



DIGNIDADE DA PESSOA, DANO EXISTENCIAL E JORNADAS EXTENUANTES: INCONSTITUCIONALIDADE DA NOVA JORNADA 12X36 INTRODUZIDA PELA LEI N^o 13.467/2017?

Paulo Cobre¹

Desirré Dorneles de Ávila Bollmann²

Resumo: O trabalho busca analisar as alterações implementadas pela Lei nº 13.467/2017 quanto à jornada 12x36, notadamente diante do modelo de Estado Democrático de Direito instituído pela Constituição Federal de 1988, do primado da dignidade da pessoa humana e da eficácia dos direitos fundamentais e sociais. É enfrentado, ainda, o conceito de dano existencial como consequência do descumprimento da limitação de jornada.

Palavras-chave: Jornada 12x36. Reforma Trabalhista. Dignidade humana. Dano existencial.

417

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 foi batizada de Constituição Cidadã por consagrar o respeito aos direitos fundamentais como um de seus fundamentos essenciais.

Nos dizeres de Luís Roberto Barroso (2015, p.492), “A Constituição de 1988 é o símbolo maior de uma história de sucesso: a transição de um Estado autoritário, intolerante e muitas vezes violento para um Estado democrático de direito”.

Em se tratando de constitucionalismo democrático, a dignidade humana é valor fundamental, como se infere do art. 1º, III, da Constituição

1 Analista judiciário, Especialista em Direito do Trabalho e Preparação à Magistratura pela AMATRA 12/ FURB. paulo.cobre@trt12.jus.br.

2 Juíza do Trabalho e Mestre em Ciências Jurídicas pela UNIVALI. desirre.bollmann@trt12.jus.br.

Cidadã.

Para Barroso,

[...] como valor e como princípio, a dignidade humana funciona tanto como justificação moral quanto como fundamento normativo dos direitos fundamentais. Os princípios constitucionais desempenham diferentes papéis no sistema jurídico. Destacam-se aqui dois deles: a) o de fonte direta de direitos e deveres e b) o interpretativo. (2015, p. 285)

A dignidade da pessoa relaciona-se diretamente ao direito à vida e à sua própria integridade física e moral.

Como ressalta Ingo Wolfgang Sarlet,

o que se percebe, em última análise, é que, onde não houver respeito pela vida e pela integridade física e moral do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde não houver limitação do poder, enfim, onde a liberdade e a autonomia, a igualdade (em direitos e dignidade) e os direitos fundamentais não forem reconhecidos e minimamente assegurados, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana e esta (a pessoa), por sua vez, poderá não passar de mero objeto de arbítrio e injustiças. (2002, p.61)

A dignidade humana, como fundamento último dos próprios direitos fundamentais do homem, é valor que contamina e deve contaminar a sociedade brasileira, possuindo eficácia tanto vertical quanto horizontal.

Justamente a partir da ideia de que a dignidade humana está relacionada à própria noção do direito à vida digna é que se desenvolveu a teoria do dano existencial.

O dano existencial decorre da noção de que há comprometimento da dignidade humana e do direito a uma vida digna, quando a ação abusiva de outrem impacta no seu modo de ser social da pessoa, em suas relações familiares e em seu projeto de vida.

Para Almeida Neto,

como foi idealizado, o dano à vida de relação, na sua essência, consiste na ofensa física ou psíquica a uma pessoa que a impede, total ou parcialmente, de desfrutar os prazeres propiciados por atividades recreativas, extra laborativas as mais variadas, como praticar esportes, fazer turismo, pescar, frequentar cinema, teatro

ou clubes etc., interferindo decisivamente no seu estado de ânimo e, conseqüentemente, no seu relacionamento social e profissional, diminuindo suas chances de adaptação ou ascensão no trabalho, trazendo como consequência um reflexo patrimonial negativo. (2012, p.21)

Trata-se de uma modalidade de dano extrapatrimonial que já vinha sendo reportada, dentre outras, na legislação italiana, a qual vem entendendo o dano existencial como violação de direitos da personalidade.

No direito brasileiro, o direito à reparação por dano existencial vem se incrementando na jurisprudência ante a constatação de jornadas exaustivas, ou seja, jornadas impostas ao trabalhador para muito além dos limites constitucionais, a ponto de constituírem impedimento à convivência em sociedade do empregado, à participação tanto em atividades sociais, como religiosas, recreativas, de descanso etc., prejudicando seu projeto de vida, bem como de fruir um pouco dos benefícios da sociedade que ajuda a construir com o esforço de seu trabalho.

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 7º, XIII, limita a jornada máxima de trabalho a 8 horas diárias e 44 horas semanais, salvo acordo ou convenção coletiva de trabalho.

419

O excesso de jornada, como reconhecido amplamente na jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, pode gerar violação ao princípio da dignidade humana e ensejar o dano existencial.

Em que pese ao teor do disposto na Constituição Federal e na contramão do valor da dignidade da pessoa insculpido na Norma Constitucional, a Lei n. 13.467/2017 (Reforma Trabalhista) trouxe no seu art. 59 a possibilidade da extensão da jornada 12 x 36 para qualquer categoria, mediante simples acordo individual.

Além da extensão indiscriminada da jornada para além dos limites constitucionais, a Lei n. 13.467/2017 também suprime os períodos de descanso do trabalhador ao prever que já incluído na remuneração o período destinado ao intervalo intrajornada.

Esse artigo busca debater se a nova jornada 12x36 prevista na Lei 13.467/2017 é compatível com os dispositivos constitucionais, notadamente com o valor da dignidade humana, e, ainda, se sua aplicação não resulta em

dano existencial para o trabalhador.

Para esse fim, tratar-se-á, num primeiro momento do artigo, do conceito de dignidade humana e da eficácia dos direitos fundamentais no direito constitucional brasileiro. Na sequência, falar-se-á do direito à vida digna em matéria trabalhista e do direito do trabalhador à limitação da jornada. Por fim, analisar-se-á o perfil da jornada 12x 36 antes e após o advento da Lei 13.467/2017, sua compatibilidade com as normas constitucionais, e, ainda, o risco de dano existencial para o trabalhador.

Esse artigo não pretende esgotar a temática senão levantar reflexão sobre o melhor caminho para o cumprimento da missão constitucional, em busca da maior efetivação dos direitos previstos na Constituição Cidadã, que é, em última análise, o objetivo de qualquer membro da sociedade brasileira.

2 DIGNIDADE HUMANA NA CONSTITUIÇÃO

420

2.1 Conceito de dignidade e sua posição constitucional

A Constituição Federal de 1988 concretizou a instauração de um regime político democrático no Brasil. Introduziu, ainda, inigualável progresso na consolidação legislativa das garantias e direitos fundamentais e na proteção dos setores vulneráveis da sociedade brasileira.

A partir do novo Texto Constitucional, os direitos fundamentais ganham um protagonismo extraordinário. De fato, a Carta de 1988 coloca-se como o documento mais abrangente e pormenorizado sobre os direitos fundamentais na história do constitucionalismo nacional.

Neste mesmo sentido aponta José Afonso da Silva:

É a Constituição cidadã, na expressão de Ulysses Guimarães, Presidente da Assembleia Nacional Constituinte que a produziu, porque teve ampla participação popular em sua elaboração e especialmente porque se volta decididamente para a realização da cidadania. (2015, p.80)

Segundo Flavia Piovesan,

... desde o seu preâmbulo, a Carta Cidadã projeta a construção

de um Estado Democrático de Direito, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça, como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos (...) (2010, p.26)

Dentre os fundamentos que alicerçam o Estado Democrático de Direito, destaca-se a dignidade humana (art. 1º, inciso III). Trata-se do amálgama do conceito do Estado Democrático de Direito e dos direitos fundamentais, restando claro que os direitos fundamentais são elementares para a realização do princípio democrático.

