra* *imediatamente* anterior, que é *feminina*, mas *aquela* se *refere* também ao *acordo*. Por esse *raciocínio* o *acordo* deve ser *coletivo* e não *individual*.⁸⁹

Como visto no capítulo anterior, o método gramatical é aquele em que o intérprete busca entender o dispositivo legal através das regras gramaticais, pela literalidade do texto, e é o que o mestre Sergio Pinto Martins buscou fazer. Assim conclui o autor que por esse raciocínio o acordo deve ser o coletivo e não o pacto bilateral.

Observa ainda o doutrinador que, ao interpretar as palavras utilizadas na CLT, nota-se que o legislador quando quis se referir acordo individual usou a expressão acordo escrito, conforme art. 59 da CLT.

Interpretando as palavras empregadas na CLT, verifica-se que o legislador ordinário usa a expressão *acordo escrito* para designar o *acordo individual* feito pelo empregado para a *prorrogação* da *jornada de trabalho*, como se observa do art.59 da CLT. A própria *súmula* 108 do TST fazia também essa *distinção* para a *compensação* de *horários de trabalho*, usando a expressão *acordo escrito* para o *acordo individual* e *acordo coletivo* ou *convenção coletiva*, sendo estas últimas as formas de *compensação* do *horário de*

⁸⁸ BARROS, Alice Monteiro. **Curso de Direito do Trabalho**. - 8 ed.- São Paulo: LTr, 2012. P.534.

⁸⁹ MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. - 31,ed. São Paulo: Atlas, 2015.P.586.

trabalho da mulher. Com base nessa orientação, já seria possível dizer que o constituinte, ao falar em acordo, quis se referir a acordo coletivo e não acordo escrito ou individual, até mesmo para prestigiar a participação dos sindicatos nas negociações coletivas (art. 8º, IV, da Constituição).⁹⁰

Da mesma forma a súmula 108 do Tribunal Superior do Trabalho, quando queria fazer referência ao pacto individual utilizava-se da expressão acordo escrito e acordo coletivo ou convenção coletiva para a norma coletiva.

A doutrinadora Vólia Bomfim Cassar defende que, o regime de compensação de jornada só pode acontecer mediante a participação sindical obreira. Que a inversão das expressões “convenção ou acordo coletivo” para “acordo ou convenção coletiva” não foi proposital para permitir o acordo individual, na realidade quis o legislador dar mais harmonia ao texto, usando expressões sinônimas:

Defendemos que 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 sindical, como se deduz das expressões “(..) negociação coletiva.” art. 7º, XIV, da CRFB, “...convenção ou acordo coletivo(...)”art.7, VI, da CRFB. O fato de ter o legislador constituinte invertido a ordem das palavras “convenção” e “acordo coletivo” para “acordo “ e “convenção coletiva”, não altera o sentido e o requisito. (...) Não concordamos com o argumento de que a inversão foi proposital para abraçar tanto o acordo individual como o coletivo. A utilização de sinônimos e expressões invertidas num texto lhe confere maior qualidade. Essa teria sido a verdadeiro intenção do legislador”.⁹¹

Ressalta a autora que todas as vezes que a Constituição pretendeu flexibilizar direitos trabalhistas sempre prestigiou a participação dos sindicatos, como ocorre em diversas oportunidades, a exemplo dos incisos VI e XIV do art. 7º da Constituição da República.

Nota-se que a doutrinadora valeu-se do método sistemático de interpretação, ao comparar o dispositivo em análise com outros do mesmo diploma. Veja o que ensina Carlos Maximiliano: “Consiste o processo sistemático em comparar o dispositivo sujeito a exegese, com os outros do mesmo repositório ou de leis diversas, mas referente ao mesmo assunto.”⁹²

⁹⁰ MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. - 31,ed. São Paulo: Atlas, 2015.P.587.

⁹¹ BOMFIM, Vólia. **Direito do Trabalho**. - 9.ed. rev. e atual.- Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014. P. 637.

⁹² MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**.-20. Ed.- Rio de Janeiro: Forense 2011, P.104.

Veja que conforme o autor no método sistemático de interpretação, o intérprete do direito procura comparar o dispositivo sujeito a exegese com outros da mesma norma jurídica, a fim de se chegar à compreensão do texto em análise em conformidade com o todo.

