

A ILEGALIDADE DO SISTEMA DE COMPENSAÇÃO DE JORNADA DE TRABALHO 12X36

Edson Braz da Silva *

* *Subprocurador-Geral do Trabalho. Professor de Direito do Trabalho da Universidade Católica de Goiás e da Escola Superior do Ministério Público da União. Membro do Instituto Goiano de Direito do Trabalho – IGT e da Academia Goiana de Direito - ACD*

“O homem fatigado, destruído pelo trabalho excessivo, é um ser abúlico, destituído de vontade, incapaz para o exercício concreto da cidadania.” (Luiz Carlos Amorim Robertella)²

Introdução

Nos estudos do Direito do Trabalho, aprende-se que a lei trabalhista deve proteger o trabalhador inclusive contra ele mesmo, pois, premido por suas necessidades vitais e básicas ou estimulado pela própria ganância, esquece a sua condição humana finita e aceita as imposições do empregador para trabalhar em condições extremamente prejudiciais a sua saúde ou que levem perigo a sua vida. Como exemplo vivo dessa situação podemos citar o artigo 59, § 2º da CLT, proibindo jornada de trabalho que ultrapasse o limite máximo de (10) horas diárias, mesmo resultante de acordo de compensação de jornada e com a chancela do sindicato profissional respectivo.

Todavia, por muito tempo a doutrina e a jurisprudência majoritárias vêm conferindo validade ao sistema de jornada de trabalho 12x36, onde o empregado trabalha ininterruptamente 12 (doze) horas e descansa 36 (trinta e seis) horas ininterruptas. O argumento básico dos defensores desse sistema de trabalho é que ele não traria prejuízos à saúde do trabalhador, além de permitir-lhe outras atividades que aumentariam seus ganhos.

Não concordando com essa linha de pensamento, buscamos neste artigo refutar os seus argumentos e demonstrar que a jornada de trabalho acima de 10 (dez) horas diárias não tem respaldo legal, mesmo quando chancelada pelo sindicato profissional, por ser nociva à saúde física e mental do trabalhador e fomentar o desemprego.

1. Duração do trabalho

1.1. Evolução Histórica da Jornada de Trabalho

O trabalho humano é um importantíssimo componente da produção de bens e serviços, tendo significativa influência no custo da produção e, conseqüentemente, no preço final desses produtos. Portanto, quanto menos pagar pelo maior tempo possível de uso da energia humana empregada no seu sistema de produção, maior será lucro da empresa. A idéia central do capitalismo consiste em produzir a baixo custo e vender pelo melhor preço possível para ter maior lucro.

Na busca pelo lucro, o capital ignorou a condição humana do trabalhador, submetendo-o a uma extenuante jornada de trabalho e pagando-lhe salários irrisórios, situação incompatível com a dignidade humana.

O mestre Robertella lembra que as raízes filosóficas do Direito do Trabalho encontram-se fundamentalmente ligadas à duração do trabalho e quão penosas eram as jornadas de trabalhos cumpridas por homens, mulheres e crianças no século XIX, em verdadeira afronta à dignidade humana.³ Em um cenário de um liberalismo extremado, onde se preconizava o predomínio da autonomia da vontade, o Estado era complacente com períodos de trabalho intermináveis. A literatura registra casos de crianças de 4, 5, 6, 7 e 8 anos de idade trabalhando seguidamente 12, 13, 14, 15, 16 e 17 horas por dia.⁴

Por sua vez, o juslaboralista Segadas Vianna⁵ retrata de forma soberba o pensamento social e jurídico vigorante na época e as conseqüências dele na vida dos trabalhadores:

“A igualdade e a liberdade, como conceitos abstratos, importavam na aceitação do conceito de Fouillé – ‘quem diz contratual diz justo’ – e permitiam que se instituisse uma nova forma de escravidão, com o crescimento das forças dos privilegiados da fortuna e a servidão e a opressão dos mais débeis.

Entregue à sua fraqueza, abandonado pelo Estado, que o largava à sua própria sorte, apenas lhe afirmando que era livre, o operário não passava de um simples meio de produção. O trabalhador, na sua dignidade fundamental de pessoa humana, não interessava ou não preocupava aos chefes industriais daquele período. Era a duração do trabalho levada além do máximo da resistência normal do indivíduo. Os salários, que não tinham, como hoje, a barreira dos mínimos vitais, baixavam até onde a concorrência do mercado de braços permitia que eles se aviltassem. Embolsando o trabalhador regularmente as prestações devidas pelo seu trabalho, julgavam os patrões que, assim procedendo, estavam cumprindo integralmente os seus deveres para com esse colaborador principal de sua fortuna crescente – descreve Oliveira Vinna.”⁶

O Direito do Trabalho tem a sua gênese exatamente na luta do trabalhador por melhores salários e menor jornada de trabalho. Pelo seu direito a uma vida digna, e compatível com a sua condição humana. Para o movimento operário internacional da época, a redução do tempo de trabalho passou a ser um dos seus objetivos históricos maiores, a luta era por uma jornada de trabalho diária de 08 (oito) horas e 48 (quarenta e oito) horas semanais.⁷

O problema da jornada de trabalho revelava-se tão grave que mereceu a atenção do Papa Leão III

na Encíclica *Rerum Novarum*: “não é justo nem humano exigir do homem tanto trabalho a ponto de fazer, pelo excesso de fadiga, embrutecer o espírito e enfraquecer o corpo. A atividade do homem é limitada como a sua natureza. O exercício e o uso a aperfeiçoam, mas é preciso que de quando em quando se suspenda para dar lugar ao repouso. Não deve, portanto, o trabalho prolongar-se por mais tempo do que as forças permitem.”

