

## JORNADA 12X36

## RECENTE HISTÓRIA JURISPRUDENCIAL E PERSPECTIVAS PARA O DEBATE DE SUA CONSTITUCIONALIDADE APÓS A REFORMA TRABALHISTA

Guilherme Miguel Gantus <sup>1</sup>Angelo Antonio Cabral <sup>2</sup>

## 1. Intervalo 12x36 pré-reforma trabalhista

A jornada 12x36, atualmente positivada com a Reforma Trabalhista, possui origens nas negociações coletivas de trabalho e na necessidade de flexibilizar os limites diários de 8 horas para atender demandas específicas.

Portanto, antes de enfrentarmos como o tema veio à luz na Reforma Trabalhista levada a cabo em 2017, será importante refletir a respeito de seu recente histórico, quando ainda decorria de cláusula coletiva e possuía autorização na jurisprudência consolidada do Colendo Tribunal Superior do Trabalho.

<sup>1</sup> Guilherme Miguel Gantus é advogado, sócio fundador do escritório Gantus Advogados Associados, inscrito na OAB/SP sob nº. 153.970 - 77.898A – RS - 79.326 - PR - Acadêmico da APDT – Academia Paulista de Direito do Trabalho - Especialista em direito processual civil – Novo Código de Processo Civil – GVLAW - Especialista em direito empresarial com ênfase nos ramos do direito do Trabalho e Civil. Extensão Universitária Internacional na University of Modena and Reggio Emilia - Curso de Especialização em direito do trabalho na Universidad Castilla Lamancha – Espanha - Conselheiro Vice-Presidente da Comissão da OAB/SP de Relacionamento como Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região - Membro, Mantenedor e Conselheiro da AATSP – Associação dos Advogados Trabalhista de São Paulo - Membro da AASP – Associação dos Advogados de São Paulo - Assessor Jurídico Especial (área trabalhista) da Confederação Nacional do Turismo - Assessor Jurídico Especial (área trabalhista) da Federação de Hotéis, Restaurantes, Bares e Similares do Estado de São Paulo - Membro da Escola Superior de Advocacia Trabalhista – AATSP - Membro permanente do Conselho Superior de Assuntos Jurídicos – CONJUR/CNTur - Integrante do Conselho Superior de Relações do Trabalho – CORT - Resolução da Presidência da FIESP nº 003/18, de 26/03/2018.

<sup>2</sup> Angelo Antônio Cabral – é advogado associado em Gantus Advogados Associados, inscrito na OAB/SP sob nº. 259.033 - Doutorando em Direito Público pela Universidade de Coimbra e Mestre em Direito pela USP (2014). cursou Especialização em Relaciones Laborales para Expertos Latinoamericanos (Universidad de Castilla-La Mancha, 2017); Especialização em Direitos Fundamentais (Coimbra, 2013) e Direito do Trabalho (USP, 2009). É pesquisador do núcleo de estudos e extensão «O trabalho além do direito do trabalho: dimensões da clandestinidade jurídico-laboral», DTBS/USP e professor convidado da Pós-Graduação em Direito do Trabalho da Universidade de Taubaté (UNITAU). Autor dos livros: “Teoria da Constituição: Introdução ao Direito Constitucional Brasileiro” e “Direito Ambiental do Trabalho na Sociedade de Risco”, ambos pela Juruá Editor

A jornada em epígrafe é prática antiga na área hospitalar e no setor de vigilância. E, embora muitíssimo utilizada nesses meios, sempre houve controvérsia a seu respeito: se exceção ou regra operacional apta a suplantar os tradicionais limites do [artigo 7º](#), da Constituição da República – e a celeuma sempre ocorreu justamente porque as negociações que historicamente a promoveram também estão salvaguardadas sob a égide constitucional.

Sabidamente – e nisso foi abeberar-se a Reforma Trabalhista – a negociação coletiva apresenta-se historicamente como o caminho mais apropriado para regular os conflitos capital e trabalho e proporcionar a construção de regras jurídicas aptas a acomodar os interesses de empregados e empregadores, notadamente diante de situações de trabalho particularmente distintas – como, para se manter o exemplo, o trabalho de vigilância patrimonial e o trabalho em turnos hospitalares.

Nessa senda, para amenizar os conflitos de interesses entre quem trabalha e quem explora o trabalho, ajustou-se que a escala de 12 horas de serviço por 36 de descanso não dá direito às horas extraordinárias excedentes da oitava nos dias de efetivo trabalho, porquanto não se verifica a jornada máxima prevista na Constituição, pelo menos no módulo mensal.

