

A POSSIBILIDADE DA CRIAÇÃO DE BANCO DE HORAS EM ATIVIDADES INSALUBRES, APÓS A REFORMA TRABALHISTA

Maurício de Carvalho Salviano⁹

Resumo

Com a reforma trabalhista, muitos institutos do Direito do Trabalho têm sido questionados, sendo que um deles merece uma atenção redobrada, que é a prorrogação da jornada de trabalho, em banco de horas, durante uma atividade nociva à saúde, como é a insalubridade. Atualmente existe uma Súmula do TST proibindo a instituição deste regime (n.º 85), mas há artigos da CLT que entram em choque com esta jurisprudência cristalizada, necessitando, assim, de uma integração normativa para verificar se haverá ou não a retificação da citada Súmula.

Palavras-chave: banco de horas; compensação de horas; negociação sindical.

INTRODUÇÃO

A Reforma Trabalhista fez nascerem dois dispositivos na CLT – Consolidação das Leis do Trabalho, tratando sobre o que está permitido e o que está proibido aos Sindicatos negociarem via Convenção e Acordo Coletivo de Trabalho, mais especificadamente, nos 611-A e 611-B (BRASIL, 2017).

O artigo 611-A expõe a possibilidade do “negociado” ter prevalência sobre o “legislado”, enquanto o artigo 611-B nega direito aos Sindicatos de tratarem sobre temas fundamentais aos trabalhadores, por exemplo, seguro-desemprego, aposentadoria, salário-família, trabalho do menor em atividades perigosas, dentre outros (BRASIL, 2017).

Causa espécie, no entanto, o disposto no parágrafo único do artigo 611-B da CLT, que determina: “Regras sobre duração do trabalho e intervalos não são consideradas como normas de saúde, higiene e segurança do trabalho para os fins do disposto neste artigo” (BRASIL, 2017).

Portanto, podem os Sindicatos negociar normas sobre jornada de trabalho, e, desde já, surge a questão se estariam estes atores sociais com liberdade para

⁹ Mestre em Direito do Trabalho pela PUC/SP. Professor de Direito Material e Processual do Trabalho e Direito Previdenciário na Universidade Paulista, em Araçatuba/SP. Professor de Direito Civil da UniJales/SP. Advogado.

permitir, inclusive, compensação de jornada (banco de horas), em atividades nocivas à saúde, isto é, insalubres.

O TST – Tribunal Superior do Trabalho, editou a Súmula 85, na qual é categórico em informar no item VI que “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”. Importante esclarecer que este item VI foi incorporado à Súmula 85 do TST no ano de 2016, enquanto a Reforma Trabalhista é de 2017, por meio da Lei 13.467.

Com efeito, vamos analisar o que vem a ser o banco de horas, apontar luzes sobre as atividades insalubres, para concluir da possibilidade ou não de instituir a compensação de jornada nestas atividades prejudiciais à saúde e à segurança do trabalhador, via negociação coletiva sindical.

DO BANCO DE HORAS

Muito alterado pela Reforma Trabalhista, o artigo 59 da CLT agora permite três formas de compensação da jornada de trabalho:

- a) a anual, com autorização por normas coletivas (Convenção e Acordos Coletivos de Trabalho), conforme §2º do citado artigo;
- b) a semestral, mediante autorização por escrito, individual, pelas partes na relação de emprego, como determina o §5º do artigo 59 acima;
- c) a mensal, desde que haja um acordo tácito ou escrito, entre empregado e empregador, como prevê o §6º deste artigo 59 da CLT. Importante destacar que neste parágrafo não há a expressão “verbal”, talvez por conta da pressa em que foi votada esta legislação no Congresso Nacional.

O banco de horas, conforme esclarece o §2º do referido artigo 59 da CLT ocorre quando “o excesso de horas em um dia for compensado pela correspondente diminuição em outro dia, de maneira que não exceda (...) à soma das jornadas semanais de trabalho previstas, nem seja ultrapassado o limite máximo de dez horas diárias”, ficando a empresa dispensada do acréscimo de salário (adicional de 50%).

