

A APLICAÇÃO DA EXCEÇÃO DO CONTRATO NÃO CUMPRIDO NAS ESCALAS DE 12X36 HORAS

THE APPLICATION OF THE EXCEPTION OF THE UNFULFILLED CONTRACT AT THE 12-HOUR SHIFT SCALE

BELUTTO, Renan Martins Lopes*

Resumo: Este trabalho busca examinar a ineficácia do acordo de compensação de jornadas, elaborado no sistema de 12 horas trabalhadas por 36 horas descansadas, nos casos em que o empregador viola a sua obrigação de conceder os repousos da escala, à luz do princípio da exceção do contrato não cumprido.

Palavras-chave: Horário de trabalho. Compensação. Ineficácia.

Abstract: This work examines the ineffectiveness of the working hours compensation agreement, developed under the 12-hour shift scale alternated by 36 hours of rest, in cases where the employer violates his obligation to grant the rest in the scale, according to the principle of the exception of the unfulfilled contract.

Keywords: Working hours. Compensation. Ineffectiveness.

1 INTRODUÇÃO

A jornada caracterizada pelo trabalho por 12 horas consecutivas, seguido de um repouso de 36 horas ininterruptas consiste em uma modalidade de compensação de horários, por meio da qual o labor que excede o limite constitucional diário de 8 horas é compensado com as folgas da escala.

*Juiz do Trabalho Substituto no Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, São Paulo-SP. Graduado em Direito no ano de 2012.

A Lei n. 11.901/2009, em seu art. 5º, foi o primeiro diploma legal federal que previu essa sistemática de trabalho, ao disciplinar a profissão dos bombeiros civis. Não obstante, mesmo antes dessa lei a escala 12x36 horas era aplicada a muitas outras profissões, como, por exemplo, na área da saúde, em virtude de previsões em normas coletivas.

A inexistência de lei sobre o tema gerou uma grande quantidade de recursos dirigidos ao C. Tribunal Superior do Trabalho (TST) para o exame da questão, em razão da alegada violação ao art. 7º, XIV, da Constituição Federal (1988), e do art. 59, § 2º, da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), que limita a prestação de horas extras a 2 horas diárias.

A Corte Superior, contudo, concluiu que essa modalidade de compensação é válida, desde que prevista em lei ou em norma coletiva, tendo sido editada nesse sentido a Súmula n. 444, no ano de 2012. Os principais fundamentos para o acolhimento dessa jornada foram o prestígio à vontade coletiva, na linha do art. 7º, XXVI, da Constituição da República, e o fato de que, a cada duas semanas, a escala 12x36 horas implica em jornada média de 42 horas semanais, o que não excede o módulo semanal estatuído na Lei Fundamental.

O tema também foi enfrentado pelo E. Supremo Tribunal Federal (STF) na ADI 4.842, julgada no ano de 2016, na qual a Corte Suprema considerou constitucional a previsão do art. 5º da Lei n. 11.901/2009.

Na esteira das decisões dos Tribunais Superiores, a Lei n. 13.467/2017 buscou disciplinar a escala 12x36 horas, promovendo a inclusão do art. 59-A na CLT, com a seguinte redação:

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. (BRASIL, 1943).

Além desse artigo, que é específico da escala 12x36 horas, a Reforma Trabalhista também incluiu na CLT a previsão de que “A prestação de horas extras habituais não descaracteriza o acordo de compensação

de jornada e o banco de horas” (parágrafo único do art. 59-B), que se aplica a todos os sistemas de compensação (BRASIL, 1943).

Neste artigo, pretendemos examinar criticamente a aplicação conjunta das duas disposições, em especial nos casos em que as horas extras habituais decorrem do labor nos dias destinados à folga da escala 12x36 horas, e as possíveis consequências dessa extrapolação no contrato de trabalho.

2 O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA

Ao lado do princípio da função social, a boa-fé constitui um dos postulados mais importantes dentro do Direito Civil atual, o que repercute em todos os demais ramos que compõem o regime jurídico privado.

Nesse sentido, o Código Civil de 2002 dispõe que a boa-fé deve funcionar como diretriz de interpretação dos negócios jurídicos (art. 113), como limite do exercício legítimo de direitos (art. 187) e como princípio contratual explícito (art. 422), o que demonstra a relevância desse princípio no Novo Código.

Com isso, o direito privado busca superar o antigo formalismo jurídico, erigindo a eticidade como um dos valores que informam a própria visão do atual diploma. Ou seja, busca-se demolir o muro teórico que pretendia separar Direito e Moral, para reconhecer e exigir a aplicação de valores éticos também nas relações privadas.

