

2 LIMITAÇÃO DO TEMPO DE TRABALHO E PROTEÇÃO À SAÚDE DOS TRABALHADORES: UMA ANÁLISE DOS SISTEMAS JURÍDICOS BRASILEIRO E ESPANHOL

José Antônio Ribeiro de Oliveira Silva
Mestre em Direito das Obrigações pela UNESP/SP
Doutorando em Direito Social
pela Universidad Castilla-La Mancha (Espanha)

I. A SAÚDE DO TRABALHADOR COMO UM DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL

O objetivo principal deste pequeno artigo é a investigação sobre o tempo de trabalho, no que diz respeito a sua limitação e sua relação direta com a proteção à saúde dos trabalhadores, fazendo uma comparação dos sistemas jurídicos brasileiro e espanhol.

Fita Ortega¹ observa que a ordenação do tempo de trabalho possui íntima relação com três vertentes de estudo: a) a ordenação como elemento de organização das empresas; b) como instrumento de proteção à saúde e segurança dos trabalhadores; c) e ainda, como elemento de política de emprego. Destas vertentes, portanto, a atenção estará voltada para a segunda, ou seja, a análise da correlação entre jornadas de trabalho extensas e os prejuízos à saúde dos trabalhadores.

1 FITA ORTEGA, F. *Límites legales a la jornada de trabajo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 24.

Para começar, recordo o fundamento pelo qual se deve proteger a saúde dos trabalhadores: *a saúde do trabalhador se trata de um direito humano fundamental*, ou seja, de um direito imprescindível ao trabalhador. É possível sustentar, com segurança, que os direitos ao trabalho, à saúde, à educação e à seguridade social são direitos sociais sem os quais não se pode falar em Estado social, que na Espanha está garantido no art. 1º de sua Norma Fundamental. Nesse contexto, não se pode olvidar que *a saúde dos trabalhadores também deve ser considerada um direito social*, ou, ainda mais, *um direito fundamental ou humano*, já que é componente das necessidades básicas da pessoa do trabalhador, como espécie da saúde em geral.

De fato, o direito à saúde do trabalhador, como espécie da saúde em geral, é *um direito humano*. Por isso, é um direito inalienável, imprescritível e irrenunciável. E é um direito natural de todos os trabalhadores, em todos os tempos e lugares, ainda que sua positivação tenha ocorrido tardiamente. Se a saúde do trabalhador é algo inerente a ele, imanente, em respeito a sua dignidade essencial, inclusive para uma boa prestação de serviços ao empregador, *trata-se de um direito natural*, pois intrínseco à conformação de sua personalidade e de seu desenvolvimento como pessoa. É um direito imprescindível para o trabalhador. Essa é, portanto, sua natureza jurídica: *trata-se de um direito humano*, fundamental ou não, ou seja, positivado nas constituições de cada país ou não, não havendo qualquer necessidade de outras adjetivações. De modo que assim se insere no continente maior dos direitos humanos, como conteúdo deles, vale dizer, *como um dos valores fundamentais do sistema jurídico*, sem o qual a dignidade da pessoa humana estará seriamente ameaçada.

Quanto ao princípio da dignidade da pessoa humana, é o ápice da *construção jusfilosófica na evolução cultural da humanidade*, e se encontra bem conformado na doutrina atual. Barbagelata² afirma que *a dignidade humana é um meta-valor* e, na análise do bloco de constitucionalidade, afirma que os direitos humanos laborais – entre os quais a saúde do trabalhador – “abarcam

2 BARBAGELATA, Héctor-Hugo. *El particularismo del Derecho del Trabajo y los Derechos Humanos Laborales*. 2. ed. atual. e ampl. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2009, p. 250.

disposições e princípios que constituem parte dos direitos e garantias inerentes à personalidade humana. Por conseguinte, são indisponíveis, não só para o legislador, como também para o próprio constituinte”.

Penso que a *dignidade humana* significa dizer que a pessoa está dotada de direitos essenciais, sem cuja realização não terá forças suficientes para a conformação de sua personalidade e seu pleno desenvolvimento enquanto pessoa. Esses direitos compreendem a vida e uma gama de liberdades essenciais, mas também alguns direitos de igualdade (sociais) sem os quais as liberdades não passam de mera retórica. Tanto é assim que até os economistas e os doutrinadores mais liberais reconhecem que alguns bens jurídicos mínimos devem ser assegurados para a satisfação das necessidades básicas das pessoas. O sentido dos direitos humanos é a defesa da dignidade humana, dignidade esta que se manifesta na corporeidade (vida e saúde) e na liberdade³.

Dada a complementaridade entre os direitos humanos, sua tutela significa a *proteção a bens jurídicos básicos*, como a vida, a integridade físico-funcional (inclusive moral), a *saúde*, a liberdade, a igualdade, que se consubstanciam em diversos direitos positivados no sistema jurídico, sejam de primeira, de segunda ou terceira geração. E sempre o direito à saúde figura em todos os catálogos de referidos direitos. Assim que, em definitivo, *a saúde dos trabalhadores compõe o chamado conteúdo essencial da dignidade humana*, não podendo jamais ser postergada sua preservação e, em caso de doença, o tratamento mais adequado deve ser o mais pronto possível. Por isso mesmo, está assegurada no art. XXV da Declaração Universal dos Direitos Humanos, e, de forma mais enfática, no art. 12 do PIDESC – Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

2. A EFICÁCIA HORIZONTAL DO DIREITO À SAÚDE DO TRABALHADOR

Sendo a saúde dos trabalhadores componente do

3 FERNANDEZ, M. E. Los derechos económicos, sociales y culturales. In: MEGÍAS QUIRÓS, J. J. (Coord.). *Manual de Derechos Humanos: los derechos humanos en el siglo XXI*. Navarra: Aranzadi, 2006, p. 120.

chamado conteúdo essencial da dignidade humana, *não há falar em colisão de princípios*⁴ ou *direitos fundamentais* quando estão em cotejo a saúde do trabalhador, de um lado, e a liberdade de empresa, de outro, até porque a dignidade é um atributo exclusivo da pessoa humana. Ainda que a liberdade de empresa também esteja garantida como direito fundamental nas constituições, penso que a saúde do trabalhador é um bem jurídico que está acima deste direito.

O problema é que há uma constante colisão de princípios no contrato de trabalho, havendo realmente uma *difícil convivência entre os direitos fundamentais da pessoa do trabalhador e os poderes empresariais do empregador*, razão pela qual “a relação jurídica obrigatória nascida do contrato de trabalho constitui o banco de prova da eficácia horizontal dos direitos fundamentais de caráter personalíssimo”, na feliz síntese de Valdés Dal-Ré⁵. Se há uma colisão real e os direitos são equivalentes, *o problema deve se resolver à luz do juízo de ponderação ou do princípio da proporcionalidade*, com suas três vertentes: 1^a) *juízo de adequação*; 2^a) *juízo de necessidade ou tese de indispensabilidade*; 3^a) *juízo ou tese de proporcionalidade em sentido estrito*⁶. *Estas teses são sempre comentadas quando se fala na eficácia horizontal dos direitos fundamentais, chamada na doutrina jurídica alemã de “Drittwirkung”.*

Não obstante, é possível trazer para o debate a respeito da eficácia de referidos direitos, diante dos particulares ou grupo de particulares, outra ideia. Ainda que haja uma preferência pelo

4 De acordo com Alexy, para solucionar a colisão de princípios há a necessidade de se estabelecer um juízo de ponderação de bens jurídicos, através da máxima da proporcionalidade, com o auxílio de suas três máximas parciais, as quais são: da adequação, da necessidade (postulado do meio mais benigno) e da proporcionalidade em sentido estrito (o postulado de ponderação propriamente dito). Da máxima de proporcionalidade em sentido estrito extrai-se que os princípios “são mandados de otimização com relação às possibilidades jurídicas. Por outro lado, as máximas da necessidade e da adequação decorrem do caráter dos princípios como mandados de otimização com relação às possibilidades fáticas”. ALEXY, R. *Teoría de Los Derechos Fundamentales*. Tradução da primeira edição de *Theorie der Grundrechte* por Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, tercera reimpressão, 2002, pp. 111-113.

