

## I - JORNADA DE TRABALHO

O tema da jornada - em conjunto com o referente ao salário - ocupa posição de prevalência no desenvolver da história do Direito do Trabalho. Salário e jornada sempre foram, de fato, os temas centrais e mais polarizantes brandidos ao longo das lutas trabalhistas que conduziram à construção e desenvolvimento do ramo juslaboral especializado do direito.

Essa relevância combinada ao longo dos últimos dois séculos não resulta de simples coincidência. É que, na verdade, *jornada e salário têm estreita relação com o montante de transferência de força de trabalho que se opera no contexto da relação empregatícia*. Como já magistralmente formulado, seria o salário o *preço* atribuído à força de trabalho alienada, ao passo que a jornada despontaria como a *medida* dessa força que se aliena.<sup>(1)</sup> Mais do que isso: não há norma ampliadora ou redutora da jornada que não tenha influência automática no montante salarial relativo devido ao empregado. Nesse quadro, caso se reduza a jornada padrão no contexto de certa categoria ou grupo de trabalhadores - sem norma negocial autorizativa da redução correspondente de salários - está-se elevando, automaticamente, o preço relativo da força de trabalho contratada, através do aumento do respectivo salário hora. É o que ocorreu, a propósito, em face das recentes alterações constitucionais de 1988, quer ao reduzir a Constituição a jornada semanal para 44 horas (art. 7º, XIII), quer ao fixar uma jornada especial de seis horas para trabalhadores laborando em turnos ininterruptos de revezamento (art. 7º, XIV).

Modernamente, o tema da jornada ganhou importância ainda mais notável. É que os avanços da saúde e segurança do trabalho têm ensinado que a extensão do contato com certas atividades ou ambientes é elemento decisivo à configuração de seu potencial efeito insalubre. Tais reflexões têm levado à noção de que a redução da jornada em certos ambientes ou atividades constitui-se em medida profilática importante no contexto da moderna medicina laboral. Noutras palavras, *as normas jurídicas concernentes à jornada não são - necessariamente - normas estritamente econômicas, já que podem alcançar, em certos casos, o caráter determinante de normas de medicina e segurança do trabalho, portanto, normas de saúde pública*.

Por essa razão é que a Constituição, sabiamente, arrolou como direito dos trabalhadores a "redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança" (art. 7º, XXII). Pela mesma razão é que a ação administrativa estatal, através de normas de saúde pública e de medicina e segurança do trabalho que venham reduzir o tempo lícito de exposição do trabalhador a certos ambientes ou atividades não é inválida - nem ilegal, nem inconstitucional. Ao contrário, é francamente autorizada (mais: determinada) pela Constituição, através de inúmeros dispositivos que se harmonizam organicamente. Citem-se, por exemplo, o mencionado art. 7º, XXII, que se refere ao direito à redução dos riscos do trabalho por meio de normas de saúde, higiene e segurança; o art. 194, *caput*, que menciona a seguridade social como um "conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde..."; o art. 196, que coloca a saúde como "direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos..."; o art. 197, que qualifica como de "relevância pública as ações e serviços de saúde..."; cite-se, finalmente, o art. 200, II, que informa competir ao sistema único de saúde "executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador".

### 1 - Duração, Jornada, Horário: Distinções

No estudo da jornada de trabalho três expressões se apresentam, correspondendo a conceitos correlatos de importância na análise do fenômeno. Trata-se, respectivamente, da duração do trabalho, da jornada de trabalho e, por fim, do horário de trabalho.

Por *duração do trabalho* a doutrina, em geral, compreende todo o período decorrente do contrato de trabalho, inclusive lapsos temporais relativos a repouso semanal, feriados e até mesmo férias. A expressão, portanto, tem sentido amplo, não se restringindo estritamente ao período de disponibilidade do trabalhador perante seu empregador, em virtude do contrato pactuado.

A expressão *jornada de trabalho* tem sentido mais restrito que o anterior, compreendendo o tempo 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 período delimitado.

Originalmente o período considerado pelo conceito de jornada seria o lapso temporal diário (jornada diária), em face da expressão primitivamente referir-se ao dia (*giornata - giorno*). Hoje, contudo, confere-se à expressão, na órbita juslaboral, a flexibilidade necessária para abranger, além da idéia de *jornada diária*, as noções de *jornada semanal* e mesmo *jornada mensal*.

Embora a jornada de trabalho refira-se, basicamente, ao tempo em que se considera o empregado contratualmente à disposição do empregador, em um lapso temporal padrão (dia, semana, mês), o avanço do Direito do Trabalho tem produzido a inserção de certos curtos períodos de intervalos intrajornadas dentro do conceito de jornada, como forma de remunerar tais curtos períodos e, ao mesmo tempo, reduzir o tempo de efetiva exposição e contato do trabalhador à atividade contratada. Por essa razão é que se afirma que no lapso

temporal da jornada irá se incluir, também, o tempo tido como contratual - ou "tempo de serviço" - (portanto, tempo remunerado), mas que, dentro do horário de trabalho, o empregado não labora nem sequer fica à disposição empresarial (intervalos remunerados).

Já a expressão *horário de trabalho* traduz o espaço temporal entre o termo inicial e o termo final de uma jornada diária. O horário corresponde, assim, à delimitação do início e fim da jornada e respectivos intervalos.

## 2 - Composição da Jornada de Trabalho

A jornada de trabalho, primitivamente, traduzia a noção do tempo diário em que o empregado prestava efetivos serviços ao empregador. A evolução do Direito do Trabalho, seja a partir da pressão oriunda dos próprios trabalhadores coletivamente organizados, seja através de outros fatores que conduziram ao aperfeiçoamento das normas jurídicas regentes da matéria, conduziu a um alargamento do número de elementos componentes da jornada, por além do tempo efetivamente laborado. Nesse quadro normativo, distintos são os critérios que despontaram quanto à aferição jurídica da extensão de uma jornada de trabalho.

### A) Critérios de Fixação da Jornada

São três os critérios básicos de cálculo da extensão da jornada de trabalho que se encontram na evolução do Direito do Trabalho. Tais critérios podem ser ordenados sequencialmente, de acordo com a crescente amplitude que conferem à noção de jornada. São eles: critério do *tempo efetivamente laborado*; critério do *tempo à disposição no centro de trabalho*; critério do *tempo despendido no deslocamento residência-trabalho-residência* (além do somatório anterior). Ao lado desses critérios básicos, há ainda dois critérios especiais, aventados por normas específicas de certas categorias profissionais brasileiras: o critério do *tempo-prontidão* (ou horas-prontidão) e o critério do *tempo-sobreaviso* (horas-sobreaviso).

#### Critérios Básicos

O primeiro critério considera como componente da jornada apenas o tempo efetivamente trabalhado pelo obreiro. Por esse critério excluem-se do cômputo da jornada eventual, ilustrativamente, os seguintes períodos: o "tempo à disposição" do empregador mas sem labor efetivo, eventuais paralisações da atividade empresarial que inviabilizem a prestação de trabalho, qualquer tipo de intervalo intrajornada, em suma, todo e qualquer lapso temporal que não consista em direta transferência da força de trabalho em benefício do empregador.

Evidente que tal critério opera uma necessária assunção, pelo obreiro, de parte significativa do risco empresarial, uma vez que o salário somente seria pago em direta proporção ao real trabalho prestado. Por essa razão é que semelhante critério tende a ser rejeitado pelas modernas ordens justralhistas. No Brasil, o fato da CLT considerar como tempo de serviço também o período em que o empregado estiver simplesmente "à disposição do empregador, aguardando...ordens" (art. 4º) demonstra a rejeição, pela ordem justralhista brasileira, do critério do tempo efetivamente laborado como critério padrão de cálculo da jornada no mercado de trabalho do país.

Não é absoluta, contudo, essa rejeição. É que a lei brasileira admite o sistema de cálculo salarial estritamente por peça (respeitado o mínimo legal a cada mês: art. 7º, VII, CF/88; art. 78, CLT), em que se calcula o valor do salário segundo o total da produção efetivada pelo trabalhador. Ora, esse sistema salarial provoca, indiretamente, uma relação proporcional muito estreita entre tempo de trabalho efetivo e montante salarial pago, alcançando efeitos próximos ao critério do tempo efetivamente laborado.

O segundo critério considera como componente da jornada o tempo à disposição do empregador no *centro de trabalho*, independentemente da efetiva prestação de serviços. Amplia-se, portanto, a composição da jornada, em contraponto com o critério anterior. A ordem jurídica brasileira adota este critério como regra padrão de cômputo da jornada de trabalho no país (art. 4º, CLT).

Ressalte-se que a expressão *centro de trabalho* não traduz, necessariamente, a idéia de *local de trabalho*. Embora normalmente coincidam, na prática, os dois conceitos com o lugar em que se presta o serviço, pode haver significativa diferença entre eles. É o que se passa em uma mina de subsolo, em que o centro de trabalho situa-se na sede da mina, onde se apresentam os trabalhadores diariamente, ao passo que o local de trabalho localiza-se, às vezes, a uma larga distância, no fundo da própria mina (art. 294, CLT).(2)

O terceiro critério considera como componente da jornada também o tempo despendido pelo obreiro no deslocamento residência-trabalho-residência, em que evidentemente não há efetiva prestação de serviços ("horas deslocamento"). Como se percebe aqui se amplia mais ainda a composição da jornada, em contraponto com o critério anterior.

O critério do tempo deslocamento já é acolhido, como regra geral, na *legislação acidentária do trabalho*: "Equiparam-se ao acidente do trabalho (...) o acidente sofrido pelo segurado, ainda que fora do local e horário de trabalho (...) no percurso da residência para o local de trabalho ou deste para aquela qualquer que seja o meio de locomoção, inclusive de veículo de propriedade do segurado" (art. 21, IV, "d", Lei 8.213/91).

Não obstante o "tempo deslocamento" seja, de fato, uma ampliação da noção de "tempo à disposição", a doutrina e a jurisprudência têm entendido, firmemente, que tal critério não se encontra acobertado pela regra do art. 4º, CLT. Não se aplica, pois, a regra geral do Direito Acidentário do Trabalho ao Direito Material do Trabalho brasileiro.

Há, contudo, algumas poucas situações especiais em que o ramo trabalhista pátrio acolhe o critério do "tempo deslocamento". É o que se passa com respeito, por exemplo, com uma parcela da categoria dos ferroviários. As chamadas "turmas de conservação de ferrovias" têm computado como seu tempo de serviço o período de deslocamento "...desde a hora da saída da casa da turma até a hora em que cessar o serviço em qualquer ponto compreendido dentro dos limites da respectiva turma" (art. 238, §3º, CLT). Vale-se o mesmo preceito celetista uma segunda vez do mesmo critério de "horas deslocamento": quando "...o empregado trabalhar fora dos limites da sua turma, ser-lhe-á também computado como de trabalho efetivo o tempo gasto no percurso da volta a esses limites".

A jurisprudência apreendeu também do art. 4º, CLT, mediante uma leitura ampliada desse preceito legal, uma hipótese excetuativa de utilização do critério de tempo deslocamento. É o que se passa nas chamadas "horas *in itinere*" (Ens. 90, 320, 324 e 325, TST). A partir de tal critério considera-se como tempo de serviço normal do empregado o período despendido pelo obreiro no deslocamento ida-e-volta para o local de trabalho de difícil acesso e não servido por transporte regular público, desde que transportado por condução fornecida pelo empregador (En. 90).

São requisitos, portanto, das chamadas horas itinerantes: a) que o trabalhador seja transportado por condução fornecida pelo empregador (En. 90). Óbvio que não elide o requisito a circunstância do transporte ser efetivado por empresa privada especializada *contratada* pelo empregador, já que este, indiretamente, é que o está provendo e fornecendo. Também é irrelevante que exista onerosidade na utilização do transporte, já que a figura em tela não diz respeito a salário *in natura*, mas a jornada de trabalho. É o que bem acentuou o Enunciado 320, TST. b) que o local de trabalho seja de difícil acesso (En. 90). c) que o local de trabalho não seja servido por "transporte regular público" (En. 90). A expressão *regular* sempre ensejou alguma polêmica interpretativa. Assim, dissentia a jurisprudência sobre os efeitos da insuficiência e/ou incompatibilidade do transporte público existente no tocante ao cumprimento ou não do presente requisito. O subsequente Enunciado 324 buscou por termo às divergências, assentando que a insuficiência do transporte público não autoriza o deferimento da regra das horas *in itinere*.

Esclareça-se, por fim, que se atendidos os requisitos das horas itinerantes apenas em parte do trajeto, somente nesse trecho o tempo despendido na condução fornecida será considerado como à disposição do empregador, para todos os fins (En. 325).

### Critérios Especiais

Os critérios especiais de cômputo da jornada de trabalho, aventados por normas específicas de certas categorias profissionais brasileiras, são o critério do *tempo-prontidão* e o critério do *tempo-sobreaviso*. Ambos originam-se de normas jurídicas próprias da categoria dos ferroviários (art. 244, CLT).

O caráter especial desses dois critérios resulta de dois aspectos combinados: de um lado, vinculam-se à regência normativa de categorias específicas - não se estendendo, assim, a princípio, a todo o mercado de trabalho empregatício. De outro lado, sua integração à jornada será sempre parcial, fracionada - integração especial, portanto - já que o período-prontidão e o período-sobreaviso não se computam na jornada e respectiva remuneração obreira segundo as mesmas regras incidentes sobre as hipóteses gerais acima enunciadas.

