

A JORNADA 12X36 NA LEI 13.467/2017 E AS VIOLAÇÕES ÀS NORMAS INTERNACIONAIS DE MEIO AMBIENTE DO TRABALHO
THE 12X36 WORK SCHEDULE ON THE 13.467/2017 LAW AND THE VIOLATION OF INTERNATIONAL WORK ENVIRONMENT LAWS

Nicolle Souza da Silva Scaramuzzini Torres

Mestranda em Direito Ambiental da Universidade do Estado do Amazonas - UEA. Especialista em Direito do Trabalho e Processual do Trabalho pela Universidade Gama Filho - RJ. Pós-Graduada em Ciência e Legislação do Trabalho pelo IPOG. Advogada. Amazonas (Brasil).

E-mail: nicolletorres@tumaetorres.com.br.

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7823109102511925>.

Tulio Macedo Rosa e Silva

Doutor e Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - USP. Professor adjunto da Universidade do Estado do Amazonas - UEA. Juiz do trabalho do Tribunal Regional do Trabalho da 11ª Região. Amazonas (Brasil).

E-mail: tuliomasi@hotmail.com.

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6808991461851262>.

Submissão: 05.02.2020.

Aprovação: 13.09.2021.

RESUMO

O presente artigo trata das alterações legais promovidas pela lei 13.467/2017 no que diz respeito à jornada 12x36. Inicialmente será abordada a necessidade de que toda norma para ser declarada válida seja compatível não apenas com a Constituição Federal, mas também com as normas internacionais de direitos humanos, adentrando-se no estudo do controle de convencionalidade e enquadramento de normas de meio ambiente do trabalho como normas de direitos humanos. A partir desta conclusão será analisada a compatibilidade da nova legislação trabalhista com os textos constitucionais e convencionais a fim de analisar a validade das alterações realizadas.

PALAVRAS-CHAVE: reforma trabalhista, jornada 12x36, controle de convencionalidade.

ABSTRACT

This article talks about the changes made by the law 13.467/2017 about the 12x36 work schedule. In the beginning it treats about the need that every law to be declared valid, being compatible not only with the Constitution, but also with the international human rights laws. With this conclusion, will be analyzed the compatibility between new laws with constitutional and conventional texts to analyze the validity of the changes.

KEYWORDS: labor reform, 12x36 work schedule, conventionality control.

INTRODUÇÃO

A Lei 13.467/2017 trouxe inúmeras alterações às relações de trabalho no Brasil. Sob o pretexto de modernizar e atualizar a legislação trabalhista, a lei em questão alterou 117 artigos da CLT. Aclamada por poucos, a aludida “reforma trabalhista” foi rechaçada por associações nacionais de magistrados e procuradores do trabalho, pela Ordem dos Advogados do Brasil, associações de advogados trabalhistas, além de movimentos sociais, e entes sindicais.

A consulta popular promovida pelo Senado Federal, também mostrou que até o encerramento da tramitação da matéria na casa, foi registrado um percentual de rejeição de 91,11% por parte dos que responderam à pesquisa, conforme dados obtidos no próprio sítio eletrônico do Senado. Não obstante, foi aprovada e sancionada sem vetos, entrando em vigor em 11/11/2017. Inicialmente alterada pela Medida Provisória 808 de 14 de novembro de 2017, foi mantido seu texto original tendo em vista a caducidade da MP não aprovada pelo Congresso.

Na condição de estudioso do Direito é praticamente impossível não se interessar pelas alterações promovidas pela referida lei. Porém, por serem muito abrangentes, seria impossível analisar todas as mudanças neste trabalho, razão pela qual é será analisado um tema específico, relativo à compatibilidade da jornada de trabalho 12x36 em relação à Constituição Federal e às normas internacionais incorporadas ao ordenamento jurídico pátrio.

1 CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE

Durante muitos anos prevaleceu no estudo do Direito a teoria *kelseniana*, segundo a qual as normas jurídicas estavam hierarquicamente organizadas de modo que tinham como norma basilar a Constituição, sendo esta a carta suprema, a qual todas as demais normas do sistema deveriam respeitar e serem com ela compatíveis, sob pena de perderem sua validade.

Conforme leciona Piovesan (2018, p. 149-151), a cultura latino-americana adota, por mais de um século, um modelo jurídico dotado de três características principais: 1) o texto constitucional no ápice da pirâmide da ordem jurídica, com prevalência do Direito Internacional; 2) o “hermetismo” de um Direito puro, com destaque para a perspectiva interna do sistema jurídico e na esfera exclusivamente normativa (valendo-se, assim, de um “dogmatismo jurídico a afastar elementos 'impuros' do Direito”); 3) “o *State approach (State centered perspective)*, sob um prisma que abarca como conceitos estruturais e fundantes a

soberania do Estado no âmbito interno, tendo como fonte inspiradora a “*lente ex parte principe*”, radicada no Estado e nos deveres dos súditos, na expressão de Norberto Bobbio.

Todavia, há uma crise deste modelo jurídico tradicional e o surgimento de um novo modelo apto a orientar a cultura jurídica latino-americana, que por seu turno, concentra três características primordiais: 1) a Constituição em conjunto com os tratados internacionais de direitos humanos compõem o ápice do ordenamento jurídico agora representado não por uma pirâmide, mas por um trapézio; 2) progressiva abertura do Direito caracterizado pelo “diálogo do ângulo interno com o ângulo externo” (existe, portanto, uma comunicação do Direito que o torna suscetível a novas interpretações por meio do “diálogo entre jurisdições; empréstimos constitucionais;” e também por meio da interdisciplinariedade que incentiva este diálogo); 3) há o “*human rights approach (human centered approach)*”, amparado na perspectiva que inclui “como conceitos estruturais e fundantes a soberania popular e a segurança cidadã no âmbito interno, tendo como lente inspiradora a “*lente ex parte populi*” radicada na cidadania e nos direitos dos cidadãos, na expressão de Norberto Bobbio”

Os tratados internacionais são a principal fonte do direito internacional, sendo contabilizados aproximadamente dez mil tratados até o ano de 2017 (HUSEK: 2017, p. 131), dos quais, até 2016, 200 tratavam da temática de direitos humanos (RAMOS: 2016, p. 111). Eventualmente tais normas estarão em conflito e em situações como esta é imprescindível analisar o *status* normativo que gozam no ordenamento jurídico de um país.

Vale dizer que apesar de as normas internacionais possuírem várias nomenclaturas, o que definirá se a mesma gozará do status de tratado internacional serão seus aspectos subjetivos. Segundo Mazzuoli (2014, p. 53-54), deve ser entendido por tratado o “*acordo formal de vontades, concluído entre Estados ou organizações interestatais entre si, regido pelo Direito das Gentes e destinado a produzir efeitos jurídicos para as partes contratantes.*”

Feito este esclarecimento, quanto ao seu conteúdo, os tratados internacionais podem ser de direitos humanos ou de direito comum, em que se enquadram todas aquelas normas não relacionadas à temática de direitos humanos, como, por exemplo, tratados de cunho comercial. Esta divisão é de suma importância, pois conforme o conteúdo dos tratados, será reconhecido o seu status normativo no que diz respeito ao ordenamento jurídico brasileiro.

Sobre a força normativa dos tratados internacionais de direitos humanos, Piovesan (2018, p. 74) relata a existência de quatro possibilidades de enquadramento, classificando os tratados como de hierarquia supraconstitucional, constitucional, supralegal, e de paridade com a lei federal. A primeira, como o próprio nome sugere, reconhece que os tratados gozariam de status superior ao da constituição. A segunda confere aos tratados status equiparado ao da

própria constituição. A terceira sugere que os tratados internacionais estariam num estágio intermediário, entre as leis internas e a Constituição. Já a última, reconhece que os tratados internacionais gozariam de paridade com as leis internas infraconstitucionais.