Como afirma Jorge Miranda (1997, p.166), “A Constituição confere uma unidade de sentido, de valor e de concordância prática ao sistema dos direitos fundamentais. E ela repousa na dignidade da pessoa humana, ou seja, na concepção que faz a pessoa fundamento e fim da sociedade e do Estado”.

Com efeito, diante deste quadro normativo, é certo que o valor da dignidade da pessoa humana se impõe como núcleo básico e informador de todo o ordenamento jurídico, como critério e parâmetro de valoração a orientar a interpretação e compreensão do sistema constitucional.

421

Importante destacar que, sob a ótica histórica, a primazia jurídica do valor da dignidade humana é resposta à profunda crise sofrida pelo positivismo jurídico, associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha.

Esses movimentos políticos e militares ascenderam ao poder dentro do quadro da legalidade e promoveram a barbárie em nome da lei. Neste contexto, ao final da Segunda Guerra Mundial, emerge a grande crítica e o repúdio à concepção positivista de um ordenamento jurídico indiferente a valores éticos, confinado à ótica meramente formal (PIOVESAN, 2010, p.28).

É justamente sob o prisma da reconstrução dos direitos humanos que, no Direito Constitucional ocidental, são adotadas cartas constitucionais abertas a princípios, dotados de elevada carga axiológica, com destaque para o valor da dignidade humana. Neste sentido, esta será a marca das Constituições europeias do Pós-Guerra.

Busca-se a reaproximação da ética e do direito, e, neste esforço, surge a força normativa dos princípios, especialmente do princípio da dignidade humana. Há um reencontro com o pensamento kantiano com as ideias modernas de moralidade, dignidade.

De fato, conforme Howard Caygill (2000, p.155), “os seres racionais para Kant são ‘fins em si mesmos’, cuja existência possui ‘valor absoluto’, uma derivação que leva Kant à declaração do imperativo categórico de agir de modo a tratar o outro ‘sempre ao mesmo tempo como um fim e nunca simplesmente como um meio’”.

Ressalta-se que, de acordo com o pensamento de Kant (2007, p. 69), as pessoas devem existir como um fim em si mesmo, de onde se conclui que os seres racionais não devem ser arbitrariamente usados para este ou aquele propósito. Nessa linha, os seres racionais têm um valor intrínseco absoluto, são insubstituíveis e únicos, não devendo ser tomados meramente como meios.

422

Vale destacar que a autonomia é a base da dignidade humana e de qualquer criatura racional. Chega-se a questionar se uma pessoa que nunca teve uma escolha efetiva, ou, tampouco, teve consciência dela, ou, ainda, nunca exerceu o direito de escolha de forma verdadeira, possui autonomia e dignidade, ou se simplesmente se moveu perante a vida.

Conforme Oscar Vilhena Vieira (2006, p.67), a construção kantiana traz dois aspectos relevantes, a saber, um de ordem substantiva e outro de ordem formal.

Para o autor,

o princípio da dignidade, expresso no imperativo categórico, refere-se substantivamente à esfera de proteção da pessoa enquanto fim em si e não como meio para a realização de objetivos de terceiros. A dignidade afasta os seres humanos da condição de objetos à disposição de interesses alheios. Nesse sentido, embora a dignidade esteja intimamente associada à ideia de autonomia, de livre escolha, ela não se confunde com a liberdade no sentido mais usual da palavra – qual seja, a ausência de constrangimentos. A dignidade humana impõe constrangimentos a todas as ações que não tomem a pessoa como fim. (2006, p.68)

E, mais adiante, acrescenta o autor:

(...) no que se refere ao aspecto formal, Kant contempla a dignidade humana, expressa pelo imperativo categórico, como uma exigência de imparcialidade. Se todas as pessoas são um fim em si, devem ser respeitadas. E ser “fim em si” significa ser considerado como feixe de razão e sentimentos que não podem ser injustificadamente suprimidos. Essa noção de imparcialidade impõe que as pessoas se tratem com reciprocidade não apenas como uma medida de prudência, mas como um imperativo derivado da assunção de que o outro tem o mesmo valor que atribuo a mim mesmo – portanto, é merecedor do mesmo respeito. (2006, p.67)

A vertente “kantiana” concretizou-se com a abertura das Constituições à força normativa dos princípios, com ênfase no princípio da dignidade humana, o qual unifica e centraliza todo o sistema normativo, assumindo especial prioridade.

A dignidade humana simboliza, desse modo, verdadeiro superprincípio constitucional, a norma maior a orientar o constitucionalismo contemporâneo.

Pode-se observar que a Constituição de 1988 traz a dignidade humana como fundamento do Estado Democrático de Direito (art. 1º, inciso III), como objetivo da ordem econômica (art. 170), alicerce do planejamento familiar (art. 226, §7º) e dever da família, da sociedade e do Estado perante a criança, o adolescente e o jovem (art. 227).

Segundo clássica definição de Sarlet, a dignidade da pessoa humana é

“a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ética e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos”. (2002, p.60)

Diante de todo o exposto, pode-se afirmar que o constitucionalismo democrático tem por fundamento e objetivo a dignidade da pessoa humana.

Não se pode olvidar, contudo, que, o princípio da dignidade pode resultar nas mais diversas projeções e conclusões, a depender dos valores

que o operador do direito coloca em jogo. Trata-se de um conceito bastante amplo, com alta carga de abstração própria dos princípios fundamentais. Por tal motivo, deve-se buscar um conteúdo que propicie um norte ao intérprete e segurança jurídica ao sistema.

Para tanto, vamos nos valer do conteúdo jurídico da dignidade humana proposto por Barroso (2015, p.286). Segundo este autor, “as características de um conteúdo mínimo devem ser a laicidade, a neutralidade política e a universalidade”.

Nesta toada, apontam-se os três elementos que integram o conteúdo mínimo do conceito, a saber, o valor intrínseco da pessoa humana, a autonomia individual e o valor comunitário.

O valor intrínseco indica a colocação privilegiada da pessoa no mundo em relação a outros seres. Trata-se da manifestação do imperativo categórico de Kant, segundo o qual se deve tomar o homem como um fim em si mesmo, e não como um meio para a realização de metas dos outros ou do próprio Estado.

424

A dignidade como autonomia envolve a capacidade de autodeterminação do indivíduo, de decidir os rumos da própria vida e de desenvolver livremente sua personalidade. Segundo Barroso (2015, p.287-8), no plano jurídico, a autonomia possui como pressuposto necessário à satisfação de um mínimo existencial, que “corresponde ao núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais, e seu conteúdo equivale às pré-condições para o exercício dos direitos individuais e políticos, da autonomia privada e pública”.

O último elemento, o valor comunitário, aponta que a “dignidade é moldada pelos valores compartilhados pela comunidade, seus padrões civilizatórios, seu ideal de vida boa”, possuindo como principal escopo a proteção de valores sociais (BARROSO, 2015, p. 288).

Estabelecidos a definição, o conteúdo mínimo e a posição do princípio em nossa Constituição, conclui-se que a dignidade humana é o vértice de nosso ordenamento, um superprincípio que norteará a aplicação e a eficácia dos direitos fundamentais e sociais.