5 Valdés Dal-Ré, F. *Contrato de trabajo, derechos fundamentales de la persona del trabajador y poderes empresariales: una difícil convivencia*. Relaciones laborales, núm. 22, ano XIX, nov. 2003, pp. 1-3.

6 *Ibidem*, pp. 12-14.

estudo dos direitos fundamentais, partindo-se de sua positivação constitucional, *a concepção jusnaturalista dos direitos humanos* – enquanto direitos indissociáveis da pessoa humana e imprescindíveis à sua dignidade pessoal –, *permite uma valoração maior dos chamados direitos fundamentais do trabalhador*. O que se propõe é que haja uma *diferença ontológica ou deontológica entre os direitos humanos e os direitos fundamentais*, ou seja, há direitos fundamentais de grupos, coletividades, e até mesmo de empresas – ainda que se diga que de titularidade do empresário – que, não obstante, não são direitos humanos, porque não pertencem à pessoa enquanto tal⁷, e há direitos humanos que não são fundamentais, porque ainda que necessários à dignidade humana, não se encontram inscritos nas constituições, como os direitos a imigrar e a não ser assediado moralmente. Desta diferença, a partir da idéia de que a pessoa humana ocupa um lugar central no sistema jurídico, conclui-se que todo o universo jurídico tem como função valorizar e garantir os direitos essenciais da pessoa humana.

Sendo assim, não há que recorrer à boa-fé contratual ou ao juízo de ponderação, os quais podem levar a resultados de limitação ou ainda de negação dos direitos humanos fundamentais da pessoa do trabalhador. Isso se mostra relevante quando o que está em jogo é a *saúde do trabalhador*, eis que nenhuma liberdade de empresa, nenhum poder empresarial pode prevalecer diante da saúde, em uma eventual colisão de direitos fundamentais. A saúde, como expressão da vida e da integridade física e moral do trabalhador, deve ser garantida e receber efetiva proteção sempre, *não havendo nenhum espaço para teste de ponderação ou juízo de proporcionalidade entre esse direito e os poderes empresariais*.

Em definitivo, a eficácia horizontal dos direitos humanos fundamentais dos trabalhadores deve ser compreendida sob outro

7 Pérez Luño aponta o erro de se confundir duas categorias conceitualmente distintas: os *direitos humanos* e os *direitos fundamentais*. Ele esclarece que os direitos humanos possuem uma dimensão deontológica, pois se trata daquelas faculdades inerentes à pessoa. Quando se consegue o reconhecimento destas faculdades pelo direito positivo aparecem os direitos fundamentais. Agora, o direito positivo tem reconhecido personalidade jurídica também aos entes coletivos (associações, corporações, sociedades, instituições, fundações). Não obstante, apenas os indivíduos podem ser sujeitos titulares de direitos humanos, à medida que os entes coletivos só podem ser sujeitos titulares de direitos fundamentais e de outros direitos, mas nunca de direitos humanos. PÉREZ LUÑO, A. E. *La Tercera Generación de Derechos Humanos*. Navarra: Editorial Aranzadi, 2006, pp. 235-237.

prisma. Fala-se muito da “Drittwirkung”, insistindo-se demasiadamente em demonstrar a eficácia dos direitos fundamentais de liberdade do trabalhador frente ao empresário, no entanto, à luz da doutrina da fundamentalidade material dos direitos, esquecendo-se que a centralidade da pessoa humana reclama a aceitação de direitos prévios não somente ao contrato de trabalho, mas também à própria ordem jurídica estatal, direitos esses *inseparáveis do princípio-guia da dignidade humana*. Nessa ordem de ideias, sempre que se tratar de direitos indispensáveis à conformação e desenvolvimento da personalidade, da vida, *da saúde* e também das liberdades essenciais do trabalhador, não há que submetê-los a nenhum teste de ponderação e tampouco a modulações de acordo com o princípio da boa-fé.

Em suma, *a saúde do trabalhador é um bem jurídico que está acima de qualquer direito fundamental do empregador no exercício de seus poderes empresariais*. De modo que nenhuma liberdade de empresa pode prevalecer diante da saúde do trabalhador, até porque *o empresário é devedor de segurança*, na síntese de Aparício Tovar⁸. Por isso, não há dúvida de que *o principal destinatário da normativa pertinente à matéria é o empregador*, o qual tem a obrigação intransferível de garantir condições de trabalho saudáveis e seguras ao trabalhador.

3. CONTEÚDO ESSENCIAL DO DIREITO À SAÚDE DO TRABALHADOR

Resta, portanto, *definir o que se entende por saúde dos trabalhadores* ou, pelo menos, seu conteúdo essencial, para que seja de fato respeitada e se possa exigi-la tanto do empregador como do Estado. Para isso é importante recordar que, segundo a OMS, *a saúde é o mais completo bem-estar físico, mental e social*, e não somente a ausência de doenças.

Na Espanha, a busca do conteúdo essencial do direito em questão deve guiar-se pelo caminho da interpretação sistemática que abarque a Constituição espanhola, a Lei de Prevenção de Riscos Laborais (LPRL) – Lei n. 31/1995 – e também a normativa

8 APARICIO TOVAR, J. *Las obligaciones del empresario de garantizar la salud y la seguridad en el trabajo*. Civitas Revista española de Derecho del Trabajo, Madrid, n. 49, set./out. 1991, p. 706.

internacional, incluindo as diretivas da Comunidade Econômica Europeia, sobretudo a Diretiva-marco 89/391/CEE, de 12 de junho de 1989. Daí se pode extrair um *alcance constitucional ou até supranacional da proteção à saúde dos trabalhadores*.