Como explica Vaz (2016, p. 33-38), o STF, antes mesmo da Constituição de 1988, reconheceu no julgamento do RE nº 80.004 que os tratados internacionais possuíam status normativo legal, fossem eles de direitos humanos ou não e ainda em 1995, manteve este entendimento no julgamento do HC nº 72.131/RJ, e RE 206.482-3/SP. A posição quanto aos tratados de direitos humanos só foi revista bem depois, conforme se demonstrará a seguir.

Interessam a este estudo os tratados de direitos humanos no ordenamento jurídico pátrio, cuja Constituição em seu art. 5º, §2º lhes atribuiu status de norma constitucional, e o §3º inserido pela EC 45/2004 exigiu que a internalização destes tratados passe por votação com rito especial, como de emenda constitucional, para ser a ela equiparada. Apesar da aparente antinomia existente entre os dispositivos, Piovesan (2018, p. 74-75) adotou entendimento que os compatibilizou, defendendo que o §2º teria conferido natureza constitucional material aos tratados de direitos humanos, e o §3º teria apenas permitido que tais direitos, tivessem status constitucional não apenas material, mas também formal.

Seguindo linha semelhante, menciona-se ainda Vaz (2016, p. 54-62 e 120-121) que defende que os tratados internacionais de direitos humanos aprovados antes ou depois da EC 45/2004, independente do quórum, possuem hierarquia constitucional, e avançando afirma que os tratados internacionais de direitos humanos aprovados antes da emenda não possuem apenas hierarquia constitucional material, sendo “*material e formalmente constitucionais*”, enquanto que os aprovados após a referida emenda seriam materialmente constitucionais, e sua constitucionalidade formal estaria condicionada à aprovação pelo rito especial.

Não obstante, o STF adotou entendimento contrário ao dos autores citados e concluiu ao julgar o RE nº 466.343, que os tratados internacionais, mesmo que versem sobre direitos humanos, caso não sejam submetidos à aprovação do quórum qualificado, adentram no ordenamento jurídico interno com status de norma supralegal. Tal posicionamento é passível de críticas. Ao condicionar o status constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos à aprovação do quórum qualificado, o STF está negando vigência ao disposto na redação original do art. 5º, §§ 1º e 2º da Constituição que já conferia status constitucional a estes direitos, com aplicabilidade imediata.

Logo, todos os tratados de direitos humanos aprovados antes da emenda perderiam o status constitucional do qual antes eram dotados, o que, *data venia*, não parece fazer sentido. Como bem ressalta Mazzuoli (2014, p. 474), ao adotar este entendimento, o STF estaria

criando uma “*duplicidade de regimes jurídicos*”, pois admitiria a existência de tratados de direitos humanos com caráter constitucional, e outros que teriam apenas caráter supralegal.

Interessante crítica feita por Piovesan (2018, p. 75-76). também menciona que existem tratados, como o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais - PIDESC, ratificado antes da EC 45/2004, cujo protocolo facultativo aguarda ratificação. Assim, se o protocolo vier a ser ratificado pelo quórum qualificado, poder-se-ia chegar à situação absurda em que a norma principal teria status supralegal, enquanto seu protocolo, norma acessória, teria status constitucional. Além disso, continua a autora, os tratados de direitos humanos aprovados antes da EC 45/2004 foram aprovados com larga maioria nas duas casas, tendo inclusive mais do que os 3/5 que passaram a ser exigidos após a emenda, mas em turno único, pois a exigência de dois turnos não existia à época.

Assim, com o devido respeito, o entendimento do STF sobre o tema não merece prevalecer. A interpretação que melhor conjuga os §§1º, 2º e 3º do artigo 5º da Constituição é a de que todos os tratados de direitos humanos aprovados antes ou depois da Emenda 45/2004, qualquer que seja o quórum da votação, são pelo menos materialmente constitucionais. Resta analisar quando estes tratados serão também formalmente constitucionais.

Como dito acima, Piovesan (2018, p. 75) defende o entendimento de que a aprovação pelo quórum qualificado concede aos tratados internacionais de direitos humanos status formalmente constitucional. No mesmo sentido, Mazzuoli (2014: p. 480) defende que os tratados aprovados antes da EC 45/2004 seriam apenas materialmente constitucionais, e somente os tratados aprovados com quórum qualificado gozariam de constitucionalidade formal.

Porém, Vaz defende que todos os tratados de direitos humanos aprovados antes da EC 45/2004 foram recepcionados como materiais e formalmente constitucionais, e após a referida emenda, os que forem aprovados sob o rito especial é que poderão ser, além de material, formalmente constitucionais. Com respeito aos entendimentos contrários, entendemos que os fundamentos apresentados pelo autor devem prevalecer:

Os tratados de direitos humanos internalizados antes da EC 45/2004, com quórum de maioria simples e em turno único de votação, também servem de paradigma para exercer o controle de convencionalidade concentrado.

[...] quatro principais argumentos: I) a interpretação sistemática da constituição, de forma a dialogar os §§ 2º e 3º do art. 5º, já que o último não revogou o primeiro, mas deve ser interpretado à luz do sistema constitucional; II) a lógica e a racionalidade material que devem orientar a hermenêutica dos direitos humanos e não a formalidade ditar o que é considerado ou não materialmente constitucional; III) a necessidade de se

evitar interpretações que apontem a agudos anacronismos de ordem jurídica; e IV) a teoria geral da recepção do direito brasileiro.

[...] Entende-se que o §3º, do art. 5º, da Constituição brasileira de 1988, recepcionou todos os tratados de direitos humanos, aprovados antes de sua entrada em vigor, como se equivalentes às emendas constitucionais” (No mesmo sentido José Francisco Rezek e André Ramos Tavares)

[...] Diferem-se, contudo, dos tratados aprovados posteriormente à referida emenda, pois estes deverão ser aprovados pelo procedimento trazido pelo §3º, do art. 5º, para que possam servir de parâmetro para o controle concentrado. (2016, p. 99, 106, 112, 120)

Condicionar o status materialmente formal à aprovação pelo rito especial, que só passou a ser exigido em 2004, seria concluir que desde o advento da Constituição até 2004 nunca houve no Brasil um tratado internacional de direitos humanos com hierarquia constitucional formal. Nem mesmo a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, teria *status* constitucional. Este entendimento de certa forma esvaziaria os §§ 1º e 2º do art. 5º da Constituição, que dão aplicabilidade imediata aos direitos e garantias reconhecidos na Carta Magna, e ainda equiparam os direitos humanos consignados no dispositivo, aos reconhecidos pelos tratados internacionais nos tratados internacionais de direitos humanos.

Não faria sentido o texto constitucional original fazer esta previsão, se não tivesse a intenção de reconhecer a força constitucional dos tratados de direitos humanos. Este entendimento não permite o melhor diálogo entre estes e o §3º do mesmo artigo, e ainda desprestigia a interpretação *pro homine*, princípio basilar de direitos humanos. Quando o Constituinte criou ressalva à recepção de dispositivos, o fez de forma expressa.