TST - SUM-444 JORNADA DE TRABALHO. NORMA COLETIVA. LEI. ESCALA DE 12 POR 36. VALIDADE - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012 – republicada em decorrência do despacho proferido no processo TST-PA-504280/2012.2 – DEJT divulgado em 26.11.2012. É válida, em caráter excepcional, a jornada de doze horas de trabalho por trinta e seis de descanso, prevista em lei ou ajustada exclusivamente mediante acordo coletivo de trabalho ou convenção coletiva de trabalho, assegurada a remuneração em dobro dos feriados trabalhados. O empregado não tem direito ao pagamento de adicional referente ao labor prestado na décima primeira e décima segunda horas<sup>3</sup>.

3 À época da edição da Súmula, noticiou o site do Tribunal Superior do Trabalho: “Os ministros do Tribunal Superior do Trabalho, por maioria, acolheram sugestão do juiz do trabalho Homero Matheus Batista da Silva de se adotar nova Súmula para tratar do regime de trabalho em 12x36. Nos termos da proposta de redação, aprovada na última sexta-feira (14), e abaixo transcrita, a jornada diferenciada será válida exclusivamente por acordo coletivo, sendo que o empregado não fará jus a adicional de hora extra pelo trabalho das 11ª e 12ª horas. JORNADA DE TRABALHO. ESCALA DE 12 POR 36. VALIDADE. É válida, em caráter excepcional, a jornada de 12 horas de trabalho por 36



O regime 12x36 traz consigo uma aparente sobrecarga de trabalho, mas, noutro viés, também possibilita que o empregado usufrua maior tempo dedicado à família e a seus afazeres sociais, pois dispõe de várias horas consecutivas para fora das atividades de trabalho, o que compensa a sobrejornada dos dias de trabalho – e essa lógica de compensação de benefícios é fundamental para o equilíbrio negocial e o atingimento dos objetivos da negociação coletiva.

Daí ser assente na doutrina e na jurisprudência do C. TST que a prática é, em sua maior medida, benéfica ao empregado, servindo de bom exemplo das relações coletivas de trabalho autorreguladas.

Ademais, sabe-se que determinadas atividades, goste-se ou não, não podem abrir mão de turnos longos de trabalho e demandam jornadas feitas sob medida, de modo a compatibilizar os direitos do empregado com as necessidades operacionais, inclusive as de grande interesse público, como sói acontecer nos turnos de enfermagem.

Nesse particular, a conjugação do sobrelabor nos dias de trabalho precisa alinhar-se, além dos limites temporais de trabalho impostos pela Constituição, ao dever do empregador e do Estado em reduzir os riscos inerentes ao trabalho (artigo 7º, inciso XXII, da Constituição), o que impõe um limite objetivo a toda e qualquer negociação coletiva que institui a jornada 12x36.

E nisso merece destaque o posicionamento do Tribunal Superior do Trabalho decorrente da interpretação sistemática do art. 71, da CLT, primeiramente vazado na OJ 342 da SBDI-1, do TST e, atualmente, imposto na nos itens I e II da Súmula nº 437, verbete que precisou ser alterado após a Reforma Trabalhista, justamente para acomodar hermeneuticamente a premissa – até então insofismável – de que o

---

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. Os ministros destacaram que as decisões do TST sobre o assunto tem se firmado com os seguintes aspectos: o artigo 7º, XIII, da Constituição Federal, permite a flexibilização da jornada de trabalho por meio de negociação coletiva; na jornada 12x36 existe efetiva compensação de horas; no regime de 12x36 a jornada mensal tem um total de 180 horas, número mais favorável do que o limite constitucional de 220 horas; a jornada especial não pode ser imposta e só poderá ser adotada por meio de negociação coletiva; e se reconhecida a validade do regime, não poderá haver pagamento das horas posteriores à 10ª – tendo como limite a 12ª hora - como extraordinárias. Além dos fundamentos jurídicos levantados, os ministros levaram em consideração as manifestações de categorias profissionais e econômicas, que, de forma expressiva, se posicionam a favor do regime especial de 12x36". Disponível em: [http://www.tst.jus.br/en/noticias/-/asset\\_publisher/89Dk/content/sumula-do-tst-regula-jornada-especial-de-12x36](http://www.tst.jus.br/en/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/sumula-do-tst-regula-jornada-especial-de-12x36). Acesso em 29 de junho de 2018.

tempo mínimo de intervalo traria consigo norma de saúde e segurança inegociável:

