

4. Artigos

4.1. "A Inconstitucionalidade do Sistema de Banco de Horas – Breves Considerações.

MARQUES, Rafael da Silva. Juiz do Trabalho na 4ª Região. Mestre em Direito pela UNISC.

Resumo

Discute-se, aqui, a inconstitucionalidade do sistema de compensação de jornada de trabalho nominado "banco de horas". A Lei 9.601/98, alterada, posteriormente, pela Medida Provisória 2.164/01, que preceitua a possibilidade, por norma coletiva, de se compensarem as horas extras prestadas, até no limite de duas, no prazo máximo de um ano, é inconstitucional. É que no momento da promulgação da Carta de 1988, em 05 de outubro, o conceito de compensação de jornada era o constante do artigo 59, parágrafo segundo, da CLT, aquela considerada semanal. Tanto é verdade que o limite que a norma constitucional, artigo 7º, XIII, traz é o de quarenta e quatro horas semanais. Este mesmo artigo fala de forma expressa quais são os direitos dos trabalhadores, além de outros que visem à melhoria de sua condição social. Seguem os fundamentos.

Palavras-chave: "banco de horas" – inconstitucionalidade – não-retrocesso social – acordo de compensação.

1. Introdução.

Pouco se discutiu a respeito da inconstitucionalidade ou não do sistema de banco de horas. Criado pela Lei 9.601, de 21 de janeiro de 1998, inicialmente previa a compensação, após acordo ou convenção coletiva, das horas extras prestadas no período de cento e vinte dias, ficando elas armazenadas em uma espécie de "banco", devendo ser "devolvidas" até o final destes cento e vinte dias.

[◀ volta ao índice](#)

Com a edição da Medida Provisória 2.164, de 24 de agosto de 2001, o prazo que antes era de cento e vinte dias passou a ser de um ano, permanecendo os demais requisitos.

Estas alterações legislativas foram e são fruto da chamada flexibilização e adaptação das relações de trabalho ao mercado e à globalização, que não comporta mais o alto custo da produção, de responsabilidade das normas de proteção ao trabalho.

Com um discurso ligado à necessidade do mercado, deixaram os juristas de discutir a fundo os problemas que poderiam vir a surgir com a implantação do sistema de horas, sem falar dos prejuízos à classe trabalhadora.

É por isso que se propõe este tema para debate. Lançam-se apenas algumas idéias, fruto de discussões junto a colegas, a fim de se poder, efetivamente, garantir um pouco mais de dignidade a quem efetivamente produz e mantém, intacto, o modo de produção capitalista, que é a classe trabalhadora proletária.

2. Da inconstitucionalidade.

Analisando-se o sistema chamado de banco de horas, conclui-se que ele é inconstitucional. Explica-se: quando da promulgação da CF/88, o artigo 7º, XIII¹, que prevê a hipótese de compensação de jornada de trabalho, foi criado tendo por base o sistema de compensação de jornadas já existente, o da Consolidação das Leis do Trabalho, que previa apenas a compensação semanal. Seria até mesmo ilógico que não fosse assim, já que o antes citado artigo da Constituição fala em "a compensação", referindo-se ao sistema compensatório já existente na época e não a futuros, que pudessem vir a fazer parte do mundo jurídico.

¹ Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social. [...]; duração do trabalho 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.

É que todo o conceito jurídico ou definição jurídica constante da Carta (como por exemplo *compensação*), e que ela não define em seu corpo, deve ser interpretado conforme preceituado nas leis atinentes à matéria vigentes na época da promulgação da Constituição. É o que se faz no momento com o conceito jurídico de "compensação", sendo ele, em 05 de outubro de 1988, o do acerto semanal^{2 3}.

E não poderia ser diferente, porquanto não se deixaria ao legislador ordinário hipótese de aumentar-se o período semanal de trabalho além das quarenta e quatro horas, ao ponto de se chegar a um ano o encontro de contas, como é o caso do artigo 59, parágrafo segundo, primeira parte, da CLT⁴. Ainda, as normas trabalhistas, direitos fundamentais por excelência, artigo 7º da CF/88^{5 6 7}, protetoras de higiene e segurança do trabalho, não poderiam permitir que se deixasse espaço tão amplo à negociação coletiva que pudesse, por demais, prejudicar a classe trabalhadora. Lembra-se que o artigo 7º, cabeça, da Constituição Brasileira de 1988 (ver nota 8) preceitua os direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, permitindo a concessão de quaisquer outros que visem à melhoria de sua condição social. Portanto, ampliar conceito legal já existente em prejuízo do trabalhador seria, também, deixar de aplicar o disposto na cabeça do antes citado artigo da norma constitucional, pois que autorizada a concessão de direitos que busquem a melhoria da condição da massa trabalhadora e não que venham em seu prejuízo. Desnecessário versar que isso seria, igualmente, inconstitucional!

