

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO ECONÔMICO E DO TRABALHO**

EDUARDO MATOS MARCZALEK

**REFLEXÕES SOBRE O REGIME DE TRABALHO 12X36 NA REFORMA
TRABALHISTA**

Porto Alegre

2018

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO ECONÔMICO E DO TRABALHO

EDUARDO MATOS MARCZALEK

**REFLEXÕES SOBRE O REGIME DE TRABALHO 12X36 NA REFORMA
TRABALHISTA**

Projeto de Trabalho de Conclusão de curso apresentado como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito, junto à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Orientador: Prof. Dr. Francisco Rossal de Araújo

Porto Alegre

2018

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO ECONÔMICO E DO TRABALHO**

EDUARDO MATOS MARCZALEK

**REFLEXÕES SOBRE O REGIME DE TRABALHO 12X36 NA REFORMA
TRABALHISTA**

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Francisco Rossal de Araújo
(Orientador)

Prof.^a Dra. Sonilde Kugel Lazzarin

Prof. Dr. Rodrigo Coimbra Santos

**Porto Alegre
2018**

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente ao povo brasileiro que financiou meus estudos numa universidade pública, gratuita e de qualidade como a UFRGS.

A minha família por toda a dedicação, contribuição e estrutura que me possibilitaram chegar e me facilitaram o meu caminho nessa labuta, em especial minha mãe, meu pai Júlio que infelizmente acabou nos deixando durante essa caminhada, minha irmã Ana Paula, a minha vó Rosa, as minhas tias Lucia e Zeneida e aos tios Charles e Martim que tiveram participação direta nessa trajetória.

A minha amada Amanda, pelo carinho, companheirismo, incentivo e ajuda durante todo esse período.

Ao meu orientador pelo aceite e orientação deste trabalho.

Agradeço a todas as pessoas que fizeram parte dessa etapa da minha vida.

“(...) O caminho da vida pode ser o da liberdade e da beleza, porém nos extraviamos. A cobiça envenenou a alma dos homens... levantou no mundo as muralhas do ódio... e tem-nos feito marchar a passo de ganso para a miséria e os morticínios. Criamos a época da velocidade, mas nos sentimos enclausurados dentro dela. A máquina, que produz abundância, tem-nos deixado em penúria. Nossos conhecimentos fizeram-nos céticos; nossa inteligência, empedernidos e cruéis. Pensamos em demasia e sentimos bem pouco. Mais do que de máquinas, precisamos de humanidade. Mais do que de inteligência, precisamos de afeição e doçura. Sem essas virtudes, a vida será de violência e tudo será perdido. (...)”

Charles Chaplin – Filme O Grande Ditador 1940

Quem construiu Tebas, a das sete portas?
Nos livros vêm o nome dos reis,
Mas foram os reis que transportaram as pedras?
E Babilônia, tantas vezes destruída,
Quem outras tantas a reconstruiu? Em que casas
Da Lima Dourada moravam seus obreiros?
No dia em que ficou pronta a Muralha da China para onde
Foram os seus pedreiros? A grande Roma
Está cheia de arcos de triunfo. Quem os ergueu? Sobre quem
Triunfaram os Césares? A tão cantada Bizâncio
Só tinha palácios
Para os seus habitantes? Até a legendária Atlântida
Na noite em que o mar a engoliu
Viu afogados gritar por seus escravos.

O jovem Alexandre conquistou as Índias
Sozinho?
César venceu os gauleses.
Nem sequer tinha um cozinheiro ao seu serviço?
Quando a sua armada se afundou Filipe de Espanha
Chorou. E ninguém mais?
Frederico II ganhou a guerra dos sete anos
Quem mais a ganhou?

Em cada página uma vitória.
Quem cozinhava os festins?
Em cada década um grande homem.
Quem pagava as despesas?

Tantas histórias.
Quantas perguntas.

“Fragen eines lesenden Arbeiters”
(Perguntas de um trabalhador que lê).
Bertolt Brecht

RESUMO

O trabalho tem por finalidade realizar uma reflexão sobre a inclusão do artigo 59-A na CLT, pela Lei nº 13.467/2017 (Reforma Trabalhista), que estabelece o regime de trabalho 12x36 para qualquer atividade e podendo ser inclusive estabelecida por simples acordo individual. A fim de estabelecer bases sobre o tema foi analisado o instituto da jornada de trabalho, sua criação e evolução, para então ser estudado o regime 12x36. No que diz respeito especificamente ao regime de trabalho 12x36 foi feita a análise do artigo 59-A da CLT de onde se extraíram alguns elementos que foram trabalhados de forma mais ampla, como, por exemplo, a possibilidade de estabelecimento do referido regime por acordo individual e a configuração de salário complessivo pela previsão do parágrafo primeiro. A análise chegou no TST com o estudo sobre a Súmula nº 444 e posteriormente chegou ao STF com o exame da ADI nº 4.842/DF. Foi realizada pesquisa confrontando o citado regime 12x36 com o direito ao descanso e o direito à saúde e sua possível ligação com a ocorrência de acidentes de trabalho. O que se observou é que o regime 12x36 apresenta problemas por gerar fadiga excessiva aos trabalhadores, podendo potencializar o risco de ocorrência de acidentes de trabalho. Ademais, o artigo 59-A da CLT não dialoga com as demais previsões legais e constitucionais, como por exemplo a ausência de observância do pagamento a maior das horas trabalhadas em horário noturno; bem como por confrontar a jurisprudência trabalhista (Súmula nº 91 do TST) pois possibilita a ocorrência de salário complessivo, o que é considerado nulo pelo TST.

Palavras-chave: Lei nº 13.467/2017; Reforma Trabalhista; regime de trabalho 12x36; artigo 59-A CLT

ABSTRACT

The goal of this work is to reflect about the inclusion of Article 59-A in the CLT, by Law 13.467 (Labor Reform), which establishes the 12x36 labor day for any work area, and may even be established by simple individual agreement. In order to settle the bases about the subject, the institute of jornada was analyzed, their creation and evolution, for then to be studied the 12x36 labor day. About the 12x36 labor day, it was analyzed the article 59-A, from where it was extracted some elements that was studied in a extensively way, such as the possibility of establishing this journey by individual agreement and the occurrence of salary compliant with the provisions of the first paragraph. The analysis arrived in the TST with the study on the Precedent nº 444 and later it went to the STF with the examination of ADI 4.842 / DF. A research was conducted comparing the 12x36 labor day with the right to rest and the right to health and its possible connection with the occurrence of work accidents. What was observed it was that the 12x36 labor day presents some presents problems because it causes excessive fatigue to the laborer, so can increase the occurrence of occupational accidents. The article 59-A don't dialogues with other legal and constitutional provisions, such as the absence observance of the greater payment of hours worked in the evening. It also disagrees with the labor jurisprudence (Precedent nº 91 of the TST) because it allows the occurrence of compliant salary, which is considered null by the TST.

Keywords: Law 13.467/2017; Labor Reform; 12x36 labor day; art. 59-A CLT

LISTA DE TABELAS

Tabela 1 - Distribuição semanal do regime 12x36.....	48
Tabela 2 - Tabela 2: “Distribuição do número e percentagem de acidentes segundo o horário de sua ocorrência”.....	68
Tabela 3 - Classificação de Schilling.....	70

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI - Ação Direta de Inconstitucionalidade
CAT - Comunicação de Acidentes de Trabalho
CF - Constituição da República Federativa do Brasil
CLT - Consolidação das Leis do Trabalho
E-RR - Recurso de Embargos (em Recurso de Revista)
INSS - Instituto Nacional do Seguro Social
MPT - Ministério Público do Trabalho
OIT - Organização Internacional do Trabalho
OJ - Orientação Jurisprudencial
PGR - Procuradoria Geral da República
PL - Projeto de Lei
PRT/4 - Procuradoria Regional do Trabalho da 4ª Região
RR- Recurso de Revista
SDI-I - Subseção I Especializada em Dissídios Individuais
STF - Superior Tribunal Federal
TST - Tribunal Superior do Trabalho

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
1. DIREITO DO TRABALHO: BREVE ANÁLISE HISTÓRICA	15
1.1 DO SURGIMENTO DO DIREITO DO TRABALHO	15
1.2 DO SURGIMENTO DO DIREITO DO TRABALHO NO BRASIL.....	17
1.3. A REFORMA TRABALHISTA (LEI Nº 13.467/2017) E AS MUDANÇAS NA CLT.....	18
2. JORNADA DE TRABALHO: CONCEITUAÇÃO E EVOLUÇÃO	22
2.1. CONCEITUAÇÃO.....	22
2.2. EVOLUÇÃO.....	26
3. JORNADA DE TRABALHO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	29
3.1. JORNADA ORDINÁRIA.....	29
3.2. JORNADA ESPECIAL.....	29
3.3. JORNADA EXTRAORDINÁRIA.....	30
3.4. JORNADA NOTURNA.....	33
3.5. PERÍODO DE SOBREA VISO.....	34
3.6. PERÍODO DE PRONTIDÃO.....	35
3.7. JORNADA INTERMITENTE.....	35
3.8. PERÍODOS DE REPOUSO.....	35
4. A PREVISÃO LEGAL DO REGIME 12X36 APÓS A REFORMA TRABALHISTA	37
4.1 PREVISÃO DE ACORDO INDIVIDUAL.....	38
4.2 LIBERAÇÃO DO REGIME 12X36 PARA QUALQUER ÁREA.....	39
4.3 POSSIBILIDADE DE NÃO FRUIÇÃO DO INTERVALO INTRAJORNADA.....	40
4.4 AUSÊNCIA DO PAGAMENTO DOS DESCANSOS SEMANAIS, FERIADOS E ADICIONAL NOTURNO.....	41
4.5 CONFIGURAÇÃO DE SALÁRIO COMPLESSIVO.....	43
4.6 AUSÊNCIA DE LICENÇA PRÉVIA EM TRABALHOS INSALUBRES.....	44
5. SÚMULA Nº 444 DO TST, O PRELÚDIO DA FLEXIBILIZAÇÃO DO REGIME 12X36	46
5.1 PREVISÃO EM NORMA COLETIVA.....	47
5.2 OBSERVAÇÃO DO LIMITE DA DURAÇÃO SEMANAL DO TRABALHO DE 44 HORAS.....	48
5.3 DEFESA COMO ESCALA BENÉFICA AO TRABALHADOR, EM VISTA DO MENOR TEMPO DE TRABALHO MENSAL E MAIOR PERÍODO DE DESCANSO.....	50
6. O REGIME 12X36 À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL (ADIN 4.842/DF)	54
7. O DIREITO AO DESCANSO E O REGIME 12X36	60
8. O DIREITO À SAÚDE E O REGIME 12X36	65
8.1 DEFINIÇÃO DE SAÚDE.....	65
8.2. SAÚDE, JORNADA EXCESSIVA E ACIDENTES DE TRABALHO.....	68
8.3. DOS ACIDENTES DE TRABALHO.....	71
CONCLUSÃO	75
REFERÊNCIAS	78

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por finalidade realizar uma reflexão sobre a inclusão no texto da Consolidação das Leis do Trabalho¹ do regime 12x36 estabelecida pela Lei 13.467/2017 e seus reflexos na vida da classe trabalhadora brasileira. A lei citada alterou diversos dispositivos na CLT, realizando o que se chamou no meio midiático e, por consequência, na doutrina, de Reforma Trabalhista.

O objeto de análise é a inclusão do artigo 59-A na CLT que estabelece o regime 12x36 para qualquer atividade, podendo ser inclusive estabelecido por simples acordo individual. Esse artigo realiza, portanto, um alargamento da previsão do regime 12x36, que antes era previsto apenas para as áreas de saúde e segurança. Dessa forma, o referido artigo contrapõe-se ao entendimento consolidado pela jurisprudência (Súmula 244 do Tribunal Superior do Trabalho²) de que tal jornada apenas poderia ser estabelecida por norma coletiva, sendo nulo o estabelecimento por acordo individual.

Diante disso, propõe-se uma reflexão sobre o art. 59-A além de aventar os possíveis impactos que tal modificação pode acarretar na vida do trabalhador, especialmente no que diz respeito ao descanso e à saúde.

Visando atender a esses objetivos, a exposição é composta de 8 capítulos, sendo que nos três primeiros visa-se situar o leitor, por meio de uma breve análise do surgimento do Direito do Trabalho no mundo e no Brasil e posteriormente o mesmo foi realizado com o instituto da jornada, onde se buscou fazer um levantamento histórico desse instituto, sua origem e evolução, para que então se entrasse na especificidade do regime 12x36. E nos restantes, é abordado o tema objeto do trabalho, no caso o regime 12x36.

No primeiro capítulo, efetuou-se uma breve análise histórica do Direito do Trabalho no mundo desde o seu surgimento, a partir do modo de produção capitalista, e sua evolução a partir das pressões da classe operária e de algumas instituições como a Igreja Católica, além do surgimento e desenvolvimento no Brasil, o qual foi estabelecido o marco do fim da escravidão (1988), já que a prestação de trabalho nos moldes assegurados pelo Direito do Trabalho deve ser uma prestação livre, ainda que

¹ Doravante será referido como CLT.

² Ao longo do trabalho será referido como TST.

haja a subordinação como um dos elementos da relação empregatícia. No subcapítulo da Reforma Trabalhista foi realizada análise desde a sua aprovação, o contexto político em que aprovada a Lei 13.467/2017, bem como os reflexos dessa reforma para os trabalhadores brasileiros.

No segundo capítulo, foi realizada análise do instituto da jornada, o qual restou dividido em dois subcapítulos, o primeiro para tratar da sua conceituação, bem como dos outros elementos que permeiam a jornada como a conceituação de duração do trabalho. No segundo subcapítulo foi feita uma análise do desenvolvimento histórico da jornada, entendendo-a como um dos principais elementos conformadores de toda a criação do Direito do Trabalho, pois os diretos referentes à jornada sempre foram as principais pautas do movimento operário.

No terceiro capítulo, foi feito um levantamento de todos os principais dispositivos que tratam da jornada no ordenamento jurídico brasileiro, a partir da subdivisão realizada no capítulo segundo: jornada ordinária; jornada especial, jornada extraordinária, jornada noturna, período de sobreaviso, período de prontidão, jornada intermitente e, ainda, os períodos de repouso, esses inseridos neste subcapítulo. O levantamento já levou em conta as mudanças decorrentes da Reforma Trabalhista.

O capítulo quarto, apresenta uma reflexão acerca do regime 12x36, já adentrando no cerne do tema do presente trabalho, no qual foi analisada a forma como era prevista antes da Reforma Trabalhista, bem como após a reforma, mediante análise do artigo 59-A que prevê o regime 12x36 e do artigo 60 ambos da CLT a partir de cinco subitens: a) previsão em acordo individual, b) liberação para qualquer área/atividade, c) possibilidade de não fruição do intervalo intrajornada, d) ausência de pagamento dos feriados e e) ausência de licença prévia em trabalho insalubre.

No capítulo cinco, realizou-se exame da Súmula nº444 do TST, no qual foram vistos todos os argumentos das ministras e ministros nos votos paradigmas que levaram à edição da Súmula. A partir dos referidos votos paradigmas, foram sintetizados três argumentos para análise: previsão do regime em questão em norma coletiva; observação do limite de duração semanal do trabalho, de 44 horas e escala benéfica ao trabalhador, pois possibilita um descanso maior (36 horas) e menor carga mensal.

O capítulo seis apresenta o regime 12x36 à luz da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4.842, que requeria a declaração de

inconstitucionalidade do artigo 5º da Lei nº 11.901/2009, que prevê o citado regime 12x36 para os bombeiros civis. Nesse capítulo, são vistas as razões das peças apresentadas aos autos, desde a petição inicial até a peça do Sindicato dos Trabalhadores Bombeiros Profissionais Civis do Distrito Federal-SINDBOMBEIROS/DF, admitido ao processo como *amicus curiae*, que argumentava pela constitucionalidade da referida regra, e, por fim, a análise dos votos das ministras e ministros do STF que declararam constitucional o dispositivo aludido.

No capítulo sete, é feito um estudo do descanso no regime 12x36, a partir das óticas legal e doutrinária e da econômico-sociológica. A visão econômico-sociológica parte de uma crítica ao sistema econômico e à forma pela qual o capital utiliza o tempo dos trabalhadores. No ponto legal e doutrinário, é empreendida uma breve análise acerca da forma como a legislação e a doutrina vulneram o direito ao descanso, em especial no regime 12x36.

O capítulo oito, por fim, traz uma pesquisa da saúde dos trabalhadores e sua relação com a duração do trabalho. O capítulo é dividido em três subcapítulos, sendo que no primeiro é apresentada uma definição de saúde desde a sua previsão da Constituição Federal e leis infraconstitucionais, bem como em Tratados Internacionais. No segundo subcapítulo, foi realizada uma análise da jornada excessiva como uma espécie de concausa dos acidentes dos trabalhos. No terceiro, subcapítulo foi feito um levantamento dos acidentes de trabalho no Brasil.

1. DIREITO DO TRABALHO: BREVE ANÁLISE HISTÓRICA

Este capítulo analisará o surgimento e o desenvolvimento do Direito do Trabalho, visando situar a leitura tanto no aspecto geral quanto no específico, este no que se refere à jornada³. Quando se aborda o desenvolvimento do Direito do Trabalho é de extrema necessidade investigar o contexto atual e o teor da Reforma Trabalhista, já que é a Lei nº 13.467/2015 que inclui na CLT o artigo 59-A na CLT, objeto de análise deste trabalho.

1.1. DO SURGIMENTO DO DIREITO DO TRABALHO

O trabalho, conforme apresenta Marx, é um processo de transformação entre o homem e a natureza, em que aquele a partir de sua ação “medeia, regula e controla” a transformação do objeto, e ao final de toda a ação chega-se a um resultado que já estava presente na representação feita pelo o trabalhador, sendo este o objeto de racionalidade⁴ que o ser humano dá ao trabalho. Logo, o trabalho pode ser visto como uma atividade orientada a um fim⁵.

O instituto do trabalho, a partir do que foi acima exposto, existe desde os primórdios da humanidade. Entretanto, o modo de trabalho que é objeto da regulação pelo Direito do Trabalho surge com o advento do modo de produção capitalista⁶, no qual o trabalhador vende sua força de trabalho⁷ ao proprietário dos meios de produção. Assim, trata-se de um trabalho entendido como prestado por conta alheia e não por conta própria, já que os frutos do trabalho são retidos pelo capitalista.⁸

De forma mais precisa, a origem do Direito do Trabalho está ligada à Revolução Industrial, que ocorreu a partir da segunda metade do século XVIII até o início do

³ O desenvolvimento histórico do instituto da jornada será analisado em item próprio deste trabalho.

⁴ “Uma aranha executa operações semelhantes às do tecelão, e uma abelha envergonha muitos arquitetos com a estrutura de sua colmeia. Porém, o que desde o início distingue o pior arquiteto da melhor abelha é o fato de que o primeiro tem a colmeia em sua mente antes de construí-la com a cera. No final do processo de trabalho, chega-se a um resultado que já estava presente na representação do trabalhador no início do processo, portanto, um resultado que já existia idealmente.” MARX, Karl. *O Capital*. Trad. Rubens Enderle. Livro 1. 2 ed. São Paulo: Boitempo, 2011, p.327.

⁵ MARX, Karl. *O Capital*. Trad. Rubens Enderle. Livro 1. 2 ed. São Paulo: Boitempo, 2011, p.327-328.

⁶ Conforme explica Delgado, todo o ramo justralhista é constituído a partir da categoria básica, relação de emprego. DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 14 ed. São Paulo: LTr, 2015, p.110.

⁷ “Por força de trabalho ou capacidade de trabalho entendemos o complexo [Inbegriff] das capacidades físicas e mentais que existem na corporeidade [Leiblichkeit], na personalidade viva de um homem e que ele põe em movimento sempre que produz valores de uso de qualquer tipo”. MARX, Karl. *O Capital*. Trad. Rubens Enderle. Livro 1. 2 ed. São Paulo: Boitempo, 2011, p.312.

⁸ OLIVEIRA, Cíntia Machado de; DORNELES, Leandro do Amaral de Dorneles. *Direito do Trabalho*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013. p.19-20

século XIX. Embora a intervenção jurídica nos contratos já seja percebida desde o direito romano⁹, é com a Revolução Industrial que a prestação de trabalho por conta alheia se torna majoritária na forma contratual de locação de serviços.¹⁰

Essa transformação na acepção do trabalho, que tornou regra a prestação por conta alheia e por consequência a obtenção de lucro por uma das partes da relação, produziu uma série de problemas como jornadas excessivas, descuido com as condições de trabalho e por consequência a ocorrência de acidentes de trabalho entre outros excessos da época. Esse contexto provoca reivindicações de melhorias nas condições de trabalho por parte de intelectuais como Marx e Engels e também por parte da Igreja Católica, por meio das suas Encíclicas como a *Rerum Novarum* (Leão XIII, 1891).¹¹ Ou seja, o Direito de Trabalho nasce como resposta a uma necessidade concreta de proteção da parte mais fraca de uma relação, no caso o trabalhador, visando evitar abusos da outra parte, qual seja, o empregador/capitalista. Há de se destacar que muito embora o desenvolvimento do Direito do Trabalho decorra principalmente de um intervencionismo estatal¹², a atuação da classe trabalhadora foi decisiva para esse desenvolvimento, através das organizações e pressões políticas do movimento operário.¹³

Por essas razões o Direito do Trabalho, em especial o Direito do Trabalho Individual, apresenta regras imperativas visando demarcar um “patamar civilizatório mínimo” para as pessoas que vivem do trabalho, a fim de trazer um parâmetro de igualdade jurídica material nessa relação assimétrica.¹⁴

É, sobretudo, com o Tratado de Versalhes (1919), após a Primeira Guerra Mundial, que o Direito do Trabalho ganha força dentro dos ordenamentos jurídicos e

⁹ O direito romano concebia a existência de um contrato específico em que havia prestação de trabalho por pessoa livre mediante remuneração. ARAÚJO, Francisco Rossal de; COIMBRA, Rodrigo. *Direito do Trabalho I*. São Paulo: LTr, 2014, p.21.

¹⁰ ARAÚJO, Francisco Rossal de; COIMBRA, Rodrigo. *Direito do Trabalho I*. São Paulo: LTr, 2014, p.20-21.

¹¹ ARAÚJO; COIMBRA. *op. cit.*, 2014, p. 24.

