



UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE-UFCG
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS-CCJS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO

VITÓRIA DIAS DA SILVA

**A INCOMPATIBILIDADE DO ACORDO INDIVIDUAL NO BANCO DE HORAS À
LUZ DOS PRINCÍPIOS DA PROTEÇÃO E DO NÃO RETROCESSO SOCIAL**

SOUSA - PB
2019

VITÓRIA DIAS DA SILVA

**A INCOMPATIBILIDADE DO ACORDO INDIVIDUAL NO BANCO DE HORAS À
LUZ DOS PRINCÍPIOS DA PROTEÇÃO E DO NÃO RETROCESSO SOCIAL**

Trabalho de Conclusão de Curso
submetido a Universidade Federal de
Campina Grande, como parte dos
requisitos necessários para a obtenção do
grau de Bacharel e Direito.

Orientador: Prof. Me. Victor de Saulo
Dantas Torres

FICHA CATALOGRÁFICA ELABORADA NA FONTE
Biblioteca Setorial de Sousa UFCG/CCJS
Bibliotecária – Documentalista: MARLY FELIX DA SILVA – CRB 15/855

S586i

Silva, Vitória Dias da.

A incompatibilidade do acordo individual no banco de horas à luz dos princípios da proteção e do não retrocesso social / Vitória Dias da Silva. - Sousa: [s.n], 2019.

56 fl.

Monografia (Curso de Graduação em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas e Sociais - CCJS/UFCG, 2019.

Orientador: Prof. Me. Victor de Saulo Dantas Torres.

1. Direito do trabalho. 2. Jornada de Trabalho. 3. Banco de Horas. 4. Reforma Trabalhista. I. Título.

Biblioteca do CCJS - UFCG

CDU 349.2

VITÓRIA DIAS DA SILVA

**A INCOMPATIBILIDADE DO ACORDO INDIVIDUAL NO BANCO DE HORAS À
LUZ DOS PRINCÍPIOS DA PROTEÇÃO E DO NÃO RETROCESSO SOCIAL**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande - UFCG, como exigência parcial para obtenção do título de bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Data da aprovação: 26/11/2019

Banca Examinadora:

Prof. Me. Victor de Saulo Dantas Torres
Orientadora - CCJS/UFCG

Prof. Dr. André Gomes de Sousa Alves
Examinador (a)

Prof. Dr. Cleanto Beltrão de Farias
Examinador (a)

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente aos meus pais e meu irmão, que são meus heróis e que dedicaram sua vida de forma incondicional para que me fosse oportunizado estudar sem preocupações. Por todas as vezes que me apoiaram e acreditaram nas minhas capacidades, sem o qual seria impossível meu ingresso e permanência no ambiente acadêmico.

Também agradeço a minha Vó Glória que é o maior exemplo de bondade que já conheci. Agradeço infinitamente por ter cuidado de mim e por ter me ensinado o significado das palavras família, amor, dedicação e disciplina.

A Bruno, meu primo e melhor amigo da vida. Obrigada por sempre estar ao meu lado em todos os momentos, a quem sei que posso recorrer em qualquer situação, por toda a consideração e apoio demonstrado nos momentos mais críticos.

As Sereias, Vivian e Andy, minhas melhores amigas. Obrigada por todos os momentos que vivemos, e acima de tudo por nossa amizade ultrapassar qualquer barreira e permanecer forte. Amo vocês.

Meu agradecimento especial a Leivas, Mateus, Miriã, John, Fernanda e Vinicius, que se tornaram minha família em Sousa. Cada um individualmente foi protagonista especial dessa minha jornada, tornando a minha experiência nesses cinco anos inesquecível. Nosso futuro será brilhante.

Aos meus amigos já formados, Ninmery, Isabella, Aninha e Gabriel que dividiram muitos momentos maravilhosos em Sousa e que ainda se fazem presentes diariamente.

A Gustavo, que não esteve no início, mas permaneceu até o final.

Ao SDA, com quem passei horas e horas em call jogando e que me distraíram muito da vida acadêmica cheia de estresse. Amigos que levarei para toda vida.

A Herlla e Rayoane, duas amigas maravilhosas que acompanharam meu desenvolvimento e que nunca perdi contato não importa a distância ou o tempo.

E por fim, a mim mesma que consegui finalizar o curso em meio a tantos desafios.

RESUMO

Os direitos dos trabalhadores são considerados direitos fundamentais sociais e merecem proteção jurídica eficiente contra atos estatais que visem a suprimi-los ou alterá-los, sem que ocorram medidas compensatórias similares. Para que tal ato não ocorra, a jurisprudência e as normas do direito devem seguir o princípio da proteção e o princípio do não retrocesso social. Sua dogmática visa proteger a parte hipossuficiente da relação de emprego: o trabalhador, e garantir que não ocorra abusos ou supressão de direitos adquiridos. A partir disso é que se desenvolve o estudo proposto, já que, através da influência de todo esse complexo de regras provenientes do princípio da proteção e do não retrocesso social, analisa-se os impactos da Lei n. 13.467/2017 no âmbito do banco de horas e as mudanças ocorridas no atual art. 59 sobre a possibilidade do acordo tácito e acordo individual sobre o caráter protetivo do Direito do Trabalho.

Palavras-chave: reforma trabalhista; princípio da proteção; principio do não retrocesso social; banco de horas; jornada de trabalho.

ABSTRACT

Workers' rights are considered fundamental social rights and deserve effective legal protection against state acts aimed at suppressing or amending them without similar compensatory measures taking place. In order to prevent such an act from occurring, the case law and the rules of law must follow the principle of protection and the principle of social non-retrogression. Its dogmatic aims to protect the under-sufficient part of the employment relationship: the worker and to ensure that no abuse or suppression of acquired rights occurs. It is from this that the proposed study develops, since, through the influence of this whole complex of rules from the principle of protection and social non-regression, the impacts of Law no. 13,467 / 2017 within the scope of the bank of hours and the changes occurred in the current art. 59 on the possibility of tacit agreement and individual agreement on the protective nature of labor law.

Keywords: labor reform; protection principle; principle of non-social regression; Bank of hours; Workday.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	8
2. CONCEITO E EVOLUÇÃO DO TRABALHO	10
2.1 EVOLUÇÃO DO TRABALHO NO BRASIL.....	13
2.2 RELAÇÃO DE TRABALHO E RELAÇÃO DE EMPREGO.....	15
2.3 CONTRATO DE EMPREGO	18
2.4 JORNADA DE TRABALHO	23
3. CONCEITOS DE PRINCIPIOS	30
3.1 PRINCIPIOS NA APLICAÇÃO DAS REGRAS.....	32
3.2 PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO.....	34
3.3 PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO NA CONSTITUIÇÃO DE 1998.....	35
3.4 DOS DIREITOS SOCIAIS: PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL	38
4. BANCO DE HORAS E A REFORMA TRABALHISTA.....	42
4.1 VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA PROTEÇÃO AO TRABALHADOR E DA PROIBIÇÃO AO RETROCESSO SOCIAL	47
5. CONCLUSÃO.....	53
REFERENCIA.....	54

1. INTRODUÇÃO

Pretende-se com essa monografia, fazer uma reflexão crítica sobre a reforma trabalhista, regulamentada pela Lei nº 13.467/2017, no tocante as mudanças sofridas no art. 59 acerca do banco de horas e expor a incompatibilidade com o princípio da proteção ao trabalhador e o princípio do não retrocesso social.

O objetivo é analisar se esta flexibilização patrocinada pela lei 13.467/2017, sob o enfoque central a despeito da jornada do trabalhador do referido banco de horas, e conseqüentemente, de seus direitos adquiridos após longos anos de luta, foram ou não violados e analisar se após as alterações o empregado realmente será beneficiado, tendo em vista a violação nos citados princípios e o ferimento de direitos fundamentais, principalmente aqueles em que se refere à jornada de trabalho do empregado e do banco de horas, quando celebrado por acordo individual e a possibilidade do acordo em forma tácita.

Para a melhor compreensão do tema exposto, o estudo foi dividido em três capítulos, além da introdução e das considerações finais. O Objetivo principal é mostrar que as mudanças sofridas no art. 59 do atual banco de horas foram malélicas ao trabalhador e violaram os princípios da proteção e do não retrocesso social.

Parte-se da hipótese de que as modificações na legislação trabalhista deve sempre beneficiar o empregado, seguindo assim o princípio da proteção e jamais retroceder de uma situação mais favorável a uma menos favorável, tal como o princípio do não retrocesso social preceitua.

Se utilizará como método de abordagem o hipotético-dedutivo, tendo em vista que as hipóteses apontadas serão confirmadas ou falseadas ao longo da pesquisa. Como método de procedimento se utilizará do histórico evolutivo e comparativo, tendo em vista que se amparará no avanço histórico do direito do trabalho para adequar sua hipótese, bem como fará a correlação entre o antigo artigo e os princípios da proteção e do não retrocesso social para resposta a problemática. Como técnica de pesquisa será usada a bibliográfica e documental, a partir da citada lei, por meio de revisão de literatura, valendo-se de bibliografias doutrinárias, artigos científicos, publicações acadêmicas e notas técnicas a respeito do tema.

O primeiro capítulo se propõe a estabelecer um conteúdo introdutório, desenvolvendo aspectos históricos do surgimento do trabalho e do direito do trabalho no Brasil.

Após isso, ainda seguindo a vertente introdutória do capítulo citado, propõe-se a apresentar conceitos básicos fundamentais para a compreensão da discussão, tais como o conceito de jornada de trabalho e um pouco sobre o banco de horas, conceito e diferenciação de relação de trabalho e relação de emprego, definição dos sujeitos da relação de emprego e o conceito de acordo individual e coletivo.

O segundo capítulo, por sua vez, desenvolve o conceito do princípio da proteção e o princípio do não retrocesso social. De início, busca-se o conceito geral do significado de princípios dando uma base histórica para tal. Em seguida foi mostrada sua aplicação nas relações de trabalho contemporâneas. Por fim, apresenta-se o conceito do princípio da proteção e do não retrocesso social, estabelecendo, em seguida, um paralelo com sua aplicação no Direito do Trabalho brasileiro.

Por fim, o terceiro capítulo comenta sobre as mudanças sofridas pelo banco de horas, em seu art. 59, pela lei da Reforma Trabalhista de nº 13.467/2017 e como afetou o trabalhador. Por fim, estabelece uma análise ampla dos impactos da citada lei na realidade laboral e no princípio da proteção e do não retrocesso social, fazendo um paralelo final e conclusivo com a discussão acerca da precarização da relação de trabalho diante da possibilidade de um acordo individual e tácito no banco de horas, institucionalizado com a reforma trabalhista.

2. CONCEITO E EVOLUÇÃO DO TRABALHO

O trabalho é um conjunto de atividades e ações feito por uma pessoa, com o objetivo de atingir uma meta por meio de suas habilidades, para satisfação pessoal e sobrevivência, podendo ser alimentação, lazer, vestimenta e etc, através da prestação de serviço. Segundo Lazzarechi e Noêmia (2009, p.8), o trabalho é uma ação que apenas o ser humano pode fazer, diferente de outros animais, pelo seu caráter humanizado, ser programado e consciente, enquanto os animais apenas fazem por instinto.

O trabalho sempre foi visto como algo feito para satisfazer as vontades e necessidades do homem. O homem sempre se utilizou dos recursos da natureza, para garantir sua sobrevivência. Com o passar o tempo, o conceito de trabalho foi mudando para se adequar à cultura, história e sociedade, para conciliar as relações sociais e pessoais.

O primeiro estágio que se tem do trabalho foi marcado pela economia isolada e extrativa, quando os seres humanos ainda eram apenas nômades caçadores-coletores. Esse comportamento mostrava a forma primitiva em que a sociedade vivia. Mal havia economia, pois nas tribos não existia acumulação de riquezas e eram regidas por um sistema religioso e familiar. (ALBORNOZ , 2002, p. 16).

Ainda segundo a autora retro citada (2002, p. 17), o segundo estágio vem após a descoberta da agricultura, isso fez com que os seres humanos criassem o hábito de se estabelecerem em um local fixo, o que anteriormente era marcado pela característica nômade. Junto com o trabalho do plantio, surge então a noção de propriedade e do produto excedente, ou seja, aquele que não será imediatamente consumido. Assim, o que sobrasse da alimentação familiar, era trocado com as sobras dos outros vizinhos. Surge no segundo estágio, a chamada classe social ociosa. Se algum dos vizinhos domina uma maior quantidade de terra, e suas sobras são maiores, a troca fica desigual.

Para Sérgio Pinto Martins (2012, p. 4) na Grécia antiga, Platão e Aristóteles entendiam o termo “trabalho” com um sentido pejorativo, que compreendia apenas a força física que despendia dos escravos. Os nobres não trabalhavam e podiam ser livres. Já nas classes mais pobres, o trabalho era considerado algo gratificante. Na Roma antiga o trabalho também era feito por escravos que eram vistos como *coisa*.

O autor ainda comenta (2012, p. 4) que na época do feudalismo, o trabalho era a servidão, onde os senhores feudais davam proteção militar e política aos servos, que não eram livres, mas tinham que prestar serviços na terra do senhor feudal. Os servos tinham que entregar parte da produção rural aos senhores feudais em troca da proteção que recebiam e do uso da terra. Nessa época, o trabalho era considerado castigo. Os nobres não trabalhavam.

No terceiro estágio, são encontradas as corporações de ofício, em que existiam três personagens: os mestres, os companheiros e os aprendizes.