De outro lado, não se fundamente, também, que isso feriria o princípio da autodeterminação coletiva. Definitivamente não! Os acertos coletivos são direitos dos trabalhadores⁸ e, como tal, devem ser traçados de acordo com o interesse destes, nos limites constantes na Constituição brasileira de 1988.

[◀ volta ao índice](#)

² Neste sentido voto do Eminentíssimo Ministro Cezar Peluso, no recurso Extraordinário 346.084-6 – Paraná, que discute a respeito da COFINS. "[...] Quando não haja conceito jurídico expresso, tem o intérprete de se socorrer, para a re-construção semântica, dos instrumentos disponíveis no próprio sistema do direito positivo, ou nos diferentes corpos de linguagem. 6. Como já exposto, não há, na Constituição Federal, prescrição de significado do termo *faturamento*. Se se escusou a Constituição de o definir, tem o intérprete de verificar, primeiro, se, no próprio ordenamento, havia então algum valor semântico a que pudesse filiar-se o uso constitucional do vocábulo, sem explicitação de sentido particular, nem necessidade de futura regulamentação por lei inferior. É que, se há correspondente semântico na ordem jurídica, a presunção é de que a ele se refere o uso constitucional. Quando u'a mesma palavra, usada pela Constituição sem definição expressa nem contextual, guarde dois ou mais sentidos, um dos quais já incorporado ao ordenamento jurídico, será esse, não outro, seu conteúdo semântico, porque seria despropositado supor que o texto normativo esteja aludindo a objeto extrajurídico. Ora, o fato de o art. 195, § 4º, da Constituição da República, ao dar competência suplementar à União para instituir contribuições sociais inespecíficas, dependentes de "*outras fontes destinadas à manutenção ou expansão da seguridade*", já prova que, ao aludir a "*faturamento*", além de "folha de salário" e "lucro", empregou essa palavra em sentido predeterminado, pois de outro modo a previsão daquela competência residual perderia todo o senso, ao admitir-se fossem vagos e imprecisos os conceitos de *faturamento*, de folha de salário e de lucro! [...]"

³ Diversa é a opinião do Ministro Eros Roberto Grau em seu voto-vista em que se discutia a mesma questão a respeito do faturamento, onde ele aduz que este conceito jurídico, na verdade, é um conceito jurídico tipológico, ou seja, não são conceitos, pois que os conceitos são atemporais, ao contrário dos tipológicos que são "homogêneos ao desenvolvimento das coisas, isto é, caracterizadamente históricos e temporais".

⁴ Art. 59 - A duração normal do trabalho poderá ser acrescida de horas suplementares em número não excedente de 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. § 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.

⁵ Capítulo II – Dos Direitos Sociais.

⁶ "Direitos fundamentais são preceitos proclamados pela Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1789, somados aos frutos da evolução da sociedade, com fundamento na liberdade, justiça e paz mundial e cuja preservação e inalienação é dever do Estado por força de lei. Podem, ainda, ser classificados como direitos individuais, coletivos e humanos". In SIDOU, J. M. Othon, 1918- Dicionário Jurídico: Academia Brasileira de Letras Jurídicas / J. M. Otón Sidou. – 9. ed. – Rio de Janeiro. Forense Universitária, 2004, p. 305, verbete "DIREITOS FUNDAMENTAIS".

⁷ Entende-se, também, com base no artigo 5º, parágrafo segundo, da CF/88, que os artigos 9º e 468 da CLT, que preceituam a nulidade de alterações lesivas ao empregado, são normas de direitos fundamentais, alçadas a esta condição, mesmo que fora do catálogo, por tratarem da proteção do trabalhador, economicamente mais fraco que o empregador.

⁸ Artigo 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria da sua condição social: [...]; XXVI – reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho.

Note-se que os direitos sociais são o sustentáculo do Estado Social de Direito, fragmento do Estado Liberal Burguês sustentado pelo trabalho subordinado, portanto, protegido ao extremo pela norma constitucional⁹.

