



Poder Judiciário
Justiça do Trabalho
Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região

Incidente De Arguição de Inconstitucionalidade Cível 0001397-65.2022.5.05.0000

Relator: EDILTON MEIRELES DE OLIVEIRA SANTOS

Processo Judicial Eletrônico

Data da Autuação: 01/09/2022

Valor da causa: R\$ 22.343,28

Partes:

ARGÜENTE: 2ª TURMA DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 5ª REGIÃO

ARGUÍDO: SIMONE SANTOS CARVALHO

ADVOGADO: ZULEIDE DE SANTANA SILVA

ARGUÍDO: PKG DO BRASIL IMPORTACAO E EXPORTACAO LTDA

ADVOGADO: FERNANDO SONCHIM

ARGUÍDO: UNIÃO FEDERAL (AGU)

CUSTOS LEGIS: MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 5ª REGIÃO
Uniformização de Jurisprudência

PROCESSO nº 0001397-65.2022.5.05.0000 (ArgIncCiv)

ARGÜENTE: 2ª TURMA DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 5ª REGIÃO

ARGUÍDOS: SIMONE SANTOS CARVALHO, PKG DO BRASIL IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA, UNIÃO FEDERAL (AGU)

RELATOR: DESEMBARGADOR EDILTON MEIRELES DE OLIVEIRA SANTOS

BANCO DE HORAS. ACORDO INDIVIDUAL. Não se revela incompatível com a Constituição Federal a regra do § 5º do art. 59 da CLT, com a redação dada pela Lei nº 13.467/17, quando admite a celebração de acordo individual para compensação de jornada pelo regime de banco de horas.

A **2ª TURMA DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA QUINTA REGIÃO**, em sua 19ª Sessão Extraordinária Virtual, realizada no período de 30 de junho a 08 de julho de 2022, *SUSCITOU, incidenter tantum*, no processo 0000844-36.2019.5.05.0222 (RORSum), a inconstitucionalidade do art. 59 § 5º CLT, por afronta ao art. 7º XIII da CF, e, em respeito à Súmula Vinculante nº 10 do STF, remeteu à Seção de Uniformização de Jurisprudência deste Regional, nos termos do art. 948 do CPC e art. 37 do Regimento Interno desta Corte, sobrestando o julgamento da questão consequente, qual seja, a invalidação do banco de horas firmada por acordo individual.

Considerando o quanto estabelecido pela Portaria GP nº 987, de 22 de agosto de 2022 deste Regional, dispondo sobre o novo fluxo procedimental a obedecer os Incidentes de Arguição de Inconstitucionalidade no Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região, foi determinada a ouvida do Ministério Público do Trabalho (art. 948, do CPC) sobre a inconstitucionalidade arguida em controle difuso, a comunicação ao NUGEP - Núcleo de Gerenciamento de Precedentes sobre a instauração do presente IAI, e a notificação às partes arguidas.

Em seguida, admitido esse incidente, foi notificada a UNIÃO para se manifestar sobre a alegada inconstitucionalidade (fls. 109/113).

O Ministério Público lançou seu parecer (fls. 90/99).



É o relatório.

BANCO DE HORAS

In casu, a 2ª Turma deste Regional (Rel. Des. Ana Paola) considerou inconstitucional o disposto no § 5º do art. 59 da CLT, com a redação dada pela Lei nº 13.467/17 por afronta ao preceituado no inciso XIII do art. 7º da CF.

Naquela decisão se argumentou que

"Essa a razão essencial para a valorização pelos artigos 8º e 7º XIII da negociação coletiva como única via viável para a compensação de jornada e consequente afastamento do limite diário e semanal de oito horas diárias e quarenta e quatro semanais. Com a vigência da Lei 13.467/17, e a modificação da redação originária do art. 620 da CLT e concepção do art. 611-A, houve alguma flexibilização do princípio da norma mais benéfica. Ao possibilitar a prevalência do negociado coletivamente sobre o legislado, ainda que em condição de desvantagem para o trabalhador, ou ao admitir, em tese, independentemente do conteúdo, a prevalência do acordo coletivo sobre a convenção coletiva, trouxe acalorada discussão, porque impôs mudança que contradiz o caput do art. 7º da CF/88 e a premissa da melhoria da condição social ao trabalhador. Contudo, a extrapolação ao texto constitucional é desmedida quando concebe possibilidade de acordo individual para o mesmo fim e o legislador ordinário não tem atuação ilimitada, a Constituição Federal ainda haverá de ser o norte a seguir".