Como bem argumenta o referido autor, ao criar a figura da súmula vinculante, o art. 8º da EC/45 previu expressamente que as súmulas já existentes no âmbito do STF, para ganharem força vinculante teriam de se submeter ao novo quórum especial que passou a ser exigido para as súmulas vinculantes. Se a intenção do constituinte era condicionar o status material e formalmente constitucional apenas aos tratados aprovados pelo rito especial após a emenda, assim como fez com as súmulas vinculantes, disporia que os tratados de direitos humanos já internalizados, para serem dotados de tal hierarquia constitucional precisariam ser confirmados em nova votação submetida ao rito especial. Mas não o fez.

Por tudo isso, tal qual o referido autor, adotamos o entendimento de que os tratados internalizados antes da EC 45/2004 são material e formalmente constitucionais, enquanto aqueles aprovados após a referida emenda serão materialmente constitucionais, apenas gozando de constitucionalidade formal quando submetidos ao rito especial. Superada essa questão, adotando a tese segundo a qual tratados internacionais de direitos humanos possuem status constitucional, pode-se afirmar que aquele entendimento inicial, e anteriormente

pacífico, de que bastaria que a lei fosse compatível com a Constituição para que fosse reputada válida, não é mais sustentável.

Para que haja validade da lei infraconstitucional, deve ser compatível não apenas com o texto constitucional, mas também com os tratados internacionais de direitos humanos que passam a integrar o bloco de constitucionalidade amplo, o que nas palavras de Ramos (2016, p. 328), “*consiste no reconhecimento, ao lado da Constituição, de outros diplomas normativos de estatura constitucional*”. Parte daí a exigência da dupla compatibilidade vertical para a validade da legislação infraconstitucional.

Para ser considerada válida, não basta apenas a lei ser compatível com a Constituição. Deve ser compatível também com os tratados internacionais de direitos humanos que compõem o bloco de constitucionalidade. Como ensina Mazzuoli (2014, p. 477), “apenas havendo compatibilidade material vertical com ambas as normas – Constituição e os tratados – é que a lei infraconstitucional em questão será vigente e válida (e possivelmente eficaz)”. É partindo dessa conclusão que se chega ao controle de convencionalidade.

Da mesma forma que analisando a compatibilidade das normas em face da Constituição é realizado o controle de constitucionalidade, o controle de convencionalidade é realizado ao ser estudada a compatibilidade das normas frente aos tratados internacionais adotados pelo Estado.

Nesta senda, cita-se o conceito adotado por Ramos (2016, p. 31) sobre controle de convencionalidade: “consiste na análise da compatibilidade dos atos internos (comissivos ou omissivos) em face das normas internacionais (tratados, costumes internacionais, princípios gerais de direito, atos unilaterais, resoluções vinculantes de organizações internacionais) ”.

A diferença em relação ao controle de constitucionalidade é que o controle de convencionalidade não é realizado apenas no âmbito interno, mas pode ser realizado também de forma externa, pelas cortes internacionais, como é o caso Corte Interamericana de Direitos Humanos – CrtIDH., onde aliás, o instituto passou a ganhar seus primeiros contornos.

Como bem historia Zapata, apesar de desde 1964 já haver precedentes do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias no sentido de estabelecer prevalência das normas comunitárias sobre qualquer norma interna, registros indicam que a primeira menção ao termo controle de convencionalidade feita na CrtIDH ocorreu no voto singular do juiz Sérgio Garcia Ramirez no caso Myrna Mack Chang *versus* Guatemala em 2/11/2003 e Tibi *versus* Equador em 07/09/2004 (ZAPATA: 2016). No âmbito do pleno da Corte a menção ocorreu um pouco mais tarde, em 26/09/2006 ao julgar o caso Almonacid Arellano *versus* Chile e ainda no julgamento do caso dos Trabalhadores demitidos do Congresso *versus* Peru em 24/11/2006. A

questão foi sedimentada de forma definitiva na jurisprudência da CrtIDH ao julgar o caso Cabrera Garcia y Montiel Flores *versus* México.

Considerando a realização do controle de convencionalidade de forma externa é que Ramos (2016, p. 332) aduz que o controle de convencionalidade real é aquele realizado pelas cortes internacionais, que são os intérpretes autênticos das normas internacionais, enquanto no âmbito interno o que se realiza seria apenas um controle de legalidade, suprallegalidade ou constitucionalidade, conforme o status normativo que o tratado gozar no país.

Ousamos discordar deste entendimento. Não se pode confundir o fato de um tratado ser equivalente ao texto constitucional, para afirmar-se que este seria igual à constituição, até mesmo porque só se pode estabelecer situação de equivalência entre coisas que são diferentes entre si. No mesmo sentido é a doutrina de Mazzuoli (2014, p. 481).

Assim, as normas internacionais que podem servir de paradigma para controle de convencionalidade, e não constitucionalidade, legalidade, ou suprallegalidade são os tratados (de direitos humanos, aprovados pelo Congresso antes ou depois da Emenda 45/2004, com ou sem quórum qualificado, ou mesmo depois desta, desde que nesse caso tenham sido submetidas ao rito especial), costumes internacionais, princípios gerais de direito, atos unilaterais, resoluções vinculantes de organizações internacionais.

Este controle de convencionalidade poderá ser difuso, e concentrado. Sendo que a modalidade concentrada apenas se aplica às normas formalmente constitucionais. Como já destacado acima, adotamos o entendimento defendido por Vaz, segundo o qual todos os tratados internacionais de direitos humanos, aprovados antes da EC 45/2004, assim como aqueles aprovados após a referida emenda com o quórum qualificado, são material e formalmente constitucionais. Logo, todos estes tratados são paradigmas de controle de convencionalidade concentrado e difuso, sendo que aqueles que forem aprovados após a referida emenda sem passar pelo rito especial serão objeto apenas de controle difuso de convencionalidade.

Por fim, quanto à questão do controle de convencionalidade, deve-se dizer ainda que a sua realização não é mera faculdade dos julgadores. Desde 26/09/2006 ao julgar o caso Almonacid Arellano *versus* Chile, a CrtIDH já discorre sobre o dever que possui o Judiciário de cada Estado de realizar este controle, observando não apenas o texto dos tratados internacionais, mas a interpretação que lhes vem sendo dada pela própria Corte. Controle este que também deve ser feito de ofício, conforme entendimento exposto no julgamento do caso dos Trabalhadores demitidos do Congresso *versus* Peru em 24/11/2006 e deve ser feito não apenas pelo Judiciário, como também por todos os órgãos que integram a Administração da

Justiça, como também estabelecido no julgamento do caso *Gelman versus Uruguai* em 24/02/2011.

Assim, conclui-se que toda a legislação nacional, constitucional e infraconstitucional, deve, para ser válida, ser compatível também com os tratados internacionais de direitos humanos adotados pelo país. Não existindo esta compatibilidade, da mesma forma que a norma está sujeita ao controle de constitucionalidade, está sujeita também ao controle de convencionalidade, que poderá ser realizado de forma difusa, ou concentrada, podendo ser invalidada caso incompatível com a norma paradigma.

2 LEI 13.467/2017 – REFORMA TRABALHISTA E A JORNADA 12X36

A Lei 13.467/2017 foi aprovada e sancionada sem vetos, entrando em vigor em 11/11/2017, mas apenas três dias após entrar em vigor já sofreu sua primeira alteração pela edição da Medida Provisória nº 808 de 14/11/2017. Porém, expirado o prazo para que fosse ratificada pelo Congresso, a MP caducou, retornando à vigência original da Lei 13.467/2017.

Ocorre que a vigência formal da Lei, como visto, não pode significar sua aplicabilidade incontestável. Deve passar pelo crivo da dupla compatibilidade vertical, devendo ser compatível tanto com a Constituição, como com os tratados internacionais que integram nosso ordenamento jurídico. Logo, a lei 13.467/2017, está sujeita à controle de constitucionalidade e convencionalidade. O mesmo se diga em relação à MP 808/2017.

