

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

ANDRÉ SATO SHIMADA

**FLEXIBILIZAÇÃO DA JORNADA DE TRABALHO: A JORNADA 12X36 À LUZ DO
PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO**

**CURITIBA
2012**

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE DIREITO

**FLEXIBILIZAÇÃO DA JORNADA DE TRABALHO: A JORNADA 12X36 À LUZ DO
PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO**

Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharel do Curso de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.


Orientadora: Prof^a. Dr^a. Aldacy Rachid Coutinho.

TERMO DE APROVAÇÃO

ANDRE SATO SHIMADA

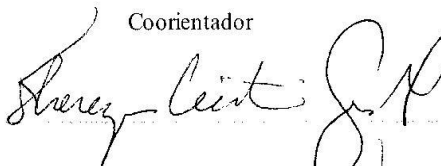
**FLEXIBILIZAÇÃO DA JORNADA DE TRABALHO: A
JORNADA 12X36 À LUZ DO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção de Graduação no Curso de Direito, da Faculdade de Direito, Setor de Ciências jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:



ALDACY RACHID COUTINHO
Orientador

Coorientador



THEREZA CRISTINA GOSDAL - *Direito Privado*
Primeiro Membro



MAÍRA SILVA MARQUES DA FONSECA
Segundo Membro

A Deus, princípio e fim.

Aos meus familiares, por me ensinarem os significados de:

força, perseverança e superação.

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos meus pais pelo amor e apoio incondicionais e pelo suor despendido para que se tornem realidade todos os sonhos que levo comigo, dia após dia. Também por serem a força e o alicerce em que sempre me apoio quando os rumos parecem distorcidos.

À professora Aldacy Rachid Coutinho, o meu agradecimento pelos ensinamentos ministrados em aulas da graduação e também na orientação do presente trabalho. Ademais, registro a ela toda a minha admiração, que fez com que o Direito do Trabalho fosse visto, por mim, com os olhos do encantamento.

Agradeço pelas manhãs, frias ou abafadas, sempre regadas pelas risadas, abraços e carinhos, personificados na beleza de: Bruna, Camilinha, Luísa, Camila, Letícia, Thayse, Janaína, Angélica, Tamira e Ana Flávia.

Aos amigos: Eduardo, Evandro, Daniel e Felipe também registro o meu agradecimento pelo convívio nos anos da graduação. E, em especial, não poderia deixar de mencionar a honra em participar do grupo de melhores amigos que a faculdade me proporcionara, aos “PERSONAS” (Fábio, Felipe, Guilherme, Luís Henrique, Nelson e Luís Nagao), *“uma vez persona, sempre persona”*.

Outrossim, agradeço os Felipes – Taborda e Balotin – pela amizade e, principalmente, por nunca permitirem que eu me esqueça: que a música é a linguagem mais simples, aquela que nada precisa pra se expressar. Neste ritmo, também cabe o meu agradecimento à família Bateria “Os Federais” pelos batuques e passadas que regeram grande parte dos anos de minha graduação.

Por fim, não abarco a ousadia de mencionar outros nomes – de maneira expressa – pela injustiça que cometeria em, eventualmente, esquecer alguns. Entretanto, gostaria de agradecer aos professores da UFPR, que tive a honra em ser aluno, aos funcionários e aos demais amigos e amigas (dos atuais 1º, 2º, 3º e 4º anos da Graduação) que fizeram parte de meus passos pelos “corredores da Santos Andrade”, cedendo sorrisos, cumprimentos, atenção e ajuda.

O Valor do Tempo

Fico sempre surpreendido quando vejo algumas pessoas a exigir o tempo dos outros e a conseguir uma resposta tão servil. Ambos os lados têm em vista a razão pela qual o tempo é solicitado e nenhum encara o tempo em si - como se nada estivesse a ser pedido e nada a ser dado. Estão a esbanjar o mais precioso bem da vida, sendo enganados por ser uma coisa intangível, não aberta à inspeção, e, portanto, considerada muito barata - de facto, quase sem qualquer valor. As pessoas ficam encantadas por aceitar pensões e favores, pelos quais empenham o seu labor, apoio ou serviços. Mas ninguém percebe o valor do tempo; os homens usam-no descontraidamente como se nada custasse.

Mas se a morte ameaça estas mesmas pessoas, vê-las-ás a recorrer aos seus médicos; se estiverem com medo do castigo capital, vê-las-ás preparadas para gastarem tudo o que têm para se manterem vivas. Tão inconsistentes são nos seus sentimentos! Mas se cada um de nós pudesse ter um vislumbre dos seus anos futuros, como podemos fazer em relação aos anos passados, como ficariam alarmados os que só podem ver com alguns anos de antecedência e como seriam cuidadosos a utilizá-los! E, no entanto, é fácil organizar uma quantidade, por pequena que seja, daquilo que nos está garantido; temos de ser mais cautelosos a preservar o que cessará num ponto desconhecido.

Mas não deves pensar que tais pessoas não sabem como é precioso o tempo. Dizem com regularidade àqueles de quem são particularmente chegados que estão dispostos a dar-lhe alguns dos seus anos. E dão-lhos sem estarem conscientes dele; mas a dádiva é tal que eles próprios perdem sem acrescentar nada aos outros. Mas o que de facto não sabem é que estão a perder; assim, podem suportar a perda do que não sabem que se foi.

Lucius Annaeus Seneca, in "Da Brevidade da Vida"

RESUMO

O presente trabalho tem como escopo elaborar uma análise da jornada 12x36 à luz do princípio protetivo. Neste sentido, buscamos expor que a recente aprovação – pelos ministros do Tribunal Superior do Trabalho – da redação de uma Súmula (nº 444) para o trato da jornada 12x36 tem a intenção de sanar algumas das controvérsias que incidem quando se visa a adoção do regime. No entanto, tal aprovação incita também a necessidade de discussão sobre a própria proteção do trabalhador ao ser submetido a uma jornada que perpassa a duração padrão da jornada diária e que, conseqüentemente, reflete de maneira maléfica na saúde do trabalhador. Ademais, cabe lembrar que a limitação da jornada de trabalho é, num contexto histórico, uma conquista (quicá a maior) advinda da luta dos próprios trabalhadores frente à exploração pelos interesses de mercado. Mais que isso, a adoção do regime 12x36 invoca discussões sobre o fenômeno da flexibilização que, cada vez mais, se mostra presente na seara trabalhista e traz abordagens que expõem interesses dos empregadores, de um lado, e anseios dos trabalhadores, de outro. Outrossim, o perigoso precedente aberto na adoção da jornada 12x36 atenta para uma mister necessidade: a de constante observância do princípio da proteção pois, ao estar atrelado às próprias raízes do Direito do Trabalho, tal princípio deve sempre ser invocado a fim de não permitir a exploração do trabalhador e a mera prevalência dos interesses da flexibilização.

Palavras-chave: Direito do Trabalho; Princípio da Proteção; Jornada de Trabalho; Compensação de horas; Regime 12x36; Flexibilização; Súmula 444 do TST; Saúde do trabalhador; Redução da jornada de trabalho

RÉSUMÉ

Le champ d'application de ce travail est celui de faire une analyse de la journée 12x36 à la lumière du principe protecteur. En ce sens-là, on cherche à exposer que l'approbation – pour les ministres du Tribunal Superior do Trabalho – de la rédaction d'un Tableau (n° 444), pour traiter de la journée 12x36 a l'intention de répondre à certaines des controverses quand on adopte ce régime. Toutefois, cette approbation encourage le besoin d'une discussion sur la protection des travailleurs quand ils sont soumis à une journée qui va au-delà de la durée de la journée ouvrable et, donc, reflète de manière maléfique dans la santé du travailleur. D'ailleurs, on peut rappeler que la limitation de la journée du travail est, dans un contexte historique, une conquête (peut-être la plus importante) résultant de la lutte des travailleurs contre l'exploitation par les intérêts du marché. En plus, l'adoption du régime 12x36 invoque des discussions sur le phénomène de flexibilisation qui, de plus en plus, se voit dans la branche du Droit du Travail et apporte des approches qui exposent les intérêts des employeurs, d'une part, et les préoccupations des travailleurs, d'autre part. Également, le précédent dangereux ouvert avec l'adoption de la journée 12x36 prouve un besoin important: celui de permettre l'observation constante du principe protecteur, donc il est lié aux fondements du Droit du Travail, ce principe doit être invoqué toujours afin de ne pas permettre l'exploitation du travailleur et la simple prévalence des intérêts de la flexibilisation.

MOTS-CLES : Droit du Travail ; Principe Protecteur ; Journée de Travail ; Heures de Rémunération ; Régime 12x36 ; Flexibilisation ; Tableau 444/TST ; Santé du travailleur ; Réduction de la journée de travail ;

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
1 A JORNADA DE TRABALHO NO BRASIL: DA LIMITAÇÃO À FLEXIBILIZAÇÃO.....	12
1.1 Da jornada de trabalho.....	12
1.2 A jornada de trabalho no ordenamento brasileiro.....	15
1.3 A limitação da jornada de trabalho.....	17
1.3.1 O devir histórico de limitação da jornada de trabalho.....	20
1.4 O fenômeno da flexibilização na jornada de trabalho.....	26
2 ASPECTOS E CONTROVÉRSIAS DA JORNADA 12X36.....	33
2.1 A modalidade de compensação de horas.....	33
2.2 Raízes jurisprudenciais: a jornada 12x36.....	37
2.3 A Súmula nº 444: novidade trazida pela “Semana do TST”.....	40
2.2.1 Da impossibilidade de pactuação por acordo individual.....	43
2.2.2 Da necessidade de pagamento em dobro dos feriados laborados.....	49
2.2.3 Do não pagamento da 11ª e 12ª horas como extras.....	51
3 A JORNADA 12X36 E A OFENSA AO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO.....	55
3.1 O princípio da proteção.....	56
3.1.1 Os fundamentos do princípio protetivo.....	57
3.2 O princípio da proteção na atualidade.....	60
3.3 A inobservância do princípio protetivo: a jornada 12x36 e os prejuízos à saúde do trabalhador.....	63
3.4 A observância da proteção ao trabalhador: não adoção da jornada 12x36.....	69
CONCLUSÃO.....	74
REFERÊNCIAS.....	77

INTRODUÇÃO

No final do século XVIII e na primeira metade do século XIX, a jornada de trabalho atingiu o auge da expansão na Inglaterra, um limite além do qual não pôde mais avançar, sob pena de conduzir os trabalhadores à morte por excesso de atividade. Assim, a delimitação da jornada de trabalho, no século XIX, foi o primeiro tema de destaque enfrentado na regulamentação do trabalho e na defesa da saúde e segurança do trabalhador, diante das extensas e penosas horas de trabalho, não apenas em voga no exemplo inglês.

As lutas travadas no período tiveram como resultado a fixação da jornada normal de trabalho como de oito horas diárias, pela primeira vez, em 21 de abril de 1856 na Áustria. Como consequência, todo o devir histórico sobre a limitação da jornada de trabalho diária foi traçado por um contexto de luta internacional que acabou chegando ao Brasil, definindo como jornada padrão diária a duração de oito horas, com diversas possibilidades de flexibilização trazidas pelo próprio ordenamento.

O sistema de produção vigente ao longo dos últimos dois séculos – o capitalismo – inaugurou uma estreita vinculação entre as concepções de tempo e trabalho. A classe dos trabalhadores, neste contexto, busca a valorização de seu próprio tempo de vida por meio da diminuição da duração do trabalho e do aumento remuneratório. Já a classe empresária procura a obtenção de maior força de trabalho pelo menor preço possível, a fim de garantir o acúmulo financeiro.¹

Tendo em vista tal embate entre os interesses dos trabalhadores e os anseios patronais, um fenômeno que se apresenta ao Direito do Trabalho, e favorece sobremaneira os interesses de mercado, é a flexibilização que enfatiza a prevalência do negociado sobre o legislado. Como explica Márcio Túlio Viana:

Tal como há mais de cem anos, o discurso liberal exige que as pessoas assumam o controle de seus conflitos, o capital se sinta livre para voar e o Estado, por consequência, se afaste. Mas que não se afaste por *inteiro*, pois deve estar sempre à vista para subsidiar multinacionais, reprimir greves, salvar bancos, defender latifúndios, legislar por meio de medidas provisórias... e anunciar *súmulas vinculantes*.

¹ FONSECA, Maíra Silva Marques da. **Redução de Trabalho**: fundamentos interdisciplinares. São Paulo: LTr, 2012. p. 15.

No campo do Direito do Trabalho, o discurso tem duas faces: uma real, outra imaginária. Costuma-se dizer que *ninguém melhor do que as categorias para regular os seus interesses*. E de fato é assim, em nível teórico. Mas entre nós a prática desmente a teoria, pois não há equilíbrio de forças – mesmo em nível coletivo – que resista às fronteiras abertas, ao desemprego, ao subemprego, ao analfabetismo e à submissão da greve aos tribunais.

Qual é a nossa realidade? O que há por detrás dela?²

Ante ao questionamento feito por Márcio Túlio Viana, cabe constatar que o tempo de trabalho também sofre a inevitável incidência da chamada flexibilização e é obrigado a conviver com modalidades produtivas atípicas (e.g.: contrato a tempo parcial, contrato por prazo determinado, etc.) que passam a ser a bandeira de luta do empresariado como forma de atendimento à demanda flexível e para sobrevivência em um mercado altamente competitivo. Essas modalidades ditaram um novo ritmo no processo de produção, com consequências profundas no tempo de trabalho e no tempo de vida dos empregados.

Neste contexto flexibilizado e de anseios diversos, se apresenta a criação da jornada 12x36 – sob a modalidade de compensação de horas – antes tida apenas por referência jurisprudencial. Tal regime, que consiste no trabalho de 12 horas e no descanso das 36 horas posteriores, era contemplado pela jurisprudência brasileira há tempos mas, concomitantemente, sempre abrangeu controvérsias sobre a própria possibilidade e as consequências de sua adoção. Nesta esteira, o Tribunal Superior do Trabalho, através da aprovação da recente Súmula nº 444, visou sanar parte das discussões ensejadas na adoção do regime 12x36.

Entretanto, a própria aprovação da *novel* redação revela questões que cabem ser questionadas quando se intenciona a adoção da jornada 12x36. A principal delas, a nosso ver, é a ofensa ao princípio da proteção, pois o objeto principal da contratação neste regime exige a observância das consequências à pessoa humana, de carne e osso, quando submetida a uma jornada que perpassa os limites da jornada diária previstos em nosso ordenamento atual. Como procuraremos demonstrar, a flexibilização deve ser vista também sob à luz do princípio da proteção, sendo – de certa maneira – aceitável a sua incidência no Direito do Trabalho mas com o necessário respeito às origens da seara juslaboral

² VIANA, Márcio Túlio. Novos rumos para o Direito do Trabalho. In: VIANA, Márcio Túlio e RENAULT, Luiz Otávio Linhares (Coord.). **O que há de novo em direito do trabalho**. São Paulo: LTr. 1997. p. 24.

que destaca a proteção, fundamental e precípua, do trabalhador humano (de carne e osso) e não de um mercado que “inexiste”³

Tendo em vista o propósito do presente trabalho – em analisar a aprovação da redação da Súmula nº 444 que regulamenta a adoção da jornada 12x36 – cabe apresentarmos por primeiro (capítulo 1) a concepção que se adota em relação à jornada de trabalho através dos ensinamentos doutrinários, ressaltando – sobretudo – que, antes da incidência do fenômeno da flexibilização em nosso país, diversas lutas foram travadas para a conquista da limitação da jornada de trabalho diária (inclusive no caso brasileiro). Quanto ao contexto, também apresentaremos o fenômeno da flexibilização e sua incidência no Direito do Trabalho, especialmente no que tange à jornada de trabalho.⁴

Em seguida, nos debruçamos frente à análise específica da jornada 12x36 (espécie de compensação de jornada), principalmente no que se refere à aprovação, por parte dos ministros do Tribunal Superior do Trabalho, da redação de uma Súmula para a regulamentação do regime, expondo uma interpretação da *novel* redação e as controvérsias que tal escrito procura sanar.

Por fim, cabe atenção à ofensa que a jornada 12x36 traz ao princípio protetivo. Na ocasião, procuramos apresentar os riscos que a adoção da jornada traz ao trabalhador que a ela é submetido e o perigoso precedente que a adoção da jornada 12x36 instaura no cotidiano trabalhista, abrindo vias à aprovação de regimes ainda mais danosos à saúde e segurança do trabalhador (por exemplo, o chamado regime 24x48).

Em suma, a presente pesquisa pretende ser um humilde passo na discussão em favor da redução da jornada de trabalho e na necessidade de prevalência (sempre) do princípio da proteção frente aos anseios ilimitados da flexibilização.

³ A caracterização é colocada por Aldacy Rachid Coutinho e seu significado será exposto em seção própria neste trabalho. Para entender a questão, mister verificar: COUTINHO, Aldacy Rachid. O Princípio da Proteção Revisitado. **Revista Bonijuris**, ano XIII, nº 452, p. 5-7, julho de 2001.

⁴ Sobre os citados aspectos, cabe a ressalva de que a presente pesquisa não visa englobar todo o conteúdo concernente à jornada de trabalho nem mesmo o esgotamento das questões sobre o fenômeno da flexibilização. Entendemos que a complexidade de tais assuntos não poderia ser vencida no âmbito desta pesquisa – também considerando que diversos são os autores que acabam por dedicar grande parte de seus trabalhos apenas no delineio dos referidos assuntos. Logo, procuramos abordar as questões da “jornada de trabalho” e também da “flexibilização” tão somente com o fim de alicerce ao objeto principal do presente trabalho: a análise da jornada 12x36 à luz do princípio da proteção.

1 A JORNADA DE TRABALHO NO BRASIL: DA LIMITAÇÃO À FLEXIBILIZAÇÃO

Há uma relação íntima do tempo de trabalho em comparação com a própria vida das pessoas, influenciando em sua organização, no sentido e, até mesmo, em sua qualidade de vida. Trabalhar é tido como fato presente no cotidiano das pessoas, ocupando parte significativa da vida. Tal constatação se dá mesmo nas sociedades capitalistas contemporâneas mais avançadas.⁵

Notável, assim, é a importância do tempo de trabalho na sociedade atual pois, diferente das sociedades primitivas ou antigas, o trabalho – hoje – busca manter padrões de vida que levam em consideração, entre diversos fatores, também o sentido de acumulação.⁶

1.1 DA JORNADA DE TRABALHO

No estudo da jornada de trabalho, três expressões se apresentam correspondendo a conceitos correlatos de importância na análise do tema. Assim, cabe diferenciarmos alguns: a duração do trabalho; a jornada de trabalho; e o horário de trabalho.⁷

A doutrina, em geral, entende que a “duração do trabalho” compreende todo o período decorrente do contrato de trabalho, inclusive lapsos temporais relativos ao repouso semanal, feriados e até mesmo férias. Neste contexto, a expressão traria um sentido amplo, não sendo restrito ao período de disponibilidade do trabalhador perante seu empregador em virtude do contrato de trabalho.

Por sua vez, a expressão “horário de trabalho” é tida como o espaço temporal entre o termo inicial e o termo final de uma jornada diária. O horário

⁵ DAL ROSSO, Sadi. **Jornada de Trabalho na Sociedade**: O castigo de Prometeu. São Paulo: LTr, 1996. p.14.

⁶ Neste sentido, Sadi Dal Rosso explica que nas sociedades primitivas ou antigas, que desconheciam a acumulação, “o montante de trabalho investido para manter a vida era comparativamente pequeno em face dos padrões de hoje”. DAL ROSSO, Sadi. **Jornada de Trabalho na Sociedade**: O castigo de Prometeu. São Paulo: LTr, 1996. p.14.

⁷ DELGADO, Maurício Godinho. **Jornada de trabalho e descansos trabalhistas**. 2.ed. rev. reel. e atual. até a Lei 9.601/98. São Paulo: LTr, 1998. p. 23-25.

corresponderia, assim, à delimitação do início e fim da jornada e os respectivos intervalos.⁸

No tocante à conceituação da jornada de trabalho, Maurício Godinho Delgado define que “a jornada de trabalho é o lapso temporal no dia, semana ou mês em que o empregado coloca-se à disposição do empregador em virtude do respectivo contrato”.⁹ No sentido apresentado pelo juslaboralista mineiro, resta destacado o viés de que a jornada de trabalho representa a principal obrigação do empregado frente ao contrato de trabalho, ou, no entendimento trazido pelo artigo 4º da CLT¹⁰, o tempo de disponibilidade do empregado frente ao seu empregador.¹¹

À primeira vista, o conceito de jornada corresponderia ao lapso temporal diário (jornada diária) como bem apresenta a origem da expressão (em italiano: *giorno – giornata* e em francês *jour – journée*). Portanto, traduziria, no sentido original, o lapso temporal *diário* em que o obreiro tem de se colocar à disposição do empregador em virtude do contrato laboral.¹²

No entanto, com o passar do tempo, a expressão em trato se desvinculou de sua raiz etimológica (o dia) para considerar medidas de tempo inferiores ao “limite natural do sol a sol”, bem como para contemplar períodos que abrangem a semana, o mês ou o ano.¹³ Deste modo, Maurício Godinho Delgado alerta para a mudança na concepção:

Hoje, contudo, confere-se à expressão, na órbita justralhista, a flexibilidade necessária para abranger, além da ideia de *jornada diária*, as

⁸ DELGADO, Maurício Godinho. **Jornada de trabalho e descansos trabalhistas**. 2.ed. rev. reel. e atual. até a Lei 9.601/98. São Paulo: LTr, 1998. p. 23-24

⁹ DELGADO, Maurício Godinho. **Jornada de trabalho e descansos trabalhistas**. 2.ed. rev. reel. e atual. até a Lei 9.601/98. São Paulo: LTr, 1998. p. 19.

¹⁰ Artigo 4º da CLT: “Considera-se como de serviço efetivo o período em que o empregado esteja à disposição do empregador, aguardando ou executando ordens, salvo disposição especial expressamente consignada”. BRASIL, Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 9 ago. 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm> Acesso em: 20 de maio de 2012.

¹¹ DELGADO, Maurício Godinho. **Jornada de trabalho e descansos trabalhistas**. 2.ed. rev. reel. e atual. até a Lei 9.601/98. São Paulo: LTr, 1998. p. 19.

¹² DELGADO, Maurício Godinho. **Jornada de trabalho e descansos trabalhistas**. 2.ed. rev. reel. e atual. até a Lei 9.601/98. São Paulo: LTr, 1998. p. 24.

¹³ DELGADO, Maurício Godinho. **Jornada de trabalho e descansos trabalhistas**. 2.ed. rev. reel. e atual. até a Lei 9.601/98. São Paulo: LTr, 1998. p. 45.

noções de *jornada semanal* e mesmo *jornada mensal*. Essa ampliação do sentido da expressão é válida e cientificamente consistente (e útil), dado que o conceito essencial de disponibilidade do trabalhador perante o empregador estende-se não apenas ao dia, mas também ao parâmetro temporal da semana e do próprio mês.¹⁴

A definição da jornada de trabalho¹⁵, como acima definida, expõe uma divergência na qual, de um lado, verifica-se a presença do empregado buscando a valorização de seu trabalho para uma ascensão na sociedade e a conquista de melhores condições de vida. De outro lado, sobressai a figura do empregador que visa pagar o mínimo possível à mão de obra que deve produzir o máximo possível em um determinado espaço de tempo.¹⁶ Em tal sentido já indicavam os ensinamentos de Sadi Dal Rosso:

A jornada de trabalho ocupa uma posição concreta decisiva na relação entre as classes. É o fogo que queima. É a espada que corta. Se para os capitalistas a capacidade organizar o trabalho e distribuir os tempos de modo a otimizar a utilização do capital constante é um fato que faz a diferença em ambientes de competição intensa, para os trabalhadores é crucial controlar a distribuição do tempos de acordo com as condições particulares de cada um e gerar novos tempos de não trabalho dos quais possam usufruir para o desabrochar pessoal e coletivo. Qualquer dirigente sindical conhece de experiência própria a centralidade dessa questão no âmbito das relações entre as classes sociais.¹⁷

Assim, resta recorrente a noção de que a amplitude dos lapsos temporais dedicados ao labor delineiam aspectos relacionados à vida do trabalhador, em particular, e ao ambiente no qual se insere como integrante de uma coletividade. Portanto, o tempo dedicado ao trabalho (jornada de trabalho) deve estar atrelado aos indicativos sociais, de saúde, econômicos e políticos pela notável importância

¹⁴ DELGADO, Maurício Godinho. **Jornada de trabalho e descansos trabalhistas**. 2.ed. rev. reel. e atual. até a Lei 9.601/98. São Paulo: LTr, 1998. p. 24.

¹⁵ Pretendemos nos valer da consideração feita por Maíra Silva Marques da Fonseca na introdução de sua obra: utilizar “o termo *jornada* em seu sentido lato, majoritariamente utilizado no Brasil para designar e orientar o debate sobre o tempo de exposição do trabalhador aos mandos do empregador e escolhas do mercado laboral. Ao longo do estudo não se olvidará, de todo modo, a acepção técnica da expressão em momentos nos quais a acuidade se mostre imprescindível”. FONSECA, Maíra Silva Marques da. **Redução de Trabalho: fundamentos interdisciplinares**. São Paulo: LTr, 2012. p. 16.

¹⁶ FONSECA, Maíra Silva Marques da. **Redução de Trabalho: fundamentos interdisciplinares**. São Paulo: LTr, 2012. p. 52.