Outro importante avanço se deu com a positivação da boa-fé objetiva, eis que o Código de 1916 limitava-se a reconhecer a boa-fé subjetiva. Conforme lições da doutrina:

Uma das mais festejadas mudanças introduzidas pelo Código Civil de 2002 refere-se à previsão expressa do princípio da boa-fé contratual, que não constava na codificação de 1916. Como se sabe, a boa-fé, anteriormente, somente era relacionada com a intenção do sujeito de direito, estudada quando da análise dos institutos possessórios, por exemplo. Nesse ponto era conceituada como boa-fé subjetiva, eis que mantinha relação direta com aquele que ignorava um vício relacionado com uma pessoa, bem ou negócio. (TARTUCE, 2017, p. 642).

Portanto, dentro do novo modal do Código Civil de 2002, a discussão acerca de eventual violação à boa-fé não se restringe à ciência da parte acerca das circunstâncias que envolvem a sua ação.

É certo que a boa-fé subjetiva continua presente, como, por exemplo, na classificação da posse de acordo com a ciência, ou não, do possuidor acerca do vício ou obstáculo que impede a aquisição da coisa (art. 1.201).

Contudo, especialmente no exame dos contratos, tem assumido maior relevância a análise objetiva das condutas empregadas pelos contratantes na elaboração e na execução do pacto, tendo menor importância a intenção que o agente possuía naquele momento.

Com isso, reforçam-se os valores da previsibilidade, da lealdade e da confiabilidade nos contratos, os quais assumem relevante papel nos negócios jurídicos, podendo a sua violação produzir, até mesmo, o inadimplemento contratual, ainda que a conduta violadora não se relacione com o objeto em si do contrato.

Portanto, com a inovação trazida pelo Código de 2002, a aplicação da eticidade nos contratos tem por objetivo a proteção da confiança das partes, garantindo a estabilidade das relações jurídicas e, em última instância, promovendo a segurança jurídica no âmbito privado.

Em termos práticos, pode-se indicar como primeira consequência da aplicação da boa-fé objetiva aos contratos a existência dos deveres anexos ou laterais de conduta das partes.

Esses deveres constituem ações ou abstenções que os contratantes devem observar na fase pré-contratual, na execução da avença e mesmo após o seu cumprimento, por se tratar de condutas ínsitas a todos os contratos, independentemente de previsão no instrumento contratual.

Pode-se citar como alguns dos deveres anexos ou laterais: o dever de respeito mútuo, o dever de informação, o dever de lealdade e probidade, o dever de colaboração ou cooperação, o dever de agir com razoabilidade, equidade e bom senso, o dever de sigilo, entre outros.

Nessa linha, a título de exemplificação, ainda que inexista no contrato cláusula específica acerca da confidencialidade, se uma das partes divulgar o conteúdo do negócio jurídico para terceiros, o prejudicado pode buscar a reparação de danos com base na responsabilidade contratual, em virtude da quebra de um dos deveres anexos ao contrato, derivado da boa-fé objetiva.

Reitere-se não ser relevante a existência de dolo ou culpa, porque não se trata da boa-fé subjetiva. Se o contrato pode, de qualquer modo, repercutir negativamente na imagem de alguém, o contratante possui a justa expectativa de que o sigilo será mantido, independentemente de previsão contratual nesse sentido.

Por tal razão, é prescindível o exame da intenção da parte que quebrou o sigilo do contrato. Uma vez praticada a conduta que se espera

adequada para o caso (a manutenção da confidencialidade, dentro do exemplo proposto), tem-se a violação do dever anexo ao contrato, exsurgindo a obrigação de reparar os danos causados ante a verificação da conduta que infringiu a boa-fé contratual.

Além dos deveres laterais, cumpre examinar os chamados conceitos parcelares da boa-fé objetiva, que constituem outras repercussões desse princípio nos contratos, extraídas do estudo do Direito Comparado.

O primeiro dos conceitos parcelares que pode ser citado é a *supressio*, que implica na perda de uma posição contratual, por renúncia tácita, pelo seu não exercício com o passar do tempo. Vale ser destacado que o art. 330 do Código Civil claramente incorpora esse conceito ao dispor que: “O pagamento reiteradamente feito em outro local faz presumir renúncia do credor relativamente ao previsto no contrato” (BRASIL, 2002).

Nota-se que a conduta do credor de reiteradamente aceitar o pagamento em local diverso do contratado se sobrepõe à previsão contratual e mesmo à intenção que o levou a aceitar essa prática reiterada, sendo notável a relevância que o Novo Código dá à previsibilidade e a proteção às expectativas geradas.

