

VOTO - VISTA

O Senhor Ministro Gilmar Mendes: Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS, com fundamento no art. 102, inciso I, “a”, e art. 103, inciso IX, da Constituição Federal, tendo por objeto de controle a expressão “acordo individual escrito”, contida no *caput* do art. 59-A da CLT, bem como seu parágrafo único, na redação dada pela Lei 13.467, de 13 de julho de 2017 (Reforma Trabalhista).

O dispositivo impugnado tem a seguinte redação:

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

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

A requerente alega que a redação original do art. 59-A da CLT, combinada com a Súmula 444 do TST, regulava a jornada de 12 horas de trabalho por 36 horas de descanso de forma excepcional, na medida em que seu estabelecimento só seria possível por meio de acordo coletivo, com a participação do sindicato da categoria. Cita que o STF já tratou de tema parecido, ao analisar a ADI 4.842, declarando a constitucionalidade do art. 5º da Lei 11.901/2009, que estabeleceu a jornada de 12 horas de trabalho por 36 horas de descanso para os bombeiros civis, mas com fundamento na expressa previsão em lei específica para a categoria, a fazer as vezes da negociação coletiva.

Sustenta que a possibilidade de acordo individual escrito para excepcionar a jornada viola o disposto no artigo 7º, inciso XIII, da Constituição Federal, que assim determina:

“XIII – duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho”.

Infero que a possibilidade de acordo individual flexibiliza direitos trabalhistas consagrados e afasta a entidade sindical da negociação coletiva, em frontal violação ao texto constitucional. Requer, assim, a declaração de inconstitucionalidade dos dispositivos impugnados.

A Advocacia-Geral da União manifesta-se pelo não conhecimento da ação direta e, no mérito, pela improcedência do pedido.

A Procuradoria-Geral da República apresenta parecer pela procedência do pedido.

O eminente Ministro Marco Aurélio, relator da Ação Direta, propõe voto pela procedência da Ação Direta de Inconstitucionalidade, entendendo que a possibilidade de acordo individual para pactuação de jornada 12 horas de trabalho por 36 horas de descanso viola o disposto no artigo 7º, incisos XIII, XIV e XXVI, da Constituição Federal.

Pedi vista dos autos para melhor debruçar-me sobre a questão controvertida.

É o breve relato. **Passo a votar** .

A pedra fundamental do Direito do Trabalho, a **relação de emprego** , tem seu surgimento marcado pelo contexto de determinado modo de se organizar a atividade desenvolvida por agentes econômicos, que ora chamamos de empregadores: um modo centralizado, em que as etapas produtivas transcorriam internamente, arcando as empresas não só com todos os custos operacionais e de infraestrutura, como também de gestão. Esse modelo de produção é bem descrito pelo “fordismo”.

E, enquanto perdura o império do modelo fordista, também as instituições clássicas do Direito Trabalho desenvolvem-se e consolidam-se sob sua influência mais ou menos direta. Como preleciona Fernando Hugo Miranda:

“O modelo, conhecido por fordismo, repercutiu intensamente em valores do direito do trabalho, especialmente em relação ao fundamento antes identificado de compartilhamento com grande empresas dos custos do estado de bem-estar social. Grandes empresas, com elevado porte econômico, ancoravam a organização sindical, possibilitando a ampliação de direitos para além dos mínimos legais, seja pela via contratual – regulamentar –, seja pela via da negociação coletiva.” (MIRANDA, Fernando Hugo R. “A questão das cadeias produtivas no âmbito do direito do trabalho e os limites da racionalidade da Súmula n. 331/TST).

Nessa visão de mundo, as empresas são chamadas a financiar determinado modelo de Estado que traz consigo inúmeros custos que extrapolam a lógica do mercado em si mesma. Donde emergem duas certezas. A primeira: a imposição, por parte do Estado, no sentido da internalização da cadeia produtiva resulta na mitigação da liberdade de iniciativa. A segunda, menos óbvia, é que a atuação da “firma” pautar-se-á inevitavelmente no sentido que se revelar menos oneroso do ponto de vista dos **custos de transação** : sendo a internalização menos onerosa, esta será a via eleita pela firma, sendo a externalização menos onerosa, é por ela que a firma conduzirá seus negócios.

