

ASPECTOS POLÊMICOS DA JORNADA DE TRABALHO 12X36

CONTENT ASPECTS OF THE 12X36 WORKING DAY

Fábio Ribeiro da Rocha*

Lorena de Mello Rezende Colnago**

RESUMO: O presente artigo analisará os aspectos polêmicos da jornada de trabalho 12x36, especialmente a necessidade de convenção ou acordo coletivo de trabalho para sua adoção e as recentes normatizações estabelecidas pela Lei nº 13.467/2017.

PALAVRAS-CHAVE: Jornada de Trabalho 12x36. Negociação Coletiva. Requisitos de Validade. Atividade Insalubre. Adicional Noturno. Feriados Laborados. Horas Extras Habituais.

ABSTRACT: *This article will analyze the controversial aspects of the 12x36 working day, especially the need for a collective labor agreement or agreement for its adoption and the recent and regulations established by Law no. 13,467/2017.*

KEYWORDS: *12x36 Workday. Collective Bargaining. Validity Requirements. Unhealthy Activity. Nighttime Additional. Worked Holidays. Usual Overtime.*

1 – Introdução

A Lei nº 13.467/2017 introduziu o art. 59-A na CLT para tratar dos direitos dos empregados que laboram na jornada de trabalho especial 12x36, que já havia sido reconhecida pela jurisprudência trabalhista.

O tema tem importância jurídica na medida em que aparece com frequência nos questionamentos trabalhistas em sede de reclamação, mas também de ações anulatórias de instrumentos normativos, além de ser um fator apontado como causa de inúmeros acidentes de trabalho por ensejar fadiga e perda de concentração no obreiro.

* *Juiz do trabalho titular do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região; especialista em Direito Constitucional pela PUC-SP; mestre em Direito do Trabalho pela PUC-SP; doutorando em Direito do Trabalho pela USP; presidente da Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da 2ª Região – AMATRA-2 – biênio 2016/2018; conselheiro da Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região – EJUD2 – biênio 2018/2020.*

** *Juíza do trabalho substituta do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região; especialista em Processo do Trabalho, Direito Individual e Coletivo do Trabalho e Previdenciário pela UNIVES; mestre em Processo pela UFES; doutoranda em Direito do Trabalho pela USP.*

DOCTRINA

O método de pesquisa utilizado foi o dedutivo, com coleta de dados legislativos, doutrinários e jurisprudenciais, não tendo um marco teórico fixo, uma vez que utilizamos o pensamento de autores da Teoria Geral do Direito e da Constituição, do Direito do Trabalho e do Direito Civil.

A jornada de trabalho 12x36, em que o empregado trabalha 12 (doze) horas seguidas e depois goza de intervalo entre jornadas de 36 (trinta e seis) horas corridas, intercalando semanas com 40 (quarenta) horas de trabalho e semanas com 48 (quarenta e oito) horas de trabalho, tornou-se muito recorrente em alguns segmentos da economia, especialmente nos setores de vigilância e saúde.

Confira-se o novo preceito normativo em questão:

“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.”

Em sintonia com o novo art. 59-A da CLT, o legislador reformista introduziu o parágrafo único no art. 60 da CLT de modo a dispensar, nas atividades insalubres, a prévia licença das autoridades competentes em matéria de higiene e saúde do trabalho para a realização da jornada de trabalho especial 12x36. Leia-se o novo texto legal:

“Art. 60. Nas atividades insalubres, assim consideradas as constantes dos quadros mencionados no capítulo ‘Da Segurança e Medicina do Trabalho’, ou que neles venham a ser incluídas por ato do Ministro do Trabalho, Indústria e Comércio, quaisquer prorrogações só poderão ser acordadas mediante licença prévia das autoridades competentes em matéria de higiene do trabalho, as quais, para esse efeito, procederão aos necessários exames locais e à verificação dos métodos e processos de trabalho, quer diretamente, quer por intermédio de autoridades sanitárias federais, estaduais e municipais, com quem entrarão em entendimento para tal fim.

Parágrafo único. Excetuam-se da exigência da licença prévia as jornadas dezoito horas de trabalho por trinta e seis horas ininterruptas de descanso.”

Entretanto, a Lei nº 13.467/2017 deve ser interpretada de forma sistemática e inserida no ordenamento jurídico com observância às normas constitucionais.

2 – Negociação coletiva

A negociação coletiva é um espaço público de realização do Estado Democrático de Direito¹, uma vez que pressupõe a existência de manifestação volitiva bilateral de entes coletivos (sindicatos, centrais sindicais e empresas) na construção do Direito e em busca da harmonização do conflito capital-trabalho. E sob essa perspectiva, a negociação coletiva como um procedimento prévio para a celebração de instrumentos normativos deve pautar-se nos princípios da probidade e da boa-fé, tal qual ocorre com as tratativas preliminares e o pré-contrato no âmbito do Direito Civil².

O princípio da boa-fé pode ser expresso como um dever geral de agir não só em conformidade com a lei, mas também de não fazer a outrem o que não se pretende que não seja feito por outrem a si mesmo, pois a liberdade de um indivíduo termina quando inicia a liberdade de seu semelhante; isso, na visão kantiana de moral, que a enuncia como um dever pelo dever³.

O princípio da probidade, ou melhor, o dever de probidade inserido do ordenamento pátrio expressamente pelo Código Civil de 2002, é decorrente da necessidade de adequação do agir humano baseado na ética, ou como preferem alguns, na eticidade. E a ética pode ser enunciada como a visão de bem comum inserida numa determinada comunidade⁴.

1 Sobre a manifestação da democracia em espaços públicos de discussão cf. LUCHI, José Pedro. Prope-
dêutica habermasiana do direito. *Revista de Filosofia*, UFES, ano VII, n. 7, p. 175-200, jan./jun. 2001.

2 Posição doutrinária encampada pela jurisprudência (p. ex., RR 471/2004-097-03-00, Rel. Min. Vantuil
Abdala, DJ 28.11.08). Por todos: AZEVEDO, Antônio Junqueira. *O princípio da boa-fé nos contra-
tos*. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/revista/numero9/artigo7.htm>. Acesso em: 12 jan. 2013. Há
ainda o PL nº 276/07, que transforma o art. 422 da seguinte forma: “Os contratantes são obrigados a
guardar, assim nas negociações preliminares e conclusão do contrato, como em sua execução e fase
pós-contratual, os princípios de probidade e boa-fé e tudo mais que resulte da natureza do contrato,
da lei, dos usos e das exigências da razão e da equidade” (BRASIL. Câmara dos Deputados. *PL nº
276, de 2007*. Disponível em: [http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idPropo-
sicao=343231](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idPropo-
sicao=343231). Acesso em: 12 jan. 2013).