¹² “O Estado passou a tomar posição-chave na economia, desenvolvendo um plano de ação que compreendia uma nova posição perante as relações sociais. Valeu-se de técnicas que se tornaram cada vez mais aceitas como o planejamento, o dirigismo econômico, a interferência nos contratos, etc. O Estado intervencionista concretiza-se a partir de 1938 com a doutrina neoliberalista”. NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho: história e teoria geral do Direito do Trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho*. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.56.

¹³ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho: história e teoria geral do Direito do Trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho*. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 55-56.

¹⁴ DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *A Reforma Trabalhista no Brasil: com os comentários à lei nº. 13.467/2017*. São Paulo: LTr, 2017, p.40.

começa a ascender ao plano constitucional,^{15e16} o que alavancou o seu desenvolvimento tanto legal, como jurisprudencial e doutrinário.

1.2. DO SURGIMENTO DO DIREITO DO TRABALHO NO BRASIL

A partir da ideia de que a categoria básica a iniciar a análise do Direito do Trabalho é a relação empregatícia, na qual a prestação do trabalho livre é pressuposto para a existência do trabalho subordinado, no Brasil, a análise do surgimento do Direito do Trabalho deve ser feita a partir da abolição da escravatura em 1888¹⁷.

Apesar da abolição em fins do século XIX, é apenas a partir de 1930, com a chegada ao governo de Getúlio Vargas, que o Direito do Trabalho de forma unificada começa a ganhar força. Até aquele momento, a regulação do direito do trabalho era baseada em leis esparsas, mas que não devem ser ignoradas, dada a importância que desempenharam no contexto em que estavam inseridas. Nesse sentido, Souto Maior aponta que havia no Brasil desde o início do século XX, mais precisamente desde 1912, a ideia de criação de uma lei trabalhista unificada, na época denominada de Código do Trabalho, o qual continha 107 artigos que regulavam questões como o contrato de trabalho, jornadas, proteção contra acidentes, entre outras.¹⁸

Ações do Governo Vargas, como a criação do Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio (1930), a Lei dos Sindicatos (Decreto nº. 11.770) de 1931, bem como a posterior elevação de direitos trabalhistas à Constituição de 1934 são marcos do surgimento do Direito do Trabalho. Porém, é com a Consolidação das Leis do Trabalho em 1943 (Decreto-lei nº 5.452/1943) que acontece o que Rossal e Coimbra definem como represamento sistemático¹⁹, quando deixa-se de ter leis esparsas que tratam do tema para ter um “código” base e unificado a delimitar todo o Direito do Trabalho no Brasil.

¹⁵ “É o caso da Constituição do México (1917 e 1962), Chile (1925), Peru (1933), Áustria (1295), Rússia (1918 e 1935), Brasil (1934, 1937, 1946, 1967, 1969 e 1988), Espanha (1931), Uruguai (1934), Bolívia (1938), Nicarágua (1939), Honduras (1936), Colômbia (1936 e 1945), Romênia (1948), República Federal Alemã (1949), República Democrática Alemã (1949), Tchecoslováquia (1948), Venezuela (1947 e 1961), Turquia (1961), Iugoslávia (1921 e 1963) e Guatemala (1965)”. NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho: história e teoria geral do Direito do Trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho*. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 61-62.

¹⁶ ARAÚJO; COIMBRA, *op. cit.*, p.25

¹⁷ DELGADO, 2015, *op. cit.*, p.110.

¹⁸ Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/55a-legislatura/pl-6787-16-reforma-trabalhista/documentos/audiencias-publicas/prof-jorge-luiz-souto-maior> (p. 7-8). Acessado em 23/05/2018.

¹⁹ ARAÚJO; COIMBRA, *op. cit.*, p. 34

Com o golpe civil-militar de 1964, a evolução do Direito do Trabalho é freada, já que a criação de leis trabalhistas é reduzida e muito voltada para o viés econômico. A retomada do Direito do Trabalho ocorre com a promulgação da Constituição Federal de 1988, quando o trabalho é alçado a um dos direitos fundamentais (art. 6º). Mais que a elevação a direito fundamental, a Constituição apresenta um rol não taxativo de direitos dos trabalhadores no seu art. 7º, garantindo direitos básicos como o salário mínimo, seguro-desemprego, proteção contra acidentes de trabalho, uma jornada ordinária de 8 horas, entre outros²⁰.

Em síntese, a partir da Constituição Federal de 1988, pode-se dizer que a ordem jurídica justtrabalhista brasileira se estrutura em três grupos de normas: as normas constitucionais brasileiras, as normas internacionais internalizadas ao ordenamento brasileiro e as normas federais trabalhistas, que visam assegurar um patamar civilizatório mínimo para inserção das pessoas humanas ao mundo do trabalho.²¹

1.3. A REFORMA TRABALHISTA (LEI Nº13.467/2017) E AS MUDANÇAS NA CLT

A análise que será realizada da Reforma Trabalhista terá enfoque jurídico, entretanto não poder-se-á deixar de mencionar o contexto político no qual ela é produzida, pois esse contexto refletirá em todo o seu teor.

O momento em que a reforma trabalhista é gestada, debatida (muito brevemente) e aprovada, é um período pós-queda de uma Presidente da República mediante *impeachment* altamente criticado por diversos setores, inclusive por grupos de juristas²², dado o contexto em que aprovado.²³ Nesse interim, começam a surgir diversas denúncias de corrupção contra o novo presidente, Michel Temer, bem como pressão dos

²⁰ ARAÚJO; COIMBRA, *op. cit.*, p.34-35.

²¹ DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *A Reforma Trabalhista no Brasil: com os comentários à lei nº. 13.467/2017*. São Paulo: LTr, 2017, p. 61

²² “Carta aberta de juristas ao supremo tribunal federal contra o vergonhoso golpe aprovado na câmara dos deputados”. Íntegra em: <http://emporiiodireito.com.br/leitura/carta-aberta-de-juristas-ao-supremo-tribunal-federal-contr-o-vergonhoso-golpe-aprovado-na-camara-dos-deputados>. Acessado em 03/06/2018.

²³ Eduardo Cunha, então presidente da Câmara dos Deputados, alegava que o caso da Presidente Dilma Rousseff (PT) não era de *impeachment*, entretanto muda de ideia após deputados do Partido dos Trabalhadores votarem a favor da sua cassação no Conselho da Comissão de Ética. Ademais, os principais argumentos dos grupos favoráveis ao *impeachment* eram baseados no fato de que o atual governo não tinha mais governabilidade, sendo que este não constitui motivo para abertura de processo de *impeachment*. (http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/12/151204_brasilianistas_impeach_ac_tg)

setores patronais para a apresentação de projeto de reforma da CLT, prometido pelo governo pós-*impeachment*. Simultaneamente, a grande mídia brasileira começa a campanha pela “modernização” da CLT, argumentando que a lei trabalhista estava defasada e que gerava um alto custo trabalhista, pelo que a modernização geraria mais empregos.

Todo o processo de aprovação da Reforma é realizado de forma muito rápida e praticamente sem qualquer debate com a classe trabalhadora. Para se ter uma base, o governo federal apresenta o Projeto de Lei 6.787/2016 em 23/12/2016, que alterava apenas 7 artigos da CLT. O projeto da Reforma Trabalhista foi aprovado na Câmara dos Deputados na madrugada de 27/04/2017 e no Senado Federal (casa revisora) em 11/07/2017 em trâmite acelerado e com curto debate. Ao final com a aprovação, a Lei 13.467/2017 alterou mais de 200 artigos da CLT, muito mais que as 7 modificações propostas inicialmente no PL do Executivo. Sendo que em 14/11/2017, é editada a Medida Provisória nº 808, que veio a modificar 85 dispositivos da Lei nº 13.467/17, entretanto a Medida não é votada no Congresso Nacional e perde validade em 23/04/2018, voltando os dispositivos então alterados à redação inicial da Lei nº 13.467/17.

Realizando um comparativo entre as motivações da “antiga” CLT (Decreto-lei nº 5.452 de 1943) e a Lei nº 13.467/2017, pode-se observar que em 1943 há uma preocupação com o trabalhador enquanto uma peça importante da estrutura do país, conforme aponta Angela de Castro Gomes, “significava definir que, para aqueles que trabalham, o pagamento do salário era insuficiente”, por isso era necessário garantir ao trabalhador condições de segurança e bem estar no labor.²⁴ A concepção da Reforma Trabalhista (2017) é que o trabalhador é um custo, um fardo ao empregador, e portanto, deve-se retirar/flexibilizar direitos para diminuir o custo do trabalho.

Conforme apresentam Mauricio Godinho Delgado e Gabriela Neves Delgado, a Reforma Trabalhista representa um retorno ao antigo papel do Direito na História, qual seja, um instrumento de exclusão, segregação e sedimentação da desigualdade entres as pessoas e os grupos sociais em total descompasso com a principiologia humanística e

²⁴ GOMES, Angela Maria de Castro. A invenção do trabalhismo. 3ª edição – Rio de Janeiro: Editora FGV, 2005, p. 232

social²⁵ dos direitos fundamentais constitucionais.²⁶ A reforma trabalhista visa romper, por meio de desregulamentação ou flexibilização, as regras imperativas do Direito do Trabalho que estabelecem uma igualdade material entre os sujeitos da relação de trabalho ou emprego.²⁷

Segundo síntese realizada ainda por Mauricio Godinho Delgado e Gabriela Neves Delgado, a reforma trabalhista no campo do direito individual apresenta: a) manifesto desprezo à noção de centralidade da pessoa humana na ordem jurídica e na vida social, dando prevalência ao poder econômico na relação de emprego, tal como as leis da época da ditadura civil-militar; b) abandono do princípio constitucional da igualdade material das relações de emprego por meio de flexibilização e desregulamentação das normas que visam garantir essa igualdade, como, por exemplo, a previsão de normas que restringem o acesso à justiça; c) desconstrução de todo o rol normativo de proteção à saúde e à segurança na relação de emprego, através da diminuição da incidência de normas que visem a redução de riscos no trabalho como a desconexão da duração do trabalho com a saúde do trabalhador; d) tentativa de mitigar a inclusão de pessoas vulneráveis no mercado de trabalho, como trabalhadores aprendizes, pessoas com deficiência e trabalhadores em reabilitação previdenciária; e) manifesta exacerbação da jornada de trabalho, por meio de flexibilização de normas referente à jornada, como por exemplo os intervalos intrajornadas e a previsão

²⁵ “A Constituição da República Federativa do Brasil evidencia como um de seus eixos principais a presença de um núcleo principiológico humanístico e social. Esse eixo, naturalmente, não se dirige apenas ao campo social do Direito e, particularmente, ao Direito do Trabalho. Abrange campos jurídicos diversos, como Direito Civil, Direito Penal, Direito da Seguridade Social, Direito do Consumidor, Direito Ambiental, Direito Tributário, etc. Ostenta a Constituição, nesse quadro, a presença de princípios jurídicos gerais, que apresentam a característica de abrangerem diversos campos do Direito, ainda que, nesse caso, tenham de merecer leitura algo particularizada para permitir sua melhor compreensão extensiva. Trata-se de princípios constitucionais gerais que, nessa qualidade, produzem efeitos normativos em searas bastante diferentes do universo jurídico. Citem-se, ilustrativamente: princípio da dignidade da pessoa humana; princípio da centralidade da pessoa humana na vida socioeconômica e na ordem jurídica; princípio da inviolabilidade do direito à vida; princípio do bem-estar individual e social; princípio da justiça social; princípio da submissão da propriedade à sua função socioambiental; princípio da não discriminação; princípio da igualdade (que se desdobra em igualdade em sentido formal e igualdade em sentido material - esta, aliás, uma das grandes inovações da Constituição de 1988); princípio da segurança; princípio da proporcionalidade e da razoabilidade; princípio da vedação do retrocesso social e da progressividade social”. DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *A Reforma Trabalhista no Brasil: com os comentários à lei nº. 13.467/2017*. São Paulo: LTr, 2017, p.30.

²⁶ DELGADO; DELGADO. *op. cit.*, 2017, p.39-40.

²⁷ DELGADO; DELGADO. *op. cit.*, 2017, p.41.

generalizada do regime 12x36 e f) descaracterização da natureza salarial de parcelas pagas ao empregado.²⁸

No que se refere à área do direito coletivo do trabalho, a Reforma Trabalhista também apresenta normas que visam enfraquecer as entidades sindicais, como por exemplo, o fim do financiamento compulsório, mecanismo que possibilita aos sindicatos terem viabilidade na luta por melhorias e defesa de direitos da classe trabalhadora.²⁹

Pelo exposto, a Reforma Trabalhista, embora venha com o argumento de modernização e diminuição de custos do trabalho, tem por trás uma gama de desregulamentações e flexibilizações prejudiciais à classe trabalhadora, parte mais fraca da relação. Um dos pontos dessa prejudicialidade é a generalização do regime a 12x36 presente no artigo 59-A da CLT.

²⁸ DELGADO; DELGADO. *op. cit.*, 2017, p. 41-43.

²⁹ Mauricio Godinho Delgado e Gabriela Neves Delgado apresentam nova síntese tal como na parte do Direito Individual. Também há síntese no campo do direito processual do trabalho. Ver DELGADO; DELGADO. *op. cit.*, 2017, p. 45-46 e 48-51.

2. JORNADA DE TRABALHO: CONCEITUAÇÃO E EVOLUÇÃO

Quando se trata de relação de trabalho no modo de produção capitalista, a ideia central é que há uma troca em que uma das partes oferece seu tempo de vida e sua força de trabalho³⁰ e a outra parte, que detém os meios de produção, oferece um retorno financeiro decorrente do lucro gerado pela venda do produto do trabalho, seja esse físico ou intelectual³¹³². No decorrer da história, essa relação foi tornando-se mais complexa, dando origem a um ramo específico do Direito, conforme já referido, gerando muitos conceitos e estruturas, sendo que um desses será analisado no presente trabalho, o instituto da jornada de trabalho.

Assim, neste subcapítulo pretende-se estabelecer alguns parâmetros básicos no tocante às terminologias relacionadas à jornada de trabalho construídas ao longo dos anos, bem como, brevemente, apresentar a evolução histórica desse instituto.

2.1. CONCEITUAÇÃO

No tocante à definição conceitual de jornada de trabalho, verifica-se que é de preocupação da doutrina o estabelecimento da diferenciação entre o tempo diário de labor, o tempo semanal, mensal e anual. Referente a isso, Cíntia Machado de Oliveira e Leandro do Amaral Dorneles de Dorneles apresentam de forma muito clara e didática a separação conceitual entre o que é jornada, como se chama o período semanal de labor

³⁰ “O que o operário vende não é diretamente o seu trabalho, mas a sua força de trabalho, cedendo temporariamente ao capitalista o direito de dispor dela. Tanto é assim que, não sei se as leis inglesas, mas, desde logo, algumas leis continentais fixam o máximo de tempo pelo qual uma pessoa pode vender a sua força de trabalho. Se lhe fosse permitido vendê-la sem limitação de tempo, teríamos imediatamente restabelecida a escravatura. Semelhante venda, se o operário se vendesse por toda a vida, por exemplo, convertê-lo-ia sem demora em escravo do patrão até o final de seus dias. MARX, Karl. Salário, preço e lucro”. In.: *Trabalho assalariado e capital & salário, preço e lucro*. 1 ed. São Paulo: Expressão Popular, 2006, p. 110.

³¹ OLIVEIRA, Cíntia Machado de; DORNELES, Leandro do Amaral de Dorneles. *Direito do Trabalho*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013. p. 19

³² “Na produção de mercadorias, o valor de uso não é, de modo algum, a coisa qu'on aime pour lui-même [que se ama por ela mesma]. Aqui, os valores de uso só são produzidos porque e na medida em que são o substrato material, os suportes do valor de troca. E, para nosso capitalista, trata-se de duas coisas. Primeiramente, ele quer produzir um valor de uso que tenha um valor de troca, isto é, um artigo destinado à venda, uma mercadoria. Em segundo lugar, quer produzir uma mercadoria cujo valor seja maior do que a soma do valor das mercadorias requeridas para sua produção, os meios de produção e a força de trabalho, para cuja compra ele adiantou seu dinheiro no mercado. Ele quer produzir não só um valor de uso, mas uma mercadoria; não só valor de uso, mas valor, e não só valor, mas também mais-valor. Porque se trata aqui da produção de mercadorias, consideramos, até este momento, apenas um aspecto do processo. Assim como a própria mercadoria é unidade de valor de uso e valor, seu processo de produção tem de ser a unidade de processo de trabalho e o processo de formação de valor.” MARX, *op.cit.*, p.337-338.

e os marcos iniciais do estabelecimento do tempo de jornada. Os autores definem jornada³³ de trabalho como sendo o período de prestação diária, portanto não há falar em jornada semanal. O período de prestação de labor na semana recebe a denominação de carga horária semanal. Por fim, o marco de início e de término da jornada recebe a denominação de horário de trabalho.³⁴

Esses conceitos são muitas vezes apresentados como sinônimos, resultando numa ampliação semântica do termo jornada, inclusive presente na própria lei, como se observa no parágrafo 2º do art. 59 da CLT que menciona jornada semanal³⁵. Ademais, conforme nos aponta Mauricio Godinho Delgado, a partir de Sadi tal Rosso, há uma particularidade da língua portuguesa que usa o termo jornada para designar tempo de trabalho sem observar a medida de duração.³⁶

Ainda que a própria legislação não a faça, para favorecer a análise dos institutos e para atender aos objetivos desta pesquisa, o presente trabalho estabelecerá a diferenciação entre os termos supracitados.

Mauricio Godinho Delgado, na mesma linha que Oliveira e Dorneles, nos traz uma conceituação também em três formas: duração do trabalho, jornada de trabalho e horário de trabalho. A duração do trabalho seria a noção mais ampla, que o autor denomina de “tempo de disponibilidade contratual”, ou seja, o tempo que o empregado disponibiliza ao empregador em decorrência da relação de emprego existente entre eles, e esse tempo inclui o diário, semanal, mensal e anual. Desse modo, em consonância com a CLT³⁷, a duração do trabalho abrangeria os institutos da jornada, da duração semanal, os intervalos e repousos, bem como os regimes de compensação. A jornada de trabalho seria o tempo diário que o empregado disponibilizaria ao empregador em decorrência do contrato de trabalho. O horário de trabalho é o período entre o marco inicial e terminal da jornada³⁸. Como pode ser observado, a duração do trabalho é o termo mais abrangente no tocante ao tempo de labor, pois ele abrange não só a jornada em si, mas também a carga horária semanal e mensal, bem como os períodos de

³³ Jornada é oriundo de palavra em italiano *giorno* (dia)

³⁴ OLIVEIRA; DORNELES, *op. cit.* p. 104.

³⁵ Art. 59. § 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

³⁶ DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 14 ed. São Paulo: LTr, 2015, p.932.

³⁷ Capítulo II da CLT.

³⁸ DELGADO, 2015, *op. cit.*, p. 931-933.

repouso. Assim, ao se falar de jornada é imprescindível abordar a conceituação de duração do trabalho.

Amauri Mascaro Nascimento trabalha outro foco que, ainda que apresente a ampliação semântica do termo jornada, complementa o acima referido, apresentando os diversos sentidos que a jornada pode ser vista, os quais muito embora sejam próximos, não são coincidentes. Dessa maneira, a duração do trabalho³⁹, a partir de uma ideia de tempo, pode ser vista por quatro formas, quais sejam: como medida de duração de tempo em que há uma divisão em módulo diário, semanal, mensal ou anual; como contagem do tempo de labor para saber o que é incluído ou excluído desse período; como o período que se inicia e termina a prestação de labor e, por fim, a duração do trabalho enquanto classificação dos períodos, podendo ser noturno, diurno, normal, extraordinário, sobreaviso, entre outros⁴⁰.

No tocante à classificação da jornada, a partir da revisão doutrinária⁴¹ optou-se por dividir a jornada de trabalho em: a) jornada ordinária que é a prevista na Constituição Federal (8 horas diárias e a consequente carga horária semanal de 44 horas); b) jornada especial que são jornadas inferiores ou superiores à jornada ordinária, seja em decorrência da especificidade do serviço ou por força de conquistas da categoria; c) jornada extraordinária, que são as horas extras, que extravasam a jornada ordinária; d) jornada noturna, que é a jornada realizada em horário noturno; e) período de sobreaviso, que é o período em que o trabalhador está aguardando as ordens do empregador em casa; f) período de prontidão, semelhante ao de sobreaviso, entretanto, aqui o trabalhador aguarda na empresa e g) jornada intermitente, originariamente prevista para os ferroviários e marítimos⁴² e que atualmente, com a Reforma Trabalhista, veio a ser liberada para todas as áreas⁴³.

Na prática, embora sejam conceitos diferentes, eles interagem na vida do trabalhador cotidianamente, pois esse pode realizar a jornada ordinária, fazendo horas extras (jornada extraordinária) e em horário noturno (jornada noturna). Ressalta-se que

³⁹ Ainda que Nascimento (2012) refira como sendo jornada, optamos por utilizar o termo duração do trabalho, por manter a coerência do trabalho.

⁴⁰ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho: história e teoria geral do Direito do Trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho*. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 788.

⁴¹ Revisão realizada principalmente a partir das obras de DELGADO, 2015, *op. cit.*, NASCIMENTO, 2012, *op. cit.* e OLIVEIRA; DORNELES, 2013, *op. cit.*

⁴² Prevista para os ferroviários no art. 243 e para os marítimos no art. 248, ambos da CLT.

⁴³ Art. 443 e 452-A ambos da CLT.

essa divisão apresentada será ampliada no subcapítulo subsequente, no qual, a partir dela, pretende-se subsumir os dispositivos legais e jurisprudenciais reguladores da duração do trabalho dentro de cada uma dessas divisões, além de ampliar a conceituação até aqui apresentada.

Há ainda a previsão do tempo parcial de trabalho, a qual não pode ser considerada “jornada” parcial de trabalho, já que a sua previsão (criada pela Medida Provisória 1.709/1998, com reedições posteriores) consiste na aplicação da carga horária semanal de 25 horas (art. 58-A da CLT – incluído pela Medida Provisória nº 2.164-41 de 2001), sendo que podia ser dividida em diversos períodos durante a semana, desde que não extrapolado o limite diário constitucional, já que é vedada a possibilidade de realização de horas extras nessa modalidade. Com o advento da Reforma Trabalhista, o art. 58-A passou a ter nova redação e o tempo parcial de trabalho, ou “regime de tempo parcial” como traz a redação da lei, passou a ser de 30 horas semanais sem prestação de horas extras ou de 26 horas semanais com a possibilidade de prestação de até 6 horas “suplementares”.