Por *tempo-prontidão* (horas-prontidão) compreende-se o período tido como integrante do contrato e do tempo de serviço obreiro em que o ferroviário fica nas dependências da empresa ou via férrea respectiva (a CLT fala "dependências da Estrada"), *aguardando ordens* (§3º, art. 244, CLT). Dispõe a legislação que a escala de prontidão não poderá, licitamente, ultrapassar doze horas (§3º, art. 244).

A integração contratual e, via de consequência, ao tempo de serviço do tempo-prontidão é especial, como dito: as "horas de prontidão serão, para todos os efeitos, contadas à razão de 2/3 (*dois terços*) do salário-hora normal" (art. 244, §3º, CLT. Grifos acrescidos).

Por *tempo-sobreaviso* (horas-sobreaviso) compreende-se o período tido como integrante do contrato e do tempo de serviço obreiro em que o ferroviário "permanecer em sua própria casa, aguardando a qualquer momento o chamado para o serviço" (art. 244, §2º, CLT). Dispõe a legislação que a escala de sobreaviso não poderá, licitamente, ultrapassar vinte e quatro horas (§2º, art. 244).

A integração contratual e, via de consequência, ao tempo de serviço do tempo-sobreaviso é também especial: as horas de sobreaviso, "para todos os efeitos, serão contadas à razão de 1/3 (*um terço*) do salário normal" (art. 244, §2º, CLT. Grifos acrescidos).

A figura do tempo-sobreaviso, embora originária da regência própria à categoria dos ferroviários já foi estendida, por analogia, a uma categoria que vivencia circunstâncias laborais semelhantes: os eletricitários. É o que decorre do texto do Enunciado 229, TST.

O avanço tecnológico tem propiciado situações novas que suscitam o debate acerca da possibilidade de incidência analógica da figura especial do tempo-sobreaviso. É o que se passa com a utilização, pelo empregado, fora do horário de trabalho, de aparelhos de comunicação do tipo BIP ou de telefones celulares - instrumentos que viabilizariam seu contato imediato e convocação ao trabalho pelo empregador.

Não é pacífico o enquadramento jurídico dessas duas situações fáticas novas. Os que compreendem tratar-se de tempo de sobreaviso, sustentam que tais aparelhos colocam, automaticamente, o trabalhador em posição de relativa disponibilidade perante o empregador, "*aguardando a qualquer momento o chamado para o serviço*" (§2º, art. 244, CLT).

Os que compreendem ser inviável a analogia com o tempo-sobreaviso, sustentam que a figura celetista

construiu-se na suposição do empregado "*permanecer em sua própria casa*, aguardando a qualquer momento o chamado para o serviço" (§2º do art. 244 examinado. Grifos acrescidos). Essa forte restrição à disponibilidade pessoal do empregado (que tinha de permanecer em sua residência), criada em benefício do empregador, decorria do fato dos equipamentos tecnológicos existentes à época da CLT (década de 40) não permitirem outra alternativa de compatibilização com determinadas situações de atendimento de emergência (situações objetivadas pela sistemática de sobreaviso). O avanço tecnológico subsequente, contudo, suplantou tal restrição circunstancial, permitindo - através dos BIP's e telefones celulares - que o empregado se desloque livremente em direção a seus interesses pessoais, podendo ser convocado em qualquer local em que se encontre. Não estaria, desse modo, contingenciado em sua disponibilidade pessoal, razão porque a situação fática envolvida seria sumamente diversa daquela figurada pelo preceito celetista analisado.

Independentemente de qualquer das duas posições interpretativas, é óbvio que, chamado ao serviço o trabalhador através do BIP ou telefone celular, ele passaria, imediatamente, desde o instante em que se deslocasse, a ficar à disposição do empregador, prestando horas normais de serviço (ou horas extras, se for o caso) e não horas de sobreaviso ou de prontidão.

## B) Composição da Jornada

A composição da jornada de trabalho faz-se, essencialmente, a partir dos critérios acima examinados, indicativos dos lapsos temporais eleitos pelo direito como parte integrante da jornada do empregado. Tais lapsos temporais ou serão períodos de trabalho efetivo ou serão períodos tidos como "à disposição" plena ou parcial do empregador. Ao lado desses critérios enfocados, há que se aduzir o tratamento especial conferido pela ordem justabalhista a alguns poucos intervalos intrajornada, tidos como tempo de serviço, mas sem que o obreiro efetivamente trabalhe ou se coloque à disposição do empregador.

A jornada de trabalho compõe-se de um *tronco básico* e de alguns *componentes suplementares*. O tronco básico é elemento natural do contrato de trabalho, ao passo que os componentes suplementares são elementos accidentais desse contrato, que existem apenas em decorrência da prestação de serviços concretizando-se sob determinadas circunstâncias ou cláusulas especiais.

Constitui-se no tronco básico da jornada de trabalho, no direito brasileiro, o lapso temporal situado nos limites do *horário de trabalho* pactuado entre as partes. Esse tronco básico, portanto, aproxima-se da noção de "tempo efetivamente laborado", embora saiba-se que, no cotidiano trabalhista, raramente se restrinja a jornada a somente esse período efetivamente trabalhado.

O Direito do Trabalho eventualmente inclui nesse tronco básico - composto de elemento natural - um elemento accidental, propiciado apenas em face do exercício do trabalho em certas atividades ou circunstâncias específicas. Esse elemento accidental consiste nos intervalos ditos remunerados (de que é expressivo exemplo o intervalo contido no art. 72, CLT), que não são tempo laborado nem tempo à disposição, mas integram plenamente a jornada de trabalho obreira.

O *tronco básico da jornada de trabalho no direito brasileiro compõe-se, assim, do lapso temporal situado nos limites do horário de trabalho obreiro, incluídos os intervalos remunerados*, mas excluídos os intervalos não remunerados (de que são expressivos exemplos os intervalos referidos pelo art. 71, *caput* e §§ 1º e 2º, CLT). Extirpam-se, desse modo, do período situado nas fronteiras do horário de trabalho os intervalos não remunerados, que, definitivamente, não compõem a jornada de trabalho.

São *componentes suplementares* da jornada de trabalho todos os demais períodos trabalhados ou apenas à disposição plena ou mesmo parcial do empregador reconhecidos pelos critérios de composição de jornada que caracterizam o Direito do Trabalho do país e que não se situam dentro das fronteiras do horário de trabalho obreiro. Desse modo, constituem-se em componentes suplementares da jornada as *horas extraordinárias* (arts. 59 e 61, CLT), que se integram, com plenos efeitos, à jornada. São ainda componentes suplementares as *horas (ou tempo) à disposição* (art. 4º, CLT) - inclusive o chamado tempo itinerante (En. 90) -, que também se integram, com plenos efeitos, à jornada de trabalho obreira. Também são componentes suplementares as *horas (ou tempo) de prontidão* (art. 244, §3º, CLT) e as *horas (ou tempo) de sobreaviso* (art. 244, §2º, CLT), que se integram à jornada de trabalho obreira, mas com efeitos restritos.

Os componentes suplementares que compareçam apenas *eventualmente* à realidade do contrato laboral (horas extras, horas à disposição, horas itinerantes, etc.) não terão, obviamente, o condão de se integrarem ao contrato. A habitualidade, portanto, também neste caso emerge como um requisito objetivo à integração salarial de tais parcelas.

## 3 - Regras Gerais e Especiais Aplicáveis à Jornada

O universo normativo incidente sobre a jornada de trabalho é bastante variado. As normas jurídicas heterônomas estatais estabelecem, de um lado, um padrão normativo geral, incidente sobre o conjunto do mercado de trabalho e, de outro, um conjunto diversificado de regras incidentes sobre situações ou categorias específicas de trabalhadores envolvidos. Ao lado desse quadro heterônimo, surge ainda um significativo espaço à criatividade autônoma coletiva privada, hábil a tecer regras específicas aplicáveis às searas trabalhistas a que se reportam.

Nesse confronto entre o padrão normativo heterônimo e o autônomo coletivo privado, entre regras gerais e regras especiais, um primeiro debate relevante desponta: o concernente à natureza das normas jurídicas que

tratam de jornada de trabalho, com o conseqüente espaço à suplantação concreta dessas normas pelos agentes coletivos privados envolvidos com a relação de emprego.

### A) Natureza das Normas a Respeito de Jornada

As normas jurídicas estatais que regem a estrutura e dinâmica da jornada de trabalho são, de uma maneira geral, no direito brasileiro, *normas imperativas*. O caráter de cogência que tanto qualifica e distingue o Direito do Trabalho afirma-se, portanto, enfaticamente, nesta seara juslaboral.

Em consequência dessa afirmação, todos os princípios e regras associados ou decorrentes de tal imperatividade incidem, soberanamente, neste campo. Por essa razão, a renúncia, pelo trabalhador, no âmbito da relação de emprego, a alguma vantagem ou estatuto resultante de normas respeitantes à jornada é absolutamente inválida.

A transação meramente bilateral, sem substrato em negociação coletiva, também se submete ao mesmo conjunto indissolúvel de princípios e regras. Desse modo, como regra, será inválida a transação bilateral que provoque prejuízo ao trabalhador (art. 468, CLT). Ilustrativamente, redução de jornada com redução de salário seria, por exemplo, alteração contratual claramente lesiva e, assim, ilícita (sua validação estaria condicionada à enfática prova de que a alteração se fez por essencial interesse do empregado, como, por exemplo, em face de pretender se dedicar, paralelamente, a outra atividade profissional).

Obviamente que inexistirá invalidação a ato jurídico modificativo de aspectos da jornada que esteja situado dentro do *jus variandi* empresarial (art. 2º, *caput*, CLT). Tais modificações lícitas tendem a ser restritas - sob pena de comprometerem a regra básica de vedação a alterações lesivas. Por isso é que limitam-se, em geral, àquelas modificações que estejam normativamente autorizadas, seja por texto expresso de lei, seja por compreensão jurisprudencial da ordem jurídica. Um exemplo expressivo é a alteração do trabalho do turno noturno para o diurno, que a jurisprudência tende a considerar, em geral, como lícita (Enunciado 265, TST).

Há um tópico importante no tema da jornada em que se discute, hoje, a validade ou não da transação meramente bilateral: trata-se do chamado *regime de compensação de jornada*. O art. 7º, XIII, da Carta de 1988 *pareceria* exigir negociação coletiva no tocante à fixação de regime de compensação de jornada no contexto empregatício concreto. Há uma ponderável corrente interpretativa formada nessa direção (que entende, via de consequência, estar superada a conduta hermenêutica lançada pelo Enunciado 108, TST, e construída com suporte no §2º do art. 59, CLT).

Não obstante, a conjugação dos métodos gramatical, lógico-sistemático e teleológico conduz a outra direção interpretativa. Observe-se que o mencionado inciso XIII fala em "facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva do trabalho" (grifos acrescidos). Propositadamente a nova Carta colocou o verbete *acordo* afastado da qualificação (e restrição) *coletivo* (aliás, *coletiva* concorda com o feminino *convenção*), o que permite induzir-se que pretendeu conferir à palavra a dubiedade de acepções que propicia (acordo bilateral ou acordo coletivo) - tal como já ocorria com o velho §2º do art. 59, CLT (que menciona "acordo ou contrato coletivo"). Essa intenção constitucional afirma-se com palmar clareza quando se percebe o cuidado da Constituição de reportar-se, expressamente, a *acordo coletivo* ou a *negociação coletiva* quando pretendeu, de fato, restringir a modificação ao título jurídico da negociação coletiva. É o que se passou no art. 7º, VI, que trata de *redução de salário* (com a expressão "convenção ou acordo coletivo") e no art. 7º, XIV, que trata da *ampliação da jornada especial* em turnos ininterruptos de revezamento (com a expressão "salvo negociação coletiva").

Justifica-se, plenamente, a cuidadosa diferenciação constitucional - que mantém, portanto, como válida a interpretação do Enunciado 108, autorizativa da pactuação bilateral por escrito de regime de compensação de jornada. É que a compensação de jornada é figura predominantemente favorável ao próprio trabalhador, ampliando seus dias de disponibilidade pessoal, através de um ajuste correlato na distribuição da jornada diária ou semanal - tudo sem elevação da quantidade efetiva de horas laboradas em um lapso temporal padrão mais amplo (mês, por exemplo). Seria um contrasenso a Constituição, sob o intento de criar uma ordem jurídica mais favorável ao trabalhador (relembre-se que o *caput* do art. 7º fala em direitos "que visem à melhoria de sua condição social"), virtualmente cristalizasse o potencial de pactuação, no âmbito das relações empregatícias, de uma fórmula usualmente benéfica a esse trabalhador. Sabe-se que a convenção ou acordo coletivo (sempre com participação sindical, estatui a Constituição: art. 8º, VI) são instrumentos de rara celebração no contexto de pequenos empreendimentos (onde mais se situa a força de trabalho empregaticamente contratada no país) - o que inviabilizaria nesses segmentos a adoção da sistemática referida pelo inciso XIII do art. 7º da Carta Maior. Como o direito é uma fórmula de lógica e sensatez socialmente ajustada, preferiu a Constituição não impor um formalismo que conspirasse contra o próprio espírito e objetivos maiores de todo o Direito do Trabalho.

Evidentemente que a restrição discriminatória contida no Enunciado 108, que exige o título jurídico coletivo para compensação de jornada envolvente à mulher empregada, não mais subsiste no direito brasileiro, por ser frontalmente incompatível com a Constituição da República (art. 5º, *caput* e inciso I, e art. 7º, XX, CF/88). Trata-se de flagrante discriminação, que sob o manto paternal tutelar corriqueiro na velha CLT, ofende a interesse pessoal e coletivo da mulher (*caput* e inciso do art. 5º citado), restringindo-lhe o mercado de trabalho (inciso XX do art. 7º mencionado).