3 KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. São Paulo: Nova Cultural, 1996. (Os Pensadores, 12)

4 *Ibid.*

DOCTRINA

A função social do contrato, prevista no art. 421 do Código Civil, encerra a aplicação dos princípios da probidade e da boa-fé na manifestação da autonomia privada e tem por escopo a mitigação da liberdade individual, ou coletiva, por meio da obrigatória adequação dos negócios jurídicos a um proveito metaindividual que todos os membros da sociedade devem obter com a contratação, ou seja, os instrumentos contratuais não devem servir apenas às partes, mas devem satisfazer igualmente às necessidades sociais de toda uma coletividade, em observância ao dever de colaboração entre os contratantes e à solidariedade (objetivo da República expresso no art. 3º, inciso I, da Constituição Cidadã).

Essas necessidades sociais circunscrevem-se no direito conferido a todo cidadão de que as normas de um Estado sejam cumpridas por todos, a fim de que o convívio em sociedade seja realizado em harmonia e respeito, realizando-se plenamente os ideais de segurança jurídica.

Na função social da negociação coletiva, tem-se que as tratativas preliminares à celebração do negócio jurídico coletivo laboral deve igualmente respeitar os limites da boa-fé e da probidade, de modo a considerar-se ilícita toda tentativa prejudicial ao trabalhador.

A doutrina civilista concluiu que a função social do contrato se efetiva quando as partes agem com lealdade e honestidade em todas as fases do contrato, ou seja, nas tratativas iniciais, na conclusão do contrato, na execução e após sua extinção, pois a função social dos contratos impõe um dever transindividual de proteção da coletividade, em especial, quanto aos membros que não participaram diretamente do negócio jurídico bilateral, mas que reflexamente são atingidos por seus efeitos gerais⁵.

Além disso, pode-se citar o estudo de Larenz como uma das melhores descrições da aplicação da boa-fé nas relações contratuais, como se observa no seguinte trecho da obra *Derecho de Obligaciones*:

“(…) tal dever (de boa-fé) em primeiro lugar dirige-se ao devedor, com o mandado de cumprir a sua obrigação, atendo-se não só à letra, mas também ao espírito da relação obrigacional correspondente e na forma que o credor possa razoavelmente esperar dele. Em segundo lugar dirige-se ao credor, com o mandado de exercer o direito que lhe corresponde, atuando segundo a confiança depositada pela outra parte

5 MACHADO, Luciano Rodrigues. A função social e a legitimação para a causa. p. 318-352. In: MAZZEI, Rodrigo (Coord.). *Questões processuais no novo Código Civil*. São Paulo: Manole; ICE, 2006. p. 328-329.

e a consideração altruísta que essa outra parte possa pretender segundo a classe de vinculação especial existente. Em terceiro lugar, dirige-se a todos os participantes da relação jurídica em questão, com o mandado de se conduzirem conforme corresponder em geral ao sentido e à finalidade desta especial vinculação a uma consciência honrada.”⁶

Assim, quando se trata de negociação coletiva no âmbito da duração do trabalho, em especial, quanto ao elastecimento da jornada de trabalho, a redução ou supressão dos intervalos intra e interjornadas, a função social da negociação coletiva deve ser invocada, bem como o respeito à dignidade humana do trabalhador.

Em momento algum, o legislador constituinte originário autorizou o aumento da jornada em detrimento da saúde do trabalhador (extrapolação da jornada máxima diária e semanal ou supressão/redução de intervalos intrajornada e interjornada).

A Constituição Federal de 1967, em seu art. 165, inciso VI, assegurava a duração diária do trabalho não excedente às oito horas, com intervalo para descanso, salvo casos especialmente previstos. Tais casos eram os do art. 59 da CLT, sendo que este último estabelecia como limite máximo dez horas diárias. Logo, à época, além de ilegal, era também inconstitucional a celebração de acordo, mesmo por negociação coletiva, para a prestação de serviços em jornada de trabalho especial 12x36.

A atual Constituição Federal, no inciso XIII do art. 7º, admitiu a compensação de horários sem qualquer limite, salvo a duração semanal máxima, legitimando tal sistema, desde que adotado por convenção ou acordo coletivo. Portanto, desde que exista lei, acordo escrito, ou norma coletiva para a compensação de horas, é válido o regime de 12 horas de trabalho por 36 horas de descanso.

Confira-se o teor da norma constitucional em comento:

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

(...)

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.”

6 LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Madri: Revista de Derecho Privado, 1958. p. 148.

Sendo assim, na forma do art. 7º, inciso XIII, da CF/88, é possível a implantação de jornada de trabalho em regime de compensação, mediante negociação coletiva ou por disposição legal, como, por exemplo, do Bombeiro Civil (art. 5º da Lei nº 11.901/09) e Domésticos (art. 10 da Lei Complementar nº 150/2015). Confira-se:

“BOMBEIRO CIVIL. NORMA COLETIVA QUE AMPLIA O LIMITE LEGAL DA CARGA HORÁRIA SEMANAL. INVALIDADE. O art. 5º da Lei nº 11.901/09 estabelece que a jornada do Bombeiro Civil é de 12 horas por 36 de descanso, limitada a 36 horas semanais, do que resulta a prestação de serviços em três dias da semana, caso adotada a escala 12x36. Assim, a empresa que admite bombeiros civis deve se organizar de maneira que as escalas respeitem a limitação máxima semanal prevista na legislação ordinária, não sendo válida a disposição coletiva que a amplia, mormente sem contrapartidas identificáveis. Neste sentido, recentes e recorrentes decisões do c. TST. Recurso patronal improvido.” (TRT 2ª Região, RO 00018926320155020057, Rel. Des. Ricardo Artur Costa e Trigueiros, 4ª Turma, publ. 18.08.2017)

Essa jornada de trabalho, embora albergue aspectos positivos, tem implicações negativas do ponto de vista da higidez do trabalhador, indo de encontro à segurança no trabalho, por fugir da normalidade do horário fixado na Constituição e no Diploma Celetista, com limite máximo de oito horas diárias, razão pela qual, para adoção de tal regime, se faz necessária a autorização em norma coletiva, com a intervenção das entidades sindicais. Nesse sentido, destacamos os ensinamentos do Jurista Homero Batista Mateus da Silva⁷:

“O art. 59-A oficializa, de modo amplo, a jornada 12x36. Existe longo histórico (e altas controvérsias) dessa escala de trabalho, fruto dos usos e costumes em atividades que, em geral, não podem sofrer solução de continuidade, como o atendimento à saúde, à vigilância e à hotelaria. Há vários argumentos favoráveis (como redução dos deslocamentos ao longo do mês e concentração do trabalho em 15 dias) e desfavoráveis (como o aumento dos acidentes de trabalho na 12ª hora e a fadiga acumulada em profissões que exigem elevado grau de atenção e acuidade visual). A jornada consta de parâmetros básicos na Súmula nº 444 do TST e tem assento na legislação especial dos domésticos (LC nº 150/2015) e dos bombeiros (Lei nº 11.901/09) – sendo que, nesse caso, o padrão máximo é de três dias por semana ou 36 horas por semana.”