A literatura registra que as primeiras leis sobre direito individual do trabalho tiveram por objetivo impor limites à jornada de Trabalho: Inglaterra, jornada diária de 10 horas de trabalho, em 1847; França, jornada diária de 10 horas de trabalho em Paris e 11 no resto do país.⁸

O **Dia Internacional da Mulher** é comemorado no dia 08 de março porque “nesse dia, do ano de 1857, as operárias têxteis de uma fábrica de Nova Iorque entraram em greve, ocupando a fábrica, para reivindicarem a redução de um horário de mais de **16 horas** por dia para 10 horas. Estas operárias que, nas suas 16 horas, recebiam menos de um terço do salário dos homens, foram fechadas na fábrica onde, entretanto, se declarou um incêndio, e cerca de 130 mulheres morreram queimadas. Em 1910, numa conferência internacional de mulheres realizada na Dinamarca, foi decidido, em homenagem àquelas mulheres, comemorar o 8 de Março como ‘Dia Internacional da Mulher’.”⁹

Posteriormente, em um estágio mais evoluído da relação de trabalho, o Tratado de Versailes adotou a jornada trabalho de oito horas e quarenta e oito semanais, proclamando não ser o trabalho humano mercadoria ou artigo de comércio.¹⁰

Hoje a luta é por uma jornada de quarenta horas semanais ou até mesmo de seis horas diárias, perfazendo trinta e cinco horas semanais.

1.2. Sistema de atividade e repouso

Na sua condição humana, além de garantir o sustento material seu e de sua família, o trabalhador precisa de lazer, cultura, esportes, religiosidade, convívio social e familiar para uma vida plena. Precisa, também, de tempo para estudos voltados para o aprimoramento profissional, de modo a garantir a sua empregabilidade futura, sob pena de ficar ultrapassado pela evolução dos novos sistemas de produção, marcados pelo elevado emprego de novas e sofisticadas tecnologias.

Para adequação dessas necessidades, elaborou-se um sistema universal de duração das atividades laborais e de repouso, onde “As normas que regulam a duração do trabalho visam a assegurar ao empregado um equilíbrio racional entre o tempo de atividade para a empresa e o tempo de repouso pessoal, ou seja, entre o desgaste e a restauração da fonte orgânica de energia.”¹¹

Nesse sistema, são fixados os intervalos ou descansos concedidos durante a jornada, as possibilidades jurídicas da prorrogação de jornada, a jornada noturna, o intervalo entre duas jornadas e outros assuntos ligados à duração diária do trabalho. No concernente à duração semanal do trabalho, são regulamentados o descanso semanal remunerado e a jornada semanal. No tocante à duração anual do trabalho, cuida-se do instituto das férias remuneradas.

O sistema de atividades e repouso tem por finalidade encontrar um ponto de equilíbrio destinado a prevenir a fadiga do empregado e beneficiar economicamente o empregador com o aumento de produtividade. Quando se fala em fadiga, isto vai além da fadiga muscular. Há também a fadiga mental e cerebral que aniquila e embrutece o ser humano.

1.2.1 Tríplice finalidade dos repouso

O primeiro e mais importante objetivo do repouso no direito do Trabalho diz respeito à recuperação do organismo do trabalhador. Para combater a cansaço resultante da jornada diária, concedem-se intervalos curtos dentro da própria jornada (intervalos intrajornada) e entre uma jornada diária e outra (intervalos interjornadas). Para o enfrentamento do cansaço acumulado durante a semana, prevê-se o repouso semanal remunerado de 24 horas ininterruptas. Por essa razão, o repouso é de curta duração e esgota-se na recuperação do organismo.

Além do aspecto da recuperação física, os repouso têm importante papel social e econômico, possibilitando o conforto do trabalhador junto à sua família e à comunidade, bem como garantindo a manutenção da capacidade produtiva do trabalhador, de modo a que seja disponibilizada uma mão-de-obra renovada ao empregador, com o máximo de energia e operosidade.

1.3. Padrões de mensuração da jornada de trabalho

A jornada de trabalho pode ser medida levando-se em consideração: o tempo que o empregado efetivamente trabalha para o empregador, *Teoria do tempo de trabalho efetivo*; o tempo que o empregado permanece à disposição do empregador aguardando ou executando ordens, *Teoria do tempo à disposição do empregador*; o tempo que o empregado consome de seu domicílio até o local de trabalho e vice-versa, somado ao tempo à disposição do empregador, *Teoria da jornada “in itinere.”*¹²

1.3.2. A posição do Direito do Trabalho brasileiro

O Direito do Trabalho no Brasil adotou uma teoria mista ou eclética, fixando-se na teoria do tempo de efetivo trabalho e na teoria do tempo do empregado à disposição do empregador - (art. 4º e art. 58, § 2º da CLT), sem descartar a incidência da teoria da jornada *in itinere* em algumas situações, mesmo como uma exceção. Encontramos a orientação desta teoria nos artigos 58, § 2º, 13 238 § 3º da CLT (ferroviários) e art. 294 (mineiros), todas da CLT; bem como nos Enunciados 90, 324 e 325, todos do TST.

A teoria do tempo à disposição do empregador está consagrada nos artigos 244, § 2º (sobreaviso) e 244, § 3º (prontidão), ambos da CLT, e da mesma forma no Enunciado 229 do TST.