TST - SUM-437 INTERVALO INTRAJORNADA PARA REPOUSO E ALIMENTAÇÃO. APLICAÇÃO DO ART. 71 DA CLT (conversão das Orientações Jurisprudenciais nºs 307, 342, 354, 380 e 381 da SBDI-I) - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012

I - Após a edição da Lei nº 8.923/94, a não concessão ou a concessão parcial do intervalo intrajornada mínimo, para repouso e alimentação, a empregados urbanos e rurais, implica o pagamento total do período correspondente, e não apenas daquele suprimido, com acréscimo de, no mínimo, 50% sobre o valor da remuneração da hora normal de trabalho (art. 71 da CLT), sem prejuízo do cômputo da efetiva jornada de labor para efeito de remuneração.

II - É inválida cláusula de acordo ou convenção coletiva de trabalho contemplando a supressão ou redução do intervalo intrajornada porque este constitui medida de higiene, saúde e segurança do trabalho, garantido por norma de ordem pública (art. 71 da CLT e art. 7º, XXII, da CF/1988), infenso à negociação coletiva.

III - Possui natureza salarial a parcela prevista no art. 71, § 4º, da CLT, com redação introduzida pela Lei nº 8.923, de 27 de julho de 1994, quando não concedido ou reduzido pelo empregador o intervalo mínimo intrajornada para repouso e alimentação, repercutindo, assim, no cálculo de outras parcelas salariais.

IV - Ultrapassada habitualmente a jornada de seis horas de trabalho, é devido o gozo do intervalo intrajornada mínimo de uma hora, obrigando o empregador a remunerar o período para descanso e alimentação não usufruído como extra, acrescido do respectivo adicional, na forma prevista no art. 71, caput e § 4º da CLT.

A flexibilização de questões de saúde, o que comporta inclusive a negociação do intervalo como necessidade de adaptação da jornada repactuada, poderia ser uma inteligência da própria CLT, artigo 71, § 3º, já foi autorizada pelo C. TST: *"A fixação do adicional de periculosidade, em percentual inferior ao legal e proporcional ao tempo de exposição*



*ao risco, deve ser respeitada, desde que pactuada em acordos ou convenções coletivos” (Ex-OJ 258 da SBDI-1 - Resolução 129/2005 – DJ 20.04.05)*

Esses aspectos da recente história da regulamentação da jornada de trabalho, portanto, demonstram que o tema, embora sabidamente fundamental às relações de trabalho, não pode ser tratado como dogma; cláusula imutável. Adequar a jornada de trabalho – inclusive eventuais intervalos para que a jornada de trabalho seja coerente.

Quando a norma coletiva estabelece condições que não implicam, necessária e objetivamente, ofensa à saúde, à segurança e à dignidade do trabalhador, não se pode concluir que ela – a norma – ofende o parágrafo 3º do art. 7º consolidado. É o que acontece com a negociação que prevê o intervalo intrajornada fracionado – isto é, composto de vários intervalos menores. É sob essa ótica que deve ser examinada a teoria do conglobamento, que, como se sabe, não autoriza a ampla e irrestrita negociação. Mas, no caso concreto, o negociado deve ser preservado, pois ele não colide com normas fundamentais e indisponíveis. Neste caso, portanto, não se decide com ofensa à Orientação Jurisprudencial n. 342/SBDI-1 (TST, ROAA 141515/2004-900-01-00.5, Ac. SDC, 09.03.06, Relator: Ministro José Luciano de Castilho Pereira) (Revista LTr, Ano 70, abril – 2006, p. 486-490).

Diante do que dispõe o art. 7º, incisos XIII e XIV, da Constituição Federal, conclui-se pela validade da cláusula coletiva, no sentido de não conceder ao reclamante o intervalo de uma hora para refeição e repouso, ainda que sujeito à jornada de 12x36 horas (TST, RR 449.470/98, 2ª Turma, Relator: Juiz Convocado Aloysio Corrêa da Veiga, DJ 20.06.01).

Investigar esses parâmetros jurisprudenciais do C. TST a respeito dos limites da negociação coletiva é fundamental para compreender como o tema vinha sendo tratado e traçar perspectivas para a consolidação jurisprudencial diante do novo texto normativo.

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

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

Vistos dentro dos limites deste estudo o recente histórico jurisprudencial, passemos a alguns apontamentos para o devir das relações de trabalho.