A Jornada de trabalho nessa época era muito longa, chegando até a 18 horas no verão; porém na maioria das vezes, terminava com o pôr do sol, por questão de qualidade de trabalho e não por proteção aos aprendizes e companheiros. (MARTINEZ, 2015, p. 5)

A Revolução Francesa de 1789 e sua Constituição reconheceram o primeiro dos direitos econômicos e sociais: o direito ao trabalho. Foi imposta ao Estado a obrigação de dar meios ao desempregado de ganhar sua subsistência. A Revolução Industrial acabou transformando o trabalho em emprego. Os trabalhadores, de maneira geral, passaram a trabalhar por salários. Com a mudança, houve uma nova cultura a ser apreendida e uma antiga a ser desconsiderada. Martinez ainda afirma que o Direito do Trabalho e o contrato de trabalho passaram a desenvolver-se com o surgimento da Revolução Industrial. (MARTINEZ, 2015, P. 6).

Surgem então centros comerciais cada vez maiores e desenvolve-se uma burguesia: parte da sociedade que detinha maior poder e renda, que, ainda hoje, é a classe dominante da sociedade capitalista e determina as formas de trabalho. A partir do crescimento do comércio, tais comerciantes empregavam mais trabalhadores – artesões, carregadores, domésticos. Com isso, se estabelece uma classe hierárquica, onde o dinheiro, que agora é regulador do mercado, aponta quem estará no topo da classe social.

Com o término da Primeira Guerra Mundial, emerge com força um movimento constitucionalismo social, o qual visava alçar diversos direitos sociais ao patamar de normas constitucionais. Nesse contexto, surgiu, em 1917, a Constituição do México, a primeira Carta a trazer em seu bojo diversos direitos trabalhistas. Em seu artigo 123 estabelecia:

jornada de oito horas, proibição de trabalho de menores de 12 anos, limitação da jornada dos menores de 16 anos a seis horas, jornada máxima noturna de sete horas, descanso semanal, proteção à maternidade, salário-mínimo, direito de sindicalização e de greve, indenização de dispensa, seguro social e proteção contra acidentes do trabalho. (MARTINS, 2012, p. 9)

Dois anos mais tarde, entrou em vigor a Constituição de Weimar, na Alemanha, a segunda a tratar sobre o tema dos direitos sociais, disciplinando diversos direitos do trabalhador em. No mesmo ano, 1919, foi assinado o Tratado de Versalhes, que criou a Organização Internacional do Trabalho (OIT), a qual ficaria responsável por proteger as relações de trabalho ao nível internacional, expedindo recomendações sobre o tema. O Direito do Trabalho passou a ganhar relevância em discussões internacionais e nos países emergentes, tendo em vista se tratar de um importante ponto para o desenvolvimento sadio da economia. (MARTINS, 2012, p.9).

A maior característica da era moderna, conhecida como revolução tecnológica, é a aplicação do conhecimento científico à produção. Aplicação da ciência trouxe aumento da produção material e conseqüentemente do trabalho. Pode-se dividir a revolução tecnológica em três estágios. O primeiro se dar pela invenção da máquina a vapor, do século XVIII. O segundo, pelo uso da eletricidade, no século XIX e o terceiro estágio mais recente, com a invenção do computador no século XX.

Atualmente o trabalho é visto como um esforço calculado e feito de forma coletiva para o bem do mundo industrial na atual era da automação. O capitalismo que surgiu da segunda metade do século XX se tornou sistema global. Atualmente os trabalhadores passam a depender dessas grandes empresas para seu trabalho. O trabalho autônomo tem diminuído cada vez mais, dando lugar ao emprego nessas organizações e o conseqüente desemprego causado também por elas.

Esse processo de modernização e industrialização se dá principalmente pelo crescimento demográfico e a mudança do homem do campo, que, em busca de se adequar aos novos padrões, muda-se para a cidade, deixando o labor no campo para trás. A partir do século XIX as populações se multiplicaram em especial nos centros urbanos.

No atual sistema capitalista, o trabalho se desenvolve em uma abordagem social, onde sua maior característica é a submissão ao capital e aos interesses

capitalistas dos proprietários. O trabalho é visto como mercadoria e do seu esforço é extraído o salário. Nessa linha, Albornoz (2002, p. 41) diz que, o equilíbrio entre o capital e o trabalho é sustentado por um tripé de poder: de um lado a força sindical em prol dos trabalhadores, do outro os empregadores e o próprio sistema capitalista e, por último, o Estado, não inteiramente autônomo, que se apresenta em forma de lei e do governo burocrata.

2.1 EVOLUÇÃO DO TRABALHO NO BRASIL

Com o tempo, os Direitos Sociais, que são os direitos que visam garantir aos indivíduos o exercício e usufruto de direitos fundamentais em condições de igualdade, para que tenham uma vida digna por meio da proteção e garantias dadas pelo estado de direito e neles se incluem os direitos trabalhistas, passam a fazer parte do conteúdo das constituições e deixam de ser tratadas como leis ordinárias. No Brasil, passou a fazer parte a partir de 1934.

Segundo Delgado (2019, p. 144), “embora a Lei Áurea não tenha, obviamente, qualquer caráter justralhista, ela pode ser tomada, em certo sentido, como o marco inicial de referência da História do direito do trabalho brasileiro.”. Tal afirmação se deve ao fato de que referida lei:

constituiu diploma que tanto eliminou da ordem sociojurídica relação de produção incompatível com o ramo justralhista (a escravidão), como, em consequência, estimulou a incorporação pela prática social da fórmula então revolucionária de utilização da força de trabalho: a relação de emprego. (DELGADO, 2019, p. 114-115)

Depois da abolição da escravatura, o Brasil começou a receber um alto fluxo de imigrantes, e isso fez com que se avolumasse a massa de trabalhadores assalariados, consequentemente aumentando o número de desempregados o que acarretou vários movimentos dos proletários por melhores condições de trabalho. Em 1919, ano da criação da OIT – Organização Internacional do Trabalho - o Brasil se tornou signatário do Tratado de Versalhes. Isso gerou pressão interna e externa para a intervenção das relações trabalhistas existentes. Com isso, inúmeras leis esparsas foram surgindo para regulamentar as situações sobre o Direito do Trabalho.

No ano de 1932, foi editada a primeira norma a tratar do trabalho feminino: o Decreto nº 21.471, que proibia o trabalho da mulher no período noturno. Nesse mesmo ano, destacam-se, ainda, a criação das convenções coletivas e a criação da Carteira de Trabalho e Previdência Social (CTPS).

Após inúmeros avanços, em 1934, sob o comando do presidente Getúlio Vargas, o Brasil teve sua primeira Constituição com normas específicas sobre Direito do Trabalho, as quais se localizavam no “capítulo sobre a ordem econômica e social, segundo diretrizes que paradoxalmente contraponham, de um lado, o corporativismo, de outro lado, o pluralismo sindical” (NASCIMENTO, 1989, p. 8).

O texto constitucional trouxe ainda, pela primeira vez, a Justiça do Trabalho como instância competente para dirimir questões entre patrões e empregados. Enfim, chegavam ao Brasil, de maneira mais efetiva, os efeitos do constitucionalismo social.

Após três anos, em 1937, após o golpe de estado do mesmo presidente, uma nova Constituição surge, dessa vez com cunho intervencionista e corporativista “inspirada na Carta del Lavoro de Mussolini de 1927, e na Constituição polonesa” (MARTINS, 2012, p. 11), a qual instituiu o sindicato único, vinculado ao Estado, que exercia funções delegadas de poder público, sendo possível a intervenção estatal direta em suas atribuições. Junto com isso, criou-se o imposto sindical obrigatório e as greves foram proibidas por serem consideradas incompatíveis com os interesses nacionais. Ao mesmo tempo, o Estado impunha de forma normativa as condições mínimas aceitáveis para o desenvolvimento do trabalho no país.

Nesse período, mesmo existindo inúmeras normas com conteúdo trabalhista no Brasil, elas se encontravam espalhadas e de forma dispersa na legislação. Por esse motivo, em 01 de maio de 1943, o então presidente Getúlio Vargas, editou o Decreto-Lei n. 5.452, aprovando a Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT). Essa fase é caracterizada por profundas transformações no Direito do Trabalho, sobretudo em seu âmbito coletivo, sofridas durante o governo de Getúlio Vargas e que se perpetuaram, em sua maioria, até a proclamação da Constituição Federal de 1988. O modelo justralhista criado de 1930 a 1945 permaneceu praticamente intocado e sem modificações substantivas até pelo menos 1988, (DELGADO, 2019, p. 114-117).

Nos anos que se seguiram, o Brasil continuou a viver de forma intensa o reconhecimento de uma série de direitos trabalhistas por meio de leis ordinárias,

quando, em 1964, ocorre o Golpe Militar, que fez com que essa produção normativa fosse impactada. Tais como regulamentação de greve, e a extinção de organismos de imposto sindical. Foi nessa época que houve a introdução do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), através do Decreto n. 59.820, de 20/12/1966, permitindo que o trabalhador optasse entre aderir ao novo fundo, ou continuar com o antigo regime.

Logo, “verifica-se que no período vivenciado sob o Regime Militar a cidadania foi reprimida, com os direitos civis e políticos duramente sufocados. Por sua vez, o direito fundamental ao trabalho prescrito na Constituição de 1946 foi mantido”. (PEDROSO, 2012, p. 459).

Por fim, Delgado (2019, p. 118) diz que depois da Constituição Federal de 1988, o modelo justralhista trouxe consigo a previsão de diversos direitos sociais para os trabalhadores urbanos e rurais, em que se destacam: a extensão do FGTS para os trabalhadores rurais, a fixação do salário mínimo nacionalmente, o estabelecimento de pisos salariais, a redução da carga horária semanal de 48 para 44 horas, a majoração da remuneração das férias em 1/3, dentre outros.

Nota-se então que na elaboração da atual Carta Magna brasileira, os direitos trabalhistas foram tratados com sua devida importância, mantendo a categoria de norma constitucional, alcançada em constituições anteriores, e indo além, emergindo ao status de norma fundamental, compondo um texto normativo mais coeso e com base ideológica mais sólida que vai ao encontro dos ideais trabalhistas.

2.2 RELAÇÃO DE TRABALHO E RELAÇÃO DE EMPREGO

Para o doutrinador Maurício Godinho Delgado (2019, p. 333) a expressão relação de trabalho tem caráter genérico: refere-se a todas as relações jurídicas caracterizadas por terem sua prestação essencial centrada em uma obrigação de fazer consubstanciada em *labor humano*. Refere-se, pois, a toda modalidade de contratação de trabalho humano modernamente admissível.

A expressão relação de trabalho englobaria, desse modo, a relação de emprego, a relação de trabalho autônomo, a relação de trabalho eventual, de trabalho avulso e outras modalidades de pactuação de prestação de labor (como trabalho de estágio, etc.). Traduz, portanto, o gênero a que se acomodam todas as

formas de pactuação de prestação de trabalho existentes no mundo jurídico atual. Logo, corresponde a qualquer vínculo jurídico em que uma pessoa natural execute serviços ou obras para outra, mediante pagamento e contraprestação. Sendo uma relação muito abrangente, comparada a de emprego.

Já a relação de emprego é vista como uma das modalidades específicas de relação de trabalho juridicamente configuradas. Corresponde a um tipo legal próprio e específico, inconfundível com as demais modalidades de relação de trabalho ora vigorantes. tem a particularidade de também se constituir, do ponto de vista econômico-social, na modalidade mais relevante de pactuação de prestação de trabalho existente nos últimos duzentos anos, desde a instauração do sistema econômico contemporâneo, o capitalismo. Essa relevância socioeconômica e a singularidade de sua dinâmica jurídica conduziram a que se estruturasse em torno da relação de emprego um dos segmentos mais significativos do universo jurídico atual — o Direito do Trabalho. (DELGADO, 2019, P. 334).

A relação de emprego é a subdivisão da relação de trabalho, mais corriqueira e conhecida, pois é nela que todos os trabalhadores de carteira assinada se encaixam. Ela ocorre quando o trabalhador e o serviço prestado cumprem os requisitos do artigo 3º da CLT.

A Doutrina cita alguns elementos para que fique caracterizada a relação de emprego (DELGADO, 2019, p. 337). Sendo elas:

A pessoalidade que é caracterizada quando o prestador de serviço não pode ser substituído, e sempre é o mesmo, prestação esta sendo *intuitu personae*, conferindo assim um vínculo de infungibilidade. É a pessoalidade o fator pelo qual o empregador escolhe os seus empregados. Ser pessoa física é um aspecto determinante, pois se caso o prestador seja uma pessoa jurídica, logo essa relação não será regulada pela Consolidação das Leis do Trabalho e sim como uma obrigação de fazer na esfera cível. Segundo Delgado (2019, p. 316):

É essencial à configuração da relação de emprego que a prestação do trabalho, pela pessoa natural, tenha efetivo caráter de infungibilidade, no que tange ao trabalhador. A relação jurídica pactuada – ou a efetivamente cumprida – deve ser, desse modo, *intuitu personae* com respeito ao prestador de serviços, que não poderá, assim, fazer-se substituir intermitentemente por outro trabalhador ao longo da concretização dos serviços pactuados.

O requisito da pessoalidade está ligado à pessoa do empregado, e este não pode se substituir por outra pessoa para a realização do trabalho que foi contratado.