Por isso, a matéria é estudada sob a perspectiva do *binômio prevenção-reparação*, na prevenção de acidentes do trabalho e, em caso de ocorrência destes, em sua pronta reparação. Nesse contexto, em uma interpretação sistemática da CE – Constituição espanhola –, obtém-se *uma conjugação entre os direitos à vida e à integridade física com o direito à saúde* – arts. 15, 40.2, 41, 43.1 e 2, 45.1 e 3 e art. 49 da CE –, pois o direito à vida é o mais elementar e prévio, que por isso serve de fundamento a todos os demais direitos. E *a saúde tem estreita relação com o direito à vida*, como decidido pelo Tribunal Constitucional espanhol em inúmeras sentenças (acórdãos). De modo que *proteger a saúde do trabalhador significa tutelar seu direito humano à vida e à incolumidade física e psíquica*. Assim, a proteção é parte integrante do conteúdo essencial da saúde dos trabalhadores. O direito à saúde, ora comentado, tem uma dimensão objetiva que, colocada em destaque pelo art. 40.2 da CE, deixa clara *uma dupla proteção à vida e integridade física do trabalhador*: a primeira é a obrigação do Estado de velar pela segurança e higiene no trabalho; e a segunda é sua obrigação de garantir *o descanso necessário para proteger a saúde do trabalhador*, proteção que o próprio texto constitucional concretiza em três vertentes – a limitação da jornada de trabalho, o estabelecimento de férias periódicas remuneradas e a promoção de centros adequados⁹.

Deve-se ter em conta que a proteção à saúde dos trabalhadores, como qualquer direito fundamental, envolve dois aspectos – *um negativo e outro positivo*, o primeiro ligado a abstenções tanto da parte do Estado como do empregador, e o segundo aglutinando inúmeras prestações que podem ser requeridas diante de um e de outro. Daí que *a saúde do trabalhador é de um direito humano fundamental de natureza negativa e positiva*, exigindo tanto do empregador como do Estado não somente a abstenção de práticas que ocasionem a enfermidade física ou mental do trabalhador, como também uma positividade, ou seja, a adoção de medidas preventivas de doenças. Aí estão os *aspectos essenciais de referido direito*: a) o direito à abstenção; e

9 GONZÁLEZ LABRADA, M. *Seguridad y salud en el trabajo y responsabilidad contractual del empresario*. Barcelona: Cedecs, 1996, pp. 121-123.

b) o direito à prestação, que, por sua vez, é subdividido em direito à prevenção e direito à reparação.

Esse conteúdo é muito extenso e, no momento, o que interessa é sua vertente de abstenção, no que concerne *ao fator tempo de trabalho*, que é o objeto de minha explanação. Assim, penso que são essenciais as seguintes abstenções pelos empregadores: 1^a) a não-exigência de realização de horas extraordinárias de forma habitual, sobretudo dos trabalhadores noturnos e em turnos ininterruptos de revezamento; 2^a) a não-exigência de trabalho nos descansos intra e entre jornadas; e 3^a) a não-exigência de trabalho nos dias de descanso semanal e feriados, tampouco nos períodos de férias. De se notar que estas obrigações estão inscritas na própria Declaração Universal, em seu art. XXIV, o qual descreve *a limitação razoável das horas de trabalho* com um direito humano fundamental.

E não é demasiado recordar *os fundamentos pelos quais se deve proteger a saúde do trabalhador*: a) o combate à fadiga; e b) o combate ao estresse laboral. Ora, vários estudos científicos têm mostrado que *a melhor forma de prevenir a fadiga* é dar a devida atenção às condições de trabalho, apontando como *medidas preventivas*, entre outras, a distribuição adequada das horas de trabalho, bem como a previsão de períodos adequados de descanso e de férias.

Por isso, a busca pela proteção à saúde do trabalhador desenvolveu-se inicialmente *na luta pela redução da jornada de trabalho*. Sússekind¹⁰ pontifica que *os fundamentos para a limitação do tempo de trabalho* são os seguintes:

a) de natureza biológica, pois que visa combater os problemas psicofisiológicos oriundos da fadiga e da excessiva racionalização do serviço;

b) de caráter social, pois que possibilita ao trabalhador viver, como ser humano, na coletividade à qual pertence gozando dos prazeres materiais e espirituais criados pela civilização, entregando-se à prática de atividades recreativas, culturais ou físicas,

10 SÚSSEKIND, Arnaldo et al. *Instituições de Direito do Trabalho*. V. 2, 16. ed. atual. por Arnaldo Sússekind e João de Lima Teixeira Filho. São Paulo: LTr, 1996, p. 774.

aprimorando seus conhecimentos e convivendo, enfim, com sua família;

c) de índole econômica, pois que restringe o desemprego e acarreta, pelo combate à fadiga, um rendimento superior na execução do trabalho.

Com efeito, o combate à fadiga não serve de fundamento apenas para a limitação do tempo de trabalho no que se refere aos aspectos social e econômico, mas também para a *proteção direta* à saúde do trabalhador. Analisando os fundamentos descritos por Süsseskind, verifica-se que prepondera, pelo menos no que concerne à saúde do trabalhador, o de natureza biológica, porque não há dúvida de que o excesso de trabalho gera inúmeros problemas, sendo de graves consequências a *fadiga*, que prejudica o *equilíbrio homeostático* da pessoa humana.

Sebastião Geraldo de Oliveira¹¹ pondera que o esforço adicional, como ocorre no trabalho constante em horas extraordinárias, aciona o consumo das reservas de energia da pessoa e provoca um aceleração da fadiga, que pode levar à exaustão e ao esgotamento. O organismo humano depende de energia para seu funcionamento equilibrado, sendo que o excesso de atividade – *o excesso de trabalho*, por exemplo – resulta em que a recomposição de energia não acompanhe o ritmo despendido, surgindo a fadiga. Com efeito, a fadiga traduz um processo de cansaço e esgotamento físico e psíquico, e quanto maior o esforço, maior a produção de ácido lático no organismo, substância esta que inibe a atividade muscular. Se a pessoa insiste no esforço empreendido, sobrevêm adormecimentos e câimbras até que haja a necessidade de parar o trabalho ou a atividade desempenhada. De tal modo que, quanto maior a fadiga, mais se reduz o ritmo de trabalho, a atenção e a formulação do raciocínio. Nesta situação, o trabalhador produz menos, além de estar sujeito a cometer mais erros e a sofrer acidentes.

Demais, a fadiga prolongada leva inexoravelmente a um *processo de estresse*. Investigações têm revelado um crescente índice de estresse, sobretudo a partir da década de 1990, quando ocorreram

11 OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Proteção jurídica à saúde do trabalhador*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2002, p. 159.

grandes mudanças no sistema organizacional das empresas, sendo que tais reestruturações vêm provocando ameaças de desemprego e ocasionando uma sensação de insegurança, o que contribui para gerar uma “ansiedade relacionada com o trabalho”, a qual, ainda que evidente, é muito difícil de ser quantificada¹². No Japão existe um fenômeno conhecido como *Karoshi*, palavra que significa *morte por excesso de trabalho*. O *Karoshi* se trata de um grande problema social no Japão, porque os japoneses trabalham muitas horas a mais do que os trabalhadores dos países ocidentais industrializados¹³.

No Brasil, uma pesquisa revelou que os transtornos mentais afastam mais de 100.000 trabalhadores por ano. Segundo pesquisadora do Laboratório de Saúde do Trabalhador da Universidade de Brasília, aproximadamente 100.000 trabalhadores necessitam retirar-se do trabalho anualmente por causa de problemas relacionados à saúde mental, sendo que as doenças mentais responderam por 9,8% do total de benefícios de auxílio-saúde concedidos em 2004¹⁴.

Diante disso, a conclusão é a de que a proteção à saúde do trabalhador passa necessariamente não só pela prevenção da fadiga, mas também pela prevenção do estresse laboral, sendo que a *limitação do tempo de trabalho* é, sem dúvida, a melhor forma de tornar efetiva a referida proteção.