## 2. Intervalo 12x36 pós-reforma trabalhista

Como se viu no item anterior, antes da aprovação da Lei nº 13.467/2017 (Reforma Trabalhista), a CLT não contemplava norma que disciplinasse a jornada 12x36. A “regulamentação” desta modalidade de jornada só foi materializada em 2012 por intermédio de súmula do Tribunal Superior do Trabalho e, ainda assim, com restrições, a exemplo da indicação das categorias profissionais que poderiam adotar a jornada; e a exigência inflexível de que o regime laboral estivesse previsto em convenção ou acordo coletivo de trabalho.

Com a edição da Lei 13.467/2017, apelidada de reforma trabalhista, sobreveio a normatização da jornada 12x36, conforme art. 59, suso transcrito, franqueando de forma ampla a adoção do regime de trabalho, inclusive, em atividades insalubres (parágrafo único, art. 60 da CLT).

A redação do supracitado artigo 59-A, da CLT, abriu a polêmica sobre a sua constitucionalidade, justamente porque, em tese, contraria o artigo 7º, inciso XIII da Constituição. A primeira parte da norma infraconstitucional colidiria com o texto constitucional ao autorizar jornada fixa superior a 8ª diária e 10ª sem que isso configure sobrelabor:



Art. 7º, Constituição da República de 1988	Art. 59-A, da Lei nº 13.467/2017 (Reforma Trabalhista)
[...] XIII - duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho; (Vide Decreto-Lei nº 5.452, de 1943)	[...] é facultado às partes, mediante acordo individual escrito, convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, estabelecer horário de trabalho de doze horas seguidas por trinta e seis horas ininterruptas de descanso [...]"

A discussão da inconstitucionalidade acerca desse ponto, já havia sido enfrentada pelo Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento da ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.842 ajuizada pelo Procurador-Geral da República questionando a constitucionalidade do artigo 5º, da Lei 11.901/2009, sob o entendimento de que a jornada de trabalho prolongada viola o direito fundamental à saúde.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal julgou constitucional o dispositivo da mencionada lei, que estipulava a jornada de trabalho do bombeiro civil em 12 horas para cada 36 horas de descanso, pois para Corte a norma não viola preceitos constitucionais, já que, além de não ser lesiva à saúde e às regras de medicina e segurança do trabalho, é mais benéfica ao trabalhador.

No mesmo rumo, o Tribunal Superior do Trabalho assentou que a disposição do art. 7º, XIII, da Constituição, de fato prevê que a duração do trabalho normal não poderá ser superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada, no entanto, a compensação de horários e a redução da jornada mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho, concluindo que, nesses termos, a própria Constituição permitiu, em algumas hipóteses, a flexibilização da norma, desde que observadas determinadas condições como a compensação, validando assim a jornada de 12x36 (Súmula 444, do TST).

A reforma trabalhista, entretantes, enxertou disposição que exige reflexão a respeito da constitucionalidade da regra, justamente no ponto em que previu a possibilidade de que a jornada no regime de 12x36 seja ajustada mediante acordo de trabalho individual escrito:

Art. 7º, Constituição da República de 1988	Art. 59-A, da Lei nº 13.467/2017 (Reforma Trabalhista)
[...] XIII - duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho; (Vide Decreto-Lei nº 5.452, de 1943)	[...] é facultado às partes, mediante acordo individual escrito, convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, estabelecer horário de trabalho de doze horas seguidas por trinta e seis horas ininterruptas de descanso [...]"

E, nesse ponto parece, de fato, que o legislador contrariou a Constituição, eis que a texto constitucional previu uma única possibilidade de flexibilização da jornada de 8 horas diárias, ou seja, por meio de compensação de horários e desde que haja expressa previsão em instrumento decorrente de negociação coletiva, justamente para garantir que os interesses sociais da categoria sejam resguardados de maneira adequada, dificultando a alteração de normas de tutela da jornada de trabalho.

Por ocasião do julgamento da já referida ADI 4842, pelo voto do Ministro-Relator Edson Fachin, que prevaleceu, ficou salientado que a jornada de 12x36 está respaldada na Constituição (artigo 7º, inciso XIII) pela possibilidade de compensação de horas trabalhadas mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho, ou seja, o Supremo já exteriorizou indicativo de seu entendimento acerca da matéria – entendimento que se harmoniza com o do TST, de acordo com o enunciado da Súmula 444 do TST.