Ronald Coase, responsável pela inserção da ideia de “custos de transação” na teoria da atividade empresarial e do mercado, assevera:

“O modo como a indústria se organiza depende da relação entre os custos de realização de transações no mercado e os custos de organizar as mesmas operações dentro daquela firma que possa realizar essa tarefa com o menor custo.” (COASE, Ronald. **A firma, o Mercado e o Direito** , p. 63)

Isso explica por que o modelo de internalização das etapas produtivas passa a ceder espaço para um modo descentralizado, externalizado, de produção. Na verdade, os novos modos de produção são apenas mais uma das várias revoluções culturais pelas quais temos passado com uma frequência assustadora.

É, portanto, no contexto desses “tempos líquidos”, na expressão cunhada por Zygmunt Bauman, que devemos discutir o problema subjacente à questão constitucional que se coloca nesta ADI.

Um “paradigma perdido” que exprime um modo de organização trabalhista sindical-corporativo, matizado por esse contexto de produção fordista. Um produto nacional bem próprio que deu ensejo a algo não menos singular: um estilo de regulação do mercado de trabalho que assume feição **paternalista**. A partir dessa lógica, o direito do trabalho, apesar de sua índole privada, tornou-se verdadeiro mar de protecionismo engendrado por normas de ordem pública que deixam pouca margem para a autonomia das partes e para a disponibilidade de direitos.

Essa cultura paternalista, que se desenvolveu há décadas e que persiste, gera uma compreensão de direito do trabalho fundada em um dualismo necessariamente antagônico entre empregador e empregado. As apresentações da contraposição variam, mas há um *Leitmotiv*: a querela entre capital e trabalho, que anima a perspectiva marxista da luta de classes.

Essa dicotomia é um clássico do chamado conflito distributivo. Segundo Thomas Piketty:

“Já nas sociedades tradicionais, a tensão entre proprietário e camponês, entre aquele que possuía a terra e aquele que a cultivava, entre aquele que recebia os lucros e aquele que os possibilitava, estava no cerne da desigualdade social e de todas as revoltas e rebeliões. A Revolução Industrial parece ter exacerbado o conflito entre o capital e o trabalho, talvez por terem surgido formas de produção mais intensivas no uso de capital (máquinas, recursos naturais etc.) do que no passado ou talvez, também, porque as esperanças de uma divisão mais justa e de uma ordem social mais democrática foram derrubadas.” (PIKETTY, Thomas. **O Capital no Século XXI**. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014).

Disso resulta uma demonização do capital, uma ideologia que impregnou até mesmo a feitura do texto constitucional brasileiro nessa matéria. Como destacou Roberto Campos:

“A cultura que permeia o texto constitucional é nitidamente antiempresarial. Decretam-se as conquistas sociais que, nos países desenvolvidos, resultam de negociação concretas no mercado, refletindo o avanço da produtividade e o ritmo do crescimento econômico. A simples expressão conquista social implica uma relação adversária, e não complementar, entre a empresa e o trabalhador. Elencam-se 34 direitos para o trabalhador, e nenhum dever. Nem sequer o dever de trabalhar, pois é praticamente irrestrito o direito de

greve, mesmo nos serviços públicos. Obviamente, ninguém teve coragem para incluir, entre os 'direitos fundamentais', o direito do empresário de administrar livremente sua empresa." (CAMPOS, Roberto. "A utopia social". In: **A lanterna na popa: memórias** . Vol. II. Rio de Janeiro: Topbooks, 1994, p. 1205).

Essa visão de mundo, que pressupõe um desequilíbrio irremediável entre forças e relações de produção, não mais se sustenta: é a própria premissa de submissão da mão de obra ao capital que merece ser revista.

Para admitirmos que os ares socioeconômicos são completamente diversos daqueles em que se assentaram as bases do direito do trabalho tradicionalmente cultuado no Brasil, basta observar que a maior empresa de transportes do mundo não tem um carro sequer, e a maior empresa de hospedagem do mundo também não dispõe de um único apartamento. Refiro-me aos paradigmáticos Uber e Airbnb – ambos fundados em economia colaborativa e na descentralização da atividade econômica entre diversos agentes mercadológicos.

A legislação ora impugnada exsurgiu nesse contexto histórico. Um contexto marcado pela fuga para a informalidade. Quem o diz é a Organização Internacional do Trabalho, que anunciava dados eloquentes em 2017, ano da aprovação da lei impugnada: no cenário latino-americano, a parcela de trabalhadores informais tinha crescido pelo terceiro ano consecutivo, atingindo 32,2%. Estimava-se que, em 2018, teríamos – na América Latina, repita-se – 91 milhões de trabalhadores informais (Organização Internacional do Trabalho OIT, **World Employment Social Outlook: Trends 2018**, p. 17).