Revisada a questão das conceituações de jornada, carga horária semanal e horário de trabalho, que são institutos diferentes, mas muito confundidos na atuação jurídica, é de suma importância tratar de outro instituto que se pode elencar como parte integrante do que foi abordado até então, que é a forma de contagem da duração do trabalho. Para a realização da contagem da jornada, há uma divisão em três critérios de medição: a) tempo de efetivo trabalho, no sentido de que recebe apenas pelo tempo que prestou trabalho, é o que consta na nova previsão da CLT no tocante à jornada intermitente; b) tempo à disposição do empregador, entendido como todo o período que o trabalhador está subordinado às ordens do empregador estando ou não em efetiva prestação de labor; c) tempo à disposição do empregador em sentido amplo, no qual se computam as horas em que o trabalhador está se deslocando ao trabalho quando preenchidos os requisitos, as chamadas horas *in itinere*.

Até o advento da Reforma Trabalhista, a legislação brasileira utilizava o critério de tempo à disposição do empregador, aceitando o critério de tempo à disposição em sentido amplo, no caso, as horas *in itinere*, em casos específicos regulados pelo art. 58,

§2º⁴⁴ e sob o entendimento da Súmula nº 90 do TST⁴⁵. Entretanto, com a reforma, restou revogada a previsão de cômputo na jornada das horas *in itinere* e foi incluído o regime de trabalho intermitente, o qual ocasiona uma nova reformulação dessa ideia. Porém, essa mudança entra em conflito com o *caput* do art. 4º, que foi mantido e estabelece a adoção de tempo à disposição, o que gerará muito debate na doutrina e jurisprudência brasileiras.

2.2. EVOLUÇÃO

A partir da Primeira Revolução Industrial (final século XVIII⁴⁶), quando as atividades deixaram de ser artesanais e passaram ao trabalho pela manufatura, a prestação de trabalho também sofreu modificações, pois passou a ocorrer de forma contínua, o que significa que o trabalhador retornava todo dia ao posto de trabalho. A partir daí, começou a surgir a ideia de tempo de trabalho como um dos parâmetros que determinavam o pagamento do salário dos indivíduos, já que a mão-de-obra escrava e servil deixou de ser utilizada de forma sistemática na Europa. Entretanto, nesse período a jornada era de livre estipulação pelos empregadores, que embasados nas noções de liberdade e autonomia do mercado perante o Estado, estabeleciam jornadas sem

⁴⁴ Redação antiga do art. 58, §2º: O tempo despendido pelo empregado até o local de trabalho e para o seu retorno, por qualquer meio de transporte, não será computado na jornada de trabalho, salvo quando, tratando-se de local de difícil acesso ou não servido por transporte público, o empregador fornecer a condução

⁴⁵ Súmula 90 do TST:

HORAS "IN ITINERE". TEMPO DE SERVIÇO (incorporadas as Súmulas nºs 324 e 325 e as Orientações Jurisprudenciais nºs 50 e 236 da SBDI-1) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005

I - O tempo despendido pelo empregado, em condução fornecida pelo empregador, até o local de trabalho de difícil acesso, ou não servido por transporte público regular, e para o seu retorno é computável na jornada de trabalho.

II - A incompatibilidade entre os horários de início e término da jornada do empregado e os do transporte público regular é circunstância que também gera o direito às horas "in itinere".

III - A mera insuficiência de transporte público não enseja o pagamento de horas "in itinere".

IV - Se houver transporte público regular em parte do trajeto percorrido em condução da empresa, as horas "in itinere" remuneradas limitam-se ao trecho não alcançado pelo transporte público.

V - Considerando que as horas "in itinere" são computáveis na jornada de trabalho, o tempo que extrapola a jornada legal é considerado como extraordinário e sobre ele deve incidir o adicional respectivo.

⁴⁶ "O surgimento do Direito do Trabalho está intrinsecamente relacionado ao advento da Revolução Industrial, cuja primeira fase é um fenômeno localizado na Inglaterra, a partir da segunda metade do século XVIII até o início do século XIX, marco de um conjunto de transformações decorrentes da descoberta do vapor como fonte de energia e da sua aplicação nas fábricas e meios de transporte. (...) Em suma, gerou uma nova civilização ou uma nova cultura que repercutiu aparentemente em toda espécie de comportamento humano." ARAÚJO, Francisco Rossal de; COIMBRA, Rodrigo. *Direito do Trabalho I*. São Paulo: LTr, 2014, p.20.

qualquer distinção entre adultos e crianças e sem qualquer preocupação com as jornadas exaustivas, inclusive resistindo contra qualquer intervenção estatal.⁴⁷⁴⁸

Visto toda essa conjuntura, a limitação da jornada decorreu inicialmente de uma conquista dos trabalhadores que através das pressões, juntamente com outros setores da sociedade como a Igreja Católica, conquistaram a atuação do Estado para limitar a liberdade até então incondicionada de empregadores. Tal conjuntura é demonstrada inclusive por Engels ao escrever, em 1º de maio de 1890, o prefácio à edição alemã de 1890 do Manifesto do Partido Comunista as seguintes palavras:

Pois hoje, no momento em que estou escrevendo estas linhas, o proletariado da Europa e da América passa em revista suas forças combatentes mobilizadas pela primeira vez, mobilizadas em um único exército, sob uma única bandeira, para um único objetivo imediato: a regulamentação da jornada de trabalho de oito horas, fixadas legalmente e proclamada, desde 1866, pelo Congresso da Internacional, em Genebra, e de novo, em 1889, Pelo Congresso Operário de Paris.⁴⁹

O que se observa historicamente, a partir da Europa, é que as jornadas vão sendo estabelecidas muito em decorrência da pressão dos trabalhadores, o que acaba gerando leis como na Inglaterra, França, Itália e Alemanha, que posteriormente ganham dimensão mundial com o Tratado de Versalhes de 1919⁵⁰, o qual em seu item 4, art. 427 estabeleceu a limitação da jornada em 8 horas, nos seguintes termos:

Art. 427. — Las altas partes contratantes, reconociendo que el bienestar físico, moral e intelectual de los trabajadores asalariados es de una importancia esencial desde el punto de vista internacional, han establecido, para llegar a este objeto elevado, el organismo permanente previsto en la Sección I y asociado al de la Sociedad de las Naciones.

Ellas reconocen que las diferencias de clima, de costumbres y de usos, de oportunidad económica y de tradición industrial, hacen difícil alcanzar de una manera inmediata la uniformidad absoluta en

⁴⁷ NASCIMENTO, *op. cit.*, p. 791-792.

⁴⁸ As jornadas de trabalho de 14 a 16 horas, em ritmo continuado (não havia intervalos, repouso semanais remunerados), são excessivas para qualquer idade. Cabe lembrar que tais condições de trabalho foram aplicadas a crianças de até oito e nove anos, em oficina ou em minas, e ainda inferior, na indústria têxtil, com o objetivo principal de redução dos custos empresariais, pois seus salários eram menores, já que não havia nenhuma intervenção do Estado regrido as relações de trabalho. ARAÚJO; COIMBRA, *op. cit.* p.21.

⁴⁹ ENGELS, Friedrich. Prefácio à edição alemã de 1890 do Manifesto Comunista. In.:MARX, KARL, ENGELS 2001, *op. cit.* p. 19.

⁵⁰ O Tratado de Versalhes foi o ato diplomático que terminou com a Primeira Guerra Mundial, criou a OIT (Organização Internacional do Trabalho) e estabeleceu algumas cláusulas gerais sobre questões militares, econômicas, políticas, morais e trabalho.

las condiciones del trabajo. Pero, persuadidas como están de que el trabajo no debe ser considerado simplemente como un artículo de comercio, piensan que hay métodos y principios de reglamentación de las condiciones del trabajo que todas las comunidades industriales deberán esforzarse en aplicar, en cuanto lo permitan las circunstancias especiales en que puedan encontrarse.

Entre esos métodos y principios, las Altas Partes Contratantes consideran ser de una importancia particular y urgentes, los siguientes:

(...)4. — La adopción de la jornada de ocho horas o de la semana de cuarenta y ocho horas, como objetivo a alcanzar en todas partes en que aun no haya sido obtenido;(…)⁵¹

No Brasil, a primeira previsão que tratou da jornada foi o Decreto 21.186 de 1932, regulamentado pelo Decreto 21.364 de 1932, que limitou a jornada em 8 horas. A CLT de 1943 manteve a jornada de 8 horas, prevendo a carga horária semanal em 48 horas, a qual veio a ser reduzida pela Constituição Federal de 1988 que estabeleceu a carga horária semanal em 44 horas, mantendo a jornada de 8 horas.⁵²

⁵¹ O Tratado de Versalhes foi internalizado no ordenamento brasileiro pelo DECRETO Nº 13.990, de 12 de Janeiro de 1920.

⁵² NACIMENTO, *op. cit.*, p. 792.

3. JORNADA DE TRABALHO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

As previsões acerca da jornada no ordenamento brasileiro variam desde previsão constitucional, passando pela legislação infraconstitucional além da jurisprudência, que estabelece algumas orientações acerca das jornadas, como, por exemplo, a Súmula nº 444 do TST. Visando uma forma mais organizada e de fácil assimilação, as previsões legais serão apresentadas a partir das categorias estabelecidas pela revisão doutrinária realizada no capítulo anterior e, assim, serão enquadradas dentro da classificação aqui estabelecida. Conforme apresentado no item anterior, a classificação consiste na seguinte divisão: jornada ordinária; jornada especial, jornada extraordinária, jornada noturna, período de sobreaviso, período de prontidão, jornada intermitente e ainda, os períodos de repouso, esses inseridos neste subcapítulo.

3.1. JORNADA ORDINÁRIA

A jornada ordinária é a prevista constitucionalmente (art. 7º, XIII), de 8 horas diárias, que se desdobra na carga horária de 44 horas semanais e 220 horas mensais, o que já estava previsto parcialmente na CLT, que em seu artigo 58 previa a jornada de 8 horas e seu desdobramento semanal em 48 horas. Tal previsão restou revogada pela Constituição Federal que estabeleceu a carga horária semanal de 44 horas⁵³.

3.2. JORNADA ESPECIAL

As jornadas especiais diferem da jornada ordinária estabelecida pela Constituição Federal, pois estão previstas em jornada inferior (a maioria dos casos de jornadas especiais) ou em jornadas superiores à ordinária, sendo que neste caso até o advento da Reforma Trabalhista era em decorrência de circunstâncias particulares da atividade laborativa⁵⁴, como por exemplo, a jornada dos trabalhadores em plataformas de petróleo⁵⁵, bem como a previsão do regime de trabalho 12x36, que sofreu modificação após a reforma trabalhista e não decorre de uma circunstância particular do trabalho, já que agora pode ser pactuada para qualquer área/atividade. A maioria dessas

⁵³ Em 1995 foi apresentada a Emenda Constitucional nº 231 que reduzia a carga horária semanal para 40 horas e aumentava a remuneração da hora extraordinária para 75%. A EC chegou a ser aprovada na Comissão Especial da Jornada Máxima de Trabalho, mas nunca chegou ao Plenário da Câmara. (Moraes Filho, pg. 358).

⁵⁴ DELGADO, 2015, *op. cit.*, p. 979

⁵⁵ Artigo 2º, §1º da Lei nº 5.811/72: jornada de trabalho dos trabalhadores a bordo de navios e plataformas é de 8hs (oito horas) diárias, possibilitando a extensão da jornada diária para 12hs (doze horas) em se tratando de atividades de exploração, perfuração, produção e transferência de petróleo do mar, em áreas terrestres distantes ou de difícil acesso.

jornadas está estabelecida no Título III da CLT que regula algumas profissões específicas e dentro de cada Seção atinente à profissão há o estabelecimento da respectiva jornada. A título exemplificativo elencar-se-á algumas dessas jornadas.

Os bancários possuem direito a jornada de 6 horas, apenas em dias úteis e excluído o sábado (art. 224 da CLT), fechando a carga semanal em 30 horas. Os empregados de serviços de telefonia, telegrafia, radiotelegrafia e radiotelefonía, nos termos do artigo 227 da CLT, possuem jornada de 6 horas contínuas e carga horária semanal de 36 horas. O motorista profissional teve sua jornada modificada pela Lei nº 13.103 de 2015 pela qual a jornada passou para 8 horas, podendo prorrogar por mais 2 horas ou até 4 horas, por acordo ou convenção coletiva (artigo 235-C, *caput*), sendo que as horas de tempo de espera para carga e descarga não são contadas como tempo de jornada (artigo 235-C, §8º), mas remuneradas na proporção de 30% do salário-hora normal (art. 235-C, §9º). Ainda quanto ao motorista profissional, o artigo 235-F (redação pela Lei nº 13.103/2015) prevê a adoção da “jornada especial” de 12 horas de trabalho por 36 de descanso, apenas mediante acordo ou convenção coletiva. O mineiro tem jornada especial de 6 horas (36 horas semanais) – artigo 293, podendo a jornada ser elevada para 8 horas diárias (48 horas semanais), nos termos do artigo 295. Ressalta-se que o período gasto no deslocamento da boca da mina até o local do trabalho, bem como o retorno, não será contado (art. 294). Quanto aos professores a CLT (nos artigos 317 e seguintes) é silente no estabelecimento da jornada, remetendo à legislação específica essa definição, que também não foi estabelecida na 9.394/96 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional), havendo em relação a essa categoria peculiaridades a serem consideradas, inclusive a referente ao tempo de realização de atividades extraclasse, no que se verifica ampla discussão quanto à sua integração, ou não, na jornada. Além desses casos, apontados exemplificativamente, com o advento da reforma trabalhista, é inserido o artigo 59-A estipulando a jornada de 12 horas de labor por 36 horas de descanso, a qual será enquadrada como jornada especial, pois mesmo não decorrendo de circunstâncias particulares, visto poder ser estabelecida em qualquer área, essa jornada não se enquadra nas demais classificações e em especial, na jornada ordinária de 8 horas.

3.3. JORNADA EXTRAORDINÁRIA

No tocante à jornada extraordinária, ao contrário das jornadas especiais que são jornadas independentes e que podem ser estendidas extraordinariamente, inclusive, esta

é uma extrapolação à jornada padrão aplicável à relação empregatícia concreta⁵⁶, a qual deve ser adimplida com o adicional constitucional de no mínimo 50% a mais sobre a hora normal (art. 7º, XVI da CF), ou ainda, pode ser compensada e, neste caso, não há o pagamento dessas horas a mais, desde que não extrapolada a carga horária semanal. Como as horas extras se apresentam como um instituto com diversas formas de pagamento, de cumprimento e de formalização, será utilizada a classificação formulada por Alexandrino⁵⁷ a qual também é adotada por Delgado, este no tocante à “tipologia pela causa da prorrogação”⁵⁸, por entender que elas abrangem toda essa peculiaridade das horas extras. Assim, as horas extras são classificadas em cinco tipos: decorrentes de acordo de prorrogação de horas, decorrentes de acordo de compensação de horas, prorrogação em virtude de serviços inadiáveis, prorrogação para recuperar horas de paralisação e prorrogação em virtude de casos de força maior.

A jornada extraordinária decorrente da prorrogação de horas era regida pelo artigo 59 da CLT. A nova redação manteve a mesma ideia, ou seja, a duração ordinária (8 horas) poderá ser acrescida de até 2 horas extras, o que poderá ser pactuado mediante acordo individual⁵⁹, coletivo ou convenção coletiva de trabalho. A remuneração dessa jornada é decorrente da ordem constitucional (art. 7º, XVI, da CF), de no mínimo 50% em relação à hora normal, sendo repetida na nova redação do §1º do artigo 59 da CLT.

A jornada extraordinária decorrente da compensação de horas que é comumente chamada regime de compensação que se desdobra nas espécies banco de horas, regime

⁵⁶ DELGADO, 2015, *op. cit.*, p. 989.

⁵⁷ PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. Manual de Direito do Trabalho. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011, p. 171.

⁵⁸ Delgado classifica as jornadas extraordinárias a partir de três tipos que internamente se desdobram em outros. Para o autor os três pontos comuns da jornada extraordinária seriam a causa da prorrogação (acordo de prorrogação, regime de compensação de jornada, prorrogação em virtude força maior, prorrogação em virtude de serviços inadiáveis e prorrogação para reposição de paralizações empresariais); o título jurídico autorizador da prorrogação (prorrogações por ato unilateral do empregador, prorrogação por ato bilateral das partes e prorrogação por ato coletivamente negociado) e o terceiro tipo, como sendo o tempo lícito de prorrogação, sendo “em primeiro lugar, a prorrogação por regime compensatório de horas, em sua modalidade padrão, autorizativa de uma dilação extra de duas horas diárias, caso submetido o obreiro à jornada padrão de 8 horas (ou outro sistema negociado intrasemanal ou intersemanas), sem efetiva ampliação da jornada mensal do obreiro” DELGADO, 2015, *op. cit.*, p. 992-1004.

⁵⁹ Conforme apresenta DELGADO, 2015, *op. cit.*, p. 993, há na doutrina posicionamentos contrários às negociações individuais quanto ao estabelecimento da jornada extraordinária: “há posições interpretativas que insistem na existência de determinação pelo inciso XIII do art. 7º da Constituição de exclusividade de título jurídico coletivo para autorização de prorrogação de jornadas. Estas posições recebem também o apoio daqueles que compreendem que a Constituição de 1988 apenas preservou a possibilidade de pacto bilateral entre empregado e empregador para a instituição do clássico regime compensatório de jornada, por ser figura também favorável ao obreiro”.

de compensação semanal e na “semana espanhola”, nas quais as horas extras não serão adimplidas, mas sim compensadas com folgas. No regime de compensação semanal, o empregado não trabalha nos sábados e as horas que deveria trabalhar nos sábados são distribuídas durante a semana. Na espécie banco de horas, o trabalhador não recebe as horas trabalhadas a mais e estas serão convertidas em horas de folga, que deverão ser fruídas no período de até 1 ano (art. 59, §2º da CLT) ou até 6 meses, quando pactuado de forma individual (art. 59, §5º da CLT). Na espécie semana espanhola, prevista na OJ 323 da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais (SDI-I), o empregado trabalha 48 horas em uma semana (8 horas no sábado) e na semana seguinte, trabalha 40 horas.

Até o advento da Reforma Trabalhista, a única modalidade que poderia ser estabelecida por acordo individual escrito era o regime compensatório semanal (Súmula nº 85, I do TST). Doravante, nos termos do §5º, do art. 59 da CLT, o banco de horas também poderá ser estabelecido por acordo individual, o que se entende por lesivo⁶⁰, pois podendo o banco de horas configurar situação mais gravosa ao trabalhador se comparada à compensação semanal ou ao adimplemento das horas extras, o seu estabelecimento por acordo individual configura acentuada insegurança, já que não se observa a equiparação de forças que ocorreria na pactuação coletiva.

Por fim, quanto à compensação, em todos os casos as horas extras diárias não poderão ultrapassar o limite de 2 horas. A jornada extraordinária pela prorrogação em virtude de serviços inadiáveis e a jornada extraordinária pela prorrogação em virtude de casos de força maior possuem previsão, ambas no artigo 61 da CLT, §2º, o qual estabelece que a jornada ordinária poderá ser extrapolada em 4 horas, chegando a 12 horas diárias e, ainda que o legislador não tenha observado na nova redação da CLT, pois manteve os 25% sobre essas horas, as horas que excederem à 8^a⁶¹ hora serão pagas com acréscimo de 50%. A diferença entre essas duas modalidades reside no ato de vontade, pois no serviço inadiável a prorrogação da jornada se dá por ato unilateral do

⁶⁰ No banco de horas há a supressão do adicional de 50% previsto para a pecúnia das horas extras, assim se o trabalhador trabalhar um hora a mais durante o dia, vai para o banco de horas apenas essa 1 hora e não 1 hora e 30 minutos como seria devido se aplicasse a disposição do inciso XVI do art. 7º da CF.

⁶¹ Delgado, pg. 997: “CLT -em injustificável transferência do risco empresarial para o trabalhador - permitia que tais horas extraordinárias fossem laboradas sem pagamento do respectivo adicional (§ 22, art. 61). Tal preceito celetista entrou em choque com texto expresso da nova Constituição (art. 7º, XVI, CF/88), quedando-se revogado (não recebido) desde 5.10.1988.”

empregador e na força maior não. Ademais, na força maior é permitido o trabalho de pessoas menor de idade, nos serviços inadiáveis a CLT veda.

Pela nova redação do §1º do artigo 61, não há mais a necessidade de o empregador comunicar em dez dias à autoridade trabalhista competente a realização dessa jornada extraordinária.

Por fim, a jornada extraordinária decorrente da prorrogação para reposição de paralisações empresariais vem prevista no §3º, artigo 61 da CLT que tem por objetivo “recuperação do tempo perdido em virtude da ocorrência de interrupção do trabalho resultante de causas acidentais ou de força maior que tenham impossibilitado a prestação de serviços”⁶², sendo que a prorrogação vem estabelecida dentro do limite de 2 horas diárias no período de 45 dias.

3.4. JORNADA NOTURNA

A jornada noturna possui previsão no artigo 73 da CLT (redação mantida pela Reforma Trabalhista), o qual regula a jornada noturna urbana como sendo o período compreendido entre as 22 horas de um dia e as 5 horas do dia seguinte, período no qual o pagamento da hora terá acréscimo de 20% e a hora de trabalho terá duração de 52 minutos e 30 segundos, mesma previsão para os trabalhadores domésticos (art. 14 da Lei nº150/2015). Já a jornada noturna rural é regulada pela Lei nº 5.889/73, a qual prevê no seu artigo 7º o período das 21 horas de um dia às 5 horas do dia seguinte para os trabalhadores da lavoura e das 20 horas de um dia às 4 horas do seguinte para os trabalhadores da pecuária, período em que o pagamento da hora terá acréscimo de 25%, mas sem a redução da hora como ocorre com o trabalhador urbano. Há ainda a jornada noturna dos portuários (Lei nº. 4.860/1965), das 19 horas às 7 horas do dia seguinte⁶³.