Ou seja, a aplicação da lei pode ser rechaçada sempre que esta for incompatível com as diretrizes constitucionais ou ainda com as normas internacionais. Esta incompatibilidade pode ser tanto de natureza formal, no que diz respeito ao processo legislativo, quanto de natureza material, pelo seu conteúdo, e pode ocorrer quanto ao texto na sua integralidade, ou apenas de partes específicas. Neste artigo, até por uma questão de objetividade, delimitou-se o objeto na discussão da compatibilidade apenas do ponto de vista material e parcial

Pois bem. Apesar de quase todas as alterações promovidas pela reforma suscitarem debates interessantes, seria impossível neste estudo abordar todas as alterações promovidas. Por esta razão foi escolhido apenas o tema referente à flexibilização da adoção da jornada 12x36 por acordo individual de trabalho, considerando-se compensadas as horas trabalhadas em feriados e em prorrogação ao trabalho noturno, inclusive com isenção de autorização prévia das autoridades competentes em caso de exercício em condições insalubres conforme a previsão do novo art. 59-A e parágrafo único do art. 60 da CLT. Trata-se de jornada que já era adotada na prática, porém ainda sem previsão legal.

Até 10/11/2017, vigorava a redação original do art. 59 da CLT que apenas previa a possibilidade de prorrogação de jornada da jornada de 8h em duas horas diárias, mediante acordo individual escrito ou por negociação coletiva. O dispositivo foi então alterado para excluir a exigência do acordo escrito em caso de acordo individual, e foi inserido ainda o art. 59-A, que passou a dispor o seguinte:

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

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

A alteração trazida pelo novo dispositivo foi a possibilidade de a jornada 12x36 ser estabelecida não apenas por negociação coletiva, mas por acordo individual escrito. Poucos dias depois, com a edição da Medida Provisória 808/2017 de 14/11/2017, tal possibilidade foi suprimida com a nova redação, que condicionou a jornada 12x36 à negociação coletiva. No entanto, a MP não foi aprovada pelo Congresso e perdeu sua vigência em 23/04/2018.

Voltou a vigor, portanto, a redação da lei 13.467/2017, sendo novamente permitida a adoção da jornada 12x36 mediante acordo individual escrito. Ademais, o disposto no parágrafo único passou a permitir que fossem entendidos como compensados além dos dias de repouso, também os feriados e as prorrogações em horário noturno. Mas estas não foram as únicas alterações. Passou a constar no novo parágrafo único do art.60 o seguinte conteúdo:

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

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

É possível verificar, a adoção de jornada em ambiente insalubre deve ser precedida de licença das autoridades competentes, exceto quando o trabalhador for enquadrado na jornada 12x36, o que significa permitir que este, sozinho, majore sua jornada, mesmo que o ambiente seja considerado insalubre, independente de autorização prévia das autoridades

competentes. Além disso, já se considerarão compensados não apenas os dias de descanso semanal, mas também os feriados trabalhados e as prorrogações em horário noturno. Por isso, a questão que se debate neste trabalho reside exatamente na possibilidade de a jornada de trabalho 12x36 ser adotada mediante acordo individual de trabalho, a falta de licença prévia para atividade insalubre, e ainda a compensação dos dias de feriado e horário noturno.

Como já exposto anteriormente, para que seja considerada válida a norma deve ser compatível com a Constituição, e ainda com as normas internacionais ratificadas pelo país. A dissonância do novo dispositivo com a Constituição é de fácil percepção, e pode ser constatada pela simples leitura do art. 7º da CF, cujo inciso XIII garante expressamente a “*duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho*” e ainda com o inciso IX que garante “*remuneração do trabalho noturno superior à do diurno*”.

O texto constitucional é muito claro ao permitir flexibilização na jornada de oito horas diárias prevista na CF, mas condicionado à negociação coletiva. Não é por outra razão que o Tribunal Superior do Trabalho editou a súmula 444 reconhecendo a validade da jornada 12x36 desde que fixada por lei ou negociação coletiva. Mas isto não é tudo. Ao adotar a jornada 12x36, o trabalhador frequentemente estará laborando em horário noturno. A Constituição não exige como requisito para fixação do horário noturno a prévia negociação coletiva, mas exige remuneração do trabalho noturno superior ao do trabalho diurno.

Também vale dizer que o artigo 7º, inciso XXII da Constituição assegura como direito aos trabalhadores a “*redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança*”, o que também contraria a exclusão de autorização prévia das autoridades competentes para fixação da jornada 12x36 em ambiente insalubre. Ademais, como já demonstrado anteriormente, não basta para garantir a validade da norma sua compatibilidade apenas com o texto constitucional (e não o é). É necessário que exista ainda compatibilidade com as normas internacionais que integram o bloco de constitucionalidade no Brasil, sendo este o foco central do presente estudo.

3 NORMAS INTERNACIONAIS APLICÁVEIS AO CASO

A este estudo interessam algumas convenções da OIT a seguir melhor detalhadas, mas não apenas. Invocam-se antes de tudo, de forma geral, outras normas internacionais que visam resguardar o direito à jornada razoável ao trabalhador, como a própria Declaração Universal

de Direitos Humanos – DUDH e o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais – PIDESC.

A DUDH em seu art. XXIV define que “*Todo ser humano tem direito a repouso e lazer, inclusive a limitação razoável das horas de trabalho e a férias remuneradas periódicas*”. Apesar de não ter natureza de tratado internacional, visto ser resolução adotada pela Assembleia Geral da ONU, a norma foi assinada pelo Brasil e traz interpretação do que seriam os direitos humanos tratados na Carta das Nações Unidas, esta sim com força vinculante. Conforme defendido por Ramos (2016, p. 66), a DUDH é aplicável ao nosso ordenamento jurídico, por, em parte, espelhar o costume internacional, que também é fonte do direito internacional.

Porém, mesmo que não se considerasse a DUDH como direito consuetudinário, o mesmo direito foi assegurado e ampliado pelo PIDESC (este sim, inegavelmente tratado), que em seu art. 7º “d” também prevê o direito ao “*descanso, o lazer, a limitação razoável das horas de trabalho e férias periódicas remuneradas, assim como a remuneração dos feriados*”. Vale ressaltar que referido pacto possui também status constitucional visto que foi aprovado pela XXI Sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 19/12/1966, e aprovado pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo nº 226, de 12/12/1991, ratificado mediante depósito da Carta de Adesão em 24/01/1992 e promulgado pelo Decreto 591/1962.

Note-se que as duas normas internacionais defendem a existência de uma limitação razoável das horas de trabalho, mas não delimitam essa jornada razoável. É a própria CF que o faz em seu art. 7ª, XIII, e autoriza sua flexibilização apenas mediante negociação coletiva. Ademais, como mencionado anteriormente, existem algumas normas internacionais oriundas da OIT, cuja aplicabilidade ao caso também ocorre.

Mas antes disso, é necessário tecer uma breve consideração sobre o papel da OIT no âmbito do Direito Internacional do Trabalho, a fim de que se alcance a dimensão da importância das convenções por ela negociadas. Segundo historia Husek (2017, p. 112), a OIT foi criada em 1919, no bojo do Tratado de Versalhes. A criação da organização foi fruto da preocupação de líderes industriais da época, de cunho político, como a manutenção da paz, e também econômicos e sociais, como melhores condições de trabalho e afastamento das condições de trabalho injustas e degradantes.