Pois bem.

Inicialmente destaco que a autora da reclamação trabalhista não alegou a inconstitucionalidade do § 5º do art. 59 da CLT, com a redação dada pela Lei nº 13.467/17, o que, de certa forma, restringe a apreciação da matéria, que sequer foi debatida pelas partes.

O § 5º do art. 59 da CLT, com a redação dada pela Lei n. 13.467/17, dispõe, por sua vez, que

"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".

Já o inciso XIII do art. 7º da CF assegura aos trabalhadores a

"duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho".

A partir desse texto constitucional se alega que, ao permitir a celebração de pacto individual instituindo o banco de horas, com a prestação de serviços superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, com compensação de horários e a redução da jornada, o dispositivo legal



estaria indo de encontro a permissão dessa negociação ocorrer apenas por acordo coletivo ou convenção coletiva de trabalho. Este entendimento, por sua vez, estaria consagrado no inciso V da Súmula nº 85 do TST, que fixou a tese de que o "regime compensatório na modalidade banco de horas" "somente pode ser instituído por negociação coletiva".

De forma contraditória, no entanto, o próprio TST fixou a tese de que "A compensação de jornada de trabalho deve ser ajustada por acordo individual escrito, acordo coletivo ou convenção coletiva" (inciso I da mesma Súmula n. 85). Analisando os precedentes desta tese enunciada no inciso I da Súmula nº 85 se extrai que o TST concluiu que não se vislumbra

"afrenta ao artigo 7º, inciso XIII, da Constituição da República. O citado dispositivo prevê a possibilidade de compensação da jornada de trabalho, tão-somente, mediante a celebração de acordo ou de convenção coletiva de trabalho, admitindo-se aquele apenas na forma escrita, ainda que individual. A validade de acordo de compensação tácito não encontra amparo quer em dispositivo de lei ordinária, quer no texto da Constituição" (E-RR-535.017/99.3).

Entendeu-se, conforme outro precedente da referida Súmula, em seu inciso I, que

"É válido o acordo individual de compensação de jornada, tendo em vista que o artigo 7º, XIII, da Constituição da República não restringe a validade da compensação exclusivamente à exigência de norma coletiva, apenas a autoriza mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho, nada impedindo, entretanto, que as partes possam negociar individualmente, desde que por escrito" (RR-567.204/99.3).

Já o Pleno do TST, em 16/11/2010, no julgamento do IUJ-93100-47.2004.5.09.0663, e já à luz do que dispunha o *caput* do § 2º do art. 59 da CLT à época, decidiu que

"O sistema de compensação de jornada, como autorizado pelo art. 59, §2º, da CLT, traz a possibilidade de o empregado trabalhar além de sua jornada normal diária, compensando pela redução respectiva em outro dia, dentro do ano trabalhado. O sistema de prorrogação de jornada visa contratar horas suplementares a serem pagas, além da duração normal do trabalho, acrescendo, no máximo, duas horas extraordinárias por dia, mediante acordo individual ou coletivo de trabalho".

Contraditoriamente, porém, ao fixar a tese do inciso V da Súmula nº 85, o TST o fez com base em precedentes que concluíram que

"Com efeito, os itens I e II da Súmula referida não se aplicam ao regime de compensação por meio de banco de horas, que tem regulamentação específica no art. 59, § 2º, da CLT, exigindo-se a negociação coletiva" (E-RR-191300-34.2001.5.02.0261, Rel. Min. Maria Cristina Irigoyen Peduzzi).

O mesmo se diga quando no precedente E-ED-ED-ED-RR-125100-26.2001.5.03.0032, a SDI-I do TST decidiu que

"A Lei n.º 9.601/98, que deu nova redação ao art. 59, § 2.º, da CLT, estabeleceu o padrão anual de compensação, implantando, com isso, o banco de horas, desde que por meio de negociação coletiva. Tal preceito é incompatível com a diretriz consagrada na Súmula n.º 85 deste Tribunal Superior. Ressalte-se que referido verbete jurisprudencial tem como parâmetro de compensação o limite da jornada máxima semanal, que corresponde a 44



horas semanais. Diferentemente, o banco de horas admite módulo anual e sua fixação por instrumento coletivo decorre de imperativo legal. A fixação do banco de horas, sem que formalizada mediante norma coletiva, não atrai, portanto, a incidência da Súmula n.º 85 deste Tribunal Superior".