O tópico do regime de compensação de jornada conduz ainda a um segundo importante debate: qual o parâmetro para a compensação (dia, semana ou mês)? Embora haja afirmações no sentido de que a Carta de 88 impôs a compensação meramente semanal, não é isso que resulta de uma interpretação gramatical, lógico-

sistemática e teleológica do inciso XIII aqui analisado. Ao contrário, a CLT é que parecia querer impor semelhante limitação (dizia o §2º do art. 59, celetista: "...de maneira que não exceda o horário normal da semana nem seja ultrapassado o limite máximo de dez horas diárias"). A Constituição, ao excepcionar a compensação, não fixa aparentes limites temporais: "...facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho".

É óbvio que há parâmetros máximos para o regime de compensação, mas estes não se cobrem nos limites estritos da jornada diária ou semanal, *estendendo-se, inequivocamente, até o parâmetro temporal máximo do mês* (220 horas, segundo a jornada padrão criada pela mesma Carta Magna - se não aplicável ao caso determinada jornada especial). O *mês* é o parâmetro básico e máximo para cálculo de valores e quantidades no Direito do Trabalho - sendo, desse modo, também o limite lógico e teleológico para o regime de compensação de jornada. Por essa razão é que são compatíveis com a nova ordem constitucional os conhecidos regimes de compensação que estipulam sistemas de *plantões* (12 X 36 ou 24 X 72) - os quais, como se sabe, ultrapassam, em certa semana, em pequena quantidade, a jornada máxima de 44 horas, mas, no conjunto do mês, asseguram uma jornada até mesmo inferior às 220 horas laboradas.

A natureza imperativa das normas heterônomas existentes a respeito de jornada de trabalho *impede* que a negociação coletiva amplie as jornadas padrão fixadas pela Carta de 1988 ou por norma legal. Excetuado o caso da jornada especial para os que laboram em turnos ininterruptos de revezamento - cujo preceito instituidor autoriza expressamente a negociação coletiva ampliativa da jornada (art. 7º, XIV, CF/88) - o *princípio da adequação setorial negociada* informa existir aqui, à luz do direito brasileiro, uma fronteira intransponível para a normatividade privada coletiva negociada(3).

Do confronto entre as normas legais precedentes a 1988 e os preceitos trazidos pela Carta de 05 de outubro, percebe-se que não houve recepção de normas celetistas (por exemplo, algumas hipóteses do art. 61, CLT) que autorizavam horas extras não remuneradas com adicional (excetuada as resultantes de regime de compensação de jornada). É que a nova Carta estipulou a "remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinquenta por cento à do normal" (art. 7º, XVI). Também não houve recepção das normas que discriminavam a mulher perante o homem e restringiam sua inserção no mercado de trabalho e dinâmica empresarial. *Parte* dessas normas foram revogadas, logo após a Constituição, pela Lei 7855/89, embora outras, mantidas aparentemente em vigor (por exemplo, o intervalo do art. 383, CLT), têm seus efeitos esterilizados, em face da revogação tácita procedida pela nova Carta (art. 5º, *caput* e I, e art. 7º, XX, CF/88).

É evidente, por outro lado, que houve recepção normativa no tocante aos preceitos mais favoráveis - naquilo que não restringem a Constituição -, como ocorre com a transação concernente a compensação de jornada.

As normas celetistas concernentes à jornada do menor não se consideram revogadas pela Constituição. O menor é claramente objeto de discriminação protetiva por parte do direito em geral, inclusive por parte da própria Constituição (ilustrativamente, art. 7º, XXXIII, e 226 a 229, CF/88). O texto constitucional é, inclusive, enfático ao ser referir a uma *proteção especial* aos menores (§3º do art. 227, CF/88). Nesse contexto, encontram-se em vigor as regras celetistas que determinam contar-se a jornada regular máxima dos menores computando-se *todos* os empregos (art. 414, CLT) e obstaculizam a realização de horas extras, exceto por regime de compensação e por força maior (art. 413, CLT).

## **B) Controle da Jornada de Trabalho**

A jornada de trabalho é o lapso temporal diário, semanal ou mensal em que o trabalhador presta serviços ou se coloca à disposição total ou parcial do empregador, incluídos ainda nesse lapso os chamados intervalos remunerados. Como se percebe da própria definição da figura jurídica, para que se afira, no plano concreto, uma jornada de trabalho efetivamente prestada, é necessário que exista um mínimo controle ou fiscalização sobre o tempo de trabalho ou de disponibilidade perante o empregador. *Trabalho não fiscalizado ou controlado minimamente é insuscetível de propiciar a aferição da real jornada laborada pelo obreiro*: por essa razão é insuscetível de propiciar a aferição da prestação (ou não) de horas extraordinárias pelo trabalhador.

Por essa razão é que distingue o Direito do Trabalho entre jornadas submetidas a controle empresarial e jornadas não submetidas a esse efetivo controle. As primeiras (*jornadas controladas*) podem ensejar a prestação de horas extraordinárias, caso evidenciada a extrapolação da fronteira temporal regular da jornada padrão incidente sobre o caso concreto. As segundas (*jornadas não controladas*) não ensejam o cálculo de horas extraordinárias, dado que não se pode aferir sequer a efetiva prestação da jornada padrão incidente sobre o caso concreto.

Ao lado das jornadas controladas e não controladas, há, finalmente, a possibilidade, na ordem jurídica, da existência de *jornada não tipificada legalmente* e, desse modo, também insuscetível de ensejar incidência de horas extraordinárias, no plano concreto. Essa última figura abrange exclusivamente, no direito brasileiro, a categoria doméstica.

### **Jornadas Controladas**

A regra geral, no direito brasileiro, aponta no sentido de que as jornadas de trabalho empregatícias são sempre do tipo *controladas*. É que se sabe incidir em benefício do empregador um amplo conjunto de prerrogativas autorizadas de sua estrita direção, fiscalização e controle sobre a prestação de serviços

contratada (art. 2º, *caput*, CLT). Nesse quadro, presume-se que tal poder de direção, fiscalização e controle manifestar-se-á, cotidianamente, ao longo da prestação laboral, quer no tocante à sua qualidade, quer no tocante à sua intensidade, quer no tocante à sua frequência.

Não obstante exista a presunção de jornada controlada, não estabelece a lei procedimentos especiais para esse controle quando se tratar de trabalho interno em pequeno estabelecimento empresarial. A razão é meramente prática, visando simplificar as exigências sobre o pequeno empresário - mas isso não elide a presunção jurídica de jornada controlada aqui exposta.

Tratando-se, porém, de trabalho interno em estabelecimento com *mais de dez empregados*, estabelece a CLT alguns procedimentos formais de controle de jornada, com o objetivo de facilitar a evidência de respeito à jornada legal padrão ou a evidência do trabalho extraordinário efetivamente realizado. De fato, dispõe o art. 74, §2º, CLT, ser "obrigatória a anotação da hora de entrada e de saída, em registro manual, mecânico ou eletrônico", conforme instruções administrativas do Ministério do Trabalho, prevista, ainda, pelo mesmo dispositivo, a "pré-assinalação do período de repouso".

A jurisprudência tem se degladiado sobre os efeitos probatórios desses registros de jornada. Duas posições básicas emergiram: a primeira, indicando no sentido de que os registros escritos constituir-se-iam na modalidade única de prova da jornada. Tal posição conduziria à aplicação da confissão ficta com respeito à jornada alegada em um processo em que tais registros não fossem juntados (uma variante mais extremada dessa primeira posição indicava que mesmo os registros pouco convincentes - porque absolutamente uniformes, por exemplo - produziram o idêntico efeito de confissão ficta). A segunda posição surgida a respeito do tema considerava que o não colacionamento dos registros de ponto (ou a juntada de registros de parca fidedignidade) *reduzia* os efeitos da contestação processual empresária, *atenuando* o ônus probatório cabível ao autor de provar a existência de sobrejornada - mas não eliminava, em absoluto, esse ônus, nem seria hábil a produzir confissão ficta a respeito da jornada alegada. Apenas se houvesse descumprimento desmotivado a uma determinação judicial expressa de juntada de cartões, é que caberia falar-se na pena do art. 359, CPC.

Após décadas de posicionamento divergente dos tribunais quanto à matéria, encaminhou-se a jurisprudência para vertente próxima à segunda aqui formulada, através do Enunciado 338, TST.

Ressalte-se que a ordem jurídica prevê, além do trabalho interno - usualmente controlado - a possibilidade de existência de trabalho externo submetido a alguma forma de fiscalização e controle. É o que se passa com roteiros externos cumpridos em horários lançados em fichas ou papeletas de registro de horário em poder do próprio empregado (§3º do art. 74, CLT). De todo modo, a prática justralista tem demonstrado que a simples circunstância do trabalho ser realizado externamente não elimina, em extensão absoluta, a viabilidade de certo controle e fiscalização sobre a efetiva prestação laboral. Existindo tal controle e fiscalização torna-se viável mensurar-se a jornada trabalhada, passando a ser possível, desse modo, falar-se em horas extras.

### **Jornadas Não Controladas**

A ordem jurídica reconhece que a aferição de uma efetiva jornada de trabalho cumprida pelo empregado supõe um mínimo de fiscalização e controle por parte do empregador sobre a prestação concreta dos serviços ou sobre o período de disponibilidade perante o empregador. *O critério é estritamente prático: trabalho não fiscalizado nem minimamente controlado é insuscetível de propiciar a aferição da real jornada laborada pelo obreiro - por essa razão é insuscetível de propiciar a aferição da prestação (ou não) de horas extraordinárias pelo trabalhador.* Nesse quadro, as jornadas não controladas não ensejam o cálculo de horas extraordinárias, dado que não se pode aferir sequer a efetiva prestação da jornada padrão incidente sobre o caso concreto.

Critério prático - reconhecido pelo direito enquanto síntese de lógica e sensatez socialmente ajustadas. Não critério de eleição de discriminação - que seria, de todo modo, inconstitucional (art. 5º, *caput*, e 7º, XIII e XVI, CF/88).

Dois tipos de empregados são indicados pela CLT como inseridos em uma situação empregatícia tal que torna-se inviável um efetivo controle e fiscalização sobre o cotidiano de suas jornadas laboradas. Trata-se dos trabalhadores que exercem atividade externa incompatível com a fixação de horário de trabalho e dos gerentes, estes desde que exercentes de cargos de gestão e recebedores de acréscimo salarial superior a 40% do cargo efetivo (art. 62, I e II e parágrafo único, CLT).

Mas atenção: cria aqui a CLT apenas uma *presunção* - a de que tais empregados não estão submetidos, no cotidiano laboral, a fiscalização e controle de horário, não se sujeitando, pois, à regência das normas sobre jornada de trabalho. Presunção jurídica...e não discriminação legal. Desse modo, havendo prova firme (sob ônus do empregado) de que ocorria efetiva fiscalização e controle sobre o *cotidiano* da prestação laboral, fixando fronteiras claras à jornada diária laborada, afasta-se a presunção legal instituída, incidindo o conjunto das regras clássicas concernentes à jornada de trabalho.

No tocante aos empregados que exercem atividade externa incompatível com a fixação de horário de trabalho (tal circunstância deve ser anotada na CTPS e no registro de empregados: inciso I, art. 62, CLT), a *presunção* atinge, por exemplo, vendedores praticistas, vendedores viajantes, motoristas carreteiros e outros empregados posicionados em situação similar. A redação do mencionado inciso I, oriunda da Lei 8966, de 27.12.94, incorpora, desse modo, uma generalização jurisprudencialmente já acatada em contraponto ao texto aparentemente mais restrito da antiga alínea "a" do mesmo art. 62, CLT. É que, na verdade, para fins da previsão do art. 62, CLT, não é relevante a categoria ou atividade profissional do obreiro (vendedor, por exemplo), *mas o fato de efetivamente exercer atividade externa não submetida a controle e fiscalização de horário.*

Entretanto, no tocante aos gerentes, a nova Lei 8966/94 não incorporou compreensão jurisprudencial anteriormente construída. Ao contrário, a jurisprudência sempre foi restritiva ao interpretar o velho texto da alínea "b" do art. 62, CLT, exigindo poderes de *mando*, *gestão* e *representação* para considerar configurado o tipo-legal excetuativo do gerente objetivado pelo preceito celetista sob exame. Aqui, a Lei 8966/94 ampliou, de fato, a já clássica concepção legal e jurisprudencial de gerente, exigindo-lhe, comparativamente, apenas os poderes de gestão, sem os requisitos dos poderes de mando e de representação. Aduz, ainda, a nova lei que a tais gerentes equiparam-se, para os fins previstos no art. 62, os chefes de departamento e/ou filial. Quantifica, por fim, o novo texto normativo a diferenciação salarial que deve existir entre o cargo/função de gerente e o cargo/função efetivos: não menos que 40% de acréscimo salarial entre o "respectivo salário efetivo" e o nível condizente com o cargo/função de gerente.