2.2 Eficácia dos direitos fundamentais

O art. 5º, §1º, da CRFB dispõe que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

Surge, aqui, a questão de definir o significado e alcance do referido dispositivo em relação às diversas espécies de direitos fundamentais.

Segundo Sarlet (2006, p.274), existem diferentes entendimentos sobre a matéria. Há aqueles que adotam concepção mais extrema, no sentido de que todo direito fundamental possui eficácia imediata e gera uma posição jurídica subjetiva de vantagem, inclusive as normas programáticas. De outra forma, há corrente que advoga que grande parte dos direitos fundamentais apenas ganha eficácia com a atuação do legislador ordinário.

De acordo com o citado autor,

a melhor exegese da norma contida no art. 5º, § 1º, de nossa Constituição é a que parte da premissa de que se trata de norma de cunho inequivocamente principiológico, considerando-a, portanto, uma espécie de mandado de otimização (ou maximização), isto é, estabelecendo aos órgãos estatais a tarefa de reconhecerem a maior eficácia possível aos direitos fundamentais. (2006, p.282)

425

Isto significa que os direitos fundamentais apresentam, em regra, aplicabilidade imediata e eficácia plena, ressalvadas exceções verificadas em casos concretos, as quais demandam ampla e exauriente fundamentação a fim de justificar a não incidência imediata do direito fundamental.

Importante salientar que os direitos fundamentais inicialmente surgiram como um direito de oposição ou resistência do cidadão contra a ação Estatal, de tal sorte que a eficácia dos direitos fundamentais era entendida como meramente vertical, ou seja, o direito do cidadão em oposição à ingerência da força Estatal sobre sua pessoa.

Posteriormente, em meados do século XX, passou a se ter uma compreensão mais abrangente dos direitos fundamentais, no sentido de que, para além de mero direito de oposição ou resistência, eles também se aplicam para as relações entre os particulares, de tal sorte que possuem também eficácia horizontal.

Nesse sentido os dizeres de Cavalcante Filho (PORTAL TV

JUSTIÇA):

Em meados do século XX, porém, surgiu na Alemanha a teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, que defendia a incidência destes também nas relações privadas (particular-particular). É chamada eficácia horizontal ou efeito externo dos direitos fundamentais (horizontawirkung), também conhecida como eficácia dos direitos fundamentais contra terceiros (drittwirkung).

Conclui o autor que, “em suma: pode-se que dizer que os direitos fundamentais se aplicam não só nas relações entre o Estado e o cidadão (eficácia vertical), mas também nas relações entre os particulares-cidadãos (eficácia horizontal)”.

Neste quadro, o Poder Judiciário ganha especial importância, uma vez que está investido no poder-dever de aplicar imediatamente as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, assegurando-lhes a plena eficácia.

426 Não se pode olvidar, todavia, que tal poder possui limites. De fato, há certos obstáculos que impedem possa ser acolhido de forma absoluta o preenchimento de lacunas existentes nas normas definidoras de direitos fundamentais, notadamente no que se refere aos direitos fundamentais sociais de natureza prestacional, em contraponto aos limites da reserva do possível, falta de legitimação dos tribunais para a implementação de determinados programas socioeconômicos.

2.3 Eficácia dos direitos sociais

O princípio da dignidade da pessoa humana não demanda apenas a garantia de autonomia e liberdade do indivíduo, mas também um mínimo de segurança social, já que sem os recursos materiais para uma existência digna, não se poderia falar efetivamente em liberdade de escolhas ou sequer em vida digna.

Considerando-se que os direitos sociais são direitos fundamentais, a eles seria aplicável o regime previsto no art. 5º, § 1º, da CRFB, isto é, possuem eficácia plena e aplicabilidade imediata.

Não obstante, o problema da exigibilidade dos direitos fundamentais se revela especialmente delicado quando se trata de avaliar em que medida

é possível, por intermédio do Poder Judiciário, impor ao Poder Público uma prestação diretamente fundada na Constituição, não previamente assegurada por lei infraconstitucional.

Destaca-se que o argumento contrário mais comum à referida implementação dos direitos sociais, a saber, que trataria de normas de cunho meramente programático, já não mais se sustenta, diante do comando expresso contido no art. 5º, § 1º, da CRFB. Pensamento contrário acabaria por retirar a natureza de direito fundamental, transformando-se os direitos sociais em direitos apenas na medida da lei.

O obstáculo mais polêmico se refere à aplicação da chamada “reserva do possível”, que se divide em dois aspectos, um fático e um jurídico. Aquele indica a inexistência ou escassez de recursos materiais pelo Poder Público. O aspecto jurídico está atrelado à necessidade de lei orçamentária autorizando o gasto, normalmente extraordinário.

Enfatiza-se, por oportuno, que os direitos sociais não são direitos absolutos, a exemplo dos demais direitos fundamentais, submetendo-se, assim, a um sistema de limites, representados pela reserva do possível e pela aplicação do princípio da proporcionalidade.

Neste sentido, Sarlet destaca que

é possível sustentar a existência de uma obrigação, por parte dos órgãos estatais e dos agentes políticos, de maximizarem os recursos e minimizarem o impacto da reserva do possível, naquilo que serve de obstáculo à efetividade dos direitos sociais. (2012, p.562)

Deve-se afastar uma visão meramente burocrática da reserva do possível. Neste sentido, incumbe ao Poder Público demonstrar a absoluta impossibilidade de fornecimento das prestações sociais.

Outro parâmetro a ser considerado na efetivação dos direitos fundamentais é a garantia do mínimo existencial. Conforme já ressaltado, o mínimo existencial está englobado no conteúdo jurídico do princípio da dignidade humana, garantindo ao indivíduo o exercício de sua verdadeira autonomia e cidadania.

Assim, quando em causa o direito à vida e ao mínimo existencial, não podem prevalecer as objeções habituais da reserva do possível e da

separação de poderes, tomando-se o mínimo existencial como critério material de ponderação (SARLET, 2012, p.564).

3 DIREITO DO EMPREGADO À LIMITAÇÃO DA JORNADA E DANO EXISTENCIAL

3.1 Evolução do direito à limitação da jornada

As longas jornadas de trabalho existiam desde a sociedade pré-capitalista, na qual o trabalho se dava notadamente na área rural e no artesanato. Não obstante, o trabalhador tinha pleno controle do processo produtivo e despendia sua força de trabalho nos moldes por ele definidos, adaptando, assim, a produtividade à sua necessidade.

Esta forma de realização do labor sofreu profundo impacto com a Revolução Industrial, que definiu um novo modo de produção, em que o trabalhador não mais detinha os meios de produção, mas sim estava submetido a uma estrutura fortemente hierarquizada, na qual bastava a realização de tarefas mais simples e repetitivas.

Em busca do aumento dos lucros, os novos empresários impunham forte pressão pelo aumento da produtividade, baixos salários e jornadas extenuantes, sem falar no largo emprego de mão de obra infantil. Tais circunstâncias tiveram como relutado natural um grande número de acidentes e doenças do trabalho, com um contingente de trabalhadores incapacitados desprovidos de qualquer tipo de proteção social.

Diante de tal realidade, a limitação da jornada tornou-se um dos principais objetivos dos movimentos operários. Com efeito, as reivindicações paulatinamente ganharam corpo, especialmente em meados do século XIX, destacando-se que, em 1864, foi fundada a Associação Internacional dos Trabalhadores (AIT), que estabeleceu dentre suas prioridades a luta pela adoção da jornada de oito horas.