Todo esse cuidado com o trabalhador no período noturno é consequência da concepção de que o trabalho nesse período é mais penoso, haja vista que se trata de um período em que o ser humano está mais propício ao repouso. Além disso, por ser um período em que a maioria das pessoas não laboram, o trabalho noturno acaba prejudicando o convívio do trabalhador com sua família e seu grupo social. Assim, pelo fato de o empregado dedicar parte importante da sua vida ao empregador, cabe a este

⁶² DELGADO, 2015, *op. cit.*, p. 999.

⁶³ *Ibid.*, p.1011.

pagar a mais por esse período, ainda que a ideia de transformação em pecúnia de tempo de repouso deva ser vista com cuidado.⁶⁴

Quanto à construção jurisprudencial sobre o tema, a Súmula nº 60 do TST regula a integração do adicional noturno ao salário, bem como prorrogação do período noturno após às 5 horas para o trabalhador que labora em jornada integralmente no período noturno. A OJ nº 338 estabelece a prorrogação também para o regime de trabalho 12x36, entretanto agora o §1º do art. 59-A dispõe que a remuneração mensal já enquadraria os valores decorrentes dessa prorrogação, em contramão ao entendimento do TST.

3.5. PERÍODO DE SOBREAVISO

O período de sobreaviso possui previsão no artigo 244, §2º, da CLT o qual é aplicado ao serviço ferroviário. Do referido artigo pode-se extrair os requisitos para que o período seja considerado de sobreaviso, quais sejam: o empregado deve permanecer em casa aguardando as ordens do empregador e a escala de sobreaviso não pode ultrapassar 24 horas. Ao trabalhador em sobreaviso, a hora é paga à razão de 1/3 do salário normal. A Súmula nº 428 do TST regula a aplicação análoga do artigo supra a demais trabalhadores, e considera como período de sobreaviso mesmo aquele em que o empregado fica submetido a instrumentos telemáticos ou informatizados permanecendo em plantão no período de repouso, entretanto, nos termos do item I da Súmula, o simples fornecimento pelo empregador dos instrumentos telemáticos não configura o regime de sobreaviso.

Para Nascimento, o regime de sobreaviso somente é aplicável aos ferroviários, sendo que a aplicação a outras profissões depende de acordo ou convenção coletiva, em certa consonância com a nova previsão no artigo 611-A, VIII da CLT (incluído pela Lei nº. 13.467/2017) que estabelece que acordo coletivo e convenção coletiva possuem prevalência sobre a lei no tocante à disposição quanto ao período de sobreaviso. Conforme nos apresenta Delgado, a construção jurisprudencial analógica⁶⁵ do Direito do Trabalho, fez com que o sobreaviso previsto inicialmente apenas aos ferroviários

⁶⁴ Ibid, p. 1010.

⁶⁵ “A analogia (...) é o processo de integração jurídica pelo qual se aplica à situação fática não tratada em norma jurídica um preceito normativo regente de situação fática substantivamente semelhante” DELGADO, 2015, *op.cit.*, p. 229.

fosse estabelecido também ao eletricitário (Súmula nº 229 do TST) e posteriormente aos demais trabalhadores (Súmula nº 428 do TST).⁶⁶ Por fim, no momento em que o empregado, depois de receber a ordem de comparecer ao serviço, chega às dependências da empresa ou no local de prestação do serviço, cessa a contagem das horas de sobreaviso e passa-se a contar como horas ordinárias ou extraordinárias de serviço.⁶⁷

3.6. PERÍODO DE PRONTIDÃO

O período de prontidão também previsto aos ferroviários (art. 244, §3º da CLT) estabelece que o empregado ficará nas dependências da empresa aguardando ordens, pelo período que não ultrapasse 12 horas, recebendo 2/3 do salário por essas horas. Conforme nos apresenta Delgado, a extrapolação desse limite não significa que esteja descaracterizado o período de prontidão no tocante às horas ultrapassadas.⁶⁸

3.7. JORNADA INTERMITENTE

A jornada intermitente no texto original da CLT era prevista aos ferroviários (artigo 243) e marítimos (art. 248), sendo que com a Reforma Trabalhista, o contrato individual de trabalho também poderá ser executado de forma intermitente (art. 443). Conforme o texto da lei, considera-se como intermitente o contrato de trabalho no qual a prestação de serviços, com subordinação, não é contínua, ocorrendo com alternância de períodos de prestação de serviços e de inatividade, determinados em horas, dias ou meses, independentemente do tipo de atividade do empregado e do empregador, exceto para os aeronautas, regidos por legislação própria (art. 443, §3º). Por fim, caberá ao empregador informar qual será a jornada a ser realizada pelo trabalhador (art. 452-A, §1º).

3.8. PERÍODOS DE DESCANSO

Conforme nos traz Delgado, o estudo da duração do trabalho nos remete inevitavelmente à análise dos períodos de descanso, os quais são divididos em descanso

⁶⁶ Ibid, p.. 229

⁶⁷ Ibid., p. 941.

⁶⁸ DELGADO, 2015, *op. cit.*, p. 938.

intrajornada, interjornada, repouso semanal remunerado, descanso em feriados e as férias.⁶⁹ O descanso intrajornada⁷⁰ ou intervalo intrajornada é o descanso dentro da jornada e vem regulado pelo artigo 71 da CLT, que com a Reforma Trabalhista sofreu modificações no seu §4º⁷¹, pelo qual passa a ser devido ao trabalhador apenas o tempo faltante em caso de fruição parcial do intervalo⁷². O intervalo interjornada é o período de descanso de 11 horas entre o término de uma jornada e o início da jornada seguinte, e está regulado no artigo 66 da CLT. O descanso semanal remunerado é o descanso de 24 horas consecutivas durante a semana e está regulado pelo artigo 67 da CLT e pela Lei nº. 605/1949. As férias são descanso anual de 30 dias e possui capítulo próprio de regulação na CLT (Capítulo IV).

⁶⁹ DELGADO, 2015, *op. cit.*, p. 1015

⁷⁰ O intervalo intrajornada sofreu mudanças na forma de pagamento com o advento da reforma trabalhista, agora em caso da concessão a menor do mínimo estabelecido, conforme a nova redação do §4º, do art. 71, o empregador que não concedeu a integralidade do intervalo mínimo pagará apenas o período suprimido, com acréscimo de 50%.

⁷¹ § 4º A não concessão ou a concessão parcial do intervalo intrajornada mínimo, para repouso e alimentação, a empregados urbanos e rurais, implica o pagamento, de natureza indenizatória, apenas do período suprimido, com acréscimo de 50% (cinquenta por cento) sobre o valor da remuneração da hora normal de trabalho. (Redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017)

⁷² “Pela leitura gramatical e literalista da nova redação do §4º do art. 71 da CLT, fica entendido o seguinte: a) havendo desrespeito ao intervalo intrajornada (ilustrativamente, uma hora de intervalo legal), cabe o pagamento apenas do período suprimido (por exemplo, 20 minutos de descumprimento); b) esse pagamento computará o acréscimo de 50% sobre o valor da remuneração da hora normal de trabalho, considerado o período efetivamente suprimido; c) esse pagamento é tido como parcela indenizatória.” DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *A Reforma Trabalhista no Brasil: com os comentários à lei nº. 13.467/2017*. São Paulo: LTr, 2017, p. 134.

4. A PREVISÃO LEGAL DO REGIME 12X36 APÓS A REFORMA TRABALHISTA

O regime 12x36 que até a Reforma Trabalhista só estava previsto de forma expressa na CLT para os ferroviários e marítimos e sendo muito utilizado na área da saúde e segurança, através de previsão em legislação esparsa ou em acordo ou convenção coletiva desde o final da década de 80, acabou tendo uma ampliação na sua aplicação⁷³. Com o advento da Súmula nº 444 do TST, houve regulação pelo TST desse instituto, tendo em vista as divergências entre os Tribunais Regionais e as próprias Turmas do TST, o que será visto em item subsequente. Esse regime já era alvo de críticas de muitos juristas do ramo do Direito do Trabalho quando a previsão era de aplicação excepcional, porém agora com a previsão desse para qualquer área/atividade, já que a “nova lei não fez qualquer menção à excepcionalidade da adoção desse tipo de sistema plantonista⁷⁴”, acredita-se que o debate irá se intensificar.

À vista da redação dada pela Lei nº.13.467/2017, o regime de trabalho em questão pode ser estabelecido inclusive por acordo individual, conforme a seguir transcrito:

Art. 59-A. Em exceção ao disposto no art. 59 desta Consolidação, é facultado às partes, mediante acordo individual escrito, convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, estabelecer horário de trabalho de doze horas seguidas por trinta e seis horas ininterruptas de descanso, observados ou indenizados os intervalos para repouso e alimentação.

Parágrafo único. A remuneração mensal pactuada pelo horário previsto no caput deste artigo abrange os pagamentos devidos pelo descanso semanal remunerado e pelo descanso em feriados, e serão considerados compensados os feriados e as prorrogações de trabalho noturno, quando houver, de que tratam o art. 70 e o § 5º do art. 73 desta Consolidação.

Ressalta-se que a Medida Provisória nº 808 de 2017⁷⁵, por sua vez, deu nova redação ao citado artigo, retirando a previsão do acordo individual do *caput*, mas manteve como exceção no §2º (incluído pela MP) a possibilidade do acordo individual para a área da saúde, conforme a seguir transcrito:

⁷³ Conforme nos apresenta Ana Maria Vasconcelos, o regime de 12x36 iniciou-se no sistema hospitalar a partir de 1987 e na categoria dos vigilantes a partir de 1996. VASCONCELOS, Ana Maria. Reflexões acerca do regime 12x36. São Paulo: LTr, 2004. p.699.

⁷⁴ DELGADO; DELGADO, *op. cit.*, p. 132.

⁷⁵ A MP 808 foi publicada em 14.11.2017 e incluiu diversos dispositivos referentes ao contrato intermitente, muitos dos quais de grande lesividade ao trabalhador, tais como, a equiparação do valor do salário-hora dos demais empregados da empresa prevista no artigo 452-A (incluído pela Reforma Trabalhista), o que restou suprimido pelo novo texto do caput dado pela MP.

Art. 59-A. Em exceção ao disposto no art. 59 e em leis específicas, é facultado às partes, por meio de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, estabelecer horário de trabalho de doze horas seguidas por trinta e seis horas ininterruptas de descanso, observados ou indenizados os intervalos para repouso e alimentação. (Redação dada pela Medida Provisória nº 808, de 2017)

§ 1º A remuneração mensal pactuada pelo horário previsto no caput abrange os pagamentos devidos pelo descanso semanal remunerado e pelo descanso em feriados e serão considerados compensados os feriados e as prorrogações de trabalho noturno, quando houver, de que tratam o art. 70 e o § 5º do art. 73. (Redação dada pela Medida Provisória nº 808, de 2017)

§ 2º É facultado às entidades atuantes no setor de saúde estabelecer, por meio de acordo individual escrito, convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, horário de trabalho de doze horas seguidas por trinta e seis horas ininterruptas de descanso, observados ou indenizados os intervalos para repouso e alimentação. (Redação dada pela Medida Provisória nº 808, de 2017).

Entretanto, a Medida Provisória nº 808 perdeu eficácia em 23/04/2018, já que ficou paralisada no Congresso Nacional e não foi votada, pelo que a redação do art.59-A volta a ser a prevista inicialmente.

Na análise sistemática da legislação brasileira, a previsão de acordo individual não tem qualquer ligação lógica com o ordenamento jurídico, já que, se partirmos da Constituição Federal, a previsão é o acordo coletivo. Essa previsão alinha-se ao sentido geral da Reforma Trabalhista, a qual retira dos trabalhadores direitos até então consolidados, estabelece previsões sem ligação com o ordenamento como um todo e não atenta para o que vinha sendo decidido nos tribunais, a saber, quando acolhida, o regime 12x36 deveria ter a previsão em norma coletiva.

Examinando os artigos da CLT que regulamentam o regime 12x36, quais sejam, o artigo 59-A e o parágrafo único do artigo 60, o presente trabalho delimitou a análise dos dispositivos em 6 pontos a seguir elencados: a) previsão de acordo individual, b) liberação para qualquer área/atividade, c) possibilidade de não fruição do intervalo intrajornada, d) ausência de pagamento dos repousos semanais, feriados e adicional noturno, e) configuração de salário complessivo e f) ausência de licença prévia em trabalho insalubre.

4.1 PREVISÃO DE ACORDO INDIVIDUAL

Ainda que haja posicionamentos favoráveis entre alguns trabalhadores do setor de saúde e segurança, os primeiros efetivamente a atuarem no regime 12x36, não há

motivação lógica da lei em estabelecer a possibilidade desse regime ser estabelecido por acordo individual. Isso porque, por se tratar de um regime gravoso ao trabalhador, o acordo individual não assegura a devida correlação de forças existente nas convenções e acordos coletivos, uma vez que no acordo individual a regra é que o trabalhador aceite as exigências do empregador por temer a perda do posto de trabalho.

Partindo da ideia de que o acordo individual é uma exceção à previsão constitucional, que dispõe sobre a flexibilização de alguns direitos pela norma coletiva, Camino aponta que elas “devem ser interpretadas restritivamente, mormente em se tratando de norma supralegal, não é dado ao legislador comum ampliá-las”⁷⁶. Assim, não tendo a Constituição Federal (“norma supralegal”) liberado a flexibilização por acordo individual, tal previsão em norma inferior configura uma inconstitucionalidade.

4.2 LIBERAÇÃO DO REGIME 12X36 PARA QUALQUER ÁREA

Por todo exposto até o momento, torna-se nítido que a liberação do regime 12x36 para qualquer categoria de trabalho é preocupante, sendo de extrema relevância reativar o debate sobre essa matéria.

Há a preocupação de estipulação dessa jornada em outros setores, como na construção civil, em que não há um turno de revezamento, em regra. Sendo que o empregador pode estabelecer essa jornada sem a obrigatoriedade de pagar como extras as horas posteriores à oitava. Nos moldes dos novos artigos da CLT, que limitaram de forma significativa os direitos dos trabalhadores, torna-se mais vantajoso para o empregador contratar outro empregado para trabalhar no período dentro das 36 horas de descanso do primeiro, visto que o empregador poderá usufruir de 12 horas de trabalho do empregado sem precisar pagar horas extras.

Veja-se um caso hipotético: um empregador A mantém um empregado que trabalha 8 horas por dia, de segunda a sexta-feira, totalizando em torno de 160 horas mensais. Um empregador B mantém dois empregados submetidos ao regime 12x36, que também trabalham de segunda a sexta-feira, sendo que enquanto um usufrui folga das 36 horas o outro presta trabalho ao empregador, e somados a carga dos dois empregados, o empregador B terá 240 mensais. Partindo do ponto de que para os dois

⁷⁶ CAMINO, Carmem. *Direito individual do trabalho*. 4 ed. Porto Alegre: Síntese, 2004, p. 404.

casos o salário-hora seja R\$4,00, o empregador A vai gastar em torno de R\$ 640,00 por mês para 160 horas e o empregador B vai gastar em torno de R\$960,00 para 240 horas. Entretanto, se o empregador A quiser que seu empregado cumpra 80 horas extras mensais para equiparar a carga dos outros dois trabalhadores, ele terá de pagar mais R\$480,00, ficando o salário do empregado em R\$1.120,00. Conclui-se portanto, que é mais vantajoso ao empregador manter dois empregados submetidos ao regime 12x36 do que um empregado que cumpra jornada de 12 horas, mas a custa de redução de direitos garantidos aos trabalhadores, no caso, a remuneração do trabalho extraordinário. Ainda que por essa lógica se pudesse argumentar que o regime 12x36 gera empregos, resta patente a precarização das condições de trabalho de ambos os empregados, para seguir o exemplo dado.

4.3 POSSIBILIDADE DE NÃO FRUIÇÃO DO INTERVALO INTRAJORNADA

O *caput* do art. 59-A concebe a possibilidade de os intervalos intrajornadas no regime 12x36 serem indenizados, o que representa um dos grandes problemas dessa redação, pois há um entendimento de que o intervalo intrajornada serve para repor a condição física do trabalhador, sendo inclusive preocupação de algumas decisões paradigmas que levaram à edição da Súmula nº 444 do TST.

Muito embora haja o argumento de que em algumas atividades, como na de vigia, seja possível a realização das refeições durante o tempo de efetivo trabalho, a supressão do intervalo intrajornada se mostra muito prejudicial ao empregado, pois mesmo nesse caso específico o período das refeições deveria ser resguardado como de efetivo repouso e alimentação, e essa prática além de prejudicar a saúde do empregado acaba trazendo risco ao local de trabalho, visto que no momento de alimentação a atenção à vigilância acaba diminuindo, no caso dos trabalhadores na área de segurança. Conforme apresentam Delgado e Delgado, os intervalos intrajornada apresentam dimensão de preservação da saúde, higiene e segurança do trabalhador, em decorrência de estudos que analisaram a questão do mundo do trabalho e suas implicações com acidentes e doenças laborais. Assim a redação do artigo supra citado, a partir de uma análise lógica, sistemática e teleológica se mostra incoerente, pelo que o artigo deve se adequar ao conjunto mais amplo de maior imperatividade, qual seja, a necessária

observância da dimensão de saúde, higiene e segurança que possui o instituto do intervalo intrajornada⁷⁷.

A preocupação do Ministro Mauricio Godinho Delgado quanto à questão da fruição do intervalo intrajornada é anterior à Reforma, na linha do posicionamento também de outros julgados. Em seus votos, o Ministro já elencava a importância desse período de repouso, como por exemplo, no voto proferido no RR 5600-85.2009.5.04.0022, um dos votos paradigmas da Súmula nº 444 do TST. Fundamentou Delgado que:

(...) a jornada 12x36 mais benéfica ao empregado, por permitir um período de maior descanso e, conseqüentemente, sujeição a durações semanais e mensais inferiores à legal, isso não afasta o direito ao intervalo intrajornada, haja vista que as normas jurídicas concernentes a intervalos intrajornadas têm caráter de normas de saúde pública, não podendo, em princípio, ser suplantadas por norma coletiva. Aplicação da OJ 342 da SBDI-1/TST. (RR 5600-85.2009.5.04.0022, 3ªT - Min. Mauricio Godinho Delgado - DEJT 25.05.2012/J-23.05.2012 - Decisão unânime).

Ademais, conforme defende Valdete Souto Severo, em comentário ao dispositivo, o adimplemento do intervalo não compensa o desgaste físico e mental do trabalhador. Assevera que sequer é lícito o pagamento por descumprimento de Direito.⁷⁸

A previsão de um trabalho de 12 horas seguidas gera a extenuação e poderia estar enquadrado como trabalho penoso, podendo levar ao desenvolvimento de doenças ao trabalhador. Assim sendo, tal fato poderia ser enquadrado na previsão do art. 611-B, XVIII, da CLT que veda qualquer pactuação que atinja normas de saúde, higiene e segurança⁷⁹.

4.4 AUSÊNCIA DO PAGAMENTO DOS DESCANSOS SEMANAIS, FERIADOS E ADICIONAL NOTURNO

Pela redação do parágrafo único do art. 59-A da CLT, a remuneração mensal já incluirá os valores referentes ao descanso semanal, aos feriados e ao adicional noturno.

⁷⁷ DELGADO; DELGADO, *op. cit.*, p. 135.

⁷⁸ SEVERO, Valdete Souto. Fim dos limites à duração do trabalho: retorno à lógica do século XVIII. In.: EINLOFT, Denis Rodrigues; KLEIN, Álvaro; ROESLER, Átila da Rold; TOSS, Luciane; SEVERO, Valdete Souto (Org.). Comentários à Lei nº 13.467/17: contribuições para um enfrentamento crítico. Porto Alegre: HS Editora, 2017, p. 42.

⁷⁹ SEVERO, *op. cit.*, p.43.

No tocante ao repouso e aos feriados, é importante diferenciar a causa de cada um desses períodos. Os repouso semanais remunerados, assim como os intervalos, decorrem de uma causa de higiene, sendo que os primeiros compreendem um período maior de descanso para que o trabalhador recupere plenamente sua condição física, bem como tenha um maior tempo de convívio com familiares e amigos. Por sua vez, os feriados não possuem a mesma causa dos repouso remunerados, pois eles decorrem de causas diversas, como festividades, datas históricas, cívicas ou religiosas.⁸⁰ Esse debate será aprofundado no item deste trabalho que trata da questão do direito ao descanso.

A previsão contida no dispositivo acima mencionado é prejudicial aos trabalhadores, pois além de ir contra ao entendimento sumulado pelo TST (Súmula nº. 444), vai contra previsão legal que dispõe sobre o pagamento em dobro (adicional de 100%) para os dias trabalhados em feriados e repouso semanal, conforme prevê o art. 9º da Lei nº 605/1949:

Art. 9º Nas atividades em que não for possível, em virtude das exigências técnicas das empresas, a suspensão do trabalho, nos dias feriados civis e religiosos, a remuneração será paga em dobro, salvo se o empregador determinar outro dia de folga.

Ressalva-se que as 36 horas de descanso em dia posterior ao labor em feriado ou repouso semanal não podem ser consideradas como a folga prevista no dispositivo acima mencionado, pois esse descanso de 36 horas decorre da estipulação da jornada mais extensa (12 horas). A folga, nesse sentido, deveria ser concedida em um dos dias em que o trabalhador laboraria as 12 horas, pois só assim poder-se-ia considerar compensado o trabalho em dia considerado de repouso.

Valdete Souto Severo defende que esse dispositivo está dissociado do princípio da proteção, pois suprime direito constitucional (art. 7º, XV) que não contempla exceções, sendo portanto nulo, porque a sua aplicação contraria a disposição do art.9º⁸¹ da CLT e art. 1.707⁸² do Código Civil⁸³.

⁸⁰ CAMINO, *op. cit.*, p. 409.

⁸¹ Art. 9º - Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação.

⁸² Código Civil, Art. 1.707. Pode o credor não exercer, porém lhe é vedado renunciar o direito a alimentos, sendo o respectivo crédito insuscetível de cessão, compensação ou penhora.

⁸³ SEVERO, *op. cit.*, p. 42.

Nessa mesma linha, Camino argumenta que a vedação ao trabalho no período de repouso é absoluta, e a “venda” desse período “constitui abuso de direito do empregador, que exige trabalho vedado na lei”⁸⁴.