No Brasil, ainda em 2017, o trabalho sem carteira assinada e "por conta própria" superava o emprego formal. E, interessantemente, a ligeira redução da taxa de desemprego se deu em razão do crescimento do trabalho informal e do desenvolvimento do comércio, segundo dados do IBGE (IBGE, Informalidade e comércio contribuem para queda no desemprego).

Era esse o problema que se colocava ao país em 2017, quando da Reforma Trabalhista que, entre outras novidades, permitiu a fixação da jornada de trabalho de 12 horas de trabalho por 36 horas de descanso, por meio de contrato individual, privilegiando a liberdade de escolha do trabalhador.

A informalidade é um claro indicativo de que os agentes de mercado – não apenas empresas, mas também os trabalhadores – estão migrando para a margem do sistema super-regulado que construímos. Nesse sentido, o Banco Mundial, em relatório sobre políticas de redução da informalidade, destaca que:

“(…) aumentar a flexibilidade de normas de proteção do emprego e reduzir salários mínimos reduz os custos de contratação formal de trabalhadores, e assim, pode incrementar incentivos para que empresas aumentem o emprego registrado”. (The World Bank, **Policies to reduce informal employment: an international survey**, p. 10).

Em outro documento, sobre o impacto da regulação no crescimento e na informalidade, consigna que: “ *A regulação está se tornando um fator político central para explicar os gargalos do crescimento econômico em diversos países ao redor do mundo. (...) Altos níveis de regulação estão associados a um menor crescimento* ”.

E como as portas para o século XIX estão definitivamente fechadas, parece produtivo abandonar conceitos de fundo polêmico, que insistem em descrever medidas como a jornada de trabalho 12h por 36h, objeto desta ação, sob a pecha de “precarização” das relações de trabalho. Sérgio Pinto Martins é preciso ao evitar a visão “entre o céu e o inferno” quando tratamos do tema da *flexibilização das condições de trabalho* :

“Para certas pessoas, é a forma de salvar a pátria dos males do desemprego, para outras, é uma forma de destruir tudo aquilo que o trabalhador conquistou em séculos de reivindicações, que apenas privilegiam os interesses do capital, sendo uma forma de fazer com que o empregado pague a conta da crise econômica”. (MARTINS. Sérgio Pinto. **Flexibilização das condições de trabalho** . 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 1).

A reforma trabalhista só pode ser concebida como “precarização” sob a ótica daquele “paradigma perdido”, sob o ponto de vista da lógica tradicional do Direito do Trabalho, fundada na tutela do trabalhador em face de desequilíbrios na relação com o empregador.

Nessa conjuntura, entendo que as diversas alterações propostas pela reforma trabalhista empreendem um reencontro do Direito do Trabalho

com suas origens privadas, fazendo com que a autonomia assuma posição de destaque, sem prejuízo, logicamente, da tutela da dignidade humana.

Um esforço que encontra paralelo em diversos outros países, como atesta a autorizada análise de Ives Gandra da Silva Martins Filho:

“A reforma trabalhista levada a cabo no Brasil pela Lei 13.467/2017 se insere no contexto das reformas trabalhistas realizadas por muitos países a partir da crise econômica mundial iniciada na primeira década do século XXI” (MARTINS FILHO, Ives Gandra. “A reforma trabalhista no Brasil”. In: MARTINS FILHO, Ives Gandra; MENDES, Gilmar Ferreira (orgs.). **2º Caderno de Pesquisas Trabalhistas** . Porto Alegre: Paixão, 2017, p. 12).

Alemanha, Espanha, França, Itália e Portugal são exemplos de países que reformaram suas legislações trabalhistas para conferir maior flexibilidade às contratações. E depois das suas respectivas reformas, todos esses países experimentaram redução das taxas de desemprego. Vejamos:

País **Taxa de desemprego antes** **Taxa de desemprego depois** Alemanha 9,8% 5,7% Espanha 23,3% 17,8% França 10,1% 9,5% Itália 11,5% 11,1% Portugal 16,8% 9,8% (Fonte: Ives Gandra Martins Filho, A reforma trabalhista no Brasil, 2º Caderno de Pesquisas Trabalhistas, p. 13)

Nesse contexto, devemos analisar a possibilidade de lei, no caso a CLT, realizar a compatibilização de que trata o art. 7º, XIII, da CF, ao permitir a pactuação da jornada 12h por 36h.

