



JORNADA 12X36 EM AMBIENTE INSALUBRE SEM EXIGÊNCIA DE FISCALIZAÇÃO PRÉVIA E A VIOLAÇÃO AO MÍNIMO SOCIAL

12H BY 36H WORK SCHEDULE IN AN UNHEALTHY ENVIROMENT WITHOUT PREVIOUS INSPECTION AND THE SOCIAL MINIMUM VIOLATION

<i>Recebido em:</i>	13/12/2019
<i>Aprovado em:</i>	13/06/2020

Nicolle Souza da Silva Scaramuzzini Torres¹

Tulio Macedo Rosa e Silva²

RESUMO

O presente artigo trata de uma das alterações legais promovidas pela lei 13.467/2017 no que diz respeito à possibilidade de adoção da jornada 12x36 em ambiente de trabalho insalubre independente de fiscalização e licença prévia. Inicialmente será feita contextualização das normas que dizem respeito à jornada de trabalho como normas de direito social e ambiental, e, portanto, de direitos humanos. Em seguida, analisar-se-á a possibilidade de restrição a tais direitos, tendo como parâmetro o mínimo social desenvolvido na obra *Judging Social Rigths* de Jeff King, para então confrontar o novo dispositivo legal com os textos constitucionais e da

¹ Mestranda do Programa de Pós-graduação stricto sensu em Direito Ambiental da Universidade do Estado do Amazonas – UEA; Especialista em Direito do Trabalho e Processual do Trabalho pela Universidade Gama Filho – RJ; Advogada. Endereço eletrônico: nicolletorres@tumaetorres.com.br

² Doutor e Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo; Professor adjunto da Universidade do Estado do Amazonas; Juiz do trabalho do Tribunal Regional do Trabalho da 11ª Região. Endereço eletrônico: tuliomasi@hotmail.com



convenção 155 da OIT. Na sequência será defendido o *status* constitucional da referida convenção, para então abordar 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. A partir desta conclusão será analisada a compatibilidade da nova legislação trabalhista com os textos constitucionais e convencionais a fim de analisar a validade da alteração realizada.

Palavras-chave: meio ambiente do trabalho, reforma trabalhista, jornada 12x36, mínimo social, controle de convencionalidade, direitos humanos.

ABSTRACT

This article talks about one of the changes made by law 13.467/2017 about the possibility of setting a 12h by 36h work schedule, in an unhealthy environment, independently of previous inspection or license to establish this kind of extension. In the beginning, we contextualize the norms that concern the work schedule as norms of social and environmental law, and therefore of human rights. Subsequently, we analyze the possibility of restricting these rights, based on Jeff King's social minimum, and then confronting the new legal provision with the constitutional texts and ILO Convention 155. In continuation, we defend the constitutional *status* of this convention, in order to address the need for any rule to be declared valid it needs to be compatible not only with the Federal Constitution but also with international human rights standards. From this conclusion, we analyze the compatibility of the new labor legislation with the constitutional and conventional texts in order to verify the validity of the amendment made, which leads to the conclusion by its unconventionality.

Keywords: work environment, labor reform, 12x36 work schedule, social minimum conventional control, human rights.



INTRODUÇÃO

A Lei 13.467/2017, conhecida como Reforma Trabalhista, trouxe inúmeras alterações às relações de trabalho no Brasil. Sob o pretexto de modernizar e atualizar a legislação trabalhista, a lei alterou 117 artigos da CLT de 1943. 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 será analisado um tema específico, relativo à possibilidade da adoção da jornada 12x36 em ambiente insalubre, independente de fiscalização e autorização prévia, bem como a compatibilidade desta mudança em relação à Constituição Federal, mas principalmente em relação às normas internacionais incorporadas pelo ordenamento jurídico pátrio.

A escolha do referido tema justifica-se no fato de que o direito em discussão insere-se ao mesmo tempo na seara do direito social e ambiental, e a modificação legal realizada representa uma perigosa flexibilização à direito humano fundamental, que coloca em risco direto à saúde do trabalhador.

E ainda que seja possível a legislação infraconstitucional restringir direito fundamental, essa restrição possui limites, apesar destes serem carecedores de um critério objetivo de definição. O fato é que historicamente, em momentos de crise, os direitos dos trabalhadores, como os direitos humanos em geral, costumam ser diretamente atacados.

Reflexões como as que se pretende fazer neste estudo são necessárias para encontrar mecanismos de defesa dos direitos duramente conquistados, na busca pelo desenvolvimento



de uma sociedade ambientalmente sadia, em que o trabalho possa ser exercido como meio de vida e não de morte.

ILIMITAÇÃO DA JORNADA COMO NORMA DE DIREITO SOCIAL E AMBIENTAL

A jornada de trabalho é um dos principais objetos do contrato de emprego. Pode-se dizer com segurança, que sempre que um contrato de emprego se inicia, importa ao trabalhador saber de duas coisas: quando irá trabalhar, e quanto irá receber. Aliás, os primeiros contratos de empregos, historicamente, possuíam basicamente esses dois elementos e a partir deles é que os demais direitos foram sendo conquistados.

Analisando dados do período da revolução industrial, Alice Monteiro de Barros³, relata que à época, sobretudo mulheres e crianças eram submetidas a jornadas de trabalho de 16 a 17 horas diárias, e que boa parte dos filhos destes operários sequer chegavam a completar os dez anos de idade.

Ao longo da história, as péssimas condições de trabalho, entre as quais se destaca a jornada desumana a que esses trabalhadores eram submetidos, fizeram com que a classe operária reunida começasse a reivindicar melhoria das condições de trabalho.

Como ensina Amauri Mascaro Nascimento⁴, as primeiras normas internacionais sobre jornada de trabalho surgiram no Tratado de Versalhes, que fixou uma jornada máxima de 8 horas diárias e 48 horas semanais como sendo um objetivo a alcançar pelos países

³ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2006, p. 59

⁴ NASCIMENTO, A. M. Normas da OIT sobre condições e relações de trabalho. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, v. 78, p. 78-86, 1 jan. 1983.



contraentes e desde então uma série de outros limitadores de jornada foram estabelecidos, não apenas nas normas internacionais, mas nas normas nacionais também.

Atualmente, o Brasil adotou em sua Constituição a jornada máxima de 44 horas semanais e 8 horas diárias, permitindo a alteração desse limite diário mediante norma coletiva, desde que não se extrapole o limite semanal.