No tocante ao adicional noturno, o parágrafo único do artigo 59-A, ao estabelecer a compensação do trabalho noturno⁸⁵, fere previsão constitucional contida no inciso IX do artigo 7º, que prevê o pagamento do horário noturno superior ao diurno. Ao considerar essa compensação sem qualquer ressalva, a reforma não observa a previsão da redução ficta da hora de trabalho em jornada noturna (art. 73, §1º, CLT) e engloba na mesma parcela de pagamento.

4.5 CONFIGURAÇÃO DE SALÁRIO COMPLESSIVO

O parágrafo único do artigo 59-A da CLT que estabelece a inclusão em uma única parcela, na qual a remuneração mensal já abrangerá os pagamentos devidos a título de descanso semanal remunerado, feriados e adicional noturno, além de configurar a ausência de pagamento propriamente como mencionado em item anterior, configura a ocorrência de salário complessivo.

O termo salário complessivo é uma criação da jurisprudência trabalhista, consolidada na Súmula nº 91 do TST, na qual é considerada nula a cláusula contratual que estabeleça adimplemento salarial global, sem discriminação das parcelas⁸⁶. De forma mais precisa, a partir do texto sumular tem-se:

Súmula nº 91 do TST
SALÁRIO COMPLESSIVO (mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003
Nula é a cláusula contratual que fixa determinada importância ou percentagem para atender englobadamente vários direitos legais ou contratuais do trabalhador.

Mais um ponto que a reforma trabalhista não atenta ao entendimento consolidado nos tribunais brasileiros, impondo severo prejuízo aos trabalhadores.

⁸⁴ CAMINO, *op. cit.*, p. 410.

⁸⁵ Ver também a OJ 388 da SDI-1 no tocante à prorrogação do horário noturno na jornada 12x36 e a OJ 127 da SDI-1 do TST sobre a recepção da hora reduzida noturna pela artigo 7º, IX da CF. OLIVEIRA, Cíntia Machado de; DORNELES, Leandro do Amaral de Dorneles. *Direito do Trabalho*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013. p. 115-116.

⁸⁶ DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 14 ed. São Paulo: LTr, 2015, p. 770.

4.6 AUSÊNCIA DE LICENÇA PRÉVIA EM TRABALHOS INSALUBRES

Outra mudança apresentada pela reforma trabalhista foi a dispensa da licença prévia emitida pelas autoridades competentes em matéria de higiene em trabalho insalubre. O parágrafo único do art. 60⁸⁷ da CLT excluiu o regime 12x36 da necessidade de licença prévia prevista no *caput*. Segundo o relator do projeto de lei que culminou na reforma trabalhista, essa mudança tinha por finalidade a desburocratização na relação trabalhista.⁸⁸

Novamente há uma incoerência com as previsões até então estabelecidas, afinal, o que diferenciaria, por exemplo, um trabalhador que labore 8 horas na construção civil em contato com agentes insalubres e que faça 1 (uma) hora extra diária, de um trabalhador que labore no mesmo setor no regime 12x36, o qual, pelo texto da Constituição Federal, estaria cumprindo 4 horas extras diárias?

Conforme Delgado e Delgado, ao comentarem especificamente essa inserção do parágrafo único do artigo 60 da CLT, a nova lei não apresentou equilíbrio, sensatez e ponderação, pois afastou diversas garantias dos trabalhadores, dentro de um contexto que já era excepcional, já que a jornada de 12 horas representa extrapolação do limite constitucional de 8 horas diárias⁸⁹.

Pelo exposto acima, observa-se que a forma como foram redigidas e estruturadas as novas normas trazidas pela Reforma Trabalhista, aqui no tocante ao regime 12x36, vai gerar uma maior atenção da jurisprudência na sua aplicação. Em vista desse problema, Delgado e Delgado apresentam entendimento no sentido de que essas incongruências da lei e em específico o art. 59-A deverão passar pelo crivo da

⁸⁷ 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.

⁸⁸ Relatório da Reforma Trabalhista da Câmara dos Deputados, p.40

⁸⁹ DELGADO; DELGADO, *op. cit.*, p. 131.

Hermenêutica Jurídica para que o intérprete possa ajustar esse dispositivo ao conjunto de normas da ordem jurídica trabalhista brasileira, inclusive pelo viés constitucional⁹⁰.

⁹⁰ Ibid., p. 132.

5. SÚMULA Nº 444 DO TST, O PRELÚDIO DA FLEXIBILIZAÇÃO DO REGIME 12X36

A previsão da jornada de 12 horas por 36 horas de descanso é tema que gera muitos debates no meio jurídico e acadêmico, mesmo na atual conjuntura em que essa jornada passa a ter previsão legal a nível nacional. Tal tema era fruto de diversas reclamações trabalhistas, sendo que os processos que chegavam até o TST eram muitas vezes decorrentes de decisões no primeiro e segundo graus que entendiam pela invalidade da pactuação dessa jornada. Nesses casos, algumas decisões determinavam o pagamento como extra das horas trabalhadas a partir da 8ª hora diária e outras determinavam o pagamento como extra da 11ª e 12ª horas, dado que as duas horas extras à jornada ordinária eram consideradas como compensadas pelo descanso de 36 horas.

Foi a partir de 2012 que a jurisprudência trabalhista pacificou o entendimento sobre o tema, quando foi editada a Súmula nº. 444 do TST, a qual estabeleceu algumas regras para a previsão do regime 12x36, unificando, assim, o entendimento diverso que havia nos Tribunais Regionais e inclusive dentro do próprio TST. Dentre as suas orientações, encontra-se a previsão apenas por norma coletiva e a remuneração em dobro dos feriados laborados, conforme o texto da Súmula a seguir:

JORNADA DE TRABALHO. NORMA COLETIVA. LEI. ESCALA DE 12 POR 36. VALIDADE. - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012 - republicada em decorrência do despacho proferido no processo TST-PA-504.280/2012.2 - DEJT divulgado em 26.11.2012

É válida, em caráter excepcional, a jornada de doze horas de trabalho por trinta e seis de descanso, prevista em lei ou ajustada exclusivamente mediante acordo coletivo de trabalho ou convenção coletiva de trabalho, assegurada a remuneração em dobro dos feriados trabalhados. O empregado não tem direito ao pagamento de adicional referente ao labor prestado na décima primeira e décima segunda horas.

Como referido, restou pacificado o regramento do regime 12x36 e, de certa forma, um aval do TST liberando, nos casos específicos, essa jornada. Entretanto, não restou pacificado o debate doutrinário quanto à legalidade e constitucionalidade do regime 12x36.

Quanto ao debate sobre o regime 12x36, verifica-se que os argumentos contrários à previsão dessa jornada alegam que ela fere a previsão constitucional que limita a jornada em 8 horas e que, muito embora haja a previsão de compensação, ela não pode ultrapassar o limite de 2 horas extraordinárias estabelecidas na CLT. Ainda, há

o argumento de que essa jornada, por excessiva, pode causar problemas de saúde aos trabalhadores.

Conforme nos traz o Ministro Carlos Alberto Reis de Paula, relator do processo nº 99600-63.1998.5.17.0002, que foi um dos processos paradigmas para a edição da Súmula referida, o entendimento inicial do TST, especificamente da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho (SDI-I), era pela invalidez parcial do regime com o pagamento como extra das horas posteriores à décima, conforme o trecho extraído do voto do processo referido:

A SBDI-1 da Corte, em decisões anteriores, adotava o mesmo entendimento da Turma, pelo qual, em face do artigo 59, § 2º, da CLT, que estabelece como jornada máxima diária, a de 10 (dez) horas de trabalho, ou seja, veda a jornada diária superior a 10 horas, não poderia, ainda que por intermédio de acordo coletivo, ser prevista a compensação da jornada superior ao limite estabelecido no referido preceito legal, pelo que, no caso do regime de jornada de 12 horas de trabalho, por 36 de descanso (12X36), seria devido o pagamento do adicional de horas extras relativo às horas excedentes à décima diária. (EEDAIRReRR 99600-63.1998.5.17.0002 - Min. Carlos Alberto Reis de Paula DEJT 13.03.2009/J-19.02.2009 - Decisão unânime).

Entretanto, houve mudança de entendimento na maioria das Turmas do TST, sendo o principal argumento o fato de que se está previsto em norma coletiva é válida a estipulação do regime 12x36. Ressalta-se que algumas Turmas permaneceram com o entendimento inicial da SDI-I, como por exemplo a 2ª Turma, como se vê nos Embargos em Recurso de Revista 542842-36.1999.5.12.5555, que chegaram à SDI-I pela divergência jurisprudencial, tendo em vista que a 2ª Turma entendeu pela invalidez e o reclamado interpôs embargos em decorrência da existência de decisões de outras turmas que entenderam pela validade dessa jornada.

Da análise das 14 decisões que serviram de paradigma para a Súmula nº 444, dentre elas alguns precedentes da SDI-I, pode-se extrair alguns argumentos usados nas decisões. Em síntese, destacam-se três argumentos centrais: previsão da jornada em norma coletiva; observação do limite de duração semanal do trabalho de 44 horas e escala benéfica ao trabalhador, pois possibilita um descanso maior (36 horas) e menos carga mensal.

5.1 PREVISÃO EM NORMA COLETIVA

No tocante ao argumento da validade pela previsão em norma coletiva, a partir da análise quantitativa observa-se que esse argumento esteve presente em todas as 14

decisões paradigmas. Quanto à análise qualitativa, ou seja, o teor dos argumentos em cada decisão, pode-se verificar que decorre do fato da Constituição da República Federativa do Brasil ter estabelecido a possibilidade de compensação de jornada mediante norma coletiva, no inciso XIII do artigo 7º. Alguns votos mencionaram o fato da Constituição ter implementado a possibilidade de flexibilização de direitos trabalhistas através da autonomia coletiva privada, conforme trouxe o Min. Luiz Philippe Vieira de Mello Filho em seu voto:

É importante ressaltar a flexibilização dos direitos trabalhistas implementada pela atual Constituição Federal e fundada na autonomia coletiva privada, na qual se encontram assegurados os direitos mínimos dos trabalhadores e, ao mesmo tempo, possibilitada a sobrevivência das empresas, permitindo a obtenção de benefícios para os empregados, com concessões mútuas. (RR 478-19.2011.5.03.0097, 4ªT - Min. Luiz Philippe Vieira de Mello Filho - DEJT 15.06.2012/J-12.06.2012 - Decisão unânime)

Ainda, a Min. Maria de Assis Calsing referiu à importância que a vontade coletiva privada recebeu do constituinte:

Acrescente-se, ainda, que ao observar a norma constitucional do art. 7.º, constatamos que o constituinte de 1988 elevou expressamente a patamar constitucional a supremacia da vontade coletiva privada, vale dizer, não só com a previsão específica, no caso da compensação da jornada legal, mas também de forma ampla, no inciso XXVI, que expressamente determina a observância das convenções e acordos coletivos de trabalho como direito dos trabalhadores. (ERR 82100-85.2005.5.15.0101 - Min. Maria de Assis Calsing - DEJT 18.09.2009/J-10.09.2009 - Decisão unânime).

Alguns votos⁹¹ também mencionaram o fato da Constituição não ter limitado o período de compensação, sustentando, portanto, ainda que a jornada de 12 horas de trabalho (por 36 horas de descanso) extrapole as 10 horas previstas no art. 59 da CLT ela seria válida.

5.2 OBSERVAÇÃO DO LIMITE DA DURAÇÃO SEMANAL DO TRABALHO DE 44 HORAS.

O argumento de observação do limite da duração semanal do trabalho de 44 horas, foi mencionado em 3 processos⁹². As decisões apresentaram fundamentação no

⁹¹ RR 26300-09.2009.5.04.0014, EEDRR 89000-06.1999.5.04.0003

⁹² RR 26300-09.2009.5.04.0014, RR 140000-37.2007.5.12.0037 e ERR 542842-36.1999.5.12.5555.

sentido de que seria válida, além da necessidade da previsão coletiva, se respeitado o limite semanal de 44 horas previsto no artigo 7º, XIII da Constituição da República. Para o Min. José Roberto Freire Pimenta a média da duração semanal nesse regime seria de 42 horas. Entretanto, esse argumento na prática não se aplica, pois há semanas em que a duração semanal ultrapassa as 44 horas, como podemos ver num caso hipotético de um trabalhador que labore no seguinte horário: 7h-19h, seguidas de 36 horas de descanso, conforme tabela abaixo representada. Ressalta-se que a tabela levou em conta um trabalhador que labore nos domingos, o que é uma possibilidade já que pelo texto do art. 59-A há uma indicação para esse caminho já que no §1º há a previsão de que os descansos semanais remunerados e os feriados serão abrangidos pela remuneração mensal pactuada entre as partes, o que se considera extremamente gravoso e que caracteriza mais uma supressão de direitos constitucionais, a saber, a previsão art. 7º, incisos XV e XVI.

	Segunda-feira	Terça-feira	Quarta-feira	Quinta-feira	Sexta-feira	Sábado	Domingo	TOTAL
1ª Semana	7h-19h		7h-19h		7h-19		7h19h	48 Horas
2ª Semana		7h-19h		7h-19h		7h-19h		36 Horas
3ª Semana	7h-19h		7h-19h		7h-19		7h-19h	48 Horas
4ª Semana		7h-19h		7h-19h		7h-19h		36 Horas

Tabela 1: Distribuição semanal do regime 12x36 (Fonte: elaborada pelo autor)

Evidencia-se a partir da tabela que, ao menos em duas semanas por mês, o trabalhador ultrapassará o limite de 44 horas, mesmo que na semana seguinte labore só 36 horas. A média realizada pelo Ministro é a partir de uma ideia hipotética, contudo, a análise a ser feita é concreta, pois envolve efetivamente a prestação de trabalho em período que extrapola o limite semanal constitucional, ou seja, a compensação liberada pela Constituição da República é da jornada e não da duração semanal, visto que os regimes compensatórios seguem o limite de 44 horas⁹³. Dessa maneira, esse regime, além de extrapolar duplamente os limites diários estabelecidos pela Constituição da República e CLT, de 8 horas e 10 horas respectivamente, ele ultrapassa o limite semanal em algumas semanas.

⁹³ Em regra, pois o regime compensatório chamado Semana Espanhola (OJ 323), numa semana há a previsão de trabalho em 48 horas e na seguinte de 40 horas.

5.3 DEFESA COMO ESCALA BENÉFICA AO TRABALHADOR, EM VISTA DO MENOR TEMPO DE TRABALHO MENSAL E MAIOR PERÍODO DE DESCANSO.

O argumento de que o regime 12x36 é mais benéfico ao trabalhador, quantitativamente aparece em 6 votos⁹⁴. No tocante ao teor dos argumentos, o benefício da adoção dessa jornada estaria em dois pontos. Primeiro, o tempo maior de descanso de 36 horas e, segundo, duração mensal menor que as 220 horas. No que diz respeito ao período maior de descanso, a fundamentação ocorre no sentido de que, embora a jornada seja extensa, a possibilidade de 36 horas de descanso garante ao empregado um tempo maior para repor sua condição física.

De fato, se comparado à jornada ordinária, a qual o descanso é de no mínimo 11 horas (art. 66 da CLT) e não ultrapassa em regra as 15 horas (não sendo levado em consideração o repouso semanal), o descanso de 36 horas é muito mais benéfico. Entretanto, a jornada de 12 horas gera extrema fadiga ao trabalhador, de modo que o período de descanso não compensa a exaustão gerada durante a jornada, aumentando o risco de acidentes no período de labor. Nesse sentido foi a decisão do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região que restou revertida no RR 140000-37.2007.5.12.0037:

Ainda que se priorize o reconhecimento das convenções e acordos coletivos, por intermédio das disposições do inc. XIII do art. 7º da Constituição Federal, ou mais apropriadamente as do inc. XXVI, entendo que a norma convencional não pode restringir os direitos mínimos de proteção ao trabalho fixados na lei, especialmente aquelas que visam resguardar a saúde do trabalhador, como no caso dos limites diário de trabalho estabelecido no art. 59, § 2º, da CLT. (TRT da 12ª Região – 1ª Turma– Proc. n.º 140000-37.2007.5.12.0037 – Redator: Des. Jorge Luiz Volpato– Publicação: 15.03.2010)

Outro problema nessa questão, que também acaba adentrando na questão da saúde, é o fato do trabalhador poder utilizar esse período de descanso para trabalhar em outro emprego. Tal possibilidade restou ventilada no voto do Ministro Vieira de Mello Filho:

(...) O período de trabalho diário elástico resta compensado por um período maior de descanso de trinta e seis horas consecutivas.

⁹⁴ ERR 82100-85.2005.5.15.0101, ERR 804453-19.2001.5.09.5555, RR 39300-41.2006.5.04.0383, RR 26300-09.2009.5.04.0014, RR 5600-85.2009.5.04.0022 e RR 478-19.2011.5.03.0097.

Não obstante o objetivo de sua instituição constitua uma exceção, e, diga-se, benéfica ao trabalhador, não há como impedir que o hipossuficiente valha-se das horas destinadas ao repouso para buscar outra colocação concomitante no mercado de trabalho, visando a aumentar sua renda.

Desta feita, a instituição do regime 12x36 deve ser tratada com o máximo rigor no que diz respeito à observância estrita das regras que envolvem a sua adoção, o que, no entanto, não se traduz em dizer que não possa ser adotado por meio de acordo coletivo.(RR 478-19.2011.5.03.0097, 4ªT - Min. Luiz Philippe Vieira de Mello Filho - DEJT 15.06.2012/J-12.06.2012 - Decisão unânime).

Isso poderia ser encarado como um fator positivo da jornada, ou seja, a possibilidade de o trabalhador usar o período de descanso para, a partir da sua autonomia, buscar outro emprego e aumentar os ganhos provenientes da venda de sua força de trabalho. Contudo, a vantagem que decorreria da autonomia acaba sendo prejudicada, tendo em vista que essa “opção” não decorre da livre vontade do indivíduo⁹⁵, mas sim imposta pela necessidade da situação, uma vez que seu salário é insuficiente para o sustento.

Em relação à duração mensal, a fundamentação é no sentido de que enquanto o trabalhador que cumpre a carga semanal de 44 horas labora por 220 horas, o trabalhador no regime 12x36 acaba por laborar 192 horas mensais. Aqui, é um ponto que pode ser considerado positivo, se o trabalhador recebe pelo módulo mensal, entretanto, muitas empresas adotam o chamado salário-hora, em que o trabalhador recebe por hora de trabalho. Assim, uma empresa que adotar o salário-hora mediante esse regime acabará pagando menos ao seu empregado, o que deixa de ser algo benéfico ao trabalhador, conforme já exposto nesse trabalho.

⁹⁵ Aqui parte-se da ideia de autonomia da vontade a partir de Kant: “Via-se o homem ligado a leis pelo seu dever, mas não vinha à ideia de ninguém que ele estava sujeito só à sua própria legislação, embora esta legislação seja universal, e que ele estava somente obrigado a agir conforme a sua própria vontade, mas que, segundo o fim natural, essa vontade era legisladora universal. Porque, se nos limitávamos a conceber o homem como submetido a uma lei (qualquer que ela fosse), esta lei devia ter em si qualquer interesse que o estimulasse ou o constrangesse, uma vez que, como lei, ela não emanava da sua vontade, mas sim que a vontade era legalmente obrigada por qualquer outra coisa a agir de certa maneira. Em virtude desta consequência inevitável, porém, todo o trabalho para encontrar um princípio supremo do dever era irremediavelmente perdido; pois o que se obtinha não era nunca o dever, mas sim a necessidade da acção partindo de um determinado interesse, interesse esse que ora podia ser próprio ora alheio. Mas então o imperativo tinha que resultar sempre condicionado // e não podia servir como mandamento moral. Chamarei, pois, a este princípio, princípio da Autonomia da vontade, por oposição a qualquer outro que por isso atribuo à Heteronomia.” KANT, Immanuel. *A fundamentação da metafísica dos costumes*. Trad. Paulo Quintela. Lisboa, Portugal: EDIÇÕES 70 LDA, 2007, p.74.

Esses dois argumentos, estão explanados na decisão proferida pela SDI-I de relatoria do Min. Aloysio Corrêa da Veiga nos E-RR-804453-19.2001.5.09.5555, sendo o acórdão mais citado em todas as decisões paradigmas, inclusive sendo também ela uma das decisões paradigmas. Segue o acórdão:

"RECURSO DE EMBARGOS. JORNADA DE TRABALHO EM REGIME DE 12X36. PREVISÃO EM ACORDO COLETIVO. VALIDADE. HORAS EXTRAORDINÁRIAS APÓS A 10ª DIÁRIA. A jornada de trabalho de 12 x 36 é extremamente benéfica ao trabalhador, e é adotada usualmente em específicos ramos de atividade como hospitais, segurança, p. ex.. Nesse regime a jornada excedente de 12 (doze) horas é compensada com um período maior de descanso, 36 (trinta e seis) horas, e, principalmente, com a redução das horas trabalhadas ao final de cada mês. Enquanto o trabalhador que cumpre 44 (quarenta e quatro) horas de trabalho semanais e jornada normal de oito horas, limitações previstas no inciso XIII, do artigo 7º da Carta Magna, acaba por trabalhar 220 (duzentas e vinte) horas por mês. O trabalho mensal do empregado sujeito ao regime 12 x 36 não suplanta, jamais, as 192 (cento e noventa e duas) horas, como no presente caso. Deste modo, não há como se retirar a validade do regime, pela concessão de horas extraordinárias após a 10ª diária, com base no art. 59, §2º, da CLT, sob pena de se retirar a validade do acordo de compensação de jornada, historicamente adotado por diversas categorias, para adoção do regime de 12 x 36 horas, mediante participação da entidade sindical, e que possibilita ao empregado, após uma jornada maior de trabalho, de doze horas, o descanso determinado, de trinta e seis horas, baseado na livre negociação havida entre as partes, não havendo se falar em jornada prejudicial ao trabalhador, sequer alegada. Embargos conhecidos e desprovidos." (destacamos - E-RR-804453-19.2001.5.09.5555, Red. Des. Min. Aloysio Corrêa da Veiga, DJ 26/9/2008.).