De outro lado, a supressão sofrida por uma parte gera a aquisição de uma posição pela outra parte, o que configura a *surrectio*.

Na linha do art. 330 supracitado, o devedor adquire, pela *surrectio*, o direito de continuar efetuando o pagamento no local conveniado pela prática reiterada, em detrimento da previsão contratual.

Outro conceito parcelar amplamente conhecido é o *venire contra factum proprium*, ou seja, a proibição da prática de conduta contraditória a um comportamento anteriormente adotado na relação contratual.

Conforme se extrai das lições sobre esse tema, são quatro os pressupostos para a configuração do comportamento contraditório:

A função do *nemo potest venire contra factum proprium* é, como já se esclareceu, a tutela da confiança. Os pressupostos de sua aplicação devem, portanto, ser informados por este fim. Embora a afirmação pareça truísta, parte considerável da doutrina, e mesmo aqueles autores que vinculam expressamente o *nemo potest venire contra factum proprium* à noção de confiança, limitam-se muitas vezes a repetir o elenco de pressupostos que se centra exclusivamente sobre o fator da coerência. Tal orientação deve ser rejeitada. Cumpre propor, em consonância com os melhores estudos, um rol de pressupostos declaradamente informado pela tutela da confiança.

À luz destas considerações, pode-se indicar quatro pressupostos para a aplicação do princípio de proibição ao comportamento contraditório: (i) um *factum proprium*, isto é, uma conduta inicial; (ii) a legítima confiança de outrem na conservação do sentido objetivo desta conduta; (iii) um comportamento contraditório com este sentido objetivo (e, por isto mesmo, violador da confiança); e, finalmente, (iv) um dano ou, no mínimo, um potencial de dano a partir da contradição. (SCHREIBER, 2016, p. 127).

Outro conceito parcelar invocado em diversos julgados do C. Superior Tribunal de Justiça (STJ) consiste no *duty to mitigate the loss*, isto é, no dever de minimização ou redução dos prejuízos.

Segundo essa figura parcelar da boa-fé, ainda que tenha ocorrido o inadimplemento, o credor da reparação deve cooperar com o devedor e agir para atenuar as perdas sofridas. Não pode a parte permitir, por sua ação ou omissão, que o dano se amplifique de maneira desmedida.

Cabe destacar o seguinte excerto de aresto da Corte Superior acerca do tema:

[...] o princípio *duty to mitigate the loss* conduz à ideia de dever, fundado na boa-fé objetiva, de mitigação pelo credor de seus próprios prejuízos, buscando, diante do inadimplemento do devedor, adotar medidas razoáveis, considerando as circunstâncias concretas, para diminuir suas perdas. Sob o aspecto do abuso de direito, o credor que se comporta de maneira excessiva e violando deveres anexos aos contratos (*v. g.*: lealdade, confiança ou cooperação), agravando, com isso, a situação do devedor, é que deve ser instado a mitigar suas próprias perdas. É claro que não se pode exigir que o credor se prejudique na tentativa de mitigação da perda ou que atue contrariamente à sua atividade empresarial, porquanto aí não haverá razoabilidade. [...] (STJ. REsp 1201672/MS. Relator: Desembargador Convocado Lázaro Guimarães. Órgão Julgador: Quarta Turma. Data do Julgamento: 21.11.2017).

Em conclusão, tem-se que o princípio da boa-fé objetiva, atualmente positivado no Código Civil de 2002, possui destacada relevância no âmbito do Direito Privado, servindo como importante guia da conduta das partes em todas as fases contratuais, de modo a tutelar a proteção da confiança nos negócios jurídicos.

3 A EXCEÇÃO DO CONTRATO NÃO CUMPRIDO

A exceção do contrato não cumprido constitui um dos conceitos parcelares da boa-fé objetiva, a qual foi destacada do capítulo anterior, a fim de permitir o seu exame de maneira mais aprofundada.

De início, cabe registrar que essa figura possui expresso acolhimento no Código Civil de 2002, em seu art. 476, o qual está assim redigido: “Nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro” (BRASIL, 2002).

Verifica-se uma clara aplicação do princípio da boa-fé na relação contratual, pois se mostra contrário à proteção da lealdade e ao dever de colaboração admitir que uma parte inadimplente na sua obrigação possa exigir o cumprimento da obrigação recíproca da outra parte.

Ainda, assegura a Lei Civil, também, a suspensão da execução do contrato pela parte que antevê a possibilidade de inadimplemento pela outra parte, em virtude do risco de insolvência:

Art. 477. Se, depois de concluído o contrato, sobrevier a uma das partes contratantes diminuição em seu patrimônio capaz de comprometer ou tornar duvidosa a prestação pela qual se obrigou, pode a outra recusar-se à prestação que lhe incumbe, até que aquela satisfaça a que lhe compete ou dê garantia bastante de satisfazê-la. (BRASIL, 2002).