Mas ao contrário do que se possa imaginar, a imposição de uma demarcação à jornada de trabalho não se limita a ser apenas um direito humano fundamental de segunda dimensão, enquadrada no rol de direitos sociais. A contenção de jornada é ainda direito ambiental, e, portanto, direito de solidariedade, de terceira dimensão.

Essa inserção se dá a partir da nova perspectiva sobre a amplitude conceitual de meio ambiente, que há muito não mais se limita à divisão inicial entre meio ambiente artificial e natural, abrangendo também o meio ambiente cultural e do trabalho.

Pacífico hoje o entendimento de que o meio ambiente é uno e indivisível, como um organismo vivo, e a divisão em classes contradiria essa característica, razão pela qual se entende agora que o meio ambiente deve ser analisado segundo seus aspectos, sendo estes estabelecidos com fins meramente didáticos, a fim de facilitar o estudo da disciplina. Logo, o meio ambiente pode ser analisado considerando seus aspectos natural, artificial, cultural e do trabalho. Tratando sobre o tema, Melo⁵ ensina o seguinte:

Assim sendo, se o meio ambiente que a Constituição Federal quer ver preservado é aquele ecologicamente equilibrado, bem como de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida (art. 225, caput), então o homem, a natureza que o cerca, a localidade em que vive, o

⁵ MELO, Sandro Nahmias. **Meio ambiente do trabalho**: direito fundamental. São Paulo: LTr, 2001, p. 20



local onde trabalha, não podem ser considerados como compartimentos fechados, senão como "átomos de vida", integrados na grande molécula que se pode denominar de "existência digna".

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 Rodrigues⁶ a respeito:

Neste sentido, conforme já observado em outra oportunidade na obra Meio ambiente do trabalho: direito fundamental (MELO, 2001, p. 26-30) "o conceito de meio ambiente é amplo, não estando limitado, tão somente, a elementos naturais (águas, flora, fauna, recursos genéticos, etc), mas incorpora elementos ambientais humanos, fruto de ação antrópica". Assim, considerando que o meio ambiente do trabalho está indissociavelmente ligado ao meio ambiente geral, é forçosa a conclusão no sentido de ser impossível qualidade de vida sem ter qualidade de trabalho, nem se pode atingir meio ambiente equilibrado e sustentável, ignorando o meio ambiente do trabalho (OLIVEIRA, 2011, p. 127).

(...) Entende-se como tecnicamente inadequada a apresentação do meio ambiente em espécies ou classes, sob pena de esvaziar-se toda a

⁶ 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, p. 17-19



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 se comportam, com relação ao seu destinatário final (o homem), objetivos 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.

Partindo desse ponto, pode-se dizer que se o meio ambiente é uno, e um de seus aspectos é o meio ambiente do trabalho. Quando se diz que o trabalhador possui direito humano fundamental ao meio ambiente equilibrado, não se está falando apenas do meio ambiente natural, ou artificial, ou ainda cultural, mas também a um meio ambiente do trabalho devidamente equilibrado. Meio ambiente este que não se restringe às normas de segurança clássicas. Vai além das questões físicas e materiais e atinge também as questões imateriais e psíquicas.

Ou seja, quando se fala em estabelecer uma jornada máxima a ser exercida, não se está falando apenas de uma norma de direito do trabalho, mas também de direito ambiental, sendo esta uma interseção que, juntamente com as normas de seguridade social, como



ensinam Melo e Rodrigues⁷, formam “a base normativa do novel direito ambiental do trabalho”, com fins a resguardar a sadia qualidade de vida do homem enquanto trabalhador.

Neste contexto, salta aos olhos a necessidade de reconhecer a jornada como norma de meio ambiente do trabalho, capaz de resguardar a própria integridade física e psíquica do trabalhador. A respeito deste tema, é válido mencionar a interessantíssima obra de Alexandre Allipradino Medeiros intitulada *A hora do acidente de trabalho*⁸.

Há muito tempo repete-se no meio jurídico a máxima de que os acidentes de trabalho são mais frequentes no período da hora extraordinária. Porém, referido autor dedicou-se a analisar estatisticamente em que momento da jornada de trabalho o acidente é de fato mais frequente, tomando como referência de estudo dados oficiais do Ministério da Saúde, sobre acidentes típicos, no período de janeiro de 2007 a agosto de 2016 para a região metropolitana de São Paulo.

A obra apresenta demonstração estatística convincente de que os índices de acidente do trabalho são persistentes ao longo de toda jornada. No entanto, este índice eleva-se consideravelmente na primeira hora extraordinária, podendo a situação ser ainda mais agravada na hipótese de supressão de intervalo intrajornada, ao passo que a concessão deste intervalo com duas horas transfere o maior índice de acidentes para dentro da jornada ordinária.

Não é por outra razão que o art. 60 da CLT sempre previu que em se tratando de trabalho realizado em ambiente insalubre, ou seja, onde já há maior risco para a saúde do

⁷ Op. cit., p. 4.

⁸ MEDEIROS, Alexandre Allipradino. **A hora do acidente de trabalho**. Franca: Ed. do Autor, 2018



trabalhador, as prorrogações de jornada deveriam ser precedidas de licença prévia das autoridades competentes, visto que há um somatório de riscos.

Tudo isto revela que a limitação de jornada não é medida que visa resguardar apenas o direito do trabalhador ao lazer, ao descanso, a gozar da companhia de sua família, ou envidar na implantação de um plano de vida, mas resguardar sua integridade física e psíquica. A limitação à jornada é um direito que compõe o conjunto de normas de meio ambiente do trabalho, que visa assegurar ao homem trabalhador o direito à sadia qualidade de vida.

2 REVOGAÇÃO DE DIREITOS SOCIAIS E AMBIENTAIS E A OBSERVAÇÃO DO MÍNIMO SOCIAL

Como dito anteriormente, o direito a uma jornada limitada a um máximo de horas diárias e semanais foi conquistado e construído ao longo do último século. Logo, trata-se de direito humano de segunda dimensão, que como os demais direitos humanos são uma construção social constante, que evolui conforme muda também a própria sociedade.