4. A ORDENAÇÃO DO TEMPO DE TRABALHO – FLEXIBILIZAÇÃO ESPANHOLA E BRASILEIRA

Conquanto incontestemente a conclusão anterior, *as grandes mudanças levadas a efeito na organização das empresas*, sobretudo a partir da década de 1990, com uma intensa reestruturação do sistema

12 BEATON, R. D. *Ansiedad relacionada con el trabajo*. In: Enciclopedia de Salud y Seguridad en el Trabajo. 4. ed., p. 5.12. Disponível em: <<http://www.mtas.insh/EncOIT/index.htm>>. Acesso em: 2 jun. de 2011.

13 HARATANI, T. *Karoshi: muerte por exceso de trabajo*. In: Enciclopedia de Salud y Seguridad en el Trabajo. 4. ed., p. 5.20-5.21. Disponível em: <<http://www.mtas.insh/EncOIT/index.htm>>. Acesso em: 2 jun. de 2011.

14 BARBOSA-BRANCO, A. *Transtorno mental afasta 100 mil por ano*. Folha de S. Paulo, São Paulo, 11 de fevereiro de 2007. Empregos, Caderno F.

produtivo e uma forte flexibilização das relações trabalhistas, principalmente na ordenação do tempo de trabalho, têm provocado um aumento considerável do estresse laboral, bem como de outras doenças do trabalho. Tudo isso conduz à conclusão de que há *uma necessária relação entre a limitação do tempo de trabalho e a saúde dos trabalhadores*. Isto quer dizer que o trabalho em condições precárias, principalmente em jornadas extensas, deságua em maior taxa de acidentes trabalhistas.

Basta notar o que as estatísticas demonstram: a) a Espanha, que tem uma quantidade muito menor de trabalhadores que o Brasil, teve muito mais acidentes do trabalho nos últimos anos, principalmente nos contratos temporários, sendo que em 2006 houve mais de 911 mil (911.561) acidentes e enfermidades relacionadas ao trabalho; b) no Brasil, país que tinha mais de 31 milhões de trabalhadores formais, houve 503 mil (503.890) acidentes e doenças do trabalho em 2006¹⁵. Não obstante, no Brasil houve um aumento de mais de 48% de acidentes em apenas cinco anos, de 2001 a 2006. Dessa forma, pode-se afirmar que *houve um aumento considerável de acidentes do trabalho à medida que a flexibilização espanhola e brasileira se aprofundaram*.

Tudo isso atenta contra os princípios constitucionais fundamentais de nossos sistemas jurídicos, não se podendo olvidar que Espanha e Brasil são signatários do PIDESC, cujo art. 2.1 estabelece o *princípio da não-regressividade*. Veja-se que tanto a Constituição espanhola quanto a brasileira estabelecem uma nítida vinculação da proteção à saúde dos trabalhadores com a limitação do tempo de trabalho. Tanto é que a brasileira fixa uma duração máxima da jornada diária em oito horas e da semanal em 44 horas. A Constituição espanhola, por sua vez, garante aos trabalhadores, em seu art. 40.2, “o descanso necessário, mediante a limitação da jornada de trabalho”. De modo que se pode afirmar que há nas Normas Fundamentais *um princípio de limitação do tempo de trabalho, que não pode ser olvidado pelo legislador*.

15 Essa pesquisa foi feita em 2008, por ocasião da elaboração da tesina – uma espécie de dissertação de mestrado, defendida naquele ano na Espanha –, sendo que de lá até esta parte os estudos foram aprofundados, mas ainda são inéditos, fazendo parte da tese de doutorado que será defendida ainda neste primeiro semestre, junto à Universidad Castilla-La Mancha.

Não obstante, *a normativa infraconstitucional* espanhola *sobre tempo de trabalho*, sobretudo a partir da transposição das diretivas europeias a respeito, cada vez mais tem se distanciado do referido *princípio de limitação*. E também a legislação infraconstitucional brasileira tem seguido o mesmo caminho, como se verá nos parágrafos seguintes.

4.1 Limite semanal ou anual da jornada de trabalho na Espanha

Nesse contexto, cabe apontar, de início, que desde a década de 1980 e, sobretudo a partir da de 1990, a Espanha tem promovido *uma forte flexibilização das normas de proteção aos direitos básicos dos trabalhadores*, acompanhando, por certo, uma tendência dos países do primeiro mundo, com claras repercussões nos países em desenvolvimento, incluindo o Brasil.

Quando da reforma de seu Estatuto dos Trabalhadores, levada a efeito pelo Real Decreto Legislativo n. 1/1995 – que incorpora a Lei n. 11/1994, pontapé inicial da reforma –, propôs-se uma revisão do sistema de relações trabalhistas, presidido em grande medida pelo *critério da flexibilidade*, com o argumento da necessária adaptação dos recursos humanos às circunstâncias produtivas das empresas, *principalmente em termos de or denação do tempo de trabalho*, que é, sem dúvida, um dos instrumentos mais significativos da flexibilização. “Os objetivos, valorados em termos de competitividade e garantia de conservação dos postos de trabalho, são os argumentos que, desde as concepções legais, fundamentam o recurso à flexibilidade como critério inspirador da reforma nessa matéria”¹⁶.

Uma das matérias do direito do trabalho que tem sido mais afetada pela onda de flexibilidade, que a partir da década de 1990 tem ameaçado destruir praticamente todos os institutos mais importantes de proteção aos trabalhadores, sem dúvida, é a relativa à *ordenação do tempo de trabalho*. Por isso, Valdéz Dal-Ré¹⁷ aponta com maestria

16 PRADOS DE REYES, F. J. La ordenación del tiempo de trabajo en la Reforma del Estatuto de los Trabajadores. *Relaciones laborales*, n. 8, ano 12, Madrid, 23 de abril 1996, p. 12.

17 VALDÉZ DAL-RÉ, F. *La flexibilidad del tiempo de trabajo: un viejo, inacabado y cambiante debate*. *Relaciones laborales*, Madrid, n. 2, ano 15, 23 janeiro de 1999, p. 1.

“que o termo flexibilidade, aplicado no âmbito dos sistemas de relações laborais, tem se convertido no Leviatã das sociedades pós-industriais”.

Prados de Reyes¹⁸ já havia destacado que a revisão do sistema de relações laborais na Espanha foi presidida “pelo critério da flexibilidade e a capacidade de adaptação dos recursos humanos às circunstâncias produtivas da empresa”, sendo que *a ordenação do tempo de trabalho tem sido um dos instrumentos mais significativos de tal flexibilização*. Acrescenta que os objetivos que constavam no Preâmbulo da Lei 11/1994 – incorporada ao Real Decreto Legislativo 1/1995 (ET), de 24 de março de 1995 – visavam permitir uma maior competitividade das empresas e, com isso, garantir a conservação dos postos de trabalho, o que fundamenta, assim, o recurso à flexibilidade como critério inspirador da reforma.