Assim, a exceção do contrato não cumprido consiste em uma espécie de defesa concedida ao devedor que pode se recusar ao cumprimento da sua obrigação em face do inadimplemento do credor, ou do risco de este se tornar insolvente antes do cumprimento da sua parte na avença.

Vale destacar que o Código de Processo Civil (CPC) de 2015 expressamente prevê como pressuposto processual da ação de execução a comprovação, pelo exequente, de que cumpriu com sua obrigação quando esta constituir pressuposto da obrigação a ser cumprida pelo executado:

Art. 787. Se o devedor não for obrigado a satisfazer sua prestação senão mediante a contraprestação do credor, este deverá provar que a adimpliu ao requerer a execução, sob pena de extinção do processo. (BRASIL, 2015).

Diante da cominação da Lei Adjetiva, nota-se que o Juízo pode, de ofício, exigir a comprovação pelo exequente, mormente porque as regras extraídas do princípio da boa-fé são de ordem pública.

A interpretação do art. 476 do Código Civil à luz do princípio da boa-fé objetiva revela como pressupostos da exceção do contrato não cumprido: 1) a bilateralidade e a onerosidade do contrato, 2) a reciprocidade das obrigações e 3) a proporcionalidade entre o inadimplemento verificado e a obrigação recusada pelo devedor.

Acerca do primeiro pressuposto, é certo que não é possível ao devedor invocar a exceção nos contratos unilaterais ou gratuitos, pois nesses casos não se cogita de obrigação devida pelo credor a justificar a resistência do devedor.

No tocante à reciprocidade, é oportuno trazer a doutrina abalizada sobre o tema:

[...] se é certo que o legislador não mencionou a equivalência das prestações como requisito ao exercício da exceção do contrato não cumprido, não menos verdade que a bilateralidade subentende a relação de causalidade entre as obrigações das partes. Pressupõe, por outras palavras, uma implicação entre elas, de modo que mesmo não havendo total equivalência, têm ambas um peso similar. (MONTEIRO; MONTEIRO, 2015, p. 114).

De fato, é necessário haver uma imbricação entre as obrigações das partes, porque somente justifica a resistência do devedor o descumprimento de uma cláusula contratual que guarde relação lógica com a obrigação devida ao credor.

Ora, a exceção visa a proteger a boa-fé contratual. Assim, a sua invocação não pode dar guarida a possíveis abusos da parte inadimplente.

Por fim, é necessário destacar que, ainda que o contrato seja bilateral e oneroso e que as obrigações examinadas sejam recíprocas, deve estar presente inadimplemento relevante da parte credora. A violação deve ser tal que justifique a resistência do devedor e a não execução da sua parte na avença.

Assim, havendo situações em que se observe o adimplemento substancial da obrigação pelo credor, não se abre para o devedor a possibilidade de invocação da exceção. Conforme já decidiu o C. STJ:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. RESCISÃO CONTRATUAL. DISSÍDIO NÃO DEMONSTRADO. EXCEÇÃO DO CONTRATO NÃO CUMPRIDO. SÚMULAS N. 5 E N. 7/STJ. NÃO INCIDÊNCIA. DESCUMPRIMENTO PARCIAL E MÍNIMO DA AVENÇA. DESPROPORCIONALIDADE. MANUTENÇÃO DO CONTRATO. PRECEDENTES.

[...] 3. 'A exceção de contrato não cumprido somente pode ser oposta quando a lei ou o próprio contrato não determinar a quem cabe primeiro cumprir a obrigação. (...) A recusa da parte em cumprir sua obrigação deve guardar proporcionalidade com a inadimplência do outro, não havendo de se cogitar da arguição da exceção de contrato não cumprido quando o descumprimento é parcial e mínimo' (REsp 981.750/MG, Rel. Ministra Nancy Andrighi, DJe 23.4.2010). 4. Diante do contexto de desproporcionalidade que a presente hipótese evidência, verifica-se que o acórdão, ao afastar a exceção do contrato não cumprido, acabou por violar princípios norteadores da relação contratual, quais sejam, o da proporcionalidade, da boa-fé e da função social do contrato, porque, por uma importância desproporcional ao valor do bem, garantiu aos recorridos um benefício muito maior do que o contratado, haja vista que, o atraso na quitação do IPTU, no montante declinado, nunca representaria motivo suficiente ao pedido de rescisão contratual, seja pelo fato de que o imóvel já havia sido entregue, seja pelo fato de que o valor das prestações já quitadas supera em muito o montante atribuído ao Fisco e que, facilmente, poderia ter sido abatido do valor devido. 5. Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, provido. (STJ. REsp 1220251/MA. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Órgão Julgador: Terceira Turma. Data do Julgamento: 6.3.2012).