Sabe-se que a previsão legal para o banco de horas é fruto do desmantelamento deste mesmo Estado Social para o Estado Neoliberal, que nada mais é do que a adequação das relações de trabalho às normas do grande capital, priorizando especialmente este em detrimento do trabalho, o que não é recomendável se considerarmos que o capital deve existir em razão das pessoas e não estas em razão dele. Isso nada mais é do que a conhecida flexibilização, que consiste, segundo José Martins Catharino, utilizando-se de Arturo Hoyos, na possibilidade de a empresa contar com mecanismos jurídicos que lhe permitam ajustar sua produção, emprego e condições de trabalho ante as flutuações rápidas e contínuas do sistema econômico (demanda efetiva e diversificação da mesma, taxa de câmbio, interesses bancários, competência internacional), inovações tecnológicas e outros fatores que demandam ajuste com celeridade". Mais adiante, diz que "em sentido amplo, a "flexibilização" é maneira de adaptação de normas jurídicas para atender alterações verificadas na economia. Em sentido estrito, ... de normas jurídicas trabalhistas para atender às alterações na economia, refletidas nas relações entre trabalho e capital.¹⁰

Ora, os trabalhadores, salvo melhor juízo claro, isso em tom evidentemente irônico, também são seres humanos, e como tal devem ser tratados.

Ainda, reconhecer como possível a adoção do sistema de banco de horas fere o princípio do não-retrocesso social¹¹, conquista vinda da Carta de 1988, que rechaça qualquer alteração constitucional ou legal que fira os direitos sociais, os extinga ou os mitigue, pois que estas conquistas passaram a ser direito subjetivo dos cidadãos e/ou trabalhadores, conforme o caso, concretizando o fundamento da dignidade da pessoa humana, artigo 1º, III, da CF/88¹². Neste mesmo sentido Ingo Wolfgang Sarlet que ensina que a idéia nuclear é a de que eventuais medidas supressivas ou restritivas de prestações sociais implementadas pelo legislador haverá de ser inconstitucional por violação ao princípio do não-retrocesso social, sempre que com isto reste afetado o núcleo essencial legislativamente concretizado dos direitos fundamentais, especialmente e acima de tudo nas hipóteses em que resultar uma afetação da dignidade da pessoa humana, no sentido de se comprometer as condições materiais indispensáveis para uma vida com dignidade, no contexto daquilo que tem sido batizado como mínimo existencial¹³.

[◀ volta ao índice](#)

No que tange ao princípio do não-retrocesso, ainda, diz Edilton Meireles que foi ele acolhido pelo texto constitucional, inclusive no que tange ao direito do trabalho, embora a adoção apenas do modelo de Estado do Bem-Estar Social já bastasse. É que isso fica evidente com a simples leitura da cabeça do artigo 7º da Constituição brasileira de 1988, que estabelece que são direitos dos trabalhadores, "além de outros, aqueles que visem à melhoria da sua condição social"¹⁴. Daí, prossegue, não se pode admitir que emenda à constituição ou mesmo lei infraconstitucional que não vise à melhoria da condição dos trabalhadores brasileiros. Ela será inconstitucional, por infringir a norma constitucional antes versada do artigo 7º da CF/88.¹⁵

Mais: o autor citado no parágrafo anterior ensina, ainda, que é inconstitucional a Emenda Constitucional 28/00 que alterou a prescrição do trabalhador rural para cinco anos, por entender

⁹ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...]; IV - o valor social do trabalho e da livre iniciativa.

¹⁰ CATHARINO, José Martins, 1918 -. Neoliberalismo e seqüela : privatização, desregulamentação, flexibilização, terceirização / José Martins Catharino. São Paulo : LTr, 1997, p. 50.

¹¹ SANTOS, Enoque Ribeiro dos. Temas modernos de direito do trabalho. Após o advento da Emenda Constitucional 45/2004 / Enoque Ribeiro dos Santos - Leme : BH Editora e Distribuidora, 2005, p. 130/1, aduz, citando Gomes Canotilho, que a "idéia de proibição de retrocesso social também tem sido designada como proibição de contra-revolução social ou da evolução reacionária. Com isto quer dizer-se que os direitos sociais econômicos (ex: direitos dos trabalhadores, direitos à assistência, direito à educação), uma vez obtido um determinado grau de realização, passam a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjetivo".

¹² Art. 1º [...]; III - a dignidade da pessoa humana.