Contudo, em verdade, a questão toda, à época desses precedentes, referia-se mais ao debate quanto a possibilidade de se celebrar acordo individual para prorrogação simples de jornada, com base no *caput* do art. 59 da CLT, e a possibilidade de compensação pelo regime do banco de horas. E, lembre-se, à época, o art. 59 da CLT dispunha que "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".

Já o § 2º do art. 59 da CLT estabelecia que "Poderá ser dispensado o acréscimo de salário se, por força de acordo ou contrato coletivo, o excesso de horas em um dia for compensado pela correspondente diminuição em outro dia, de maneira que não exceda o horário normal da semana nem seja ultrapassado o limite máximo de dez horas diárias".

Importante, porém, destacar é que o TST também fixou a tese enunciada no inciso II da Súmula n.º 85 do TST, qual seja, de que "O acordo individual para compensação de horas é válido, salvo se houver norma coletiva em sentido contrário". Esta tese, por sua vez, foi fixada a partir de um único precedente, firmado no E-RR-194.186/95.4, quando se decidiu que

"o Pleno do TST, com base em uma interpretação sistemática, comparando o inciso XIII com o inciso VI, do artigo 7º da Constituição Federal, concluiu que se o constituinte utilizou a expressão "acordo ou convenção coletiva", para o regime de compensação, e "negociação coletiva" quando tratou da irredutibilidade do salário, por certo, que sinalizou com a validade do acordo individual, para legitimar e produzir eficácia o regime de compensação de horário, salvo se houver norma coletiva em contrário".

Argumentou-se, ainda, que a Constituição Federal de 1988 foi expressa no inciso VI do art. 7º ao assegurar a irredutibilidade de salário salvo pacto coletivo, ou seja, salvo em "convenção ou acordo coletivo". Já no mesmo artigo 7º, no inciso XIII, o constituinte se referiu ao "acordo ou convenção coletiva" ao tratar de compensação de jornada de trabalho.

Ou seja, entender-se-ia que quando a Constituição quis limitar a flexibilidade de suas regras somente por pacto coletivo ele teria sido expresso quanto a exigência da negociação coletiva (exemplo: inciso XIV do art. 7º) ou com indicação da celebração de "convenção [coletiva] ou acordo coletivo" (inciso VI). Já ao se referir no inciso XIII ao "acordo ou convenção coletiva de trabalho", o constituinte tanto admitiu o acordo individual ou coletivo como a convenção coletiva do trabalho. Ou seja, não se referiu ao acordo coletivo e à convenção coletiva, ao contrário da redação do inciso VI, segundo regras de gramática. Logo, o acordo pode ser individual.



Acrescente-se a essa interpretação a regra de concordância nominal que estabelece que quando os substantivos estiverem no singular e pertencerem a diferentes gêneros, mas mencionados com uso de conjunção alternativa (um ou outro), o adjetivo deverá concordar com o mais próximo se a ele se referir ou ir para o masculino se se referir aos dois. Logo, no caso do inciso XIII do art. 7º da CF, segundo essa regra, se o legislador pretendia limitar a celebração do acordo à sua feição coletiva, a redação do dispositivo haveria de ser "acordo ou convenção coletivo" (acordo coletivo ou convenção coletiva).

Aliás, neste ponto, pode ser acrescentado que, diferentemente, o art. 235-F da CLT é expresso em apontar que somente por "Convenção e acordo coletivo" se poderá prever a jornada de 12 por 36 horas para o trabalho do motorista profissional. Ou seja, quando se quis restringir a vontade individual, a lei foi expressa em se referir ao acordo coletivo como instrumento de negociação válida.

E aqui cabe destacar que o § 2º do art. 59 da CLT, seja em sua atual redação, como na anterior, mencionam a possibilidade de se firmar compensação de jornada mediante "acordo ou convenção coletiva de trabalho", repetindo a expressão do inciso XIII do art. 7º da CF.

Dito isto, verifica-se que as teses firmadas na Súmula nº 85 do TST são contraditórias entre si. Isso porque ela, inicialmente, admite que "A compensação de jornada de trabalho deve ser ajustada por acordo individual escrito, acordo coletivo ou convenção coletiva" (inciso I) ou enuncia que "O acordo individual para compensação de horas é válido, salvo se houver norma coletiva em sentido contrário" (inciso II), mas, posteriormente, conclui 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" (inciso V da Súmula n. 85).