Conforme prevê o parágrafo único do artigo 59-B, da CLT, não será descaracterizado o Banco de Horas se houver “prestação de horas extras habituais” na empresa.

Diante de todas estas novidades trazidas, como já se informou acima, pela Reforma Trabalhista, a Súmula 85 do TST ficou praticamente obsoleta, anacrônica, prevalecendo apenas o item VI, intacto, quando trata da atividade insalubre, no regime do banco de horas.

DAS ATIVIDADES INSALUBRES

O conceito do que vem a ser atividade insalubre está consubstanciado no artigo 189 da CLT, informando ser “aquelas que, por sua natureza, condições ou métodos de trabalho, exponham os empregados a agentes nocivos à saúde, acima dos limites de tolerância fixados em razão da natureza e da intensidade do agente e do tempo de exposição aos seus efeitos”.

A Súmula 448 do TST esclarece que (item I) “não basta a constatação da insalubridade por meio de laudo pericial para que o empregado tenha direito ao respectivo adicional, sendo necessária a classificação da atividade insalubre na relação oficial elaborada pelo Ministério do Trabalho”.

Para que os empregados não se indisponham com o empregador, lutando pelos seus direitos - no caso aqui - do adicional de insalubridade previsto no artigo 192 da CLT (40%, 20% ou 10%), o TST permite que os Sindicatos, por meio da substituição processual, pleiteiem judicialmente este direito em favor dos empregados associados, conforme Súmula 271.

A questão, porém, é se pode haver banco de horas em atividades insalubres, pois haverá dias em que os empregados trabalharão 10 horas por dia, e a atividade já é nociva à saúde, devendo haver então limites para tanto, em nome da dignidade, como prevê o artigo 170 da Constituição Federal, *verbis*: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”.

Para início desta resposta, vale a pena conferir o disposto no artigo 60 da CLT:

Art. 60 - Nas atividades insalubres, assim consideradas as constantes dos quadros mencionados no capítulo "Da Segurança e da Medicina do Trabalho", ou que neles venham a ser incluídas por ato do Ministro do Trabalho, Indústria e Comércio, quaisquer prorrogações só poderão ser acordadas mediante licença prévia das autoridades competentes em matéria de higiene do trabalho, as quais, para esse efeito, procederão aos

necessários exames locais e à verificação dos métodos e processos de trabalho, quer diretamente, quer por intermédio de autoridades sanitárias federais, estaduais e municipais, com quem entrarão em entendimento para tal fim.

Parágrafo único. Excetuam-se da exigência de licença prévia as jornadas de doze horas de trabalho por trinta e seis horas ininterruptas de descanso. (BRASIL, 2017).

Muito claro, portanto, que todo tipo de prorrogação da jornada de trabalho só será possível se houver autorização por meio de “licença prévia das autoridades competentes em matéria de higiene do trabalho”. Martins (1999, pág. 119) esclarece, analisando o artigo 60 da CLT, que:

[...] o trabalho prorrogado em atividade insalubre é mais nocivo ao empregado, atentando contra a sua saúde, diminuindo a sua atenção e podendo favorecer a ocorrência de acidentes, em virtude do seu cansaço, daí porque a necessidade de autorização prévia da autoridade do Ministério do Trabalho para o prolongamento do horário de trabalho nessas atividades (MARTINS, 1999, p; 119).

E o mesmo autor complementa, na sequência: “poucas, contudo, foram as empresas que conseguiram obter a citada licença prévia da DRT para a prorrogação do horário de trabalho” (MARTINS, 1999, p. 119).