¹⁷ DAL ROSSO, Sadi. **Jornada de Trabalho na Sociedade: O castigo de Prometeu**. São Paulo: LTr, 1996. p.14.

que toma na vida do trabalhador.¹⁸ Neste sentido é o entendimento de José Eduardo Alcântara:

Se o trabalho é uma necessidade inevitável para a grande maioria, o tempo destinado a ele é o núcleo que determinará o espaço restante para a satisfação de outras necessidades do indivíduo. Nesse sentido se afirma que o tempo de trabalho é um tempo social dominante, em torno do qual circundam as outras atividades exercidas pelas pessoas. Com efeito, parece difícil contestar que o lazer, as atividades culturais, religiosas e familiares são inevitavelmente coarctadas por uma jornada de trabalho excessivamente extensa, razão pela qual é possível afirmar que a divisão do tempo na vida social do indivíduo será o reflexo, em um determinado momento histórico, da hierarquização dos valores de uma sociedade.¹⁹

1.2 A JORNADA DE TRABALHO NO ORDENAMENTO BRASILEIRO

Hoje, o direito brasileiro contempla uma jornada padrão de trabalho aplicável ao âmbito laboral como um todo. Também, são abarcadas algumas jornadas especiais que se aplicam a determinadas categorias específicas – bancários, por exemplo – ou a trabalhadores que estão submetidos a uma sistemática especial de atividades ou organização do trabalho (e.g.: trabalho em turnos ininterruptos de revezamento).²⁰

A jornada padrão de trabalho é apresentada como de *8 horas ao dia e 44 horas na semana* (nos termos do art. 7º, XIII, CF/88²¹), acrescentando a observação de que:

¹⁸ Maira Silva Marques da Fonseca cita a reflexão de Maurício Godinho Delgado: “A extensão do tempo de disponibilidade humana em decorrência do contrato laboral implica repercussões no plano da *saúde* do(a) trabalhador(a), no plano de sua *educação* e também no contexto de suas relações com a *família* e *correspondentes* crianças e adolescentes envolvidos. Implica ainda repercussões no tocante à cadente equação social do *emprego/desemprego*, além de ter importante impacto no *mercado econômico* interno. DELGADO, Maurício Godinho. *Duração do Trabalho: o debate sobre a redução para 40 horas semanais*. **Revista Tribunal Superior do Trabalho**. Brasília, v. 75, n. 2, p.25-34, abr./jun. 2009. *apud* FONSECA, Maíra Silva Marques da. **Redução de Trabalho: fundamentos interdisciplinares**. São Paulo: LTr, 2012. p. 19.

¹⁹ ALCÂNTARA, José Eduardo. Flexibilidade da jornada de trabalho: uma abordagem crítica. In: DELLAGRAVE NETTO, José Affonso (Coord.), **Direito do Trabalho contemporâneo: flexibilização e efetividade**. São Paulo: LTr, 2003, p. 71.

²⁰ DELGADO, Maurício Godinho. **Jornada de trabalho e descansos trabalhistas**. 2.ed. rev. reel. e atual. até a Lei 9.601/98. São Paulo: LTr, 1998. p. 57.

²¹ Artigo 7º, XIII, da CF/88: “duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou

A Carta de 1988 revogou, em parte, o art. 58, CLT, que estipulava jornada diária de 8 horas e semanal de 48 horas. Revogação apenas parcial esclareça-se, dado que a *jornada diária padrão continua a ser de 8 horas e não de 7,33 horas* (como poderia parecer em função da divisão de 44 horas por 6 dias de trabalho na semana, já incluído o repouso) ou 7,20 horas (parâmetro resultante da divisão de 44 horas por 6 dias de trabalho na semana, ainda não incorporado o repouso). Nesse contexto, não serão extras os minutos diários laborados entre a fração temporal 7,33 (ou 7,20) e a oitava diária.²²

Por sua vez, a jornada mensal padrão é tida como de 220 horas, diferentemente das 240 horas adotadas antes do advento do texto constitucional de 1988. Para esse cálculo mensal se utiliza a fração ideal diária de 7,33 horas (7,33 horas X 30 dias = 220 horas), fração que já contempla o repouso semanal remunerado (nos termos da Lei 605/49).²³

Outrossim, a Consolidação das Leis Trabalhistas traz a regulamentação geral sobre a jornada de trabalho nos artigos 57 a 75, sendo também de fundamental observância a jurisprudência do Colendo Tribunal Superior do Trabalho na questão.²⁴ Em suma, Christian Marcello Mañas expõe a previsão:

As normas trabalhistas sociais são normas fundamentais e eficazes que possuem função útil na ordem jurídica na medida em que o legislador elegeu tais normas à condição de direitos. Com a exceção dos intervalos legais, o tema da jornada – já anteriormente debatido – além do repouso semanal e férias, vem inserido no art. 7º, da Constituição Federal, respectivamente nos incisos XIII, XV e XVII.

Já a CLT dedica dois capítulos incluídos no Título II “Da Normas Gerais de Tutela do Trabalho” na regulação da duração do trabalho e das férias. Os intervalos intra e entrejornadas, além do repouso semanal, vêm previstos na Seção III “Dos períodos de descanso”, do Capítulo II “Da duração do trabalho”, envolvendo os arts. 66 a 72. Por sua vez, as férias vêm reguladas na Seção I “Do direito a férias e da sua duração”, do Capítulo IV “Das férias anuais”, nos arts. 134 a 145.²⁵

convenção coletiva de trabalho”. BRASIL, Constituição Federal de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, 5 de out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 22 de maio de 2012.

²² DELGADO, Maurício Godinho. **Jornada de trabalho e descansos trabalhistas**. 2.ed. rev. reel. e atual. até a Lei 9.601/98. São Paulo: LTr, 1998. p. 57.

²³ DELGADO, Maurício Godinho. **Jornada de trabalho e descansos trabalhistas**. 2.ed. rev. reel. e atual. até a Lei 9.601/98. São Paulo: LTr, 1998. p. 57.

²⁴ Cabe ressaltar que não descreveremos, por hora, a previsão dos referidos artigos da CLT pois, ao longo do presente trabalho, faremos diversas referências aos dispositivos com a apresentação do teor de cada um.

²⁵ MAÑAS, Christian Marcello. **Tempo e Trabalho: a Tutela Jurídica do Tempo de Trabalho e Tempo Livre**. São Paulo: LTr, 2005. p. 120.

Através de uma perspectiva crítica sobre a jornada de trabalho adotada no ordenamento jurídico brasileiro, Sadi Dal Rosso observa que o Brasil – no que tange à jornada de trabalho adotada – se insere no grupo de países de recente revolução capitalista e industrial, “a despeito da duração da crise de desacumulação que o país vem passando há décadas”.²⁶ Neste viés, o desenvolvimento do capitalismo e da industrialização conduziu invariavelmente a um alongamento da jornada para os empregados assalariados frente ao controle dos patrões e das lideranças capitalistas.²⁷ E, como consequência deste alongamento da jornada, Sadi Dal Rosso explica que:

A diminuição do tempo de trabalho é sempre um processo posterior que, além de demandar tempo, exige um processo de luta muito grande. No Brasil, conquistas muito importantes já foram feitas quanto ao controle da extensão da jornada de trabalho, no curso dos mais de cem anos desde a instalação das primeiras indústrias e de estabelecimentos capitalistas. Hoje, a realidade de trabalho contemporânea situa o país no reservado primeiro grupo das nações nas quais a jornada é a mais longa. O Brasil participa do mesmo grupo dos países asiáticos e de alguns países latino-americanos, todos eles pródigos em exigir incontroláveis horas de trabalho para manter a acumulação.²⁸

Portanto, notória a constatação de que a previsão da jornada de trabalho em nosso ordenamento não é algo dado como pronto, sem origem. Pelo contrário, a previsão que contemplamos é fruto do próprio embate que coloca em lado opostos – e com interesses próprios – os trabalhadores e os patrões. Tal delimitação será objeto da próxima seção, em que buscamos demonstrar que a limitação da jornada de trabalho advém de um histórico de luta dos trabalhadores frente ao aumento de jornada ocorrido na transição para o modo de produção capitalista. Em seguida, procuramos destacar que a discussão sobre a extensão da jornada de trabalho permanece nos tempos atuais também através do fenômeno da flexibilização.

1.3 A LIMITAÇÃO DA JORNADA DE TRABALHO

²⁶ DAL ROSSO, Sadi. **Jornada de Trabalho na Sociedade**: O castigo de Prometeu. São Paulo: LTr, 1996. p. 210.

²⁷ DAL ROSSO, Sadi. **Jornada de Trabalho na Sociedade**: O castigo de Prometeu. São Paulo: LTr, 1996. p. 210.

²⁸ DAL ROSSO, Sadi. **Jornada de Trabalho na Sociedade**: O castigo de Prometeu. São Paulo: LTr, 1996. p. 210.

Ao considerarmos o entendimento de que os dois principais objetos e obrigações decorrentes da relação de emprego são o trabalho prestado pelo empregado e o salário pago pelo respectivo empregador, há a necessidade de que o sistema legal imponha limites à duração de trabalho.²⁹

Deste modo, fica a cargo do Estado o controle da jornada de trabalho, através do direito administrativo do trabalho.³⁰ Ou seja, é responsabilidade do Estado adotar medidas para que não haja abusos, para que os trabalhadores possam gozar de períodos de descanso adequados e para que não haja labor superior ao tempo conveniente. Neste sentido, Luiz Carlos Amorim Robortella destaca que:

As constituições do século XX se inspiram na doutrina do constitucionalismo social, que preconiza maior intervenção do Estado nas relações entre capital e trabalho, para corrigir desigualdades. Os direitos sociais são concebidos como *fundamentais* e se põem como créditos do indivíduo contra o Estado, que lhes deve prestações positivas indispensáveis à garantia do direito ao trabalho, ao salário suficiente, à limitação da jornada, ao repouso etc.³¹

Atualmente, não apenas as razões de saúde física, intelectual, social e moral justificam a limitação do tempo de trabalho. Podemos citar, por exemplo, os motivos de ordem econômica vinculados à desocupação. Tal constatação é feita por Arnaldo Süssekind, que expõe certos argumentos para a limitação do tempo de trabalho:

a) de natureza biológica, uma vez que visa a combater os problemas psicofisiológicos oriundos da fadiga e da excessiva racionalização do serviço; b) de caráter social, por isto que possibilita ao trabalhador viver, como ser humano, na coletividade a que pertence, gozando os prazeres materiais e espirituais criados pela civilização, entregando-se à prática de atividades recreativas, culturais ou físicas, aprimorando seus conhecimentos e convivendo, enfim, com sua família; c) de índole econômica, porquanto restringe o desemprego e acarreta, pelo combate à fadiga, um rendimento superior na execução do trabalho.³²

²⁹ SÜSSEKIND, Arnaldo e TEIXEIRA FILHO, João de Lima. **Instituições de direito do trabalho**. vol. II. 22. ed. atual. São Paulo: LTr, 2005. p. 802.

³⁰ SÜSSEKIND, Arnaldo e TEIXEIRA FILHO, João de Lima. **Instituições de direito do trabalho**. vol. II. 22. ed. atual. São Paulo: LTr, 2005. p. 802.

³¹ ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. Jornada de Trabalho e Férias na Constituição de 1988. In: ROMITA, Arion Sayão (Coord.). **Curso de direito constitucional do trabalho – Estudos em homenagem ao professor Amauri Mascaro Nascimento**. São Paulo: LTr, 1991. p. 184.

³² SÜSSEKIND, Arnaldo e TEIXEIRA FILHO, João de Lima. **Instituições de direito do trabalho**. vol. II. 22. ed. atual. São Paulo: LTr, 2005. p. 803.

No que tange à análise histórica da limitação da jornada, é necessário que se contextualize a duração da jornada dentro do âmbito de cada modo de produção, vez que é possível que tenha havido mais trabalho em determinado modo de produção do que em outro.³³

Como a jornada é a expressão real do trabalho investido pela sociedade na produção de bens e serviços, podemos levantar a hipótese de que nos modos de produção em que a acumulação de mercadorias é princípio social máximo, a jornada de trabalho é mais extensa que em outros modos de produção.³⁴

Assim, Sadi Dal Rosso analisa a extensão da jornada efetiva através da sucessão dos modos de produção, partindo da ideia de que há dois limites que condicionam a jornada de trabalho, tanto para o trabalhador individual como para o coletivo: o limite biológico (definido pela resistência física ao trabalho, o limite natural da jornada) e a determinação social (limite social que se efetiva mediante, por exemplo, contratos coletivos de trabalho, acordos por empresas ou por estatuto legal, nos modos de produção capitalista e socialista).³⁵

O autor, em seu estudo, descreve a evolução do tempo de trabalho mediante uma “curva”³⁶ que reflete o período de transição do mercantilismo até o capitalismo atual. Tal curva resultaria em um “U” invertido, concluindo pela intensificação de trabalho que houve durante o período da transição do mercantilismo até o capitalismo atual.³⁷

³³ Acrescenta Sadi Dal Rosso: “[...] nem todas as relações de produção levam a ímpeto idêntico de acumulação. Se as relações são diferentes, se o ímpeto do processo de acumulação pode aumentar ou diminuir de um modo para outro modo de produção, então tem fundamento a ideia de que a jornada de trabalho varie muito entre os modos de produção”. DAL ROSSO, Sadi. **Jornada de Trabalho na Sociedade: O castigo de Prometeu**. São Paulo: LTr, 1996. p. 45.

³⁴ DAL ROSSO, Sadi. **Jornada de Trabalho na Sociedade: O castigo de Prometeu**. São Paulo: LTr, 1996. p. 45.

³⁵ DAL ROSSO, Sadi. **Jornada de Trabalho na Sociedade: O castigo de Prometeu**. São Paulo: LTr, 1996. p. 45-46.

³⁶ Para a compreensão do método utilizado pelo autor: DAL ROSSO, Sadi. **Jornada de Trabalho na Sociedade: O castigo de Prometeu**. São Paulo: LTr, 1996. p. 68-81.

³⁷ Explica o autor: “Na formação inicial do capitalismo, a exploração racional do trabalho livre concretizou-se mediante o alongamento e a intensificação da jornada de trabalho e mediante uma crescente incorporação da força de trabalho ao emprego em atividades e negócios de cunho capitalista”. DAL ROSSO, Sadi. **Jornada de Trabalho na Sociedade: O castigo de Prometeu**. São Paulo: LTr, 1996. p. 62.

Para sua abordagem, Sadi Dal Rosso destaca os ensinamentos de Karl Marx, explicando que o filósofo alemão:

[...] busca encontrar o elo que permite entender a crescente acumulação nas fases do mercantilismo que antecedem a imediata implantação do modo capitalista de produção. Este elo é constituído por vários mecanismos. Primeiramente, a subsunção real do trabalho ao capital coloca mais trabalhadores a serviço do capital em expansão. Em segundo lugar, os mesmos trabalhadores, acrescidos numericamente, são também obrigados a trabalhar mais horas ao dia ou ao ano. Este é um dos sentidos da legislação compulsória fixando a extensão da jornada ou simplesmente ampliando-a. O terceiro mecanismo de que o empresariado lança mão para aumentar a mais-valia é o recurso à intensificação do trabalho. A intensificação se manifesta mais sob condições de mudanças técnicas na estrutura da produção de que impõem ritmos mais intensos ao trabalho. A legislação de 1562 da Rainha Elizabeth, mencionada por Marx, atinge outra faceta do trabalho, a saber, diminui os intervalos de descanso e para as refeições, aumentando proporcionalmente o tempo de trabalho efetivo. Um quarto meio empregado para aumentar a produção de sobretrabalho consiste na supressão de dias livres no curso do ano. Este fator talvez tivesse individualmente o maior impacto no alongamento da jornada.³⁸

Algumas causas, como visto, são apontadas para o alongamento da jornada de trabalho ocorrida entre a partir do Mercantilismo. Neste sentido, além da passagem para o modo de produção capitalista, que privilegia a lógica da acumulação, e a superação de limitações ambientais dos períodos anteriores, pelo uso de iluminação artificial³⁹, José Eduardo Alcântara acrescenta que o sistema político-ideológico do período, configurado no liberalismo, contribuiu para o aumento da jornada, ante à excessiva valorização da liberdade de contratação e do afastamento do Estado nas relações privadas, cabendo apenas a barreira da limitação humana.⁴⁰

1.3.1 O devir histórico de limitação da jornada de trabalho

³⁸ DAL ROSSO, Sadi. **Jornada de Trabalho na Sociedade**: O castigo de Prometeu. São Paulo: LTr, 1996. p. 84.

³⁹ DAL ROSSO, Sadi. **Jornada de Trabalho na Sociedade**: O castigo de Prometeu. São Paulo: LTr, 1996. p. 67-82.

⁴⁰ ALCÂNTARA, José Eduardo. Flexibilidade da jornada de trabalho: uma abordagem crítica. In: DELLAGRAVE NETTO, José Affonso (Coord.), **Direito do Trabalho contemporâneo**: flexibilização e efetividade. São Paulo: LTr, 2003, p. 73.

A primeira metade do século XIX, marcada pela exploração do trabalho humano, forçou os trabalhadores à elaboração de uniões e sindicatos para a defesa de seus interesses.

A partir de 1830, na Inglaterra, as chamadas *trade-unions* iniciaram um movimento operário cujo objetivo era a fixação da jornada de trabalho diária em oito horas. Consoante a estas modificações, na França e na Alemanha, o movimento operário também se organizava, argumentando a intervenção do Estado nas relações entre empregados e empregadores, a fim de impedir a exploração do homem pelo abuso do poder econômico.⁴¹

Entretanto, somente em 1847, aprovou o Parlamento Inglês, a primeira lei impondo um limite imperativo à vontade dos patrões e trabalhadores, ao fixar em dez horas o máximo da jornada de trabalho. Em 1848, a França seguiu o mesmo exemplo da Inglaterra, fixando em dez horas a jornada máxima de trabalho em Paris e em onze horas nas demais províncias.

Em 1866, em Baltimore, o Congresso Geral dos Trabalhadores Norte-Americanos, aprovou uma resolução no sentido de que a primeira exigência para libertar o trabalhador da escravidão capitalista norte-americana seria através da promulgação de uma lei que aplicasse a jornada normal de oito horas em todos os Estados da União Americana. Em tal contexto, Arnaldo Sússekind lembra que:

No mês seguinte o Congresso Operário Internacional de Genebra ressaltava que “a limitação da jornada de trabalho é uma condição prévia, sem a qual terão de fracassar todos os outros esforços pela emancipação e que as oito horas devem ser o limite legal da jornada”⁴². E a Internacional Socialista fez da jornada de oito horas de trabalho uma das bandeiras destinadas a despertar o interesse do proletariado pelo marxismo. A essa época, já a *Suíça* (1877) havia fixado em onze horas o dia de trabalho, enquanto a *Áustria* (1885) limitara em dez horas a referida jornada. Por sua vez, os *Estados Unidos da América* (1868) já tinham adotado a duração de oito horas para os empregados e operários do serviço federal. Na Conferência Internacional de Berlim de 1890 debateu-se a questão da jornada de oito horas de trabalho, mas nenhuma resolução foi aprovada a respeito.⁴³

⁴¹ SÜSSEKIND, Arnaldo e TEIXEIRA FILHO, João de Lima. **Instituições de direito do trabalho**. vol. II. 22. ed. atual. São Paulo: LTr, 2005. p. 803.

⁴² PALACIOS, Alfredo. *La Fadiga*. 4. ed. 1944. p. 250. *apud* SÜSSEKIND, Arnaldo e TEIXEIRA FILHO, João de Lima. **Instituições de direito do trabalho**. vol. II. 22. ed. atual. São Paulo: LTr, 2005. p. 803.

⁴³ SÜSSEKIND, Arnaldo e TEIXEIRA FILHO, João de Lima. **Instituições de direito do trabalho**. vol. II. 22. ed. atual. São Paulo: LTr, 2005. p. 804.

Algumas nações compreendiam a necessidade de limitar o tempo de trabalho diário dos trabalhadores, mas não promoviam a conversão de tal compreensão em leis, como atestam vários historiadores e economistas, pois temiam a concorrência do comércio internacional em consequência do aumento do custo da mão-de-obra e do produto industrializado.⁴⁴ Em tal contexto, a Igreja, na figura do Papa *Leão XIII*, publicou em 1891 a famosa Encíclica *Rerum Novarum*, que exerceu remarcada influência, não apenas entre os trabalhadores, mas também entre os governantes e legisladores, de quem dependia a decretação de medidas de proteção ao trabalho humano.

A jornada de oito horas diárias, então, foi adotada por diversos países, mesmo na constância da Guerra de 1914-1918. Graças à atuação dos sindicatos operários na Inglaterra, o dia de oito horas de serviço foi adotado em todas as indústrias, apesar de não haver, até aquela época, lei geral prevendo o limite.

A possibilidade de se dar uma solução internacional ao problema da duração do trabalho, que havia sido tentada na Conferência de Berlim de 1890 e nas de Berna de 1905, 1906 e 1913, surgiu novamente com o findar da guerra, que havia impedido a ratificação do convênio já elaborado no último dos precitados conclaves. Finalmente, na Conferência das Nações Aliadas, realizada em Paris, foi aceita e incorporada ao *Tratado de Versailles* uma declaração de princípios elaborada pela respectiva Comissão de Legislação do Trabalho, com a qual as Nações contratantes se obrigavam a adotar a jornada de oito ou a semana de quarenta e oito horas de trabalho. Para tornar efetiva a jornada, Arnaldo Sússekind destaca que:

[...] a universalização dos preceitos de proteção ao trabalho, que consagrou, o Tratado de Versailles criou a *Organização Internacional do Trabalho* (OIT) e tal era a importância que esse organismo dispensava ao problema da fixação da jornada de trabalho em oito horas ou da semana de quarenta e oito que o principal ponto da ordem do dia da *primeira Conferência* que realizou, levada a efeito na capital norte-americana em outubro de 1919, concerniu justamente à aplicação do princípio da jornada de oito horas ou da semana de quarenta e oito horas (Convenção n.1).⁴⁵

⁴⁴ SÚSSEKIND, Arnaldo e TEIXEIRA FILHO, João de Lima. **Instituições de direito do trabalho**. vol. II. 22. ed. atual. São Paulo: LTr, 2005. p. 804.

⁴⁵ SÚSSEKIND, Arnaldo e TEIXEIRA FILHO, João de Lima. **Instituições de direito do trabalho**. vol. II. 22. ed. atual. São Paulo: LTr, 2005. p. 805.

Graças à ação desenvolvida pela OIT ou à influência oriunda de sua obra, certo é que quase todos os países passaram a adotar os princípios aprovados pela Conferência de Washington.

Em 1935, ao considerar que o desemprego havia atingido a milhões de trabalhadores e que o progresso técnico da indústria moderna justificava a redução do tempo de trabalho, resolveu a Conferência Internacional do Trabalho adotar a *semana de 40 horas* (Convenção n.47). Esse instrumento, no entanto, só foi ratificado por quatro países. Nos dias atuais, todavia, ganha oportunidade a Recomendação OIT-116, de 1962, que propôs a redução progressiva da duração do trabalho até alcançar a semana de 40 horas, com severas restrições à prorrogação da jornada normal. Aliás, a Declaração Universal dos Direitos do Homem (ONU-1948) fixou a tendência no sentido da “limitação razoável das horas de trabalho” (art. XXIV). Em 1996, tendo em vista a universalização do desemprego gerado pela globalização da economia (mais de duzentos e cinquenta milhões de desempregados e oitocentos milhões de subempregados), a OIT adotou a Convenção n. 177 e a Recomendação n. 184 sobre trabalho a tempo parcial, já em generalizado uso em alguns países da Europa e nos Estados Unidos da América.⁴⁶

No contexto brasileiro, as primeiras lutas sobre a limitação do tempo de trabalho tiveram raiz através dos movimentos operários dos EUA e da Europa.⁴⁷ No início do século XX, há a deflagração da grande greve de 1907, com início em São Paulo e que ficou conhecida como “A greve pelas oito horas de trabalho”. Como consequência deste movimento histórico, os movimentos sindicais passaram a adotar como bandeira de luta a reivindicação pelas oito horas diárias e quarenta e oito semanais. Em 1917, nova greve em São Paulo – que contou com ampla adesão e repercussão nacional – colocou como uma de suas pautas reivindicatórias a jornada de oito horas diárias com o acréscimo de 50% nas horas extras.⁴⁸

Antes de 1930, apenas o Decreto n. 313 de 17.01.1891 – com incidência restrita ao Distrito Federal – se apresentava como lei limitadora da jornada de trabalho. Tal decreto fixara a duração máxima do trabalho dos menores do sexo feminino e do sexo masculino. Neste sentido, trazia o limite de nove horas como

⁴⁶ SÜSSEKIND, Arnaldo e TEIXEIRA FILHO, João de Lima. **Instituições de direito do trabalho**. vol. II. 22. ed. atual. São Paulo: LTr, 2005. p. 805.

⁴⁷ MAÑAS, Christian Marcello. **Tempo e Trabalho**: a Tutela Jurídica do Tempo de Trabalho e Tempo Livre. São Paulo: LTr, 2005. p. 78.