7 SILVA, Homero Batista Mateus. *CLT comentada*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2018. p. 105.

As extensas jornadas de trabalho no Brasil constituem um grave problema. O Brasil é um país recordista em acidentes de trabalho e, ao mesmo tempo, é um dos países que tem a jornada de trabalho mais elástica⁸.

Com efeito, a jurisprudência trabalhista reconhece a validade da jornada de trabalho especial 12x36, afora previsão em disposição legal, em caráter excepcional, mediante convenção ou acordo coletivo de trabalho, por tratar de norma de ordem pública de segurança do trabalho, desde que observadas as cautelas necessárias para a restauração das condições físicas do trabalhador, o que vai de encontro ao direito fundamental de redução dos riscos inerentes ao trabalho (CF/88, art. 7º, XXII).

Nesse aspecto, destacamos as palavras do Magistrado Guilherme Guimarães Feliciano⁹:

“O legislador não poderia autorizar jornadas excedentes das oito horas diárias (ou durações semanais excedentes das quarenta e quatro horas), porque tais limites configuram o *minimum minimorum* constitucional previsto em favor dos trabalhadores urbanos e rurais. Apenas à autonomia privada coletiva conferida, pela vontade do constituinte originário, a possibilidade jurídica de se redimensionar os limites diários ou semanais de duração do trabalho, em caráter excepcional e com as devidas contrapartidas negociais; não à autonomia privada individual.”

O empregado em tal regime não tem direito ao pagamento de adicional de horas extras relativo ao período entre oitava e a 12ª horas do dia laboradas.

Nessa linha, é o pacífico entendimento jurisprudencial do colendo TST consubstanciado na Súmula nº 444 da SDI-1, *in verbis*:

“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 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

8 LEE, Sangheon; McCANN, Deirdre; MESSENGER, Jon C. *Duração do trabalho em todo o mundo: tendências de jornadas de trabalho, legislação e políticas numa perspectiva global comparada*. Secretaria Internacional de Trabalho. Brasília: OIT, 2009.

9 DIAS, Carlos Eduardo Oliveira *et al. Comentários à Lei da Reforma Trabalhista*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2018. p. 60.

não tem direito ao pagamento de adicional referente ao labor prestado na 11ª e 12ª horas.”

No mesmo sentido, é a Súmula nº 68 do egrégio TRT da 2ª Região:

“JORNADA DE TRABALHO. ESCALA 12X36. AUSÊNCIA DE NORMA COLETIVA OU LEI QUE AUTORIZE. EFEITOS PECUNIÁRIOS. (Res. TP nº 03/2017 – DOEletrônico 12.05.2017). Cumprida a jornada de 12X36, sem lei ou norma coletiva que a autorize, deve o empregador remunerar a hora extra integral (hora acrescida do adicional aplicável) para aquelas laboradas acima do módulo de oito horas diárias e 44 semanais.”

Colacionamos jurisprudência esclarecedora sobre a validade da jornada de trabalho 12x36:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO DO MUNICÍPIO DE PENHA. REGIME DE TRABALHO DE 12X36 HORAS. FERIADOS. AUSÊNCIA DE PACTUAÇÃO MEDIANTE ACORDO OU CONVENÇÃO COLETIVA. INVALIDADE. ENTE PÚBLICO. Nos termos da Súmula nº 444 desta Corte: ‘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’. Esse entendimento é mantido quando o Município, ente integrante da Administração Pública indireta, é o empregador, tendo em vista a jurisprudência desta Corte no sentido de que a vedação à celebração de acordo e convenção coletiva de trabalho pela Administração Pública apenas existe quando há aumento de despesa sem a correspondente dotação orçamentária, em face da interpretação sistemática dos arts. 39, § 3º, 7º, XIII, e 169, § 1º, I e II, da Constituição Federal, o que não é o caso da estipulação acerca da adoção do regime 12x36. Ainda que se considerasse que o ente público está adstrito ao princípio da legalidade e, portanto, não poderia firmar acordo coletivo de trabalho, por não poder conceder vantagens sem previsão legal, é certo que a questão continuaria superada pelo entendimento da Súmula nº 444 deste Tribunal, na medida em que o Município tinha a prerrogativa de editar uma lei municipal, a fim de regulamentar a adoção da jornada 12x36, observando, assim, o princípio constitucional da legalidade de que devem ser revestidos os atos da Administração Pública (art. 37, *caput*, da Constituição Federal), o

que também não foi feito. Tendo o Regional reputado inválido o regime de compensação da jornada de trabalho de 12x36 horas, uma vez que adotado sem previsão em norma coletiva ou em lei, sua decisão mostra-se em sintonia com a jurisprudência sedimentada nesta Corte, o que obsta o almejado processamento do Apelo. Pertinência do § 7º do art. 896 da CLT e da Súmula nº 333 do TST. Recurso de revista não conhecido.” (TST, ARR 290-27.2016.5.12.0056, Relª Minª Maria de Assis Calsing, j. 30.05.2018, 4ª Turma, DEJT 08.06.2018)

A Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS) promoveu Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 5.994) pretendendo a inconstitucionalidade dos dispositivos celetistas alterados pela Lei nº 13.467/2017, que autorizam o regime de 12 horas de trabalho por 36 horas de descanso por meio de acordo individual escrito entre empregado e empregador. O Procurador-Geral da República apresentou sua manifestação nos autos pela inconstitucionalidade das referidas alterações, defendendo a necessidade de negociação coletiva para regime compensatório de horários.

Portanto, em que pese a redação dada ao art. 59-A da CLT pela Lei nº 13.467/2017, temos que, a partir da CF/88, o sistema de compensação de horas de trabalho passou a se sujeitar à negociação coletiva, nos termos do seu art. 7º, XIII, o que, efetivamente, conferiu importância fundamental à negociação coletiva (art. 7º, XXVI, da CF), razão pela qual é essencial para a validade da jornada de trabalho 12x36 a previsão em acordo coletivo ou convenção coletiva de trabalho ou previsão legal.

3 – Atividade insalubre

Trabalho insalubre é aquele que é nocivo à saúde do trabalhador em decorrência de sua natureza, condições ou métodos de trabalho, que resultem na exposição a agentes nocivos à sanidade física, acima dos limites de tolerância fixados, em razão da natureza e da intensidade do agente e do tempo de exposição aos seus efeitos, nos termos do art. 189 da CLT.