Outro critério é que a relação deve ser eventual. Se o trabalho for eventual, estaremos diante de uma relação de trabalho e não relação de emprego. Para ser considerada relação de emprego, o labor deve ser não eventual e estar disponível de forma permanente. A continuidade na prestação, é um requisito, porque o contrato de trabalho se trata de um pacto sucessivo, que não acaba com uma única prestação tal como ocorre na compra e venda em que um lado paga um valor e o outro entrega o bem. (MARTINS, 2009).

Para Delgado (2019, p. 341) “para que haja relação empregatícia é necessário que o trabalho prestado tenha caráter de permanência (ainda que por um curto período determinado), não se qualificando como trabalho esporádico”. Assim, o empregado contratado está a disposição do empregador para a realização das tarefas designadas por ele.

A subordinação é o elemento mais importante para configuração da relação de emprego. Martinez (2015, p. 159) comenta que, a subordinação, no plano jurídico, limita a autonomia de vontade do prestador de serviços, se materializando na obediência e sujeição ao comando do tomador de serviços e na situação de respeito à hierarquia. Ela ocorre quando o empregador tem poder diretivo sobre o trabalho do empregado, podendo coordenar e fiscalizar a prestação dos serviços executados pelo trabalhador.

Para que exista a relação de emprego, também necessita da onerosidade, que é a contraprestação devida pelo empregador em razão da prestação de serviço pelo empregado. O empregado irá realizar o trabalho na medida em que for remunerado e é dever do empregador pagar e do empregado realizar serviços.

No plano objetivo, a onerosidade manifesta-se pelo pagamento, pelo empregador, de parcelas dirigidas a remunerar o empregado em função do contrato empregatício pactuado.

Só haverá contrato de trabalho se existir salário pactuado pelas partes. Assim, o trabalho de graça ou de favor, não se caracteriza como relação de emprego.

Por fim, a alteridade é quando o empregador assume os riscos da atividade econômica desenvolvida por ele. O empregado deve pagar o salário pela prestação

de serviço do trabalhador, independente de sua situação, dificuldade ou condição pessoal.

2.3 CONTRATO DE EMPREGO

O contrato de emprego é encontrado no art. 442 da CLT com a denominação de “contrato individual de trabalho”, feito por acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego. Essa definição é criticado por Alice Monteiro de Barros, em relação a denominação “contrato de trabalho”, para designar o que seria “contrato de emprego”. Barros (2012, p. 185) propõe o seguinte conceito:

O contrato de trabalho é o acordo expresso (escrito ou verbal) ou tácito firmado entre uma pessoa física (empregado) e outra pessoa física, jurídica ou entidade (empregador), por meio do qual o primeiro se compromete a executar, pessoalmente, em favor do segundo um serviço de natureza não-eventual, mediante um salário e subordinação jurídica. Sua nota típica é a subordinação jurídica. É ela que irá distinguir o contrato de trabalho dos contratos que lhe são afins e, evidentemente, o trabalho subordinado do trabalho autônomo.

O texto da CLT não observa, como se percebe, a melhor técnica de construção de definições: em primeiro lugar, não desvela os elementos integrantes do contrato empregatício; em segundo lugar, estabelece uma relação incorreta entre seus termos (é que em vez de o contrato *corresponder* à relação de emprego, na verdade ele *propicia* o surgimento daquela relação); finalmente, em terceiro lugar, o referido enunciado legal produz um verdadeiro círculo vicioso de afirmações (contrato/relação de emprego; relação de emprego/contrato).

Segundo Martinez (2015, p. 55), contrato de emprego é o negócio jurídico pelo qual uma pessoa física (o empregado) obriga-se, de modo pessoal e intransferível, mediante o pagamento de uma contraprestação (remuneração), a prestar trabalho não eventual em proveito de outra pessoa, física ou jurídica (empregador), que assume os riscos da atividade desenvolvida e que subordina juridicamente o prestador.

Caracteriza-se o contrato de emprego a partir de sua execução, quando se desvelam os atributos qualificadores desse negócio jurídico. Em rigor, o tratamento

dos dados caracterizadores da relação de emprego acaba por evidenciar, por destacar os traços particulares do contrato de emprego. Conclui-se, portanto, que as características do contrato de emprego são exatamente os mesmos da relação de emprego: pessoalidade, onerosidade, alteridade, não eventualidade/continuidade da prestação e subordinação.

O autor supra referenciado, afirma que o contrato de emprego, pode ser classificado nos moldes da teoria dos contratos civis, podendo ser: Típico ou nominado, que é o contrato tipificado em lei, ou seja, previsto em norma regulamentadora própria. Personalíssimo, quando o contrato de emprego é *intuitu personae* em relação ao empregado. Este não pode se fazer representar por outra pessoa na prestação do serviço. As características pessoais do prestador de serviço são levadas em consideração na celebração do contrato.

O contrato de emprego também pode ser classificado quanto a sua onerosidade, onde pressupõe a necessidade de ser remunerado, ou seja, que exista uma contraprestação por parte dos sujeitos; diferenciando assim o trabalho remunerado do trabalho voluntário.

Em regra o contrato de emprego dispensa formalidades, classificado com informal ou não solene, e não é vinculado a formas específicas, podendo ser verbal ou até mesmo tácito que é aquele em que as partes, sem declarar ou mencionar suas intenções, agem de forma consonante ao longo do tempo, de maneira que dessa relação passam a existir direitos e obrigações. A mera execução dos serviços conforme as características próprias ao contrato de emprego são suficientes para se configurar o ajuste.

O contrato também pode ser classificado como de trato sucessivo e comutativo. O primeiro pressupõe a realização de prestações sucessivas do trabalho. Não se esgota com a execução de um único ato, ou seja, não é instantâneo, mesmo tendo prazo determinado; já o segundo é o contrato de emprego que uma vez produz direitos e obrigações equivalentes para ambos os contratantes. As prestações são conhecidas desde o início da contratação.

E por fim, os contratos podem ser classificados como sinalagmático e principal, partindo o primeiro do princípio da autonomia da vontade, por meio do qual as partes se obrigam reciprocamente à prestação e contraprestação. É dotado de direitos, deveres e 20 obrigações contrárias e equilibradas. A cada obrigação de fazer, de prestar o serviço, corresponde uma obrigação de dar (pagar o salário); e o

contrato principal existe em função de si mesmo. Não depende de outro contrato complementar.

Os elementos do contrato de trabalho servem para verificar se o contrato é válido e qualificam a sua existência. De acordo com Leite (2018 p. 343), esses elementos podem ser divididos em “elementos essenciais” e “elementos acidentais”. Martinez ainda acrescenta os chamados “elementos naturais”.

Para Delgado (2019, p. 621), os primeiros (elementos essenciais) são imprescindíveis à formação da figura jurídica contratual, “sua ausência ou irregularidade pode comprometer a própria existência ou validade do contrato”. O segundo (elementos acidentais) são circunstanciais e episódicos na existência de tais contratos. E os últimos (elementos naturais), embora não sejam imprescindíveis à existência do contrato, são comuns, recorrentes e quase inevitáveis em seu cotidiano concreto.

Os elementos essenciais como os que necessariamente fazem parte da estrutura dos negócios jurídicos, sendo, por isso, indispensáveis à sua existência. Podem ser gerais ou particulares. Os gerais estão presentes em todo e qualquer negócio jurídico, como a declaração de vontade, por exemplo. Os particulares são peculiares a certas espécies negociais por serem concernentes à sua forma, como, por exemplo, a existência de um instrumento contratual escrito nos ajustes interempresariais de trabalho temporário (art. 11 da Lei n. 6.019/74). (MATINEZ, 2015, p. 56).

Os elementos essenciais são considerados elementos obrigatórios para validade do contrato de trabalho. Tendo em vista a lacuna normativa na CLT, a respeito dos negócios jurídicos, sendo o contrato de trabalho uma de suas espécies, pode se utilizar no que couber conceitos do Código Civil. Dispõe o art. 104 do CC que a validade do negócio jurídico requer: *capacidade das partes, objeto lícito; e forma prescrita em lei.*

A capacidade das partes segundo Monteiro (1977, p. 57-58). é “a aptidão para exercer, por si ou por outrem, atos da vida civil”. A capacidade trabalhista se resume então na aptidão reconhecida pelo direito do trabalho para o exercício de atos da vida laborativa.

O Direito do Trabalho não introduz inovações no que concerne à capacidade do *empregador*, preserva, aqui, portanto, o padrão jurídico já assentado no Direito Civil. Desde que se trate de pessoa natural, jurídica ou ente despersonalizado a

quem a ordem jurídica reconheça aptidão para adquirir e exercer, por si ou por outrem, direitos e obrigações na vida civil, tem-se como capaz esse ente para assumir direitos e obrigações trabalhistas.

Fixa o Direito do Trabalho que a capacidade plena para atos da vida trabalhista inicia-se aos 18 anos (art. 402 da CLT). Entre 16 e 18 anos situa-se capacidade/incapacidade relativa do obreiro para atos da vida trabalhista (14 anos, se vinculado ao emprego por meio de contrato de aprendiz).

Sendo relativa essa capacidade, pode o trabalhador jovem praticar, validamente, sem a assistência de seu responsável legal, alguns tantos atos laborais. Assim, pode ele prestar trabalho e assinar recibo de pagamentos contratuais ao longo do desenvolvimento do pacto. Embora a lei refira-se à assinatura de recibo *salarial* (art. 439 da CLT). (DELGADO, 2019, p. 623).

O objeto lícito, para Delgado é lícito (2019, p. 626), o trabalho que siga os princípios, institutos e regras do direito do trabalho, conforme sua dinâmica e não seja considerado trabalho ilícito ou irregular. Trabalho. *Ilícito* é o trabalho que compõe um tipo legal penal ou concorre diretamente para ele; *irregular* é o trabalho que se realiza em desrespeito a norma imperativa vedatória do labor em certas circunstâncias ou envolvente de certos tipos de empregados. Embora um trabalho irregular possa também, concomitantemente, assumir caráter de conduta ilícita (exercício irregular da medicina, por exemplo), isso não necessariamente se verifica.

Por fim, a forma prescrita em lei, no Direito do Trabalho, essa regra também se manifesta: em princípio, que não há qualquer instrumentalização específica obrigatória na celebração de um contrato empregatício. O contrato de trabalho é pacto não solene; é, por tanto, contrato do tipo informal, consensual, podendo ser licitamente ajustado até mesmo de modo apenas tácito (*caput* dos artigos 442 e 443 da CLT). (DELGADO, 2019, p. 628).

Existem, porém, é claro, certas situações excepcionais e legalmente tipificadas em que o pacto contratual de trabalho deve respeitar um mínimo de instrumentalização formal: trata-se de uns tantos contratos solenes trabalhistas referenciados pela CLT ou legislação extravagante.

Elementos acidentais do contrato são aqueles que, embora circunstanciais e episódicos no contexto dos pactos celebrados, altearam-lhes significativamente a estrutura e efeitos, caso inseridos em seu conteúdo. Os elementos acidentais classicamente enfatizados pela doutrina civilista são o *termo* e a *condição*.

A existência de *termo* (certo ou incerto) nos contratos de trabalho é situação excetiva, viável apenas se configuradas hipóteses legais tipificadas e expressas (art. 443 da CLT ou Lei n. 9.601/98, por exemplo). Mais rara ainda é a presença da *condição* (pelo menos a expressa) nos contratos empregatícios. A CLT prevê uma hipótese (extremamente incomum) de condição resolutiva expressa em contrato de trabalho: trata-se do empregado substituto de trabalhador afastado por razões previdenciárias e que tenha especificada em seu pacto empregatício cláusula de rompimento contratual automático em face do simples retorno do titular do cargo (art. 475, § 2º, da CLT). (DELGADO, 2019, p. 632).

Por fim, os elementos naturais são aqueles que, embora não se caracterizando como imprescindíveis à própria formação do tipo contratual examinado tendem a comparecer recorrentemente em sua estrutura e dinâmica concretas. Na área justrabalhista surge como elemento natural do contrato empregatício a jornada de trabalho.

De acordo com o que diz a CLT em seus art. 2º e 3º, o contrato de trabalho com vínculo de emprego, gira em torno de dois sujeitos: o *empregado* e o *empregador*. O primeiro é o executor do serviço e o segundo o prestador deste.

Convém estabelecer primeiramente o conceito de trabalhador, Para Leite (2018, P. 158). *Trabalhador*, em sentido amplo, é toda pessoa física que utiliza sua energia pessoal em proveito próprio ou alheio, visando a um resultado determinado, econômico ou não. Logo, nem todo trabalhador é empregado, mas todo empregado é trabalhador. O empregado é tutelado pelo direito do trabalho, ou seja, é titular de direitos trabalhistas. Já a tutela dos demais trabalhadores depende da previsão do ordenamento jurídico de um dado Estado.

Delgado (2019, p. 420) conceitua empregado é “toda pessoa natural que contrate, tácita ou expressamente, a prestação de seus serviços a um tomador, a este efetuados com pessoalidade, onerosidade, não eventualidade e subordinação”. Logo, o empregado é a pessoa natural que presta serviço não eventual a um empregador dependendo dele mediante salário.

Leite (LEITE, 2018 p. 159), enumera alguns requisitos de natureza subjetiva, para que um trabalhador possa ser considerado empregado. O primeiro é ser pessoa física, ou seja, o ser humano. A relação empregatícia é pessoal, visto que o empregado não pode ser substituído por outra pessoa em sua prestação de serviço. Dar-se isso o caráter personalíssimo. Outro requisito é que essa pessoa física preste

serviços de natureza subordinada, isto é, que exerce uma atividade profissional sob o poder de direção de outro.