⁴⁸ MAÑAS, Christian Marcello. **Tempo e Trabalho**: a Tutela Jurídica do Tempo de Trabalho e Tempo Livre. São Paulo: LTr, 2005. p. 78.

máximo para os menores do sexo masculino e de sete horas para os menores do sexo feminino.⁴⁹

Após a Revolução de 1930, através da figura de Getúlio Vargas, foram expedidas leis de proteção ao trabalho. Assim, o então presidente assinou os Decretos ns. 21.186 e 21.364 que versavam, respectivamente, sobre o trabalho no comércio e na indústria. Ademais, no mesmo ano, também foi assinado o Decreto n. 22.033, melhorando o regime dos comerciários. Como explica Arnaldo Sússekind:

Com esses decretos, foi adotada a jornada de oito horas de trabalho, com possibilidade de ser elevada a dez horas mediante acordo entre empregados e empregadores e pagamento de remuneração suplementar, com um adicional sobre o salário-hora. Nas indústrias insalubres e nos trabalhos subterrâneos era vedado o trabalho além das oito horas. Durante a jornada era obrigatório um intervalo para refeição e repouso. Como trabalho efetivo estendia-se todo o tempo em que o empregado tivesse à disposição do empregador.⁵⁰

Em seguida, vários outros Decretos foram expedidos, visando à regulamentação de aspectos da jornada de trabalho de determinadas categorias.⁵¹ Nenhuma das citadas disposições legais, no entanto, estabeleceu jornada normal de trabalho superior a oito horas.

Em 1940, pelo Decreto-Lei n. 2.308, de 13 de junho, foram unificados, num só diploma geral, os regimes normais de duração de trabalho então vigentes, continuando a vigorar, contudo, os regimes excepcionais que haviam sido decretados em benefício de determinadas categorias profissionais. A Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada em 1º.5.43, que, com algumas modificações, regula ainda a matéria, inclui no seu corpo

⁴⁹ SÚSSEKIND, Arnaldo e TEIXEIRA FILHO, João de Lima. **Instituições de direito do trabalho**. vol. II. 22. ed. atual. São Paulo: LTr, 2005. p. 806.

⁵⁰ SÚSSEKIND, Arnaldo e TEIXEIRA FILHO, João de Lima. **Instituições de direito do trabalho**. vol. II. 22. ed. atual. São Paulo: LTr, 2005. p. 806.

⁵¹ Neste sentido, Arnaldo Sússekind demonstra que “foram expedidos os Decretos ns. 22.979, de 24.7.33 (profissionais empregados em *barbearias e estabelecimentos congêneres*); 23.084, de 16.8.33 (empregados em farmácias); 23.104, de 19.8.33 (empregados na indústria de panificação); 23.152, de 15.9.33 (empregados em casas de diversões e estabelecimentos similares); 23.156, de 31.10.33 (empregados em casas de penhores e congêneres); 23.322, de 3.11.33 (empregados em bancos e casas bancárias); 23.766, de 18.1.34 (empregados em transportes terrestres); 24.561, de 3.7.34 (empregados em armazéns e trapiches das empresas de navegação e estabelecimentos correlatos); 24.562, de 3.7.34 (empregados nas indústrias frigoríficas); 24.634, de 10.7.34 (empregados no serviço de telegrafia submarina e subfluvial, radiotelegrafia e radiotelefonía); 24.696, de 10.7.34 (empregados em hotéis, restaurantes e congêneres), além dos de ns. 21.417-A, de 17.5.32, e 22.042, de 3.11.32, que proibiram o trabalho noturno da mulher e do menor, respectivamente”. SÚSSEKIND, Arnaldo e TEIXEIRA FILHO, João de Lima. **Instituições de direito do trabalho**. vol. II. 22. ed. atual. São Paulo: LTr, 2005. p. 806.

não só as disposições do referido decreto-lei como as dos diplomas legais que constituíram regimes especiais de duração do trabalho. [...] ⁵²

Em que pesem as conquistas históricas pela limitação da jornada de trabalho diária em 8 horas, o texto consolidado trabalhista de 1943, apresenta diversas situações em que se faz possível a prorrogação da jornada. Como exemplo, na previsão do art. 59 da CLT ⁵³ há o permissivo do trabalho extraordinário em até duas horas mediante autorização contratual, com o respectivo pagamento de adicional legal, ou mediante acordo de compensação de jornada, sem o respectivo pagamento do adicional. ⁵⁴ Ainda, o artigo 61 do mesmo diploma, atesta por

[...] mais três exceções que autorizam a prestação de trabalho além das oito horas, fruto da vontade unilateral do empregador: a) por motivo de força maior (art. 61, caput e § 2º, da CLT); b) realização ou conclusão de serviços inadiáveis ou cuja inexecução possa acarretar prejuízo manifesto, até o máximo de 12 horas (art. 61, caput e § 2º da CLT); c) para recuperar interrupção do trabalho, determinada devido à causa acidental ou força maior, até duas horas diárias e por um período máximo de 45 dias ao ano, independente de ter sido maior o lapso temporal de paralisação (art. 61, § 3º, da CLT). ⁵⁵

Também, em 1946, com a redemocratização do país, a Constituição à época trouxe em seu art. 157, V, a previsão de que a duração diária do trabalho não excederia oito horas, exceto em casos e condições previstos em lei. ⁵⁶ A Constituição de 1967 e a Emenda nº 1/69 seguiram o mesmo caminho, assegurando aos empregados a duração diária do trabalho de oito horas, com intervalo para descanso, mas com a ressalva de casos especiais.

⁵² SÜSSEKIND, Arnaldo e TEIXEIRA FILHO, João de Lima. **Instituições de direito do trabalho**. vol. II. 22. ed. atual. São Paulo: LTr, 2005. p. 807.

⁵³ Artigo 59, caput, da CLT: “A duração normal do trabalho poderá ser acrescida de horas suplementares, em número não excedente de duas, mediante acordo escrito entre empregador e empregados, ou mediante contrato coletivo de trabalho”. BRASIL, Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 9 ago. 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm> Acesso em: 20 de maio de 2012.

⁵⁴ MAÑAS, Christian Marcello. **Tempo e Trabalho: a Tutela Jurídica do Tempo de Trabalho e Tempo Livre**. São Paulo: LTr, 2005. p. 80.

⁵⁵ MAÑAS, Christian Marcello. **Tempo e Trabalho: a Tutela Jurídica do Tempo de Trabalho e Tempo Livre**. São Paulo: LTr, 2005. p. 80.

⁵⁶ ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. Jornada de Trabalho e Férias na Constituição de 1988. In: ROMITA, Arion Sayão (Coord.). **Curso de direito constitucional do trabalho – Estudos em homenagem ao professor Amauri Mascaro Nascimento**. São Paulo: LTr, 1991. p.185.

Tais previsões, com as respectivas exceções por elas trazidas, refletem a incidência do fenômeno da flexibilização no Direito do Trabalho, permitindo exceções às regras tidas como gerais para o trato da jornada de trabalho. A flexibilização, tema da próxima seção, se vale do argumento da necessidade de adequação do âmbito juslaboralista às mudanças sociais para excepcionar as regras positivadas ou mesmo se valer de algumas delas para flexibilizar certos institutos (por exemplo, sua incidência na própria jornada de trabalho).⁵⁷

Em que pese a possibilidade de flexibilização da jornada de trabalho, Sadi Dal Rosso entende que:

A tendência de majoração da jornada, tanto em países pobres como ricos, não tem futuro porque se move contra a história e contra a força que produz a dinâmica capitalista, a saber, a continuada transformação das condições de produção. Assim como o ponteiro do relógio gira sempre na mesma direção, da mesma forma, mais cedo ou mais tarde, o aumento da jornada conhecerá seu ponto de inflexão.⁵⁸

1.4 O FENÔMENO DA FLEXIBILIZAÇÃO NA JORNADA DE TRABALHO

No Direito do Trabalho, três correntes sobressaem sobre a questão da flexibilização das relações de trabalho: a corrente favorável, a desfavorável e a moderada.⁵⁹

A corrente favorável à flexibilização exemplifica que, nos períodos de crise, onde há reorganização do tempo de trabalho e acordos derogatórios, a flexibilização concede maior autonomia às empresas, permitindo que elas se ajustem à nova realidade econômica e, conseqüentemente, contribuam para a geração de empregos.⁶⁰

⁵⁷ Há múltiplas formas de manifestação da flexibilização. Através do critério da “fonte” de flexibilização, Oscar Ermida Uriarte destaca que três são as classificações apresentadas: a flexibilização heterônoma – imposta unilateralmente pela norma estatal (por exemplo, as previsões citadas pela CLT); flexibilização autônoma – promovida pela negociação coletiva; e a flexibilização hermenêutica – realizada pelo agente responsável pela interpretação e aplicação da norma. URIARTE, Oscar Ermida. **A flexibilidade**. São Paulo: LTr, 2002. p. 10-11.

⁵⁸ DAL ROSSO, Sadi. **Jornada de Trabalho na Sociedade**: O castigo de Prometeu. São Paulo: LTr, 1996. p. 111.

⁵⁹ CREPALDI, Joaquim Donizete. **O princípio de proteção e a flexibilização das normas de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2003. p. 30-38.

⁶⁰ ROMITA, Arion Sayão. **Flexisegurança**: a reforma do mercado de trabalho. São Paulo: LTr, 2008. p. 30.

Assim, os favoráveis à flexibilização (adeptos da corrente partidária liberal, como é também chamada) enfatizam que quando a economia segue normal, a lei deve ser também normalmente aplicada. No entanto, na presença de crise, há que se ter a flexibilização das normas trabalhistas, tanto para pior quanto para melhor.⁶¹

Por outro lado, os que são contra a flexibilização ressaltam que tal contexto apenas seria uma justificativa para a redução dos direitos dos trabalhadores, tendo em vista que a própria legislação trabalhista se mostra já bastante flexível. Neste viés, a hipossuficiência dos trabalhadores na relação contratual trabalhista ensejaria regulação pela via legislativa, com a adoção de normas imperativas que admitem derrogação apenas em benefício do trabalhador. Assim, de acordo com essa corrente de pensamento, o Direito do Trabalho possuiria finalidade reivindicatória, impossibilitando a redução das conquistas sociais, em uma espécie de proibição ao retrocesso, visando garantir sempre a ampliação dos direitos assegurados aos trabalhadores.⁶²

Por fim, os adeptos da corrente moderada destacam a autonomia privada coletiva e sua valorização plena. Sob este viés, haveria a afirmação de que existe uma norma legal mínima, estabelecendo regras básicas, cabendo o restante a ser definido por acordos ou convenções coletivas.⁶³

Christian Marcello Manãs, ao destacar a incidência do fenômeno da flexibilização, explica que “a acirrada competição num mercado globalizado, no qual a produtividade determina a própria sobrevivência da atividade empresarial, importa numa alteração na organização, estrutura e nos processos produtivos”.⁶⁴ Assim, revela que a questão da flexibilização têm se disseminado por diversos países tendo, conseqüentemente, chegado ao Brasil.

A partir da década de sessenta, então, começaram a se manifestar as primeiras tentativas concretas visando à desconstrução do Direito do Trabalho, seja através da pura desregulamentação ou, mediante a prescindência da tutela legal

⁶¹ ROMITA, Arion Sayão. **Flexisegurança: a reforma do mercado de trabalho**. São Paulo: LTr, 2008. p. 30.

⁶² ROMITA, Arion Sayão. **Flexisegurança: a reforma do mercado de trabalho**. São Paulo: LTr, 2008. p. 32-33.

⁶³ CREPALDI, Joaquim Donizete. **O princípio de proteção e a flexibilização das normas de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2003. p. 69-70.

⁶⁴ MAÑAS, Christian Marcello. **Tempo e Trabalho: a Tutela Jurídica do Tempo de Trabalho e Tempo Livre**. São Paulo: LTr, 2005. p. 86.

pela autonomia coletiva, ou, ainda, pela atuação dos Tribunais do trabalho – principalmente pelo Tribunal Superior do Trabalho – com o cancelamento de orientações antigas clássicas, informadas pelo Direito do Trabalho protetivo e compensador, dando lugar às orientações liberais, colidentes do o princípio da proteção. Cabe, ademais, a constatação de José Affonso Dallegrave Neto sobre a flexibilização em nosso país, no sentido de que:

O Brasil e demais países da América Latina aderiram ao Neoliberalismo em 1989, quando, endividados, foram buscar empréstimos ao FMI e BIRD em reunião que ficou conhecida como Consenso de Washington. A liberação de verbas ficou condicionada ao cumprimento de uma receita neoliberal passada pelos credores: - privatização; - queda das barreiras alfandegárias; - livre circulação de bens, de serviços e de trabalhadores; - facilitação ao capital especulativo internacional; - desregulamentação de direitos sociais e trabalhistas, iniciando pela flexibilização do Direito do Trabalho.

Para melhor compreensão do atual movimento flexibilizador, faz-se mister registrar que as diretivas advieram de uma cartilha ditada pelos credores da dívida externa. A partir de então, verificou-se um fenômeno oposto àquele observado, quando do advento do Estado Social.⁶⁵

De maneira geral, o início do século XX foi caracterizado pela universalização de direitos trabalhistas e a constitucionalização dos direitos sociais. Entretanto, com o trespasse do Estado Social para o Estado Neoliberal, há um processo de desuniversalização e desconstitucionalização de direitos sociais e trabalhistas.⁶⁶

Consoante a esta constatação, as empresas vivem em diálogo constante com o sistema exterior, pois necessitam acompanhar as mudanças sociais e econômicas. Neste sentido, a globalização impõe que os empregadores, cada vez mais, se insiram numa lógica competitiva que é inerente ao próprio sistema capitalista. Consequentemente, a realidade política e econômica propugna que o Direito do Trabalho altere as relações de emprego com o intuito de baratear os custos e criar novas vagas de trabalho.⁶⁷

⁶⁵ DALLEGRAVE NETO, José Affonso. Análise de Conjuntura Socioeconômica e o Impacto no Direito do Trabalho. In: DALLEGRAVE NETO, José Affonso (Coord.). **Direito do trabalho contemporâneo: flexibilização e efetividade**. p. 9.

⁶⁶ DALLEGRAVE NETO, José Affonso. Análise de Conjuntura Socioeconômica e o Impacto no Direito do Trabalho. In: DALLEGRAVE NETO, José Affonso (Coord.). **Direito do trabalho contemporâneo: flexibilização e efetividade**. p. 9.

⁶⁷ KAUFFMANN, Paulo Eduardo. Eliminação da habitualidade do trabalho extraordinário – o “banco de horas” – regime de compensação anual da jornada diária de trabalho. **Revista LTr**. São Paulo, vol. 62. n. 05. p. 645-647. Maio de 1998. Aqui, também são relevantes as constatações de José Affonso

De acordo com este proceder, a jornada integral vista sob o viés das necessidades da empresa, não oferece solução para algumas dificuldades pois supõe que não haja flutuações nas demandas por trabalho⁶⁸:

As empresas procuram adequar estabilidade do emprego e flutuação do mercado, mediante uma distribuição ótima do tempo de trabalho dos assalariados. Os contratos coletivos que contemplam jornadas anuais, acompanhadas de provisões para a distribuição flexível dessas horas ao longo do período do contrato, são uma maneira que vem ocupando cada vez mais espaço nas negociações entre empregadores e empregados. O problema para a empresa é conseguir a distribuição ótima do tempo. A demanda do mercado nem sempre pode ser prevista com razoável antecedência, nem os trabalhadores querem se sujeitar a quaisquer horários de trabalho.⁶⁹

Neste sentido, pela incerteza da produção, torna-se necessária a discussão acerca da duração da jornada, da limitação ou eliminação das horas extras.⁷⁰

Ademais, outro problema que a jornada integral não resolve consiste no uso pleno das potencialidades do capital constante investido.⁷¹ Para dar máxima ocupação às instalações e tentar oferecer solução ao problema da intensificação do uso do capital constante, os empregadores procuram modular a jornada de trabalho. Neste sentido é a constatação de Sadi Dal Rosso: “Por isso, os capitalistas recorrem à contratação em várias modalidades de tempo parcial e emprego temporário. Dessa maneira a ocupação das instalações em fins de semana ou em horários que anteriormente permaneciam ociosas pode ser satisfeita”.⁷²

Dallegrave Neto, o qual explica que “O fenômeno que já se inicia faz parte do receituário neoliberal que propugna pela diminuição do custo operacional e pela destruição dos direitos sociais como forma de combate ao desemprego”. DALLEGRAVE NETO, José Affonso. Análise de Conjuntura Socioeconômica e o Impacto no Direito do Trabalho. In: DALLEGRAVE NETO, José Affonso (Coord.). **Direito do trabalho contemporâneo: flexibilização e efetividade**. p. 21.

⁶⁸ DAL ROSSO, Sadi. **Jornada de Trabalho na Sociedade: O castigo de Prometeu**. São Paulo: LTr, 1996. p. 304.

⁶⁹ DAL ROSSO, Sadi. **Jornada de Trabalho na Sociedade: O castigo de Prometeu**. São Paulo: LTr, 1996. p. 305.

⁷⁰ SILVA, Ciro Pereira da. **Jornada Flexível de Trabalho: ferramenta para administrar flutuações de produção**. São Paulo: LT, 1997. p. 53-54.

⁷¹ DAL ROSSO, Sadi. **Jornada de Trabalho na Sociedade: O castigo de Prometeu**. São Paulo: LTr, 1996. p. 305.

⁷² DAL ROSSO, Sadi. **Jornada de Trabalho na Sociedade: O castigo de Prometeu**. São Paulo: LTr, 1996. p. 305.

As questões apresentadas demonstram que a reorganização do tempo de trabalho não envolve apenas a mera redução de jornada, transcendendo tal aspecto e abarcando outros, como a extensão do trabalho, compensação de horários, o trabalho em tempo parcial, a vida fora do trabalho, família e sociedade, etc.⁷³

No Brasil, a legislação trabalhista cria obstáculos para a adaptação do trabalho às necessidades do capital. Entretanto, como demonstram Christian Marcello Mañas⁷⁴ e Sadi Dal Rosso⁷⁵, ainda que os empresários reclamem maior flexibilidade, resta evidente que os mecanismos aplicados pelas empresas – na prática – conseguem satisfatórios resultados de adequação à flutuação da demanda e de aumento do uso do capital investido:

Por exemplo, a flutuação da demanda é atendida pelo mecanismo das férias compulsórias, recurso empregado frequentemente pelo parque industrial. A construção civil faz uso do instrumento da contratação e demissão, além do recurso às horas extraordinárias de maneira incontrolada. O comércio emprega o pagamento por comissão, que leva ao alongamento ilimitado da jornada nos momentos de pico de demanda, e a contratação temporária. A agricultura, há décadas, se desfez de moradores e colonos fixos, trocando-os por um reduzido número de assalariados permanentes não domiciliados, contratando e demitindo livremente força de trabalho temporária conforme a necessidade. Os bancos e o setor financeiro empregam turnos ininterruptos de seis horas, privando seus empregados de tempo para refeições e descanso durante o horários de trabalho, que vai das dez da manhã até as quatro da tarde.⁷⁶

Outrossim, o argumento de que a legislação trabalhista é rígida⁷⁷, causando desemprego, aumento de custos para a empresa e favorecendo o aumento do

⁷³ MAÑAS, Christian Marcello. **Tempo e Trabalho**: a Tutela Jurídica do Tempo de Trabalho e Tempo Livre. São Paulo: LTr, 2005. p. 87.

⁷⁴ MAÑAS, Christian Marcello. **Tempo e Trabalho**: a Tutela Jurídica do Tempo de Trabalho e Tempo Livre. São Paulo: LTr, 2005. p. 86-87.

⁷⁵ DAL ROSSO, Sadi. **Jornada de Trabalho na Sociedade**: O castigo de Prometeu. São Paulo: LTr, 1996. p. 305.

⁷⁶ DAL ROSSO, Sadi. **Jornada de Trabalho na Sociedade**: O castigo de Prometeu. São Paulo: LTr, 1996. p. 305-306.

⁷⁷ “O excesso de rigidez da Constituição, Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) e Justiça do Trabalho está provocando uma reação selvagem por parte do mercado. Mais de 55% da nossa força de trabalho já está à margem da lei, sem nenhuma proteção, lembrando-se que, nesse caso, o Estado nada arrecada, ficando apenas com ônus de socorrer essas pessoas na doença e na velhice. A ‘flexibilização selvagem’ é o resultado da combinação de pouco investimento com muita rigidez”. PASTORE, José. **A agonia do emprego**. São Paulo: LTr, 1997. p. 83-84.

número de trabalhadores informais é rebatido por muitos doutrinadores do ramo trabalhista.⁷⁸

Claudio Armando Couce de Menezes entende que a flexibilização não atinge a finalidade a que se propõe (combate ao desemprego) e acaba por aumentar a precarização do trabalho. Para tal autor, o objetivo da flexibilização apenas demonstra a consonância com o pensamento capitalista, no sentido de obtenção de lucro com a redução dos custos com mão-de-obra e a diminuição da dimensão de proteção ao trabalhador.⁷⁹

Por sua vez, José Eduardo Alcântara observa que o argumento sobre a rigidez trabalhista brasileira é um discurso apenas retórico, “resultado de um discurso de mitificação, usado repetidamente, inclusive pela mídia, o que fez ser admitido como verdadeiro por muitos [...]”.⁸⁰

Jorge Souto Maior também se contrapõe ao que José Eduardo Alcântara considera como mito da rigidez pois considera que há fragilidade nos fundamentos que sustentam a ideia e a técnica comumente utilizadas nas críticas à inadequação desta legislação (o repetido ataque genérico e a consequente redução do debate, segundo o autor). Em suas palavras:

Quando se fala em necessidade de atualização das leis trabalhistas [...], importante que se aponte a quais delas se está referindo, pois do contrário a mais ‘radical’ pregação socialista, avaliando o direito do trabalho, assemelha-se ao mais ‘avançado’ discurso neoliberal.⁸¹

Todavia, ainda que se discuta as justificativas do fenômeno da flexibilização, fato notório é a sua presença, em especial, no Direito do Trabalho, possibilitando

⁷⁸ José Affonso Dallegrave Neto enfatiza que “Hoje, pode-se afirmar, sem medo de errar, que a legislação trabalhista brasileira é uma das mais flexíveis do mundo!”. DALLEGRAVE NETO, José Affonso. Análise de Conjuntura Socioeconômica e o Impacto no Direito do Trabalho. In: DALLEGRAVE NETO, José Affonso (Coord.). **Direito do trabalho contemporâneo: flexibilização e efetividade**. São Paulo: LTr, 2003, p. 21.

⁷⁹ MENEZES, Claudio Armando Couce de. Proteção ao contrato de trabalho e ao emprego no Brasil. **Revista do TST**. Brasília, v. 68. n. 1. p. 153-180. Jan./Març. 2002.

⁸⁰ Para entender melhor o argumento do autor, verificar: ALCÂNTARA, José Eduardo. Flexibilidade da jornada de trabalho: uma abordagem crítica. In: DELLAGRAVE NETTO, José Affonso (Coord.), **Direito do Trabalho contemporâneo: flexibilização e efetividade**. São Paulo: LTr, 2003, p. 84-85.

⁸¹ MAIOR, Jorge Luiz Souto. **O direito do trabalho como instrumento de justiça social**. São Paulo: LTr, 2000. p. 171. *apud* ALCÂNTARA, José Eduardo. Flexibilidade da jornada de trabalho: uma abordagem crítica. In: DELLAGRAVE NETTO, José Affonso (Coord.), **Direito do Trabalho contemporâneo: flexibilização e efetividade**. São Paulo: LTr, 2003, p. 85-86.

modificações nas estruturas legisladas e apresentando permissivos para a criação de atipicidades sob a justificativa de acompanhar as mudanças na sociedade.

Assim, a flexibilização, ao incidir sobre o tempo de trabalho, permite modalidades de jornadas que destoam dos padrões trazidos pelo ordenamento brasileiro mas, muitas vezes, se pautam em previsões inseridas pelo próprio Direito Positivado flexibilizado.⁸² Este é o caso da modalidade de compensação de horas que será tratada no próximo capítulo.

Sobre a questão, José Eduardo Alcântara explica que, no Brasil, a própria estrutura da disciplina da jornada de trabalho acaba por relativizar (flexibilizar) a regra da limitação da jornada quando admite amplamente o trabalho excedente ao parâmetro internacionalmente reconhecido (oito horas), de maneira que ignora toda a fundamentação que dá respaldo à fixação de um limite diário de trabalho.⁸³

No que concerne à compensação de jornadas, especificamente, é relevante a observação do autor em relação ao pagamento de horas extras:

A própria existência de previsão de pagamento de acréscimo remuneratório sobre o valor da hora excedente da jornada normal já decorre das diversas exceções autorizadas da prestação de trabalho em excesso ao limite de oito horas diárias. Além disso, conforme se ressaltou, também houve acolhimento legal de hipótese na qual o trabalho extraordinário, assim considerado aquele que excede da oitava diária (regra geral), nem mesmo é remunerado, o que revela, frise-se, uma exceção dentro da própria hipótese que deveria ser excepcional (labor suplementar).⁸⁴

⁸² “O Brasil serve de exemplo, por possuir sistema legal facilitador do trabalho extraordinário, que, ademais, é largamente utilizado, fazendo com que, para um grande número de trabalhadores, a jornada efetivamente praticada esteja em disparidade com o limite legal de oito horas”. ALCÂNTARA, José Eduardo. Flexibilidade da jornada de trabalho: uma abordagem crítica. In: DELLAGRAVE NETTO, José Affonso (Coord.), **Direito do Trabalho contemporâneo: flexibilização e efetividade**. São Paulo: LTr, 2003, p. 76.