Passado o tempo, a OIT sobreviveu à II Guerra Mundial, e acabou mais tarde incorporando-se à ONU, ostentando hoje o status de entidade ou agência especializada (HUSEK: 2017, p. 112-116). Conforme se extrai da própria página da OIT, a Organização enxerga no trabalho uma forma de promoção da paz social, e por isso busca estabelecer

normas a serem observadas nas relações de trabalho, a fim de equilibrar as forças do capital e do trabalho, permitindo relações mais justas, equânimes, como forma de realização do princípio da dignidade humana.

Aliás, como bem constata Delgado e Delgado (2017, p. 74), desde a sua criação, a Constituição da OIT de 1919, reforçada pela Constituição de 1946 defende que só haverá paz universal e duradoura, se houver justiça social, o que também foi reforçado pela Declaração da Filadélfia de 1944. Enquanto organismo internacional, no âmbito da entidade são celebrados inúmeros tratados, os quais em geral se dirigem a sujeitos e temas específicos.

Segundo informações da própria página da OIT, o Brasil é um dos fundadores da OIT e esteve presente desde a primeira reunião da Conferência Internacional do Trabalho e hoje inclusive detém status de membro permanente da Organização. Levantamento realizado por Husek (2017, p. 154), indica que das 96 convenções já ratificadas pelo Brasil até abril de 2017, 79 encontravam-se vigentes até abril de 2017. Após esta data, apenas a convenção 189 foi ratificada pelo Brasil em 31/01/2018, e entrou em vigor em 31/01/2019.

Inicialmente, no caso do presente trabalho é importante mencionar a Convenção 171 da OIT, a qual foi aprovada na 77ª Reunião da Conferência Internacional do Trabalho em 1990, e entrou em vigor no plano internacional em 04/01/1995, e no plano nacional em 18/12/2003, após ser aprovada pelo Decreto Legislativo nº 270 de 13/11/2002, ser ratificada em 18/11/2002 e promulgada pelo Decreto 5.005 de 8/03/2004.

Relacionada à Convenção 171 da OIT há a Convenção 135 que trata da proteção aos representantes dos trabalhadores e foi aprovada na 56ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho, que entrou em vigor no plano internacional em 30/06/1973, e no plano nacional em 18/05/1991, após ser aprovada pelo Decreto Legislativo n. 86, de 14/12/1989, ratificada em 18/05/1990, e promulgada em 22/05/1991 pelo Decreto n. 131.

Por fim, interessante citar a Convenção 155 da OIT, que trata da segurança e saúde dos trabalhadores, e foi aprovada na 67ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho de 1981, entrou em vigor no plano internacional em 11/08/1983, e no plano nacional em 18/05/1993, após ser aprovada pelo Decreto Legislativo n. 2, de 17.3.92, do Congresso Nacional, ratificada em 18/05/1992 e promulgada pelo Decreto n. 1.254, de 29/09/94.

Vale esclarecer que os referidos Decretos de promulgação foram revogados pelo Decreto n. 10.088/2019 de 05/11/2019. Mas isto não significa que tais Convenções tenham deixado de compor o ordenamento jurídico interno, nem alguma intenção do país em manifestar denúncia contra os tratados ou retirar-lhes a vigência.

Na verdade, considerando a existência de inúmeros decretos de promulgação esparsos que tinham por objeto Convenções da OIT, o que fez o governo brasileiro com o Decreto n. 10.088/2019 foi revogar todos os decretos de promulgação, e consolidá-los em um único Decreto, em que cada Convenção compõe um anexo. Deste modo, as Convenções em comento continuam vigentes, sendo o atual Decreto de promulgação de ambas, o Decreto n. 10.088/2019 de 05/11/2019, anexos LXXI, XLVI e LI, respectivamente.

Note-se que todo o processo legislativo interno necessário à internalização das referidas convenções no direito brasileiro, assim como do PIDESC, ocorreu antes da entrada em vigor da EC 45/2004 que passou a exigir rito especial para aprovação. Portanto, a internalização das referidas normas aconteceu mediante votação em quórum simples. Ademais, referidos tratados possuem como tema os direitos sociais e econômicos, o trabalho noturno, as normas de saúde e segurança do trabalho, e ainda a proteção aos representantes sindicais. São direitos que integram o grupo dos direitos humanos, isto porque ao mesmo tempo em que abrange questão de direito do trabalho, abrange também questão de meio ambiente (direitos humanos de segunda e terceira geração respectivamente). Trata-se de interessante interseção entre o direito do trabalho e o direito ambiental.

Ora, a inserção no bojo do direito do trabalho é de fácil percepção e evidencia-se quando a Convenção 171, por exemplo, em seu art. 1º define sua aplicação aos trabalhadores assalariados submetidos ao trabalho noturno. Ou quando a Convenção 155, por exemplo, em seu art. 3º inciso “b” assegura sua aplicação a todos os trabalhadores incluindo até mesmo os servidores públicos, ou a Convenção 135 da OIT que em todo o seu conteúdo se destina a estabelecer mecanismos de proteção aos representantes dos trabalhadores.

Mesmo que as Convenções em questão tratassem de questão exclusivamente de direito do trabalho, isso já seria suficiente para reconhecer seu enquadramento como tratado de direitos humanos, pois “*é inequívoco afirmar que o Direito do Trabalho é uma das vertentes dos Direitos Humanos, cuja dimensão ética requer a aglutinação dos conceitos de dignidade, de cidadania e de justiça social*” (DELGADO, DELGADO: 2017, p. 67).

Porém, além de se tratarem de normas de direito do trabalho, em especial as Convenções 155 e 171 abordam também de normas de direito ambiental, e essa inserção se dá a partir da nova perspectiva sobre da amplitude conceitual de meio ambiente, que há muito não mais se limita à “divisão” inicial entre meio ambiente natural artificial e natural, abrangendo também o meio ambiente cultural e do trabalho.

Ora, o meio ambiente é uno indivisível, como um organismo vivo, e a divisão em classes contradiria essa característica, razão pela qual o meio ambiente pode ser analisado

segundo seus aspectos, sendo estes estabelecidos com fins meramente didáticos, a fim de facilitar o estudo da disciplina. Ademais, também o conceito de meio ambiente do trabalho foi expandido, para abordar não apenas os aspectos físicos, materiais, visíveis do local da prestação de serviço, mas abranger um contexto muito maior. Nesta senda, valiosa a lição de Melo e Rodrigues a respeito:

[...] Entende-se como tecnicamente inadequada a apresentação do meio ambiente em espécies ou classes, sob pena de esvaziar-se toda a premissa de unidade e indivisibilidade do meio ambiente. O aspecto refere-se à parte indissociável de alguma coisa, a um ponto de vista, enquanto uma espécie remete a ideia de partes autônomas de subdivisão do gênero, de conjunto de indivíduos. [...]

Assim sendo, o direito do trabalho e o direito ambiental não só se interceptam, quando tratamos de meio ambiente do trabalho, mas como comportam, com relação ao seu destinatário final (o homem), objetivo símiles, buscam ambos a melhoria do bem-estar do homem-trabalhador e a estabilidade do processo produtivo. [...]

O meio ambiente do trabalho, portanto, é constituído por todos os elementos que compõem as condições (materiais e imateriais, físicas ou psíquicas) de trabalho de uma pessoa. (MELO, RODRIGUES: 2018, p. 18-19).

Pode-se dizer então que se o meio ambiente é uno, e um de seus aspectos é o meio ambiente do trabalho. Quando se diz que o ser humano tem direito humano fundamental ao meio ambiente equilibrado, não se está falando apenas do meio ambiente natural, ou artificial, mas também a um meio ambiente do trabalho devidamente equilibrado, que não se restringe às normas de segurança clássica e atinge também as questões imateriais e psíquicas.