Passou a ganhar força o que a doutrina passou a designar de regra dos “três-oito”, que dividia o dia em três períodos de oito horas, destinados ao trabalho, ao lazer e ao descanso.

Assim, no final do século XIX muitos países já haviam adotado

limitações à jornada de trabalho. Percebe-se, desta forma, que os movimentos operários não passaram despercebidos pelos capitalistas.

Não obstante, não se pode dizer que a referida limitação foi uma benesse concedida em vista da dignidade dos trabalhadores. Em verdade, observou-se que as longas jornadas desaguavam na queda qualitativa do trabalho. Não se pode olvidar, ainda, que a modernização dos meios de produção possibilitava a redução das horas de trabalho, mantendo-se a produtividade e a qualidade.

Neste contexto, a Convenção n. 1 da Organização Internacional do Trabalho tratou sobre a jornada de oito horas e de limitações ao labor extraordinário, modelo que se estendeu aos países centrais do capitalismo.

No âmbito do direito nacional, o Decreto n. 1.313, de 17 de janeiro de 1891, estabeleceu regras acerca do trabalho infantil nas fábricas da capital. Apenas com Getúlio Vargas é que foi estabelecida a limitação da jornada em oito horas diárias, inicialmente para os trabalhadores do comércio, o que foi estendido a outras categorias posteriormente, até a promulgação da Consolidação das Leis do Trabalho em 1943, que englobou toda a legislação sobre a matéria.

429

3.2 Diretrizes constitucionais sobre a limitação da jornada

A Constituição Federal de 1988 manteve, como regra geral, o limite de oito horas diárias previsto na CLT, mas trouxe o limite semanal de 44 horas semanais, conforme o art. 7º, inciso XIII.

Observa-se, ainda, que o legislador constitucional originário previu a hipótese de compensação de jornada, desde que realizada por negociação coletiva. Dispôs, por fim, acerca da jornada especial de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, excepcionando, mais uma vez, hipótese de negociação coletiva (art. 7º, inciso XIV).

Ressalta-se que o legislador ordinário, a fim de concretizar o direito fundamental à limitação de jornada, impôs limite ao número de horas extras prestadas por dia, que não poderão exceder de duas.

3.3 Limitação da jornada e direito à saúde

Tradicionalmente, é dito que a limitação de jornada possui três fundamentos básicos, a saber, biológicos, sociais e econômicos (CASSAR, 2010, p.616).

Sob o viés econômico, tem-se que um trabalhador submetido a longas jornadas, sem pausas e sem momentos de lazer, produz menos, o que gera uma desvantagem competitiva ao empregador. Outrossim, o excesso de trabalho atinge de forma direta a integridade física e mental do empregado, o que traduz o aspecto biológico. Por último, o aspecto social, pelo qual o trabalhador submetido a longas jornadas tem pouco tempo para o lazer, o descanso e convívio social e familiar.

Nas palavras de Maurício Godinho Delgado (2009, p.775),

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

Diante do princípio da dignidade da pessoa, vértice de nosso ordenamento, entendemos que a perspectiva econômica da norma resta apenas como um escopo residual.

Assim, deve-se caracterizar a limitação de jornada como um direito social fundamental com aplicação imediata, especialmente nas relações privadas. Corrobora tal assertiva o fato de a Carta de 1988 trazer como direito do trabalhador a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança, na forma do art. 7º, inciso XXII.

Efetivamente, a limitação de jornada possui como principal objetivo a proteção da saúde do trabalhador, esta entendida também como direito social fundamental do cidadão (art. 6º da CRFB). Neste diapasão, fala-se em direito à desconexão, pelo qual o empregado deve possuir momentos de afastamento integral do trabalho, a fim de repor suas energias, ter momentos de lazer e manter o convívio social e familiar.

Assim, contraposto à exploração do trabalho em jornadas extenuantes, temos o direito ao lazer como algo necessário e considerado pelo ordenamento jurídico nacional um direito fundamental.

Vale destacar, ainda, que o direito ao lazer está contemplado em diversas normas internacionais, a exemplo da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 (artigo XXIV), do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966 (artigo 7º) e a Declaração da Filadélfia (artigo III, *i*).

3.4 Limitação da jornada e direito à vida digna

É possível afirmar que a limitação de jornada faz parte do conceito jurídico mínimo da dignidade humana anteriormente proposto. De fato, tomado o valor intrínseco, segundo o qual o ser humano é um fim em si mesmo, tem-se que o direito à limitação de jornada concretiza o direito à integridade física, moral e psíquica.

Do ponto de vista da autonomia, que possui como um dos seus pressupostos a garantia de um mínimo existencial, a limitação de jornada representa a possibilidade de exercício pleno da cidadania por meio do exercício do direito à desconexão, constituindo núcleo essencial dos direitos sociais fundamentais, portanto.

431

Em 1999, a OIT formalizou um conceito de trabalho decente, o qual

sintetiza a sua missão histórica de promover oportunidades para que homens e mulheres obtenham um trabalho produtivo e de qualidade, em condições de liberdade, equidade, segurança e dignidade humanas, sendo considerado condição fundamental para a superação da pobreza, a redução das desigualdades sociais, a garantia da governabilidade democrática e o desenvolvimento sustentável. (<http://www.ilo.org/brasil/temas/trabalho-decente/lang-pt/index.htm>, consulta em 06.05.2018)

Com efeito, de acordo com o conceito proposto por Platon Teixeira de Azevedo Neto,

trabalho decente corresponde à soma necessária da dignidade à liberdade (que abrange o pressuposto da erradicação do trabalho forçado), à igualdade (que abarca o pressuposto do fim da discriminação), à segurança e à saúde, à atividade lícita e à remuneração justa, bem como à liberdade sindical, desde que não haja trabalho infantil. (2015, p.119)

Não resta dúvida, assim, que a limitação da jornada faz parte do

conceito de trabalho decente, pois garante a segurança e a dignidade do trabalhador.

Todavia, em que pese refletir a eficácia dos direitos sociais e fundamentais do trabalhador e, principalmente, concretizar a primazia da dignidade humana, a limitação da jornada de trabalho vem sofrendo diversos ataques, notadamente a partir de década de 1970, momento em que se desencadeou a crise do petróleo.

O sistema capitalista tem como uma de suas principais características a mutação do modelo de produção, sempre na busca da redução de custos e implemento dos lucros.

Nesta linha, um dos principais alvos do empresariado é justamente a limitação de jornada, uma vez que arcar com adicionais de horas extras e repercussões nas demais verbas trabalhistas parece constituir um obstáculo a ser vencido, ainda que em detrimento da existência digna do trabalhador. De acordo com o discurso neoliberal, os direitos sociais representam um custo que impede o crescimento da economia dos países.

432

É neste contexto que foram implementadas flexibilizações na jornada de trabalho, como a instituição do banco de horas anual e a construção dos mais diversificados sistemas de jornada de trabalho, trazendo-se à baila, como exemplo paradigmático, a jornada 12x36.

Observa-se, desta forma, o recrudescimento do ataque à limitação da jornada, especialmente com a chamada “reforma trabalhista” protagonizada pela Lei nº 13.467/2017. Neste contexto, doutrina e jurisprudência trabalhistas voltam a se debruçar sobre o tema das jornadas extenuantes, bem como dos danos resultantes.