⁸³ ALCÂNTARA, José Eduardo. Flexibilidade da jornada de trabalho: uma abordagem crítica. In: DELLAGRAVE NETTO, José Affonso (Coord.), **Direito do Trabalho contemporâneo: flexibilização e efetividade**. São Paulo: LTr, 2003, p. 80-81.

⁸⁴ ALCÂNTARA, José Eduardo. Flexibilidade da jornada de trabalho: uma abordagem crítica. In: DELLAGRAVE NETTO, José Affonso (Coord.), **Direito do Trabalho contemporâneo: flexibilização e efetividade**. São Paulo: LTr, 2003, p. 81.

2 ASPECTOS E CONTROVÉRSIAS DA JORNADA 12X36

2.1 A MODALIDADE DE COMPENSAÇÃO DE HORAS

Muitas são as possibilidades que se colocam para o ajustamento da jornada de trabalho às demandas do capital. No Brasil, as formas de flexibilização se apresentam e são cotidianamente aplicadas, ainda que com controvérsias.⁸⁵

A compensação de horários, por exemplo, é uma modalidade antiga existentes nas relações de trabalho em nosso território. “Nos últimos anos, a compensação evoluiu no sentido de uma bolsa de horas compensáveis exercendo o mesmo papel de flexibilização da distribuição do tempo de trabalho que outras formas, como a modulação possibilitam”.⁸⁶ A modalidade de compensação de jornada, assim, flexibiliza duas condições do contrato individual de trabalho: a que diz respeito à duração do trabalho e a que concerne ao pagamento de indenização por dano decorrente do esforço excessivo do empregado.

Em linhas gerais, Sônia Aparecida Costa Mascaro Nascimento, define a compensação de horas como:

[...] a disposição flexível das horas de trabalho, de forma que em alguns dias se trabalhe além da jornada normal, como forma de repor os dias em que se trabalhou aquém desse horário, ou então se pode ter um crédito de horas em favor do trabalhador que trabalha uma jornada maior em alguns dias e menor em outros. O termo compensação ou banco de horas serve para representar um sistema de flexibilização da jornada de trabalho, pela implantação de uma relação débito-crédito das horas prestadas pelo trabalhador à empresa, sobre um período mais amplo que apenas um dia de trabalho, [...].⁸⁷

Seguindo o mesmo entendimento de Pedro Proscurcin, Sônia Aparecida Costa Mascaro Nascimento defende a necessidade de implantação do regime de compensação de horas no mercado de trabalho brasileiro, como forma de adaptá-lo

⁸⁵ Neste sentido, explica Sadi Dal Rosso: “No Brasil, muitas formas de flexibilização são rotineiramente empregadas, ainda que ao arripio da lei”. DAL ROSSO, Sadi. **Jornada de Trabalho na Sociedade: O castigo de Prometeu**. São Paulo: LTr, 1996. p. 306.

⁸⁶ DAL ROSSO, Sadi. **Jornada de Trabalho na Sociedade: O castigo de Prometeu**. São Paulo: LTr, 1996. p. 306.

⁸⁷ NASCIMENTO, Sônia Aparecida Costa Mascaro. **Flexibilização do horário de trabalho**. São Paulo: LTr, 2002. p. 144.

às recentes mudanças no cenário mundial globalizado.⁸⁸ Ademais, expõe os ensinamentos de Pedro Proscurcin no sentido de que:

[...] nas atividades onde a sazonalidade dos produtos impõe jornadas diferentes durante o ano; um sistema de compensação de jornada é indispensável, a fim de garantir determinada segurança na relação capital e trabalho. O mesmo se diga quanto aos segmentos onde ocorrem oscilações de demanda ou a superveniência de fatores exógenos, que repercutem no mercado.⁸⁹

Sobre a origem da flexibilização pela compensação de horas, cabe destacar que o referido instituto se pautava, inicialmente, no art. 59 da CLT – já citado neste trabalho –, permitindo compensação de horas em âmbito semanal.

Por seguinte, em 1998, foi editada a Lei nº 9.601, que instituía a compensação quadrimestral de horas. Estabelecia tal lei que cabe a dispensa do 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 120 dias, à soma das jornadas semanais de trabalho previstas, nem seja ultrapassado o limite máximo de dez horas diárias.

As empresas, então, passaram a celebrar acordos coletivos com jornadas flexíveis, para que em épocas de grande demanda os empregados trabalhassem em regime de 2 horas diárias suplementares e em épocas de baixa demanda prestassem o labor em jornada semanal reduzida, sendo que os créditos e débitos de horas seriam compensados no período de que a lei, em consideração, definia como de 120 dias (a chamada compensação quadrimestral).

No entanto, o período fixado em 120 dias se mostrou insuficiente para os fins objetivados pela adoção da referida lei, tendo em vista que a variação cíclica sazonal da produção das empresas necessitava possuir uma base maior de

⁸⁸ PROSCURCIN, Pedro. Modalidades de compensação de jornada. LTr: legislação do trabalho. **Suplemento Trabalhista**. n. 121. São Paulo, 1998. p. 554. *apud* NASCIMENTO, Sônia Aparecida Costa Mascaro. **Flexibilização do horário de trabalho**. São Paulo: LTr, 2002. p. 145.

⁸⁹ PROSCURCIN, Pedro. Modalidades de compensação de jornada. LTr: legislação do trabalho. **Suplemento Trabalhista**. n. 121. São Paulo, 1998. p. 553. *apud* NASCIMENTO, Sônia Aparecida Costa Mascaro. **Flexibilização do horário de trabalho**. São Paulo: LTr, 2002. p. 145.

compensação para a maioria das empresas, sendo mister a adoção da compensação anual.⁹⁰

Logo, tendo em vista a ineficácia da compensação quadrimestral de horários frente às demandas do mercado, fez-se necessária uma revisão: o que foi feito com a edição da Medida Provisória n. 1.709/98, seguida de suas reedições, a qual foi responsável pela fixação do prazo da compensação em 12 meses, período considerado ideal pelas empresas para a adequação das jornadas de trabalho aos momentos de alta e baixa demanda do mercado.

Apesar das alterações formalmente feitas, cabe destacar que muitas empresas e sindicatos já formalizavam acordos coletivos de trabalho instituindo o regime de compensação de hora anual, ou com período de 12 meses, mesmo antes da edição da citada medida.

As regras que regem a compensação de horas, hoje no Brasil, estão expressas no art. 59 e parágrafos, da CLT, conjugado com o art. 7º, XIII da Carta Magna de 1988. Com base neles, cabe a afirmação de que a implantação do instituto da compensação de horas pode se dar via acordo ou convenção coletiva. Ademais, acrescenta-se que a compensação entre as horas em excesso em alguns dias e em falta nos outros deverá respeitar o prazo máximo de um ano.

Tendo em vista a aplicação do instituto de compensação de horas, Pedro Proscurcin aponta entre vantagens da compensação de horas para as empresas: o aumento da confiança e da motivação no conjunto dos trabalhadores; o amortecimento dos gastos com dispensas e treinamento de novos empregados, uma vez que o número de demissões, em função das oscilações do mercado, decresce; redução do volume de horas extras e do absenteísmo; e, finalmente, diminuição da ociosidade devido à melhor utilização da mão-de-obra. Como desvantagens, o autor elenca o aumento dos custos com o controle de pessoal e com a alteração da logística e dos fluxos da empresa.⁹¹

Por sua vez, Christian Marcello Mañas, ao versar sobre a compensação de horas através do chamado “banco de horas”, entende que:

⁹⁰ NASCIMENTO, Sônia Aparecida Costa Mascaro. **Flexibilização do horário de trabalho**. São Paulo: LTr, 2002. p. 145.

⁹¹ PROSCURCIN, Pedro. Modalidades de compensação de jornada. LTr: legislação do trabalho. **Suplemento Trabalhista**. n. 121. São Paulo, 1998. p. 555. *apud* NASCIMENTO, Sônia Aparecida Costa Mascaro. **Flexibilização do horário de trabalho**. São Paulo: LTr, 2002. p. 145.

[...] ao contrário do que a lei prevê, o excesso da jornada de oito horas, quando advindo de compensação, não pode deixar de ser analisado sob o ponto de vista de prestação de serviço extraordinário, ainda que não haja aumento da carga de trabalho em um determinado período de apuração do banco de horas.⁹²

Nestes termos, o trabalho prestado em excesso ao limite diário de trabalho não deixa de ser trabalho extraordinário, inclusive em relação aos efeitos sobre a saúde do empregado.⁹³

Consoante a tal entendimento, José Eduardo Alcântara destaca que resta falha a conclusão de que um sistema de compensação de jornada, por exemplo, seja reconhecido como instrumento de eliminação do trabalho extraordinário.⁹⁴ Nestes termos, o autor acrescenta observação que refuta também o argumento de que a compensação poderia combater o desemprego (como propõe a flexibilização que criara a modalidade de compensação de horas):

[...] a maior racionalização do uso do trabalho humano decorrente desta gestão flexível do tempo de trabalho disponível pode, em verdade, diminuir a quantidade de mão-de-obra necessária ao empreendimento. Dessa forma, também não nos parece possível afirmar, sem melhor discussão sobre o tema, que uma maior flexibilidade na organização e aproveitamento do tempo de trabalho dos empregados possa ser utilizado como instrumento de combate ao desemprego.⁹⁵

Por fim, Christian Marcello Mañas alerta que “a lei deveria ser mais severa na estipulação de critérios para a consecução da sobrejornada e mais especificamente no regime do banco de horas, em que há prestação de sobrejornada sem qualquer custo para a empresa”.⁹⁶

⁹² MAÑAS, Christian Marcello. **Tempo e Trabalho**: a Tutela Jurídica do Tempo de Trabalho e Tempo Livre. São Paulo: LTr, 2005. p. 91-92.

⁹³ MAÑAS, Christian Marcello. **Tempo e Trabalho**: a Tutela Jurídica do Tempo de Trabalho e Tempo Livre. São Paulo: LTr, 2005. p. 92.

⁹⁴ ALCÂNTARA, José Eduardo. Flexibilidade da jornada de trabalho: uma abordagem crítica. In: DELLAGRAVE NETTO, José Affonso (Coord.), **Direito do Trabalho contemporâneo: flexibilização e efetividade**. São Paulo: LTr, 2003, p. 90.

⁹⁵ ALCÂNTARA, José Eduardo. Flexibilidade da jornada de trabalho: uma abordagem crítica. In: DELLAGRAVE NETTO, José Affonso (Coord.), **Direito do Trabalho contemporâneo: flexibilização e efetividade**. São Paulo: LTr, 2003, p. 90.

⁹⁶ MAÑAS, Christian Marcello. **Tempo e Trabalho**: a Tutela Jurídica do Tempo de Trabalho e Tempo Livre. São Paulo: LTr, 2005. p. 92.

2.2 RAÍZES JURISPRUDENCIAIS: A JORNADA 12x36

A jornada de trabalho denominada “12x36” é tida no ramo do direito do trabalho como criação jurisprudencial, sendo uma modalidade de compensação de jornada, afinal, o trabalhador trabalha por um período superior à jornada padrão e, posteriormente, compensa o alongamento por meio do descanso. Tal jornada consiste em prática adotada há vários anos, em especial nos estabelecimentos hospitalares e no ramo da vigilância. Basicamente, a jornada se caracteriza na prestação de 12 horas de serviço por parte do empregado e, posteriormente, no descanso de 36 horas.

Neste sentido, o empregado perfaz 3 dias trabalhados em uma semana (36 horas) e 4 dias na semana seguinte (48 horas) e assim sucessivamente. Num módulo de duas semanas, somando-se as horas laboradas, apresentaria uma média de 42 horas, o que estaria abaixo do limite de 44 horas semanais previstos na Constituição brasileira – limite apresentado nos primeiros capítulos deste trabalho.

No que tange ao divisor a ser adotado nesse regime de 12x36 horas para o cálculo de horas extras, caso se ultrapasse o módulo semanal, Alice Monteiro de Barros explica que:

Nesses regimes, em uma semana o empregado trabalha 48 horas; logo, dividindo-se essas 48 horas por seis, temos, em média, oito horas diárias. Na segunda semana o empregado trabalha 36 horas; dividindo-se essas 36 horas por seis dias temos seis horas diárias de trabalho. Na terceira semana o empregado volta a trabalhar 48 horas, o que resulta na jornada de oito horas, obtida como resultado da média aritmética. Na quarta semana o empregado trabalha novamente 36 horas, que, divididas por seis, representam seis horas diárias, em média. Somando-se as oito horas da primeira e terceira semanas com as seis horas da segunda e quarta semanas temos um total de 28 horas nas quatro semanas; dividindo-se essas 28 horas por quatro, temos, em média, a jornada de sete horas para quem trabalha no regime de 12x36. Multiplicadas essas sete horas por 30 dias do mês, resulta no divisor de 210. Nesse sentido tem-se pronunciado o TST em duas de suas Turmas.⁹⁷

⁹⁷ Alice Monteiro de Barros cita dois julgados: “(...) **Horas extras. Divisor.** Antes do advento da CF/88, tinha-se que, em se tratando da jornada normal diária de 8 horas, sem o limite de 44 horas semanais, o divisor era 240 (8 horas x 30 dias). Após a vigência da atual Carta Magna, o teto semanal de 44 horas é dividido por 6 dias úteis, o que resulta em 7/33 horas diárias, que, multiplicadas por 30 dias, resulta no divisor de 220. Se a jornada diária for de menos de 8 horas, para se encontrar o divisor, multiplica-se o número de horas diárias por 30 dias. No caso concreto, a jornada diária do Reclamante era de 7 horas, que, multiplicadas, por 30 dias, resulta no divisor de 210. Recurso de Revista conhecido e desprovido (...).” TST – RR – 519.289/1998 – Ac. 5ª Turma – Rel: Min. Rider Nogueira de Brito – DJ 8.2.2002.

“**Recurso de Revista. Divisor para o cálculo de salário-hora.** O divisor a ser utilizado para o cálculo do salário-hora dos empregados do Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina de

Apesar de ser adotada há tempos na prática, a jornada 12x36 nunca se manteve isenta de controvérsias. Uma das questões debatidas pela jurisprudência diz respeito à própria legalidade de tal regime. Consoante à questão, há entendimentos jurisprudenciais que ressaltavam a necessidade de pagamento de horas extras além da 8ª hora diária por considerarem, por exemplo, a modalidade sem previsão normativa. Neste sentido:

HORAS EXTRAORDINÁRIAS – JORNADA DE TRABALHO. Verificada a ausência de previsão normativa autorizando a prestação de serviços em escala 12x36 horas, extraordinárias as horas que excedem à jornada legal de oito horas e a carga horária de quarenta e quatro horas semanais. (Ac. da 3ª Turma do TRT da 1ª Região – RO 0031100-32.2008.5.01.0521 – Rel. Juiz Carlos Alberto Araújo Drummond – j. em: 11.07.11 – DJRJ 25.07.2011).⁹⁸

Ainda, parte significativa da doutrina entende que, apesar de haver a possibilidade da modalidade de compensação de jornada, a previsão do artigo 59, § 2º da CLT impediria a prestação de serviços por mais de 10 horas, sendo este o entendimento adotado por José Affonso Dallegrave Neto.⁹⁹ Cabe ressaltar, ademais, que o próprio Tribunal Superior do Trabalho, já se pautara por este viés:

ACORDO COLETIVO – JORNADA 12x36. É válida tal jornada mormente se respaldada em norma coletiva, não gerando, por si só, direito a horas extras. Entretanto, ultrapassado o limite de dez horas (art. 59, § 2º, CLT), é devido o adicional sobre a 11ª e a 12ª horas (Enunciado 85/TST). Configuradas divergência de arestos e violação ao art. 7º, XIII e XXVI, da C.F. Recurso conhecido e provido parcialmente. (2ª Turma do TST – RR 01178/1998-096-15-00.2 – Rel. Juiz Convocado: Saulo Emídio dos Santos – DJU 24.10.2003).¹⁰⁰

Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo, que cumprem jornada de 7 horas diárias, é o 210. Recurso de revista conhecido e desprovido (...). TST – RR-564270/1999 – Ac. 2ª Turma- Rel.: Min. Renato de Lacerda Paiva – DJ 13.2.2004. DE BARROS, Alice Monteiro. **Curso de Direito do Trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2006. p. 646-647.

⁹⁸ Disponível em: <<http://bd1.trt1.jus.br/xmlui/handle/1001/253019?queryRequest=digite%20aqui...>> Acesso em: 20 de outubro de 2012.

⁹⁹ DALLEGRAVE NETO, José Affonso. **Compensação anual de jornada e banco de horas**. Revista TRT 9º Região. Curitiba, v. 24. n.1, p. 91-119, jan./jun. 1999.

¹⁰⁰ Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%20117800-84.1998.5.15.0096&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAAATkzAAN&dataPublicacao=24/10/2003&query=JORNADA%2012x36>> Acesso em: 20 de outubro de 2012.

De acordo com o posicionamento exposto, haveria a necessidade do pagamento de horas extras pelo labor além das 10 horas diárias, ainda que a jornada semanal não ultrapassasse 44 horas.

Outra questão em pauta, quando se trata da jornada 12x36, é a necessidade de previsão em acordo ou convenção coletiva, como previsto no art. 7º, XIII do texto constitucional:

REGIME DE 12x36 – PREVISÃO EM NORMA COLETIVA – LEGALIDADE. Como corolário do reconhecimento da representatividade sindical e de seus instrumentos de atuação, a Constituição Federal de 1988 admite a derrogação da máxima jornada permitida, também mediante avença em acordo ou convenção coletiva de trabalho (art. 7º, XIII e XXVI; art. 8º, III). A adoção do regime de compensação de horas de 12 x 36, lastreado em instrumento de direito coletivo do trabalho, atende aos interesses das categorias envolvidas, moldando-se ao ordenamento vigente. Cumpridos os termos ajustados, indevidas restam horas extras e reflexos. Agravo de instrumento conhecido e desprovido. (3ª Turma do TST – AIRR 2842300-92.2002.5.05.0900 – Rel. Juiz Convocado: Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira – j. 18.06.03 – DJU 01.08.03).¹⁰¹

Outrossim, dentre os debates doutrinários e jurisprudenciais incitados pela adoção da jornada 12x36 cabe destacar também o atinente ao direito de pagamento em dobro pelo trabalho realizado em dias de repouso e feriado.

Aqui, cabe a observância de que há ampla jurisprudência do TST no sentido de não admitir a dobra salarial pelo repouso aos domingos e feriados por entender que os repouso estão embutidos nas 36 horas de descanso. Como exemplo:

TRABALHO EM FERIADOS TRABALHADOS – JORNADA DE 12x36 HORAS – PAGAMENTO EM DOBRO. Não cabe o pagamento em dobro do trabalho prestado em dias feriados quando o regime de revezamento ininterrupto é de doze horas por trinta e seis de descanso. Esse é o entendimento que tem prevalecido nesta Corte Superior. (5ª Turma do TST – RR 729558-55.2001.5.03.5555 – Rel. Juiz Convocado: Walmir Oliveira da Costa – J. 16.05.07. DJU 25.05.07)¹⁰²

¹⁰¹

Disponível

em:

<<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=AIRR%20-%202842300-92.2002.5.05.0900&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAAAaTAAG&dataPublicacao=01/08/2003&query=REGIME%2012x36>> Acesso em: 20 de outubro de 2012.

¹⁰²

Disponível

em:

<<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%20729558-55.2001.5.03.5555&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAAAaBAAW&dataPublicacao=25/05/2007&query=REGIME%2012x36>> Acesso em: 20 de outubro de 2012.

Como visamos demonstrar nesta seção, a adoção do regime 12x36 implica em amplo debate jurisprudencial e doutrinário que alia a teoria à prática pois, apesar de ser prática adotada há vários anos, a jornada 12x36 não contempla previsão legal e rígida que permita nortear os interessados na aplicação de tal jornada.

Citamos a existência de questionamento quanto à própria legalidade da adoção da jornada 12x36, a necessidade de pagamento pelo trabalho extraordinário e o pagamento em dobro dos feriados laborados no regime. Entretanto, cabe ressaltar que outras tantas questões vêm à pauta quando se trata da adoção do regime 12x36. Neste sentido, apesar da novidade trazida pelo TST – que será abordada na seguinte seção – entendemos que não cessarão as discussões nos Tribunais trabalhistas sobre as vastas questões que incidem sobre a adoção da jornada 12x36. Como exemplo de tal constatação, cabe observar que é recorrente nos Tribunais trabalhistas inquietações acerca da necessidade de concessão de intervalo intrajornada no regime e da relevância do pagamento da hora noturna reduzida e o pagamento de adicional noturno quando há trabalho em período noturno na jornada 12x36.¹⁰³

2.3 A SÚMULA Nº 444: NOVIDADE TRAZIDA PELA “SEMANA DO TST”

Considerando parte das controvérsias existentes na adoção da jornada 12x36, recentemente, mais especificamente no dia 14 de setembro de 2012, durante a Semana do Tribunal Superior do Trabalho¹⁰⁴, os ministros do Colendo Tribunal – por maioria – acolheram a sugestão do juiz do trabalho Homero Batista Mateus da Silva, de se adotar uma nova Súmula para o trato do regime de trabalho 12x36.¹⁰⁵

¹⁰³ Podemos citar o julgado: Acórdão da 4ª Turma do TRT-PR. RO 37975-2007-002-09-00-1. Relator: Desembargador Luiz Celso Napp. DJPR 24.05.2011. Disponível em: <http://www.mflip.com.br/temp_site/edicao-1236.pdf> Acesso em: 03 de novembro de 2012.

¹⁰⁴ Para maiores informações sobre a “Semana do TST”: **2ª Semana do TST discutirá em setembro atualização jurisprudencial.** Disponível em: <http://www.tst.jus.br/home/-/asset_publisher/nD3Q/content/2%C2%AA-semana-do-tst-discutira-em-setembro-atualizacao-jurisprudencial?redirect=http%3A%2F%2Fwww.tst.jus.br%2Fhome%3Fp_p_id%3D101_INSTANCE_nD3Q%26p_p_lifecycle%3D0%26p_p_state%3Dnormal%26p_p_mode%3Dview%26p_p_col_id%3Dcolumn-3%26p_p_col_pos%3D1%26p_p_col_count%3D5> Acesso em: 25 de setembro de 2012.

¹⁰⁵ **Súmula do TST regula jornada especial de 12x36.** Matéria disponível em: <http://www.tst.gov.br/web/guest/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/id/2413042> Acesso em: 25 de setembro de 2012.

Homero Batista Mateus da Silva entende que a jornada em questão – denominada também de “dia sim, dia não” – favorece: a) o menor deslocamento do trabalhador para a empresa, porquanto no lugar de uma média de 20 a 26 dias de trabalho, por mês, ativa-se em apenas 15 dias, pois o expediente tem lugar apenas na metade dos dias existentes no período; b) a possibilidade de exercício de outra atividade, remunerada ou não, nos dias de folga; c) a média de 42 horas na quinzena, tendo em vista que a cada semana de 48 horas (quatro expedientes de 12 horas cada um) segue-se necessariamente uma semana de 36 horas (três expedientes de 12 horas), dentro do conceito de semana com sete dias, de segunda-feira a domingo; d) que a média mensal fique abaixo das 220 horas padronizadas pelo texto constitucional pois, mesmo que se considere os descansos semanais remunerados, se tem 180 horas de trabalho efetivo no regime e 192 horas de trabalho efetivo para o sistema normal; e) tendência a que a jornada efetivamente laborada seja de apenas 11 ou 11 horas e meia, porque habitualmente o empregador deixar de deduzir o tempo gasto para intervalo para refeição e descanso, a fim de que dois turnos de 12 horas caibam perfeitamente dentro das 12 horas do dia, como em hospitais e estabelecimentos de serviço contínuo, pois, do contrário, o empregador teria turnos de 13 horas; f) ainda, tendência verificada na maioria das normas coletivas de se concederem folgas adicionais, à razão de uma ou duas por mês, além das 36 horas, para os empregados submetidos a esse sistema, como forma de serem compensados os feriados acaso coincidentes com os dias de plantão.¹⁰⁶

De todo modo, a redação aprovada e nomeada, posteriormente, como Súmula nº 444, passou a prever, *in verbis*:

É válida, em caráter excepcional, a jornada de 12 horas de trabalho por 36 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.¹⁰⁷

¹⁰⁶ DA SILVA, Homero Batista Mateus. **Curso de Direito do Trabalho Aplicado: Jornadas e Pausa**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Elsevier Campus, 2012. p. 55.

¹⁰⁷ **Súmula do TST regula jornada especial de 12x36**. Matéria disponível em: <http://www.tst.gov.br/web/guest/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/id/2413042> Acesso em: 25 de setembro de 2012.

Na aprovação, os ministros ressaltaram que as decisões do Supremo Tribunal do Trabalho sobre o assunto consideravam a previsão do art. 7º, XIII da Constituição como norma permissiva da flexibilização da jornada de trabalho por meio da negociação coletiva. Também destacaram que na jornada 12x36 existe uma efetiva compensação de horas, sendo que a jornada mensal, no caso, perfaz um total de 180 horas, número mais favorável do que o limite apresentado pela Constituição (220 horas). Assim, não caberia o pagamento das horas posteriores à décima – tendo como limite a décima segunda hora – como extraordinárias.