Por fim, o autor ainda preceitua como requisito, a remuneração e a não eventualidade. A remuneração também conhecida como onerosidade, que é a contraprestação do empregador dada em dinheiro. O trabalho de favor, por caridade ou gracioso, descaracteriza o trabalhador como empregado diz respeito à forma temporal como o trabalho do empregado é prestado. Para ser empregado é preciso que o serviço por ele prestado não seja um trabalho eventual, isto é, em caráter transitório, acidental, esporádico ou não necessário como serviço permanente por exigência do tomador.

O segundo sujeito da relação de emprego é o empregador. De acordo com o art. 2º da CLT nos conceitua como empregador a empresa individual ou coletiva que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação de serviço. Em suma, é todo ente que tem ou não personalidade jurídica, com ou sem fim lucrativo que tem empregado. Será empregador o ente que tiver empregado.

Conclui-se que o empregador é a pessoa física ou jurídica que paga em forma de salário pelo serviço prestado pelo empregado.

2.4 JORNADA DE TRABALHO

A duração do trabalho é a expressão usada em sentido amplo, compreendendo todo o período do contrato, incluindo repouso semanal remunerado e férias anuais remuneradas. Jornada de trabalho possui um sentido mais restrito que duração de trabalho, compreendendo apenas o tempo que o empregado está efetivamente trabalhando e colocando sua força de trabalho à disposição do empregador, no período contratual ou legalmente fixado.

Para Maurício Godinho Delgado (2019, p. 927).

A jornada mede a principal obrigação do empregado no contrato – o tempo de prestação de trabalho ou, pelo menos, de disponibilidade perante o empregador. Por ela mensura-se, também, em princípio, objetivamente, a extensão de transferência de força de trabalho em favor do empregador no contexto de uma relação empregatícia. É a jornada, portanto, ao mesmo tempo, a medida da principal obrigação

obreira (prestação de serviço) e a medida da principal vantagem empresarial (apropriação dos serviços pactuados).

Nesse sentido, a jornada de trabalho seria o período que o trabalhador efetivamente presta seu serviço ao empregador. Ao longo de muitos anos foram conquistados direitos aos trabalhadores no que tange a jornada de trabalho por meio das lutas de classe.

O autor também nos ensina que “jornada e salário têm uma relação estreita com o montante de transferência de força de trabalho que se opera no contexto da relação empregatícia”. Aliado a jornada de trabalho, o salário adquirido pela prestação de serviço também é essencial ao trabalhador. Quando reduzida a jornada normal do empregador, sem norma concernente à possível redução de salário, vai ocorrer a elevação do preço da força de trabalho, uma vez que o salário também aumenta.

É possível perceber isso na Constituição Federal de 1988 em seu art. 7º, XIII, onde determina a jornada de trabalho em 44 horas semanais, e quando fixa jornada especial de 6 horas para trabalhadores específicos

A jornada de trabalho também está ligada com a saúde, higiene e segurança do empregador, como expressamente traz o art 7º, XXII da CF/88. Maurício Godinho Delgado (2019, p. 928) diz:

as normas jurídicas concernentes à duração de trabalho já não são mais – necessariamente – normas estritamente econômicas, uma vez que não podem alcançar, em certos casos, a função determinante de normas de saúde e segurança laborais, assumindo, portanto, o caráter de normas de saúde pública.

A partir disso, além da garantia contida da Constituição Federal de 1988 aos trabalhadores brasileiros de uma jornada de trabalho limitada a 8 horas diárias e 44 horas semanais, ainda encontramos outras limitações à jornada e a prestação de serviços, tal como o intervalo intrajornada que nos períodos de descanso reservados ao trabalhador, na intrajornada, no mínimo uma hora e, no máximo, duas horas para jornadas superiores a seis horas (Art, 71, CLT), intervalo intrajornada de pelo menos 11 horas (Art. 66, CLT), descanso semanal de pelo menos 24 horas consecutivas (Art. 67, LT), além de férias anuais de 30 dias (Art. 130, CLT).

A intrajornada é a inserção certos períodos de intervalo dentro da jornada com a remuneração desses curtos períodos, reduzindo o tempo da efetivas exposição e contado do trabalhador à atividade contratada. Por esse razão DELGADO (2019, p. 1031) afirma que a jornada de trabalho deve incluir não somente o tempo trabalhado e à disposição, mas também o tempo tido como contratual feito por imposição legal, como é o caso de intervalos remunerados.

O art. 7º, XIII da Constituição da República de 1988, estabelece que o limite máximo da duração do trabalho diário é de 8 horas e semanal de 44 horas, sendo facultada a compensação de horários e redução de jornada mediante acordo ou convenção coletiva.

Conforme lição de Maurício Godinho Delgado existem critérios básicos e especiais para fixação da jornada de trabalho. Os critérios básicos se subdividem em: *tempo efetivamente trabalhado*, *tempo à disposição* e *tempo de deslocamento*. Os critérios especiais são: tempo de prontidão e tempo de sobreaviso. (DELGADO, 2019, p. 1032).

O tempo efetivamente trabalhado se traduz como aquele que é *efetivamente* trabalhado pelo obreiro, excluindo, portanto, o “tempo a disposição” do empregador, mas sem labor efetivo, eventuais paralizações do trabalho; intervalo intrajornada e qualquer outro tempo em que o empregado não esteja prestando serviço. O tempo à disposição é aquele a disposição do empregador no local de trabalho, independentemente da ocorrência ou não da prestação de serviço, ampliando a composição da jornada em relação ao critério anterior.

O terceiro critério é o tempo de deslocamento que é aquele tempo despendido pelo trabalhador no deslocamento de casa-trabalho-casa e não há efetiva prestação de serviço, ampliando ainda mais a jornada em comparação aos anteriores.

A jornada diária máxima, em regra, deve ser de 8 horas. Não é vedado ao empregador estipular jornada diária inferior. Algumas categorias profissionais já desfrutam, por meio de normas autônomas ou heterônomas, de jornadas inferiores a 8 horas diárias. Somente em casos excepcionais a lei admite a prorrogação da jornada diária. A duração do trabalho para proteger a saúde física e psíquica do trabalhador. Portanto, a jornada estendida é nociva ao trabalhador e a toda a sociedade, uma vez que, além de reduzir a oferta de emprego, pode redundar em fadiga, tornando-o suscetível a doenças.

A prestação do serviço após o limite máximo diário (8 horas) implica, em princípio, o direito de o trabalhador perceber adicional de horas extras, na base mínima de 50% do valor da hora normal (CF, art. 7º, XVI).

Hora extra é o adicional tido como parcela de natureza salarial, devido em função do trabalho prestado além do limite do horário máximo legal e em regime de prorrogação de jornada. O art. 59, § 1º, da CLT, previa que a hora extraordinária, será remunerada com 20% sobre o valor da hora normal, no entanto o dispositivo não foi recepcionado pela Constituição de 1988, que em seu art. 7º, inciso XVI, determina que a remuneração deva ser de no mínimo, superior à metade da hora normal.

O regime de compensação de horas está prevista em texto celetista (§ 2º do art. 59) e constitucional (inciso XIII, art. 7º) específicos.. Em vez de o empregado trabalhar 8 horas por dia, de segunda a sexta e mais 4 horas no sábado, poderá laborar, por exemplo, 9 horas para completar às 44 horas semanais.

Conhecida como “semana espanhola”, é uma forma de compensação de jornada, onde o empregado irá trabalhar 40 horas em uma semana e 48 horas na semana seguinte de forma alternada. De modo que ao invés de trabalhar todos os sábados por meio período durante 4 horas, o empregado vai cumprir a jornada de 8 horas nesse dia e folgar no próximo. Nesse sentido diz a OJ 323 da SBDI-1 do TST:

ACORDO DE COMPENSAÇÃO DE JORNADA. SEMANA ESPANHOLA. VALIDADE. É válido o sistema de compensação de horário quando a jornada adotada é a denominada “semana espanhola”, que alterna a prestação de 48 horas em uma semana e 40 horas em outra, não violando os arts. 59, § 2º, da CLT e 7º, XIII, da CF/1988 o seu ajuste mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho.

Nota-se que o TST se posiciona em favor, contanto que seja acordada por convenção coletiva ou acordo coletivo, que deve ser obrigatoriamente ser feito por intermédio de sindicato. O TST reconhece o acordo individual para compensação de horas, desde que seja escrito. Podendo o trabalhador em uma semana laborar 48 horas e na segunda, 40 horas. Somente serão válidas se precedidas de negociação coletiva, instrumentalizada em convenção coletiva ou acordo coletivo.

Existe ainda a chamada prorrogação de horas, que pode ser de até duas suplementares, com acréscimo de 50%, feito com acordo direto entre empregador e

empregado ou norma coletiva, como diz o art 59 da CLT. Em até quadro horas suplementares, com acréscimo de 50% nos serviços inadiáveis e que sua não execução acarreta prejuízo ao empregador (art 61 CLT). Por fim, em até duas horas suplementares, sem acréscimo, desde que para compensar a jornada semanal de 44h, mediante convenção ou acordo coletivo de trabalho (LEITE, 2018, p. 482).

A negociação coletiva se trata de um importante instrumento das relações de trabalho, que permite o estabelecimento de regulações específicas para as mais variadas realidades de trabalho, através de empregados, representados por seus sindicatos, e empresas que podem estar sendo representadas também por seus sindicatos. Com a Reforma trabalhista a negociação coletiva foi fortalecida, pois esta reforçou a prevalência do negociado sobre o legislado, com o art. 8º, §3º da CLT.

A CLT define *convenção coletiva* como o “acordo de caráter normativo pelo qual dois ou mais sindicatos representativos de categorias econômicas e profissionais estipulam condições de trabalho aplicáveis, no âmbito das respectivas representações, às relações individuais de trabalho” (art. 611, *caput*, CLT). A convenção resulta, pois, de negociações entabuladas por *entidades sindicais*, envolvendo o âmbito da *categoria*. Seu caráter coletivo e genérico é, assim, manifest. A Convenção coletiva vale para toda a categoria representada e o acordo se limita às empresas que acordarem com seus respectivos empregados.

Assim, tem-se a autorização para empregados e empresas negociarem condições de trabalho características, que valerão por apontado período de tempo ou conjuntura, devendo atender às diversas necessidades e realidades dos trabalhadores.

O acordo coletivo de trabalho é um ato jurídico celebrado por um sindicato de determinada categoria e outra empresa correspondente à categoria do sindicato, onde se estabelecerão as regras da relação trabalhista entre ambas as partes. Do ponto de vista formal, se traduz como acordo de vontade semelhante às convenções coletivas embora seja especificamente no tocante aos sujeitos pactuantes (*contrato lato sensu*).

Para Delgado (2019, p. 192), os acordos coletivos constroem-se por empresa ou empresas, em âmbito mais limitado do que o das convenções, com efeitos somente aplicáveis à(s) empresa(s) e trabalhadores envolvidos. A legislação brasileira estipula que não será permitido a duração de convenção ou acordo coletivo de trabalho por prazo superior a dois anos (art. 614 § 3º, CLT.)

O *banco de horas* prevê a possibilidade de acordo entre funcionário e patrão de estabelecerem em comum acordo um banco de horas trabalhadas, para que possam ser compensados futuramente. Ele foi introduzido no ordenamento pela Lei nº 9.601 de 1998, que modificou a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) em seu art. 59.

Ele é diferente da hora extra, pois nessa modalidade o trabalhador recebe pelas horas trabalhadas, e no banco de horas o empregado irá se beneficiar com a redução da jornada, posteriormente compensada. O valor correspondente às horas extras prestadas não é pago diretamente ao empregado, uma vez que fica “depositado no banco de horas” do empregador e, na hipótese de rescisão do contrato de trabalho sem que tenha havido a compensação integral das horas extras prestadas, fará o trabalhador jus ao pagamento dessas horas, que serão calculadas sobre o valor da remuneração na data da rescisão.

O registo do banco de horas deve ser feito de forma consciente, para que não ocorra de ultrapassar às 44 horas de trabalho semanais. O Empregador deve organizar as horas trabalhadas pelo empregado, criando assim uma compensação delas, seja para sair mais cedo do trabalho, como folga ou prolongação das férias.

Esse regime foi introduzido em um momento onde o país sofria uma grande crise econômica que gerou centenas de demissões em trabalhadores e fechamento de empresas. A lei veio como iniciativa do governo de flexibilizar alguns direitos trabalhistas da CLT e combater o desemprego, facilitando a vida tanto do empregado, como do empregador, que concedia uma forma de manutenção para administrar as horas trabalhadas dos empregados e sua folga. Essa medida preveniu dispensas coletivas, já que diminuía as horas trabalhadas sem redução de salário, que posteriormente seriam compensadas como hora extra

No dia 23 de dezembro de 2016 o Poder Executivo apresentou o Projeto de Lei nº 6.787/2016, que propunha alterações ao Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943 – Consolidação das Leis do Trabalho –, e à Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974. Batizado pelo Governo de “Reforma Trabalhista”. A Consolidação das Leis do Trabalho anterior, que foi reformada pela atual vigente, fora promulgada em 1º de maio de 1943 com o Decreto-Lei nº 5.452. Em 2017, fora então reformada a referida lei.