Isto significa que os direitos humanos não nasceram todos ao mesmo tempo, mas foram surgindo e sendo modificados, refletindo a estrutura social e valores dos povos contemporâneos a esse surgimento. Os direitos humanos reconhecidos há décadas atrás não são necessariamente os mesmos reconhecidos hoje, e nem serão os mesmos reconhecidos no futuro.

Assim, a evolução histórica dos direitos humanos mostra que inicialmente surgiram os direitos de primeira dimensão, assim entendidos os direitos civis e políticos, após os de segunda dimensão, como os direitos econômicos, sociais, e culturais, seguidos dos direitos de



terceira dimensão, a exemplo dos coletivos e transindividuais, onde se inserem os direitos ambientais, ao desenvolvimento, à paz, à comunicação, a autodeterminação dos povos.

Não obstante à classificação acima, não se tratam de direitos que substituíram uns aos outros, mas que surgiram em momentos diferentes e passaram a integrar-se, complementando-se de forma indissociável.

Assim, os direitos humanos pautam-se pelo princípio do não retrocesso, o que significa que deve se buscar sempre avançar na maior proteção dos direitos da pessoa humana. Trata-se do chamado efeito *cliquet* dos direitos humanos, expressão de origem francesa utilizada por alpinistas para explicar que a partir de determinado ponto da escalada não é mais possível voltar atrás.

Isto não significa, contudo, que os direitos humanos fundamentais (sejam eles reconhecidos no bojo da constituição, ou por meio de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte) não possam sofrer qualquer tipo de restrição. O STF há muito já pacificou o entendimento de que é possível que a lei infraconstitucional restrinja direito fundamental, desde que a restrição não atinja núcleo irreversível do direito fundamental, ou que viole o mínimo existencial social do direito fundamental.

A título de exemplo, cita-se por pertinência com a temática ora abordada, o julgamento proferido no RE 658.312/SC⁹ em que o Supremo julgou a constitucionalidade do art. 384 da CLT, que previa um intervalo de 15 minutos à mulher trabalhadora, a ser gozado antes do início da jornada extraordinária.

⁹ STF. RECURSO EEXTRAORDINÁRIO : RE 658.312SC. Relator: Ministro Dias Toffoli. DJE 10/02/2015. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=298062316&ext=.pdf>>. Acesso em: 25 out. 2019.



Na oportunidade, o voto vencedor do relator deixou claro que a norma em questão era passível de revogação pelo Congresso Nacional, e que isso não implicaria em violação ao mínimo existencial da trabalhadora mulher. Veja-se:

Antecipo que não considero que essa norma constitua um núcleo irreversível do direito fundamental, ou que implique o mínimo existencial social do direito fundamental da trabalhadora mulher. (...) No futuro, havendo efetivas e reais razões fáticas e políticas para a revogação da norma, ou mesmo para a ampliação do direito a todos os trabalhadores, o espaço para esses debates há de ser respeitado, que é o Congresso Nacional.

De fato, se o direito é uma construção social, a alteração da realidade fática, política, ou mesmo uma eventual crise econômica podem tornar insustentáveis um determinado direito já estabelecido. A discussão que remanesce então é discutir como identificar quando um direito pode ser restringido e a partir de que momento se poderá defender a ocorrência de violação ao mínimo essencial do direito fundamental social.

São inúmeros os casos que discutem perante o Supremo Tribunal Federal a existência de violação ao mínimo social sob a perspectiva de decisões judiciais que condenaram o estado à adoção de determinada conduta positiva na implantação de uma política pública a fim de efetivar um direito social, como por exemplo, a determinação de fornecimento imediato de um leito hospitalar, ou uma vaga de escola pública.

Trata-se da remansosa discussão sobre a possibilidade de o judiciário determinar ao estado a adoção de medidas positivas a fim de garantir a efetivação de direitos sociais, frente



aos argumentos da separação dos poderes, e a constante acusação de ativismo judicial. Mas não é esta a perspectiva que se pretende abordar nesse caso.

Neste estudo uma das questões em debate é o limite de atuação do legislador infraconstitucional na restrição de direitos já estabelecidos. Até que ponto pode restringir direito fundamental social, sem com isso atingir núcleo essencial da norma, em seu mínimo social e como identificar esse mínimo social de maneira objetiva? Isto porque, muito se fala na doutrina e nos julgados sobre o mínimo social, mas carece de maior discussão a adoção de critérios claros para essa identificação.

Para adoção desses critérios, nos socorremos da obra de Jeff King, *Judging Social Rights*¹⁰, em que o autor propõe um critério para a identificação do mínimo social, pois defende que a grande dificuldade da efetivação do direito social não é identificá-lo, mas definir quanto dele configura o mínimo a ser garantido pelo estado, para que então se possa defender a sua violação ou não.

Ora, se há o direito humano fundamental à habitação, que tipo de habitação deve ser fornecida para que se respeite o referido direito? Neste sentido o autor propõe a observância de alguns limites ou limites mínimos a serem respeitados para que se identifique se um direito social está sendo respeitado em seu núcleo mínimo. Vejamos:

(...) A questão mais importante refere-se ao quantum de tal recurso. Claramente, o quantum irá variar com o meio ambiente e circunstâncias sociais, tanto entre comunidades como, em alguns casos, dentro regiões de uma grande comunidade. No entanto, eu diria que o mínimo respeito pelos valores de autonomia, bem-estar e

¹⁰ KING, Jeff. **Judging Social Rights**. Cambridge: Cambridge University Press, 2012, p. 29-30



participação social exigiria a provisão de um pacote de recursos satisfazendo o seguinte, na ordem de sua importância:

1. um limiar de subsistência saudável que satisfaça as necessidades físicas básicas de abrigo, nutrição, desenvolvimento infantil, saúde e integridade psicológica;
2. um limiar de participação social, que garantisse uma educação suficiente para a participação econômica e social básica, seguro contra choques econômicos, e os recursos mínimos necessários para engajamento social com familiares e pares; e
3. um limiar de ação, que exigiria a educação e a estabilidade econômica necessárias, em uma dada sociedade, para se engajar em planejamento básico de vida, incluindo a capacidade de enquadrar e alcançar metas e objetivos de longo prazo. (tradução nossa)

Como se observa, o autor inicialmente admite que os limites divergirão de uma comunidade para outra, ou mesmo dentro de uma comunidade maior, mas se tratam de limites a serem observados caso a caso de forma objetiva.