¹³ SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. Editora Livraria do Advogado. Terceira Edição, Porto Alegre, 2004, p. 121.

¹⁴ Artigo 7º São direitos dos trabalhadores, urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria da sua condição social:

¹⁵ MEIRELES, Edilton. Princípio do Não-Retrocesso Social no Direito do Trabalho. In Síntese Trabalhista 179, maio/2004, p. 58.

que fere ao princípio do não-retrocesso social, o que reforça a tese quanto ao banco de horas, por estar em situação parecida, senão igual.¹⁶

Não se diga que o aumento indiscriminado de horas de trabalho, destinadas à compensação anual, não fere o dito princípio. Por óbvio que assim o faz, já que permite que o trabalhador preste trabalho por jornada superior a estabelecida pela Carta de 1988, sem que a compensação lhe seja favorável (como ocorre com a compensação semanal que é benéfica ao trabalhador), garantindo, no prazo de um ano, a critério do empregador tão somente, a concessão dos dias destinados à compensação, rechaçando as normas de higiene, saúde e segurança do trabalho¹⁷, relacionadas de forma direta à dignidade da pessoa humana¹⁸.

De outra face, o conceito de compensação de jornadas de trabalho não evoluiu tanto ao ponto de permitir que se interprete como compensação anual. Não se pode alterar um conceito jurídico constante da CLT, previsto como norma trabalhista por cinquenta e cinco anos, alçado à esfera constitucional, com simples alteração por lei ordinária, trazendo prejuízo flagrante à classe trabalhadora. Note-se que não se trata de conceito jurídico indeterminado, senão norma constitucional antes prevista, inclusive quanto ao seu conceito, em decreto-lei (Consolidação das Leis do Trabalho), conceito este incorporado à Constituição, e que, portanto, não pode ser alterado, salvo para melhor.

Por fim, ainda que não se aceite a argumentação acima, o banco de horas não pode ser considerado constitucional, pois que permite que uma dívida trabalhista, no caso o trabalho prestado em horas extras, seja quitado em um ano e sem qualquer adicional, quando se compensa uma hora extra com uma hora normal, sem falar dos efeitos perversos que isso pode causar à saúde do trabalhador, como já citado^{19 20}.

Portanto, por se tratar de um sistema extremamente perverso para o trabalhador, são, e disso não se tem dúvidas, inconstitucionais as cláusulas normativas relativas ao banco de horas, razão pela qual serão extras as horas prestadas pelos trabalhadores além da oitava diária e quarenta e quatro semanal ou, em havendo sistema de compensação semanal de jornadas, além da quadragésima quarta semanal, e décima diária, este último limite conforme artigo 59, parágrafo segundo, parte final, da CLT, pela validade do sistema de compensação semanal, este sim de interesse do trabalhador, pois que mais benéfico, já que elimina o trabalho em um dos dias da semana, por regra.

[◀ volta ao índice](#)

3. Conclusão.

Conclui-se este breve estudo primeiro dizendo que o tema merece maior debate e análise por parte dos juristas e intelectuais^{21 22}. Esta análise deverá ocorrer em casos concretos, especialmente na prolação de sentenças e acórdãos, além de eventos e seminários destinados ao tema. Ora, não há falar apenas em assuntos da moda, como por exemplo competência e acidentes do trabalho. Deve-se ter espaço a assuntos não discutidos também.

¹⁶ Ibidem, p. 59.

¹⁷ Art. 7º [...]; XXII – redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança.

¹⁸ A dignidade da pessoa humana é irrenunciável e inalienável, não podendo ser destacada do ser humano, por fazer parte de sua essência, guiar a sua conduta como pessoa, bem como formar a sua existência. É por isso que Ingo Wolfgang Sarlet aduz que a dignidade da pessoa humana é limite e tarefa dos poderes do Estado, da comunidade, de todos e de cada um, sendo ela atingida sempre que a pessoa se encontre na condição de coisa, de objeto, ou seja, quando descaracterizada a sua condição de sujeito de direitos. Assim, onde não houver respeito à vida ou à integridade física, psíquica e moral do ser humano, onde as condições mínimas de existência não forem asseguradas ou respeitadas, onde não houver limitação do poder, “onde a liberdade e a autonomia, a igualdade (em direitos e dignidade) e os direitos fundamentais não forem reconhecidos e minimamente assegurados, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana e esta (pessoa), por sua vez, poderá não passar de mero objeto de arbítrio e injustiças”, in SARLET, op. cit., p. 40/79.