3.5 Dano existencial e jornadas extenuantes

A imposição de longas jornadas de trabalho gera, sob a ótica do empregador, unicamente repercussões econômicas. Neste sentido, a principal consequência da prestação de horas extras é o pagamento do adicional previsto na Lei Maior, ou aquele previsto em norma coletiva, desde que mais benéfico, bem como o pagamento das repercussões em outras verbas, no caso de labor extraordinário habitual. Há, ainda, a simples possibilidade

de compensação das horas extraordinárias em módulo anual.

Vislumbra-se, neste diapasão, a possibilidade de o empregado trabalhar habitualmente em jornada extenuante e, em consequência, apenas ser pago, quando muito. Há, assim, a possibilidade de mera monetização do labor extraordinário, em claro detrimento da saúde do trabalhador.

Não se pode olvidar que uma das principais funções da limitação de jornada, aí incluídos os intervalos e o descanso semanal remunerado, é possibilitar ao empregado a reposição de energias. É certo que o cansaço é cumulativo e não se esvai com a fruição de curtos períodos de descanso. É exatamente neste quadro que se dá aos intervalos natureza de direito indisponível, inclusive diante da renúncia expressa do empregado.

Essa realidade se encaixa com perfeição naquilo que a doutrina denominou de dano existencial, o qual pode ser definido como a perda de um projeto de vida como resultado de um ato ilícito ou do abuso de um direito.

Segundo Almeida Neto (2012, p. 28-29), o dano existencial foi bem desenvolvido na jurisprudência e doutrina italianas, como forma de suprir uma lacuna existente entre a bipartição até então existente entre danos materiais e danos morais.

Com efeito, Geppino Rago, citado por Almeida Neto, anota que,

“Nos últimos anos entrou em cena o chamado dano existencial, graças não só às inúmeras decisões da jurisprudência como ao estímulo de uma parte respeitável da doutrina. Essa exigência nasceu da observação de um dado factual: notou-se que uma séria de eventos, qualificados abstratamente como danos, não encontravam proteção na clássica bipartição dano patrimonial/dano não patrimonial. Por exemplo: a) o vazio existencial que se instala no sujeito cujo parente próximo morre ou sofre graves lesões pelo comportamento doloso ou culposo de terceiro; b) a lesão e humilhação da dignidade pessoal do trabalhador sujeito a ação de *mobbing*; c) o stress físico que se decorre da difusão excessiva de ruído; d) o *stress* emocional e físico que pode decorrer de férias arruinadas por culpa de terceiros; e) o trauma da morte culposa de um animal de estimação; f) as consequências de um protesto ilegítimo; g) os danos de uma calúnia ou difamação; h) os inconvenientes dos moradores de um edifício desmoronado por um vazamento de gás etc. Todos esses casos, como se pode notar, se situam em uma área que, seguindo o tradicional sistema ressarcitório,

não seria indenizável: o vazio existencial, a ofensa da dignidade pessoal, de fato, não são indenizáveis a título de dano patrimonial, porque, à evidência, não são danos que comprometem o patrimônio do ofendido; também não são classificados como dano moral porque (...) são danos que não se limitam a uma aflição passageira, mas são danos que prejudicam o ofendido permanentemente”. (2012, p. 28-29)

O conceito de dano existencial foi abraçado pela doutrina trabalhista nacional, como forma de fazer frente às jornadas extenuantes. São diversos os casos em que empregados são submetidos a jornadas habituais de mais de 10 horas, sem a concessão integral do intervalo intrajornada e de descanso semanal remunerado, bem como o labor em escala de plantão. Some-se a isso a imposição de venda de um terço das férias.

Tais circunstâncias impossibilitam o exercício dos direitos fundamentais à desconexão, lazer e ao convívio familiar e social. Trata-se, desta forma, da implosão do projeto de vida do indivíduo, que se vê privado de fruir sua vida fora do ambiente de trabalho e de promover sua realização pessoal.

434

A jurisprudência trabalhista foi igualmente sensível ao tema. Nesta linha, citamos recente julgado do TST:

(...) 4. HORAS EXTRAS. MOTORISTA. TRANSPORTE RODOVIÁRIO DE CARGAS. TRABALHO EXTERNO. CONTROLE DE JORNADA. MATÉRIA FÁTICA. SÚMULA 126/TST. 5. DIÁRIAS DE VIAGEM. PRINCÍPIO DA PRIMAZIA DA REALIDADE. NATUREZA SALARIAL. SÚMULA 101/TST. 6. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. DANO EXISTENCIAL. PRESTAÇÃO EXCESSIVA, CONTÍNUA E DEZARRAZOADA DE HORAS EXTRAS. CONFIGURAÇÃO. MATÉRIA FÁTICA. SÚMULA 126/TST. O excesso de jornada extraordinária, para muito além das duas horas previstas na Constituição e na CLT, cumprido de forma habitual e por longo período, tipifica, em tese, o dano existencial, por configurar manifesto comprometimento do tempo útil de disponibilidade que todo indivíduo livre, inclusive o empregado, ostenta para usufruir de suas atividades pessoais, familiares e sociais. A esse respeito é preciso compreender o sentido da ordem jurídica criada no País em cinco de outubro de 1988 (CF/88). É que a Constituição da República determinou a instauração, no Brasil, de um Estado Democrático de Direito (art. 1º da CF), composto, segundo a doutrina, de um tripé

conceitual: a pessoa humana, com sua dignidade; a sociedade política, necessariamente democrática e inclusiva; e a sociedade civil, também necessariamente democrática e inclusiva (Constituição da República e Direitos Fundamentais - dignidade da pessoa humana, justiça social e Direito do Trabalho. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2015, Capítulo II). Ora, a realização dos princípios constitucionais humanísticos e sociais (inviolabilidade física e psíquica do indivíduo; bem-estar individual e social; segurança das pessoas humanas, ao invés de apenas da propriedade e das empresas, como no passado; valorização do trabalho e do emprego; justiça social; subordinação da propriedade à sua função social, entre outros princípios) é instrumento importante de garantia e cumprimento da centralidade da pessoa humana na vida socioeconômica e na ordem jurídica, concretizando sua dignidade e o próprio princípio correlato da dignidade do ser humano. Essa realização tem de ocorrer também no plano das relações humanas, sociais e econômicas, inclusive no âmbito do sistema produtivo, dentro da dinâmica da economia capitalista, segundo a Constituição da República Federativa do Brasil. Dessa maneira, uma gestão empregatícia que submeta o indivíduo a reiterada e contínua jornada extenuante, que se concretize muito acima dos limites legais, por doze horas diárias, por exemplo, em dias sequenciais, agride todos os princípios constitucionais acima explicitados e a própria noção estruturante de Estado Democrático de Direito. Se não bastasse, essa jornada gravemente excessiva reduz acentuadamente e de modo injustificável, por longo período, o direito à razoável disponibilidade temporal inerente a todo indivíduo, direito que é assegurado pelos princípios constitucionais mencionados e pelas regras constitucionais e legais regentes da jornada de trabalho. Tal situação anômala deflagra, assim, o dano existencial, que consiste em lesão ao tempo razoável e proporcional, assegurado pela ordem jurídica, à pessoa humana do trabalhador, para que possa se dedicar às atividades individuais, familiares e sociais inerentes a todos os indivíduos, sem a sobrecarga horária desproporcional, desarrazoada e ilegal, de intensidade repetida e contínua, em decorrência do contrato de trabalho mantido com o empregador. No caso vertente, o Tribunal Regional, atendendo aos fatos e às circunstâncias constantes dos autos, concluiu que restou provada a existência de jornada excessiva, a ponto de causar lesão à dignidade do Autor ou de impedir o seu convívio familiar e social, mantendo, portanto, a sentença que deferiu o pleito reparatório. Assim sendo, afirmando a Instância Ordinária, quer pela sentença, quer pelo acórdão, que restou provada a alegada jornada extenuante a ensejar a reparação moral pretendida, torna-se inviável, em recurso de revista, reexaminar o conjunto probatório dos autos, por não se tratar o TST de suposta terceira instância, mas

de Juízo rigorosamente extraordinário - limites da Súmula 126/TST. Recurso de revista não conhecido nos aspectos (...).