Trata-se de proposta que pode ser utilizada tanto para análise de casos em que a implantação do direito depende de uma ação estatal, em que o judiciário poderá socorrer-se destes limiares para identificar se a suposta omissão estatal desrespeita o mínimo social e, portanto, deve haver interferência judicial, como para analisar casos de restrição à direitos humanos sociais, em que se deve identificar se a nova lei menos benéfica atinge o mínimo social, e por isso deve ser tida por inválida.

Em outras palavras, se um direito fundamental social mais amplo, reconhecido na constituição ou em tratados internacionais dos quais o Brasil faça parte, sofre restrição por



meio da legislação infra constitucional, deve ser observado se essa legislação fere o mínimo social do direito.

E essa observância pode ser feita tendo por parâmetro o mínimo social proposto por King. A restrição ou revogação de um determinado dispositivo trazida pela nova lei fere um limiar de subsistência saudável? Implica em dano à sua participação social? Prejudica seu direito de ação? São perguntas que precisam ser respondidas a fim de que se constate a observância ou não do mínimo social e conseqüentemente possam implicar na inconstitucionalidade ou inconvencionalidade da alteração legal promovida.

3 A CONVENÇÃO 155 DA OIT E O NOVO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 60 DA CLT INTRODUZIDO PELA LEI 13.467/2017

A Convenção 155 da OIT, trata do tema 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 o referido Decreto de promulgação foi revogado pelo Decreto n. 10.088/2019 de 05/11/2019. Mas isto não significa que a Convenção tenha deixado de compor o ordenamento jurídico interno, nem alguma intenção do país em manifestar denúncia contra o tratado ou retirar-lhe 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, a Convenção em comento continua vigente, sendo seu atual Decreto de promulgação, o Decreto n. 10.088/2019 de 05/11/2019, anexo LI.

De início, vale dizer que todo o processo legislativo necessário à internalização da referida convenção no direito brasileiro ocorreu antes da entrada em vigor da EC 45/2004 que passou a exigir rito especial para aprovação. Portanto, a internalização da referida norma aconteceu mediante votação em quórum simples.

Não obstante, referido tratado possui como tema os direitos sociais e econômicos, bem como normas de saúde e segurança do trabalho. 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, ambos considerados direitos humanos de segunda e terceira dimensão respectivamente.

Porém, além de se tratarem de normas de direito do trabalho, em especial a Convenção 155, aborda também normas de direito ambiental. A identificação da Convenção como norma de meio ambiente não demanda maiores desafios, tendo em vista que trata de normas de saúde e segurança do trabalho e em vários de seus dispositivos concede destaque especial ao meio ambiente do trabalho.

Assim, pode ser considerada como tratado internacional de direitos humanos, seja por abordar tema de direito do trabalho (direito social de segunda dimensão), seja por tratar de tema de meio ambiente (direito de solidariedade de terceira dimensão), ou em última análise por tratar do próprio princípio da dignidade humana (direito individual de primeira dimensão).

Assim, entende-se que tais tratados, por abordarem a temática de direitos humanos, e por terem sido aprovados e internalizados no direito brasileiro antes da vigência da EC



45/2004, que acrescentou o §3º ao art. 5º da Constituição, possuem *status* constitucional formal e material.

Para tanto, adota-se o posicionamento defendido por Piovesan¹¹, que compatibilizou a interpretação dos parágrafos do art. 5º da Constituição no sentido de que o §2º teria conferido natureza constitucional material aos tratados que abordam a temática de direitos humanos, e o §3º teria apenas criado a possibilidade de que tais direitos, além de materialmente constitucionais, fossem também formalmente constitucionais:

(...) por força do art. 5º, § 2º, todos os tratados de direitos humanos, independentemente do ‘quórum’ de sua aprovação, são materialmente constitucionais, compondo o bloco de constitucionalidade. O ‘quórum’ qualificado está tão somente a reforçar tal natureza, ao adicionar um lastro formalmente constitucional aos tratados ratificados, propiciando a ‘constitucionalização formal’ dos tratados de direitos humanos no âmbito jurídico interno.

Seguindo linha semelhante, menciona-se ainda o entendimento de Vaz¹², que avançando na tese defendida por Piovesan, sustenta que os tratados internacionais de direitos humanos aprovados antes ou depois da EC 45/2004, com quórum qualificado ou não, possuem hierarquia constitucional material e formal.

Feito este esclarecimento, necessário adentrar de fato no teor da Convenção 155 da OIT que dispõe ao longo de todo seu texto 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

¹¹PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 11 ed. São Paulo: Saraivajur, 2018, p. 75

¹²VAZ, Paulo Junio Pereira. **Controle de Convencionalidade das Leis**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 54



acidentes e os danos à saúde relacionados ou causados pelo trabalho. Mas em especial citam-se os artigos 4º e 5º que dão diretrizes para a adoção dessa política nacional, 9º e 11 “a” e “b” que tratam da fiscalização:

PARTE II PRINCÍPIO DE UMA POLÍTICA NACIONAL

Art. 4 — 1. Todo Membro deverá, em consulta com as organizações mais representativas de empregadores e de trabalhadores, e levando em conta as condições e as práticas nacionais, formular, pôr em prática e reexaminar periodicamente uma política nacional coerente em matéria de segurança e saúde dos trabalhadores e o meio-ambiente de trabalho.

2. Essa política terá como objetivo prevenir os acidentes e os danos à saúde que forem consequência do trabalho tenham relação com a atividade de trabalho, ou se apresentarem durante o trabalho, reduzindo ao mínimo, na medida que for razoável e possível, as causas dos riscos inerentes ao meio-ambiente de trabalho.

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



acondição 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. Repita-se, tal norma foi devidamente ratificada e internalizada em nosso ordenamento jurídico, e, portanto, deveria ser observada pelas autoridades brasileiras.

Pois bem. A CLT em seu art. 60, com redação original de 1943 prevê o seguinte:

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.

Trata-se de norma que se coadunava perfeitamente com a Convenção 155 da OIT, na medida em que, como política de saúde e segurança dos trabalhadores, impedia a livre prorrogação de jornada em ambiente de trabalho exposto a agentes insalubres, o qual para ser autorizado demandaria licença prévia dos órgãos fiscalizadores, que deveriam verificar os locais, métodos e processos de trabalho, para somente então autorizar ou não a referida prorrogação de jornada.