Bem vistas as coisas, a questão de fundo requer a devida consideração à **liberdade de conformação do legislador**. Consoante ensina Robert Alexy, o conjunto daquilo que é constitucionalmente necessário (obrigatório) e do que é constitucionalmente impossível (proibido) demarca os limites da discricionariedade do legislador; porque dentro de tais limites a opção escolhida ou a abstenção de fazer algo são alternativas franqueadas ao poder legislativo: decisões **possíveis** . “ Por isso ” – explica **Alexy** – “ é possível denominar essa discricionariedade também como ‘ **âmbito facultado** ’ ”. Em suas palavras:

“A metáfora da moldura pode ser, então, definida da seguinte forma: o que é obrigatório ou proibido é a moldura; o que é facultado

– ou seja, nem obrigatório, nem proibido – é aquilo que se encontra no interior da moldura. Nesse sentido, a discricionariedade do legislador é definida por aquilo que é facultado.” (ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais** . 2ª ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 582).

O argumento da moldura foi lançado por **Alexy** para se contrapor a modelos explicativos excessivamente materiais: modelos que compreendem a Constituição como um depósito de obrigações e de proibições para qualquer assunto sob o Sol, e que portanto exigem a identificação, nela, de normas que autorizem toda e qualquer decisão material do legislador. Talvez por isso o raciocínio calhe tanto ao caso desta ADI, cuja fundamentação quer fazer crer que o Congresso Nacional incorreu em uma escolha legislativa que não lhe era possível.

Bem diferentemente se passam as coisas, entretanto. Consoante asseverado na ADPF 324, de relatoria do Ministro Roberto Barroso, a reforma trabalhista foi a resposta encontrada pelo Congresso Nacional – no exercício de sua discricionariedade epistêmica e estrutural – para proceder à composição entre a proteção do trabalho e a preservação da livre iniciativa, bens de destacada importância no texto de 1988 (cujo art. 1º, IV, coloca os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa como fundamentos da República Federativa do Brasil, senda também trilhada pelo art. 170, ao dispor sobre os fundamentos da ordem econômica).

Sem trabalho, não há falar-se em direito ou garantia trabalhista. Sem trabalho, a Constituição Social não passará de uma carta de intenções. A garantia contra despedida arbitrária ou sem justa causa e sua indenização compensatória, o seguro-desemprego, o fundo de garantia do tempo de serviço, o salário mínimo capaz de atender às necessidades vitais básicas do trabalhador e de sua família, o piso salarial proporcional à extensão e à complexidade do trabalho, a irredutibilidade do salário, a garantia de salário mínimo em caso de remuneração variável, o décimo terceiro salário, a remuneração do trabalho noturno superior ao diurno, a proteção do salário contra sua retenção dolosa, a participação nos lucros ou resultados e a participação na gestão da empresa, o salário-família, a jornada não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro horas semanais, a jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, o repouso semanal remunerado preferencialmente aos domingos, a remuneração do serviço extraordinário superior em cinquenta por cento à do normal, o gozo de férias anuais remuneradas, licença à

gestante, licença-paternidade, proteção da mulher no mercado de trabalho, aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, a redução dos riscos inerentes ao trabalho, o adicional de remuneração para atividades penosas, insalubres ou perigosas, a aposentadoria, a assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até cinco anos de idade em creches e pré-escolas, o reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho, a proteção em face da automação, o seguro contra acidentes de trabalho, a ação quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, a proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil, a proibição de qualquer discriminação ao trabalhador com deficiência, a proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos, a proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores e a igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo permanente e o trabalhador avulso; tudo isso estará fadado ao esvaziamento se não dermos essa resposta jurídica a um problema econômico e social sistêmico. A rigor, o art. 7º da Constituição não tem vida própria, depende do seu suporte fático: o trabalho.

Em relação à jornada de 12h por 36h, lembro que sua aceitação já era pacífica na jurisprudência trabalhista, tendo sido considerada constitucional, inclusive, por esta Suprema Corte.

Antes da Reforma Trabalhista, a Súmula 444 do TST entendia válida a adoção da jornada de 12h por 36h, desde que em caráter excepcional, se prevista em lei ou ajustada em negociação coletiva:

“JORNADA DE TRABALHO. NORMA COLETIVA. LEI. ESCALA DE 12 POR 36. VALIDADE. - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27/9/2012 – republicada em decorrência do despacho proferido no processo TST-PA-504.280/2012.2 – DEJT divulgado em 26 /11/2012.