A identificação da Convenção 155 da OIT como norma de meio ambiente é mais fácil, tendo em vista que a mesma trata de normas de saúde e segurança do trabalho e em vários de seus dispositivos dá destaque especial ao meio ambiente do trabalho. Mas a identificação da Convenção 171 da OIT como norma de meio ambiente também pode ser feita a partir do momento em que se expande a visão conceitual de meio ambiente do trabalho, admitindo-se que este não se limita às condições materiais do local da prestação do serviço, mas inserindo neste conceito também as condições imateriais, físicas ou psíquicas, onde se incluem a jornada de trabalho, e seu modo de cumprimento.

Além disso, conforme defende Nascimento (2014, p. 189), a garantia de um meio ambiente do trabalho seguro, saudável, equilibrado e hígido nada mais significa do que uma forma de manifestar o próprio princípio da dignidade humana e garantir a efetivação dos direitos individuais fundamentais do trabalhador.

Logo, inegável que as Convenções 155 e 171 da OIT, ao abordarem o trabalho noturno, adentram na esfera do tema de meio ambiente do trabalho, e podem, ser consideradas como tratados internacionais de direitos humanos, seja por tratar de tema de direito do trabalho (direito social de segunda geração), seja por tratar de tema de meio ambiente (direito de solidariedade de terceira geração), ou em última análise por tratar do próprio princípio da dignidade humana (direito individual de primeira geração). Portanto, entende-se que tais tratados, por abordarem a temática de direitos humanos, e terem sido aprovados e internalizados no direito brasileiro antes da vigência da EC 45/2004, possuem status constitucional formal e material.

Feito este esclarecimento, vejamos o que diz a Convenção 171 da OIT acerca do estabelecimento de jornada noturna:

Art. 8 — A compensação aos trabalhadores noturnos em termos de duração do trabalho, remuneração ou benefícios similares deverá reconhecer a natureza do trabalho noturno.

Art. 10 — 1. Antes de se introduzir horários de trabalho que exijam os serviços de trabalhadores noturnos, o empregador deverá consultar os representantes dos trabalhadores interessados acerca dos detalhes desses horários e sobre as formas de organização do trabalho noturno que melhor se adaptem ao estabelecimento e ao seu pessoal, bem como sobre as medidas de saúde no trabalho e os serviços sociais que seriam necessários. Nos estabelecimentos que empregam trabalhadores noturnos, essas consultas deverão ser realizadas regularmente.

2. Para os fins deste Artigo, a expressão ‘representantes dos trabalhadores’ designa as pessoas reconhecidas como tais pela legislação ou a prática nacionais, de acordo com a Convenção sobre os Representantes dos Trabalhadores, 1971.

A norma acima determina que antes da fixação de trabalho noturno e periodicamente após sua fixação, sejam consultados os representantes dos trabalhadores, e ainda que deverá haver compensação pela realização da jornada noturna, seja na sua duração, remuneração ou benefícios similares. O dispositivo ainda faz remissão ao conceito de representantes dos trabalhadores adotados na Convenção sobre o tema de 1971.

Trata-se da Convenção 135 da OIT já mencionada acima, que em seu artigo 3º, define como representantes dos trabalhadores os representantes sindicais, ou representantes eleitos, pelos trabalhadores da empresa, conforme as disposições da legislação nacional ou de convenções coletivas, e cujas funções não se estendam a atividades que sejam reconhecidas, nos países interessados, como dependendo das prerrogativas exclusivas dos sindicatos.

Por sua vez, a Convenção 155 da OIT dispõe ao longo de todo seu teor sobre a adoção de uma política nacional em matéria de segurança e saúde dos trabalhadores e meio ambiente de trabalho, com o fim de prevenir os acidentes e os danos à saúde relacionados ou causados

pelo trabalho. Mas em especial citam-se os artigos 5º que dá diretrizes para a adoção dessa política nacional, 9º e 11 “a” e “b” que tratam da fiscalização:

Art. 5 — A política à qual se faz referência no artigo 4 da presente Convenção deverá levar em consideração as grandes esferas de ação que se seguem, na medida em que possam afetar a segurança e a saúde dos trabalhadores e o meio-ambiente de trabalho:

- a) projeto, teste, escolha, substituição, instalação, arranjo, utilização e manutenção dos componentes materiais do trabalho (locais de trabalho, meio-ambiente de trabalho, ferramentas, maquinário e equipamentos; substâncias e agentes químicos, biológicos e físicos; operações e processos);
- b) relações existentes entre os componentes materiais do trabalho e as pessoas que o executam ou supervisionam, e adaptação do maquinário, dos equipamentos, do tempo de trabalho, da organização do trabalho e das operações e processos às capacidades físicas e mentais dos trabalhadores;
- c) treinamento, incluindo o treinamento complementar necessário, qualificações e motivação das pessoas que intervenham, de uma ou outra maneira, para que sejam atingidos níveis adequados de segurança e higiene;
- d) comunicação e cooperação a níveis de grupo de trabalho e de empresa e em todos os níveis apropriados, inclusive até o nível nacional;
- e) a proteção dos trabalhadores e de seus representantes contra toda medida disciplinar por eles justificadamente empreendida de acordo com a política referida no artigo 4 da presente Convenção.

(...)

Art. 9 — O controle da aplicação das leis e dos regulamentos relativos à segurança, a higiene e o meio-ambiente de trabalho deverá estar assegurado por um sistema de inspeção das leis ou dos regulamentos.

(...)

Art. 11 — Com a finalidade de tornar efetiva a política referida no artigo 4 da presente Convenção, a autoridade ou as autoridades competentes deverá garantir a realização progressiva das seguintes tarefas:

- a) a determinação, quando a natureza e o grau de risco assim o requererem, das condições que regem a concepção, a construção e o acondicionamento das empresas, sua colocação em funcionamento, as transformações mais importantes que forem necessárias e toda modificação dos seus fins iniciais, assim como a segurança do equipamento técnico utilizado no trabalho e a aplicação de procedimentos definidos pelas autoridades competentes;
- b) a determinação das operações e processos que serão proibidos, limitados ou sujeitos à autorização ou ao controle da autoridade ou autoridades competentes, assim como a determinação das substâncias e agentes aos quais estará proibida a exposição no trabalho, ou bem limitada ou sujeita à autorização ou ao controle da autoridade ou autoridades competentes; deverão ser levados em consideração os riscos para a saúde decorrentes da exposição simultânea a diversas substâncias ou agentes;

Como se vê, trata-se de norma que expressamente determina que toda a legislação nacional seja orientada a uma política de prevenção de acidente, e que para se tornar efetiva deve estar sujeita a um sistema de fiscalização e inspeção.

4 JORNADA 12X36 ESTABELECIDADA PELA REFORMA X NORMAS INTERNACIONAIS

Diante de tudo que já foi exposto acima, percebe-se que a Constituição em seu art. 7º, IX e XIII estabeleceu como jornada de trabalho máxima a jornada de oito horas diárias e 44 horas semanais, que poderia ser flexibilizada por norma coletiva, e ainda que a hora noturna deve ser remunerada de forma superior à hora diurna. Igualmente, garantindo a fixação de uma jornada máxima, de forma geral, também se citou a DUDH e o PIDESC, e de forma expressa, o art. 10 da Convenção 171 da OIT que também estabelece que a fixação de jornada noturna deve ser precedida de consulta aos representantes dos trabalhadores, que devem ainda ser periodicamente ouvidos durante o desenrolar do contrato de trabalho, e o artigo 8º que assegura uma compensação pelo trabalho noturno.