A norma ainda estava de acordo com os arts. 7º, XIII da Constituição da República, que estabelece a limitação de jornada diária a 8h, e 44h semanais, e inciso XXII que preconiza a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança.

Também vale mencionar a previsão do art. 7º, “g” do Protocolo de San Salvador que dispõe:

Os Estados-Partes neste Protocolo reconhecem que o direito ao trabalho, a que se refere o artigo anterior, pressupõe que toda pessoa goze desse direito em condições justas, eqüitativas e satisfatórias, para que esses Estados garantirão em suas legislações internas, de maneira particular: (...)

g) limitação razoável das horas de trabalho, tanto diárias quanto semanais. As jornadas serão de menor duração quando se tratar de trabalhos perigosos, insalubres ou noturnos;



Vale ressaltar que o referido protocolo também foi devidamente ratificado pelo Brasil, mediante aprovação do Decreto Legislativo n. 56, de 19 de abril de 1995 pelo Congresso Nacional, e promulgado pelo Decreto n. 3.321, de 30 de dezembro de 1999.

Apesar de uma série de críticas durante sua tramitação, a Lei 13.467/2017 foi aprovada e sancionada sem vetos, entrando em vigor em 11/11/2017 após período de *vacatio legis*. Especificamente quanto ao art. 60, a referida legislação não alterou o *caput* do dispositivo, que continuou exigindo a licença prévia para prorrogação de jornada em ambiente insalubre. Não obstante, incluiu no dispositivo um parágrafo único com a seguinte redação: “Excetuam-se da exigência de licença prévia as jornadas de doze horas de trabalho por trinta e seis horas ininterruptas de descanso.”

Ou seja, como se verifica do parágrafo acrescentado ao texto legal, as atividades insalubres continuam demandando autorização prévia para prorrogação de jornada, a menos que essa prorrogação seja para a adoção da jornada 12x36h semanais, que por força do novo art. 59-A, acrescentado pela mesma lei, pode ser feita inclusive por acordo individual, dispensando a negociação coletiva. Neste caso, então, a autorização prévia é dispensada.

A violação ao art. 7º, “g” do Protocolo de San Salvador dispensa maiores explicações, visto que a violação é direta e literal. Ora, enquanto o texto internacional afirma que a jornada em ambiente perigoso, insalubre ou noturno deve ser menor que a jornada ordinária, o novo texto não apenas autoriza que a jornada no ambiente insalubre seja maior que a ordinária prevista, como ainda facilita essa prorrogação dispensando a fiscalização prévia do ambiente de trabalho que diminuiria os riscos laborais. Mas não é só.

A divergência entre os preceitos não apenas constitucionais, mas especificamente os da Convenção 155 da OIT e o parágrafo único do novo art. 60 da CLT também saltam aos olhos.



De um lado tem-se toda uma preocupação do constituinte, e dos órgãos internacionais em garantir que os estados adotem uma política em prol da saúde e segurança do trabalhador, e de outro lado tem-se uma nova legislação que afrouxa essa política, permitindo prorrogação de jornada em ambiente insalubre independente de prévia autorização dos órgãos fiscalizadores.

A alteração promovida nesse ponto pela lei beira o absurdo. Permitir que a jornada seja prorrogada em mais 4 horas, ou seja, em 50% do limite legal, já é aumentar o risco de ocorrência de acidente e o risco à própria saúde do trabalhador, exposto a uma jornada extenuante. Conforme estatisticamente demonstrado acima, é justamente logo na primeira hora de prorrogação de jornada que os acidentes típicos mais acontecem.

Mas permitir isso num ambiente insalubre, e ainda isentar as empresas de uma fiscalização e licença prévia, em que os órgãos fiscalizadores poderiam identificar a confiabilidade deste meio ambiente para permitirem uma prorrogação de jornada, atenta contra as normas de proteção à 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 o art. 4º da referida convenção determina que todos os países adotarão uma política nacional que vise prevenir os acidentes e os danos à saúde relacionados ao trabalho, mediante consulta às organizações representativas dos trabalhadores. Ora, não havendo no Brasil uma legislação específica que regule a matéria, todos os dispositivos espalhados na legislação integram a política nacional a ser defendida pelo Estado brasileiro.

Assim, inequívoco que ao alterar o art. 60 da CLT, mediante inserção do parágrafo único, a mudança legal promovida alterou a política nacional de prevenção de danos e acidentes laborais e, ao fazê-lo, não respeitou as diretrizes da referida Convenção da OIT.



Nessa linha, salta aos olhos a falta de participação dos representantes dos trabalhadores na alteração legal promovida, o que já revela a primeira violação identificada ao art. 4º. Mas não é só. O art. 5º, alíneas “a” e “b” ainda definem que essa política a ser adotada deverá considerar grandes esferas de ação.

Na alínea “a” cumpre citar na primeira esfera os componentes materiais do trabalho, entre os quais destacam-se o meio ambiente do trabalho e a exposição do trabalhador à substâncias e agentes químicos, biológicos e físicos. Ora, vê-se que essa grande esfera não foi observada na alteração legal, uma vez que facilitou a exposição do trabalhador a meio ambiente do trabalho insalubre.

Já a alínea “b”, que define a segunda grande esfera, cita as relações existentes entre os componentes materiais do trabalho e as pessoas que o executam ou supervisionam, e nesta relação determina que seja considerada a capacidade física e mental do trabalhador. A partir do momento em que a alteração legal promovida permite um elastecimento da jornada diária máxima em 50%, deixa de lado a capacidade física e mental do trabalhador, aumentando o risco da ocorrência de acidentes ou adoecimento laboral.

Além disso, o art. 9º define que o controle da aplicação das normas de segurança, higiene e meio ambiente do trabalho deve estar assegurado por um sistema de inspeção das leis. Já o art. 11, que trata das medidas de efetivação da política nacional, determina que as autoridades deverão considerar a exposição dos trabalhadores a agentes perigosos à sua saúde e cuja exposição deveria ser limitada ou proibida, e define ainda que as atividades que sujeitarem os trabalhadores a esse tipo de exposição deverão estar sujeitas à autorização e controle das autoridades competentes.



Mas o que fez o novo parágrafo único do art. 60 foi simplesmente suprimir a fiscalização prévia exigida para a prorrogação de jornada em ambiente insalubre, em franca contrariedade aos referidos dispositivos.