A interpretação teleológica é aquela em que o intérprete busca analisar o objetivo da norma, o bem jurídico tutelado pelo ordenamento jurídico com a criação de determinado comando. Luís Roberto Barros ensina que:

As normas devem ser aplicadas atendendo, fundamentalmente, ao seu espírito e à sua finalidade. Chame-se teleológico o método interpretativo que procura revelar o fim da norma, o valor ou o bem jurídico visado pelo ordenamento com a edição de dado preceito.⁹³

Levantando-se em consideração o objetivo protecionista do direito laboral por esse método, deve-se buscar sempre uma interpretação que esteja em conformidade com o direito trabalhista, que é a proteção do trabalhador. O empregado, individualmente considerando, na maioria das vezes não pode expressar salário como fonte única de subsistência do trabalho e de sua família.

Por esse motivo, sempre que o assunto é flexibilização dos direitos trabalhistas, o legislador considerou a participação do sindicato obreiro como de suma importância, pois o trabalhador considerado individualmente não tem condições de discutir no mesmo plano que o empregador, por ser parte mais fraca da relação. Assim, a participação do sindicato visa dar maior segurança as negociações que envolva os direitos trabalhistas protegidos por lei e que em certas circunstâncias é permitida a sua flexibilização.

Podemos assim concluir que a natureza do acordo a que se refere o art. 7º da CF/88 e do § 2º da CLT, em conformidade com a hermenêutica jurídica clássica, diz respeito ao acordo coletivo e não acordo individual como tem defendido o TST e parte minoritária da doutrina.

⁹³ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição: Fundamentos de uma Dogmática Constitucional Transformadora**. - 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. P.143.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho monográfico analisou o instituto da compensação da jornada de trabalho, prevista na legislação brasileira. Vimos que a Constituição da República de 1988 limitou a jornada normal de trabalho em oito horas diárias e quarenta e quatro horas semanais, como forma de proteger a saúde do trabalhador, assim como visto nos capítulos anteriores desta pesquisa, a lei permitiu em algumas circunstâncias a realização de horas extraordinárias, vimos também que são as horas extraordinárias são exceção pois o importante é o cumprimento da jornada estabelecida para proteção da saúde mental, física do obreiro.

Como abordado no primeiro capítulo, a CLT, permite a prorrogação de jornada de trabalho em cinco casos: no acordo de prorrogação, sistema de compensação, força maior, conclusão de serviços inadiáveis e recuperação das horas de paralização, todo esse aparato de limitações e disposições na lei busca a proteção à saúde do trabalhador, por isso o termo horas extraordinárias, ou seja, não essa a regra e sim exceção.

No segundo capítulo buscamos mostrar que a lei é abstrata e antes de aplicar a norma ao caso concreto, o operador do direito, precisa interpretá-la, isso ocorre por que existem lacunas que o legislador não consegue preencher por não ser possível prever todas as possibilidades entre os acontecimentos e as pessoas. Foi apresentado também que a hermenêutica jurídica é a ciência responsável por estudar os métodos e técnicas de interpretação do direito, sendo que a hermenêutica e a interpretação não se confundem, pois enquanto a hermenêutica é a ciência que estuda a sistematização dos métodos e das regras de interpretação dos textos, a interpretação é a prática de se extrair o real significado da norma, tudo isso é feito através dos métodos de exegese do Direito, que se classificam quanto a origem, resultados e quanto aos métodos e se desdobram em tipologias que foram apresentadas, com objetivo de buscar o verdadeiro significado das palavras, através de uma interpretação jurídica e não subjetiva, para que assim o magistrado possa atender aos fins sociais a que a lei se dirige e as exigências do bem comum.

Finalmente, a presente monografia mostrou com base na lei, doutrina e jurisprudência, a divergência existente em torno da interpretação da expressão acordo ou convenção coletiva constante no art. 7º, XIII, da CF/88 e do art. 59 § 2º da CLT, mas especificamente da natureza do acordo previsto nestes dispositivos. Pois

para o estabelecimento do regime de compensação da jornada de trabalho, a lei exige que seja feito por meio de acordo ou convenção coletiva de trabalho, mas não deixou claro se pode ser individual ou tem que ser exclusivamente coletivo, gerando dúvida, pois como já dito o objetivo é a proteção do trabalhador, e acordos individuais, podem ou não ser benéficos ao obreiro, que perante o empregador e sozinho, sem participação sindical é parte hipossuficiente. Daí a dúvida, mas por tudo o que foi apresentando, chegamos à conclusão que o referido acordo, deve ser coletivo e não individual.