É inegável que o presente texto do art. 62, CLT, ampliou a abrangência do tipo-legal do gerente, para fins celetistas. É inegável, contudo, que, para fins de elisão das regras referentes a jornada de trabalho, o mesmo art. 62 estabelece apenas e tão somente uma presunção *juris tantum*: a de que tais trabalhadores, por sua posição hierárquica elevada na estrutura funcional da empresa, não se submetem a controle e fiscalização estrita de horário de trabalho. Presunção favorável ao empregador, mas que admite prova em contrário. Evidenciado que o gerente, não obstante detentor de poderes de gestão e favorecido pelo acréscimo salarial superior a 40% do salário efetivo, submete-se a estrito controle diário de horário e jornada, enquadra-se tal empregado nas fronteiras da jornada padrão de trabalho de sua categoria profissional, sendo credor de horas extras efetivamente prestadas por além dessa jornada padrão. Compreender-se que a CLT produziu uma discriminação em desfavor de tais empregados gerentes - e não apenas uma presunção jurídica - é se compreender que o texto celetista é essencialmente ineficaz, por agredir normas constitucionais expressas em direção contrária (art. 5º, *caput*; art. 7º, XIII e XVI, CF/88).(4)

### **Jornadas Não Tipificadas**

A ordem jurídica brasileira exclui, ainda, da regência normativa geral concernente a jornada de trabalho uma única categoria específica de empregados: o doméstico. Tais trabalhadores, estejam ou não submetidos a fiscalização e controle de horário, não recebem a incidência de normas jurídicas relativas à jornada de trabalho. Sua jornada não é, pois, legalmente tipificada.

Trata-se, inquestionavelmente, de uma discriminação, mas autorizada inclusive pela ordem jurídica constitucional. É que, antes de 1988, os empregados domésticos não tinham sequer uma única proteção incorporada pelos textos constitucionais do país, vivendo em um limbo jurídico, sem qualquer cidadania na ordem jurídica pátria. Apenas em 1972, pelo acanhado texto da Lei 5.859/72, é que passaram a ter um rol singelo de direitos trabalhistas e previdenciários. A Constituição de 05 de outubro/88, pela primeira vez na história das cartas constitucionais brasileiras, referiu-se à categoria no corpo de suas regras, ampliando-lhes, também, significativamente, o respectivo conjunto de direitos trabalhistas (art. 7º, parágrafo único, CF/88). Mas, nessa ampliação, não fez incidir qualquer dos preceitos concernentes à jornada de trabalho (por exemplo, art. 7º, XIII e XVI, em contraponto com parágrafo único do mesmo artigo 7º), mantendo a categoria fora da tipificação jurídica do fenômeno da jornada de trabalho.

### **C) Jornada Padrão de Trabalho**

O direito brasileiro prevê a existência de uma jornada padrão de trabalho, aplicável ao conjunto do mercado laboral como um todo, ao lado de algumas jornadas especiais, aplicáveis a certas categorias específicas (bancários, por exemplo) ou a trabalhadores submetidos a sistemática especial de atividade ou organização do trabalho (trabalho em turnos ininterruptos de revezamento, por exemplo).

A jornada padrão de trabalho é, hoje, de *8 horas ao dia e 44 horas na semana* (art. 7º, XIII, CF/88). A Carta de 1988 revogou, em parte, o art. 58, CLT, que estipulava uma jornada diária de 8 horas e semanal de 48 horas. Revogação apenas parcial, esclareça-se, dado que *a jornada diária padrão continua a ser de 8 horas* e não de 7,33 horas (como poderia parecer em função da divisão de 44 horas por 6 dias de trabalho na semana, já incluído o repouso) ou 7,20 horas (parâmetro resultante da divisão de 44 horas por 6 dias de trabalho na semana, ainda não incorporado o repouso). Nesse contexto, *não* serão extras os minutos diários laborados entre a fração temporal 7,33 (ou 7,20) e a oitava hora diária.

A jornada mensal padrão, hoje, é de 220 horas (em contraponto a 240 horas antes da Carta de 1988). Nesse montante já se encontra incluída a fração temporal equivalente ao repouso semanal remunerado (Lei 605/49). Para esse cálculo mensal é que tem interesse a utilização da fração ideal diária de 7,33 horas - fração que já inclui o repouso semanal remunerado (7,33 horas X 30 dias = 220 horas).

O caráter imperativo das normas jurídicas acerca de jornada de trabalho conduz à conclusão de que será ineficaz norma jurídica heterônoma ou autônoma que estabeleça jornada padrão superior às 220 horas mensais (art. 7º, XIII, CF/88). O que a Constituição autoriza, como visto, será apenas a extrapolação da jornada diária de 8 horas ou semanal de 44 horas, desde que mediante adoção do regime de compensação de jornada, hábil a fazer respeitar, ao final do mês laborado, a fronteira máxima regular de 220 horas.

### **D) Jornadas Especiais de Trabalho**



As jornadas especiais de trabalho existentes ou concernem a certas categorias específicas ou dizem respeito a trabalhadores submetidos a sistemática especial de atividade ou organização do trabalho.

### **Categorias Específicas**

Tais jornadas especiais - estabelecidas por *norma jurídica*, evidentemente - podem extrapolar o padrão diário fixado para o mercado de trabalho no país (8 horas ao dia), *mantendo-se válidas desde que respeitado o padrão mensal básico fixado pela ordem constitucional (220 horas ao mês)*. É o que se passa com umas poucas categorias profissionais (ou determinadas frações dessas categorias), que, em face das peculiaridades do setor, tendem a se submeter à fixação de lapsos temporais diários mais amplos de trabalho (sem prejuízo do padrão geral mensal, repita-se). São exemplos significativos dessas categorias que têm jornadas diárias eventualmente superiores a 8 horas ao dia os aeronautas; os trabalhadores nos setores de petróleo, petroquímica e indústria de xisto; os eletricitários; os ferroviários.(5)

O que é mais usual, entretanto, no caso das jornadas especiais de determinadas categorias, é que consistam em lapsos temporais diários (e, conseqüentemente, semanais) *inferiores* ao padrão constitucional mencionado. Observem-se alguns exemplos expressivos: empregados em frigoríficos; telegrafistas e telefonistas com horários variáveis; radialistas do setor de cenografia e caracterização (todos com jornada diária de 7 horas e conseqüente jornada semanal reduzida). Outro bloco de expressivos exemplos: cabineiros de elevador; artistas; bancários e economiários; telegrafistas e telefonistas; operadores cinematográficos; telegrafista ferroviário; revisores; aeroviário em pista; professores; atividades em minas de subsolo (todos com jornada diária de 6 horas e conseqüente jornada semanal reduzida). Um terceiro grupo de categorias com jornadas ainda mais reduzidas: jornalistas profissionais e radialistas - estes do setor de autoria e locução (todos com jornada diária de 5 horas e o parâmetro semanal equivalente).(6)

São poucos os exemplos hoje existentes de jornadas especiais em virtude da submissão, pelo trabalhador, a determinada modalidade de organização do trabalho ou determinada sistemática especial de atividade funcional. No primeiro caso (modalidade especial de organização do trabalho) encontra-se o trabalho em turnos ininterruptos de revezamento; no segundo caso, encontra-se o trabalho em esforço contínuo de digitação.

### **Turnos Ininterruptos de Revezamento**

Os trabalhadores submetidos ao sistema de turnos ininterruptos de revezamento vivenciaram uma curiosa evolução trabalhista no direito brasileiro: passaram de um período de flagrante discriminação jurídica (a teor do texto do art. 73, *caput*, CLT) a uma fase de afastamento dessa discriminação (a teor de interpretação jurisprudencial construída anos após a Carta Constitucional de 1946), culminando, com a Constituição de 1988, no despertar de uma fase de real vantagem jurídica comparativa.

De fato, o art. 73, CLT, não somente não criava qualquer jornada especial para os empregados posicionados em tal sistemática de trabalho, como abertamente os discriminava em contraponto com os demais obreiros, já que os excluía dos diferenciais da hora ficta noturna e adicional noturno quando laborando em horário noturno. É curioso observar que a discriminação produzida era bastante ampla, uma vez que a CLT referia-se apenas à expressão *revezamento*, omitindo o qualificativo/restritivo *ininterruptos* (art. 73, *caput*, CLT).

A Carta Constitucional de 1946 fixou dispositivo claramente antagonístico à discriminação celetista, ao estabelecer como direito trabalhista "*salário do trabalho noturno superior ao do diurno*" (art. 157, III, CF/46). Não obstante a clareza do preceito magno, a jurisprudência, por longos anos após 1946, valendo-se da teoria tradicional informativa da eficácia das normas jurídicas constitucionais, ainda insistiu na tese de que o comando constitucional não produzia efeitos ... por ser norma meramente programática.

Finalmente, anos depois, reformulando sua leitura teórica acerca da eficácia das normas jurídicas constitucionais, solidificou-se a jurisprudência no sentido de que o mencionado art. 157, III, produzira efeito imediato e, via de conseqüência, revogara a discriminação contida no art. 73, *caput*, CLT. Nessa linha, as Súmulas 213 e 214 do Supremo Tribunal Federal e o Enunciado 130 do Tribunal Superior do Trabalho.

A Constituição de 1988 completou o ciclo de evolução, criando uma clara vantagem jurídica para os trabalhadores submetidos a essa sistemática de organização de trabalho: a jornada especial de 6 horas ao dia (e, conseqüentemente, 36 horas na semana) - art. 7º, XIV, CF/88.

Qual a caracterização da figura do art. 7º, XIV, da Carta de 1988?

Uma significativa polêmica formou-se em torno dessa essencial questão. Entretanto, hoje, passados alguns anos da edição da nova Carta, os operadores jurídicos já tendem a se reunir em convergência a alguns pontos caracterizadores essenciais.

Em primeiro lugar, está claro que, ao instituir a vantagem jurídica, a Carta Maior teve o cuidado de restringir o tipo-legal enfatizado, de modo a direcionar o direito à jornada especial exclusivamente aos trabalhadores que reunissem, em sua sistemática laboral, o máximo de adversidades características do trabalho em revezamento. Por isso é que não se valeu da expressão mais ampla inserida no art. 73, CLT (que fala, simplesmente, em *revezamento*), preferindo delimitar, rigidamente, o tipo-legal: *turnos ininterruptos de revezamento*. Desse modo, enquadra-se no tipo-legal o sistema de trabalho que coloque o empregado, alternativamente em cada semana, quinzena ou mês, em contato com as diversas fases do dia e da noite, cobrindo as 24 horas integrantes da composição dia/noite. Daí a idéia de falta de interrupção no sistema de trabalho - sob a ótica do trabalhador (turnos ininterruptos). Nesse quadro, um sistema de revezamento que não

seja ininterrupto - sob a ótica obreira -, cobrindo, alternativamente, apenas parte das fases integrantes da composição dia/noite, não estará enquadrado no tipo-legal do art. 7º, XIV, CF/88.

Em segundo lugar, é irrelevante a existência de paralisações totais ou parciais da empresa para fins de tipificação da presente figura jurídica. O que esta enfatiza é o *trabalho* e a figura do *trabalhador*, construindo-se o direito à jornada especial em face do maior desgaste a que se submete o obreiro posicionado nessa sistemática de organização laboral. *A situação enfocada pela Constituição configura-se caso o trabalhador labore ora essencialmente pela manhã, ora essencialmente pela tarde, ora essencialmente pela noite - por ser flagrante a agressão que semelhante sistemática de organização laboral impõe ao organismo do trabalhador. É a essa sistemática de trabalho que a Constituição pretendeu atingir, reduzindo o desgaste do trabalhador, ao proporcionar-lhe uma jornada mais estreita de trabalho.* Nesse contexto, não prejudica a tipificação dos turnos ininterruptos de revezamento a existência, na empresa, de uma paralisação total (ou parcial) fixa (ou móvel) em um dia de semana - para atender, por exemplo, conjuntamente, ao repouso semanal remunerado. Do ponto de vista do trabalhador, quando submetido à rotina do trabalho, ele ingressa num círculo ininterrupto de revezamento que atinge todas as fases do dia e da noite...

Pelas mesmas razões, a existência de intervalo intrajornada não prejudica a tipificação da figura jurídica. Como enfatizado, a idéia de falta de interrupção dos turnos centra-se na circunstância de que eles se sucedem ao longo das semanas, quinzenas ou meses, de modo a se encadearem para cobrir todas as fases da noite e do dia - não tendo relação com o fracionamento interno de cada turno de trabalho. Além disso, seria grosseiramente ilógico que a Constituição criasse uma jornada especial com intuito fortemente protetivo, fundada até mesmo em considerações de saúde pública (a redução da jornada é o único meio de reduzir os malefícios causados por esse sistema ao organismo da pessoa que a ele se submete)...para colocá-la em contradição a outra norma de forte conteúdo protetivo e de saúde pública: os pequenos intervalos intrajornadas (arts. 71 e 72, CLT, por exemplo). O que levou ao estabelecimento do intervalo de 15 minutos para trabalho com duração superior a 4 horas (§1º do art. 71, CLT) é o desgaste específico produzido pela dedicação contínua a uma atividade laborativa. O que levou ao estabelecimento da jornada especial do art. 7º, XIV, CF/88, é o desgaste suplementar produzido pela sistemática de trabalho tipificada pela Constituição. São fatos e circunstâncias distintas, que deram origem a normas distintas, que não se confundem, nem se excluem.

A prática jurídica tem evidenciado a ocorrência de uma divergência importante no que tange à aplicação da regra do art. 7º, XIV, CF/88. Caso o trabalhador labore em efetivo turno ininterrupto de revezamento, mas não tenha essa circunstância ainda reconhecida por seu empregador, perfazendo, assim, uma jornada diária de 8 horas e 44 horas na semana, que parcela ser-lhe-á devida a título de incidência da jornada especial de 6 horas? Tem sido comum a resposta no sentido de que será devido a esse trabalhador apenas o respectivo *adicional* de sobrejornada, calculado sobre a 7ª e 8ª horas laboradas... por já ter recebido o valor principal dessas horas (aplicando-se, em suma, o critério previsto no Enunciado 85, TST).