Pela leitura do art. 60 da CLT, não há óbice à compensação de jornada de trabalho, porém, existem requisitos administrativos que deverão ser cumpridos pelo empregador para ser válida qualquer compensação laborativa. Sendo o ambiente insalubre, deverá o empregador obter licença junto à autoridade competente em matéria de higiene do trabalho.

DOCTRINA

A matéria é infensa à negociação coletiva e somente o laudo técnico da autoridade administrativa poderá aferir as condições de trabalho nesses locais insalubres.

Nesse sentido, reconhecendo a importância das matérias relacionadas à saúde e higiene do trabalho, o legislador reformista introduziu o art. 611-B, inciso XVII, na CLT, *in verbis*:

“Art. 611-B. Constituem objeto ilícito de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho, exclusivamente, a supressão ou a redução dos seguintes direitos:

(...)

XVII – normas de saúde, higiene e segurança do trabalho previstas em lei ou em normas regulamentadoras do Ministério do Trabalho.”

Entretanto, de forma contraditória ao artigo celetista acima transcrito, o legislador reformista pretende excluir da obrigatoriedade de licença prévia por parte das autoridades competentes e das entidades sindicais a prorrogação de jornada em ambiente insalubre aos trabalhadores submetidos à jornada de trabalho 12x36 (CLT, art. 60, parágrafo único).

Entendemos que a fixação de jornada de trabalho superior a oito horas em atividades insalubres, sem prévia autorização das entidades responsáveis pela higiene e segurança do trabalho, afronta o art. 7º, XXII, da Constituição Federal.

Confira-se o teor da norma constitucional em comento:

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

(...)

XXII – redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança.”

Afronta também a Convenção nº 155/81 da OIT, ratificada pelo Brasil em 1994, que trata da saúde e segurança do trabalho na ordem jurídica internacional e possui natureza de suprallegalidade.

Sendo assim, na forma do art. 7º, inciso XXII, da CF/88, é possível a implantação de jornada de trabalho em regime de compensação em ambiente insalubre somente mediante prévia autorização da autoridade competente. Além disso, não é possível a negociação coletiva acerca de prorrogação de jornada de trabalho em ambiente insalubre.

É incompreensível a intenção do legislador reformista, pois determina a observância de uma série de formalidades para a prorrogação de atividades insalubres em jornada de oito horas (CLT, art. 60, *caput*), mas permite a prorrogação do labor em atividades insalubres nas jornadas de 12 horas, sem quaisquer formalidades, ocasião em que o trabalhador encontra-se em condição mais adversa, onerosa e com elevado desgaste físico e mental (CLT, art. 60, parágrafo único).

Destacamos as críticas ao dispositivo celetista em comentário pelo Jurista Homero Batista Mateus da Silva¹⁰:

“Independentemente do conceito que se tenha da jornada 12x36, o legislador de 2017 errou no conceito que fez sobre saúde, higiene e segurança do trabalho; partiu da premissa de que fosse possível ao trabalhador recuperar as energias no dia seguinte, após 12 horas de exposição aos agentes físicos, químicos e biológicos. São dois assuntos completamente diferentes que devem ser aferidos no âmbito das prorrogações de jornada e dos ajustes de compensação: de um lado, existe o revigoramento físico e mental, proporcionado, de maneira básica, pelas folgas semanais e pelas folgas compensatórias das horas extras; de outro lado, existem as pesquisas empreendidas no campo da saúde educacional, em que se analisam os impactos das fontes agressivas sobre o corpo humano, normalmente à razão de oito horas de expediente diário. Assim, se a pesquisa indica que 85dB correspondem ao limite máximo de pressão sonora suportado por um ser humano exposto à base de oito horas diárias, ele não pode absolutamente ficar exposto por dez horas ou 12 horas, ainda que tenha várias folgas na semana. A pressão sonora exerce efeitos acumulativos e, portanto, não se pode liberar genericamente a atividade insalubre com horas extras. Essa é a exegese do art. 60, *caput*, e esse é o motivo pelo qual tantas dúvidas pairam sobre a autorização para horas extras em ambiente insalubre ser dada pela entidade sindical, ao invés do órgão público especializado na matéria.

A Lei nº 13.467/2017 liberou o empregador a imprimir a jornada de 12 horas em ambiente insalubre, sem autorização pública nem sindical (art. 60, parágrafo único) e, ainda, libera os sindicatos a ajustarem essa exposição para qualquer outro tipo de jornada, horas extras ou compensação (art. 611-A, XIII), desmoralizando completamente o art. 60. É verdade que alguns casos podem ser considerados de menor impacto ao

10 SILVA, Homero Batista Mateus. *Comentários à reforma trabalhista*. 2. ed. São Paulo: RT, 2018. p. 111.

organismo, como algumas formas de exposição à umidade (anexo 10, NR 15) ou à oscilação de temperatura (anexo 9, NR 15), mas o dispositivo em questão representa uma autorização perigosa demais para o jurista concordar, quando lembramos do exemplo dos ruídos ocupacionais, dos ruídos de impacto, vibrações, radiações de todas as modalidades, agentes químicos e agentes biológicos. Porque em rota de colisão com o art. 7º, XXII, da CF, e por se tratar de uma norma que deliberadamente amplia os riscos de doença ocupacional inerentes ao trabalho, opinamos por sua inconstitucionalidade no plano jurídico e sua ineficácia no plano contratual.”

Igualmente, são os comentários da Professora Vólia Bomfim Cassar¹¹, *in verbis*:

“A necessidade de prévia autorização concedida por um técnico para o trabalhador estender sua jornada em local insalubre tem fundamento na proteção da saúde do trabalhador, pois só um perito na matéria pode afirmar com segurança se o grau de nocividade muda com o maior tempo de exposição do empregado ao agente nocivo.

Entretanto, ignorando esse fato, o parágrafo único do art. 60 da CLT autorizou o trabalho insalubre em regime de compensação de jornada sob o sistema de 12 horas por 36 horas de descanso em ambiente insalubre, colocando em risco a saúde do trabalhador, pois este fica exposto mais tempo ao agente insalubre sem que isso tenha sido previamente autorizado por um *expert*.”