Com a reforma advinda da Lei 13.467/2017, e com a inclusão do §5º no art. 59 e o parágrafo único do art. 59-B da CLT. A ferramenta do banco de horas passa a

ser adotada por qualquer empregador que dela disponha para a administração da mão de obra, se necessariamente está condicionada a impedir dispensas.

3. CONCEITOS DE PRINCIPIOS

Durante muito tempo a teoria positivista dominou o cenário jurídico brasileiro. No início os princípios não possuíam status de norma jurídica, já que essa teoria só conferia efetividade e normatividade às normas disciplinadas expressamente, ou seja, apenas as regras eram vistas como normas jurídicas.

Só depois da década de 50 e com o surgimento de ideologias pós-positivistas, foi que houve um incentivo na análise da Teoria do Direito, focando na normatividade dos princípios.

Os princípios, de maneira geral é a posição percebida em uma determinada cultura ou ordenamento jurídico, é a partir deles que vai se organizar o funcionamento do Direito. Com esse pressuposto. Os princípios são essenciais para a regulamentação e estabilidade da vida social. São os princípios que sedimentam a interpretação das regras jurídicas. Sendo assim, mesmo não tendo o caráter de lei, eles são muito importantes em um caso concreto.

A norma é um dispositivo geral e abstrato, além de ser pessoal e obrigatório responsável pela regulamentação da vida social. Logo, para entender a norma, tem que saber da conceituação de princípio e regra. (DELGADO, 2017, p. 23).

Foi em meados da década de 70 que houve uma grande modificação na teoria do direito e em sua filosofia inteiramente positivista que separava a moral do direito. A mudança vinha para mostrar que havia relação entre eles na construção do ordenamento jurídico.

Nesse contexto, Ronald Dworkin, na sua obra *Levando direitos a sério*, trabalha tentando superar teoria positivista na discricionariedade judiciária, onde o juiz, ao invés de criar novas regras para fundamentar casos complexos, irá e utilizar dos princípios para sua solução. Sua pesquisa se divide em diferenciar regra de princípio e princípio de política. Dworkin se refere a princípio como todos os padrões que não são regra e possuem não apenas a validade, mas também o peso da sociedade.

Nossa sociedade é predominantemente composta por um sistema positivista, ou seja, códigos e normas são aplicados a casos concretos, entretanto a Constituição de 1998 é instituída por diversos princípios, muitos desses ditos “fundamentais”. Logo dizemos que regras são a concretização, em caráter instrumental, dos princípios que servem como base.

Os princípios devem ser usados em momentos onde a contradições entre duas regras que podem ser aplicadas em uma situação, ou quando não há regra para tal e ainda quando a regra não é clara.

De forma genérica os princípios englobam um conjunto de padrões que não são regras. Eles ainda possuem a característica de peso, onde será usado aquele que mais se adequa ao caso, mas nunca desqualificando o outro, já que este pode ser válido em outros casos.

As regras são normas que estão positivadas, tem caráter formal e escrito. Diferentemente dos princípios, se duas regras entrarem em conflito, uma delas não será mais válida para o ordenamento. A regra pode ser considerada injusta dependendo das condições de sua aplicação. Por outro lado os princípios apenas conduzem a argumentação jurídica, não apenas na regra usada na situação, mas para interpretação de todas as regras do direito.

Para Dworkin (2007, p. 102), as regras, como uma espécie de norma devem ser aplicadas com o critério de “tudo ou nada”, ou seja, se o que contém na regra estiver presente num caso, ela será tomada como válida e o que contém na regra deve ser aplicado, da mesma forma que se o que for estipulado não estiver presente, a regra deverá ser afastada.

Em relação à regra e política, o autor diz que é um tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade.

Robert Alexy, por sua vez, foi um pensador que se envolveu muito nos estudos da distinção entre princípio e norma. Ele concordava com o caráter normativo de ambos os institutos, mas discordava em alguns pontos da obra de Dworkin.

Alexy (2008, p. 58) diz que as regras não devem ser aplicadas no modelo “tudo ou nada”. Para ele, existem muitas exceções nos ordenamentos jurídicos modernos e que não são passíveis de regras taxativas, podendo surgir muitas exceções, diferentemente de Dworkin que entende ter um número limitado de possibilidade de exceções.

E relação aos princípios, Alexy conceitua como “mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades

fáticas, mas também jurídicas determinadas pelos princípios e regras colidentes.” (ALEXY, 2008, p. 64).

Sendo assim, os princípios são normas que ordenam a realização de algo na maior medida do possível em uma situação fática dentro das possibilidades jurídicas existentes, já as regras são normas é aquilo que juridicamente existe em totalidade e exige que seja cumprido o que se pede na situação fática.

Ainda com base e sua teoria, Alexy aborda soluções para o conflito entre princípios, onde se deve analisar o peso deles em caso concreto sem a necessidade de algum se tornar inválido, sabendo que outro irá prevalecer. Com base nisso, nota-se uma teoria de proporcionalidade, em que o autor subdivide em três: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

A adequação e a necessidade está relacionada a natureza dos princípios como método de otimização das possibilidades fáticas, enquanto a proporcionalidade em sentido estrito é relativizar a situação dentro do cenário jurídico, onde tenta encontrar um ponto de equilíbrio entre os princípios conflitantes de modo a não excluir ou tornar inválido o princípio rejeitado.

A partir do fundamento da proporcionalidade, Alexy sustenta que “como resultado de todo o pensamento que seja correto do ponto de vista dos direitos fundamentais pode ser formulada uma norma de direito fundamental atribuída, que tem estrutura de uma regra e à qual o caso pode ser submetido” (ALEXY 2007 p. 66).

Sendo assim, Alexy introduziu a importância da utilização dos princípios na aplicação das regras, visto que são responsáveis por dar coerência ao texto normativo.

3.1 PRINCÍPIOS NA APLICAÇÃO DAS REGRAS

Como já dito, os princípios depois da era pós-positivista, vem sendo utilizados como norteadores das aplicações de normas jurídicas. Barroso (2003, p. 209) afirma que “princípio é o norte pelo qual deve guiar o operador do direito”. Entende-se que sem ter um bom conhecimento acerca dos princípios, não há compreensão total de normas constitucionais, pois é a partir dos princípios que elas são criadas e validam o atual sistema.

Dito isso, existem duas situações onde os princípios são utilizados de maneira fundamental, o primeiro é para a criação das normas e a segunda para a interpretação delas. Por seu histórico ético, eles possuem extrema relevância para os legisladores na hora da criação das normas jurídicas, como também, para os juízes em alguma sentença, na hora da interpretação.

Nesse contexto, não se deve aceitar que um diploma legal carregue um texto sem nenhuma base principiológica e moral, apenas um conjunto aleatório de normas como era aceito em épocas passadas. A ordem jurídica deve obedecer a uma série de princípios que tem fundamento de ética e moral para sua validade, assim terá coesão no ordenamento jurídico presente.

Paulo Bonavides afirma que os princípios são a norma chave de todo ordenamento jurídico. É graças aos princípios que o sistema constitucional reflete uma unidade de sentido e valoração da norma. O autor ainda afirma que quando os princípios são violados, ocorre uma destruição da raiz da árvore jurídica. Os princípios são dotados de normatividade, entende-se que não há distinção entre princípio e norma e sim entre princípio e regra, como já mostrado anteriormente. Para Bonavides existe uma superioridade e hegemonia em relação aos princípios na pirâmide normativa. São os princípios que governam a constituição, já que são considerados valores fundamentais. (BONAVIDES, 1997, p. 288).

Nesse contexto as principais funções dos princípios são:

- Fonte em caso de lacuna na lei
- Orientar alguma interpretação de uma regra
- Fundamentar a ordem jurídica

A fonte de complementação de lacunas é um método antigo antes mesmo dos princípios possuírem caráter normativo, eles já eram utilizados para solucionar conflitos. De acordo com o art 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro “o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”. O art 8º da CLT também confere esse papel aos princípios, onde estipula essa função desde que não prejudique a classe ou particular, devem os aplicadores do Direito do Trabalho decidir “pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho”.

A função de orientar a interpretação de uma regra, “constituem premissas conceituais, metodológicas ou finalísticas que devem anteceder, no processo

intelectual do intérprete, a solução concreta da questão posta” (BARROSO e BARCELLOS, 2003, p. 163). Os princípios servem como guia orientador para os operadores do direito interpretarem o ordenamento.

Por fim, a fundamentação da ordem jurídica, é alicerce principal de qualquer ordenamento, por meio dos princípios que é construído qualquer sistema normativo, ou seja, é um instrumento chave que todo legislador deve se embasar.

3.2 PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO

O princípio da proteção ao empregado é um dos de maior importância dentro do direito do trabalho, alguns doutrinadores o consideram um sobreprincípio ou princípio ideológico, visto que todas as leis trabalhistas são embasadas nele. O motivo disso é que na evolução do Direito do Trabalho, o empregado sempre foi o lado que mais testemunhou abusos e sempre foi explorado pelo empregador. Dessa forma se fez necessária a intervenção do Estado para a proteção do trabalhador que é o lado hipossuficiente da relação.

Este princípio é critério para a fundamentação de orientação do Direito do Trabalho, onde inspira não a um critério de igualdade, como no direito comum mas sim estabelece um amparo preferencial a uma das partes, o empregado, que é visto como desfavorecido perante o empregador.

O autor Freitas Junior, diferencia a atuação do princípio da proteção no Direito do Trabalho, do início do século XX, conhecido como protecionismo clássico e de como é feita atualmente, chamado de protecionismo promocional. No primeiro o foco é a parte hipossuficiente da relação, e o Estado deve assumir o papel de protagonismo na proteção da ação protetora. Aqui não existe o foco na atuação sindical que só será vista no protecionismo promocional, que garante a liberdade sindical e o foco é o trabalhador qualificado representado pelo sindicato de sua categoria. (JUNIOR, 1999 pp. 60-70).

O empregador atua na relação de trabalho como um ser coletivo, uma vez que o desequilíbrio no contato é gerado pela postura socioeconômica do empregador. Por outro lado, o empregado atua como um ser individual e não é capaz de produzir efeito extensivo perante o empregador.

É por isso que o Direito do Trabalho visa proteger o polo mais frágil da relação se utilizando de uma postura protetiva e por meio do princípio da igualdade, vem reduzir as eventuais lesões.

Essa necessidade de proteção é ocasionada pela existência de uma dependência do empregado em face do empregador. Dependência essa que tem dois motivos, o primeiro é por trabalhar seguindo ordens e o segundo é a dependência econômica advinda da relação para obter meios de subsistência. O trabalhador além da vulnerabilidade econômica, ainda se encontra em vulnerabilidade física, uma vez a sua mão-de-obra é inerente a sua pessoa, ficando sujeito a danos físicos e mentais. (SILVA, 1999, p. 25)

O autor ainda acrescenta que o direito do trabalho é responsável pela proteção ao trabalhador e é por meio do princípio da proteção que irá se promover a atenuação na inferioridade econômica, hierárquica e intelectual dos trabalhadores (SILVA, 1999, p. 29).

Importante destacar que o Direito do Trabalho não disponibiliza direito apenas para o empregado, regulando também o poder diretivo do empregador, visando assim ceder superioridade jurídica ao empregado para compensar a natural inferioridade na relação trabalhista (SILVA, 1999, p. 48). Outrossim, o princípio da proteção é limitado pelo princípio da segurança jurídica, pois a estabilidade da norma e da relação de trabalho serão garantidas pelo ordenamento jurídico, cabendo seu papel em assegurar a correta e eficaz aplicação das normas.

3.3 PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO NA CONSTITUIÇÃO DE 1998

A Constituição da República de 1988 buscou trazer o princípio da proteção, sendo esse intitulado no art. 7º, caput e demais incisos. O texto constitucional trouxe um rol de direitos trabalhistas e a possibilidade de criação e aperfeiçoamento da legislação trabalhista.

Cabe ressaltar que é o princípio da proteção que orienta os demais princípios basilares do Direito do Trabalho, fundamentando e incentivando os demais.

Percebe-se a importância desse princípio e de que o art 7º, caput trouxe. Mostra o caráter social e preocupação à dignidade do trabalhador trazida pela Constituição de 1988. Por isso, o texto constitucional veda a flexibilização trabalhista

já prevendo que ocorreriam modificações no Direito do Trabalho em prol de interesses do mercado. (DELGADO, 2013 p. 397).

Ademais, o Direito do trabalho além de promover as funções tradicionais tais como regular conduta e aperfeiçoar as relações trabalhistas, também exerce funções específicas de contratação e estabilização da função progressista, civilizatória e democrática. (DELGADO, 2013 p. 397). Função essa responsável pela redução da mercantilização da força de trabalho, aumentando o princípio da dignidade da pessoa humana.

Nota-se que a Constituição de 1988 colocou o princípio da proteção no mesmo patamar de direitos fundamentais, e na medida em que o empregado trabalha continua um cidadão portador de dignidade. Isso é ainda mais evidente quando percebemos que o caput do art 7º vem enfatizar a proteção da Justiça do Trabalho, e os demais 34 incisos do referido artigo apresentam direitos fundamentais que visam a melhoria das condições trabalhistas.

O exercício da proteção pode também se manifestar tanto da autonomia provada, como na autotutela. O primeiro é com base nas negociações coletivas, realizada em um ambiente de liberdade sindical para contribuir com um sistema mais benéfico. O segundo é um mecanismo que possibilita o exercício da defesa dos direitos do trabalhador por meio da força.