De outro lado, o novo art. 59-A da CLT permitiu que a jornada 12x36 possa ser ajustada mediante acordo individual escrito. O simples confronto do referido dispositivo com o texto constitucional já seria suficiente para demonstrar que a flexibilização promovida pela lei é incompatível com a CF. Mas, é incompatível também com as normas internacionais que formam o bloco de constitucionalidade.

A incompatibilidade se vê tanto em relação à DUDH como o PIDESC que de forma expressa garantem aos trabalhadores uma limitação razoável da jornada de trabalho. Há quem possa argumentar que tais normas forneceriam apenas orientações de cunho geral, programático, sem aplicabilidade específica ao caso, e por isso não poderiam ser considerados para fins de análise de compatibilidade do texto legal.

Ocorre que esta limitação à jornada já foi feita pela Constituição Brasileira, em seu art. 7º, XIII, que fixou a jornada de 08h diárias e 44h semanais, admitindo flexibilização apenas por negociação coletiva. E esta limitação não está sendo respeitada pelo novo texto legal. Além disso, nesse ponto se invoca também a Convenção 171 da OIT que está expressamente violada neste caso. Ora, sabe-se que ao fixar trabalho na jornada 12x36, comumente se está também fixando trabalho na jornada noturna, pois tal turno é típico de atividades ininterruptas, como, por exemplo, nos serviços de vigilância.

E em se tratando de fixação de jornada noturna, o texto convencional é muito claro ao exigir a consulta prévia e periódica aos representantes dos trabalhadores, o que já afasta a possibilidade de que a jornada possa ser fixada por contrato individual quando envolver o trabalho noturno, muito mais nocivo à saúde do trabalhador do que o trabalho diurno, seja do ponto de vista biológico, familiar ou social, como ensina Delgado (2018, p. 1108-1109). Assim,

se o trabalhador adotará jornada mais prejudicial à sua saúde, não pode fazê-lo sozinho, tendo em vista a evidente desproporção de forças que existe entre os elos do contrato de trabalho.

Importante ressaltar ainda que o parágrafo único do art. 59-A da CLT autoriza que sejam considerados compensados não apenas os trabalhos em dias de repouso, mas também o trabalho nos feriados e a prorrogação em hora noturna. Tal disposição também confronta a previsão do art. 8º da Convenção 171 determina que deverá haver compensação pela realização da jornada noturna, seja na sua duração, remuneração ou benefícios similares.

Porém, no presente caso, se estabeleceu uma jornada pior ao trabalhador e ainda um prejuízo em se tratando da prorrogação do horário noturno, que será tido por compensado. Como explica Delgado, “o dia de descanso encontra-se embutido nos dias de plantões, coincidindo com o domingo duas vezes por mês, regra geral; porém o feriado não se encontra contemplado, razão pela qual a Súmula 444 determina o seu pagamento dobrado” (2018, p. 1073-1074).

Cumpram-se mencionar ainda a conclusão da Comissão Temática 02 da II Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho da ANAMATRA, realizada em 09 e 10 de outubro de 2017. Sobre o art. 59-A da CLT, a Comissão concluiu que:

JORNADA 12 X 36. INSERÇÃO DO REPOUSO SEMANAL REMUNERADO E DOS FERIADOS. FIXAÇÃO POR ACORDO INDIVIDUAL. IMPOSSIBILIDADE. I - A POSSIBILIDADE QUANTO À FIXAÇÃO DA JORNADA DE 12 X 36 POR ACORDO INDIVIDUAL PREVISTA NO ARTIGO 59-A DA CLT NÃO É COMPATÍVEL COM OS ARTIGOS 7º, XIII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. II - O PARÁGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 59-A DA CLT NÃO É COMPATÍVEL COM OS INCISOS IX E XV, DO ARTIGO 7º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, NEM COM A CONVENÇÃO 171 DA OIT; III - O PARÁGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 59-B DA CLT NÃO É COMPATÍVEL COM O ARTIGO 7º, XXVI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL (ANAMATRA: 2017).

O parecer que deu ensejo a este enunciado baseou-se justamente no fato de que na jornada 12x36 comumente se verifica a ocorrência do labor em horário noturno, o que reforça a necessidade de participação dos representantes da categoria, afastando o acordo individual.

Também não se pode deixar de mencionar que o art. 60 da CLT, que trata da prorrogação de jornada em atividades insalubres também sofreu alteração pela reforma. Enquanto o *caput* do dispositivo prevê que as prorrogações de jornada em ambiente insalubre só podem ser realizadas mediante licença prévia das autoridades competentes, o parágrafo único foi inserido para excluir dessa necessidade a prorrogação na jornada 12x36. Neste ponto, a alteração promovida pela lei beira o absurdo.

Permitir que a jornada seja prorrogada em mais 4 horas, já é aumentar o risco de ocorrência de acidente e o risco à própria saúde do trabalhador, exposto a uma jornada extenuante. Mas permitir isso num ambiente insalubre, e ainda isentar as empresas de uma autorização prévia é atentar contra as normas de saúde e segurança do trabalho, o que viola não apenas o art. 7º, XXII da Constituição, mas também a Convenção 155 da OIT.

Note-se que enquanto todo o texto da referida convenção orienta à adoção de uma política nacional que vise prevenir acidentes e adoecimento e estabelecer que para esta efetividade deva ser adotado um sistema de inspeção pelas autoridades competentes, o parágrafo único do art. 60 simplesmente permite que a adoção da jornada 12x36 em ambiente insalubre não seja precedida de fiscalização e autorização prévia. A norma chega a ser incoerente com a própria lei. Como admitir que para a prorrogação de jornada em ambiente insalubre tenha como regra a inspeção e autorização prévia, mas excetuar-se a esta regra justamente o trabalhador que extrapolará a jornada máxima de 8h em 50%?

Vale ressaltar que conforme decisão da CrtIDH proferida no caso *Heliodoro Portugal versus Panamá*, restou pacificada a necessidade de que os estados adaptem suas legislações às normas internacionais, mas o que se viu no presente caso foi um caminho, contrário, no sentido de editar nova legislação que contraria as normas internacionais. Citam-se mais uma vez as lições de Delgado e Delgado:

Como os tratados e as convenções internacionais sobre direitos individuais e sociais trabalhistas têm indiscutível natureza jurídica de direitos humanos, em situação de conflito entre preceitos internacionais ratificados (convenções da OIT, por exemplo) e preceitos legais internos, prevalecerão o princípio da norma mais favorável ao trabalhador e o princípio da vedação do retrocesso como vetores obrigatórios para a fixação dos critérios de interpretação e de solução do conflito normativo posto. [...]

A nova sistemática de jornada de trabalho prevista pela Lei n. 13.467/2015 aprofundou o parâmetro de flexibilização compensatória, em franco desrespeito à saúde e segurança obreiras. Ainda na mesma direção, há violação manifesta ao art. XXIV da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, ao art. 7º, "d", do Pacto Internacional Relativo aos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966, e ao art. 5º da Convenção 155 da OIT, ratificada pelo Brasil em 1993. (DELGADO, DELGADO: 2017, p. 72 e 76)

Uma vez analisados os novos art. 59-A, e parágrafo único do art. 60 da CLT, bem como as disposições da DUDH, PIDESC, e ainda das Convenções 171, 135 e 155 da OIT, torna-se evidente que os novos dispositivos legais são incompatíveis com a Constituição e também com as referidas normas internacionais, sendo possível a realização do controle de

convencionalidade, com base no qual devem ser declarados inválidos, sendo o parágrafo único do art. 60 em sua totalidade, e o art. 59-A em seu *caput*, no que diz respeito a permissão para a fixação da jornada 12x36 por acordo individual, e o parágrafo único que permite que a compensação dos trabalhos em feriados e a prorrogação em horário noturno.