Não obstante, o caminho seguido pela *Espanha* foi demasiado extenso, eis que fez desaparecer o limite da jornada diária de trabalho, *a maior conquista dos trabalhadores de todos os tempos*, comemorada ainda no séc. XIX, quando se fixou um limite de 10 horas diárias, e no início do séc. XX, no momento em que a nascente legislação internacional de proteção aos trabalhadores estipulou um limite de oito horas de trabalho por dia (Convenção n. 1 da OIT). É certo que já havia uma relativa flexibilidade neste aspecto, com a permissão de realização de horas extras e também com a autorização de compensação do horário de trabalho, de modo a ampliar a jornada em alguns dias da semana, para que não se trabalhasse em outro, em geral no sábado – semana inglesa de trabalho, de segunda a sexta-feira. No entanto, a extensão deste regime de compensação a períodos de referência superiores ao semanal, em uma escala ampliada, até que foi alcançada, finalmente, a referência anual – *a anualização do tempo de trabalho* –, constitui verdadeira *negação daquela conquista histórica*.

Ademais, para tais compensações havia um limite diário, de modo a evitar abusos por parte dos empregadores na exigência de trabalho além do ordinário. Na Espanha, *havia um limite de nove horas diárias de trabalho efetivo*, “como um limite de ordem pública e indisponível pelas partes”, que deveria ser respeitado por toda negociação coletiva sobre distribuição irregular de horários de trabalho. Ocorre que a Lei n. 11/1994 *fez desaparecer tal limite*, de modo que,

18 PRADOS DE REYES, F. J. *La ordenación del tiempo de trabajo en la Reforma del Estatuto de los Trabajadores*, p. 12.

a partir daí, “a referência das nove horas ordinárias de trabalho efetivo já não tem um caráter de ordem pública”. Portanto, agora são as partes, em atenção *ao princípio da autonomia da vontade*, individual ou coletiva, que determinam a duração da jornada de trabalho, como expressa o art. 34 do ET – Estatuto dos Trabalhadores –, desde que se observe o limite máximo de 40 horas semanais de trabalho efetivo, em média, na contagem anual, bem como o descanso mínimo de 12 horas entre jornadas (§ 3º do art. 34) ¹⁹.

Assim, a *Espanha*, que tem levado a flexibilidade do tempo de trabalho às últimas consequências, *não tem mais limite diário*, fato que tem dado aos períodos de descanso um significado extraordinário. Não obstante, há que se levar em conta que a autorização para distribuir irregularmente a jornada de trabalho ao longo do ano agora fica reservada exclusivamente à negociação coletiva, mediante acordos entre a empresa e os representantes dos trabalhadores ²⁰. Todos os doutrinadores ressaltam, entretanto, que em nenhum caso a autonomia coletiva poderá fixar uma distribuição do tempo de trabalho de modo que ignore o período do tempo de descanso necessário entre jornadas de 12 horas, no mínimo, pelo que se verifica da análise do art. 34.3 do ET, 1º e 2º parágrafos.

Ocorre que essa disciplina legal possibilita que o empregador autorizado pela negociação coletiva – incluindo acordos entre o empresário e os representantes dos trabalhadores –, possa contratar, a título de mero exemplo, duas equipes de trabalhadores para ocupar todas as horas semanais, fazendo funcionar sua empresa em 12 horas diárias continuamente, sem que tenha que fazer a compensação por descanso dentro dos quatro meses seguintes, nem mesmo proceder ao pagamento das horas extraordinárias. Para clarificar a ideia: a primeira equipe trabalharia 12 horas diárias de segunda a quarta-feira e mais quatro horas no domingo; a segunda equipe trabalharia 12 horas por dia de quinta-feira a sábado e mais quatro horas no domingo; de modo que a jornada dos trabalhadores jamais ultrapassaria o limite de quarenta horas semanais; no entanto, eles teriam que se dedicar ao trabalho em extenuantes jornadas de 12 horas diárias, ainda que não o fizessem em

19 FITA ORTEGA, F. *Límites legales a la jornada de trabajo*, pp. 41-42.

20 PRADOS DE REYES, F. J. *La ordenación del tiempo de trabajo en la Reforma del Estatuto de los Trabajadores*, pp. 16-17.

todos os dias da semana. Isso, certamente, resultaria em *prejuízo à saúde de referidos trabalhadores*, aumentando o risco de acidentes do trabalho. Além disso, esses trabalhadores poderão contratar com outro empregador um sistema equivalente, para o trabalho nos dias de descanso do primeiro contrato, quando então nem folga semanal teriam.

Ademais, *se não se observa o módulo quadrimestral – e sim o anual autorizado pela legislação espanhola –*, deve-se observar que isso possibilita ao empregador a utilização de mão-de-obra segundo seus exclusivos interesses, exigindo o trabalho de seus empregados em *até 12 horas diárias em um determinado período*, invariavelmente quando haja excesso de produção, maior demanda, entre outras coisas, *para compensar as horas de “sobr ejornada” em períodos posteriores*, de situações inversas às apontadas acima.

Ocorre que tal exagerada permissão pode levar o trabalhador a se dedicar ao trabalho por até 66 horas semanais (respeitado o descanso de um dia e meio, na Espanha) em certos períodos do ano, *o que é um ver dadeiro absurdo*. Por exemplo, pode-se exigir do trabalhador que se ative em 12 horas diárias – em respeito ao descanso mínimo de 12 horas entre jornadas – durante 17 semanas (quatro meses), cuja somatória alcança a impressionante cifra de 1.122 horas; ocorre que se fosse respeitada a jornada semanal de 40 horas, em tal período o trabalhador não haveria trabalhado mais do que 680 horas, o que permite a conclusão de que nesse período de referência o trabalhador pode chegar a trabalhar 65% além da jornada normal, o que é, evidentemente, *algo desumano*. Depois, o empregador promoverá a compensação do excesso absurdo quando melhor lhe aproveite.

Tudo isso viola a Constituição espanhola, mais precisamente seu art. 40.2, que garante aos trabalhadores a limitação da jornada de trabalho, para que tenham o descanso necessário a fim de preservar sua saúde.

4.2 Limite semanal ou anual da jornada de trabalho no Brasil

No *Brasil* há um limite de oito horas diárias de trabalho, limite este que é reduzido para seis horas diárias no trabalho em turnos (art. 7º, incisos XIII e XIV, da CR/88).

Poder-se-ia objetar que o inciso XVI do mesmo dispositivo constitucional autoriza a realização de horas extras sem limites, ao prever apenas que a remuneração do serviço extraordinário deve ser superior

no mínimo, em 50% à normal. Entretanto, não se deve fazer interpretações de normas de maneira isolada, e sim com a utilização do *método sistemático*, analisando todas as normas que tratam da mesma matéria no sistema jurídico, como um todo, principalmente dentro do mesmo repertório legal – tomada aqui a expressão “lei” em sentido amplo. E esta interpretação leva, sem dúvida, à conclusão de que só existe permissão para o trabalho *extraordinário* se, *ordinariamente*, forem respeitados os limites diário e semanal de duração do trabalho. Não há espaço, assim, para a exigência de horas extraordinárias “habituais” dos trabalhadores brasileiros, prática que implica manifesta afronta à norma constitucional de limitação do tempo de trabalho. A única maneira de prorrogar diariamente a jornada de trabalho, autorizada pela própria Constituição, é a permissão de compensação de horários, mediante acordo ou convênio coletivo de trabalho, faculdade esta não estendida para os trabalhadores do regime de trabalho em turnos ininterruptos de revezamento. É suficiente uma interpretação sistemática dos incisos XIII e XIV do art. 7º da Constituição da República de 1988 (CR/88) para se chegar a esta obviedade ²¹.