1.4. Conceito e espécies de jornada de trabalho¹⁴

a) Jornada de trabalho - é a limitação, em função do tempo, da quantidade de trabalho que o empregado se obriga a prestar ao seu empregador. Não se confunde com horário de trabalho, que é o espaço de tempo entre o termo inicial e o final da jornada de trabalho.

O empregador tem grande liberdade na fixação do horário de trabalho de seus empregados, devendo observar as regras gerais estabelecidas pelo poder público relativamente a algumas atividades empresárias, como, por exemplo, bancária, comércio e etc, ou a de empregados menores de dezoito anos. Porém, no que concerne à determinação da duração da jornada de trabalho, o empregador deve total submissão à lei, ao contrato ou convenção coletiva de trabalho, não podendo exigir do empregado mais tempo de trabalho que o legalmente permitido, mesmo que não haja oposição ou resistência do trabalhador.

b) Jornada normal - é aquela que se enquadra nos limites máximos de jornada fixados pela lei, acordo ou convenção coletivos ou contrato individual de emprego.

c) Jornada extraordinária *lato sensu* - são as horas excedentes aos limites da jornada normal. Jornada extraordinária *lato sensu* corresponde ao gênero, tendo como espécie as horas suplementares e as horas extraordinárias.

Horas suplementares seriam aquelas combinadas entre o patrão e o empregado, no limite máximo de duas horas diárias, não justificadas por uma necessidade imperiosa. São eminentemente contratuais (art. 59, CLT).

Horas extraordinárias (*stricto sensu*) não têm fundamento contratual. São justificadas por uma necessidade imperiosa da empresa, podendo ter limites ou não (art. 61, da CLT), compreendendo as imediatamente seguintes à jornada ordinária ou, em havendo contratação de horas suplementares, às imediatamente seguintes a estas.

d) Jornada de trabalho noturna urbana - considera-se noturna a jornada cumprida pelo empregado entre 22:00h de um dia e 5:00h da manhã seguinte. As prorrogações de horário acompanham a classificação. Assim, a jornada noturna poderá ir além das 5:00h da manhã, devido a possíveis prorrogações (art. 73, § 5º da CLT).

A duração da hora noturna é menor do que da hora diurna, tem duração de 52'30". Assim, oito horas de jornada noturna correspondem a sete horas do relógio (art.73, § 1º da CLT).

e) Jornada de trabalho noturna rural - na Lavoura, noturno é o trabalho compreendido entre 21:00h de um dia e 5:00h da manhã seguinte; na pecuária é noturno o trabalho compreendido entre 20:00 h. de um dia e 4:00h da manhã seguinte (art. 7º da Lei nº 5.889/73).

A jornada de trabalho noturna rural não é reduzida, sendo a hora contada como de 60 minutos.

f) Jornada de trabalho mista - é aquela que se inicia no período diurno e termina no noturno ou vice-versa. Porém, se cumprida a jornada normal noturna e o trabalho for prorrogado com término no período diurno, a jornada é considerada integralmente noturna, art. 73, § 5º, da CLT, fazendo incidir a hora reduzida de 52' e 30" e o adicional de 20%, mesmo após às 5 horas da manhã (OJ nº 6 SDI/TST).

2. Duração MÁXIMA da Jornada DE TRABALHO

Antes da Constituição Federal de 1988, o art. 58 da CLT fixava a jornada diária máxima em 8 horas diárias ou 48 horas semanais. Hoje, o art. 7º inciso XIII estabelece a jornada diária máxima em 8 horas e a semanal em 44 horas, facultando a compensação de horários e a redução de jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho.

A duração horária se articula de modo direto com a diária e com a semanal. Normalmente, o empregado tem a sua atividade limitada em 8 horas em cada dia, totalizando ao final de cada semana 44 horas. Se a duração diária for menor, acompanhará a mesma redução proporcional na duração da semana. Ex. bancários: 6 horas diárias ou 30 horas semanais; médicos: 4 horas diárias ou 24 horas semanais.

Constituindo garantias mínimas os direitos trabalhistas previstos na Constituição Federal, a lei ou o contrato, podem prever jornadas menores.

2.1. Prorrogação da jornada de trabalho sem compensação

Nessa modalidade, o horário é prorrogado até o limite de duas horas diárias, mediante acordo individual escrito entre patrão e empregado, com um adicional mínimo de 50% (art. 7º, XVI C.F. c/c art. 59 CLT). Eis as chamadas horas suplementares.

2.2 Prorrogação de jornada de trabalho com compensação

O horário é prorrogado em alguns dias da semana e reduzido em outros, de modo a não ultrapassar o limite da jornada semanal. Quando a compensação for semanal, o respectivo acordo poderá ser entabulado diretamente entre o patrão e o empregado. Todavia, quando a empresa pretender um maior prazo para compensação das horas trabalhadas a mais, deverá utilizar-se do banco de horas, mediante acordo coletivo negociado com o sindicato profissional representante de seus empregados, prevendo a compensação de jornada no prazo de até doze meses.