Colacionamos jurisprudência esclarecedora sobre o tema:

“RECURSO DE REVISTA. 1. COMPENSAÇÃO DA JORNADA DE TRABALHO EM ATIVIDADE INSALUBRE. PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SETORIAL NEGOCIADA. REDUÇÃO DOS RISCOS INERENTES À SEGURANÇA E À SAÚDE DO TRABALHADOR. CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ARTS. 1º, III, 7º, VI, XIII, XIV, XXII, 170, *CAPUT*, E 225. CONVENÇÃO Nº 155 DA OIT. DIREITO REVESTIDO DE INDISPONIBILIDADE ABSOLUTA. IMPOSSIBILIDADE DE FLEXIBILIZAÇÃO. A Constituição Federal estipulou, como direito dos trabalhadores, a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança (art. 7º, XXII). Essa inclusive é a orientação que se extrai da Convenção nº 155 da OIT, ratificada pelo

11 CASSAR, Vólia Bomfim; BORGES, Leonardo Dias. *Comentários à reforma trabalhista*. São Paulo: Método, 2017. p. 32.

DOUTRINA

Brasil em 18.05.92, que expressamente estabelece a adoção de medidas relativas à segurança, à higiene e ao meio ambiente do trabalho. No caso de atividades insalubres, para regularidade da prorrogação da jornada, é necessário que seja dada licença prévia de autoridade competente em matéria de higiene e saúde (art. 60 da CLT). Nesse contexto, mesmo que haja norma coletiva autorizando o regime compensatório em atividade insalubre, é imprescindível a observância da obrigação de haver inspeção e permissão das autoridades competentes, na forma do citado art. 60 da CLT. Isso porque a negociação coletiva trabalhista não tem poderes para eliminar ou restringir direito trabalhista imperativo e expressamente fixado por regra legal, salvo havendo específica autorização da ordem jurídica estatal. Em se tratando de regra fixadora de vantagem relacionada à redução dos riscos e malefícios no ambiente do trabalho, de modo direto e indireto, é enfática a proibição da Constituição ao surgimento da regra negociada menos favorável (art. 7º, XXII, da CF). Em coerência com essa nova diretriz, o Tribunal Pleno do TST cancelou a Súmula nº 349/TST, cancelando também outros verbetes que flexibilizavam a legislação na área de saúde e segurança laborais (item II da Súmula nº 364 e OJ Transitória nº 4 da SDI-1 do TST). Desse modo, não há como prevalecer cláusula que estabelece a prorrogação da duração do trabalho e faculta compensação de jornada nas atividades insalubres independentemente de licença prévia das autoridades competentes em matéria de higiene do trabalho. Recurso de revista conhecido e provido, no tema.” (TST, 3ª Turma, RR 210-12.2013.5.04.0373, Rel. Min. Mauricio Godinho Delgado, DEJT 28.11.2014)

Sendo assim, o exercício da jornada de trabalho 12x36 em ambiente insalubre necessita de autorização prévia do órgão competente do Ministério do Trabalho e Emprego, por se tratar de matéria de ordem pública afeta à saúde do trabalhador, infensa à negociação coletiva, razão pela qual, reconhecemos a inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 60 da CLT.

4 – Adicional noturno. Hora noturna reduzida

O fundamento para que a contraprestação da hora noturna seja superior à diurna é o fato de garantir a higidez física e mental do trabalhador em face da penosidade do trabalho noturno, no qual o trabalhador despende maior esforço do que aquele que cumpre jornada no período diurno.

Entendemos que a maior remuneração do trabalho noturno é imperativa, norma de ordem pública, resultante do art. 7º, IX, da Constituição Federal. So-

DOCTRINA

mente os horários da jornada noturna e os percentuais dos respectivos adicionais noturnos podem ser distintos, conforme a legislação aplicável, porém, jamais se deve excluir a imperatividade de seu adimplemento.

Confira-se o teor da norma constitucional em comento:

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

(...)

IX – remuneração do trabalho noturno superior à do diurno.”

Por essa mesma razão, o horário posterior às cinco horas da manhã, quando em prorrogação à jornada noturna, também é conceituado como noturno e assim remunerado, por força do disposto no § 5º do art. 73 da CLT. Nesse passo, é devida a redução da hora noturna.

As condições adversas de trabalho continuam existindo após as cinco horas da manhã, de forma até mais acentuadas. Assim, nos termos do art. 73, § 5º, da CLT, devido o adicional noturno no caso de prorrogação da hora noturna.

Nesse sentido, é o entendimento jurisprudencial consubstanciado na Súmula nº 60 da SDI-1 do colendo TST, *in verbis*:

“ADICIONAL NOTURNO. INTEGRAÇÃO NO SALÁRIO E PRORROGAÇÃO EM HORÁRIO DIURNO. I – O adicional noturno, pago com habitualidade, integra o salário do empregado para todos os efeitos. (ex-Súmula nº 60 – RA 105/74, DJ 24.10.74). II – Cumprida integralmente a jornada no período noturno e prorrogada esta, devido é também o adicional quanto às horas prorrogadas. Exegese do art. 73, § 5º, da CLT.” (ex-OJ nº 6 – Inserida em 25.11.96)

Entretanto, o legislador reformista, sem qualquer equilíbrio e ponderação, considerou remuneradas e/ou compensadas as prorrogações de trabalho noturno pela remuneração mensal pactuada com o empregado que exercer sua atividade laborativa na jornada de trabalho 12x36, configurando um regime compressivo.

Entendemos que, nesse caso, o adicional noturno é devido (art. 73, § 1º, da CLT), desde que às 12 horas de trabalho compreendam todas as horas noturnas (das 22h às 5h) e, ainda, se prorrogue. Todo o trabalho que vai além das 05h00 também é hora noturna.

Nesse sentido, destacamos os ensinamentos do Jurista Homero Batista Mateus da Silva¹²:

“Piora ainda mais a situação deste artigo o fato de que ele considera embutidas as horas destinadas à redução noturna, comprimindo mais de 1h de trabalho por madrugada integral laborada pelo empregado – ou 1h15min se ele se ativar, por exemplo, das 19h às 7h, pois nesse caso os direitos noturnos vão das 22h às 7h.

O dispositivo quer ser o mais abrangente possível, prevendo a supressão da hora noturna reduzida e, ainda, a supressão do intervalo para refeição, tudo para que as 12h sejam mantidas intactas e o turno seguinte entre na sequência, sem a mínima oscilação. Nesse particular, a pausa para a refeição e a redução ficta dos serviços noturnos ‘atrapalham’ os cálculos. Dado que o art. 7º da CF determina remuneração da hora noturna superior à hora diurna e dado que o TST possui sólida jurisprudência no sentido de que a majoração noturna é feita cumulativamente pelo adicional noturno e pela hora noturna reduzida, será inconstitucional a interpretação de que a jornada 12x36 noturna pode ser pactuada sem nenhuma compensação da redução noturna.”

O entendimento jurisprudencial do colendo TST é no sentido de que, cumprida integralmente a jornada no período noturno com prorrogação para o período diurno, é devido o adicional noturno quanto às horas trabalhadas no período diurno, ainda que se trate de jornada mista.