Vimos que o TST através da súmula 85 consolidou entendimento de que o regime compensatório de jornada de trabalho pode ser feito por meio de acordo individual escrito, acordo coletivo e convenção coletiva de trabalho. No mesmo sentido tem entendido alguns doutrinadores, que a lei autoriza o instituto da compensação de horas extras através do acordo individual. A maior parte da doutrina, no entanto, defende que tal flexibilização só pode ocorrer mediante a participação sindical da classe trabalhadora.

Isso posto, a pesquisa monográfica, confirma a hipótese levantada de que o único meio apto a autorizar o pacto de compensação das horas excedentes de trabalho, em conformidade com a hermenêutica jurídica, é o acordo coletivo de trabalho. Assim, tem-se que o acordo a que faz menção o art. 7º, XIII, da CF/88 e do art. 59, § 2º da CLT, ao contrário do que defende o TST e parte minoritária da doutrina, trata-se de acordo exclusivamente coletivo.

Concluimos que, conforme a hermenêutica jurídica e os objetivos do direito laboral, deve-se proteger o trabalhador, parte fraca na relação do emprego, a compensação da jornada extraordinária à luz do art. 7º, inciso XIII, da Constituição da República, só pode ser realizada mediante o acordo coletivo ou convenção coletiva de trabalho. Sendo inconstitucional qualquer interpretação do § 2º do art. 59 da CLT que entenda ser válido o acordo individual para a fixação do regime compensatório de jornada de trabalho, como entende atualmente o TST.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. – 8 ed. – São Paulo: LTr, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição: Fundamentos de uma Dogmática Constitucional Transformadora**. – 8 ed – São Paulo: Saraiva, 2009.

BOMFIM, Vólia. **Direito do Trabalho**. – 10, ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

BRASIL, Decreto lei nº 5.452, 1º de maio de 1943 – **Consolidação das leis do trabalho (CLT)**. COSTA ILHO, Amando Casimiro; COSTA, Manoel Casimiro;

MARTINS, Mechíades Rodrigues, Sônia Redin da Silva. – 44 ed. São Paulo: LT, 2015.

BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista nº 949-22.2012.5.04.0663. **Hora Extra. Compensação Clássica. Acordo de Compensação. Acordo individual escrito. Validade**. Súmula 85 TST. Relato Ministro Mauricio Godinho Delgado. Data do julgamento: 03/12/2017. Disponível em <<https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/155539826/recurso-de-revista-rr-9492220125040663?ref=juris-tabs>> acesso em 28/10/2017.

BRASIL. **Cidadania e Justiça**. Disponível em <<http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2009/11/declaracao-universal-dos-direitos-humanos-garante-igualdade-social>> acesso em 09/10/2017.

BRASIL, TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO **TST - RECURSO DE REVISTA RR 1188520135060144 (TST)** Disponível em ¹ https://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/317456583/andamento-do-processo-n-0000388-1820135030072-airr-28-03-2016-do-tst?ref=topic_feed acesso em 18/11/2017

BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista** nº 949-22.2012.5.04.0663. **Hora Extra. Compensação Clássica. Acordo de Compensação. Acordo Individual escrito. Validade**. Súmula 85/TST. Relator: Min. Mauricio Godinho Delgado, Data de julgamento: 03/12/2014. 3ª Turma. Disponível em: <http://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia>. Acesso em 13 de nov. de 2017.

BRASIL, TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO- **SÚMULAS-**
Disponível em <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas/Sumulas_Ind_51_100.html#SUM-85, acesso em 28/10/2017

BRASIL. **Consolidações das Leis do Trabalho (CLT)**. Saraiva. 2017.

CARRION, Valentim. **Comentários a CLT: Legislação complementar: Jurisprudência.** – 39 ed. ver. e atual. Por Eduardo Carrion. – São Paulo: Saraiva, 2014.

COSTA, Dilvanir José Da. **Curso de Hermenêutica Jurídica:** doutrina e jurisprudência. – 2 ed. Ri de janeiro: Forense, 2005.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho.** – 10 ed. São Paulo: LTR, 2011.

FRANÇA, R. Limongi. **Hermenêutica jurídica.** / R. Limongi França. Atualizador Antônio de S. Limongi França. – 13 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

FRIEDE, Reis. **Ciência do Direito, Norma, Interpretação e Hermenêutica Jurídica.** – 2 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.

MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **Curso de Hermenêutica Jurídica.** – 5 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho.** – 31.ed. São Paulo: Atlas, 2015.

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.** – 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso.** – 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, em especial o posfácio.

SUSSEKIND, Arnaldo. **Curso de Direito do Trabalho.** – 2 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.