Ocorre que a compensação de horários, prevista na Consolidação das Leis do Trabalho desde 1943, é apenas e tão-somente a efetuada por meio do módulo semanal. Não obstante, a *flexibilidade* que vem dominando o cenário europeu e, sobretudo, o espanhol, atravessou o Atlântico e veio aportar em terras brasileiras, porquanto o legislador brasileiro gosta muito de trasladar experiências de países europeus ao sistema jurídico nacional, quase sempre sem observar a cultura e as práticas nacionais, o que é, muitas vezes, causa do retumbante fracasso da “transposição” inadequada. Assim é que o art. 6º da Lei n. 9.601/98, em vigor desde 22 de janeiro de 1998, promoveu uma alteração do § 2º do art. 59 da CLT, que passou a permitir a *perversa compensação quadrimestral de horários*, denominada de “banco de horas”. Isso permite que o empregador exija horas suplementares aos trabalhadores, armazenando-as em um banco de dados – sem que haja disposição legal estabelecendo as regras que serão observadas para isso –, para depois compensá-las quando lhe for mais propício,

21 Em sentido contrário, a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho (Súmula n. 423).

visto que as negociações coletivas não têm, salvo raras exceções, fixado limites para essa prática.

Como se não bastasse, finalmente foi adotada pelo Brasil *a ainda mais perversa compensação, a anual* – anualização do tempo de trabalho –, segundo a qual o excesso de horas trabalhadas pode ser objeto de compensação no período máximo de um ano, desde que seja observado o limite máximo de dez horas diárias²². Ficou estabelecido, assim, *o cômputo anual da jornada de trabalho* também no Brasil.

Entretanto, parte da doutrina brasileira, com reflexos na jurisprudência, tem rechaçado tal instituto, porque o denominado “banco de horas”, que passou a ser objeto de negociação coletiva em diversas categorias profissionais e econômicas, se apresenta, em verdade, *como um completo desvirtuamento do instituto da compensação* aqui analisado. Permitir que o empregador exija trabalho suplementar dos empregados durante vários meses do ano, ou a faculdade de compensar a “sobrejornada” com a redução do horário de trabalho em outros dias – quase sempre da maneira que melhor lhe convier –, significa, simplesmente, *a transferência dos riscos da atividade econômica para o trabalhador*, em manifesta violação da norma de ordem pública prevista no caput do art. 2º da Consolidação. A toda evidência, o capitalista exigirá a prestação de horas suplementares nos períodos de “pico” de produção ou de vendas e as compensará nos períodos de baixa produtividade ou de escassez nas vendas.

De tudo isso resulta que o trabalhador terá duplo prejuízo com o chamado “banco de horas”: primeiro, porque prestará inúmeras horas extras ou suplementares sem receber o adicional correspondente; segundo, *porque essa prestação continuada de*

22 Por meio da Medida Provisória n. 1.709, publicada em 7 de agosto de 1998, foi novamente alterado o § 2º do art. 59 da CLT, para que ganhasse a seguinte redação: “Poderá ser dispensado o acréscimo de salário se, por força de acordo ou convenção coletiva de trabalho, o excesso de horas em um dia for compensado pela correspondente diminuição em outro dia, de maneira que não exceda, no período máximo de um ano, à soma das jornadas semanais de trabalho previstas, nem seja ultrapassado o limite máximo de dez horas diárias”. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 9 maio de 2011. A última redação deste dispositivo, idêntica à atribuída pela MP n. 1.708, foi dada pela Medida Provisória n. 2.141-41, de 24 de agosto de 2001, que teve sua vigência *indeterminada*, por força do art. 2º da Emenda Constitucional n. 32, de 11 de setembro de 2001. DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2005, p. 865.

horas extras ou suplementar es certamente afetará a sua saúde . Não resta, portanto, alternativa que não seja a de acusar a flagrante *inconstitucionalidade da Medida Provisória n. 2.164-41*, de 24 de agosto de 2001, a qual deu nova redação ao § 2º do art. 59 da CLT, para permitir o banco de horas no período de um ano. Neste sentido, Souto Maior²³ assevera que, por mais que se queira ver no “banco de horas” uma boa intenção,

[...] é irresistível considerá-lo inconstitucional, por ser um incentivo à utilização do trabalho em jornada extraordinária, contrariando o ideal maior de favorecer o pleno emprego, fixado como princípio da ordem econômica no inciso VIII do art. 170 da Constituição Federal.

A permissão do banco de horas vem se tratar, pois, de uma violação irresponsável da Constituição pelo Governo, tanto à norma particular a respeito da compensação (semanal) como aos princípios que são a base da sociedade brasileira, porque se não há dignidade da pessoa humana trabalhadora, se não há respeito a seus direitos laborais mínimos, tudo está perdido: *não há dignidade, vida ou liberdade que se respeite*.

Em definitivo, há rigorosos limites diários à jornada de trabalho no Brasil, estampados na Constituição, ainda que, na prática, os empresários brasileiros não cumpram a normativa a respeito, com a conivência do Estado, principalmente ao não incrementar o número de auditores fiscais do trabalho, a fim de que haja uma fiscalização rigorosa das condições de labor, no que se refere ao tempo em que o trabalhador permanece no estabelecimento do empregador.

4.3 A limitação das horas extraordinárias

Igualmente, para a proteção da saúde do trabalhador torna-se imprescindível uma limitação das horas extraordinárias.

Isso porque a hora extraordinária, exatamente por sê-lo, jamais poderia ser habitual. Segundo os léxicos, extraordinário é o que

23 SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *O direito do trabalho como instrumento de justiça social*. São Paulo: LTR, 2000, p. 329.

não é ordinário, ou seja, o que é “fora do comum, excepcional ou anormal”, o que é “raro, singular”, ou ainda o que “só ocorre em dadas circunstâncias, não rotineiras, imprevistas”²⁴. Daí que se verifica que a prestação de serviços em “sobrejornada” jamais poderia ser uma prática comum, que ocorre todos os dias. Muito pelo contrário, as horas extraordinárias somente poderiam ser exigidas do trabalhador na ocorrência de *situações excepcionais* que, portanto, não ocorrem no cotidiano da atividade empresarial.

Assim, *para o trabalhador* há uma motivação puramente econômica em sua realização. Entretanto, a aparente vantagem pode se tornar *muito prejudicial*, pois tal prática resulta em aumento da fadiga e da tensão no trabalho, cujas consequências mais graves podem ser a *perda*, ainda que temporária, *da saúde e da segurança dos trabalhadores*. Isso ocorre quando as horas realmente trabalhadas por semana excedem, por uma ampla margem, às quarenta e oito, havendo, assim, um uso excessivo das horas extras²⁵.

Por todo o exposto, *é imprescindível uma limitação das horas extraordinárias*. Isso porque a regulação das horas normais passa a ter pouco efeito prático quanto ao número real de horas de trabalho se não há um limite razoável para a realização das horas extras. Por certo que algumas horas extras são necessárias. No entanto, se o trabalhador efetua frequentemente muitas horas extras, isso pode virtualmente anular os efeitos das disposições legais ou negociadas sobre as horas normais de trabalho, alcançando “níveis de horas reais excessivos e prejudiciais para a saúde, a seguridade e o bem-estar dos trabalhadores”²⁶.