Chegamos a ter uma jurisprudência consolidada no TST sobre a tese deste artigo, que era a Súmula 349, já cancelada, que dispunha: “A validade de acordo coletivo ou convenção coletiva de compensação de jornada de trabalho em atividade insalubre prescinde da inspeção prévia da autoridade competente em matéria de higiene do trabalho (art. 7º, XIII, da CF/1988; art. 60 da CLT)”.

A celeuma jurisprudencial só acabou quando sobreveio o item VI da Súmula 85 do TST ao esclarecer que: “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”.

DAS NORMAS COLETIVAS

A Lei 13.467/17, que introduziu mais de cem novidades à CLT, transformou as negociações sindicais. Almeida explica:

[...] para tanto, talvez fosse suficiente dizer que a marca mais conhecida dessa lei sobre a Reforma Trabalhista seja a introdução da prevalência do negociado sobre o legislado, ressalvados os direitos fundamentais sociais em nível constitucional, o que revela a importância do protagonismo do sindicato profissional na celebração do instrumento jurídico da convenção ou do acordo coletivo de trabalho, que rege as condições de trabalho nessa perspectiva da prevalência do negociado sobre o legislado (ALMEIDA, 2018, p. 391).

Sobre a negociação coletiva, Santos esclarece que:

[...] podemos sintetizar o conceito de negociação coletiva de trabalho: processo dialético por meio do qual os seres coletivos (sindicatos e empresas) discutem uma pauta de reivindicações, devidamente homologada pela Assembleia Geral respectiva, no sentido de estabelecer novas condições de trabalho e de remuneração para as respectivas categorias (SANTOS, 2018, p. 547).

Então, quando a CLT, no artigo 611-A, inciso II, determina que “a convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre a lei quando, entre outros, dispuserem sobre II - banco de horas anual” gera uma impressão inicial de que por meio de negociação coletiva, podem os sindicatos criar o programa de banco de horas – de seis meses a um ano – sem qualquer limite, pois pode “passar por cima da lei” (BRASIL, 2017).

Deste modo, quando o artigo 60 da CLT, aliado à Súmula 85 do TST, impõe avaliação prévia do ambiente de trabalho pelos órgãos administrativos federais, fica a dúvida se – por uma negociação coletiva – ainda persiste a proibição de banco de horas em atividades insalubres, sem a citada licença, uma vez que “o negociado vale mais do que o legislado”.

Ademais, o Inciso II do artigo 611-A da CLT foi potencializado ainda mais pela redação do parágrafo único do artigo 611-B, que prevê: “Regras sobre duração do trabalho e intervalos não são consideradas como normas de saúde, higiene e segurança do trabalho para os fins do disposto neste artigo” (BRASIL, 2017).

Lembrando que este artigo, o 611-B da CLT, impõe a ideia de ser um objeto ilícito quando, por meio de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho, os sindicatos promovem a “supressão ou a redução dos seguintes direitos”. E dentre estes “direitos” não está o banco de horas (BRASIL, 2017). Talvez, a pedra de toque para solução desta questão é o § 3º do artigo 8º da própria CLT (BRASIL, 2017).

Este dispositivo prevê o seguinte:

[...] o exame de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, a Justiça do Trabalho analisará exclusivamente a conformidade dos elementos essenciais do negócio jurídico, respeitado o disposto no art. 104 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), e balizará sua atuação pelo princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva.

Com efeito, a Justiça do Trabalho, se for instada a reconhecer como lícito ou ilícito um banco de horas em atividade insalubre, só poderá checar se as partes são capazes, se a forma estava prevista em lei, se a vontade dos Sindicatos não foi maculada e, se o objeto é lícito.

Talvez é aqui, nesta última parte – objeto ilícito – é que pode surgir uma complicação para se autorizar o banco de horas em atividades insalubres, sem a participação das autoridades competentes em matéria de higiene, saúde e segurança do trabalhador.