Em síntese, a exceção do contrato não cumprido assegura a uma parte do contrato que deixe de cumprir a obrigação que lhe foi imposta, em virtude de inadimplemento relevante de uma obrigação recíproca pela outra parte, em contrato bilateral e oneroso.

4 O ACORDO DE COMPENSAÇÃO DE HORÁRIOS

Acerca da jornada de trabalho, o art. 7º da Constituição Federal estabelece, em seus incisos XIII e XIV, os limites da duração do trabalho nos seguintes termos:

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;
XIV - jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva. (BRASIL, 1988).

A prestação de serviços para além desses limites consiste em labor em prorrogação de jornada, o que impõe a remuneração das horas excedentes com o adicional de, no mínimo, 50% do valor da hora normal, conforme inciso XVI do mesmo artigo da Lei Fundamental.

Ocorre que, como se nota do texto constitucional, há expressa previsão de compensação de horários mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho.

De fato, considerando que os limites da duração do trabalho consistem em normas de proteção da saúde dos trabalhadores, haja vista os diversos estudos que relacionam acidentes de trabalho e doenças ocupacionais ao excesso de trabalho, a compensação de horários se mostra medida menos gravosa do que o simples pagamento da remuneração extraordinária. Ou seja, havendo prestação de serviços para além dos limites constitucionais, a melhor medida reparadora consiste na compensação do sobrelabor, sendo o pagamento de horas extras a última medida a ser empregada.

Nesse sentido, pode-se conceituar o acordo de compensação de horário como o pacto incidente no contrato de emprego, pelo qual o trabalho para além dos limites legais ou constitucionais é compensado com folgas adicionais dentro de um certo módulo temporal.

Exemplo de pacto compensatório, derivado de construção pretoriana, consiste na compensação semanal de jornadas.

Por meio desse acordo, disciplinado pela Súmula n. 85 do C. TST, o labor correspondente aos sábados pode ser diluído na jornada de segunda a sexta-feira, usufruindo o trabalhador da folga adicional no sábado.

Outra modalidade de compensação, inserida na CLT no ano de 2001, consiste no chamado banco de horas, no qual as horas extras prestadas pelo empregado, até o limite de duas diárias, são acumuladas para posterior descanso, dentro do interstício de um ano.

Em virtude da previsão expressa do § 2º do art. 59 da CLT, esse sistema de compensação deve estar autorizado em norma coletiva para poder ser implantado pela empresa. Contudo, a Lei n. 13.467/2017 passou a admitir o acordo individual, desde que a compensação de horas se dê no período de 6 meses.

Ainda, destaque-se a escala 12x36 horas que também consiste em jornada desenvolvida por meio de acordo de compensação de

horários, na medida em que a jornada diária do obreiro excede o limite constitucional de 8 horas, mas é compensada com as folgas da escala, que implicam em jornada semanal média de 42 horas.

Como registrado na introdução deste trabalho, o referido sistema encontrava previsão em diversas normas coletivas, tendo sido validado pela jurisprudência do C. TST, o que culminou na edição da Súmula n. 444.

Por fim, vale apontar que, embora essas sejam as modalidades de compensação mais comuns, há outros sistemas de trabalho menos difundidos, firmados em razão das especificidades da profissão ou do local da prestação de serviços.

O grande desafio no exame dos acordos de compensação reside no fato de o contrato de emprego constituir um dos pactos mais complexos da ordem privada, em virtude de muitas das suas cláusulas e condições serem estabelecidas verbal ou tacitamente entre as partes, de acordo com a dinâmica da prestação de serviços, como permite o art. 442 da CLT.

Com efeito, é muito comum em reclamações trabalhistas que cláusulas fundamentais do contrato, como os horários de trabalho, as atividades desempenhadas pelo empregado e a contraprestação paga, divirjam sensivelmente do que foi firmado no instrumento de contratação, sendo objeto de discussão o que se deu na prática adotada pelas partes.

É por esse motivo que o Direito do Trabalho possui como um dos seus princípios fundamentais a primazia da realidade sobre a forma, segundo o qual:

[...] deve-se pesquisar, preferencialmente, a prática concreta efetivada ao longo da prestação de serviços, independentemente da vontade eventualmente manifestada pelas partes na respectiva relação jurídica. A prática habitual - na qualidade de uso - altera o contrato pactuado, gerando direitos e obrigações novos às partes contratantes (respeitada a fronteira da inalterabilidade contratual lesiva).