“RECURSO DE REVISTA EM FACE DE DECISÃO PUBLICADA ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. ADICIONAL NOTURNO. PRORROGAÇÃO EM HORÁRIO DIURNO. É devido o adicional noturno quando o empregado permanece em serviço além das cinco horas da manhã, em prorrogação do trabalho noturno. Frise-se que o fato de a jornada de trabalho ser mista não afasta a incidência do citado verbete, pois, quando noturna, era cumprida integralmente e prorrogada após as cinco horas da manhã. Decisão regional proferida em consonância com o entendimento firmado na Súmula nº 60, II, do Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de revista de que não se conhece.” (TST, RR 132200-82.2007.5.15.0001, Rel. Min. Cláudio Mascarenhas Brandão, j. 10.05.2017, 7ª Turma, DEJT 19.05.2017)

“ADICIONAL NOTURNO. PRORROGAÇÃO DA JORNADA NOTURNA. Está cientificamente provado que o trabalho noturno é nocivo

12 SILVA, Homero Batista Mateus. *CLT comentada*. 2. ed. São Paulo: RT, 2018. p. 106.

à saúde do trabalhador. Por isso, a CLT impõe restrições à sua adoção, como, por exemplo, ocorre com os menores, e tenta compensar o empregado pelos danos consequentes, ao determinar o pagamento do adicional noturno e a observância da hora noturna reduzida de 52 minutos e 30 segundos. O fato de parte da jornada ser cumprida fora do horário noturno (no caso concreto, das 5h às 7h) não autoriza a concluir que é menos penosa. Muito pelo contrário. O empregado passa a noite toda em claro, trabalhando e assim continua até às 7h. Recurso da reclamada a que se nega provimento.” (TRT 2ª Região, RO 1000314-14.2019.5.02.0023, 11ª Turma, Rel. Des. Flávio Villani Macedo, DJT 19.11.2019)

Por todo exposto, entendemos pela inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 59-A da CLT atinente à remuneração mensal pactuada pelo trabalho realizado na jornada 12x36 englobando as prorrogações do trabalho noturno.

5 – Feriados laborados

O art. 59-A, parágrafo único, da CLT também passa a dispor que, nas jornadas de trabalho 12x36, os repousos semanais remunerados e os feriados laborados coincidentes com as escaladas de trabalho cumpridas reputam-se já remunerados e/ou compensados, configurando um regime compressivo.

É certo que, em havendo previsão nas normas coletivas, o cumprimento da jornada de trabalho 12x36 não gera direito ao pagamento dos domingos eventualmente trabalhados, eis que estes se encontram incluídos nas 36 horas de descanso. O mesmo raciocínio, contudo, não pode ocorrer com relação aos feriados eventualmente trabalhados.

O trabalhador submetido à jornada de trabalho 12x36 tem o mesmo direito de qualquer outro empregado sujeito à jornada convencional, qual seja, de não trabalhar nos feriados. A Lei nº 13.467/2017 não revogou o art. 9º da Lei nº 605/1949, que permanece intacto e disciplina a remuneração em dobro dos feriados trabalhados.

Se um empregado trabalha de forma fixa, de segunda a sexta-feira, em jornada de oito horas diárias, e existe um feriado na quarta-feira, esse mesmo empregado não vai trabalhar e vai receber o equivalente ao dia do feriado de forma singela. Por outro lado, se na jornada de trabalho 12x36, o empregado trabalhar em feriados por conta da coincidência da escala, por óbvio que tem direito a receber esse dia em dobro.

Nesse sentido, é o entendimento jurisprudencial consubstanciado na Súmula nº 444 da SDI-1 do colendo TST:

“JORNADA DE TRABALHO. NORMA COLETIVA. LEI. ESCALA DE 12 POR 36. VALIDADE. 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.”

No mesmo sentido, é a Súmula nº 47 do egrégio TRT da 2ª Região:

“JORNADA DE TRABALHO. ESCALA 12X36. PAGAMENTO EM DOBRO DOS FERIADOS TRABALHADOS. (Res. TP nº 06/2015 – DOEletrônico 11/12/2015). Os domingos trabalhados no regime de escala 12X36 não são devidos em dobro, já que se trata de dia normal de trabalho. Os feriados trabalhados, sem folga compensatória, são devidos em dobro.”

E mais, destacamos os ensinamentos do Jurista Homero Batista Mateus da Silva¹³:

“Diferentemente do entendimento do TST, o art. 59-A inserido pela Lei nº 13.467/2017 considera que os feriados já estão embutidos na compensação da jornada 12x36. Nesse particular, o TST estava certo e a Reforma de 2017 errou: embora para o leigo pareça que um dia de folga seguinte a um dia de trabalho já represente a folga compensatória do domingo ou do feriado, temos que lembrar que, na verdade, a carga de 12h embute 4h a mais que necessitam de dia extra para a folga; assim, o dia seguinte era destinado a compensar parte do dia anterior, havendo pouco espaço de manobra para a compensação do feriado. Basta o mês ter seis dias de descanso – mesclando feriados e domingos – para a conta não fechar.”

Colacionamos jurisprudência esclarecedora sobre o tema:

“RECURSO DE REVISTA. ESCALA 12X36. NORMA COLETIVA. AUSÊNCIA. COMPENSAÇÃO. AJUSTE INDIVIDUAL. IMPOSSIBILIDADE. A jornada de 12 horas de trabalho por 36 horas de descanso é válida tão somente quando prevista em lei ou em norma coletiva (Súmula nº 444 desta Corte). A Corte Regional, sob o fundamento de não haver norma coletiva autorizando a prestação de serviços

13 *Ibidem*, p. 106.

DOCTRINA

no regime 12x36, condenou a contratante ao pagamento, como extra, do adicional das horas excedentes à 8ª diária até a 44ª semanal e, após essas horas de trabalho, ao pagamento de horas extras e do respectivo adicional. Esclareceu haver apenas acordo individual de compensação. Por sua vez, a jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido de ser inaplicável a Súmula nº 85/TST aos casos em que descaracterizada a validade do regime de trabalho em escalas de 12 horas de trabalho por 36 horas de descanso, uma vez que referido regime não é propriamente um sistema de compensação de horários. Recurso de revista não conhecido. REGIME 12X36. FERIADOS LABORADOS. PAGAMENTO EM DOBRO. No caso, o Tribunal Regional consignou que o trabalho prestado em dia de feriado deve ser pago em dobro, porque o regime de 12x36 não exclui o referido direito do empregado. Nesse contexto, a decisão recorrida está em conformidade com a Súmula nº 444/TST, a qual dispõe que é assegurada aos empregados submetidos à escala 12x36, prevista em lei ou ajustada exclusivamente mediante acordo coletivo de trabalho ou convenção coletiva de trabalho, a remuneração em dobro dos feriados trabalhados. Intacto o art. 9º da Lei nº 605/1949 e superada a divergência jurisprudencial colacionada. Recurso de revista não conhecido.” (TST, 3ª Turma, RR 45000-39.2011.5.17.0131, Rel. Min. Alexandre de Souza Agra Belmonte, DEJT 25.11.2016)

Por todo o exposto, os dias laborados nos feriados devem ser pagos em dobro, pois não estão compensados pela remuneração mensal pactuada pelo cumprimento da jornada de trabalho 12x36, nos termos do art. 9º da Lei nº 605/1949.