Comumente, a prorrogação de jornada de trabalho com compensação dá-se por meio de acordo escrito entre patrão e empregado, salvo se houver instrumento coletivo proibindo tal prática. Quando houver prorrogação de horas, o limite será de duas horas extras diárias. Mulheres e menores podem trabalhar sob este regime de compensação. Não há adicional em razão da compensação. (art. 59 § 2º)

A jurisprudência firmou-se no sentido de ser viável o acordo individual de compensação de jornada de trabalho, desde que seja expresso (OJ/SDI-1 223) e não proibido por convenção ou acordo coletivo de trabalho (OJ/SDI-1 182 TST). A prestação de horas extras habituais descaracteriza o acordo de compensação e as horas que ultrapassarem a jornada semanal normal devem ser pagas como horas extras e, quanto àquelas destinadas à compensação, deve ser pago a mais apenas o adicional por trabalho extraordinário (OJ/SDI-1 220 TST).

2.3 Atendimento de serviços inadiáveis ou cuja inexecução acarrete manifestos prejuízos

Nesses casos, o empregador pode exigir o trabalho extraordinário, unilateralmente, até o limite de 4 horas por dia. Haverá um adicional mínimo de hora extra de 50% sobre a hora normal (art. 7º, XVI c/c art. 61, § 1º e 2º, da CLT).

2.3 Atendimento de força maior

O empregador pode exigir o trabalho extraordinário, unilateralmente, sem limite para homens e mulheres. Não haverá adicional de horas extras. Menores poderão trabalhar com o limite de até 12 horas, desde que os seus serviços revelem-se essenciais (art. 61 § 2º, c/c 413 e 501, todos da CLT).

Lembramos que as mulheres têm, nesse particular, os mesmos direitos e obrigações dos homens, por força da Constituição Federal. Logo, as restrições ao trabalho da mulher contidas no artigo 61 da CLT não foram recepcionadas.

2.4 Recuperação de horas

Aplicável nas situações fortuitas ou de força maior, que impedem a realização do trabalho em razão da paralisação das atividades da empresa, total ou parcialmente. Cessada a causa da paralisação, no retorno ao trabalho normal, o empregador poderá exigir unilateralmente do empregado que trabalhe até o limite de 2 horas extras por dia, não ultrapassando o limite de 45 dias, totalizando 90 horas por ano. Mulheres e crianças podem trabalhar. Não haverá adicional. Exige a CLT prévia autorização do MTE (art. 61, § 3º, da CLT)

2.5 Proibição para prorrogação em Atividade Insalubre ou Local Insalubre

Apesar da literalidade do art. 60 da CLT em sentido contrário, o Enunciado 349 do TST é categórico: "A validade do acordo coletivo ou convenção coletiva de compensação de jornada de trabalho em atividade insalubre prescinde da inspeção prévia da autoridade competente em matéria de higiene do trabalho (art. 7º, XIII, da Constituição da República; art. 60 da CLT)."

2.6 Redução de jornada sem prejuízo de salário

Não encontra obstáculo legal. Porém, quando a redução não encerrar a expressa orientação de provisoriedade, o empregador não poderá exigir no futuro o retorno compulsório à jornada antiga. Entretanto, se o empregador manifestou expressamente que a redução seria provisória, apenas para atender uma necessidade passageira da empresa, o empregado deve retornar à antiga jornada, sem que esse retorno configure jornada extraordinária.

2.7 Redução de jornada com redução de salário

a) Pode haver contratação inicial de jornada inferior a 8 horas diárias, com redução proporcional do salário mínimo ou piso salarial, desde que respeitado o salário mínimo ou piso hora mínimo.

b) Na hipótese de crise econômica, pode haver redução provisória de jornada, mediante acordo com o sindicato, art. 2º a 4º da Lei nº 4.923, de 23/12/65.

2.8 Jornada de trabalho de atividades e profissões com características especiais

Algumas atividades e profissões têm jornadas de trabalho máximas inferiores à jornada máxima geral de oito horas diárias e quarenta e quatro horas semanais, como, por exemplo: bancários, telefonistas, telegrafistas, radiotelefonistas e radiotelegrafistas, radiologistas, médicos e etc.

2.9. Jornada de trabalho de turnos ininterruptos de revezamento

A Constituição Federal determina que, havendo turnos ininterruptos de trabalho com revezamento, a jornada diária normal será de 6 horas.

Trata-se de sistema contínuo de trabalho em turnos, isto é, um regime habitual de trabalho em que a empresa mantém suas atividades dia e noite. Se houver paralisação noturna ou diurna, com o fechamento da empresa, a jornada será a normal de 8 horas por dia. O mesmo ocorrerá se inexistir revezamento.

Portanto, para que incida a norma do art. 7º, XIV, da CF, torna-se necessária a presença concomitante de três requisitos: atividade ininterrupta da empresa, trabalho por turnos e revezamento.

Segundo a jurisprudência majoritária, a interrupção dentro de cada turno ou semanalmente não afasta a aplicação do artigo 7º, XIV da C.F. (Enunciado TST 360)

4. Exclusões do Regime de horas extraordinárias

Nos termos do art. 62 da CLT, estão excluídos do sistema de horas extraordinárias os empregados que exercem atividade externa incompatível com a fixação de horário de trabalho, os gerentes, os diretores e chefes de departamento ou filial que exerçam cargo de gestão.

Para alguns autores, o art. 62 da CLT não estaria recepcionado pelo art. 7º, XVI da C.F., pois, ao prever o serviço extraordinário com remuneração superior ao normal, não admitiria a possibilidade de exceção, ainda mais que, ao fixar a jornada diária máxima em oito horas, o inciso XIII do mesmo art. 7º da C.F. excepcionou apenas os empregados domésticos do benefício do adicional de horas extras – art. 7º, Parágrafo Único.