Cabe salientar que o princípio da proteção não tem o objetivo de questionar a habilidade do empregador. O principal papel como já exposto é saber se as normas aprovadas e que são aplicadas, não violam o referido princípio e garantir o equilíbrio da partes na relação de trabalho. Em geral a doutrina desmembra o princípio da proteção em três:

- Princípio do *in dubio pro operário*
- Princípio da aplicação da norma mais efetiva ao trabalhador
- Princípio da condição mais benéfica

O princípio do *in dubio pro operário* determina que, nas situações de mais de uma interpretação possível de uma regra trabalhista, deve-se aplicar aquele mais favorável ao empregado. O princípio aqui não está relacionado ao plano processual, uma vez que deve julgador verificar a quem cabe o ônus de comprovar o alegado em um caso concreto, ao invés de simplesmente julgar em favor do trabalhador. Ressaltando que é apenas na questão processual onde o princípio da isonomia é que irá prevalecer, também conhecido como simetria das partes.

O Princípio da aplicação da norma mais efetiva ao trabalhador é uma ramificação do princípio da proteção que diz respeito à aplicação da norma mais favorável ao empregado em qualquer situação, independente da sua posição da escala hierárquica de Kelsen.

A própria Constituição de 1988 de forma implícita prevê o instituto em seu artigo 7º, onde diz “São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social”. Na segunda metade do texto a lei ainda dar condições de além dos direitos elencados, outros que visem melhor condição social ao trabalhador, possam ser aplicados.

Nota-se que o artigo 7º, além de prevê direitos mínimos, ainda abre margem para que possa ser complementado pela legislação ordinária para melhorar as condições de trabalho.

Conforme o doutrinador Sergio Pinto Martins (2012, p. 70), a utilização da norma mais favorável pode ocorrer em três situações distintas.

(a) a elaboração da norma mais favorável, em que as novas leis devem dispor de maneira mais benéfica ao trabalhador. Com isso se quer dizer que as novas leis devem tratar de criar regras visando à melhoria da condição social do trabalhador; (b) a hierarquia das normas jurídicas: havendo várias normas a serem aplicadas numa escala hierárquica, deve-se observar a que for mais favorável ao trabalhador. Assim, se o adicional de horas extras previsto em norma coletiva for superior ao previsto na lei ou na Constituição, deve-se aplicar o adicional da primeira. A exceção à regra diz respeito a normas de caráter proibitivo; (c) a interpretação da norma mais favorável: da mesma forma, havendo várias normas a observar, deve-se aplicar a regra mais benéfica ao trabalhador.

Assim ao analisar uma norma trabalhista, deve sempre estar embasado no princípio da norma mais favorável que é responsável por orientar a conduta até a situação fática.

Esse princípio ainda é utilizado quando o empregado percebe que após a negociação coletiva houve um maior favorecimento ao empregador na norma individual, ao passo que na negociada lhe é mais favorável. Existem três teorias para a escolha de uma norma mais favorável para atender os interesses do trabalhador:

- Teoria do conglomerado

- Teoria da acumulação
- Teoria do conglomerado mitigado

A primeira é a aplicação total do instrumento mais favorável sem fracionamento de seu instituto. A segunda é a aplicação de dois instrumentos, extraindo qual o mais favorável ao empregado e aplicando isoladamente do contrato de trabalho. E por fim a terceira busca uma comparação de diversas regras sobre a matéria, buscando aplicar a mais favorável respeitando os critérios de especialização. Importante lembrar que deve se analisar cada problemática para definir qual teoria vai se utilizar.

Dessa forma, percebe-se que a norma busca privilegiar sempre as melhores condições ao trabalhador com base na interpretação efetiva do princípio.

Por fim, o princípio da condição mais benéfica assegura ao trabalhador, condições mais vantajosas estipuladas no contrato de trabalho ou estipuladas no contrato de trabalho, mesmo que seja criada uma lei superveniente que as altere. Assim, se ocorrer uma mudança para pior, não irá alcançar os que já têm um contrato de trabalho vigente, somente o novos trabalhadores da empresa. Seu objetivo principal é que os benefícios adquiridos ao longo do tempo, não sejam extintos.

3.4 DOS DIREITOS SOCIAIS: PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL

A proibição do retrocesso social consiste em um princípio constitucional que tem como propósito impedir que o poder estatal retroceda a um estado já superado da ordem jurídica, que notoriamente implica em direitos fundamentais sociais. O princípio em questão atua como um instrumento garantidor de condições básicas de trabalho, tendo como amparo a dignidade da pessoa humana, auxiliado pelo princípio da proteção.

Delgado conceitua o princípio da proibição do retrocesso social como aquele que impede a estabilização de normas e institutos que irão prejudicar o patamar civilizatório conquistado. Ou seja, impossibilita à criação de normas jurídicas que sejam prejudiciais a população uma vez já existindo uma melhor. (DELGADO; 2017, p. 97).

Assim a atuação do legislador em malefício de direitos sociais devidamente reconhecidos e consolidados pelo ordenamento jurídico. Tais como os direitos dos trabalhadores por seu turno são direitos de caráter social, assim sendo, preservados em face da ação suspensiva do estado.

Embora seja um princípio que não está explícito na Constituição Federal, nota-se sua utilização de forma reiterada pelos aplicadores do direito, inclusive pelo Supremo Tribunal Federal, conforme interpretado pelo voto registrado pelo Ministro Celso Melo (STF, 2011, online):

O princípio da proibição ao retrocesso impede, em tema de direitos fundamentais de caráter social, que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive. - A cláusula que veda o retrocesso em matéria de direitos a prestações positivas do Estado (como o direito à educação, o direito à saúde ou o direito à segurança pública, v.g.) traduz, no processo de efetivação desses direitos fundamentais individuais ou coletivos, obstáculo a que os níveis de concretização de tais prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser ulteriormente reduzidos ou suprimidos pelo Estado. Doutrina. Em consequência desse princípio, o Estado, após haver reconhecido os direitos prestacionais, assume o dever não só de torná-los efetivos, mas, também, se obriga, sob pena de transgressão ao texto constitucional, a preservá-los, abstendo-se de frustrar - mediante supressão total ou parcial - os direitos sociais já concretizados.

Nota-se ser inaceitável a aceitação de uma norma que piore a condição do cidadão, uma vez que o Direito do Trabalho é um direito social. É inadmissível perante o princípio uma lei posterior prejudicar a condição do empregado, agindo de modo a retirar direitos sociais devidamente conquistados pelos trabalhadores.

Os princípios consagrados constitucionalmente tem como finalidade, estabelecer um estado ideal daquilo a ser perseguido. Afonso José da Silva considera “ordenações que se irradiam e imantam os sistemas e normas” (SILVA, 2005, P.92). Servindo assim para nortear a interpretação do operador de direito.

Maurício Coutinho Delgado (2017, p. 15), conceitua os princípios como “posições gerais introduzidas da cultura e ordenamento jurídico que conformam a criação, revelação, interpretação e aplicação do Direito”, e complementa seu raciocínio afirmando que:

São os princípios jurídicos diretrizes gerais induzidas e, ao mesmo tempo, indutoras do Direito; são diretrizes centrais que se inferem de

um sistema jurídico e que, após inferidas, a ele se reportam, informando-o. Por isso é que se pode dizer que consubstanciam comandos jurídicos instigadores do universo do Direito.

Delgado, analisa as funções da estrutura do Direito e afirma que elas se diferenciam e se manifestam em duas fases próprias: a fase de construção e a fase de realização social da norma jurídica. Na primeira fase os princípios atuam proporcionando motivos em direções coerentes na construção da regra do Direito. Contudo o autor afirma que o papel mais relevante do princípio é a atuação na produção da norma. Na segunda fase, o autor destaca três funções distintas empregadas pelos princípios na fase de realização social que podem ocorrer de forma simultânea.

- Função interpretativa
- Função normativa subsidiária
- Função concorrente

A função interpretativa demonstra o papel mais recorrente dos princípios, que é o auxílio à interpretação da norma jurídica, contribuindo assim para a compressão da regra e uma melhor adequação ao sistema jurídico. O princípio da vedação ao retrocesso social cabe aqui com o propósito de ampliar progressivamente o grau de conscientização dos direitos fundamentais sociais.

A função normativa subsidiária atua na função dos princípios como fonte secundária. O efeito disso é que quando em uma situação concreta não existir regra jurídica aplicável, se utilizará dos princípios de forma alternativa.

E por fim, Delgado aponta a função normativa concorrente, baseando na teoria da normatividade de Robert Alexy, o autor sustenta que o princípio tem caráter normativo próprio de regras jurídicas integrantes de diplomas jurídicos como leis, constituição e correlatos. Os princípios passam a exercer função normativa própria e tem natureza de norma jurídica efetiva e como consequência executa diversos papéis conexos. Delgado define que “regras e princípios seriam, pois, normas jurídicas, dotadas da mesma natureza normativa” (DELGADO, 2017, p. 18).

Salienta-se também que a segurança da aplicação do princípio da vedação do não retrocesso social concernente aos direitos trabalhistas, se sustenta no material trazido pelo caput do ar 7º da Constituição Federal de 1988 que expressa a natureza progressista dos direitos trabalhistas e se compromete com direitos “que visem à

melhoria de sua condição social”. Nota-se que o caput 7º da Constituição determina um progresso social para melhorar as condições sociais dos trabalhadores e como decorrência lógica, proíbe o retrocesso.

O princípio da proibição do retrocesso social é de suma importância na integração do ordenamento jurídico, já que trás garantias de direitos fundamentais aos trabalhadores. Ele é baseado no princípio da dignidade da pessoa humana e possui natureza fundamental para a formação do Estado democrático de direito. Tal princípio impede a diminuição desses direitos, através da proteção de normas benéficas por aquelas que venham reduzir a concretização já alcançada, podendo ser revogada para a que a ampliação dos direitos fundamentais não seja ceifada.

4. BANCO DE HORAS E A REFORMA TRABALHISTA

O instituído do Banco de Horas no Brasil foi acordado e normatizado pela lei nº 9.601 em 21 de janeiro de 1998, para possibilitar a compensação de jornada dentro de um período de doze meses, que na época modificou o então parágrafo 2º da CLT vigente. O sistema banco de horas, atualmente, tem seu fundamento no art. 59, §2º, da CLT, juntamente com o art. 7º, XIII, da Constituição Federal, além da Súmula 85, V, do TST.

Assim, o trabalhador irá acumular um crédito de horas suplementares, respeitando o limite de duas horas extras por jornada e podendo usufruir desse tempo extra, em folga dentro do ano no qual foi estipulado tal acordo. O instituto, no entanto, não extingue o trabalho além das duas horas determinadas.

Delgado ainda preceitua que a presença de qualquer irregularidade no regime compensatório anual previsto no novo artigo 59 da CLT, importa, entretanto, o pagamento do período de excesso laborativo diário como sobrejornada, a qual remunera-se com o respectivo adicional de horas extras (art. 7º, XVI, CF/88). (DELGADO, 2017, p. 993).

O autor ainda entende que o Banco de Horas é uma forma de reduzir os custos da hora extra, com uma melhor distribuição de horas trabalhadas dentro do período de um ano, além de possibilitar um impedimento, ainda que temporário, da demissão do empregado diante da diminuição da produção.

Para Martinez (2019, p. 129), o Banco de Horas não é propriamente um sistema de *compensação* nem de *prorrogação*. O autor define que esse instituto é singular e cumula pontos negativos de ambos os sistemas. Por meio dele se cumula a exigibilidade da prestação de horas suplementares sem aviso prévio e sem qualquer imprevisibilidade dos instantes de concessão das folgas compensatórias.

O Banco de Horas autoriza o patrão a exigir do empregado uma prestação de jornada suplementar até o limite máximo de dez horas diárias, sem gerar retribuição de qualquer natureza. Essas horas excedentes da jornada legal ou convencional de oito horas serão lançadas em um “banco” e ficarão ali acumuladas para no futuro serem trocadas por folgas compensatórias. Essa troca deve ser promovida pouco a pouco, por iniciativa do empregador, sob pena de serem pagas como extraordinárias quando for obtido o limite da “soma das jornadas semanais de trabalho previstas” ou

quando for alcançado o limite temporal de um ano de permanência no “banco”.
(MARTINEZ, 2019, p. 129).

A lei nº 13.467 alterou 921 artigos presentes na atual CLT, e manteve apenas 188 com sua redação original, além de trazer modificações que fragilizou a classe trabalhadora, a exemplo do fim da estabilidade decenal, o aumento irrestrito da terceirização, habitualidade de horas extras, a dispensa coletiva sem mediação dos sindicatos ou da Justiça do Trabalho, o incentivo a demissão voluntária e outras retiradas de direitos. (ROESLER, 2017).

Especialmente no que tange o banco de horas, acordos de compensação e a jornada de trabalho, a lei nº 13.467 trouxe consideráveis mudanças onde se questiona os malefícios caudados ao empregador. Diante disso, preceitua o Juiz do Trabalho Roesler (2017):

A desconstrução do Direito do Trabalho provocada pela reforma trabalhista tem por objetivos a fragilização jurídica e a fragmentação da classe trabalhadora com o afastamento da atuação corretiva e limitadora do Estado.