(RR - 10549-59.2015.5.15.0080 , Relator Ministro: Mauricio Godinho Delgado, Data de Julgamento: 22/03/2017, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 24/03/2017)

O direito fundamental do trabalhador à saúde passa, necessariamente, pelo respeito à limitação da jornada, como corolário da dignidade humana, do valor social do trabalho e da função social da empresa (CRFB, arts. 3º, III e IV, e 5º, XXIII), não se esquecendo, ainda, que a saúde tem a sua base fundamental no direito à vida. O trabalhador, na condição de ser que aliena a sua força de trabalho, tem direito à desconexão.

4 JORNADA 12X36 E A REFORMA TRABALHISTA

4.1 Primeiras discussões sobre a jornada 12x36

436

A chamada jornada 12x36, na qual o empregado labora 12 horas e folga 36, caracteriza-se como prática adotada ordinariamente em certos setores econômicos, como o hospitalar e o de vigilância. Trata-se de escala de trabalho resultante de usos e costumes em atividades que não podem sofrer solução de continuidade.

Segundo Vólia Bomfim Cassar (2010, p.707) , em que pese a ausência de regulamentação específica sobre a matéria, a jurisprudência inicialmente tolerou a pactuação do regime 12x36, desde de que pactuado por norma coletiva.

A admissão do citado regime de plantão estava fundamentado na concessão de maior período de descanso e no respeito ao limite semanal de 44 horas, em que pese ultrapassado o limite de 10 horas diárias. Era consignado, até mesmo, que o regime era mais benéfico ao trabalhador.

Neste diapasão, citamos o seguinte julgado do TST:

RECURSO DE EMBARGOS. JORNADA DE TRABALHO EM REGIME DE 12X36. PREVISÃO EM ACORDO COLETIVO. VALIDADE. HORAS EXTRAORDINÁRIAS APÓS A 10ª DIÁRIA. A jornada de trabalho de 12 x 36 é extremamente benéfica ao trabalhador, e é adotada usualmente em específicos ramos de

atividade como hospitais, segurança, p. ex.. Nesse regime a jornada excedente de 12 (doze) horas é compensada com um período maior de descanso, 36 (trinta e seis) horas, e, principalmente, com a redução das horas trabalhadas ao final de cada mês. Enquanto o trabalhador que cumpre 44 (quarenta e quatro) horas de trabalho semanais e jornada normal de oito horas, limitações previstas no inciso XIII, do artigo 7º da Carta Magna, acaba por trabalhar 220 (duzentas e vinte) horas por mês. O trabalho mensal do empregado sujeito ao regime 12 x 36 não suplanta, jamais, as 192 (cento e noventa e duas) horas, como no presente caso. Deste modo, não há como se retirar a validade do regime, pela concessão de horas extraordinárias após a 10ª diária, com base no art. 59, §2º, da CLT, sob pena de se retirar a validade do acordo de compensação de jornada, historicamente adotado por diversas categorias, para adoção do regime de 12 x 36 horas, mediante participação da entidade sindical, e que possibilita ao empregado, após uma jornada maior de trabalho, de doze horas, o descanso determinado, de trinta e seis horas, baseado na livre negociação havida entre as partes, não havendo se falar em jornada prejudicial ao trabalhador, sequer alegada. Embargos conhecidos e desprovidos.

(TST-E-RR-804453/2001, Relator Ministro: Aloysio Corrêa da Veiga, Data de Julgamento: 15/09/2008, SDI-1, Data de Publicação: DEJT 26/09/2017)

437

Tal entendimento foi posteriormente consolidado na Súmula nº 444, a seguir transcrita:

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-504.280/2012.2 - DEJT divulgado em 26.11.2012

É válida, em caráter excepcional, a jornada de doze horas de trabalho por trinta e seis de descanso, prevista em lei ou ajustada exclusivamente mediante acordo coletivo de trabalho ou convenção coletiva de trabalho, assegurada a remuneração em dobro dos feriados trabalhados. O empregado não tem direito ao pagamento de adicional referente ao labor prestado na décima primeira e décima segunda horas.

É possível notar que as decisões do TST, que acabaram por culminar no referido Verbete Sumular, tratam do regime 12x36 como uma excepcionalidade, a ser estabelecida por meio de negociação coletiva.

De acordo com esse entendimento, o art. 7º, XIII, da Constituição de 1988 permite a flexibilização da jornada de trabalho por meio de negociação coletiva. Outrossim, na jornada 12x36 existe efetiva compensação de horas, sendo que no regime de 12x36 a jornada mensal tem um total de 180 horas, número mais favorável do que o limite constitucional de 220 horas. Assim, caso reconhecida a validade do regime, não poderá haver pagamento das horas posteriores à 10ª – tendo como limite a 12ª hora - como extraordinárias.

Frise-se, por oportuno, que, de acordo com a jurisprudência dominante, apenas os descansos semanais remunerados estão incluídos no regime de compensação, pelo que o empregado terá direito aos feriados laborados em dobro, na forma da Lei nº 605/1949. Ademais, é certo que o trabalhador fará jus ao adicional noturno e à hora noturna reduzida, bem como ao intervalo intrajornada.

No campo legislativo, pode-se indicar a Lei nº 11.901/2009, que dispõe sobre a profissão de bombeiro civil. Nos termos do art. 5º, a jornada do bombeiro civil é de 12 horas de trabalho por 36 horas de descanso.

A Lei Complementar nº 150/2015, que regulamentou o contrato de trabalho doméstico, previu, em seu art. 10, a faculdade de as partes, mediante acordo escrito individual, estabelecer horário de trabalho de 12 horas seguidas por 36 horas ininterruptas de descanso, observados ou indenizados os intervalos para repouso e alimentação.

Esta última regulamentação merece especial atenção em dois pontos, a saber, a possibilidade de estabelecimento do regime por acordo individual e a previsão de indenização do intervalo intrajornada.

A justificação para a possibilidade de acordo individual remete ao fato de inexistir categoria econômica dos empregadores domésticos, uma vez que não se trata de atividade lucrativa.

A possibilidade de indenização do intervalo intrajornada, no entanto, constitui clara medida de flexibilização de direito indisponível do empregado. De qualquer forma, acreditamos que não se deve interpretar que o intervalo suprimido adquire natureza indenizatória, devendo-se seguir os parâmetros estabelecidos na Súmula nº 437 do TST.

Destaca-se que o regime 12x36 não escapou de críticas de parte da doutrina trabalhista, especialmente pelo fato de ser ultrapassada a limitação diária de horas, bem como o intervalo concedido não se mostrar suficiente a repor as energias do empregado.