Tais argumentos (fundamentos jurídicos levantados) foram sustentados levando em consideração, também, as manifestações das categorias profissionais e econômicas que, de forma expressiva, se posicionaram a favor do regime de 12x36 horas.¹⁰⁸ Por fim, cabe acrescentar que o Tribunal Superior do Trabalho já abarcava entendimentos em favor da aplicação da jornada 12x36 com alguns requisitos¹⁰⁹:

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

¹⁰⁸ **Súmula do TST regula jornada especial de 12x36.** Matéria disponível em: <http://www.tst.gov.br/web/guest/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/id/2413042> Acesso em: 25 de setembro de 2012.

¹⁰⁹ Cabe o destaque das jurisprudências apresentadas pelo Tribunal Superior do Trabalho como forma de precedentes na adoção da jornada 13x36: ERR 120400-28.2001.5.04.0016 – Min. Delaide Miranda Arantes. DEJT 25.11.2011/J. 27.10.2011 – decisão unânime; ERR 41700-39.2005.5.15.0033 – Min. Augusto César Leite de Carvalho. DEJT 29.04.2011/J. 14.04.2011 – decisão unânime; ERR 41800-91.2005.5.15.0033 – Min. João Batista Brito Pereira. DEJT 17.12.2010/J. 02.12.2010 – decisão unânime; EEDR 89000-06.1999.5.04.0003 – Min. Maria Cristina Irigoyen Peduzzi. DEJT 10.09.2010/J. 02.09.2010 – decisão unânime; ERR 542842-36.1999.5.12.5555 – Min. Lelio Bentes Corrêa. DEJT 09.10.2009/J. 24.09.2009 – decisão unânime; ERR 82100-85.2005.5.15.0101 – Min. Maria de Assis Calsing. DEJT 18.09.2009/J. 10.09.2009 – decisão unânime; EEDAIRReRR 9960-63.1998.5.17.0002 – Min. Carlos Alberto Reis de Paula. DEJT 13.03.2009/J. 19.02.2009 – decisão unânime; ERR 804453-19.2001.5.09.5555 – Red. Min. Aloysio Corrêa da Veiga. DJ 26.09.2008/J. 15.09.2008 – decisão por maioria; RR 39300-41.2006.5.04.0383 – 1ª T. – Min. Waldir Oliveira da Costa. DEJT 10.02.2012/J. 08.02.2012 – decisão unânime; RR 26300-09.2009.5.04.0014 – 2ª T. – Min. José Roberto Freire Pimenta. DEJT 27.04.2012/J. 18.04.2012 – decisão unânime; RR 5600-85.2009.5.04.0022 – 3ª T. – Min. Maurício Godinho Delgado. DEJT 25.05.2012/J. 23.05.2012 – decisão unânime; RR 478-19.2011.5.03.0097 – 4ª T. – Min. Luiz Philippe Vieira de Mello Filho. DEJT 15.06.2012/J. 12.06.2012 – decisão unânime; RR 166400-70.2005.5.15.0071 – 4ª T. – Min. Luiz Philippe Vieira de Mello Filho. DEJT 01.06.2012/J. 23.05.2012 – decisão unânime; RR 157800-55.2008.5.15.0071 – 4ª T. Min. Maria de Assis Calsing. DEJT 10.02.2012/J. 08.02.2012 – decisão unânime; RR 140000-37.2007.5.12.0037 – 7ª T. – Min. Pedro Paulo Teixeira Manus. DEJT 11.05.2012/J. 02.05.2012 – decisão unânime. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_401_450.html#SUM-444> Acesso em: 20 de outubro de 2012.

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." (Subseção I Especializada em Dissídios Individuais – E-ED-RR 3600-02.2006.5.04.0028, Red. Des. Min. Aloysio Corrêa da Veiga, DEJT 25/02/2011).¹¹⁰

Frente à novidade trazida pelo Colendo Tribunal através da criação da Súmula nº 444 que passou a vigorar a partir de 28 de setembro de 2012 (Resolução nº 185 do Tribunal Superior do Trabalho, publicada pela terceira vez no Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho – DEJT)¹¹¹ é mister tecermos algumas considerações acerca das modificações que a nova Súmula traz ao regime de compensação de horas (mais especificamente, à própria jornada 12x36).

2.3.1 Da impossibilidade de pactuação por acordo individual

A redação aprovada pelos ministros destaca: “É válida, **em caráter excepcional**, a jornada de 12 horas de trabalho por 36 de descanso, prevista em lei ou ajustada exclusivamente **mediante acordo coletivo de trabalho ou convenção coletiva de trabalho...**” (grifou-se).

¹¹⁰

Disponível

em:

<<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=E-ED-RR%20-%203600-02.2006.5.04.0028&base=acordao&rowid=AAANGhAA+AAAKr7AAQ&dataPublicacao=25/02/2011&query=HORAS%20EXTRAORDIN%C1RIAS%20AP%D3S%20A%2010%AA%20DI%C1RIA>> Acesso em: 20 de outubro de 2012.

¹¹¹ A publicação em três vezes consecutivas atende à determinação do Regime Interno do TST, em seu artigo 175, que trata da divulgação da jurisprudência, e cumpre o princípio da publicidade da Administração Pública. **Novas súmulas do TST começam a valer a partir de hoje.** Disponível em: <http://www.tst.gov.br/web/guest/pmnoticias/-/asset_publisher/89Dk/content/id/2482443> Acesso em: 20 de outubro de 2012.

Na primeira parte do texto, resta clara a intenção dos ministros em instituir tal regime em caráter excepcional, ou seja, não como regra a ser adotada pelos mais diversos estabelecimentos, hospitais e empresas de vigilância (onde geralmente adotam a jornada em questão).

Ademais, ao ressaltar a necessidade de acordo coletivo de trabalho ou convenção coletiva de trabalho, segue também a atenção quanto à controvérsia existente sobre a possibilidade de adoção do regime de compensação de jornada por acordo individual ou coletivo.

Quanto ao tema, Sônia Aparecida Costa Mascaro Nascimento explica que o texto constitucional tupiniquim possibilita uma dupla interpretação frente à possibilidade de implantação do sistema de compensação de horas por acordo individual ou coletivo, acrescentando que ambas as posições já foram adotadas:

O caput do artigo 59 da CLT possibilita o acordo entre empregado e empregador, para a prorrogação de horas, regulamentando a expressão genérica da Constituição Federal. Utilizava-se também de fundamento gramatical, no sentido de que a palavra coletiva no feminino, não tem concordância com a palavra acordo no masculino.¹¹²

A autora argumenta que o acordo individual, em face do seu alcance social, facilita a compensação de horas em empresas de pequeno porte, atendendo um imperativo de ordem prática. Segundo ela, seria mais fácil para uma empresa regulamentar e implementar a compensação se ajusta-la diretamente com seus empregados.¹¹³

Conforme a Instrução n. 1/1998, da Secretaria de Relações do Trabalho, do Ministério do Trabalho, ao versar sobre o art. 7º da CF, afirma que “os empregados maiores poderão ter a jornada prorrogada no máximo em 2 horas, respeitando o limite de 10 horas, mediante acordo individual, coletivo, convenção ou sentença normativa”. Logo adiante, de igual maneira, a Instrução ressalta que “a

¹¹² NASCIMENTO, Sônia Aparecida Costa Mascaro. **Flexibilização do horário de trabalho**. São Paulo: LTr, 2002. p. 149.

¹¹³ Segundo Sônia A. C. Mascaro Nascimento, “[...] dentro de um contexto de transformações do mercado de trabalho e da sociedade como um todo, quis o constituinte possibilitar um novo tratamento ao instituto da compensação de horas, na tentativa de adaptá-lo produtivamente ao atual panorama”. NASCIMENTO, Sônia Aparecida Costa Mascaro. **Flexibilização do horário de trabalho**. São Paulo: LTr, 2002. p. 150.

compensação da jornada será feita mediante acordo individual, coletivo, convenção coletiva ou sentença normativa”.¹¹⁴

A respeito da compensação de horas, outra norma relevante ao trato é a Portaria n. 865, de 14 de setembro de 1995, que no art. 1º veda aos órgãos do Ministério do Trabalho se pronunciarem sobre o mérito dos acordos de compensação de horas. Além disso, a previsão do art. 4º, da Portaria referida, determina que as eventuais irregularidades, observadas nos instrumentos dos pactos, sejam apenas comunicadas às chefias imediatas para posterior averiguação.¹¹⁵

Frente a tais normativas, Sônia Aparecida Costa Mascaro Nascimento destaca:

No entanto, já em 1996, uma proposta de Emenda Constitucional n. 327, de autoria do deputado Antônio Ballmann, destaca a insatisfação com a rigidez do procedimento exigido pelo texto da Constituição, para implantação da compensação de horas e a sua incompatibilidade com a conjuntura contemporânea de maleabilização dos horários de trabalho – do mesmo modo que, no dizente com as relações de trabalho como um todo – como forma de amortizar as taxas de desemprego, resultantes das variações sazonais da produção e o peso da volatilidade dos mercados sobre as atividades produtivas. Essa proposta tinha por objetivo atenuar a severidade da legislação, sugerindo que fosse aberta a possibilidade de acordo individual para implantação do sistema de compensação de jornada, caso fosse o empregador um microempresário ou um empresário de pequeno porte.¹¹⁶

Nesta esteira, a autora entende que o Tribunal Superior do Trabalho se mostrou mais atento à realidade econômica e passou a se posicionar no sentido da validade do acordo individual para compensação de horas, fazendo exceção apenas aos casos em que houver norma coletiva em sentido contrário. Através da interpretação sistemática dos incisos XIII e VI do art. 7º da CF, o Pleno do TST concluiu:

¹¹⁴ NASCIMENTO, Sônia Aparecida Costa Mascaro. **Flexibilização do horário de trabalho**. São Paulo: LTr, 2002. p. 150.

¹¹⁵ NASCIMENTO, Sônia Aparecida Costa Mascaro. **Flexibilização do horário de trabalho**. São Paulo: LTr, 2002. p. 150.

¹¹⁶ NASCIMENTO, Sônia Aparecida Costa Mascaro. **Flexibilização do horário de trabalho**. São Paulo: LTr, 2002. p. 150.

E, nesse contexto, a mencionada proposta de emenda insere-se no mundo jurídico como ratificação integral da vontade do constituinte de 1988, que, ao dar a atual redação do art. 7º, XIII, da Carta Política em vigor, sinalizou a imprescindibilidade do acordo ou convenção coletiva para validade do regime de compensação. Registre-se, no entanto, que o Pleno do TST, com base em uma interpretação sistemática, comparando o inciso XIII com o inciso VI, do art. 7º da Constituição Federal, concluiu que se o constituinte utilizou a expressão “acordo ou convenção coletiva”, para o regime de compensação, e “negociação coletiva” quando tratou da irredutibilidade do salário, por certo, que sinalizou com a validade do acordo individual, para legitimar e produzir eficácia o regime de compensação de horário, salvo se houver norma coletiva em contrário.¹¹⁷

Tendo em vista as discussões ensejadas pela doutrina e pela jurisprudência, o Tribunal Superior do Trabalho editou a Orientação Jurisprudencial n. 182 que foi incorporada pela Súmula nº 85 do TST:

Súmula nº 85 do TST
COMPENSAÇÃO DE JORNADA (inserido o item V) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011

I. A compensação de jornada de trabalho deve ser ajustada por acordo individual escrito, acordo coletivo ou convenção coletiva. (ex-Súmula nº 85 - primeira parte - alterada pela Res. 121/2003, DJ 21.11.2003)

II. O acordo individual para compensação de horas é válido, salvo se houver norma coletiva em sentido contrário. **(ex-OJ nº 182 da SBDI-1 - inserida em 08.11.2000)** (grifo nosso)

III. O mero não atendimento das exigências legais para a compensação de jornada, inclusive quando encetada mediante acordo tácito, não implica a repetição do pagamento das horas excedentes à jornada normal diária, se não dilatada a jornada máxima semanal, sendo devido apenas o respectivo adicional. (ex-Súmula nº 85 - segunda parte - alterada pela Res. 121/2003, DJ 21.11.2003)

IV. A prestação de horas extras habituais descaracteriza o acordo de compensação de jornada. Nesta hipótese, as horas que ultrapassarem a jornada semanal normal deverão ser pagas como horas extraordinárias e, quanto àquelas destinadas à compensação, deverá ser pago a mais apenas o adicional por trabalho extraordinário. (ex-OJ nº 220 da SBDI-1 - inserida em 20.06.2001)

V. As disposições contidas nesta súmula não se aplicam ao regime compensatório na modalidade “banco de horas”, que somente pode ser instituído por negociação coletiva.¹¹⁸

¹¹⁷ “Acórdão exarado nos autos do processo E-RR n. 194186. Ano: 1995 SBDI-I, julgado em Brasília, em 9 de outubro de 2000 pela Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho sob a Presidência do Ministro VANTUIL ABDALA, no exercício eventual da Presidência, sendo o Ministro MILTON DE MOURA FRANÇA o Relator”. NASCIMENTO, Sônia Aparecida Costa Mascaro. **Flexibilização do horário de trabalho**. São Paulo: LTr, 2002. p. 151-152.

¹¹⁸ Súmula 85 do TST. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_51_100.html> Acesso em: 02 de novembro de 2012.

Segundo o entendimento de Sônia Aparecida Costa Mascaro Nascimento, a Constituição de 1988, assim, possibilita a interpretação de que, caso não sejam ofendidas as normas imperativas de ordem pública, sejam elas de origem estatal ou emanadas por convenções ou acordos coletivos, é lícito às partes pactuarem livremente sobre os termos e condições em que será exercido o labor.¹¹⁹

No mesmo sentido, outros autores como Valentin Carrion¹²⁰, Arion Sayão Romita¹²¹ e Osmani Teixeira de Abreu¹²² entendem pela possibilidade do acordo individual para a modalidade de compensação de horas. Neste viés também, Maurício Godinho Delgado expõe sua observação a respeito do que o autor denomina como “confronto entre o padrão normativo heterônomo e o autônomo coletivo privado, entre regras gerais e regras especiais”. Tal debate, explica o jurista, concerne à “natureza das normas jurídicas que tratam da jornada de trabalho, com o consequente espaço à suplantação concreta dessas normas pelos agentes coletivos privados envolvidos com a relação de emprego”.¹²³ Eis o entendimento do juslaboralista:

As normas jurídicas estatais que regem a estrutura e dinâmica da jornada de trabalho são, de maneira geral, no direito brasileiro, *normas imperativas*. O caráter de cogência que tanto qualifica e distingue o Direito do Trabalho, afirma-se portanto, enfaticamente, neste campo juslaboral. Em consequência dessa afirmação, todos os princípios e regras associados ou decorrentes de tal imperatividade incidem, soberanamente, nesta seara. Por essa razão, a renúncia, pelo trabalhador, no âmbito da relação de empregado, a alguma vantagem ou situação resultante de normas respeitantes à jornada é absolutamente inválida (art. 9º, CLT).¹²⁴

Ante ao sentido apresentado, o autor reconhece a pactuação bilateral entre empregados e empregadores mas acrescenta que é mister a observância de que tal

¹¹⁹ NASCIMENTO, Sônia Aparecida Costa Mascaro. **Flexibilização do horário de trabalho**. São Paulo: LTr, 2002. p. 153.

¹²⁰ CARRION, Valentin. **Comentários à CLT**. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 115.

¹²¹ ROMITA, Arion Sayão. **Direito do Trabalho – Temas em aberto**. São Paulo: LTr, 1998. p. 257.

¹²² ABREU, Osmani Teixeira de. Acordo para compensação de jornada diretamente com o trabalhador. **Revista LTr**. São Paulo, vol. 65, n. 5, p. 558-561, maio de 2001.

¹²³ DELGADO, Maurício Godinho. **Jornada de trabalho e descansos trabalhistas**. 2.ed. rev. reel. e atual. até a Lei 9.601/98. São Paulo: LTr, 1998. p. 35.

¹²⁴ DELGADO, Maurício Godinho. **Jornada de trabalho e descansos trabalhistas**. 2.ed. rev. reel. e atual. até a Lei 9.601/98. São Paulo: LTr, 1998. p. 35.

pacto não pode resultar em prejuízo ao empregado por restar envolvidas normas de caráter imperativo.¹²⁵

Por outro lado, autores como Arnaldo Süssekind¹²⁶, Mozart Victor Russomano¹²⁷, Sérgio Pinto Martins¹²⁸, Amauri Mascaro Nascimento¹²⁹ e José Augusto Rodrigues Pinto¹³⁰ defendem a necessidade da adoção de acordo coletivo, ressaltando que o fato de ter o legislador constituinte invertido a ordem das palavras “convenção” e “acordo coletivo” para “acordo” e “convenção coletiva”, não haveria alteração no sentido e na observância da pactuação em acordo coletivo.

Amauri Mascaro Nascimento dizia, à época da edição de nossa Carta Constitucional de 1988, que a forma de adoção do sistema de compensação de horas seria por acordo coletivo com sindicato, não sendo válido e “estando sujeito à autuações da fiscalização trabalhista”, o acordo individual.¹³¹

Ainda que parem discussões acerca da possibilidade do acordo individual para adoção da compensação de jornada, resta a constatação de que o Tribunal Superior do Trabalho, através da redação da nova Súmula nº 444, que autoriza a jornada 12x36, é claro ao afirmar que deverá haver acordo coletivo ou convenção coletiva para o caso, não cabendo acordo individual. Tal posição, adotada pelos ministros, reforça a vigilância e proteção que devem ser concedidas em favor do trabalhador quando se trata de aplicação da jornada 12x36.

¹²⁵ “[...] como critério geral, será inválida a transação bilateral que provoque prejuízo ao trabalhador (art. 468, CLT)”. DELGADO, Maurício Godinho. **Jornada de trabalho e descansos trabalhistas**. 2.ed. rev. reel. e atual. até a Lei 9.601/98. São Paulo: LTr, 1998. p. 35. Artigo 468, caput, da CLT: “Nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e ainda assim, desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia”. BRASIL, Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 9 ago. 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm> Acesso em: 20 de maio de 2012.

¹²⁶ SÜSSEKIND, Arnaldo e TEIXEIRA FILHO, João de Lima. **Instituições de direito do trabalho**. vol. II. 22. ed. atual. São Paulo: LTr, 2005. p. 815-816.

¹²⁷ RUSSOMANO, Mozart Victor. **Curso de Direito do Trabalho**. 6. ed. Curitiba: Juruá, 1997. p. 245.

¹²⁸ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 527-528.

¹²⁹ MASCARO NASCIMENTO, Amauri. **Iniciação ao Direito do Trabalho**. 33. ed. São Paulo: LTr, 2007. p. 288 e 291.

¹³⁰ PINTO, José Augusto Rodrigues. **O direito do trabalho e as questões do nosso tempo**. São Paulo: LTr, 1998. p. 111-115.

¹³¹ MASCARO NASCIMENTO, Amauri. **Direito do Trabalho na Constituição de 1988**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 177.

Neste sentido, em que pese possa haver discussões acerca da própria efetividade da representação sindical nos tempos presentes¹³², resta a providência textual da Súmula com o intuito de amparar o empregado, no momento de negociar a compensação de jornadas, em sua força coletiva, depositada no ente de sua representação como categoria, com a missão de assegurar ao trabalhador a igualdade, na mesa das discussões frente ao empregador. Igualdade esta que a superioridade econômica e a sujeição hierárquica do empregado retira do trabalhador em discussões individuais.¹³³

Ademais, José Augusto Rodrigues Pinto acrescenta que “[...] a participação da associação sindical *profissional* é obrigatória, sendo totalmente inválida a celebração sob o manto da falsa coletivização da negociação *plúrima* com empregados da mesma empresa, ou mesmo com outro tipo de representação, como o de comissão interna e semelhantes”.¹³⁴

2.3.2 Da necessidade de pagamento em dobro dos feriados laborados

Outro aspecto que deve ser destacado ante à *novel* redação apresentada é a questão do pagamento em dobro dos feriados laborados na constância da jornada. Neste sentido, é parte do texto: “...assegurada a **remuneração em dobro dos feriados trabalhados.**” (grifo nosso)

O artigo 70 da CLT¹³⁵, nesta via, ressalta a vedação do trabalho nos feriados nacionais e religiosos. Também a Súmula nº 146 do Tribunal Superior do Trabalho

¹³² Há um debate que não cabe ser abordado na presente pesquisa por envolver complexidade diversa e estranha ao tema quando se contesta a atuação dos sindicatos na atualidade. Entretanto, cabe a constatação segundo José Affonso Dallegrave Neto: “Enquanto no modelo fordista o sindicato não interessava porque era articulado, forte e combativo, sendo os instrumentos celebrados *in melius* em relação à lei; no atual modelo toyotista, os ACTs e CCT limitam-se a conservar direitos legais e, em alguns casos, alterar *in pejus* as condições de trabalho outrora conquistadas. Tal fenômeno se dá justamente pela debilidade do movimento sindical obreiro que perdeu seu poder reivindicatório”. DALLEGRAVE NETO, José Affonso. Análise de Conjuntura Socioeconômica e o Impacto no Direito do Trabalho. In: DALLEGRAVE NETO, José Affonso (Coord.). **Direito do trabalho contemporâneo: flexibilização e efetividade**. São Paulo: LTr, 2003, p. 10-12.

¹³³ PINTO, José Augusto Rodrigues. **O direito do trabalho e as questões do nosso tempo**. São Paulo: LTr, 1998. p. 115.

¹³⁴ PINTO, José Augusto Rodrigues. **O direito do trabalho e as questões do nosso tempo**. São Paulo: LTr, 1998. p. 115.

¹³⁵ Artigo 70 da CLT: “Salvo o disposto nos artigos 68 e 69, é vedado o trabalho em dias feriados nacionais e feriados religiosos, nos termos da legislação própria”. BRASIL, Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF,

destaca, *in verbis*: “Trabalho em domingos e feriados, não compensado. O trabalho prestado em domingos feriados, não compensado, deve ser pago em dobro, sem prejuízo da remuneração relativa ao repouso semanal”.¹³⁶ Cabe, ainda, o entendimento trazido pelo art. 9º da Lei nº 605 de 1949:

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.

Como anteriormente demonstrado, o Tribunal Superior do Trabalho vinha se posicionando no sentido de não conceder a remuneração em dobro pelos feriados trabalhados quando se tratava da jornada 12x36. O argumento antes utilizado era no sentido de que o descanso já restava previsto nas 36 horas, não havendo direito ao pagamento em dobro dos feriados. Entretanto, a redação apresentada pelos ministros explicita o reconhecimento da excepcionalidade e da sobrecarga que a jornada traz e, conseqüentemente, ensejando o direito à remuneração em dobro no que tange aos feriados trabalhados, não cabendo a confusão de institutos distintos (no sentido de considerar a compensação de horas normais com os descansos semanais remunerados e feriados).

Cabe atentar, em estudo jurisprudencial, que o direito à remuneração dos feriados laborados – ainda que considerados anteriormente pelo TST como compensados – contemplava jurisprudência favorável mesmo antes da aprovação da redação em questão. Neste viés, os julgados do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região:

FERIADOS. REGIME DE 12X36. O regime especial de trabalho (12x36) não exclui o descanso obrigatório nos feriados, afastando tão-somente a percepção do domingo laborado de forma dobrada (OJ nº 14 deste TRT), eis que a folga subseqüente a 12h de trabalho decorre do regime (12x36), e não de feriado trabalhado. (TRT 3ª R. - RO 00403-2012-002-03-00-7 - 9ª T. - Rel. Juiz Ricardo Antonio Mohallem – DEJT 31.07.2012. p. 67).¹³⁷

9 ago. 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm> Acesso em: 20 de maio de 2012.

¹³⁶

Disponível

em:

<http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_101_150.html> Acesso em: 02 de novembro de 2012.

¹³⁷ Disponível em: <<https://as1.trt3.jus.br/juris/consultaBaseSelecionada.htm>> Acesso em: 20 de outubro de 2012.

JORNADA 12X36 - LABOR EM FERIADOS - PAGAMENTO EM DOBRO. As folgas normais da jornada especial de 12 x 36 não servem para compensar o trabalho nos dias santos e feriados, exatamente porque, ao contrário do domingo, tais folgas são verificadas apenas em ocasiões especiais, devendo ser observadas. Com efeito, as folgas relativas à aludida jornada visam, tão-somente, à compensação da jornada mais extenuante a que se submete o empregado sob tal condição, sendo devido, destarte, o pagamento em dobro dos feriados porventura laborados, nos termos do artigo 9º da Lei nº 605/49. Nestes termos é a Orientação Jurisprudencial nº 14 deste Egrégio Regional. Assim, não há como dar validade às cláusulas normativas que dispõem o contrário, já que a renúncia a direitos trabalhistas, notadamente ao salário, é expressamente vedada pelo ordenamento jurídico. O artigo 9º da Lei nº 605/49 estabelece o direito ao recebimento, em dobro, dos feriados eventualmente trabalhados. Assim sendo, ao se conferir validade à norma coletiva em questão, estar-se-á autorizando a supressão, pura e simples, de direito previsto em norma imperativa irrenunciável e, portanto, não sujeito à negociação coletiva, sem que se ofereça outra compensação sob o mesmo título, repetindo-se, mais uma vez, que as folgas inerentes ao sistema 12X36 não compensam o labor porventura prestado em tais dias, mas apenas o maior desgaste causado por uma jornada de trabalho tão prolongada (TRT 3ª R. - RO 01806-2011-105-03-00-0 - 6ª T. - Rel. Juiz Convocado Maurilio Brasil – DEJT 25.05.2012).¹³⁸

Como justificativa, vale explicar que os feriados representam, desde a Idade Média, lapso temporal a ser dedicado ao não-trabalho, sendo que o trabalhador desfruta, em tais ocasiões, do convívio de sua família e de outras atividades que não o trabalho.