6 – Intervalo intrajornada

A jornada de trabalho 12x36 não pode relevar o intervalo para refeição e descanso, que é obrigatório. O empregado não pode trabalhar sem tempo para repouso e alimentação, sob pena de aumentar as estatísticas dos acidentes de trabalho e doenças profissionais. A finalidade do instituto do intervalo intrajornada é a recomposição física e mental do trabalhador.

Entretanto, pela leitura do art. 59-A da CLT, o intervalo intrajornada poderá ser usufruído ou indenizado na jornada de trabalho 12x36. Isso significa que, aparentemente, para o trabalhador que laborar na jornada especial de 12x36, a supressão do intervalo intrajornada passa a estar legalmente autorizada, não configurando ilícito trabalhista.

DOCTRINA

Diante de interpretação sistemática nas normas celetistas, o art. 59-A da CLT não deve prevalecer, uma vez que o art. 71, § 3º, da CLT segue afirmando que é possível a redução do intervalo intrajornada, desde que o empregado não esteja em regime de horas extras. Ademais, a jornada 12x36 é um regime de horas extras.

Ainda, o próprio legislador reformista disciplinou no art. 611-A, III, da CLT, a redução do intervalo intrajornada, mediante negociação coletiva, porém, não inferior a 30 minutos para jornadas superiores às seis horas.

Nesse sentido, destacamos os ensinamentos do Jurista Homero Batista Mateus da Silva¹⁴:

“Ora, se os intervalos podem ser indenizados e se o dispositivo assevera que tudo pode ser ajustado em acordo individual escrito, a norma parece crer que seja possível no mesmo ajuste individual combinar a prorrogação da jornada e supressão da refeição. A situação ficou bastante confusa porque o art. 71, § 3º, não mexido na Reforma de 2017, segue afirmando que a redução do intervalo pode ser feita, desde que o empregado não esteja em regime de horas extras. A jornada 12x36 é um regime de horas extras, apenas desprovido de pagamento em dinheiro porque haverá compensação. Às vezes, tem-se a impressão de que horas extras seja uma expressão sinônima de pagamento, quando na verdade horas extras ocorrem toda vez em que for ultrapassada a jornada contratual, a jornada tácita ou a jornada legal. No caso, quando dizemos horas extras, normalmente se quer dizer o excedente da oitava hora, à luz do art. 7º, XIII, da CF. Logo, 12x36 é um regime de horas extras e não deve admitir a supressão da refeição, penosa para as jornadas regulares, duplamente penosa para as jornadas prorrogadas.”

Colacionamos jurisprudência esclarecedora sobre o tema:

“ACORDO DE COMPENSAÇÃO. ESCALA 12X36. HORAS EXTRAS. NÃO CONCESSÃO DE INTERVALO INTRAJORNADA. HORA NOTURNA REDUZIDA. INOBSERVÂNCIA. 1. Vulnera o art. 896 da CLT acórdão de Turma do TST que, mediante invocação inadequada da Súmula nº 297, não conhece de recurso de revista devidamente fundamentado em violação aos arts. 71, § 4º, 73, § 1º, também da CLT. 2. Empregado que labora em regime de compensação de jornada, em escala de 12x36 horas, ainda que encetada mediante acordo tácito, faz jus ao intervalo intrajornada e à hora noturna reduzida, por tratar-se de

14 *Ibidem*, p. 107.

direitos assegurados em normas de ordem pública (arts. 71, § 4º, e 73, § 1º, da CLT) e, portanto, indisponíveis pela vontade das partes, uma vez que tutelares da higiene, saúde e segurança do trabalho. 3. Embargos conhecidos e providos.” (TST, E-ED-RR-1343.1999-002-17-00.5, SBDI-1, Rel. Min. João Oreste Dalazen, DJ 06.10.06)

Por todo o exposto, é inválida a supressão, e conseqüente indenização, do intervalo intrajornada para os trabalhadores submetidos à jornada de trabalho 12x36.

7 – Horas extras habituais

A realização de horas extraordinárias habituais torna inválida a jornada de trabalho 12x36, pois esta, para ser considerada válida em caráter excepcional em razão dos prejuízos físicos, emocionais e sociais que ocasiona ao empregado, exige o fiel cumprimento da escala de trabalho. Dessa forma, o regime 12x36 fica descaracterizado diante da habitualidade do labor em horas extras.

A jornada de trabalho 12x36 não é acordo de compensação, mas, sim, ajuste para a adoção de sistema diferenciado de regime de horário de trabalho, razão pela qual sua descaracterização torna devidas todas as horas extras e respectivos adicionais excedentes da 8ª diária e 44ª semanal.

Colacionamos jurisprudência esclarecedora sobre o tema:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISITA INTERPOSTO PELA RECLAMADA SOB A ÉGIDE DA LEI Nº 13.015/2014. I – ADICIONAL DE HORAS EXTRAS. JORNADA 12X36. AUSÊNCIA DE NORMA COLETIVA. INVALIDADE. APLICAÇÃO DA SÚMULA Nº 85/TST. IMPOSSIBILIDADE. I – Cinge-se a controvérsia acerca da aplicabilidade da sistemática da Súmula nº 85 desta Corte, especificamente quanto ao pagamento apenas do adicional de horas extras, na hipótese em que resta invalidado o regime em escala de 12 horas de trabalho por 36 de descanso, por ausência de previsão em norma coletiva. II – Encontra-se consolidado nesta Corte, por meio da Súmula nº 444/TST, o entendimento de que ‘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’. III – No caso dos autos, o Regional manteve