A 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho<sup>4</sup>, evento

4 10.3.4 Jornada 12 por 36 JORNADA 12 POR 36. I. Tratando-se de regime de compensação de jornada, é essencial para a sua validade a previsão em acordo coletivo ou convenção coletiva de trabalho, nos termos do artigo 7º, XIII, da Constituição Federal, inclusive em relação ao comerciário, em razão de lei especial (Lei 12.790/2013). II. Artigo 60, parágrafo único da CLT. Dispensa de licença prévia para a realização de jornada 12x36. Matéria de saúde e segurança do trabalho. Inconstitucionalidade por infração ao artigo 7º, XXII, da Constituição Federal. III. Impossibilidade de regime “complessivo” quanto ao pagamento de feriados e prorrogação da jornada noturna, por infração ao artigo 7º, IX, da Constituição Federal. IV. A prestação de horas extras, inclusive pela supressão do intervalo intrajornada (ainda que parcial), descaracteriza o regime de compensação de jornada 12x36, implicando o pagamento como hora extraordinária daquelas laboradas além da 8ª diária, por infração ao artigo 7º, XIII e XXVI, da Constituição Federal. (Enunciado Aglutinado nº 2 da Comissão 2). Disponível em <https://www.anamatra.org.br/conamat/teses-plenaria-final>. Acesso em 29 de junho de 2018.





promovido pela Anamatra – Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho, divulgou os enunciados aprovados versando sobre a interpretação e aplicação da [Lei 13.467/2017](#) (Reforma Trabalhista), destacando, especialmente, nesse aspecto, que a Plenária rejeitou a possibilidade de se oficializar a jornada 12x36 mediante acordo individual.

Avisão jurídica que opina pela constitucionalidade da regra do [artigo 59](#) da CLT, assevera que o regime de trabalho de 12X36 mostra-se, à luz da jurisprudência dominante, mais benéfico ao empregado, vez que seu módulo de trabalho mensal fica aquém das duzentas e vinte horas nos meses mais longos do calendário. Somado a isso, proporciona maior tempo para o convívio familiar e lazer, o que está em harmonia com a cláusula constitucional prevista no [caput](#) do art. 7º, da Constituição, ou seja, *“melhoria de sua condição social”*.

Além do [caput](#) do art. 59-A possibilitar a adoção do regime 12x36, com ou sem a concessão do intervalo intrajornada, o [parágrafo único](#) do referido artigo modificou o ordenamento jurídico para estabelecer que na remuneração mensal do empregado que labora no regime 12x36 estão incluídos o descanso semanal remunerado e que serão considerados compensados os feriados e as prorrogações de trabalho noturno, quando houver.

Sendo assim, também nesse ponto, a [Súmula 444](#), do Tribunal Superior do Trabalho passará por necessária atualização para excluir de sua redação a obrigação de pagamento, em dobro, dos feriados laborados no regime 12x36.

É relevante dizer que a Reforma Trabalhista inseriu na CLT o [art. 59-B](#), justamente com objetivo de restringir a invalidação dos regimes de compensação de jornadas pelo Poder Judiciário, a saber:

[Art. 59-B](#). O não atendimento das exigências legais para compensação de jornada, inclusive quando estabelecida mediante acordo tácito, não implica a repetição do pagamento das horas excedentes à jornada normal diária se não ultrapassada a duração máxima semanal, sendo devido apenas o respectivo adicional.

[Parágrafo único](#). A prestação de horas extras habituais não descaracteriza o acordo de compensação de jornada e o banco de horas.

O *caput* do art. 59-B, disciplina, em parte, o conteúdo da Súmula 85, do TST. Já o parágrafo único do art. 59-B indica que a prestação de horas extras habituais não descaracteriza o acordo de compensação de jornada e o banco de horas.

Assim, as hipóteses de desconsideração do regime 12x36 pela Justiça do Trabalho estão bastante restritas após a edição da Lei 13.467/2017, especialmente porque o § 2º, do art. 8º, da CLT, também inserido na Reforma Trabalhista, expressa que *“Súmulas e outros enunciados de jurisprudência editados pelo Tribunal Superior do Trabalho e pelos Tribunais Regionais do Trabalho não poderão restringir direitos legalmente previstos nem criar obrigações que não estejam previstas em lei”*.

Em síntese, a regra legal introduzida pela redação do artigo 59-A, da CLT, ressuscitou a discussão acerca da legalidade e constitucionalidade da negociação individual (empresa/empregado) sobre o regime de trabalho em jornada de 12x36 – e o consenso jurídico está bastante longe de ser alcançado.

O que se tem de concreto é a história recente da jurisprudência acerca dos temas envolvidos, especialmente quanto à liberação da negociação individual para estabelecer horário de trabalho de doze horas seguidas por trinta e seis horas ininterruptas de descanso, a indicarem a tendência de reconhecimento de inconstitucionalidade desse ponto da reforma trabalhista.