Desse modo, o conteúdo do contrato não se circunscreve ao transposto no correspondente instrumento escrito, incorporando amplamente todos os matices lançados pelo cotidiano da prestação de serviços. (DELGADO, 2019, p. 244).

Essa contingência do contrato de trabalho revela a enorme importância da aplicação da boa-fé objetiva no Direito do Trabalho, eis que, como visto, esse princípio visa a tutelar, exatamente, a proteção à

confiança dos contratantes diante das práticas assumidas reiteradamente no curso da relação laboral.

Conforme lições da doutrina:

[...] não obstante a conflituosidade quase sempre latente nas relações de trabalho, empregado e empregador não são adversários, devendo mover a ambos o mesmo desejo de prosperidade para a empresa, que alimenta a fonte do salário e do lucro. Os arts. 482 e 483 da CLT, ao indicarem a casuística da justa causa, em verdade estão a elencar hipóteses em que a conduta do empregado ou do empregador acarreta a quebra da confiança que um no outro depositava. Não há melhor expressão, no direito do trabalho em vigor no Brasil, da função informadora do princípio da boa-fé. (CARVALHO, 2019, p. 90).

Considerando que o contrato de emprego é um contrato de trato sucessivo, firmado, em regra, por prazo indeterminado, é essencial para o desenvolvimento da relação jurídica que as partes tenham protegidas as expectativas decorrentes das práticas reiteradas.

É por essa razão que a Súmula n. 85 do C. TST consagra o entendimento de que o acordo de compensação semanal de jornada pode ser encetado tacitamente. De fato, se o empregado labora algumas horas a mais na semana, e tem, em contrapartida, o repouso no sábado, ainda que nada esteja escrito no contrato de emprego, tem-se um acordo de compensação constituído pela prática das partes.

Trata-se, assim, de aplicação concreta do princípio da boa-fé no contrato de trabalho, especificamente na disciplina do acordo de compensação de horas.

Não é demasiado recordar que a própria Lei n. 13.467/2017 buscou aproximar o Direito do Trabalho do Direito Civil ao alterar a redação do § 1º do art. 8º da CLT, para prever que “O direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho” (BRASIL, 1943). Logo, não é possível admitir que tal aproximação se dê sem a utilização dos valores éticos que guiam a aplicação do Código Civil de 2002, conforme estudado acima.

5 AS CONSEQUÊNCIAS DA NÃO CONCESSÃO DAS FOLGAS DA ESCALA 12X36 PELO EMPREGADOR

Conforme desenvolvido ao longo deste estudo, a escala de trabalho de 12 horas alternadas por repouso de 36 horas consiste em um acordo de compensação de horários.

Cabe dizer que, para sua validade, é essencial a autorização em acordo ou convenção coletiva de trabalho, como exige expressamente o inciso XIII do art. 7º da Carta da República.

O sistema de compensação semanal preconizado na Súmula n. 85 do C. TST constitui exceção a essa regra, podendo ser encetado individualmente por se tratar de uma condição mais benéfica ao trabalhador. Com efeito, o empregado obtém vantagem considerável no contrato - o repouso por dois dias seguidos - em troca das 4 horas de trabalho diluídas de segunda a sexta-feira.

Já os demais sistemas de compensação, notadamente o banco de horas e a escala 12x36 horas, apresentam regras mais complexas e submetem o trabalhador a condições de trabalho mais severas, de modo que, para a sua validade, tem-se a obrigatoria autorização coletiva.

Assim, padecem de inconstitucionalidade material as regras da CLT incluídas pela Lei n. 13.467/2017 que autorizam sistemas de compensação acordados individualmente, ressalvado o acordo semanal, por constituir pacto benéfico ao empregado.

Destarte, inexistindo previsão em norma coletiva, o acordo de compensação de horários no regime de 12x36 horas é nulo, nos termos do art. 104, III, do Código Civil, por não atender à forma prescrita em lei.

Em havendo a autorização em acordo ou convenção coletiva, a sua aplicação no contrato de emprego pode se dar por previsão expressa no instrumento escrito ou por acordo verbal ou tácito, como examinado no tópico anterior.

Uma vez firmado o acordo para a jornada 12x36 horas, o empregado passa a ser obrigado a laborar por até 12 horas consecutivas, e o empregador a conceder, em contrapartida, o repouso de 36 horas. Se o trabalho excede o limite ajustado, o empregado se torna credor de horas extras.