A explicação dessa "contradição", contudo, pode ser extraída no julgamento do precedente do inciso V da Súmula nº 85, no RR-9285-16.2006.5.12.0012, quando o TST decidiu que

"Embora esta Corte reconheça a validade do ajuste individual para a compensação de jornada dentro da mesma semana, nos termos do item II da Súmula nº 85, o mesmo não acontece com a compensação de jornada mediante a adoção de banco de horas, por meio do qual a compensação pode ocorrer no período de um ano.

Essa diferenciação se dá pelo fato de que, na compensação de jornada dentro da mesma semana, reconhecem-se no acordo entre empregador e empregado vantagens recíprocas e proporcionais para ambas as partes. O empregador poderá utilizar-se da força de trabalho do empregado em horário mais adequado às necessidades circunstanciais da empresa. O empregado, por sua vez, sem prejuízo para a própria saúde e segurança (dada a limitação semanal), disporá de tempo livre para atividades pessoais, em horário no qual, de outro modo, deveria estar desempenhando suas atividades na empresa. A compensação anual



(banco de horas) gera efetivo prejuízo para a saúde e segurança do trabalhador, visto que poderá ser submetido por longos períodos (talvez meses) à sobrecarga, sem a possibilidade de dispor imediatamente de tempo livre para sua vida pessoal, ou mesmo tempo suficiente para repor suas energias de forma proporcional ao desgaste sofrido.

Nesse contexto, não é admissível ajuste direto entre empregado e empregador, exigindo-se a presença do sindicato, dada a necessidade de garantir efetivas e proporcionais vantagens para o trabalhador, em contrapartida ao prejuízo que esse sistema de compensação causa à sua saúde e segurança".

E, na oportunidade, citou-se o magistério de Maurício Delgado Godinho, para quem

"A nova sistemática legal estendeu o parâmetro da flexibilização compensatória a uma tal fronteira distante (muito além do mês, portanto) que, sensatamente, não se pode mais falar na existência de uma extensão ponderada no manejo dessa figura jurídica. Ora, a pactuação de horas complementares à jornada padrão, cria riscos adicionais inevitáveis à saúde e segurança daquele que presta serviços, deteriorando as condições de medicina, higiene e segurança no trabalho (em contraponto, aliás, àquilo que estabelece o art. 7.º, XXII, da Carta Magna). O regime de compensação anual de jornada, desse modo, escapa à dubiedade instigante que respondia pelo prestígio do mecanismo compensatório no estuário normativo da Carta Magna, já que deixa de ser manejado em extensão ponderada, perdendo, nesse aspecto, o caráter de vantagem trabalhista em benefícios recíprocos de ambas as partes contratuais. A agressão que propicia à saúde, higiene e segurança laborais obscurece, significativamente, o sentido favorável do trabalhador de que era classicamente dotado e o coloca em confronto com o art. 7.º, XXII, da Constituição, que assegura aos empregados direitos a normas de saúde, higiene e segurança que reduzam (e não que elevem) os riscos inerentes aos trabalhos (...)

Independentemente de se acolher (ou não) a tese da inconstitucionalidade do regime de compensação anual instaurado pelos novos diplomas normativos, o presente debate é de grande relevância no tocante à definição do título jurídico autorizador da figura jurídica em exame. (...)

Noutras palavras: no instante em que o legislador infraconstitucional criou, no país, novo tipo de regime compensatório, distinto daquele até então vigente e, adicionalmente, prejudicial à saúde e segurança da pessoa humana prestadora de serviços empregatícios, não pode determinar que tal regime prejudicial, redutor de direitos e vantagens trabalhistas, seja pactuado sem o manto protetivo da negociação coletiva. Se não se acatar a tese da inconstitucionalidade dessa nova figura (tese de substância, em face do texto do art. 7.º, XXII, da Carta de 1988), não se poderá, pelo menos, permitir que ela se implemente sem os instrumentos formais da negociação coletiva, uma vez que se sabe não ser viável à transação meramente bilateral estipular redução de direitos no ramo trabalhista pátrio. Embora venha se admitindo que a negociação coletiva possa flexibilizar, em certos limites (dados pelo princípio da adequação setorial negociada), alguns direitos trabalhistas, não se estende tal poder, e isto é pacífico, à transação meramente bilateral. Isso significa que o regime de compensação anual previsto pelo novo art. 59 da CLT (o chamado banco de horas) somente pode ser pactuado pelos instrumentos formais da negociação coletiva trabalhista, em virtude de a Constituição da República não permitir que a transação meramente bilateral pactue medida desfavorável à saúde e segurança obreiras." (DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito de trabalho, 5.ª ed., São Paulo: LTr, 2006, p. 865-867)".