Há ainda o argumento ventilado, mas pouco fundamentado nas decisões, de que o regime 12x36 não apresentaria risco à saúde dos trabalhadores, como a decisão do RR 39300-41.2006.5.04.0383, de relatoria do Min. Walmir Oliveira da Costa:

Esta Corte, apreciando o tema, após acalorados debates, tem-se inclinado no sentido de validar o regime de compensação de jornada em escala de 12 horas de trabalho por 36 de descanso, objeto de negociação coletiva e historicamente adotado por diversas categorias profissionais, porque fruto da autonomia coletiva das partes e por não se revelar prejudicial à saúde do trabalhador, nem risco à consecução de suas atividades laborativas, na medida em que observado o intervalo intrajornada necessário para o restabelecimento físico e mental do empregado, estando assegurada a normalidade do transcurso da jornada de trabalho no período elástico" (destaquei - RR 39300-41.2006.5.04.0383, 1ªT - Min. Walmir Oliveira da Costa - DEJT 10.02.2012/J-08.02.2012 - Decisão unânime)

Ressalta-se que nesse processo a reclamada foi condenada ao pagamento como extra, dos intervalos intrajornada, em vista da sua concessão parcial, o que poderia ter

sido observado, e considerado inválida a jornada neste caso. Esse debate da prejudicialidade ou não do regime 12x36 à saúde do trabalhador, será ampliado no item que tratar do direito à saúde e suas implicações nas jornadas.

6. O REGIME 12X36 À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL (ADI nº 4.842/DF)

O presente capítulo analisará a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº4.842 ajuizada pela Procuradoria Geral da República (PGR)⁹⁶ requerendo a declaração de inconstitucionalidade do artigo 5º da Lei nº 11.901/2009 que prevê o regime 12x36 para os bombeiros civis, ao argumento de que tal jornada viola o direito fundamental à saúde. Num primeiro momento será feito um breve resumo da ação, posteriormente serão apresentadas as razões da petição inicial, na sequência os argumentos expostos pelo Sindicato dos Bombeiros admitido ao processo como *amicus curiae*, bem como as razões expostas pelo Ministério Público do Trabalho (MPT) na representação junto à PGR, e por fim, toda a análise do debate das ministras e ministros do Superior Tribunal Federal (STF).

A ADI foi ajuizada em 24.08.2012, vindo a ser julgada em 14.09.2016 conforme voto do relator Ministro Edson Fachin e transitou em julgado em 16.10.2017.

O pedido foi julgado improcedente em conformidade com o voto do relator, vencidos os Ministros Roberto Barroso e Marco Aurélio e a Ministra Rosa Weber, sendo redigida a ementa a seguir transcrita:

DIREITO DO TRABALHO. JORNADA DO BOMBEIRO CIVIL. JORNADA DE 12 (DOZE) HORAS DE TRABALHO POR 36 (TRINTA E SEIS HORAS) DE DESCANSO. DIREITO À SAÚDE (ART. 196 DA CRFB). DIREITO À JORNADA DE TRABALHO (ART. 7º, XIII, DA CRFB). DIREITO À PROTEÇÃO CONTRA RISCO À SAÚDE DO TRABALHADOR (ART. 7º, XXII, DA CRFB).

1. A jornada de 12 (doze) horas de trabalho por 36 (trinta e seis) horas de descanso não afronta o art. 7º, XIII, da Constituição da República, pois encontra-se respaldada na faculdade, conferida pela norma constitucional, de compensação de horários.

2. A proteção à saúde do trabalhador (art. 196 da CRFB) e à redução dos riscos inerentes ao trabalho (art. 7º, XXII, da CRFB) não são “*ipso facto*” desrespeitadas pela jornada de trabalho dos bombeiros civis, tendo em vista que para cada 12 (doze) horas trabalhadas há 36 (trinta e seis) horas de descanso e também prevalece o limite de 36 (trinta e seis) horas de jornada semanal.

3. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente.

O dispositivo da Lei nº 11.901/2009 sobre o qual paira a ação prevê a jornada de 12 horas com 36 horas de descanso para os bombeiros civis nos seguintes termos:

⁹⁶ A época do ajuizamento da ação o Procurador Geral da República era Roberto Monteiro Gurgel Santos.

Art. 5º: A jornada do Bombeiro Civil é de 12 (doze) horas de trabalho por 36 (trinta e seis) horas de descanso, num total de 36 (trinta e seis) horas semanais.

A ação decorre de uma representação do Procurador Regional do Trabalho Levi Scatolin junto à PGR.

A petição inicial requer a declaração de inconstitucionalidade da norma acima transcrita ao argumento central de que prejudicial à saúde, sustenta ainda, que a diminuição da jornada representa uma conquista histórica da classe trabalhadora e inclusive se encontra expressa na Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) visando garantir descanso, bem-estar e convívio social aos trabalhadores, portanto o artigo impugnado vem na contramão da luta histórica dos trabalhadores.

A peça inicial referida ressalta as atividades realizadas pelos bombeiros civis referindo que estas são atividades de extremo risco, podendo ser realizadas a qualquer momento durante o período de prontidão, e portanto, uma jornada de 12 horas pode tornar extremamente desgastante a atividade desses trabalhadores. É apresentada manifestação do Ministro do TST Pedro Paulo Teixeira Manus de que os acidentes de trabalho ocorrem em sua maioria após a sexta hora de trabalho e na quase totalidade, após a jornada ordinária. Além disso, é trazido o argumento já mencionado neste trabalho de que no período da folga de 36 horas, os trabalhadores efetivamente utilizam para a realização de outra atividade remunerada para complementar a renda.

Por todos esses argumentos, a inicial defende que o dispositivo em comento viola o direito fundamental à saúde previsto no art. 196 e a jornada de 8 horas prevista no artigo 7º, XXII, ambos da Constituição Federal, além disso, viola o princípio constitucional de vedação à proteção deficiente de bens jurídicos constitucionalmente tutelados, no sentido de que se o Estado mantiver tal dispositivo não estaria observando direitos fundamentais previsto na carta constitucional.

Há nos autos, ainda, a representação da Procuradoria do Trabalho da 17ª Região perante o Procurador Geral do Trabalho, a qual gerou a interposição da referida ação, movida pela PGR. Ela será comentada pois apresenta um conteúdo mais extenso que a inicial, embora haja muitos pontos da petição inicial presentes na representação.

Observa-se que assim como os demais setores contrários à aplicação do regime 12x36, a representação inicia argumentando que embora a carga semanal seja de apenas 36 horas (caso específico da lei em comento), portanto inferior ao limite semanal da

Constituição Federal, a jornada de 12 horas extrapola o limite diário estabelecido pela CF e acaba por ser exaustiva aos trabalhadores.

A petição foi dividida em duas partes, sendo que no item 1 há a fundamentação sobre o cabimento da ADI e no item 2 há a fundamentação da inconstitucionalidade do dispositivo. O item 2, o mais extenso, fala da violação aos artigos 7º (XIII e XIV), 1º (III e IV) e 170 (VII e VIII) da Constituição Federal bem como a violação à dignidade da pessoa humana e à busca do pleno emprego. Argumenta o Procurador que permitir que regramentos infraconstitucionais contrários à CF permaneçam no ordenamento é tornar o texto constitucional “letra morta” e por consequência deixar os trabalhadores desamparados de direitos fundamentais.

O item 2 inicia com um levantamento histórico das lutas mundiais e no Brasil pela diminuição da jornada, que inicialmente em alguns lugares do mundo chegou a ser de 14 horas e que através de muitas lutas e mortes de trabalhadoras e trabalhadores chega-se à jornada de 8 horas. Ademais, tal fato ganha força após a criação da Organização Internacional do Trabalho - OIT com a concretização da jornada de 8 horas e a carga de 48 horas semanais.

Mais adiante há referência de que o dispositivo afronta o preceito constitucional do valor social do trabalho (art. 1º IV), o qual traz dignidade ao trabalhador por torná-lo capaz de prover o próprio sustento, que por sua vez, está em consonância com o disposto no art. 170 também levantado, que dispõe como uma das bases da ordem econômica brasileira, a valorização do trabalho humano. Assim o trabalho transcende a mera forma de obtenção de lucro pelo empregador para garantir também a dignidade ao trabalhador.

Da leitura da representação, ainda se extrai a argumentação de que as normas que disciplinam a jornada de trabalho possuem caráter imperativo e cogente, logo não há falar em afastamento de sua aplicação, sendo que qualquer flexibilização deve ser no sentido de melhorar as condições do trabalho, conforme dispõe o *caput* do art. 7º da CF. Também, que a profissão específica dos bombeiros civis que possuem atividades de combate a incêndios e realização de resgates, entre outras, possui alta periculosidade, e portanto essa jornada pode trazer prejuízo à saúde do trabalhador por ter de realizar trabalho extenuante em jornada extensa. São citados trechos de estudo realizado pela Procuradoria Regional do Trabalho da 4ª Região sobre a relação das jornadas excessivas

com os acidentes de trabalho e a saúde do trabalhador, o qual será aprofundado em item posterior deste trabalho.

Por fim, há o argumento de que jornadas extensas são prejudiciais também ao pleno emprego, pois há a sobrecarga de um trabalhador em detrimento da contratação de outro, sendo apresentada Nota Técnica do Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos - DIEESE⁹⁷ que levanta a questão de que o aumento da realização de horas extras reduz o número de trabalhadores.

No tocante às razões do Sindicato dos Trabalhadores Bombeiros Profissionais Civis do Distrito Federal-SINDBOMBEIROS/DF admitido ao processo como *amicus curiae*, em peça apresentada, defende a constitucionalidade do dispositivo ao argumento de que a diminuição da carga semanal prevista na CF é conquista da categoria e que não há falar em prejuízo à saúde do trabalhador pois o período de descanso prolongado é proporcional ao tempo de desgaste do período trabalhado.

O argumento defendido pelo Sindicato é de que:

(...) a jornada 12X36 com apenas 36 horas de labor semanal do bombeiro civil, que não fere nenhum preceito constitucional e nem à CLT e não prejudica a saúde ou diminui o potencial de alerta dos profissionais.

O especialista bombeiro civil tem sua jornada definida em 12 horas de trabalho por 36 horas de descanso, não podendo ultrapassar a 36ª hora semanal trabalhada, não sendo possível a defesa de 8 horas diárias tendo em vista que o bombeiro civil desempenha um papel de grande utilidade à população e necessita estar à disposição por mais tempo no local onde trabalha. Se caso trabalhasse apenas oito horas por dia, comprometeria os turnos dos demais bombeiros, que começariam a trabalhar em horários inapropriados, gerando assim um déficit no desempenho laboral do empregado.

Vistos os argumentos favoráveis e contrários ao regime 12x36, passa-se à análise do voto das ministras e ministros do STF.

Nos fundamentos do voto do relator, o dispositivo em comento não fere o art. 7º, XIII da CF, pois esse prevê a compensação de jornada. Quanto à questão da saúde, o voto é no sentido de que o descanso de 36 horas compensaria a jornada de 12 horas,

⁹⁷ Nota Técnica de marco/2006 “Redução da Jornada de Trabalho no Brasil”.

referindo que não houve a apresentação de dados periciais que comprovasse danos à saúde dos trabalhadores.

No debate, a divergência apresentada pelos ministros, em especial Ministro Barroso, pairou no fato da previsão ser cogente ou não, no sentido de que se uma empresa optar por contratar um bombeiro civil na jornada de 8 horas não poderia, pois a lei fixou o regime 12x36 como único. A divergência do Ministro Barroso é que a lei “não deve ser interpretada no sentido de impedir que, por liberdade de contratar, se estabeleça o regime convencional de trabalho”.

O Ministro relator referiu que analisou o pedido estritamente no tocante à constitucionalidade do dispositivo legal em questão, concluindo que não há ofensa à Constituição da República e destacando que não teve pedido para análise da obrigatoriedade da jornada.

O Ministro Marco Aurélio por sua vez, refere que o caso em comento é do bombeiro que fica de plantão e necessariamente não presta labor efetivo durante as doze horas, o que se choca com o argumento da representação do MTP no sentido de que muito embora não haja o efetivo labor durante boa parte do período, há a necessidade de ficar sob prontidão, o que ainda assim gera desgaste ao trabalhador.

Os ministros como um todo, no tocante à saúde, ponto central da inicial, não consideraram inconstitucional o regime 12x36 por entenderem que a jornada não seria gravosa à saúde. Entretanto, o estudo realizado pela PRT/4 sequer foi mencionado durante o debate, também não veio qualquer perícia aos autos para análise.

A Ministra Rosa Weber diverge no sentido de que a CF permite a compensação, mas apenas por norma coletiva. Mesmo posicionamento do Ministro Marco Aurélio que se manifesta no sentido de que o dispositivo em análise não permite a mudança da jornada nele estabelecida mediante norma coletiva e, portanto, a lei feriria a CF que faculta a compensação por norma coletiva.

Prosseguido na análise do debate, é levantado ponto sobre a hierarquia de normas na questão da interpretação, no caso em que a lei especial, a Lei nº 11.901, se aplicaria em detrimento da lei geral (CF), o que os ministros entenderam equivocado, tendo o Ministro Marco Aurélio referido que assim “quebramos o sistema. Tem-se o critério da especialidade na regulamentação das profissões, e a lei especial se sobrepõe à geral. Deixará de haver razão para a disciplina específica pelo Congresso Nacional”.

O Ministro Barroso encaminhou voto para o acolhimento parcial do pedido em análise, para que o dispositivo seja interpretado no sentido de que a norma pode ser excepcionada pela liberdade de contratar em jornada inferior à estabelecida na lei e pela mudança por acordo coletivo. Acrescenta o Ministro, que ao analisar a norma à luz da CF, a análise é feita a partir de todo o texto constitucional, assim, embora não viole a saúde violaria a liberdade de contratar. Por isso fundamentou que se mencionar que a norma é constitucional simplesmente, sem ressaltar, deixa margem para uma inconstitucionalidade.

A Ministra Rosa Weber, em seu voto discorre que a lei ao estabelecer previamente o regime 12x36 sem intervenção coletiva fere a CF, assim, embora ela considere constitucional o regime 12x36, entende inconstitucional o dispositivo por não limitar a adoção dessa jornada por convenção coletiva.

O Ministro Fux apresenta manifestação no sentido de que o pedido era que a lei fosse declarada inconstitucional, pois a jornada apresenta risco à saúde do trabalhador, referindo que até o momento ninguém debateu isso. Ou seja, o que defende é que o ponto central do pedido, a questão da saúde, não foi debatido devidamente. A Ministra Rosa Weber quanto a isso referiu que nas ações de controle concentrado a causa de pedir é aberta, sendo que o preceito pode ser visto por outro ângulo. Aqui se entende que embora a causa de pedir seja aberta, não exclui da apreciação a causa de pedir presente no pedido, que se apresenta de fundamental importância.

Da análise desta ação, bem como das ações paradigmas que levaram o TST a editar a Súmula nº444, observa-se que os julgamentos levaram em conta profissões específicas (enfermeiros, bombeiros, seguranças), bem como o fato de o período de descanso de 36 horas ser mais favorável ao trabalhador, com o que reperia a condição física da jornada de 12 horas. Quanto à questão da saúde, o debate não foi tão profundo, até mesmo no presente caso em que a principal causa de pedir era referente à afronta da jornada à saúde dos trabalhadores.

7. O DIREITO AO DESCANSO E O REGIME 12X36

Neste capítulo tratar-se-á do instituto do descanso no regime 12x36, o qual será analisado sob as óticas legal e doutrinária, assim como a econômica-sociológica. Na visão econômica-sociológica a análise decorre de uma crítica ao sistema econômico e a forma como o capital utiliza o tempo dos trabalhadores. No ponto legal e doutrinário, será empreendida uma breve análise acerca da forma como a legislação e a doutrina trabalham a questão do descanso, em especial no regime 12x36. No que tange a essa questão, é importante ainda abordar a relação entre o tempo de descanso e os efeitos na saúde dos trabalhadores, debate que será aprofundado em capítulo seguinte.

Quando se trata de descanso, o legislador, amparado no desenvolvimento histórico desse instituto, tem grande cuidado seja nos descansos menores, representados pelos intervalos dentro da jornada, que têm por único objetivo a restituição física do empregado, seja nos intervalos maiores, em que os empregados disporão de maior autonomia sobre seu tempo livre, o que não ocorre nos intervalos menores em que muitas vezes os empregados acabam descansando no próprio local de trabalho.⁹⁸

Conforme sintetiza Oliveira e Dorneles, a questão da duração do trabalho e sua limitação, e por assim dizer, a imposição da existência de períodos de descansos, decorre de três fundamentos: o primeiro, de ordem biológica, em que a limitação do trabalho seria decorrente da necessidade do trabalhador repor suas forças físicas; o segundo, de ordem social, no sentido de que o trabalhador precisa de tempo livre para as suas atividades extra-labor, seu convívio familiar e com amigos, e, por fim, o terceiro, de ordem econômica, aqui podendo ser visto pela perspectiva de que um trabalhador descansado produziria mais e melhor, bem como evitaria acidentes do trabalho⁹⁹.

Por sua vez, Carmem Camino ao referir que a prestação de trabalho é a expressão de uma relação jurídica continuada, faz a ressalva que essa prestação não pode ser ininterrupta, portanto, devendo existir períodos de intermitências. Esses períodos de intermitências são classificados pela autora como períodos de não execução que seriam as intermitências não remuneradas e abrangeria os intervalos intrajornada e interjornadas; períodos de interrupção nos quais o contrato está em execução mas o

⁹⁸ Quanto aos tipos de descanso podemos elencar de forma ampla a existência de descansos curtos, ou seja, aqueles dentro da jornada; os descansos intermediários, sendo os entre uma jornada e outra; os descansos semanais e por fim, os descansos anuais, no caso, as férias. NASCIMENTO, *op. cit.*, p. 786-787

⁹⁹ OLIVEIRA; DORNELES, *op. cit.* p. 103

empregado não presta labor, aqui seriam intermitências remuneradas, como as férias; e por fim, os períodos de suspensão da relação de emprego nos quais não há obrigação de prestação de labor e nem de adimplemento por parte do empregador, sendo que, para essa autora, “contrato existe, é válido, mas desaparece no plano da eficácia, não tem visibilidade no mundo exterior”¹⁰⁰.

Quanto à limitação da jornada e por consequência a defesa de um período mínimo de descanso, observa-se que essas ideias começaram a ganhar força no final do século XIX na Inglaterra, quando os trabalhadores foram às ruas clamando por: “*Eighth hours to work, Eighth hours to play, Eight hours to sleep, Eight shillings a day*”. Essa reivindicação conquistou o apoio de alguns governos europeus e foi adotada pela OIT a partir de 1919.¹⁰¹ Já em meados do século XX, a Declaração Universal dos Direitos Humanos¹⁰² também vai no sentido de garantir tempo de descanso e lazer, apresentando no seu artigo 24 que: “*Toda a pessoa tem direito ao repouso e aos lazeres, especialmente, a uma limitação razoável da duração do trabalho e as férias periódicas pagas.*”

No tocante ao descanso, Mascaro dedica parte de seu livro¹⁰³ para falar do instituto, referindo a importância do período de descanso e lazer para a classe trabalhadora, no sentido de que o tempo livre utilizado para atividades diversas da laboral tais como o convívio familiar, estudos, práticas desportivas, entre outros, permite ao ser humano o desenvolvimento de sua personalidade e contribui para a melhoria da sua condição social. Acrescenta o autor que os períodos de lazer possibilitam uma contraposição ao isolamento instaurado na sociedade, pois nesse período o trabalhador poderia manter relações com pessoas diversas do seu meio de trabalho. Por isso essa é uma das razões que a legislação torna os descansos obrigatórios¹⁰⁴.

Cabe salientar que o lazer¹⁰⁵ e a organização fora do trabalho, além de serem aspectos úteis para o trabalhador, são muitas vezes também úteis para a sociedade. No

¹⁰⁰ CAMINO, *op. cit.*, p. 406.

¹⁰¹ RUSSOMANO, Mozart Victor, *op. cit.*, p.290.

¹⁰² Adotada pela Organização das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948.

¹⁰³ Curso de Direito do Trabalho. Capítulo X: Conteúdo do Contrato de Emprego. §47. Direito ao descanso e ao lazer.

¹⁰⁴ NASCIMENTO, Amauri Mascaro, *op. cit.*, p.786.

¹⁰⁵ Embora não haja uma definição e distinção clara na doutrina jurídica sobre o instituto do lazer e o instituto do descanso, entende-se que o lazer integra o período de descanso, e como apresenta

passado, muitas organizações surgiram de atividades de trabalhadores em seu tempo de lazer, como, por exemplo, times de futebol que existem até hoje¹⁰⁶. Ademais, é nesse período de descanso que muitos operários articulam seus movimentos e lutas por melhorias da sua condição social, concretizando assim o disposto no *caput* do art. 7º da CF¹⁰⁷, podendo assim construir o próprio Direito do Trabalho, pelas suas fontes materiais.

Quando se fala que o descanso e o período de lazer são importantes para os trabalhadores, pois, isso não decorre de meras palavras ao vento, mas sim do fato de que as pessoas necessitam de um tempo fora do trabalho para levar a sua vida, pois é nesse período que elas poderão refletir sobre a vida, os problemas da sociedade e sobre a sua própria existência, assim como atuar ativamente por melhorias da sua condição social.

Nascimento, o lazer seria o tempo de ocupação útil e não de inatividade (NASCIMENTO, op. cit., p. 791).