Nesta linha, Jorge Luiz Souto Maior escreveu que

O revezamento 12 X 36 fere, frontalmente, a Constituição e a Lei. A lei não permite trabalho em horas extras de forma ordinária. E, se houver trabalho em hora extra, a jornada não pode ultrapassar a 10 horas. No regime de 12 X 36 há trabalho freqüente além de oito horas diárias, portanto, horas extras (o fato de ser remunerado como tal, ou não, não afeta a realidade, pois hora extra é a hora que ultrapassa o limite máximo da jornada normal) e há trabalho com jornada superior a 10 horas. O descanso a mais que se dá, com a folga no dia seguinte, primeiro não retira a ilegalidade e segundo, sob o aspecto fisiológico, não repõe a perda sofrida pelo organismo, ainda mais sabendo-se, como se sabe, que no dia seguinte o trabalhador não descansa, ocupando-se de outras atividades e mesmo vinculando-se a outro emprego. Uma jornada de 12 horas vai contra todos os preceitos internacionais de direitos humanos. (2013, p.138)

439

Com efeito, a jornada 12x36 importa uma extrapolação excessiva do número normal de horas de trabalho.

4.2 Jornada 12x36 após a reforma trabalhista

A Lei nº 13.457/2017 incluiu o art. 59-A na CLT, prevendo de forma ampla a jornada 12x36.

De início, observa-se que tal regime de compensação pode ser estabelecido por meio de simples acordo individual escrito. Fica expresso, ainda, que a remuneração mensal pactuada já abrange o pagamento de repousos semanais remunerados e feriados, sendo considerados compensados os feriados e as prorrogações de trabalho noturno, quando houver.

Ressalta-se que o novo dispositivo prevê que os intervalos intrajornada poderão ser indenizados, tal como já constava na lei regulamentadora do trabalho doméstico.

Outra importante alteração consta do parágrafo único do art. 60, que excetua o regime 12x36 da exigência de licença prévia do Ministério do Trabalho para as atividades insalubres.

Cumprir observar, neste contexto, que o novo regramento se afastou dos parâmetros anteriormente estabelecidos na Súmula nº 444 do TST, uma vez que afastou a necessidade de negociação coletiva e excluiu o dever de pagamento dobrado dos feriados laborados.

Com efeito, o novo regramento traz um sistema bastante prejudicial aos empregados que laboram em jornada 12x36. Logo, tais alterações devem ser analisadas de acordo com a Constituição de 1988, notadamente diante do primado da dignidade humana e da eficácia dos direitos fundamentais sociais.

4.3 Constitucionalidade da nova jornada 12 x 36

Conforme já assinalado, a reforma trabalhista possibilitou a pactuação da jornada 12x36 por meio de mero acordo individual escrito, em detrimento da jurisprudência consolidada do TST.

440 A imperiosa necessidade de negociação coletiva prevista na Súmula nº 444 do TST objetiva concretizar o comando do art. 7º, inciso XIII, da CRFB. Assim, qualquer regime de compensação que acabe por ultrapassar o limite diário e semanal de horas deve ser autorizado por negociação coletiva.

Nesta linha, é necessário que se dê interpretação conforme a Constituição para excluir do art. 59-A da CLT a possibilidade de celebração da jornada 12x36 por acordo individual.

A previsão de que o pagamento ordinário da jornada 12x36 já inclui os feriados laborados pode afrontar o limite constitucional de 44 horas semanais. Essa circunstância é apontada por Homero Batista Mateus da Silva (2017, p.46), segundo o qual basta “o mês ter 6 dias de descansos – mesclando feriados e domingos – para a conta não fechar”.

É importante assinalar que o art. 7º, inciso IX, da CRFB garante ao trabalhador remuneração do trabalho noturno superior ao diurno, sendo que o TST possui jurisprudência consolidada no sentido de que a majoração da hora noturna é alcançada cumulativamente pelo pagamento do adicional e pela redução hora noturna.

Logo, entende-se que qualquer interpretação dada ao dispositivo celetista que exclua efetiva compensação pelo trabalho noturno padece de

inconstitucionalidade.

Outro ponto que merece especial atenção é a previsão de possibilidade da jornada 12x36 em trabalho insalubre, sem a necessidade de autorização do Ministério do Trabalho ou, ao menos, negociação coletiva.

Tem-se, aqui, colisão frontal com o art. 7º, XXII, da CRFB, uma vez que a liberação irrestrita de labor extraordinário em ambiente insalubre coloca em xeque a saúde e a segurança do trabalhador, direitos fundamentais sociais que compõe o conceito jurídico mínimo do princípio da dignidade humana.

Em derradeiro, entende-se que referido regime de compensação entre em choque com o próprio fundamento da República, a dignidade humana, tomado como princípio detentor de um conteúdo jurídico mínimo, tal como afirmado neste trabalho.

Neste diapasão, a jornada 12x36 vai de encontro ao valor intrínseco do ser humano, elemento ontológico da dignidade humana, visto que fere a integridade física e psíquica do trabalhador. É contrário, também, à autonomia, elemento ético da dignidade, pois retira do trabalhador o mínimo existencial necessário para o exercício da cidadania.

441

5 JORNADA 12X36 E DANO EXISTENCIAL

Ao prever a ausência de pagamento dobrado dos feriados laborados e efetiva compensação pelo trabalho noturno, a possibilidade de supressão do intervalo intrajornada e o labor irrestrito em ambiente insalubre, defende-se que a jornada 12x36 pode resultar em dano existencial ao trabalhador.

Inicialmente, é de ser afastada a visão de que basta ao empregador remunerar o acréscimo legal para que possa exigir prestação de jornada suplementar acima dos limites determinados pela Constituição Federal.

Os períodos de repouso previstos em nosso ordenamento jurídico constituem o patamar civilizatório mínimo, possuindo natureza de direito fundamental à segurança e à saúde no trabalho. Trazem, assim, implícita a ideia de que o empregado precisa recompor suas energias a cada ciclo de prestação de serviços, sob pena de perda não só da energia física, mas

também do convívio familiar e social.

Com efeito, já antes da reforma implementada pela Lei nº 13.467/2017, apontava-se os efeitos deletérios da jornada 12x36, como o aumento dos acidentes de trabalho e a fadiga acumulada em profissões que exigem elevado grau de atenção e acuidade visual, como vigilantes, empregados do setor de saúde e motoristas de carga.

Não se pode olvidar, ainda, que é fato recorrente nas reclamações trabalhistas a identificação da dobra de turno habitual.

A reforma acaba por potencializar os efeitos negativos ao retirar do trabalhador a garantia de fruição dos feriados e intervalo intrajornada, os quais apenas serão monetizados.

Ressalta-se que os limites para se considerar o trabalho salubre, previstos nas normas técnicas do Ministério do Trabalho, levam em conta o limite de 8 horas de trabalho diário. Ultrapassado tal limite de horas, a insalubridade gera seus efeitos deletérios, sendo que a concessão de intervalo posterior é irrelevante, uma vez que tais efeitos são cumulativos (SILVA, 2017, p.47).

Assim, mais do que uma mera condição inerente a determinadas profissões, a jornada 12x36 implementada nos moldes da reforma trabalhista demonstra repetidas violações ao patamar mínimo de direitos relativos à saúde do trabalhador, revelando-se suficiente para caracterizar alteração substancial nas relações familiares, sociais e afetivas do indivíduo, violando o princípio basilar da Carta de 1988 - a dignidade humana.

E o conceito de vida digna, visto em toda sua extensão, passa pela preservação de diversos bens jurídicos, como a saúde, a segurança e o lazer. Exige-se que seja garantido ao homem não só o direito de viver, mas de conviver com os demais e de ter reconhecido seu valor no núcleo social e familiar.