Ora, o ambiente insalubre já é por si só mais danoso à saúde do trabalhador, mas o trabalho em ambiente insalubre é permitido pela lei. A prorrogação da jornada também eleva o risco da ocorrência de acidentes de trabalho, mas assim como no caso anterior também é permitida pelo legislador.

Porém, agregar esses dois fatores, somando duas situações de perigo, parece ser muito arriscado, e foi exatamente por isso que o legislador estabeleceu a necessidade de que para que se prorrogue a jornada em ambiente insalubre haja prévia fiscalização e autorização dos órgãos fiscalizadores, proteção esta que agora foi retirada dos trabalhadores que terão sua jornada prorrogada em 50% da jornada diária máxima.

4. APLICAÇÃO DOS LIMIARES DE MÍNIMO SOCIAL DE JEFF KING NA IDENTIFICAÇÃO DA INCONVENCIONALIDADE DA ALTERAÇÃO LEGAL

Como já defendido acima, um direito humano fundamental social pode ser restringido por lei infraconstitucional, desde que não viole o mínimo social, atingindo o núcleo básico do direito.

No caso que se tem ora em estudo, há um direito humano fundamental consistente na preservação de um meio ambiente do trabalho saudável, hígido e seguro para o ser humano trabalhador, respaldado na Convenção 155 da OIT e ainda no art. 7º, XIII e XXII da Constituição e art. 7º, “g” do Protocolo de San Salvador.



De outro lado, tem-se uma restrição a esse direito realizado pela inserção do parágrafo único ao art. 60 da CLT, por meio da Lei 13.467/2017. Referido dispositivo passou a permitir que a prorrogação de jornada para adoção de jornada 12x36 possa ser feita em ambientes insalubres independente de prévia autorização das autoridades fiscalizadoras.

Logo, a questão que se põe em debate é se tal restrição a um direito humano fundamental social, atinge o mínimo social do direito, de modo que sua consequência lógica seria a declaração de sua invalidade, ou se a restrição por não atingir esse núcleo essencial seria válida.

Ora, conforme defendido acima, adotou-se neste estudo os parâmetros de identificação de mínimo social de Jeff King, de modo que deve ser identificado se a alteração legal atingiu os limites mínimos de subsistência saudável, participação social e ação, nesta mesma ordem de importância.

Em suma, retomando a exposição feita no item 2 deste trabalho, estes são limites mínimos a serem considerados para identificar se o mínimo essencial de um direito social está sendo observado. Ou seja, deve-se observar se o mínimo assegurado de um direito está permitindo uma subsistência saudável, que resguarde as necessidades físicas básicas como moradia, alimentação, desenvolvimento infantil, e integridade física e psicológica. Em seguida, observa-se a garantia de participação social do cidadão, permitindo-lhe as condições mínimas para assegurar seu engajamento social com familiares e seus pares e, por fim, o respeito a um limiar mínimo da ação, para que esse cidadão tenha capacidade de planejar e alcançar metas e objetivos de longo prazo.

De imediato o que se identifica é que a alteração legislativa esbarra já no primeiro limiar, que diz respeito à subsistência saudável. Para King¹³, este limiar deve satisfazer as

¹³ KING, Jeff. **Judging Social Rights**. Cambridge: Cambridge University Press, 2012, p. 29-35



necessidades físicas básicas de abrigo, nutrição, desenvolvimento infantil, saúde e integridade psicológica.

Ora, se há elementos científicos confirmando que o risco de ocorrência de acidente típico é muito maior quando há labor extraordinário, e se a lei exige que em ambiente insalubre, e, portanto, ambiente naturalmente de maior risco, haja autorização prévia dos órgãos fiscalizadores para que seja possível a prorrogação de jornada, dispensar essa exigência quando a jornada é prorrogada para 12x36 horas semanais, é aumentar e muito o risco à saúde do empregado. Isto porque não se está aumentando a hora extra em uma ou duas horas naquele dia, mas aumentando-a em 50%, ou seja, em 4h.

A exigência de uma fiscalização prévia para prorrogação de jornada em ambiente insalubre tem sua razão de existir. É a forma pela qual os órgãos fiscalizadores podem mapear os riscos existentes e se for o caso proibir a prorrogação de jornada naquelas condições, ou estabelecer condicionantes que imponham ao estabelecimento a adoção de medidas que diminuam os riscos a que esses trabalhadores estão sujeitos.

Havendo um aumento considerável ao risco à saúde do trabalhador, deixar de exigir essa fiscalização prévia atenta contra a saúde do trabalhador, atingindo o limiar da subsistência saudável, e, portanto, atingindo núcleo essencial do direito que compõe o mínimo social.

Resta claro, portanto, que a nova disposição do parágrafo único acrescido ao art. 60 da CLT viola não apenas o art. 7º, XIII e XXII da CF e art. 7º, “g” do Protocolo de San Salvador, mas também viola as disposições da Convenção 155 da OIT.

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.

Confirmando o entendimento ora defendido, citam-se as lições de Delgado e Delgado¹⁴:

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.

Uma vez analisado o parágrafo único do art. 60, inserido na CLT pela lei 13.467/2017, bem como as disposições da Convenção 155 da OIT, torna-se evidente que o novo dispositivo

¹⁴DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **A reforma trabalhista no Brasil com os comentários à lei n. 13.467/2017**. São Paulo: LTR, 2017, p. 72 e 76.



legal não é compatível com o texto constitucional, e também com a referida norma internacional que forma o bloco de constitucionalidade do nosso ordenamento jurídico.

Conforme leciona Piovesan¹⁵, 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 representante da ordem jurídica, amparada nos ensinamentos de Hans Kelsen, cuja doutrina sustenta o monismo jurídico, com prevalência do Direito Internacional, fato que tem sido ignorado na América Latina; 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 (Statecentered 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 (rejeitando-se um sistema jurídico endógeno e autorreferencial); 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 “*humanrights approach (humancentered approach)*”, amparado na perspectiva que

¹⁵ PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 11 ed. São Paulo: Saraivajur, 2018, p. 149-151.



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”.

Parte daí a exigência da dupla compatibilidade vertical para a validade da legislação infraconstitucional. Isto significa que, para ser considerada válida, não basta apenas a lei ser compatível com a Constituição Federal, mas deverá ser compatível também com os tratados internacionais de direitos humanos que integram este bloco de constitucionalidade.