¹⁰⁶ Embora no início do século a criação de times de futebol tenha sido resultado de iniciativas dos grandes empresários, aos poucos os trabalhadores foram se impondo nesse meio, vindo a tomar a frente em muitos clubes, conforme nos escreve Fernando da Costa Ferreira no seu artigo “Futebol de classe: a importância dos times de fábrica nos primeiros anos do século XX: “E os trabalhadores, qual era a sua posição nessa história? O que ocorria na verdade, é que os empregados precisavam que os patrões estivessem ligados ao clube, pois somente com o apoio formal da direção da fábrica (cessão de terreno para a construção do campo e da sede, ajuda na compra de bolas de futebol e material esportivo etc.) é que essas instituições conseguiriam se desenvolver. Por isso, era bastante comum oferecer ao dono ou ao diretor da fábrica o título de “presidente de honra” do clube. Entretanto, apesar das frequentes acusações de manipulação dessas associações por parte dos patrões, o que realmente muitas vezes acontecia, o sentimento reinante entre os componentes dessas instituições era o do espírito de classe (sentir-se operário e jogador), que funcionava dessa forma como um agente construtor de uma identidade própria, independente da ação dos patrões e dos sindicatos. As torcidas dos times de fábrica como Andaraí, Bangu, Carioca e Mavílis eram consideradas, como as mais temidas do Rio de Janeiro nas primeiras décadas do século XX [...]. Isso porque, naquela época (embate amadorismo x profissionalismo), enquanto que os times tradicionais (Fluminense, Botafogo, América e Flamengo) representavam a camada mais rica da nossa população, com o futebol sendo encarado como um passatempo praticado por moços de boas famílias, os times de fábrica e de subúrbio (incluídos aí Vasco da Gama e São Cristóvão) marcavam uma nova realidade, na qual o jogo, praticado por membros das camadas menos favorecidas, serviria como uma chance de vencer a miséria a partir da adoção de um profissionalismo disfarçado ou “amadorismo marrom”, uma possibilidade de ascensão social. [...] Os grêmios esportivos das fábricas conseguiram criar uma identidade própria, independente dos patrões (com os quais tinham uma relação meramente de interesse econômico) e da ação dos sindicalistas, pois o verdadeiro sentimento que os unia residia no fato deles serem operários e amantes do futebol. Assim sendo, podemos afirmar que, a partir do surgimento das equipes fabris, teve início o processo que culminaria com o título carioca de 1923, conquistado pelo Vasco da Gama, onde, pela primeira vez, uma equipe composta na sua maioria por negros, brancos pobres e analfabetos triunfaria frente aos “moços finos de boas famílias” de Fluminense, Flamengo, Botafogo e América rompendo os limites étnicos e sociais impostos desde a chegada do jogo da bola ao nosso país: Graças ao processo de proletarização iniciado pelos times de fábrica, o esporte deixou de ser algo branco, aristocrático, fleumático para se tornar mestiço, popular, vibrante, marcando o início de um futebol genuinamente brasileiro.” FERREIRA, Fernando da Costa. Futebol de classe: a importância dos times de fábrica nos primeiros anos do século XX. *Lecturas Educación Física y Deportes*, Buenos Aires, n. 90, nov. 2005. Disponível em <http://www.efdeportes.com/efd90/times.htm>

¹⁰⁷ “Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:(...)”

No que concerne à análise do descanso pelo viés econômico-sociológico, Valdete Severo Souto, a partir de Marx¹⁰⁸, pontua que tempo de trabalho é tempo de vida, de formação humana para o seu desenvolvimento, por isso que a limitação do tempo de trabalho constitui uma histórica e árdua luta entre o capital e trabalho¹⁰⁹.

A questão dos períodos de descanso se mostra de suma importância, e seu aumento se apresenta como necessário, sendo que, nesse sentido, defende Marx que:

Dadas a intensidade e a força produtiva do trabalho, a parte da jornada social de trabalho necessária para a produção material será tanto mais curta e, portanto, tanto mais longa a parcela de tempo disponível para a livre atividade intelectual e social dos indivíduos quanto mais equitativamente o trabalho for distribuído entre todos os membros capazes da sociedade e quanto menos uma camada social puder esquivar-se da necessidade natural do trabalho, lançando-a sobre os ombros de outra camada. O limite absoluto para a redução da jornada de trabalho é, nesse sentido, a generalização do trabalho. Na sociedade capitalista, produz-se tempo livre para uma classe transformando todo o tempo de vida das massas em tempo de trabalho¹¹⁰.

Ricardo Antunes ressalta que atualmente essa formulação se apresenta como um mecanismo importante para reduzir o desemprego estrutural que atinge a classe trabalhadora¹¹¹.

Visto toda a importância do período de descanso, entendido como o intervalo de tempo no qual o empregado não está à disposição do seu empregador, ou seja, é o período da sua vida em que ele dispõe do tempo como bem entender sem estar sob a

¹⁰⁸ Parte desse texto é uma adaptação por Valdete Souto Severo do trecho de *O Capital* em que Marx analisa a questão do descanso, assim transcrito:

“a jornada de trabalho contém 24 horas inteiras, deduzidas as poucas horas de repouso sem as quais a força de trabalho ficaria absolutamente incapacitada de realizar novamente seu serviço. Desde já, é evidente que o trabalhador, durante toda sua vida, não é senão força de trabalho, razão pela qual todo o seu tempo disponível é, por natureza e por direito, tempo de trabalho, que pertence, portanto, à autovalorização do capital. Tempo para a formação humana, para o desenvolvimento intelectual, para o cumprimento de funções sociais, para relações sociais, para o livre jogo das forças vitais físicas e intelectuais, mesmo o tempo livre do domingo – e até mesmo no país do sabbatismo¹⁰⁴ – é pura futilidade! Mas em seu impulso cego e desmedido, sua voracidade de lobisomem por mais-trabalho, o capital transgride não apenas os limites morais da jornada de trabalho, mas também seus limites puramente físicos. Ele usurpa o tempo para o crescimento, o desenvolvimento e a manutenção saudável do corpo. Rouba o tempo requerido para o consumo de ar puro e de luz solar. (...) O capital não se importa com a duração de vida da força de trabalho. O que lhe interessa é única e exclusivamente o máximo de força de trabalho que pode ser posta em movimento numa jornada de trabalho.” (MARX. *O Capital*, op. cit., p. 424-428).

¹⁰⁹ SEVERO, op. cit., p.35.

¹¹⁰ MARX, *O Capital...*, op. cit., p. 733.

¹¹¹ ANTUNES, Ricardo. *Os Sentidos do Trabalho: Ensaio sobre a afirmação e a negação do trabalho*. São Paulo: Boitempo Editorial, 2007, p.174.

subordinação jurídica¹¹² do poder do empregador. Diante disso, é necessário ter em mente que a flexibilização desse período deve observar rígidos requisitos.

A partir da nova legislação trabalhista, o instituto do descanso foi flexibilizado em muitos pontos¹¹³ em especial no artigo 59-A da CLT, objeto deste trabalho, o qual prevê o trabalho em 12 horas com a possibilidade de transformação em pecúnia do intervalo intrajornada, conforme dispõe o *caput* do dispositivo supracitado. Ademais, nos termos do exposto no §1º do art.59-A, a remuneração mensal já incluirá o pagamento dos repousos semanais e feriados, ou seja, o trabalho nesses períodos que antes era remunerado com adicional de 100%¹¹⁴, agora é adimplido como hora normal.

Além disso, conforme referido neste trabalho, uma questão grave decorrente das novas mudanças é que o período de descanso de 36 horas poderá ser usado para a ocupação em outro emprego com o fim de complementar a renda. Assim, cai por terra um dos principais argumentos da jornada de 12 horas, que era o descanso prolongado de 36 horas. De tal situação decorre que um empregado que trabalha 12 horas em um dia possivelmente trabalhará no mínimo 8 horas no dia imediatamente seguinte, o que acarretará excessivo desgaste, podendo gerar acidentes de trabalho, além do prejuízo da própria saúde.

Portanto, o que se verifica é que a reforma trabalhista trouxe mudanças drásticas no tocante ao período de descanso, na contramão das decisões dos tribunais, bem como a supressão de direitos de fundamentais conquistados e garantidos inclusive na Constituição Federal.

¹¹² “A subordinação pode ser vista sob o aspecto subjetivo e sob o aspecto objetivo. O aspecto subjetivo da subordinação caracteriza-se pela consciência de cumprir ordens, por parte do trabalhador, e pal justificação legal dessas ordens por parte do empregador. (...) O empregador tem para si legitimado o poder de estabelecer a forma, o modo, o tempo e os desígnios do contrato, apropriando-se com aparato legal dos resultados excedentes da prestação de trabalho, sob a forma do lucro. (...) O aspecto objetivo da subordinação consiste na inserção do trabalho do devedor nos desígnios econômicos do credor. (ARAÚJO; COIMBRA, *op. cit.*, p. 316)

¹¹³ Além dos mencionados no texto pode-se elencar ainda as mudanças atinentes ao intervalo intrajornada que pela nova redação do §4º, art. 71, quando ilegalmente fruído de forma parcial, será pago apenas o período suprimido e não a totalidade como na redação antiga, ademais, pelo art. 611-A o intervalo intrajornada é um dos institutos em que a negociação coletiva tem prevalência sobre a lei. Ainda, o intervalo de 15 minutos antes da prestação de horas extras, previsto no art. 384, foi revogado pela reforma trabalhista, em contramão às decisões presentes nos tribunais que vinham expandindo o direito também aos homens.

¹¹⁴ Vide Lei n.º605/49

8. O DIREITO À SAÚDE E O REGIME 12X36

Este capítulo pretende analisar a jornada de trabalho e sua relação com a saúde dos trabalhadores, mais especificamente o reflexo do tempo de labor na saúde.

8.1 DEFINIÇÃO DE SAÚDE

A Constituição Federal trata do direito à saúde no artigo 6º, incluindo-o como um dos direitos sociais, nos seguintes termos:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Pela leitura desse artigo pode-se inferir que a saúde é um direito subjetivo público que o Estado está obrigado a garantir^{115,116}. José Afonso da Silva define os direitos subjetivos públicos como direitos fundamentais do homem-social, que são os direitos assegurados aos seres humanos nas suas relações sociais e culturais¹¹⁷. Ademais, cumpre ressaltar que os direitos fundamentais não possuem apenas valores morais, por isso são direitos oponíveis ou exigíveis em favor de seu titular.¹¹⁸

A saúde, devidamente enquadrada no rol de direitos fundamentais da Constituição Federal, pode ser vista pelo seu aspecto individualista quando se garante o direito à vida e à integridade física, bem como pelo seu aspecto social através do próprio direito à saúde e ao meio ambiente de trabalho sadio.¹¹⁹

A partir de uma análise objetiva da Constituição Federal¹²⁰, observa-se que o termo “saúde” se repete outras 65 vezes, alguns momentos tratando da promoção da

¹¹⁵ BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho* - 11. ed., atual. por Jessé Claudio Franco de Alencar. — São Paulo : LTr, 2017, p.693.

¹¹⁶ “(...) trata-se de um direito positivo, ‘que exige prestações do Estado e que impõe aos entes públicos a realização de determinadas tarefas (...) de cujo cumprimento depende a própria realização do direito’, e do qual decorre um especial direito subjetivo de conteúdo duplo: por um lado, pelo não-cumprimento das tarefas estatais para a sua satisfação, dá cabimento à ação de inconstitucionalidade por omissão (arts. 102, I, “a”, e 103, §2º) e, por outro lado, seu não-atendimento, in concreto por falta de regulamentação pode ser pressuposto para a impetração de mandado de injunção (art. 5º, LXXI), apesar de o STF continuar a entender que o mandado de injunção não tem a função de regulação concreta de direito reclamado.” José Afonso da Silva, *Comentário Contextual à Constituição*. 6ª ed., atual. Até a Emenda Constitucional 57, de 18.12.2008. – São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 185.

¹¹⁷ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p.184.

¹¹⁸ SILVA, 2007. *op. cit.* p.177.

¹¹⁹ ARAÚJO, Francisco Rossal de; RUBIN, Fernando; *Acidentes de Trabalho*. São Paulo: LTr, 2013, p.19.

¹²⁰ Nessa análise foi incluído o texto do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias

saúde, da relação na seguridade social, da obrigação do Estado e da sociedade com esse direito e outros da sua relação com o meio ambiente de trabalho. É dedicada inclusive uma seção¹²¹ com 5 artigos especificamente para tratar desse direito. Dentro desse rol de previsões constitucionais quanto à saúde, serão destacados dois dispositivos, quais sejam: o inciso XXII do art. 7º¹²² e o art. 196.

O inciso XXII do art. 7º dispõe sobre os direitos dos trabalhadores à redução dos riscos do trabalho mediante normas de saúde, higiene e segurança. Aqui se entende que qualquer norma que regule o trabalho deve observar estritamente esse dispositivo, principalmente no tocante às disposições sobre jornada.

O outro dispositivo destacado afirma que o Estado deve garantir, promover, proteger e recuperar a saúde, conforme dispõe o artigo 196:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Os dois dispositivos supracitados, de acordo com José Afonso da Silva a partir de Gomes Canotilho e Vital Moreira, caracterizam as duas vertentes que o direito à saúde possui, sendo a primeira de natureza negativa, na qual representa o direito de exigir do Estado ou de terceiro que não realize atos que prejudiquem a saúde; e a segunda de natureza positiva na qual o Estado está obrigado a realizar medidas para prevenção e tratamento da saúde.¹²³ Observa-se que a Constituição Federal delega à própria sociedade, e por consequência também aos empregadores, o dever de garantir esse direito (art. 194).¹²⁴

Dessa breve exposição de artigos da Constituição, verifica-se um grande número de disposições que colocam a saúde e a segurança dos trabalhadores em patamar destacado e superior a interesses protegidos por outras normas jurídicas.¹²⁵

¹²¹ TÍTULO VIII (Da Ordem Social) – Capítulo II (Da Seguridade Social) – Seção II (Da saúde – arts. 196 a 200), da Constituição Federal.

¹²² Art. 7º, XXII - redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança;

¹²³ SILVA, José Afonso da, *Comentário Contextual à Constituição*. 6ª ed., atual. Até a Emenda Constitucional 57, de 18.12.2008. – São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 185

¹²⁴ DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 14 ed. São Paulo: LTr, 2015, p.802

¹²⁵ DELGADO, 2015, *op. cit.*, p. 967

Muito embora o direito à saúde esteja previsto na Constituição Federal, esta não conceituou o termo, até mesmo porque não é função do texto constitucional. A definição de saúde será encontrada em leis infraconstitucionais e até mesmo em tratados internacionais. Uma primeira definição legal de saúde é encontrada na Lei nº 8.080/91 na seguinte forma:

Art. 3º Os níveis de saúde expressam a organização social e econômica do País, tendo a saúde como determinantes e condicionantes, entre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, a atividade física, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais. Parágrafo único. Dizem respeito também à saúde as ações que, por força do disposto no artigo anterior, se destinam a garantir às pessoas e à coletividade condições de bem-estar físico, mental¹²⁶ e social.

O dispositivo legal relaciona como condicionante e determinante da saúde o trabalho, a renda e o lazer, itens que possuem estrita ligação com o presente estudo, pois a duração do trabalho reflete diretamente nesses itens. Para a Organização Mundial da Saúde – OMS, saúde seria um completo bem-estar psíquico, mental e social do indivíduo, o que é fruto de algumas críticas doutrinárias tendo em vista que o completo bem-estar é uma condição difícil de ser atendida pelo ser humano.¹²⁷

Seguindo a análise, no texto da Convenção nº155¹²⁸ da OIT, de 22 de junho de 1981, há uma definição de saúde na sua relação com o labor. No seu artigo 3º, item “e” a Convenção estabelece que:

Art. 3º, e) o termo "saúde", com relação ao trabalho, abrange não só a ausência de afecção ou de doenças, mas também os elementos físicos e mentais que afetam a saúde e estão diretamente relacionados com a segurança e a higiene no trabalho.

O texto da Convenção ainda afirma que deverá ser formulada e posta em prática uma política nacional de saúde que abranja a questão da segurança e saúde dos trabalhadores e o meio ambiente de trabalho, visando prevenir acidentes de trabalho e problemas de saúde ocasionados pelo labor. Quanto a essa política nacional há a

¹²⁶ Barros demonstra que até o século XIX enfermidade era considerado como um fenômeno físico, sendo que atualmente ela é considerada com um fenômeno psicossomático. BARROS, 2017, *op. cit.*, p. 693.

¹²⁷ BARROS, 2017, *op. cit.*, p. 693.

¹²⁸ A Convenção nº 155 da OIT teve seu texto aprovado pelo DECRETO LEGISLATIVO Nº 2, DE 1992 e internalizada no ordenamento jurídico brasileiro pelo DECRETO 1.254, DE 29 DE SETEMBRO DE 1994.

menção que ela deve observar esferas que afetam a saúde e segurança dos trabalhadores, e dentre essas esferas há a menção ao tempo de trabalho (artigo 5º, item b).

Por essas razões, as normas jurídicas sobre duração do trabalho não são mais apenas econômicas, sendo hoje colocadas também e principalmente como normas de saúde pública. Assim o cuidado com a duração do trabalho deve ser integrante em qualquer política de saúde pública, porquanto a ampliação da jornada aumenta as probabilidades de doenças e acidentes do trabalho.¹²⁹

Como visto, a saúde não é apenas ausência de doenças e que há diversos elementos que refletem na sua condição seja positivamente, seja negativamente, sendo que a jornada excessiva se encontra como um dos elementos negativos,¹³⁰ uma vez que as horas extras, de maneira geral, produzem inegáveis desgastes na saúde física e mental do ser humano a elas submetido¹³¹. É por esse viés que se retoma à análise do art. 59-A da CLT, objeto deste trabalho.

8.2. SAÚDE, JORNADA EXCESSIVA E ACIDENTES DE TRABALHO

A questão da prejudicialidade do excesso de jornada é objeto de diversos estudos, sendo inclusive elemento de fundamentação da petição inicial da ADI nº4.842 já analisada, referente à previsão do regime 12x36 aos bombeiros civis, que apresentou estudo¹³² realizado na Procuradoria Regional do Trabalho da 4ª Região pela perita Jane Escobar¹³³ e o perito Mauro Soibelman¹³⁴. O estudo decorre de uma análise de outros estudos científicos sobre a questão das horas extras e sua relação com os acidentes de trabalho. Dentre os reflexos das jornadas prolongadas, os peritos verificaram a ocorrência da redução das horas de sono, cansaço, depressão e recuperação insuficiente do trabalho, aumento de acidentes de trabalho, decréscimo no funcionamento fisiológico e neuro-cognitivo. Este último elemento foi constatado em uma pesquisa realizada entre médicos residentes, na qual se observou diminuição no nível de alerta, concentração e

¹²⁹ DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 14 ed. São Paulo: LTr, 2015, p.928.

¹³⁰ “Não só as más condições de trabalho advindas de condições perigosas ou insalubres, mas também o ritmo excessivo de trabalho e sistema de horários poderão afetar a saúde e a qualidade de vida do trabalhador, comprometendo a segurança do trabalho”. BARROS, 2017, *op. cit.*, p.695.

¹³¹ DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 14 ed. São Paulo: LTr, 2015, p. 867

¹³² “HORAS EXTRAS – REFLEXOS NA SAÚDE DOS TRABALHADORES. Caruso CC. *Industrial Health* 2006, 44, 531-536. Artigo de Revisão.

¹³³ Engenheira de Segurança do Trabalho da PRT/4.

¹³⁴ Médico do Trabalho da PRT/4.

atenção após o trabalho em um plantão de 24 horas. Com carga horária de trabalho de 80 horas semanais, foi demonstrado prejuízo em testes de atenção sustentada, vigilância e simulação de direção, esses comparáveis ao funcionamento com níveis sanguíneos de álcool de 50 mg/100 ml.¹³⁵

Conforme Cláudio Mascarenhas Brandão¹³⁶, a doutrina trabalhista apresenta o entendimento de que o controle de jornada visa assegurar a integridade psicofisiológica do trabalhador.¹³⁷ Em seu artigo, o autor apresenta uma coletânea de estudos que apontam no mesmo sentido da pesquisa realizada pela PRT/4, ou seja, o aumento da jornada gera um aumento da fadiga dos trabalhadores, o que reduz o desempenho e a atenção ao trabalho¹³⁸, potencializando, assim, o risco de acidente de trabalho.

Nesse sentido a jornada de 12 horas apresenta-se extremamente prejudicial, pois o problema está no limite diário dessa jornada, ou seja, o desgaste do dia não é completamente recuperado pelo descanso, ainda que prolongado, de 36 horas.

Em estudo realizado por Rodrigo Filus na Universidade Federal do Paraná¹³⁹, observou-se que a recuperação da fadiga por meio do repouso só é efetiva até um certo limite de tempo de esforço físico, sendo que posterior a isso, há um aumento da fadiga de forma crônica podendo levar o trabalhador à exaustão. Conforme esse estudo, a jornada máxima recomendada seria de oito horas e meia, sendo que a partir da nona hora de trabalho, embora os níveis de produção não alterem muito, observa-se que os erros começam a aparecer com mais frequência.¹⁴⁰ É necessário lembrar que o *caput* do art. 59-A da CLT traz a possibilidade de indenização do período de intervalo

¹³⁵ Síntese extraída da petição inicial da Adi 4842. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4292176>. Acessada em 15/03/2018.

¹³⁶ BRANDÃO, Cláudio Mascarenhas. Jornada de trabalho e acidente de trabalho: reflexões em torno da prestação de horas extraordinárias como causa de adoecimento no trabalho. *Revista TST*, Brasília, vol. 75, no 2, abr/jun 2009. p. 35-52.

¹³⁷ O jurista apresenta diversos autores (Arnaldo Süssekind, José Augusto Rodrigues Pinto, Alice Monteiro de Barros, Orlando Gomes, Elson Gottschalk e Mauricio Godinho Delgado) que trazem em suas obras esse entendimento.

¹³⁸ “É o cansaço ou esgotamento provocado por excesso de trabalho físico ou mental e, conseqüentemente, autointoxicação pela liberação de leucomáínas no cérebro, aumento de ácido láctico nos músculos e creatinina no sangue e diminuição da resistência nervosa conducente a acidentes”. BRANDÃO, 2009, *op. cit.*, p. 44.

¹³⁹ FILUS, Rodrigo; OKIMOTO, Maria Lúcia. O efeito do tempo de rodízios entre postos de trabalho nos indicadores de fadiga muscular – o ácido láctico. In: 14º Congresso Brasileiro de Ergonomia. Curitiba, 2006.

¹⁴⁰ FILUS, Rodrigo; OKIMOTO, Maria Lúcia. O efeito do tempo de rodízios entre postos de trabalho nos indicadores de fadiga muscular – o ácido láctico. In: 14º Congresso Brasileiro de Ergonomia. Curitiba, 2006. p. 56-57

intrajornada, o que faria com que um trabalhador laborasse 12 horas de forma ininterrupta.