2.10 Trabalho em tempo parcial

Nos termos do art. 58-A da CLT, considera-se trabalho em regime de tempo parcial aquele cuja duração não exceda a vinte e cinco horas semanais.

Os empregados sob o regime de tempo parcial não podem prestar horas extras.

3 – Illegalidade das jornadas de trabalho superiores a dez horas diárias, MESMO SOB REGIME DE COMPENSAÇÃO SEMANAL

Apesar de respeitar as opiniões em contrário, insistimos no combate aos acordos de compensação de jornada com extrapolação do limite de dez horas diárias, mesmo quando resultante de negociação coletiva.

O fato de a autorização para a prestação de trabalho além do limite máximo de dez horas diárias resultar de negociação coletiva não tem o condão de lhe conferir legalidade, a matéria é de ordem pública e situa-se fora do poder negocial dos sindicatos. A negociação coletiva não pode flexibilizar para pior as normas de medicina e segurança do trabalho. A limitação da jornada de trabalho a um máximo razoável constitui um importante instrumento de prevenção à fadiga do trabalhador.

Sensível ao problema e numa clara demonstração de que o limite máximo de duração da jornada de trabalho está fora do poder negocial dos sindicatos, o legislador foi textual ao admitir pelo art. 59, § 2º, da CLT, a contratação de horas suplementares ou o acordo de compensação de jornada, desde que não seja ultrapassado o limite máximo de 10 (dez) horas diárias de trabalho, mesmo quando a permissão para a compensação esteja veiculada em acordo ou convenção coletiva de trabalho.

Repisando, fato de a *jornada de trabalho 12X36* ser prevista em acordo ou convenção coletiva de trabalho não deve impressionar ou sensibilizar o interprete. A uma, porque, ao viabilizar possível o acordo de compensação de jornada, o § 2º do artigo 59 da CLT estabelece o limite máximo de 10 (dez) horas diárias. A duas, porque dessa limitação não excluiu os acordos formalizados mediante negociação coletiva,¹⁵ ao contrário, expressamente estendeu a vedação às hipóteses de acordo ou convenção coletiva. A três, porque o limite máximo de 10 (dez) horas de trabalho diárias é medida de medicina e segurança do trabalho, tendo por objetivo prevenir a fadiga física e mental do trabalhador e, portanto, fora da esfera do poder negocial dos sindicatos.

Aqui podemos invocar, por analogia, as Orientações Jurisprudenciais 30 e 31 da Colenda SDC/TST, não admitindo que o sindicato profissional flexibilize para pior as normas de ordem pública e em prejuízo aos trabalhadores. Note-se também que os precedentes da SDI-1/TST consubstanciam firme orientação nesse mesmo sentido.

Por último, ressalta-se que a simples previsão de acordo de compensação de jornada de trabalho contida no artigo 7º, inciso XIII, da Constituição Federal, não autoriza seja extrapolado o limite imposto pelo artigo 59, § 2º, da CLT, pois o inciso XXII, do mesmo artigo 7º da Constituição Federal, garante aos trabalhadores a *redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança* e, à toda evidência, o preceito do artigo 59, e seus parágrafos, da CLT, contêm normas de medicina e segurança no trabalho.

Não é porque contratual e aceita pelo sindicato que a prorrogação da jornada de trabalho acima de 10 (dez) horas diárias seria justa e deveria ser acatada pela Justiça do Trabalho.

A da ilegalidade das jornadas de trabalho acima de dez horas diárias, que sustentamos há algum tempo no Colendo Tribunal Superior do Trabalho, tanto em pareceres¹⁶ como em sustentações orais, hoje já encontra eco naquela Corte Superior. Na sessão de 27/10/2004, a Egrégia 2ª Turma, julgando o processo nº TST/RR-625.376/2000-1, relatado pelo eminente Ministro José Simpliciano, conheceu do Recurso de Revista, por violação do art. 59, § 2º da CLT, e deu-lhe provimento parcial para condenar a Reclamada ao pagamento do adicional sobre as horas que excederem à décima hora diária, com a seguinte ementa:

*“ACORDO DE COMPENSAÇÃO. JORNADA 12X36. Reconhece-se a validade do regime de jornada 12X36, desde que obedecidos os limites previstos no artigo 59, § 2º, da CLT. Recurso provido parcialmente, para deferir o adicional sobre as horas excedentes à 10ª diária.”*¹⁷

Apenas por um liberalismo jurídico e um gesto de extrema boa-vontade com a flexibilização de direitos e garantias mínimos dos trabalhadores, até se admitiria a jornada 12X36, desde que limitada aos serviços de funções contemplativas, que são aquelas que não exigem do trabalhador esforços físicos ou mentais, como por exemplo: vigia, vigilante, porteiro, recepcionista e similares. Portanto, não deve ser admitida a jornada 12X36 nas atividades que exijam esforço físico e mental do trabalhador, principalmente em atividades insalubres ou com jornada reduzida por força de lei, como por exemplo: médicos, telefonistas, bancários, radiologistas e outros.