Diante de todo o exposto, resta certo que a nova sistemática da jornada 12x36 impedirá a construção do projeto de vida do trabalhador e resultará em dano existencial, razão pela qual caberá aos operadores do direito especial sensibilidade na análise do caso concreto, a fim de buscar a reparação integral do dano causado.

6 CONCLUSÕES

A dignidade humana caracteriza-se como verdadeiro superprincípio em nosso ordenamento jurídico, a norma maior a orientar o constitucionalismo contemporâneo.

Neste diapasão, a Constituição de 1988 traz a dignidade humana como fundamento do Estado Democrático de Direito (art. 1º, inciso III), como objetivo da ordem econômica (art. 170), alicerce do planejamento familiar (art. 226, §7º) e dever da família, da sociedade e do Estado perante a criança, o adolescente e o jovem (art. 227).

Observou-se, ainda, que o conceito jurídico mínimo da dignidade humana é integrado por três elementos, a saber: o valor intrínseco da pessoa humana, a autonomia individual e o valor comunitário. Desta forma, afasta-se o caráter de abstração do conceito, o que permite, em última análise, maior aplicabilidade e efetividade do princípio.

A Constituição Federal de 1988 traz a limitação de jornada como um direito social fundamental com aplicação imediata, especialmente nas relações privadas. Corrobora tal assertiva o fato de a Carta de 1988 trazer como direito do trabalhador a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança, na forma do art. 7º, inciso XXII.

O direito fundamental do trabalhador à saúde, passa, necessariamente, pelo respeito à limitação da jornada, como corolário da dignidade humana, do valor social do trabalho e da função social da empresa (CRFB, arts. 3º, III e IV, e 5º, XXIII), não se esquecendo, ainda, que a saúde tem a sua base fundamental no direito à vida. O trabalhador, na condição de ser que aliena a sua força de trabalho, tem direito à desconexão.

Não resta dúvida, assim, que a limitação da jornada faz parte do conceito de trabalho decente, pois garante a segurança e a dignidade do trabalhador. Outrossim, o descumprimento agressivo da limitação de jornada pode gerar o chamado dano existencial.

Com efeito, o conceito de dano existencial foi abraçado pela doutrina trabalhista nacional como forma de fazer frente às jornadas extenuantes. São diversos os casos em que empregados são submetidos a

jornadas habituais de mais de 10 horas, sem a concessão integral do intervalo intrajornada e de descanso semanal remunerado, bem como o labor em escalar de plantão.

Tais circunstâncias impossibilitam o exercício dos direitos fundamentais à desconexão, ao lazer e ao convívio familiar e social. Trata-se, desta forma, da implosão do projeto de vida do indivíduo, que se vê privado de fruir sua vida fora do ambiente de trabalho e de promover sua realização pessoal.

A chamada jornada 12x36, na qual o empregado labora 12 horas e folga 36, caracteriza-se como prática adotada ordinariamente em certos setores econômicos, como o hospitalar e o de vigilância. Trata-se de escala de trabalho resultante de usos e costumes em atividades que não podem sofrer solução de continuidade.

A Lei nº 13.457/2017 incluiu o art. 59-A na CLT, prevendo de forma ampla a jornada 12x36.

444

Ressalta-se que o novo dispositivo prevê que os intervalos intrajornada poderão ser indenizados, tal como já constava na lei regulamentadora do trabalho doméstico.

Outra importante alteração consta no parágrafo único do art. 60, que excetua o regime 12x36 da exigência de licença prévia do Ministério do Trabalho para as atividades insalubres.

Cumprindo observar, neste contexto, que o novo regramento se afastou dos parâmetros anteriormente estabelecidos na Súmula nº 444 do TST, uma vez que afasta a necessidade de negociação coletiva e exclui o dever de pagamento dobrado dos feriados laborados, bem como dispensa a autorização do órgão governamental para o trabalho insalubre.

Com efeito, o novo regramento traz um sistema bastante prejudicial aos empregados que laboram em jornada 12x36.

Nesta toada, defende-se que tais alterações devem ser analisadas de acordo com a Constituição de 1988, notadamente diante do primado da dignidade humana e da eficácia dos direitos fundamentais sociais.

A imperiosa necessidade de negociação coletiva prevista na Súmula

nº 444 do TST objetiva concretizar o comando art. 7º, inciso XIII, da CRFB. Assim, qualquer regime de compensação que acabe por ultrapassar o limite diário e semanal de horas deve ser autorizado por negociação coletiva.

Por outro lado, a previsão de que o pagamento ordinário da jornada 12x36 já inclui os feriados laborados pode afrontar o limite constitucional de 44 horas semanais.

É de se assinalar que há previsão constitucional de remuneração superior para o serviço noturno.

Por fim, há violação do próprio direito à saúde na previsão de possibilidade da jornada 12x36 em trabalho insalubre, sem a necessidade de autorização do Ministério do Trabalho ou, ao menos, negociação coletiva.

Tem-se, aqui, colisão frontal com o art. 7º, XXII, da CRFB, uma vez que a liberação irrestrita de labor extraordinário em ambiente insalubre coloca em xeque a saúde e a segurança do trabalhador, direitos fundamentais sociais que compõem o conceito jurídico mínimo do princípio da dignidade humana.

445

Do resultado desta análise conclui-se que referido regime de compensação entra em choque com o próprio fundamento da República, a dignidade humana, tomado como princípio detentor de um conteúdo jurídico mínimo, tal como afirmado neste trabalho.

Nessa linha, a jornada 12x36 vai de encontro ao valor intrínseco do ser humano, elemento ontológico da dignidade humana, visto que fere a integridade física e psíquica do trabalhador.

É contrária, também, à autonomia, elemento ético da dignidade, pois retira do trabalhador o mínimo existencial necessário para o exercício da cidadania.

Diante de todo o exposto, resta certo que a nova sistemática da jornada 12x36 impedirá a construção do projeto de vida do trabalhador e resultará em dano existencial, razão pela qual caberá aos operadores do direito especial sensibilidade na análise do caso concreto, a fim de buscar a reparação integral do dano causado.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA NETO, Amaro Alves de. **Dano existencial** – a tutela da dignidade da pessoa humana. In: Revista Síntese Direito Civil e Processo Civil. São Paulo: Síntese. v. 12, n. 80, nov. – dez. de 2012.

AZEVEDO NETO, Platon Teixeira de. **O trabalho decente como um Direito humano**. São Paulo, LTr, 2015.

BARROSO Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CASSAR, Vólia Bonfim. **Direito do Trabalho**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CAYGILL, Howard. **Dicionário de Kant**. Rio, Zahar Editora, 2000.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2009.

FILHO, João Trindade Cavalcante. **Teoria geral dos Direitos Fundamentais**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaltvjustica/portaltvjusticanoticia/anexo/joao_trindade__teoria_geral_dos_direitos_fundamentais.pdf> Acesso em: 5 jun. 2018.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007.

446

MAIOR, Jorge Luiz Souto. **Em Defesa da Ampliação da Competência da Justiça do Trabalho**. In: Revista LTr 70-01/2013, p. 138.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Coimbra : Almedina, 1997, v. 4.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. *et al.* **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: RT, 2012.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

SILVA, Homero Batista Mateus da. **Comentários à Reforma Trabalhista**. Análise da Lei 13.467/2017. Artigo por Artigo. 2. ed. São Paulo: RT, 2017.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.