Há um problema, contudo, nessa linha de reflexão. É que ela, na verdade, não se dá conta de que a Constituição, ao reduzir a jornada, elevou o preço relativo da força de trabalho submetida a turnos ininterruptos de revezamento: noutras palavras, elevou o salário hora desses trabalhadores. Desse modo, o salário hora correspondente a 8 horas diárias de trabalho (e 44 horas na semana) é significativamente inferior ao salário hora relativo a 6 horas diárias de trabalho (e 36 horas na semana). O critério jurisprudencial aqui aplicável é, pois, o do Enunciado 199, TST, e não o da súmula 85 (que se refere a pagamento de adicional em regimes de compensação de jornada irregulares - situações em que houve, de fato, a correta percepção das horas trabalhadas, se considerada a semana ou mês...).

### **Atividade Contínua de Digitação**

As jornadas especiais de trabalho são criadas pelo direito em função de dois fundamentos principais. O mais comum diz respeito a categoria profissional dotada de forte poder sócio-político, hábil a ampliar, topicamente, seus direitos trabalhistas (caso de *algumas* jornadas especiais de categorias específicas).

O segundo fundamento reside na percepção, pelo direito, da existência de atividades laborativas especiais ou circunstâncias especiais de trabalho, que, por sua natureza ou ambientação, produzem forte desgaste nas condições físicas e psicológicas do trabalhador envolvido. Assim, a redução da jornada padrão de trabalho surge como um mecanismo eficaz de redução do desgaste produzido no respectivo trabalhador. Esse segundo fundamento, como se percebe, é estruturalmente atado a considerações típicas da área de saúde e segurança do trabalho, uma vez que a redução da exposição do obreiro à atividade ou ambientação maléfica constitui-se em um dos instrumentos mais eficazes de profilaxia e/ou enfrentamento de tais fatores nocivos. Nesse segundo grupo de jornadas especiais inscrevem-se, por exemplo, as jornadas especiais de algumas categorias, como os trabalhadores em minas de subsolo (art. 293, CLT), os telefonistas (art. 227 e seguintes, CLT) e os trabalhadores em contato com o interior de câmaras frigoríficas (art. 253, CLT).

O avanço tecnológico das últimas décadas criou nova atividade laboral sumamente insalubre - e que não necessariamente importa em uma categoria profissional específica: a atividade de processamento eletrônico de dados e, em especial, a *atividade contínua de digitação*.

A respeito dessa atividade relativamente recente, silencia-se a velha CLT. A jurisprudência tem, contudo, considerado aplicável, por analogia, a regra do art. 72, CLT (que é tipicamente de medicina do trabalho), que determina a observância de intervalos remunerados de 10 minutos a cada 90 minutos laborados em serviços permanentes de mecanografia (datilografia, escrituração ou cálculo). Nessa linha há, inclusive, o Enunciado 346,

TST. Esse avanço jurisprudencial já permite alguma redução na exposição do digitador à insalubridade inerente à intensificação de seu labor.

Nessa mesma linha, dispõe a Portaria do Ministério do Trabalho nº 3751, de 23.11.90, através da NR 17 - Ergonomia - (alterando a Portaria 3214/78), que o tempo efetivo na atividade de "entrada de dados não deve exceder o limite máximo de 5 (cinco) horas, sendo que no período de tempo restante da jornada, o trabalhador poderá exercer outras atividades...desde que não exijam movimentos repetitivos, nem esforço visual" (item 17.6.4, NR 17, Portaria 3751, Ministério do Trabalho).

Há forte polêmica em torno dessa regra restritiva da exposição do trabalhador à insalubridade inerente ao esforço contínuo de digitação. Uma primeira vertente interpretativa argumenta que está-se diante de norma relativa a jornada de trabalho, expedida por autoridade administrativa sem competência constitucional ou legal para tanto. Norma inválida, em conseqüência.

A segunda vertente interpretativa argumenta em sentido favorável à validade do preceito, *objetando não se tratar de norma fixadora de jornada especial, mas tão somente restritiva do tempo de exposição à insalubridade* (tanto que poderia o trabalhador, a princípio, completar sua jornada padrão em outros serviços não insalubres). Aduz que para tal ação de combate à insalubridade seria competente a autoridade administrativa mencionada (art. 155 e seguintes, CLT). Agrega a seu argumento a circunstância da Constituição ter arrolado como direito dos trabalhadores a "*redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança*" (art. 7º, XXII). Nessa linha de ênfase à saúde pública, a nova Carta tipificou a seguridade social como um "*conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde...*" (art. 194, CF/88). Colocou a mesma Constituição a **saúde** como "*direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos...*" (art. 196, CF/88). Em função de tudo isso coerentemente qualificou como de "*relevância pública as ações e serviços de saúde...*" (art. 197, CF/88), que envolvem não apenas "*...ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador*" (art. 200, II, CF/88). Em face de todos esses comandos constitucionais bastante enfáticos, a ação administrativa estatal, através de normas de saúde pública e de medicina e segurança do trabalho que venham *reduzir o tempo de exposição do trabalhador a certos ambientes ou atividades*, não seria, definitivamente, inválida, à luz da reflexão construída por essa segunda vertente interpretativa.

#### 4 - Jornada Extraordinária

##### A) Conceituação e Caracterização

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

O conceito de jornada extraordinária não se estabelece em função da remuneração suplementar à do trabalho normal (isto é, pelo pagamento do adicional de horas extras). Define-se pela *ultrapassagem da fronteira normal da jornada*. A remuneração adicional é apenas um seu *efeito* comum, mas não um seu elemento componente necessário. Por essa razão é viável a existência de sobrejornada sem o respectivo adicional. É o que ocorre, por exemplo, no regime de compensação de jornada, em que há ultrapassagem da fronteira padrão da jornada em certos dias (com compensação em outro ou outros dias), sem pagamento de adicional de horas extras. A propósito, antes da CF/88 havia, inclusive, outras modalidades de sobrejornada que também não eram sobreremuneradas (além do regime de compensação): prorrogações por "força maior" e para "reposição de paralisações" (art. 61, CLT). Desde a Carta de 1988, porém, mesmo nessas últimas modalidades passou a incidir o adicional de horas extras (art. 7º, XVI, CF/88), tornando-se seu pagamento um efeito quase absoluto em casos de prestação de horas extraordinárias.

As prorrogações de jornada podem ser *regulares* ou *irregulares*. As primeiras são aquelas que se enquadram em alguma das modalidades de prorrogação fixadas pela ordem jurídica. Irregulares, em contrapartida, são as dilações que se verificam no cotidiano trabalhista sem atendimento aos requisitos fixados em lei. Pela teoria das nulidades prevalecente no Direito do Trabalho, as prorrogações administrativamente irregulares produzem os mesmos efeitos jurídicos das prorrogações lícitas. É que é inviável a devolução ao obreiro de sua força de trabalho transferida em prol do empregador, que, ademais, enriquecer-se-ia sem fundamento válido se não fosse compelido a também sobreremunerar as horas extras irregulares. Não ensejando as prorrogações irregulares efeitos distintos das regulares, a correspondente tipologia perde parte substantiva de seu valor prático.

Podem as prorrogações de jornada ser, ainda, unilaterais, bilaterais ou autorizadas por negociação coletiva, conforme o fundamento de sua determinação no contexto da relação empregatícia. As primeiras derivam de exercício do *jus variandi*, reconhecido em preceitos da CLT (art. 61, *caput* e respectivos parágrafos). As segundas resultariam de acordo bilateral de vontade, também autorizado pela CLT (art. 59, *caput*). As últimas resultariam de instrumentos jurídicos resultantes do processo negocial coletivo, conforme previsão celetista e constitucional (art. 59, CLT; art. 7º, XIII, CF/88).

Há operadores jurídicos que sustentam ter a Carta Constitucional de 1988 revogado todas as modalidades de prorrogação de jornada que não tenham como fundamento títulos jurídicos próprios à negociação coletiva (art. 7º, XIII, CF/88). Noutras palavras, a nova Constituição teria invalidado as dilações unilaterais e bilaterais previstas no texto da CLT.

A leitura gramatical, lógico-sistemática e teleológica do texto magno não comporta semelhante interpretação, porém - como já examinado no tocante ao regime de compensação de jornada. De par com isso, a mesma Constituição reconhece, expressamente, a existência do trabalho extraordinário, apenas exigindo que tenha remuneração superior em 50% à cabível ao trabalho normal (art. 7º, XVI, CF/88). O que a Constituição claramente inviabiliza é a estipulação infraconstitucional de jornada padrão superior ao marco temporal que fixa em seu art. 7º, XIII. Suplantadas as fronteiras desse marco, está-se, assim, diante do trabalho extraordinário, com os efeitos que lhe são próprios.

## B) Tipos de Jornadas Extraordinárias

A construção de tipologias atende aos objetivos científicos de melhor compreender a estrutura e dinâmica de certos fenômenos mediante sua aproximação com fenômenos correlatos. A classificação permite a reunião de fenômenos e categorias, em função de pontos comuns que respondem por sua existência e funcionamento. Descortina-se, assim, pelo método comparativo, uma mais perfeita compreensão do objeto estudado e de sua posição no universo afim. A Ciência do Direito socorre-se também desse instrumental no estudo de seus fenômenos, categorias e figuras.

As jornadas extraordinárias previstas na ordem jurídica brasileira podem ser reunidas, classificadas, segundo três pontos comuns principais: a causa (ou fator concreto ensejador) da prorrogação perpetrada; o título jurídico autorizador da referida prorrogação; o tempo lícito (normativamente autorizado) para a prorrogação enfocada.

### B. 1) Tipologia pela Causa da Prorrogação

A tipologia construída segundo a causa de prorrogação da jornada considera, como elemento classificatório, o fator concreto motivador da prorrogação produzida. São cinco esses fatores previstos no direito brasileiro: o acordo escrito de simples prorrogação; o acordo escrito de regime de compensação de jornada; a força maior ensejadora da prorrogação; o atendimento a serviços inadiáveis, cuja inexecução possa acarretar prejuízos manifestos, como fator da prorrogação; a reposição de paralisações empresariais, como fator ensejador da prorrogação.

No tocante ao **acordo de prorrogação de jornada**, tal modalidade está prevista em texto celetista específico (art. 59, *caput*). Tal acordo deverá ser escrito, podendo ser coletivo ou bilateral, a teor do texto legal mencionado.

A viabilidade de acordo bilateral de prorrogação de jornada, como se sabe, tem sido questionada em face do inciso XIII do art. 7º da nova Constituição, que apontaria, segundo algumas vozes, na direção da exclusividade de título jurídico coletivo para autorização de dilação de jornadas. A maioria da jurisprudência, contudo, não tem se posicionado em torno de semelhante vertente interpretativa, com suporte nos fundamentos já expendidos no presente texto. Ressalte-se que o referido inciso XIII reporta-se, expressamente, a jornada *normal* (a qual não poderia exceder o padrão ali estabelecido), sendo que o inciso XVI do mesmo art. 7º constitucional reporta-se, expressamente, a jornada *extraordinária* (a qual não poderia ser remunerada abaixo do ali previsto). Do cotejo dos preceitos percebe-se uma clara vedação a *jornadas normais* superiores ao padrão do inciso XIII, ao lado de uma vedação combinada a *jornadas extraordinárias* (excetuado o regime de compensação já referido, preventivamente, pelo inciso XIII) sem a sobre remuneração especificada no inciso XVI.

De todo modo, há *restrições* a tal dilação de jornada por simples acordo de prorrogação. Essa modalidade não é extensível aos *menores de 18 anos*, os quais somente poderiam laborar, lícitamente, em sobrejornada em contextos de regime de compensação ou de força maior (art. 413, CLT). Por outro lado, em *atividades ou circunstâncias insalubres*, a CLT impõe um obstáculo administrativo à prorrogação, derivado de considerações de medicina do trabalho: a prorrogação somente poderá verificar-se caso autorizada pela fiscalização administrativa do Ministério do Trabalho (art. 60, CLT). Há orientação jurisprudencial sumulada no sentido de que, tratando-se de prorrogação por compensação de jornada e pactuada por instrumento coletivo, tornar-se-ia dispensável a inspeção prévia da autoridade administrativa (Enunciado 349, TST). Evidentemente que essa orientação não se aplica, contudo, ao simples acordo de prorrogação de jornada, mesmo que pactuado coletivamente.

No tocante às *mulheres*, é necessária uma digressão especial. O art. 376, CLT, estabelece que "somente em casos excepcionais, *por motivo de força maior*, poderá a duração do trabalho diurno elevar-se além do limite legal ou convencionado..." (grifos acrescidos). Já o art. 375, que colocava como pré-requisito à dilação de jornada da mulher, a liberação da obreira mediante um atestado médico oficial, foi expressamente revogado pela Lei 7855/89 (lei que, dentre outros objetivos, procurou adaptar a CLT aos preceitos constitucionais de 1988).

Pergunta-se: é válida a restrição do art. 376 celetista?

Seguramente que não: ela é grosseiramente incompatível com o texto da Carta de 1988. Esta firma, enfaticamente, a igualdade jurídica entre homens e mulheres (art. 5º, *caput* e inciso I), privilegiando, ainda, o sexo feminino com uma especial "proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei" (art. 7º, XX). Ora, toda norma que trate diferenciadamente a mulher perante o homem, inclusive restringindo-lhe o mercado de trabalho, é francamente agressora da Constituição, estando por esta revogada, se lhe foi anterior (caso do art. 376, CLT) ou invalidada, se posterior.