José Augusto Rodrigues Pinto entende que a compensação de jornada somente é possível quando a jornada diária não ultrapassar a 2 horas, o que impediria a escala 12x36.¹⁸

3.1 Da impertinência das jornadas 12X36 e 24X72 adotadas nos serviços de saúde

Os defensores do regime de trabalho 12x36 ou 24x72 costumam dar como um bom exemplo de sua utilização o caso do pessoal do serviço de saúde. Argumentam que a jornada 12x36 vem sendo adotada de forma usual e rotineira nos estabelecimentos hospitalares brasileiros, viabilizando, de um lado, a prestação e ininterrupta no atendimento aos pacientes e, de outro, a manutenção da higidez física e mental do empregado, porquanto ele descansa sucessiva e ininterruptamente por trinta e seis ou setenta e duas horas. Todavia, esquecem que os serviços de saúde são penosos e extenuantes, não devendo, sob o ponto de vista biológicos, ser prolongados por mais de dez horas diárias, sob pena de levar os trabalhadores à exaustão física e mental.

O argumento segundo o qual, ao descansar 36 ou 72 horas consecutivas, o trabalhador não sofreria desgaste sucumbe ante a triste realidade do País, onde se verifica que os profissionais da saúde deixam um posto

de trabalho e, logo em seguida, vão se matar em outro, conforme notícia a reportagem abaixo transcrita:

PROFISSÃO: Médicos estão sobrecarregados

Rio – Uma pesquisa do Conselho Federal de Medicina (CFM) feita com 14.405 profissionais em todo o País revela que 55,4% dos médicos têm mais de três atividades e 62,2% tiveram de aumentar a carga horária. O excesso de trabalho não se refletiu nos ganhos.

Na última pesquisa do gênero, 44,5% recebiam até US\$ 2 mil e 18,6% mais de US\$ 4 mil. Hoje, 51,5% e 8,5% dos profissionais estão nessas faixas salariais, respectivamente. “Para 90% dos médicos, a profissão é desgastante. Isso sinaliza que todo esse estresse se reflete sobre o trabalho deles”, afirma o coordenador da pesquisa e conselheiro do CFM, Mauro Brandão.

A Pesquisa sobre Qualificação, Trabalho e Qualidade de Vida do Médico foi divulgada ontem no Rio. Os profissionais foram ouvidos em 2002, quando havia 234.554 médicos no País. O levantamento revelou ainda que a categoria está insatisfeita com seu principal empregador: o serviço público. (Agência Estado)19

.....
Percentual de licenças por problemas mentais é maior entre profissionais da saúde

As licenças médicas por problemas relacionados à profissão chegam a 30% nas maiores categorias de trabalhadores, como metalúrgicos, bancários, químicos e siderúrgicos. Mas, entre os profissionais de saúde, a situação é diferente. Apenas 5% das licenças estão relacionadas a doenças provocadas pela profissão. Desse percentual de licenças decorrentes do trabalho, mais da metade é por problemas mentais e depressivos, como stress, alcoolismo e uso de produtos químicos que provocam dependência. É o que comprova um estudo inédito realizado pela Universidade de Brasília (UnB), em convênio com o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), para saber os motivos das licenças médicas com prazos acima de 15 dias, concedidas no ano passado. Para a coordenadora da pesquisa, Anadergh Barbosa Branco, PhD em medicina e professora adjunta do Departamento de Saúde Coletiva da UnB, os médicos não se sentem à vontade concedendo atestados aos trabalhadores da área de saúde, como enfermeiros e técnicos de laboratório, de enfermagem e padoleiros, entre outros. Eles acreditam que declarar a doença profissional pode prejudicá-los no emprego. “Eu acho que é porque, como é uma atividade muito pulverizada, bastante variada, os próprios profissionais de saúde têm dificuldade em fazer essa associação”, disse Anadergh. Uma doença como o “stress”, por exemplo, é atestada como gastrite ou úlcera, enquanto o problema alcoólico, outra doença mental, muitas vezes é atestado como cirrose hepática, um diagnóstico bem mais brando. A pesquisa realizada pela UnB mostra que, das doenças decorrentes do próprio trabalho nas cinco maiores categorias, os profissionais de saúde têm o maior percentual de licenças por transtornos mentais, 56%. Os bancários representam a segunda maior categoria com afastamentos por problemas mentais, 51,5%. Os siderúrgicos ficaram em terceiro lugar no registro de problemas mentais, com 34,7 das licenças médicas.20

Portanto, se as jornadas de trabalho acima de dez horas diárias já são ilegais para todas as categorias profissionais, na medida em que se extrapola o limite máximo de trabalho diário previsto nos artigos 58 e 59 da CLT, muito mais serão nos serviços de saúde. As jornadas 12X36 e 24X72 são por demais perniciosas, tanto para os profissionais da saúde quanto para os pacientes por eles atendidos. Os maiores e mais frequentes erros na área médica estão ligados a profissionais de saúde plantonistas. Os médicos, enfermeiros e auxiliares de enfermagem submetidos a plantões de 12x36 ou 24x72 trabalham estressados, ansiosos e, conseqüentemente, desatentos, com enorme prejuízo para a qualidade de serviço que prestam a seus pacientes.

A melhoria dos serviços de saúde no Brasil passa pela extinção dos plantões, devendo ser observadas com rigor as leis que impõem jornada diária reduzidas para os profissionais de saúde. Entendo que essas normas são de ordem pública e não podem ser flexibilizadas pelas partes, pois resultam em prejuízo para a sociedade. É direito inalienável da população ser atendida por um profissional de saúde descansado e concentrado em seus afazeres.

3.2 Supressão dos intervalos para alimentação e repouso nas jornadas 12X36

Os antigos costumam dizer que o mal nunca anda só. Além de exceder ao limite máximo do trabalho diário permitido, geralmente os acordos instituidores das jornadas 12x36 e 24x72 contêm cláusula autorizando a supressão dos intervalos intrajornada, a isenção do pagamento do adicional noturno e não redução das horas trabalhadas no período noturno, sem que o trabalhador tenha qualquer benefício em contrapartida, caracterizando verdadeira renúncia de direitos.