Isto porque o artigo 611-B da CLT, aquele que traz as proibições aos sindicatos, do que não pode ser negociado, possui um inciso, de número XVII, estabelecendo que:

Art. 611-B. Constituem objeto ilícito de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho, exclusivamente, a supressão ou a redução dos seguintes direitos (...)
XVII - normas de saúde, higiene e segurança do trabalho previstas em lei ou em normas regulamentadoras do Ministério do Trabalho (BRASIL, 2017).

Se formos fazer uma interpretação sistemática, isto é, em que parte da CLT está incluído o artigo 60, que obriga uma autorização da autoridade em higiene e segurança para haver compensação da jornada, em atividades insalubres, verificaremos que este artigo reside dentro do Capítulo II – Da Duração do Trabalho, do Título II – Das Normas Gerais de Tutela do Trabalho, e não está inserido no Capítulo V - Da Segurança e da Medicina do Trabalho, onde se conhecem das regras de insalubridade, por exemplo.

Não estando o artigo 60 da CLT dentro do Capítulo V (Da Segurança e da Medicina do Trabalho), não será este encarado como uma norma de saúde, higiene e segurança do trabalho, como assinala do inciso XVII, do artigo 611-B, da mesma CLT. Portanto, livre o caminho dos Sindicatos para negociar banco de horas em atividades insalubres, sem necessitar de autorização governamental.

Logo, esta interpretação sistemática não nos auxilia a negar direito à negociação coletiva, para admitir banco de horas em atividades insalubres, independentemente de autorização administrativa, para tanto.

Talvez seja por isso que o parágrafo único do artigo 611-B permite negociação sindical de jornada de trabalho, em situações ligadas à normas de saúde, segurança e higiene do trabalhador. Ou seja, estar o artigo 60 da CLT ligado ao Capítulo II da CLT, e não ao Capítulo V, faz refletir na não proibição de estipular regras de duração do trabalho em atividades nocivas à saúde, via Convenção e Acordo Coletivo de Trabalho.

Oportuno agora trazer à baila as lições de Godinho sobre a diferença entre interpretação e aplicação da norma:

É clara a diferença também da interpretação em face da aplicação da norma, uma vez que esta se constitui na operação final da tríade interpretação-integração-aplicação, *consubstanciando o momento de adequação concreta da norma sobre o caso objetivamente figurado*. A interpretação é instrumento para a correta aplicação do Direito, por permitir a delimitação do sentido e extensão da norma enfocada, mas não se confunde com o processo de incidência dessa sobre o caso concreto (GODINHO, 2016, p. 229).

No mais, vale lembrar dois dispositivos do CPC - Código de Processo Civil para pavimentar uma decisão justa pelo Judiciário Trabalhista, quando ficar de frente ao caso em tela, inserido dentro do artigo 489, que são os parágrafos segundo e terceiro. Vejamos:

§ 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.

§ 3º A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé (BRASIL, 2015).

Em análise deste artigo 489 do CPC, e seus parágrafos, Marononi interpreta:

Dentre as diferentes maneiras com que as normas podem se relacionar encontra-se aquela exemplificada pelo artigo 489, §2º: *diferentes finalidades normativas podem apontar soluções diversas e até mesmo opostas para resolução de determinados casos (é o que o Código chama de “colisão de normas”)* (MARONONI, 2019, p. 461).

CONCLUSÃO

No estudo da Súmula 85 do TST, que aborda a temática do “banco de horas”, nos deparamos com seis itens daquela jurisprudência cristalizada da mais alta Corte Trabalhista.

Todavia, apenas o item VI ainda parece estar em consonância com a legislação trabalhista, por conta da Reforma Trabalhista, ao explicar que não é possível criar uma compensação de jornada em atividades insalubres, sem antes pedir uma autorização das autoridades competentes em saúde e higiene do trabalhador, como determina o artigo 60 da CLT.