5 CONCLUSÃO

Isto posto, tem-se que a adoção da jornada 12x36 por acordo individual escrito, com compensação de feriados e prorrogação de hora noturna, e a não exigência de autorização prévia para sua fixação em ambiente insalubre, além de inconstitucionais são também inconvenientes, pois as normas internacionais que compõem o bloco de constitucionalidade asseguram aos trabalhadores uma limitação de jornada máxima razoável, que já foi assegurada pela Constituição, a qual apenas autorizou sua extrapolação mediante negociação coletiva.

Ademais, a jornada 12x36 é típica de atividades ininterruptas, em que frequentemente haverá labor em horário noturno. Porém, as normas internacionais asseguram que o trabalho noturno deva ser precedido de consulta aos representantes dos trabalhadores, que também devem ser periodicamente consultados. Ainda asseguram que o trabalho noturno deve ser valorizado em relação ao trabalho diurno, o que não se verifica na nova previsão legal quando esta autoriza que a prorrogação da hora noturna seja tida como compensada na jornada 12x36.

Por fim, vale dizer que as normas internacionais estabelecem a fixação de uma política nacional de combate e prevenção aos acidentes de trabalho e adoecimento ocupacional, a qual para ser efetiva deve contar com mecanismos de inspeção e fiscalização. Desta forma, a autorização dada pela lei para que a prorrogação de jornada pela adoção da jornada 12x36 em ambiente insalubre seja dispensada de prévia fiscalização e licença das autoridades competentes, contraria totalmente a política que deveria ser adotada.

Ao invés de ajustar sua legislação para cumprir as normas internacionais, no que diz respeito a jornada 12x36, vê-se que houve verdadeiro ajuste no sentido de contrariá-las. Mas o que esperar de legislação que não respeita sequer a CF? Assim, as alterações produzidas nos arts. 59-A e parágrafo único do art. 60, ainda que vigentes, se submetem ao crivo da dupla compatibilidade vertical para ter sua validade assegurada. Isto é, respeito à Constituição e às normas internacionais que integram o bloco de constitucionalidade.

Neste ponto, por tudo que foi exposto, ao confrontar as alterações legais acima mencionadas, com a DUDH, PIDESC, Convenções 171, 135 e 155 da OIT, conclui-se pela sua incompatibilidade, e consequente invalidade via controle de convencionalidade, que

poderá ser realizado no âmbito interno, ou externo, e no âmbito interno pode ser realizado tanto de maneira difusa ou concreta.

Qualquer que seja a forma de controle adotado, conclui-se que devem ser declarados inválidos os novos dispositivos, sendo o parágrafo único do art. 60 em sua totalidade, e o art. 59-A em seu *caput*, no que diz respeito a permissão para a fixação da jornada 12x36 por acordo individual, e o parágrafo único na parte em que permite que sejam compensados os trabalhos em feriados e a prorrogação em horário noturno, sendo esta a interpretação que melhor se ajusta às previsões constitucionais, convencionais, aos princípios gerais de direitos humanos e ao costume internacional.

REFERÊNCIAS

ANAMATRA, Associação Nacional dos Magistrados. **2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho. Comissão nº 2.** Disponível em: <http://www.jornadanacional.com.br/listagem-enunciados-aprovados-vis2.asp?ComissaoSel=2>. Acesso em: 19 mai. 2019

BRASIL. **Constituição da República**, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 13 mai. 2019

BRASIL. Decreto N.º 591, de 06 de julho de 1962. **Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.** Promulgação. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm. Acesso em: 30 mai. 2019

BRASIL. Decreto-Lei N.º 5.452, de 1º de maio de 1943. **Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm. Acesso em: 13 mai. 2019

BRASIL. Lei N.º 13.467, de 13 de julho de 2017. **Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nºs 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm. Acesso em: 15 mai. 2019

BRASIL. MP N.º 808, de 14 de novembro de 2017. **Altera a Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Mpv/mpv808.htm#art1. Acesso em: 15 mai. 2019

BRASIL. Senado Federal. **Consulta Pública sobre o Projeto de Lei da Câmara nº 38, de 2017 - Reforma Trabalhista.** Disponível em:

<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/129049>. Acesso em: 17 jun. 2019

DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **A reforma trabalhista no Brasil com os comentários à lei n. 13.467/2017**. São Paulo: LTR, 2017.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTR, 2018.

HUSEK, Carlos Roberto. **Curso básico de direito internacional público e privado do trabalho**. 4ª ed. São Paulo: LTr, 2017.

MELO, Sandro Nahmias; CAMARGO, Thaísa Rodrigues Lustosa de. **Princípios de Direito Ambiental do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2013.

MELO, Sandro Nahmias; RODRIGUES, Karen Rosendo de Almeida Leite, **Direito à desconexão do trabalho, com análise crítica da Reforma Trabalhista (Lei n. 13.467/2017)**: Teletrabalho, Novas tecnologias e Dano existencial. São Paulo: LTr, 2018.

NASCIMENTO, Jorsinei Dourado do. **Meio ambiente do Trabalho: Garantia constitucional fundamental de efetivação de direitos individuais, coletivos e sociais fundamentais**. In: MESQUITA, Eduardo Melo (Org). **Estudos Avançados de Direito e Processo do Trabalho: Homenagem à professora e desembargadora federal do trabalho Francisca Rita Alencar Albuquerque**. Distrito Federal: CONEMATRA, 2014.

OIT – Organização Internacional do Trabalho. **Convenção 135 - Proteção de Representantes de Trabalhadores**. Disponível em: https://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_235867/lang--pt/index.htm. Acesso em 25 mai. 2019

OIT – Organização Internacional do Trabalho. **Convenção 155 - Segurança e Saúde dos Trabalhadores**. Disponível em: https://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_236163/lang--pt/index.htm. Acesso em 25 maio. 2019

OIT – Organização Internacional do Trabalho. **Convenção 171 - Trabalho Noturno**. Disponível em: https://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_236692/lang--pt/index.htm. Acesso em 14 maio. 2019

OIT. **Conheça a OIT**. Disponível em: <https://www.ilo.org/brasil/conheca-a-oit/lang--pt/index.htm>. Acesso em 01 jun 2019

OIT. **História da OIT**. Disponível em: <https://www.ilo.org/brasil/conheca-a-oit/hist%C3%B3ria/lang--pt/index.htm>. Acesso em 01 jun 2019

ONU – Organização das Nações Unidas. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf> . Acesso em 20 mai. 2019

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 11 ed. São Paulo: Saraivajur, 2018.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 12 ed. rev. E atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 71-72.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e diálogo entre jurisdições**. In: FIGUEIREDO, Marcelo; CONCI, Luiz Guilherme Arcaro (Coords.); GERBER, Konstantin (Org.). A jurisprudência e o diálogo entre tribunais: a proteção dos direitos humanos em um cenário de constitucionalismo multinível. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016

RAMOS, André de Carvalho. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

VAZ, Paulo Junio Pereira. **Controle de Convencionalidade das Leis**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

ZAPATA, Sandor Ramiro Darn. **As convenções da OIT no Ordenamento Jurídico Brasileiro**. Jundiaí: Paco Editorial, 2016