Ademais, a obrigatoriedade do labor em dias destinados ao descanso efetivamente reflete no cotidiano da sociedade, pois contribui para sua dissolução e interfere na estabilidade do indivíduo; também repercute sobre a produção, a economia, a criminalidade, etc.¹³⁹ Ainda, o trabalho em tais dias influencia que outros estabelecimentos também funcionem para suprir as necessidades dos próprios trabalhadores que se ocupam nos dias que seriam destinados ao descanso.¹⁴⁰

2.3.3 Do não pagamento da 11ª e 12ª hora como extras

¹³⁸ Disponível em: <<https://as1.trt3.jus.br/juris/consultaBaseSelecionada.htm>> Acesso em: 20 de outubro de 2012.

¹³⁹ Neste sentido, Christian Marcello Mañas sugere a observação da obra de Carrion: CARRION, Valentin. **Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 114. *apud* MAÑAS, Christian Marcello. **Tempo e Trabalho**: a Tutela Jurídica do Tempo de Trabalho e Tempo Livre. São Paulo: LTr, 2005. p.126.

¹⁴⁰ Para entender melhor o argumento do autor, ver: MAÑAS, Christian Marcello. **Tempo e Trabalho**: a Tutela Jurídica do Tempo de Trabalho e Tempo Livre. São Paulo: LTr, 2005. p.126.

As horas extraordinárias são aquelas que ultrapassam a jornada normal, comum ou reduzida, fixada por lei, convenção coletiva, sentença normativa ou contrato individual ou coletivo de trabalho.¹⁴¹

A noção de jornada extraordinária não se estabelece em função da existência da necessidade de acréscimo salarial, mas simplesmente pelo fato de foi ultrapassada a jornada normal. Sendo assim, embora não se destaque o pagamento de adicional de horas extras, há jornada extraordinária no regime compensatório.¹⁴²

A necessidade de pagamento pelo esforço prestado nas horas extraordinárias se dá em virtude do rompimento do equilíbrio entre atividade e repouso, sendo uma indenização de caráter ressarcitivo.

A modalidade de compensação de horas – ao destacar uma redistribuição das horas pagas além da jornada normal – é um fenômeno distinto da hora extraordinária que enseja o pagamento adicional. Neste sentido é a reza da Súmula aprovada: “O empregado **não tem direito ao pagamento de adicional referente ao labor prestado na décima primeira e décima segunda horas**” (grifo nosso). Logo, os ministros do Colendo Tribunal Superior do Trabalho, entenderam não serem consideradas como extras as horas prestadas além da décima hora na jornada 12x36 (tendo como limite a décima segunda hora) por haver efetiva compensação no caso.

O texto aprovado é contrário ao entendimento exposto por autores como José Affonso Dallegrave Neto¹⁴³ e Edson Braz da Silva¹⁴⁴ pois estes entendem que o limite máximo da jornada (quando se trata da modalidade de compensação de horas) restaria previsto através do § 2º do art. 59 da CLT. O referido artigo, por sua vez, prevê que a contratação de horas suplementares¹⁴⁵ ou o acordo de

¹⁴¹ CARRION, Valentin. **Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho**. 28. ed. São Paulo: LTr, 2003. p. 103.

¹⁴² MASCARO NASCIMENTO. Amauri. **Iniciação ao Direito do Trabalho**. 33. ed. São Paulo: LTr, 2007. p. 289-290.

¹⁴³ DALLEGRAVE NETO, José Affonso. **Compensação anual de jornada e banco de horas**. Revista TRT 9º Região. Curitiba, v. 24. n.1, p. 91-119. Jan./Jun. 1999.

¹⁴⁴ DA SILVA, Edson Braz. A ilegalidade do Sistema de Compensação de Jornada de Trabalho 12x36. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 18ª Região**. Goiânia, a. VII. Dez. 2004. Disponível em: <http://www.trt18.jus.br/porta/arquivos/2012/03/artigo_003-ebraz-jornada12x36.pdf>. Acesso em: 20 de outubro de 2012.

¹⁴⁵ Na modalidade de compensação de horas, o horário é prorrogado até o limite de duas horas diárias, com um adicional mínimo de 50% (art. 7º, XVI, da CF c/c art. 59 da CLT).

compensação de jornada não poderia ultrapassar 10 (dez) horas diárias de trabalho, mesmo quando a permissão para a compensação esteja veiculada em acordo ou convenção coletiva de trabalho. Eis a explicação de Edson Braz da Silva:

Repisando, o fato de a jornada de trabalho 12x36 ser prevista em acordo ou convenção coletiva de trabalho não deve impressionar ou sensibilizar o intérprete. A uma, porque, ao viabilizar possível o acordo de compensação de jornada, o § 2º do art. 59 da CLT estabelece o limite máximo de 10 (dez) horas diárias. A duas, porque dessa limitação não exclui os acordos formalizados mediante negociação coletiva; ao contrário, expressamente estendeu a vedação às hipóteses de acordo ou convenção coletiva. A três, porque o limite máximo de 10 (dez) horas de trabalho diárias é medida de medicina e segurança do trabalho, tendo por objetivo prevenir a fadiga física e mental do trabalhador e, portanto, fora da esfera do poder negocial dos sindicatos.¹⁴⁶

No que tange ao chamado “banco de horas”, por exemplo, há o entendimento de que a redistribuição de horas de trabalho deve observar o limite máximo de 2 (duas) horas compensáveis por dia. Caso haja exigência do empregador para que o trabalhador exerça mais de duas horas, o acordo de compensação de jornada é tido como rompido, sendo necessário o pagamento de adicional da totalidade das horas prestadas como extraordinárias.

Em que pese tal entendimento, pelo rompimento do acordo de compensação de horas (ensejando a incidência do adicional de horas extras) quando ultrapassado o limite previsto pelo § 2º do art. 59 da CLT, a Súmula aprovada pelos ministros do Tribunal Superior do Trabalho, acaba por flexibilizar o próprio regime de compensação de horas pois desconsidera o limite presente no texto consolidado. Restaria, a grosso modo, uma exceção (flexibilização do limite previsto no § 2º do art. 59 da CLT) da exceção (compensação de jornadas que se mostra uma flexibilização à necessidade de pagamento pela prestação de horas que perpassam o limite diário padrão de oito horas) da exceção (pagamento de horas extras por previsões que autorizam, como exemplo, o artigo 61 da CLT).¹⁴⁷ E, tal exceção da

¹⁴⁶ DA SILVA, Edson Braz. A Ilegalidade do Sistema de Compensação de Jornada de Trabalho 12x36. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 18ª Região**. Goiânia, a. VII. Dez. 2004. Disponível em: <http://www.trt18.jus.br/porta/arquivos/2012/03/artigo_003-ebraz-jornada12x36.pdf>. Acesso em: 20 de outubro de 2012.

¹⁴⁷ Como já disposto nesta pesquisa, José Eduardo Alcântara destaca que a compensação de horas é exceção das exceções que ensejam o pagamento pelo labor além da jornada diária de oito horas. ALCÂNTARA, José Eduardo. Flexibilidade da jornada de trabalho: uma abordagem crítica. In: DELLAGRAVE NETTO, José Affonso (Coord.), **Direito do Trabalho contemporâneo: flexibilização e efetividade**. São Paulo: LTr, 2003, p. 80-81. Neste sentido, caberia a constatação que, ao ser uma

exceção da exceção gera consequências que ofendem o princípio protetivo. É o que passamos a demonstrar no capítulo final deste trabalho.

3 A JORNADA 12X36 E A OFENSA AO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO

Chegamos ao principal ponto da presente pesquisa: a análise da jornada 12x36 sob o viés do princípio da proteção. Aqui, não procuramos discorrer detalhadamente sobre todas as facetas do princípio da proteção. Entretanto, buscamos demonstrar a necessidade da observância constante do princípio protetivo em todo o Direito do Trabalho pois, ao ser intrínseco às raízes do próprio ramo, trata de proteger o trabalhador – pessoa humana acima de tudo – e, assim, deve ser constantemente “revisitado”.¹⁴⁸

Os princípios são tidos como “diretrizes gerais *induzidas* e, ao mesmo tempo, *indutoras* do direito”¹⁴⁹, ou seja, diretrizes que se inferem de um sistema jurídico e que, após inferidas, a ele se reportam, informando-o.

Américo Plá Rodriguez aponta uma tríplice missão dos princípios jurídicos: explica que os princípios contemplam uma função informadora, sendo responsáveis por influenciar o legislador na inovação do ordenamento; apresentam função normativa, no sentido de que servem como suplemento em casos de inexistência de lei para o caso concreto; ademais, também possuem a função interpretativa, pois são utilizados como critérios de interpretação das leis.¹⁵⁰

Ainda, outras funções são atribuídas aos princípios do Direito do Trabalho: são utilizados como regramento para adaptação dos conceitos de outros ramos do direito para aplicação às relações de emprego (neste sentido, impedem contrariedades aos fundamentos do Direito do Trabalho como, por exemplo, a autonomia da vontade); ainda, os princípios desenvolvem conceitos, viabilizando a influência do Direito do Trabalho nos demais ramos; também os princípios traduzem a criatividade própria do sistema jurídico em lidar com casos concretos e interpretativos, possibilitando a atualização do sistema. Por fim, são os princípios

¹⁴⁸ Para entender a questão: COUTINHO, Aldacy Rachid. O Princípio da Proteção Revisitado. **Revista Bonijuris**, ano XIII, nº 452, p. 5-7, julho de 2001.

¹⁴⁹ DELGADO, Maurício Godinho. **Princípios de direito individual e coletivo do trabalho**. São Paulo: LTr, 2001. p. 16.

¹⁵⁰ PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípios do direito do trabalho**. Tradução de Wagner D. Giglio. 2. ed. São Paulo: LTr, 1993. p. 30-39.

que estruturam os elementos e dão ordem ao sistema de normas trabalhistas, lidando com princípios de outros ramos que sejam incompatíveis.¹⁵¹

3.1 O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO

O princípio da proteção consiste no tratamento privilegiado do trabalhador, atribuindo-lhe vantagens e, em contrapartida, impondo obrigações ao empregador. No entanto, cabe ressaltar que não se trata de atribuir direitos apenas aos empregados. Pelo contrário, o Direito do Trabalho considera a admissão da subordinação do empregado em relação ao empregador, reconhece o direito diretivo do empregador. A relação de emprego é uma relação de poder, em que o empregador detém o poder diretivo, ou seja, é ele quem comanda toda a execução do trabalho prestado pelo trabalhador. Deste modo, se busca, através da superioridade jurídica do trabalhador, compensar a natural inferioridade do trabalhador no contrato de trabalho pactuado com o empregador.

O trabalhador mantém também uma dependência econômica em relação ao empregador. Ainda que tal dependência não seja critério para a existência de uma relação de emprego, sem dúvida é usada como parâmetro para configuração de uma relação de subordinação. Em geral, o trabalhador coloca seus serviços à disposição de outrem para que o salário percebido em contraprestação possa garantir a sobrevivência do empregado, ou, pelo menos, o conforto de sua família.

O empregado, então, se situa em uma posição de necessidade econômica onde dispõe de poucos recursos frente ao empregador, não contemplando a possibilidade de fazer, por exemplo, exigências na contratação, ou mesmo durante a vigência do contrato. Também, ao final da relação contratual, não possui poder de barganha para exigir o pagamento devido, restando-lhe apenas, na maioria das vezes, a via Judiciária. Ademais, a realidade do desemprego em nossa sociedade também favorece a submissão do empregado ao poder do empregador.

Inobstante, o empregado não apenas se mostra vulnerável sob o aspecto econômico, mas também apresenta a vulnerabilidade física pois – na prestação laboral – sua mão-de-obra não se desvincula de sua pessoa. Neste aspecto, o empregado fica alheio às condições de execução do trabalho, se submetendo a

¹⁵¹ PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípios do direito do trabalho**. Tradução de Wagner D. Giglio. 2. ed. São Paulo: LTr, 1993. p. 30-39.

riscos de danos físicos e também mentais, decorrentes de inúmeros fatores como, por exemplo, o ambiente laboral e o contrato de trabalho pactuado.

3.1.1 Os fundamentos do princípio protetivo

Os fundamentos do princípio da proteção remontam ao surgimento do Direito do Trabalho, e se confundem aos próprios fundamentos dessa disciplina. Tanto assim que Octavio Bueno Magano nos remete a esse princípio ao criar sua definição do ramo jurídico, em suas palavras:

[...] o Direito do Trabalho constitui o conjunto de princípios, normas e instituições aplicáveis à relação de trabalho e situações equiparáveis, tendo em vista a melhoria da condição social do trabalhador, através de medidas protetoras e da modificação das estruturas sociais.¹⁵²

O Direito do Trabalho é produto do industrialismo de fins do século XVIII, advindo de um contexto em que a Revolução Industrial inaugurara um processo de superexploração da mão-de-obra. O surgimento do Direito do Trabalho significou, então, a elevação do trabalhador à sua condição de dignidade da pessoa humana. Este ramo, assim, procura realizar um dos maiores valores éticos do direito em geral: a justiça (esta se torna um fim em busca do qual se empenha o direito). Neste sentido, qualquer justiça consiste em uma distribuição harmônica e equânime, dando a cada um aquilo que lhe pertence.¹⁵³ No mesmo sentido, Mario de La Cueva descreve a finalidade imediata do Direito do Trabalho:

[...] A fórmula futura da justiça não é um produto da razão filosófica, mas da vida. É uma justiça vital e tem uma expressão simples: “Dar a cada quem o que necessite”. E seu fundamento é igualmente simples: A pessoa humana é uma finalidade e tem direito a viver uma existência digna; um ordenamento jurídico que funciona para uma minoria, cujas pertenças defende, mas que não serve para a satisfação das necessidades humanas, não poderá ser um ordenamento justo. O direito do trabalho se apresenta como a iniciação de uma nova ordem que descansa e se afirma no conceito da justiça. Sua ideia é dar satisfação às necessidades do homem que trabalha; mas insistimos uma vez mais, não pretende se limitar às

¹⁵² MAGANO, Octavio Bueno. **Manual de Direito do Trabalho**. 3. ed. vol. I. São Paulo: LTr, 1988. p. 7.

¹⁵³ MORAES FILHO, Evaristo de. **Introdução ao direito do trabalho**. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1956. vol. I. p. 356-359.

necessidades materiais do homem; reclama também as liberdades de espírito; e, se exige a garantia de sua existência, é para poder ser livre.¹⁵⁴

Em consonância a tais entendimentos, Américo Plá Rodriguez ressalta que o legislador, ao não caber mais a sustentação de igualdade existente entre os sujeitos do contrato de trabalho, passou a se valer de uma compensação jurídica para o combate da desigualdade econômica desfavorável ao trabalhador:

[...] Se o legislador se propôs a estabelecer por meio da lei um sistema de proteção do trabalhador, o intérprete desse direito deve colocar-se na mesma orientação do legislador, buscando cumprir o mesmo propósito. Sob este aspecto, o princípio não aparece como estranho aos critérios que se aplicam em qualquer ramo do direito, nos quais o intérprete deve sempre atuar em consonância com a intenção do legislador. E num plano mais concreto assinala *Krotoschin* que o Direito do Trabalho, embora não tenha provavelmente produzido métodos típicos de interpretação, tem sido e continua sendo o que dirige certo movimento interpretativo tendente a introduzir ou aprofundar no direito positivo a verdadeira solidariedade social. Trata-se daquela tendência geral que propende a igualar cada vez mais as condições da luta pelo direito em que se encontra o economicamente débil com as do homem opulento e atenuar os rigores excessivos do direito individual, considerando-se o interesse social. Esta tendência é hoje em dia comum a todo o direito e só se podem estabelecer diferenças quanto à importância que se deve atribuir a suas aspirações ou a força com que ela se faz sentir.¹⁵⁵

Como já mencionado, o fundamento do princípio protetivo não se pauta apenas na desigualdade econômica. Também a subordinação deve ser considerada – caracterizada pelo exercício patronal do poder diretivo do empregador e pelo dever de obediência do empregado. Ademais, a relação de supremacia do empregador sobre o empregado não só encontra respaldo no ordenamento jurídico como dele retira seu fundamento.¹⁵⁶ Ainda que fosse desconsiderado o caráter econômico, o

¹⁵⁴ Redação original: “La fórmula futura de la justicia no será un producto de la razón filosófica, sino de la vida. Será una justicia vital y tendrá una expresión sencilla: ‘Dar a cada quien lo que necesite’. Y su fundamentación es igualmente simple: La persona humana es una finalidad y tiene derecho a vivir una existencia digna; un orden jurídico que funciona para una minoría, cuyas pertenencias defiende, pero que es impotente para dar satisfacción a las necesidades humana, no podrá ser un orden justo. El derecho del trabajo se presenta como la iniciación de un nuevo orden y afirma y descansa en el nuevo concepto de la justicia. Su idea es dar satisfacción a las necesidades del hombre que trabaja; pero insistamos una vez más, no pretende limitarse a las necesidades materiales del hombre; reclama también las libertades del espíritu; y si exige la garantía de su existencia, es para poder ser libre.” LA CUEVA, Mario de. Prologo a las ediciones primera y segunda. In: **Derecho Mexicano Del Trabajo**. Tomo Primero. 3. ed. rev. Mexico: Editorial Porrúa, S.A., 1949. p. X.

¹⁵⁵ PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípios do direito do trabalho**. Tradução de Wagner D. Giglio. 2. ed. São Paulo: LTr, 1993. p. 31.

¹⁵⁶ HOFFMANN, Fernando. **O princípio da proteção ao trabalhador e a atualidade brasileira**. São Paulo: LTr, 2003. p. 44.

Direito do Trabalho deveria continuar sendo pautado pelo princípio da proteção, de forma a controlar o poder diretivo concedido ao empregador e impedir seu abuso. Neste sentido, é o entendimento de Fernando Hoffmann:

[...] se, hipoteticamente, não houvesse uma relação de domínio entre empregado e empregador, a desigualdade econômica seria – como foi – suficiente a justificar a existência do princípio protetivo. E, após certa fase de hesitação e assimilação, a doutrina passou a considerar, mesmo que timidamente, ambos os fundamentos – desigualdade econômica e jurídica – ao se referir ao princípio da proteção.¹⁵⁷

Deste modo, a proteção do trabalhador contrapõe-se, no âmbito do contrato de trabalho, ao princípio da igualdade na celebração dos contratos, não apenas pela diferença econômica existente entre as partes do contrato mas também pela subordinação jurídica do empregado ao empregador (subordinação esta explícita também no contrato).¹⁵⁸ A ordem jurídica, então, deve conferir valoração distinta à pessoa do trabalhador e não pode considerar a força de trabalho como uma qualquer “mercadoria” livremente negociável. Ao contrário, a força de trabalho deve ser considerada como atributo da personalidade do trabalhador, cuja dignidade exige tratamento diferenciado e protetor.¹⁵⁹ Como destaca Fernando Hoffmann:

O princípio da proteção inspira o Direito do Trabalho, porque incute na mente do criador, do operador e do aplicador a ideia de que se trata de um ramo da ciência jurídica comprometido com o tratamento protetivo de um dos sujeitos de determinada categoria jurídica que é central na sociedade contemporânea. Informada tal diretriz o Direito Laboral porque, além de instruí-lo, também o confirma e o torna real. Enfim, o princípio da proteção também assume espontaneamente a função de fundamentar o Direito do Trabalho em razão de ser capaz, por si só, de justificar a autonomia diante dos demais ramos do Direito e de propiciar seu desenvolvimento como ciência. Busca o princípio protetor compensar as desigualdades decorrentes da situação econômica vivida pelos sujeitos da relação de emprego, na qual o empregador é o detentor dos meios de produção e o empregado é o detentor apenas da força de trabalho, e também da condição jurídica que tal

¹⁵⁷ HOFFMANN, Fernando. **O princípio da proteção ao trabalhador e a atualidade brasileira**. São Paulo: LTr, 2003. p. 44.

¹⁵⁸ DAMAS, Joaquim Augusto Domingos. O princípio da igualdade na relação jurídica de trabalho. In: **Revista Jurídica do Trabalho**, Salvador, n.1, abr./jun. de 1998. p. 113. *apud* HOFFMANN, Fernando. **O princípio da proteção ao trabalhador e a atualidade brasileira**. São Paulo: LTr, 2003. p. 44-45.

¹⁵⁹ HOFFMANN, Fernando. **O princípio da proteção ao trabalhador e a atualidade brasileira**. São Paulo: LTr, 2003. p. 44-45.

relação manifesta, pois empregado e empregador são diferenciados pela potencialidade legalmente reconhecida do exercício do poder.¹⁶⁰

3.2 O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO NA ATUALIDADE

Tendo em vista os fundamentos do princípio da proteção, um confronto entre a proteção e a desregulamentação resultaria no desaparecimento do Direito do Trabalho se a desregulamentação se mostrasse vitoriosa. No entanto, Luiz de Pinho Pedreira da Silva destaca que o fato não deverá acontecer pois a proteção “é fator de maior produtividade e paz social, que interessam ao capitalismo”. Assim, o autor acrescenta que a flexibilidade só poderia ser admitida em doses moderadas.¹⁶¹

Ainda, através das palavras de Perez Leñero – escritas há mais de cinquenta anos sobre o princípio que Leñero denominava como “princípio de tutela” –, Luiz de Pinho Pedreira da Silva expõe que a tutela não é transitória mas permanente, tendo razão de ser no desnível econômico, que é consubstancial ao contrato.¹⁶² Neste sentido, ao concluir pela permanência da necessidade de proteção (considerando também a subordinação jurídica e a inferioridade cultural do empregador, elementos determinantes da proteção que são consubstanciais ao contrato de trabalho), o Direito do Trabalho “subsistirá porque a inferioridade dos trabalhadores, que ele tem por missão aliviar com a proteção, existirá sempre no sistema capitalista”.¹⁶³

No tocante à forma de aplicação do princípio da proteção, é cediço pelos autores contemporâneos que tratam da questão da principiologia do Direito do Trabalho, a prevalência da sistematização proposta por Américo Plá Rodríguez. O juslaboralista uruguaio entende que três seriam as regras de aplicação do princípio protetivo, sem que se possa considerar uma forma de aplicação subordinada ou derivada de outra:

¹⁶⁰ HOFFMANN, Fernando. **O princípio da proteção ao trabalhador e a atualidade brasileira**. São Paulo: LTr, 2003. p. 61-62.

¹⁶¹ PEDREIRA DA SILVA, Luiz de Pinho. **Principiologia do direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 1999. p. 38-39.

¹⁶² PEDREIRA DA SILVA, Luiz de Pinho. **Principiologia do direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 1999. p. 38.

¹⁶³ PEDREIRA DA SILVA, Luiz de Pinho. **Principiologia do direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 1999. p. 38.

- a) a regra *in dubio pro operario*. Critério que deve utilizar o juiz ou o intérprete para escolher, entre vários sentidos possíveis de uma norma, aquele que seja mais favorável ao trabalhador;
- b) a regra da norma mais favorável determina que, no caso de haver mais de uma norma aplicável, deve-se optar por aquela que seja mais favorável, ainda que não seja a que corresponda aos critérios clássicos de hierarquia das normas; e
- c) a regra da condição mais benéfica. Critério pelo qual a aplicação de uma nova norma trabalhista nunca deve servir para diminuir as condições mais favoráveis em que se encontrava um trabalhador.¹⁶⁴

Especialmente quanto à regra *in dubio, pro operario*, cabe destacar que a aplicação do princípio da proteção não necessita de um processo hermenêutico, onde vários sentidos se apresentem (deve, sim, ser tomado como um valor acolhido previamente pelo legislador). Ou seja, é uma diretiva prévia, para que na atribuição de sentido, o elemento valorativo que sobressaia seja o da tutela.¹⁶⁵ Faz-se mister tal constatação pois, como explica Aldacy Rachid Coutinho:

Ninguém poderá negar que o sujeito que trabalha atua primordialmente para o próprio sustento e de sua família, ou seja, por uma questão de sobrevivência. Não poucas vezes, aliás, para enfrentar a tortura da fome. É preciso superar uma visão economicista do direito e patrimonialista do sujeito. O direito não está para o mercado, mas para o sujeito. O direito não está pelo que o sujeito tem, mas pelo que ele é, enquanto pessoa, inclusive para que ele possa ter. O paradigma não é o do ter, mas o do ser, ser humano, ser pessoa, ser digno em uma estrutura societária mais justa.¹⁶⁶

O empregado, neste contexto, não pode ser visto apenas como um sujeito sem conhecimento de sua sujeição jurídica, sem a capacidade de discernimento da externalização de sua vontade perante o contrato de trabalho.¹⁶⁷

¹⁶⁴ PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípios do direito do trabalho**. Tradução de Wagner D. Giglio. 2. ed. São Paulo: LTr, 1993. p. 42-43.

¹⁶⁵ COUTINHO, Aldacy Rachid. O Princípio da Proteção Revisitado. **Revista Bonijuris**, ano XIII, nº 452, julho/2001, p. 6.

¹⁶⁶ COUTINHO, Aldacy Rachid. O Princípio da Proteção Revisitado. **Revista Bonijuris**, ano XIII, nº 452, julho/2001, p. 6.