Óbvio que isso não elimina a proteção especial à *maternidade* e, via de conseqüência, à *mulher enquanto mãe*. Tal proteção especial é absolutamente harmônica à Constituição, que protege a família, a maternidade, a

criança em diversos de seus dispositivos. Óbvio que também não se invalidam as normas especiais de *medicina e segurança do trabalho*, que se harmonizam ao receituário normativo constitucional (art. 7º, XXII, por exemplo).

Mas a tutela pára aí, na maternidade e na saúde e segurança laborais. Não se tratando de situação de maternidade ou que envolva questões de saúde e segurança do trabalho, porém de situação que tome a mulher estritamente como cidadã trabalhadora, é inconstitucional (e desrespeitosa) qualquer discriminação negativa à obreira...ainda que sob o manto aparentemente generoso da tutela. A propósito, todas as discriminações efetivadas contra a mulher ao longo dos séculos produziram-se sob o manto aparentemente generoso da tutela, da proteção (excluída da capacidade civil, excluída da cidadania política, excluída do mercado...). É contra essa linha de normatização jurídica que veio se postar, enfaticamente, a Carta Constitucional de 1988.

No tocante ao **regime de compensação de jornada** tal modalidade está prevista em texto celetista (§2º do art. 59) e constitucional (inciso XIII, art. 7º) específicos. Tal regime deve ser previsto em documento escrito (Enunciado 108, TST) e, a teor da jurisprudência hoje dominante, pode ser fixado seja mediante negociação coletiva, seja mediante acordo bilateral (Enunciado 108, TST).

Recoloque-se, rapidamente, essa discussão. Uma ponderável corrente interpretativa entende que o art. 7º, XIII, da Carta de 1988 estaria a exigir negociação coletiva no tocante à fixação de regime de compensação de jornada no contexto empregatício concreto. Para essa vertente estaria, conseqüentemente, superada a conduta hermenêutica lançada pelo Enunciado 108, TST, que fora construída com suporte no §2º do art. 59, CLT.

A jurisprudência dominante caminha, porém, noutra direção. Valendo-se dos métodos gramatical, lógico-sistemático e teleológico observa que o mencionado inciso XIII do art. 7º constitucional fala em "facultada a compensação de horários e a redução da jornada, *mediante acordo ou convenção coletiva do trabalho*" (grifos acrescidos). Propositadamente a nova Carta teria colocado o verbete *acordo* afastado da qualificação (e restrição) *coletivo* (aliás, a norma constitucional usa a palavra *coletiva*, concordando com o feminino *convenção*). Esse posicionamento sugere que pretendeu a Constituição conferir à palavra *acordo* a dubiedade de acepções que propicia (*acordo bilateral ou acordo coletivo*) - tal como já ocorria com o velho §2º do art. 59, CLT (lá usa-se a expressão "acordo ou contrato coletivo").

A intenção constitucional de se reportar ao duplo sentido da palavra *acordo* afirmar-se-ia com clareza mais palmar ainda em outra passagem constitucional correlata. É que a Constituição teve o cuidado de se referir, expressamente, a *acordo coletivo* ou a *negociação coletiva* quando pretendeu, de fato, restringir a modificação trabalhista nela examinada ao título jurídico da negociação coletiva. É o que se passou no art. 7º, VI, que trata de *redução de salário* (aqui se fala em "convenção ou acordo coletivo") e no art. 7º, XIV, que trata da *ampliação da jornada especial* em turnos ininterruptos de revezamento (aqui se fala em "salvo negociação coletiva").

Para essa última vertente interpretativa, justificar-se-ia, plenamente, a cuidadosa diferenciação constitucional (que preserva, portanto, como válida a interpretação do Enunciado 108, autorizativa da pactuação bilateral por escrito de regime de compensação de jornada). É que a compensação de jornada é figura predominantemente favorável ao próprio trabalhador, ampliando seus dias de disponibilidade pessoal, através de um ajuste correlato na distribuição da jornada diária ou semanal - tudo sem elevação da quantidade efetiva de horas laboradas em um lapso temporal padrão mais amplo (mês, por exemplo). Nesse contexto, seria um contrasenso a Constituição, sob o intento de criar uma ordem jurídica mais favorável ao trabalhador (relembre-se que o *caput* do art. 7º fala em direitos "que visem à melhoria de sua condição social"), virtualmente cristalizasse o potencial de pactuação, no âmbito das relações empregatícias, de uma fórmula usualmente benéfica a esse trabalhador. Sabe-se que a convenção ou acordo coletivo (sempre com participação sindical, estatui a Constituição: art. 8º, VI) são instrumentos de rara celebração no universo de pequenos empreendimentos (onde mais se situa a força de trabalho empregaticamente contratada no país) - o que inviabilizaria nesses segmentos a adoção da sistemática referida pelo inciso XIII do art. 7º da Carta Maior. Como o direito é uma fórmula de lógica e sensatez socialmente ajustada, preferiu a Constituição não impor um formalismo que conspirasse contra o próprio espírito e objetivos maiores de todo o Direito do Trabalho.

Há algumas restrições, porém, à prorrogação por regime de compensação de jornada.

No caso de *trabalhadores menores*, tal modalidade somente seria viável, segundo a ordem jurídica, mediante *convenção ou acordo coletivo* (o art. 413, I, CLT, a propósito, inverte, sugestivamente, as expressões, ao contrário do ocorrido com o art. 59, §2º, CLT, e art. 7º, XIII, CF/88). Como se compreende que a própria Constituição admite a existência de um estatuto normativo tutelar com respeito ao menor, não haveria evidência de incompatibilidade do presente texto restritivo celetista à regra genérica oriunda do art. 7º, XIII, CF/88. Ressalte-se que está previsto, ainda, para os menores, um descanso de 15 minutos antes do início da prorrogação efetivada (parágrafo único do art. 413 combinado com art. 384, CLT).

No caso de *atividades ou circunstâncias insalubres*, a prorrogação também exigiria a prévia licença por parte das "autoridades competentes em matéria de higiene do trabalho, as quais, para esse efeito, procederão aos necessários exames locais e à verificação dos métodos e processos de trabalho, quer diretamente, quer por intermédio de autoridades sanitárias federais, estaduais e municipais, com quem entrarão em entendimento para tal fim" (art. 60, CLT). O Enunciado 349, TST, contudo, entendeu não ter sido recebido, pela nova Constituição (art. 7º, XIII), esse preceito celetista de medicina e segurança do trabalho. Com isso, considerou prescindir da inspeção prévia da autoridade administrativa a validade de acordo ou convenção coletiva de compensação de jornada de trabalho em atividade insalubre. Trata-se de um caminho hermenêutico não isento de críticas, contudo, uma vez que aparentemente considera que a negociação coletiva pode desprezar normas de saúde pública...

A respeito deste tópico, pode-se insistir, a título de argumentação, que não haveria qualquer incompatibilidade entre o texto constitucional vigorante e a exigência celetista de vistoria administrativa prévia para

pactuação de sobrejornada ou compensação de jornada em situações laborais insalubres. Uma larga multiplicidade de normas constitucionais coloca a saúde e segurança do obreiro em patamar destacado e superior a interesses protegidos por outras normas jurídicas, inclusive trabalhistas (ilustrativamente, arts. 7º, XXII; 194; 196; 197; 200, II, CF/88). Pelo texto magno, a saúde e segurança laborais são direito subjetivo obreiro, constituindo, ainda, parte integrante e exponencial de uma política de saúde pública no país. Não há, ao revés, na Constituição qualquer indicativo jurídico no sentido de que tais valores e objetivos possam ser descurados em face de qualquer processo negocial coletivo. Na verdade, está-se aqui diante de uma das mais significativas limitações abarcadas pelo princípio da adequação setorial negociada, informador de que a margem aberta às normas coletivas negociadas não pode ultrapassar o patamar sócio-jurídico civilizatório mínimo característico da sociedade ocidental e brasileira atuais. Nesse patamar, evidentemente encontra-se a saúde pública e suas repercussões no âmbito empregatício.

Já no tocante às *mulheres*, ao contrário, está-se, efetivamente, diante de uma clara incompatibilidade normativa com o texto constitucional vigente - como já examinado. O art. 374, CLT, que admitia a compensação de jornada apenas mediante negociação coletiva já foi revogado pela Lei 7855/89 (com o que a mesma restrição contida no velho Enunciado 108 já estaria claramente superada). Restaria em aparente vigência o texto do examinado art. 376, CLT - cujo teor, entretanto, está gravado de forte incompatibilidade com a Constituição de 1988.

Nesse quadro, seja pela revogação expressa do antigo art. 374, CLT, seja por revogação constitucional tácita do art. 376, CLT, abrem-se à mulher trabalhadora as mesmas prerrogativas propiciadas ao homem no tocante ao regime de compensação de jornada, suplantando-se, desse modo, a limitação ainda referida pelo texto do Enunciado 108, TST (necessidade de pactuação coletiva).

O parâmetro correspondente à compensação de jornada (dia, semana ou mês) é outro tópico de interesse no exame desse tema. Conforme já indicado, há operadores jurídicos que entendem ter a Carta de 1988 imposto um parâmetro meramente *semanal* para a compensação pactuada (art. 7º, XIII). Algumas vozes, ao revés, vislumbram a possibilidade de acatamento de um parâmetro sumamente largo, abrangente da figura do *ano* contratual.

Há, contudo, importante corrente interpretativa em direção distinta a essas duas destacadas. Para esta última vertente, a Carta Magna, ao excepcionar a compensação, *não* teria fixado limites temporais de caráter semanal: "...facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho" - estatui o inciso XIII do art. 7º constitucional. A CLT, ao contrário, é que parecia querer impor semelhante limitação (dizia o §2º do art. 59, celetista: "...de maneira que não exceda o horário normal da semana nem seja ultrapassado o limite máximo de dez horas diárias"). Essa limitação semanal celetista ficava invidiosa nos casos de regime de compensação envoltivos a menores (art. 413, I, *in fine*, CLT).

É óbvio que há parâmetros máximos para o regime de compensação - mas estes não se cobrem nos limites estritos da jornada diária ou semanal, nem chegam a alcançar, ao revés, o patamar correspondente ao ano. *Tais parâmetros relativos ao regime de compensação de jornada estendem-se, inequivocamente, até a fronteira temporal máxima do mês* (220 horas, segundo a jornada padrão criada pela mesma Carta Magna - se não aplicável ao caso determinada jornada especial). O *mês* é o parâmetro básico e máximo para cálculo de valores e quantidades no Direito do Trabalho - sendo, desse modo, também o limite lógico e teleológico para o regime de compensação de jornada. Por essa razão é que são compatíveis com a nova ordem constitucional os conhecidos regimes de compensação que estipulam sistemas de *plantões* (12 X 36 ou 24 X 72) - os quais, como se sabe, ultrapassam, em certa semana, em pequena quantidade, a jornada máxima de 44 horas, mas, no conjunto do mês, asseguram uma jornada até mesmo inferior às 220 horas laboradas. Por essa mesma razão é que seriam, por outro lado, irregulares regimes de compensação que produzam comparações e deduções por além da fronteira do mês trabalhado.

A irregularidade no regime de compensação adotado (falta de acordo bilateral escrito ou de título jurídico negocial coletivo) impõe o pagamento apenas do adicional relativo às horas que extrapolem a jornada padrão diária ou semanal (Enunciado 85, TST). Não são devidas as próprias horas, já que regularmente pagas pelo salário quitado: é que a jornada padrão semanal (se se tratar de compensação intrasemanal) ou mensal (tratando-se de compensação entre semanas) não foi ultrapassada.

No tocante à **prorrogação por motivo de força-maior (necessidade imperiosa)**, tal modalidade está prevista apenas no texto celetista (art. 61, *caput* e §2º, CLT). A legislação fala em dilação decorrente de necessidade imperiosa, que resulte de motivo de força maior. Desse modo, fator de força maior (ou caso fortuito) que não conduza a uma necessidade imperiosa de prorrogação de jornada não justificaria semelhante prorrogação.

O conceito de força maior está lançado pela própria CLT: será "todo acontecimento inevitável, em relação à vontade do empregador, e para a realização do qual este não concorreu, direta ou indiretamente" (art. 501, *caput*, CLT). Como se percebe, a Consolidação reúne, na mesma figura, a força maior em sentido estrito e o caso fortuito, por produzirem idênticos efeitos jurídicos. Esclarece, por fim, a ordem jurídica que a imprevidência do empregador exclui a razão de força maior (§1º do art. 501, CLT). Já se pacificou também a jurisprudência no sentido de que não se enquadram no conceito de força maior fatores derivados de alterações da política econômica governamental. Tais fatores, sendo componentes comuns à dinâmica do mercado econômico, inscrevem-se no risco normal do empreendimento, a ser suportado pelo empregador (art. 2º, *caput*, CLT).

Tal prorrogação, segundo a CLT (§1º do art. 61), poderia resultar de ato unilateral do empregador (ato motivado, obviamente). Seria este, assim, um exemplo do chamado *jus variandi* empresarial no âmbito da relação

de emprego. Evidentemente que o mesmo argumento que sustenta que o art. 7º, XIII, CF/88, teria revogado a prorrogação bilateralmente negociada aplicar-se-ia ao presente caso, de modo a negar validade a esse tipo de dilação acatada pela CLT. Não é essa, porém, a compreensão jurisprudencial majoritária: esta vertente dominante não enxerga semelhante proibição no inciso XIII, examinado, sendo que entende que o correlato inciso XVI do mesmo art. 7º constitucional reconhece, expressamente, a viabilidade de sobrejornada (apenas determinando que seja sobreremunerada).