Como já dito, o Banco de Horas foi instituído por meio pela Lei 9.601/88, em seu art 6º, que deu nova redação aos parágrafos 2º e 3º da CLT; posteriormente, a Medida Provisória 2.164-41, de 28.04.2001, alterou a redação do § 2º e acrescentou o § 4º. Em suma, o art. 59 e seus parágrafos da CLT passaram a ter a seguinte redação:

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

§ 1º Do acordo ou do contrato coletivo de trabalho deverá constar, obrigatoriamente, a importância da remuneração da hora suplementar, que será, pelo menos, 50% (cinquenta por cento) superior à da hora normal. (*Vide* CF, art. 7º inc. XVI).

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

§ 3º Na hipótese de rescisão do contrato de trabalho sem que tenha havido a compensação integral da jornada extraordinária, na forma do parágrafo anterior, fará o trabalhador jus ao pagamento das horas

extras não compensadas, calculadas sobre o valor da remuneração na data da rescisão. (Incluído pela Lei 9.601, de 1998).

§ 4º Os empregados sob o regime de tempo parcial não poderão prestar horas extras. (Incluído pela Medida Provisória 2.164-41, de 2001).

A Lei 13.467/2017, no entanto, alterou consideravelmente o art. 59 da CLT, que passou a ter a seguinte redação:

Art. 59. A duração diária do trabalho poderá ser acrescida de horas extras, em número não excedente de duas, por acordo individual, convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho (parcialmente alterado pela Lei 13.467/2017).

§ 1º A remuneração da hora extra será, pelo menos, 50% (cinquenta por cento) superior à da hora normal (parcialmente alterado pela Lei 13.467/2017).

§ 2º Poderá ser dispensado o acréscimo de salário se, por força de acordo ou convenção coletiva de trabalho, o excesso de horas em um dia for compensado pela correspondente diminuição em outro dia, de maneira que não exceda, no período máximo de um ano, à soma das jornadas semanais de trabalho previstas, nem seja ultrapassado o limite máximo de dez horas diárias (não alterado pela Lei 13.467/2017).

§ 3º Na hipótese de rescisão do contrato de trabalho sem que tenha havido a compensação integral da jornada extraordinária, na forma dos §§ 2º e 5º deste artigo, o trabalhador terá direito ao pagamento das horas extras não compensadas, calculadas sobre o valor da remuneração na data da rescisão (alterado parcialmente pela Lei 13.467/2017).

§ 4º. Os empregados sob o regime de tempo parcial não poderão prestar horas extras (este parágrafo foi expressamente revogado pela Lei 13.467/2017).

§ 5º O banco de horas de que trata o § 2º deste artigo poderá ser **pactuado por acordo individual escrito**, desde que a compensação ocorra no período máximo de seis meses (acrescentado pela Lei 13.467/2017).

§ 6º É lícito o regime de compensação de jornada **estabelecido por acordo individual, tácito ou escrito**, para a compensação no mesmo mês (acrescentado pela Lei 13.467/2017).

A principal mudança foi à inclusão do parágrafo 5º, em que o banco de horas agora poderá ser ajustado por acordo individual escrito desde compensado em seis meses. E outra importante mudança foi o parágrafo 6º que agora estabelece o regime de compensação no mesmo mês possa ser feito também por acordo tácito. A diferença entre o regime de compensação e o Banco de Horas é que no primeiro as horas devem ser compensadas dentro do mês que foi feito o acordo, além das datas

de trabalho extra e as de folga para compensação serem previamente estabelecidas.

Outra mudança que adveio com a Reforma Trabalhista é que o limite máximo que antes poderia ser acumulados no Banco de Horas para aproveitamento do empregado era de 1 ano e agora com a Reforma esse prazo diminuiu para 6 meses, de acordo com o artigo 59, §5º, da CLT. Além de o empregador poder convencionar quais dos empregados irão receber o benefício do Banco de Horas, ele também poderá acordar com o empregado o prazo para a compensação das horas extras acumuladas no Banco de Horas. Deve o empregador se atentar ao prazo estipulado na Convenção Coletiva de Trabalho, pois se for superior ao estabelecido por ela, o empregador terá que pagar as horas extras trabalhadas, juntamente com os acréscimos do respectivo adicional de no mínimo 50%.

A Lei 13.467/2017, no entanto, alterou o art. 59 da CLT para permitir, em seus §§5º e 6º, o Banco de Horas e o regime de compensação por meio de acordos individuais, sendo que neste último caso, inclusive, por meio de acordo tácito. Essas disposições, violam os princípios da vedação do retrocesso social e da proteção ao trabalhador, além de colocarem os trabalhadores em condições de extrema vulnerabilidade diante do poder empregatício patronal, mormente nos momentos de crise econômica e de desemprego estrutural.

Antes da Reforma trabalhista, as empresas se utilizavam do Banco de Horas apenas se houvesse acordo coletivo, mediante participação do Sindicato da categoria. Com a Reforma, as empresas não precisarão, mas do aval dos sindicatos. Sendo necessário apenas o acordo individual escrito entre empresa e empregado.

Vale ainda conhecer um pouco sobre o acordo individual e a livre estipulação do contrato de trabalho e como ele atrelado ao banco de horas fere o princípio da proteção ao trabalhador e o princípio do retrocesso social.

A estipulação do contrato de trabalho individual está prevista na CLT em seu artigo 444, nele deixa clara a possibilidade de que as partes interessadas no contrato de trabalho irão poder estabelecer regras que poderão ser aplicáveis na relação empregatícia, uma vez que não forem contrárias as normas de proteção ao trabalho, às normas coletivas e às decisões de autoridades competentes.

Isso se deve porque os empregados são a parte considerada hipossuficiente nas relações empregatícias, partindo do pressuposto que não tem condições e nem o conhecimento necessário para negociar seus direitos de forma igualitária com

empresas e empregadores, que em regra tem mais recursos. A proteção ao trabalhador se encontra no art. 9º da CLT em que nele declara nulos os atos praticados com a intenção de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação das cláusulas previstas na lei.

Há de considerar que a redução do tempo de compensação é importante, pois entende que o trabalhador que passa por longos períodos de sobrejornada para que haja a compensação causa riscos a saúde física e psíquica. Por outro lado pactuar tal acordo compensatório sem a devida assistência social acarreta fragilidade ao lado do trabalhador, parte mais fraca da relação.

Percebe-se que a Reforma Trabalhista, principalmente no que diz respeito à jornada de trabalho, tem um interesse no afastamento da proteção sindical na flexibilização da jornada. De um lado vemos que a Nova Reforma, prevê o negociado sob o legislado, mas por outro, vemos a diminuição da atuação dos sindicatos nessas relações que deveriam demandar mais atenção, gerando incoerência.

A flexibilização da jornada deve acontecer para elevar o patamar dos direitos trabalhistas a um nível superior ao já estabelecido e nunca para reduzir. Pois como vimos tal ato é uma afronta diretamente ao princípio da proibição do retrocesso social que tem como objetivo impedir a retirada de direitos já garantidos para uma condição pior ao trabalhador.

Nesse sentido a natureza do título autorizador para a flexibilização e compensação de jornada, até a Lei. Nº 9.601/98 era discutida apenas no tocante de: “*acordo tácito, acordo bilateral escrito* ou, exclusivamente, *instrumento negocial coletivo?*” (DELGADO, 2017, p. 951).

Delgado (2017, p. 952) ainda diz que a posição acolhedora da validade do simples *acordo tácito* é francamente minoritária na cultura justralhista. O autor ainda fala que, a jurisprudência dominante, até antes da Constituição de 1988, persistiu na necessidade que o acordo de compensação fosse pelo menos escrito, não acatando sua inserção meramente tácita que abriria margem para fraude contratual, uma vez que o empregado é a parte hipossuficiente da relação e está a mercê dos aceites do patrão.

4.1 VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA PROTEÇÃO AO TRABALHADOR E DA PROIBIÇÃO AO RETROCESSO SOCIAL

A Lei 13.467/2017, no entanto, alterou o art. 59 da CLT para permitir, em seus §§5º e 6º, o banco de horas e o regime de compensação por meio de acordos individuais, sendo que neste último caso, inclusive, por meio de acordo tácito. Essas disposições, violam os princípios da vedação do retrocesso social e da proteção ao trabalhador, uma vez que de colocarem os trabalhadores em condições de extrema vulnerabilidade diante do poder empregatício patronal, mormente nos momentos de crise econômica e de desemprego estrutural.

O art 7º, XIII da Constituição Federal, nos preceitua que a duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada à compensação de horários e a redução da jornada, *mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho*.

Dessa forma, passa a se questionar se os acordos de compensação de horários podem ser realizados por acordo individual, como a nova lei 13.467/2019 em seu artigo 59, §§5º e 6º. Essa dúvida é levantada porque na redação existente no inciso XIII do art. 7º, usa a expressão “acordo ou convenção coletiva de trabalho”, e deixa a dúvida interpretação do que o ‘coletiva’ estaria a se referir, se apenas a ‘convenção’ ou também ‘acordo’.

Mesmo com dúvida na interpretação referente ao acordo e negociação coletiva na compensação de horas. Em 2003, o TST, por meio da Súmula 85, mostrou um entendimento que seria válido a compensação de horas por acordo individual, exceto no que tange o banco de horas. Em 2005 o texto da Súmula foi aprovado e incorporou as Orientações Jurisprudenciais nº182, 220 e 223 da SDI-I, e em 2011 o item V foi inserido (BARBOSA, 2016).

Súmula 85 TST: Compensação de jornada. I. A compensação de jornada de trabalho deve ser ajustada por acordo individual escrito, acordo coletivo ou convenção coletiva. II. O acordo individual para compensação de horas é válido, salvo se houver norma coletiva em sentido contrário. III. O mero não atendimento das exigências legais para a compensação de jornada, inclusive quando encetada mediante acordo tácito, não implica a repetição do pagamento das horas excedentes à jornada normal diária, se não dilatada a jornada máxima semanal, sendo devido apenas o respectivo adicional. IV. A prestação de horas extras habituais descaracteriza o acordo de compensação de jornada. Nesta hipótese, as horas que

ultrapassarem a jornada semanal normal deverão ser pagas como horas extraordinárias e, quanto àquelas destinadas à compensação, deverá ser pago a mais apenas o adicional por trabalho extraordinário. **V. As disposições contidas nesta súmula não se aplicam ao regime compensatório na modalidade banco de horas, que somente pode ser instituído por negociação coletiva.** VI – Não é válido acordo de compensação de jornada em atividade insalubre, ainda que estipulado em norma coletiva, sem a necessária inspeção prévia e permissão da autoridade competente, na forma do art. 60 da CLT.

No referido item V, está claro que a súmula não alude ao banco de horas. A partir disso nota-se que a nova lei trabalhista, vai de encontro ao sumulado, e mesmo se levarmos em conta que em grau de superioridade, uma lei tem mais equivalência que uma súmula, ainda sim a mudança não respeita o princípio do não retrocesso social, uma vez que com a possibilidade de negociação individual e sem intervenção sindical, não só o empregado estará a mercê de acatar o oferecido pelo patrão, que irá negociar dias que beneficiem a ele, tais sejam os com pouco movimento e menos lucro, mas também a ampliação da jornada poderá ser feita constantemente.

Leite (2018, p. 420) comenta que no que se refere ao acordo de compensação de horas, é necessário que seja formalizado por escrito. O TST, em sua Súmula 85, II, entende que acordo individual de compensação também é válido e não somente por negociação coletiva. Assim, numa semana em que o empregado trabalhe 9 horas de segunda a quinta-feira para não ter que laborar aos sábados, o trabalho realizado a partir da 9ª hora deve ser remunerado como hora extra (50% sobre o valor da hora normal).

Uma das grandes dúvidas que tem surgido é com relação ao funcionamento do Banco de Horas. Já se sabe que o sindicato não precisa autorizar e que o funcionário que vai participar do Banco de Horas fica a critério do empregador, mas o que ainda não foi dito no é que a jornada de trabalho do empregado não pode ser superior a 10 horas por dia, logo, considerando que a jornada de trabalho regular é de 8 horas diárias, o funcionário só poderá trabalhar 2 horas a mais por dia, se for superior a isso, se torna inválido para a contagem no Banco de Horas, ou seja, terá que pagar os 50% e 100% sobre as horas extraordinárias, ou de acordo com o previsto em Convenção Coletiva de Trabalho.

O maior benefício ao funcionário é saber se poderá compensar as horas extras trabalhadas e para o empregador é não precisar efetuar o pagamento de horas extras nem seus reflexos nas verbas trabalhistas.

A Constituição prevê em seu art. 7º, inciso XIII, que a duração da jornada normal é de oito horas diárias e quarenta e quatro semanais. Horas essas que são suficientes para que o empregador cumpra sua função econômica sem nenhum risco a sua saúde e integridade. O regime de compensação de horas, tal como o instituto do banco de horas, como já visto é um importante recurso que aumenta a carga horária em um dia para que possa ser compensado em outro, para uma eventual folga.

Assim, para reduzir os custos de prestação com as horas extraordinárias, o empregador pode adotar a compensação e/ou o banco de horas.

Como já vimos anteriormente a Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT) especifica que a jornada normal de trabalho normal deve ser de 8 horas diárias e 44 horas semanais, sendo possível realizar no máximo 2 horas extras por dia. Apenas em casa excepcionais é permitido que o empregado faça 12 horas, com 4 horas extras por dia.

O problema em si é que o dia que o empregado efetivamente trabalhar será numa carga horária maior que a estabelecida constitucionalmente e que conseqüentemente podem gerar problemas a saúde física e psicológica em longo prazo, com essa constante intensidade de horas trabalhadas, onde muitas vezes o que deveria ser só 2 horas diárias compensadas, se torna adicional de hora extra que o patrão não paga efetivamente.