¹⁶⁷ “Basta perceber como expressões ‘ganhar’ salário, ‘dar’ emprego, ‘perder’ o emprego, ‘ser admitido’ pela empresa, são manifestações reveladoras do mito da doação que impregnou o direito. Aliás o paternalismo é a tendência a dissimular o excesso de autoridade sob a forma de proteção, ou ‘sistema social de relações paternas entre o chefe e os seus subordinados, como se constituíssem estes uma família debaixo de sua proteção tutelar’. A tutela ou proteção não devem ser acolhidas para dissimular a autoridade, senão para em reconhecendo a subordinação que é constitutiva da relação jurídica, estabelecer limites. O empregado não deve ser tratado como um ser inferior, porquanto não está a superioridade na extensão dos valores monetários que compõem o patrimônio do sujeito. A proteção é necessária pela própria estruturação jurídica da contratualidade”. COUTINHO, Aldacy Rachid. O Princípio da Proteção Revisitado. **Revista Bonijuris**, ano XIII, nº 452, julho/2001, p. 6.

Outrossim, a necessidade de constatação do princípio da proteção como diretiva prévia ao operador do direito se dá também pelo fato de que é impossível dissociar a figura do sujeito trabalhador em relação à força de trabalho ou do resultado da atividade produtiva. Consoante ao entendimento, a proteção do trabalho se revela como própria proteção do trabalhador, num sentido de preservação da própria dignidade da pessoa humana.

Com o passar do tempo, a objetivação do trabalho passou a reconhecer a força de trabalho como uma mera mercadoria, “um bem ‘vendável’ no mercado a quem necessita deste elemento da organização econômica produtiva”, caindo no esquecimento o sentido de que, ao negociar a força de trabalho, o trabalhador acaba por negociar o próprio corpo, a própria alma.¹⁶⁸ Proteger o trabalhador, então, passa a ser, antes de tudo, a concessão de efetividade às próprias normas que resguardam os direitos fundamentais e, em especial, a permissão do exercício do direito à vida.¹⁶⁹

Neste âmbito, cabe ao Estado – como apregoado por autores como Arnaldo Süssekind – intervir para que a situação de submissão, sujeição do empregado (jurídica ao poder do empregador) seja atenuada através da interposição de regras jurídicas que limitem o poder do empregador e, conseqüentemente, evite a exploração do empregado.¹⁷⁰ A relação de dependência jurídica, assim, por ser fator constitutivo na figura do empregado também determina a preservação da proteção. Afinal, como entende Aldacy Rachid Coutinho: “O direito do trabalho deve ser protetivo porquanto reconhece um espaço de poder diretivo ao empregador. Ou seja, deve ser protetivo na medida em que não é”.¹⁷¹ Em tais termos, a proteção do trabalhador se apresenta como um mito pois enuncia uma suposta proteção quando nem sempre tutela:

¹⁶⁸ COUTINHO, Aldacy Rachid. O Princípio da Proteção Revisitado. **Revista Bonijuris**, ano XIII, nº 452, julho/2001, p. 6.

¹⁶⁹ COUTINHO, Aldacy Rachid. O Princípio da Proteção Revisitado. **Revista Bonijuris**, ano XIII, nº 452, julho/2001, p. 6.

¹⁷⁰ SÜSSEKIND, Arnaldo e TEIXEIRA FILHO, João de Lima. **Instituições de direito do trabalho**. vol. II. 22. ed. atual. São Paulo: LTr, 2005. p. 802.

¹⁷¹ COUTINHO, Aldacy Rachid. O Princípio da Proteção Revisitado. **Revista Bonijuris**, ano XIII, nº 452, julho/2001, p. 7.

Afinal, o direito do trabalho é o direito capitalista do trabalho. Nesta medida está para ajustar juridicamente a inserção do elemento trabalho na empresa. É assim, o direito do capital que necessita do trabalho e, ao mesmo tempo, do trabalho que necessita vender sua força para o capital. Vez ou outra pode-se notar que algumas regras jurídicas são estabelecidas para reconhecimento dos interesses do próprio capital, como por exemplo o direito de fixar a data de início do gozo das férias, ou o reconhecimento do direito potestativo de rescisão contratual.

Assim, nem tudo o que é “direito do trabalho” é “proteção ao trabalhador”; e nem tudo que é inovação no direito do trabalho está para garantir um avanço na disciplina dos interesses do trabalho.

Mas é dito “protetor” o direito do trabalho, eis que em sendo um mito não está para ser comprovado. Os mitos enunciam e são aceitos como linguagem; é a narração sob força simbólica. É a utopia. Como deve ser, como deveria ser, e não como é, como será. Não necessita de comprovação real. Em verdade, não pode sequer ser comprovado. É a motivação, a inspiração, a proposta, o ideal.¹⁷²

Atualmente, o princípio da proteção não se desvincula de valorizar a própria dignidade da pessoa humana na seara trabalhista. E, como demonstrado pelos ensinamentos de Aldacy Rachid Coutinho, ainda que o Direito do Trabalho, ao veicular a proteção ao trabalhador, tenha como função precípua ser o “direito capitalista do trabalho”, jamais deve se desvincular da valorização do elemento humano frente ao mercado pois:

A primazia do trabalho sobre o capital determina que o direito está pelo e para o homem não está a serviço dos interesses traduzidos no direito. O mercado não pode influenciar, direcionar o direito do trabalho. O mercado não existe. A economia não existe. É uma criação. Existimos nós, de carne e osso. Nós, sujeitos desejantes.

E se não fosse protetivo de ninguém e de nada certamente estaria a serviço do mais forte, do que domina. E nunca o capital dominou tanto e tantos. A mundialização é a hegemonia do capital financeiro, seus interesses e anseios, sua gana de ganhar, mais. Sempre mais. A supremacia absoluta da economia, ainda que em destruição dos Estados Nacionais.

Que seja protetivo o direito do trabalho, ainda que não proteja. Para que possamos sempre continuar a lutar pela preservação do espaço de cidadania trabalhadora na empresa, para que acreditemos que o trabalho possa continuar sendo a porta da inclusão social, que se faça justiça social.¹⁷³

3.3 A INOBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO PROTETIVO: A JORNADA 12X36 E OS PREJUÍZOS À SAÚDE DO TRABALHADOR

¹⁷² COUTINHO, Aldacy Rachid. O Princípio da Proteção Revisitado. **Revista Bonijuris**, ano XIII, nº 452, julho/2001, p. 7.

¹⁷³ COUTINHO, Aldacy Rachid. O Princípio da Proteção Revisitado. **Revista Bonijuris**, ano XIII, nº 452, julho/2001, p. 7.

A observância necessário do princípio protetivo – nos termos anteriormente expostos – é mitigada quando se favorece a adoção da jornada flexibilizada 12x36. O Estado, em sua posição de responsabilidade perante à limitação da jornada de trabalho, quando admite a flexibilização em questão, acaba por não atentar aos males que o trabalhador fica exposto e aos direitos fundamentais que ele próprio (Estado) deve promover.

A principal ofensa ao trabalhador, na adoção da jornada 12x36 nos termos trazidos pela Súmula nº 444 do TST, reside na extensão da jornada. Ainda que se argumente – como é o entendimento do Colendo Tribunal quanto aos supostos benefícios da adoção da referida jornada – que o trabalhador teria maior tempo de descanso (36 horas posteriores às 12 horas de trabalho), uma jornada com duração de 12 horas não passa despercebida, principalmente, à saúde do trabalhador. Neste sentido, os prejuízos configurados pelo labor no extenso período, muitas vezes, não são simplesmente sanados por um “remédio” de 36 horas posteriores para o descanso.

Eis o intuito da presente seção: ressaltar que a jornada de 12 horas é extenuante por demasia, seja quando aplicada em atividades intelectuais ou em atividades de trabalho braçal. A exposição do trabalhador a tal regime acarreta prejuízos que – depois de configurados – não são simplesmente remediáveis. Logo, há, por consequência, ofensa à própria dignidade do trabalhador, princípio que o caráter protetivo do Direito do Trabalho deve sempre visar.

A jornada deve estar adequada aos interesses dos grupos e das pessoas, às necessidades vitais, às suas expectativas, pois todos os que trabalham se mostram interessados na questão. Há que se ter uma divisão equitativa do trabalho de tal forma que todas as pessoas tenham acesso ao trabalho, levando em consideração, também, que a renda (contraprestação) é um objetivo de superior prioridade para os que vivem do trabalho.¹⁷⁴

As primeiras greves pela redução da carga horária de trabalho no Brasil, no início do século XX – como demonstrado nas primeiras seções deste trabalho – já destacavam a ampla necessidade de atenção ao argumento dos militantes do movimento operário em demonstrar que a extensão das jornadas de trabalho está

¹⁷⁴ FONSECA, Maíra Silva Marques da. **Redução de Trabalho**: fundamentos interdisciplinares. São Paulo: LTr, 2012. p. 122.

intimamente ligada com a incidência de acidentes e moléstias. A duração excessiva do trabalho já, naquela época, refletia diretamente na saúde dos trabalhadores. Neste sentido são os apontamentos de Maíra Silva Marques da Fonseca:

Acerca da relação havida entre a duração e acidentes de trabalho, já expunha Evaristo de Moraes, em 1905, o que concluíra médico da época, no sentido de que “os acidentes de trabalho sucedem, em geral, quando este dura muito”, haja vista o fato de que “a estatística nos fornece, a êsse [sic] respeito, poderoso elemento de convicção mostrando que os desastres se dão mais frequentemente nas últimas horas do trabalho. Por quê? Naturalmente pelo cansaço da atenção”. Desnecessário indicar que, mesmo um século mais tarde, as mesmas premissas seguem verdadeiras.¹⁷⁵

Cláudio Mascarenhas Brandão, por sua vez, também atesta que há uma relação inevitável entre a jornada de trabalho e a saúde, levando em consideração que desde “as primeiras normas de proteção à saúde do trabalhador o pano de fundo dos debates sempre incluiu a fixação de limites à jornada de trabalho, especialmente nas categorias mais fragilizadas de trabalhadores [...]”.¹⁷⁶

A intrínseca relação da jornada de trabalho com a saúde do trabalhador não se alterou mesmo nos tempos atuais. Uma característica contemporânea do trabalho que podemos citar é a exaustividade, que, nas palavras de Sadi Dal Rosso, “se sincretiza no consumo intensivo da atenção do trabalhador, de suas energias cerebrais e psíquicas e de sua força física”.¹⁷⁷

Tal esgotamento provocado por excesso de trabalho físico ou mental ocasiona a autointoxicação do trabalhador. E, neste sentido, Cláudio Mascarenhas Brandão, explica que há a:

[...] liberação de leucomaínas no cérebro, aumento de ácido láctico nos músculos e creatinina no sangue e diminuição da resistência nervosa conducente a acidentes. [...] é resultante do esforço continuado, que provoca a redução reversível da capacidade do organismo e uma

¹⁷⁵ FONSECA, Maíra Silva Marques da. **Redução de Trabalho**: fundamentos interdisciplinares. São Paulo: LTr, 2012. p. 122-123.

¹⁷⁶ BRANDÃO, Cláudio Mascarenhas. Jornada excessiva de trabalho provoca acidentes. **Departamento Intersindical de Assessoria Parlamentar**. 22. out. 2009. Disponível em: <http://www.diap.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=11063:claudio-mascarenhas-brandao-jornada-excessiva-de-trabalho-provoca-acidentes&catid=45:agencia-diap&Itemid=204>. Acesso em: 20 de outubro de 2012.

¹⁷⁷ DAL ROSSO, Sadi. **Jornada de Trabalho na Sociedade**: O castigo de Prometeu. São Paulo: LTr, 1996. p. 431.

degradação qualitativa desse trabalho, causada por um conjunto complexo de fatores, cujos efeitos são cumulativos.¹⁷⁸

Cabe observar que a extensão, mesmo que no âmbito diário, da jornada de trabalho caracteriza a intensificação do tempo de trabalho e não passa despercebida pelo organismo do trabalhador, como bem destaca Sadi Dal Rosso:

O processo de intensificação do tempo de trabalho não ocorre sem efeitos sobre os corpos, a inteligência e a psique dos trabalhadores. Pesquisar esses efeitos nos permite adentrar em outras dimensões difíceis de ser levantadas, senão pela via das consequências. Um dentre cada quatro trabalhadores informa que enfrentou problemas de saúde em decorrência da intensificação. Tais reflexos vão desde o recurso a atestados médicos pelos mais diversos motivos, passam por acidentes no trabalho e vão até doenças manifestas com duração mais amplas.¹⁷⁹

Ademais, cabe observar também que a fadiga causada pela exposição do trabalhador a longas jornadas e (ou) pela intensificação do ritmo de trabalho pode ter reflexos permanentes na saúde do trabalhador. Não obstante, além do enfraquecimento do sistema imunológico, o quadro de fadiga patológica enseja absenteísmo, favorece a baixa produtividade e contribui também para o aumento do número de acidentes de trabalho.¹⁸⁰ Neste sentido, Maíra Silva Marques da Fonseca enfatiza também as observações de Alice Monteiro de Barros:

As normas sobre duração do trabalho têm por objetivo primordial tutelar a integridade física do obreiro, evitando-lhe a fadiga. Daí as sucessivas reivindicações de redução da carga horária de trabalho e alongamento dos descansos. Aliás, as longas jornadas de trabalho têm sido apontadas como fato gerador de estresse, porque resultam em um grande desgaste para o organismo. O estresse, por sua vez, poderá ser responsável por enfermidades coronárias e úlceras, as quais estão relacionadas também com a natureza da atividade, com o ambiente de trabalho e com fatores genéricos. A par do desgaste para o organismo, o estresse é responsável

¹⁷⁸ BRANDÃO, Cláudio Mascarenhas. Jornada excessiva de trabalho provoca acidentes. **Departamento Intersindical de Assessoria Parlamentar**. 22. out. 2009. Disponível em: <http://www.diap.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=11063:claudio-mascarenhas-brandao-jornada-excessiva-de-trabalho-provoca-acidentes&catid=45:agencia-diap&Itemid=204>. Acesso em: 20 de outubro de 2012.

¹⁷⁹ DAL ROSSO, Sadi. **Mais trabalho!**: a intensificação do labor na sociedade contemporânea. São Paulo: Boitempo, 2008. p. 193-194. *apud* FONSECA, Maíra Silva Marques da. **Redução de Trabalho**: fundamentos interdisciplinares. São Paulo: LTr, 2012. p. 155.

¹⁸⁰ FONSECA, Maíra Silva Marques da. **Redução de Trabalho**: fundamentos interdisciplinares. São Paulo: LTr, 2012. p. 123.

ainda pelo absenteísmo, pela rotação de mão de obra e por acidentes de trabalho.¹⁸¹

A atividade laboral gera influências nas condições de sobrevivência do trabalhador por estar, também, presente nos componentes do quadro estruturante da personalidade do empregado.¹⁸² Portanto, o trabalho mostra relação com a própria autoestima do trabalhador, influenciando seu bem-estar e “funcionando como chave para o desencadeamento de diversas patologias ocupacionais, sejam elas psicossomáticas, psicológicas ou psíquicas”.¹⁸³

Pacífico, portanto, é o entendimento de que o estresse laboral se mostra vinculado intrinsecamente com a sobrejornada e a intensificação do trabalho. Neste sentido, Maurício Godinho Delgado alerta que a modulação da jornada de trabalho constitui questão de saúde pública:

[...] noutras palavras, as normas jurídicas concernentes à duração do trabalho já não são mais – necessariamente – normas estritamente econômicas, uma vez que podem alcançar, em certos casos, a função determinante de normas de saúde e segurança laborais, assumindo, portanto, o caráter de normas de saúde pública.¹⁸⁴

Logo, ainda que os acordos de compensação de jornada permitam a extrapolação do limite de dez horas diárias – como é o caso da jornada 12x36 – e sejam apoiados em negociação coletiva, tal extrapolação deve ser combatida sob o argumento da proteção do trabalhador. Explica Edson Braz da Silva:

O fato de a autorização para a prestação de trabalho além do limite máximo de dez horas diárias resultar de negociação coletiva não tem o condão de lhe conferir legalidade: a matéria é de ordem pública e situa-se fora do poder negocial dos sindicatos. A negociação coletiva não pode flexibilizar para pior as normas de medicina e segurança do trabalho. A limitação da

¹⁸¹ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2009. p. 661-662. *apud* FONSECA, Máira Silva Marques da. **Redução de Trabalho: fundamentos interdisciplinares**. São Paulo: LTr, 2012. p. 124.

¹⁸² FONSECA, Máira Silva Marques da. **Redução de Trabalho: fundamentos interdisciplinares**. São Paulo: LTr, 2012. p. 124.

¹⁸³ FONSECA, Máira Silva Marques da. **Redução de Trabalho: fundamentos interdisciplinares**. São Paulo: LTr, 2012. p. 124.

¹⁸⁴ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 8. ed. São Paulo: LTr, 2009. p. 776.

jornada de trabalho a um máximo razoável constitui um importante instrumento de prevenção à fadiga do trabalhador.¹⁸⁵

Outros autores, como Maurício Godinho Delgado¹⁸⁶ e Sérgio Pinto Martins¹⁸⁷, reforçam a necessidade da observância de que o acordo de compensação previsto no art. 7º, inciso XIII, do texto constitucional de 1988 não autoriza que seja ultrapassado o limite previsto pelo já citado artigo 59, § 2º da CLT pois o próprio inciso XXII do mesmo art. 7º da Constituição Federal reza pela garantia aos trabalhadores da redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança. Neste sentido, o preceito do art. 59 (e seus parágrafos) da CLT contém normas de medicina e segurança no trabalho.¹⁸⁸

Também o art. 6º da Constituição Federal, cláusula pétreia, evidencia o direito à saúde e, na visão de Maíra Silva Marques da Fonseca, deve isentar de quaisquer dúvidas os partícipes do movimento pela redução da jornada de trabalho.¹⁸⁹ Ademais, em suma, cabe acrescentar que a Carta Magna de 1988 “consagra diversas disposições relativas à proteção da pessoa (art. 5º), aos direitos

¹⁸⁵ DA SILVA, Edson Braz. A Ilegalidade do Sistema de Compensação de Jornada de Trabalho 12x36. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 18ª Região**. Goiânia, a. VII. Dez. 2004. Disponível em: <http://www.trt18.jus.br/porta/arquivos/2012/03/artigo_003-ebraz-jornada12x36.pdf>. Acesso em: 20 de outubro de 2012.

¹⁸⁶ “A Constituição da República apreendeu, de modo exemplar, essa nova leitura a respeito da jornada e do papel que esta tem no que tange à construção e implementação de uma consistente política de saúde no trabalho. Por essa razão, é que a Carta de 1988, sabidamente, arrolou como direito dos trabalhadores a ‘redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de *normas* de saúde, higiene e segurança’ (art. 7º, XXII, grifos acrescidos)”. DELGADO, Maurício Godinho. **Jornada de trabalho e descansos trabalhistas**. 2. ed. rev. reel. e atual. até a Lei 9.601/98. São Paulo: LTr, 1998. p. 20.

¹⁸⁷ “As normas de ordem pública absoluta são as que não podem ser derogadas por convenção das partes, em que prepondera um interesse público sobre o individual. Há o interesse do Estado em estabelecer regras mínimas para o trabalhador e em que essas regras sejam cumpridas pelo empregador. São regras de natureza tuitiva, tutelar, que tratam, por exemplo, do interesse psicossomático do trabalhador, sendo indisponíveis por parte do obreiro, nem poderão deixar de ser cumpridas pelo empregador, sob pena de multa. São as normas que tratam de medicina e segurança do trabalho, da fiscalização trabalhista, do salário mínimo, das férias, do repouso semanal remunerado”. MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 46.

¹⁸⁸ DA SILVA, Edson Braz. A Ilegalidade do Sistema de Compensação de Jornada de Trabalho 12x36. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 18ª Região**. Goiânia, a. VII. Dez. 2004. Disponível em: <http://www.trt18.jus.br/porta/arquivos/2012/03/artigo_003-ebraz-jornada12x36.pdf>. Acesso em: 20 de outubro de 2012.

¹⁸⁹ FONSECA, Maíra Silva Marques da. **Redução de Trabalho: fundamentos interdisciplinares**. São Paulo: LTr, 2012. p. 126.

sociais (art. 6º), aos direitos individuais dos trabalhadores (art. 7º) e aos direitos coletivos (art. 8º), como direitos fundamentais de aplicabilidade imediata”.¹⁹⁰

Portanto, a limitação da jornada de trabalho, a remuneração pelo serviço extraordinário prestado, as férias e o descanso semanal (assegurados constitucionalmente) são caracterizados como normas imperativas, sendo de aplicabilidade imediata e indisponibilidade absoluta. Como destaca Christian Marcello Mañas: “o caráter de cogência que tanto qualifica e distingue o Direito do Trabalho, afirma-se, portanto, enfaticamente, nesta seara juslaboral”.¹⁹¹

Logo, as disposições que versam sobre a duração do tempo de trabalho, então, são colocadas como normas – a exemplo do teor trazido pelos arts. 9º, 444 e 468 da CLT¹⁹² – que não podem ser violadas individualmente pelas partes e nem mesmo por acordo firmado em instrumentos coletivos.

3.4 A OBSERVÂNCIA DA PROTEÇÃO AO TRABALHADOR: NÃO ADOÇÃO DA JORNADA 12X36

Os que defendem a jornada 12x36 costumam exemplificar a aplicação de tal regime no serviço de saúde. Edson Braz da Silva explica que os argumentos apresentados são no sentido de que a jornada 12x36 vem sendo adotada de forma usual e rotineira nos estabelecimentos hospitalares brasileiros, “[...] viabilizando, de um lado, a presteza e ininterruptão no atendimento aos pacientes e, de outro, a manutenção da higidez física e mental do empregado, porquanto ele descansa sucessiva e ininterruptamente por trinta e seis horas [...]”. Entretanto, sobre tal

¹⁹⁰ MAÑAS, Christian Marcello. **Tempo e Trabalho**: a Tutela Jurídica do Tempo de Trabalho e Tempo Livre. São Paulo: LTr, 2005. p. 118-120.

¹⁹¹ MAÑAS, Christian Marcello. **Tempo e Trabalho**: a Tutela Jurídica do Tempo de Trabalho e Tempo Livre. São Paulo: LTr, 2005. p. 120.

¹⁹² Artigo 9º da CLT: “Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação”; Artigo 444 da CLT: “As relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes”; Artigo 468, caput, da CLT: “Nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e ainda assim, desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia”. BRASIL, Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 9 ago. 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm> Acesso em: 20 de maio de 2012.

argumento, devemos ter em mente que os serviços de saúde são penosos e extenuantes, não cabendo serem prolongados por mais de dez horas diárias (sob o ponto de vista biológico e também sob pena de levar os trabalhadores à exaustão física e mental).¹⁹³ É desnecessário o conhecimento de especificidades técnicas para compreender que os profissionais de saúde necessitam de constante atenção e zelo, pois a própria saúde da sociedade é confiada a tais profissionais (sendo inadmissível que trabalhem ansiosos, estressados e, em consequência, desatentos).

Também o argumento de que o trabalhador teria 36 horas consecutivas para descanso – principal argumento exposto pelo próprio Tribunal Superior do Trabalho na aprovação da Súmula nº 444 – não deve prevalecer, pois, como apresentado na seção anterior deste trabalho, os prejuízos à saúde do trabalhador quando exposto a uma jornada de 12 horas não poderia ser simplesmente “remediada” por um descanso posterior.

Ainda, não se pode esquecer que a realidade brasileira convive com a triste questão do duplo e terceiro emprego que acabam por tornar ineficaz o tempo destinado ao descanso e favorecer os interesses da acumulação capitalista. Sobre a constatação, Sadi Dal Rosso explica:

Segundos e terceiros empregos são uma realidade numa sociedade lacerada em que vivemos. Os dados agregados mais recentes indicam que mais de um milhão de pessoas têm segundos trabalhos. Sou inclinado a pensar que a realidade desse fenômeno é muito mais avassaladora do que este número deixa crer. Porque, na verdade, existe uma enormidade de trabalhos temporários e bicos que não são reportados como tal e assim passam despercebidos das enquetes oficiais. Somente pesquisas de uso do tempo teriam condições de auferir com mais precisão esta questão.¹⁹⁴

Tal fenômeno é recorrente na aplicação da jornada 12x36, como lembra também Edson Braz da Silva: “O argumento o qual, ao descansar 36 ou 72 horas consecutivas, o trabalhador não sofreria desgaste sucumbe ante a triste realidade do País, onde se verifica que os profissionais da saúde deixam um posto de trabalho e,

¹⁹³ DA SILVA, Edson Braz. A Ilegalidade do Sistema de Compensação de Jornada de Trabalho 12x36. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 18ª Região**. Goiânia, a. VII. Dez. 2004. Disponível em: <http://www.trt18.jus.br/porta/arquivos/2012/03/artigo_003-ebraz-jornada12x36.pdf>. Acesso em: 20 de outubro de 2012.