a sentença que declarou a invalidade do regime de trabalho 12x36 em razão da ausência de acordo coletivo de trabalho a legitimá-lo e condenou a reclamada ao pagamento de horas extras, consideradas as excedentes da 8ª diária e 44ª semanal. IV – O Tribunal Regional asseverou que não há falar em aplicação da Súmula nº 85 do TST, pois o regime 12x36 não é acordo de compensação, mas, sim, ajuste para adoção de sistema diferenciado de regime de horário de trabalho, sendo que, nos termos do item V do mencionado verbete, as disposições da súmula aplicam-se somente no caso de compensação semanal. V – A decisão recorrida, tal como posta, está em consonância com a jurisprudência deste Tribunal, que perfilha entendimento no sentido da inaplicabilidade da Súmula nº 85/TST nos casos em que resta invalidada a jornada de trabalho 12x36, seja em decorrência da ausência de previsão em norma coletiva, seja em face da prestação habitual de horas extras. VI – Precedentes da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais e de Turmas desta Corte uniformizadora. VII – Estando a decisão recorrida em plena sintonia com a iterativa, atual e notória jurisprudência desta Corte, superado o dissenso pretoriano invocado, sobressaindo o óbice ao conhecimento do apelo, a teor do art. 896, § 7º, da CLT e da Súmula nº 333/TST. VIII – Agravo de instrumento a que se nega provimento.” (TST, AIRR 730-04.2014.5.09.0015, Rel. Min. Antonio José de Barros Levenhagen, j. 15.03.2017, 5ª Turma, DEJT 17.03.2017)

“JORNADA 12X36. PRESTAÇÃO HABITUAL DE HORAS EXTRAS. INVALIDADE. A habitualidade do sobrelabor descaracteriza a jornada 12x36, nos termos da Súmula nº 85 do c. TST. Evidenciada ofensa habitual aos horários de encerramento da jornada e intervalo para refeição e descanso, tem-se por inválida a jornada estabelecida em norma coletiva, sendo devidas horas extras. Recurso ordinário a que se dá provimento.” (TRT 2ª Região, RO 1000551-85.2017.5.02.0292, 17ª Turma, Rel. Celso Ricardo Peel Furtado de Oliveira, DJ 20.08.2018)

8 – Considerações finais

Diante de um tema tão polêmico, não tivemos a pretensão de esgotar a matéria, mas de tecer diretrizes para novas reflexões acerca da adoção da jornada de 12 horas de trabalho por 36 horas de descanso.

Ademais, a Lei nº 13.467/2017 deve ser interpretada de forma sistemática e inserida no ordenamento jurídico com observância às normas constitucionais.

DOCTRINA

A partir da CF/88, o sistema de compensação de horas de trabalho passou a se sujeitar à negociação coletiva, nos termos do seu art. 7º, XIII, o que, efetivamente, conferiu importância fundamental à negociação coletiva (art. 7º, XXVI, da CF), razão pela qual é essencial para a validade da jornada de trabalho 12x36 a previsão em acordo coletivo ou convenção coletiva de trabalho ou disposição legal.

O exercício da jornada de trabalho 12x36 em ambiente insalubre necessita de autorização prévia do órgão competente do Ministério do Trabalho e Emprego, por se tratar de matéria de ordem pública afeta à saúde do trabalhador, infensa à negociação coletiva, razão pela qual reconhecemos a inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 60 da CLT.

Entendemos pela inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 59-A da CLT atinente à remuneração mensal pactuada pelo trabalho realizado na jornada 12x36 englobando as prorrogações do trabalho noturno.

Os dias laborados nos feriados devem ser pagos em dobro, pois não estão compensados pela remuneração mensal pactuada pelo cumprimento da jornada de trabalho 12x36, nos termos do art. 9º da Lei nº 605/1949.

É inválida a supressão, e conseqüente indenização, do intervalo intrajornada para os trabalhadores submetidos à jornada de trabalho 12x36.

A realização de horas extraordinárias habituais torna inválida a jornada de trabalho 12x36, pois esta, para ser considerada válida em caráter excepcional em razão dos prejuízos físicos, emocionais e sociais que ocasiona ao empregado, exige o fiel cumprimento da escala de trabalho.

9 – Referências bibliográficas

AZEVEDO, Antônio Junqueira. *O princípio da boa-fé nos contratos*. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/revista/numero9/artigo7.htm>. Acesso em: 12 jan. 2013.

BARROS, Alice Monteiro. *Curso de direito do trabalho*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2008.

BASÍLIO, Paulo Sérgio. Positivização da jornada de 12x36 no direito material do trabalho: primeiras impressões da Lei n. 11.901/2009. *Revista do Curso de Direito*, Salvador, UNIFACS, n. 115, jan. 2010. Disponível em: <http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/issue/view/92>. Acesso em: 10 jan. 2013.

BENGOECHEA, Juan Antonio Sagardoy. *Flexibilização no direito do trabalho espanhol: garantias mínimas ao trabalhador*. 2. ed. São Paulo: IOB Thomson, 2004.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

DOCTRINA

CASSAR, Vólia Bomfim; BORGES, Leonardo Dias. *Comentários à reforma trabalhista*. São Paulo: Método, 2017.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 16. ed. São Paulo: LTr, 2017.

DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *A reforma trabalhista no Brasil*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2018.

DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *Constituição da República e direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2013.

DIAS, Carlos Eduardo Oliveira *et al.* *Comentários à Lei da Reforma Trabalhista*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2018.

FELICIANO, Guilherme Guimarães; TREVISIO, Marco Aurélio Marsiglia; FONTES, Saulo Tarcísio de Carvalho. *Reforma trabalhista: visão, compreensão e crítica*. São Paulo: LTr, 2017.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. v. III.

KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. São Paulo: Nova Cultural, 1996. (Os Pensadores, 12)

LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Madri: Revista de Derecho Privado, 1958.

LEE, Sangheon; McCANN, Deirdre; MESSENGER, Jon C. *Duração do trabalho em todo o mundo: tendências de jornadas de trabalho, legislação e políticas numa perspectiva global comparada*. Secretaria Internacional de Trabalho. Brasília: OIT, 2009.

LUCHI, José Pedro. Propedêutica habermasiana do direito. *Revista de Filosofia*, UFES, ano VII, n. 7, p. 175-200, jan./jun. 2001.

MAZZEI, Rodrigo (Coord.). *Questões processuais no novo Código Civil*. São Paulo: Manole; ICE, 2006.

MELO, Raimundo Simão. *Direito ambiental do trabalho e a saúde do trabalhador*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2013.

RIBEIRO, Rafael Edson Pugliese. *Reforma trabalhista comentada*. São Paulo: Juruá, 2018.

ROCHA, Fábio Ribeiro. *Efetividade do direito fundamental ao meio ambiente de trabalho seguro e adequado*. São Paulo: LTr, 2016.

SILVA, Homero Batista Mateus. *CLT comentada*. 2. ed. São Paulo: RT, 2018.

Recebido em: 18/09/2020

Aprovado em: 03/11/2020