Como explica Mazzuoli, “*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)*”¹⁶. 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, é interessante trazer o conceito adotado por Ramos 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)”¹⁷.

¹⁶MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Direito dos Tratados**. 2ª ed. ver. atual. e ampli. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 477

¹⁷RAMOS, André de Carvalho. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 331



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.

Como dito antes, a Constituição e a Convenção 155 da OIT preceituam como direito do trabalhador a redução dos riscos inerentes ao trabalho, o que será feito através da adoção de uma política nacional que institua normas de saúde, higiene e segurança, sujeita à fiscalização dos órgãos competentes. Já o art. 7º, “g” do Protocolo de San Salvador, estabelece que a jornada em ambiente em ambiente insalubre deverá ser menor que a jornada ordinariamente praticada.

É fato que nem a Constituição, nem Convenção acima referida estabelecem de modo específico a necessidade de autorização prévia para prorrogação de jornada em ambiente insalubre. Se assim o fizessem, a identificação da contrariedade seria muito mais simples.

Já quando se trata do Protocolo de San Salvador tem-se a violação literal, na medida em que referida norma estabelece que a jornada em ambiente insalubre deve ser menor que a jornada ordinariamente praticada, enquanto a lei infra constitucional está a permitir que a jornada em ambiente insalubre seja maior que a ordinária.

Porém, quando se fala em normas definidoras de direitos humanos fundamentais, como antes defendido, é possível que a norma infraconstitucional implique em restrição a um direito já estabelecido, desde que não atinja o núcleo essencial do direito, o seu mínimo social. Logo, não havendo contrariedade literal, é necessária uma análise mais profunda para identificar se a restrição feita pela norma infraconstitucional, ainda que indesejável, é válida, ou se foi uma restrição profunda o suficiente para atingir o mínimo social do direito atingido.



Da forma como antes previsto, o art. 60 da CLT, em seu *caput*, apesar de permitir a prorrogação de jornada em ambiente insalubre, o fazia condicionado à prévia autorização e fiscalização prévia das autoridades competentes que, ao menos em tese, garantiriam que a jornada só fosse prorrogada se não representasse mais riscos ao trabalhador. Assim, o mínimo essencial da norma estaria respeitado.

Porém, com a alteração legal, essa prorrogação de jornada em ambiente insalubre, para utilização da jornada 12x36, passou a ser permitida independente de prévia fiscalização ou autorização, suprimindo a defesa existente para o trabalhador.

Ora, o direito humano social do trabalhador em ver reduzidos os riscos de acidente de trabalho, possui amparo tanto na constituição, como na convenção 155 da OIT. Tem-se ainda a norma infraconstitucional que dificulta a possibilidade de prorrogação de jornada em caso de trabalho em ambiente insalubre, exigindo prévia autorização dos órgãos fiscalizadores, ou seja, trata-se de norma infraconstitucional que visa dar efetividade ao direito humano fundamental reconhecido.

Porém, tem-se ainda nova norma infraconstitucional, que flexibilizou a norma acima, permitindo a prorrogação de jornada neste tipo de ambiente independente de autorização prévia quando se tratar da adoção da jornada 12x36.

Ora, se a nova lei restringe direito já existente, ao ponto de colocar em risco a saúde do trabalhador, tem-se por evidenciado que o limiar da subsistência saudável foi frontalmente atingido, de modo que a preservação do mínimo social foi prejudicada. Logo, a outra conclusão não se pode chegar, senão a de invalidade do novo parágrafo único do art. 60 da CLT.

Vale dizer que a norma chega a ser incoerente consigo mesma. Como admitir que para a prorrogação de jornada em ambiente insalubre tenha como regra a inspeção e autorização



prévia, mas excetar-se a esta regra justamente o trabalhador que extrapolará a jornada máxima de 8h em 50%?

Ou seja, se a jornada for extrapolada em 1h é necessária a autorização prévia. Se for extrapolada em 2h ou 3h, também. Mas se for extrapolada em 4h, quando o risco pelo tempo de exposição do trabalhador é muito maior, aí nesse caso a autorização resta dispensada. A falta de lógica na disposição é incontestável.

Neste ponto, por tudo que foi exposto, ao confrontar a alteração legal celetista acima mencionada com a convenção 155 da OIT, bem como com o texto constitucional, e as disposições do Protocolo de San Salvador, conclui-se pela sua incompatibilidade, e conseqüente invalidade não só via controle de constitucionalidade, mas também de convencionalidade. Qualquer que seja a forma de controle adotado, conclui-se que devem ser declarados inválidos o parágrafo único do art. 60 da CLT em sua totalidade.

5. CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, tem-se que a dispensa de autorização prévia para prorrogação da jornada de oito horas com adoção da jornada 12x36 em ambiente de trabalho insalubre, além de inconstitucional é também inconvençional.

Isto porque as normas internacionais compõem o bloco de constitucionalidade nacional, e, portanto, para ser considerada válida a legislação deve estar de acordo não apenas com a Constituição, mas também com os tratados internacionais dos quais o Brasil fizer parte.

No presente caso, o Protocolo de San Salvador assegura a redução de jornada quando o trabalho for realizado em ambiente insalubre, enquanto a Convenção 155 da OIT assegura



aos trabalhadores a adoção de uma política nacional de saúde e segurança do trabalho, que deve pautar toda a legislação nacional, buscando prevenir a ocorrência de acidentes, e que para se tornar efetiva deve estar sujeita a um sistema de fiscalização e inspeção. Ambos foram internalizados no ordenamento jurídico brasileiro e

Trata-se de direito humano fundamental, de segunda e terceira dimensão, por ser norma que diz respeito não apenas a direito do trabalho, de cunho social, mas também à norma de meio ambiente. Seguindo entendimento do STF, o direito fundamental pode sofrer restrição por norma infraconstitucional, desde que não haja violação ao núcleo essencial do direito, seu mínimo social.

Analisando a restrição promovida pelo novo parágrafo único do art. 60 da CLT sob a ótica dos limiares quantificadores do mínimo social proposto por Jeff King, não se pode chegar à outra conclusão se não a de que há neste caso violação ao mínimo social, na medida em que a restrição encontra óbice já no primeiro limiar, de subsistência saudável.