José Augusto Dela Coleta em seu trabalho aponta no mesmo sentido da pesquisa acima referida. Coleta apresenta estudo realizado por Viteles¹⁴¹, no qual o autor estadunidense aponta um aumento do índice de acidentes correlacionado com as horas do dia, no qual se verificou que os índices de acidente aumentavam mais em horário próximo ao final de cada turno de trabalho, ou seja, aumentavam perto das 11 horas da manhã, voltando a aumentar a partir das 15 horas até às 17 horas, conforme se verifica na tabela a seguir reproduzida:

Horas	Nº de acidentes	Porcentagem
6 às 7	136	0,91
7 às 8	1.271	8,53
8 às 9	1.503	10,09
9 às 10	1.941	13,04
10 às 11	1.719	11,54
11 às 12	1.158	7,78
12 às 13	540	3,63
13 às 14	1.310	8,80
14 às 15	1.535	10,31
15 às 16	1.757	11,80
16 às 17	1.367	9,18
17 às 18	643	4,32
18 às 19	7.	0,05
19 às 20	3	0,02
Total	14.890	100,00

Tabela 2: “Distribuição do número e porcentagem de acidentes segundo o horário de sua ocorrência” (Fonte: Dela Coleta, p.49¹⁴²)

Dela Coleta ainda apresenta outro estudo (Vernon-1945) no qual foi verificado que numa fábrica de munições, o índice de acidentes reduziu em 60%, quando os trabalhadores passaram à jornada de 10 horas ao invés da de 12 horas.¹⁴³

No que tange ao Brasil, Ana Beatriz Ribeiro Barros Silva pontua, a partir de estudo do pesquisador inglês John Humphrey, que examinou o funcionamento de diversas indústrias automobilísticas na época da Ditadura civil-militar, especificamente no período do “milagre econômico” (1966-1974), que o aumento da produção muito exaltado na época, se deu às custas de uma imposição do aumento da carga horária de

¹⁴¹ VITELES, M. S. *Industrial psychology*. New York, W. N. Norton, 1932.

¹⁴² COLETA, José Augusto Dela. *Acidentes de Trabalho: fator humano, contribuições da psicologia do trabalho, atividades de prevenção*. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 1991, p. 49.

¹⁴³ COLETA, 1991, *op. cit.*, p.49

trabalho¹⁴⁴. Nesse período, a autora destaca que a carga horária semanal chegava a 56 horas, sendo que muitas vezes havia prestação de trabalho aos sábados e domingos. A carga excessiva de trabalho, associada ao ambiente insalubre¹⁴⁵ observado pelo pesquisador inglês “expunha os trabalhadores a diversos riscos, o que, segundo Humphrey, levava ao envelhecimento prematuro e a uma série de doenças em longo prazo”¹⁴⁶. Todo esse contexto fez com que o Brasil fosse considerado pela OIT campeão mundial de acidentes de trabalho na época.¹⁴⁷

Entretanto, há de se ressaltar que até hoje não há um indicativo seguro sobre causadores de acidentes de trabalho. Conforme Dela Coleta, mesmo a fadiga não atuaria de forma única nesses índices de acidentes, sendo que o fator taxa de produção também seria um causador de acidentes, mas mesmo assim, Dela Coleta não descarta a fadiga. Nesse sentido Rossal e Rubin ressaltam que há grande dificuldade na definição do elemento laboral causador dos acidentes de trabalho, sendo que nas lides trabalhistas os peritos, mesmo os mais experientes, muitas vezes se reportam aos demais elementos de prova presentes nos autos para a configuração ou exclusão donexo causal.¹⁴⁸

Ainda assim, os estudos realizados e colecionados neste trabalho apresentam um forte indicativo, qual seja, o aumento da jornada apresenta reflexo na vida laboral dos trabalhadores, muitas vezes gerando desgastes e consequentes acidentes.

8.3. DOS ACIDENTES DE TRABALHO

Conforme aponta Rossal e Rubin, o pensamento inicial (início do século XX) quanto aos acidentes de trabalho se dava em relação ao corpo do trabalhador, degradado pelas extensas jornadas, falta de proteção das máquinas e ausência de uso de equipamentos de proteção, sendo que a responsabilização do empregador era apenas por culpa grave ou dolo. É na metade do século XX que a saúde mental do trabalhador

¹⁴⁴ SILVA, Ana Beatriz Ribeiro Barros. Brasil, o 'campeão mundial de acidentes de trabalho: controle social, exploração e prevenicionismo durante a ditadura empresarial-militar brasileira. Revista Mundos do Trabalho, v. 7, p. 151-173, 2015.

¹⁴⁵ HUMPHREY descreve o seguinte cenário nas fábricas visitadas: “O chão estava molhado e escorregadio, as galerias muito mal sinalizadas, os espaços de trabalho muito cheios, e em algumas áreas (como funilaria e estamparia) o barulho era muito intenso. Estes problemas, combinados com as condições ruins do ar nas cabines de pintura e de soldagem, e nas áreas de tratamento térmico, [...] e o fato de se encontrar ocasionalmente operários nas cabines de pintura sem equipamento de segurança, são sinais evidentes de condições ruins.” HUMPHREY. *Fazendo o “milagre”*, p. 90 *apud* SILVA, p. 159.

¹⁴⁶ Idem., p.159

¹⁴⁷ Idem., p. 171

¹⁴⁸ ROSSAL; RUBIN, 2013, *op. cit.*, p. 39.

ganha espaço e assim, por consequência, as doenças profissionais e as concausas ganham mais atenção, sendo que agora há responsabilização do empregador por culpa em qualquer grau, não mais somente o grave, e também por risco.¹⁴⁹

Conforme apresenta o Manual de Acidente de Trabalho de 2016 do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, as condições do trabalho podem ser a causa direta de um acidente ou ainda atuarem de forma indireta, o que é denominado de concausa, em que o agente não é fator necessário para surgimento do dano, mas contribui para o aparecimento ou agravamento da situação. Nesse sentido os acidentes de trabalho são classificados como típicos, ou seja, decorrentes de causas súbitas e inesperadas do labor; e doenças ocupacionais, as quais podem ser divididas em doenças profissionais (desencadeadas por causas decorrentes da atividade laboral) e doenças do trabalho (desencadeadas pela condição especial em que realizado o trabalho), o que pode ser melhor exemplificado e explicado pela Classificação de Richard Shilling no tocante às doenças:

CLASSIFICAÇÃO DE SCHILLING	I. O trabalho como causa necessária	Exemplo: intoxicação por chumbo, silicose e doenças profissionais legalmente reconhecidas
	II. O trabalho como fator contributivo, mas não necessário	Exemplo: doença coronariana, doenças do aparelho locomotor, câncer e varizes.
	III – O trabalho como provocador de um distúrbio latente, ou agravador de uma doença já estabelecida.	Exemplo: úlcera péptica, bronquite crônica, dermatites de contato alérgica, asma e doenças mentais

Tabela 3: Classificação de Schilling (Fonte: Manual de Acidente de Trabalho 2016, p.8.)

Esse quadro pode ser refletido na legislação brasileira, sendo que o item I caracterizaria o acidente típico (art. 19 da Lei nº 8.213/1991¹⁵⁰) e os itens II e III estão relacionados às doenças ocupacionais, presentes no art. 20 da Lei nº 8213/1991¹⁵¹, as quais se subdividem em doenças profissionais e doenças do trabalho.¹⁵²

¹⁴⁹ ROSSAL; RUBIN, 2013, *op. cit.*, p. 14

¹⁵⁰ Art. 19. Acidente do trabalho é o que ocorre pelo exercício do trabalho a serviço de empresa ou de empregador doméstico ou pelo exercício do trabalho dos segurados referidos no inciso VII do art. 11 desta Lei, provocando lesão corporal ou perturbação funcional que cause a morte ou a perda ou redução, permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho.

¹⁵¹ Art. 20. Consideram-se acidente do trabalho, nos termos do artigo anterior, as seguintes entidades mórbidas:

Os dados acidentários no Brasil são preocupantes, conforme se observa em estudo realizado pelo Ministério Público do Trabalho presente no *site* Observatório Digital de Saúde e Segurança do Trabalho^{153,154}. De 2012 a 2017, foram registradas 3.879.755 Comunicações de Acidentes de Trabalho - CAT, sendo notificadas 14.412 mortes acidentárias. Todos esses números colocam o Brasil no 4º lugar mundial dentre os países com maior número de acidentes de trabalho em *ranking* realizado em 2013.¹⁵⁵

Conforme o Anuário Estatístico da Previdência Social, no ano de 2016 foram registrados 578,9 mil acidentes¹⁵⁶, sendo que do total de acidentes registrados com CAT, os acidentes típicos representaram 74,59%; os de trajeto 22,78% e as doenças do trabalho 2,63%.¹⁵⁷

Dentre as áreas tem-se a área da saúde como uma das primeiras colocadas, sendo que do total de 578.935 acidentes, 38.562 ocorreram entre os técnicos de nível médio das ciências biológicas, bioquímicas, da saúde e afins, sendo que esse grupo somente perde para os escriturários (44.476 acidentes), trabalhadores dos serviços¹⁵⁸ (83.990

I - doença profissional, assim entendida a produzida ou desencadeada pelo exercício do trabalho peculiar a determinada atividade e constante da respectiva relação elaborada pelo Ministério do Trabalho e da Previdência Social;

II - doença do trabalho, assim entendida a adquirida ou desencadeada em função de condições especiais em que o trabalho é realizado e com ele se relacione diretamente, constante da relação mencionada no inciso I.

¹⁵² ROSSAL; RUBIN, 2013, *op. cit.*, p.29.

¹⁵³ “Observatório Digital foi criado pela equipe do SMARTLAB de Trabalho Decente (uma iniciativa de cooperação internacional entre o Ministério Público do Trabalho e a Organização Internacional do Trabalho) e concebido consoante parâmetros científicos da pesquisa "Acidente de Trabalho: da Análise Sócio Técnica à Construção Social de Mudanças", conduzida pela Faculdade de Saúde Pública da USP (com o apoio da FAPESP) em cooperação com o MPT”

¹⁵⁴ Disponível em: <https://observatoriosst.mpt.mp.br/>. Acessado em 10/04/2018.

¹⁵⁵ Disponível em: http://portal.mpt.mp.br/wps/portal/portal_mpt/mpt/sala-imprensa/mpt-noticias/7441f527-ad53-4a0a-901f-66e40f1a1cae. Acessado em 10/04/2018.

¹⁵⁶ “No ano de 2016, dentre os 50 códigos de CID com maior incidência nos acidentes de trabalho, os de maior participação foram ferimento do punho e da mão (S61), fratura ao nível do punho ou da mão (S62) e Luxação, entorse e distensão das articulações e dos ligamentos ao nível do tornozelo e do pé (S93) com, respectivamente, 9,54%, 6,29% e 4,50% do total. Nas doenças do trabalho, os CID mais incidentes foram lesões no ombro (M75), sinovite e tenossinovite (M65) e dorsalgia (M54), com 21,76%, 11,77% e 6,15%, do total”. Anuário Estatístico da Previdência Social/Ministério da Fazenda, Secretaria de Previdência, Empresa de Tecnologia e Informações da Previdência – Ano 1 (1988/1992) – Brasília : MF/DATAPREV, 2016, p. 564.

¹⁵⁷ Anuário Estatístico da Previdência Social, 2016, *op. cit.*, p. 564.

¹⁵⁸ GG 5 - TRABALHADORES DOS SERVIÇOS, VENDEDORES DO COMÉRCIO EM LOJAS E MERCADOS

Este grande grupo compreende as ocupações cujas tarefas principais requerem para seu desempenho os conhecimentos e a experiência necessários para as prestações de serviços às pessoas, serviços de proteção e segurança ou a venda de mercadorias em comércio e mercados. Tais atividades consistem em serviços relacionados a viagens, trabalhos domésticos, restaurantes e cuidados pessoais, proteção às pessoas e bens e a manutenção da ordem pública, venda de mercadorias em comércio e mercados. A maioria das ocupações deste grande grupo requer competências de nível 2 da Classificação Internacional Uniforme de

acidentes) e trabalhadores de funções transversais (60.195 acidentes).¹⁵⁹ Pontua-se que a área de trabalhadores da saúde foi uma das quais foi implementado o regime 12x36 desde a década de 80.

Pelo exposto, observa-se que o quadro brasileiro é calamitoso e que a tendência é a permanência ou até mesmo o agravamento desse quadro, tendo em vista que agora há positividade de jornadas de 12 horas e de possibilidade de indenização, e por consequência não fruição, de intervalo intrajornada. Assim observa-se que a prestação de horas extras que deveria ser extraordinária torna-se habitual, por um lado pela ausência de contratação de maior número de trabalhadores por parte dos empregadores e por outro pela necessidade dos trabalhadores de complementarem os baixos salários, inclusive fazendo com que muitos empregados considerem positivo o regime 12x36 para poder trabalhar no período do descanso de 36 horas. Por consequência, quando o legislador positiva jornadas muito acima do limite constitucional, como é o caso da previsão do art. 59-A da CLT, faz com que o cenário de acidentes de trabalho no Brasil se agrave ainda mais.

Ocupações	-	CIUO	88	(1).	Disponível	em:
-----------	---	------	----	------	------------	-----

<http://www.mtecbo.gov.br/cbsite/pages/informacoesGerais.jsf> . Visitado em 20/06/2018.

¹⁵⁹ Anuário Estatístico da Previdência Social, 2016, *op. cit.*, p. 607-608.

CONCLUSÃO

O presente trabalho analisou a inclusão do artigo 59-A na CLT pela Lei nº 13.467/2017, comumente chamada de Reforma Trabalhista, e os possíveis reflexos das disposições desse artigo na vida dos trabalhadores brasileiros. Nos três primeiros capítulos, situou-se o leitor no tema do trabalho através de uma análise histórica do Direito do Trabalho, da jornada e sua previsão no ordenamento jurídico brasileiro. Nos restantes de forma específica, foi abordado de forma específica o regime 12x36 desde as suas previsões iniciais, passando pela Súmula nº 444 do TST e pela decisão do STF (ADI nº 4.842) que considerou constitucional dispositivo de lei fixando essa jornada para os bombeiros civis. Por fim, ainda na parte específica, foi realizada uma análise do regime 12x36 em confronto com o direito ao descanso e o direito à saúde com o intuito de demonstrar os possíveis reflexos na vida dos trabalhadores.

Constatou-se inicialmente que a jornada de trabalho é um dos principais pilares do Direito do Trabalho, pois é a partir dela que começa toda a luta da classe trabalhadora por melhoria da sua condição social, mediante pressões para diminuir a jornada que já chegou a ser de até 14 horas, inclusive para crianças.

Especificamente quanto ao regime 12x36, pode-se observar que quando chegou ao STF, o pleno decidiu pela constitucionalidade dessa jornada na ADI nº4.842, entretanto as ministras e ministros não entraram a fundo na principal razão da petição inicial, qual seja, a de que a jornada era excessiva e, portanto, prejudicial à saúde dos trabalhadores. Os argumentos principais das ministras e dos ministros centraram-se na possibilidade de compensação facultada pela Constituição Federal.

Da análise do referido artigo 59-A observaram-se alguns problemas quais sejam, que a previsão por acordo individual fere a equalização de forças que existe no acordo coletivo, fazendo com que muitos trabalhadores aceitem essa jornada com o temor de perder o posto de trabalho. Ademais, a liberação para qualquer área/atividade é de extrema gravidade, pois há setores em que a prestação de trabalho se dá de forma intensa e com grande esforço físico, como na construção civil, o que poderá gerar extremo desgaste aos trabalhadores. Outro problema é a possibilidade de não fruição do intervalo intrajornada, fazendo com que os trabalhadores laborem por doze horas seguidas. Ainda há a ausência de pagamento dos repousos semanais, feriados e adicional noturno, pois o parágrafo único do citado artigo prevê que a parcela mensal incluirá esses valores, o que acaba configurando também o salário complessivo

considerado nulo pela jurisprudência trabalhista. Por fim, ausência de licença prévia em trabalho insalubre nessa jornada não tem qualquer ligação com o ordenamento como um todo e apresenta-se como total retrocesso, pois vai possibilitar que trabalhadores realizem seu labor em período superior à jornada ordinária sem qualquer verificação do meio ambiente de trabalho.

No tocante ao confronto do regime 12x36 com o direito ao descanso, observou-se que embora haja um descanso prolongado, maior que o usual, ele não compensa as horas trabalhadas, pois o problema está na fadiga excessiva causada por uma jornada que extrapola em 4 horas o limite constitucional de jornada ordinária, que é de 8 horas. Embora muitos trabalhadores possam ser favoráveis a essa jornada, verifica-se que a razão principal é a possibilidade de utilizar o período de 36 horas que deveria ser destinado ao descanso para procurar outro posto de trabalho, o que gera um crescente desgaste na saúde física e mental dos trabalhadores. Diante desse cenário, é crucial ressaltar que a essa atitude do trabalhador decorre não de uma livre vontade, mas sim de uma necessidade gerada pelos baixos salários recebidos. Assim, não se pode ser conivente com tal fato, sendo necessária a defesa de uma realidade em que um único emprego seja suficiente aos trabalhadores para prover o seu sustento, lhes sobrando tempo para horas de lazer e de efetivo descanso.

Ademais, conforme visto no capítulo 4, é mais vantajoso ao empregador manter dois empregados no regime de trabalho 12x36 do que um com jornada ordinária de 8 horas, tudo isso à custa da precarização da relação de emprego, pois o trabalhador laborará por 12 horas seguidas sem receber a mais pelas horas posteriores à oitava.

Por fim, no que diz respeito à relação entre o regime 12x36 e o direito à saúde, observou-se uma tendência na doutrina trabalhista no sentido de alinhar a jornada excessiva como uma das causas de acidentes e doenças do trabalho. Foram analisados alguns estudos que apresentaram índices de maior incidência de acidentes de trabalho quanto maior a jornada, bem como estudo que apontou a maior incidência de acidentes ao final de cada turno. Entretanto, cumpre expor, que mesmo com esses estudos, os autores são cuidadosos ao limitar as causas geradoras de acidentes de trabalho, já que são vários fatores que podem resultar em acidente laboral.

O que se observa é que o regime 12x36 não constitui alteração pautada pela classe trabalhadora, como fora a jornada de 8 horas, possuindo, ao contrário, um viés estritamente econômico, inclusive quando eventualmente defendido pelos trabalhadores,

pois esses necessitam usar das horas de descanso para complementar a renda em outro emprego. Muito embora o citado regime possa ser visto com bons olhos por parte dos trabalhadores, o Direito, e em especial o Direito do Trabalho, não pode ser conivente com práticas que firam direitos historicamente conquistados.

REFERÊNCIAS

- ANTUNES, Ricardo. *Os Sentidos do Trabalho: Ensaio sobre a afirmação e a negação do trabalho*. São Paulo: Boitempo Editorial, 2007
- Anuário Estatístico da Previdência Social/Ministério da Fazenda, Secretaria de Previdência, Empresa de Tecnologia e Informações da Previdência – Ano 1 (1988/1992) – Brasília : MF/DATAPREV, 2016
- ARAÚJO, Francisco Rossal de; COIMBRA, Rodrigo. *Direito do Trabalho I*. São Paulo: LTr, 2014
- ARAÚJO, Francisco Rossal de; RUBIN, Fernando; *Acidentes de Trabalho*. São Paulo: LTr, 2013
- BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho* - 11. ed., atual. por Jessé Claudio Franco de Alencar. — São Paulo : LTr, 2017
- BRANDÃO, Claudio Mascarenhas. Jornada de trabalho e acidente de trabalho: reflexões em torno da prestação de horas extraordinárias como causa de adoecimento no trabalho. *Revista TST*, Brasília, vol. 75, no 2, abr/jun 2009
- CAMINO, Carmem. *Direito individual do trabalho*. 4 ed. Porto Alegre: Síntese, 2004
- COLETA, José Augusto Dela. *Acidentes de Trabalho: fator humano, contribuições da psicologia do trabalho, atividades de prevenção*. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 1991
- DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 14 ed. São Paulo: LTr, 2015
- DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *A Reforma Trabalhista no Brasil: com os comentários à lei nº. 13.467/2017*. São Paulo: LTr, 2017
- ENGELS, Friedrich. Prefácio à edição alemã de 1890 do Manifesto Comunista. In.: MARX, KARLENGELS 2001
- FERREIRA, Fernando da Costa. Futebol de classe: a importância dos times de fábrica nos primeiros anos do século XX. *Lecturas Educación Física y Deportes*, Buenos Aires, n. 90, nov. 2005. Disponível em <http://www.efdeportes.com/efd90/times.htm>
- FILUS, Rodrigo; OKIMOTO, Maria Lúcia. O efeito do tempo de rodízios entre postos de trabalho nos indicadores de fadiga muscular – o ácido láctico. In: 14º Congresso Brasileiro de Ergonomia. Curitiba, 2006
- GOMES, Angela Maria de Castro. *A invenção do trabalhismo*. 3ª edição – Rio de Janeiro: Editora FGV, 2005
- KANT, Immanuel. *A fundamentação da metafísica dos costumes*. Trad. Paulo Quintela. Lisboa, Portugal: EDIÇÕES 70 LDA, 2007
- MARX, Karl. *O Capital*. Trad. Rubens Enderle. Livro 1. 2 ed. São Paulo: Boitempo, 2011
- MARX, Karl. Salário, preço e lucro”. In.: *Trabalho assalariado e capital & salário, preço e lucro*. 1 ed. São Paulo: Expressão Popular, 2006
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho: história e teoria geral do Direito do Trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho*. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2012

- OLIVEIRA, Cíntia Machado de; DORNELES, Leandro do Amaral de Dorneles. *Direito do Trabalho*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013
- PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Manual de Direito do Trabalho*. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011
- RUSSOMANO, Mozart Victor. *Curso de Direito do Trabalho*. 9 ed. Curitiba: Juruá, 2002
- SEVERO, Valdete Souto. Fim dos limites à duração do trabalho: retorno à lógica do século XVIII. In.: EINLOFT, Denis Rodrigues; KLEIN, Álvaro; ROESLER, Átila da Rold; TOSS, Luciane; SEVERO, Valdete Souto (Org.). *Comentários à Lei nº 13.467/17: contribuições para um enfrentamento crítico*. Porto Alegre: HS Editora, 2017
- SILVA, Ana Beatriz Ribeiro Barros. Brasil, o 'campeão mundial de acidentes de trabalho: controle social, exploração e prevencionismo durante a ditadura empresarial-militar brasileira. *Revista Mundos do Trabalho*, v. 7, p. 151-173, 2015
- SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. 6ª ed., atual. Até a Emenda Constitucional 57, de 18.12.2008. – São Paulo: Malheiros Editores, 2009
- SILVA, José Afonso da. *Curso se Direito Constitucional Positivo*. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007