Por sorte “ainda há juizes em Berlim” e o Colendo Tribunal Superior do Trabalho tem se posicionado pela invalidade dessas cláusulas.

PROC: RR/468585/1998 4ª Turma - Região - 03

Fonte: DJ DATA: 20-04-2001 PG: 561

Relator: MINISTRO ANTÔNIO JOSÉ DE BARROS LEVENHAGEN

EMENTA : RECURSO DE REVISTA. FIXAÇÃO DA JORNADA DE **12X36** EM INSTRUMENTO COLETIVO – SUPRESSÃO DO **INTERVALO** PARA DESCANSO E ALIMENTAÇÃO. A higidez física e mental do empregado, ou seja, a preservação da saúde no local de trabalho, é princípio constitucional que se impõe à liberdade de negociação coletiva, por resguardar direito indisponível do trabalhador. Recurso conhecido e desprovido.

A atual e iterativa jurisprudência do Colendo Tribunal Superior do Trabalho, consubstanciada na OJ nº 342 da SBDI-I, considera “inválida cláusula de acordo ou convenção coletiva contemplando a supressão ou

redução de intervalo intrajornada porque este constitui medida de higiene, saúde e segurança do trabalho, garantido por norma de ordem pública (art. 71 da CLT e art. 7º, XXII, da C.F/1988), inafiançado à negociação coletiva.”

Apesar de o mencionado verbete fazer alusão somente aos intervalos intrajornada, penso que ele também estaria abrangendo a hipótese de supressão ou redução de intervalo interjornadas, porque ele igualmente constitui medida de higiene, saúde e segurança do trabalho, garantido por norma de ordem pública art. 66 da CLT.

TRIBUNAL: TST - DECISÃO: 11 09 2003

NUMERAÇÃO ÚNICA PROC: ROAA – 2122-2002-000-21-00

RECURSO ORDINÁRIO EM AÇÃO ANULATÓRIA

ÓRGÃO JULGADOR - SEÇÃO ESPECIALIZADA EM DISSÍDIOS COLETIVOS

FONTE : DJ DATA: 17-10-2003

RECORRENTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO DA 21ª REGIÃO.

RECORRIDOS: SINDICATO DOS TRABALHADORES NOS SERVIÇOS PORTUÁRIOS DO RIO GRANDE DO NORTE E OUTROS E SINDICATO DOS OPERADORES PORTUÁRIOS DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE - SINDOPERN.

RELATOR : MINISTRO JOÃO ORESTE DALAZEN

EMENTA AÇÃO ANULATÓRIA. INTERVALO INTERJORNADA. PORTUÁRIOS. REDUÇÃO. FLEXIBILIZAÇÃO. CONVENÇÃO COLETIVA DE TRABALHO.

1. **Ação Anulatória** ajuizada pelo Ministério Público impugnando cláusula de convenção coletiva de trabalho que estipula seis horas de **intervalo interjornada** para trabalhadores portuários. 2. O **intervalo interjornada** constitui medida de higiene, saúde - visando a recompor o organismo humano para suportar a continuidade seguinte do esforço - e segurança do empregado, matéria que ostenta dignidade constitucional (art. 7º, inciso XXII, da CF). 3. Por isso, o art. 8º da Lei nº 9.719, de 27 de novembro de 1998, garante aos trabalhadores portuários avulsos o mesmo **intervalo interjornada** de 11 horas estabelecido para os empregados em geral (art. 66 da CLT), assentando, como regra, a indisponibilidade desse direito. Tal dispositivo admite eventual flexibilização, mediante negociação coletiva, somente em "situações excepcionais", o que descarta a idéia de redução ordinária do **intervalo interjornada**. 4. Inválida a cláusula coletiva que reduz, de modo genérico e sistemático, o descanso entre duas jornadas dos trabalhadores portuários que laboram continuamente até seis horas, por extrapolar a condição permissiva precisamente delineada na norma heterônoma, derroando a proteção outorgada por norma legal ao hipossuficiente. 5. Recurso ordinário interposto pelo Ministério Público a que se dá provimento.

4. ASPECTO ANTI-SOCIAL DAS JORNADAS 12X36

Ao contrário do alardeado pelos defensores das jornadas 12x36 e 24x72, os trabalhadores submetidos a esse regime não gozam as folgas previstas após o cumprimento da jornada de trabalho. Por necessidade ou ganância, não descansam nos períodos de folga, passam a exercer uma outra atividade remunerada, com ou sem registro formal do trabalho, concentrando em si outro posto de trabalho que poderia ser ocupado por uma pessoa sem qualquer ocupação remunerada. E pior, como essa segunda ocupação funciona como uma mera complementação de renda, ela é exercida em condições inferiores àquela tida por ele como principal, alimentado, assim, um círculo vicioso de vilipêndio das condições regulares de trabalho, recriando a necessidade de ter uma complementação de renda.

O ideal seria que não tivéssemos poucos trabalhando tanto. Em um cenário de enorme desemprego, o prioritário é que todos trabalhem um pouco. Desse modo, o bom senso recomenda a adoção de medidas que coibam a submissão de um empregado a uma jornada de doze horas diárias de trabalho e que instituem mecanismos jurídicos incentivando as empresas a optar por contratar dois empregados para uma jornada diária de seis horas, a fim de gerar novos postos de trabalho. Interessante também seria proibir a prestação de horas suplementares (art. 59 da CLT), permitindo-se somente a prestação de horas extraordinárias para atendimento de necessidades imperiosas da empresa (art. 61 da CLT).