¹⁹ SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Em defesa da ampliação da competência da Justiça do Trabalho., in Justiça do Trabalho no. 260, p. 13.

²⁰ SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. O direito do trabalho como instrumento de justiça social / Jorge Luiz Souto Maior. – São Paulo, LTr, 2000, p. 329/330.

²¹ CASTAÑEDA SABIDO, Fernando Rafael. A tensão entre a ideologia e ciência na sociologia / Fernando Rafael Castañeda Sabido; Sandra Regina Martini Vial. – Santa Cruz do Sul; EDUNISC, 2004.

²² ELFFMAN, Mário. Do direito do trabalho a um direito de inclusão social, in. Avanços e possibilidades do direito do trabalho / Luiz Alberto Vargas e Ricardo Carvalho Fraga (org) – São Paulo: LTr, 2005, p. 128.

Depois, por se tratar de um sistema extremamente prejudicial ao trabalhador e, de forma indireta, à sociedade, se bem que esta sequer se dá conta disso²³, o banco de horas deve ser, na prática, considerado inconstitucional, mesmo que criado conforme os ditames legais, pois que fere direitos fundamentais dos trabalhadores, jornada de oito horas de trabalho e quarenta e quatro horas de trabalho semanal, acarretando flagrante retrocesso social em nome de parâmetros de mercado e de economia, que, salvo melhor juízo, devem existir em prol do cidadão.

Essa é a conclusão. E este deve ser o compromisso dos operadores do direito, concretizar de vez a Constituição e fazer com que o trabalhador, que gera a riqueza, já que é o único que altera a natureza, seja protegido contra as voracidade, arbitrariedade e, porque não, crueldade do mercado.

Bibliografia

CASTAÑEDA SABIDO, Fernando Rafael. A tensão entre a ideologia e ciência na sociologia / Fernando Rafael Castañeda Sabido; Sandra Regina Martini Vial. – Santa Cruz do Sul; EDUNISC, 2004;

CATHARINO, José Martins, 1918 -. Neoliberalismo e seqüela : privatização, desregulamentação, flexibilização, terceirização / José Martins Catharino. São Paulo : LTr, 1997;

ELFFMAN, Mário. Do direito do trabalho a um direito de inclusão social, in. Avanços e possibilidades do direito do trabalho / Luiz Alberto Vargas e Ricardo Carvalho Fraga (org) – São Paulo: LTr, 2005;

MÉSZÁROS, István. A educação para além do capital. Tradução de Isa Tavares. São Paulo: Boitempo, 2005;

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. Temas modernos de direito do trabalho. Após o advento da Emenda Constitucional 45/2004 / Enoque Ribeiro dos Santos – Leme : BH Editora e Distribuidora, 2005;

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. Editora Livraria do Advogado. Terceira Edição, Porto Alegre, 2004;

SIDOU, J. M. Othon, 1918- Dicionário Jurídico: Academia Brasileira de Letras Jurídicas / J. M. Otón Sidou. – 9. ed. – Rio de Janeiro. Forense Universitária, 2004;

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Em defesa da ampliação da competência da Justiça do Trabalho., in Justiça do Trabalho no. 260;

_____ O direito do trabalho como instrumento de justiça social / Jorge Luiz Souto Maior. – São Paulo, LTr, 2000;

BRASIL. Constituição Federal da República Federativa do Brasil, Ed. Saraiva, 33ª Edição, 2004;

BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho, Ed. Saraiva, 31ª Edição, 2004;

www.stf.gov.br

²³ MÉSZÁROS, István. A educação para além do capital. Tradução de Isa Tavares. São Paulo: Boitempo, 2005, p. 35, para quem "o impacto da incorrigível lógica do capital sobre a educação tem sido grande ao longo do desenvolvimento do sistema. Apenas as *modalidades* de imposição dos imperativos estruturais do capital no âmbito educacional são hoje diferentes, em relação aos primeiros e sangrentos dias da "acumulação primitiva", em sintonia com as circunstâncias históricas alteradas, como veremos na próxima seção. É por isso que hoje o sentido da mudança educacional radical não pode ser senão o rasgar da camisa-de-força da lógica incorrigível do sistema: perseguir de modo planejado e consistente uma estratégia de rompimento do controle conhecido pelo capital, com todos os meios disponíveis, bem como com todos os meios ainda a ser inventados, e que tenham o mesmo espírito".