Efetuada a dilação, caberá ao empregador comunicar sua ocorrência, em 10 dias, à Delegacia Regional do Trabalho, ou antes disso, se houver fiscalização no estabelecimento ou empresa (§1º, art. 61). Nos casos envoltivos a menores (e também mulheres, segundo o texto celetista), essa comunicação deverá ser feita em 48 horas (arts. 376 e 413, CLT).

A CLT - em injustificável transferência do risco empresário para o trabalhador - permitia que tais horas extraordinárias fossem laboradas sem pagamento do respectivo adicional (§2º, art. 61). Tal preceito celetista entrou em choque com texto expresso da nova Constituição (art. 7º, XVI, CF/88), quedando-se revogado desde 05.10.1988. É interessante observar que a norma celetista concernente a mulheres e menores já determinava o pagamento do adicional, mesmo antes de 1988 (arts. 376 e 413).

Há certas restrições à prorrogação por necessidade imperiosa decorrente de motivo de força maior.

O trabalhador menor somente poderá ser convocado caso seu trabalho seja tido como imprescindível ao estabelecimento (art. 413, II, CLT).

A mulher trabalhadora também poderá prestar tal modalidade de sobrejornada. É o que deriva seja de texto expresso celetista (art. 376, CLT), seja do tratamento igualitário de direitos e obrigações entre mulheres e homens, fixado pela Carta Constitucional do país.

A CLT não estabelece limites temporais máximos para essa modalidade de prorrogação (§2º, art. 61). Apenas no caso dos menores - e também mulheres (art. 376) - é que fixa em 4 horas o montante máximo dessa sobrejornada excepcional (art. 413, II).

No tocante à **prorrogação para conclusão de serviços inadiáveis (necessidade imperiosa)**, tal modalidade também está prevista apenas no texto celetista (art. 61, *caput* e § 2º, CLT). A lei refere-se à dilação de jornada decorrente de necessidade imperiosa, vinculada à realização ou conclusão de serviços inadiáveis ou cuja inexecução possa acarretar prejuízo manifesto (art. 61, *caput, in fine*). Trata-se, em suma, de serviços emergenciais, que não possam ser realizados em horário pré-determinado ou não possam ser postergados, sob pena de manifesta perda do resultado útil da respectiva tarefa ou trabalho ou claro prejuízo reflexo. São exemplos expressivos o descarregamento e armazenamento de produtos perecíveis ou a conclusão de reparos em aparelhos acondicionadores essenciais.

Tal prorrogação, segundo a CLT (§1º do art. 61), poderá resultar de ato unilateral do empregador (ato motivado, é certo). É este, portanto, mais um exemplo do chamado *jus variandi* empresário no âmbito da relação de emprego.

Efetuada a dilação, caberá ao empregador comunicar sua ocorrência, em 10 dias, à Delegacia Regional do Trabalho, ou antes disso, se houver fiscalização no estabelecimento ou empresa (§1º, art. 61).

Tal sobrejornada será remunerada com o adicional constitucional (50%) ou normativo mais favorável incidente (art. 7º, XIV, CF/88). A própria CLT já previa a sobreremuneração desse tipo de trabalho extraordinário, mesmo antes da Carta de 1988 (art. 61, §2º, CLT).

Há restrições à presente modalidade de prorrogação. A CLT não autoriza sua utilização com respeito a trabalhadores menores (art. 413). O texto celetista também não o concebe aplicável às mulheres (art. 376), mas, nesse caso, cabe perquirir-se sobre a real compatibilidade dessa restrição em face da Carta Constitucional de 1988 (art. 5º, *caput* e inciso I; art. 7º, XX, CF/88).

Pelo texto celetista, tal modalidade de prorrogação não poderá ultrapassar a fronteira temporal máxima de 12 horas de trabalho (art. 61, §12º, *in fine*, CLT).

A última modalidade lícita é a **prorrogação para reposição de paralisações empresariais**, também prevista exclusivamente pela CLT (§3º do art. 61). A legislação fala em dilação para recuperação do tempo perdido em virtude da ocorrência de interrupção do trabalho resultante de causas acidentais ou de força maior que tenham impossibilitado a prestação de serviços. Nesse caso, a prorrogação seria limitada a 45 dias no ano e 2 horas no dia - independentemente de ter sido maior o lapso temporal de paralisação empresária.

Esse é o terceiro caso de prorrogação que, segundo a CLT (§1º do art. 61), poderá resultar de ato unilateral do empregador (ato motivado, evidentemente), constituindo-se em novo exemplo do chamado *jus variandi* empresário no âmbito da relação de emprego.

A presente dilação exige *prévia* autorização da autoridade competente (art. 61, §3º, *in fine*, CLT), ao contrário das duas anteriores que admitem comunicação administrativa posterior.

Tal sobrejornada será remunerada com o adicional constitucional (50%) ou normativo mais favorável incidente (art. 7º, XIV, CF/88). A Constituição, neste tópico, revogou o preceito celetista que não previa sobreremuneração relativamente a estas horas extras (§3º do art. 61, CLT).

As restrições à presente modalidade de prorrogação são maiores que as instituídas para as duas modalidades anteriores de dilação de jornada.

Em primeiro lugar, este tipo de prorrogação não é aplicável aos trabalhadores menores (art. 413). Em segundo lugar, o texto celetista também não o concebe aplicável às mulheres (art. 376) - embora, neste caso, seria necessário questionar-se sobre a real compatibilidade dessa restrição em face da Carta Constitucional de 1988 (art. 5º, *caput* e inciso I; art. 7º, XX, CF/88). Em terceiro lugar, essa prorrogação depende de autorização

administrativa prévia, como visto (§3º, *in fine*, art. 61, CLT). Isso significa que os exames locais e de métodos e processos de trabalho mencionados pelo art. 60 para autorizações administrativas de prorrogações de jornadas em atividades ou ambientes insalubres passam a ter aplicabilidade também à presente hipótese celetista. Em quarto lugar, existe uma limitação temporal taxativa a essa modalidade de dilação de jornada: 2 horas ao dia, por 45 dias no ano.

### B.2) Tipologia pelo Título Jurídico Autorizador da Prorrogação

A tipologia construída segundo o título jurídico autorizador da prorrogação perpetrada considera, como elemento classificatório, o instrumento reconhecido pelo direito como hábil a detonar a dilação lícita da jornada de trabalho. São três esses elementos: a vontade unilateral do empregador, no exercício do chamado *jus variandi*; a vontade bilateral das partes; e, finalmente, a vontade coletivamente negociada no contexto da relação de emprego.

Observe-se que as modalidades de prorrogação aqui classificadas são, obviamente, as mesmas já examinadas no tópico acima. Apenas o elemento eleito para agrupá-las, classificando-as, é que se diferencia do adotada na tipologia anterior.

As **prorrogações pela vontade unilateral empresária**, admitidas pelo direito brasileiro, são três, todas destacadas pelo art. 61 da CLT. De um lado, as dilatações derivadas de necessidade imperiosa em virtude de ocorrência de força maior. De outro lado, as prorrogações resultantes também de necessidade imperiosa, mas em virtude da realização ou conclusão de serviços inadiáveis ou cuja inexecução possa acarretar prejuízos manifestos. Finalmente, as prorrogações dirigidas à reposição de paralisações empresariais decorrentes de causas acidentais ou de força maior, que tenham provocado a impossibilidade de prestação do trabalho.

Registrem-se, aqui, as referências já exaustivamente debatidas, que sustentam a revogação, pela nova Carta Magna, de qualquer modalidade de prorrogação de jornada que não seja coletivamente negociada. Reitere-se que a maioria da doutrina e jurisprudência não tem corroborado tal entendimento, em face de não apreender norma proibitiva de distintas modalidades de prorrogação no inciso XIII do art. 7º constitucional, além da própria Constituição reportar-se, expressamente, em caráter geral, ao fato da prorrogação, sem o delimitar (art. 7º, XVI), apenas exigindo, sempre (excetuado o regime de compensação), o pagamento de sobresalário.

As **prorrogações pela vontade bilateral das partes**, admitidas pelo direito brasileiro, abrangem duas modalidades, ambas referidas pelo art. 59 da CLT. Em primeiro lugar, a dilação em face de acordo de prorrogação de jornada. Em segundo lugar, a dilação em face de acordo de compensação de jornada.

No mesmo sentido acima, ficam retomados os debates sobre os efeitos constitucionais sobre essas duas modalidades de prorrogação - efeitos largamente abordados nos tópicos anteriores.

As **prorrogações pela vontade coletiva negociada** admitidas pelo direito brasileiro abrangem, essencialmente, duas modalidades. De um lado, um grupo mais claramente delimitado de prorrogações, consistente nas dilatações autorizativas de regime de compensação de jornada. De outro lado, as prorrogações sem regime de compensação de jornada. Estas últimas tanto podem consistir em autorizações genéricas de prorrogação (do tipo acordo de prorrogação simples), como podem consistir em autorizações delimitadas de prorrogação, especificando motivos tópicos ensejadores de dilatações de jornada no contexto da relação empregatícia concreta (ilustrativamente, força maior, serviços inadiáveis, reposição de paralisações, etc.).

### B.3) Tipologia pelo Tempo Lícito de Prorrogação

Essa última tipologia considera, como elemento classificatório, o tempo lícito de prorrogação admitido pelo direito brasileiro. Evidentemente que se esse tempo máximo de prorrogação é ultrapassado ingressa-se na dilação irregular de jornada de trabalho. A irregularidade na prorrogação não impede a incidência de todos os direitos trabalhistas para o empregado prestador de sobrejornada, mas pode gerar sanções administrativas específicas para o empregador faltoso (art. 75, CLT).

São cinco os tipos de prorrogação existentes, considerado o tempo regular permitido à dilação de jornada. Observada a ordem sequencial desses tipos, desde o tempo mais curto de prorrogação até o mais extenso, tem-se a seguinte curva ascendente: em primeiro lugar, a **prorrogação por regime de compensação de jornada**, autorizativa de uma dilação extra de duas horas diárias (ou outro sistema negociado intrasemana ou intersemanas), *sem efetiva ampliação da jornada mensal do obreiro*.

Em segundo lugar, a **prorrogação para reposição de paralisações**, autorizativa de uma dilação extra de duas horas diárias, por quarenta e cinco dias no ano (ou se se preferir, 10 horas laboradas ao dia, por 45 dias no ano). Essa modalidade permite uma ampliação da jornada semanal em até 12 efetivas horas extras, alcançando mais de 50 horas extras no mês, respeitada a fronteira máxima de 45 dias de sobrejornada no ano.

Em terceiro lugar, a **prorrogação simples por acordo escrito** (bilateral ou coletivo), autorizativa de uma dilação extra de duas horas diárias, sem limitação temporal prévia no ano. Se se preferir, são 10 horas laboradas ao dia, sem limitação de dias laborados em sobrejornada no respectivo ano. Essa modalidade permite uma ampliação da jornada semanal também em até 12 efetivas horas extras, alcançando mais de 50 horas extras no mês, sem específica fronteira máxima de dias de sobrejornada no ano.

Em quarto lugar, a **prorrogação por necessidade imperiosa, para realização ou conclusão de serviços inadiáveis cuja inexecução possa acarretar prejuízo manifesto**. Tal modalidade autoriza uma dilação extra de quatro horas diárias e vinte e quatro horas na semana. Não há uma *aparente* limitação temporal prévia



para essa modalidade, no texto celetista, seja quanto à semana, mês ou ano. Contudo, essa limitação inequivocamente existe. É que é claramente *incompatível* com o fato ensejador desse tipo de dilação a continuidade demorada da "necessidade imperiosa" ou dos referidos "serviços inadiáveis". Essa é uma modalidade absolutamente excepcional de prorrogação, quer em função de seus fundamentos (enfaticamente emergenciais e transitórios), quer em função da unilateralidade de sua origem e decisão, quer em função da extensão exagerada da dilação diária permitida. Tais parâmetros, iluminando a análise do caso concreto, fixam fronteiras temporais máximas a esse tipo de prorrogação no que concerne aos dias ou semanas envolvidos.

Em quinto lugar, a **prorrogação por necessidade imperiosa, decorrente de motivos de força maior**. Tal modalidade autoriza uma dilação extra sem aparente limitação temporal, quer no tocante ao dia laborado, quer no tocante aos demais parâmetros temporais existentes (semana, mês, ano). Contudo, obviamente, também aqui essa limitação inequivocamente existe. É que, em primeiro lugar, a prorrogação somente se justifica enquanto o "acontecimento inevitável" tipificador da força maior estiver, de fato, produzindo a necessidade imperiosa de prestação de sobrejornada. Tal acontecimento pode provocar prejuízos de longo ou médio prazo à empresa ou ao estabelecimento; contudo, a sobrejornada somente se justifica, sob tal título, para *enfrentamento de problemas emergenciais resultantes da força maior* ("necessidade imperiosa") e jamais como estratégia de enfrentamento das conseqüências de médio e longo prazo daquele evento prejudicial. A par disso, é inquestionável que essa é também uma modalidade absolutamente excepcional de prorrogação, quer em função de seus fundamentos (do mesmo modo enfaticamente emergenciais e transitórios), quer em função da unilateralidade de sua origem e decisão, quer em função da extensão exagerada da dilação diária permitida. Desse modo, todos esses parâmetros, iluminando, na mesma medida da modalidade anterior, a análise do caso concreto, fixam fronteiras temporais máximas a esse tipo de prorrogação no que concerne aos dias ou semanas envolvidos.