Como demonstrado neste trabalho, a prorrogação de jornada por si só eleva sobremaneira a ocorrência de acidentes já na primeira hora de prorrogação, de modo que a prorrogação de jornada sequer deveria ser permitida, ou pelo menos deveria ser incisivamente reprimida. No entanto, a lei ainda assim permite que a jornada seja prorrogada, o que já é um primeiro golpe no bem jurídico tutelado.

Porém, quando essa prorrogação ocorre em ambiente insalubre, o risco é exponencialmente majorado, e por isso para ser feita, a prorrogação demanda inspeção e autorização prévia dos órgãos fiscalizadores. Nota-se aí mais uma restrição ao direito do trabalhador, quando lhe é permitida a prorrogação de jornada mesmo em ambiente insalubre, ainda que com certas condicionantes.



Não obstante, autorizar a prorrogação de jornada, não apenas para nove ou dez horas, mas permitindo a adoção da jornada 12x36, em ambiente insalubre e ainda dispensar neste caso a fiscalização e autorização prévia, é flexibilizar o direito do trabalhador num nível muito mais profundo e perigoso, que inegavelmente coloca em risco explícito a saúde do ser humano trabalhador, comprometendo a observância do limiar de subsistência saudável.

Uma vez comprometida sua subsistência saudável, tem-se por violado o mínimo social, o núcleo essencial do direito. Não se trata de mera restrição ao direito, mas de atingimento do seu âmago.

Ora se a norma internacional estabelece a fixação de uma política nacional de combate e prevenção aos acidentes de trabalho e adoecimento ocupacional, política esta que para ser efetiva deve contar com mecanismos de inspeção e fiscalização, e contrariando isso a nova lei autoriza a prorrogação de jornada pela adoção da jornada 12x36 em ambiente insalubre, dispensando a prévia fiscalização e licença das autoridades competentes, aumentando consideravelmente o risco de acidente ocupacional, tem-se que a nova lei contraria totalmente a política que deveria ser adotada.

Ao invés de ajustar sua legislação para cumprir as normas internacionais, especificamente no que diz respeito a jornada 12x36, verifica-se que houve verdadeiro ajuste no legislativo nacional no sentido de contrariar as normas internacionais. Mas o que esperar de legislação que não respeita sequer a Constituição?

Como defendido acima, a alteração produzida com a inclusão do parágrafo único do art. 60, ainda que vigente, está sujeita ao crivo da dupla compatibilidade vertical para ter sua validade assegurada, ou seja, deve respeitar não só o texto constitucional, mas todas as normas internacionais que integram o bloco de constitucionalidade.



Neste ponto, por tudo que foi exposto, ao confrontar a alteração legal acima mencionada, com a Convenção 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.

Ganha-se, assim, um mecanismo extra de proteção do direito, de modo que ainda que o judiciário nacional recuse declarar a invalidade da norma, a questão pode ser submetida aos organismos internacionais competentes, que poderão determinar a observância da Convenção desrespeitada, afastando a nova norma violadora.

Qualquer que seja a forma de controle adotado, conclui-se que deve ser declarado inválido o parágrafo único do art. 60 em sua totalidade, sendo esta a interpretação que melhor se ajusta às previsões constitucionais, convencionais, aos princípios gerais de direitos humanos e ao costume internacional.

REFERÊNCIAS

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2006

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

_____. DecretoLegislativo N.º 2, de 17 de março de 1992. **Aprova o texto da Convenção n.155, da Organização Internacional do Trabalho - OIT, sobre a segurança e saúde dos Trabalhadores e o meio ambiente de trabalho, adotada em Genebra, em 1981, durante**



a **67ª Sessão da Conferência Internacional do Trabalho**. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/1992/decretolegislativo-2-17-marco-1992-358340-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 25out. 2019

_____. Decreto N.º 1.254, de 29 de setembro de 1994. **Promulga a Convenção número 155, da Organização Internacional do Trabalho, sobre Segurança e Saúde dos Trabalhadores e o Meio Ambiente de Trabalho, concluída em Genebra, em 22 de junho de 1981..** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D1254_.htm. Acesso em: 25 out. 2019

_____. Decreto N.º 3.321, de 30 de dezembro de 1999.. **Promulga o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais "Protocolo de São Salvador", concluído em 17 de novembro de 1988, em São Salvador, El Salvador.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3321.htm. Acesso em: 23 nov. 2019

_____. Decreto N.º 10.088, de 05 de novembro de 2019.. **Consolida atos normativos editados pelo Poder Executivo Federal que dispõem sobre a promulgação de convenções e recomendações da Organização Internacional do Trabalho - OIT ratificadas pela República Federativa do Brasil..** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D10088.htm. Acesso em: 23 nov. 2019

_____. 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

_____. MP Nº 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

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.

KING, Jeff. **Judging Social Rights.** Cambridge: Cambridge University Press, 2012

LAZARI, Rafael de. **Reserva do possível e mínimo existencial.** A pretensão de eficácia da norma constitucional em face da realidade. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2016

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Direito dos Tratados.** 2ª ed. ver. atual. eampli. Rio de Janeiro: Forense, 2014.



MEDEIROS, Alexandre Allipradino. **A hora do acidente de trabalho**. Franca: Ed. do Autor, 2018

MELO, Sandro Nahmias. **Meio ambiente do trabalho: direito fundamental**. São Paulo: LTr, 2001

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.

MELO, Sandro Nahmias. **Meio ambiente do Trabalho: Duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro horas semanais, facultada a compensação de horários e redução da jornada mediante acordo ou convenção coletiva**. In: MARTINEZ, Luciano; TEIXEIRA FILHO, João de Lima (Orgs). **Comentários à Constituição de 1998 em matéria de direitos sociais trabalhistas: Uma homenagem aos 30 anos da Constituição da República e aos 40 anos da Academia Brasileira de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2019.

NASCIMENTO, A. M. Normas da OIT sobre condições e relações de trabalho. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, v. 78, p. 78-86, 1 jan. 1983.

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.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo. **Proteção jurídica à saúde do trabalhador**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

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 outubro. 2019

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

_____, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 12 ed. rev. E atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

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

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RECURSO EEXTRAORDINÁRIO : RE 658.312 SC. Relator: Ministro Dias Toffoli. DJE 10/02/2015. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=298062316&ext=.pdf>. Acesso em: 25 out. 2019.



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