Lutamos contra o trabalho em regime de sobrejornada porque maléfico para o trabalhador, prejudicando sua saúde, seu convívio familiar e social, bem como inviabilizando o seu crescimento pessoal, impedindo-o de fazer cursos de aperfeiçoamento profissional ou cultural. E o mais grave, o regime de horas extraordinárias não estimula a abertura de novos postos de trabalho, tão necessários nesta época de intenso de desemprego.

Com essas medidas simples e justas socialmente, o Brasil criaria, de imediato, inúmeros postos de trabalho, tão necessários ao país.

5. DA ILEGALIDADE DA JORNADA 24X72

A jornada de trabalho 24X72 é análoga à jornada 12x36 na sua concepção, porém infinitamente superior a esta no tocante aos maléficos que acarreta à saúde do trabalhador. Se trabalhar doze horas por dia já causa tantos problemas para o bem estar físico e mental do trabalhador, como visto em linhas transatas, muito pior é trabalhar vinte quatro horas, exatamente o dobro, quatorze horas além do limite máximo legalmente permitido.

CONCLUSÃO

O sistema de jornada compensação de jornada 12X36 é ilegal por violar literal disposição do art. 59, § 2º, da CLT, proibindo que acordo de compensação de jornada, mesmo com a chancela da entidade sindical

profissional respectiva, fixe jornada diária de trabalho ultrapassando o limite máximo de 10 (dez) horas diárias.
O preceito do art. 59, § 2º, da CLT, é norma de medicina do trabalho e tem por fito a prevenção à fadiga no trabalho, situando-se, portanto, fora do poder negocial do sindicato, que não pode flexibilizá-lo para pior.
Goiânia, dezembro de 2004

Referência Bibliográfica

- OLIVEIRA, Fábio Leopoldo de – Curso Expositivo de Direito do Trabalho – São Paulo : Ltr, 1991.
- PINTO, José Augusto Rodrigues – Curso de direito individual do trabalho: noções fundamentais de direito do trabalho, sujeitos e Institutos do direito individual - 2. ed. – São Paulo: LTr, 1995.
- ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim - Curso de Direito Constitucional do Trabalho, vol. 1 / Coordenação Arion Syaão Romita – São Paulo : Ltr, 1991.
- VIANNA Segadas – Instituições de direito do trabalho / Arnaldo Süssekind...[et. al.] – 19. ed. Atual. / por Arnaldo Süssekind e João de Lima Teixeira Filho – São Paulo : Ltr 2000.

Notas de rodapé:

1. ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim - Curso de Direito Constitucional do Trabalho, vol. 1 / Coordenação Arion Syaão Romita – São Paulo : Ltr, 1991. P. 181-197.
2. ROBORTELLA, ob.cit.
3. Apud Süssekind, Arnaldo, "Duração do Trabalho e Repouso Remunerados", Rio, Freitas Bastos, 1950, pág. 23.
4. VIANNA Segadas – Instituições de direito do trabalho / Arnaldo Süssekind...[et. al.] – 19. ed. Atual. / por Arnaldo Süssekind e João de Lima Teixeira Filho – São Paulo : Ltr 2000. p. 34.
5. "As Novas Diretrizes da Política Social", 1939
6. "L'Assouplissement du Temps du Travail", comunicação ao Congresso Europeu de Direito do Trabalho, Paris, setembro de 1989, texto em xerocópia, pág. 6.
7. VIANNA, Segadas, ob. cit. , p. 43
8. http://www.eselx.ipl.pt/ciencias-sociais/Temas/direitos_mulher/ (acessado em 07/12/2004)
9. ROBORTELLA, ob. cit.
10. PINTO, José Augusto Rodrigues, ob. cit
11. OLIVEIRA, Fábio Leopoldo de, ob. cit.
12. "Art. 58....."
- § 2o O tempo despendido pelo empregado até o local de trabalho e para o seu retorno, por qualquer meio de transporte, não será computado na jornada de trabalho, salvo quando, tratando-se de local de difícil acesso ou não servido por transporte público, o empregador fornecer a condução." (NR)
LEI No 10.243, DE 19 DE JUNHO DE 2001.
13. OLIVEIRA, Fábio Leopoldo de, ob cit.
14. "Art. 59 ...omissis.."
- § 2o Poderá ser dispensado o acréscimo de salário se, por força de acordo ou convenção coletiva de trabalho, o excesso de horas em um dia for compensado pela correspondente diminuição em outro dia, de maneira que não exceda, no período máximo de um ano, à soma das jornadas semanais de trabalho previstas, nem seja ultrapassado o limite máximo de dez horas diárias. (grifei)
15. RR-735900/2001-3 (em 20/06/2001); RODC-159/2000-000-03.9 (em 19/12/2003); RODC-816859/2001-3 (em 20/12/2002); RR-26446/2002-902-02-00.0 (em 31/08/2004)
16. O acórdão ainda não foi publicado, tive ciência porque estava presente à Sessão.
17. Curso de Direito Individual do Trabalho. Ltr
18. Jornal O Popular – Goiânia – Goiás – de 28/03/2004
19. Notícia veiculada na internet – Portal www.terra.com.br