## 5 - Jornada Noturna

A prestação de trabalho pode se concretizar, a princípio, em qualquer fase do dia ou da noite. Contudo, a prestação noturna de trabalho é, obviamente, mais desgastante para o trabalhador, sob o ponto de vista biológico, familiar e até mesmo social. O trabalho noturno provoca no indivíduo uma agressão física e psicológica intensa, por supor o máximo de dedicação de suas forças físicas e mentais em um período em que o ambiente físico externo induz ao repouso. Somado a isso, ele também tende a agredir, com substantiva intensidade, a inserção pessoal, familiar e social da pessoa nas micro e macro comunidades em que convive, tornando especialmente penosa para o obreiro a transferência de energia que procede em benefício do empregador.

Por essas razões o Direito do Trabalho sempre tendeu a conferir um tratamento diferenciado ao trabalho ou jornada noturna, em contrapartida ao trabalho realizado durante o dia. Esse tratamento diferenciado abarca, em geral, duas dimensões: de um lado, um conjunto de restrições à própria prestação do trabalho no turno da noite (de que é exemplo mais expressivo a vedação a trabalho noturno de menores). De outro lado, o favorecimento compensatório no cálculo da jornada noturna (através da redução ficta da hora noturna, por exemplo) e/ou o favorecimento compensatório no cálculo da própria remuneração devida àquele que labora à noite (mediante o pagamento de um adicional específico, por exemplo).

### A) Parâmetros da Jornada Noturna

O conceito de noite, para a física, situa-se na idéia concernente ao lapso temporal diário terrestre não iluminado pela luz solar; ou o "espaço de tempo em que o Sol está abaixo do horizonte".(7)

O Direito do Trabalho, contudo, por distintas razões, tende a restringir o conceito de noite, de modo a não abranger, integralmente, todo o lapso temporal em que a luz solar se esconda abaixo do horizonte. Em primeiro lugar, visando encontrar um parâmetro que se preserve imutável ao longo do ano, independentemente das variações cíclicas anuais porque passa a extensão do dia e da noite (como se sabe, as noites, no verão, são mais curtas que no inverno). Em segundo lugar, por compreender que os intensos desgastes que justificariam um tratamento jurídico especial compensatório ao trabalho noturno não se apresentam, com a mesma intensidade, nas diversas fases da noite. Em terceiro lugar, por inegáveis razões econômico-empresariais, como mecanismo de não encarecer o preço da força de trabalho contratada em toda a extensão do real trabalho noturno.

O direito brasileiro estabelece fronteiras distintas na delimitação da jornada noturna *urbana* em face da jornada noturna *rural*.

Para a CLT a jornada noturna urbana compreende o lapso temporal situado entre as 22:00 horas de um dia até as 05:00 horas do dia seguinte (art. 73, §2º, CLT). Essa jornada noturna urbana abrange, contudo, 08 (oito) horas de trabalho (e não 7, como aparente), já que a CLT considera a hora noturna urbana menor que a hora diurna (hora ficta noturna), composta de 52'30" (e não 60') - art. 73, §1º, CLT.

Para a Lei de Trabalho Rural a jornada noturna no campo será distinta conforme a atividade rural envolvida. Em atividades de *lavoura*, estende-se a jornada noturna de 21:00 horas de um dia até 05:00 horas do dia seguinte. Em atividades de *pecuária*, estende-se a jornada noturna rural de 20:00 horas de um dia até 04:00 horas do dia seguinte (art. 7º, Lei 5.889/73). Observe-se que essas jornadas noturnas diferenciadas abrangem efetivas 8 (oito) horas de trabalho, não prevendo a Lei 5.889/73 a existência de hora ficta noturna rural.

### B) Efeitos Jurídicos da Jornada Noturna

A posição do Direito do Trabalho perante o labor prestado à noite caminha em duas direções diferenciadas mas combinadas, conforme já se apontou: de um lado, na direção restritiva da prestação do trabalho noturno; de outro lado, se efetivamente prestado o trabalho em tais circunstâncias, na direção ampliativa das vantagens jurídicas derivadas dessa prestação. Essa segunda direção comporta, assim, os denominados efeitos jurídicos da jornada noturna.

O trabalho prestado à noite sofre regência normativa distinta, conforme seja urbano ou rural o enquadramento jurídico da relação de emprego. Há, por outro lado, ainda, certa legislação especial, dirigida a empregados vinculados à área petrolífera e conexas, conferindo regência também algo diferenciada ao trabalho noturno prestado no âmbito das respectivas categorias ou setores. Observe-se, entretanto, que a diversidade normativa mencionada tem claros limites: é que a sobre remuneração do trabalho noturno em contraponto ao diurno não pode deixar de ser contemplada pela ordem jurídica, em virtude de resultar de comando constitucional expresso. De fato diz o art. 7º, IX, da Carta de 1988 que é direito dos trabalhadores a "remuneração do trabalho noturno superior à do diurno" (na verdade, já desde a Constituição de 1946 estabelecia-se critério no sentido de ser o "salário do trabalho noturno superior ao do diurno" - art. 157, III, CF/46).

O *trabalho noturno urbano* recebe duplo efeito da ordem jurídica: no tocante à própria extensão da jornada e no tocante à remuneração do período laborado ou à disposição. No tocante à extensão da jornada, sabe-se que a CLT instituiu a denominada *hora ficta noturna*, composta de 52 minutos e 30 segundos, como medida componente da jornada noturna urbana. Essa regência especial, instituidora de uma hora noturna reduzida, já produz uma conseqüente sobre remuneração sobre o efetivo período noturno trabalhado, em comparação a idêntico período laborado durante o dia. Ao lado dessa sobre remuneração indireta, a ordem jurídica prevê, ainda, uma sobre remuneração direta e distintiva, consubstanciada em um adicional incidente sobre cada hora ficta ou fração laborada à noite. Esse adicional noturno é de 20% sobre o valor da hora ou fração trabalhada (art. 73, *caput*, CLT).

O *trabalho noturno rural* recebe, porém, efeito singelo da ordem jurídica. É que a Lei de Trabalho Rural não prevê a figura da hora ficta noturna, deferindo como tratamento diferenciado apenas a incidência de uma sobre remuneração ao período de trabalho prestado à noite em atividades rurais (agricultura ou pecurária). O adicional noturno rural é, contudo, mais elevado que o urbano, correspondendo a 25% de acréscimo sobre a "remuneração normal" do período laborado (parágrafo único do art. 7º, Lei 5.889/73).

O *trabalho noturno na área petrolífera e conexas* também tem regência especial. É que a Lei 5.811/72 regulamentou a jornada, intervalos e repousos nas relações empregatícias vinculadas às atividades de exploração, perfuração, produção e refinação de petróleo, industrializados do xisto, indústria petroquímica e transporte de petróleo e seus derivados por meio de dutos (art. 1º, Lei 5811/72). A teor desse diploma, o efeito jurídico deferido ao trabalho noturno seria também singelo: incidiria em tais situações empregatícias apenas a sobre remuneração decorrente do adicional noturno, sem aplicação da figura da hora ficta (art. 3º, Lei 5811/72; Enunciado 112, TST). O adicional a que se reporta o diploma normativa especial é o mesmo da CLT, ou seja, 20% sobre o salário normal (art. 3º, I, Lei 5811/72).

No tocante ao *trabalho em turnos ininterruptos de revezamento*, a jurisprudência anterior à Carta de 1988 já se pacificara no sentido que, nos períodos laborados à noite, incidiria em benefício do trabalhador tanto o adicional noturno como a hora ficta noturna celetista (Súmulas 213 e 214, STF; En. 130, TST), tendo-se por inconstitucional a discriminação contida no *caput* do art. 73, CLT. Evidentemente que essa compreensão jurisprudencial não invalidava a regência especial criada por normas especiais (ausência de hora ficta nos casos do rurícola e do trabalhador no setor de petróleo e conexos); apenas impedia a discriminação celetista entre os próprios empregados urbanos.

Com a emergência da Constituição de 1988, criando uma jornada especial para o trabalho em turnos ininterruptos de revezamento (seis horas por jornada diária), surge o debate acerca da aplicação (ou não) da hora ficta noturna no cálculo dessa jornada especial. Embora seja substantiva a vantagem especial trazida pela nova Carta aos trabalhadores submetidos a esse tipo de organização do trabalho, não há como, à luz do art. 73, §1º, CLT, e Súmulas 213 e 214, STF, a par de Enunciado 130, TST, considerar-se excluída a hora ficta sobre os períodos noturnos laborados por trabalhadores urbanos submetidos a turnos ininterruptos de revezamento.

No tocante ao *trabalho noturno que decorra da natureza da atividade da empresa* (ilustrativamente, empresas de energia elétrica, de telefonia e outras), a jurisprudência já se pacificou no sentido de que incidem, plenamente, todas as regras trabalhistas cabíveis, sem qualquer tratamento discriminatório em face de outros trabalhadores. Desse modo, aplicam-se em favor do empregado urbano, pelo período de trabalho noturno, tanto o adicional de 20% como o critério de cômputo da chamada hora ficta noturna celetista. É, assim, inconstitucional a diferenciação feita pelo §3º do art. 73, CLT (Súmulas 213 e 214, STF, e Enunciado 130, TST).

### C) Restrições ao Trabalho Noturno

A ordem jurídica, como exposto, estabelece restrições ao exercício do trabalho noturno, em função do desgaste físico, psicológico, familiar e social que semelhante período de prestação laboral provoca no trabalhador. A mais importante dessas restrições atinge o trabalhador menor de 18 anos (art. 402, CLT).

A vedação ao trabalho noturno dos menores é plena, no direito brasileiro. A Constituição a enfatiza (art. 7º, XXXIII, CF/88), embora já constasse dos textos legais anteriores a 1988 (art. 404, CLT; art. 8º, Lei 5.889/73).

O trabalho noturno das mulheres não tem, contudo, qualquer restrição especial. As vedações e exigências do art. 379 e 380, CLT (proibindo, inclusive, o trabalho noturno da mulher *maior* de 18 anos, salvo em empresas

ou atividades industriais), já não poderiam produzir efeitos após 05.10.88, em face de se chocarem frontalmente com o texto constitucional surgido (art. 5º, *caput* e inciso I; art. 7, XX, CF/88). Estavam, pois, tacitamente revogadas pela Constituição de 1988. De todo modo, a subsequente Lei 7855/89 veio produzir a revogação expressa desses dispositivos discriminatórios.

O trabalho noturno é proibido, como regra geral, no segmento bancário (art. 224, §1º, CLT). Mas a própria CLT já estabelece inúmeras exceções à regra geral que enuncia. A vedação, portanto, não se aplica aos trabalhadores exercentes de funções de direção, gerência, fiscalização, chefia e equivalentes ou ocupantes de outros cargos de confiança, desde que observada a percepção de gratificação não inferior a 1/3 do salário do cargo efetivo (§2º do art. 224). Legislação posterior ampliou o rol de exceções. Nesse contexto, também não se aplica a vedação celetista aos empregados executores de tarefa pertinente ao movimento de compensação de cheques ou pertinente à computação eletrônica (art. 1º, *caput*, DL 546/69). Somem-se a esses casos anteriores os "casos especiais de atividade bancária de outra natureza, mediante autorização do Ministro do Trabalho e da Administração" (art. 1º, §4º, DL 546/69).

## NOTAS

\* Juiz do Trabalho em Minas Gerais (Presidente da 1ª JCJ de Belo Horizonte).  
Professor de Direito do Trabalho da Faculdade de Direito da UFMG (graduação e pós-graduação).  
Doutor em Direito e Mestre em Ciência Política (UFMG).

(1) - A expressão é do insuperável mestre Délio Maranhão, in Direito do Trabalho, Ed. Fundação Getúlio Vargas, Rio, 1987, p. 83.

(2) - AMAURI MASCARO NASCIMENTO, Iniciação ao Direito do Trabalho, LTr Ed., São Paulo, 1994, p. 238-239.

(3) - O princípio da adequação setorial negociada, que informa as relações entre a normatividade heterônoma estatal e a normatividade autônoma coletivamente negociada, está exposto no capítulo correspondente aos princípios justralhistas, constante do volume I deste Curso de Direito do Trabalho (publicado, em 1ª edição, sob o título Introdução ao Direito do Trabalho, LTr, 1985, p. 165-167).

(4) - Análise pormenorizada a respeito do antigo e novo conceito celetista de cargo/função de confiança está expressa em nossa obra, Introdução ao Direito do Trabalho, LTr, São Paulo, 1985, p. 288-292.

(5) - Uma pesquisa minuciosa a respeito dessas jornadas especiais de trabalho encontra-se em Evaristo de Moraes Fº e Antônio Carlos Flores de Moraes: Introdução ao Direito do Trabalho, LTr., 1993, p. 418/419. Valemos dessa minuciosa pesquisa, no presente sub-item "D", deste texto.

(6) - Conforme Evaristo de Moraes Fº e Antônio Carlos Flores de Moraes, ob. cit. Os dois autores citam, ainda, os empregados médicos ou cirurgiões-dentistas (com jornada diária de 4 horas) e os músicos (com jornada diária de 3 horas). Cabe, porém, ponderar que parte expressiva da jurisprudência entende que os dois primeiros profissionais não tem tal jornada fixada por lei, mas apenas um critério de cálculo do salário profissional (assim como ocorreria com o engenheiro empregado).

(7) FERREIRA, Aurélio Buarque Holanda, Novo Dicionário da Língua Portuguesa, 2ª ed., Ed. Nova Fronteira, Rio de Janeiro, 1986, p. 1196-1197.