Na *Espanha*, existe um limite muito estrito à realização das horas extraordinárias, que “não poderá ser superior a oitenta ao ano”, de acordo com o art. 35.2 do ET. Não obstante, o próprio dispositivo citado estabelece que não se computam para estes efeitos nem as horas extraordinárias “que tenham sido compensadas mediante descanso dentro dos quatro meses seguintes à sua realização”, nem o excesso das trabalhadas para “prevenir ou reparar acidentes ou outros danos

24 FERREIRA, A. B. de Holanda. *Novo dicionário da língua portuguesa*. 2. ed., rev. e aum., 23. impr. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986, p. 746.

25 CLERC, J.-M. *Introducción a las condiciones y el medio ambiente de trabajo*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, 1987, pp. 122-123.

26 *Ibidem*, p. 120.

extraordinários e urgentes”, conforme o § 3º do mesmo dispositivo legal. Contudo, os casos de acidentes e danos extraordinários, bem como a realização de serviços impostergáveis, *são justamente* as hipóteses em que se deve permitir a realização das horas extraordinárias. De modo que permitir a realização de horas extraordinárias mediante sua compensação por descanso, ainda que ao longo dos quatro meses seguintes, é lançar por terra a própria limitação, *que assim não passa de retórica*.

O que ocorre é que *a própria lei retira praticamente todo o efeito da limitação anual das horas extraor dinárias*, quando permite sua compensação por descanso nos quatro meses seguintes à sua realização. Por isso, Alarcón Caracuel²⁷ adverte que o limite de 80 horas extraordinárias ao ano pode desaparecer, a se considerar que a retribuição delas pode ser feita mediante compensação com descansos, e que as horas assim compensadas não são computáveis para efeito do máximo autorizado.

Definitivamente, *há mesmo um farisaísmo na legislação espanhola*, eis que estabelece um limite de 80 horas extraordinárias ao ano, mas, por outro lado, permite sua compensação por descanso no período de referência de quatro meses, e estabelece que não se computam para esses efeitos algumas situações (art. 35.5 do ET e art. 20 do RD 1561/1995, por exemplo), admitindo também a contratação de *horas complementares* sem considerá-las horas extraordinárias (art. 12.5 do ET).

Situação pior ainda existe no *Brasil*, onde não há um limite expresso à realização de horas extraordinárias. Pelo contrário, pesquisas demonstram que cerca de 25% dos trabalhadores brasileiros formais realizam horas extras frequentemente²⁸, o que é uma violação de outro direito humano fundamental – o direito ao trabalho. Com base nessa pesquisa nacional, tem-se, portanto, em um cálculo rápido, que em 31

27 ALARCÓN CARACUEL, M. R. *Tiempo de trabajo en la reforma laboral*. Relaciones Laborales, n. 17-18, 1994, p. 64.

28 Realmente impressiona o resultado da pesquisa realizada pela CUT – Central Única dos Trabalhadores –, pois que do universo total de trabalhadores, 77,8% dos entrevistados afirmam trabalhar em horas extras, o que significa afirmar que, de cada 10 trabalhadores, oito se ativam em *sobrejornada*. E desse total 25% afirmam realizar horas extras frequentemente. CUT. *Hora Extra: o que a CUT tem a dizer sobre isto*. Secretaria de Política Sindical de la CUT – Brasil. São Paulo: CUT Brasil, 2006, p. 163.

de dezembro de 2004 ²⁹ havia cerca de 8.000.000 de trabalhadores brasileiros *formais* trabalhando, *habitualmente*, em horas extras. Admitindo-se que cada um deles realizava uma hora extra por dia, tem-se que 1.000.000 de trabalhadores brasileiros não conseguiram emprego em 2004 porque aproximadamente oito milhões de empregados realizavam, pelo menos, uma hora extra por dia – *a cada oito trabalhadores trabalhando uma hora extra por dia* –, tem-se um desempregado. Considerando-se os trabalhadores informais, os quais, *normalmente, não têm qualquer limite de jornada de trabalho*, estes números serão muito superiores.

No *Brasil*, essa violação dos limites de jornada tem sido uma prática diuturna, com o beneplácito dos sindicatos, dos inspetores do trabalho, e, porque não, da própria Justiça do Trabalho. Tanto que esta criou a tese da “sobrejornada” *habitual* para efeito de pagamento de reflexos de horas extras em outras verbas laborais ³⁰. Há, então, uma *cultura nacional de horas extras*. No entanto, têm sido propostos limites para referida prática, ainda que não referendados pelo legislador

Finalmente, se não podem ser terminantemente proibidas as horas extras, elas devem ser *limitadas ao máximo*, pois o efeito danoso que provocam à saúde dos trabalhadores é incontestável.

4.4 Limitação da jornada no trabalho noturno e em turnos de revezamento

De fato, se deve haver um limite às horas extraordinárias, a *fortiori* deve existir proibição ou limitação muito mais rigorosa no que concerne à exigência de horas extras no *período noturno e no trabalho em turnos ininterruptos de revezamento*, nos quais o desgaste físico e psíquico do trabalhador é muito mais intenso, levando a situações de fadiga.

A fadiga decorrente da alteração do *ritmo vigília-sono*

29 Foram considerados os números de 2004 porque a pesquisa da CUT foi realizada em 2005.

30 Súmula n. 347 do Tribunal Superior do Trabalho: “O cálculo do valor das horas extras habituais, para efeito de reflexos em verbas trabalhistas, observará o número de horas efetivamente prestadas e a ele aplica-se o valor do salário-hora da época do pagamento daquelas verbas”. E há inúmeras súmulas e orientações jurisprudenciais do TST que fazem menção a horas extras “habituais”.

ocorre porque os seres humanos, em sua grande maioria, têm atividades durante o período diurno, enquanto durante o período noturno apresentam uma maior disposição para o repouso (sono), inclusive por causa das alterações de sua temperatura corporal. Por isso, nem todos os trabalhadores se adaptam ao trabalho noturno, pois as mudanças no modelo já referido normalmente levam a alterações de comportamento, principalmente em relação ao sono, o que se torna um fator de risco para o aumento de acidentes e para as doenças do trabalho.

Estudos recentes, com avaliações por meio de polissonografia, demonstram que *os trabalhadores em turnos de revezamento têm uma redução de duas horas ou mais por dia no tempo total de sono*³¹.

Na *Espanha*, o art. 36.1 do ET diz que “se considera trabalho noturno o realizado entre as dez da noite e as seis da manhã”, estabelecendo que o empregador que recorra regularmente à realização de trabalho noturno deverá informá-lo à autoridade trabalhista. No entanto, a norma mais importante, no que se refere à saúde dos trabalhadores, é a que disciplina que “a jornada de trabalho dos trabalhadores noturnos não poderá exceder de oito horas diárias, em média, em um período de referência de quinze dias”, e, ainda mais, que “ditos trabalhadores não poderão realizar horas extraordinárias” (segundo parágrafo do art. 36.1 do ET).