Observa-se, então, que a distinção do entendimento do TST estar-se-ia muito mais a partir da aplicação da regra do inciso XXII do art. 7º da CF, que assegura aos trabalhadores a "redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança", do que na violação ao disposto no inciso XIII do art. 7º da CF. Partiu-se da premissa que a compensação de jornada referida nos incisos I e II da Súmula nº 85 seria aquela realizada na mesma semana trabalhada. Logo, como ela seria menos prejudicial à saúde do trabalhador, se admitiria a pactuação individual. Já em



relação ao banco de horas, como a compensação num período de até 120 dias (conforme previsão legislativa anterior) ou de até 6 (seis) meses (conforme atual previsão do § 5º do art. 59 da CLT), não se admitiria a negociação individual, pois ela redundaria em reduzir, em demasia, a proteção contra os riscos inerentes ao trabalho por mero acerto direto entre empregado e empregador, partindo-se, ainda, do pressuposto da existência da vulnerabilidade do trabalhador.

Vale destacar, porém, que o entendimento do Ministro Maurício Delgado Godinho não se reproduz em suas obras mais recentes. Isso, porém, não exclui o entendimento firmado pelo TST conforme precedente citado.

Tendo em conta todas essas premissas, porém, cabe destacar que inexistente qualquer estudo comprovando que o regime de compensação de jornada pelo regime de banco de horas, em módulo de seis meses, seja mais ou menos prejudicial à saúde do trabalhador se essa compensação ocorrer na mesma semana. Logo, não se tem um critério científico sólido (ou conhecido) para distinguir a compensação de jornada simples semanal da compensação de jornada semestral pelo regime do banco de horas.

Não se pode, ainda, afirmar que, dada a vulnerabilidade do trabalhador, a pactuação da compensação pelo regime do banco de horas seria inconstitucional. Aqui, na realidade, o que cabe investigar é a validade ou não do eventual pacto individual celebrado, apurando-se, diante do caso concreto, a existência do abuso do direito de contratar ou não esse regime. Ou seja, uma coisa é considerar abusiva, diante do caso concreto, a contratação individual, outra é admitir a inconstitucionalidade da norma que autoriza o pacto individual.

Por outro lado, diante da jurisprudência do TST no sentido de que "o acordo individual para compensação de horas é válido, salvo se houver norma coletiva em sentido contrário" não se tem como concluir pela inconstitucionalidade do disposto no § 5º do art. 59 da CLT. E essa interpretação está em consonância com o disposto no inciso XIII do art. 7º da CF, que, conforme exegese consagrada (inclusive gramatical), não vedou a possibilidade de celebração de acordo individual para compensação de jornada.

Sendo assim, voto por rejeitar a alegação de inconstitucionalidade do § 5º do art. 59 da CLT, com a redação dada pela Lei nº 13.467/17.



Acordam os(as) desembargadores(as) da SUBSEÇÃO DE UNIFORMIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA do Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região, em sua 4ª Sessão (presencial), realizada no vigésimo sexto dia do mês junho do ano de 2023, sob a Presidência do Excelentíssimo Senhor desembargador do trabalho **RUBEM NASCIMENTO** e com a presença dos(as) Excelentíssimos(as) Senhores(as) desembargadores(as) do trabalho **VÂNIA CHAVES, TADEU VIEIRA, JÉFERSON MURICY, IVANA MAGALDI, MARIZETE MENEZES, RENATO SIMÕES, EDILTON MEIRELES, MARCOS GURGEL, SUZANA INÁCIO e ELOÍNA MACHADO**, à unanimidade, rejeitar a alegação de inconstitucionalidade do § 5º do art. 59 da CLT, com a redação dada pela Lei nº 13.467/17.

EDILTON MEIRELES DE OLIVEIRA SANTOS
Desembargador Relator

EM-F