Para o empregador é mais benéfico o banco de horas, pois não precisar pagar o adicional de hora extra, e sim haverá a compensação, mas com um acordo individual sem a presença do sindicato de categoria ou ainda por cima um acordo individual tácito, com menos segurança jurídica, é comum vermos a hora extra, sendo prestada no acordo de banco de horas e não sendo paga ao trabalhador. Como é o caso de um julgado do TRT:

MANDADO DE SEGURANÇA. REQUISITOS DA TUTELA DE URGÊNCIA NÃO DEMONSTRADOS NA ORIGEM. PROCESSO JÁ CONCLUSO PARA PROLAÇÃO DE SENTENÇA. Tem-se na origem uma controvérsia complexa a ser dirimida, não permitindo a conclusão de que a probabilidade do direito está evidenciada. Há tanto controvérsia fática, sendo negado, por exemplo, que o banco

de horas poderá implicar extrapolação do limite legal de 10h diárias, bem como jurídica, especialmente constitucional, demandando, inclusive, a obediência à cláusula de plenário do Tribunal, com deslocamento de competência para o julgamento da arguição. Some-se a isso o fato de o processo já se encontrar concluso para prolação de sentença, razão pela qual eventual decisão em mandado de segurança teria período restrito de vigência, não se justificando, portanto, como regulação provisória. Segurança denegada.
(TRT-4 - MS: 00211564720195040000, Data de Julgamento: 18/07/2019, 1ª Seção de Dissídios Individuais)

No presente caso, ocorreu exatamente uma situação em que foi feito um acordo individual para implementação do banco de horas que não cumpriu o previsto e exigiu dos empregador uma jornada superior a 10 horas. Mostrando quão importante é a presença do sindicato.

O Regime de compensação de jornada foi aceito pelo ordenamento, consolidado pela Súmula 85 do TST, onde deve se firmar mediante acordo individual escrito ou convenção coletiva. Entretanto a Reforma Trabalhista vai de encontro à jurisprudência no âmbito trabalhista, ao autorizar o novo art. 59 § 6º da CLT § 6o “*É lícito o regime de compensação de jornada estabelecido por acordo individual, tácito ou escrito, para a compensação no mesmo mês*”, onde a partir disso pode ser firmado por acordo tácito, gerando assim uma insegurança jurídica diante de sua fragilidade, fazendo com que o empregado fique ainda mais a mercê do patrão com um contrato que tem margem para furos.

A divergência ainda persiste quando observando o sumulado pelo TST em seu art. 85, V onde deixa claro que as disposições contidas nesta súmula não se aplicam ao regime compensatório na modalidade “*banco de horas*”, que somente pode ser instituído por *negociação coletiva*, chocando-se diretamente com o disposto pós- reforma pela lei 13.467/2017 em seu art. 59 § 5º “O banco de horas de que trata o § 2o deste artigo poderá ser pactuado por *acordo individual* escrito, desde que a compensação ocorra no período máximo de seis meses”.

Isso gera no empregador um poder maior sobre as horas do empregado, pois ele pode aproveitar-se do instituto e exigir do funcionário que trabalhe por horas extras e que será compensado em algum dia dentro do prazo de seis meses, não se responsabilizando então pelas horas trabalhadas.

O Empregado em sua situação vulnerável na maioria dos casos tende a aceitar, não estando aparado por um sindicato de sua categoria e correndo o risco de gerar intrigas com o patrão.

Na verdade a flexibilização é uma das diversas consequências da globalização nas relações laborais, agindo como uma tentativa de retrocesso nas normas trabalhistas ao momento anterior ao surgimento do Direito, quando reinavam as livres relações laborais e o princípio da eficácia econômica.

Podemos chamar isso então de autoritarismo velado, onde o patrão tem mais poder sobre o empregador e uma maior flexibilidade de pactuar contrato, que tem margem de fraude e controlar as horas trabalhadas.

Quando o seu empregador ordena que seja prorrogada a jornada, o empregado, por não ter paridade de força, acaba realizando (ARAÚJO, 2017). Mostrando assim que o funcionário não teria como ir contra nessa situação, e a fragilidade do acordo beneficiaria em muito o patrão que seria o responsável por controlar a carga horária do empregado.

Em concordância com a constituição, à súmula 85 do TST vem dizer que o regime de banco de horas só pode ser determinado entre as partes por *instrumento coletivo*, onde ambas as partes tem forças equivalentes e aqui, o funcionário estaria mais amparado sem espaço para fraudes contratuais e situações desfavoráveis em seu cotidiano laboral.

Outra contradição da reforma é em relação a princípios importantes do direito do trabalho, que são: Princípio da proteção ao trabalhador e Princípio do não retrocesso social.

O Princípio da Proteção tem relação com o Princípio da igualdade material, ao passo que visa trazer equidade dentro do processo. Isso porque se entende o Empregado como parte hipossuficiente na relação empregatícia, por este não ter o mesmo conhecimento técnico, jurídico e, sobretudo, não ter a mesma capacidade econômica de seu Empregador.

Esse princípio, portanto, cria isonomia entre o Empregado e o Empregador de modo que busca perceber as diferenças e tenta compensá-las com garantias tanto na Constituição de 1988, quanto na Consolidação das Leis Trabalhistas. Esse degrau dado ao Obreiro é para que este iguale ao Empregador, não para que se torne de alguma forma superior na relação de emprego ou no processo.

O princípio da proteção ao trabalhador está sendo notavelmente violado com as modificações trazidas pela reforma trabalhista, no tocante a banco de horas já exposto, posto que essa medida apenas permita que direitos adquiridos, já protegidos pela Constituição Federal de 1988 e por Súmula no TST.

E por fim o princípio do não retrocesso social. Após a promulgação da Constituição de 1988, com os direitos e garantias fundamentais concretamente estabelecidos, surgiu um caloroso debate no mundo jurídico acerca dos direitos sociais e as mudanças que ocorriam na sociedade com a sua instituição. Foi na década de 90 que a Carta Magna começou a sofrer diversos ataques contra os direitos sociais, através de emendas constitucionais e medidas provisórias.

Com o intuito de proteger nas conquistas sociais e defender os direitos constitucionais adquiridos, surge então o princípio do não retrocesso social. O princípio significa que o núcleo dos direitos sociais normatizados no ordenamento jurídico deve considerar-se constitucionalmente garantido, pois trata-se de elementos essenciais à vida e à dignidade, não podendo serem eles suprimidos ou modificados sob a justificativa de dificuldades econômicas

A reforma advinda da lei 13.467/2017, já mencionada, em relação ao banco de horas e compensação de horas viola o princípio do retrocesso social, pois com a possibilidade do acordo individual e tácito ser possível, haverá prejuízo para o trabalhador, uma vez que colocará um poder maior na mão do patrão, ocasionará mais chances de fraudes contratuais e conseqüentemente a piora na vida obreira..

Mesmo havendo acordo, seja individual ou coletivo expresso, se houver extrapolação eventual do horário trabalhado pelo empregado, terá direito às horas excedentes como extras, acrescidas do respectivo adicional de, no mínimo 50%. O acordo continua válido, sendo devidas as horas extras.

5. CONCLUSÃO

A Lei n. 13.467/2017 entrou em vigor no dia 11 de novembro de 2017. O texto legal reflete um padrão que já foi superado. O estudo apresentado demonstrou que as alterações propostas são frutos de um pensamento retrógrado, violando com intensidade o princípio da vedação ao retrocesso social.

A tramitação da reforma foi efetivada sem o necessário debate, pois nota-se que as mudanças com a implementação do acordo individual e acordo individual tácito sendo possível no Banco de Horas, com o histórico de casos de abusos sofridos pelo patrão, abriu margem para o aumento desses abusos. Assim, a Lei n. 13.467/2017 afrontou o patamar civilizatório mínimo proposto pela Constituição Federal de 1988, fruto de conquistas democráticas importantíssimas.

Diante disso, percebe-se que a modificação do art.59 pretende fragilizar em vários aspectos o princípio protetivo, já que enfraquece a proteção da parte hipossuficiente da relação empregatícia, o empregado. E vai contra normas já pré-estabelecidas que assegurassem o empregado, tal como a Súmula 85 do TST.

Tal ato fere diretamente o princípio do não retrocesso social, que é basilar para os direitos sociais e trabalhistas, retirando algo já benéfico do ordenamento e acrescentando uma medida que abre brecha para fraudes, tal como o acordo tácito e individual na implementação do banco de horas.

O princípio da proteção é caracterizado pela indicação de condutas jurídicas que fixam um complexo normativo relacionado com institutos, regras jurídicas, princípios que possuem o objetivo de estruturar uma rede de proteção à parte hipossuficiente na relação empregatícia. Assim, sua importância não pode ser desconsiderando, visto que sua aplicação visa reduzir a desigualdade na relação de emprego.

Logo, pode-se dizer que o princípio protetivo é um dos fins primeiros do Direito do Trabalho, já que promove a atenuação da inferioridade econômica e hierárquica dos trabalhadores. Assim, o princípio da proteção rege a lógica justrabalhista e é parâmetro para formação e aplicação de todos os outros princípios do Direito do Trabalho. O texto legal estudado, portanto, não apenas possibilita a retirada de direitos arduamente conquistados. Além disso, pode fragmentar o princípio que influi em todos os segmentos do Direito Individual do Trabalho, o princípio da proteção.

REFERENCIA

ALBORNOZ, S. **O que é trabalho. Coleção primeiros passos.** São Paulo, Editora Brasiliense, 2002

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais.** São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

ARAÚJO, Eunice de Gomes. **A compensação de jornada e banco de horas na reforma trabalhista.** Disponível em: <<https://eunicegomesaraujo.jusbrasil.com.br/artigos/491250914/a-compensacao-de-jornada-e-banco-de-horas-na-reforma-trabalhista>>. Acesso em: 19 maio de 2017.

BARBOSA, Fernanda Silveira. **A Proteção Juslaboral ao trabalho sob o regime de banco de horas.** 2016, Rio Grande do Sul. Disponível em: <<http://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/147545>> Acesso em: 12 abr. 2017.

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

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

BARROSO, Luis Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. **O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro.** Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 232, p. 141-176, abr. 2003. ISSN 2238-5177. Disponível em: . Acesso em: 26 Abr. 2018.
doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v232.2003.45690>.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 7º ed, São Paulo: Malheiros, 1997

BRASIL. **Consolidação das Leis do trabalho. Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho.** Disponível em: . Acesso em: 10 out. 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Promulgada em 05 de outubro de 1988.** Disponível em: . Acesso em: 10 out. 2019.

BRASIL. **Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017.** Disponível em: . Acesso em: 10 out. 2019.

DELGADO. Mauricio Godinho **Curso de direito do trabalho: obra revista e atualizada conforme a lei da reforma trabalhista e inovações normativas e jurisprudenciais posteriores** —Mauricio Godinho Delgado. — 18. ed.— São Paulo : LTr, 2019.

DELGADO. Mauricio Godinho. **Princípios Constitucionais do Trabalho e Princípios de Direito Individual e Coletivo do Trabalho.** 5.ed. São Paulo: LTr, 2017.

- DELGADO, Mauricio Godinho e DELGADO, Gabriela Neves: **Tratado Jurisprudencial de Direito Constitucional do Trabalho**. Volume . São Paulo: LTr, 2013.
- DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- FREITAS JÚNIOR, A. R. **Direito do Trabalho na era do desemprego: instrumentos jurídicos em políticas públicas de fomento à ocupação**. São Paulo: LTr, 1999,
- GUIMARÃES, João Carlos Siqueira, **Roteiro de Legislação Trabalhista**. 5ª Ed. São Paulo, Editora Linotec, 2007.
- LAZZARESCHI, Noêmia. **Sociologia do Trabalho**. Curitiba: IESDE Brasil S.A., 2009. MARCONI, Marina de Andrade. LAKATOS, Eva Maria. **Fundamentos de Metodologia Científica**. 7 Ed. São Paulo, Editora Atlas, 2010.
- LEITE, Carlos Henrique Bezerra **Curso de direito do trabalho / Carlos Henrique Bezerra Leite**. – 9. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2018. 1. Direito do trabalho 2. Direito do trabalho - Brasil I. Título.
- MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil. V. I**. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 57-58. O autor, na verdade, assim se expressa: “capacidade é aptidão para adquirir direitos e exercer, por si ou por outrem, atos da vida civil”.
- ROESLER, Átila Da Rold. **Reforma trabalhista: empregadores irão encontrar o seu fim. 2017**. Disponível em: <
<http://justificando.cartacapital.com.br/2017/08/21/reformatrabalhista-empregadores-irao-encontrar-o-seu-fim/>> Acesso em: 21 ago. 2017
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005,
- SILVA, Luiz Pinho Pedreira de. **Principiologia do Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 1999.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Direito do Trabalho na Constituição de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1989.
- PEDROSO, Márcia Naiar Cerdote. **REVISTA LATINO-AMERICANA DE HISTÓRIA: Edição Especial** - Lugares da História do Trabalho. Rio Grande do Sul: Unisinos, v. 1, n. 3, mar. 2012. Semestral.

VIEIRA, Marcelo Coutinho. **Limites da jornada de trabalho e a inconstitucionalidade da Súmula nº 85 do TST: uma análise crítica à jurisprudência consolidada no país / Marcelo Coutinho Vieira** – In. Revista Magister de direito do trabalho, v. 11, n. 65, p. 87-104, mar./abr. 2015.