Todos os demais itens da Súmula 85 do TST ficaram anacrônicos, seja porque o artigo 59 da CLT agora permite compensação de jornada de forma tácita, mensal, ou também porque o artigo 59-B, em seu parágrafo único, da CLT, informa que as horas extras habituais não mais descaracterizam o banco de horas.

Por outro lado, o agora artigo 611-A da CLT permite aos sindicatos negociarem a criação de banco de horas, mesmo contrariando a lei (negociado *versus* legislado), sendo que o parágrafo único do artigo 611-B informa que regras de duração do trabalho não são consideradas normas de segurança, higiene e saúde do trabalhador (BRASIL, 2017).

Há, aqui, portanto, um passe livre aos sindicatos de criar o banco de horas, mesmo que não tenham autorização governamental.

O único empecilho seria o inciso XVII do artigo 611-B, da CLT, quando proíbe negociação sindical sobre regras de segurança, saúde e higiene do trabalhador. Entretanto, como o artigo 60 da CLT não está incluído dentro do Título V da CLT (Da Segurança e da Medicina do Trabalho), mas no Capítulo II (Da Duração do Trabalho), não é estranho compreender que no caso do banco de horas, a melhor interpretação é o uso do parágrafo único do artigo 611-B, ao invés da proibição de negociar, com base no inciso XVII do mesmo artigo de lei (BRASIL, 2017).

Patente aqui uma colisão normativa, uma antinomia, e o CPC, no artigo 489, §2º, entende que o juiz deverá ponderar cada caso, para dar uma decisão justa. No entanto, não podemos esquecer que a CLT possui regra explícita sobre como os juízes devem produzir suas decisões finais, em questões como estas, de regras criadas pelos sindicatos, que está prevista no §3º do artigo 8º, o qual pontua que a

Justiça do Trabalho, no exame de convenções e acordos coletivos de trabalho, deverá averiguar se as normas coletivas estão de acordo o artigo 104 do Código Civil (negócios jurídicos), e, por fim, que suas decisões estejam calcadas no “princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva”.

Logo, por força do artigo 769 da CLT, não sendo omissa a CLT, não se pode utilizar o Código de Processo Civil neste momento, que permitiria o uso dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Com efeito, pela interpretação sistemática da CLT, atualmente os sindicatos – por conta da Reforma Trabalhista – estão desobrigados de aguardar autorização da autoridade competente em questões de higiene e segurança do trabalho, para instituir programas de banco de horas nas empresas, no período de seis meses a um ano, por meio de convenções e acordos coletivos de trabalho.

REFERÊNCIAS:

ALMEIDA, Renato Rua. **As implicações da Lei da Reforma Trabalhista nos Sindicatos**. São Paulo: Revista LTr, 2018, v. 82, n. 04.

BRASIL. **Código Civil**. Lei n.º 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 24/11/2020.

BRASIL. **Código de Proecssso Civil**. Lei n.º 13.105 de 16 de março de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 24/11/2020.

BRASIL. **Consolidação das Leis Trabalhistas**. Decreto-lei n.º 5.452 de 1º de maio de 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em 24/11/2020.

BRASIL. **Reforma Trabalhista**. Lei n.º13.467 de 13 de julho de 2017. Disponível em: <https://www.normaslegais.com.br/legislacao/Lei-13467-2017.htm>. Acesso em: 24/11/2020.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 15 ed. São Paulo: LTr, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme et alli. **Curso de Processo Civil**. V. 2. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Comentários à CLT**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 1999.

SANTOS, Enoque Ribeiro. **Supremacia do negociado em face do legislado – as duas faces da nova CLT**. São Paulo: Revista LTr, 2018, v. 82, n. 05.

TST. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula 85**. Res. 209/2016, DEJT divulgado em 01, 02 e 03.06.2016. Disponível em:

http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_51_100.html#SUM-85. Acesso em: 24/11/2020.

TST. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula 271**. Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003 Disponível em:

http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_251_300.html#SUM-271. Acesso em: 24/11/2020.