¹⁹⁴ DAL ROSSO, Sadi. **Jornada de Trabalho na Sociedade**: O castigo de Prometeu. São Paulo: LTr, 1996. p. 207-208.

logo em seguida, vão se matar em outro [...]”.¹⁹⁵ À primeira vista, a busca por outra atividade remunerada nos dias de folga (36 horas) pode parecer vantajosa, mas a ausência completa do repouso, a privação do sono e aumento da pressão por dois trabalhos concomitantes e desgastantes – culminando em expedientes de 12x12 e não 12x36 – logo cobram seu preço.¹⁹⁶

Outrossim, a adoção da jornada 12x36 revela precedente perigoso para adoção de jornadas como as: jornadas 24x48 e 24x72, também praticadas na área de saúde e vigilância. Tais regimes seriam análogos à jornada 12x36 em sua concepção, porém infinitamente superiores a esta no tocante aos malefícios que acarreta à saúde do trabalhador.¹⁹⁷

Ademais, cabe destacar que a duração da jornada de trabalho influencia de modo direto na deterioração ou melhoria das próprias condições internas de trabalho na empresa, comprometendo e aperfeiçoando uma estratégia de redução dos riscos e malefícios inerentes ao ambiente de prestação de serviços. Ou seja, a modulação da jornada de trabalho se coloca como parte fundamental da política de saúde pública, vez que está intimamente ligada à eficácia das medidas de medicina e segurança do trabalho adotadas na empresa. Tal entendimento é exposto por Maurício Godinho Delgado quando o autor destaca que: da mesma maneira que a ampliação da jornada de trabalho – considerando também a prestação de horas extras – acentua, drasticamente, as probabilidades de ocorrência de doenças profissionais ou acidentes de trabalho, a redução da jornada é capaz de diminuir, em níveis significativos, as probabilidades do que o autor chama de “infortunistica do trabalho”.¹⁹⁸

¹⁹⁵ DA SILVA, Edson Braz. A Ilegalidade do Sistema de Compensação de Jornada de Trabalho 12x36. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 18ª Região**. Goiânia, a. VII. Dez. 2004. Disponível em: <http://www.trt18.jus.br/portal/arquivos/2012/03/artigo_003-ebraz-jornada12x36.pdf>. Acesso em: 20 de outubro de 2012.

¹⁹⁶ DA SILVA, Homero Batista Mateus. **Curso de Direito do Trabalho Aplicado: Jornadas e Pausa**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Elsevier Campus, 2012. p. 56.

¹⁹⁷ DA SILVA, Edson Braz. **A Ilegalidade do Sistema de Compensação de Jornada de Trabalho 12x36**. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 18ª Região. Goiânia, a. VII. Dez. 2004. p. 6. Disponível em: <http://www.trt18.jus.br/portal/arquivos/2012/03/artigo_003-ebraz-jornada12x36.pdf>. Acesso em: 20 de outubro de 2012.

¹⁹⁸ DELGADO, Maurício Godinho. **Jornada de trabalho e descansos trabalhistas**. 2.ed. rev. reel. e atual. até a Lei 9.601/98. São Paulo: LTr, 1998. p. 20-21.

Deste modo, há a importância fundamental de considerar a redução da jornada de trabalho como forma de beneficiar até mesmo a empresa que deve, fundamentalmente, cumprir com determinados requisitos essenciais para o triunfo e desenvolvimento de seus próprios negócios. Neste sentido, aduz Maurício Godinho Delgado:

Note-se, aqui, um aspecto fundamental: o eventual incremento do chamado *custo trabalhista*, que poderia decorrer da restrição imposta à jornada de trabalho em atividades ou circunstâncias insalubres (objeção que costuma ser aventada no quadro do presente debate), seria notavelmente compensado, sob a perspectiva do empregador, pela significativa diminuição dos riscos oriundos da infortunística do trabalho. Mesmo sob o estrito ponto de vista empresarial, essa diminuição, hoje, no Brasil, tornou-se necessidade até mesmo econômica: é que a Constituição criou a obrigação de pagamento, pelo empregador, havendo dolo ou culpa sua, de indenização específica e direta ao empregado vítima de doença profissional ou acidente do trabalho (art. 7º, XXVIII). Em consequência, o que fora um reclamo essencialmente, *social* tornou-se imperativo de inquestionável conteúdo econômico-financeiro.¹⁹⁹

Ante ao viés de que a redução do número de acidentes ou de doenças do trabalho não representa benefício apenas ao trabalhador, mas também contempla significado fundamental aos empregadores – que podem economizar grande quantia evitando os imensos gastos com pagamentos a títulos de indenizações –, Maíra Silva Marques da Fonseca acrescenta:

Aos cofres públicos a diminuição dos índices de acidentes e de doenças do trabalho representa também marcante economia, porquanto se desonera a Previdência Social diante da menor incidência de diminuições e perdas da capacidade laborativa pela classe operária. Mais de 2 milhões de trabalhadores morrem a cada ano em função de acidentes do trabalho, responsáveis também pela perda de 4% do Produto Interno Bruto mundial em face “dos custos diretos e indiretos, paralisação no trabalho, indenizações ao trabalhadores afetados, interrupção do trabalho e despesas médicas”.²⁰⁰

Resta incontroverso, ainda, que trabalhadores mais descansados e menos atingidos por doenças exercem suas atividades laborais com mais eficiência, o que

¹⁹⁹ DELGADO, Maurício Godinho. **Jornada de trabalho e descansos trabalhistas**. 2.ed. rev. reel. e atual. até a Lei 9.601/98. São Paulo: LTr, 1998. p. 21-22.

²⁰⁰ BRANDÃO, Cláudio Mascarenhas. Jornada excessiva de trabalho provoca acidentes. **Departamento Intersindical de Assessoria Parlamentar**. 22. out. 2009. Disponível em: <http://www.diap.org.br/indez.php?option=com_content&task=view&id=11063&Itemid=83> Acesso em: 1º dez. 2010. *apud* FONSECA, Maíra Silva Marques da. **Redução de Trabalho: fundamentos interdisciplinares**. São Paulo: LTr, 2012. p. 127.

tem direta influência no próprio incremento da produtividade. De acordo com a observação de Evaristo de Moraes, a redução da jornada de trabalho está intrinsecamente ligado com o aumento e melhoria da produtividade, pois sempre “que o homem excede o limite das suas forças, provocando fadiga, aparece uma sensação penosa, que modifica a quantidade e a qualidade das coisas produzidas. Ora, essa perda de energia é, evidentemente, prejudicial à sociedade”.²⁰¹

Maíra Silva Marques da Fonseca relembra também que o Brasil, não obstante, é signatário da Convenção n. 155 da OIT, que dispõe sobre segurança e saúde dos trabalhadores e meio ambiente de trabalho. Com base nisto, a autora destaca que:

Sebastião Geraldo de Oliveira²⁰² exalta postura contemporânea de se adaptar o trabalho ao homem, nos termos do que determina o art. 5º, *b*, do Tratado em apreço. Os equipamentos, a duração do trabalho, as formas de organização e os processos produtivos devem ser ajustados às capacidades físicas e mentais dos trabalhadores.²⁰³

Logo, por todo exposto, é coerente a premissa de que o sujeito submetido a uma jornada de trabalho menos extensa – em comparação à jornada 12x36 – com limitação precisa, se apresenta menos exposto às moléstias advindas do estresse laboral, tais como a depressão e síndromes do mais variados tipos.

A observância por uma jornada que não ultrapasse os limites físicos e procure diminuir a exposição do trabalhador aos riscos inerentes das atividades se mostra, destarte, como um meio de efetivação aos direitos constitucionais de cidadania, dignidade humana e valorização social do trabalho.²⁰⁴

²⁰¹ MORAES, Evaristo de. **Apontamentos de direito operário**. 4. ed. São Paulo: LTr, 1998. p. 87.

²⁰² OLIVEIRA, Sebastião Geraldo. **Proteção jurídica à saúde do trabalhador**. 5. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: LTr, 2010. p. 81. *apud* FONSECA, Maíra Silva Marques da. **Redução de Trabalho: fundamentos interdisciplinares**. São Paulo: LTr, 2012. p. 128.

²⁰³ FONSECA, Maíra Silva Marques da. **Redução de Trabalho: fundamentos interdisciplinares**. São Paulo: LTr, 2012. p. 127.

²⁰⁴ São as conclusões de Maíra Silva Marques da Fonseca. FONSECA, Maíra Silva Marques da. **Redução de Trabalho: fundamentos interdisciplinares**. São Paulo: LTr, 2012. p. 128.

CONCLUSÃO

A Súmula nº 444 do TST, com redação aprovada perante a “Segunda Semana do TST”, em setembro de 2012, visa regulamentar a adoção da jornada 12x36, adotada há tempos principalmente nos ramos hospitalares e de vigilância.

A aprovação por parte dos ministros, como demonstramos em seção própria, teve notória influência de repartições da sociedade, visto que o cotidiano demonstra a própria vontade de muitos trabalhadores em se adotar a jornada 12x36 – principalmente pelo fato de oportunizar a busca pelo segundo e terceiro emprego e o conseqüente acréscimo de renda.

Entretanto, uma jornada de 12 horas se apresenta extremamente extenuante, em qualquer atividade que seja adotada. O texto constitucional e a própria Consolidação trabalhista jamais permitiram tal extensão, a não ser em casos de extrema especificidade como a força maior ou o serviço inadiável, de que trata o art. 59 da CLT (e a adoção generalizada da jornada de 12 horas que tratamos não corresponde a tais conceitos de excepcionalidade).

Ainda, a produtividade dos trabalhadores decai de forma acentuada, sobretudo, na 11ª e 12ª horas de trabalho, aumentando potencialmente os riscos de acidentes de trabalho e, por consequência, afetando na própria efetividade do trabalho prestado – de forma que os prejuízos são também arcados pela própria empresa que adota o regime e pela sociedade. Cabe lembrar que o próprio devir histórico da limitação de jornada expõe a necessidade de não se permitir o excesso da jornada, sob a pena de torná-la insuportável aos limites do trabalhador humano.

A sede pelo acúmulo de capital (ensejada pelo sistema capitalista) e a busca do trabalhador em ser inserido na sociedade²⁰⁵, também acabam por refutar o argumento de que há efetivo descanso das 36 horas subsequente às 12 horas de trabalho. Neste ínterim se inserem a realidade do duplo e terceiro empregos e, mais uma vez, a agravante da exaustão do trabalhador e a exposição deste a diversas moléstias, bem como aos acidentes de trabalho.

Também a adoção da jornada 12x36 revela precedente perigoso em face de outras variações ainda mais gravosas (como é o caso das jornadas 24x48 e 24x72,

²⁰⁵ Aldacy Rachid Coutinho apresenta os anseios do trabalhador no século XXI. Para entender: Efetividade do direito do trabalho: uma mirada no “homem sem gravidade”. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região**. Belo Horizonte, v.45, n.75, p. 93-105, jan./jun. 2007.

por exemplo). E este precedente incita o questionamento frente à luta dos trabalhadores pela redução da jornada de trabalho²⁰⁶: existe efetiva limitação da jornada de trabalho ante ao fenômeno da flexibilização? A prestação de horas extras, por si, é uma excepcionalidade com previsão no ordenamento em determinadas situações. Neste sentido, a modalidade de compensação de jornadas excepciona o pagamento da prestação de horas extras (e, conseqüentemente, sua fundamentação de pagar pelo esforço adicional). Logo, a jornada 12x36 – ao não prever o pagamento das 11ª e 12ª horas como horas extras – apresenta uma exceção ao próprio limite dado ao regime de compensação (limite previsto pelo art. 59, § 2º da CLT).

Ainda, se consolidada a redução da jornada para 40 horas semanais caberia rediscussão das jornadas atípicas como a 12x36? Ou simplesmente se seguiria com o precedente e a posterior consolidação de outras flexibilizações (a aprovação das jornadas 24x48 e 24x76, por exemplo), tornando a hora extraordinária como ordinária e a substituição de dois ou três empregados por um?

A certeza que temos é a de que o debate acerca da jornada de trabalho – tanto em vista de flexibilizá-la como em favor de limitá-la – irá persistir enquanto permanece o embate que situa em lados opostos e com anseios contrapostos os trabalhadores e os empregadores. Da flexibilização resultante deste conflito – especificamente quanto à jornada de trabalho – cabem os questionamentos trazidos por Fernando Hoffmann:

Como se pensar em flexibilização do Direito do Trabalho se os direitos mínimos de proteção dos trabalhadores são frequentemente transgredidos? Como se pretender um processo sério de flexibilização se a Justiça do Trabalho é constantemente acionada para atestar a correção ou não de controles da jornada de trabalho?...²⁰⁷

Como alternativa, também entendemos como relevantes as conclusões do autor acerca do fenômeno da flexibilização frente ao princípio da proteção:

²⁰⁶ Aqui, trazemos o exemplo da discussão na Venezuela. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/internacional,venezuela-reduz-jornada-de-trabalho-para-40-horas,867538,0.htm>> Acesso em: 01 de novembro de 2012. Também, em destaque, a discussão brasileira: <<http://economia.estadao.com.br/noticias/economia,governo-aceita-corte-na-jornada-de-trabalho,132612,0.htm>> Acesso em: 01 de novembro de 2012.

²⁰⁷ HOFFMANN, Fernando. **O princípio da proteção ao trabalhador e a atualidade brasileira**. São Paulo: LTr, 2003. p.177.

Não se veja, aqui, a defesa da inflexibilidade e da desnecessidade de atualização do Direito do Trabalho, procedimento que se impõe até mesmo em função das novas formas de trabalho e de contrato que se verificam na atualidade. Também não se nega que a flexibilização deve ser incrementada no Direito do Trabalho, mas não como única forma de sua atualização, não como um fim em si mesma e não como um instrumento de precarização do trabalho e à custa do dismantelamento do patrimônio jurídico dos trabalhadores, mas tendo como norte o princípio da proteção.

[...]

O processo flexibilizante deve ser adotado segundo limites rígidos, objetivos e, preferencialmente, predefinidos no Direito Positivo, que deverão ser traçados pelos legisladores e interpretados pelos juristas sob a luz do princípio da proteção, de forma a resguardar a dignidade do trabalhador.²⁰⁸

Por fim, mais especificamente, quanto às disposições acerca da jornada 12x36, cabe o destaque de que a Súmula aprovada e tratada na presente pesquisa não encerra as discussões ensejadas quando se aplica o regime. Afinal, como apresentado na seção em que tratamos das controvérsias existentes antes da aprovação da Súmula nº 444, não houve trato, por parte dos ministros, da possibilidade de supressão do intervalo intrajornada em tal regime, bem como houve silêncio quanto ao adicional noturno e à hora noturna reduzida, por exemplo. Questões que deverão os tribunais trabalhistas enfrentar.

E o caminho a ser trilhado frente à flexibilização da jornada de trabalho deve considerar, portanto, o princípio protetivo e a necessidade de limites rígidos para garantia de efetividade às normas de ordem pública:

É preciso não esquecer que a economia deve servir ao homem, e não o contrário [...] Não se pode negar a necessidade de revisão da legislação trabalhista brasileira. É próprio do direito positivado, e não apenas do Direito do Trabalho, a necessidade de constante reavaliação de suas normas, uma vez que as transformações sociais sempre estarão à frente do legislador. [...] O que não se admite, apenas, é a mera utilização de clichês, como competitividade, modernidade e globalização para se propor modificações que precarizem as condições de trabalho sem demonstração efetiva de sua necessidade e eficácia como forma de solucionar problemas sociais mais graves.²⁰⁹

²⁰⁸ HOFFMANN, Fernando. **O princípio da proteção ao trabalhador e a atualidade brasileira**. São Paulo: LTr, 2003. p.177.

²⁰⁹ ALCÂNTARA, José Eduardo. Flexibilidade da jornada de trabalho: uma abordagem crítica. In: DELLAGRAVE NETTO, José Affonso (Coord.), **Direito do Trabalho contemporâneo: flexibilização e efetividade**. São Paulo: LTr, 2003, p. 107.

REFERÊNCIAS

ABREU, Osmani Teixeira de. Acordo para compensação de jornada diretamente com o trabalhador. **Revista LTr**. São Paulo, vol. 65, n. 5, p. 558-561, maio de 2001.

ALCÂNTARA, José Eduardo. Flexibilidade da jornada de trabalho: uma abordagem crítica. In: DELLAGRAVE NETTO, José Affonso (Coord.), **Direito do Trabalho contemporâneo: flexibilização e efetividade**. São Paulo: LTr, 2003, p. 68-113.

BRANDÃO, Cláudio Mascarenhas. Jornada excessiva de trabalho provoca acidentes. **Departamento Intersindical de Assessoria Parlamentar**. 22 de outubro de 2009. Disponível em: <http://www.diap.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=11063:claudio-mascarenhas-brandao-jornada-excessiva-de-trabalho-provoca-acidentes&catid=45:agencia-diap&Itemid=204>. Acesso em: 20 de outubro de 2012.

BRASIL, Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 9 ago. 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm> Acesso em: 20 de maio de 2012.

BRASIL, Constituição Federal de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, 5 de out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 22 de maio de 2012.

CAMINO, Carmem. **Direito Individual do Trabalho**. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 1999. p. 210-224.

CARRION, Valentin. **Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho**. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 106-132.

COUTINHO, Aldacy Rachid. O Princípio da Proteção Revisitado. **Revista Bonijuris**, ano XIII, nº 452, p. 5-7, julho de 2001.

_____. Anotados, assujeitados e controlados: manifesto pelo fim da carteira de trabalho e previdência social. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto (Orgs.). **Diálogos constitucionais: direito, neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos**. Rio de Janeiro, São Paulo e Recife: Renovar, 2006, p. 27-45.

_____. Efetividade do direito do trabalho: uma mirada no “homem sem gravidade”. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região**. Belo Horizonte, v.45, n.75, p. 93-105, jan./jun. 2007.

CREPALDI, Joaquim Donizete. **O princípio de proteção e a flexibilização das normas de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2003. p. 30-38.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso. Análise de Conjuntura Socioeconômica e o Impacto no Direito do Trabalho. In: DALLEGRAVE NETO, José Affonso (Coord.). **Direito do trabalho contemporâneo: flexibilização e efetividade**. São Paulo: LTr, 2000. p. 7-32.

_____. Compensação anual de jornada e banco de horas. **Revista Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**. Curitiba, v. 24. n.1, p. 91-119. jan./jun. 1999.

DAL ROSSO, Sadi. **Jornada de Trabalho na Sociedade: O castigo de Prometeu**. São Paulo: LTr, 1996. p. 11-312.

DA SILVA, Edson Braz. A ilegalidade do Sistema de Compensação de Jornada de Trabalho 12x36. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 18ª Região**. Goiânia, a. VII. Dez. 2004. Disponível em: <http://www.trt18.jus.br/portal/arquivos/2012/03/artigo_003-ebraz-jornada12x36.pdf>. Acesso em: 20 de outubro de 2012.

DA SILVA, Homero Batista Mateus. **Curso de Direito do Trabalho Aplicado: Jornadas e Pausa**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Elsevier Campus, 2012. p. 43-56.

DE BARROS, Alice Monteiro. **Curso de Direito do Trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2006. p. 646-647.

DELGADO, Maurício Godinho. **Jornada de trabalho e descansos trabalhistas**. 2.ed. ver., reelaborada e atual. até a Lei 9.601/98. São Paulo: LTr, 1998.

FONSECA, Maíra S. Marques da. **Redução de Trabalho: fundamentos interdisciplinares**. São Paulo: LTr, 2012.

HOFFMANN, Fernando. **O princípio da proteção ao trabalhador e a atualidade brasileira**. São Paulo: LTr, 2003. p. 11-80; 159-208.

KAUFFMANN, Paulo Eduardo. Eliminação da habitualidade do trabalho extraordinário – o “banco de horas” – regime de compensação anual da jornada diária de trabalho. **Revista LTr**. São Paulo, vol. 62. n. 05, p. 645-647. Maio de 1998.

LA CUEVA, Mario de. Prologo a las ediciones primera y segunda. In: **Derecho Mexicano Del Trabajo**. Tomo Primero. 3. ed. rev. Mexico: Editorial Porrúa, S.A., 1949. p. VII – XIX.

MAGANO, Octavio Bueno. **Manual de Direito do Trabalho**. 3. ed. vol. I. São Paulo: LTr, 1988. p. 7-22.

MAÑAS, Christian Marcello. **Tempo e Trabalho: a Tutela Jurídica do Tempo de Trabalho e Tempo Livre**. São Paulo: LTr, 2005.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 26.ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 505-538.

MALHADAS, Julio Assumpção. A flexibilização das condições de trabalho em face da nova Constituição. In: ROMITA, Arion Sayão (Coord.). **Curso de Direito Constitucional do trabalho** – Estudos em homenagem ao professor Amauri Mascaro Nascimento. São Paulo: LTr, 1991. p. 143-154.

MASCARO NASCIMENTO, Amauri. **Direito do Trabalho na Constituição de 1988**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 164-188.

_____. **Iniciação ao Direito do Trabalho**. 33. ed. São Paulo: LTr, 2007. p. 265-297.

MENEZES, Claudio Armando Couce de. Proteção ao contrato de trabalho e ao emprego no Brasil. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**. Brasília, v. 68. n. 1. p. 153-180. Janeiro-março de 2002.

MORAES, Evaristo de. **Apontamentos de direito operário**. 4. ed. São Paulo: LTr, 1998. p. 37-90.

NASCIMENTO, Sônia A. C. Mascaro. **Flexibilização do horário de trabalho**. São Paulo: LTr, 2002.

PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípios do direito do trabalho**. Tradução de Wagner D. Giglio. 2. ed. São Paulo: LTr, 1993. p. 28-65.

PASTORE, José. **A agonia do emprego**. São Paulo: LTr, 1997. p. 12-90.

PEDREIRA DA SILVA, Luiz de Pinho. **Principiologia do direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 1999. p. 22-63.

PINTO, José Augusto Rodrigues. **O direito do trabalho e as questões do nosso tempo**. São Paulo: LTr, 1998. p. 111-115.

ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. Jornada de Trabalho e Férias na Constituição de 1988. In: ROMITA, Arion Sayão (Coord.). **Curso de direito constitucional do trabalho – Estudos em homenagem ao professor Amauri Mascaro Nascimento**. São Paulo: LTr, 1991. p. 181-195.

ROMITA, Arion Sayão. **Flexigurança: a reforma do mercado de trabalho**. São Paulo: LTr, 2008.

_____. **Direito do Trabalho – Temas em aberto**. São Paulo: LTr, 1998. p. 257.

RUSSOMANO, Mozart Victor. **Curso de Direito do Trabalho**. 6. ed. Curitiba: Juruá, 1997. p. 239-294.

SILVA, Ciro Pereira da. **Jornada Flexível de Trabalho: ferramenta para administrar flutuações de produção**. São Paulo: LTr, 1997. p. 17-78.

SÜSSEKIND, Arnaldo e TEIXEIRA FILHO, João de Lima. **Instituições de direito do trabalho**. vol. II. 22. ed. atual. São Paulo: LTr, 2005. p. 802-848.

URIARTE, Oscar Ermida. **A flexibilidade**. São Paulo: LTr, 2002.

VIANA, Márcio Túlio. Novos rumos para o Direito do Trabalho. In: VIANA, Márcio Túlio e RENAULT, Luiz Otávio Linhares (Coord.). **O que há de novo em direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 1997. p. 24-26.

Sites acessados:

Súmula do TST regula jornada especial de 12x36. Disponível em: <http://www.tst.gov.br/web/guest/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/id/2413042> Acesso em: 25 de setembro de 2012.

2ª Semana do TST discutirá em setembro atualização jurisprudencial. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/home/-/asset_publisher/nD3Q/content/2%C2%AA-semana-do-tst-discutira-em-setembro-atualizacao-jurisprudencial?redirect=http%3A%2F%2Fwww.tst.jus.br%2Fhome%3Fp_p_id%3D101_INSTANCE_nD3Q%26p_p_lifecycle%3D0%26p_p_state%3Dnormal%26p_p_mode%3Dview%26p_p_col_id%3Dcolumn-3%26p_p_col_pos%3D1%26p_p_col_count%3D5> Acesso em: 25 de setembro de 2012.

Jurisprudências do TST. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_401_450.html#SUM-444> Acesso em: 20 de outubro de 2012.

Novas súmulas do TST começam a valer a partir de hoje. Disponível em: <http://www.tst.gov.br/web/guest/pmnoticias/-/asset_publisher/89Dk/content/id/2482443> Acesso em: 20 de outubro de 2012.

Súmulas do TST. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice> Acesso em: 02 de novembro de 2012.

Venezuela reduz jornada de trabalho para 40 horas. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/internacional,venezuela-reduz-jornada-de-trabalho-para-40-horas,867538,0.htm>> Acesso em: 01 de novembro de 2012.

Governo aceita corte na jornada de trabalho. Disponível em: <<http://economia.estadao.com.br/noticias/economia,governo-aceita-corte-na-jornada-de-trabalho,132612,0.htm>> Acesso em: 01 de novembro de 2012.

Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho do Paraná. v.1. n.5. março de 2012. Disponível em: <http://www.mflip.com.br/temp_site/edicao-1236.pdf> Acesso em: 02 de novembro de 2012.

Jurisprudências do TRT 1º Região. Disponível em: <<http://bd1.trt1.jus.br/xmlui>> Acesso em: 20 de outubro de 2012.

Jurisprudências do TRT 3ª Região. Disponível em: <<https://as1.trt3.jus.br/juris/consultaBaseSelecionada.htm>> Acesso em: 20 de outubro de 2012.

Jurisprudências do TST. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/en/jurisprudencia>> Acesso em: 19 de outubro de 2012.

Biblioteca Virtual da Editora LTr. Disponível em: <<http://www.ltrdigital.com.br>> Acesso em: 10 de maio de 2012.