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

Na ADI 4.842, o STF entendeu pela constitucionalidade da estipulação, por lei, da jornada de trabalho de 12h por 36h para os bombeiros civis. Eis a ementa do acórdão:

“DIREITO DO TRABALHO. JORNADA DO BOMBEIRO CIVIL. JORNADA DE 12 (DOZE) HORAS DE TRABALHO POR 36 (TRINTA E SEIS HORAS) DE DESCANSO. DIREITO À SAÚDE (ART. 196 DA CRFB). DIREITO À JORNADA DE TRABALHO (ART. 7º, XIII, DA CRFB). DIREITO À PROTEÇÃO CONTRA RISCO À SAÚDE DO TRABALHADOR (ART. 7º, XXII, DA CRFB). 1. A jornada de 12 (doze) horas de trabalho por 36 (trinta e seis) horas de descanso não afronta o art. 7º, XIII, da Constituição da República, pois encontra-se respaldada na faculdade, conferida pela norma constitucional, de compensação de horários. 2. A proteção à saúde do trabalhador (art. 196 da CRFB) e à redução dos riscos inerentes ao trabalho (art. 7º, XXII, da CRFB) não são ‘ipso facto’ desrespeitadas pela jornada de trabalho dos bombeiros civis, tendo em vista que para cada 12 (doze) horas trabalhadas há 36 (trinta e seis) horas de descanso e também prevalece o limite de 36 (trinta e seis) horas de jornada semanal. 3. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente.” (ADI 4.842, Rel. Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 14.9.2016.)

O cerne da questão nesta ação consiste em saber se a jornada de trabalho excepcional de 12h por 36h pode ser estabelecida por acordo individual escrito, entre empregador e empregado, dispensando o acordo ou negociação coletiva.

Seguindo a evolução do tratamento doutrinário e jurisprudencial sobre a jornada 12h por 36h, que cada vez mais se consolida entre diferentes categorias de trabalhadores, me parece natural que a reforma trabalhista normatizasse a referida jornada na CLT, passando a permitir sua adoção pelos trabalhadores via contrato individual, com base na liberdade do trabalhador, mote da reforma.

Ademais, cabe registrar que o artigo 7º, inciso XIII, da Constituição não proíbe a jornada 12h por 36h, apenas estabelece que a jornada de 8 horas diárias ou 44 horas semanais poderá ser relativizada mediante compensação, conforme acordo ou negociação coletiva.

Essa compensação, conforme a doutrina e a jurisprudência, pode se dar na forma da jornada 12h por 36h, em que as 4 horas a mais de jornada de

trabalho são compensadas por 36 horas seguidas de descanso. Essa não é a única forma de compensação de jornada possível, mas uma das possíveis.

Nesse sentido, cito Alexandre Amaro Pereira, que, apesar de tecer críticas ao regime 12h por 36h para a saúde do trabalhador, reconhece que a pactuação individual desse regime insere-se no âmbito de conformação do legislador, não importando em violação à Constituição:

“Por tudo que foi colocado, pode-se resumir que não existe incompatibilidade aparente na redação do art. 59-A da CLT e de seu parágrafo único com a Constituição da República, relativamente ao inciso XIII do art. 7º ou ao art. 196.

Na verdade, as alterações introduzidas pela Lei da Reforma Trabalhista para a questão em análise encontram-se dentro do âmbito de atuação do Poder Legislativo, ou seja, de criar a legislação que entende adequada para aplicação aos litígios que surgem nas diversas esferas da sociedade. Tal prerrogativa encontra legitimidade na representação conferida aos membros do Parlamento pelo povo brasileiro. Assim, a alteração do status quo ante não é suficiente para reconhecer a inconstitucionalidade de um preceito de lei, porquanto faz parte do sistema democrático promover mudanças em determinados segmentos da sociedade.” (PEREIRA, Alexandre Amaro. “Fixação de jornada 12 x 36 por acordo individual escrito: uma possível (in) constitucionalidade do artigo 59-A da CLT.”, Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região, V. 30, N. 62, p. 87-96, jan/jun 2019).

Portanto, não vejo qualquer inconstitucionalidade em lei que passa a possibilitar que o empregado e o empregador, por contrato individual, estipulem jornada de trabalho já amplamente utilizada entre nós, reconhecida na jurisprudência e adotada por leis específicas para determinadas carreiras.

Ante o exposto, dirirjo do eminente Relator para **julgar improcedente a ação** .