Nesse ponto, contudo, o parágrafo único do art. 59-B da CLT dispõe que: “A prestação de horas extras habituais não descaracteriza o acordo de compensação de jornada e o banco de horas” (BRASIL, 1943).

Tem-se com isso a pergunta central deste estudo: havendo o trabalho nos dias destinados à folga da escala, permanece eficaz o acordo de compensação de jornadas?

Pois bem. O dispositivo trazido pela Reforma Trabalhista não possui nenhum parâmetro objetivo que oriente a sua leitura pelo intérprete. Não obstante, como sói acontecer com qualquer norma jurídica, a sua aplicação deve ser balizada pela razoabilidade e, como desenvolvido ao longo deste trabalho, pela boa-fé objetiva.

Se o empregado, por exemplo, ativa-se em todos os dias por 13 horas, não há dúvidas de que ele faz jus ao pagamento de 1 hora extra diária, o que constitui a prestação habitual de serviços extraordinários.

Contudo, essa habitualidade, por si, não descaracteriza o acordo de compensação de horas, por não atingir o seu núcleo com intensidade grave o bastante.

Há nesse caso, portanto, a aplicação da nova norma jurídica trazida pela Lei n. 13.467/2017, que busca preservar a eficácia das convenções estabelecidas entre as partes no curso da relação de emprego, em linha com o princípio da segurança jurídica e com o princípio da boa-fé.

Outra solução deve ser dada, todavia, quando as horas extras decorrem do labor nas folgas da escala de trabalho, isto é, no caso de o empregado realizar novo turno de trabalho de 12 horas, para o mesmo empregador, no período das 36 horas.

Nessa hipótese, a essência do acordo de compensação de horas é violada pelo empregador. A principal obrigação devida pela empresa no pacto é contrariada de modo grave, o que obsta que o empregador então exija a contrapartida do empregado, na forma do art. 476 do Código Civil.

Cabe ser apontado que a doutrina abalizada já vem indicando que essa prática patronal viola a boa-fé objetiva. Podemos citar, nesse sentido:

A despeito do que dita o novo parágrafo único do art. 59, é certo que, nos termos do art. 9º da CLT, 'serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação'. Caberá ao intérprete, pois, separar o joio do trigo. Se a realização habitual de horas extras revelar que a única ou principal 'utilidade' do acordo de compensação de horas é a desoneração do empregador quanto à observância dos limites diários e/ou semanais de jornada, sem que haja qualquer benefício correspondente para o trabalhador (que não obtém, com o acordo, qualquer previsibilidade de jornada, tornando-se enfim inócuos, para a gestão da sua vida privada, os horários de compensação), então o juiz terá diante de si um negócio jurídico praticado com o objetivo de fraudar os limites constitucionais do art. 7º, XIII, restando-lhe negar efeitos ao referido negócio, seja por força do referido art. 9º da CLT, seja por força do próprio art. 422 do Código Civil (c/c art. 8º, § 1º, CLT), no que positiva o princípio da boa-fé objetiva (a obstar o *venire contra factum proprium*). (DIAS *et al.*, 2018, p. 65).

Por derradeiro, a Lei n. 13.467/2017 acresceu à CLT preceito (art. 59-B, parágrafo único) que contraria toda experiência jurídica, ao estatuir que 'a prestação de horas extras habituais não descaracteriza o acordo de compensação de jornada e o banco de horas'. Vale dizer: mesmo que o empregador contrate um limite de jornada e costumeiramente não o cumpra, a existência formal ou até tácita de um acordo de compensação fará devido o adicional, segundo a nova lei, apenas sobre as horas excedentes da quadragésima quarta hora semanal. É inevitável que se anote, neste passo, o acintoso contraste entre essa regra legal e o princípio da boa-fé objetiva ou, em sua esteira, ao princípio da vedação de condutas contraditórias (*venire contra factum proprium*). (CARVALHO, 2019, p. 304).

Conforme desenvolvido anteriormente, entendemos, respeitosamente, que o enquadramento da conduta do empregador entre os conceitos parcelares da boa-fé se dá na exceção do contrato não cumprido e não no *venire contra factum proprium*.

Isso porque a vedação ao comportamento contraditório exige a prática de uma ação concreta pela parte (o *factum proprium*), a criação da expectativa de cumprimento na parte adversária e a frustração dessa confiança com um comportamento posterior.

No caso da escala 12x36 horas, tem-se mostrado comum nos processos trabalhistas situações em que, desde o início, o empregado habitualmente presta serviços nos dias de folga do regime, a despeito da existência formal do acordo de compensação.