Ocorre que as limitações impostas pelo art. 36.1 do ET acabam por perder grande parte do efeito protetivo diante das exceções introduzidas pelo art. 32 do RD 1561/1995. Este dispositivo legal traz *exceções aos limites de jornada dos trabalhadores noturnos*, permitindo a realização de horas extraordinárias ou a ampliação do período de referência de quinze dias previsto no § 1º do art. 36 do ET, nos casos ali previstos, *incluindo o trabalho em turnos de revezamento*, em caso de irregularidades no revezamento dos turnos por causas não imputáveis à empresa. Isso se trata, em verdade, *de uma permissão que desnaturaliza a norma protetiva do art. 36.1 do ET*.

No Brasil é ainda pior, eis que não há limitação de jornada para os trabalhadores noturnos, nem sequer proibição de horas

31DE MELO, M. T.; SANTOS, E. H. R.; TUFICK, S. *Acidentes automobilísticos, direção e sonolência excessiva*. Coletânea de textos técnicos. V. 1. In: Seminário em ergonomia e qualidade de vida no setor de transportes. Brasília: Confederação Nacional dos Transportes, Sistema SEST/SENAT, 2007, pp. 14-15.

extraordinárias para esses trabalhadores.

Com efeito, seria muito mais benéfico aos trabalhadores que o ordenamento jurídico brasileiro contivesse norma como a do art. 36.1 do ET espanhol, fixando um limite de oito horas diárias para os trabalhadores noturnos, bem como a proibição da realização de horas extras por eles, em lugar de ficções legais que somente burocratizam as relações laborais, como as dos §§ 2º e 5º do art. 73 da CLT.

No que se refere ao *trabalho em turnos*, não há, na Espanha, uma normatização suficiente sobre essa matéria, até porque se permite a redução do descanso entre jornadas para até sete horas, quando do revezamento dos turnos (art. 19.2 do citado RD 1561/1995). Ainda que se devam compensar as horas trabalhadas no período de descanso diário de doze horas nos dias imediatamente seguintes, trata-se de outra norma que *põe por terra a norma de proteção excepcionada*. De modo que o empregador deveria ser estimulado a contratar mais equipes de trabalho e não ser autorizado a utilizar o trabalho de seus empregados nos períodos mínimos de descanso ou no momento das trocas de turnos, em manifesta violação ao direito fundamental à saúde no trabalho.

No *Brasil*, como já mencionado, a Constituição de 1988 limitou a jornada de trabalho a *seis horas diárias* para quem trabalha em regime de turnos, de acordo com o art. 7º, inciso XIV. Essa limitação se faz necessária porque a mais importante medida de promoção da saúde para quem trabalha nesse regime é a concernente à redução ou limitação do tempo de trabalho. Não obstante, a jornada de seis horas para o trabalho em turnos de revezamento não foi fixada como limite insuperável, posto que se adicionou a expressão “salvo negociação coletiva”. De modo que a doutrina e a jurisprudência brasileiras, admitindo a flexibilização do tempo de trabalho neste caso, sempre acatou acordos e convenções coletivas que estipulam jornadas superiores a seis horas diárias no trabalho em regime de turnos.

Não obstante, penso que, numa interpretação sistemática dos incisos XIII e XIV do art. 7º da CR/1988, a conclusão é a de que nem sequer se admite compensação de horários mediante negociação coletiva neste sistema de trabalho – também com base numa interpretação teleológica, diante dos malefícios à saúde e à vida familiar e social do trabalhador, como já apontado. Mais recentemente, a jurisprudência tem mitigado aquela interpretação extensiva, para exigir uma contrapartida do empresário para que seja possível o incremento da jornada no trabalho em turnos de revezamento, levando em

consideração os prejuízos à saúde laboral proporcionados por esse sistema de trabalho. E ainda tem admitido a limitação de jornada (seis horas diárias) para os trabalhadores que não trabalham nas 24 horas do dia, mas apenas em dois ou três turnos, de oito ou seis horas, respectivamente.

5. CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, tem-se que os *períodos de descanso* diário, semanal e anual, e as pausas intrajornadas, são, ainda, a *retaguarda da defesa da dignidade do trabalhador* na temática da limitação do tempo de trabalho, com vistas à proteção da saúde laboral. Por isso, a OIT advertia, já no final da década de 1980, que é essencial organizar o tempo de trabalho de modo que o trabalhador disponha de períodos suficientes de descanso, a fim de garantir sua segurança, sua saúde e seu bem-estar, propugnando por pausas mais longas para as refeições, bem como por um descanso diário e semanal.

Não obstante, tanto as diretivas comunitárias quanto a legislação espanhola *não têm dado a devida importância às pausas intrajornada*, estabelecendo um período de descanso de duração de apenas quinze minutos, via de regra, e somente para as jornadas superiores a seis horas diárias, tempo absolutamente insuficiente para a finalidade a que se destina o período de descanso referido. Por isso, sustenta-se que *no Brasil há uma condição mais favorável, no que se refere ao descanso intrajornada*, pois que os trabalhadores brasileiros têm direito a uma pausa de quinze minutos nas jornadas superiores a quatro horas, e de uma hora nas jornadas cuja duração exceda de seis horas diárias (art. 71, § 1º, da CLT). No que se refere aos descansos diários e semanais, não há diferença significativa entre os sistemas jurídicos brasileiro e espanhol (arts. 34.3 e 37.1 do ET; arts. 66 e 67 da CLT). Destaca-se, apenas, que o art. 37.1 do ET permite o acúmulo do tempo de descanso semanal por períodos de até quatorze dias, o que se mostra um risco grave à saúde e segurança dos trabalhadores. Finalmente, *as férias anuais remuneradas*, que permitem ao trabalhador eliminar as toxinas acumuladas ao longo do ano de trabalho, também encontram normativa similar na Espanha e no Brasil. Assim é que, em geral, em ambos os países a duração das férias anuais é de trinta dias (art. 38.1 do ET; arts. 129 e 130 da CLT), não sendo possível a compensação econômica de mencionadas férias, ante *sua finalidade*

principal, que é a proteção à saúde do trabalhador.

A conclusão, pois, em modo de síntese, é a de que *a limitação do tempo de trabalho* deve ser vista não somente como uma medida de organização do trabalho, senão também – e principalmente – como uma *forma eficaz de garantir a saúde do trabalhador*, que é um direito humano fundamental e condição necessária para o desfrute de outros direitos fundamentais assegurados pelo positivismo estatal. Para que isto seja de fato realizado, mister que os governos e os empregadores entendam que *a saúde do trabalhador é um bem jurídico imprescindível à propagada dignidade humana*, estando, assim, acima dos direitos fundamentais dos empresários.

Em definitivo, *faz-se necessário implantar uma cultura de solidariedade*, de modo que a liberdade empresarial e a busca de lucro inerente ao capitalismo encontrem freio quando se esteja diante de bens cuja satisfação compreenda o rol das necessidades básicas do ser humano, como é o caso *da saúde dos trabalhadores*. Em suma, se o séc. XIX foi o século do capitalismo e o séc. XX o do socialismo (de certa forma, pelo menos nos Estados de bem-estar social), *é necessário que o séc. XXI seja o século do solidarismo*, o único capaz de propiciar uma nova sociedade, em que os direitos humanos sejam respeitados e se construa uma nova humanidade.