Nesses casos verifica-se que o trabalhador, na realidade, sequer possui a expectativa de sempre usufruir do repouso alternado de 36 horas, tendo, ao contrário, a certeza de que laborará em turnos extras no decorrer dos meses.

É por tais razões que compreendemos não estarem atendidos todos os pressupostos do *venire contra factum proprium*, tais como elencados acima.

Por outro lado, há o perfeito enquadramento nos pressupostos da exceção do contrato não cumprido, porque o empregador descumpre a obrigação recíproca que lhe cabe no contrato bilateral e oneroso.

Acerca da gravidade do inadimplemento, que constitui o terceiro pressuposto estudado no capítulo próprio, tem-se a relevante distinção entre as horas extras prestadas diariamente sem a descaracterização do próprio acordo (como no exemplo do labor por 13 horas) e as horas extras decorrentes do exercício de um novo turno no intervalo de 36 horas, o que fere sensivelmente a obrigação do empregador.

Cabe repisar que é a empresa que frustra o pacto firmado ao exigir o labor em dias em que foi ajustada a concessão de folga. Ato contínuo, não pode o empregador, por um dever de coerência, exigir a outra parte no acordo.

Não obstante tais considerações, independentemente do conceito parcelar específico a ser invocado, não há dúvidas de que a conduta do empregador de exigir apenas a parte que o beneficia no acordo de compensação fere a boa-fé objetiva, por revelar conduta desleal, ímproba e desonesta.

Cabe registrar, ademais, que não se trata de declarar a inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 59-B da CLT, nem de se lhe negar vigência, em possível violação ao entendimento da Súmula Vinculante n. 10 do E. STF.

Como amplamente abordado neste trabalho, esse dispositivo tem aplicação plena nos casos em que as horas extras, embora habituais, não violam a essência do pacto de compensação firmado, o qual pode ser aproveitado na maior parte, assegurando-se a remuneração do serviço extraordinário ao empregado.

Por outro lado, quando a prestação de labor em sobrejornada se dá de tal forma que o pacto é subvertido na sua razão de ser, em especial no trabalho nos dias de folga da escala de 12x36 horas, é o próprio empregador que nega a eficácia do acordo ao não cumprir a sua parte na avença. Com isso, a ineficácia do acordo é apenas uma consequência do inadimplemento do empregador, tendo aplicação os limites normais da jornada de trabalho.

Portanto, é o princípio da boa-fé objetiva, como norteador das condutas em todos os ramos do Direito Privado, que impede que o empregador se beneficie da sua violação ao pacto compensatório firmado com o empregado.

6 CONCLUSÃO

O regime de trabalho desenvolvido na escala de 12 horas trabalhadas por 36 horas descansadas consiste em uma das modalidades de acordo de compensação de jornadas admitidas pelo Direito do Trabalho, cuja validade depende da previsão em norma coletiva, em conformidade com o art. 7º, XIII, da Constituição Federal.

Como tal, a prestação de horas extras habituais, por si só, não invalida nem torna ineficaz esse pacto, de acordo com a disciplina do parágrafo único do art. 59-B da CLT.

Contudo, na hipótese de as horas extras habituais decorrerem do labor nas folgas previstas para a escala 12x36 horas, a conduta do empregador retira a eficácia do acordo, pois nega ao empregado o repouso que configura a contrapartida essencial do negócio jurídico.

Nessa linha, presente violação que contrarie a própria essência do acordo de compensação de horários, o empregado pode invocar a exceção do contrato não cumprido (art. 476 do Código Civil), porque o empregador não pode exigir a prestação de serviços para além de 8 horas se não cumpre a sua parte no contrato, consistente na concessão do repouso nos exatos termos constantes do pacto compensatório firmado.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **DOU**, Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm.

BRASIL. Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. **DOU**, Brasília, 9 ago. 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **DOU**, Brasília, 11 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm.

BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **DOU**, Brasília, 17 mar. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm.

CARVALHO, Augusto César Leite de. **Direito do trabalho: curso e discurso**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2019.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 18. ed. São Paulo: LTr, 2019.

DIAS, Carlos Eduardo Oliveira *et al.* **Comentários à lei da reforma trabalhista: dogmática, visão crítica e interpretação constitucional**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2018.

MONTEIRO, Marina Stella de Barros; MONTEIRO, Ralpho Waldo de Barros. A causa dos contratos e a *exceptio non adimpleti contractus*. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 958, p. 99-117, ago. 2015.

SCHREIBER, Anderson. **A proibição de comportamento contraditório:** tutela da confiança e *venire contra factum proprium*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**. 7. ed. São Paulo: Método, 2017.